

Gerencia de Relaciones Empresariales

Controversia entre Tele Cable Siglo 21 S.A.A. y BellSouth Perú S.A. (Exp. 009-2002) Informe Instructivo

Informe 004-2003/GRE

Lima, 21 de abril de 2003.



INTRODUCCIÓN:

La Secretaría Técnica del Cuerpo Colegiado encargado de resolver la controversia seguida por Tele Cable Siglo 21 S.A.A. (TELECABLE) contra BellSouth Perú S.A. (BELLSOUTH) (Expediente N° 009-2002), emite el presente informe en su calidad de órgano instructor.

El presente informe desarrolla la investigación y el análisis llevado a cabo por la Secretaría Técnica sobre aquellos aspectos del procedimiento señalado que pudieran llevar a la aplicación de sanciones, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 27°, inciso b), de la Ley N° 27336.

I. EMPRESAS INVOLUCRADAS:

1. Demandante:

TELECABLE es una empresa privada constituida en el Perú con concesión para prestar los servicios de distribución de radiodifusión por cable (Televisión por Cable) otorgada mediante las Resoluciones Ministeriales N° 0025-82-TC/TEL del 22 de noviembre de 1982 y N° 232-2000-MTC/15.03 del 17 de mayo de 2000; así como de telefonía fija local en las modalidades de abonados y teléfonos públicos en el área de Lima y Callao, otorgada por Resolución Ministerial N° 192-2001-MTC/15.03 del 10 de mayo de 2001.

2. Demandada:

BELLSOUTH (antes Tele 2000 S.A.) es una empresa privada constituida en el Perú que cuenta con concesión para prestar el servicio de telefonía móvil en todo el territorio nacional. Mediante Resolución N° 440-91-TC/15.17, Tele 2000 S.A. obtiene la concesión para prestar el servicio de telefonía móvil en Lima y Callao. Posteriormente, mediante Resolución N° 250-98-MTC/15.03 obtiene la concesión para prestar el servicio de telefonía móvil en provincias, a través de la banda B.

II. ANTECEDENTES:

1. El 26 de marzo de 1999, TELECABLE suscribió con BELLSOUTH un Contrato de Prestación de Servicios de Transporte de Señales de Audio y Video por Fibra Óptica (el Contrato de Transporte de Señales).
2. El 28 de setiembre de 2002, BELLSOUTH cortó definitivamente el servicio prestado a TELECABLE. De acuerdo con BELLSOUTH este corte se habría debido a la resolución del contrato, por parte de TELECABLE y por parte de BELLSOUTH, siendo la causa de la resolución por parte de esta última, la falta de pago reiterada de TELECABLE.

III. PETITORIO DE LA DEMANDA:

Mediante escrito de fecha 29 de agosto de 2002, aclarado mediante escrito de fecha 13 de setiembre del mismo año¹, TELECABLE demanda a BELLSOUTH ante OSIPTEL y, solicita lo siguiente:

1. Calificar la conducta de BELLSOUTH como contraria a los principios de no discriminación y neutralidad, recogidos en los artículos 8° y 9° del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 006-94-TCC, (Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones).
2. Aplicar la máxima sanción contenida en el Reglamento General de Infracciones y Sanciones de OSIPTEL, aprobado por Resolución N° 002-99-CD/OSIPTEL.²
3. Disponer que BELLSOUTH contrate con TELECABLE a efectos de que le otorgue la bidireccionalidad y de esta manera permitir que dicha empresa pueda prestar los servicios de telefonía fija, pública e internet.

IV. POSICIONES DE LAS PARTES:

1. Posición de TELECABLE:

TELECABLE fundamenta su demanda principalmente en los siguientes argumentos:

- a. BELLSOUTH ha llevado a cabo una serie de acciones destinadas a impedir la libre competencia entre TELECABLE y CABLEMÁGICO (Telefónica Multimedia S.A.C.), al negarle en la práctica la bidireccionalidad del servicio en sus redes de fibra óptica. Dicha demora de casi dos años constituye una práctica que ha afectado el principio de no discriminación recogido en el mismo reglamento. Asimismo, al desarrollar estas maniobras ha atentado también contra el principio de neutralidad recogido en el Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, al proteger claramente a CABLEMÁGICO de una competencia como la de TELECABLE.
- b. El objeto del Contrato de Transporte de Señales era el transporte de señales de audio y video en un sólo sentido, en la medida que a dicha fecha TELECABLE sólo contaba con la concesión para prestar el servicio público de Televisión por Cable.

¹ Presentado en respuesta al requerimiento del Cuerpo Colegiado a través de la Resolución N° 001-2002-CCO/OSIPTEL de fecha 6 de setiembre de 2002

² Modificado por Resolución N° 048-2001-CD/OSIPTEL.

- c. Con posterioridad a la celebración del Contrato de Transporte de Señales, obtuvo la concesión del servicio de telefonía fija local en la modalidad de abonados, teléfonos públicos e internet. De acuerdo a una comunicación remitida por TELECABLE a BELLSOUTH conforme a la resolución que aprobó su contrato de concesión de telefonía fija, TELECABLE debía usar la red de fibra óptica y cable coaxial que actualmente opera como red de transmisión y acceso para brindar el servicio de telefonía a los usuarios.
- d. Desde noviembre de 2000 ha solicitado a BELLSOUTH la bidireccionalidad, sin haber llegado hasta el momento a una solución, toda vez que amparados en la protección de su casa matriz y empresas vinculadas, BELLSOUTH introdujo en las negociaciones que se venían llevando a cabo en el ámbito internacional relativos a otros asuntos absolutamente ajenos al campo local, el tema de la bidireccionalidad.
- e. BELLSOUTH habría dilatado el otorgamiento de la bidireccionalidad a TELECABLE, al mismo tiempo que anunciaba el inicio de sus operaciones como prestador del servicio de telefonía fija en Lima, lo cual supondría una contravención a las normas sobre libre competencia.
- f. Las negociaciones entre ambas empresas han sido llevadas por BELLSOUTH con intención dolosa, puesto que por un lado habían optado por cortar el servicio que por fibra óptica prestaba a TELECABLE en forma unidireccional y, paralelamente, se negaba a suscribir un acuerdo sobre bidireccionalidad, pretendiendo incluir en él temas en los cuales TELECABLE no tenía ninguna participación. Ello a pesar de que Bellsouth Corporation ha aceptado que BELLSOUTH le conceda la bidireccionalidad, fijando incluso la contraprestación, conforme constaba en la carta remitida a TELECABLE por BELLSOUTH Corporation el 12 de julio de 2002.
- g. La propuesta formulada por parte de Bellsouth Corporation con fecha 12 de julio de 2002, también incluyó una solución al problema de los pagos pendientes derivados del Contrato de Transporte de Señales, por lo que lo único que hacía falta era la negociación del contrato respecto de los aspectos técnicos de la bidireccionalidad. Adicionalmente, existía un acuerdo en el ámbito internacional para que TELECABLE no pagara por el servicio brindado a través del contrato en tanto no se concluyeran las negociaciones finales que venían desarrollándose en los Estados Unidos de América. Finalmente, y a efectos de demostrar la intención de pago, TELECABLE remitió a OSIPTEL el 28 de agosto de 2002 copia del cheque a la orden de BELLSOUTH, por el importe reclamado por dicha empresa.

- h. La conducta maliciosa y premeditada de BELLSOUTH tendente a no suscribir un nuevo contrato sobre la bidireccionalidad, no sólo ha ocasionado graves perjuicios económicos, sino que el corte del servicio que realizara ha afectado gravemente la prestación del servicio TELECABLE a sus usuarios.

2. Posición de BELLSOUTH:

Mediante escrito de fecha 9 de octubre de 2002, BELLSOUTH negó y contradijo la demanda en todos sus extremos en virtud de los siguientes argumentos:

- a. En la medida que la situación de morosidad de TELECABLE nunca se resolvió, la negativa de BELLSOUTH de atender el pedido en tanto no se solucionase los problemas también se mantenía.
- b. A pesar de la justificada negativa de BELLSOUTH de proveer sus servicios a un mal cliente como fue la demandante, se le ofreció siempre la posibilidad de llegar a un acuerdo si es que solucionaba los problemas de pago pendientes y, es en ese sentido en el que deben entenderse las diversas referencias que se hacen en las comunicaciones sobre las negociaciones llevadas a cabo entre los abogados de la demandante y BELLSOUTH, y no como la intención de BELLSOUTH de dilatar las negociaciones.
- c. No es cierta la afirmación contenida en la demanda referida a que los problemas de pago entre las empresas habían quedado definidos a partir de la comunicación del día 12 de julio de 2002, puesto que dicha carta constituye únicamente un ofrecimiento por parte de Bellsouth Corporation para dar solución a diversos problemas entre las empresas y no constituye en modo alguno un acuerdo.
- d. La propia TELECABLE fue quien decidió resolver el contrato el día 3 de enero de 2002, ratificándose en su decisión mediante carta de fecha 28 de junio de 2002, aunque después se retractó mediante argumentos carentes de validez, referidos a la falta de poderes del Gerente General de TELECABLE.
- e. BELLSOUTH optó por enviar ella misma la comunicación a que se refiere la cláusula 13.3 del Contrato de Transporte de Señales, intimando a TELECABLE a cumplir con los pagos pendientes en el plazo de treinta (30) días y señalándole que en caso contrario procedería a la resolución de dicho contrato.
- f. No habiendo cumplido TELECABLE con el pago de suma alguna, vencido el plazo de la intimación, el Contrato de Transporte de Señales se resolvió de pleno derecho. Tan legítimo fue dicho acto que la propia Presidencia del OSIPTEL lo ha reconocido el negarse a

amparar la solicitud efectuada por TELECABLE en el sentido que en vía cautelar se ordenase a BELLSOUTH no proceder al corte.

- g. El derecho de cualquier empresa a negarse a satisfacer las solicitudes de prestación de servicios a usuarios o clientes que tengan deudas pendientes y que no sean materia de reclamo se encuentra previsto en numerosas normas legales y se desprende de la propia naturaleza de los servicios públicos de telecomunicaciones, los cuales han sido definidos por el artículo 40° del Texto Único de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 013-93-TCC (la Ley de Telecomunicaciones) como aquellos servicios que son prestados *"a cambio del pago de una contraprestación"*.
- h. La negativa a contratar de BELLSOUTH no infringe ninguna norma. Los únicos casos de existencia de una obligación legal que podrían analizarse para determinar si en el caso se ha incurrido en alguno de ellos son los previstos en el Decreto Legislativo N° 701 cuando sanciona como conducta anticompetitiva la negativa injustificada a contratar por parte de empresas que ostenten posición de dominio, así como las normas del sector de telecomunicaciones que establecen la obligación de celebrar contratos de interconexión a todos los operadores que reciban solicitudes en este sentido.
- i. En este caso se descarta la posibilidad de una infracción al Decreto Legislativo N° 701 no sólo por el hecho de que BELLSOUTH no tiene posición dominante en el mercado de provisión de servicios portadores locales en Lima, sino porque, además, inclusive en el supuesto negado que tuviese dicha posición, su negativa estaría completamente justificada por la condición de mala pagadora de TELECABLE.
- j. Asimismo, resulta evidente que ésta no ha sido una relación de interconexión y, por tanto, se descarta también la posibilidad de que BELLSOUTH haya infringido las normas que obligan a celebrar contratos para dicho fin.
- k. No existen violaciones al principio de no discriminación, debido a las siguientes razones:
 - El servicio que BELLSOUTH brindaba a TELECABLE no era prestado a ningún otro usuario, por lo que no existe forma de determinar con respecto a quiénes se habría practicado la supuesta discriminación.
 - En la demanda se especula que la referida discriminación tuvo por objeto beneficiar a BELLSOUTH, CABLE MÁGICO y a Telefónica del Perú S.A.A. (TELEFÓNICA). Dicha afirmación resulta absurda en la medida que BELLSOUTH no se presta a sí misma el servicio de

transporte de señales de audio y video, ni tampoco lo presta a las otras empresas que TELECABLE menciona.

- Cuando las normas hacen referencia a personas naturales o jurídicas que *"cumplan con las condiciones establecidas para dicho servicio"* incluye necesariamente entre dichas condiciones a la capacidad de pago, pues no se refiere únicamente al cumplimiento de las condiciones técnicas y, por tanto, al haberse negado el servicio a un cliente que no reúne las condiciones para recibirlo, no existe violación alguna a dicho principio.
- I. No existen violaciones al principio de neutralidad, en atención a las siguientes razones:
- La presencia de un gran operador de estos servicios con precios regulados por OSIPTEL y de un gran número de otros operadores con redes más pequeñas hace poco probable considerar que BELLSOUTH tiene posición dominante en este mercado.
 - BELLSOUTH sí sirvió de soporte a los servicios prestados por la demandante, pero, como resulta evidente, dicha situación no fue empleada para prestar los mismos servicios en condiciones de mayor ventaja en la medida que, BELLSOUTH no ofrece los servicios que brinda TELECABLE.

Para que se produzca la situación sancionada por el artículo 9° del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, es necesario que la desventaja o detrimento de la afectada sea producto de alguna práctica restrictiva de la libre y leal competencia. Dicha situación no se presentaba porque BELLSOUTH no era una empresa dominante ni existía alguna concertación entre ésta y TELEFÓNICA y CABLEMÁGICO.

V. ANÁLISIS DE LA INFRACCIÓN IMPUTADA:

1. Conducta denunciada:

De acuerdo con lo expuesto por TELECABLE en su escrito de demanda y aclaración de demanda de fechas 29 de agosto y 13 de setiembre de 2002, respectivamente, la conducta de BELLSOUTH denunciada consiste en negarse a brindar la bidireccionalidad a TELECABLE, desde noviembre de 2000 y, en consecuencia, impedir que TELECABLE pueda prestar los servicios que le han sido otorgados en concesión, tales como telefonía fija y pública, internet, entre otros, transgrediendo de esta manera los principios básicos en que se sustenta la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones: principios de no discriminación y de neutralidad.

2. Análisis de la conducta denunciada:

A fin de determinar si la conducta de BELLSOUTH constituye una infracción a los citados principios debe determinarse si dicha empresa se encuentra obligada a brindar la bidireccionalidad solicitada.

La bidireccionalidad o capacidad de transportar señales en ambos sentidos, sin embargo, no constituye por si mismo un servicio; la misma puede más bien constituir una característica de determinados servicios³. Por tal motivo, a efecto de realizar el análisis de la conducta debe, en primer lugar, determinarse cuál es el servicio a través del cual TELECABLE habría solicitado obtener dicha capacidad.

La determinación del servicio resulta esencial, pues de lo contrario no resulta posible establecer si BELLSOUTH se encuentra obligada a brindarlo o si la negativa a prestarlo constituye un incumplimiento del principio de no discriminación⁴ y/o del principio de neutralidad⁵.

De lo expuesto por TELECABLE, puede señalarse que la bidireccionalidad solicitada a BELLSOUTH desde el mes de noviembre de 2000, habría estado referida a diferentes servicios. Es decir, la solicitud de TELECABLE habría ido variando a lo largo del tiempo, pudiendo identificarse las siguientes prestaciones:

- a. Servicio portador dentro del marco del Contrato de Transporte de Señales.⁶
- b. Interconexión entre las redes y servicios de TELECABLE y BELLSOUTH.⁷
- c. Servicio portador equivalente al regido por el Contrato de Transporte de Señales, pero bidireccional y producto de un nuevo acuerdo.⁸

Habiéndose determinado los servicios a través de los cuales TELECABLE habría solicitado la bidireccionalidad, corresponde determinar (i) si

³ Es así que, por ejemplo, el servicio de arrendamiento de circuitos, así como los servicios de telefonía fija y móvil son bidireccionales, a diferencia de otros servicios como el de buscapersonas unidireccional.

⁴ A través, del principio de no discriminación, se pretende evitar que las empresas operadoras de servicios públicos puedan excluir arbitrariamente a determinadas personas de la prestación de sus servicios. En tal sentido, a efectos de determinar si ha habido un incumplimiento a este principio, debe determinarse si es que la empresa presta el servicio a unos y se lo niega a otros, para lo cual resulta indispensable determinar cuál es el servicio en cuestión.

⁵ El principio de neutralidad, se encuentra estrechamente vinculado con la aplicación de las normas de libre competencia, al extremo que a fin de analizar el incumplimiento del citado principio debe determinarse la posición de dominio del supuesto infractor en el mercado relevante, para lo cual se necesita saber cuál es el servicio en cuestión como punto de partida para la investigación correspondiente.

⁶ Escrito de demanda y aclaración de demanda, Puntos 1 al 7.

⁷ Escrito de demanda y aclaración de demanda, Puntos 8 y 9.

⁸ Escrito de demanda y aclaración de demanda, Punto 12.

BELLSOUTH se encontraba obligada a prestarlos, (ii) si efectivamente se ha negado a hacerlo y (iii) si dicha conducta constituye infracción a los principios de no discriminación y neutralidad.

a. Servicio portador dentro del marco del Contrato de Transporte de Señales:

El Contrato de Transporte de Señales, en su cláusula primera, segundo párrafo, establece expresamente lo siguiente:

*“Las partes dejan constancia que a la fecha de entrada en vigencia de éste contrato Tele 2000 se obliga a transportar señales de audio y video **unidireccional** con un ancho de banda de 750 MHZ. (...)”* (El resaltado es nuestro).

Es decir, tal como la propia TELECABLE lo reconoce expresamente en su escrito de demanda⁹, las partes acordaron en el referido contrato que la prestación del servicio a cargo de BELLSOUTH sería unidireccional.

En tal sentido, de conformidad con lo acordado por las propias partes, BELLSOUTH no se encontraba obligada, en virtud a dicho contrato, a brindar el transporte de manera bidireccional, por lo que, la negativa de dicha empresa de prestar tal servicio dentro del marco del Contrato de Transporte de Señales, no configuraría la comisión de las infracciones imputadas.

b. Interconexión de redes y servicios:

De acuerdo con lo señalado en el escrito de demanda y de aclaración de demanda, en un segundo momento TELECABLE habría solicitado a BELLSOUTH le brinde la bidireccionalidad vía interconexión.¹⁰ Al respecto, debe precisarse lo siguiente:

De lo señalado por TELECABLE se desprende que no habría logrado obtener la bidireccionalidad a través de la interconexión por no haberse otorgado ésta, lo cual, de acuerdo con dicha empresa,

⁹ “Si bien es cierto que el Contrato de Prestación de Servicios de Transporte de Señales de Audio y Video se limitó a que fuera de un solo sentido, es porque Telecable sólo contaba a la fecha de celebración del Contrato (...) con la concesión de Servicio Público de Distribución de Radiodifusión por Cable.” (Escrito de demanda, página 3).

¹⁰ De acuerdo con lo señalado por TELECABLE, en un segundo momento dicha empresa habría solicitado la “(...)habilitación de la bidireccionalidad en la red para operar el Servicio Público de Telefonía Fija como medio de interconexión.” Asimismo, en varias oportunidades habrían “(...) intentado negociar la obtención de la ruta de retorno, remitiéndoles la información necesaria que permita completar la ruta de retorno como parte de la interconexión entre ambas redes.” (Puntos 8 y 9 de los escritos de demanda y de aclaración de demanda). Adicionalmente, debe precisarse que, respecto a la solicitud de TELECABLE de prestar la bidireccionalidad como parte de la interconexión, no se precisa más que lo citado en el párrafo anterior.

constituiría una infracción al principio de no discriminación y neutralidad.

Al respecto, debe señalarse que a fin de que el presente Cuerpo Colegiado pueda conocer una controversia sobre temas de interconexión, debe de existir una relación de interconexión establecida entre las partes.

En efecto de conformidad con lo establecido en el artículo 2º del Reglamento de General de OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas, aprobado por Resolución N° 010-2002-CD/OSIPTEL, OSIPTEL tiene competencia a través de sus Cuerpos Colegiados para resolver las controversias que surjan relacionadas con:

*"b. La interconexión de redes en sus aspectos técnicos, económicos y jurídicos, incluyendo lo relativo a cargos y demás compensaciones o retribuciones, que se paguen las empresas **derivadas de una relación de interconexión**, así como lo relativo a las liquidaciones de dichos cargos, compensaciones o retribuciones."*

Esto guarda concordancia con el hecho de que el establecimiento de la relación de interconexión cuenta con su propio procedimiento y sus propias vías para resolver aquellos casos en los cuales las partes, por cualquier motivo no llegan a un acuerdo. De conformidad con lo establecido en el Reglamento de Interconexión, este procedimiento consiste en la negociación de las partes dentro de un plazo determinado y, en caso no llegar a un acuerdo dentro de dicho plazo, ambas partes o cualquiera de ellas, puede solicitar al Consejo Directivo de OSIPTEL la emisión de un mandato de interconexión.

En el presente caso, sin embargo, no sólo no se habría acreditado la existencia de una relación de interconexión entre las partes, sino que, tal como se desprende de la demanda, las infracciones imputadas estarían vinculadas justamente al hecho de no haber arribado a un acuerdo de interconexión. Sin embargo esta situación se encuentra fuera del ámbito de competencia del Cuerpo Colegiado y, por lo tanto, no corresponde a la presente Secretaría Técnica pronunciarse sobre la comisión o no de la supuesta infracción.

c. Servicio portador de transporte bidireccional de señales:

Finalmente, con respecto a la supuesta demora y negativa de celebrar un nuevo contrato para la prestación del servicio de transporte bidireccional de señales, corresponde señalar lo siguiente:

(i) Principio de no discriminación:

Con relación a la supuesta infracción al principio no discriminación, debe indicarse lo siguiente:

De acuerdo con el artículo 8° del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones *"El acceso a la utilización y prestación de los servicios de telecomunicaciones está sujeto al principio de no discriminación; por lo tanto, las empresas prestadoras de dichos servicios , **de acuerdo a la oferta disponible**, no pueden negar el servicio a ninguna persona natural o jurídica que cumpla con **las condiciones establecidas para dicho servicio**."* (El resaltado es nuestro).

En tal sentido, por el referido principio las empresas se encuentran impedidas de negar un servicio a quienes se lo soliciten, de acuerdo con la oferta disponible y siempre y cuando se cumpla con las condiciones establecidas para el servicio en cuestión. Es decir, el referido principio se aplica respecto de los servicios que forman parte de la oferta de la empresa operadora.

De acuerdo con lo señalado por BELLSOUTH¹¹, sin embargo, dicha empresa en su calidad de portadora no presta un servicio equivalente al prestado a TELECABLE en virtud al Contrato de Transporte de Señales¹². Por lo tanto, al no existir la oferta de tal servicio, no existiría la obligación de prestarlo en virtud del principio de no discriminación.

Adicionalmente, debe tomarse en consideración, que aún en el supuesto caso en el que BELLSOUTH prestara el servicio en cuestión a otra empresa, se encontraría obligada a prestarle tal servicio a TELECABLE, siempre y cuando ésta cumpliera con las condiciones establecidas para la prestación del servicio, siendo una de ellas la relativa al pago por la prestación del servicio.

Sin embargo, de acuerdo con lo señalado por la propia TELECABLE¹³ y confirmado por BELLSOUTH, la primera mantiene deudas pendientes por el servicio de transporte de señales con la segunda, motivo por el cual, mientras dicha situación no se resuelva, BELLSOUTH tendría motivos válidos para negar la

¹¹ "Al respecto, debe notarse que el servicio que brindábamos a Telecable es uno que no es prestado a ningún otro usuario, por lo que no existe forma de determinar con respecto a quiénes se habría practicado tal discriminación." (Escrito de contestación de demanda, página 18).

¹² Se entiende que no presta este servicio de manera unidireccional ni bidireccional.

¹³ "En cuanto al tema de los pagos pendientes derivados del Contrato de Prestación de Servicios de Transportes de Señales de Audio y Video por Fibra Óptica, la propuesta hecha por parte de BS Corporation con fecha 12 de julio, también incluye una solución al mismo, por lo cual lo único que se encuentra pendiente a la fecha es la negociación del contrato sobre la bidireccionalidad." (Escrito de demanda, páginas 4 y 5).

prestación del servicio. De acuerdo con lo señalado, dicha negativa no implicaría una vulneración del principio de no discriminación.

(ii) Principio de neutralidad:

Con relación a la supuesta infracción al principio de neutralidad, corresponde señalar lo siguiente:

Por el principio de neutralidad, de acuerdo con artículo 9° del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones “(...) el concesionario de un servicio de telecomunicaciones que es soporte de otros servicios 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 limitar la calidad del servicio.” (El resaltado es nuestro).

De acuerdo con la norma citada, el principio de neutralidad establecido por el Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones se encuentra estrechamente vinculado con la aplicación de las normas de libre competencia contenidas en el Decreto Legislativo N° 701.

Este criterio ha sido recogido por el Cuerpo Colegiado, en la controversia seguida por BellSouth Perú S.A. contra Telefónica Móviles S.A.C. (Expediente N° 002-2001), quien en su Resolución N° 038-2001-CCO/OSIPTEL de fecha 6 de noviembre de 2001, mediante la cual se resolvió la controversia en primera instancia administrativa, concluyó lo siguiente:

“VI.2 Este CCO hace suyo el Informe de Secretaría Técnica y en tal sentido, concluye que, **para que se configure una afectación al principio de neutralidad sería necesario que TELEFONICA MÓVILES tenga posición de dominio** en el mercado. Habiéndose descartado tal situación, el cobro de una suma distinta a los usuarios de TELEFONICA MÓVILES y a BELLSOUTH por el servicio de roaming no implica una trasgresión a dicho principio.” (El resaltado es nuestro).

Sobre el particular, el informe de la Secretaría Técnica al que alude la citada resolución establece que de acuerdo con el artículo 9° del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, “(...) el principio de neutralidad establecido por el Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones se encuentra estrechamente vinculado con la aplicación de las normas de libre

competencia contenidas en el Decreto Legislativo 701." En tal sentido, la Secretaría Técnica indica que "Considerando lo señalado, puede concluirse que es requisito básico **para que se configure una afectación al principio de neutralidad que la empresa presuntamente infractora tenga posición de dominio en el mercado o participe de una concertación**, con la finalidad de obtener una ventaja en la prestación de un servicio de telecomunicaciones a través de una práctica restrictiva de la competencia."¹⁴ (El resaltado es nuestro).

De acuerdo con lo anterior, puede señalarse que es requisito básico para que se configure una afectación al principio de neutralidad que la empresa presuntamente infractora tenga posición de dominio en el mercado o participe de una concertación, con la finalidad de obtener una ventaja en la prestación de un servicio de telecomunicaciones a través de una práctica restrictiva de la competencia.

En tal sentido, para analizar si se ha producido una afectación al principio de neutralidad se requiere previamente definir si existen elementos de juicio suficientes que permitan afirmar que Bellsouth cuenta con posición de dominio en el mercado. Para ello resulta necesario en primer lugar determinar cuál es el mercado relevante.

Pese a que TELECABLE no ha remitido la información necesaria para identificar el mercado relevante en los términos indicados en los Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Libre Competencia, aprobados por Resolución N° 003-2000-CD/OSIPTEL, conforme a la información que obra en el expediente, podría considerarse como mercado relevante, el mercado de la prestación de servicios portadores en la ciudad de Lima y Callao, en el cual se ubicarían las empresas con capacidad para dar los servicios de bidireccionalidad solicitados por TELECABLE.

Determinado el mercado corresponde definir si la empresa

¹⁴ Anteriormente, el mismo criterio fue recogido por la Presidencia del Consejo Directivo de OSIPTEL, segunda instancia en la controversia seguida por Tele 2000 S.A. y Empresa Difusora Radio Tele S.A. contra Telefónica del Perú S.A. (Expediente N° 002-95), quien en su Resolución N° 073-97-PD/OSIPTEL, mediante la cual se resolvió la controversia en segunda y última instancia administrativa, el cual señaló que: "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". (El resaltado es nuestro).

demandada cuenta con tal posición. Para ello debe evaluarse en primer lugar si son pocas las empresas que concurren en el mercado relevante; y, por otro, si existen barreras de acceso significativas que dificultan la entrada de nuevos operadores al mismo.

De acuerdo con la información obtenida de la página web del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, existen al menos quince empresas concesionarias del servicio portador local en Lima y Callao¹⁵. En ese sentido, BELLSOUTH no es la única empresa operadora que presta servicios portadores¹⁶ en dicha zona. De otro lado, no existen limitaciones significativas para la entrada de nuevos operadores a estos servicios. Lo mencionado se ve confirmado con el hecho que, a menos de un mes del corte del servicio por parte de BELLSOUTH a TELECABLE¹⁷, esta última obtuvo por otra vía el transporte de sus señales necesario para la prestación de los servicios de televisión por cable¹⁸, por lo que puede claramente señalarse que TELECABLE cuenta con sustitutos al servicio solicitado a BELLSOUTH,

Lo mencionado, se desprende de lo señalado por la propia TELECABLE en su aviso publicitario publicado en el diario el Comercio con fecha 22 de setiembre del año 2002, en el que informa a sus usuarios del reestablecimiento del servicio de Televisión por Cable, luego del corte de BELLSOUTH.

En dicho aviso, TELECABLE señaló expresamente lo siguiente:

“Anunciamos con orgullo que luego de varios días de arduos trabajos y contrataciones, hemos logrado interconectar el 98%, nuevamente la red de TELECABLE Siglo 21, para brindar a nuestros usuarios el mejor servicio de cable interrumpido inesperadamente por Bellsouth.

La señal obtenida es de altísima calidad y nos permite anunciar a nuestros miles de usuarios, que gracias a

¹⁵ Entre las empresas portadoras locales en la zona de Lima y Callao figuran AT&T PERÚ S.A., TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A., IMPSAT PERÚ S.A., Wi-NET PERU S.A.C, entre otras. Fuente: <http://www.mtc.gob.pe/gtelecomunica/index.htm>.

¹⁶ Anexo 1.

¹⁷ 28 de agosto de 2002.

¹⁸ Debe señalarse que, la Secretaría Técnica mediante Oficio N° 045/2003-ST de fecha 9 de febrero de 2003, solicitó a TELECABLE indicar la forma en la que viene prestando el servicio de televisión por cable, especificando, si el transporte de las señales de audio y video de su representada es realizado utilizando redes propias o redes de terceras empresas. Esta solicitud fue reiterada a través del Oficio N° 058/2003-ST del 19 de febrero. No obstante los mencionados requerimientos de la Secretaría Técnica, con fecha 28 de febrero de 2003, TELECABLE presentó su respuesta a los referidos oficios en términos generales y sin absolver el mencionado requerimiento de la Secretaría Técnica.

nuestra independencia técnica y tecnológica, a partir de hoy recibirán "LA MEJOR SEÑAL DE TELEVISIÓN DEL MERCADO", (...)"

En tal sentido considerando el número de empresas que cuentan con concesión para prestar servicios portadores en Lima y Callao, el que no existen mayores dificultades para obtener una concesión y entrar al mercado y el hecho de que TELECABLE haya conseguido rápidamente un sustituto al servicio solicitado a BELLSOUTH para poder otorgar sus servicios, no resulta verosímil considerar que BELLSOUTH ostenta la posición de dominio invocada por TELECABLE.

De otro lado, con respecto a la supuesta concertación entre BELLSOUTH, CABLEMÁGICO y TELEFÓNICA, TELECABLE no ha presentado ninguna prueba, ni ha señalado ningún indicio que haga verosímil la existencia de la misma

Adicionalmente, debe señalarse que TELECABLE ha planteado su demanda en términos genéricos y sin dar mayor sustento a sus afirmaciones respecto de la comisión de los supuestos actos contrarios a la libre competencia¹⁹, no habiendo alcanzado la información solicitada por la Secretaría Técnica, necesaria para determinar la supuesta posición de dominio de BELLSOUTH o, la razonabilidad de la posible concertación entre dicha empresa y CABLEMÁGICO y TELEFÓNICA.²⁰

¹⁹ "(...) Asimismo, al desarrollar estas maniobras, se ha atentado también contra el principio de neutralidad, al proteger claramente a TELEFÓNICA (Cable Mágico) de una competencia como la nuestra (...)" ; "(...) Bellsouth (...) dilatando inexplicablemente dar la bidireccionalidad, coincidiendo con el hecho de que a TeleCable le habían otorgado recientemente (10 de mayo de 2001) una Concesión para el Servicio Público de Telefonía Fija en Lima, oportunidad en la que Bellsouth había hecho un anuncio de que iniciaría la operación de dicho servicio, lo cual implicaría un impedimento a la libre competencia (...)" ; "Sin embargo, ante una conducta maliciosa y premeditada por parte de BellSouth que afecta hoy en día gravemente la prestación del servicio de TeleCable al habernos cortado el servicio, tampoco nos ha sido posible suscribir un nuevo contrato sobre bidireccionalidad." ; "Este conjunto de hechos ocurridos solo tienen una explicación: atentar contra nuestros derechos impidiendo que podamos competir en el mercado, al no otorgarnos el acceso a su red, beneficiándose BellSouth, así como Telefónica del Perú S.A." (Escrito de demanda, páginas 3 y 5 y escrito de aclaración de demanda página 1 y 3.)

²⁰ Oficios N° 45/2003-ST y 58/2003-ST de fechas 9 de febrero de 2003 y 19 de febrero de 2003, respectivamente, mediante los cuales se solicitó la siguiente información, adjuntando los medios probatorios que sustenten sus afirmaciones: "Especificar la forma en la que TELECABLE viene prestando actualmente el servicio de radiodifusión por cable. Específicamente, señalar si el transporte de las señales de audio y video de su representada es realizado utilizando redes propias o redes de terceras empresas. Si el transporte de las señales es realizado por terceras empresas, remitir copia de los contratos celebrados; indicar si actualmente TELECABLE presta otros servicios públicos de telecomunicaciones. De ser así, especificar cuáles son los medios o soportes que utiliza para la prestación de dichos servicios y si tiene celebrados contratos con terceras empresas para posibilitar dicha prestación; presentar el perfil técnico de su proyecto para prestar el servicio de telefonía fija y la documentación que acredite que su representada cumple con los requerimientos técnicos y se

En respuesta a los requerimientos de la Secretaría Técnica, TELECABLE se limitó a realizar afirmaciones genéricas, sin otorgar elementos que por lo menos pudieran dar indicios respecto de las infracciones denunciadas.

En tal sentido, al no haberse presentado elementos de los cuales pueda inferirse al menos la verosimilitud de la comisión de las infracciones al principio de neutralidad denunciadas, no corresponde continuar con el análisis relativo a la comisión de las mismas.

VI. CONCLUSIONES:

1. TELECABLE demanda a BELLSOUTH para que le brinde la bidireccionalidad, la cual, sin embargo, no es un servicio en sí, sino una característica de determinados servicios, por lo que corresponde identificar el servicio solicitado por TELECABLE a BELLSOUTH.
2. De lo expuesto por TELECABLE en sus escritos de demanda y aclaración de demanda, la solicitud de dicha empresa a BELLSOUTH para obtener la bidireccionalidad habría ido variando, habiéndose identificado los siguientes servicios a los cuales habría estado referida: (i) parte del servicio de transporte de señales regulado por el Contrato de Transporte de Señales; (ii) interconexión; y (iii) servicio de transporte señales bidireccional diferente al regulado por el referido contrato.
3. Con relación a la negativa de BELLSOUTH de brindar la bidireccionalidad dentro del marco de su contrato, se concluye que las partes acordaron expresamente que la prestación del referido servicio sería unidireccional, en tal sentido, BELLSOUTH no se encontraba obligada, en virtud a dicho contrato, a brindar la señal de retorno solicitada por TELECABLE, y por lo tanto, la negativa de dicha empresa a brindar la bidireccionalidad no constituye una infracción.
4. Respecto a la supuesta negativa de BELLSOUTH de brindar la bidireccionalidad a través de la interconexión, se concluye que en la medida en que esta supuesta infracción se habría cometido con ocasión al establecimiento de una relación de interconexión, no compete al Cuerpo Colegiado pronunciarse sobre este tema, y en consecuencia, no corresponde a la Secretaría Técnica evaluar la supuesta comisión de una infracción.
5. En lo referido a la supuesta negativa de prestar el servicio de transporte de

encuentra en capacidad de prestar el referido servicio en el corto plazo; señalar si el servicio de telefonía fija que tienen proyectado prestar estará orientado a determinadas zonas, sectores o tipos de usuarios."

señales bidireccional como resultado de un nuevo acuerdo:

- a. En la medida en que BELLSOUTH no ofrece a ninguna empresa el servicio solicitado por TELECABLE , la negativa a brindar el mismo no implica la afectación del principio de no discriminación.
- b. En lo relativo al principio de neutralidad, este debe analizarse dentro del marco del Decreto Legislativo 701, en tal sentido, en la medida en que no existen indicios suficiente que hagan verosímil la realización de las conductas denunciadas no corresponde continuar con el análisis relativo a la comisión de las supuestas infracciones.

Ana Rosa Martinelli
Gerente de Relaciones Empresariales