

INTERCONEXIÓN DE REDES Y SERVICIOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICACIONES: REAL ACCESO A LA COMPETENCIA

Virginia Nakagawa M.*¹

La interconexión constituye, sin lugar a dudas, una herramienta básica para la implementación de cualquier política de telecomunicaciones. El reciente Reglamento de Interconexión define a este mecanismo como el acuerdo o conjunto de acuerdos por los que dos empresas de servicios públicos de telecomunicaciones conectan sus redes y servicios con el objeto de que los usuarios de cada uno de ellos tengan acceso a los usuarios del otro. De esta manera, la interconexión permite que los usuarios de una empresa de telecomunicaciones se comuniquen con los usuarios de otra empresa de telecomunicaciones. Esta integración de las redes reviste especial importancia para los usuarios y es la clave para que exista una efectiva competencia en el sector de las telecomunicaciones; vemos entonces cómo las normas sobre la materia establecen la obligatoriedad de la interconexión y disponen la activa participación del organismo regulador (OSIPTEL) como supervisor de las mismas.

La doctora Virginia Nakagawa, especialista en telecomunicaciones, describe en el presente artículo los aspectos más notables de la interconexión, y hace hincapié en la importancia fundamental que esta institución posee en los actuales momentos en que se viene produciendo una marcada liberalización del sector de las telecomunicaciones.

Con la dación del Decreto Legislativo 702 -que declaró de necesidad pública el desarrollo de las telecomunicaciones y la promoción de la inversión privada en telecomunicaciones- y las sucesivas normas emitidas, hasta la aprobación del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo 013-93-TCC (en adelante, la Ley de Telecomunicaciones), el sector de las telecomunicaciones ha sufrido grandes cambios. El más reciente lo constituyen dos acontecimientos formalmente separados, pero estrechamente vinculados entre sí: (i) el fin del período de concurrencia limitada en los servicios de telefonía fija local, portador de larga distancia nacional y portador de larga distancia internacional (que estaban otorgados en concesión a Telefónica del Perú S.A. de forma exclusiva por cinco años) y (ii) la aprobación de los "Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones del Perú" mediante el Decreto Supremo 020-98-MTC (en adelante, Lineamientos).

La liberalización ha despertado un notorio y creciente interés de los inversionistas extranjeros por entrar al mercado de las telecomunicaciones nacionales; ingreso que, de ocurrir en la magnitud esperada, generará una fuerte expansión de los servicios de telecomunicaciones, mejores servicios a los usuarios (tanto en precios como en calidad) y repercusiones económicas positivas tanto para el propio sector como en otros sectores; en otros términos, un impacto positivo para la economía en general.

* Abogada Especialista en Telecomunicaciones

¹ Las ideas expuestas en el presente documento constituyen una visión exclusivamente personal de su autor por lo que no compromete —directa o indirectamente— posición institucional alguna.

Sin embargo, no es suficiente liberalizar el mercado. Existe un aspecto fundamental, sin el cual, no existirá competencia: **la interconexión**. En la mayoría de países que han liberalizado sus mercados de telecomunicaciones, han surgido conflictos, de gran magnitud, que se han centrado en el problema de la interconexión. La razón es muy simple: depende de la interconexión el real acceso al mercado de las telecomunicaciones. Si bien el otorgamiento de concesión –título habilitante para la explotación de servicios públicos de telecomunicaciones– es requisito para acceder al mercado, el real acceso se concreta a través de las condiciones que se establezcan en materia de interconexión.

En consideración a que el éxito o el fracaso de una empresa de telecomunicaciones se sostiene en las normas de interconexión y en la actuación del Estado a través de la entidad reguladora competente ², el cabal entendimiento de las normas aplicables por parte de las empresas de telecomunicaciones resulta esencial y es propósito de este estudio coadyuvar a ello.

La interconexión -al igual que el fenómeno de la competencia- es un tema que, por su complejidad, tiene múltiples enfoques, por lo que centraré la cuestión en el aspecto jurídico propiamente dicho, aproximándonos, como no podría ser de otra manera, a las vertientes económicas y técnicas que confluyen en el contenido de la interconexión.

DEFINICIÓN DE INTERCONEXIÓN

En primer término: ¿Qué es interconexión de redes y servicios públicos de telecomunicaciones?. Una primera aproximación es definir a la interconexión como la unión de las redes y servicios públicos de telecomunicaciones, cuya finalidad es que los usuarios de una empresa de telecomunicaciones (empresa A) se comuniquen con los usuarios de otra empresa de telecomunicaciones (empresa B).

Para esclarecer la mencionada definición, imagine mos un viaje por tren del punto A al punto B. El tren debe utilizar las redes ferroviarias de transporte y cruzar “X” número de departamentos con el objeto de poder llegar a su destino. Si las redes ferroviarias que conducen de A hasta B no estuvieran unidas (formando una única red de transporte) y permitirían el paso del tren, las consecuencias serían sumamente perjudiciales tanto para los usuarios (quienes tendrían que contratar con cuantas empresas ferro-

viarias hallaren en el camino), como para el sistema económico (por el uso ineficiente de los recursos) y la competencia.

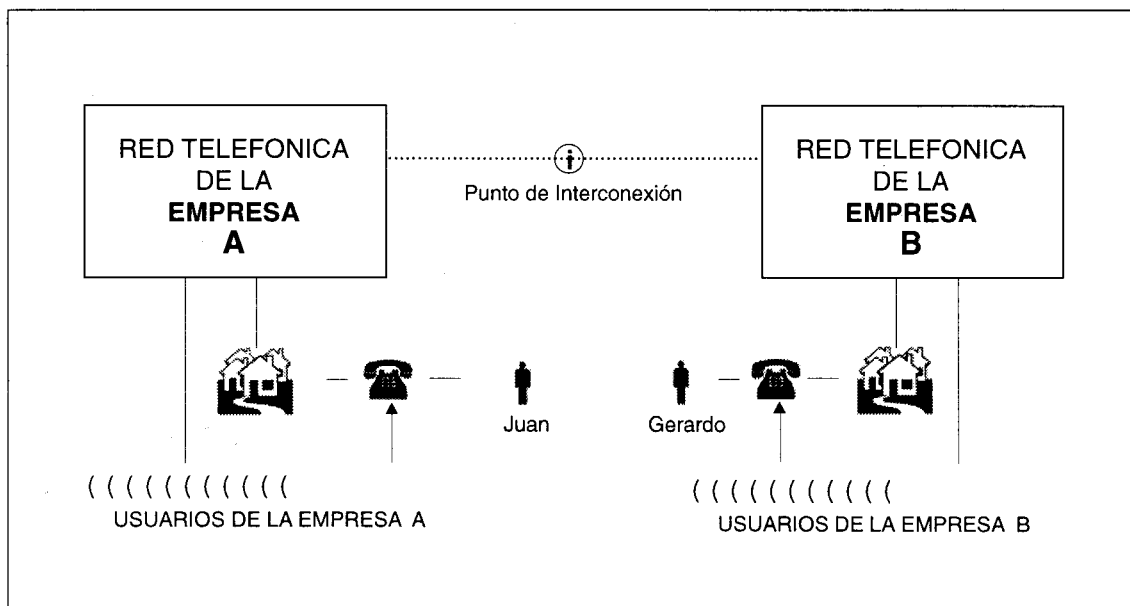
Del mismo modo, cuando una persona en Lima se comunica telefónicamente con una persona en Nueva York, su llamada está siendo dirigida por la red telefónica; red constituida por varias empresas necesariamente interconectadas. En este ejemplo, la empresa concesionaria que provee el servicio de telecomunicaciones en el Perú ha contratado la interconexión con una empresa portadora de larga distancia internacional (que transporta las señales del Perú al extranjero), quien a su vez se encuentra interconectada con una empresa extranjera. Es esta empresa extranjera la que conduce sus señales hasta Nueva York y completa la “ruta” hasta el número telefónico de destino. A través de este mecanismo, se posibilita las comunicaciones y nosotros, como usuarios que originamos y/o recibimos las llamadas, nos beneficiamos de la existencia de interconexión sin percatarnos que, sin ella, no nos hubiéramos podido comunicar.

En el siguiente gráfico, de manera muy simple, se detalla una interconexión entre la empresa A y la empresa B que hace posible que Juan y Gerardo se comuniquen entre sí. Si no existiera dicha interconexión, tanto Juan como Gerardo se comunicarían sólo con los usuarios atendidos por sus propias empresas. (ver cuadro).

Debe quedar claro que la interconexión no es sólo una mera unión física o virtual entre redes de telecomunicaciones, pues dicha definición 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. La interconexión es, esencialmente, un conjunto de acuerdos entre empresas de servicios de telecomunicaciones a través de los cuales los usuarios de una empresa tienen acceso a los usuarios de otra empresa. Esta es la definición que -acertadamente- contiene el Reglamento de Interconexión ³ aprobado por OSIPTEL (en adelante, el Reglamento de Interconexión), el cual la define como “el acuerdo o conjunto de acuerdos por los que dos empresas de servicios públicos de teleco-

² En el Perú, la entidad reguladora competente en materia de interconexión, es el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL.

³ Aprobado por Resolución N° 001-98-CD/OSIPTEL, publicado en el diario oficial “El Peruano” el 17 de enero de 1998.



municaciones conectan sus redes y servicios con el objeto que los usuarios de cada una de ellas tengan acceso a los usuarios del otro”.

Nótese que la definición mencionada se aleja de comprender en la misma cualquier mención a los aspectos técnicos que puedan estar involucrados, precisamente porque si bien en los acuerdos de interconexión entre las empresas se delimitan las cuestiones técnicas de la interconexión a implementar, lo que sustenta y da contenido a la interconexión en sí es lograr el acceso de los usuarios de una empresa a los usuarios de otra empresa. La finalidad última de la interconexión, por tanto, es que frente a los usuarios la red o redes se interconecten presentándose como una red integrada que satisface sus necesidades⁴.

CARÁCTER OBLIGATORIO DE LA INTERCONEXIÓN

La Ley de Telecomunicaciones establece el carácter obligatorio de la interconexión, definiéndose un período de negociación entre las partes con el objeto de que concreten el correspondiente contrato de interconexión. A falta de acuerdo -presupuesto

habilitante para la actuación de OSIPTEL en ejercicio de su potestad regulatoria- se establece la relación de interconexión mediante un mandato administrativo.

El artículo 7 de la Ley de Telecomunicaciones declara de interés público y social la interconexión de las redes y los servicios públicos de telecomunicaciones. Esta disposición es desarrollada en el artículo 106 del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, definiéndose que la interconexión de las redes de los servicios públicos de telecomunicaciones entre sí es de interés público y social y, por tanto, es obligatoria; constituyendo una condición esencial de la concesión. En consecuencia, la interconexión tiene un carácter preeminente obligatorio e imperativo, que en el caso de incumplimiento por parte de las concesionarias, es una potencial causa de terminación anticipada del contrato de concesión; en otros términos, no interesa la permanencia de la empresa infractora en el mercado de las telecomunicaciones ya que al impedir (injustificadamente) la interconexión, el costo que genera es mayor que los beneficios que reportaría a los usuarios.

⁴ Una definición reciente de interconexión la encontramos en la normativa española. El Real Decreto 1651/1998, del 24 de julio de 1998 -por el que se aprobó el Reglamento que desarrolla el Título II de la Ley 11/1998, Ley General de Telecomunicaciones-, define a la interconexión como: “la conexión física y funcional de las redes de telecomunicación utilizadas por el mismo o diferentes operadores, de manera que los usuarios puedan comunicarse entre sí o acceder a los servicios prestados por aquéllos. Tales servicios pueden ser suministrados por los referidos operadores o por otros que tengan acceso a la red.

La interconexión comprende, asimismo, los servicios de acceso a la red suministrados con el mismo fin, por los titulares de redes públicas de telecomunicaciones a los operadores de servicios telefónicos disponibles al público.” Se observa que en esta definición el punto central es la conexión (física o funcional) que permite estructurar una red integrada frente a los usuarios.

Principios que rigen al sistema de interconexión:

La interconexión se rige por los principios de neutralidad, no discriminación, igualdad de acceso y, libre y leal competencia. Los artículos 8, 9 y 10 del Reglamento de Interconexión los define claramente en los siguientes términos: Por el principio de neutralidad, una empresa de telecomunicaciones que es soporte de otros servicios o que tiene una posición dominante en el mercado, está obligada a no utilizar tales situaciones para prestar simultáneamente otros servicios de telecomunicaciones en condiciones de mayor ventaja y en detrimento de sus competidores. Por el principio de no discriminación, los operadores están prohibidos de llevar a cabo prácticas discriminatorias u otorgar tratos diferenciados a otros operadores vinculados directa o indirectamente, que busquen o pretendan favorecer a ellos o a sí mismos, en detrimento de cualesquiera de los otros agentes que operan en el mercado de las telecomunicaciones. En virtud del principio de igualdad de acceso, los concesionarios u operadores de servicios públicos de telecomunicaciones están obligados a interconectar sus redes o servicios en condiciones equivalentes para todos los operadores de otros servicios que lo soliciten. El contenido de la libre y leal competencia se desprende de las normas generales de competencia que rigen las actividades económicas en general.

FUNCIONES DE OSIPTEL

El artículo 8 de la Ley 26285, establece como funciones de OSIPTEL, entre otras, las relacionadas con la interconexión, para cuyo cumplimiento, OSIPTEL debe asegurar que a través de la interconexión se: (i) procure la prestación óptima de los servicios y se racionalicen las inversiones y (ii) garantice que ante el usuario, el conjunto de los servicios públicos de telecomunicaciones se presenten como una red integrada, independientemente de que, en dicha red, exista más de una empresa de servicios públicos.

En materia de interconexión, durante el período de concurrencia limitada en el Perú no se suscitaron, salvo contadas excepciones, conflictos relacionados con dicha materia y la razón es que la interconexión tiene lugar, en toda su amplitud, fundamentalmen-

te, a partir del fin del período de concurrencia limitada.

La misión del órgano regulador en esta materia tiene ahora mayor preponderancia y se sustenta en el reconocimiento de que, en monopolios y posiciones dominantes como los que se configuran en el sector de las telecomunicaciones, si se pretende que éstos funcionen en condiciones de máximo excedente social y sin apropiarse del excedente del consumidor, se requiere que existan entidades reguladoras independientes y autónomas⁵, que obliguen a las empresas a funcionar como si en el mercado existiera competencia (simulación de competencia). La regulación, como tal, se dirigirá a corregir las imperfecciones del mercado y a promover la competencia, protegiendo los intereses de los usuarios. Un aspecto fundamental para comprender el significado de la regulación es que su objetivo no es sustituir al mecanismo del libre mercado, sino tender hacia su efectivo establecimiento, para cuyo fin se debe adoptar decisiones administrativas que promuevan dicho objetivo a la vez que, progresiva y sostenidamente, se desregula. Para desregular es requisito, obviamente, que se cumplan las condiciones económicas que perfilan a un mercado en plena competencia, de conformidad con la doctrina económica más autorizada.

En el ámbito de la interconexión, corresponde al regulador, esencialmente: (i) establecer las normas a que deben sujetarse los contratos de interconexión entre empresas, normas que de acuerdo al artículo 72 de la Ley de Telecomunicaciones, son obligatorias y su cumplimiento de orden público; (ii) aprobar los contratos de interconexión, así como sus modificatorias; (iii) objetar con expresión de causa los contratos de interconexión; (iv) emitir mandatos de interconexión y, (v) resolver los conflictos que surjan entre empresas cuando se encuentre establecida la relación de interconexión, ya sea en mérito a un contrato o un mandato.

Consideramos relevante esclarecer dos ámbitos de acción de OSIPTEL que deben quedar claramente diferenciados. El primero, referido a la interconexión, en el cual la potestad primordial es la potestad reguladora (hasta que se establezca la relación de interconexión). La segunda, es la relativa a la vigi-

⁵ Eduardo J. Rodríguez Chirillo, sostiene que el carácter independiente de la función reguladora encuentra en lo que ha dado en llamarse los órganos reguladores independientes, un modo adecuado de separar los aspectos políticos de los técnicos, es decir, propios de cada actividad. La independencia de estos órganos toma mayor o menor relieve según los ordenamientos; no obstante, ha de existir un régimen jurídico que asegure la independencia funcional y financiera. Por otro lado, dicho autor resalta, entre los aspectos jurídicos sustantivos de la regulación, lo fundamental que resulta para la consecución de una regulación enderezada a promover la competencia, el estricto control sobre la interconexión con terceros. RODRIGUEZ CHIRILLO, Eduardo J. Privatización de la empresa pública y post privatización. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.

lancia de la libre y leal competencia, en el cual su potestad primordial es la correctiva y sancionadora, castigando (*ex - post*) las prácticas restrictivas de la libre competencia y los actos de competencia desleal.

Arquitectura de red abierta, puntos de interconexión y cargos de interconexión:

Resulta necesario delimitar, en términos coloquiales, lo que entendemos por: (i) arquitectura de red abierta, (ii) puntos de interconexión y (iii) cargos de interconexión, para facilitar la comprensión del tratamiento que la normativa ha diseñado para el fenómeno de la interconexión.

ARQUITECTURA DE RED ABIERTA

El uso de la infraestructura pública desmonopolizada es un rubro común a las redes eléctricas, portuarias, aeroportuarias, ferroviarias, oleoductos, gasoductos, así como a las de telecomunicaciones. Tienen elementos comunes como: (i) su importancia para la prestación de servicios públicos o de interés público, (ii) evidencian necesidad de regulación sobre la interconexión o el acceso a las redes por terceros, y (iii) reflejan grandes inversiones a largo plazo⁶.

La red de telecomunicaciones puede ser entendida como el conjunto de elementos de transmisión y/o conmutación que posibilita el transporte de señales entre dos o varios puntos de destino. El elemento clave que facilita la interconexión en esta red es la denominada "arquitectura de red abierta", definida como la conformación de una red de telecomunicaciones cuyo diseño considera el seccionamiento, hasta donde sea posible, en partes, paquetes, capas o niveles básicos de tal manera que permita el acceso efectivo a ella de otros servicios, equipos o redes de telecomunicaciones, a través de los medios normalizados por la autoridad nacional competente o, en su defecto, por la Unión Internacional de Telecomunicaciones, sobre una base no discriminatoria y de igualdad de acceso.

A fin de esclarecer lo anterior, es necesario señalar que a través de la interconexión se facilita la interoperabilidad de las redes, presentándose di-

chas redes como una unidad frente a los usuarios, con el consecuente aumento de la transmisión y capacidad de las redes, así como el incremento de los usuarios que pueden acceder a mayores servicios de telecomunicaciones. Para dichos efectos, las empresas deben adoptar elementos técnicos comunes (sin que ello implique, de manera alguna, el uso de determinada tecnología o equipos de telecomunicaciones), que posibilite que el conjunto de redes operadas por una o más empresas se comporten como una red única de telecomunicaciones. En tal sentido, en la normativa del sector se ha establecido la obligación de los concesionarios de aplicar diseños de arquitectura abierta que faciliten la interconexión⁷, así como adoptar las condiciones necesarias para garantizar la interoperabilidad de las redes y una calidad satisfactoria.

El principio es que esta red de telecomunicaciones (o red básica) se encuentre disponible para que cualquiera que lo solicite pueda acceder a ella. Sin embargo, debe reconocerse que pueden existir inconvenientes técnicos que posibiliten el acceso a todos los solicitantes en un determinado momento.

PUNTO DE INTERCONEXIÓN

El punto de interconexión es el lugar específico, físico o virtual, a través del cual entran o salen las señales que se cursan entre las redes o servicios interconectados. En otros términos, el punto de interconexión es el lugar donde en concreto se produce la unión entre las redes de las empresas que se interconectan, y define y delimita las responsabilidades de cada operador en la interconexión (las responsabilidades de cada uno de los operadores llegan hasta el punto de interconexión).

Se debate, con singular frecuencia, sobre la ubicación de los puntos de interconexión y su capacidad para atender el tráfico que se espera cursar; debate en el cual los nuevos entrantes -al desconocer los aspectos técnicos relevantes sobre la red de la dominante- se encuentran en desigualdad frente al proceso de negociación y en desventaja. Otros aspectos conflictivos se relacionan con: (i) las divergencias entre las empresas a fin de determinar a quién le corresponde efectuar las inversiones que sean necesarias con el objeto de acceder hasta el punto de

⁶ Para una visión sobre la convergencia y transformación de las redes de infraestructura, se remite al lector a: DE LA CUETARA MARTINEZ, Juan Manuel. Sobre las infraestructuras en red. En: Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red. Madrid: Montecorvo, 1998. p. 13-46.

⁷ Subyace a la arquitectura de red abierta el uso eficiente de nuestros recursos evitando la superposición de redes. En efecto, supongamos que desde el punto A al punto B, las empresas tuvieran que invertir, cada una, en la instalación de redes (con las consecuentes costos de infraestructura) estableciéndose varias redes paralelas cuando sólo era necesario que existiera una red.

interconexión; (ii) la co-ubicación, es decir, la instalación de los equipos de telecomunicaciones necesarios de la empresa solicitante, en la propiedad de la empresa a la que se le solicita interconexión; (iii) los servicios adicionales que estarían comprendidos en el acuerdo de interconexión, entre otros.

Sobre el particular, el Reglamento de Interconexión estableció que: (i) las empresas pactarán la ubicación de sus puntos de interconexión, tanto en la red del que solicita la interconexión como en el que la otorga, de manera tal, que se garantice la calidad del servicio, accesibilidad y capacidad de tráfico; y (ii) que los equipos para los enlaces de interconexión podrán ser proporcionados por cualquiera de las empresas.

Como es lógico, la infraestructura que sea necesaria para llegar al punto de interconexión puede ser provista por la propia empresa solicitante (en la medida que se encuentre habilitada para ello), o un tercero, o por la empresa a la que se solicita interconexión. Corresponde a la empresa solicitante -definido el punto de interconexión- asumir los costos de infraestructura que sea necesaria para llegar a dicho punto. Es de cargo de los nuevos entrantes efectuar dichas inversiones, en la medida que dichos costos son parte del establecimiento de su red en el área de que se trate.

Recogiendo la problemática sobre esta materia, los Lineamientos para la apertura del mercado de telecomunicaciones -frente a la apertura del mercado de servicios de telefonía fija, portador de larga distancia nacional e internacional- han definido que los operadores establecidos deberán señalar por lo menos un punto de interconexión en cada área local⁸, ya sea para la interconexión local-local, como en la larga distancia-local, y larga distancia-larga distancia. Los puntos de interconexión restantes estarán sujetos a negociación.

Esta disposición implica que las empresas deberán suministrar -transparentemente- información al mercado sobre sus puntos de interconexión de tal manera que cualquier inversionista pueda realizar los cálculos del mercado y de costos de instalación (infraestructura) que le significa el acceso. Obvia-

mente -y en los mismos Lineamientos se reconocen las partes negociantes podrán establecer otros puntos de interconexión; en cuyo caso, deben tener presente el principio de neutralidad, igualdad de acceso y no discriminación. La información sobre los puntos de interconexión -sean los definidos en aplicación de los Lineamientos, así como los definidos convencionalmente- es necesariamente pública y debe estar a disposición de los nuevos entrantes y de los inversionistas que así lo soliciten.

Adicionalmente, existe otro requisito relativo a que sólo se proveerá y se cobrará por cargo de interconexión donde exista "presencia" de cada uno de los prestadores de servicios a ser interconectados. Sin perjuicio que, en su oportunidad, se defina el término "presencia", entendemos que el mismo no necesariamente debe restringirse a que, en determinada área local, la empresa que solicita la interconexión sea propietaria de determinada infraestructura física, sino que comprende a cualesquiera otra forma de acceso que posibilite la interconexión. Es de relevar, que esta diferencia entre el término "presencia" e "infraestructura propia", se desprende, además, de las obligaciones que los Lineamientos han definido -en el capítulo referido a política de concesiones- para: (i) las empresas de larga distancia, que deberán poseer "**infraestructura propia**" en cinco ciudades de distintos departamentos y al menos un centro de conmutación; y (ii) las empresas de telefonía fija local, que deberán instalar "**líneas en servicio**" definidas en términos porcentuales en comparación con el del mayor operador establecido; en ambos supuestos, sí se requiere de instalaciones físicas propias.

Por otro lado, si por cualquier motivo una empresa no puede proveer la interconexión en ciertas áreas locales, los Lineamientos permiten a los competidores interconectarse a través de "líneas telefónicas"⁹ hasta que puedan cumplir sus obligaciones. Este es un arreglo esencialmente transitorio y excepcional hasta que la interconexión vía troncales de enlace¹⁰ se encuentre disponible.

Finalmente, con relación a la co-ubicación¹¹ el artículo 30 del Reglamento de Interconexión la contempla como una posibilidad que corresponde a las

⁸ Recordemos que actualmente, para el servicio de telefonía fija, las áreas locales se encuentran definidas por los límites de los departamentos del Perú. No obstante, debe tenerse en cuenta que en diversos contratos de concesión se ha definido áreas de concesión por ciudades o distritos.

⁹ Línea es el medio de transmisión entre dos terminaciones de líneas. El término puede ser calificado por el tipo del medio usado.

¹⁰ Las troncales de enlace son un grupo de líneas que unen dos centrales que, para efectos de interconexión, son de dos operadores diferentes.

¹¹ La co-ubicación implica la instalación de los equipos de una empresa, en los locales de la otra empresa involucrada en la interconexión.

empresas pactar. El sustento es propender una reducción de costos, sin embargo -como no podría ser de otra manera- no se puede establecer una obligación en dicho sentido.

CARGOS DE INTERCONEXIÓN

Los cargos de interconexión son la retribución que corresponde al propietario de una red por recibir las señales provenientes de otra red. El principio básico en la determinación de los cargos de interconexión es que éstos deben basarse en los costos, y que dichos costos se clasifican entre aquellos relacionados al tráfico de las comunicaciones entre las redes y los referidos al uso de la infraestructura. La determinación de dichos cargos es, sin duda alguna, el aspecto más conflictivo involucrado en la interconexión¹². Desde la óptica del Estado, lo que se pretende es determinar el precio óptimo de acceso, así como establecer un sistema de transparencia de precios.

El Reglamento de Interconexión establece, en su artículo 13, que los cargos de interconexión tienen como componentes: (i) los costos de interconexión; (ii) contribuciones a los costos totales del prestador del servicio local; y (iii) un margen de utilidad razonable. La suma de dichos componentes constituyen al cargo de interconexión. Adicionalmente, debe precisarse que los cargos de interconexión y los cargos de acceso, en nuestra normativa, son sinónimos.

Costo de interconexión: Se entiende por costo de interconexión los incurridos en brindar la instalación para la interconexión y que son directamente atribuibles a la misma. El costo de la interconexión -para cada instalación- se define como la diferencia en los costos totales que incluyen la instalación

determinada y los costos totales que excluyen dicha instalación, dividida por la capacidad de la instalación (costos medios). Para su cálculo, el artículo 15 del reglamento de interconexión establece que deberá basarse, entre otros, en específicos principios básicos¹³.

Contribuciones a los costos totales del operador de la red: Se determina de modo tal que permita cubrir una porción de los costos comunes no directamente atribuibles a los servicios de interconexión. En su determinación es de aplicación el principio de no discriminación mediante el cual, al definirse el margen sobre el costo de interconexión de una instalación, ésta deberá ser igual para las distintas empresas y otras directa o indirectamente vinculadas a la empresa que posee la instalación.

Margen de utilidad razonable: Se determina en el costo promedio ponderado del capital del operador que provee el servicio y, para su cálculo se asumirá la estructura de apalancamiento de la empresa de telecomunicaciones.

Existen dos modalidades de cargos de interconexión: (i) por tiempo de ocupación de las comunicaciones debidamente completadas y/o volumen de información¹⁴ y (ii) cargos fijos periódicos¹⁵. Estas dos modalidades no son obligatorias, es decir, que las empresas pueden acordar otras siempre que demuestren que éstas son más eficientes.

Cargos de interconexión por defecto: Con el fin del período de concurrencia limitada en el Perú, y con el objeto de establecer un marco definido sobre los aspectos fundamentales de la interconexión -que reduzca inseguridad y costos de transacción- en los Lineamientos se ha considerado el establecimiento de "cargos de interconexión por defecto". Estos

¹² Una breve exposición de la problemática suscitada en México y Chile sobre interconexión es planteada por Pablo Bachelet: "La interconexión entre redes dejó de ser un problema netamente técnico, de estándares y ese tipo de cosas. De hecho, es esencialmente un lío de dinero, de cuánta plata debe pagar un nuevo jugador como peaje para usar las instalaciones de las viejas telefónicas dominantes. Y, por supuesto, cuánto deben pagar los clientes de las viejas telefónicas monopólicas cuando llamen a los clientes de los nuevos competidores." BACHELET, Pablo. El peligro de estar desconectado. Informe especial de telecomunicaciones. En: América Economía. Abril, 1998. pps. 57-59

¹³ Los principios básicos establecidos en dicho artículo son: (a) los costos de interconexión incluirán únicamente los costos asociados a las instalaciones y activos necesarios para la interconexión; (b) para calcular el valor de los activos se considerará su valor de adquisición utilizando las tecnologías más eficientes que puedan ser utilizadas para proveer la instalación necesaria para la interconexión; (c) para determinar los factores de depreciación, se utilizará la vida útil de los activos de acuerdo a los Principios de Contabilidad Generalmente aceptados en el Perú; (d) los costos de interconexión incluirán los de planeamiento, suministro, operación y conservación de la infraestructura necesaria. No se incluirán costos de modernización o mejoras de la red, salvo que se hubiese tenido que incurrir en ellos para efectuar la interconexión; y (e) no forman parte de los costos de interconexión aquellos en los que el concesionario u otros operadores vinculados directa o indirectamente incurran, o hayan incurrido, que no estén relacionados directamente con proporcionar el acceso a la instalación.

¹⁴ Equivale a lo que se conocía como cargo por tráfico.

¹⁵ Es un cargo vinculado al mantenimiento de las instalaciones, y que, eventualmente, puede incluir otros conceptos, como por ejemplo, mejoras en las instalaciones de la red, entre otros.

cargos serán aprobados por OSIPTEL -un sólo cargo de interconexión a nivel local, sin diferenciar entre llamadas entrantes y salientes, ni locales y larga distancia nacional e internacional- y serían aplicados por dicha entidad en las decisiones administrativas que adopte en esta materia (por ejemplo, en los mandatos de interconexión o en la solución de controversias entre empresas).

Sobre la naturaleza de los referidos cargos por defecto podrían inferirse tres interpretaciones. La primera que -partiendo de la naturaleza de los contratos de interconexión- sostendría que dichos cargos por defecto son un monto fijo o único que sería aplicado cuando las partes no acuerdan un monto diferente. En otros términos, ante la falta de acuerdo se aplicaría automáticamente el cargo por defecto, sin variación (hacia arriba o abajo). De acuerdo a esta acepción, el organismo regulador, al establecer el mandato de interconexión, ya tendría definido el nivel de los cargos que se establecerían. La gran desventaja se centra en la eventual eliminación de los descuentos por volumen que incentiven un mayor tráfico y, por ende, mayores ingresos.

La segunda posición asimila los cargos por defecto a una naturaleza semejante a la de las tarifas tope, esto es, que las empresas que negocian el establecimiento de una relación de interconexión, al pactar el cargo de interconexión, no pueden superar el nivel determinado por dichos cargos; sin embargo, sí pueden pactar niveles menores a dicho nivel, sin perjuicio de acordar, adicionalmente, descuentos por volumen. En efecto, el concepto puro de tarifa o cargo tope implica un nivel máximo del cual no se pueden exceder, pero sí fijar niveles menores.

La tercera posición comprende las dos concepciones antes expresadas, de manera simultánea, y le asigna a los cargos de interconexión por defecto, esas dos funciones.

En nuestra opinión, en los mandatos de interconexión que se dicten -de acuerdo al nuevo marco legal para la apertura- se definirá, en toda su amplitud, la aplicación de los cargos de interconexión por defecto, así como su dimensión económica.

Con Resolución 018-98-CD/OSIPTEL, publicado en el diario oficial "El Peruano" el 15 de octubre de 1998, OSIPTEL ha establecido el "cargo de interconexión de terminación de llamada en la red de telefonía fija local". Es de precisar que en este cargo se encuentra ya incluidos: (i) los costos de interconexión; (ii) contribuciones a los costos totales del prestador del servicio; y (iii) el margen de utilidad razonable.

Los Contratos de Interconexión:

La necesidad de las comunicaciones globales para el desarrollo de la economía, así como la creación permanente de nuevos servicios, hacen que las redes deban ser compatibles y que tengan la capacidad de interconectarse, pasando las comunicaciones de una red a otra, garantizándose el derecho de los usuarios a acceder a los servicios; en consecuencia, las regulaciones que se dictan en materia de interconexión son cada vez más complejas y no son fácilmente aceptadas por las empresas involucradas. En el caso de la interconexión existe la obligación -impuesta en la Ley de Telecomunicaciones, su Reglamento General, el Reglamento de Interconexión y los propios contratos de concesión- de celebrar contratos de interconexión; contratos que deben tener, de ser el caso, cláusulas determinadas sobre aspectos definidos en la normativa y cuyo contenido le corresponde a las partes contratantes.

Período de negociación

Para que dos empresas operadoras celebren un contrato de interconexión, la legislación establece que el período de negociación no podrá ser mayor de sesenta (60) días calendario. Para ingresar a este período resulta fundamental que la empresa solicitante tenga definidos -en la medida de lo posible- los aspectos que conciernan a su esfera de decisión, como por ejemplo, la estructura de sistema de red que plantearán, entre otros rubros técnicos o económicos. Esto le permitirá ingresar a la negociación con un esquema preliminar e ir adecuándolo a los avances e información que se obtenga en dicho período.

Para el cómputo del período de negociación, el artículo 35 del Reglamento de Interconexión establece el siguiente esquema: (i) la empresa solicitante dirige su requerimiento de interconexión (documento escrito) a la empresa con quien desea interconectarse; (ii) la empresa a quien se le ha solicitado interconexión formula un requerimiento de información al solicitante y (iii) la empresa solicitante entrega la información requerida. Es desde ésta etapa que se comienza a computar el plazo de negociación. Debe advertirse que resulta importante -y el Reglamento lo ha recogido- que se remita copia de la documentación antes mencionada al organismo regulador. En efecto, OSIPTEL al tomar conocimiento del inicio de un período de negociación asume una posición expectante y vigilante con la finalidad de cautelar la no afectación de los derechos de los usuarios.

Por otro lado, no debe olvidarse que este período de negociación es como cualquier otro conducente a la celebración de un contrato, con la salvedad de que las materias que serán discutidas pueden ser sumamente complejas y alcanzar niveles sofisticados. Sin embargo, las empresas concesionarias deben recordar que el establecimiento de esta relación contractual les será beneficiosa mutuamente, y para acceder a ello, es necesario que se establezcan relaciones transparentes y armoniosas; en otros términos, que se negocie con verdadera buena fe.

Cabe destacar que, a solicitud de cualquiera de las partes, el organismo regulador puede coadyuvar en el período de negociaciones en calidad de "observador", cumpliendo la función de impulsar la negociación en caso de entrapamiento.

Naturaleza institucional de la interconexión:

Expuesto lo anterior, definamos la posición de la normativa peruana sobre la naturaleza institucional de la interconexión. Sobre el particular, se han planteado tres posiciones¹⁶:

1. La interconexión como contrato privado.- Se enfatiza la ventaja que tiene para las partes una negociación privada en lugar de una imposición gubernamental, la minimización de los gastos administrativos (tanto de las compañías como del gobierno), así como la confidencialidad de la información.

No obstante, se ha podido observar que este enfoque no ha funcionado adecuadamente, en razón de lo dura y costosa que es la transición a un mercado de competencia para las operadoras establecidas, las que sin duda utilizan la información que poseen para arribar a un acuerdo que, siendo beneficioso para ellas, puede no serlo ni para las competidoras ni para los usuarios. Además, se ha objetado la circunstancia de que enfocar la interconexión desde el punto de vista del contrato privado puede no ser suficiente garantía para evitar que una de las partes abuse de su posición de dominio en el mercado.

2. La interconexión como acuerdo regulado.- Las ventajas radican en la reducción de los términos de la negociación, en las facilidades que se ofrece a la planificación de quienes quieren acceder al mercado y en la reducción del potencial de discriminación.

No obstante lo anterior, se ha incidido en su rigidez para afrontar las cambiantes condiciones del mercado y en sus repercusiones nocivas para el interés público, sobre todo por la demanda inmensa de recursos que requiere la existencia de organismos reguladores capaces de emprender exitosamente su tarea; en ello se ha insistido, fundamentalmente, en los países de economías emergentes, en donde las compañías operadoras suelen ser más grandes y solventes que los organismos supervisores de los estados. Se ha dicho, asimismo, que en tales países no existen las metodologías de contabilidad requeridas para adoptar las mejores y más transparentes decisiones desde un organismo regulador, que, de todas maneras, se encuentra en una enorme desventaja informativa comparado con las empresas operadoras de los servicios de telecomunicaciones.

3. La interconexión como negociación supervisada.- Según este enfoque, las partes negocian en lo posible, esto es, dentro del marco regulatorio vigente, pero se sujetan a las directrices y determinaciones del organismo supervisor, el que puede y debe revisar los acuerdos privados como condición para su validez jurídica.

La normativa peruana ha adherido la interconexión al enfoque de la negociación supervisada. Es decir, las empresas tienen el espacio suficiente para -en el marco de las regulaciones que garantizan los principios de libre y leal competencia, neutralidad, igualdad de acceso y no discriminación- concretar el contrato de interconexión. El enfoque de negociación supervisada se ha plasmado en el articulado del Reglamento de Interconexión, a través de disposiciones como, por ejemplo: (i) que el período de negociación entre las partes no pueda ser superior a sesenta (60) días calendario; (ii) la obligación de que las empresas remitan copia al regulador de su solicitud de interconexión dirigida al operador con quien pretenden interconectarse; (iii) la facultad del regulador de, a solicitud de parte, participar como "observador" en el proceso de negociaciones; (iv) los criterios económicos que perfilan los cargos de interconexión; (v) la aprobación de los contratos de interconexión, así como de sus modificatorias; y (vi) la facultad del regulador de emitir mandatos de interconexión a falta de acuerdo entre las partes.

Con relación a la aprobación de los contratos de interconexión, ésta se traduciría en (i) la conformi-

¹⁶ Estas posiciones, sobre la naturaleza institucional de la interconexión, se encuentran contenidas en: YOULE, P. Jhon. Interconexión: Contratos privados o arreglos de interés público". En: IV Seminario de AHCIEI sobre derecho de las telecomunicaciones en hispanoamérica. Guatemala, 1994. Asimismo, han sido recogidos en la Exposición de Motivos del Proyecto de Reglamento de Interconexión de OSIPTEL, pre-publicado en el diario oficial "El Peruano", en noviembre de 1995.

dad con el documento puesto en consideración o (ii) las modificaciones que se estime necesarias –que deben ser obligatoriamente incorporadas– si los contratos se apartan de los criterios de costos que corresponda aplicar, o atenten contra los principios que rigen la interconexión en grado tal que afecten los intereses de los usuarios de los servicios o de terceros operadores.

De conformidad a lo anterior, y no obstante el carácter de negociación supervisada en los contratos de interconexión, existe espacio para que las partes negocien y expresen –en el marco de la autonomía de la voluntad– el acuerdo básico que configura al “contrato”. Sin embargo, resulta polémica, desde el punto de vista del derecho de los contratos, la obligación legal de contratar la interconexión. Las interrogantes que se nos plantean son: ¿Frente a qué “contrato” nos encontramos en interconexión?, ¿el contrato de interconexión es propiamente un contrato?

Sobre las interrogantes planteadas existen posiciones contradictorias. El artículo 1351 del Código Civil define al contrato como “el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”. Conforme expresa el doctor Manuel de la Puente¹⁷ “el concepto del contrato es la declaración conjunta de la voluntad común de dos o más partes que, por permitirlo el ordenamiento jurídico, tiene por efecto crear, regular, modificar o extinguir entre sí obligaciones lícitas de carácter patrimonial”. Se sostiene, además, que los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, entendiendo consentimiento, como el común acuerdo entre las partes, o en otros términos, ambas partes quieren exactamente lo mismo (que se celebre el contrato aunque las obligaciones sean distintas).

En este orden de ideas, el contrato de interconexión no sería un verdadero contrato, recibiendo dicha denominación por “costumbre” de los legisladores. Sin embargo, otra posición estima que, si bien en el contrato de interconexión –a diferencia de los contratos que se rigen exclusivamente por la libertad contractual y la libertad de contratar– existe la obligación legal de que las partes contraten por el interés público de que se establezca la relación de interconexión, una vez establecida, es el contrato de

interconexión la “ley” que rige a las partes de manera obligatoria. Esta posición se sustentaría, en el artículo 1355 del Código Civil que establece que: “La Ley por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos.”

La “imposición legal” de contratar con el operador que lo solicite, podría –y seguramente lo es– ser materia de mayor debate doctrinario. Este debate –sin lugar a dudas enriquecedor– no debe perder de vista la siguiente hipótesis: ¿Qué sucedería si los departamentos del Perú tuvieran cada uno, una empresa de telecomunicaciones diferente que, por no interconectarse, obligaran a que las comunicaciones entre los departamentos se efectuaran a través de medios diferentes a los actuales?¹⁸ Obviamente cualquier debate no debe eximirse de considerar que no es eficiente o justo que la sociedad se perjudique, pues existe un interés superior que cautelar: el interés público.

El contrato de interconexión nace de la obligación legal impuesta por la Ley de Telecomunicaciones; obligación por la que, en los correspondientes contratos de concesión, las empresas –libremente– asumen derechos y obligaciones en esta materia. En efecto, las empresas en los contratos de concesión que suscriben con el Estado han pactado –obligación contractual– su compromiso de interconectarse con empresas del servicio portador, finales y con otros prestadores de servicios de telecomunicaciones¹⁹ así como, en otros contratos, han pactado su compromiso de respetar y cumplir el Reglamento de Interconexión aprobado por OSIPTEL.

En nuestra opinión, el contrato de interconexión es un contrato de Derecho privado que se rige por: (i) las disposiciones legales específicas sobre interconexión y (ii) las disposiciones del Código Civil, en lo que no se opongan a las antes mencionadas disposiciones de la legislación específica. En consecuencia, es un contrato atípico en el cual la intervención del Estado se evidencia más que en ningún otro contrato, pero que, no por ello, deja de tener la naturaleza de tal (en el supuesto que efectivamente se hubiese celebrado).

En esta línea, José María Chillón Medina sostiene que el contrato de interconexión es un contrato

¹⁷ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Primera parte. En: Biblioteca para leer el Código Civil. Vol. XI., tomo I. Lima: Fondo Editorial PUCP, 1996. pp. 37.

¹⁸ Recordemos que anteriormente se empleaban palomas mensajeras, chasquis, tambores, fuego y señales de humo, trompetas, entre otros análogos.

¹⁹ Es el caso de los contratos de concesión de los que actualmente es titular Telefónica del Perú S.A. (Cláusula 10).

bilateral -aunque puede existir una pluralidad de interconectantes simultáneos o sucesivos-; es un contrato sinalagmático, que contiene prestaciones recíprocas; y, finalmente, es un contrato oneroso, aunque también es imaginable ponderar la existencia de un contrato de interconexión gratuito por imposición de órganos administrativos²⁰.

En consecuencia, entendemos que el contrato de interconexión se inserta en el derecho de los contratos como una expresión -todavía no muy clara pero que, sin lugar a dudas, existe- de su adaptación a nuevas realidades definidas por el interés económico de generar beneficios concretos y una mejor eficiencia en el uso de los recursos escasos²¹.

Con relación a los aspectos formales, los contratos de interconexión deben constar por escrito y regirse por los principios que rigen el Sistema de Interconexión, y su ejecución debe basarse en los términos y condiciones negociados de buena fe entre las partes. El Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones y el Reglamento de Interconexión enuncian los principales aspectos que deben contener los contratos de interconexión.

MANDATOS DE INTERCONEXIÓN

Los mandatos de interconexión son la decisión administrativa por la que -a falta de acuerdo entre las partes- se establece una relación de interconexión y se definen todos los elementos de dicha relación, de modo tal, que a las partes involucradas les corresponde sólo ejecutar dicha decisión, en forma obligatoria. Es una decisión administrativa que suple la voluntad de las partes e impone una relación jurídica patrimonial.

En el artículo 111 del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, se establece lo siguiente:

“Si vencido el plazo referido en el primer párrafo del artículo anterior las partes no se hubieran puesto de acuerdo en los términos y condiciones de la interconexión, OSIPTEL, a solicitud de una de las partes o de ambas²², dictará las normas específicas a las que

se sujetará ésta, incluyendo los cargos de interconexión respectivos.

La solicitud o solicitudes serán presentadas adjuntando la información sustentatoria sin perjuicio de que OSIPTEL les requiera la presentación de información adicional.

OSIPTEL remitirá a las partes el proyecto de Mandato de Interconexión, a fin de que éstas formulen sus comentarios u objeciones dentro del plazo que para tal fin, fije OSIPTEL, el cual no podrá ser inferior a 10 días calendario.

El Mandato de Interconexión debe emitirse en un plazo máximo de noventa (90) días calendario, contados a partir de la presentación de la solicitud a que se refiere el primer párrafo y es de cumplimiento obligatorio.”

El mandato es una figura sumamente compleja. En primer término, es de resaltar que el presupuesto habilitante para que OSIPTEL emita un mandato de interconexión es la falta de acuerdo entre las partes. De acuerdo a las potestades de que está investido dicho organismo, el referido mandato es una expresión de su potestad regulatoria, y como tal, se le considera como la más importante en el establecimiento de un mercado competitivo de telecomunicaciones.

En segundo término, los mandatos de interconexión tienen como finalidad salvaguardar el interés de los usuarios, el crecimiento del mercado de telecomunicaciones y la libre competencia, así como, respetar las condiciones que permitan a las empresas obtener los beneficios que son inherentes a sus actividades económicas. En este sentido, José María Chillón Medina²³ al referirse a la interconexión, resalta los intereses involucrados, como son: (i) el interés público, por asegurar el funcionamiento coherente y la expansión del sistema global de telecomunicaciones propiciando un mayor y mejor uso de las redes y servicios existentes; (ii) los intereses de los titulares por protegerse de usos perjudiciales, asegurando al propio tiempo sus derechos económicos; (iii) el interés de los usuarios en acceder a una mayor

²⁰ CHILLON MEDINA, José María. La interconexión de redes y su incidencia jurídica. Ponencia presentada en el II Seminario de Telefonía Móvil Celular. En *Revista AHCIET*. pp. 121.

²¹ Por otro lado, creemos que son estos mismos argumentos los que, eventualmente, fundamentan en casos concretos, la no actuación del estado, en supuestos en que las propias partes pueden llegar a acuerdos más beneficiosos para la sociedad. Sin embargo, reconocemos que este tema es sugestivo y se presta a reflexiones mayores que, por no ser objetivo de este documento, dejamos para un posterior trabajo de investigación, actualmente en curso.

²² La intervención no debe restringirse a que medie una solicitud.

²³ *Ibid.* p 113-133.

cobertura de servicios a través de la integración final resultante y (iv) el interés de otros titulares de redes y servicios en acceder en forma igual y no discriminatoria a otras redes y otros servicios. Adicionalmente, el referido autor manifiesta que la existencia de estos intereses produce un complejo entramado de relaciones entre los operadores por interconectar y de éstos, a su vez, con las autoridades competentes para dictar, en nuestro caso, mandatos de interconexión y asegurar así el funcionamiento armónico de todo el sistema.

Dada la complejidad de los intereses involucrados y la fineza con la que deben evaluarse los mismos con la finalidad de no distorsionar su adecuado equilibrio, la decisión administrativa que establece una relación de interconexión debe ser producto de un análisis exhaustivo por parte de un organismo especializado y preparado para enfrentar dicha problemática. En este orden de ideas, el propio sistema de interconexión ha recogido -como no podría ser de otra manera- las legítimas aspiraciones económicas de las empresas al realizar actividades económicas; por tanto, se encuentra excluido, de plano, que cualquier decisión administrativa produzca, directa o indirectamente, la salida de cualquier empresa del mercado o afecte la sana competencia de precios, calidad, y en general, mejores prestaciones empresariales que se desarrolle en el mercado de que se trate.

Sin perjuicio de lo anterior, es claro que si de la evaluación correspondiente se concluye que la ausencia de un acuerdo de interconexión afecta: (i) el normal desenvolvimiento del mercado de telecomunicaciones, (ii) el interés de los usuarios y (iii) el interés público contenido en la interconexión, el mandato de interconexión debe ser emitido en forma expeditiva y, ser de cumplimiento obligatorio e imperativo. Por tanto, toda empresa que explote o pretenda explotar servicios públicos de telecomunicaciones debe tener presente el interés fundamental involucrado en la interconexión; interés que ha determinado que en la normativa se imponga como condición esencial para el acceso al mercado, el respeto a las disposiciones sobre interconexión. El incumplimiento de esta normativa obstaculiza en forma directa el desarrollo de las telecomunicaciones; finalidad por la que el Estado les otorga la concesión para explotar servicios públicos de telecomunicaciones²⁴.

En tercer término, si bien no es facultad de los operadores de servicios públicos de telecomunica-

ciones negarse a la interconexión con otros operadores, quedan exceptuados de dicha obligación si es que no se concretan las condiciones técnicas necesarias para dicho efecto, entre otras causales específicamente detalladas en la normativa vigente.

Por último, existen interrogantes sobre el término de los mandatos. Por ejemplo, si dos empresas tienen una relación de interconexión impuesta por un mandato, y las partes ya no tienen interés en seguir con dicha relación en tanto ya han establecido otras relaciones de interconexión con terceras empresas (de modo tal que se logra mayor eficiencia y se accesa a un mayor número de usuarios), ¿cuál es el procedimiento a seguir? La normativa vigente no establece disposición alguna en este sentido, y sólo se indica que los contratos de interconexión y sus modificatorias son aprobadas por la entidad reguladora.

En nuestra opinión, y en el entendido de que el procedimiento para la emisión del mandato así como el procedimiento de impugnación ha culminado (deviniendo en cosa decidida), una o ambas empresas deberán obtener de la autoridad reguladora la decisión por la que se deja sin efecto el referido mandato. Lo anterior se sustenta en que el mandato es una expresión de la potestad regulatoria y sólo por dicha vía puede ser dejada sin efecto.

EL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES Y LA LIBRE COMPETENCIA

El mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones es un mercado que se rige por la libre competencia, pero al mismo tiempo, es un mercado regulado por las características propias que le son inherentes y más aún por tratarse de servicios públicos. Como se mencionó anteriormente, el organismo regulador tiene la potestad regulatoria, a través de la cual, adopta determinadas decisiones cuyo denominador común es la vigilancia del mercado *ex-ante*. Por otro lado, como organismo encargado de velar por la libre y leal competencia, debe aplicar la normativa sobre esta materia sancionando las conductas que atenten contra la libre y leal competencia, esto es, *ex-post*.

En tal sentido, en lo que se refiere a la interconexión, no se aplican las normas sobre libre y leal competencia, sino el marco regulatorio específico. Obviamente, si se suscita algún conflicto que no se

²⁴ La finalidad por la que el Estado otorga concesiones para explotar servicios públicos de telecomunicaciones no sólo se desprende del texto íntegro de los contratos de concesión, sino que, además, se menciona expresamente en la parte introductoria de todos los contratos de concesión.

encuentre previsto en dicho marco, las normas generales de libre y leal competencia son aplicadas. En este punto, es necesario destacar que, en nuestra opinión, aunque la tendencia a la desregulación es una política clara y definida, existen materias fundamentales como es el caso de la interconexión que, aunque haya una plena competencia (efectiva y sostenible) con ausencia de posiciones de dominio, siempre requerirá de medidas regulatorias.

Nos interesa en el presente acápite, desarrollar ciertos aspectos en los cuales se relaciona el marco regulatorio sobre interconexión y las normas generales de libre competencia. Evaluaremos dos escenarios que consideramos preponderantes en el tema bajo análisis.

El primer escenario se ubica en la esfera de las decisiones regulatorias que se adopten considerando si la empresa de telecomunicaciones es dominante o no. Si es dominante, se establecerá la denominada "regulación asimétrica"; regulación que impondría parámetros más estrictos a las empresas que gocen de posición de dominio. Para estos efectos, la definición de posición de dominio y los criterios utilizados en las normas generales de libre competencia coadyuvan a establecer la existencia o no de dicha posición dominante en el mercado de las telecomunicaciones.

En Estados Unidos, para los fines de la actividad regulatoria, la clasificación de un portador (conocidos como *carrier*) entre dominante o no dominante tiene importantes implicancias regulatorias, pues al dominante se le impondrán condiciones más estrictas que a los no dominantes (es decir, "regulación asimétrica"). Respecto a la determinación de la posición de dominio, la *Federal Communications Commission* -en cuanto a los *carriers* internacionales- basa su distinción en la noción de sustituibilidad de la oferta y demanda y elasticidad cruzada entre servicios. Para definir el mercado de producto, se reconocen como criterios dos factores: (i) la sustituibilidad de la demanda y (ii) la sustituibilidad de la oferta. El mercado geográfico es definido como la posibilidad de proveer servicios en un área y la posibilidad de lo consumidores de recibir dichos servi-

cios. El poder de mercado se define como el poder de controlar precios o de excluir a la competencia²⁵.

La Ley General de Telecomunicaciones de España -Ley 11/1998, del 24 de abril- establece que tendrán la consideración de operador dominante, en el ámbito municipal, autonómico, estatal o en otro ámbito territorial determinado, el operador u operadores de redes o servicios que hayan obtenido en dicho ámbito y en el año inmediatamente anterior, una cuota de mercado superior al veinticinco (25) por ciento de los ingresos brutos globales generados por la utilización de las redes o por la prestación de los servicios. No obstante lo anterior, se faculta a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones definir -por resolución motivada- que no se cuenta con posición dominante aunque se tenga dicha cuota de mercado atendiendo a otros factores, del mismo modo, podrá determinar la posición dominante si es que otros factores configuran la posición dominante aunque no se haya alcanzado dicha cuota de mercado.

En el Perú, la Ley de Telecomunicaciones no ha definido a la posición dominante en el sector, y se remite a la definición de posición de dominio que se encuentra contenida en el Decreto Legislativo 701, Ley de Libre Competencia. En el artículo 4 de dicha norma se establece que: "se entiende que una o varias empresas gozan de una posición de dominio en el mercado cuando pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores, debido a factores tales como la participación significativa de la empresa en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico o servicios involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como redes de distribución." La posición de dominio se determina: (i) con base en un "mercado relevante" de un producto o servicio, identificando a sus sustitutos cercanos, así como al área geográfica en que las condiciones de competencia son similares a los competidores de dicho producto o servicio y (ii) el grado de concentración del referido mercado²⁶.

²⁵ KENNEDY, Charles H. y PASTOR, M. Verónica. *An introduction to international telecommunications law*. Boston: Artech House Telecommunications Library, 1996. p. 104 - 105.

²⁶ Lo anterior expone de una manera sumamente reducida, los criterios que acertadamente ha desarrollado INDECOPI para la definición de posición de dominio, por lo que remitimos al lector a las respectivas Resoluciones publicadas por dicho organismo y que son de conocimiento general. Se recomienda además: BELLAMY, Christopher y CHILD, Graham. *Derecho de la competencia en el mercado común*. Madrid: Civitas, 1992. P. 505-556. Asimismo, VILA COSTA, Blanca. *El abuso de la posición dominante en la C.E.E.* Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1979.

No obstante, en un sector dinámico como el de las telecomunicaciones, influido de manera constante por el avance sostenido de la tecnología, con presencia de "instalaciones esenciales" para el acceso a la competencia y globalizado en una red integral de telecomunicaciones a nivel mundial, la determinación de posiciones de dominio es relativamente simple, aunque en algunos casos y de acuerdo a la normativa del sector, se prohíben determinadas prácticas aunque no se haya constituido, en estricto, una posición dominante²⁷.

Una temática sumamente interesante en el sector de las telecomunicaciones, así como en sector de energía o transportes, son las "instalaciones o facilidades esenciales" (*essential facilities*). De acuerdo a esta doctrina, la posición de dominio se establece con base en el dominio que se ejerce sobre cualquier recurso o activo (instalación esencial) que sea necesario para la competencia. La empresa dominante se encuentra obligada a compartir dicho recurso esencial con sus competidores, ofreciéndoles condiciones de igualdad y de no discriminación. Resulta ilustrativa, a efectos de entender esta doctrina, la decisión de la Comisión de las Comunidades Europeas en el asunto "Sealink" en la cual indicó que: "una empresa dominante que posee o controla y utiliza un recurso esencial, esto es, una instalación o infraestructura sin acceso a la cual sus competidores no pueden prestar servicios a sus propios clientes, y que niega a sus competidores acceso a dicha instalación o les permite acceder a aquélla en términos menos favorables que los que se aplica a sí misma, de manera que sitúa a sus competidores en una situación de desventaja competitiva, infringe el artículo 86 del Tratado."²⁸

En el ámbito de la interconexión, las instalaciones esenciales son definidas en el artículo 6 del Reglamento de Interconexión como: "toda parte de una red o servicio público de transporte de telecomuni-

caciones que (i) sea suministrada exclusivamente o de manera predominante por un solo proveedor o por un número limitado de proveedores y (ii) cuya sustitución con miras al suministro del servicio no sea factible en lo económico o en lo técnico."

Lo que caracteriza a las instalaciones esenciales en telecomunicaciones es el carácter desagregable de la red. Se entiende por desagregación el proceso que consiste en identificar o separar los componentes físicos o lógicos de una red, servicio o facilidad, en una serie de infraestructuras, componentes o funciones, de modo que puedan ser ofrecidos, tarifados y facturados individualmente, con el objeto de que el operador que solicita la interconexión pueda elegir la o las infraestructuras, funciones o componentes que requiere de la red del operador al que solicita la interconexión.

En los Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones se ha establecido que se considerarán instalaciones esenciales a efectos de la interconexión (i) la terminación de llamada que incluye la conmutación y señalización necesarias²⁹; (ii) el transporte, en cuanto al circuito de interconexión y equipos necesarios que enlazan las redes a ser interconectadas en la misma localidad³⁰; y (iii) servicios auxiliares tales como guía telefónica y la información necesaria para poder facturar, y otros servicios auxiliares que cumplan con la definición de instalación esencial.

De acuerdo a lo anterior, el sustento de la obligación de "compartir" la instalación esencial es la primacía del interés público sobre el interés privado. El interés público no puede permitir que no exista generación de mayor riqueza y bienestar de la sociedad en su conjunto porque unos pocos privilegian sus excesivas ganancias en desmedro de todos. En tal sentido, se impone la obligación de compartir lo que, precisamente, implica cualquier interconexión³¹.

²⁷ Obsérvese que la instalación esencial se define porque no puede ser sustituida en lo económico o en lo técnico. Podrían existir tres empresas que puedan proveer al operador que desea la interconexión la parte de red que le resulta necesaria, pero sólo una red tiene los requerimientos técnicos necesarios que hacen factible la interconexión (como por ejemplo, una determinada señalización). Es claro que esa empresa cuenta con posición dominante sobre la instalación esencial.

²⁸ Para un análisis más detallado, confróntese: PEÑALVER REMON, J. y BUITRAGO MONTORO, A. La posición del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre la liberalización de las telecomunicaciones. En: Derecho de las Telecomunicaciones. Coordinador: Javier Cremades. Madrid: La Ley-Actualidad, 1997. p. 855-857.

²⁹ De acuerdo a los Lineamientos, la terminación de llamada supone la posibilidad de completar las llamadas originadas desde y hacia la red del solicitante de la interconexión hacia y desde la red del operador al que se le solicita la interconexión en el área local donde ambos tengan infraestructura propia instalada.

³⁰ De acuerdo a los Lineamientos, el transporte consiste en el circuito de interconexión que enlaza las redes de distintos operadores concesionarios a ser interconectadas en la misma localidad y aplica también entre operadores locales con operadores de larga distancia en la misma localidad.

³¹ Si bien no se trata de empresas competidoras, llama la atención la posible aplicabilidad de la doctrina de los recursos esenciales cuando se trata de dos empresas (con líneas de negocio diferentes) pero que una de ellas goza de posición de dominio sobre un recurso esencial que requiere la otra empresa para poder competir.

Un segundo escenario se ubica en la configuración de prácticas abusivas. En efecto, las nuevas empresas que ingresen al mercado se encontrarán en una situación de dependencia con respecto al operador establecido pues necesitarán interconectarse con éste (con su red) para poder brindar sus servicios. Por ejemplo, las empresas que proyectan suministrar servicios de larga distancia internacional a los usuarios de telefonía fija deberán interconectarse con la empresa dominante que presta el servicio de telefonía fija para llegar a los usuarios de ésta y, en consecuencia, brindarles servicios. En el caso que la empresa de telefonía fija también preste servicios de larga distancia internacional (integración vertical), verá disminuido su tráfico (por su red de larga distancia) y sus ingresos. En otros términos, las nuevas empresas serán competidoras del operador establecido y éste no tendrá, por decir lo menos, disposición para ofrecer a los nuevos competidores acceso a sus redes o intentará negociar condiciones desfavorables o discriminatorias de manera tal que anule la competencia efectiva.

Sobre el particular, se ha sostenido que es la competencia la que incrementa significativamente las dificultades para lograr acuerdos de interconexión. Sin competencia, los operadores interconectados lograrán acuerdos porque se necesitan mutuamente para lograr que los usuarios de uno accedan a los usuarios del otro. Con competencia, los nuevos entrantes querrán interconectarse de manera tal que aprovecharán en su beneficio el tráfico que antes se cursaba por la red del operador establecido. Por ello, el operador establecido tratará de prevenirse ofreciendo condiciones que son incompatibles con una efectiva competencia³².

Es claro que la competencia es lucha. Precisamente, el objetivo de establecer un marco de competencia es que las empresas de telecomunicaciones compitan entre sí por atraer a los usuarios mediante el ofrecimiento de mejores prestaciones empresariales. Como en cualquier otra actividad económica, es previsible la existencia de distorsiones -no deseadas y nocivas para el sistema económico en general- como actos de competencia desleal, prácticas colusorias y prácticas abusivas.

Sin embargo, en el sistema de interconexión se encuentran involucrados principios que van más allá del sistema de protección general en materia de libre y leal competencia. Al respecto, resulta pertinente lo sostenido por David Lewin y Malcom

Kitchen en el sentido de que lo que se trata en la interconexión es transformar esta natural tendencia humana de competir en una fuerza para la cooperación³³. En otros términos, la naturaleza esencial de la interconexión hace que se establezca como: (i) responsabilidad primordial de las empresas (y condición esencial de las concesiones para la explotación de servicios públicos) respetar las reglas de interconexión más allá de sus propios intereses, sin que ello implique renuncia o afectación a sus derechos económicos; (ii) la intervención del regulador en cuanto a la aprobación de los contratos de interconexión (negociación supervisada) y los mandatos de interconexión; y, (iii) en caso de controversias entre empresas que ya gozan de una relación de interconexión, la solución de dichos conflictos a través del sistema de controversias a cargo del regulador.

De ello se desprende claramente que en interconexión las normas sobre libre y leal competencia se aplican supletoriamente, siendo las normas del sector de las telecomunicaciones las que se aplican en primer término; por tanto, se ingresa a un mecanismo de actuación directa del Estado con el objeto de impedir -oportunamente- que una eventual práctica abusiva afecte a los usuarios de servicios de telecomunicaciones. Por ejemplo, si una empresa que goza de una posición de dominio en el mercado de las telecomunicaciones niega -injustificadamente- la interconexión, se verá obligada a establecerla en cumplimiento del mandato de interconexión que emita OSIPTEL y, si incumple el referido mandato se encuentra sujeta a las sanciones correspondientes (que incluso puede ser la revocación de la concesión). El período de negociación de 60 días calendario para celebrar acuerdos de interconexión y la facultad del regulador para que, en defecto del acuerdo entre empresas, expida el mandato correspondiente, pretenden evitar que la dominante obtenga los beneficios que espera y cause perjuicios a los competidores, y por ende, a los usuarios.

Otra hipótesis consiste en que una empresa dominante establezca condiciones de interconexión discriminatorias entre una empresa y otra -injustificadamente- y ésta discriminación se encuentre contenida en los contratos de interconexión. En este caso, el regulador -que cuenta con un Registro de los Contratos de Interconexión- no podría aprobar dichos contratos; sin embargo, y a través de condiciones discriminatorias no escritas (lo más probable) es factible que se configure prácticas

³² LEWIN, David y KEE, Richard. *Interconnect. A global guide to effective telecommunications*. Londres: Ovum, 1997. p. 37-38.

³³ LEWIN, David y KITCHEN, Malcolm. *Interconnect: The key to effective competition*. Londres: Ovum, 1994. p. 5.

discriminatorias o, que surjan problemas en la calidad de servicio, entre otros, que configuren claramente una práctica abusiva³⁴

REFLEXIONES FINALES

1. En este documento, hemos pretendido efectuar una somera y breve exposición acerca de la interconexión y de su importancia como factor clave para la competencia en el sector de las telecomunicaciones. Nuestra intención es resaltar que la Interconexión es la piedra angular de la competencia, y sin actuación del Estado en esta materia, no se establecerá un mercado competitivo de telecomunicaciones.

2. Nos encontramos en un proceso de transición tan fundamental, como fue el proceso de privatización de 1994. En este proceso, se requiere, por un lado, la cooperación de las empresas -establecidas y entrantes- en varios aspectos tales como el cabal conocimiento de la misión encomendada a las entidades reguladoras; misión que no es ajena, ni podría serlo, a los legítimos intereses empresariales pues, de otro modo, se desnaturalizaría la promoción de la inver-

sión y la captación de mayores recursos. Por ende, la entrega de información relevante al regulador -obligación a cargo de las empresas tanto legal como contractualmente pactada- no tiene otro objetivo que posibilitar decisiones reguladoras que, precisamente, beneficien a todos los participantes del tráfico económico, a los consumidores, y al sistema económico en general. Deben ser las propias empresas las más interesadas y resueltas en cautelar la adecuada observancia de los principios fundamentales que involucra el sistema de interconexión y de las normas regulatorias en particular.

3. Las empresas deberían negociar con verdadera voluntad de concretar acuerdos. Ello parte de consideraciones de: (i) eficiencia económica y (ii) que potencialmente, son las empresas quienes se encuentran en mejor aptitud de llegar a acuerdos que impliquen un mejor uso de recursos y un mayor bienestar social. No debe perderse de vista que la ausencia de acuerdo entre las partes habilita al órgano regulador a intervenir directamente y establecer las reglas pertinentes para efecto de la interconexión.

³⁴ Sobre este punto, resulta pertinente lo sostenido por Miguel Angel López Lozano, en el sentido que "La apertura de los mercados a la competencia, obliga a compatibilizar la posición de los operadores tradicionales con el interés público que subyace en los servicios de telecomunicaciones, así como con el deseo de los nuevos operadores de conseguir una cuota de mercado. Estos tienen derecho a acceder a la red pública en condiciones de igualdad, sin sufrir abusos de posición dominante por parte de la operadora de la red pública. En consecuencia, un operador de red que goce de una posición dominante no podría impedir a otra parte la prestación de servicios rehusando la interconexión, y tampoco podría restringir la capacidad de elección de los usuarios de los servicios imponiéndoles cargas injustificadas. Debe permitirse el uso de los recursos del operador dominante en condiciones no discriminatorias, de acuerdo con las reglas de la competencia.". Cfr. La Liberalización de las Infraestructuras. En: Derecho de las Telecomunicaciones. Coordinador: Javier Cremades. Madrid: La Ley-Actualidad, 1997. p. 986.