

Expediente 002-2001

RESOLUCIÓN N° 038-2001-CCO/OSIPTEL

Lima, 6 de noviembre de 2001.

El Cuerpo Colegiado Ordinario (en adelante el CCO) a cargo de la controversia entre Bellsouth Perú S.A. (en adelante BELLSOUTH) y Telefónica Móviles S.A.C. (en adelante TELEFÓNICA MÓVILES) sobre supuesto incumplimiento contractual y supuestos actos de abuso de posición de dominio:

VISTOS:

El expediente N° 002-2001, correspondiente a la controversia entre BELLSOUTH contra TELEFÓNICA MÓVILES sobre supuesto incumplimiento contractual y supuestos actos de abuso de posición de dominio.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

- I.1 Mediante Resolución 440-91-TC/15.17, BELLSOUTH (antes Tele 2000 S.A) obtuvo la concesión para prestar el servicio de telefonía móvil en Lima y Callao (Zona I).
- I.2 Mediante Mandato N° 001-PD-97/OSIPTEL de fecha 4 de diciembre de 1997, se dispuso que Telefónica del Perú S.A. (en adelante TELEFÓNICA) otorgue a los usuarios de Tele 2000 S.A. acceso al Roaming Automático Nacional (en adelante RAN).
- I.3 Teniendo como antecedente el mencionado Mandato, con fecha 13 de mayo de 1998, Tele 2000 S.A. (hoy BELLSOUTH) y TELEFÓNICA suscribieron el Acuerdo Relativo a Procedimientos sobre Liquidaciones de Tráfico, Facturación y Pagos (en adelante el Acuerdo de RAN), el mismo que permitiría a los usuarios de BELLSOUTH tener acceso al RAN hasta el 24 de mayo de 1999.
- I.4 Con fecha 1 de junio de 1998, Tele 2000 S.A. suscribió con el Estado el contrato de concesión que le adjudicaba la Banda B en la Zona II, lo que le permitía iniciar la prestación del servicio a los abonados en otras ciudades distintas de Lima y Callao. En virtud a dicha concesión, en agosto de 1999 BELLSOUTH inició sus operaciones en Arequipa y a partir de marzo de 2000 en otros departamentos tales como Cuzco, Trujillo, Juliaca, Tacna, Ica, Huancayo, Chiclayo, Piura, Chimbote e Iquitos.
- I.5 Con fecha 26 de marzo de 1999, Tele 2000 S.A. y TELEFÓNICA suscribieron el Primer Addendum del Acuerdo de RAN, el cual extendió el plazo de vigencia del mismo hasta el 31 de agosto de 2001 y modificó algunos términos de la relación contractual.

- I.6 Con fecha 6 de setiembre de 1999, BELLSOUTH hizo llegar a TELEFÓNICA vía fax, el proyecto del Segundo Addendum del Acuerdo de RAN mediante el cual solicitó una nueva modificación del mismo. Desde esa fecha ambas partes continuaron cursándose comunicaciones¹ a fin de llegar a un acuerdo para la adecuación del Acuerdo de RAN. No obstante, el proyecto de Segundo Addendum nunca fue suscrito por TELEFÓNICA MÓVILES.
- I.7 De conformidad con la Resolución 250-98-MTC/15.03, TELEFÓNICA transfirió a TELEFÓNICA MÓVILES la concesión para prestar el servicio de telefonía móvil en la banda A, Zona I y Zona II, la misma que entró en vigencia a partir del 1 de enero de 2000.
- I.8 Con fecha 12 de marzo de 2001, TELEFÓNICA MÓVILES remitió a BELLSOUTH la Carta N° TM-350-A-007-01, mediante la cual señalaba que, habiendo transcurrido más de seis meses desde el inicio de las negociaciones para determinar el monto que se pagaría por la prestación del RAN a los abonados de provincias de BELLSOUTH y no habiéndose puesto de acuerdo en el mismo, se efectuaría el corte del RAN para los indicados abonados a partir del día 16 de marzo de 2001 a las 00:00 horas.
- I.9 Con fecha 13 de marzo de 2001, BELLSOUTH interpuso ante el OSIPTEL una demanda para solucionar su controversia con TELEFÓNICA MÓVILES, por la comisión de supuestos actos de abuso de posición de dominio, así como por haber supuestamente incumplido disposiciones contractuales existentes entre dichas empresas.
- I.10 En la misma fecha BELLSOUTH solicitó una medida cautelar de no innovar a fin de que se impidiera que TELEFÓNICA MÓVILES cortara el RAN a sus usuarios de provincias. La medida cautelar fue concedida mediante Resolución N° 001-2001-MC1-CCO/OSIPTEL y precisada mediante Resolución N° 004-2001-MC1-CCO/OSIPTEL.
- I.11 Con fecha 6 de abril de 2001 se expidió la Resolución N° 005-2001-CCO/OSIPTEL, mediante la cual (i) se tuvo por aclarada la pretensión de BELLSOUTH referida a la devolución de montos indebidamente cobrados o retenidos y (ii) se estableció la no inclusión de TELEFÓNICA y Telefónica Data S.A.C. en la controversia por los supuestos cortes de DIGIRED, señalando que dichos cortes no guardan relación directa con el acuerdo de RAN materia de la controversia, sino que es un tema materia de una relación contractual distinta.
- I.12 Debido a la decisión de BELLSOUTH de resolver unilateralmente el Acuerdo de RAN y su respectivo Addendum, y ante la solicitud de TELEFÓNICA MÓVILES, mediante Resolución N° 008-MC1-2001-CCO/OSIPTEL de fecha 31 de julio de 2001 se ordenó el levantamiento de la medida cautelar dictada por el CCO.
- I.13 Con fecha 1 de agosto de 2001, ambas partes acordaron declarar resuelto el Acuerdo de RAN y su respectivo Addendum.
- I.14 En el transcurso de la controversia BELLSOUTH ha manifestado que presta el servicio de telefonía móvil en más 140 localidades de provincias, siendo dicho número superior a las 170 localidades a partir de octubre de 2001. En 34

¹ Ver comunicaciones remitidas por BELLSOUTH y TELEFÓNICA MÓVILES que obran en los folios 218 y 228 del Expediente.

localidades BELLSOUTH es la única empresa que presta servicios de telefonía móvil.

II. FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA Y CONTESTACION

II.1 BELLSOUTH fundamenta su demanda principalmente en los siguientes argumentos:

- a) TELEFÓNICA MÓVILES hace una interpretación forzada de los acuerdos suscritos con BELLSOUTH, al desconocer que fue intención de las partes que la prestación del RAN se efectuara tanto para los usuarios de BELLSOUTH de Lima y Callao cuanto para los usuarios de provincias, porque ni en el Acuerdo de RAN ni en su primer Addendum se efectuó discriminación alguna en cuanto a Lima/Callao y provincias respecto del consumo de los minutos mensuales pactados.
- b) Tanto el Mandato, cuanto el Acuerdo de RAN y el primer Addendum establecen la obligación de brindar el servicio a los usuarios de BELLSOUTH sin hacer distinción entre usuarios de Lima y Provincias.
- c) TELEFÓNICA MÓVILES ha confirmado con su conducta la posición de BELLSOUTH debido a que brindó el RAN sin hacer distinción entre los abonados itinerantes de Lima y Callao y los del resto del país, sin objetar ningún punto de los acuerdos celebrados hasta el 11 de setiembre de 2000. En tal sentido, y en virtud de la doctrina de los actos propios y el principio de buena fe, no debe quedar duda que la intención de las partes y la adecuada interpretación del contrato era que se brindara el RAN sin distinguir si se trataba de usuarios de Lima y Callao o usuarios de provincias.
- d) Existe una barrera económica para que en el corto o en el mediano plazo otras empresas presten el mismo servicio. Tal barrera está constituida por la considerable inversión en ampliar la red, inversión que no se justifica por el poco tráfico que podría generar, por lo que no es coherente en términos de eficiencia económica que otra empresa invierta en una infraestructura adicional a la de TELEFÓNICA MÓVILES.
- e) El recurso de roaming es esencial para competir en el mercado relevante, por lo que, para competir en igualdad de condiciones, BELLSOUTH requiere tener la misma oportunidad de acceder a la cobertura nacional que TELEFÓNICA MÓVILES.
- f) TELEFÓNICA MÓVILES ha utilizado su posición de dominio para desconocer sus compromisos contractuales para obligar a BELLSOUTH a una renegociación y para imponer condiciones tan exigentes para la renegociación que, en la práctica, se trata de una negativa indirecta a contratar.
- g) TELEFÓNICA MÓVILES no hubiera podido actuar desconociendo el acuerdo existente con el objetivo de obtener una ventaja, si no fuera por la posición de dominio que ejerce sobre el recurso cobertura, debido a que BELLSOUTH se vio obligado a renegociar con ésta ante una amenaza de corte de RAN.
- h) TELEFÓNICA MÓVILES solicitó por ofrecer el RAN US\$1'344 884.00, siete veces más de lo que estaba pagando BELLSOUTH, debiendo tomarse en consideración que BELLSOUTH ni siquiera consumía la cantidad de minutos

que estaba pagando. Aún cuando la oferta se redujo, resultaba desproporcionado pagar US\$ 220,000 adicionales por 64,162 usuarios cuando BELLSOUTH pagaba tan solo US\$ 180,000 por los 312,757 abonados de Lima. Actuando de esta manera, TELEFÓNICA MÓVILES estaba demostrando que no quería llegar a ningún acuerdo, por ser condiciones absolutamente desproporcionadas.

- i) TELEFÓNICA MÓVILES debe implantar el sistema ATACS o, en su caso, devolver todos los montos que BELLSOUTH ha pagado por fraude y que son consecuencia de la no implantación del sistema antifraude.
- j) El Mandato recogió la posición de TELEFÓNICA MÓVILES en el sentido de implantar un sistema antifraude y amparó la posición de BELLSOUTH de pagar sólo una parte proporcional de este sistema.
- k) En el Acuerdo de RAN se ha dejado establecido que en tanto no se instale el sistema ATACS antifraude, el uso fraudulento del RAN se fiscalizará por la modalidad de control de consumo el cual se utilizaría como una medida temporal hasta implementar el sistema antifraude en abril de 1998.
- l) TELEFÓNICA MÓVILES ha incumplido con el contrato de RAN porque no reporta la ubicación exacta donde se encuentra el usuario que utilizó el servicio, sino únicamente la zona de la cual proviene. Esto repercute en la facturación que efectúa BELLSOUTH.
- m) TELEFÓNICA MÓVILES ha venido cobrando por el RAN a BELLSOUTH la suma de hasta US\$0.62 por minuto, tal como se ha convenido en los acuerdos suscritos entre las partes. No obstante, TELEFÓNICA MÓVILES ofrece a sus usuarios el mismo servicio por la mitad de precio para llamadas entrantes e inclusive en el caso de clientes corporativos lo brinda gratis. Por el precio que cobra TELEFÓNICA MÓVILES a BELLSOUTH, a esta última no le es posible igualar la oferta de TELEFÓNICA MÓVILES, colocándola en una situación que distorsiona la competencia. Esto configura infracciones al artículo 5° inciso b) del Decreto Legislativo 701° y al artículo 9° del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones.
- n) TELEFÓNICA MÓVILES ha venido cortando el RAN en localidades del país donde ni siquiera dudaba de su obligación de brindar el servicio; hechos que minan la capacidad competitiva de BELLSOUTH.
- o) TELEFÓNICA MÓVILES tiene posición de dominio, no en el mercado relevante, pero sí en otro mercado que le permite perjudicar a los competidores y afectar la libre competencia.
- p) Dado que TELEFÓNICA MÓVILES tiene posición de dominio, puede abusar de dicha posición para afectar la competencia en su beneficio.
- q) El mayor cobro por RAN así como la obligación que se le impone de comprar una bolsa de minutos mínima constituye una conducta que contraviene el principio de neutralidad y afecta la competencia entre TELEFÓNICA MÓVILES y los otros competidores en el mercado.
- r) El Addendum del Acuerdo fue suscrito con TELEFÓNICA MÓVILES cuando ya se había otorgado la concesión de la Banda B en la Zona II a BELLSOUTH,

por lo que, no puede desconocer que en el momento de la suscripción se tomó en cuenta a todos los usuarios de BELLSOUTH, sin distinción alguna. El hecho de no haber modificado el Anexo I del Acuerdo, que describía el área de concesión de BELLSOUTH, no puede prevalecer sobre el hecho de que BELLSOUTH se adjudicó la Banda B.

- s) El objeto del Acuerdo de RAN era la posibilidad de BELLSOUTH de utilizar la red de TELEFÓNICA MÓVILES. No es relevante para qué o para quienes utilizaría BELLSOUTH los minutos contratados, pues lo importante es que pagaría por ellos y TELEFÓNICA MÓVILES ganaría con el tráfico cursado.
- t) Cuando BELLSOUTH suscribió el Addendum con TELEFÓNICA MÓVILES acordó una mayor cantidad de minutos para sus usuarios, lo que excedía en gran medida el tráfico utilizado por sus abonados en la Zona I, lo que constituye un claro indicio de que la intención de las partes era que el RAN fuese facilitado a todos los usuarios de BELLSOUTH, sin discriminar el lugar de origen de las llamadas.
- u) El Mandato, emitido por OSIPTEL, fue consecuencia de la controversia de RAN anterior entre las partes. Tanto el Acuerdo como su Addendum fueron celebrados libremente entre las partes, sin tener en cuenta la decisión tomada por OSIPTEL en el indicado Mandato.
- v) Luego de la expedición del Mandato, BELLSOUTH y TELEFÓNICA MÓVILES sostuvieron negociaciones a fin de desarrollar las disposiciones contenidas en éste. En dichas negociaciones, las partes acordaron que TELEFÓNICA MÓVILES instalaría el sistema antifraude Bedford (software) en abril de 1998 y que, mientras no lo hiciera, se utilizaría la modalidad de control de consumo.
- w) En agosto de 1998, TELEFÓNICA MÓVILES implantó en su red el sistema antifraude ATACS, no haciéndolo para los usuarios de BELLSOUTH y desconociendo las obligaciones asumidas continuó fiscalizando el fraude, aplicando la modalidad de control de consumo.
- x) El principio de no discriminación consagrado en el marco legal del mercado de telecomunicaciones no exige necesariamente que una empresa tenga posición de dominio para que se configure el ilícito, de discriminación de precios, donde es suficiente la aplicación de condiciones desiguales.

II.2 TELEFÓNICA MÓVILES contestó la demanda, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, principalmente en virtud de los siguientes argumentos:

- a) El Acuerdo de RAN se basó en la decisión adoptada por OSIPTEL cuyo fundamento radicaba en la existencia de una supuesta ventaja competitiva que afectaba a BELLSOUTH en el mercado relevante analizado en dicha controversia y que estaba constituido exclusivamente por la Zona I.
- b) En el anexo 1 del Acuerdo de RAN se establece que el área de explotación en el caso de Tele 2000 es el área identificada como Zona I. No se incluye en la definición la Zona II, cuya concesión ya había sido otorgada a BELLSOUTH. Cuando se suscribe el Primer Addendum no se modificó el anexo 1 del contrato.

- c) El 6 de setiembre de 1999 BELLSOUTH propuso la suscripción de un Segundo Addendum, mediante el cual pretendía ampliar el alcance del roaming para que se brindara a los usuarios de BELLSOUTH de provincias. No obstante, este Addendum no fue suscrito.
- d) El Acuerdo de RAN tiene como causal de suspensión del servicio (cláusula XII) el hecho de que BELLSOUTH preste servicios fuera de su área de concesión en Lima por lo que es evidente que el objeto del acuerdo no podría comprender provincias.
- e) El Mandato dictado por OSIPTEL señala que la determinación de los valores económicos se efectuó en tercer lugar considerando la participación estimada de los usuarios de Tele 2000 S.A. en las instalaciones celulares de TELEFÓNICA en la Zona II. Por ello, solo podía tomarse en consideración los usuarios en Lima por cuanto aún BELLSOUTH no tenía concesión en provincias.
- f) Los servicios prestados por TELEFÓNICA MÓVILES no pueden ser analizados según la doctrina de los actos propios por cuanto su materialización obedecía a la aceptación de un pedido de BELLSOUTH de dar el RAN a los usuarios de provincias en tanto ambas empresas se ponían de acuerdo en todas las condiciones contractuales para tal efecto.
- g) Es falso que TELEFÓNICA MÓVILES sea el único operador de servicios móviles en todo el territorio debido a que todas las áreas han sido subastadas. Tanto BELLSOUTH cuanto TIM Perú S.A.C. están habilitadas para dar la facilidad del roaming.
- h) No puede hacerse una división entre Area de Competencia y Area Restringida debido a que en ambas zonas BELLSOUTH tiene la facultad y la obligación de prestar el servicio. Si no presta el servicio es un hecho imputable a ellos.
- i) No obstante tener mayor número de usuarios, TELEFÓNICA MÓVILES no tiene posición de dominio porque no puede actuar con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores debido a distintos factores.
- j) La competencia no significa que todos los competidores sean iguales, sino que cada cual compita sobre la base de sus ventajas competitivas legítimamente adquiridas.
- k) Es falso que existan barreras de entrada. BELLSOUTH al hacer su oferta económica para la subasta de la Banda B tuvo que efectuar un estudio de las inversiones que debía hacer. Según los Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Libre Competencia en el Ambito de las Telecomunicaciones, las barreras son costos en los que incurre la entrante y no la establecida. En este caso, quien ha hecho grandes inversiones es TELEFÓNICA MÓVILES.
- l) Al señalar BELLSOUTH que no es coherente que otra empresa invierta en infraestructura, está cuestionando el hecho que el Estado haya dispuesto la existencia de 2 bandas y la concesión de PCS con cobertura nacional.
- m) Es contradictorio que se señale que se ha impuesto condiciones de renegociación tan difíciles que imposibiliten llegar a un acuerdo debido a que

hubo propuestas y contrapropuestas habiéndose llegado a un acercamiento. Asimismo no se obligó a BELLSOUTH a renegociar, debido a que para facilitar las negociaciones se comenzó a brindar el RAN a los usuarios de provincias.

- n) La figura sancionable es la negativa injustificada a contratar. Si TELEFÓNICA MÓVILES no aceptó la propuesta final de BELLSOUTH fue porque: i) no la consideraba una adecuada contraprestación frente a lo que BELLSOUTH obtendría: mayor valor comercial debido a la cobertura sin haber invertido en infraestructura; ii) no se cumplía el objetivo principal de los Acuerdos del RAN que es la mutua conveniencia, a fin de que ambas empresas puedan ampliar su cobertura. Y en este caso, el único que se beneficia con la mayor cobertura es BELLSOUTH.
- o) Brindar el roaming significaba otorgar una ventaja competitiva producto de la prescindencia de inversiones necesarias para expandir la red de telecomunicaciones de la empresa que lo solicitó
- p) El hecho de que TELEFÓNICA MÓVILES pretenda que sus inversiones sean adecuadamente retribuidas es legítimo, y este derecho redundará además en beneficio de los usuarios que no viven en las principales ciudades y que requieren que empresas inviertan en infraestructura para tener un servicio competitivo, lo que no se logra sin inversión, puesto que el roaming sólo beneficia a los abonados itinerantes, pero no a los que no se desplazan de dichas zonas.
- q) Respecto de la alegación de BELLSOUTH referida a que TELEFÓNICA MÓVILES estaba obligada a establecer a su favor el sistema ATACS antifraude manifiesta que: i) el Mandato sólo establece un pago de US\$ 76,239 por la instalación del sistema antifraude. Este pago correspondía a la modalidad control de consumo, porque se trataba de un pago único y en ese entonces no se contaba con el sistema ATACS ni con el costo que éste implicaría; ii) en el acuerdo de RAN se estableció que mientras no se acordaran los términos de implementación del sistema ATACS se encontraría vigente el sistema control de consumo periódico. Este último implicaba un pago por parte de BELLSOUTH quien no puede pretender que sea un servicio gratuito. Por tanto, el pago efectuado por BELLSOUTH correspondía a la modalidad de control de consumo; iii) se acordó que la implantación del ATACS se efectuaría con posterioridad, aunque era necesario que las partes establecieran las condiciones económicas para la misma y BELLSOUTH y TELEFÓNICA MÓVILES aún no las han establecido; iv) el artículo 10 del Mandato y la cláusula VIII del Acuerdo establecen que los riesgos por uso fraudulento del RAN por parte de los usuarios de BELLSOUTH deben ser asumidos en su totalidad por ésta; v) el sistema ATACS no es la solución para la clonación porque TELEFÓNICA MÓVILES lo tiene y aún tiene problemas de fraude, por lo que no puede imputarles el perjuicio de la clonación.
- r) En la sección titulada “Procedimiento General de la Facilidad de roaming a brindarse a TELE 2000” del Acuerdo de RAN, modificado por la cláusula 3 del primer Addendum se establece la información que debe remitir TELEFÓNICA MÓVILES a BELLSOUTH y en ningún momento se indica la obligación de enviar a BELLSOUTH a efectos de la facturación, el detalle de las localidades donde se ha hecho uso del RAN, sino sólo la zona.

- s) No existe discriminación debido a que la previsión del inciso b) del art. 5 del 701° es tratar de manera diferente a quienes se encuentren en igualdad de condiciones y es evidente que BELLSOUTH y los clientes de TELEFÓNICA MÓVILES no se encuentran en igualdad de condiciones ya que BELLSOUTH es su operador, que puede obtener por sí mismo la facilidad del RAN y los clientes son consumidores finales que no pueden hacerlo.
- t) Respecto del supuesto incumplimiento del principio de neutralidad, éste está referido a servicios y no a facilidades. Asimismo, TELEFÓNICA MÓVILES no ha aprovechado su supuesta posición de dominio para aplicar condiciones ventajosas a otros servicios debido a que el roaming es un servicio propio de TELEFÓNICA MÓVILES y es legítimo que lo preste a sus usuarios en condiciones más ventajosas que a sus competidores.
- u) El CCO carece de competencia para resolver los tres primeros puntos controvertidos fijados, porque en el Acuerdo las partes pactaron que cualquier controversia sobre la ejecución o interpretación del convenio sería sometida a un tribunal arbitral.
- v) BELLSOUTH pretende con su demanda que el Acuerdo y el Addendum sean interpretados contra su texto expreso contraviniendo el artículo 1361° del Código Civil.
- w) El Acuerdo de RAN se origina en el Mandato dictado por el regulador, y por ello, sólo podía referirse a las materias consideradas directamente en el mismo. Nada puede llevar a concluir que las partes quisieron ampliar los alcances de lo expresamente dispuesto por el regulador.
- x) En la segunda cláusula del Addendum las partes estipularon que durante el segundo período de extensión del Acuerdo la prestación de la facilidad RAN excluiría la totalidad de las ciudades ubicadas fuera de la Zona I, lo que se lograba exigiendo que BELLSOUTH instalara infraestructura propia en esas ciudades.
- y) BELLSOUTH sostiene que TELEFÓNICA MÓVILES ha incumplido con proporcionar la información que ellos denominan como SID “identificador del lugar de donde proviene la llamada”, cuando dicha sigla, según la Guía de Asignación y Procedimientos del SID (la cual se aplica a nivel internacional y de manera oficial), significa “System Identification Number” que traducido al español tiene el significado de “Sistema de Identificación del Número”. Se trata de un sistema que tiene por función identificar la central de donde se origina la llamada permitiendo enrutar las llamadas de los roamers (quienes usan el servicio de Roaming); no es finalidad del SID brindar información exacta sobre la ubicación del móvil.
- z) TELEFÓNICA MÓVILES no cuenta con posición de dominio en el mercado de provisión de RAN, por lo que no es posible que haya cometido las infracciones contra la libre competencia señaladas por BELLSOUTH en su demanda.

III. PUNTOS CONTROVERTIDOS

De conformidad con lo señalado en la Resolución N° 019-2001-CCO/OSIPTEL de fecha 21 de junio de 2001, los puntos controvertidos materia de la presente controversia son los siguientes:

III.1 Primer punto controvertido:

Determinar si TELEFÓNICA MÓVILES se encuentra, en virtud al Acuerdo Relativo a Procedimientos sobre Liquidaciones de Tráfico, Facturación y Pagos de fecha 13 de marzo de 1998 y su respectivo Addendum, a brindar la facilidad de RAN para los usuarios de BELLSOUTH de provincias y, de ser así, si ha cumplido con dicha obligación.

III.2 Segundo punto controvertido:

Determinar si TELEFÓNICA MÓVILES se encuentra obligada, en virtud al Acuerdo Relativo a Procedimientos sobre Liquidaciones de Tráfico, Facturación y Pagos de fecha 13 de marzo de 1998 y su respectivo Addendum, a implementar el sistema ATACS antifraude y, de ser así, si ha cumplido con dicha obligación.

III.3 Tercer punto controvertido:

Determinar si TELEFÓNICA MÓVILES se encuentra obligada, en virtud al Acuerdo Relativo a Procedimientos sobre Liquidaciones de Tráfico, Facturación y Pagos de fecha 13 de marzo de 1998 y su respectivo Addendum, a brindar a BELLSOUTH información respecto de la localidad de donde proviene la llamada y, de ser así, si ha cumplido con dicha obligación.

III.4 Cuarto punto controvertido:

Determinar si TELEFÓNICA MÓVILES ha abusado de su posición de dominio en el mercado, incurriendo en el supuesto tipificado en el artículo 5° del Decreto Legislativo 701 por alguno de los siguientes supuestos o un conjunto de ellos:

- Al desconocer que se había comprometido contractualmente a brindar el roaming automático nacional a los usuarios de BELLSOUTH de provincias y obligar a BELLSOUTH a llevar a cabo una renegociación por dicho concepto.
- Al imponer a BELLSOUTH condiciones tan exigentes en la negociación llevada a cabo para brindar el RAN a los usuarios de provincias que imposibilitaron arribar a un acuerdo.
- Al negarse a implementar el sistema ATACS antifraude.
- Al negarse a reportar la ubicación exacta donde se encuentra el usuario que utilizó el servicio.
- Al cobrar menos a sus usuarios de lo que cobra a BELLSOUTH por brindar el RAN, incluyendo la supuesta imposición de un mínimo de minutos mensuales como pago obligatorio.
- Al efectuar cortes constantes del servicio de roaming.

III.5 Quinto punto controvertido:

Determinar si TELEFÓNICA MÓVILES ha incurrido en una infracción al principio de neutralidad recogido en el artículo 9° del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, al cobrar menos a sus usuarios de lo que cobra a BELLSOUTH por brindar el RAN.

III.6 Sexto punto controvertido:

Determinar si corresponde la devolución por parte de TELEFÓNICA MÓVILES de los siguientes montos:

- Montos pagados por BELLSOUTH por concepto de fraude.
- Montos supuestamente pagados por BELLSOUTH en exceso a TELEFÓNICA MÓVILES por cobrar esta última menos a sus usuarios de lo que cobra a BELLSOUTH por concepto de RAN.

IV. COMPETENCIA DE OSIPTEL PARA CONOCER LA PRESENTE CONTROVERSIA

IV.1 A lo largo del procedimiento, TELEFÓNICA MÓVILES ha manifestado que OSIPTEL no es competente para pronunciarse respecto de los temas referidos a supuestos incumplimientos contractuales y patrimoniales planteados por BELLSOUTH por los siguientes fundamentos:

- a) La pretensión por incumplimiento contractual debe dirimirse en la vía arbitral, ya que la cláusula XVI del Acuerdo de RAN así lo establece.
- b) El CCO no es competente para resolver temas contractuales ni aquellos que se deriven de los mismos por cuanto en materia de competencia prima el principio de legalidad. En ese sentido, de conformidad con el artículo 53° del Reglamento General de OSIPTEL se desprende que el CCO no puede pronunciarse sobre temas de carácter civil, como sería el caso de un incumplimiento contractual, temas vinculados al derecho de propiedad o a cualquier otro derecho real, así como tampoco respecto de temas de contenido patrimonial.

IV.2 BELLSOUTH ha señalado, en cambio, que TELEFÓNICA MÓVILES no ha cuestionado la competencia de OSIPTEL dentro del plazo establecido para interponer las excepciones y, que la presente controversia no trata de una materia arbitrable por cuanto la denuncia por abuso de posición de dominio es indesligable del tema contractual.

IV.3 De conformidad con el artículo 15° de la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje, existe renuncia tácita al arbitraje cuando una de las partes hubiera interpuesto demanda y la otra no hubiera invocado la excepción de convenio arbitral. No obstante, el artículo 35° del Código Procesal Civil, norma aplicable al presente procedimiento por mandato de la primera disposición final del Reglamento General de OSIPTEL para la Solución de Controversias en la Vía Administrativa aprobado mediante Resolución 027-99-CD/OSIPTEL (en adelante Reglamento de Controversias) establece que la incompetencia por razón de materia se declara de oficio en cualquier estado y grado del proceso, sin perjuicio que pueda ser invocada como excepción.

IV.4 De conformidad con las normas citadas, aún cuando TELEFÓNICA MÓVILES no haya interpuesto excepción de convenio arbitral dentro del plazo estipulado por el Reglamento de Controversias, -que permitiría presumir que ha renunciado al convenio arbitral pactado- de conformidad con el artículo 35 del Código Procesal Civil, corresponde analizar si el CCO es competente para pronunciarse sobre el incumplimiento del Acuerdo del RAN y su Addendum y sobre la eventual devolución de dinero como consecuencia de tal incumplimiento.

IV.5 El artículo 53° del Reglamento General de OSIPTEL aprobado mediante Decreto Supremo 008-2001-PCM establece que OSIPTEL es competente para conocer las controversias entre empresas operadoras relativas a las siguientes materias:

- a) Las relacionadas con el incumplimiento de las obligaciones sobre libre y leal competencia.
 - b) Las relacionadas con la interconexión en sus aspectos técnicos, económicos y jurídicos, incluyendo lo relativo a cargos y demás compensaciones o retribuciones, que se paguen a las empresas derivadas de una relación de interconexión, así como lo relativo a las liquidaciones de dichos cargos, compensaciones o retribuciones.
 - c) Las relacionadas con el derecho de acceso a la red, incluyendo sus aspectos técnicos, jurídicos y económicos.
 - d) Las relacionadas con tarifas y cargos diferentes a los que se refiere el inciso b) precedente.
 - e) Las relacionadas con aspectos técnicos de los servicios públicos de telecomunicaciones.
- IV.6 De la norma citada se desprende que un incumplimiento contractual podría ser materia de pronunciamiento por parte del CCO, siempre que estuviera vinculado a los supuestos previstos por ésta.
- IV.7 En el presente caso, los tres primeros puntos controvertidos están referidos a la interpretación del Acuerdo de RAN y su Addendum y tal como alegó BELLSOUTH en su demanda, deben ser interpretados conforme a las reglas del Código Civil pero considerando el hecho de que TELEFÓNICA MÓVILES, aprovechando su posición de dominio en el mercado, la habría forzado a iniciar un nuevo proceso de negociación. En tal sentido, si se tratara de un proceso interpretativo que se limitara a la aplicación de normas de carácter civil, sin ninguna otra consideración vinculada a las previstas en el artículo 53 del Reglamento de OSIPTEL, este CCO no sería competente. Sin embargo, ese no es el caso, pues al alegar la utilización de la posición de dominio para forzar a una nueva negociación, las pretensiones de BELLSOUTH deben ser analizadas una vez que se determine si TELEFÓNICA MÓVILES tiene, o no, posición de dominio en el mercado.
- IV.8 Como se ha señalado, las pretensiones de BELLSOUTH están vinculadas a la posición de dominio que eventualmente ostentaría TELEFÓNICA MÓVILES, por lo que se encuentran vinculadas a un tema de libre competencia y es necesario que el CCO se pronuncie sobre las mismas, no siendo suficiente la alegación de TELEFÓNICA MÓVILES en el sentido de que al haber solicitado BELLSOUTH la terminación anticipada del contrato de roaming se haya producido la sustracción de la materia. En tal virtud, la solicitud de TELEFÓNICA MÓVILES formulada mediante escrito de fecha 20 de setiembre de 2001, en el que solicitó la conclusión del procedimiento sin pronunciamiento sobre el fondo por sustracción de la materia, debe ser declarada infundada.
- IV.9 Por las consideraciones expuestas en los párrafos precedentes, la presente Resolución determinará en primer lugar si TELEFÓNICA MÓVILES ostenta posición de dominio en el mercado para luego absolver cada uno de los puntos controvertidos.

V. LA POSICIÓN DE DOMINIO DE TELEFÓNICA MÓVILES

- V.1 La posición de dominio de TELEFÓNICA MÓVILES ha sido materia de análisis por la Secretaría Técnica a través de su Informe Instructivo N° 006-2001/GRE de fecha 9 de octubre de 2001 (en adelante el Informe de la Secretaría Técnica), el mismo que fue puesto en conocimiento de las partes el 12 de octubre de 2001.
- V.2 Luego de haber analizado el Informe de la Secretaría Técnica, los alegatos presentados por las partes y sus informes orales, el CCO hace suyo el Informe de la Secretaría Técnica en todos sus extremos.
- V.3 No obstante, es pertinente pronunciarse sobre algunos aspectos expuestos por las partes en el informe oral en relación con las conclusiones a las que arribó la Secretaría Técnica.
- V.4 BELLSOUTH ha señalado en primer lugar, que el análisis de la supuesta posibilidad de sustituir la prestación del roaming de TELEFÓNICA MÓVILES con la utilización de infraestructura propia debe realizarse sobre la base del nivel relativo de precios para cada ciudad. Ello porque, según señala BELLSOUTH, existen determinadas localidades en las que el costo de instalar infraestructura resulta demasiado elevado en comparación con el tráfico generado y entonces, en esas localidades, TELEFONICA MÓVILES sí tiene posición dominante. Al respecto, este CCO considera que el atributo principal del servicio de telefonía móvil es la posibilidad de utilizar el servicio telefónico en cualquier lugar, es decir, tanto en el lugar en el que el usuario reside habitualmente como en otras localidades o zonas geográficas. Si ello es así, la instalación de infraestructura en determinada localidad beneficia no sólo a los usuarios que residen en ella sino principalmente a aquellos que, perteneciendo a otra zona geográfica, pueden utilizar el servicio en esa localidad. Es necesario tener en cuenta además que el flujo de usuarios itinerantes no necesariamente es constante en cada una de las localidades, y por el contrario, pueden circular en cualquiera de las localidades.
- V.5 Ello implica que la instalación de infraestructura incrementa el valor de la red móvil en su conjunto y entonces la relación entre el costo de instalación en determinada localidad y el tráfico generado en la misma, no refleja adecuadamente la rentabilidad de la instalación de infraestructura y entonces no es razonable hacer un análisis de costo por cada localidad.
- V.6 En adición a lo anterior, no es posible subdividir el mercado en zonas geográficas, que en el extremo podrían ser unidades muy pequeñas (manzanas, calles o celdas de cobertura de determinada antena) ni es posible extenderlo sin límite. Lo que interesa a efectos del análisis es tener en cuenta la forma en la que el producto “servicio móvil” es ofrecido a los consumidores y en ese esquema, lo que se ofrece –y está en discusión en la presente controversia- es el celular con acceso a determinadas áreas del Perú. Una de las ventajas competitivas de un servicio móvil es que tenga un acceso geográfico más amplio que los productos de la competencia. Ello se hace evidente con el hecho que BELLSOUTH cuente con cobertura en 34 localidades en las que TELEFÓNICA MÓVILES no tiene presencia, con lo que gana el segmento del mercado de los usuarios que sí están interesados en utilizar el servicio en esas zonas.
- V.7 Debe tenerse en cuenta, finalmente, que el área geográfica en la que se presta el servicio es importante únicamente en la medida que permita obtener una

posición de dominio en una localidad marcadamente distinta al resto de localidades y que, por tanto, se constituya en una posición dominante en un mercado distinto. Dicha situación se produciría si, por ejemplo, TELEFONICA MÓVILES fuera la única que prestara servicios en Lima y en el resto del país, mientras que otros operadores prestaran servicios en el todo el país, mas no en Lima. Ello porque operar en Lima -donde se concentra la mayoría de usuarios- le otorgaría una posición dominante en la totalidad del mercado geográfico -en todo el Perú-, supuesto que no ocurre en este caso.

- V.8 BELLSOUTH ha señalado, en segundo lugar que en ninguna etapa de la controversia se le solicitó presentar información sobre costos que permitiese realizar el análisis de factibilidad para cada una de las localidades. Al respecto, es necesario señalar que (i) el CCO considera que la información de costos por localidad no es relevante debido a que, como se ha señalado, el análisis de rentabilidad debe realizarse por la red en su conjunto, (ii) la posibilidad de solicitar información, es una facultad -y no una obligación- del CCO en tanto lo considere conveniente, y (iii) la oportunidad procesal de BELLSOUTH para presentar esta información, si así lo consideraba conveniente, fue en su escrito de fecha 17 de octubre de 2001, en el que hacen observaciones al Informe de la Secretaría Técnica y no en una etapa posterior.
- V.9 En virtud de las consideraciones expuestas, este CCO no encuentra razones para modificar su opinión sobre la no existencia de posición de dominio de TELEFONICA MÓVILES en el mercado relevante y por lo mismo no procede un pronunciamiento respecto de los tres primeros puntos controvertidos ni sobre el supuesto abuso de posición de dominio contemplado en el cuarto punto controvertido.

VI. LA AFECTACIÓN DEL PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD

- VI.1 El quinto punto controvertido está referido a la determinación de si TELEFÓNICA MÓVILES ha incurrido en una infracción al principio de neutralidad recogido en el artículo 9° del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, al cobrar menos a sus usuarios de lo que cobra a BELLSOUTH por brindar el RAN.
- 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.

VII. DEVOLUCIÓN DE LOS MONTOS SUPUESTAMENTE COBRADOS EN EXCESO POR TELEFÓNICA MÓVILES

- VII.1 El sexto punto controvertido implica determinar si corresponde la devolución por parte de TELEFÓNICA MÓVILES de (i) los pagos hechos por BELLSOUTH por concepto de instalación del sistema antifraude y (ii) los montos supuestamente pagados por BELLSOUTH en exceso a TELEFÓNICA MÓVILES por cobrar ésta menos a sus usuarios de lo que le cobra a BELLSOUTH por concepto de roaming.
- VII.2 Con relación a la devolución por los pagos por concepto de instalación del sistema antifraude, este CCO considera que, al haberse determinado que

TELEFÓNICA MÓVILES no cuenta con posición de dominio, el análisis de si era o no procedente tal instalación está referida a un eventual incumplimiento contractual cuya naturaleza es puramente civil, materia respecto de la cual, este CCO no tiene competencia, por lo que de conformidad con el inciso 4 del artículo 427 del Código Procesal Civil, este extremo de la demanda debe ser declarado improcedente.

- VII.3 Con relación a la devolución de los montos supuestamente pagados en exceso por BELLSOUTH por concepto de roaming y de otras prácticas anticompetitivas de TELEFÓNICA MÓVILES, este CCO considera que, habiendo concluido que dicha empresa no tiene posición de dominio, no corresponde evaluar el pedido de devolución de lo cobrado supuestamente en exceso y, en consecuencia, dicha pretensión debe declararse infundada.

VIII. LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

- VIII.1 BELLSOUTH ha demandado acumulativamente una indemnización como consecuencia de los daños y perjuicios ocasionados por TELEFÓNICA MÓVILES. En relación a esta pretensión, este CCO considera que la imposición del pago de una indemnización, según los términos de su relación, es una materia reservada al pronunciamiento de la jurisdicción judicial o arbitral, por lo que este extremo debe ser declarado improcedente de conformidad con el inciso 4 del artículo 427 del Código Procesal Civil.

IX. CUESTIONES ADICIONALES

- IX.1 Con fecha 31 de octubre de 2001, BELLSOUTH presenta su escrito N° 20, en el cual se resume la exposición efectuada por sus representantes en la sesión de Informe Oral llevada a cabo el 29 de octubre último.
- IX.2 Con fecha 31 de octubre de 2001, TELEFÓNICA MÓVILES presenta su escrito N° 24 ampliando los fundamentos de su alegato final.
- IX.3 Con fecha 6 de noviembre del presente, TELEFÓNICA MÓVILES presenta el escrito N° 25°, adjunto al cual presenta los anexos señalados en su escrito N° 24° presentado con fecha 31 de diciembre.
- IX.4 Por convenir al derecho de las partes corresponde poner en su conocimiento los indicados escritos.

Por estas consideraciones;

RESUELVE:

Primero.- Declarar INFUNDADO el pedido de TELEFONICA MÓVILES S.A.C contenido en su escrito de fecha 20 de setiembre de 2001 sobre sustracción de la materia.

Segundo.- Declarar IMPROCEDENTE la demanda interpuesta por BELLSOUTH PERU S.A contra TELEFONICA MÓVILES S.A.C. en el extremo que pretende que se ordene la implantación del Sistema Antifraude o la devolución inmediata de los montos

pagados por BELLSOUTH PERU S.A por este concepto y en el extremo que pretende el pago de una indemnización por daños y perjuicios.

Tercero.- Declarar INFUNDADA la demanda interpuesta por BELLSOUTH PERU S.A. contra TELEFONICA MÓVILES S.A.C. en el extremo que pretende que TELEFÓNICA MÓVILES S.A.C continúe brindando el servicio de Roaming Automático Nacional para todos los usuarios de BELLSOUTH PERU S.A en el territorio nacional, en el extremo que solicita ordenar el cese inmediato de los actos de abuso de posición de dominio de TELEFONICA MÓVILES S.A.C en perjuicio de BELLSOUTH PERU S.A, en el extremo que demanda la devolución de los montos pagados por BELLSOUTH PERU S.A. por supuestos actos de abuso de posición de dominio y en el extremo que demanda la imposición de una sanción a TELEFONICA MÓVILES S.A.C por supuestos actos de abuso de posición de dominio y violación al principio de neutralidad.

Cuarto.- Téngase por presentados y póngase en conocimiento de las partes los escritos a que se refiere el punto IX de la sección de considerandos de la presente Resolución.

COMUNÍQUESE Y ARCHÍVESE

Con el voto favorable de los señores miembros del Cuerpo Colegiado Ordinario, Shoschana Zusman Tinman, presidenta, Hugo Eyzaguirre del Sante, Juan Carlos Mejía Cornejo, Liliana Ruiz de Alonso y Felipe Vallejos Huapaya.