

RESOLUCIÓN N°019-97-CCOIII

Lima, 1° de julio de 1997

El Cuerpo Colegiado Ordinario (CCO) de OSIPTEL a cargo de la solución de la controversia seguida por Tele 2000 S.A. y Empresa Difusora Radio Tele S.A.- Radio Panamericana (en adelante Tele 2000) contra Telefónica del Perú S.A. (en adelante TdP) sobre INTERPRETACION Y EJECUCION CONTRACTUAL DE ROAMING (Cuaderno Principal).

VISTOS:

1.- Que, con fecha 9 de mayo de 1995, Tele 2000 interpuso demanda contra TdP, en la que solicitó a este Cuerpo Colegiado (i) que interpretara el inciso 6.01 de la cláusula VI del denominado Contrato de Servicio Público de Roaming Nacional (en adelante el Contrato de Roaming) suscrito con fecha 23 de diciembre de 1993, entre TdP (antes Empresa Nacional de Telecomunicaciones del Perú, ENTEL PERU S.A.) (en adelante ENTEL), y Tele 2000; y (ii) que ordenara a TdP la instalación del Roaming Automático Nacional (RAN) para provincias;

2. Que, Tele 2000 señaló, en su escrito de demanda, que (i) el 23 de diciembre de 1993, dicha empresa y ENTEL habían suscrito el Contrato de Roaming, en el que ambas partes habían convenido un roaming manual, al amparo del Contrato de Concesión Adicional del Servicio Público de Telefonía Móvil, de fecha 28 de junio de 1991, mediante el cual el Estado autorizaba a Tele 2000 a prestar el roaming; (ii) el roaming manual fue convenido en función de la tecnología del momento, contando en ese entonces la Compañía Peruana de Teléfonos S.A. (CPTSA) con el mecanismo del roaming manual; (iii) en febrero de 1995, CPT Celular (hoy Moviline), inició sus operaciones de RAN, mediante el cual cualquier abonado de TdP podría desplazarse a cualquier lugar del Perú en que TdP tuviera el sistema celular instalado, pudiendo efectuar y recibir llamadas sin necesidad de avisar a la compañía ni de cambiar el número telefónico, tal como lo requiere el roaming manual; (iv) mediante carta notarial recibida por Tele 2000 el 27 de marzo de 1995, TdP había manifestado su decisión de resolver unilateralmente el Contrato de Roaming, aduciendo la aplicación de lo dispuesto por el inciso 6.01 de la Cláusula VI de dicho contrato, y señalando que la resolución planteada surtiría efecto a los sesenta días de notificada, por lo que el contrato quedaría resuelto el 27 de mayo de 1995; (v) con fecha 4 de abril de 1995, Tele 2000 había remitido a TdP una comunicación rechazando los términos de su carta notarial; (vi) el 20 de abril de 1995, TdP había remitido a Tele 2000 una comunicación en la que ratificaba su decisión de resolver el Contrato de Roaming Nacional; y, (vii) mediante carta del 26 de abril de 1995, Tele 2000 había reafirmado su posición y solicitado el RAN, respecto del cual no había recibido respuesta;

3. Que, como fundamentos de hecho y de Derecho, Tele 2000 destacó y citó textualmente el texto de la cláusula 6.01 del Capítulo VI del denominado Contrato de Servicio de Roaming Nacional, la arbitrariedad con que la había interpretado TdP, y aludió a su propia interpretación de la misma, así como que (i) el roaming es un servicio público de telecomunicaciones, puesto que la legislación que regula la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones admite que estén comprendidos dentro de éstos sus distintas modalidades, tal como lo establece el artículo 4° de la Ley N° 26285, que hace referencia expresa a la telefonía móvil en sus distintas modalidades, entre las cuales se halla evidentemente el roaming; (ii) el roaming, tal como se está prestando, reúne las características establecidas en el artículo 20° del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones para los servicios públicos de telecomunicaciones, cuales son, su disponibilidad al público en general a cambio de una contraprestación tarifaria sin discriminación y dentro de las posibilidades de oferta técnica de los operadores; (iii) debido a la naturaleza técnica y jurídica del roaming, es de aplicación al caso el artículo 7° del Decreto Legislativo N° 702, modificado por el Decreto-Ley N° 26095, que establece la obligación de interconectar redes y servicios como aspecto de interés público y social, siendo por lo tanto obligatorio; (iv) las concesiones de TdP son independientes y fueron otorgadas a CPT (zona I) y a Entel (zonas II, III y IV), manteniéndose inalteradas a la fecha, lo que implica que TdP, en aplicación del principio de neutralidad, está obligada a dar igual tratamiento y competir en el mercado de telefonía móvil en igualdad de condiciones que otras operadoras, no obstante encontrarse en posición de dominio; (v) siendo TdP la única prestadora del servicio de telefonía móvil en provincias, tiene la obligación de mantener el roaming en favor de los usuarios de Tele 2000, pues de lo contrario estaría violando el principio de libre y leal competencia, con una clara actitud monopólica y de abuso de posición de dominio en el mercado; (vi) la actitud de TdP viola el principio de neutralidad establecido en el artículo 9° del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones -a base de lo cual solicita el otorgamiento del RAN para provincias-, así como el artículo 73° de la Ley de Telecomunicaciones;

4. Que, Tele 2000 adjuntó a su demanda, como medios probatorios, (i) copia de la comunicación cursada por ENTEL a Tele 2000 con fecha de recepción 05 de noviembre de 1993, en la que le manifestaba la importancia del roaming para los clientes de la telefonía móvil y le remitía un proyecto de contrato de roaming para su revisión; (ii) copia del contrato de servicio de roaming nacional suscrito; (iii) copia de la carta notarial de fecha de recepción 27 de marzo de 1995, en la que TdP comunicaba a Tele 2000 su intención de resolver el contrato de servicio de roaming nacional; (iv) copia de la carta notarial de fecha de recepción 08 de abril de 1995, mediante la cual Tele 2000 informaba a TdP que rechazaba su interpretación de la cláusula contractual, y, por consiguiente, la pretendida resolución unilateral del contrato; (v) copia de la carta notarial de fecha de recepción 20 de abril de 1995, mediante la cual TdP se reafirmaba en su interpretación de la cláusula contractual y manifestaba su posición respecto de la obligatoriedad del roaming en virtud de

la normatividad de la interconexión; y, (vi) copia de la carta notarial de fecha de recepción 26 de abril de 1995, mediante la cual Tele 2000 reiteraba su posición respecto de la interpretación de la cláusula contractual, informaba sobre la intervención del OSIPTEL en caso de no llegar a una solución, y formulaba su solicitud para contar con el RAN para provincias;

5.- Que, con fecha 09 de mayo de 1995, es decir, en la misma fecha de interposición de la demanda, Tele 2000 presentó un escrito de medida cautelar solicitando se dejara sin efecto la pretendida resolución unilateral del contrato del servicio nacional de roaming por parte de TdP, sustentando su pedido en que se requería una definición del órgano administrativamente competente respecto de la correcta interpretación que debía darse a la cláusula que originó la discrepancia, así como en que la resolución unilateral del contrato resultaba ilegal por transgredir el principio de neutralidad y los que sustentan una libre y leal competencia en el mercado. Tele 2000 presentó adjuntos a su solicitud de medida cautelar los medios probatorios correspondientes;

6.- Que, con fecha 05 de junio de 1995, el CCO expidió la Resolución N° 001-95-CCOIII, mediante la cual, entre otros aspectos, admitió la demanda interpuesta por Tele 2000, declaró improcedente la medida cautelar solicitada y advirtió a la demandada sobre la vigencia del artículo 14° del Reglamento General para la Solución de Controversias en la Vía Administrativa del OSIPTEL en cuya aplicación se había prohibido el corte de la facilidad mientras se ventilara la controversia;

7.- Que, con fecha 15 de junio de 1995, TdP contestó la demanda interpuesta por Tele 2000 señalando que (i) conforme constaba en el Contrato de Roaming, las partes habían acordado definir el servicio de roaming como un sistema de operación de telefonía móvil en virtud del cual los clientes de una empresa operadora podrían efectuar y recibir llamadas telefónicas temporales en el área de concesión de otra empresa operadora; (ii) tal definición concordaba con la acepción universal del roaming como facilidad, que había surgido del acuerdo de operadores de telefonía móvil adoptado por mutua conveniencia y a cambio de mutuas contraprestaciones; (iii) ninguna de las descripciones, definiciones y clasificaciones de las normas de telecomunicaciones incluían al roaming como un servicio público de telecomunicaciones, ni como modalidad del servicio de telefonía móvil, puesto que éstas se descomponían en modalidades de abonados, teléfonos públicos, puestos telefónicos, terminales, cabinas o teléfonos monederos; (iv) el contrato de roaming es uno de naturaleza civil que no puede ser asimilado al concepto de servicio público de telecomunicaciones, pues, de lo contrario, se estaría violando los artículos 24° y 50°, inciso 7°, del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, que señalan el procedimiento a seguir para la clasificación de los servicios; (v) el roaming no constituye un tema de interconexión, y lo que pretende Tele 2000 es obtener la ampliación de la cobertura de su ámbito de concesión a través de un contrato que le otorgue beneficios indirectos; (vi) OSIPTEL es incompetente para conocer de esta controversia, toda vez que

su competencia está restringida a los servicios públicos de telecomunicaciones, y sus atribuciones para resolver controversias son aplicables exclusivamente a aquéllas vinculadas a la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones; (vii) en el propio contrato de roaming, las partes habían acordado en su cláusula IX, inciso 9º, que cualquier controversia derivada de su interpretación sería resuelta mediante un arbitraje de Derecho; (viii) que no se habían producido acuerdos, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produjeran el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia; (ix) el principio de neutralidad no era de aplicación al caso, puesto que TdP no estaba utilizando su condición de portador para prestar otros servicios en condiciones de mayor ventaja y en detrimento de sus competidores; (x) TdP había actuado en estricto uso de las facultades que le concedía la cláusula VI del Contrato de Roaming, que permitía que cualquiera le pusiera término o lo suspendiera sin causa justificada; (xi) la condición de operadora nacional de TdP era lícita y se encontraba amparada en los contratos de concesión celebrados con el Estado peruano, que permitían esa cobertura, tratándose, por tanto, del ejercicio libre del derecho y no de un abuso de posición de dominio ni de un acto de competencia desleal; y, finalmente, (xii) no podía pretenderse que las redes de telefonía móvil de TdP operasen en forma separada, puesto que, de conformidad con la Ley de Telecomunicaciones, frente al usuario, debían operar como un sistema integrado de servicios;

8. Que, Tele 2000, mediante escrito de fecha 05 de julio de 1995, reiteró su posición respecto del roaming como un servicio público de telecomunicaciones así como respecto del abuso de posición de dominio en el que había incurrido TdP al pretender resolver unilateralmente el contrato de roaming; destacó, asimismo, la afectación de los derechos de los abonados por causa de la suspensión o corte del roaming y reiteró la competencia del OSIPTEL para conocer la controversia planteada;

9. Que, Tele 2000, mediante escrito de fecha 28 de noviembre de 1995, solicitó (i) la imposición de una sanción a TdP por la suspensión del roaming en contravención con lo establecido en el artículo 3º de Resolución N° 001-95-CCOIII; (ii) la intervención del CCO, en la medida en que la reposición del roaming por parte de TdP había sido efectuada en términos inferiores a los vigentes a la fecha de su suspensión; y, (iii) que se dispusiera que TdP operase el RAN para los abonados de Tele 2000;

10.- Que, mediante comunicación remitida por Tele 2000 a OSIPTEL el 16 de febrero de 1996, se informó que, con fecha 05 del mismo mes y año, dicha empresa y TdP, habían suscrito un Convenio Marco a través del cual acordaron una serie de aspectos materia de procedimientos administrativos ante el OSIPTEL, entre los que cabía mencionar al roaming. En el punto 3 de dicha comunicación, se señaló que las partes habían acordado dejar sin efecto los procedimientos relativos a controversias seguidas ante el OSIPTEL, ofreciendo hacer llegar los recursos correspondientes, lo cual no llegó a ocurrir;

11.- Que, mediante escrito de fecha 20 de febrero de 1997, Tele 2000 solicitó al CCO continuar con el trámite del proceso iniciado, en el extremo en que se ordenaba a TdP la instalación del RAN para provincias. Señaló Tele 2000 que, con fecha 05 de febrero de 1996, ambas partes habían establecido los términos y condiciones esenciales para la "comercialización del servicio en provincias y roaming automático", conviniendo en la posterior suscripción de un contrato que contuviera el detalle de los aspectos económicos, técnicos, administrativos y operativos, lo cual nunca ocurrió, pese a sus reiteradas insistencias. Sustentó su pedido en que venía sufriendo un trato discriminatorio por parte de TdP al negarse ésta a proporcionarle el RAN -elemento esencial para poder competir en igualdad de condiciones en el mercado de Lima y Callao-, lo cual constituía un abuso de su posición de dominio, en flagrante violación del artículo 5º, inciso a), del Decreto Legislativo N° 701, al transgredir el principio de neutralidad contemplado en el Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones (artículo 9), y en los artículos 6º, 7º y 8º del mismo Reglamento;

12.- Que, Tele 2000 adjuntó, como medios probatorios adicionales a los ya presentados, el acta suscrita por ambas empresas, en la que habían acordado aspectos relativos a la comercialización del RAN en provincias; y, copia de la comunicación de fecha 08 de noviembre de 1996, cursada por el Presidente de TdP, Sr. Rafael Hernández, a Tele 2000, en la que había puesto de manifiesto la negativa de TdP de proporcionar el RAN por ser contrario a su interés comercial; copia de la carta cursada por Tele 2000 a TdP con fecha 31 de enero de 1997; y, la campaña publicitaria emprendida por TdP dirigida a destacar su exclusividad en la cobertura nacional automática;

13.- Que, en la misma fecha, Tele 2000 solicitó al CCO la imposición de una medida cautelar consistente en ordenar a TdP la "inmediata instalación del servicio de (RAN) para provincias en favor de Tele 2000, en las mismas condiciones técnicas, operativas y económicas que en tal momento tenía con Moviline, división de TELEFÓNICA dedicada a la comercialización del servicio público de telefonía celular";

14. Que, TELE 2000 fundamentó su pedido en que TdP (i) abusaba de su posición de dominio en el mercado al negarse a proporcionarle un servicio que esta última sí se otorgaba a sí misma en Lima, -compitiendo en una situación que constituía flagrante desacato a las normas legales vigentes-, y que tal comportamiento tenía consecuencias en relación a los usuarios de Tele 2000, que no contaban con un servicio consustancial a la naturaleza de la telefonía móvil; (ii) TdP, asimismo, vulneraba los principios de libre y leal competencia, porque el contrato de roaming manual venía incumpléndose permanentemente; (iii) asimismo, TdP había incurrido en el supuesto de negativa a contratar, tipificado en el artículo 5º, inciso a), del Decreto Legislativo N° 701, cuyo correlato en materia de telecomunicaciones es el principio de neutralidad, contraviniendo, además, el principio de no discriminación; y, (iv) TdP tenía la obligación de interconectar sus redes y servicios por ser ello de interés social;

15. Que, Tele 2000 señaló, en el propio escrito a que se refiere el párrafo precedente, que de no obtener el RAN, la demora ocasionada en el transcurso del proceso sería aún mayor, y el daño podría ser irreparable;

16.- Que, mediante escrito del 5 de marzo de 1997, Tele 2000 acompañó avisos de TdP publicados en los diarios "El Comercio", "Ojo" y "Gestión", en los que se aludía a la cobertura nacional y al número único nacional;

17.- Que, mediante escrito del 10 de marzo de 1997, Tele 2000 amplió su escrito de fecha 20 de febrero de 1997, dejando sentada su posición respecto de los argumentos de TdP para negar a la primera el RAN, argumentos contenidos en la comunicación que le cursara a la recurrente el 08 de noviembre de 1996. De otro lado, adjuntó medios probatorios nuevos que, según Tele 2000, evidenciaban que TdP continuaba cometiendo infracciones a la libre y leal competencia, a saber: (i) comunicación de TdP a Tele 2000, de fecha 19 de febrero de 1997, en cuyo anexo, según Tele 2000, se apreciaba que TdP mantenía el mismo rango de números por ciudad que los que le fueron asignados a la fecha de suscripción del contrato -a pesar de las reiteradas solicitudes de ampliación-, así como que no le había asignado numeración en ciudades en las que había ampliado la facilidad; (ii) carta de TdP de fecha 20 de febrero de 1997, en la que modificaba unilateralmente las condiciones de operación del roaming manual (procedimiento); (iii) brochure de TdP con el plano de cobertura del servicio de telefonía móvil;

18.- Que, mediante Resolución N° 008-97-CCOIII, el CCO convocó a las partes a Audiencia de Conciliación, ante lo cual los representantes de Tele 2000, mediante escrito del 03 de abril de 1997, manifestaron su negativa a conciliar, en la medida en que consideraron que el tema de interconexión era de interés público, y por tanto, no negociable ni conciliable;

19.- Que, mediante escrito de fecha 22 de abril de 1997, Tele 2000 presentó los siguientes documentos para acreditar el daño económico y de imagen que venía sufriendo a raíz de la negativa de TdP de brindarle el RAN: (i) Variables consideradas para cuantificar el daño económico producido a Tele 2000 por la negativa de TdP en conceder el RAN; (ii) Cuantificación del daño económico generado a Tele 2000 por la negativa de TdP a brindar RAN; y, (iii) Investigación cuantificada sobre la calidad de servicio y oferta de telefonía celular de Tele 2000, elaborado por la empresa de Investigadores y Consultores en Mercadeo S.A., (ICOM);

20.- Que, con fechas 19 de mayo, 10 de junio y 20 de junio de 1997, se llevaron a cabo las sesiones conformantes de la Audiencia de Pruebas, ante los integrantes del CCO, compareciendo para tal efecto los representantes de ambas partes;

21.- Que, con fecha de recepción 16 de junio de 1997, Tele 2000 presentó un recurso de desistimiento respecto de su pretensión procesal consistente en la interpretación del inciso 6.01 de la

cláusula VI del Contrato de Servicio Público de Roaming Nacional;

22.- Que, con fecha 16 de junio de 1997, el Cuerpo Colegiado expidió la Resolución N° 017-97-CCOIII, admitiendo el desistimiento y fijando como único punto controvertido el referido a la instalación del RAN;

23.- Que, con fecha 25 de junio de 1997, ambas empresas presentaron sus correspondientes escritos de alegato, los que obran de fs. 606 a 622, en el caso de TdP, y de fs. 623 a 628, en el caso de Tele 2000;

CONSIDERANDO:

1. La competencia de OSIPTEL para conocer la presente controversia

1.1 Que, de conformidad con lo establecido en el artículo 77°, inciso 1°, del Texto Unico Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones (TUO), es función del OSIPTEL mantener y promover una competencia efectiva y justa entre los prestadores de servicios portadores, finales, de difusión y de valor añadido;

1.2 Que el artículo 7° de la Ley N° 26285 define entre los objetivos del OSIPTEL, el de mantener y promover la competencia eficaz y equitativa;

1.3 Que, coherentemente con lo anterior, el inciso b) del artículo 5° del Decreto Supremo N° 62-94-PCM, Reglamento del OSIPTEL (en adelante, el Reglamento del OSIPTEL), establece como objetivo de la institución supervisora "fomentar y preservar una libre, leal y efectiva competencia entre empresas prestadoras de servicios públicos de telecomunicaciones, así como el cumplimiento de los principios de no discriminación, equidad y neutralidad de tratamiento en la prestación de servicios";

1.4 Que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 4° del Reglamento del OSIPTEL, corresponde a la institución supervisora proteger al mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones de las prácticas restrictivas de la libre y leal competencia;

1.5 Que, en aplicación del artículo 77°, inciso 4), y 78° del TUO, corresponde al OSIPTEL resolver las controversias que surjan entre empresas prestadoras de servicios de telecomunicaciones vinculadas al incumplimiento de las obligaciones de leal competencia;

1.6 Que, de conformidad con los artículos 6°, inciso j), y 23° del Reglamento del OSIPTEL, así como del artículo 4° del Reglamento General para la Solución de Controversias en la Vía Administrativa, OSIPTEL es competente para conocer las controversias relacionadas con el incumplimiento de las obligaciones sobre libre y leal competencia y abuso de posición dominante en el mercado;

1.7 Que, en aplicación de las normas citadas, OSIPTEL tiene legalmente asignada la potestad de supervisar la competencia en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones, correspondiéndole intervenir en los casos en que las prácticas desarrolladas por una empresa puedan afectar la libre y leal competencia en el mercado correspondiente;

1.8 Que, de otro lado, en virtud del citado artículo 4° del Reglamento del OSIPTEL, éste es competente para proteger a los usuarios de las prácticas que puedan afectar la libre y leal competencia en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones;

1.9 Que, el último párrafo del artículo 1° del Reglamento del OSIPTEL, invocado por TdP para fundamentar la incompetencia del OSIPTEL, no resulta pertinente, puesto que dicha norma, al restringir la competencia del órgano regulador a los servicios públicos de telecomunicaciones, apunta no a excluir facilidades no calificadas de manera explícita como servicios de telecomunicaciones, sino a excluir los servicios privados de telecomunicaciones de su ámbito de competencia;

1.10 Que, Tele 2000 y TdP, empresas prestadoras de servicios públicos de telecomunicaciones, se hallan en controversia en torno a un tema que involucra la supuesta violación de las normas sobre libre competencia que puede afectar a un segmento de los abonados del servicio de telefonía móvil, por lo que corresponde al OSIPTEL conocer del asunto materia de la presente controversia, en la medida en que el roaming constituye una característica de un servicio público de telecomunicaciones -el de la telefonía móvil - que se encuentra obviamente bajo el ámbito de competencias del organismo supervisor;

2. Los puntos controvertidos y el desistimiento

2.1 Que, si bien la demanda de Tele 2000 sobre la que debiera *prima facie* recaer un pronunciamiento de este Cuerpo Colegiado Ordinario, versa sobre dos puntos controvertidos -interpretación del inciso 6.01 de la Cláusula VI del Contrato de Roaming e instalación por parte de TdP del RAN a Tele 2000-, atendiendo al escrito de fecha de ingreso 16 de junio de 1997, Tele 2000 se ha desistido de su primera pretensión procesal, referida a la interpretación del mencionado contrato de roaming;

2.2 Que, los requisitos para el desistimiento contenidos en los artículos 75° y 341° del Código Procesal Civil, han sido cumplidos, por lo que el Cuerpo Colegiado expidió el 16 de junio de 1997 la Resolución N° 017-97-CCOIII, admitiendo el desistimiento y fijando como único punto controvertido la instalación por parte de TdP del RAN a Tele 2000;

3. Medios probatorios

3.1 Que, un aspecto relevante en materia probatoria para efectos del presente proceso es el de los hechos nuevos, esto es, aquéllos producidos con posterioridad a la interposición de la demanda y su contestación;

3.2 Que, frente a la preclusión de la etapa probatoria, aparece la figura excepcional de los "hechos nuevos", que consiste en la posibilidad de incorporar un hecho -y su consecuente material probatorio- al proceso, una vez producida la contestación de la demanda o la reconvención;

3.3 Que, la valoración de hechos nuevos permite al juzgador acceder a la mayor cantidad de información posible a fin de poder resolver el conflicto de intereses de la forma más cercana a lo que en realidad ocurrió, coadyuvando con ello a la adopción de una decisión justa;

3.4 Que, para que proceda la incorporación al proceso de un hecho nuevo ⁽¹⁾, es necesario que concurran las siguientes circunstancias: (i) que el hecho sea posterior a la apertura de la causa a prueba ⁽²⁾; (ii) que tenga relación con la cuestión que se ventila, es decir, que influya en su esencia, debiendo el "hecho nuevo" estar referido -aun cuando sea de un modo indirecto- al derecho que una de las partes sostiene; y, (iii) que no modifique la acción ⁽³⁾ entablada ni las defensas propuestas, sino tan sólo refuerce sus fundamentos;

3.5 Que la teoría de los hechos nuevos ha sido reconocida por el nuevo Código Procesal Civil, cuyo artículo 429° establece que "después de interpuesta la demanda, sólo pueden ser ofrecidos los medios probatorios referidos a hechos nuevos y a los mencionados por la otra parte al contestar la demanda o reconvenir";

3.6 Que, considerándose lo señalado en los numerales precedentes, este Cuerpo Colegiado ha tomado en cuenta, para el análisis de la controversia, los hechos nuevos cuya apreciación no signifique una modificación de la pretensión, como son los medios probatorios a que se refieren los numerales 11, 12 y 16 de la parte de "vistos" de la presente resolución;

4. Sanción a TdP por interrupción del roaming manual

4.1 Que, en el curso del procedimiento, Tele 2000 ha solicitado la imposición de una sanción a TdP por haber interrumpido el roaming manual a sus abonados, contraviniendo lo establecido en el artículo 14° del Reglamento General de Solución de Controversias en la Vía Administrativa del OSIPTEL;

4.2 Que, la demandante no ha probado la interrupción del roaming manual, tal como se desprende del dictamen de la Gerencia Técnica de fecha 1° de agosto de 1995, que obra en autos a fojas 00286, en el cual se señala que la información presentada por Tele 2000 no correspondía a la requerida mediante Resolución N°

⁽¹⁾ Manresa y Reus; Ley de Enjuiciamiento comentada y explicada; Madrid, 1856; Tomo II.

⁽²⁾ Debe observarse que el Código Procesal peruano señala que los medios probatorios son ofrecidos en la etapa probatoria, salvo lo dispuesto por su artículo 429°.

⁽³⁾ Se refiere a pretensión.

004-95-CCOIII y que no era posible continuar con el procedimiento de verificación de la interrupción;

4.3 Que, en tal virtud, este Cuerpo Colegiado Ordinario considera que no corresponde la aplicación de una sanción a TdP en relación a la interrupción del roaming manual;

5.- El Roaming Automático Nacional (RAN)

5.1 Que, la demandante ha planteado que TdP (i) ha incurrido en una práctica abusiva al negarse injustificadamente a brindarle el RAN, impidiendo de tal manera que pueda competir en igualdad de condiciones en el mercado relevante de telefonía móvil de Lima y Callao; y, (ii) viene incumpliendo la legislación del sector que establece la obligatoriedad de la interconexión;

5.2 Que, sostiene asimismo Tele 2000, que viene siendo objeto de trato discriminatorio por parte de TdP, toda vez que sus abonados -a diferencia de los de Moviline- no cuentan con el RAN;

5.3 Que, del análisis de las pruebas presentadas por la demandante, se llega a las siguientes conclusiones: (i) TdP se viene negando a brindar a Tele 2000 el RAN, tal como se evidencia en la comunicación GGR-123-156-96, de fecha 8 de noviembre de 1996, dirigida por el Presidente de TdP al Presidente de Tele 2000, en la que el primero manifiesta que "...tras examinar cuidadosamente la situación, Telefónica ha decidido que es contrario a su interés comercial la presencia competitiva de Tele 2000 actuando sobre su propia red" y que "en cualquier caso y para despejar cualquier duda sobre la pretendida obligación de Telefónica del Perú para dar el roaming automático, quiero manifestarte que el roaming automático no es un servicio sino una facilidad de la red por lo que no existe tal obligación; por otra parte, como sabes, el roaming se negocia y se realiza entre redes con distinta cobertura geográfica, de forma que ambas operadoras se benefician de esa mayor cobertura sin perjuicio comercial para ninguna de ellas"; y, (ii) en el año 1995, TdP emprendió una campaña publicitaria cuyo único elemento de promoción fue la cobertura nacional automática, la misma que ha relanzado en el presente año, tal como consta en los avisos publicados en diversos medios de comunicación, entre otros, en el diario "El Comercio", en los que se advierte al usuario que puede viajar a más de 50 ciudades y seguir recibiendo llamadas al mismo número en forma automática, sin necesidad de realizar ninguna solicitud o trámite; siendo Moviline, según tal campaña, el único "con Cobertura Nacional Automática (que) te permite veranear por las playas del Perú y seguir recibiendo llamadas a tu mismo número en forma automática y sin realizar ninguna solicitud o trámite";

5.4 Que, es necesario analizar si la negativa de TdP de otorgar el RAN a Tele 2000 puede ser calificada como un abuso de posición de dominio en el mercado y como una violación al principio de neutralidad;

5.5 Que, a tal efecto, debe delimitarse el mercado relevante en el que compiten TdP y Tele 2000, tanto en su dimensión geográfica como en la de los servicios en que compiten;

5.6 Que, geográficamente, el mercado relevante en que compiten TdP y Tele 2000 es el de Lima y Callao, en la medida en que la última no cuenta con una concesión para brindar el servicio en el resto del país, por lo que está impedida de captar suscriptores en dicha área;

5.7 Que, en cuanto a los servicios, el mercado relevante en que compiten TdP y Tele 2000 es el de la telefonía móvil de Lima y Callao, en virtud de que no existe otro servicio que constituya un buen sustituto de éste, debido principalmente a que tal servicio permite a sus usuarios (i) una comunicación en tiempo real con los de cualquier otra red telefónica nacional o extranjera; y, (ii) disponer del servicio en cualquier lugar, posibilitando la movilidad, a diferencia de lo que ocurre con la telefonía fija;

5.8 Que, en consecuencia, el mercado relevante para efectos de esta controversia es el del servicio público de telefonía móvil en Lima y Callao;

5.9 Que la cobertura es un recurso esencial para competir en el mercado relevante del servicio descrito, en tanto permite a los usuarios gozar de una mayor movilidad;

5.10 Que, siendo la cobertura una dimensión fundamental del servicio público de telefonía móvil, es sensato concluir que, a igualdad de las demás condiciones, los usuarios optarán por el proveedor que ofrezca la mayor cobertura, ya que ella constituye una innegable ventaja a efectos de la competencia;

5.11 Que, a partir de la fusión de ENTEL y CPTSA en TdP, esta última adquirió la titularidad de dos concesiones diferentes, a saber, Lima y Callao (Banda A) y el área denominada "Resto del Perú" -constituida por las zonas Norte, Centro y Sur- (Banda A), lo que le permitió otorgar cobertura nacional;

5.12 Que, Tele 2000 se encuentra impedida de acceder a una concesión para la operación móvil en el resto del país en virtud de decisiones institucionales, legales o de gobierno, totalmente ajenas a su estrategia empresarial, lo que significa que existe una barrera legal de entrada que le impide acceder directamente a la cobertura nacional;

5.13 Que, como consecuencia de lo anterior, TdP cuenta con el dominio del recurso esencial denominado cobertura, lo que le ha otorgado la capacidad de afectar de manera importante las condiciones de participación de otras empresas en el mercado de telefonía móvil;

5.14 Que, para que Tele 2000 pueda competir en igualdad de condiciones en el mercado relevante de telefonía móvil de Lima y Callao, es necesario que tenga la misma oportunidad que tiene su competidor de acceder a la cobertura nacional y ofrecérsela a sus usuarios;

5.15 Que el roaming, al permitir que los usuarios de un determinado concesionario de telefonía móvil puedan efectuar y recibir llamadas telefónicas en un área de concesión distinta, constituye el único mecanismo por el cual Tele 2000 podría ofrecer a sus usuarios el disfrute del atributo de movilidad en una cobertura de dimensión nacional;

5.16 Que, tal como consta en la carta GGR-123-156-96 a que se refiere el párrafo 5.3 precedente, TdP ha negado de manera explícita a Tele 2000 la posibilidad de llegar a un acuerdo que permita a esta última brindar el RAN;

5.17 Que, no existe impedimento técnico alguno para que TdP otorgue el RAN a Tele 2000;

5.18 Que, la negativa de TdP a otorgar el RAN a Tele 2000 no puede ser entendida como una estrategia válida de mercadeo destinada a diferenciar su producto, puesto que para ello el posicionamiento del producto no debería provenir de la explotación de una barrera de entrada;

5.19 Que, desde otra perspectiva, el negar el RAN no contribuye a las economías de ámbito o de escala de TdP, sino que constituye única y exclusivamente la imposición de una barrera de entrada que no se justifica en términos de eficiencia económica;

5.20 Que, la demandada no ha esgrimido otra razón que justifique su negativa de brindar el RAN a Tele 2000, por lo que ésta es injustificada;

5.21 Que, la negativa injustificada de TdP de satisfacer la demanda del roaming es claramente indicativa del aprovechamiento de su dominio sobre el recurso esencial denominado cobertura, con el objeto de promover alguna ventaja que impide, limita, restringe, distorsiona y, en general, afecta, la competencia en el mercado de telefonía móvil de Lima y Callao, práctica tipificada en el literal a) del artículo 5° del Decreto Legislativo N° 701 como un supuesto de abuso de posición de dominio en el mercado;

5.22 Que, adicionalmente, la conducta de TdP descrita en los párrafos precedentes configura un supuesto de trato discriminatorio, ya que en la actualidad TdP otorga a los usuarios de Tele 2000 únicamente el roaming manual -lo que implica un procedimiento cuasi-administrativo- ⁽⁴⁾, en tanto que a los suyos les ofrece el ran, lo que significa que tales abonados, sin necesidad de proceder a efectuar trámite o procedimiento alguno, gozan directamente de un atributo de la telefonía móvil que facilita el flujo de las comunicaciones entre los individuos y el tráfico comercial entre los agentes

(4) Presentación de una solicitud a la empresa con la que el abonado ha contratado el servicio, asignación de un nuevo número y su programación en el equipo terminal del suscriptor, comunicación de la empresa con la operadora en provincias y activación por parte de ésta última.

económicos, con la consiguiente reducción de los costos de transacción;

5.23 Que, por lo anterior, Tele 2000 se encuentra en una clara posición de desventaja en relación al servicio público de telefonía móvil que brinda TdP;

5.24 Que, la práctica discriminatoria que coloca a unos competidores en situación desventajosa frente a otros está tipificada en el literal b) del artículo 5° del Decreto Legislativo N° 701 como abuso de posición de dominio en el mercado;

5.25 Que, asimismo, al negarle el ran a Tele 2000 y ofrecérselo a sí mismo -a través de Moviline-, TdP está atentando contra el principio de neutralidad en el mercado del servicio público de telefonía móvil de Lima y Callao, tal como ha sido definido por el artículo 9° del Reglamento General del TUO ⁽⁵⁾;

5.26 Que, el comportamiento de TdP, de un lado, reduce el bienestar de los abonados o usuarios de Tele 2000, puesto que se ven impedidos de acceder a la cobertura nacional; y, de otro lado, el de sus propios abonados o usuarios, que tampoco tienen la posibilidad de beneficiarse de la cobertura de un abonado de Tele 2000, sin que en ninguno de los casos exista reducción de costos para la sociedad;

5.27 Que, el argumento de TdP de que no es conveniente dar el RAN a Tele 2000 en razón de que con ello se reduciría el valor de la Banda "B" en provincias -con la consecuente pérdida para el Estado- no sólo debe ser descartado por su muy discutible fundamento económico, sino -y sobre todo- por no constituir un argumento que corresponda ser invocado por TdP, al no pertenecer al ámbito de sus intereses patrimoniales o morales, de un lado, y al ser éste un tema ajeno a los alcances de la presente controversia, de otro lado;

5.28 Que, por lo expuesto en la parte considerativa de la presente resolución, este Cuerpo Colegiado Ordinario ha llegado a las siguientes conclusiones: (i) TdP ha incurrido en una infracción tipificada como muy grave por el artículo 31° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones en la Prestación de Servicios Públicos de Telecomunicaciones ⁽⁶⁾, por lo que le

⁽⁵⁾ Artículo 9° del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones: "Por el principio de neutralidad, el concesionario de un servicio 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 afectar la calidad del servicio".

⁽⁶⁾ Artículo 31° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones en la Prestación de Servicios Públicos de Telecomunicaciones: "La empresa prestadora de servicios públicos de telecomunicaciones que ejerza actividades en materia de telecomunicaciones que constituyan abuso de una posición de dominio en el mercado o que realice prácticas

es aplicable la sanción correspondiente; y, (ii) resulta necesaria la expedición de criterios y parámetros en virtud de los cuales se garantice la vigencia de los principios de neutralidad y no discriminación en la prestación del servicio de telefonía móvil en Lima y Callao, sin perjuicio de los acuerdos a que pudiesen llegar las partes en el contexto de una relación jurídico-patrimonial;

5.29 Que, de conformidad con el inciso iii) del artículo 10° del Reglamento del OSIPTEL, esta institución, en ejercicio de su potestad regulatoria y normativa, puede, en materias de su competencia, dictar resoluciones de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las empresas operadoras o de los usuarios;

5.30 Que, de conformidad con dicha facultad imperativa o de mando -la misma que de acuerdo a la doctrina más autorizada sobre el tema ⁽⁷⁾ no es reglada sino discrecional- OSIPTEL puede valorar las necesidades generales y la forma de satisfacerlas, resolviendo lo necesario de conformidad con el espíritu de la ley;

5.31 Que, en tal sentido, en uso de las atribuciones que le han sido legalmente asignadas, OSIPTEL puede dictar una resolución instaurando una relación jurídico-patrimonial entre dos empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones, en virtud de la cual dichas empresas puedan asumir recíprocos derechos y obligaciones relativos a los servicios que prestan, dentro de un esquema de leal y efectiva competencia, neutralidad y no discriminación;

5.32 Que, en el presente caso, la única vía para asegurar la libre competencia en el mercado de telefonía móvil de Lima y Callao es el otorgamiento del RAN por TdP a Tele 2000, que permita a esta última competir en igualdad de condiciones con TdP en dicho mercado;

5.33 Que, en consecuencia, OSIPTEL se encuentra en la capacidad legal de imponer a TdP la obligación de brindar a Tele 2000 el RAN, denominado por la primera "cobertura nacional automática";

5.34 Que, en su escrito de alegato presentado con fecha 25 de junio de 1997, TdP sostiene que se encuentra "en todo su derecho de no celebrar un contrato en el cual sólo se beneficia la otra parte", afirmación que carece de sustento en la medida en que el establecimiento del RAN en favor de Tele 2000 (i) incrementará el tráfico dirigido desde su propia red, y, en consecuencia, los beneficios de TdP; y, (ii) ofrecerá un trato más ventajoso a sus propios abonados, que contarán con las facilidades de comunicarse automáticamente con los abonados de Tele 2000 que estén ubicados fuera de la circunscripción de Lima y Callao;

restrictivas que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia, incurrirá en infracción muy grave y será sancionada con una multa equivalente a entre treinta (30) y cincuenta (50) UIT..."

(⁷) En ese sentido, ver MARIENHOFF, Miguel...: Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, pp. 100 y ss.

6. Consideraciones procesales

6.1 Que, por necesidad legal y lógica, resulta indispensable que este Cuerpo Colegiado explicita la cuestión acerca de si sus decisiones en la presente controversia se estarían apartando o no del contenido de los dictámenes periciales emitidos por las Gerencias del OSIPTEL, por lo que declara, en tal sentido, que resultan irrelevantes las eventuales diferencias existentes entre los dos informes emitidos por la Gerencia de Estudios Económicos, y entre ellos y la presente Resolución, de un lado, así como las eventuales diferencias existentes entre el Informe de la Gerencia Legal y la presente Resolución, de otro lado, por cuanto los integrantes del CCO que la suscriben declaran de manera inequívoca que cualquier diferencia entre los mencionados informes y la presente resolución debe ser esclarecida en el sentido de que los suscribientes conforman el número de votos requerido para resolver, en el peor de los casos, en un sentido distinto al propuesto por los informes de las Gerencias, de conformidad con el artículo 43° del Reglamento General del OSIPTEL para la Solución de las Controversias en la Vía Administrativa;

6.2 Que, la existencia de dictámenes distintos emitidos por la Gerencia de Estudios Económicos del OSIPTEL en razón de la inclusión o exclusión del roaming como componente de la denominada interconexión, resulta a todas luces irrelevante a efectos de esta resolución, que no tiene su base en la obligatoriedad de la interconexión sino en la prohibición de prácticas reñidas con la libre y leal competencia entre los operadores de los servicios públicos de telecomunicaciones, y, en particular, con aquéllas que impliquen un abuso de la posición dominante en el mercado;

6.3 Que, la alegada incompetencia del OSIPTEL para conocer de esta controversia, por parte de TdP, no fue opuesta en la forma de excepción expresamente prevista por el artículo 30° del Reglamento General de OSIPTEL para la Solución de las Controversias en la Vía Administrativa, por lo que tal alegación debe ser declarada improcedente;

De conformidad con lo establecido en el artículo 77°, incisos 1° y 4° y el artículo 78° del Texto Unico Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones (TUO), con el artículo 7° de la Ley N° 26285, con el artículo 9° del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, con el artículo 4°, el inciso b) del artículo 5° y los artículos 6°, inciso j), y 23° del Decreto Supremo N° 62-94-PCM, Reglamento del OSIPTEL, con los artículos 4° y 43° del Reglamento General para la Solución de Controversias en la Vía Administrativa del OSIPTEL, con los artículos 75°, 341° y 429° del Código Procesal Civil, con el artículo 5° del Decreto Legislativo N° 701, con los artículos 84° y 85° del Texto Unico Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos y con el artículo 31° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones en la Prestación de Servicios Públicos de Telecomunicaciones;

RESUELVE:

Artículo Primero.- Declarar que la negativa de TdP de otorgar a Tele 2000 el Roaming Automático Nacional (RAN) constituye abuso de posición de dominio en el mercado del servicio público de telefonía móvil en Lima y Callao, así como de violación del principio de neutralidad, de conformidad con lo expresado en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo Segundo.- Declarar que TdP, al haberse negado injustificadamente a facilitarle el RAN a Tele 2000, ha 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 imponer, en consecuencia, a dicha empresa, una multa equivalente a cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), importe que será abonado al quedar consentida y ejecutoriada la presente resolución, bajo apercibimiento de cobranza coactiva.

Artículo Tercero.- Declarar que la alegación de TdP en el sentido de que este CCO carece de competencia para resolver la presente controversia es improcedente, por no haberse opuesto como excepción en la etapa procesal correspondiente; o, en todo caso, infundada, por no haberse sustentado razonablemente en el ordenamiento jurídico vigente.

Artículo Cuarto.- Disponer que TdP establezca con Tele 2000 una relación jurídico-patrimonial que, con independencia de lo prescrito por la resolución cautelar y necesariamente provisional que este CCO dicta en la fecha en el Expediente Cautelar, permita el acceso de Tele 2000 y sus usuarios al RAN o Cobertura Nacional Automática.

En la referida relación jurídico-patrimonial, ambas partes, en un plazo que no excederá de los treinta (30) días hábiles posteriores a la fecha de notificación de la presente resolución, deberán establecer las condiciones técnicas, operativas y económicas, de conformidad con las siguientes reglas:

a) TdP deberá conceder el RAN a Tele 2000 en condiciones técnicas, operativas y económicas propias de una operación de mercado razonable y no inferiores a las que ha fijado para el servicio de telefonía móvil denominado Moviline;

b) Salvo que ambas partes decidan en su oportunidad algo distinto, su relación jurídica patrimonial podrá terminar a solicitud de TdP y previa aprobación de OSIPTEL, en caso que se cumplan una de las dos siguientes condiciones: (i) que Tele 2000 obtenga la concesión de la Banda "B" en provincias y que ésta se encuentre instalada y plenamente operativa dentro del plazo establecido en el respectivo contrato de concesión, al cabo del cual y para efectos de esta cláusula, se considerará como instalada y operativa; o, (ii) que Tele 2000 haya suscrito un acuerdo de RAN con un tercero adjudicatario de la Banda "B" en provincias, y que dicha banda se encuentre plenamente operativa y el acuerdo correspondiente esté vigente. La aprobación de OSIPTEL no será necesaria en el caso que sea Tele 2000 la que

opte por no continuar beneficiándose con lo determinado en el presente artículo.

Artículo Quinto.- Encárguese a la Gerencia General del OSIPTEL la adopción de las medidas complementarias necesarias para que, al vencimiento del plazo a que se refieren los artículos anteriores, aseguren el cumplimiento de la presente resolución en sus diferentes aspectos, en especial en el económico.

Artículo Sexto.- Los términos de la relación jurídico-patrimonial que establezcan ambas partes deberán ser notificados al OSIPTEL dentro de los diez (10) días hábiles posteriores a la fecha del establecimiento de la misma.

Artículo Sétimo.- Ordenar que, una vez consentida y ejecutoriada la presente Resolución, sea publicada en el diario oficial "El Peruano", de conformidad con las reglas aplicables, y a cuenta de la demandada.

COMUNIQUESE Y ARCHIVESE

Con la firma de los señores :

- Alberto Bustamante Belaunde
- Shoschana Zusman Tinman
- Alberto Pascó-Font Quevedo
- Juan Kaiser Fontana
- Hugo Eyzaguirre del Sante