

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE GRADUADOS

MAESTRIA EN REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS



**Análisis del control previo aplicado a los Contratos de
Interconexión de Redes y Servicios Públicos de
Telecomunicaciones en el Perú**

Tesis para obtener el Grado de Magíster que presenta el alumno:

ALEJANDRO MARTIN MOSCOL SALINAS

Código N° 1991-2226

Asesor

Profesor Carlos Alza Barco

JURADO

Profesor José Ignacio Távara, Presidente

Profesor Raúl Pérez–Reyes Espejo, Miembro

Profesor Carlos Alza Barco, Asesor.

San Miguel, 06 de diciembre de 2010

“The state – the machinery and power of the state – is a potential resource or threat to every industry in the society. With its power to prohibit or compel, to take or give money, the state can and does selectively help or hurt a vast- number of industries.(...). The central tasks of the theory of economic regulation are to explain who will receive the benefits or burdens of regulation, what form regulation will take, and the effects of regulation upon the allocation of resources.”

“El Estado – la maquinaria y el poder del Estado – puede ser un recurso o una amenaza para cualquier industria. Con su poder para prohibir u obligar, para tomar o dar dinero, el Estado puede ayudar o dañar selectivamente a gran número de industrias... Las tareas centrales de la teoría de la regulación económica son explicar quién recibirá los beneficios o cargas de la regulación, qué forma tomará la regulación y los efectos de la misma sobre la asignación de recursos.”

Stigler, George. The theory of economic regulation. Bell Journal of Economics, 1971, vol. 2, pp. 3-21. Traducción citada por Gaspar Ariño y Juan Miguel De la Cuétara, en Principios de Derecho Público Económico. Lima. Ara Editores, 2004.p.40.

ÍNDICE

ÍNDICE.....	3
RESUMEN EJECUTIVO.....	6
INTRODUCCIÓN.....	7
CAPÍTULO I	
LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LOS CONTRATOS DE INTERCONEXIÓN.....	13
1. Justificación para la intervención del Estado en la interconexión de redes y servicios públicos de telecomunicaciones.....	13
1.1. Definición de interconexión.....	13
1.2. Experiencia internacional: Europa y EEUU.....	15
1.3. Definición de interconexión en Perú.....	20
1.4. Justificación para la intervención del Estado en la interconexión.....	23
1.5. Mecanismos para el establecimiento de la interconexión.....	32
1.6. Justificación de la regulación de los contratos de interconexión.....	45
CAPÍTULO II	
ANÁLISIS DEL CONTROL PREVIO DE LOS CONTRATOS DE INTERCONEXIÓN.....	49
1. Definición del control previo como método regulatorio.....	49
2. Problemática del control previo como método regulatorio.....	54
3. Beneficios asociados al establecimiento del control previo de los contratos de interconexión.....	57
4. Costos y controles de la intervención administrativa en la aprobación previa de los contratos de interconexión.....	59
5. Control previo y capacidad de cumplimiento.....	64
6. El control previo desde la perspectiva de los intereses privados.....	66
7. El control previo y otros mecanismos de intervención administrativa.....	68
8. De los alcances y criterios de aplicación del control previo.....	71
CAPÍTULO III	
APLICACIÓN DEL MÉTODO DEL CONTROL PREVIO A LOS CONTRATOS DE INTERCONEXIÓN EN EL PERÚ.....	76

1. De la autoridad responsable del control previo de los contratos de interconexión en el Perú.....	76
2. De la duración de las etapas para que las empresas operadoras puedan prestar efectivamente sus servicios.....	80
3. Del establecimiento del control previo a los contratos de interconexión.....	83
4. Análisis de los beneficios y costos en la aplicación del control previo a los contratos de interconexión.....	86
5. Capacidad del Estado para hacer cumplir las normas.....	87
6. Análisis de la oportunidad de la aplicación del control previo.....	89
7. Análisis del alcance de la aplicación del control previo.....	93
8. Análisis de los criterios de evaluación.....	98
9. Propuesta de revisión de la problemática identificada.....	100
CONCLUSIONES.....	104
BIBLIOGRAFÍA.....	113
ÍNDICE DE ANEXOS	
ANEXO N° 1. Intervención del Estado en los contratos de interconexión a nivel internacional.....	118
ANEXO N° 2. Cuadro Comparativo de los diversos modelos de intervención administrativa en la regulación de los servicios públicos de telecomunicaciones en el Perú.....	121
ANEXO N° 3. Intervención del Estado en los contratos de acceso de otros sectores regulados.....	124
ÍNDICE DE CUADROS	
Cuadro N° 1. Gráfico de una interconexión.....	22
Cuadro N° 2. Mecanismos para el establecimiento de la interconexión.....	40
Cuadro N° 3. Ofertas Básicas de Interconexión.....	42
Cuadro N° 4. Modalidades de Control Administrativo.....	52
Cuadro N° 5. Etapas en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones.....	54
Cuadro N° 6. Evolución del número de contratos de interconexión aprobados.....	90
Cuadro N° 7. Intensidad de la intervención en los contratos de interconexión – Poder de Mercado y Complejidad del Acuerdo.....	95
Cuadro N° 8. Intervención del Estado en los contratos de interconexión a nivel internacional.....	118

Cuadro N° 9. Cuadro Comparativo de los diversos modelos de intervención administrativa en la regulación de los servicios públicos de telecomunicaciones en el Perú.....121

Cuadro N° 10. Intervención del Estado en los contratos de acceso de otros sectores regulados.....124



RESUMEN EJECUTIVO

La presente tesis identifica que la interconexión de redes y servicios públicos de telecomunicaciones se encuentra sujeta a la regulación económica, principalmente, por la cualidad de la interconexión de permitir que los usuarios de los servicios públicos de telecomunicaciones se puedan comunicar entre sí.

La regulación de los contratos de interconexión se ha concentrado en establecer el control previo de los mismos antes de que surtan efectos entre las partes y respecto de terceros. Este control previo es un método regulatorio que implica la actuación del Estado, a través de una autoridad administrativa especializada como el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL, para aprobar previamente si el contrato de interconexión se adecua al marco legal, a los criterios de costos y no perjudica a terceros operadores o a los usuarios en general.

El control previo implica una intervención intensa y por ello, su establecimiento debe estar fundamentado en la protección del interés público, los costos de su aplicación deben ser menores que los beneficios y deben existir criterios objetivos y un ámbito de aplicación claros.

El control previo se inició en un escenario de apertura del mercado y se mantiene hasta la fecha, en la que existe un nivel mayor de competencia, apertura y dinamismo en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones en el país.

En ese sentido, la presente tesis presenta el marco teórico del control previo y enfatiza en la necesidad de que este control requiere tener mayor claridad en su aplicación y justificación para evitar que los costos de su aplicación sean mayores a los beneficios, y en consecuencia, pueda ser perjudicial a la sociedad. Asimismo, se presenta una evaluación del control previo aplicado a la legislación peruana sobre la materia y se presenta una propuesta de revisión de la problemática.

INTRODUCCIÓN

La presente tesis se centra en el estudio del control previo como método regulatorio aplicado a la interconexión de redes y servicios públicos de telecomunicaciones aplicado en el Perú. La interconexión es un concepto que define a aquellos acuerdos y reglas cuyo objeto es permitir que los usuarios de los servicios públicos de telecomunicaciones de un operador puedan comunicarse con los usuarios de los servicios de otro operador.

La interconexión presenta una definición más amplia que el aspecto técnico o de ingeniería necesaria para conectar las redes de los operadores. Es un concepto que enfatiza en la posibilidad que los usuarios se comuniquen no sólo con usuarios de la red de la empresa de la que son abonados, sino también con usuarios de otras redes. El establecimiento de la interconexión presenta características que ameritan la intervención del Estado, por ejemplo, la presencia de poder de mercado, información asimétrica, externalidades. Esta intervención del Estado se manifiesta a través de la regulación de las actividades y relaciones económicas.

Debe considerarse que la aproximación a la interconexión se realiza mediante las normas de competencia, la regulación económica o una mezcla de ambas. La intervención del Estado en aplicación de las normas de competencia será *ex post* y la intervención mediante la regulación económica será *ex ante*. Los procesos de interconexión en la reciente experiencia de Estados Unidos, Reino Unido y la Unión Europea están asociados a la generación de competencia y apertura de los mercados de telecomunicaciones a nuevos operadores. Esta misma experiencia se presenta en el caso peruano, en el cual se profundiza la actuación del Estado en la interconexión a partir de la apertura del mercado de las telecomunicaciones en agosto de 1998.

Desde la perspectiva de la regulación económica, la aproximación a la interconexión se realizará mediante el establecimiento de un marco legal con los términos a los cuales se deben sujetar las relaciones de interconexión. Estas relaciones se pueden

establecer por contratos de interconexión, mandatos de la autoridad para la interconexión, u ofertas básicas de interconexión.

Precisamente, la presente tesis centra su estudio en los contratos de interconexión que suscriben los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones, conforme a un determinado marco normativo establecido previamente; y en particular, en el método regulatorio mediante el cual el Estado ha decidido regular los contratos de interconexión.

Así, el Estado puede establecer métodos regulatorios (o desde la perspectiva jurídica, métodos de intervención administrativa) relativos a su actuación particular respecto de los contratos de interconexión que se suscriben en los mercados de servicios públicos de telecomunicaciones.

Para efectos de la presente tesis se considera que el *control previo* es un método regulatorio que consiste en que la autoridad administrativa debe aprobar los términos contractuales plasmados en el contrato de interconexión que suscriben las empresas en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones, de manera previa a su ejecución (producción de efectos jurídicos del contrato de interconexión).

Desde una perspectiva jurídica, el *control previo* es una modalidad de intervención administrativa y se presenta en determinadas actividades económicas, en las cuales el Estado exige que, de manera previa a la realización de una actividad económica, se cuente con una aprobación administrativa para su realización. Este control implica establecer limitaciones a la libre actividad económica de los particulares. Constituye una excepción a la regla que sujeta la producción de los efectos jurídicos de los contratos únicamente a la decisión o autonomía de las partes que lo suscriben.

La presente tesis estudia la etapa de la aprobación previa de los contratos de interconexión. Dentro de este contexto, la tesis pretende demostrar que el control previo de los contratos de interconexión, como método regulatorio aplicado incluso a mercados consolidados y abiertos a la competencia, generará bienestar en la sociedad (mayores beneficios frente a los costos de aplicación) y cumplirá el objetivo regulatorio al menor costo, siempre que se identifiquen con precisión el alcance y los criterios de aplicación de este método.

Conforme se desarrolla en el presente trabajo, la elección del método regulatorio más adecuado dependerá de la justificación que exista para la intervención. En el capítulo I se demuestra que existe suficiente justificación para que el Estado intervenga en las diferentes relaciones de interconexión que se presentan en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones. Así, se aprecia la necesidad de que el Estado discipline esta actividad económica y la sujete a directrices orientadas a la protección del interés público.

En la medida que existe una justificación para la intervención del Estado en las relaciones de interconexión es preciso identificar el *método regulatorio* más adecuado. Siguiendo lo señalado por OGUS, se presenta que resulta indispensable elegir aquel método que pueda satisfacer el objetivo regulatorio al menor costo⁽¹⁾. En ese sentido, en el Capítulo II se analiza específicamente el *control previo* como método regulatorio para los contratos de interconexión de redes y servicios públicos de telecomunicaciones.

En el citado capítulo se contrastarán los beneficios que presenta el *control previo* frente a los costos asociados a su ejecución. Así, se identificará la presencia de *costos administrativos* de implementar y aplicar este control y la supervisión de su cumplimiento; *costos de oportunidad* de las empresas operadoras de no poder interconectarse de manera oportuna; y, los *costos de desviación o error* que se pueden presentar cuando el Estado se equivoca en la aprobación o desaprobación de un contrato de interconexión, o si el regulador es capturado política o económicamente.

Asimismo, en este capítulo se analiza el diseño de este método regulatorio, identificando su alcance y los criterios de aplicación. En particular, se analiza si resulta necesario sujetar al *control previo* a todos los contratos de interconexión que suscriban las empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones, independientemente de los servicios involucrados, de su poder de mercado o de su vinculación económica.

¹ OGUS, Anthony. Estructuras e Instituciones Regulatorias. En Themis – Revista de Derecho N° 54. 2007. p.274.

En el Capítulo III se evalúan las condiciones de la aplicación actual del método del *control previo* a los contratos de interconexión que se suscriban en un mercado abierto a la competencia.

En las conclusiones se apreciarán las respuestas al problema planteado en la presente investigación y que están orientadas a que el método regulatorio del *control previo* es beneficioso en mercados no liberalizados o en transición a la competencia, en mercados liberalizados siempre que existan una justificación a su alcance y criterios precisos de aprobación y observación de los contratos de interconexión por parte de la autoridad; y siempre que se satisfaga el objetivo regulatorio al menor costo.

El método regulatorio del *control previo* inicialmente se dispuso en los Contratos de Concesión de los cuales es titular Telefónica del Perú S.A.A. suscritos en el año 1994⁽²⁾. Se establece en dichos contratos de concesión que todos los contratos de interconexión que suscriba la concesionaria estarían sujetos a la aprobación del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL), antes de que entren en vigencia. Debe recordarse que las concesiones de Telefónica del Perú S.A.A. correspondían a las de Entel Perú S.A. y la Compañía Peruana de Teléfonos S.A., las cuales eran en dicho momento las principales empresas concesionarias de servicios públicos en el país.

Como se aprecia en el presente trabajo, la versión inicial del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobada por Decreto Supremo N° 06-94-TCC publicada en el diario oficial El Peruano el 18 de febrero de 1994, dispuso que los contratos de interconexión debían ser aprobados por el OSIPTEL. El Texto Único Ordenado de este Reglamento General aprobado por Decreto Supremo N° 020-2007-MTC (en adelante, *Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones*) mantiene la referencia a que todos los operadores deben presentar el contrato de interconexión para el pronunciamiento del OSIPTEL y que el contrato tendrá efectos una vez que el OSIPTEL lo apruebe. El Estado decidió extender esta modalidad de intervención a todos los contratos de interconexión.

² Contratos de Concesión suscritos por el Estado con Empresa Nacional de Telecomunicaciones del Perú S.A. – ENTEL PERÚ S.A. para la prestación de Servicios Portadores y Telefónicos Locales y de Larga Distancia Nacional e Internacional en la República del Perú y con la Compañía Peruana de Teléfonos para la prestación del servicio portador y servicio telefónico local en la ciudad de Lima y Callao. Estos contratos fueron aprobados por Decreto Supremo N° 11-94-TCC del 13 de mayo de 1994.

En términos generales, se aprecia que el *control previo* por parte de la autoridad estaría justificado en la protección de intereses públicos subyacentes en la interconexión; por un lado, la necesidad que los contenidos del acuerdo de interconexión no contravengan disposiciones referidas a la interconexión (revisión general del cumplimiento del marco legal) y por otro lado, la necesidad que los contenidos del acuerdo de interconexión no afecten al operador que se interconecta (derecho a la igualdad de acceso, cláusula de tercero más favorecido, no discriminación y neutralidad).

El análisis de este modelo implica no solamente la revisión de la justificación de su existencia, sino la viabilidad de una reforma legal sobre la materia. Ello lleva por consecuencia la evaluación de cuál sería el mecanismo más eficiente de la actuación del Estado en los contratos de interconexión de redes y servicios públicos de telecomunicaciones.

Dentro de este análisis se deben incorporar los otros métodos por los cuales el Estado se ha aproximado a los diversos contratos que se suscriben en el ámbito regulatorio, como son los contratos de comercialización de tráfico y servicios públicos de telecomunicaciones, y los contratos de acceso y uso compartido de infraestructura.

La determinación que los contratos de interconexión no estén sujetos a aprobación administrativa no implica que éstos no deban ser puestos en conocimiento del regulador y sean de conocimiento del público en general (transparencia de las cláusulas contractuales).

En ese sentido, realizar una diferenciación entre el régimen de aprobación y de comunicación del contrato de interconexión, no debería suponer una flexibilización importante o desregulación de la interconexión, ni mucho menos que ésta no sea obligatoria. Implica, como se apreciará en el trabajo, un mejor uso de los recursos, identificando aquellos aspectos de la interconexión que deberían ser sujetos de evaluación intensa y aquellos que no.

En el presente trabajo no se propone una desregulación de la interconexión. Por el contrario, se advierte que existe una justificación para que la interconexión esté regulada, la evaluación que se propone se centra en la forma en que el Estado se aproxima a los contratos de interconexión y decide que éstos requieren de una

aprobación previa por parte de la autoridad, y en advertir que existen otras formas de intervención, probablemente, más eficientes y adecuadas para algunos escenarios.

Debe señalarse que la presente investigación se justifica en la ausencia de investigaciones respecto de los métodos regulatorios que utiliza el Estado para intervenir en la interconexión de redes y servicios públicos de telecomunicaciones, en especial respecto de la aprobación previa de los contratos de interconexión.

Las investigaciones realizadas sobre la materia se han centrado, principalmente, en la descripción de las características de la interconexión y de los contratos que suscriben las empresas operadoras; así como en analizar el contenido de los contratos de interconexión. Sin embargo, no se ha evaluado la justificación de la intervención administrativa en los contratos de interconexión mediante el *control previo*, ni la aplicación de este *control previo* en el sistema regulatorio peruano.

La presente investigación centra su análisis en la forma en la cual el Estado interviene explícitamente en la regulación de la interconexión, disponiendo que los contratos que se suscriben en este ámbito sean aprobados previamente antes de que entren en vigencia.

CAPITULO I

LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LOS CONTRATOS DE INTERCONEXIÓN

1. Justificación para la intervención del Estado en la interconexión de redes y servicios públicos de telecomunicaciones.

1.1. Definición de interconexión.

La Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) define a la interconexión como los acuerdos comerciales y técnicos bajo los cuales los proveedores de servicios conectan sus equipos, redes y servicios para posibilitar que los consumidores tengan acceso a los consumidores, servicios y redes de otros proveedores de servicios⁽³⁾.

Los usuarios de los servicios públicos de telecomunicaciones de un operador necesitan comunicarse no sólo con los usuarios del operador que les provee el servicio sino con los usuarios de los servicios públicos de telecomunicaciones provistos por otros operadores. Como señala INTVEN et ál, la interconexión es un aspecto importante para los consumidores debido a que los usuarios de los servicios de telecomunicaciones no pueden comunicarse entre sí, o conectarse a los servicios que requieren, si no existen los acuerdos de interconexión idóneos. Se señala que la interconexión de los distintos tipos de redes ha supuesto grandes beneficios para los consumidores y empresas en todo el mundo⁽⁴⁾.

³ Citado por Noam, Interconnection Practices en CAVE, M.E. et al. Handbook of Telecommunications Economics. Volume 1. 2002. Elseviers Science B.V. p. 387.

⁴ INTVEN, Hank. OLIVER, Jeremy. Sepúlveda, Edgardo. Manual de Reglamentación de las Telecomunicaciones. InfoDev – Banco Mundial. 2000. p. 3-1.

Así, una primera aproximación a la interconexión es apreciarla, desde un punto de vista técnico de ingeniería, como la conexión física de las redes de telecomunicaciones de dos diferentes operadores⁽⁵⁾.

Esta conexión física técnicamente posibilita que la comunicación sea transportada de una red a la otra, en ese sentido, se produce el transporte de señales con información permitiendo que los usuarios puedan comunicarse entre sí. Sin embargo, la interconexión es un concepto más amplio y tiene connotaciones jurídicas⁽⁶⁾. Ella forma parte del derecho de acceso entendido como el derecho de uso que tiene un operador respecto de la infraestructura de la que es titular otro operador⁽⁷⁾.

Este derecho de acceso se manifiesta en la interconexión, la cual en un sentido jurídico consiste en el *“derecho reconocido a un operador a conectar la propia infraestructura (o aquella a la cual se accede) a aquella ajena preexistente”*⁽⁸⁾.

Siguiendo a Noam la forma más tradicional de interconexión ha sido la *interconexión paralela o cooperativa*, por la cual, los proveedores dominantes se interconectan con proveedores dominantes en otras regiones⁽⁹⁾. Según este autor, la segunda forma clásica de interconexión es *vertical*, entre un proveedor que posee poder de mercado en un estado de la cadena de provisión y otro proveedor que requiere el uso de la facilidad para prestar servicios. Un ejemplo que cita Noam es la interconexión entre un

⁵ SCHIFER, Claudio y PORTO, Ricardo. Diccionario Jurídico Enciclopédico de los Medios de Comunicación, Buenos Aires, Universitas, Primera Edición. 2004. p. 190.

⁶ Nakagawa señala que considerar a la interconexión sólo como una mera unión física o virtual entre redes de telecomunicaciones, *“la restringe haciéndola similar a, por ejemplo, las conexiones domiciliarias para el suministro de energía eléctrica, a través de las cuales somos meros receptores (y consumidores) de energía. Tampoco se la define por los aspectos técnicos como por ejemplo, el uso de determinada tecnología, centrales, conmutación, protocolos, entre otros”*. NAKAGAWA MORALES, Virginia. “Interconexión de redes y servicios públicos de telecomunicaciones: real acceso a la competencia”. En Themis – Revista de Derecho N° 38. 1998. p. 299-314.

⁷ El acceso puede definirse en dos sentidos, de acuerdo a lo expresado por ZEGARRA VALDIVIA, por un lado, en sentido lato, como un derecho reconocido a un operador de ejercer la actividad económica de telecomunicaciones derivado de la apertura del mercado y del proceso de liberalización; y en sentido estricto, como el derecho de acceso a las redes e infraestructuras de telecomunicaciones, como un derecho de uso de dicha infraestructura reconocido a un operador respecto del único (o de los pocos) que sea titular de la misma. ZEGARRA VALDIVIA, Diego. Servicio Público y Regulación. Marco Institucional de las Telecomunicaciones en el Perú, Lima, Palestra Editores, Primera Edición, 2005. p. 479.

⁸ ZEGARRA VALDIVIA, Diego. Op cit. p. 488.

⁹ Cave M.E. et ál, loc. cit.

operador de larga distancia y un operador local que ha sido contenciosa y conflictiva desde el inicio⁽¹⁰⁾. Finalmente, cita un tercer tipo de interconexión: *interconexión horizontal* que implica que los competidores para el mismo mercado se interconectan entre sí⁽¹¹⁾.

1.2. Experiencia internacional: Europa y EEUU.

Ahora bien, antes de presentar la regulación nacional de la interconexión, es preciso hacer una breve referencia a los procesos de interconexión en la Unión Europea y en los Estados Unidos. CÁNOVAS señala que la *interconexión* ha sido uno de los ejes fundamentales dentro de la política de la Unión Europea para promover la competencia en redes y servicios⁽¹²⁾. Cabe señalar que el proceso de liberalización de las telecomunicaciones en la Unión Europea es parte de un proceso global de integración europea y de desarrollo del mercado único, el cual fue iniciado con el Tratado de Roma⁽¹³⁾.

Este proceso de liberalización se inició en el año 1984 con el desarrollo de estándares, investigación y la integración de las regiones menos desarrolladas; y posteriormente en 1987, la Comisión Europea publicó el denominado Libro Verde sobre desarrollo de un *mercado común* de equipos y servicios de telecomunicaciones⁽¹⁴⁾. CÁNOVAS precisa que este Libro Verde marcó el inicio de la segunda fase y la liberalización en enero de 1998⁽¹⁵⁾.

Debe indicarse que la política de telecomunicaciones de la Unión Europea se ha concentrado en la búsqueda de dos objetivos principales, por un lado la *eficiencia económica* y por otro lado, el *interés general* con la garantía del servicio universal⁽¹⁶⁾. Así, las actuaciones de la Comisión Europea se han orientado al objetivo de *liberalización del mercado* para la implantación de la plena competencia en los mercados de equipos, servicios y redes; *la armonización*; *la normalización* y

¹⁰ Ídem. pp. 387-388.

¹¹ Ídem. p. 388.

¹² CÁNOVAS TAMAYO, Pedro. Política de Telecomunicaciones en la Unión Europea: interconexión y competencia. Memoria para optar al Grado de Doctor. Universidad Complutense de Madrid. 2001. p. 139.

¹³ Ídem. p.38.

¹⁴ Ibídem

¹⁵ Ibídem

¹⁶ Ibídem.

certificación; y las *medidas correctoras* para implantar una política de cohesión económica y social sobre la que las telecomunicaciones tenían impacto⁽¹⁷⁾.

En materia de interconexión, el proceso liberalizador tenía por objetivo favorecer la prestación de servicios sin que se mantuvieran derechos exclusivos, se promovía la libre competencia obligando a los operadores establecidos a que otorguen acceso a sus redes públicas a los operadores entrantes, y para ello, la interconexión era necesaria⁽¹⁸⁾.

Dentro de este marco, se estableció que los acuerdos de interconexión quedaban sujetos a la negociación entre las partes que las autoridades nacionales de reglamentación fomentarían y garantizarían la interconexión en interés de los usuarios y para ello tendrían las siguientes potestades: establecer condiciones *ex ante*, intervenir cuando sea necesario fijando condiciones específicas o modificaciones en los acuerdos de interconexión, imponer un plazo límite en las negociaciones y resolver los conflictos que surjan en los acuerdos de interconexión⁽¹⁹⁾.

La interconexión se rige a nivel comunitario por la Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión⁽²⁰⁾. Esta Directiva armoniza la manera en que los Estados miembros regulan el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y su interconexión. Así, el objetivo de esta Directiva es establecer un marco regulador para las relaciones entre los suministradores de redes y servicios que sea compatible con los principios del mercado interior, haga posible el mantenimiento de una competencia sostenible, garantice la interoperabilidad de los servicios de comunicaciones electrónicas y redunde en beneficio de los consumidores.

¹⁷ Ídem. pp.78-79.

¹⁸ Ídem. p. 139.

¹⁹ Ídem. p.141.

²⁰ Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva acceso) [con las modificaciones introducidas por la Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009]. http://www.cmt.es/es/normativas/general/doc14685/Directiva_2002-19-CE_Acceso_Texto_Consolidado_SIMPLIF.pdf (16.11.2010).

Debe indicarse que esta Directiva define los derechos y las obligaciones de los operadores y de las empresas que deseen interconectarse y/o acceder a sus redes o recursos asociados, precisando que se entiende por interconexión 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. Esta Directiva deja en claro que la interconexión constituye un tipo particular de acceso entre operadores de redes públicas.

Asimismo, esta Directiva establece que los operadores de redes públicas de comunicaciones tendrán el derecho y, cuando así lo soliciten otras empresas autorizadas conforme a la legislación comunitaria, la obligación de negociar la interconexión mutua con el fin de prestar servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público con vistas a garantizar la prestación de servicios y su interoperabilidad.

En la experiencia de los Estados Unidos de América se aprecia que la interconexión no es un proceso nuevo y se presenta a lo largo de todo el siglo pasado. NOAM señala que el control de la interconexión ha sido usado para establecer el sistema de *monopolio*, en una primera etapa; luego en una segunda etapa la política de interconexión ha permitido la *introducción de competencia* y en su etapa actual, esta política es utilizada para la *promoción de la competencia*⁽²¹⁾.

Señala NOAM que el monopolio inicial estuvo basado en patentes más que en la regulación. Precisa este autor que una vez que las patentes básicas de Bell expiraron, los competidores independientes entraron especialmente en los distritos rurales y en los centros de negocios de distritos. Así, la política inicial de Bell Company fue rehusarse a la interconexión con estos operadores independientes, sustentando su estrategia en el control de la interconexión, de equipos hacia su red, de las redes locales de los operadores rivales hacia la red local de Bell Company, y de las redes rivales hacia el sistema de larga distancia de la Bell Company. Esta interconexión, si es que obtenía, se lograba a través de acuerdos contractuales, en la medida que ello

²¹ Cave M.E. et ál, óp. cit. p. 390.

permitía que AT&T ejerza su poder substancial⁽²²⁾. En cambio, los nuevos operadores entrantes preferían la interconexión como un problema de derechos legales y buscaban una orden de interconexión supervisada por el Estado⁽²³⁾.

NOAM señala que en Europa, el control temprano sobre la interconexión fue utilizado también para establecer monopolios. Este autor señala que especialmente en Noruega, Suecia y Gran Bretaña los operadores competidores fueron inicialmente exitosos, pero el monopolio pronto tomó ventaja a través de la interconexión y ninguna contra fuerza regulatoria protegió a los competidores contra el operador dominante que fue el gobierno en sí mismo⁽²⁴⁾.

NOAM señala que en los Estados Unidos la interconexión llegó a ser regulada, precisa que en 1904 una corte federal mantuvo el poder del estado de ordenar la interconexión a las redes competidoras. Menciona que para 1915 más de 30 estados tienen este requerimiento y todos lo mantienen hasta la fecha⁽²⁵⁾.

Sin embargo, como señala NOAM, pronto, la interconexión fue utilizada para estabilizar un cártel. NOAM menciona que varias compañías telefónicas independientes llevaron casos a través de procedimientos federales *antitrust* contra AT&T sustentados en su negativa a ofrecer interconexión, a estas quejas se unió el Departamento de Justicia en 1913⁽²⁶⁾. Bajo esta presión – señala NOAM – AT&T aceptó un acuerdo conocido como “*Kingsbury Commitment*” que benefició la interconexión de estos operadores independientes a cambio de unirse a un cartel dirigido por AT&T. Bajo este sistema, sólo un operador servía en un área particular. De esta manera, esta compañía era protegida de la entrada de operadores rivales debido a que ningún rival tenía derecho a la interconexión⁽²⁷⁾.

En consecuencia, como señala NOAM, los operadores independientes ahora tenían el interés en que el sistema Bell sea efectivo como un agente interconectado, líder en tecnología, que fijaba estándares y que hacía cumplir los cárteles. Bajo este marco, NOAM considera que la telefonía se movió de la competencia hacia una amplia

²² Ídem. pp. 390-391.

²³ Ídem. p. 391.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ *Ibidem*.

cooperación en oligopolio. Así, este autor considera que la interconexión por sí misma no necesariamente conduce a la competencia y de hecho, puede liderar los cárteles cooperativos que convierte a los operadores entrantes en complementarios más que en competidores⁽²⁸⁾. Conforme señala NOAM la interconexión no asegura competencia, pero la falta de interconexión históricamente la ha evitado, de manera que la interconexión ha sido condición necesaria pero no suficiente para la competencia en telecomunicaciones⁽²⁹⁾.

NOAM señala que por setenta años AT&T tuvo el control sobre la interconexión a través de este sistema de monopolio compartido con los pequeños operadores independientes. Sin embargo, conforme a NOAM, el poder que AT&T había cedido al gobierno para regular esta interconexión tuvo la potencialidad de voltearse en su contra. Esta situación según NOAM empezó a ocurrir en los años sesenta. La interconexión se convirtió en la herramienta para desestabilizar a AT&T, empezando la etapa de apertura de los mercados. La primera medida fue la interconexión de equipos terminales de consumidores⁽³⁰⁾. NOAM señala que la prohibición de estas ataduras habilitó a AT&T a trasladar sus ganancias de actividades de manufactura no reguladas hacia servicios de red con ganancias sujetas a regulación. NOAM cita las decisiones Hush – A – Phone (1956) y Carterfone (1966) que permitieron una competencia en los equipos y que puedan ser adquiridos por los consumidores y conectados a la red⁽³¹⁾.

La siguiente etapa señala el mismo autor se presenta con la interconexión de las redes de larga distancia. La disponibilidad de los equipos de transmisión por microondas bajaron drásticamente las barreras económicas y tecnológicas para las comunicaciones de larga distancia. En 1969, señala NOAM, MCI (Microwave Communications, Inc.) obtuvo una decisión judicial favorable que le permitió proveer el servicio mediante líneas privadas. Luego para expandir sus servicios a la red pública conmutada requería interconexión con AT&T para conectar a sus suscriptores con los no suscriptores y viceversa, esto último lo obtuvo con otra decisión judicial en 1978⁽³²⁾.

Esta situación llevó a que más adelante, la más grande compañía de telecomunicaciones mundial AT&T, sobre la base de un caso *antitrust* en el que se

²⁸ *Ibídem.*

²⁹ *Ibídem.*

³⁰ *Ídem.* p. 392.

³¹ *Ibídem.*

³² *Ibídem.*

señaló que había realizado prácticas injustas hacia sus competidores, especialmente a través de prácticas discriminatorias en la interconexión, fue obligada a su reorganización en el año 1982⁽³³⁾.

Luego de esta restructuración en 1996, se emitió la Telecommunications Act la cual cambió muchos aspectos de la regulación y la competencia. NOAM señala que se incluyó en esta ley una sección denominada “Interconnection Requirements”. Las compañías Bell ansiosas por ingresar al mercado de larga distancia, tuvieron que proveer interconexión a los nuevos entrantes, desagregar su red, permitir la reventa de sus servicios y proveer portabilidad numérica⁽³⁴⁾.

1.3. Definición de interconexión en Perú.

En el ámbito nacional, el artículo 3° del Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión⁽³⁵⁾ (en adelante, *TUO de las Normas de Interconexión*), considera, a diferencia de la definición técnica contenida en el Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones⁽³⁶⁾, una definición más amplia de interconexión no restringiéndola al carácter técnico de la misma sino enfatizando en la posibilidad de comunicación de los usuarios de los servicios. Así, establece que la interconexión 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 servicios de telecomunicaciones de la misma naturaleza, prestados por otro operador.

Esta definición de interconexión pretende ser amplia con la finalidad de cubrir todo escenario⁽³⁷⁾ que implique, por un lado, las comunicaciones entre los usuarios de las

³³ *Ibíd.*

³⁴ *Ídem.* pp. 392-393.

³⁵ Aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 043-2003-CD/OSIPTEL.

³⁶ El Texto Único Ordenado del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones fue aprobado por Decreto Supremo N° 020-2007-MTC. Su Glosario de Términos considera a la interconexión de servicios de telecomunicaciones el: “*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.*”

³⁷ Esta definición incluye comunicación en el sentido amplio, no restringe el concepto a comunicación por voz. La comunicación incluye todo transporte de señales de información, como por ejemplo, los mensajes de texto corto entre los operadores de los servicios públicos móviles (servicio de telefonía móvil, servicio de comunicaciones personales y servicio de canales múltiples de selección automática-troncalizado). Esta

distintas redes, sin importar si la conexión de las redes es física en forma directa o es de manera indirecta a través de un tercer operador⁽³⁸⁾. Por otro lado, no limita la definición a los contratos de interconexión sino que se extiende a cualquier forma de establecer la interconexión, sea contrato de interconexión o mandato de interconexión, e incluye el marco legal general aplicable a las relaciones de interconexión.

Un elemento importante a considerar es que la definición de interconexión aplica para los operadores de redes de servicios públicos de telecomunicaciones y la calificación de interconexión sólo se presentará cuando se trata de redes de la misma naturaleza, es decir redes de operadores de servicios públicos de telecomunicaciones, excluyéndose, por ejemplo, un conexión física entre una red pública y una red privada.

posición ha sido adoptada por el OSIPTEL en la Resolución de Consejo Directivo N° 008-2004-CD/OSIPTEL que resuelve el recurso de apelación interpuesto por BellSouth Perú S.A. para el caso del acuerdo para el intercambio de mensajes de texto:

“1.2. Definición de interconexión contenida en las Normas de Interconexión (...)

El artículo 3 de las Normas de Interconexión establece el alcance de la interconexión. Así se considera que la interconexión 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 prestados por otro operador.

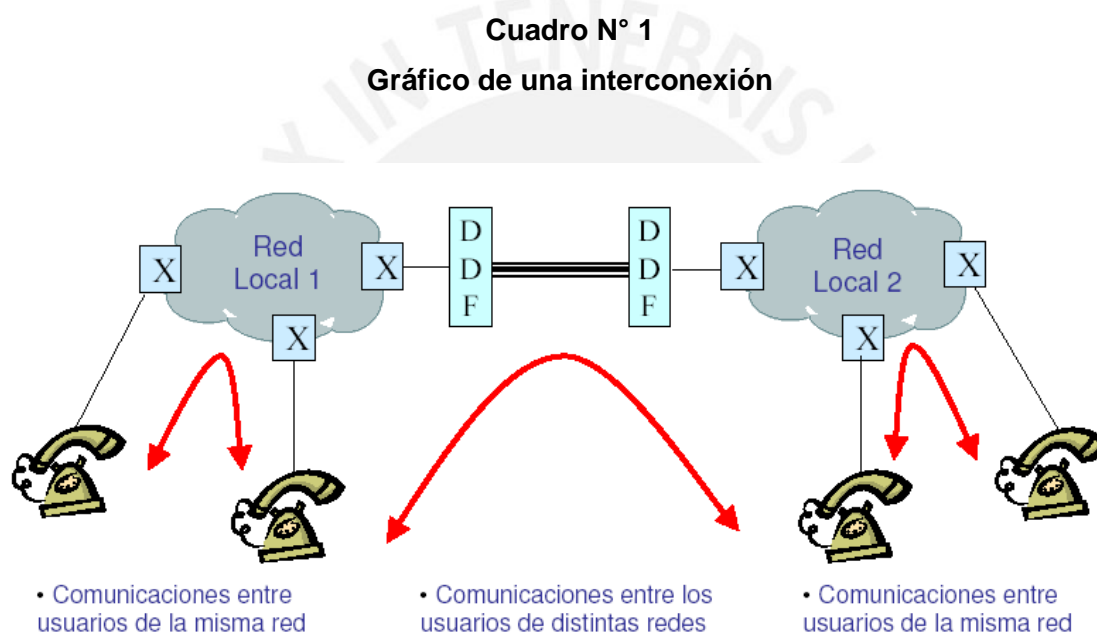
Esta definición de interconexión también está recogida en la Normativa Comunitaria Andina, en su Decisión 462 - Normas que Regulan el Proceso de Integración y Liberalización del Comercio de Servicios de Telecomunicaciones en la Comunidad Andina(1). En efecto, el artículo 2 de la referida norma - en sus Definiciones - considera por interconexión a todo enlace con los proveedores que suministran redes o servicios públicos 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 operador de los que se contraigan compromisos específicos(2).

Como se advierte, el concepto de interconexión es amplio y no se encuentra limitado a comunicaciones en las cuales se transmita únicamente voz sino que se pueda transmitir información que permita la comunicación entre los usuarios de un operador y los usuarios de otro operador, sea que se trate de voz, texto, imágenes o datos en general.”

³⁸ Este supuesto es conocido como interconexión indirecta o interconexión vía el transporte conmutado local (también denominado tránsito local). En la interconexión indirecta se establece una relación jurídica entre dos empresas operadoras, sin que éstas estén interconectadas físicamente entre sí. Se presenta usualmente entre empresas operadoras que tienen bajos niveles de tráfico de interconexión entre sus redes en los cuales es económicamente más conveniente utilizar como vía intermedia a un tercer operador, el cual presta el transporte conmutado local, que es un servicio que incluye los medios de transmisión y conmutación de un portador local y que permite enlazar las redes de distintos operadores.

En efecto, técnicamente se pueden presentar distintas formas de interconexión entre las diversas redes de telecomunicaciones⁽³⁹⁾, sin embargo no todas estarán cubiertas bajo la protección legal del citado artículo 3° del TUO de las Normas de Interconexión. Cuando se trate de redes de servicios de distinta naturaleza podrá tecnológicamente considerarse como una conexión, sin embargo, no tendrá la calidad de interconexión desde un punto de vista jurídico en la medida que no tendrá la misma relevancia legal y regulatoria.

En el siguiente cuadro se puede apreciar una interconexión de redes de servicios públicos de telecomunicaciones:



Fuente: OSIPTEL⁽⁴⁰⁾

Este gráfico representa la interconexión entre los usuarios de dos redes distintas, por ejemplo, redes de servicios finales, como la interconexión entre dos redes del servicio de telefonía fija entre sí, o dos redes del servicio de comunicaciones móviles (telefonía móvil, servicio de comunicaciones personales – PCS o servicio de canales múltiples

³⁹ Inclusive se puede afirmar que el concepto de interconexión no es exclusivo de las telecomunicaciones como sector de la economía sujeto a regulación. Existen otras industrias reguladas como la transmisión en el sector eléctrico en la cual puede existir interconexión entre las redes de transmisión eléctrica.

⁴⁰ OSIPTEL. “La interconexión de redes de servicios públicos de telecomunicaciones en el Perú”. [diapositivas] - Gerencia de Políticas Regulatorias. 22 de noviembre de 2006. <http://www.osiptel.gob.pe/Index.ASP?T=T&IDBase=3318&P=%2FOsiptelDocs%2Fgcc%2Fnoticias%5Fpublicaciones%2Fpresentaciones%2F2006%2Fpres%5FIntercdeRedesdeServPubTelecen%5F22112006%2Epdf>. Consulta: 14 de julio de 2009.

de selección automática – troncalizado) entre sí, o una combinación entre una red del servicio de telefonía fija y una de comunicaciones móviles.

El gráfico permite apreciar con claridad que la interconexión tiene un soporte físico debido a que las redes requieren una interconexión física, a partir de la cual se generan aspectos técnicos, económicos y legales que necesariamente deben ser incluidos en el contrato de interconexión.

1.4. Justificación para la intervención del Estado en la interconexión

El profesor OGUS señala que sólo debería existir regulación cuando el mercado regulado no pueda alcanzar los resultados deseados. Así, este autor señala que las justificaciones para la intervención pueden ser divididas en *económicas* y *no económicas* ⁽⁴¹⁾.

Siguiendo a este autor, las principales *justificaciones económicas* se presentan cuando existen fallas de mercado, tales como la presencia de monopolios o restricciones significativas al mercado competitivo, información inadecuada o asimétrica que afecta las relaciones entre consumidores y proveedores, *externalidades* que afectan a terceras personas en formas que no están reflejadas en los precios fijados por los productores, o problemas de coordinación ⁽⁴²⁾.

Para que los mercados sean eficientes en el sentido de Pareto, STIGLITZ señala que debe existir la competencia perfecta con un número suficientemente grande de empresas que no tengan la capacidad cada una de ellas de influir en los precios ⁽⁴³⁾. Sin embargo, en algunos mercados existen monopolios, o pocas empresas (oligopolios) con una mayor participación en el mercado, ocasionando situaciones de competencia imperfecta que conllevan a la ineficiencia económica.

Las fallas de información también justifican las actividades de intervención del Estado porque los consumidores tienen información incompleta y por la convicción de que el mercado suministra por sí solo demasiada poca información ⁽⁴⁴⁾. Siguiendo a STIGLITZ se puede considerar que la información es un bien público en la medida que

⁴¹ OGUS, Anthony, loc. cit.

⁴² *Ibíd.*

⁴³ STIGLITZ, Joseph E. La economía del sector público. Bosh. Tercera Edición. 2000. p. 92.

⁴⁴ *Ídem.* p. 99.

suministrar información a una persona más no supone reducir la cantidad que tienen otras⁽⁴⁵⁾.

Por su parte, las *externalidades* – complementando lo señalado por OGUS – STIGLITZ las define como aquellos actos de una persona o empresa que afectan a otras personas o empresas, en los que una empresa impone un costo a otras, pero no las compensa, o en los que una empresa genera un beneficio a otras, sin embargo, no recibe ninguna retribución a cambio⁽⁴⁶⁾⁽⁴⁷⁾. En el primer caso, estaremos ante las *externalidad negativas*, en el segundo caso, serán *externalidades positivas*.

Asimismo, en cuanto a las *justificaciones no económicas*, OGUS identifica las asociadas a la *justicia distributiva* cuando los mercados no regulados conllevan a resultados que no se condicen con lo que se percibe como una justa distribución de recursos; o *al paternalismo*, cuando se asume que las personas no tienen buen criterio o no se confía que actuarán de acuerdo con lo que resulta mejor para sus intereses⁽⁴⁸⁾.

STIGLITZ amplía el desarrollo de estos dos conceptos. Este autor precisa que aunque la economía de mercado fuera óptima, existen estos dos argumentos que justifican la intervención del Estado. En el caso de la distribución de la renta, considera que los mercados competitivos pueden generar una distribución de la renta muy desigual y dejar a las personas con recursos insuficientes para vivir. En ese sentido, precisa que una de las actividades más importantes del Estado es redistribuir la renta, y por dicho motivo existen distintos programas sociales de transferencias⁽⁴⁹⁾.

En el caso del paternalismo, se considera que aún en una economía óptima, existe el temor de que el individuo pueda no actuar en su propio interés. Este autor considera que la percepción que tiene cada individuo de su propio bienestar puede no ser un

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ *Ídem*. p.95.

⁴⁷ Cfr. ALVAREZ RODRICH, Augusto. Principios de empresas estatales y privatización. Biblioteca Universitaria. Universidad del Pacífico. p. 35. ALVAREZ RODRICH señala que las externalidades se presentan cuando los beneficios del consumo no pueden ser limitados ni cobrados a un consumidor particular o cuando una actividad económica produce costos sociales que no son pagados por el productor ni por el consumidor que los genera.

⁴⁸ OGUS, Anthony, *loc. cit*

⁴⁹ STIGLITZ, Joseph, *óp. cit.* p.103

criterio fiable para juzgar el bienestar, ya que los consumidores pueden tomar malas decisiones, aún cuando posean información completa⁽⁵⁰⁾⁽⁵¹⁾⁽⁵²⁾.

NOAM menciona que existen dos explicaciones para el rol del gobierno en la interconexión, las cuales no coexisten fácilmente. La primera racionalidad o explicación asumida es el *poder de mercado*, la cual parte de dos premisas, la primera que las telecomunicaciones son un servicio esencial para la sociedad y la economía. La segunda premisa es que la provisión monopólica de este servicio no es deseable⁽⁵³⁾. Dadas las características del proveedor incumbente – economías de escala y de alcance y las externalidades alcanzadas – un nuevo entrante no podría tener éxito actuando como una entidad aislada, y por ello requiere alcanzar a los consumidores del incumbente⁽⁵⁴⁾. De tal manera que si se pretende asegurar competencia con un incumbente fuerte, se debe acompañar la competencia con un aseguramiento de la interconexión. Se justifica así la interconexión en términos que es favorable para un entrante en un período inicial⁽⁵⁵⁾.

La segunda racionalidad para la regulación de la interconexión puede ser denominada *explicación de los costos de transacción*⁽⁵⁶⁾. Sobre el particular, NOAM señala que esta explicación se centra en las externalidades positivas de la red, de manera que la interconexión es diseñada como un elemento de integración en un ambiente en que

⁵⁰ *Ibíd.*

⁵¹ Este autor considera que no es una posición unánime la idea *paternalista*. Precisa que algunos economistas y filósofos sociales consideran que el Estado debe respetar las preferencias de los consumidores. Señala que estas posiciones consideran que aunque hayan casos en los que el Estado debe adoptar un papel paternalista, es casi imposible distinguirlos de los demás y temen que una vez que el Estado asuma un papel paternalista, los grupos de presión intenten utilizarlo para defender sus propias ideas sobre la forma que deben actuar o sobre lo que deben consumir los individuos. A esta idea, se le denomina a veces *pensamiento libertario*.

⁵² Cfr. ÁLVAREZ RODRICH, Augusto. *op. cit.* pp. 29-31. Debe señalarse que entre las causas no económicas de la intervención estatal, ALVAREZ RODRICH menciona la predilección ideológica, el logro o consolidación del poder político, herencia histórica e inercia al cambio.

⁵³ Cave M.E. et ál. *op cit.* p. 389.

⁵⁴ *Ibíd.*

⁵⁵ *Ibíd.* NOAM señala que bajo esta racionalidad existe el problema siguiente: los operadores sin poder de mercado no le deberían la interconexión a ningún otro operador. Ello significaría acuerdos asimétricos entre operadores, lo cual genera inestabilidad, por lo cual este tema es ampliamente discutido y no existe una respuesta sencilla.

⁵⁶ En el numeral 1.5. del presente capítulo se desarrolla con mayor detalle la definición de costos de transacción desde el punto de vista económico y legal.

las redes cada vez son más diferentes, en el que la información fluye por numerosos canales de muchos operadores. En este ambiente, las reglas de interconexión facilitan la reducción de los costos de transacción en los acuerdos. Las reglas de interconexión pueden limitar la libertad de negociación pero facilitan el comercio y las transacciones. Estas reglas establecer simetría en el tratamiento de numerosos operadores y eliminan continuas evaluaciones del poder de mercado⁽⁵⁷⁾.

Como ha señalado NOAM la visión del poder de mercado y la de costos de transacción no coexisten fácilmente, pero difieren de su perspectiva del futuro. En la primera, la regulación de la interconexión es un asunto esencialmente de transición que desaparecerá con la real competencia, la regulación de la interconexión declinará con el tiempo. En contraste, la racionalidad del costo de transacción arriba a una conclusión opuesta. En la medida que la entrada abierta permita que más y más operadores ofrezcan sus servicios, ellos requerirán de reglas básicas para su interacción siendo importantes para que la infraestructura en red no se derive en fragmentos o partes de red incompatibles⁽⁵⁸⁾.

Este autor considera que la visión de poder de mercado (o antimonopoly) es asimétrica requiriendo la interconexión para los grandes operadores pero no para sus competidores. Por el contrario, la explicación del costo de transacción es simétrica aplicando la interconexión para todos los operadores⁽⁵⁹⁾.

En la interconexión de redes públicas de telecomunicaciones se advierte la presencia de las *justificaciones y racionalidades económicas* antes mencionadas para la intervención del Estado en la economía. Asimismo, se identifican la existencia de características particulares de la economía de redes, que justifican y fortalecen los fundamentos para su regulación por parte del Estado: la existencia de *facilidades esenciales* y de *externalidades de red*.

TARZIÁN y PAREDES considera que existen *externalidades de red* cuando el consumo de un producto o servicio adquiere un mayor valor a medida que aumenta el número de personas que lo utilizan⁽⁶⁰⁾. Este es el caso de las redes de

⁵⁷ *Ibíd.*

⁵⁸ *Ídem.* p. 390.

⁵⁹ *Ibíd.*

⁶⁰ TARZIÁN M., Jorge y PAREDES M., Ricardo. Organización Industrial para la estrategia empresarial. Segunda Edición. Pearson Education. México 2006. p. 229.

telecomunicaciones, las cuales adquieren mayor valor para un operador en cuanto otorguen mayores posibilidades de comunicación. Un operador entrante al mercado de telecomunicaciones, por ejemplo, del servicio de telefonía fija local, tiene, por lo general, un número pequeño de usuarios de sus redes, y éstos requieren comunicarse con los usuarios del mismo servicio del operador establecido. En ese sentido, la red del operador entrante requiere estar interconectada con la red del operador establecido, para posibilitar las comunicaciones entre los usuarios, y garantizar de esta manera su permanencia en el mercado generando competencia⁽⁶¹⁾.

La interconexión de las redes públicas de los operadores entrantes al mercado genera beneficios para la sociedad en la medida que promueve la competencia entre el entrante y el establecido, además de posibilitar la comunicación entre los usuarios. Sin embargo, por lo general, el operador establecido no tiene los incentivos suficientes para el establecimiento de la interconexión. Sobre este tema LAGUNA DE PAZ señala lo siguiente: *“Sin embargo, la situación de competencia perfecta y equilibrada entre redes no siempre se da. Las más grandes tienen menos interés en interconectarse con las más pequeñas y, desde luego, pueden tratar de negar el acceso a éstas, con el fin de expulsarlas del mercado. De ahí la conveniencia de que la normativa asegure de manera razonable la interconexión.”*⁽⁶²⁾.

En la medida que el operador establecido pueda limitar el ingreso al mercado del operador entrante (por ejemplo, dificultando la interconexión), tiene la posibilidad de consolidar su posición en el mercado promoviendo, la fidelización de sus clientes para que no sean clientes del operador entrante.

Existen distintas formas por las cuales un operador establecido puede limitar el acceso a la interconexión, la más común es dilatando o negando la celebración de un contrato de interconexión. Otras alternativas pueden ser la demora en el otorgamiento de las facilidades necesarias para la interconexión física, por ejemplo, la instalación de un

⁶¹ Conforme señala SÁNCHEZ RODRÍGUEZ: *“Tengamos en cuenta que un servicio de telecomunicación sólo tiene sentido en la medida que haya sujetos que están en contacto efectivo. O, lo que es lo mismo, una red de telecomunicaciones cuanto más grande sea más útil será, o más valor tendrá, con lo que, de cara a la competencia, la fuerza económica que puedan tener las redes de los nuevos operadores es fundamental.”* SANCHEZ RODRÍGUEZ, Antonio Jesús. Derecho de las Telecomunicaciones. Nuevo Derecho y Nuevo Mercado. Madrid, Editorial Dykinson, 2002. p. 138.

⁶² LAGUNA DE PAZ, José Carlos. Telecomunicaciones: Regulación y Mercado. Navarra, Editorial Aranzadi, 2004. p. 191.

enlace de interconexión⁽⁶³⁾ o exigiendo requerimientos técnicos innecesarios para la interconexión física.

Puede apreciarse que la interconexión se encontrará sujeta a una regulación económica que se sustenta en principios de teoría de la regulación y de la organización industrial, específicamente, en el acceso a las *facilidades esenciales* y los beneficios de las *externalidades de red*.

Para efectos de las *facilidades esenciales* de interconexión debe considerarse que el concepto ha sido aceptado en la doctrina y jurisprudencia, no obstante, siempre con consideraciones en cuanto a su calificación, a la probable afectación de los derechos de propiedad involucrados, y a no desincentivar la inversión del titular. Al respecto, MOTTA señala que cualquier entrada – entendida como instalación o servicio – que es profundamente necesaria para todos los participantes en una industria para operar en la misma y que no es fácilmente duplicada puede ser considerada como una *facilidad esencial*⁽⁶⁴⁾.

Este autor considera que hay muchos ejemplos que pueden satisfacer este concepto. Sin embargo, precisa que calificar si esta instalación es verdaderamente una instalación esencial es un asunto complejo. Esta facilidad le otorga una ventaja competitiva a su titular sobre otros rivales y en ese sentido, resulta complejo determinar cuan indispensable es cierta facilidad⁽⁶⁵⁾.

Por su parte, LAFFONT y TIROLE señalan que la *doctrina de las facilidades esenciales* considera que el titular de una facilidad esencial puede tener el incentivo de monopolizar segmentos complementarios⁽⁶⁶⁾. Precisa que esta doctrina fue discutida por primera vez en los Estados Unidos en el caso “Terminal Railroad Association v. US” en 1912, en el cual un grupo de operadores de ferrocarriles se asociaron obteniendo acceso clave entre el río Mississippi y el terminal de Saint Louis,

⁶³ Un enlace de interconexión es el medio por el cual se interconectan físicamente las redes de telecomunicaciones. Se provee en forma de E1, que, conforme a las definiciones del TUO de las Normas de Interconexión, es la unidad mínima del enlace de interconexión que agrupa treinta (30) canales digitales, más un canal de sincronismo y otro de señalización, a 2,048 Mbps.

⁶⁴ MOTTA, Massimo. *Competition Policy. Theory and Practice*. Cambridge University Press. 2004. p. 66.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ LAFFONT, Jean – Jacques y TIROLE, Jean. *Competition in Telecommunications*. The MIT Press. Cambridge, Massachusetts. 2001. p. 98.

excluyendo a los competidores que no formaban parte de este acuerdo. La Suprema Corte declaró que esta práctica constituía una violación a la Ley Sherman (Sherman Act)⁽⁶⁷⁾.

Asimismo, LAFFONT y TIROLE mencionan que una versión de esta doctrina fue invocada por el Tribunal de Justicia Europeo en la conocida decisión United Brands del año 1978, en la cual se sostuvo que United Brands Corporation tenía un poder de mercado sustancial en Europa, lo cual le permitía prácticas exclusorias en mercados relacionados (v.g. el mercado de distribución)⁽⁶⁸⁾.

El TUO de las Normas de Interconexión señala en su Anexo N° 2 como facilidades o instalaciones esenciales a la conmutación, la terminación de llamadas, el transporte, la señalización, entre otras.

Esta regulación económica, por su parte, corresponde a una modalidad de actuación del Estado en la economía que implica que éste disciplina las actividades económicas y las sujeta a directrices orientadas a la protección del interés público.

Esta situación justifica que el Estado imponga la obligación legal de interconexión y dicte normas y reglamentaciones detalladas en cuanto al plazo, forma y mecanismos para la negociación y establecimiento de la interconexión. Asimismo, justifica que reglamente el contenido y la forma de proveer la interconexión de manera efectiva, y regule los mecanismos de solución de controversias una vez que la interconexión ha sido establecida.

Así, el ordenamiento jurídico atribuye potestades públicas a un organismo especializado para que sea competente en materia de interconexión y con ello se garantice una adecuada liberalización del sector. Por este motivo, el marco normativo sectorial determina con claridad que el OSIPTEL sea el organismo competente de forma exclusiva sobre los temas de interconexión de los servicios públicos de telecomunicaciones. En ese sentido, este organismo vela por el establecimiento de las relaciones de interconexión entre los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones.

⁶⁷ *Ibidem.*

⁶⁸ *Ibidem.*

Por su parte, el artículo 7° de la Ley de Telecomunicaciones⁽⁶⁹⁾ califica que la interconexión de las redes y los servicios de telecomunicaciones es de interés público y social, otorgándole, en ese sentido, una protección especial en atención a su importancia. El artículo 103° del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones enfatiza este interés público cuando establece que la interconexión es obligatoria y constituye una condición esencial de la concesión. Similar disposición sobre el carácter obligatorio de la interconexión se ha establecido en el TUO de las Normas de Interconexión⁽⁷⁰⁾.

Esta obligatoriedad se manifiesta en los contratos de concesión que suscriben las empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones y tiene consecuencias muy intensas en cuanto a su incumplimiento (por ejemplo, implicará la imposición de sanciones administrativas e incluso podría conllevar la pérdida de la concesión dada su calidad de condición esencial de la concesión).

Esta obligatoriedad de la interconexión debe ser entendida como una obligación en sentido técnico – legal. Siguiendo lo señalado por VÁSQUEZ LÉPINETTE, la obligación es la correlación del deber del deudor y el derecho del acreedor, y la obligación de interconexión es tal cuanto se impone un deber de interconexión a los titulares de redes abiertas al público y se atribuye un derecho correlativo a los usuarios de las mismas a exigir interconexión. Este autor precisa que esta obligación tiene origen en la ley y tiene por objeto una prestación de hacer⁽⁷¹⁾.

Esta obligación de hacer implica, por un lado, que el operador afectado con la imposición de esta obligación legal deberá interconectarse, de manera directa o indirecta, con los operadores que se lo soliciten y, por otro lado, este operador deberá interconectar sus redes, directa o indirectamente, con las redes de otros operadores que posibiliten que sus usuarios puedan comunicarse sin restricciones en cuanto al origen o destino de las comunicaciones.

En un contexto en el cual los diferentes servicios públicos de telecomunicaciones son prestados por un solo operador, y por lo general, es una empresa pública, la

⁶⁹ Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo N° 013-93-TCC.

⁷⁰ El artículo 4° de las normas de Interconexión señala que la interconexión es de interés público y social, y por lo tanto, obligatoria.

⁷¹ VÁSQUEZ LÉPINETTE, Tomás. La obligación de interconexión de redes de telecomunicación, Valencia, Tirant lo blanch, 1999. pp. 85-86.

interconexión no es regulada de una manera tan estricta. Como se ha afirmado, la interconexión en estos casos se aplicaría principalmente a posibilitar las comunicaciones entre los usuarios de los operadores nacionales a nivel internacional.

Sin embargo, en un escenario de liberalización del sector telecomunicaciones –como el establecido por los Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones, aprobados por Decreto Supremo N° 020-98-MTC-, la interconexión adquiere una importancia muy alta debido a que el acceder a las redes de los otros operadores, para efectos que la comunicación de los usuarios, constituye una necesidad para los operadores entrantes. Es un elemento que permite la competencia en el sector.

SÁNCHEZ RODRÍGUEZ afirma sobre este tema que:

El haber pasado de un régimen jurídico en el que existe un operador único que explota sus propias infraestructuras y redes a uno en que existen muchos operadores, muchos de ellos con sus correspondientes redes e infraestructuras, hace que, para garantizar la competencia y para que los nuevos operadores puedan acceder a todos los usuarios y viceversa, se establezcan normas rígidas de interconexión de las redes de telecomunicaciones⁽⁷²⁾.

El éxito de la liberalización de los mercados de servicios públicos de telecomunicaciones está asociado a la interconexión entre las redes públicas de los operadores. Sobre ello, FERNÁNDEZ FARRERES señala:

Así pues, la efectiva interconexión constituye, en gran medida, la clave del éxito de la liberalización y del esfuerzo por crear un mercado competitivo en el subsector mismo de las redes e infraestructura, ya que, dada la opción elegida, la de la ruptura del monopolio en el establecimiento y explotación de redes, es la única forma de que los nuevos titulares puedan ofrecer acceso a cualquier abonado de otro sistema o de otro operador, y muy especialmente del operador dominante.⁽⁷³⁾.

Así, la interconexión implicará una interacción entre la competencia y la regulación de los mercados de telecomunicaciones, y para ello, desde el inicio de los procesos de

⁷² SANCHEZ RODRÍGUEZ, Antonio. óp. cit. pp 137-138.

⁷³ FERNÁNDEZ FARRERES, Germán. Algunas consideraciones sobre el Régimen Jurídico de la Interconexión de las Redes de Telecomunicaciones. En GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, Enrique (coordinador). Telecomunicaciones, Infraestructura y Libre Competencia. Valencia, Tirant lo blanch, 2004. p. 130.

liberalización, se requiere del establecimiento de reglas para la apertura del mercado y para enfrentar la relación entrante – establecido, tanto respecto de la asimetría en la negociación como en relación al poder de mercado entre los operadores⁽⁷⁴⁾.

Por último, debe resaltarse que la interconexión es una herramienta para promover la competencia en los mercados de servicios públicos de telecomunicaciones, la actividad interventora del Estado está orientada así a lo que se denomina *regulación directa* más que a la actividad de *defensa de la competencia*. La categoría de *regulación directa*, conforme señala COLOMA es un tipo de intervención que implica una actividad reguladora constante que continuamente está fijando precios, niveles de inversión, índices de liquidez y solvencia, y otras variables. A diferencia de la regulación directa, *la defensa de la competencia* opera de manera excepcional⁽⁷⁵⁾. COLOMA precisa que los modos generales de llevar a cabo la defensa de la competencia son la *política de comportamiento* y la *política estructural*. La política de comportamiento tiene por objeto la sanción de una serie de conductas consideradas anticompetitivas (prácticas unilaterales o concertadas, explotativa o exclusorias, horizontales o verticales), en tanto la política estructural consiste esencialmente en el uso de medidas que influyen en el número y tipo de empresas que operan en el mercado (v.g. procedimientos de control de fusiones y adquisiciones)⁽⁷⁶⁾.

1.5. Mecanismos para el establecimiento de la interconexión

La normativa nacional ha previsto diversos mecanismos para el establecimiento de la interconexión, cada uno de los cuales presenta una intervención del Estado, con distintos niveles de intensidad y con la existencia de distintos niveles de *costos de transacción*.

⁷⁴ Mark Amstrong – en el capítulo 8 sobre teoría del precio de acceso y la interconexión - brinda ejemplos de esta problemática entrante – establecido, citando el problema de acceso de una vía (“one way” access pricing) que se presenta cuando el entrante necesita acceder a un elemento vital del establecido, pero no viceversa. En este caso, a causa de su posición de incumbente monopolístico en el acceso al mercado, la firma se comportará como un monopolista y sin control, establecerá cargos elevados. El acceso en dos vías (“two ways” access) implica que las empresas en el mercado necesitan acceder a elementos del otro o acceder a los suscriptores de la empresa competidora. Cave, M.E. et ál. óp. cit. p. 297.

⁷⁵ COLOMA, Germán. Defensa de la Competencia. Análisis económico comparado. Editorial Ciudad Argentina. 2003. p. 14-15.

⁷⁶ Ídem. p.15-16.

Así, la interconexión se podrá establecer bajo un contrato de interconexión, un mandato de interconexión, o por medio de las Ofertas Básicas de Interconexión. En cada uno de ellos se presentarán determinados *costos de transacción* en la medida que implica siempre una etapa previa en la esfera privada de la negociación entre las partes y la utilización del *sistema contractual*.

INTVEN et ál señalan que para el caso específico de la concertación de *acuerdos de interconexión* se han utilizado diferentes métodos⁽⁷⁷⁾. Estos tienen implicancias en los *costos de transacción* por el nivel de utilización del *sistema contractual*. En los países se han adoptado diversas combinaciones de estos como las que menciona INTVEN et ál⁽⁷⁸⁾:

- Prescripción normativa (ex ante) de los acuerdos de interconexión;
- Negociación entre operadores;
- Establecimiento de pautas de reglamentación generales para la negociación de los operadores;
- Mediación del organismo regulador para facilitar la negociación de acuerdos entre operadores;
- Prescripción de normativa reglamentaria (ex ante) de acuerdos de interconexión tipo; decisiones del organismo regulador para resolver controversias de interconexión;
- Arbitraje independiente o mediación en controversias de interconexión; y,
- *Revisión, modificación y aprobación por parte del organismo regulador de acuerdos negociados por operadores.*

En la presente tesis, el análisis se centra en la negociación entre operadores, el contrato de interconexión y la revisión, modificación y aprobación por parte del regulador de los contratos de interconexión negociados por los operadores, sin perjuicio de mencionar en casos específicos a las otras modalidades mencionadas por INTVEN et ál o los mecanismos de mandato de interconexión.

De otro lado, dentro del marco conceptual es preciso señalar que WILLIAMSON citando a Kenneth Arrow ha definido los *costos de transacción* como los *costos de administración del sistema económico*, debiendo distinguirse de los costos de producción que es la categoría de costos de la que se ha ocupado el análisis

⁷⁷ INTVEN et ál. óp. cit. p. 3-16.

⁷⁸ Ídem. pp. 3-16 a 3-17.

neoclásico. Precisa este autor que los costos de transacción son el equivalente económico de la fricción en los sistemas físicos⁽⁷⁹⁾.

Los costos de transacción pueden ser de tipo *ex ante* y de tipo *ex post*. WILLIAMSON señala que los costos tipo *ex ante* son los costos de redacción, negociación y salvaguarda de un acuerdo. Sostiene que:

(...) esto puede hacerse con gran cuidado, redactando un documento complejo en el que se reconozcan numerosas contingencias, y se estipulen y convengan por adelantado las adaptaciones adecuadas para las partes. O bien el documento puede ser muy incompleto, para que las partes llenen las lagunas a medida que surjan las contingencias⁽⁸⁰⁾.

Los costos *ex post* de la contratación, por su parte, y siguiendo lo señalado por WILLIAMSON, asumen varias formas. Este autor identifica (i) los costos de mala adaptación en que se incurre cuando las transacciones se salen del alineamiento, (ii) los costos del regateo en que se incurren cuando se hacen esfuerzos bilaterales para corregir las malas alineaciones *ex post*, (iii) los costos de establecimiento y administración asociados a las estructuras de gobernación a los que se envían las disputas y (iv) los costos de aseguramiento de los compromisos⁽⁸¹⁾.

WILLIAMSON señala que la economía del costo de transacción caracteriza la naturaleza humana por referencia a la *racionalidad limitada* y el *oportunismo*. La racionalidad limitada reconoce los límites de la competencia cognitiva. El oportunismo implica que los agentes humanos no cumplirán sus promesas sino que violarán la letra y el espíritu de un acuerdo cuando así convenga a sus propósitos. WILLIAMSON sostiene que esta visión sombría de la naturaleza humana alerta a las partes contratantes para que se cuiden de las contingencias⁽⁸²⁾.

Así, los *costos de transacción* son los costos que incurren las empresas operadoras para establecer los contratos. En este caso, los contratos de interconexión. FERNANDEZ BACA citando a Ronald Coase sostiene que los costos de transacción son bajos cuando los insumos son homogéneos y tienen mercados perfectamente competitivos, de tal manera que existe información transparente y fluida sobre los

⁷⁹ WILLIAMSON, Oliver E. Las instituciones económicas del capitalismo. Fondo de Cultura Económica. 1989. p.29.

⁸⁰ Ídem. p 30.

⁸¹ ídem. pp.31-32.

⁸² ídem. pp.54-57 y 389.

precios y las calidades de los insumos y es posible cambiar de proveedor o de comprador rápidamente y a un costo bajo⁽⁸³⁾.

Este autor señala que cuando los insumos no son homogéneos y son específicos a la relación entre cada comprador y vendedor, el costo de negociar un contrato puede ser tan alto que las partes preferirán relacionarse mediante un contrato de largo plazo⁽⁸⁴⁾.

NORTH, por su parte, citando a Coase, señala que cuando negociar no cuesta prevalece la solución competitiva eficiente, en la medida que la estructura competitiva de los mercados eficientes hace que las partes lleguen sin ningún costo a la solución que maximiza el ingreso agregado independientemente de los acuerdos institucionales iniciales⁽⁸⁵⁾. Así, la competencia elimina la información asimétrica e incompleta. Asimismo, este autor precisa que cuando hay costos de negociación importantes se les pedirá a las instituciones del mercado a adquirir información esencial que los hará llegar a los modelos correctos⁽⁸⁶⁾.

BULLARD haciendo referencia al *sistema contractual* señala que el derecho de los contratos le da efecto a nuestras acciones⁽⁸⁷⁾. El derecho, sin olvidar los valores, desde un punto de vista del análisis económico del derecho, debe ser *eficiente*, evitando el uso inadecuado de los recursos y creando incentivos de conducta correctos para lograr tal fin⁽⁸⁸⁾.

Así, BULLARD precisa que el sistema contractual está hecho para responder a los presupuestos de un mercado perfecto, de manera que si no se cumplen no existe razón para que una promesa sea exigible, en la medida que no existe garantía de que nos llevará a una situación mejor, más cercana al *Óptimo de Pareto*⁽⁸⁹⁾. Así, señala

⁸³ FÉRNANDEZ BACA LLamosas, Jorge. Organización Industrial. Centro de Investigaciones de la Universidad del Pacífico. 2006, pp. 24-25.

⁸⁴ Ídem. p. 25.

⁸⁵ NORTH, Douglas. Instituciones, cambio institucional y desempeño económico. Fondo de Cultura Económica. 1990. p. 28.

⁸⁶ Ídem. p. 29.

⁸⁷ BULLARD GONZÁLES, Alfredo. Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales. Primera Edición. 2003. p. 194.

⁸⁸ Ídem. p. 39.

⁸⁹ BULLARD señala que una situación será óptima, es decir inmejorable, cuando dados los recursos existentes no será posible que alguien mejores salvo que otro empeore. Este es el *Óptimo de Pareto*. Por su parte, el Criterio de Pareto implica que el cambio de una situación a otra constituye una mejora en el

que un sistema de mercado puede ser considerado perfecto cuando los individuos son racionales, los contratos no causan perjuicios ni beneficios a personas distintas de las partes, existe información perfecta, existen suficientes compradores y vendedores como para que ninguno esté en capacidad de influenciar unilateralmente en el proceso de formación de precios y no existen costos de transacción⁽⁹⁰⁾.

El contrato de interconexión.- Es el acuerdo de voluntades entre los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones en el cual se definen los términos y condiciones de la interconexión de sus redes públicas.

Para el establecimiento de la interconexión vía contrato (utilización del *sistema contractual*), las empresas operadoras inician una negociación, la cual es supervisada por el OSIPTEL y tiene un plazo máximo, prorrogable, de sesenta días calendario. Esta negociación genera a las partes costos de transacción para el establecimiento del contrato de interconexión. Debido a los costos de transacción involucrados y a las inversiones que realiza, por lo general, el operador entrante, éste procura que se traten de contratos a largo plazo.

Asimismo, atendiendo a los costos de transacción ex ante que se pueden presentar en la redacción, negociación y salvaguarda de un acuerdo así los costos ex post para corregir inadecuadas transacciones y las disputas que pudieran existir, se necesita que el Estado cumpla una actividad de proveedor de información, brindando la mayor cantidad de información al mercado sobre los términos contractuales- u obligando a que las empresas lo hagan-, cargos de interconexión, procedimientos entre las partes, entre otros aspectos, para garantizar su conocimiento público, y disminuir estos costos de transacción.

En el contrato de interconexión se establecen las disposiciones relativas a las obligaciones y derechos de las partes, en cuanto a los aspectos legales, económicos y técnicos de las redes públicas a interconectar⁽⁹¹⁾. INTVEN et ál señalan que el

bienestar social si no se reduce el bienestar individual y al menos mejora la situación del individuo. Citando a Torres López este criterio se funda en que el individuo es el mejor juez de su propio bienestar y el bienestar de la sociedad depende del bienestar de los individuos que la componen. Íbidem.

⁹⁰ Ídem. pp. 194-195.

⁹¹ Conforme al artículo 49° del TUO de las Normas de Interconexión, el contrato de interconexión contiene, de ser necesario, cláusulas relacionadas con: a) la ubicación del punto o puntos de interconexión; b) las formas de liquidación y cancelación de los montos correspondientes a los cargos de

contenido de los acuerdos de interconexión varía considerablemente dependiendo del marco reglamentario considerado. Si el régimen de reglamentación estipula con suficiente detalle las condiciones de la interconexión, señala INTVEN et ál, los acuerdos de interconexión pueden ser breves⁽⁹²⁾. En otros casos los acuerdos de interconexión deben ser más exhaustivos. Asimismo, INTVEN et ál enumera los elementos de un acuerdo de interconexión *típico*⁽⁹³⁾:

- (i) Antecedentes y considerandos
- (ii) Definición de términos esenciales
- (iii) Descripción del alcance y el propósito de la interconexión
- (iv) Puntos de interconexión (PDI) y especificaciones de los recursos asociados.
- (v) Señalización de la interconexión
- (vi) Planes y previsiones, requisito de notificación recíproca de cambios en la red y en los pronósticos de capacidad.
- (vii) Procedimientos para solicitar instalaciones.
- (viii) Procedimientos y responsabilidades en materia de medición de tráfico.
- (ix) Uso compartido de infraestructura, procedimientos y costos.
- (x) Coubicación
- (xi) Ámbito de los acuerdos en materia de facturación y responsabilidades
- (xii) Procedimientos de facturación
- (xiii) Términos y condiciones de pago
- (xiv) Controversias en materia de facturación y procedimientos de conciliación de cuentas.
- (xv) Calidad de servicio (v.g. normas de desempeño).
- (xvi) Pruebas y mantenimientos

acceso; c) los mecanismos de verificación y control del tráfico tasado; d) las medidas y procedimientos que adoptarán los operadores involucrados, con el objeto de salvaguardar el secreto y confidencialidad de la información que se suministren entre ellos como consecuencia de la interconexión, así como lo relacionado a los derechos de propiedad y autorización de uso de dicha información; e) los mecanismos que garanticen el cumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato de interconexión; f) cualesquiera otros cargos convenidos por las partes por servicios prestados entre ellas; y, g) fechas o períodos de revisión de las condiciones del contrato de interconexión, así como la forma en que se incorporarán las revisiones, modificaciones o actualizaciones a dicho contrato.

⁹² INTVEN et ál. óp. cit. p 3-10.

⁹³ Ídem. pp. 3-10 a 3-16

- (xvii) Notificación de problemas
- (xviii) Protección de sistemas y medidas de seguridad.
- (xix) Formato para el intercambio de información e información que puede intercambiarse
- (xx) Acceso a la información sobre los consumidores y utilización de la misma.
- (xxi) Acceso a y uso de, información sobre los operadores.
- (xxii) Procedimientos encaminados a garantizar la igualdad de acceso.
- (xxiii) Servicios auxiliares (asistencia de operador, otros).
- (xxiv) Motivos de terminación del contrato de interconexión y restricciones.
- (xxv) Otras disposiciones (fuerza mayor, cesión, ley aplicable, aprobación de la autoridad reglamentaria, incumplimiento, interpretación, solución de controversias, término, modificaciones).

En el caso de la normativa peruana, el artículo 49° del TUO de las Normas de Interconexión señala que, además de las estipulaciones que correspondan a lo establecido en dicha norma, el contrato de interconexión que resulte de la negociación entre las partes contendrá, de ser necesario, cláusulas relacionadas con: la ubicación del punto o puntos de interconexión; las formas de liquidación y cancelación de los montos correspondientes a los cargos de acceso; los mecanismos de verificación y control del tráfico tasado; las medidas y procedimientos que adoptarán los operadores involucrados con el objeto de salvaguardar el secreto y confidencialidad de la información, así como lo relacionado a los derechos de propiedad y autorización de uso de dicha información; los mecanismos que garanticen el cumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato de interconexión, cualquiera otros cargos convenidos por las partes por servicios prestados entre ellas; fechas o períodos de revisión de las condiciones del contrato de interconexión, así como la forma en que se incorporarán las revisiones, modificaciones o actualizaciones.

Conforme al artículo 106° del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, estos contratos deben de constar por escrito y estar en armonía con los principios de neutralidad, no discriminación e igualdad de acceso. Además, deben ejecutarse en los términos y condiciones negociados de buena fe entre las partes.

Este contrato de interconexión está sujeto a un *pronunciamiento previo* por parte del OSIPTEL. Este organismo puede expresar su conformidad u observar los términos

pactados por las partes en el contrato de interconexión⁽⁹⁴⁾. La eficacia del contrato de interconexión está condicionada a la aprobación por parte del OSIPTEL. Es decir, un acto administrativo expedido por el OSIPTEL determina que un acto jurídico de las partes surta efectos jurídicos⁽⁹⁵⁾ y delimita la libertad de empresa y la libertad de contratar (entendida como la libertad de decidir con quién se contrata y cuál es el contenido del contrato – libre configuración del contrato-).

El mandato de interconexión.- El mandato de interconexión es emitido por el OSIPTEL en dos supuestos.

- Cuando vence el período de negociación entre las empresas operadoras y las partes no se hubieran puesto de acuerdo en los términos y condiciones de la interconexión.
- Cuando se hubiere observado el contrato de interconexión y haya vencido el plazo para la subsanación de las observaciones sin que las mismas hayan sido incorporadas.

En ambos casos, el mandato de interconexión, conforme al artículo 108° del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, es obligatorio para las partes. Este carácter obligatorio del mandato de interconexión es reforzado por las Normas de Interconexión que tipifican como infracción muy grave – con un límite máximo de sanción de trescientos cincuenta (350) Unidades Impositivas Tributarias – la conducta

⁹⁴ Conforme al artículo 47° de las Normas de Interconexión, el OSIPTEL podrá observar con expresión de causa – es decir mediante un acto administrativo motivado – los contratos de interconexión, si éstos se apartan de los criterios de costos que correspondan aplicar o atentan contra los principios que rigen la interconexión en grado tal que afecte los intereses de los usuarios de los servicios o de terceros operadores. Bajo la línea de lo establecido en este artículo, el OSIPTEL requiere a las empresas operadoras contratantes incluir en una adenda al contrato de interconexión inicial las modificaciones o adiciones que subsanen las observaciones, documento que deberán ser presentado al OSIPTEL para su pronunciamiento. El plazo que se otorgue será definido en el requerimiento y no puede ser mayor de treinta días.

⁹⁵ Este tema puede ser discutido legalmente en la medida que podría argumentarse cierta limitación a las partes en cuanto a la configuración del contrato y en su capacidad de fijar cuándo éste puede producir efectos jurídicos. Sin embargo, se advierten intereses jurídicos importantes por parte de la administración para supervisar, vía la aprobación de los contratos de interconexión, el cumplimiento de los principios de neutralidad, no discriminación e igualdad de acceso. Así, se considera que es posible establecer limitaciones a la libertad contractual por razones de interés general en materia de servicios públicos de telecomunicaciones. No obstante, este tema no será materia de estudio en el presente trabajo.

consistente en la negativa a cumplir con el mandato de interconexión emitido por el OSIPTEL⁽⁹⁶⁾.

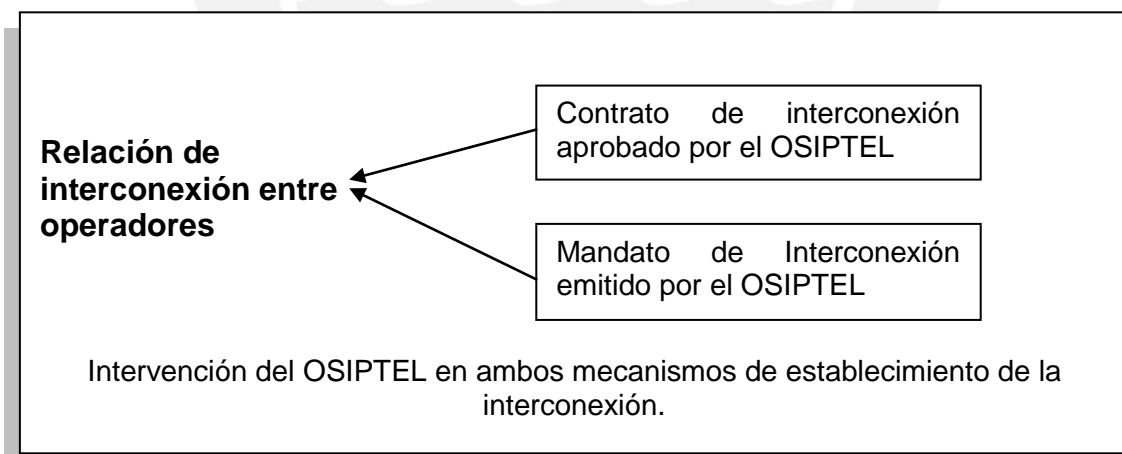
Una característica en la emisión del mandato de interconexión consiste en que el OSIPTEL debe remitir a las partes el proyecto de mandato de interconexión, a fin de que éstas presenten sus comentarios u objeciones, las cuales no son vinculantes para la decisión final del regulador.

El mandato de interconexión tiene por efecto directo establecer una relación jurídica de interconexión entre los titulares de las redes públicas involucradas. Mediante el mandato de interconexión, el OSIPTEL establecerá las condiciones técnicas, económicas y legales para que se interconecten las redes públicas de los operadores.

En su experiencia reguladora, el OSIPTEL ha emitido un número importante de mandatos de interconexión, los cuales han posibilitado que las empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones, principalmente las entrantes, puedan interconectarse y posibilitar las comunicaciones de sus usuarios.

Cuadro N° 2

Mecanismos para el establecimiento de la interconexión



Un supuesto que la normativa nacional no ha desarrollado con mayor detalle, salvo para el caso de la interconexión de los operadores del servicio de telefonía fija local

⁹⁶ Numeral 27 del Anexo N° 5 – Régimen de Infracciones y Sanciones de las Normas de Interconexión. Las sanciones se impondrían previo cumplimiento del procedimiento administrativo sancionador correspondiente.

con los operadores rurales mediante líneas telefónicas⁽⁹⁷⁾, es la utilización de las *Ofertas Básicas de Interconexión*. Éstas técnicamente constituyen ofertas contractuales aprobadas por el OSIPTEL que contienen los términos necesarios para la interconexión y tienen por finalidad facilitar la interconexión mediante la agilización de los procesos de negociación y la homogenización de los términos contractuales, disminuyendo así los costos de transacción de los operadores.

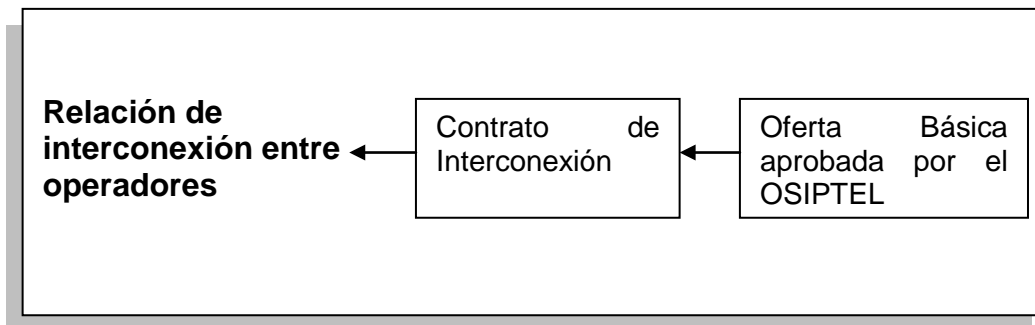
Debe resaltarse que la obligación de presentar Ofertas Básicas de Interconexión deriva de la normativa comunitaria andina, específicamente de la Resolución de la Secretaría General N° 432 – Normas Comunes sobre Interconexión y alcanza a todos los operadores de redes públicas de telecomunicaciones⁽⁹⁸⁾.

Sin embargo, de la información que se ha revisado no se advierte que las empresas operadoras se hayan acogido a las ofertas básicas de interconexión, para la formación del contrato.

⁹⁷ Dispuesta por la Resolución de Consejo Directivo N° 085-2004-CD/OSIPTEL. Para el caso del acceso y uso compartido de infraestructura que si bien no es interconexión, también se ha previsto un modelo basado en ofertas básicas. Así el artículo 25° del Reglamento de la Ley N° 28295, Ley de Acceso y Uso Compartido de Infraestructura de Uso Público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 009-2005-MTC ha previsto que el OSIPTEL puede establecer la obligatoriedad de la presentación de ofertas básicas de compartición, a fin de facilitar la negociación de los contratos de compartición. Para tal efecto, determinará, mediante resolución motivada, qué titulares de infraestructura de uso público estarán sujetos a dicha obligación, las infraestructuras de uso público respecto de las cuales se establecerán las ofertas básicas y los ámbitos geográficos de aplicación de las mismas.

⁹⁸ El artículo 15° de la Resolución N° 432 señala que todos los operadores de redes públicas de telecomunicaciones deberán elaborar la oferta básica de interconexión, documento que contiene el detalle de elementos y servicios de apoyo mínimos que el operador ofrece para la interconexión. Esta oferta una vez revisada y aprobada por la autoridad de telecomunicaciones – OSIPTEL, en el caso peruano, tiene efecto vinculante entre el operador que la presenta y cualquier operador de redes públicas de telecomunicaciones solicitante que se acoja a la misma.

Cuadro N° 3
Ofertas Básicas de Interconexión



El diseño del método de aprobación previa de los contratos de interconexión implica que previamente exista una etapa de negociación de la interconexión y luego de aprobado el contrato, un período de implementación de la interconexión. Así, el plazo desde el inicio de la negociación hasta la implementación de la interconexión puede alcanzar los ocho meses.

En efecto, el plazo para la negociación de los contratos de interconexión es de sesenta (60) días calendario, el cual es prorrogable de común acuerdo por un período adicional de sesenta (60) días calendario. Una vez suscrito el contrato de interconexión, las partes deberán someterlo a la aprobación del OSIPTEL, el cual cuenta con un plazo de treinta (30) días calendario para emitir un pronunciamiento aprobatorio del contrato de interconexión u observarlo.

En el caso que este contrato sea aprobado, las partes deberán proceder a su implementación, lo cual implica que si se trata de una interconexión directa se instalen enlaces de interconexión que unan las redes de ambos operadores. El plazo máximo para la instalación de los enlaces de interconexión es de sesenta (60) días hábiles.

Si se consideran los plazos antes mencionados, la implementación de la interconexión podría demorar hasta ocho (8) meses desde el inicio de las negociaciones. Es decir, en principio, un operador tiene que asumir como un costo de acceso, el plazo que demora un proceso de interconexión, y en consecuencia, incurre en costos de oportunidad.

Ahora bien, con la finalidad de disminuir el tiempo de acceso a la interconexión, el artículo 108° del Texto Único Ordenado del Reglamento de la Ley de

Telecomunicaciones establece un mecanismo para adelantar la implementación de la interconexión:

“Artículo 108.- Mandato de interconexión

(...)

Sin perjuicio de lo señalado en el presente artículo y en el artículo 107, la concesionaria requerida de interconexión debe ponerla en servicio dentro de un plazo máximo de cinco (5) meses de solicitada, independientemente de que exista acuerdo o no, contado desde la fecha de recepción de la respectiva solicitud de interconexión; de acuerdo a las garantías y otras condiciones que para tal efecto emita Osiptel.”

Conforme a este artículo se permite que los operadores de forma paralela a la negociación de la interconexión vayan implementando la interconexión: puntos de interconexión, enlaces de interconexión, y los elementos necesarios para que se pueda cursar tráfico. Sin embargo, en la medida que la reducción de costos se presenta sólo en el caso del tiempo que se requería para instalar un enlace.

En efecto, bajo la línea del artículo 54-A del Proyecto de Resolución que modificará el TUO de las Normas de Interconexión, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 064-2009-CD/OSIPTTEL, esta disposición sólo autorizaría a las empresas operadoras a cursar tráfico de prueba entre sus redes. El tráfico generado entre sus abonados sólo podrá ser cursado cuando entré en vigencia la relación de interconexión.

Bajo la misma línea de disminuir el tiempo de acceso a la interconexión y los costos de oportunidad de las empresas operadoras que se interconectan, se ha habilitado una figura denominada *interconexión provisional*, bajo la cual se establecen reglas transitorias que regirán hasta que se apruebe de forma definitiva el contrato de interconexión. El artículo 54° del TUO de las Normas de Interconexión señala lo siguiente:

“Artículo 54.- Presentado un contrato de interconexión para su aprobación, la Gerencia General de OSIPTTEL, de estimarlo conveniente, podrá disponer la interconexión provisional mediante la emisión de una resolución que establezca las reglas transitorias a las que se sujetará la misma, hasta la

aprobación definitiva del contrato respectivo o, en su caso, la emisión del mandato de interconexión correspondiente.

En ningún caso las reglas transitorias podrán establecer un valor distinto para los cargos establecidos en el contrato.

Las condiciones legales, técnicas y económicas establecidas mediante la Resolución que aprueba la interconexión provisional, serán de obligatorio cumplimiento por las partes por el período de vigencia de dicha aprobación, aunque posteriormente dichas condiciones sean modificadas en la Resolución definitiva de aprobación del acuerdo de interconexión o a través de un mandato de interconexión.

La Gerencia General deberá resolver la solicitud de interconexión provisional en un plazo que no excederá de diez (10) días hábiles, contados a partir de la fecha de recepción de la solicitud.”

Debe considerarse que si bien se trata de una alternativa válida y que permita que los operadores cuenten con reglas para ejecutar su interconexión, es insuficiente, debido a que aún así el contrato de interconexión está pendiente de aprobación y en él se establecen las reglas que regirán una relación a largo plazo como la de interconexión.

Finalmente, es importante señalar que existen supuestos en los cuales una empresa operadora de servicios públicos de telecomunicaciones queda relevada de su obligación de negociar o celebrar un contrato de interconexión – y en el mismo sentido de que se le pueda imponer un mandato de interconexión – cuando⁽⁹⁹⁾:

- (i) La interconexión no esté contemplada por la ley o sus reglamentos. Este supuesto se puede presentar cuando se pretende la interconexión con carácter obligatorio entre dos de servicios privados. Así, dos servicios privados de telecomunicaciones establecidos por una persona natural o jurídica para satisfacer estrictamente sus necesidades de comunicación no pueden ser objeto de interconexión.
- (ii) Un segundo supuesto se presenta cuando a criterio del OSIPTEL se ponga en peligro la vida o seguridad de las personas o se cause daño a las instalaciones y equipos de la empresa operadora a la que se le solicita la interconexión. Este supuesto implica necesariamente una decisión

⁹⁹ Estos supuestos están regulados en el artículo 109° del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones.

motivada por parte del OSIPTEL debido a que no se estaría acogiendo una solicitud de un administrado para el establecimiento de la interconexión.

- (iii) Cuando las condiciones técnicas existentes no sean adecuadas. Este supuesto permite que el OSIPTEL pueda señalar un plazo prudencial para que el concesionario que brinda las facilidades de interconexión, realice las previsiones técnicas correspondientes que permitan la interconexión.

1.6. Justificación de la regulación de los contratos de interconexión

En los numerales precedentes se ha expuesto la justificación para que el Estado regule la interconexión de redes y servicios públicos de telecomunicaciones y se han presentado las modalidades por las cuales se puede establecer esta interconexión así como la participación del Estado, tanto en los contratos de interconexión como en la emisión de los mandatos de interconexión.

La justificación general para la regulación de la interconexión puede ser trasladada a la regulación de los contratos de interconexión. Las empresas operadoras suscriben contratos de interconexión para acceder a las facilidades esenciales de la otra red y a su vez lograr que sus usuarios tengan mayores posibilidades de comunicación.

El contrato de interconexión como acuerdo de voluntades entre los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones define los términos y condiciones de la interconexión de sus redes públicas.

Las relaciones de interconexión generadas por el contrato de interconexión se pueden presentar entre empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones con distinta capacidad de negociación, en función a su tamaño como empresa, su posición de entrante al mercado o su experiencia en la negociación.

El *poder de mercado* que tiene, por lo general, la empresa operadora establecida o incumbente puede resultar determinante en una negociación del contrato de interconexión. COLOMA define al *poder de mercado* de un agente económico como aquella capacidad que tiene de influir sobre los precios vigentes en el mercado, pudiendo aparecer este poder tanto del lado de la oferta como de las demandas. Por el

contrario, la ausencia de poder de mercado implica que el agente económico se comporte como un *tomador de precios*⁽¹⁰⁰⁾.

Asimismo, se presentarán problemas derivados de la asimetría de la información entre las partes, que se manifiestan en la *selección adversa* y el *riesgo moral*.

TARZIÁN y PAREDES consideran que la *selección adversa* es un problema de incentivos que surge de la asimetría de la información entre las partes, en la cual una de ellas no tiene información respecto de la calidad de cliente de la otra. Precisa que la selección adversa es un problema relacionado con quien toma la decisión que surge antes de la firma del contrato. Este problema es “precontractual” debido a que afecta la toma de decisiones antes de la firma del contrato⁽¹⁰¹⁾.

Asimismo, este autor señala que el *riesgo moral* (moral hazard) también surge de la existencia de información asimétrica y conlleva una suerte de oportunismo de información que se presenta cuando una de las partes involucradas en un transacción selecciona acciones que la benefician a ella a costa de un perjuicio a la otra parte involucrada. En este caso el problema del riesgo moral representa una forma de oportunismo poscontractual en la medida que una de las partes pretende tomar ventaja de la otra una vez que la relación contractual ya está establecida⁽¹⁰²⁾.

- (i) Diferencia entre las empresas operadoras que son parte del contrato de interconexión: Por lo general, en los mercados de telecomunicaciones – especialmente en la apertura de éstos – se advierte la presencia de un operador con una mayor participación de mercado. La participación de mercado conjuntamente con las otras características de este mercado (necesidad de acceder a facilidades esenciales ante la ausencia de servicios sustitutos, la presencia de economías de escala, subaditividad de costos, entre otras) podría otorgarle cierto poder de mercado y una mejor posición de la negociación del contrato de interconexión, respecto de aquella empresa que no cuenta con una participación de mercado importante.

¹⁰⁰ COLOMA, Germán. Análisis económico del derecho privado y regulatorio. Ciudad Argentina. Buenos Aires. 2001. p.35

¹⁰¹ TARZIÁN y PAREDES, óp. cit. p. 169.

¹⁰² Ídem. p.174.

- (ii) La posición de entrante y establecido en el mercado: Dentro de la negociación se puede presentar la relación entre un entrante al mercado y una empresa ya establecida. Esta situación adquiere mayor importancia cuando el operador establecido posee poder de mercado. La necesidad urgente de acceder al mercado por parte del operador entrante puede generar incentivos al operador establecido a adoptar una posición más rigurosa en la negociación y a que se pacten términos contractuales desventajosos para el entrante. Como señala BARRANTES, las empresas entrantes pueden preferir no comunicar al regulador los problemas que pueden estar experimentando para la interconexión con la finalidad de no enfrentarse a la empresa establecida e iniciar un largo y costoso proceso de emisión de mandato de interconexión⁽¹⁰³⁾⁽¹⁰⁴⁾.

Asimismo, como se ha señalado anteriormente, el operador establecido tiene pocos incentivos para otorgar voluntariamente interconexión a los operadores entrantes, en la medida que éstos competirán en los mismos mercados donde presta servicios, pueden ofrecer menores costos, entre otras acciones.

- (iii) La experiencia en la negociación: En la negociación de la interconexión se requiere que las partes tengan un conocimiento de los aspectos legales, económicos y técnicos de la interconexión. Así, existen diferencias entre las partes en cuanto a su experiencia en la negociación de interconexión. El operador establecido y, por lo general,

¹⁰³ BARRANTES CÁCERES, Roxana. Las tendencias de la regulación de telecomunicaciones ¿Cuánta regulación es necesaria y para qué?. Revista de Derecho Administrativo del Circulo de Derecho Administrativo N° 5. Año 3. 2008. p.31.

¹⁰⁴ En el mismo sentido, INTVEN et ál señalan que a pesar del estímulo de los gobiernos y reguladores, los operadores establecidos dominantes no se ven impulsados a concertar acuerdos que aceleren la entrada sin restricciones de los operadores que solicitan la interconexión. Esta autor enfatiza que el poder de negociación de los operadores establecidos es absoluto y los nuevos participantes tienen poco que ofrecer a cambio de condiciones de interconexión favorables. Más adelante, INTVEN señala que muchas negociaciones de interconexión se han caracterizado por demoras y fracasos. Menciona que en ciertos casos los reguladores se han dado cuenta que las demoras y controversias podrían haberse resuelto con una intervención oportuna. En otros casos, aunque las negociaciones conllevaron a un acuerdo de interconexión, éstos fueron leoninos, costos e ineficientes. En algunas ocasiones, los nuevos participantes – señala INTVEN – han aceptado acuerdos sumamente desiguales como el único medio disponible para poner en marcha sus actividades y evitar la quiebra. INTVEN et ál, óp. cit. p.3-17.

con poder de mercado, tiene una mayor experiencia en negociaciones y un mejor conocimiento de su red.

- (iv) Asimetría de la información entre las partes: En la negociación de la interconexión se puede presentar asimetría de la información entre las partes. La asimetría naturalmente genera la posibilidad de que las partes se comporten estratégicamente, ocasionando pérdidas en el bienestar de la sociedad. Así, en la negociación de la interconexión, cada parte puede no saber con qué tipo de contraparte está negociando la suscripción de un contrato. Por ejemplo, el operador establecido desconoce y desconfiará del operador entrante en tanto esta sea una empresa nueva o no tenga un respaldo internacional. Este es un problema de *selección adversa*.

Por su parte, luego de la suscripción del contrato de interconexión, las empresas operadoras pueden tener un comportamiento acorde a este contrato o diferente. Las partes así tienen información diferenciada sobre las acciones que desarrollará la otra. Ello principalmente porque no se puede controlar lo que realizará la otra parte o resulta prohibitiva su supervisión en función a los costos involucrados. Por ejemplo, el operador establecido puede no tener la capacidad de identificar si el operador entrante pagará las contraprestaciones por los cargos de interconexión, o si realizará un uso indebido de los enlaces de interconexión que le proporcione. En estos casos, los problemas de asimetría de la información se manifiestan en su *modalidad de acción escondida o riesgo moral*.

En la medida que en los contratos de interconexión se manifiestan problemas que justifican su regulación, es necesario identificar el método regulatorio más adecuado y ello se presentará en el Capítulo II siguiente.

CAPÍTULO II

ANÁLISIS DEL CONTROL PREVIO DE LOS CONTRATOS DE INTERCONEXIÓN

1. Definición del control previo como método regulatorio.

OGUS señala que el *control previo* como método regulatorio requiere que las empresas, antes de emprender legalmente una actividad u ofrecer un producto o servicio, deban obtener previamente una licencia o permiso de una agencia autorizante⁽¹⁰⁵⁾. Para identificar que este método es adecuado debe satisfacer el objetivo regulatorio al menor costo⁽¹⁰⁶⁾.

BREYER, por su parte, luego de explicar las justificaciones típicas para la regulación, precisa que toda actividad regulatoria puede ser agrupada en siete tipos o formas, siendo la *evaluación individualizada* -lo que entendemos para efectos de este trabajo como *control previo* – una de ellas⁽¹⁰⁷⁾⁽¹⁰⁸⁾. Según este autor, esta actividad regulatoria

¹⁰⁵ OGUS, Anthony. óp. cit. p.276.

¹⁰⁶ En el mismo sentido, ARIÑO señala que la *toma de decisiones regulatorias* tiene una importancia vital en el conjunto de la disciplina de la *regulación para la competencia* en la medida que al regular una actividad se están adoptando continuamente decisiones trascendentes para los regulados. Así, ARIÑO precisa que “*las medidas regulatorias deben basarse en el análisis económico de las decisiones, que permita prever las consecuencias de las mismas, no sólo a costo, sino también a medio y largo plazo*”. ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Logros y Fracayos de la Regulación. Revista Themis – Revista de Derecho N° 52. 2006. pp. 45-46.

¹⁰⁷ BREYER, Stephen G. Analizando el fracaso en la regulación: sobre malas combinaciones, alternativas menos restrictivas y reforma. Revista Themis – Revista de Derecho N° 52. 2006. p. 14.

¹⁰⁸ Ibídem. Las otras formas o tipos de actividad regulatoria que señala BREYER son las siguientes: 1. Fijación de tarifas según costos; 2. Fijación de tarifas históricas; 3. Asignación de recursos según el interés público; 4. Asignación de recursos histórica; 5. Establecimiento de estándares; 6. Obligaciones de entregar o transferir información a terceros; además de la mencionada *evaluación individualizada*. Debe señalarse que en el caso de la interconexión, el Estado puede utilizar una o varias de ella, como efectivamente lo hace, cuando fija los cargos de interconexión o establece alguna regulación para la misma interconexión como un estándar a cumplir.

se presenta ante la imposibilidad del establecimiento de estándares que sean fácilmente aplicables y cumplidos conforme con los objetivos regulatorios. Bajo la evaluación individualizada se examina caso por caso⁽¹⁰⁹⁾.

Así, *control previo* (que también puede ser denominado, *aprobación previa* o *control ex – ante* o *evaluación individualizada*) es un *método* que puede utilizar la regulación para la protección de determinados objetivos regulatorios. De esta manera, el *control previo* es un *método regulatorio* para intervenir en aquellas actividades económicas que ameritan de regulación.

El método del control previo no se circunscribe a las actividades económicas, por ejemplo, desarrollar una actividad comercial, el establecimiento de una fábrica o de un negocio; sino que, en términos amplios, alcanza a toda actividad o relación económica que puedan desarrollar los particulares. Es decir, este control previo implica que el Estado autorice, de manera previa a su ejecución, tanto las actividades económicas que pretendan realizar los particulares, como determinadas relaciones económicas que los particulares establecen en el mercado, por ejemplo, la suscripción de contratos en los cuales pueden subyacer intereses públicos.

Es preciso mencionar que el control previo de las relaciones económicas que establecen los privados puede implicar, por un lado, la autorización previa del establecimiento de la relación jurídica, en el sentido de determinar con quién se contrata (libertad de contratar) y por otro lado, la autorización previa del contenido de la relación que se materializa en el contrato (libertad de contratación o de configuración interna del contrato).

Ahora bien, el control previo es un método regulatorio por el cual el Estado se aproxima a regular determinadas actividades y relaciones económicas, no obstante, no es el único. El control puede ser *ex – post* o *posterior* por parte del Estado. Es decir, los particulares pueden desarrollar sus actividades y relaciones económicas sin un control previo a su inicio, estando sujetas a que la autoridad pueda modificar la forma de prestación de la actividad o relación económica, de forma posterior, con la finalidad de encaminarla a los objetivos regulatorios.

¹⁰⁹ Ídem. p.23.

En esta modalidad de control posterior se pueden identificar las siguientes clasificaciones:

- (i) **Actividad libre o actividad sin requisito de notificación a la autoridad.** Bajo esta modalidad los particulares realizan sus actividades económicas y establecen sus relaciones económicas de manera libre, sin necesidad de notificación a la autoridad. Se rigen por el marco normativo general establecido por el Estado y éste ejerce su deber general de supervisar el correcto cumplimiento del ordenamiento jurídico.

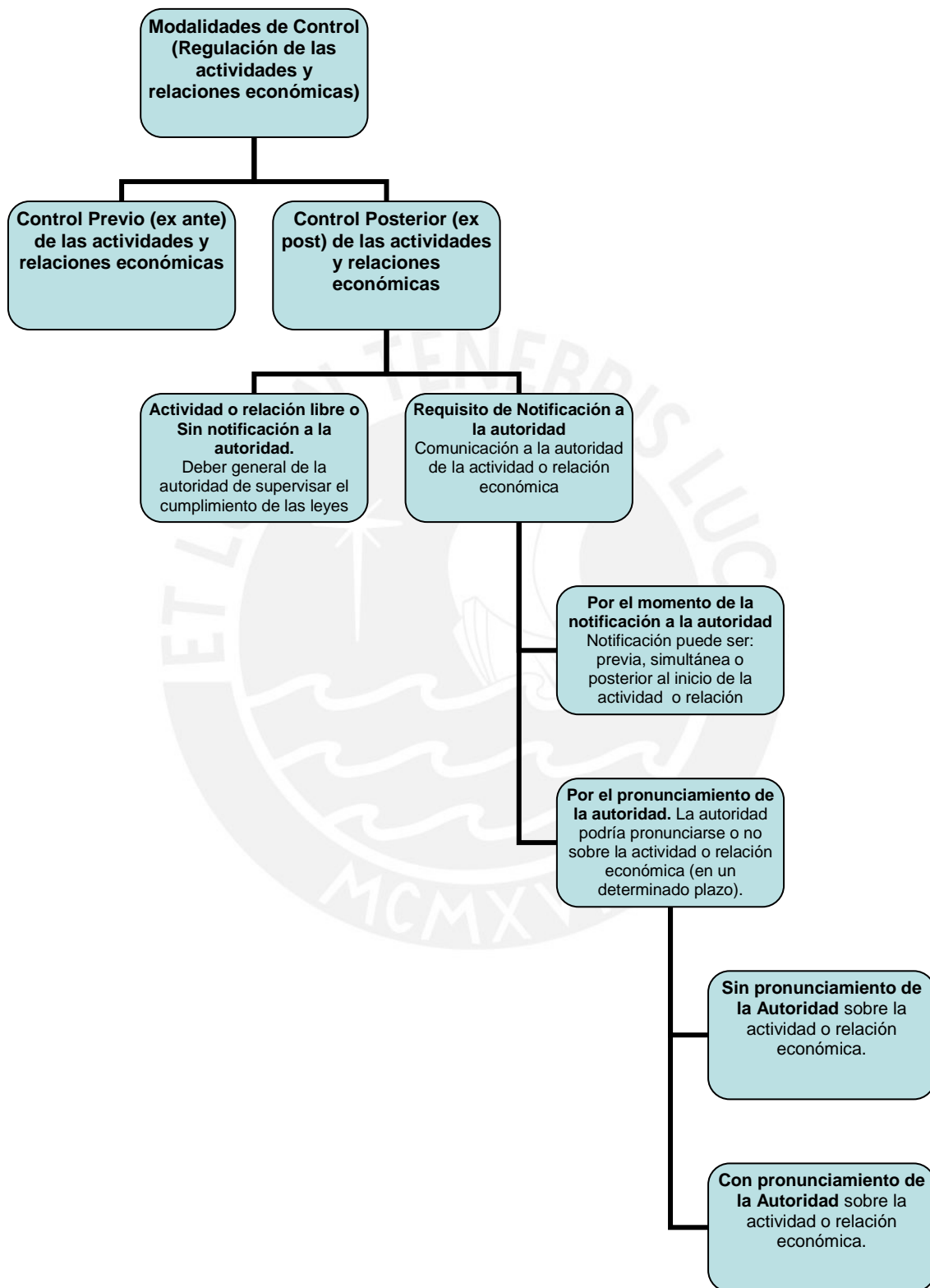
- (ii) **Actividad sujeta a notificación a la autoridad.** Bajo esta modalidad los particulares requieren comunicar a la autoridad sobre sus actividades y relaciones económicas. Esta comunicación a la autoridad puede tener distintos niveles de intensidad. Puede ser una comunicación previa al inicio de la actividad o relación económica, o puede ser simultánea o posterior al inicio de la actividad o relación. Por lo general, el Estado establece sistemas que incentiven el cumplimiento de esta obligación de comunicación, por ejemplo, sanciones administrativas por el incumplimiento.

Asimismo, bajo esta modalidad puede existir o no un pronunciamiento sobre la actividad o relación económica. Si no existe pronunciamiento, la actividad o relación económica queda bajo el marco general de supervisión del Estado. Si existe un pronunciamiento de la autoridad, éste podría ser favorable o desfavorable. Si resulta desfavorable, se podría prohibir la actividad o relación económica, en tanto no se subsanen los defectos o vicios que se hubieren identificado.

En el siguiente cuadro se presentan las modalidades del control del Estado, como método regulatorio:

Cuadro N° 4

Modalidades de Control Administrativo



Conforme se ha señalado en el primer capítulo, los contratos de interconexión deben ser aprobados por la autoridad, el OSIPTEL, de manera previa a su ejecución. Los contratos de interconexión constituyen así relaciones económicas de los particulares sujetas al *control previo* de la autoridad y que no producen efectos jurídicos en tanto no se cuente con la aprobación.

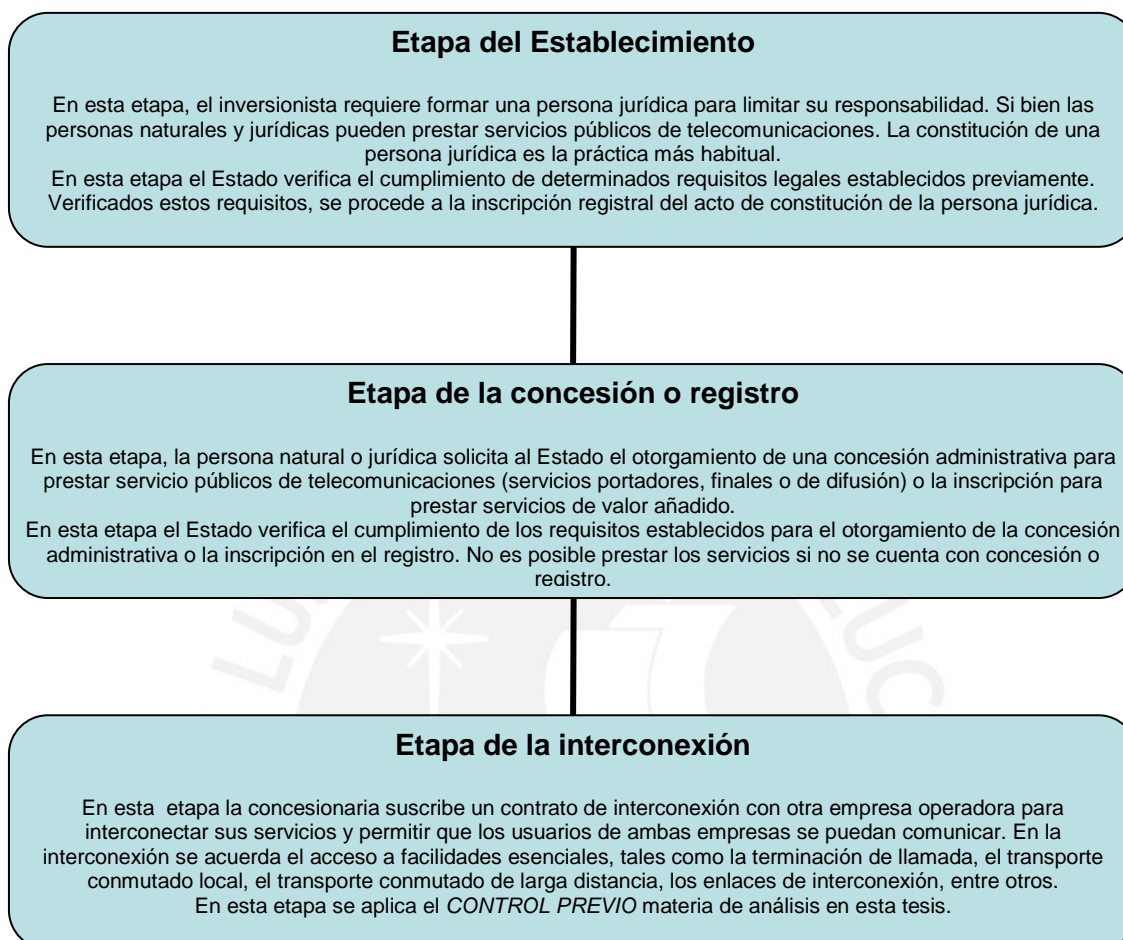
Desde una perspectiva jurídica, el *control previo* es una modalidad de intervención administrativa y se presenta en determinadas actividades económicas, en las cuales el Estado exige que, de manera previa a la realización de una actividad económica, se cuente con una aprobación administrativa para su realización. Este control implica establecer limitaciones a la libre actividad económica de los particulares.

En el caso de los servicios públicos de telecomunicaciones en el Perú y apreciado de una manera amplia, el *control* de las actividades económicas se presenta en distintas etapas previas a la efectiva prestación de los servicios: la *etapa del establecimiento*, la *etapa de la concesión* y la *etapa de la interconexión*. No obstante, debe precisarse que la presente tesis sólo analiza la *etapa de la interconexión*, es decir la etapa en la cual el Estado debe pronunciarse sobre los contratos de interconexión que suscriban las empresas operadoras concesionarias de servicios públicos de telecomunicaciones.

Para una mayor claridad de cómo se presentan distintas manifestaciones del control previo de las actividades económicas, en el siguiente cuadro se detallan las etapas antes señaladas:

Cuadro N° 5

Etapas en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones



Así, las empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones deberán solicitar al OSIPTEL la aprobación previa de los contratos de interconexión suscritos, de manera que éstos puedan ser eficaces y puedan aplicarse. Naturalmente, recién a partir de la aprobación administrativa previa del contrato de interconexión se puede producir la interconexión de las redes y servicios públicos de telecomunicaciones.

2. Problemática del control previo como método regulatorio.

Como se puede apreciar, el control previo como método regulatorio es el más restrictivo de la libertad de los particulares en las actividades y relaciones económicas. Así, para su establecimiento es importante identificar con claridad que los beneficios del mismo serán superiores a los costos que se le asocian, y que este control resulta mejor que los *controles ex post o posteriores*.

Con relación a los costos asociados al control previo, OGUS señala que los costos administrativos para revisar todas las aplicaciones son muy altos y “a estos se deben agregar los costos de oportunidad resultantes de cualquier demora en obtener la licencia”^{(110) (111) (112)}. El citado autor señala que inclusive se presentan pérdidas de bienestar significativas si el sistema es empleado para el propósito anticompetitivo de crear barreras de acceso al mercado⁽¹¹³⁾. Considera que “el beneficio del control previo debe, por tanto, ser muy grande para justificar, sobre la base del interés público, estos costos sustanciales”⁽¹¹⁴⁾.

Estos beneficios de interés público se pueden identificar en dos conjuntos de circunstancias que expone OGUS. El primer conjunto agrupa aquellos casos en los cuales las consecuencias de una falla de ejecución pueden ser tan catastróficas, o la aversión social hacia tales actividades es tan elevada que el escudriño previo y la prevención resultan preferibles respecto de la posibilidad de sanciones ex post⁽¹¹⁵⁾. La segunda categoría a que se refiere este autor no necesariamente ocasiona grandes pérdidas en casos individuales.

Explica este autor que lo problemático es expresar o cuantificar una variedad de características del desarrollo de la actividad de una manera suficientemente sucinta y comprensible, de forma tal que puedan ser formuladas como estándares a ser cumplidos, lo cual es agudo en el caso de la provisión de servicios. En este conjunto,

¹¹⁰ OGUS, Anthony, loc. cit.

¹¹¹ OGUS, Anthony. Regulation: legal form and economic theory. Hart Publishing Oxford – Portland Oregon. 2004. p. 214 y ss.

¹¹² Desde la óptica de un análisis costo beneficio privado, STIGLITZ considera que las empresas privadas suman los costos y los beneficios para hallar la rentabilidad total del proyecto. Así, la empresa realizará el que le genere el mayor beneficio, teniendo en cuenta los costos de oportunidad, en el sentido del rendimiento que podrían generar los fondos en otra parte. STIGLITZ, Joseph. óp. cit. p. 314.

¹¹³ Tarziján y Paredes consideran que las barreras a la entrada se refieren a impedimentos y dificultades que tienen los potenciales entrantes para ingresar a una industria. Con mayor precisión señalan que las barreras a la entrada son aquellas condiciones que impiden o desalientan la entrada a un mercado, a pesar de que las empresas participantes en él obtengan beneficios económicos positivos. En el caso que menciona OGUS, y siguiendo lo señalado por Tarziján y Paredes, está situación calificaría como una barrera legal en la medida que tiene su origen en la normativa como el caso de solicitar permisos a la autoridad. TARZIJÁN Y PAREDES. óp. cit. pp.83-84.

¹¹⁴ OGUS, Anthony, Estructuras e instituciones regulatorias, loc cit.

¹¹⁵ Ibidem.

la valoración de una multitud de factores es facilitada por la metodología del caso por caso empleada en los procesos de otorgamiento de licencias⁽¹¹⁶⁾.

Siguiendo lo expresado por OGUS se puede afirmar que los beneficios de disponer la aprobación previa de todos los contratos de interconexión (control previo) deben ser muy altos para justificar, sobre la base del interés público, los costos sustanciales que ocasiona.

Señalar que la aprobación previa de los contratos de interconexión se encuentra en el primer grupo significaría que las consecuencias de esta actividad – la interconexión misma que establece el contrato de interconexión – es perjudicial, por ejemplo, una falla en la interconexión podría implicar que los usuarios se queden incomunicados o que se pacten condiciones que puedan perjudicar a uno de los competidores interconectados o a un tercero o a los consumidores en general. No se aprecia que se trate de una actividad cuyo ejercicio genere aversión social – como podría ser la instalación de una industria contaminante que produce externalidades negativas a la sociedad -, sin embargo, un contrato de interconexión sí puede afectar a una de las partes de la negociación, a terceros operadores o a los consumidores.

La fijación de estándares a los que hace referencia OGUS y que se encuentra en el segundo grupo, permite que la actividad se desarrolle con la necesidad de controles ex ante. Este autor considera que las variables económicas más importantes a tener en cuenta al momento de elegir estos estándares son los costos asociados a estar informados acerca de los medios tecnológicos existentes para alcanzar las metas regulatorias y los costos administrativos asociados a la formulación de los estándares apropiados y al monitoreo de su cumplimiento⁽¹¹⁷⁾.

Estos estándares, en el caso de la interconexión, se manifiestan en la regulación. El Estado diseñará las reglas y parámetros para que las empresas se interconecten, limitando considerablemente, por un lado, la libertad de contratar (en cuanto a la decisión de elegir con quién se interconecta) y por otro lado, la libertad de contratación o de configuración interna del contrato (en cuanto al establecimiento de los términos contractuales). Sin embargo, esta fijación de estándares no es un proceso sencillo, debido a los complejos aspectos técnicos y económicos que presentan los distintos

¹¹⁶ Ibidem.

¹¹⁷ Ibidem.

escenarios para la interconexión y tiene consecuencias en los procedimientos para lograr la interconexión. EPSTEIN señala que las dificultades para establecer estándares – y menciona también la fijación de precios que faciliten la entrada de nuevos operadores – ocasiona que existan procedimientos complejos de interconexión⁽¹¹⁸⁾.

Así, a pesar de lo complejo de su determinación, se establecen estándares o reglas de obligatorio cumplimiento para que los contratos sean aprobados previamente por la autoridad administrativa.

3. Beneficios asociados al establecimiento del control previo de los contratos de interconexión

El método regulatorio del control previo aplicado a los contratos de interconexión se puede explicar desde la *teoría del interés público*. Zhang y Ogus aplican un análisis de la justificación del interés público a los sistemas de licenciamiento de las actividades económicas⁽¹¹⁹⁾ (licensing). El licenciamiento de actividades mediante licencias administrativas previas, tiene semejanzas con el método regulatorio del control previo, en cuanto se requiere un pronunciamiento previo de la autoridad para que las empresas puedan desarrollar la actividad solicitada.

Por su parte, Djankov, La Porta, Lopez y Shleifer señalan que la teoría del interés público de la regulación afirma que en los mercados no regulados se presentan fallas frecuentes desde poder monopólico hasta externalidades. Así, sostienen que un gobierno que persigue la eficiencia social enfrenta dichas fallas y protege al público a través de la regulación⁽¹²⁰⁾.

Estos autores sostienen que la regulación de entrada considera que el gobierno supervisa a los nuevos entrantes para asegurar que los consumidores compren

¹¹⁸ EPSTEIN, Richard A. Principios para una sociedad libre. Reconciliando la libertad individual con el bien común. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). 2003. p. 360

¹¹⁹ ZHANG, Quing y OGUS, Anthony. Licensing Procedures in Developing Countries: Should They Be Part of the Set-up Process?. International Journal of Public Administration, 29, 2006. Taylor & Francis Group, LLC. pp. 1095 - 1096.

¹²⁰ Djankov, Simeon; La Porta, Rafael; López-de-Silanes, Florencio; y Shleifer, Andrei. The Regulation of Entry. En: The Quarterly Journal of Economics. Vol. CXVII. February. 2002. p. 2.

productos de alta calidad de ofertantes deseables⁽¹²¹⁾. Esta regulación reduce las fallas de mercado. Con el registro, las nuevas compañías adquieren un tipo de aprobación oficial, la cual las hace lo suficientemente reputables para las transacciones con el público en general y otros negocios. Conforme a lo señalado por estos autores, la *teoría del interés público* predice que una estricta regulación de la entrada, medida con un alto número de procedimientos en particular, debería estar asociadas con beneficios socialmente superiores⁽¹²²⁾.

Siguiendo lo expuesto por Zhang y Ogus, para que el sistema de licenciamiento – control previo - sea justificado, se debería cumplir la siguiente condición: $C < PL$, donde “C”, es el costo adicional a aquellos en que se habrían incurrido con un sistema *ex post* (*costos del escrutinio o revisión ex ante*), “P” representa la probabilidad de pérdidas ocurridas por la ausencia del escrutinio o revisión previa y “L” representa las pérdidas que el escrutinio o revisión previa prevenían⁽¹²³⁾.

Siguiendo a estos autores, un sistema de licenciamiento previo puede ser justificado sólo en algunos negocios sectoriales específicos donde hay un alto valor para “P” y/o para “L”.

La aplicación del control previo a los contratos de interconexión se encontrará justificada cuando hay un alto valor para “P” y/o “L”, es decir, existe una alta probabilidad de que se presenten pérdidas si la autoridad no realiza la revisión de los términos contractuales pactados o se presentan efectivamente las pérdidas que el control previo debía evitar. En estos casos, aún cuando se presenten costos, será preferible la utilización del control previo.

Como se ha anticipado, las pérdidas que se presenten por un contrato de interconexión que se aparte del marco normativo o perjudique los principios de la interconexión no serán tan catastróficas como podría ser una actividad relacionada con la salud o una planta nuclear. Asimismo, tampoco se identifica que exista una aversión social hacia los contratos de interconexión que sea tan elevada que ocasione que el escudriño previo y la previsión sean preferibles respecto de los controles y sanciones posteriores (*ex post*).

¹²¹ *Ibidem*.

¹²² *Ibidem*.

¹²³ ZHANG y OGUS, *loc. cit.*

No obstante, sí se presentan consecuencias en los mercados de servicios públicos de telecomunicaciones como resultado de la ejecución de contratos de interconexión que contienen disposiciones contrarias al marco legal. Por ejemplo, un diseño inadecuado de la interconexión podría generar que las redes de telecomunicaciones presenten fallas y/o interrupciones, y en consecuencia, se perjudique la continuidad del servicio público a la que los usuarios tienen derecho. Asimismo, este contrato de interconexión puede contener disposiciones que perjudiquen a uno de los competidores interconectados o a un tercero; o incluso puede presentarse que contratos de interconexión entre empresas vinculadas fijen condiciones anticompetitivas.

4. Costos y controles de la intervención administrativa en la aprobación previa de los contratos de interconexión.

La intervención del Estado generará costos a la sociedad. Como señala ALVAREZ RODRICH la intervención gubernamental se produce para superar determinadas fallas del mercado; sin embargo, esta intervención también puede ocasionar deficiencias⁽¹²⁴⁾. Por ello, este autor precisa que la intervención dirigida a corregir determinadas fallas puede generar beneficios que deben ser evaluados junto con los costos y deficiencias que a su vez pueden ocasionar⁽¹²⁵⁾.

ALVAREZ RODRICH clasifica estos costos de la manera siguiente: *costos internos* que constituyen los recursos utilizados que podrían haber tenido un mejor uso alternativo; *costos externos directos* que son los costos que se imponen a aquellos a quienes afecta directamente la intervención y *costos externos indirectos* que son los costos y problemas que se pueden generar a terceros a causa de la intervención por corregir un problema⁽¹²⁶⁾.

El Estado en su actuación administrativa de control previo específicamente para los contratos de interconexión, a través de los funcionarios públicos responsables de la definición de las reglas – establecimiento de los citados estándares y de velar por el interés público -, incurre en *costos de gestión*, *costos administrativos* que afectarán el presupuesto público. De igual manera, la supervisión de si todos los contratos de interconexión que se están ejecutando han sido presentados implica que el Estado

¹²⁴ ÁLVAREZ RODRICH, Augusto. óp. cit. p. 39

¹²⁵ Ibídem.

¹²⁶ Ídem. p. 39-40.

incurra en *costos de supervisión*, es decir *costos administrativos* que de igual manera afectarán los recursos públicos.

La aprobación de los contratos de interconexión también genera costos a los administrados. Las empresas operadoras incurrirán en costos cuando tengan que presentar los contratos de interconexión a la autoridad reguladora. Asimismo, y con mayor relevancia, incurrirán en *costos de oportunidad* debido a que el procedimiento de aprobación previa implica que se tiene que esperar el pronunciamiento de la autoridad en un determinado tiempo. Las empresas operadoras podrían valorar este tiempo, en el cual pueden tener sus activos listos para operar y no lo pueden hacer debido a que dependen del pronunciamiento de la autoridad para iniciar la ejecución del contrato de interconexión.

La autoridad administrativa no está exenta de cometer errores y definitivamente ellos se pueden presentar cuando se dispone que apruebe previamente los contratos de interconexión. Estos errores se pueden presentar cuando se aprueba un contrato de interconexión que no debía aprobarse o cuando se desaprueba un contrato que debía aprobarse; o cuando se perjudica a terceros a causa de la intervención vía el control previo. A estos errores se les denominará *costos de equivocación* o de *desvío de la actuación del regulador*.

La causa de estos errores puede originarse en la falta de preparación de los funcionarios del regulador en la fijación de los estándares y reglas para la aprobación previa de los contratos de interconexión – lo que ALVAREZ RODRICH denomina *ignorancia*⁽¹²⁷⁾-. Asimismo, conforme a este autor también pueden presentarse otros fallos de gobierno cuando se *carece de información completa* para tomar la decisión apropiada, *restricciones políticas, corrupción, falta de presión para minimizar costos involucrados en sus actividades* (lo cual está vinculado a la inexistencia de mecanismos apropiados para evaluar la gestión del funcionario)⁽¹²⁸⁾.

A los mencionados por ALVAREZ RODRICH, se puede mencionar como causas adicionales la existencia de procedimientos no idóneos o inclusive en la presencia de una *captura del regulador*.

¹²⁷ Ídem. p. 41.

¹²⁸ Ibidem.

Sobre esta última causa, es necesario precisar que la *teoría de la captura* se desarrolla en el marco de la *teoría económica de la regulación*, por la cual según QUINTANA el regulador se guía por sus propios intereses y siguiéndolos termina beneficiando a la industria⁽¹²⁹⁾.

Este autor señala que de allí surge la idea de la proclividad del regulador a ser capturado por la industria, dejando de lado el objetivo de limitar los excesos que pueden cometer las empresas y desamparando a los demás grupos de interés⁽¹³⁰⁾.

QUINTANA menciona que según Stigler los actores políticos – reguladores y otras autoridades – son agentes maximizadores de sus propios intereses, entre los que está el de mantener y asegurar su propio poder. Citando a Stigler señala que son dos elementos los que influyen en la capacidad de los grupos de interés para votar a favor o en contra de una decisión del regulador: *información* y *organización*.

Los primeros se refieren a los costos en que se incurren para tener información oportuna sobre las decisiones que adoptará el regulador, los segundos se refieren a los costos de organizarse para influir en las decisiones del regulador. De esta manera, en el segundo caso, los grupos de interés que enfrenten menores costos tendrán preeminencia en el proceso regulatorio, siendo las empresas las que usualmente tienen menores costos para obtener información y organizarse⁽¹³¹⁾⁽¹³²⁾.

¹²⁹ QUINTANA SÁNCHEZ, Eduardo. Los reguladores de electricidad, saneamiento y telecomunicaciones en su espacio ¿captura o administración de recursos dispersos?. Themis. Revista de Derecho. Nº 52. 2006.p. 96. Respondiendo a los intereses de una de las partes, por ejemplo, la captura se produce por parte del agente con mayor poder económico, como puede ser la empresa con mayor poder de mercado.

¹³⁰ *Ibidem*.

¹³¹ *Ídem*. p. 94-96.

¹³² QUINTANA cita además a Sam Peltzman, quien argumentó que los grupos de interés que tienen influencia en las decisiones del proceso regulatorio son varios y no sólo las empresas. Conforme a Peltzman el político maximizador de utilidad asigna los beneficios que puede otorgar a través de sus decisiones de forma óptima entre los distintos grupos de interés. Conforme a ello, señala que siempre existe la posibilidad de que grupos de consumidores u otras formas de organizaciones ofrezcan algunos votos o recursos a favor del regulador, logrando recibir ciertos beneficios. Así QUINTANA sostiene que el regulador aceptará beneficios de todos los que puedan dárselos en la medida que no afecte a aquellos grupos que más le ofrecen. *Ídem*. p. 96.

En ese orden de ideas, bajo esta teoría se plantea que el mejor remedio son las medidas destinadas a aislar al regulador para que realice sus labores sin la tentación de la captura⁽¹³³⁾.

En este punto, resulta relevante señalar que QUINTANA sostiene que con la *teoría del Espacio Regulatorio* se busca desmitificar la supuesta proclividad de los reguladores a ser capturados por la industria regulada. Conforme a esta teoría, si bien el regulador es un actor principal, es uno más de los agentes que participan en el *proceso regulatorio*, y por ello no monopoliza todas las capacidades y decisiones de tal proceso, en la medida que participan en el mismo una variedad de agentes con gran poder proveniente de la tenencia de valiosos recursos que les otorgan capacidades no derivadas necesariamente de la ley⁽¹³⁴⁾.

Así QUINTANA señala que la captura no es siempre el objetivo primordial de la industria ya que ante una superposición de capacidades regulatorias es complejo identificar a quien se tendría que capturar; de esta forma, considera que más que relaciones de captura lo que existen son *relaciones de interdependencia*, en las que los distintos agentes deben negociar posiciones para tomar una decisión⁽¹³⁵⁾.

Sobre la base de esta interdependencia, se reevalúa la posibilidad de la captura. QUINTANA señala que si se asume que el regulador tiene una amplia capacidad de toma de decisiones y pocos límites, la opción de la captura adquiere mayor fuerza. Sin embargo, según QUINTANA, si se considera que los recursos que otorga capacidades regulatorias se encuentran dispersos y no centralizados en el regulador, la percepción del problema cambia, de tal manera que el regulador no tiene tanta libertad y tiene que sustentar sus decisiones antes las empresas, grupos de usuarios y otras entidades del

¹³³ QUINTANA explica el desempeño de los reguladores conforme a las distintas teorías de la regulación. Así, señala que de acuerdo a la *teoría normativa de la regulación* ésta tiene por objeto resolver los problemas derivados de la existencia de fallas de mercado, como los monopolios naturales, externalidades, información asimétrica. La intervención del Estado conforme a esta teoría era un medio efectivo para lograr mayor bienestar para toda la población. La idea señala QUINTANA era que el regulador estaba convenido con las bondades de ese objetivo y que la principal razón de ser era dicho logro. Sin embargo, no existían estudios económicos empíricos que la respaldaran. Estos estudios los realizan bajo el aporte conceptual de la *teoría normativa de la regulación* con la cual se concluye que la regulación terminaba beneficiando a las empresas. Ídem. pp. 94-96.

¹³⁴ Ídem. p. 94.

¹³⁵ Íbidem.

Estado y si las capacidades regulatorias están dispersas, la posibilidad de captura se hace más complicada⁽¹³⁶⁾.

Conforme a esta perspectiva del Espacio Regulatorio, QUINTANA sostiene que la reforma regulatoria tiene que dirigirse a crear procedimientos que exploten el potencial de cada uno de estos actores, haciéndolos participes en el proceso regulatorio, de tal manera que en vez de aislar al regulador para que no sea capturado, se busca la existencia de procedimientos que faciliten la participación de actores que supervisen y contrapesen el ejercicio de la discrecionalidad del regulador⁽¹³⁷⁾.

Ahora bien, OGUS señala que los reguladores están sujetos a control, el cual está orientado a enfrentar los distintos costos antes identificados⁽¹³⁸⁾.

El primer control se denomina *control financiero*. Por la responsabilidad de control financiero, los reguladores deben satisfacer ciertos estándares de gestión financiera, minimizando los costos administrativos y no dar un mal uso a los recursos.

El segundo control se denomina *control procedimental*, el cual implica que los procedimientos del regulador deben ser justos e imparciales, de manera que exista un marco apropiado para el diseño de las reglas y las decisiones respondan al interés público y se resistan a influencias indebidas de intereses privados – e inclusive, a eventuales intereses políticos. El tercer tipo de control es denominado *control sustantivo* y busca asegurar que las propias reglas y decisiones sean en sí mismas justificables en términos de las metas de interés público del sistema regulatorio⁽¹³⁹⁾.

Aplicando este marco de controles expuesto por OGUS, en definitiva, existe una correlación entre los distintos costos identificados derivados de la aprobación previa de los contratos de interconexión y los controles que se pueden diseñar para evitarlos o disuadirlos.

Los costos administrativos de la gestión y supervisión de la autoridad regulatoria deben sujetarse a los límites y marcos presupuestarios correspondientes, y no deberían exceder los recursos necesarios atendiendo al procedimiento previsto. El

¹³⁶ Ídem. p. 99.

¹³⁷ Íbidem.

¹³⁸ OGUS, Anthony. óp. cit, p. 283

¹³⁹ Íbidem.

control procedimental se puede asegurar a través de un procedimiento administrativo adecuado que cumpla con el debido proceso. Será necesario otorgar la oportunidad a las partes de alegar en el procedimiento, se debe velar por la participación de terceros interesados y se debe garantizar la motivación de las decisiones.

Debe tenerse en consideración en este punto lo señalado por OGUS en el sentido que estos procesos alientan la racionalidad administrativa y conducen a mejores reglas, facilitando la adhesión a metas de interés público y restringen la desviación hacia intereses privados⁽¹⁴⁰⁾. Este autor señala que los procedimientos abiertos pueden generar costos administrativos sustanciales y demoras; no obstante, pueden servir para reducir la desigualdad en el poder de los grupos de presión⁽¹⁴¹⁾.

En el caso del control sustantivo aplicable a la interconexión, se aprecia que un análisis de impacto de la regulación puede coadyuvar a la evaluación de los costos y beneficios del diseño y aplicación del control previo de los contratos de interconexión.

5. Control previo y capacidad de cumplimiento

La decisión del Estado por el método del control previo de los contratos de interconexión⁽¹⁴²⁾ debe implicar no sólo la ponderación de los beneficios y costos del método antes señalados, sino también la evaluación de la capacidad del Estado de hacer cumplir las disposiciones regulatorias (*regulatory enforcement*).

ZHANG y OGUS señalan que conforme al modelo de Becker el *enforcement* puede ser problemático si los potenciales incumplidores perciben que las sanciones formales y otras pérdidas incurridas como consecuencia de la detección y sanción ponderada con la probabilidad de detección y determinación de responsabilidad, es inferior a la utilidad derivada de la contravención misma⁽¹⁴³⁾.

Por su parte, COLOMA señala que la utilización de multas como una forma de sancionar hechos ilícitos presenta parecidos con los mecanismos jurídicos que

¹⁴⁰ *Ibidem*.

¹⁴¹ *Ibidem*.

¹⁴² Es decir, la decisión de aprobar los contratos de interconexión como última etapa dentro del establecimiento de una empresa para prestar servicios públicos de telecomunicaciones.

¹⁴³ ZHANG y OGUS. *óp cit.* p. 1097.

establecen la obligación de indemnizar a los damnificados por tales hechos⁽¹⁴⁴⁾. Este autor cita que la principal semejanza es que la persona que infringe determinado deber jurídico debe en ambos casos enfrentar un costo impuesto por el derecho y que implica el desprendimiento de una suma de dinero. Ello hace que, cuando la persona decida realizar el acto ilícito tiene en cuenta la probabilidad de tener que erogar una determinada cantidad de dinero⁽¹⁴⁵⁾.

COLOMA considera que el supuesto es que los agentes económicos que evalúan cometer una infracción o hecho ilícito comparan el beneficio privado que deriva de la misma (b) con el costo de la multa que pagarían (m), multiplicado por la probabilidad de ser detectado (p). Así establece que un infractor racional incurrirá en la misma siempre que $b > p.m$ y no incurrirá en ella si $b < p.m$. En consecuencia, considera que si el objetivo del estado es inducir al posible infractor a que no realice el hecho ilícito puede, por un lado, establecer una multa elevada por la infracción o puede realizar acciones preventivas y disuasorias que incrementen la probabilidad de detectar y sancionar infracciones⁽¹⁴⁶⁾⁽¹⁴⁷⁾.

En ese sentido, es preciso que la implementación de un método de *control previo* considere la capacidad que tendrá el Estado de identificar las conductas (costos de supervisión) y además de imponer sanciones que garanticen el objetivo regulatorio o beneficios del control previo.

Así, el Estado debe tener la capacidad inicial de velar porque todos los contratos de interconexión que deban ser materia de control previo, sea puestos en su conocimiento. Igualmente, debe tener la capacidad de identificar si hay contratos de interconexión no presentados por las empresas operadoras, o que se estén aplicando disposiciones distintas a las pactadas.

En consecuencia, se requiere de una actuación diligente del Estado así como de una capacidad de detección, con procedimientos adecuados y con una tipificación de las

¹⁴⁴ COLOMA. Germán. Análisis económico del derecho. óp. cit. p.254.

¹⁴⁵ *Ibidem*.

¹⁴⁶ *Ídem*. p. 256.

¹⁴⁷ En el primer caso de elevar las multas, este autor señala que aunque la probabilidad de detección sea baja el valor de "p.m" es suficientemente alto para que sea superior al valor de "b". En el segundo caso, aunque la multa sea baja, el valor de "p.m" es superior al valor de "b".

infracciones previa y con multas o sanciones administrativas que desincentiven las conductas que perjudican los intereses públicos.

6. El control previo desde la perspectiva de los intereses privados

Zhang y Ogus señalan que la teoría del interés privado sugiere que la regulación sirve a los intereses de grupos privados⁽¹⁴⁸⁾⁽¹⁴⁹⁾⁽¹⁵⁰⁾ y también la aplican al sistema de licenciamiento previo de actividades económicas (licensing). Conforme a esta teoría las empresas establecidas están motivadas a influir en la promulgación de requerimientos para el licenciamiento que podrían a menudo limitar la competencia, y que, en ciertas circunstancias, les permitiría incrementar sus utilidades. Estos autores sostienen además que los políticos pueden estar preparados para acoger las demandas de los grupos de ofertantes para los requerimientos de licenciamiento a cambio de retornos o beneficios para sus contribuciones de campaña, votos e incluso sobornos.

En cuanto a los burócratas, Zhang y Ogus, señalan que pueden usar el sistema de licenciamiento para obtener presupuestos mayores, prestigio, poder e incluso posteriores condiciones de empleo. Precisan que la discreción involucrada en las decisiones de licenciamiento crea la oportunidad para sobornos. Asimismo, debido a su rol clave en la formulación de decisiones, por ejemplo, controlando la información, los burócratas pueden fácilmente imponer sistemas de licenciamiento⁽¹⁵¹⁾.

En el mismo sentido, Djankov, La Porta, Lopez y Shleifer señalan que de acuerdo a la teoría de la elección pública se aprecia a los gobiernos como menos benignos y a la regulación como socialmente ineficiente⁽¹⁵²⁾. Siguiendo a Stigler, estos autores citan la teoría de la captura regulatoria, en el sentido que la regulación es adquirida por la industria y es diseñada y operada para su beneficio⁽¹⁵³⁾. Precisan que los incumbentes tienen la capacidad de adquirir las regulaciones para crear rentas para sí. De acuerdo

¹⁴⁸ ZHANG y OGUS, loc. cit.

¹⁴⁹ Ídem. p. 1102.

¹⁵⁰ TARZIJÁN y PAREDES señalan que los llamados economistas del área del “*public choice*” o teoría de las decisiones públicas tienen la idea fundamental que las regulaciones surgen de las presiones de grupos de interés. Consideran esta aproximación más realista que aquella que propone que las regulaciones siguen un patrón ideal. TARZIJÁN y PAREDES. Op cit. p. 322.

¹⁵¹ ZHANG y OGUS. loc. cit.

¹⁵² DJANKOV et ál. óp. cit. p. 3.

¹⁵³ Ibidem.

a esta teoría la regulación de la entrada mantiene fuera a los competidores e incrementa las ganancias de los incumbentes. A causa de una estricta regulación, las barreras de entrada crecen, lo cual incrementa el poder de mercado y las utilidades más que los beneficios a los consumidores⁽¹⁵⁴⁾.

Los sistemas de licenciamiento previo para realizar actividades económicas como los analizados por Zhang y Ogus y la regulación de la entrada expuestas por Djankov et ál implican un control previo de actividades. En ambos se identifica la existencia de intereses públicos como los señalados al inicio del presente capítulo o la existencia de intereses privados.

En el control previo de los contratos de interconexión, de acuerdo a la teoría de los intereses privados, se advierte que existen empresas establecidas como la incumbente que pueden influir en el establecimiento de requerimientos más rígidos para la aprobación de los contratos, no necesariamente justificados en el beneficio de los usuarios sino en impedir el ingreso de un determinado competidor, limitando la competencia.

En sistemas políticos como el vigente, en el cual no existe suficiente transparencia en la relación entre políticos y empresas operadoras, los primeros pueden ser fácilmente capturados y acoger las demandas de los grupos de ofertantes, todo ello a cambio de obtener beneficios para su campaña o votos.

Asimismo, de conformidad con el sistema administrativo peruano, el atribuir mayores facultades como la del *control previo* de los contratos de interconexión, facilita a la administración pública la obtención de mayores presupuestos, sin perjuicio de aquellos beneficios como el prestigio o poder para el funcionario responsable del control previo.

Naturalmente, con la aplicación del *control previo* se genera información, la cual de su análisis y sistematización pueden determinar la continuación o finalización de este método de regulación. En ese sentido, el control de esta información por parte de la administración puede otorgarle incentivos a ésta a que se mantengan, renueven o impongan nuevos sistemas de control previo.

¹⁵⁴ *Ibidem*.

Estas conductas e incentivos perversos que se identifican desde la teoría de los intereses privados pueden ser reducidos cuando existe una actuación transparente en la relación entre el Estado y los administrados. Específicamente, cuando la actividad de la administración se encuentra reglada (disminuyendo la discrecionalidad) y auditada mediante mecanismos de rendición de cuentas y controles (pesos y contrapesos en la relación de la administración pública o de un poder del Estado respecto de otros poderes).

7. El control previo y otros mecanismos de intervención administrativa

Una vez explicado el *control previo* desde la teoría del interés público y de los intereses privados, y para efectos de la ponderación de los beneficios y costos del mismo, es preciso identificar cuáles son las alternativas existentes al control previo de los contratos de interconexión así como sus ventajas y desventajas.

(i) No intervención regulatoria en los contratos de interconexión

La *ausencia de intervención en los contratos de interconexión* se puede presentar *sin una regulación de los aspectos generales de la interconexión* y en este caso se aprecia que no existen riesgos de equivocación en la regulación y se deja a la libre actuación a las empresas operadoras son la base de la iniciativa privada. Sin embargo, se presentan las siguientes desventajas:

- Problemas en la apertura del mercado de telecomunicaciones en la relación entrante – establecido.
- Riesgos que el establecido establezca condiciones de difícil acceso y que perjudique la entrada.

Cuando *la ausencia de intervención en los contratos de interconexión* se presenta *con una regulación de los aspectos generales de la interconexión*, se contará con un marco legal previo que facilite las relaciones de interconexión entre el entrante y el establecido. Sin embargo, se presentan las siguientes desventajas:

- Riesgos de equivocación en la regulación de los aspectos general de la interconexión, sea estableciendo demasiados requisitos de acceso o no ponderando la relación entrante – establecido y los diferentes incentivos de cada uno.

- Probabilidad que los contratos de interconexión afecten los principios de interconexión y que no sean detectados por la autoridad, generando pérdidas para la sociedad.
- Se incurrirán en costos de supervisión de los contratos de interconexión existentes.

(ii) Comunicación o registro del contrato de interconexión

La comunicación o registro de los contratos de interconexión ante la autoridad puede tener *carácter declarativo o informativo*. En este caso no se generan costos significativos para los administrados (partes del contrato), principalmente, costos de oportunidad. No obstante, se presenta las siguientes desventajas:

- La existencia de contratos de contratos de interconexión que afecten los principios de la interconexión o el mercado y no son detectados por la autoridad.
- Se presentarán costos de supervisión posteriores a la presentación del contrato de interconexión.

Esta comunicación o registro de los contratos de interconexión ante la autoridad puede tener carácter constitutivo. En este caso, en comparación con el precedente, no se advierte un incremento significativo de los costos. A las desventajas señaladas para el caso anterior, se identifica que existirán costos de oportunidad para las partes del contrato de interconexión en la medida que en tanto no se comunique o registre no puede ser eficaz el contrato suscrito.

(iii) Aprobación de los contratos de interconexión

La aprobación o control previo de los contratos de interconexión puede ser *requisito para su eficacia*. Este es el modelo adoptado por el Perú. Bajo esta modalidad se pueden controlar previamente aquellas situaciones que impliquen incumplimientos normativos y afectaciones a las otras empresas o a los principios que rigen la interconexión. Sin embargo, se presentan las siguientes desventajas:

- Se presentan costos administrativos derivados de la aprobación previa.

- Se presentan costos de oportunidad para las empresas operadoras en tanto no pueden ejecutar sus contratos de interconexión.
- Se mantiene el deber del Estado de supervisión posterior de los contratos de interconexión.

La aprobación de los contratos de interconexión puede ser posterior a la eficacia del mismo. Bajo esta modalidad se garantiza que los contratos de interconexión puedan ser ejecutados previamente a la aprobación y en ese sentido, disminuyen los costos de oportunidad de las partes del contrato. Sin embargo, esta modalidad tiene los siguientes inconvenientes.

- Se mantienen los costos administrativos y demás costos de la aprobación previa sólo que ahora es posterior.
- Se mantiene la responsabilidad de la supervisión posterior de los contratos de interconexión.
- Se mantiene el riesgo que se ejecute un contrato de interconexión en el cual se perjudiquen a terceros o a los principios de la interconexión.

(iv) Ofertas Básicas de Interconexión

Las Ofertas Básicas de Interconexión pueden ser *sin aprobación del regulador*. En este caso existe una oferta de la empresa que facilita las negociaciones entre las partes de la interconexión. Esta oferta básica de interconexión facilita los acuerdos de interconexión, no incurriéndose en costos de la regulación y control de las actividades.

Sin embargo, dada la ausencia de aprobación del regulador de la oferta básica de interconexión, el operador que establece las ofertas básicas de interconexión podría incluir cláusulas perjudiciales para las contrapartes. No obstante, no soluciona la situación de los operadores que pretenden incluir escenarios nuevos o no contemplados en la oferta básica.

De otro lado, las ofertas básicas de interconexión pueden contar con la aprobación del regulador. En este caso existe una oferta de la empresa operadora que facilita las negociaciones entre las partes de la interconexión. Sin embargo, se incurren en costos de la regulación y control de las actividades. El Regulador podría demorarse en aprobar las ofertas básicas de interconexión. Asimismo, igual que el caso anterior, no

soluciona la situación de los operadores que pretenden incluir escenarios nuevos o no contemplados en la oferta básica.

8. De los alcances y criterios de aplicación del control previo

Del análisis del *control previo* realizado, se puede señalar que este método regulatorio es adecuado cuando:

- (i) Existe una justificación para regular la interconexión y en particular, los contratos de interconexión.
- (ii) Los beneficios y objetivos del *control previo* son superiores a los costos administrativos, los costos de oportunidad y los costos de cualquier otra desviación o error; que lo hacen mejor que los otros métodos regulatorios.
- (iii) El Estado cuenta con suficiente capacidad de hacer cumplir las normas y regulaciones.
- (iv) Cuando es transparente la relación entre el Estado y los administrados, evitando los incentivos perversos que se evidencian de la práctica del *control previo* desde la perspectiva de la teoría de los intereses privados.

No obstante, ello no es suficiente por cuanto el *control previo* en su aplicación a los contratos de interconexión requiere que se defina la *oportunidad, alcance y criterios de evaluación para su aplicación*.

Oportunidad para la aplicación del control previo: el establecimiento del control previo puede realizarse en los mercados de servicios públicos de telecomunicaciones en dos oportunidades claramente diferenciables: cuando el mercado se encuentra en transición a la competencia (o no están liberalizados) y cuando el mercado se encuentra en competencia.

En el caso de los mercados en transición a la competencia o recientemente liberalizados se advierte con mayor claridad algunas justificaciones a la regulación de los contratos de interconexión. Así, existe una diferencia entre las empresas operadoras, en la medida que el operador entrante requerirá la interconexión a la empresa establecida que puede tener poder de mercado y una mejor posición para la negociación. Se presentan los incentivos para que el operador establecido adopte una posición más rigurosa en la negociación y términos ofrecidos al entrante para el

contrato. Asimismo, se evidencia la diferencia en la experiencia en la negociación así como la asimetría entre las partes (selección adversa y riesgo moral).

En esta etapa se presentarán contratos complejos y existirá una preocupación de la autoridad reguladora en generar competencia, posibilitando el acceso a las facilidades esenciales, de forma oportuna y en condiciones adecuadas.

En el caso de mercados de servicios públicos de telecomunicaciones liberalizados y con determinados niveles de competencia, estas características no desaparecen, sin embargo, pueden disminuir en su intensidad. En general, se mantiene la presencia de contratos complejos y las empresas mantienen la necesidad de acceder a las facilidades esenciales en las mismas condiciones de acceso y oportunidad. Asimismo, los operadores pueden tener mayor experiencia en la negociación de la interconexión.

Alcance de la aplicación del control previo: el establecimiento del control previo como método de regulación implica la evaluación de si se aplica a todos los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones y si se aplica a todos los contratos de interconexión que se suscriben en el mercado.

Merece especial consideración en este punto conocer o determinar cuántas posibles contratos de interconexión se pueden establecer en un mercado específico de telecomunicaciones. Ello porque será el número máximo de casos que tendría que revisar el Estado bajo el control previo en este supuesto.

CÁNOVAS presenta una primera fórmula señalando que el número teórico de acuerdos de interconexión si todos los operadores estuviesen interconectados sería de: $N*(N-1)/2$, donde N= Número de Operadores de Telecomunicaciones⁽¹⁵⁵⁾.

Sin embargo, esta fórmula planteada por CÁNOVAS funciona en tanto se asuma que sólo se establece un acuerdo de interconexión por empresa para establecer una *interconexión directa*⁽¹⁵⁶⁾. Si se asume, como sucede en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones, que todas las empresas de *servicios portadores* y

¹⁵⁵ CÁNOVAS, óp. cit, p.144.

¹⁵⁶ La interconexión directa implica la unión directa física entre las dos redes públicas de las empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones. Es decir, sin que intervenga un tercer operador que les provea o las interconecte mediante la provisión del servicio de transporte conmutado local o tránsito local.

finales se pueden interconectar y bajo la premisa que se trata de una interconexión directa y que hay tantos acuerdos de interconexión como aspectos negociables haya (v.g. facilidades esenciales u otras materias a incluir en el contrato de interconexión), se aprecia que la fórmula necesita ser replanteada.

Para este supuesto, el número total máximo de acuerdos de interconexión sobre los cuales habría que aplicar el control previo sería igual a $N*(N-1)*X/2$, donde X=número de facilidades esenciales y materias negociables a incluir en el contrato de interconexión. En este caso se asume además que todos los operadores pueden dar todas las prestaciones contenidas en X.

Ahora bien, el número total máximo se reduce si se considera que las empresas en vez de interconectarse directamente, utilizan la *interconexión indirecta* o *vía transporte conmutado local (tránsito local)* de un determinado operador (por lo general el proveedor con mayores facilidades de red).

La aplicación a todos los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones debe justificarse en que las características para la regulación vía el *control previo* aplican a los operadores sin distinción por su poder de mercado, servicios prestados, vinculación económica u otros criterios.

En tanto que otorgar un tratamiento diferenciado del *control previo* se explica cuando la justificación se presenta con mayor intensidad en determinadas empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones respecto de otras empresas, por su diferente poder de mercado, por los servicios públicos concedidos involucrados o la existencia de vinculación económica. Por ejemplo, aquellos contratos de interconexión entre dos empresas vinculadas económicamente podrían presentar elementos que afecten la competencia u otorgar tratos diferenciados que podrían discriminar a terceros operadores. En estos casos ameritaría con mayor claridad un control previo de dichos contratos.

Una situación similar se presenta en la evaluación de si se aplica el control previo a todos los contratos de interconexión que se suscriben en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones. Se puede optar por el control previo de todos los contratos cuando se advierte que, en la práctica, todos los contratos pueden presentar elementos que afectarían intereses públicos que merecen protección. Por ejemplo,

todos presentan niveles de complejidad o involucran facilidades esenciales cuyo acceso se requiere promover.

En cambio, se optará por un control previo sólo de algunos contratos de interconexión cuando los términos que se pacten en éste no presentan siempre la misma complejidad o si bien involucran facilidades esenciales, existe una regulación clara independiente del contrato que garantiza su acceso en condiciones adecuadas.

Criterios de evaluación para la aplicación del *control previo*:

El establecimiento del *control previo* significa que el Estado ha considerado que este método de regulación protege mejor los intereses públicos respecto de otros métodos alternativos y que los beneficios son superiores a los costos y riesgos involucrados en su aplicación.

En ese sentido, es necesario definir los criterios de evaluación de los contratos de interconexión que disminuyan la discrecionalidad de la administración para aplicar el *control previo*. Así, es preciso que estos criterios de evaluación de los contratos de interconexión sean *objetivos*, se encuentren *legalmente establecidos*, sean de *público conocimiento* y que *protejan el interés público* como objetivo regulatorio por el cual se estableció el *control previo*. Estas características que deben tener los criterios de evaluación permitirán la maximización de los beneficios del *control previo* y la disminución de los costos que implica su aplicación.

El criterio de evaluación será *objetivo* cuando se encuentra claramente definido disminuyendo la subjetividad y la posibilidad de interpretaciones contradictorias o abiertamente diferentes. Es necesario además que este criterio conste en un documento de naturaleza legal, como una ley, reglamento o resolución del organismo regulador, con la finalidad de garantizar su existencia y legalidad.

Este criterio debe ser conocible por parte de las empresas operadoras que someterán sus contratos de interconexión al control previo de la administración, de tal manera que puedan prever si se cumple o no con los criterios de evaluación.

Asimismo, resulta claro que el criterio de evaluación debe orientarse a proteger el interés público que sustenta el establecimiento del control previo. Un criterio de evaluación que se aparte de este objetivo regulatorio naturalmente implicará que se

incrementen los costos frente a los beneficios y ocasione que se desvirtúe el control previo.

Estos criterios de evaluación orientados al interés público, se manifestarán en los contratos de interconexión de dos maneras. Por un lado, en la verificación que el contenido del contrato de interconexión no contravengan disposiciones referidas a la interconexión (revisión general del cumplimiento del marco legal); y por otro lado, la necesidad que este contenido no afecten al operador que se interconecta ni a terceros operadores (se presenta así una garantía del derecho a la igualdad de acceso, del derecho a la aplicación de la cláusula del tercero más favorecido, del derecho a la no discriminación y del derecho a exigir se aplique el principio de neutralidad).



CAPÍTULO III

APLICACIÓN DEL MÉTODO DEL CONTROL PREVIO A LOS CONTRATOS DE INTERCONEXIÓN EN EL PERÚ

1. De la autoridad responsable del control previo de los contratos de interconexión en el Perú.

Con la promulgación de la Ley de Telecomunicaciones se inicia la emisión de un conjunto de normas que tienen por objetivo la liberalización del sector telecomunicaciones y el desarrollo de las mismas. Posteriormente, y bajo el marco el régimen económico de la Constitución Política de 1993 – Constitución Económica - se han emitido diversas normas con este objetivo liberalizador⁽¹⁵⁷⁾⁽¹⁵⁸⁾, promotor de la competencia y garante del acceso universal⁽¹⁵⁹⁾.

¹⁵⁷ Debe señalarse que, tal como lo sostiene HERNÁNDEZ GONZÁLES la política de liberalización no supone ni la desaparición del Estado Social, ni la transformación de sus fines; subsisten éstos, los cuales ahora serán atendidos con otros instrumentos jurídicos compatibles con el principio de libertad de empresa y libre competencia. HERNÁNDEZ GONZÁLES, José Ignacio. La libertad de empresa y sus garantías jurídicas. Estudio comparado del Derecho español y venezolano. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo. Ediciones IEAS. Caracas 2004. p. 42. Este autor líneas más adelante señala que la liberación supone un nuevo papel de la administración económica. Ello implica que hay una tendencia por reducir la intervención directa a través de la *privatización* y la intervención indirecta mediante la *desregulación*. Asimismo, la administración interviene en el orden económico indirectamente a través de la llamada neo-regulación, entendida como una intervención indirecta desplegada de conformidad con el mercado que afecta y restringe la libertad económica. HERNÁNDEZ GONZÁLES señala así que la administración aportadora de prestaciones se sustituye por la administración garantizadora de prestaciones. Ídem. p.63.

¹⁵⁸ El artículo 58º de la Constitución Política señala lo siguiente:

“Artículo 58º. La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura”.

¹⁵⁹ Por citar algunas de estas normas:

Dentro de este marco, la Ley de Telecomunicaciones ha otorgado atribuciones específicas en materia de telecomunicaciones a dos entidades públicas: el *Ministerio de Transportes y Comunicaciones* y el *OSIPTEL*.

Estas entidades tienen la responsabilidad de mantener un entorno reglamentario apropiado que permita la adecuada prestación de los servicios de telecomunicaciones. Debe advertirse que el modelo peruano ha atribuido la responsabilidad del sector telecomunicaciones, con sus respectivas competencias, a dos organismos. A pesar de esta dualidad de entidades es importante que frente al ciudadano se aprecie que el Estado regula las telecomunicaciones de forma adecuada y sin contradicciones entre sus agencias.

Las competencias son ejercidas por OSIPTEL con respecto a los servicios públicos de telecomunicaciones, sea que se traten de servicios portadores, finales, de difusión o de valor añadido. El OSIPTEL se rige asimismo por la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en Servicios Públicos. Esta ley le ha otorgado a este organismo diferentes potestades, además de las establecidas sectorialmente en su norma de creación y en normas especiales⁽¹⁶⁰⁾.

-
- Texto Único Ordenado de su Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones aprobado por Decreto Supremo N° 020-2007-MTC.
 - Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones y Lineamientos para Desarrollar y Consolidar la Competencia y la Expansión de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones: Decreto Supremo N° 020-98-MTC y Decreto Supremo N° 003-2007-MTC, respectivamente.

¹⁶⁰ Mediante la Ley N° 26285 se dispuso la desmonopolización progresiva de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones de Telefonía Fija Local y de Servicios de Portadores de Larga Distancia, otorgándose funciones específicas al OSIPTEL. La Ley N° 27336 reforzó las funciones y facultades del OSIPTEL, principalmente, para el ejercicio de su funciones supervisoras y sancionadoras. Algunas leyes especiales, le han otorgado competencias específicas sobre determinados temas al OSIPTEL:

- La Ley N° 28999, Ley de Portabilidad Numérica de los Servicios Móviles le otorga competencia al OSIPTEL sobre portabilidad numérica en los servicios móviles.
- El Decreto Legislativo N° 1021 le otorga la facultad al OSIPTEL de establecer obligaciones normativas respecto del acceso a los elementos de red de manera desagregada.
- La Ley N° 28295 le otorga la facultad al OSIPTEL en materia de acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, cuando existen restricciones administrativas.
- El Decreto Legislativo N° 1019 le otorga la facultad al OSIPTEL en materia de acceso a la infraestructura de los proveedores importantes de servicios públicos de telecomunicaciones

Este organismo actúa en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones, un mercado que presenta fallas de mercado y características especiales como: asimetría en la información entre el estado y el concesionario y entre éste y los consumidores, externalidades, poder de mercado, *economías de escala*⁽¹⁶¹⁾ y *subaditividad de costos*⁽¹⁶²⁾, importantes *costos hundidos*⁽¹⁶³⁾ en el desarrollo de la infraestructura de telecomunicaciones, convergencia e innovación tecnológica. Estas características justifican la existencia de una regulación económica.

Esta actuación del OSIPTEL en el mercado de servicios públicos se sustentará en la teoría de la regulación económica, la cual es una técnica de intervención administrativa que ZEGARRA VALDIVIA la califica de regulación administrativa. Este autor define a la regulación como el conjunto de técnicas de intervención pública en el mercado y que supone una intervención continua de los poderes públicos respecto de la actividad y el comportamiento de las empresas⁽¹⁶⁴⁾.

La actuación del OSIPTEL recae sobre aquellos agentes económicos que participan en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones, entre los cuales se encuentran las empresas operadoras, es otras palabras, aquellas personas naturales

Asimismo, OSIPTEL se encuentra facultado para la aplicación de los Decreto Legislativos N° 1034 y N° 1044, relativos a la represión de las conductas anticompetitivas y de la competencia desleal.

¹⁶¹ FERNANDEZ BACA sostiene que con la existencia de economías de escala, la empresa puede reducir el costo unitario de producción ampliando la escala de operación. También se le denomina *economías de escala específicas al producto*. Señala que estas economías pueden ser de dos tipos: *tecnológicas* o *pecuniarias*, dependiendo de si se originan en disminuciones de los coeficientes técnicos de producción o en reducciones de los precios pagados por los factores. En las economías de escala los costos medios son decrecientes. FERNÁNDEZ BACA, Jorge. óp. cit. pp. 19, 112.

¹⁶² Este mismo autor señala que los economistas modernos consideran el concepto de subaditividad, la cual implica que el costo de producir una determinada cantidad de un producto en una sola empresa es menor que el costo de producirlo en N diferentes unidades productivas separadas. Ídem. pp.20-21.

¹⁶³ FERNÁNDEZ BACA señala que los costos hundidos son aquellas inversiones que producen un flujo de ganancias durante un período de tiempo relativamente largo, y que sin embargo, nunca pueden ser recuperadas. Precisa que si una empresa utiliza una máquina alquilada, ésta representa un costo fijo, pero si la empresa compra la máquina y ésta es tan especializada que resulta muy difícil venderla, la misma se convierte en un costo hundido. Ídem. pp. 430-431.

¹⁶⁴ ZEGARRA VALDIVIA, Diego. Marco Institucional de las Telecomunicaciones en el Perú, Lima, Palestra, Primera Edición. 2005. p. 191. Este autor hace referencia a una definición más amplia de Gaspar Ariño y De la Cuetara en el sentido que la regulación es el conjunto de elementos jurídicos, técnicos y decisionales necesarios para mantener un sector de actividad humana dentro de unos parámetros determinados (p. 190).

o jurídicas que son concesionarias o cuentan con registro para prestar servicios públicos de telecomunicaciones; las empresas comercializadoras, aquellas que comercializan tráfico y/o servicios públicos de telecomunicaciones; los abonados, aquellas personas naturales o jurídicas que ha contratado la prestación de un servicio público de telecomunicaciones; y los usuarios, aquellas personas naturales o jurídicas que hacen uso de los servicios públicos de telecomunicaciones.

En este mercado de servicios públicos de telecomunicaciones, el OSIPTEL ejerce diversas funciones, todas ellas orientadas a un adecuado desenvolvimiento del mercado y que deben ser ejercidas dentro de los alcances y límites establecidos en el marco normativo⁽¹⁶⁵⁾. Siguiendo a LANDA, el Estado ha constituido al regulador para asegurar que se respeten los principios de eficiencia y equidad que demanda el bienestar general y la seguridad de los ciudadanos, de igual manera que la transparencia y contribución al desarrollo integral y equilibrio nacional⁽¹⁶⁶⁾. De esta manera, los organismos reguladores, conforme a LANDA, controlan, ya sea mediante acciones ex ante – como regulaciones previas- o ex post –como sanciones a los

¹⁶⁵ Los artículos 18° y 19° del Reglamento General del OSIPTEL establecen los objetivos generales y específicos de este organismo:

“Artículo 18.- Objetivo general del OSIPTEL

El OSIPTEL tiene por objetivo general, regular, normar, supervisar y fiscalizar, dentro del ámbito de su competencia, el desenvolvimiento del mercado de servicios públicos de telecomunicaciones y el comportamiento de las empresas operadoras, las relaciones de dichas empresas entre sí, y las de éstas con los usuarios; garantizando la calidad y eficiencia del servicio brindado al usuario, regulando el equilibrio de las tarifas y facilitando al mercado una explotación y uso eficiente de los servicios públicos de telecomunicaciones.”

“Artículo 19.- Objetivos específicos del OSIPTEL

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

- a) Promover la existencia de condiciones de competencia en la prestación de los servicios de telecomunicaciones.*
- b) Garantizar el acceso universal a los servicios públicos de telecomunicaciones.*
- c) Garantizar la calidad y la continuidad de la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones.*
- d) Velar por el cabal cumplimiento de los contratos de concesión.*
- e) Cautelar en forma imparcial los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios en el mercado de telecomunicaciones.*
- f) Establecer políticas adecuadas de protección para los usuarios, y velar por el acceso a los servicios con tarifas razonables.*
- g) Facilitar el desarrollo, modernización y explotación eficiente de los servicios de telecomunicaciones.*
- h) Los demás que establezcan las leyes y reglamentos pertinentes.”*

¹⁶⁶ LANDA ARROYO, César. Principios Rectores y Derechos Fundamentales del Administrado de la Constitución Económica de 1993. Revista de Derecho Administrativo del Círculo de Derecho Administrativo. Año II. Número 3. 2007. p. 39.

infractores – los estándares de calidad del servicio, la razonabilidad del precio que se le asigne, el desarrollo sostenido del sector, entre otros elementos que garanticen el bienestar de los consumidores⁽¹⁶⁷⁾.

En ese sentido, se puede apreciar que el OSIPTEL, como organismo regulador de los servicios públicos de telecomunicaciones, cuenta con funciones establecidas por la ley y que actúa sobre las personas naturales y jurídicas que se desenvuelven en este mercado de diversas maneras. Estas funciones son ejercidas dentro del marco del derecho administrativo y en el ejercicio de cada una de ellas se presentará el debate respecto de los límites entre lo que puede hacer el Estado en su actuación administrativa y los derechos de los particulares.

2. De la duración de las etapas para que las empresas operadoras puedan prestar efectivamente sus servicios

En el capítulo anterior se han desarrollado las etapas que necesita realizar una empresa para poder prestar servicios públicos de telecomunicaciones, específicamente si prestará sus servicios accediendo a las redes de otras empresas operadoras ya establecidas. Estas etapas de *establecimiento, concesión o registro e interconexión* implican un costo en términos de tiempo y recursos económicos que debe asumir el operador entrante por la realización de trámites y procedimientos.

DJANKOV et ál señalan que los países difieren significativamente en la forma en que regulan la entrada de nuevos negocios. En su trabajo estudian los requerimientos legales que se necesita cumplir antes que un negocio pueda oficialmente abrir sus puertas, el costo oficial de cumplir estos requerimientos y el tiempo mínimo que toma cumplirlos si el gobierno no demora el proceso⁽¹⁶⁸⁾.

Así, siguiendo este trabajo, el Banco Mundial a través de Doing Business ha identificado que para la apertura de un negocio – la etapa que hemos denominado como la del *establecimiento* – una empresa en Perú debe cumplir con seis procedimientos y el tiempo que toma realizarlos antes de iniciar el negocio es de 27 días calendario⁽¹⁶⁹⁾.

¹⁶⁷ Ibidem.

¹⁶⁸ DJANKOV, Simeon et ál. óp cit. pp.1-2.

¹⁶⁹ Información obtenida de Doing Business.
<http://espanol.doingbusiness.org/data/exploreconomies/peru/> (19.11.2010)

Aplicado ello al mercado de servicios públicos de telecomunicaciones, implicaría que los inversionistas sólo para el establecimiento, es decir, la constitución de la persona jurídica, ya incurrirían en una demora de 27 días, ello, si es que no se presentan demoras atribuibles a las entidades públicas⁽¹⁷⁰⁾.

Una vez que el inversionista cuenta con una persona jurídica constituida pasa a la etapa de obtener una concesión o registro que le faculte a prestar servicios públicos de telecomunicaciones. Esta etapa implica iniciar un procedimiento ante el Ministerio de Transportes y Comunicaciones – MTC, el cual involucra las siguientes etapas:

- (i) Admisión de la solicitud.- En esta etapa el solicitante presenta al MTC su solicitud de otorgamiento de concesión. En caso no cumpla con presentar todos los requisitos se le otorga un plazo máximo de siete días hábiles para la subsanación⁽¹⁷¹⁾.
- (ii) Publicación del extracto de la solicitud.- En esta etapa el MTC ordena la publicación de un extracto de la solicitud de concesión en el Diario Oficial El Peruano y en un diario de circulación nacional. Para ello, el MTC tiene un plazo de 5 días hábiles para notificar al solicitante, y éste tiene un plazo de 10 días hábiles para realizar la publicación.

¹⁷⁰ Debe señalarse que si bien se puede ser concesionario o titular de un registro para prestar servicios públicos de telecomunicaciones como persona natural, éste no es el supuesto más beneficioso, debido a los beneficios que otorga la persona jurídica en cuanto a la limitación de responsabilidad y el régimen tributario.

¹⁷¹ “Artículo 145.- Admisión de la solicitud

El solicitante presentará al Ministerio su solicitud de otorgamiento de concesión, conteniendo los requisitos a que se refiere el artículo anterior. Si faltase alguno de los requisitos, se dejará constancia de ello en la misma solicitud o notificación adjunta, otorgándole un plazo máximo de siete (7) días hábiles para que cumpla con subsanar la omisión en que hubiese incurrido.

Subsanada la omisión señalada en el párrafo anterior, se entenderá admitida la solicitud de otorgamiento de concesión en la fecha en que se presentaron los requisitos faltantes.

Cumplido el plazo sin que se haya efectuado la subsanación de lo observado, la solicitud se considerará como no presentada y se pondrá a disposición del interesado la documentación correspondiente. La Dirección de Gestión podrá eliminar dicha documentación, si transcurridos cuarenta y cinco (45) días calendario desde su presentación no hubiera sido recabada por el solicitante”.

- (iii) Análisis de la solicitud.- El MTC tiene un plazo de 30 días hábiles para analizar la solicitud, contados desde la fecha que el solicitante presenta la publicación realizada. En esta etapa se determina si procede o no la solicitud de concesión presentada.

Conforme al artículo 150° del citado Reglamento, el plazo para el otorgamiento de concesiones es de 50 días hábiles computados a partir de que la solicitud es admitida. Este plazo se reduce a 30 días hábiles, si se tratan de solicitudes de concesión cuyo plan de cobertura comprenda el ochenta por ciento del total de sus líneas fijas o móviles en servicio en áreas rurales y/o lugares de preferente interés social.

El artículo 124° del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones señala que luego que se publica la resolución de otorgamiento de concesión, el solicitante tiene un plazo máximo de sesenta (60) días hábiles para suscribir el contrato de concesión. Esta norma precisa que para tal efecto deberá cumplir con el pago por derecho de concesión, así como la presentación de carta fianza y pago del canon, si estos dos últimos correspondieran.

Si se consideran sólo el plazo para el otorgamiento de concesión de 50 días hábiles (ó 70 días calendario) y asumiendo que el solicitante suscribe el contrato de forma inmediata a la publicación de la resolución, conjuntamente con los 27 días calendario de la etapa de establecimiento, ha transcurrido hasta dicho momento un total de 97 días calendario, es decir, más de tres meses. Este período no considera los eventuales demoras que puedan ser atribuibles a la administración pública.

Ahora bien, para poder operar la empresa concesionaria necesita adquirir equipos de telecomunicaciones homologados, además de proceder a su instalación y operación. Sin considerar el tiempo que pudiera demorar la adquisición, instalación y operación de sus propios equipos de telecomunicaciones, la empresa concesionaria – para poder prestar sus servicios como el de telefonía fija local, servicios públicos móviles, o portador de larga distancia nacional e internacional – deberá empezar procesos de negociación de la interconexión, conforme a lo descrito en el capítulo 1 de la presente investigación. Estos procesos de negociación de la interconexión conlleva el transcurso de tiempo y además la intervención del Estado, sea aprobando el contrato de interconexión o de ser el caso, emitiendo el correspondiente mandato de interconexión.

De acuerdo a lo mencionado en el capítulo 1 precedente, y sólo bajo el marco que la relación de interconexión se establece por acuerdo entre las partes – en base a un contrato de interconexión aprobado por el regulador- , si se consideran los plazos de negociación de 60 días calendario más una eventual prórroga del mismo, más el plazo para la subsanación de las observaciones, el plazo de aprobación y el plazo de implementación, es posible que el período para implementación total de la interconexión se extienda hasta a ocho meses.

No obstante, asumiendo que se aplique el período máximo previsto en el artículo 108° del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones de 5 meses o 150 días calendario (contados desde que es solicitada la interconexión) y que la empresa operadora obtenga una aprobación provisional de la interconexión conforme al artículo 54° del TUO de las Normas de Interconexión, se pueda afirmar que el período ideal total de las etapas de establecimiento, concesión o registro y de interconexión es de 247 días calendario (97 días, como hemos visto, en las etapas de establecimiento y concesión o registro más 150 días de habilitación de la interconexión), o en otras palabras, 8 meses y 7 días.

3. Del establecimiento del control previo a los contratos de interconexión

En el Perú se adoptó la decisión de aprobar los contratos de interconexión que suscriban todos los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones, respecto de todas las redes de servicios portadores y finales. La responsabilidad de aprobar los contratos de interconexión, como se ha señalado anteriormente, recae en el OSIPTEL.

La determinación de una aprobación ex ante de los contratos de interconexión se manifestó en los Contratos de Concesión de los cuales es titular Telefónica del Perú S.A.A. suscritos en el año 1994. Estas concesiones correspondían a la principal operadora de servicios públicos de telecomunicaciones. Así, la Sección 10.01 de los Contratos de Concesión señala lo siguiente:

“Sección 10.01: Obligación de la EMPRESA CONCESIONARIA de interconectarse con Prestadores de SERVICIOS PORTADORES y SERVICIOS FINALES

(...)

(c) Aprobación de Contratos de Interconexión. La EMPRESA CONCESIONARIA presentará a OSIPTEL para su aprobación, cada contrato de interconexión que pretenda celebrar, al menos treinta y cinco (35) días hábiles antes de la FECHA EFECTIVA propuesta para tal contrato. OSIPTEL podrá solicitar a la EMPRESA CONCESIONARIA y a los otros operadores, cualquier información adicional que estime necesaria a fin de evaluar los términos, condiciones y los cargos establecidos en el contrato de interconexión propuesto. El plazo dentro el cual OSIPTEL deberá pronunciarse, será determinado para cada SERVICIO DE TELECOMUNICACIONES a ser interconectado, en el Reglamento que para este efecto expida el OSIPTEL. La aprobación o desaprobación del contrato de interconexión será por escrito.”

En el Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 06-94-TCC, se dispuso que todos los contratos de interconexión deberían ser aprobados por el OSIPTEL. A pesar de las diversas modificaciones realizadas a esta norma, el Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones vigente mantiene la referencia a que todos los operadores deben presentar el contrato de interconexión para el pronunciamiento del OSIPTEL y que el contrato tendrá efectos una vez que el OSIPTEL lo apruebe.

Así, el artículo 107° del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones señala lo siguiente:

“Artículo 107.- Período de negociación y suscripción del contrato de interconexión

Los operadores de redes públicas de telecomunicaciones deberán negociar y suscribir el contrato de interconexión.

El período de negociación y suscripción del contrato de interconexión no puede ser superior a sesenta (60) días calendario siguientes a la fecha en que uno de ellos le haya solicitado la interconexión al otro, prorrogables, de común acuerdo, hasta por un plazo máximo de sesenta (60) días calendario.

Suscrito el contrato de interconexión, cualquiera de las partes lo presentará a Osiptel para su pronunciamiento, con una anticipación no menor de treinta y cinco (35) días hábiles a la fecha de entrada en vigencia prevista en dicho contrato. Osiptel deberá pronunciarse

expresando su conformidad o formulando las disposiciones que serán obligatoriamente incorporadas al contrato, en un plazo máximo de treinta (30) días calendario, contados a partir de la fecha de presentación del citado contrato.

El contrato de interconexión tendrá efectos una vez que sea aprobado por Osiptel.”(subrayado agregado)

De igual manera, el TUO de las Normas de Interconexión reitera el control previo respecto de los contratos de interconexión:

"Artículo 44.- Producido el acuerdo de interconexión, las partes procederán a suscribir el contrato de interconexión y remitir el mismo a OSIPTEL, quien contará con un plazo máximo de treinta (30) días calendario, contados desde el día siguiente de su presentación, para evaluar el contrato y emitir su decisión respecto de su aprobación u observación.

(...)

Al finalizar el período de evaluación, OSIPTEL emitirá un pronunciamiento escrito en el cual exprese su conformidad con el contrato, o exprese las modificaciones o adiciones que serán obligatoriamente incorporadas al contrato, sean aspectos legales, técnicos y/o económicos.

El contrato de interconexión y demás acuerdos de interconexión entrarán en vigencia a partir del día siguiente de notificada la resolución de aprobación correspondiente; salvo que las partes hayan acordado expresamente que la vigencia se producirá en una fecha posterior.

(...)"(subrayado agregado)

Asimismo, el artículo 38° de esta norma señala que independientemente de la denominación que se le otorgue al acuerdo, si éstos comprenden compromisos u obligaciones relacionadas con la interconexión, que posibiliten la comunicación entre los usuarios de ambas empresas o que establezcan cargos para el transporte o terminación de llamadas o, en general, cargos de interconexión, tendrán la calificación de acuerdos de interconexión sujetos a evaluación y pronunciamiento:

“Artículo 38.- Sin perjuicio de la denominación que las partes le confieran, los acuerdos entre los operadores a interconectarse que comprendan compromisos u obligaciones relacionadas con la interconexión misma, que posibiliten la comunicación entre los usuarios de ambas empresas o que establezcan cargos para el transporte o terminación de llamadas o, en general, cargos de interconexión, constituyen acuerdos de interconexión y deberán ser presentados a OSIPTEL a efectos de su evaluación y pronunciamiento, conforme a las disposiciones de la presente Norma.”

4. Análisis de los beneficios y costos en la aplicación del control previo a los contratos de interconexión

Conforme a lo señalado en el capítulo precedente, la aplicación del control previo a los contratos de interconexión se encontrará justificada cuando exista una alta probabilidad de que se presenten pérdidas si la autoridad no realiza la revisión de los términos contractuales o se presentan pérdidas que el control previo debía evitar. En estos casos, aún cuando se presenten costos, será preferible la utilización del control previo.

En ese sentido, es preciso realizar una ponderación de los beneficios y costos que involucra la aplicación del control previo en su aplicación a los contratos de interconexión.

Los beneficios del control previo están relacionados a los fines de la interconexión y pretende control de manera previa aquellas situaciones de incumplimientos normativos y perjuicios a otras empresas y al mercado de servicios públicos de telecomunicaciones.

Bajo esta modalidad se pueden controlar previamente aquellas situaciones que impliquen incumplimientos normativos y afectaciones a las otras empresas o a los principios que rigen la interconexión. Sin embargo, se presentan costos administrativos, de oportunidad y no libera al Estado de mantener la supervisión del cumplimiento de los contratos de interconexión aprobados (problema de riesgo moral en la relación Estado – empresas operadoras).

Si bien en el presente trabajo no se realizará una demostración económica cuantificable de la probabilidad de que se presenten pérdidas si la autoridad no realiza la revisión de los términos contractuales o de las pérdidas que el control previo debía evitar, en contraste con los costos administrativos y de oportunidad asociados al control previo; sí se presentará evidencia suficiente de que (i) no existen problemas en cuanto a la capacidad del Estado de hacer cumplir las leyes y (ii) se presentan problemas en cuanto a la *oportunidad, alcance y criterios de evaluación* en la aplicación del *control previo*.

5. Capacidad del Estado para hacer cumplir las normas

Como se ha señalado, el Estado actúa en el control previo de los contratos de interconexión, a través del OSIPTEL. Este organismo cuenta con capacidad de aprobar los contratos de interconexión cuando advierte que éstos cumplen con el marco normativo y no se afecta el interés de terceros operadores.

Asimismo, el OSIPTEL puede desaprobado los contratos de interconexión y disponer la subsanación de las observaciones. La no inclusión de las observaciones del contrato de interconexión, facultad a las empresas operadoras a solicitar al OSIPTEL un mandato de interconexión, el cual es de obligatorio cumplimiento.

Ahora bien, cabe preguntarse si el OSIPTEL tiene la capacidad suficiente para exigir que todos los contratos de interconexión sean presentados para su aprobación, y detectar a aquellos operadores que no han presentado sus contratos de interconexión. Asimismo, es importante determinar qué consecuencia se presentan si las empresas operadoras no presentan sus contratos de interconexión y si no cumplen con subsanar las obligaciones.

En primer lugar se puede afirmar que en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones en el que se ofertan servicios a los usuarios y ellos se soportan en las diversas interconexiones, la probabilidad de detección de la existencia de acuerdos de interconexión entre los operadores que no hayan sido presentados al regulador para su control previo debería ser alta.

El literal c) del artículo 3° de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores le ha atribuido al OSIPTEL la capacidad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales, normas técnicas y

aquellas derivadas de los contratos de concesión, bajo su ámbito, así como por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas dictadas por ellos mismos.

Esta misma facultad se identifica en el artículo 24.1 de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades, que establece que el OSIPTEL se encuentra facultado a tipificar los hechos u omisiones que configuran infracciones administrativas y a imponer sanciones en el sector de servicios públicos de telecomunicaciones, en el ámbito de su competencia y con las limitaciones contenidas en esta Ley.

En este sentido, el OSIPTEL tiene la capacidad de tipificar el incumplimiento de la presentación de los contratos de interconexión. De acuerdo a lo establecido por el artículo 25.1 de la citada Ley N° 27336, el OSIPTEL puede imponer sanciones hasta por un monto de 350 Unidad Impositivas Tributarias.

Cabe indicar que el artículo 38° del TUO de las Normas de Interconexión considera que sin perjuicio de la denominación que las partes le confieran, los acuerdos entre los operadores a interconectarse que comprendan compromisos u obligaciones relacionadas con la interconexión misma, que posibiliten la comunicación entre los usuarios de ambas empresas o que establezcan cargos para el transporte o terminación de llamadas o, en general, cargos de interconexión, constituyen acuerdos de interconexión y deberán ser presentados a OSIPTEL a efectos de su evaluación y pronunciamiento.

Así, expresamente se han tipificado las siguientes conductas, la primera como infracción muy grave (con multa hasta 350 UIT) y la segunda como infracción grave (con multa hasta 150 UIT):

- La empresa operadora que curse tráfico sin antes contar con el contrato de interconexión aprobado por OSIPTEL o un mandato de interconexión incurrirá en infracción muy grave.
- La empresa operadora que curse tráfico mediante nuevos escenarios de llamadas si éstos modifican los esquemas de liquidación establecidos en el contrato o mandato de interconexión, sin antes contar con un acuerdo de interconexión aprobado por OSIPTEL o un mandato de interconexión, que regule el nuevo escenario, incurrirá en infracción grave.

Esta facultad de tipificar conductas y de imponer sanciones por el incumplimiento, está orientada a la denominada regulación de comando y control, la cual implica el establecimiento de obligaciones, la supervisión de su cumplimiento y de ser el caso, la imposición de castigos.

Si bien esta regulación de comando y control adoptada para los contratos de interconexión refuerza la capacidad del Estado de hacer cumplir las normas, se presentan limitaciones debido a que requiere de una supervisión efectiva para la imposición del correspondiente castigo. Cabe señalar que esta regulación es muy costosa en la medida que requiere un poder efectivo para sancionar y de recursos para supervisión.

No obstante ello, esta regulación comando y control aún cuando presente costos en la supervisión y sanción, conforme al marco normativo de interconexión y las facultades conferidas al OSIPTEL, fortalece la capacidad del Estado de hacer cumplir las normas, como característica de un control previo adecuado.

6. Análisis de la oportunidad de la aplicación del *control previo*

Como se ha indicado anteriormente, el tratamiento de los mercados de servicios públicos de telecomunicaciones puede ser distinto de si se trata de un mercado que se encuentra en transición a la competencia (no liberalizado) y cuando el mercado se encuentra en competencia.

Bajo este contexto, cuando los mercados no están liberalizados o están en transición a la competencia, se presentarán contratos complejos y existirá una preocupación de la autoridad reguladora en generar competencia, posibilitando el acceso a las facilidades esenciales, de forma oportuna y en condiciones adecuadas. En ambientes liberalizados y sujetos a competencia, igual se pueden presentar contratos complejos como los antes señalados y las empresas mantienen la necesidad de acceder a las facilidades esenciales en las mismas condiciones de acceso y oportunidad.

La experiencia del OSIPTEL en la aprobación de los contratos de interconexión se puede apreciar en el siguiente cuadro:

Cuadro N° 6
Evolución del número de contratos de interconexión aprobados

Año	Número de acuerdos de interconexión aprobados(*)
1999	3
2000	14
2001	47
2002	39
2003	67
2004	33
2005	25
2006	25
2007	40
2008	32
2009	19
2010 (noviembre)	24
Total	368
Promedio simple anual (excluyendo 1999 y 2010)	34,1

Fuente: página web del OSIPTEL⁽¹⁷²⁾

Elaboración propia

Este cuadro permite apreciar que el número de contratos de interconexión aprobados en el año 1999 fue de tan solo tres. Un número bajo que coincide con la etapa de inicio

¹⁷² http://www.osiptel.gob.pe/WebSiteAjax/WebFormGeneral/normas_regulaciones/wfrm_ResolucionesAltaDireccionDetalles.aspx?CS=1244 (19-11-2010).

de la apertura – de agosto de 1998 – del mercado de servicios públicos de telecomunicaciones. Este número va incrementándose hasta alcanzar el número más alto con 67 contratos de interconexión aprobados en el año 2003. En los años siguientes el número disminuye alcanzando en el año 2008 una cantidad de 32 contratos de interconexión aprobados.

Así, se aprecia que si bien ha disminuido el número de contratos puestos en conocimiento del regulador para aprobación, aún se mantiene un número administrativamente importante. Lo cual presupone la presencia de costos administrativos en el regulador y de costos de oportunidad.

De otro lado, a la fecha el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones tiene más de diez años desde su liberalización en agosto de 1998, y se puede constatar que si bien hay una disminución del número de casos en comparación con el número máximo que se llegó en el año 2003, se presentan las siguientes condiciones:

- (i) Los contratos de interconexión se presentan ahora para incluir nuevos servicios (interoperabilidad de las redes, redes rurales, uso de plataforma prepago) dentro de las relaciones de interconexión, y no para nuevas empresas que acceden al mercado (relación entrante – establecido). En el futuro la complejidad podría alcanzar a las redes de nueva generación (NGN).
- (ii) Esta situación disminuye los problemas de selección adversa y riesgo moral, en la medida que los operadores que negocian la interconexión conocen con mayor detalle sus comportamientos. Se advierte que el regulador ha dictado normas para evitar comportamientos indebidos de las empresas operadoras, por ejemplo, mediante el establecimiento de un sistema de garantías de pago y de suspensión del servicio.
- (iii) Los operadoras han adquirido un mejor conocimiento de la negociación de la interconexión y de que existe la alternativa del mandato de interconexión. En ese sentido, tienen un mayor conocimiento del sistema regulatorio, respecto del conocimiento que tenían en la etapa de liberalización del mercado de servicios públicos de telecomunicaciones.

- (iv) El número de acuerdos de interconexión aprobados total asciende a la fecha a **368**. Un número inferior al que se obtendría de aplicar la fórmula expuesta anteriormente $N*(N-1)*X/2$, donde X =número de facilidades esenciales y materias negociables a incluir en el contrato de interconexión y N es el número de operadores que pueden interconectarse (servicios portadores y finales). Asumiendo que todos los operadores pueden dar todas las prestaciones contenidas en X . De acuerdo a esta fórmula si se asume que el valor N es igual a $128^{(173)}$ y se asume – sólo como ejemplo - que $X=1$ en tanto en un solo acuerdo se pactan todas las prestaciones posibles, el número máximo de contrato de interconexión posibles sería de 8128. Es decir, un número bien elevado que eventualmente el regulador tendría que evaluar.

Sin embargo, este número total máximo se reduce si se considera que las empresas en vez de interconectarse directamente, utilizan la *interconexión indirecta* o *vía transporte conmutado local (tránsito local)* de un determinado operador, o actúan de forma independiente y no requieren interconexión, entre otras causas. A este valor se le reduce además los mandatos de interconexión emitidos por el OSIPTEL que sustituyen a los contratos de interconexión.

- (v) De la revisión de los contratos de interconexión en el período comprendido entre 1999 y 2010, se aprecia que el número de contratos de interconexión que han sido observados por el OSIPTEL es significativamente menor al número de contratos de interconexión aprobados sin observaciones. De

¹⁷³ De acuerdo a la información del MTC a la fecha en el Perú se cuenta con:

33 concesionarios de servicios portadores locales

(<http://www.mtc.gob.pe/portal/comunicacion/concesion/concesiones/plocal.pdf>)

66 concesionarios de servicios portadores de larga distancia

(<http://www.mtc.gob.pe/portal/comunicacion/concesion/concesiones/ldi.pdf>)

21 operadores de servicios de telefonía fija.

(<http://www.mtc.gob.pe/portal/comunicacion/concesion/concesiones/tflab.pdf>)

3 operadores de servicio de telefonía móvil y comunicaciones personales

(http://www.mtc.gob.pe/portal/comunicacion/concesion/concesiones/movil_pcs.pdf)

5 operadores del servicio de canales múltiples de selección automática (troncalizado)

(<http://www.mtc.gob.pe/portal/comunicacion/concesion/concesiones/tronca.pdf>)

Es decir, de estos principales servicios, se cuenta con un total de 128 operadores. Este número será el que se utilice para la fórmula.

igual manera, se puede afirmar que el número de contratos de interconexión aprobados luego de ser observados por el OSIPTEL es significativamente mayor al número de contratos de interconexión observados que luego conllevaron a la emisión de un mandato de interconexión⁽¹⁷⁴⁾.

- (vi) De igual manera, si bien debido al alto número de expedientes tramitados (368) no se ha podido establecer una reducción en los tiempos de negociación de los contratos de interconexión, sí se aprecia que el regulador no ha continuado publicando en la página web institucional ni emitiendo prórrogas a las negociaciones de los contratos de interconexión a las que hace referencia el artículo 80º del TUO de las Normas de Interconexión. Sin embargo, sí se puede apreciar que en la etapa correspondiente al regulador, se presenta una reducción en los plazos de aprobación y/ observación de los contratos de interconexión a una cantidad aproximada de 24 días calendario (respecto de un plazo de 30 días calendario)⁽¹⁷⁵⁾. Ello sin perjuicio de que las partes hayan solicitado la aprobación provisional para empezar la ejecución del contrato de interconexión.

En ese orden de ideas, aún en escenarios de liberalización, se pueden mantener los sistemas de control previo, siendo necesario tener claridad en cuanto al alcance y a los criterios de evaluación.

7. Análisis del alcance de la aplicación del control previo

Como se ha indicado, el establecimiento del control previo como método de regulación implica la evaluación de si aplica a todos los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones y si se aplica a todos los contratos de interconexión que se suscriben en el mercado.

A continuación se utilizan dos criterios para evaluar el alcance de la aplicación del control previo: el nivel de complejidad y el poder de mercado. El nivel de complejidad

¹⁷⁴ Información obtenida de la página web institucional del OSIPTEL http://www.osiptel.gob.pe/WebSiteAjax/WebFormGeneral/normas_regulaciones/wfrm_ResolucionesAltaDirccionDetalles.aspx?CS=1244 (consulta: 30 de noviembre de 2010).

¹⁷⁵ Información correspondiente al Sistema de Gestión de la Calidad del OSIPTEL al 30 de noviembre de 2010.

considera identificar si el contrato de interconexión está referido al acceso al mercado: relación entrante – establecido, o a la incorporación de nuevas redes y servicios en una interconexión. El poder de mercado implica la evaluación de la capacidad de una empresa de poder fijar el precio por encima del mercado, de manera independiente respecto de los consumidores y competidores. Poder de mercado implicaría un análisis mayor al del poder derivado de la facilidad esencial involucrada. En el siguiente Cuadro N° 7 se presenta una relación entre poder de mercado y relación de complejidad:



Cuadro N° 7

Intensidad de la intervención en los contratos de interconexión – Poder de Mercado y Complejidad del Acuerdo

Complejidad Poder de mercado	Bajo nivel de Poder de Mercado	Alto nivel del Poder de Mercado
<p>Mayor complejidad del contrato de interconexión</p>	<p><u>Supuesto 1</u></p> <p>Escenarios en los cuales se requiere una evaluación para determinar si existe justificación para la intervención del Estado aprobando los contratos de interconexión. Por ejemplo:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Contratos de Interconexión entre dos redes del servicio de telefonía fija de operadores entrantes al mercado, incluyendo servicios de interoperabilidad. 	<p><u>Supuesto 3</u></p> <p>Clara justificación para que el Estado apruebe los contratos de interconexión.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Contratos de Interconexión que incluyan la red del servicio de telefonía fija de Telefónica del Perú y que incluyan nuevos servicios, como la interoperabilidad.
<p>Menor complejidad del contrato de interconexión</p>	<p><u>Supuesto 2</u></p> <p>Aparente falta de justificación para que el Estado apruebe los contratos de interconexión. Por ejemplo:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Contratos de interconexión entre portadores de larga distancia para complementar sus servicios de transporte de larga distancia. 	<p><u>Supuesto 4</u></p> <p>Escenarios en los cuales se requiere una evaluación para determinar si existe justificación para la intervención del Estado aprobando los contratos de interconexión. Por ejemplo:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Acuerdos entre Telefónica del Perú S.A.A. y un portador de larga distancia para reemplazar el medio de transmisión de fibra óptica a cable coaxial.

Los costos involucrados en la decisión regulatoria implican los costos administrativos (costos de supervisión y de aprobación de los contratos de interconexión), costos de oportunidad (aquella posibilidad que tiene la empresa operadora de obtener los beneficios del acuerdo), costos de la equivocación o desvío de la actuación del

regulador (existe la probabilidad de la presencia de errores administrativos y de la captura del regulador para efecto de las decisiones, exceso de protección).

Los contratos complejos pueden incrementar los costos administrativos, de oportunidad y de equivocación o desvío. No obstante, puede ameritarse frente a la protección de la legalidad y del tercer operador que requiere acceder al mercado en condiciones no perjudiciales.

En ese sentido, se puede advertir lo siguiente:

- a) Análisis del Supuesto 1.- Este supuesto implica la negociación y suscripción de contratos de interconexión entre operadores sin poder de mercado. En este caso, se aprecia que aún cuando se pueda tratar de un contrato complejo, la ausencia de poder de mercado en la negociación, ocasiona que existan alternativas mejores, como la revisión posterior de los contratos de interconexión o el establecimiento de regulaciones específicas para los contratos como cláusulas de obligatoria inclusión.

Con un control posterior de los contratos de interconexión éstos puedan ser ejecutados previamente a la aprobación y se disminuyen los costos de oportunidad. No obstante, no elimina los costos de supervisión y los costos administrativos de aprobación posterior.

- b) Análisis del Supuesto 2.- Este es el caso más claro de falta de justificación para un control previo tan exigente como el establecido. Se presenta que no son contratos complejos ni se trata de operadores con poder de mercado. Existen otros métodos regulatorios más eficientes que el control previo, como la comunicación al regulador y la supervisión posterior. Es baja la probabilidad de un daño significativo a terceras empresas o consumidores por un acuerdo no complejo y con empresas sin poder de mercado.
- c) Supuesto 3.- Este es el supuesto de mayor complicación para el control previo, en la medida que implica una interacción del Estado con el operador con poder de mercado, o entre dos operadores con poder de mercado (por ejemplo, grupos empresariales como los existentes en los servicios móviles en el mercado peruano: Grupo Telefónica y Grupo Telmex). En este caso se trata de contratos complejos que pueden involucrar nuevos servicios o redes y operadores con poder de

mercado. Se pueden realizar dos comentarios específicos que ameritan el control previo en este Supuesto 3:

- Si se presenta un contrato complejo entre un operador con poder de mercado y uno que no lo tiene, amerita el control previo para disminuir los problemas expuestos en el numeral 1.4 del Capítulo I: diferencia entre los operadores, posición entre el entrante y el establecido y la experiencia en la negociación.
- Si se presenta un contrato complejo entre dos operadores con poder de mercado, amerita el control previo para evitar precisamente el establecimiento de cláusulas que impliquen la exclusión o perjuicio de terceros operadores, y se afecte la competencia (conductas exclusorias).
- Si se presenta un contrato complejo entre un operador con poder de mercado y su operador vinculado. En este caso, resulta claro que existe el riesgo y el incentivo para que los operadores pacten condiciones más beneficiosas que las que se otorgarían a terceras empresas en el mercado.

d) Supuesto 4.- Este supuesto presenta una dificultad mediana. Se advierte que dependiendo del nivel de complejidad, se pueden establecer regulaciones específicas para controlar el poder de mercado en el contrato. De esta manera, se puede privilegiar en algunos casos el poder de mercado, y establecer el control previo; en tanto que en otros casos, se puede privilegiar la menor complejidad.

Conforme a lo antes expuesto, resulta claro que existe un problema en cuanto al alcance del control previo. Es decir, aún cuando existan escenarios con justificación para un control previo para la protección del interés público, en su aplicación general (alcance de la aplicación) a todos los operadores y a todos los contratos, se estarían presentando costos injustificados tanto administrativos como de oportunidad.

La determinación de la aprobación de aquellos contratos de interconexión que califiquen como complejos o en los cuales existe poder de mercado de uno de los operadores podría implicar la mejor orientación de los recursos, disminuyendo los costos administrativos, e incluso disminuyendo el riesgo de equivocación o desvío respecto de los otros contratos así como la disminución de los costos de oportunidad de los otros operadores.

8. Análisis de los criterios de evaluación

El artículo 47° del TUO de las Normas de Interconexión señala que el OSIPTEL podrá observar con expresión de causa los contratos de interconexión presentados, si éstos se apartan de los criterios de costos que correspondan aplicar, o atentan contra los principios que rigen la interconexión en grado tal que afecte los intereses de los usuarios de los servicios o de terceros operadores⁽¹⁷⁶⁾⁽¹⁷⁷⁾.

Una vez que el OSIPTEL considera que el contrato de interconexión será desaprobado, podrá requerir a las partes contratantes incluir en una adenda al contrato de interconexión inicial las modificaciones o adiciones que subsanen las observaciones emitidas, documento que deberán presentar a OSIPTEL para su pronunciamiento.

Vencido el plazo para la subsanación de observaciones sin que las mismas hayan sido incorporadas dentro del plazo otorgado, cualquiera de las partes podrá solicitar a OSIPTEL la emisión de un mandato de interconexión.

¹⁷⁶ El artículo 47° de las Normas de Interconexión señala lo siguiente:

"Artículo 47.- OSIPTEL podrá observar con expresión de causa los contratos de interconexión presentados, si éstos se apartan de los criterios de costos que correspondan aplicar, o atentan contra los principios que rigen la interconexión en grado tal que afecte los intereses de los usuarios de los servicios o de terceros operadores.

Producidas las circunstancias indicadas en el párrafo anterior, OSIPTEL podrá requerir a las partes contratantes incluir en una adenda al contrato de interconexión inicial las modificaciones o adiciones que subsanen las observaciones emitidas por OSIPTEL, documento que deberán presentar a OSIPTEL para su pronunciamiento. El plazo que se otorgue, a las partes será definido en el requerimiento que se le formule, no pudiendo ser mayor de treinta (30) días.

Vencido el plazo para la subsanación de observaciones sin que las mismas hayan sido incorporadas dentro del plazo otorgado, cualquiera de las partes podrá solicitar a OSIPTEL la emisión de un mandato de interconexión."

¹⁷⁷ El artículo 106° del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones utiliza un criterio de legalidad en su segundo párrafo, de cumplimiento del marco legal:

"Artículo 106.- Contenido de los contratos de interconexión

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

Los contratos de interconexión deben sujetarse a lo establecido por la Ley, al Reglamento, los Reglamentos Específicos, los planes técnicos fundamentales contenidos en el Plan Nacional de Telecomunicaciones, así como a las disposiciones que dicte Osiptel."

En cuanto a los criterios de evaluación de los contratos de interconexión, siguiendo lo señalado en el Capítulo II, éstos deben ser *objetivos, legalmente establecidos, de público conocimiento* y que *protejan el interés público* como objetivo regulatorio por el cual se estableció el control previo.

- *Criterios objetivos*: se advierte la utilización de una cláusula abierta, se puede observar cuando los términos contractuales se “*apartan de los criterios de costos que correspondan aplicar, o atentan contra los principios que rigen la interconexión en grado tal que afecte los intereses de los usuarios de los servicios o de terceros operadores*”.

Respecto de los contratos de interconexión observados, se puede afirmar que los criterios de las observaciones han sido variados, identificándose criterios económicos, de ingeniería y del marco normativo en general. A manera de ejemplo, podemos citar los siguientes:

- (i) Observaciones referidas a proteger las facultades y competencias del OSIPTEL: Capacidad de acceder a la información confidencial que sobre la interconexión se genere por parte de cualquiera de las empresas; definición de los actos administrativos relativos a la interconexión que pueden ser impugnables.
- (ii) Observaciones referidas a aspectos regulatorios: el establecimiento del tránsito o transporte conmutado como una instalación esencial y no un servicio opcional, provisión de información entre las partes,
- (iii) Observaciones referidas a las modalidades de acuerdos que están sujetos a aprobación por parte del OSIPTEL.
- (iv) Observaciones referidas al alcance de los servicios a prestarse en la interconexión, por ejemplo, el servicio de transporte de llamadas de larga distancia a lugares donde no tiene presencia el operador de larga distancia.
- (v) Observaciones referidas a la tasación de las llamadas.

Asimismo, se aprecia una disminución del número de contratos de interconexión observados, lo cual puede implicar un aprendizaje por parte de las empresas operadoras y del regulador.

- *Legalmente establecidos:* Debe señalarse que estos criterios de evaluación y por los cuales se puede observar un contrato de interconexión sí están incorporados en el TUO de las Normas de Interconexión y son de acceso a las partes que se interconectan.
- *Público conocimiento:* Si bien los criterios generales para observar los contratos de interconexión están contenidos en el artículo 47º del TUO de las Normas de Interconexión, debe considerarse que los casos específicos de aplicación se manifiestan en las resoluciones de Gerencia General del OSIPTEL que disponen las observaciones. En ese sentido, se considera que la difusión de las observaciones mediante la publicación en el diario oficial El Peruano o en la página web institucional garantizaría un mejor acceso a la información por parte de las empresas operadoras. Ello también contribuye a facilitar las negociaciones de los contratos de interconexión, reduciendo los costos de transacción, y además a que el regulador no esté observando continuamente determinados aspectos que ya había observado en otros contratos de interconexión.
- *Protección del interés público:* El interés de los consumidores y competidores está protegido cuando se aplica adecuadamente el criterio establecido en el artículo 47º del TUO de las Normas de Interconexión.

De lo antes expuesto, se puede apreciar que el criterio de objetividad necesita ser reforzado, por un lado, a través de la sistematización de las observaciones y por otro lado, a través de hacer públicos los casos de aplicación de las observaciones. Ello evita que se presenten riesgos de subjetividad y otorgaría predictibilidad a las decisiones del regulador, que conllevaría a que, en los casos identificados para el control previo, se mantengan los beneficios del mismo y no se aumenten los costos de su aplicación.

Es importante la aplicación de estos criterios en aquellos casos en los que aún en ambientes de liberalización del mercado, existe justificación para mantener un sistema de control previo.

8. Propuesta de revisión de la problemática identificada

El análisis de este trabajo implica no solamente la revisión de la justificación de la existencia del control previo, sino la viabilidad de una reforma legal sobre la materia. Ello lleva por consecuencia la evaluación de cuál sería el mecanismo más eficiente de la actuación del Estado en los contratos de interconexión de redes y servicios públicos de telecomunicaciones.

Dentro de este análisis se deben incorporar las otras formas por las cuales el Estado se ha aproximado a los diversos contratos que se suscriben en el ámbito regulatorio, como son los contratos de comercialización de tráfico y servicios públicos de telecomunicaciones y los contratos de acceso y uso compartido de infraestructura (Ver Anexos 1, 2 y 3 del presente trabajo).

La determinación que los contratos de interconexión no estén sujetos a aprobación administrativa no implica que éstos no deban ser puestos en conocimiento del regulador y sean de conocimiento del público en general (transparencia de las cláusulas contractuales).

En ese sentido, realizar una diferenciación entre el régimen de aprobación y de comunicación del contrato de interconexión, no debería suponer una flexibilización importante o desregulación de la interconexión, ni mucho menos que ésta no sea obligatoria. Implica un mejor uso de los recursos, identificando aquellos aspectos de la interconexión y aquellos contratos de interconexión que deberían estar sujetos de evaluación intensa y aquellos que no.

De la revisión de la experiencia de la agencia reguladora se aprecia que no ha existido un control sustancial en cuanto a la justificación de la existencia de un control previo o aprobación previa de los contratos de interconexión. No obstante, no se advierten circunstancias para afirmar la existencia de costos administrativos o de desvío o captura que puedan afectar este sistema. Los criterios de aprobación y observación constituyen reglas para la estandarización y han estado establecidos previamente en el TUO de las Normas de Interconexión.

Conforme a lo expuesto en el presente trabajo, el método del control previo cuenta con justificación suficiente, en tanto los costos de su aplicación no sean superiores a los beneficios. Este control previo mantiene vigencia en un escenario de competencia y liberalización, en tanto existan situaciones como la presencia de empresas operadoras

con posición de dominio o asimetría en la información o contratos complejos que pueden afectar a terceros operadores o a los consumidores.

No obstante, se requiere identificar con claridad el alcance y los criterios de evaluación, con la finalidad de que en este escenario de competencia, los costos de aplicación del control previo no se incrementen y sean mayores a los beneficios que implica aplicar este método regulatorio.

Sobre esta base, se presentan algunas propuestas de reforma orientada a que el control previo sea un método adecuado y beneficioso para la sociedad:

- (i) Se puede determinar previamente que los operadores con determinadas características (poder de mercado o control de determinada facilidad esencial) estén sujetos al control previo de los contratos de interconexión que suscriba. De igual manera, en el caso de aquellos contratos de interconexión que por su complejidad ameriten una revisión previa por parte de la autoridad administrativa.

Esta modificación es legalmente posible en el Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones disponiendo que los contratos de interconexión sólo estarán sujetos a aprobación de conformidad a lo que establezca su contrato de concesión y/o el marco normativo en general. La modificación sería a nivel de derecho supremo.

Telefónica del Perú S.A.A. no podría alegar que se esté otorgando mejores condiciones a terceros operadores respecto de las concedidas inicialmente a ella. Se aprecia que existe una justificación para que exista un trato diferenciado. No se trataría de un trato discriminatorio injustificado por parte del Estado.

La determinación que los contratos de interconexión no estén sujetos a aprobación administrativa no implica que éstos no deban ser puestos en conocimiento del regulador y que sean de conocimiento del público en general (transparencia de las cláusulas). Asimismo, la calidad de operador de una categoría (con poder de mercado o con control de una facilidad esencial) es aplicable a todo operador que cumpla con el supuesto que regule la norma.

- (ii) Los contratos de interconexión de aquellos operadores que no estén sujetos al control previo, válidamente se podrían sujetar a los otros regímenes alternativos, como la comunicación a la autoridad administrativa y la supervisión posterior. Ello no debería suponer una flexibilización importante o desregulación de la interconexión, ni mucho menos que ésta no sea obligatoria. Implica un mejor uso de los recursos, identificando aquellos aspectos de la interconexión que deberían ser sujetos de evaluación intensa y aquellos que no.
- (iii) Otra reforma que se puede identificar orientada a mejorar el alcance del control previo es la publicidad de los contratos de interconexión desde su presentación para aprobación. Se debe considerar que actualmente la publicidad de los acuerdos de interconexión se presenta sólo luego de su aprobación. La publicidad constituye una herramienta que garantiza un control por parte de los agentes interesados en el contenido del acuerdo y podría presentarse en cualquier etapa, no sólo después de su aprobación. De esta manera pueden disminuir los costos de equivocación o desvío. La publicidad constituye una herramienta de control procedimental y permite que terceros interesados puedan proteger sus intereses y colaborar con el procedimiento⁽¹⁷⁸⁾.
- (iv) La sistematización y publicación de las resoluciones de observación de los contratos de interconexión constituye una propuesta para fortalecer la objetividad y predictibilidad de las decisiones del regulador en la aplicación del control previo. La publicación de las resoluciones de observación coadyuva a un mejor conocimiento por parte de las empresas operadoras de los criterios de evaluación de los contratos de interconexión. En ese sentido, se orienta a que estos criterios sean conocibles y cada vez más objetivos.

¹⁷⁸ Tal como señala INTVEN et ál las ventajas de la publicación de los acuerdos de interconexión o de las ofertas ordinarias de interconexión son, entre otras, las siguientes: (i) se facilita la interconexión entre operadores existentes y de los posibles nuevos participante, en la medida que permite a éstos obtener condiciones básicas de interconexión sin necesidad de largas negociaciones o de que el regulador expida ordenes, (ii) se ayuda a evitar una discriminación indebida por parte de los operadores dominantes (o por las dos partes de un acuerdo), (iii) se facilitan las comparaciones de tarifas y condiciones de interconexión entre operadores importantes. INTVEN et ál. óp. cit. pp. 3-36 a 3-37.

CONCLUSIONES

1. La interconexión es entendida como aquel conjunto de reglas y acuerdos entre los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones que posibilitan la comunicación entre los usuarios, en particular que éstos tengan acceso a los usuarios, servicios y redes de otros operadores. La interconexión ha sido un eje fundamental dentro de la política de la Unión Europea para promover la competencia en el mercado, dentro del proceso de liberalización.

Por su parte, de acuerdo a la experiencia de los Estados Unidos de América, la interconexión ha sido un proceso que se ha presentado a lo largo de todo el siglo XX. La interconexión en este país ha pasado por diversas etapas y ha sido un instrumento que fue utilizado para establecer primero un sistema de monopolio, luego ha servido para la introducción y promoción de la competencia.

En el ámbito peruano, la interconexión es un instrumento para la promoción de la competencia desde los inicios de la liberalización del mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones en el año 1998. Asimismo, se ha preferido una definición amplia de la interconexión, no restringiéndola a su carácter técnico, sino, por el contrario, enfatizando en la característica de permitir la comunicación entre los usuarios.

2. Las razones o justificaciones para la regulación por parte del Estado, según la doctrina, pueden ser divididas en económica y no económicas. Se reconoce como justificaciones económicas a las fallas del mercado como la presencia de monopolios o restricciones para que existe un mercado competitivo, información asimétrica, externalidades, entre otras. Entre las justificaciones no económicas se identifica a las asociadas a la justicia distributiva, al paternalismo.

En cuanto a las justificaciones específicas para la regulación de la interconexión, la doctrina identifica a la explicación del *poder de mercado* y a la racionalidad de los *costos de transacción*. Aunque la doctrina considera que no necesariamente estas dos justificaciones coexisten fácilmente. Conforme a la primera explicación se asume que las telecomunicaciones son un servicio esencial y la provisión monopólica de la interconexión no es deseable. Por ello bajo esta explicación se considera que para asegurar la competencia frente a operadores establecidos fuertes, se debe asegurar adecuadamente la interconexión.

En el caso de la racionalidad de los costos de transacción se explica por las externalidades positivas de red, por lo que el establecimiento de reglas de interconexión permite la integración de las redes y la reducción de los costos de transacción en los acuerdos entre operadores.

La existencia de externalidades de red y de facilidades esenciales justifica y fortalece la intervención del Estado en la regulación de la interconexión. La doctrina reconoce que la existen externalidades de red en la interconexión en la medida que para una red de telecomunicaciones adquiere mayor valor en la medida que aumenta el número de personas que lo utilizan. Las facilidades esenciales, por su parte, se presentarán debido a que los titulares de las redes públicas de telecomunicaciones pueden tener el control sobre un determinado servicio o instalación que es necesaria para todos los participantes del mercado y que, sin embargo, no puede ser duplicada con facilidad.

3. Las justificaciones expuestas conllevan a que el Estado, a nivel normativo, imponga la obligación legal de interconexión y dicte las normas y regulaciones para que efectivamente las empresas operadoras interconecten sus redes. El ordenamiento jurídico ha atribuido la responsabilidad y competencia al OSIPTEL, como organismo regulador sectorial, para velar por el establecimiento de la interconexión en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones.

La interconexión constituirá una herramienta de regulación directa para que el regulador promueva la competencia en escenarios de transición a la competencia y de competencia, estableciendo reglas para la apertura del

mercado, para enfrentar la relación entrante – establecido, así como la asimetría en las negociaciones de la interconexión.

4. Entre los mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico para el establecimiento de la interconexión se identifica: el *contrato de interconexión*, el *mandato de interconexión* (orden del regulador) y las *Ofertas Básicas de Interconexión*. Cada uno de ellos implica un determinado nivel de intensidad de la intervención del Estado y además la presencia de costos de transacción, propios de la esfera de negociación de la interconexión.

Precisamente, la utilización del sistema contractual para la interconexión ocasiona que se presenten costos de transacción (ex ante y ex post) o costos de administración del sistema económico. En el contrato de interconexión se establecen las disposiciones relativas a las obligaciones y derechos de las partes en cuanto a los aspectos económicos, legales y técnicos de las redes públicas a interconectar. El contenido de los contratos de interconexión varía en función al marco reglamentario considerado. Conforme a la regulación existente, este contrato de interconexión está sujeto a un pronunciamiento previo por parte del regulador, el cual debe expresar su conformidad u observar los términos del acuerdo. La eficacia del contrato de interconexión está condicionada a que el regulador lo apruebe.

Por su parte, el Mandato de Interconexión – es decir la orden del regulador o acto administrativo para que las empresas se interconecten - es emitido en dos supuestos, el primero es cuando vence el período de negociación y los operadores no se han puesto de acuerdo en los términos de la interconexión y el segundo supuesto se presenta cuando se hubiere observado el contrato de interconexión y las empresas operadoras no hayan cumplido con subsanar las observaciones.

La tercera modalidad por la cual las empresas operadoras pueden interconectarse es la utilización de Ofertas Básicas de Interconexión. Éstas constituyen ofertas contractuales aprobadas por el OSIPTEL y que contienen los términos necesarios para la interconexión y tienen por finalidad agilizar los procesos de negociación y homogenizar los términos contractuales.

Una figura establecida por el ordenamiento jurídico para agilizar los procesos de interconexión es la *interconexión provisional*, la cual permite que los operadores cuenten con reglas para ejecutar la interconexión en tanto se tramita el procedimiento de aprobación definitiva del contrato de interconexión.

5. La justificación general para la regulación de la interconexión puede ser válidamente trasladada a la regulación de los contratos de interconexión. En la negociación de la interconexión, y en general, en el establecimiento de la interconexión mediante los contratos de interconexión, se presentarán situaciones en las que el operador establecido ejerza su poder de mercado. Esta posición de dominio le otorga una mejor posición en la negociación al operador establecido, en especial si se considera que dentro de la relación entrante – establecido, la necesidad urgente del entrante de acceder al mercado, genera incentivos para que el establecido adopte posiciones más rigurosas en la negociación. Asimismo, el operador establecido cuenta con mayor experiencia en la negociación de la interconexión, por lo general. Los contratos de interconexión derivan además de negociaciones en las que se presenta información asimétrica, con claros problemas de selección adversa y riesgo moral.
6. La aprobación previa del contrato de interconexión por parte de la autoridad califica dentro de la categoría de *controles previos*. La doctrina reconoce que el control previo es un método regulatorio que implica que las empresas antes de iniciar una actividad económica, deben obtener previamente un permiso de una agencia autorizante. Entre las distintas formas de actividad regulatoria que reconoce la doctrina, el control previo (o también denominado *control ex ante*, *aprobación previa* o *evaluación individualizada*) se presenta ante la dificultad de establecer estándares que sean fácilmente aplicables y por ello, se requiere una evaluación individualizada caso por caso.

Si bien el carácter previo del control se presenta en los contratos de interconexión, desde un punto conceptual y aplicado a las distintas actividades y relaciones económicas, el control en función a su oportunidad puede ser ex ante (previo) o ex post. A su vez conceptualmente, el control posterior puede ser clasificado en actividad libre o actividad que no requiere de notificación a la autoridad y la actividad que sí está sujeta a notificación a la autoridad (previa, simultánea o posterior al inicio de la actividad).

En el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, se puede apreciar distintas manifestaciones del *control previo*, en las etapas de establecimiento, concesión e interconexión. La presente investigación se ha concentrado en la tercera etapa de los contratos de interconexión. No obstante, las dos primeras etapas – establecimiento y concesión – tienen incidencia directa conjuntamente con la de interconexión en los plazos necesarios para que las empresas accedan al mercado.

7. El *control previo* es el más restrictivo de las actividades y relaciones de los particulares, por ello su establecimiento requiere que los beneficios del mismo sean superiores a los costos asociados. En otras palabras, conceptualmente, el establecimiento de que todos los contratos de interconexión estén sujetos al *control previo* implica que los beneficios deben ser muy altos para justificar sobre la base del interés público los costos sustanciales que genera.

Bajo la teoría del interés público, la doctrina considera que el método del *control previo* supone una estricta regulación de la entrada que controle las fallas de mercado que se pueden presentar. Este control previo estará justificado cuando los costos del control o escutrinio (C) son inferiores a la probabilidad de pérdidas que ocurran por la ausencia de la revisión previa (P) y a las pérdidas que la revisión preveía (L): $C < PL$.

Con el control previo, el regulador incurre en costos de gestión que constituyen costos administrativos que afectan el presupuesto público. Asimismo, la responsabilidad del regulador de velar porque todos los contratos de interconexión sean presentados para su aprobación genera costos de supervisión. La presentación de los contratos de interconexión genera de por sí costos a las empresas operadoras, además de los costos de oportunidad existentes en la medida que los activos pueden estar listos para ser explotados y operados.

Adicionalmente, se identifica que la administración pública puede cometer errores cuando se aprueba un contrato que no debía aprobarse, o cuando se desapruueba uno que sí debía aprobarse. Estos errores ocasionan costos de equivocación o desvío, y pueden deberse a que el Estado no posee información completa, existen restricciones políticas, corrupción, captura del

regulador (dependiendo de la capacidad de toma de decisiones del regulador y el grado de dispersión de las capacidades regulatorias en el sector), etc.

Asimismo, conforme a la doctrina, estos costos guardan una correlación con los controles que se pueden diseñar para evitarlos o disuadirlos. Estos controles se clasifican en control financiero, procedimental y sustantivo.

8. El establecimiento del control previo implica conceptualmente no sólo la ponderación de beneficios y costos del método, sino también el *regulatory enforcement* o la capacidad del regulador de hacer cumplir las disposiciones regulatorias. El Estado debe tener la capacidad de velar porque todos los contratos de interconexión sean puestos en su conocimiento e identificar si hay contratos de interconexión no presentados o en los que se pacten condiciones distintas a las pactadas y aprobadas.

En consecuencia, la doctrina sobre el *regulatory enforcement* considera que los agentes económicos evalúan el beneficio privado que deriva de la infracción con el costo de la sanción económica o multa, multiplicado por la probabilidad de detección. De manera que no se incurriría en la infracción cuando el beneficio es inferior al costo de la multa y su probabilidad de detección. Se requerirá que el Estado cuente con capacidad de detección, procedimientos adecuados y una tipificación que desincentive las conductas que impliquen incumplimientos al control previo.

9. El control previo visto bajo el interés privado sugiere que la regulación de éste sirve a los intereses privados. Las empresas establecidas podrían estar motivadas a que los requerimientos propios del control previo limiten la competencia. La teoría de la elección pública considera que los incumbentes tienen capacidad de adquirir regulaciones para crear rentas para sí, de manera que la regulación de la entrada mantendría fuera a los competidores, incrementa el poder de mercado y las utilidades más que los beneficios a los consumidores. Estas conductas o incentivos perversos pueden ser reducidos mediante una actuación transparente en la relación entre el Estado y los administrados.
10. Frente al control previo, existen otros mecanismos de regulación o intervención administrativa, cada uno de ellos presenta ventajas y desventajas en la relación

entre operadores que se interconectan. Estos mecanismos puede ir desde la no intervención regulatoria en los contratos de interconexión, la comunicación o registro del contrato de interconexión, la aprobación de los contratos de interconexión y las ofertas básicas de interconexión.

11. El marco teórico de aplicación del control previo será adecuado cuando existe una justificación para regular la interconexión y en particular, los contratos de interconexión; los beneficios y objetivos del control previo son superiores a los costos administrativos, costos de oportunidad, costos de desviación, que lo hacen mejor que otros métodos regulatorios; el Estado cuenta con capacidad de hacer cumplir las normas y regulaciones; cuando es transparente la relación entre el Estado y los administrados.

A estos elementos identificados es necesario incluir que el control previo en su aplicación requiere que sea claramente definible su *oportunidad*, *alcance* y los *criterios para su aplicación*.

En cuanto a la oportunidad, ésta puede ser cuando el mercado se encuentra en transición a la competencia y cuando el mercado es competitivo. El alcance está referido a si se aplica el control previo a todos los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones y si se aplica a todos los contratos de interconexión que se suscriben en el mercado. Los criterios de aplicación implican que para reducir la discrecionalidad, los criterios deben ser *objetivos*, estar *legalmente establecidos*, ser de *público conocimiento* y que *protejan el interés público*.

12. En el análisis realizado a la duración de las etapas para que las empresas operadoras puedan prestar efectivamente sus servicios – etapas de *establecimiento*, *concesión* o *registro*, e *interconexión* – se ha identificado que la etapa de establecimiento implicaría un período de 27 días calendario; la etapa de concesión que implicaría un período de 70 días calendario; y la etapa de interconexión que implicaría 150 días calendario. En consecuencia, el período ideal total de las etapas antes mencionadas es de 247 días calendario, en otras palabras, 8 meses y 7 días lo que le tomaría a una empresa operadora ingresar efectivamente al mercado para prestar sus servicios.

13. En el análisis realizado a la capacidad del Estado de hacer cumplir las normas – en este caso *regulatory enforcement* del *control previo* – se ha advertido que la probabilidad de detección de la existencia de acuerdos de interconexión entre los operadores que no hayan sido presentados al regulador para su control previo tendería a ser alta debido a que los servicios que benefician a los consumidores se soportan en las diversas interconexiones, y estos servicios son fácilmente conocibles. Asimismo, se advierte que el regulador ha tipificado como infracción muy grave el incumplimiento del control previo. De esta manera, se enfrenta adecuadamente a los beneficios altos que podría generar el incumplimiento del control previo.
14. Del análisis realizado a la oportunidad del control previo, se aprecia que el promedio anual de contratos de interconexión aprobado por el regulador es de 34,1. El número más alto de contratos de interconexión aprobados llegó en el año 2003 a 67, alcanzando a la fecha la suma de 24 contratos aprobados al año. Si bien el número de contratos de interconexión ha disminuido en comparación al año 2003, aún se mantiene en una cantidad administrativamente importante que presupone la existencia de costos administrativos y demás costos.
- Asimismo, se aprecia, entre otras constataciones, que el número de contratos aprobados asciende a 368, una cantidad inferior de la que resulta de aplicar la fórmula desarrollada en el trabajo, por la cual, bajo determinados supuestos, el número máximo de contratos de interconexión posibles alcanzaba una suma de 8128. Sin embargo, esta última cantidad disminuye si se considera la utilización de la interconexión indirecta o vía transporte conmutado y se le descuentan las relaciones de interconexión establecidas mediante mandatos de interconexión.
15. En la evaluación del alcance del control previo se han utilizado dos criterios: el nivel de complejidad del acuerdo y el poder de mercado. De la combinación de estos criterios se ha identificado que en los casos de ausencia de poder de mercado y menor complejidad del contrato de interconexión, podrían existir métodos regulatorios más eficientes que el control previo. Distinto es el caso de la combinación de alto nivel de poder de mercado y contratos con mayor nivel de complejidad, en el cual resulta más clara la justificación para la aplicación del control previo para la protección del interés público.

16. Del análisis de los criterios de evaluación, se ha apreciado que se utiliza una cláusula abierta la cual puede perjudicar la objetividad; los criterios están establecidos legalmente; éstos son de conocimiento de las partes involucradas en el contrato de interconexión observado, sin embargo, no existe una sistematización de las observaciones que otorgue predictibilidad y disminuya los costos de aplicación del control previo; y están orientados a la protección del interés público.
17. Dado el análisis realizado el control previo mantiene vigencia en un escenario de competencia y liberalización del mercado, en tanto existen empresas con posición de dominio del mercado, se requiere el acceso oportuno y adecuado a las facilidades esenciales, y se presentan costos de transacción. No obstante, la evaluación del alcance y de los criterios de evaluación en un escenario de competencia, puede contribuir a la reducción de los costos que puede generar el control previo.

En cuanto al alcance, se podrían evaluar alternativas orientadas a que operadores de determinadas características (poder de mercado, controlador de una facilidad esencial) estén sujetos al control previo de los contratos de interconexión que suscriban. De igual manera, podrían estar sujetos al control previo aquellos contratos de interconexión que por su complejidad ameritan revisión previa. Los otros contratos de interconexión podrían ser materia de flexibilización y la utilización de otros métodos de regulación, publicidad y control posterior.

Asimismo, se propone la utilización de la publicidad de los contratos de interconexión – como herramienta de control procedimental - desde su puesta en conocimiento del regulador para aprobación puede constituirse en un mecanismo que garantice un mejor control por parte de los agentes interesados y permitiría la disminución de los costos de equivocación o desvío.

Adicionalmente, la sistematización y publicación de las observaciones de los contratos de interconexión basados en los criterios de evaluación estaría orientada a fortalecer la objetividad y predictibilidad de las decisiones del regulador.

BIBLIOGRAFÍA

- ALVAREZ RODRICH**, Augusto
1992 Principios de empresas estatales y privatización. Lima: Biblioteca Universitaria de la Universidad del Pacífico.
- ARIÑO ORTIZ**, Gaspar
2006 “Logros y Fracagos de la Regulación”. En Revista Themis – Revista de Derecho N° 52. Lima.
- ARIÑO ORTIZ**, Gaspar y **DE LA CUÉTARA**, Juan Miguel
2004 Principios de Derecho Público Económico. Lima: Ara Editores.
- BARRANTES CÁCERES**, Roxana
2008 “Las tendencias de la regulación de telecomunicaciones ¿Cuánta regulación es necesaria y para qué?”. En Revista de Derecho Administrativo del Círculo de Derecho Administrativo N° 5. Año 3. Lima.
- BREYER**, Stephen G.
2006 “Analizando el fracaso en la regulación: sobre malas combinaciones, alternativas menos restrictivas y reforma”. En Revista Themis – Revista de Derecho N° 52. Lima.
- BULLARD GONZÁLES**, Alfredo.
2003 Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales. Lima: Palestra. Primera Edición.

CÁNOVAS TAMAYO, Pedro.

- 2001 Política de Telecomunicaciones en la Unión Europea: interconexión y competencia. Memoria para optar al Grado de Doctor. Universidad Complutense de Madrid.

CAVE, Martin E.; MAJUMDAR, Sumit K, y VOGELSANG, Ingo

- 2002 Handbook of Telecommunications Economics. Volume 1. Elseviers Science B.V.

COLOMA, Germán.

- 2001 Análisis económico del derecho privado y regulatorio. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina.
- 2003 Defensa de la Competencia. Análisis económico comparado. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina.

DJANKOV, Simeon; LA PORTA, Rafael; López-de-Silanes, Florencio; y SHLEIFER, Andrei.

- 2002 "The Regulation of Entry". En: The Quaterly Journal of Economics. Vol. CXVII.

EPSTEIN, Richard A.

- 2003 Principios para una sociedad libre. Reconciliando la libertad individual con el bien común. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC).

FÉRNANDEZ BACA LLAMOSAS, Jorge.

- 2006 Organización Industrial. Lima: Centro de Investigaciones de la Universidad del Pacífico.

FERNÁNDEZ FARRERES, Germán.

- 2004 "Algunas consideraciones sobre el Régimen Jurídico de la Interconexión de las Redes de Telecomunicaciones". En **GÓMEZ-REINO Y CARNOTA**, Enrique (coordinador). Telecomunicaciones, Infraestructura y Libre Competencia. Valencia: Tirant lo blanch.

HERNÁNDEZ GONZÁLES, José Ignacio.

2004 La libertad de empresa y sus garantías jurídicas. Estudio comparado del Derecho español y venezolano. Caracas: Fundación de Estudios de Derecho Administrativo. Ediciones IEAS.

INTVEN, Hank. **OLIVER**, Jeremy. **Sepúlveda**, Edgardo.

2000 Manual de Reglamentación de las Telecomunicaciones. InfoDev – Banco Mundial.

LAGUNA DE PAZ, José Carlos.

2004 Telecomunicaciones: Regulación y Mercado. Navarra: Editorial Aranzadi.

LAFFONT, Jean – Jacques y **TIROLE**, Jean.

2001 Competition in Telecommunications. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press.

LANDA ARROYO, César.

2007 “Principios Rectores y Derechos Fundamentales del Administrado de la Constitución Económica de 1993”. En Revista de Derecho Administrativo del Círculo de Derecho Administrativo. Año II. Número 3.

MOTTA, Massimo.

2004 Competition Policy. Theory and Practice. Cambridge University Press.

NAKAGAWA MORALES, Virginia.

1998 “La interconexión de redes y servicios públicos de telecomunicaciones: real acceso a la competencia”. En Themis – Revista de Derecho N° 38.

NORTH, Douglas.

1990 Instituciones, cambio institucional y desempeño económico. México: Fondo de Cultura Económica.

OGUS, Anthony.

2004 Regulation: legal form and economic theory. Hart Publishing Oxford – Portland Oregon.

2007 “Estructuras e Instituciones Regulatorias”. En Themis – Revista de Derecho N° 54.

POSNER, Richard.

2000 El análisis económico del derecho. México: Fondo de Cultura Económica.

QUINTANA SÁNCHEZ, Eduardo.

2006 “Los reguladores de electricidad, saneamiento y telecomunicaciones en su espacio ¿captura o administración de recursos dispersos?”. En Themis. Revista de Derecho. N° 52.

SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Antonio Jesús.

2002 Derecho de las Telecomunicaciones Nuevo Derecho y Nuevo Mercado. Madrid: Editorial Dykinson.

SCHIFER, Claudio y PORTO, Ricardo.

2004 Diccionario Jurídico Enciclopédico de los Medios de Comunicación, Buenos Aires: Universitas, Primera Edición.

STIGLER, George.

1971 The theory of economic regulation. Bell Journal of Economics, vol. 2.

STIGLITZ, Joseph E.

2000 La economía del sector público. Bosh. Tercera Edición.

TARZIJÁN M., Jorge y PAREDES M., Ricardo.

2006 Organización Industrial para la estrategia empresarial. México Pearson Education. Segunda Edición.

VÁSQUEZ LÉPINETTE, Tomás.

1999 La obligación de interconexión de redes de telecomunicaciones. Biblioteca Jurídica Cuatrecasas. Valencia: Tirant lo Blanch.

WILLIAMSON, Oliver E.

1989 Las instituciones económicas del capitalismo. México: Fondo de Cultura Económica.

ZEGARRA VALDIVIA, Diego.

2005 Servicio Público y Regulación. Marco Institucional de las Telecomunicaciones en el Perú, Lima: Palestra Editores, Primera Edición.

ZHANG, Quing y **OGUS**, Anthony

2006 Licensing Procedures in Developing Countries: Should They Be Part of the Set-up Process?. International Journal of Public Administration 29. Taylor & Francis Group, LLC.




ANEXO N° 1

Cuadro N° 8

Intervención del Estado en los contratos de interconexión a nivel internacional

País	Organismo Regulador	Modalidad de Intervención en los Contratos de Interconexión	Fuente normativa
Argentina	Comisión Nacional de Comunicaciones/ Secretaría de Comunicaciones	<p><u>Registro y publicidad del convenio de interconexión. Período de observación, luego del cual se considera aprobado.</u></p> <p>(i) Los Convenios deberán ser presentados en el término de DIEZ (10) días, contados a partir de la fecha de su celebración ante la Autoridad de Aplicación para su registro, en soporte magnético y en papel.</p> <p>(ii) Dentro de los TRES (3) días de su registro, y a fin de que los interesados tomen conocimiento de la celebración de dicho Convenio, las partes, a su cargo, publicarán en el Boletín Oficial y en un diario de circulación nacional y en uno de circulación local o regional, los Prestadores involucrados y el tipo de Interconexión establecido. Los Convenios se considerarán informados luego de efectuada dicha publicación.</p> <p>(iii) Los Prestadores publicarán los Convenios de Interconexión completos en su página institucional en Internet. Los Convenios registrados son públicos y pueden ser consultados por los interesados. Sólo se reservará la información confidencial, a petición de cualesquiera de las partes intervinientes.</p> <p>(iv) Los Convenios registrados podrán ser observados por otros Prestadores y por terceros interesados durante el término de TREINTA (30) días, contados a partir de la fecha de la publicación.</p> <p>(v) Vencido el plazo de TREINTA (30) días establecido, si no existieran observaciones o impugnaciones, los Convenios se considerarán aprobados.</p> <p>(vi) Si se hubieran presentado observaciones o impugnaciones, la Autoridad de Aplicación deberá resolver dentro del término de TREINTA (30) días, previo traslado por DIEZ (10) días a las partes involucradas.</p> <p>(vii) Los Convenios de Interconexión deberán prever su adecuación inmediata, a requerimiento del Prestador Solicitante, toda vez que el Prestador Solicitado hubiere convenido con un tercer prestador condiciones más favorables.</p> <p>(viii) Sin perjuicio de lo expuesto, la Autoridad de Aplicación podrá exigir la modificación de un Convenio de Interconexión cuando su contenido no respetara los principios, pautas u obligaciones establecidos por la Reglamentación vigente, o cuando resulte necesario para garantizar la interoperabilidad de las redes.</p> <p>Asimismo, se cuenta con el Régimen de Oferta de Interconexión de Referencia</p>	<p>Reglamento Nacional de Interconexión (Decreto N° 764/2000)</p> <p>Se define el Convenio de Interconexión como el acuerdo jurídico, técnico y económico que celebran dos o más Prestadores, con el objeto de que los clientes y/o usuarios de cada uno de ellos tengan acceso a los servicios y clientes y/o usuarios del otro.</p>
Comunidad Andina (Perú, Ecuador, Colombia y Bolivia)	OSIPTEL (Perú)/CONATEL-Superintendencia de Telecomunicaciones (Ecuador)/Comisión Reguladora de Telecomunicaciones - CRT (Colombia)/SITTEL (Bolivia)	<p><u>Se deriva a la legislación interna de cada país miembro. Se regula supuesto que la legislación interna haya contemplado la aprobación de los contratos de interconexión.</u></p> <p>En caso la legislación interna decida que los acuerdos de interconexión sean sometidos a la aprobación de la Autoridad de Telecomunicaciones, ésta deberá pronunciarse en un plazo máximo de treinta (30) días calendario, contados a partir de la fecha de presentación del proyecto de acuerdo ante la Autoridad de Telecomunicaciones.</p> <p>Asimismo, se regulan las Ofertas Básicas de Interconexión, estableciendo que todos los operadores de redes públicas de telecomunicaciones deberán elaborar esta oferta, documento que contiene el detalle de elementos y servicios de apoyo</p>	<p>Resolución de la Secretaría General N° 432 – Normas Comunes de Interconexión</p>

		mínimos que el operador ofrece para la interconexión y que una vez revisada y aprobada por la Autoridad de Telecomunicaciones competente tiene efecto vinculante entre éste y cualquier operador de redes públicas de telecomunicaciones solicitante que se acoja a la misma.	
Colombia	Comisión de Regulación de Telecomunicaciones -CRT	<p>Comunicación a la autoridad reguladora</p> <p>En el artículo 4.2.1.2.2. de la Resolución N° 469 se señala que los contratos o servidumbres de interconexión son públicos, formando parte de ellos los anexos y demás documentos donde se definan condiciones legales, técnicas, comerciales o financieras que rijan las relaciones derivadas de la interconexión.</p> <p>Conforme a esta norma, los operadores están en la obligación de remitir a la CRT en un plazo no mayor a diez (10) días hábiles copia de los contratos de interconexión suscritos.</p> <p>De acuerdo a la clasificación de las obligaciones contenidas en la Resolución N° 469, existen las obligaciones tipo "A" aplicables a todos los operadores, las obligaciones tipo "B" aplicables a los operadores de telefonía pública básica conmutada (TPBC), telefonía móvil conmutada (TMC) y sistema de comunicaciones personales (PCS) cuando se interconecten entre sí, las obligaciones tipo "C" para operadores con posición de dominio en el mercado, y obligaciones tipo "D" para operadores propietarios, poseedores de instalaciones esenciales.</p> <p>Debe indicarse que la obligación de comunicación del contrato de interconexión a la CRT es una obligación de tipo "A" y en consecuencia, se aplica a todos los operadores.</p>	Resolución N° 469 del 04 de enero de 2002 - Régimen Único de interconexión. http://www.crt.gov.co/images/stories/crt-documents/Normatividad/ResolucionesCRT/00000469.pdf
México	COFETEL – Comisión Federal de Telecomunicaciones	<p>Inscripción en el Registro de Telecomunicaciones.</p> <p>El artículo 34° señala que los convenios de interconexión así como en su caso los convenios modificatorios a los mismos, deberán ser inscritos en el Registro de Telecomunicaciones conjunta o separadamente por las partes involucradas, dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha de celebración.</p> <p>Conforme a las definiciones establecidas en la misma norma se entiende por "convenio de interconexión" al documento, con sus respectivos anexos, que contiene el acuerdo de voluntades suscrito, en su caso, entre concesionarios para establecer los términos y condiciones que rigen la prestación de los servicios de interconexión entre redes públicas de telecomunicaciones, así como la interoperabilidad de las mismas.</p>	Plan Técnico Fundamental de Interconexión e Interoperabilidad. http://www.cofetel.gob.mx/wb/Cofetel_2008/plan_tecnico_fundamental_de_interconexi_n_e_intero
Unión Europea		Prima el esquema de ofertas de interconexión de referencia, para los proveedores importantes de servicios públicos de telecomunicaciones.	Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva acceso), modificada por la Directiva 2009/140/CE de 25 de noviembre de 2009.
Estados Unidos de América	FCC – Federal Communications Commission	En la Ley de Telecomunicaciones se establece que cualquier acuerdo de interconexión adoptado por negociación o arbitraje debe ser presentado para aprobación a la Comisión Estatal. La Comisión Estatal debe aprobar o desaprobar el acuerdo mediante observaciones escritas o por cualquier deficiencia.	Telecommunications Law (1996) "SEC. 252. [47 U.S.C. 252] PROCEDURES FOR NEGOTIATION, ARBITRATION, AND APPROVAL OF

			<p>AGREEMENTS.</p> <p>(a) AGREEMENTS ARRIVED AT THROUGH NEGOTIATION.--</p> <p>(1) VOLUNTARY NEGOTIATIONS.--Upon receiving a request for interconnection, services, or network elements pursuant to section 251, an incumbent local exchange carrier may negotiate and enter into a binding agreement with the requesting telecommunications carrier or carriers without regard to the standards set forth in subsections (b) and (c) of section 251. The agreement shall include a detailed schedule of itemized charges for interconnection and each service or network element included in the agreement. The agreement, including any interconnection agreement negotiated before the date of enactment of the Telecommunications Act of 1996, shall be submitted to the State commission under subsection (e) of etc"</p> <p>and</p> <p>"SEC. 252 (e) APPROVAL BY STATE COMMISSION.--</p> <p>(1) APPROVAL REQUIRED.-</p> <p>-Any interconnection agreement adopted by negotiation or arbitration shall be submitted for approval to the State commission. A State commission to which an agreement is submitted shall approve or reject the agreement, with written findings as to any deficiencies.</p>
--	--	---	--

ANEXO N° 2

Cuadro N° 9

Cuadro comparativo de los diversos modelos de intervención administrativa en la regulación de los servicios públicos de telecomunicaciones en el Perú

Tema	Intervención administrativa	Fuentes	Texto legal
<p>Interconexión</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Aprobación previa del contrato por la autoridad reguladora. • Vigencia del contrato condicionada a la aprobación del regulador. 	<ul style="list-style-type: none"> • Contratos de Concesión • Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones aprobado por Decreto Supremo N° 020-2007-MTC. • Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión, Resolución de Consejo Directivo N° 043-2003-CD/OSIPTEL 	<ul style="list-style-type: none"> • En el literal (c) de la Sección 10.01 de la cláusula 10 de los Contratos de Concesión de los cuales es titular Telefónica del Perú S.A.A. se señala que <i>“La EMPRESA CONCESIONARIA presentará a OSIPTEL para su aprobación, cada contrato de interconexión que pretenda celebrar, al menos treinta y cinco (35) días hábiles antes de la FECHA EFECTIVA propuesta para tal contrato. (...) La aprobación o desaprobación del contrato de interconexión será por escrito”.</i> • No se han identificado otros contratos con una cláusula que someta a aprobación de la autoridad reguladora el contrato de interconexión. • El artículo 107° del Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones señala lo siguiente: <i>“(…) Suscrito el contrato de interconexión, cualquiera de las partes lo presentará a Osipitel para su pronunciamiento, con una anticipación no menor de treinta y cinco (35) días hábiles a la fecha de entrada en vigencia prevista en dicho contrato. Osipitel deberá pronunciarse expresando su conformidad o formulando las disposiciones que serán obligatoriamente incorporadas al contrato, en un plazo máximo de treinta (30) días calendario, contados a partir de la fecha de presentación del citado contrato. El contrato de interconexión tendrá efectos una vez que sea aprobado por Osipitel.”</i> • El artículo 44° del Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión señala lo siguiente: <i>“Artículo 44.- Producido el acuerdo de interconexión, las partes procederán a suscribir el contrato de interconexión y remitir el mismo a OSIPTEL, quien contará con un plazo máximo de treinta (30) días calendario, contados desde el día siguiente de su presentación, para evaluar el contrato y emitir su decisión respecto de su aprobación u observación. OSIPTEL podrá solicitar a las partes información adicional que requiera para evaluar el contrato de interconexión presentado, fijando un plazo para su entrega. (...) Al finalizar el período de evaluación, OSIPTEL emitirá un pronunciamiento escrito en el cual exprese su conformidad con el contrato, o exprese las modificaciones o adiciones que serán obligatoriamente incorporadas al contrato, sean aspectos legales, técnicos y/o económicos. El contrato de interconexión y demás acuerdos de interconexión entrarán en vigencia a partir del día siguiente de notificada la resolución de aprobación correspondiente; salvo que las partes hayan acordado expresamente que la vigencia se producirá en una fecha posterior. Los operadores no podrán cursar tráfico con otros operadores, sin antes contar con un contrato de interconexión aprobado por OSIPTEL o un mandato de interconexión. De igual forma, no podrán cursar tráfico mediante nuevos escenarios de llamadas si estos modifican los esquemas de liquidación establecidos en el contrato o mandato de interconexión, sin antes contar con una adenda</i>

			o acuerdo complementario aprobado por OSIPTEL, o un mandato de interconexión.”
Comercialización de tráfico y servicios públicos de telecomunicaciones	<ul style="list-style-type: none"> Comunicación a la autoridad reguladora. Vigencia del contrato no está condicionada a la presentación a la autoridad reguladora. 	<ul style="list-style-type: none"> Normas relativas a la Comercialización de Tráfico y/o servicios públicos de telecomunicaciones, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 049-2000-CD/OSIPTEL. 	<ul style="list-style-type: none"> El artículo 7° de las Normas relativas a la Comercialización de Tráfico y/o servicios públicos de telecomunicaciones señala lo siguiente: “Artículo 7.- Obligaciones de los comercializadores frente a OSIPTEL Son obligaciones de los comercializadores de tráfico y/o servicios públicos de telecomunicaciones frente a OSIPTEL las siguientes: (...) 2. Remitir el respectivo acuerdo comercial suscrito con el concesionario. (...)”.
Acceso y Uso Compartido de Infraestructura de los proveedores importantes de servicios de telecomunicaciones	<ul style="list-style-type: none"> Aprobación posterior de la autoridad reguladora. Vigencia condicionada a la presentación. 	<ul style="list-style-type: none"> Ley de Acceso a la Infraestructura de los Proveedores Importantes de Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobada por Decreto Legislativo N° 1019. Disposiciones Complementarias de la Ley de Acceso a la Infraestructura de los Proveedores Importantes de Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobadas por Resolución de Consejo Directivo N° 020-2008-CD-OSIPTEL. 	<ul style="list-style-type: none"> El artículo 14° del Decreto N° 1019 señala lo siguiente: “Artículo 14.- <i>Del contrato de compartición</i> El contrato de compartición debidamente suscrito por ambas partes, entrará en vigencia a partir del día siguiente de su presentación ante el OSIPTEL, para su evaluación posterior. OSIPTEL contará con un plazo máximo de treinta (30) días calendario, contados desde el día siguiente de su presentación, para observar el citado contrato, de considerar que éste se aparta de los criterios de costos que corresponde aplicar o atenta contra los principios que rigen la compartición, en grado tal que afecte los intereses de los usuarios de los servicios o de los operadores. El referido plazo no incluye el período que el OSIPTEL otorgue a los Concesionarios para absolver sus requerimientos de información. Emitidas las observaciones por el Organismo Regulador, el contrato deberá adecuarse en el plazo máximo de cinco (5) días calendario contado desde su notificación a alguna de las partes.” El artículo 17° de las Disposiciones Complementarias de la Ley de Acceso a la Infraestructura de los Proveedores Importantes de Servicios Públicos de Telecomunicaciones señala que “La presentación del contrato de compartición y su revisión por parte del OSIPTEL se sujetará a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley de Acceso a la Infraestructura de Telecomunicaciones. La instalación efectiva de los elementos y equipamientos del concesionario en la infraestructura de telecomunicaciones del Proveedor Importante de Servicios Públicos de Telecomunicaciones está condicionada a que, de manera previa, el contrato de compartición haya sido presentado al OSIPTEL. Durante el período de revisión del contrato de compartición a que hace referencia el artículo 14 de la Ley de Acceso a la Infraestructura de Telecomunicaciones, el OSIPTEL podrá disponer que no se realice la instalación efectiva, por razones de seguridad y de protección de las personas y de la propiedad. No obstante lo antes señalado, previa a la presentación del contrato de compartición, el Proveedor Importante de Servicios Públicos de Telecomunicaciones y el concesionario podrán realizar los estudios y pruebas técnicas necesarias para un acceso y uso adecuado y sin riesgos de la infraestructura de telecomunicaciones.”
Acceso y uso compartido de infraestructura – restricciones administrativas. Ley N° 28295.	<ul style="list-style-type: none"> Comunicación a la autoridad reguladora. 	<ul style="list-style-type: none"> Ley N° 28295, Ley que regula el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones. 	<ul style="list-style-type: none"> El artículo 13° de la Ley N° 28295 señala que “El acceso a la infraestructura de uso público podrá realizarse bajo dos modalidades: a) Por acuerdo entre las partes, durante el período de negociación establecido en el Reglamento. El artículo 12 del Reglamento de la Ley N° 28295 establece que “El titular de la infraestructura de uso público tiene las siguientes obligaciones: (...) 4. Remitir a OSIPTEL, copia de los contratos de

		<ul style="list-style-type: none"> Reglamento de la Ley N° 28295, aprobado por Decreto Supremo N° 009-2005-MTC. 	<p><i>compartición y sus modificaciones celebradas en el marco de la Ley y el Reglamento, en un plazo no mayor de cinco (05) días hábiles de su suscripción."</i></p>
--	--	--	---



ANEXO N° 3

Cuadro N° 10

Intervención del Estado en los contratos de acceso de otros sectores regulados

Tema /Sector	Intervención administrativa	Fuentes	Texto legal
<p>Acceso /OSITRAN – Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Registro en una Base de Datos privada de acceso público. • Contratos tipo 	<p>Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público, aprobado por Resolución de Presidencia del Consejo Directivo N° 014-2003-CD-OSITRAN</p>	<p>El artículo 41° del Reglamento Marco de Acceso señala lo siguiente: <i>“Las Entidades Prestadoras establecerán una base de datos que contenga la información general y relevante sobre los Contratos de Acceso, Mandatos y demás información referida en el Artículo 20, la cual se difundirá en la página web de la Entidad Prestadora.</i> <i>La Entidad Prestadora que celebre un Contrato de Acceso, reciba un Mandato o requiera proporcionar información relevante para el Acceso, tiene la obligación de registrarla en la referida base de datos, a más tardar a los cinco (05) días de la celebración del Contrato o de haber recibido el Mandato.</i> <i>El incumplimiento de esta obligación por parte de las Entidades Prestadoras será considerado como infracción, y por tanto será sujeto a la aplicación del Reglamento de Infracciones y Sanciones.”</i></p> <p>Por su parte, el artículo 42° del Reglamento de Acceso establece que el OSITRAN puede aprobar contratos tipo de acceso. Así, se señala: <i>“Artículo 42.- Contratos tipo de Acceso. OSITRAN podrá aprobar contratos tipo que tienen por objeto facilitar las negociaciones entre las partes, reducir potenciales dilaciones al Acceso y reducir los costos de transacción. Su uso será obligatorio en los casos que establezca OSITRAN.</i> <i>Previa a la aprobación de los contratos tipo, OSITRAN los prepublicará con la finalidad de recabar comentarios de las entidades prestadoras y de los usuarios intermedios en un plazo no menor a diez (10) días.”</i></p>