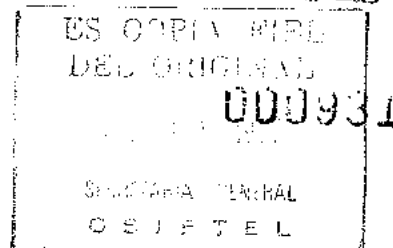


RESOLUCION N° 073 -97-PD/OSIPTEL

Lima, 13 de noviembre de 1997

Habiéndose realizado el Informe Oral el primero de octubre de 1997, se encuentra expedita la causa para resolver el recurso de apelación de fecha diez de julio de 1997 presentado por Telefónica del Perú S.A. contra la Resolución N° 019-97-CCOIII, emitida por el Cuerpo Colegiado Ordinario encargado de la Controversia iniciada por Tele 2000 S.A. y Empresa Difusora Radio Tele S.A. contra Telefónica del Perú S.A. sobre INTERPRETACION CONTRACTUAL Y OTORGAMIENTO DE ROAMING AUTOMÁTICO A NIVEL NACIONAL;

Resolución de Primera Instancia:

Mediante la Resolución apelada, el Cuerpo Colegiado Ordinario (en adelante el CCO) resolvió (i) declarar que la negativa de Telefónica del Perú S.A. (en adelante, TdP) de otorgar el Roaming Automático Nacional (en adelante, RAN) a TELE 2000 S.A. (en adelante, Tele 2000) constituye abuso de posición de dominio y violación al principio de neutralidad; (ii) declaró que TdP había incurrido en la infracción prevista en el Artículo 31° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones en la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones, e impuso una multa equivalente a cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias; (iii) declaró que la alegación de TdP en el sentido de que el CCO carecía de competencia para resolver la competencia era improcedente o, en todo caso, infundada; (iv) dispuso que TdP estableciera una relación jurídico-patrimonial con Tele 2000 que le permitiera a ésta el acceso y a sus usuarios al RAN y, fijó un plazo de treinta (30) días hábiles para establecer las condiciones técnicas, operativas y económicas conforme a las reglas que estableció en el Artículo 4° de la Resolución apelada; (v) encargó a la Gerencia General del OSIPTEL adoptar las medidas complementarias que aseguren el cumplimiento de la Resolución apelada; (vi) dispuso que los términos de la relación jurídico-patrimonial fueran puestos en conocimiento del OSIPTEL en un plazo determinado; y, (vii) ordenó la publicación de la Resolución en el diario oficial "EL Peruano";

Tanto de los fundamentos como de las decisiones que contiene la Resolución dictada en primera instancia, el CCO señala que no ha basado su decisión en la obligatoriedad de la interconexión, cuestión que consideran irrelevante, sino en la prohibición de realizar prácticas que afecten la libre y leal competencia. Ello debido a que consideran que la negativa a otorgar el roaming nacional es injustificada desde el punto de vista del artículo 5° del decreto legislativo 701, pues se persigue aprovechar su posición de dominio y coloca a Tele 2000 una situación de desventaja aprovechando una barrera de entrada.

Finalmente la resolución del CCO dispone que el establecimiento obligatorio del roaming podrá terminar si Tele 2000 obtiene la concesión de la banda B y esta entre en operación dentro del plazo que se prevea en el contrato, o si Tele 2000 celebra un contrato de roaming con la empresa que resulte adjudicataria de la banda B.

Fundamentos del recurso de apelación:

TdP fundamenta el recurso impugnatorio, sustancialmente, en las siguientes consideraciones:

1.- La decisión del CCO de establecer una Relación Jurídica Patrimonial constituye una violación al Artículo 62° de la Constitución Política del Perú, además, al no tratarse de un caso de interconexión no puede establecerse una relación jurídica obligatoria y, que cualquier restricción a la libertad contractual debe ser necesariamente impuesta por Ley.

YOLANDA L. SOJAGA
Secretaría General

13 NOV 1997

000932

2.- La "cobertura nacional" surge de decisiones estatales concretada por el otorgamiento de concesiones, siendo el Estado quien determina la mayor o menor cobertura asignada a los operadores. TdP sostiene que los derechos de los concesionarios a la explotación de los servicios se encuentran limitados al área establecida en sus respectivos contratos de concesión y, que en consecuencia, la movilidad geográfica a la que pueden acceder sus usuarios está igualmente limitada al área de servicio de su operador. Al tener Tele 2000 únicamente concesión para brindar el servicio de telefonía móvil en Lima y Callao, esta empresa no puede brindar el servicio fuera de dicha área, ni sus usuarios pueden acceder al servicio cuando se trasladan fuera del área de cobertura asignada a esa empresa.

3.- TdP no tiene posición de dominio sobre la cobertura ya que la misma es definida por el Artículo 4º del Decreto Legislativo N° 701, como la posibilidad de "...actuar de modo independiente con prescindencia de competidores, compradores, clientes o proveedores, debido a factores tales como (...) las características de oferta de los bienes o servicios...", y quien está en capacidad de actuar de modo independiente no es TdP sino el Estado ya que es el único que cuenta con poderes para determinar el ámbito geográfico de las concesiones.

4.- La negativa de TdP de brindar el RAN a Tele 2000 es justificada porque resulta contraria a sus intereses comerciales; ya que con el otorgamiento del RAN (i) sólo Tele 2000 y sus usuarios obtendrían beneficios --favoreciéndose con la ampliación de cobertura a nivel nacional--, en tanto que TdP y sus usuarios no percibirían ventaja alguna; (ii) TdP se vería obligada a invertir en su red de provincias a fin de atender a los usuarios de Tele 2000, ya que de no hacerlo se afectaría la calidad de la red perjudicando su servicio y, (iii) las inversiones que TdP realice para mejorar las capacidades de su red están determinadas exclusivamente en función del servicio que brinda a sus usuarios y no de los intereses de Tele 2000 o de los clientes de ésta.

TdP argumenta además que, de imponerse la obligación de otorgar el RAN a Tele 2000, se estará introduciendo un elemento distorsionador de la competencia, en la medida que con tal disposición se tendrían dos operadores con cobertura nacional, de los cuales sólo uno realizaría las inversiones requeridas y asumiría los costos.

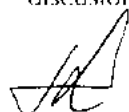
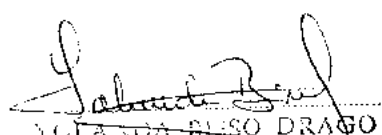
5.- La decisión del CCO implica una desvalorización inmediata sobre el valor de la Banda B en provincias con la consiguiente afectación de los intereses públicos y del Estado Peruano.

Absolución del Recurso de Apelación:

Habiéndose corrido traslado del Recurso de Apelación interpuesto por TdP, Tele 2000 formula las siguientes consideraciones:

1.- El Art. 61º de la Constitución Política del Perú establece que "El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas...". La importancia de esta disposición aplicada a las telecomunicaciones se encuentra recogida en el Reglamento del OSIPTEL al establecer que "Son de orden público las controversias en las que el interés de los usuarios o de otras empresas operadoras pueda ser afectado. Se considera que afecta el interés de los usuarios o de otras empresas operadoras, los casos de situaciones de monopolio, prácticas y acuerdos restrictivos causados por una posición dominante en el mercado, tal como éstos se encuentran definidos en el Decreto Legislativo N° 701." En virtud de estas normas y demás complementarias y conexas el OSIPTEL ha ejecutado su facultad correctiva ante una situación que se ha constatado que contraviene los principios de libre competencia. El bien jurídico protegido es la libre y leal competencia que debe regir la actuación de TdP.

2.- TdP cuenta con dos concesiones que no han sido materia de fusión (por ello existen tarifas diferenciadas fuera del área de cobertura de Lima). TdP no tiene un área de cobertura, sino dos distintas y necesariamente distinguibles, ya que si no fuera así, no existiría el Roaming que es materia de discusión.

YOLANDA RISO DRAGO

Fedataria
Secretaría General

ES COPIA FIEL
DEL ORIGINAL

13 NOV 1997

000933

En el presente caso existen dos operadores que tienen actualmente vigente el RAN, (i) el operador (concesionario) de Lima, y otro, (ii) el de provincias (resto del Perú). En esta operación comercial los dos operadores resultan siendo la misma empresa: TdP.

3.- TdP utiliza su posición de dominio para discriminar a uno de los dos concesionarios de Lima y Callao (Tele 2000), negándole injustificadamente el servicio, es decir, el tratamiento que el operador de provincias le da a uno de los competidores de Lima ocasiona una distorsión en las condiciones de competencia en ese mercado.

4.- No existe justificación para la negativa de otorgar el RAN. TdP recibirá mayores ingresos por el tráfico cursado. TdP es la única prestadora del servicio celular en provincias (en mérito a la concesión de la ex ENTEL PERÚ S.A.) y la única empresa que puede comercializar dicho servicio en dicha área. TdP quiere "valorizar" esa concesión no en sí misma, sino en la facultad de utilizar esa ventaja competitiva en Lima, lo que contraviene su obligación de ser neutral, configurándose una práctica abusiva.

5.- TdP no está luchando para que su red en provincias no sea utilizada por Tele 2000 (puesto que la utiliza actualmente mediante el roaming manual), sino para que su "exclusividad" del RAN en el mercado de Lima se mantenga.

6.- Los acuerdos de roaming no significan necesariamente una necesidad mutua de cobertura, puesto que lo relevante es que una empresa busca que sus abonados tengan cobertura en un área determinada, lo cual no tiene necesariamente que ser correspondido por una contraprestación similar. En el contrato de roaming la contraprestación que se da por la cobertura es el pago de una tarifa, no es una "contra-cobertura". TdP ejecuta en este momento un contrato de roaming manual, que en términos jurídicos significa exactamente el ejemplo de un contrato "sin contraprestación en cobertura".

II CUESTION CONTROVERTIDA

De acuerdo con las posiciones de las partes y el desarrollo del proceso, la cuestión controvertida consiste en determinar si TdP está obligada, en las actuales circunstancias del mercado, a otorgar a Tele 2000 roaming automático nacional (RAN), con la finalidad que los clientes de esta última empresa puedan utilizar la red que TdP tiene instalada fuera de Lima y Callao para gozar de cobertura nacional del servicio.

III ANALISIS DE LA CUESTION CONTROVERTIDA

A continuación hacemos el análisis de la cuestión controvertida.

1) ANTECEDENTES

DEFINICION TECNICA DE ROAMING

Para la solución de esta controversia es necesario definir el denominado Roaming, de manera que precisemos con claridad la actividad que es objeto de esta controversia.

Nuestra legislación no contempla una definición expresa de esta actividad, sin embargo tratándose de una práctica usual entre empresas prestadoras es perfectamente posible recurrir a la definición técnica de esta operación.

Mediante Informe N° 11-GT/95, obrante a fojas 00124 del expediente, la Gerencia Técnica del OSIPTEL, definió el Roaming como una facilidad que disponen los sistemas de telefonía móvil celular

YOLANDA BASSO DRAGO
Fiscalía
Secretaría General

13 NOV 1997 000934

que permite a los clientes de una empresa operadora efectuar o recibir llamadas telefónicas en su equipo terminal a través de la red de otra empresa operadora. En tal sentido, dicha Gerencia precisó que existen dos (2) modalidades de operación del Roaming: El Roaming manual y el Roaming automático.

El Roaming manual se definió como la modalidad por la cual el cliente comunica a la empresa operadora local que desea contar con esta facilidad en una determinada localidad por un tiempo requerido. Para tal fin, la empresa operadora envía a la empresa operadora foránea la siguiente información: 1) nombre del cliente, 2) localidad (si fuera necesario), 3) período de utilización del Roaming, 4) número electrónico de serie que coloca el fabricante en cada teléfono celular y 5) el número de identificación del cliente del servicio móvil celular que es asignado por la empresa operadora local. La empresa operadora foránea procede a incluir en su sistema de telefonía celular la información del cliente foráneo de la misma manera que incluiría a un nuevo cliente en su propio sistema.

El Roaming automático se definió, a diferencia del Roaming manual, por ser de carácter permanente. El cliente no requiere comunicar a la empresa operadora local la necesidad de utilizar esta facilidad. La información de todos los clientes que cuentan con esta facilidad se encuentra centralizada en un sistema de información a la cual accesan los sistemas de telefonía móvil celular de las diferentes empresas operadoras.

En términos prácticos, mediante el Roaming los clientes de la empresa A prestadora de servicios móviles, pueden utilizar efectivamente su respectivo equipo terminal fuera de su área de servicio, conectándose a la red de otra empresa, digamos la empresa B. Esta facilidad permite a los clientes de la empresa A llevar consigo y utilizar su teléfono celular en áreas y ciudades no cubiertas por la red de la empresa de la cual es cliente.

Para que esta operación sea posible es necesario que exista una relación entre las empresas prestadoras de servicios, empresas A y B, que haga posible el funcionamiento de esta facilidad.

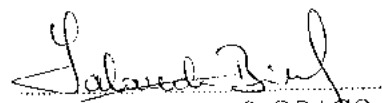
LA ESTRUCTURA DEL MERCADO

A la fecha de expedición de esta Resolución se encuentra en pleno desarrollo el proceso de otorgamiento de la concesión de la Banda B fuera de Lima y Callao. Consideramos relevante referirnos a la estructura del mercado de telefonía móvil celular en el Perú como elemento que nos permita comprender cabalmente el origen y naturaleza del problema.

En el Perú, desde 1971, el mercado de las telecomunicaciones estaba dividido entre dos empresas. La Compañía Peruana de Teléfonos (CPT) y EMPRESA NACIONAL de TELECOMUNICACIONES (ENTEL). CPT prestaba servicios de telefonía fija local en el área de Lima y Callao. ENTEL lo hacía fuera de Lima y Callao. Además ENTEL prestaba los servicios de larga distancia nacional e internacional.

Al aparecer la telefonía móvil celular se otorgaron diversas concesiones para su prestación: dos en Lima en las bandas A y B a Tele 2000 y CPT, y una fuera de Lima y Callao a ENTEL. Sin embargo se reservó la banda B, fuera de Lima y Callao, para ser otorgada en un futuro. De esta forma teníamos dos empresas compitiendo en el área de Lima y Callao, Tele 2000 y CPT, y una sola empresa, distinta de las otras dos, fuera de Lima y Callao. Cabe añadir que en ninguno de los casos se produjo un pago por concepto de otorgamiento de la concesión.

Por efecto del proceso de privatización del sector de telecomunicaciones, Telefónica Internacional S.A., en consorcio con dos empresas peruanas, adquirió el 35 % del capital accionario de CPT y ENTEL, posteriormente, al final de 1994, se produjo la fusión de estas dos empresas dando nacimiento a la actual Telefónica del Perú S.A.



YOLANDA BAZO DRAGO
Fidataria
Secretaría General

11 NOV 1997

000935

SECRETARIA GENERAL

Como resultado de todo lo anterior, al continuar la reserva de la banda B fuera de Lima y Callao, se produjo la coexistencia de dos empresas competidoras prestadoras de telefonía móvil celular, y tres concesiones. Dos en Lima y Callao pertenecientes a dos empresas distintas y una fuera de Lima y Callao perteneciente a TdP.

Esta situación no produjo hasta ese momento efectos importantes, pues el desarrollo de las redes de telefonía móvil fuera de Lima y Callao era incipiente. Sin embargo el rápido desarrollo de la red de telefonía móvil en la banda A realizado por TdP fuera de Lima y Callao cambió sustancialmente la situación. El fuerte desarrollo de la banda A, sumado a la reserva de la banda B, puso en evidencia la importancia del asunto del roaming, pues esta facilidad se convirtió en una posibilidad real. En función a esa nueva realidad, TdP inicia el sistema de RAN estableciéndose una diferencia importante frente al mercado entre los servicios prestados por las dos empresas competidoras en el mercado de Lima y Callao.

OBJETIVOS DE OSIPTEL

Para efectos de resolver esta controversia es pertinente tener en cuenta los objetivos de OSIPTEL expresamente previstos en los artículos 76° a 79° inclusive de la Ley de Telecomunicaciones y a los artículos 7° y 8° de la Ley N° 26285. Las normas legales citadas definen como objetivo de OSIPTEL promover el desarrollo, modernización y mejora de la calidad, de los servicios públicos de telecomunicaciones, mediante el crecimiento de la inversión privada en el sector, así como preservar una libre y leal competencia entre las empresas prestadoras de servicios públicos considerando los principios de no discriminación, equidad, y neutralidad. Para efectos de resolver esta controversia, aplicar e interpretar las normas consideramos necesario tener en cuenta estos objetivos.

2) ANALISIS JURIDICO DE LA CUESTION

Para efectos de analizar la cuestión controvertida es pertinente hacerlo desde una doble perspectiva. Asuntos relacionados con obligaciones y derechos de la de la legislación sectorial de telecomunicaciones y, asuntos relacionados con el derecho de la competencia y el mercado.

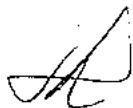
NORMAS DE LAS TELECOMUNICACIONES

El análisis de la controversia, desde la perspectiva del Derecho de las Telecomunicaciones peruano, requiere plantearse un conjunto de preguntas, muchas de ellas ya presentadas por las partes.

- (a) Es el roaming una modalidad de interconexión?
- (b) Existe una obligación expresa de otorgar el roaming a otra empresa prestadora de servicios móviles?
- (c) En todo caso, aplicando el principio de neutralidad, la negativa a establecer la facilidad del roaming, constituiría una contravención del artículo 71° de la Ley General y al 9° de su reglamento?
- (d) En cualquier caso, en qué medida puede OSIPTEL, por efecto de un proceso, establecer una relación obligatoria a una empresa prestadora de servicios?

Pasamos a referirnos a estas cuestiones.

(a) El CCO ha considerado innecesario referirse al asunto de la interconexión. Nosotros sin embargo consideramos necesario hacerlo por las siguientes razones. En primer lugar porque es un asunto que las partes han planteado expresamente en el curso de la controversia y por tanto no podemos soslayar.



YOLANDA BISSO DRAGO
Fodataria
Secretaría General

Segundo, porque conforme a la Ley de Telecomunicaciones la interconexión es obligatoria, y por tanto de resultar correcto el argumento sostenido por Tele 2000 la solución de esta controversia sería muy clara.

Conforme a la definición establecida en la sección Antecedentes de esta Resolución, el roaming no es asimilable al concepto de interconexión. No se produce en momento alguno la interconexión de redes ni de servicios prevista por la ley. Lo que ocurre es una integración temporal de un cliente a la red de una empresa con la que no tiene una relación contractual.

(b) La legislación peruana de telecomunicaciones, es decir la Ley de Telecomunicaciones, su reglamento, el reglamento de telefonía móvil, reglamentos expedidos por OSIPTEL, ni los contratos de concesión de telefonía móvil otorgados a las partes, contemplan de manera expresa la obligación de otorgar el roaming, sea éste manual o automático. En este sentido en nuestra legislación de telecomunicaciones no existe, a diferencia de lo que ocurre con la interconexión, una expresa obligación de otorgar la facilidad de roaming entre empresas.

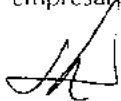
(c) Siendo que el roaming no es asimilable a la figura de la interconexión y que no está contemplado de manera expresa como una obligación por la legislación de telecomunicaciones, corresponde establecer si su obligatoriedad puede derivarse de las normas que regulan el principio de neutralidad y la leal competencia. Este asunto lo analizaremos conjuntamente al referirnos a las normas generales sobre competencia.

(d) Corresponde ahora definir, sin perjuicio del análisis a que se refiere el punto anterior, si es posible ordenar en la vía administrativa el establecimiento del RAN contra la voluntad de una de las partes. En relación a este tema TdP ha señalado que el establecimiento de una relación jurídica patrimonial obligatoria contradice el principio de libertad contractual y libertad de contratar que contempla el artículo 2º de la Constitución y desarrolla el artículo 1354º y conexos del Código Civil. Se sostiene que a través de una medida de este tipo se afecta una relación contractual libremente pactada.

Al respecto debemos señalar lo siguiente. Como el propio argumento de TdP señala, las libertades antes mencionadas se ejercen dentro del marco de las normas de orden público propias de cada actividad. Estas normas establecen los límites a estas libertades y establecen mecanismos específicos de sanción o corrección de determinadas conductas o prácticas. En este sentido existe la obligación general, de orden público, de actuar de acuerdo con las reglas que cautelan la libre competencia en general y los principios de neutralidad y no discriminación en particular. Esto debido a que en nuestro actual sistema legal la libre competencia constituye un valor que se considera básico para preservar el interés del conjunto de consumidores. En esta línea la intervención de un Organismo Regulador, en casos de contravención de esta obligación, no constituye una transgresión de las libertades de contratar y contractual, sino el efecto de una norma general de orden público, a la que están sujetos todos los actores de un determinado mercado y que sirve justamente para preservar su normal desenvolvimiento y el interés de los usuarios.

Además es importante destacar que OSIPTEL, en relación al asunto que es materia de esta controversia, tiene la expresa facultad de dictar medidas correctivas y mandatos de carácter particular. En lo que se refiere a medidas correctivas el artículo 69º de la Ley de Telecomunicaciones es claro al respecto. Esta norma establece, en relación a las prácticas restrictivas de la leal competencia, la facultad de adoptar medidas correctivas por parte de OSIPTEL de cumplimiento obligatorio por las empresas.

Es conveniente añadir que en el Derecho Comparado la intervención de Organismos Reguladores en operaciones que afectan las reglas de organización del mercado, disponiendo medidas correctivas e incluso impidiendo que determinados acuerdos libremente celebrados puedan ejecutarse, es considerado normal y no es percibida ni entendida como un recorte injustificado de las libertades empresariales ni de contratación.


GABRIELA BASSO DRAGO
Fadataria
Secretaría General

Cabe señalar finalmente que existen en el Perú antecedentes concretos de intervención administrativa en casos de negativa a celebrar contratos, siendo relevante referirnos al caso "Industrial Comercial Holguín" S.A contra ENACO resuelto por el Tribunal de INDECOPI, que ordenó a la demandada, que tenía una posición de dominio en el mercado de la hoja de coca, que vendiera obligatoriamente a la empresa denunciante el mencionado producto.

De acuerdo a todo lo expuesto OSIPTEL considera que, en los casos en que se presente una contravención de las normas de orden público que obligan a las empresas a conducirse de acuerdo las reglas que regulan la leal competencia y el principio de neutralidad, sea que tengan su origen en una determinada posición de dominio o en concertaciones indebidas entre empresas, sí puede establecer medidas correctivas, las que pueden consistir en el establecimiento de una relación obligatoria que corrija la situación existente.

NORMAS DE COMPETENCIA

Desde el punto de vista del Derecho de la Competencia la legislación de telecomunicaciones contiene un conjunto de normas específicas referidas a la libre competencia y la competencia desleal que coexisten con las normas generales sobre esas materias. Frente a esta realidad legal consideramos que, para analizar el asunto de la competencia en casos de telecomunicaciones, son aplicables en primer lugar las normas específicas contenidas en el marco regulatorio sectorial. Sin perjuicio de ello, supletoriamente, para cubrir problemas no previstos expresamente en el marco regulatorio de telecomunicaciones o para encontrar principios y métodos de interpretación, es pertinente recurrir a las normas generales.

Para efectos de analizar la materia controvertida desde la perspectiva del Derecho de la Competencia creemos necesario tratar los siguientes puntos:

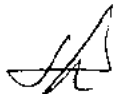
- (a) Definir el Mercado Relevante
- (b) Comprobar la existencia de una posición de dominio
- (c) Establecer si la existencia de la negativa a contratar, afecta el principio de neutralidad y genera una desventaja real para la prestación de los servicios que ofrece Tele 2000
- (d) Definir si existen razones que puedan justificar la negativa
- (e) Plantear si, al forzar a la empresa a contratar, se ven reducidos los incentivos para la inversión en contradicción con los intereses de los consumidores

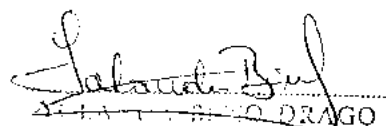
(a) EL MERCADO RELEVANTE: Para efectos de esta controversia, tal como lo ha señalado el CCO, el mercado relevante es el mercado de telefonía móvil de Lima y Callao. En este punto comparte la posición del CCO y no considera necesario extenderse sobre el asunto.

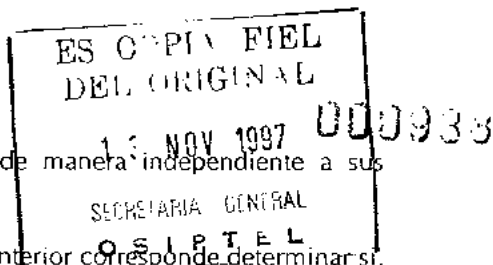
(b) POSICION DE DOMINIO: De acuerdo a lo señalado por la resolución del CCO existe posición de dominio en el mercado relevante por parte de TdP, debido a que ésta es la única que cuenta con el RAN que le permite ofertar, en el mercado de Lima, cobertura nacional del servicio, que es un recurso esencial para competir en el mercado relevante en tanto permite a los usuarios gozar de una mayor movilidad.

La definición legal sobre posición de dominio está prevista por el artículo 4º del Decreto Legislativo 701. En este sentido existe posición de dominio cuando la empresa puede actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes, o proveedores debido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de bienes y servicios, el desarrollo tecnológico de los bienes y servicios involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como redes de distribución.

De acuerdo a esta definición existiría posición de dominio cuando la empresa está en condiciones de




SEBASTIÁN BUITRAGO
Firma de
Secretaría General



impedir o restringir la competencia de forma que pueda actuar de manera independiente a sus competidores.

Posición de Dominio en el Mercado Relevante: De acuerdo con lo anterior corresponde determinar si, en el mercado relevante antes definido, TdP puede efectivamente actuar de modo independiente, con prescindencia de sus competidores, debido a los factores previstos por la norma antes transcrita, en particular si puede hacerlo por efecto de la cobertura nacional automática. Es decir, si el hecho de tener que recurrir los clientes de Tele 2000 al roaming manual, en lugar del automático, es un elemento que otorga a TdP una posición de dominio en el mercado relevante, tal como lo define la ley.

Pasamos al análisis del punto.

De acuerdo con datos al 31 de agosto de 1997, en el mercado relevante, de acuerdo con estimados difundidos por las propias empresas, existen 290,200 teléfonos celulares, de los cuales el 31% son clientes de Tele 2000 y el 69% lo son de TdP. Numerosas ofertas han sido presentadas al mercado por las dos empresas competidoras, basándose en características diversas que cada empresa incorpora a su oferta de servicio. Resulta ilustrativo hacer un seguimiento de las diferentes campañas y ofertas de las dos empresas. Este seguimiento permite comprobar como cada empresa ha venido reaccionando frente a las ofertas y anuncios de la otra, intentando mejorarlas. La realidad del mercado nos muestra que lejos de prescindir del competidor ambas compañías actúan en función a las ofertas que cada una presenta al mercado.

De lo señalado hasta aquí podemos comprobar que la cobertura nacional automática, aunque es una ventaja relevante, no parece ser por sí misma, un elemento de la oferta de TdP que le permita actuar con independencia de sus competidores, existiendo otra serie de elementos relevantes tales como el servicio personal, el precio, los planes tarifarios, la red de comercialización, los servicios complementarios, las facilidades de roaming internacional, que influyen en la decisión del cliente al momento de elegir. En este sentido, de acuerdo con la definición legal de posición de dominio prevista por la ley, no es objetivamente posible sostener que existe posición de dominio de TdP en el mercado relevante, y en cualquier caso esto no ha sido probado.

Posición de Dominio fuera de Lima y Callao: Sin perjuicio de lo anterior sí resulta claro que TdP tiene una efectiva posición de dominio en el mercado de telefonía móvil fuera de Lima y Callao, situación que la coloca en la posición de ser la única empresa en condiciones de otorgar el RAN en esta área del país.

(c) **PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD:** Hemos establecido que no existe evidencia que permita sostener la existencia de posición de dominio por parte de TdP, en el mercado relevante, es decir el de telefonía móvil de Lima y Callao. Sin embargo debemos analizar si la existencia de una posición de dominio de TdP en el área fuera de Lima y Callao, en la que tiene el 100% del mercado, produce efectos incompatibles con el principio de neutralidad y derecho de la competencia.

(i) Corresponde aquí considerar la definición del principio de neutralidad. El artículo 9º del reglamento de la Ley de telecomunicaciones dice: Por el principio de neutralidad, el concesionario de un servicio de telecomunicaciones que es soporte de otros servicios de telecomunicaciones, o que tiene una *posición dominante en el mercado*, está obligado a no utilizar tales situaciones para prestar simultáneamente otros servicios de telecomunicaciones en condiciones de mayor ventaja y en detrimento de sus competidores, mediante prácticas restrictivas de la libre y leal competencia, tales como limitar el acceso a la interconexión o afectar la calidad del servicio.

De acuerdo con la definición del principio de neutralidad existen varios elementos que configuran un acto o conducta que lo afecte:

YOLANDA BISSO DRAGO
Fедataria
Secretaría General

- Que tenga una posición de dominio en un mercado determinado.
- Que preste simultáneamente otros servicios
- Que utilice su posición de dominio para generar ventajas ~~para otros servicios~~ que también presta
- Que esta ventaja se derive de la posición de dominio
- Que se utilice en detrimento de sus competidores es decir que no sea justificable
- Que mediante esta práctica se distorsione se afecte un elemento importante para la competencia.

(ii) Para efectos de aplicar el principio de neutralidad sería necesario determinar primero si es posible diferenciar a TdP como concesionaria de Lima y Callao, de TdP concesionaria fuera de Lima y Callao.

De acuerdo con la organización del mercado de telefonía móvil celular las áreas de concesión en las que se ha dividido el Perú son dos: Lima y Callao por un lado y fuera de Lima y Callao por el otro. En cada caso se trata de áreas claramente diferenciadas y concesiones también diferentes, con obligaciones, metas y derechos distintos y separables. El hecho que por efecto de la fusión entre ENTEL y CPTSA un mismo titular, es decir TdP, sea concesionario en las dos áreas no elimina la diferencia de concesiones, las que no se han fusionado. En otras palabras, no se ha reemplazado los dos contratos de concesión de telefonía móvil por uno solo de nivel nacional, sino que se ha mantenido la distinción de áreas y concesiones diferenciadas.

Cabe señalar que, de acuerdo al texto del artículo 9º del reglamento, el principio de neutralidad prevé justamente la situación de una empresa que presta más de un servicio, es decir que es titular de más de una concesión simultáneamente, y utiliza una, en la que tenga posición de dominio, para crear una ventaja en la otra en la que compite con terceros. Desde esta perspectiva no solo es posible distinguir las concesiones de una misma empresa, sino que esta distinción es necesaria de acuerdo a la definición antes reproducida.

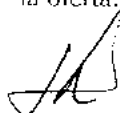
A mayor abundamiento el DS 018-97-MTC define con claridad las áreas concesionables.

En consecuencia, para efectos de esta controversia, resulta correcto distinguir las dos concesiones, y resulta por tanto correcto distinguir entre TdP concesionaria del área de Lima y Callao y TdP concesionaria fuera de Lima y Callao.

(iii) Siendo distinguibles las concesiones de TdP, conforme a lo explicado más arriba, debemos establecer si la negativa de TdP de otorgar el RAN a Tele 2000 es contrario al principio de neutralidad por generar una ventaja derivada de una posición de dominio en un mercado en detrimento de su competidor afectando la competencia.

Para aplicar el principio de neutralidad no resulta necesario que la posición de dominio, de la que se deriva la ventaja, se presente en el mercado definido como relevante. Lo importante es determinar si por efecto de la posición de dominio, derivada de la concesión de un determinado servicio, la empresa genera ventajas en otro mercado en detrimento de sus competidores afectando la competencia. En otras palabras si la posición de dominio fuera del mercado relevante le permite trasladar al mercado relevante ventajas a las que sus competidores no tienen forma de acceder.

En el caso concreto TdP, como concesionaria del servicio fuera de Lima y Callao, otorga a TdP, concesionaria de Lima y Callao, el RAN, mientras que a Tele 2000 le otorga el roaming manual. Esta diferencia en la oferta de servicios no puede ser contestada por Tele 2000 puesto que TdP es la única que está en condiciones de otorgarla, constituyendo una ventaja importante derivada de una posición de dominio. La relevancia de la ventaja puede ser comprobada al revisar las campañas publicitarias de TdP dirigidas al mercado de Lima y Callao en las que el RAN constituye uno de los puntos centrales de la oferta.



YOLANDA BASSO DRAGO
Fедstaria
Secretaría General

13 NOV 1997

000040

(d) TdP sostiene que la situación de dominio fuera de Lima y Callao no es atribuible a ella sino más bien al Estado mismo, que ha mantenido la reserva de la banda B fuera de Lima y Callao, generando una situación de inevitable ventaja, que no existiría si la banda hubiera sido ya otorgada. También señala TdP que la ventaja se deriva de la inversión efectivamente realizada por ella fuera de Lima y Callao siendo por ello una ventaja legítima basada en su propia actuación, en sus propios méritos.

Finalmente ha señalado reiteradamente TdP que no es posible obligarla a celebrar un acuerdo que atenta contra sus legítimos intereses comerciales, pues este acuerdo la obligaría, entre otras cosas, a invertir en un sobredimensionamiento de la red perjudicándose indebidamente, y perjudicando a sus clientes quienes deberán sufrir los efectos en la calidad del servicio.

De todo lo analizado hasta aquí podemos establecer que, si bien es cierto la causa de la posición de dominio no es atribuible a TdP, y que la ventaja existe debido al desarrollo de un programa agresivo de inversiones en las provincias del Perú, realizado por TdP, sin el cual no podría existir el RAN, también es que objetivamente cierto que existe una efectiva posición de dominio fuera de Lima y Callao y que son distinguibles las dos concesiones y los dos servicios para efectos de aplicar el principio de neutralidad.

(e) Es necesario señalar como criterio de OSIPTEL, que la afectación del principio de neutralidad supone siempre la existencia de una situación anormal de afectación del mercado, sea una posición de dominio de la que efectivamente se deriva una ventaja, o una situación de concertación o actuación paralela o mediante la cual dos o más empresas restringen la actuación normal de otra obteniendo ventajas en detrimento de una tercera. En estos casos, cuando la posición de dominio o la actuación concertada producen ventajas, que de otra forma no ocurrirían, se afecta el principio de neutralidad previsto por la Ley de Telecomunicaciones.

(f) En base a lo señalado anteriormente llegamos a la conclusión que existe, al margen de la intencionalidad de TdP, una situación objetiva de afectación del principio de neutralidad que tiene su origen en una posición de dominio.

3) CONCLUSIONES

De acuerdo con lo expuesto OSIPTEL considera que se vulnera el principio de neutralidad cuando una empresa que tenga una posición de dominio en el mercado genera ventajas relevantes en la prestación de otros servicios. Considera que en el caso materia de esta controversia se produce esta situación y por tanto resulta procedente corregirla. Considera también que los términos del establecimiento del RAN deben ser equitativos y considerar una adecuada compensación a la empresa que lo provee, es decir TdP, cuidando que ello no suponga una sanción que castigue el proceso de inversiones realizado en las provincias del Perú.

En consecuencia concluye:

- A) Que la negativa a establecer el RAN constituye una conducta que contraviene el principio de neutralidad y que afecta la competencia entre TdP y Tele 2000 en el mercado definido como relevante correspondiendo, por tanto, establecer una medida correctiva que restituya la neutralidad afectada.
- B) Que la medida correctiva tiene sentido en tanto subsista la posición de dominio de la que proviene la ventaja, es decir en tanto sea posible sostener que TdP actúa independientemente de sus competidores en el mercado fuera de Lima y Callao.
- C) Que la medida correctiva debe promover una justa contraprestación por el establecimiento del RAN que compense razonablemente los costos y no constituya una fórmula que desincentive la inversión perjudicando indirectamente a los usuarios del servicio.

Que no siendo atribuible la posición de dominio de TdP fuera de Lima y Callao a su propia

YOLANDA BISSO DRAGO
Fedataria
Secretaría General



actuación, sino que se deriva de un proceso de política de otorgamiento de concesiones, no resulta consistente considerar la existencia de una infracción sancionable.

- E) Esta Instancia considera que, aún cuando el roaming no es asimilable a una operación de interconexión, OSIPTEL sí resulta claramente competente para conocer y resolver la controversia presentada por tratarse de un caso de derecho de la competencia en el mercado de las telecomunicaciones peruano expresamente previsto por las normas que regulan la competencia de OSIPTEL. En relación a este asunto comparte los argumentos contenidos por la resolución del CCO y no considera necesario extenderse en el asunto.

En ejercicio de las facultades que la Ley de Telecomunicaciones, la Ley N° 26285 y el Reglamento de OSIPTEL confieren al Presidente del Consejo Directivo del OSIPTEL;

SE RESUELVE:

Disposición Primera.- Confirmar en parte la Resolución No. 019-97-CCOIII dictada por el Cuerpo Colegiado Ordinario en la demanda planteada por Tele 2000 S.A. y Difusora Radio Tele S.A. contra Telefónica del Perú S.A., sobre interpretación y ejecución contractual del roaming y, reformándola en la parte pertinente, disponer que:

1. TdP establezca el RAN en favor de los clientes de Tele 2000, con sujeción al procedimiento, condiciones, plazos y términos que a continuación se estipulan.
2. Para efectos del cumplimiento de lo dispuesto en el numeral anterior, las partes cumplirán lo siguiente:
 - a. TdP y Tele 2000 iniciarán un proceso de negociación, con la intervención de un observador en las reuniones de las partes, designado por la Presidencia del OSIPTEL, sobre los términos comerciales, económicos, técnicos y operativos necesarios para el establecimiento del RAN. El plazo para concluir esta negociación es de siete (7) días hábiles contados a partir del día siguiente de la notificación a las partes de esta resolución.
 - b. La contraprestación económica por la utilización de la Red de TdP por los clientes de Tele 2000, será determinada considerando los siguientes conceptos:
 - (i) Una compensación que retribuya la amplitud de la cobertura del RAN que las partes acuerden.
 - (ii) Los costos de instalación del RAN.
 - (iii) La tarifas por tráfico.
 - (iv) La compensación por las inversiones adicionales que TdP deba hacer, necesariamente, para atender el mayor tráfico generado por los clientes de tele 2000.
 - c. Transcurrido el plazo señalado en el acápite a), si las partes no hubiesen convenido todos los términos y condiciones necesarios para el establecimiento del RAN, se dará por terminada la negociación. En tal caso, OSIPTEL emitirá, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes y sobre la base de los argumentos y puntos de vista presentados en dicha etapa, un mandato de obligatorio cumplimiento para las partes, en el que se fije los términos y condiciones para el establecimiento del RAN.
3. El plazo de instalación efectiva del RAN será de dos meses contado desde la fecha del acuerdo adoptado por las partes.
4. Salvo pacto en contrario, el acuerdo que resulte de las negociaciones tendrá la duración mínima de un año contado desde el día siguiente al otorgamiento de la concesión de la Banda B fuera de Lima y Callao a un operador de telefonía móvil.

YOLANDA BISSO DRAGO
 Fedataria
 Secretaría General

ES COPIA FIEL
DEL ORIGINAL

13 NOV 1997 000942

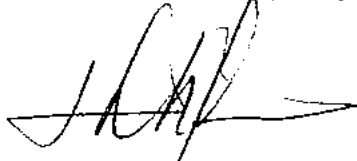
Disposición Segunda.- Confirmar lo dispuesto en el Artículo Tercero de la Resolución apelada, y revocar lo demás que ella contiene.

Disposición Tercera.- Invocar a las partes para que se abstengan de formular apreciaciones o comentarios públicos relacionados con la presente Resolución, hasta que estén definidos los acuerdos que requiera el cumplimiento de la Disposición Primera.

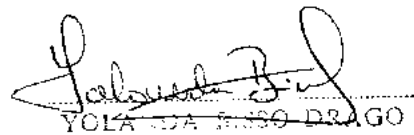
Disposición Cuarta.- Comunicar esta Resolución al Gerente General de OSIPTEL para que, si lo estima apropiado, proponga al Consejo Directivo las medidas que se estime convenientes.

Disposición Quinta.- La presente Resolución pone término a la vía administrativa en este procedimiento, devolviéndose los actuados a la Secretaría Técnica de la presente controversia.

Regístrese, comuníquese y publíquese.



JORGE KUNIGAMI KUNIGAMI
Presidente del Consejo Directivo
del OSIPTEL



YOLA DA ROSA DRAGO

Feuataria
Secretaría General