

RESOLUCIÓN DEL CUERPO COLEGIADO N° 012-2002-CCO/OSIPTEL

Lima, 18 de julio de 2003

EXPEDIENTE	009-2002-CCO-ST/IX
MATERIA	INTERCONEXIÓN
ADMINISTRADOS	Tele Cable Siglo 21 S.A.A. (TELE CABLE) Bellsouth Perú S.A. (BELLSOUTH)

El Cuerpo Colegiado a cargo de la controversia entre TELE CABLE y BELLSOUTH por supuestas infracciones a los principios de neutralidad y no discriminación.

VISTO:

El Expediente N° 009-2002-CCO-ST/IX.

CONSIDERANDO:

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:

Con respecto a los antecedentes, se remite a lo señalado en el Informe de la Secretaría Técnica N° 004-2003/GRE de fecha 21 de abril de 2003 (en adelante, el

Informe Instructivo).

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. INFORME INSTRUCTIVO

En el Informe Instructivo, la Secretaría Técnica concluye lo siguiente:

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

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.

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 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, éste debe analizarse dentro del marco del Decreto Legislativo 701, en tal sentido, en la medida en que no existen indicios suficientes que hagan verosímil la realización de conductas que infrinjan la normativa de libre competencia, no corresponde continuar con el análisis relativo a la comisión de las supuestas infracciones.

V. ANÁLISIS DE LA DEMANDA:

Conforme a 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.

Para determinar si la conducta de BELLSOUTH constituye una infracción a los citados principios debe establecerse si dicha empresa se encuentra obligada a brindar la bidireccionalidad solicitada por TELECABLE.

La bidireccionalidad o capacidad de transportar señales en ambos sentidos, sin embargo, no constituye por sí misma 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 supuestamente infractora que ha sido materia de la demanda debe, en primer lugar, determinarse cuál es el servicio a través del cual TELECABLE habría solicitado obtener dicha capacidad – la bidireccionalidad-.

Tal como se indicó en el Informe Instructivo de la Secretaría Técnica, la determinación del servicio resulta esencial, pues de lo contrario no es 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.

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

En el Informe Instructivo de la Secretaría Técnica se observó que de lo expuesto por TELECABLE, podía señalarse que la bidireccionalidad solicitada a BELLSOUTH desde el mes de noviembre de 2000, habría ido variando a lo largo del tiempo, pudiendo identificarse las siguientes prestaciones:

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

Sin embargo, TELECABLE ha señalado en sus alegatos que su pedido de bidireccionalidad no varió en el tiempo, pues desde el inicio solicitó el arrendamiento de circuitos.

En la misma línea de lo señalado en el Informe Instructivo, el Cuerpo Colegiado considera que de los medios probatorios que obran en el expediente se advierte que TELECABLE ha tenido una posición cambiante respecto de la calificación del servicio que estaría requiriendo de BELLSOUTH. En este sentido, este Cuerpo Colegiado suscribe el análisis de los escritos de demanda y aclaración de la demanda efectuados por la Secretaría Técnica en el Informe Instructivo, en los cuales a partir de las propias afirmaciones de TELECABLE, se advierten las variaciones sobre la calificación del servicio solicitado por dicha empresa.

Sin perjuicio de que en los párrafos precedentes se ha demostrado que TELECABLE no ha mantenido una posición consistente en el tiempo respecto a la calificación del servicio bajo el cual estaría requiriendo la bidireccionalidad; y como quiera que, en sus alegatos, -por primera vez en el curso del procedimiento-, afirma que el servicio solicitado sería un arrendamiento de circuitos, este Cuerpo Colegiado considera conveniente analizar, adicionalmente, la aplicación de este supuesto al presente caso.

En tal sentido, el Cuerpo Colegiado coincide con el Informe Instructivo de la Secretaría Técnica en que determinadas las prestaciones a través de las cuales TELECABLE habría solicitado la bidireccionalidad, corresponde analizar (i) si BELLSOUTH se encontraba obligada a prestarla, (ii) si efectivamente se ha negado a

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.

hacerlo y (iii) si dicha conducta constituye infracción a los principios de no discriminación y neutralidad.

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

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

“Las partes dejan constancia que a la fecha de entrada en vigencia de este 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 reconoce expresamente en su escrito de demanda⁹, las partes acordaron en el referido contrato que la prestación del servicio a cargo de BELLSOUTH sea 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 configura la comisión de las infracciones imputadas¹⁰.

2. 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 interconexión¹¹.

Al respecto debe indicarse que 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, constituiría una infracción al principio de no discriminación y neutralidad.

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 El artículo 1° de la Resolución del Consejo Directivo N° 019-98-CD/OSIPTEL, Reglamento de Condiciones de Uso y Procedimiento para la atención y solución de problemas de calidad en la prestación del servicio de arrendamiento de circuitos, en adelante, Reglamento de condiciones de uso, define el arrendamiento de circuitos como la:

“cesión temporal en uso, brindada por un proveedor de servicios portadores, de los medios para el establecimiento de un enlace de punto a punto a varios puntos para la transmisión de señales de telecomunicaciones, a cambio de una renta convenida”. De otro lado, este mismo artículo define circuito como “medio de transmisión que se pone a disposición de un arrendatario y que establece la comunicación entre dos puntos o entre un punto y varios puntos”.

¹¹ 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.

A fin de que este Cuerpo Colegiado resulte competente para conocer una controversia sobre temas de interconexión, debe existir una relación de interconexión establecida entre las partes.

En efecto, de conformidad con lo establecido en el artículo 2° 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 ha 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, tal como ha sido señalado en el Informe Instructivo de la Secretaría Técnica, esta situación se encuentra fuera del ámbito de competencia del Cuerpo Colegiado y, por lo tanto, no corresponde pronunciarse sobre la comisión o no de la supuesta infracción.

3. Servicio portador de transporte bidireccional de señales:

Con respecto a la supuesta demora y negativa por parte de BELL SOUTH de celebrar un nuevo contrato para la prestación del servicio de transporte bidireccional de señales, corresponde expresar lo siguiente:

(a) Principio de no discriminación:

Con relación a la supuesta infracción al principio de 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 BELLSOUTH¹², 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 Señales¹³. Por lo tanto, al no existir la oferta de tal servicio, no existiría la obligación de prestarlo en virtud del principio de no discriminación.

Debe tomarse en consideración, que aún en el supuesto caso en el que BELLSOUTH prestara el servicio en cuestión a otra empresa, para encontrarse obligada a brindárselo a TELECABLE, ésta tendría que cumplir con las condiciones establecidas para la prestación del servicio, siendo una de ellas la relativa al pago por la prestación de dicho servicio.

Sin embargo, de acuerdo con lo señalado por la propia TELECABLE¹⁴ y confirmado por BELLSOUTH, la primera mantiene deudas pendientes por el servicio de transporte de señales con la segunda, motivo por el cual BELLSOUTH tendría motivos válidos para negar la prestación del servicio. De acuerdo con lo señalado, dicha negativa –en el supuesto que se produjera- no implicaría una vulneración del principio de no discriminación.

(b) 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).

Tal como ha sido indicado en el Informe Instructivo de la Secretaría Técnica, de acuerdo con la norma citada, el principio de neutralidad establecido por el Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones se encuentra estrechamente

¹² “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).

¹³ Se entiende que no presta este servicio de manera unidireccional ni bidireccional.

¹⁴ “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 (...)” (Escrito de demanda, páginas 4 y 5).

vinculado con la aplicación de las normas de libre competencia contenidas en el Decreto Legislativo 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), el cual 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 transgresión a dicho principio.”* (El resaltado es nuestro).

Al respecto, el Informe de la Secretaría Técnica al que alude la citada resolución señala 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.”¹⁵ (El resaltado es nuestro).

En tal sentido y conforme ha sido indicado por la Secretaría Técnica en el Informe Instructivo, 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 las empresas no han 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, el Cuerpo Colegiado coincide con el Informe Instructivo elaborado por la Secretaría Técnica en que puede considerarse como mercado

¹⁵ 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 indicó 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).

relevante, el mercado de la prestación de servicios portadores en la ciudad de Lima y Callao.

Determinado el mercado corresponde definir si la empresa 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 por la Secretaría Técnica de la página web del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, existen al menos quince empresas concesionarias del servicio portador local en Lima y Callao¹⁶. En ese sentido, BELLSOUTH no es la única empresa operadora que presta servicios portadores¹⁷ 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 TELECABLE¹⁸, esta última obtuvo por otra vía el transporte de sus señales necesario para la prestación de los servicios de televisión por cable¹⁹, por lo que puede claramente señalarse que TELECABLE cuenta con sustitutos al servicio solicitado a BELLSOUTH.

Conforme indica el Informe Instructivo, lo antes 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 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 existan mayores

¹⁶ 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 PERÚ S.A.C, entre otras. Fuente: <http://www.mtc.gob.pe/gtelecomunica/index.htm>.

¹⁷ Anexo 1.

¹⁸ 28 de agosto de 2002.

¹⁹ 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.

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 indicado 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 competencia²⁰, 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.²¹

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.

Por tanto, al no haberse presentado elementos a partir de los cuales pueda inferirse al menos la verosimilitud de la comisión de las infracciones al principio de neutralidad denunciadas, este Cuerpo Colegiado acoge la conclusión de la Secretaría Técnica expresada en el Informe Instructivo, en el sentido de que no corresponde continuar con el análisis relativo a la comisión de las mismas.

4. La pretensión de TELECABLE referida a que BELLSouth le otorgue la

²⁰ “(...) 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.)

²¹ 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 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.”

bidireccionalidad vía arrendamiento de circuitos.

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, cabe indicar que incluso en el supuesto de que el pedido de bidireccionalidad de TELECABLE se hubiese formulado calificándolo como un arrendamiento de circuitos, dicha empresa no cumpliría con los requisitos establecidos en el Reglamento de Condiciones de Uso para poder exigir tal prestación.

En efecto, el artículo 3° del referido Reglamento de Condiciones de Uso recoge el principio de no discriminación en materia de arrendamiento de circuitos en los siguientes términos:

*“Artículo 3°.- En aplicación del principio de no discriminación, el arrendador, dentro del marco establecido por la normativa vigente, no podrá negar la prestación del servicio de arrendamiento de circuitos a quienes lo soliciten, **salvo aquellos casos en los que el solicitante mantuviese deudas impagas con el arrendador y que las mismas no sean materia de un procedimiento de reclamos.**” (El resaltado es nuestro).*

Tal como se ha indicado en el acápite 3 (a), de acuerdo con lo expresado por las partes en el procedimiento²², TELECABLE mantiene deudas pendientes por el servicio de transporte de señales con BELLSOUTH, por lo que la negativa de esta última tendría sustento en aplicación del citado artículo 3° del Reglamento de Condiciones de Uso y no configuraría un supuesto de violación de la regulación vigente.

La denuncia de TELECABLE por infracciones a las normas de libre competencia: ampliación de la demanda

En sus alegatos, TELECABLE indicó que la conducta de BELLSOUTH de no otorgarle la

²² TELECABLE ha reconocido la existencia de la deuda tanto en el escrito de demanda (ver nota a pie de página N° 18,) como en su escrito de aclaración de la demanda:

“En cuanto al tema de los pagos pendientes derivados del Contrato de Prestación de Servicios de Transporte de Señales de Audio y Video de Fibra Óptica, la propuesta hecha por parte de BellSouth Corporation con fecha 12 de julio de 2002, también incluyó una solución al mismo (...).”

Por su parte, BELLSOUTH ha expresado que en la medida que la situación de morosidad de TELECABLE nunca se resolvió (y aún sigue pendiente), la negativa de BELLSOUTH de atender el pedido, en tanto no se solucionasen los problemas de pago, también se mantenía (Escrito de Contestación de la Demanda, página 8). Dicha posición fue comunicada por BELLSOUTH a TELECABLE mediante carta de fecha 8 de junio de 2001 en los siguientes términos:

“Me refiero a su solicitud de que BellSouth Perú S.A. brinde a Tele Cable Siglo21 S.A.A. servicio de transporte de señal bidireccional por fibra óptica, tema que fue objeto de nuestra conversación telefónica del día de ayer.

*Sobre el particular, debo confirmarle lo manifestado el día de ayer en el sentido de que siendo que tenemos una serie de controversias pendientes, incluyendo arbitrajes en trámite, y **retrasos en pagos e indefiniciones que hasta este momento no tienen un viso claro de solución pese a nuestro ánimo de poner fin a las mismas, no tendría mucho sentido que discutiésemos nuevos negocios en común hasta que resolvamos estas controversias.**” (El resaltado es nuestro).*

De otro lado, en el informe oral correspondiente al caso, BELLSOUTH señaló que al día 26 de julio de 2002 TELECABLE adeudaba la suma de US\$ 478 070,00, sin que hasta el día de hoy se haya reportado pago alguno.

bidireccionalidad la colocaba en una situación de desventaja frente a sus competidores al no poder ofrecer a sus usuarios servicios que requieran la bidireccionalidad. Adicionalmente, indicó que las conductas antes descritas están tipificadas en el artículo 5° incisos a, b y c, del Decreto Legislativo 701, como infracciones a la libre competencia en las modalidades de (a) negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, (b) la aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes y (c) la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias, respectivamente.

Tanto en su escritos de demanda como en el de aclaración de la demanda, TELECABLE ha señalado como pretensión que se sancione a BELLSOUTH por infracciones a los principios de no discriminación y neutralidad que rigen al mercado de las telecomunicaciones. En consecuencia, la pretensión de TELECABLE consistente en que se sancione a BELLSOUTH – adicionalmente -por infracciones a la libre competencia en las modalidades antes mencionadas constituye una ampliación de su demanda, lo que de acuerdo con lo establecido por el artículo 428° del Código Procesal Civil²³, resulta improcedente por cuanto la misma se ha producido con posterioridad a la notificación de la demanda.

La solicitud de BELLSOUTH de que se sancione a TELECABLE por denuncia maliciosa

En sus alegatos, BELLSOUTH señaló que tal como se podía advertir del Informe Instructivo, TELECABLE no remitió la información necesaria para efectos de fundamentar su demanda; presentó información en términos generales y sin absolver los requerimientos de información solicitados por el regulador, por lo que quedaba claro que TELECABLE presentó una denuncia maliciosa, hecho que debía ser calificado como infracción, conforme a lo establecido en el artículo 104° del Decreto Supremo N° 008-2001-PCM²⁴.

Al respecto debe indicarse que el pedido de BELLSOUTH resulta extemporáneo por cuanto el mismo debió haber sido presentado al inicio del procedimiento en su escrito de demanda y no en la etapa de formulación de alegatos²⁵.

Sin perjuicio de ello, este Cuerpo Colegiado considera que la demanda presentada por TELECABLE no es manifiestamente infundada pues sólo luego de las investigaciones

²³ **CÓDIGO PROCESAL CIVIL, Artículo 428°.-** Modificación y ampliación de la demanda.- El demandante puede modificar la demanda antes que ésta sea notificada.

²⁴ **Reglamento General del OSIPTEL, Artículo 104°.- Denuncias maliciosas.** Quien a sabiendas de la falsedad de la imputación o de la ausencia de motivo razonable, denuncie a alguna persona natural o jurídica, atribuyéndole una infracción sancionable por cualquier órgano del OSIPTEL será sancionado con una multa de hasta 100 UITs mediante resolución debidamente motivada.

²⁵ **Reglamento de Controversias, Artículo 44°.- Requisitos de la demanda.** La demanda a que se refiere el artículo anterior y los escritos atinentes al procedimiento deberán presentarse en la mesa de partes de OSIPTEL, dirigidos al Cuerpo Colegiado. En el escrito que contenga la demanda deben señalarse los datos generales de quien la presenta, su domicilio, la pretensión, los fundamentos, ofrecerse los medios probatorios y acompañarse como anexos los medios probatorios de que se disponga, así como acreditar la representación correspondiente.

realizadas ha podido determinarse la inexistencia de la infracción denunciada. En consecuencia, debe denegarse el pedido formulado por BELLSOUTH para que se sancione a TELECABLE por la interposición de una denuncia maliciosa.

La solicitud de BELLSOUTH para que TELECABLE pague los costos procesales

En sus alegatos, BELLSOUTH ha señalado que el Cuerpo Colegiado debe ordenar en su resolución final que TELECABLE le reembolse los costos del presente proceso, los cuales alcanzan la suma de US\$ 50 000,00, por cuanto la demanda ha sido maliciosa y sin motivo razonable.

Al respecto, si bien el artículo 7° del Decreto Legislativo 807²⁶ establece que el Cuerpo Colegiado podrá ordenar al infractor que asuma el pago de los costos del proceso en que haya incurrido el denunciante, debe tenerse presente que en el presente caso no ha habido infracción alguna. En consecuencia, la solicitud de BELLSOUTH antes mencionada debe ser declarada improcedente.

El pedido de TELECABLE para que se elabore un nuevo Informe Instructivo

En sus alegatos, TELECABLE solicitó que el Cuerpo Colegiado disponga la elaboración de un nuevo Informe Instructivo que atienda a la posición de dicha empresa sobre el caso materia de la controversia la cual se encuentra basada en la normatividad vigente de Telecomunicaciones.

En la medida que han sido desestimados los argumentos esgrimidos por TELECABLE contra el Informe Instructivo y, en tal sentido, el Cuerpo Colegiado ha suscrito las conclusiones de dicho Informe, corresponde rechazar el pedido formulado por dicha empresa.

RESUELVE:

Artículo Primero.- Declarar infundada en todos sus extremos la demanda presentada por Tele Cable Siglo XXI S.A.C. contra Bellsouth Perú S.A., por la comisión de infracciones a los principios de neutralidad y no discriminación.

Artículo Segundo.- Declarar improcedente la ampliación de la demanda formulada por Tele Cable Siglo XXI S.A.C.

Artículo Tercero.- Declarar infundada la solicitud de Bellsouth Perú S.A. para que se sancione a Tele Cable Siglo XXI S.A.C. por la comisión de las infracciones previstas en el artículo 104° del Reglamento General de OSIPTEL.

Artículo Cuarto.- Declarar improcedente la solicitud de Bellsouth Perú S.A. para que se ordene a Tele Cable Siglo XXI S.A.C. el pago de los costos del presente procedimiento.

Artículo Quinto.- Denegar el pedido de elaboración de un nuevo Informe Instructivo

²⁶ Norma aplicable a los procesos de solución de controversias seguidos ante OSIPTEL de conformidad con lo dispuesto por el artículo 5 de la Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, así como por el artículo 100 del Reglamento General de OSIPTEL, Decreto Supremo 008-2001-PCM.

formulado por Tele Cable Siglo XXI S.A.C.

REGÍSTRESE Y COMUNÍQUESE.-

Con el voto favorable de los miembros del Cuerpo Colegiado de OSIPTEL, señores Hugo Eyzaguirre del Sante, Sergio Salinas y Adriana Giudice.