

Nuevos Escenarios de Competencia en Telecomunicaciones.

El Boom de los Servicios de Valor Añadido

Carlos Monteza Palacios *

“¿Qué son los servicios de valor añadido? Partiendo de esta interrogante, el autor realiza de manera clara el desarrollo conceptual y normativo de este sector para luego pasar a explicar cómo es que funciona este mercado: su acceso, su desenvolvimiento y los incentivos presentes en él. Asimismo, expone sus ideas acerca de las diferencias de la actual normativa, sobre su regulación y las faltas que genera ésta en el mercado de este servicio. Culmina el presente artículo con el esbozo acerca de la manera de corregir dicha carencia”.

I. Planteamiento del Tema.

Hoy, la percepción de desarrollo y crecimiento en nuestro país es más o menos generalizada. Todos hemos oído hablar del progreso descollante de muchos sectores de la economía que han merecido el calificativo de boom² gracias a su inusitado crecimiento. Así, conocemos por ejemplo el boom agroexportador, el boom de la minería o de los metales, el boom de la construcción, etc. Pero lo cierto es que este progreso ha alcanzado a muchas otras actividades económicas -sino a todas- y se vienen produciendo booms que seguramente son mucho menos conocidos que los que hemos mencionado como ejemplos pero que no por eso son menos importantes.

El objetivo de este artículo es ocuparse precisamente de un negocio dentro del sector telecomunicaciones cuyo crecimiento en los últimos años puede ser considerado un verdadero boom: los servicios de valor añadido (SVA). Y lo que buscamos es llamar la atención sobre deficiencias regulatorias que deben corregirse del lado del Estado para brindar las facilidades que el mercado requiere para potenciar el desarrollo de esta actividad.

Quién no ha enviado o recibido alguna vez un fax, quién no tiene en su casa o conoce a alguien que tiene sistemas de vigilancia electrónica y alarma remota, quien no ha visto en la televisión y tal vez hasta ha participado alguna vez en concursos o sorteos enviando un mensaje de texto, quien no ha descargado una imagen, melodía, broma o consejo o ha escuchado su horóscopo, el reporte de tiempo o las finanzas utilizando su teléfono celular. Sí, de acuerdo con la definición y la clasificación establecidas en las normas del sector, esos son SVA, aunque probablemente muchos lectores e incluso

muchas empresas que se dedican a estas actividades, no lo sabían.

Como se puede apreciar a partir de los ejemplos ofrecidos, los SVA son servicios novedosos, que pueden llegar a ser muy útiles para nosotros los usuarios y que, además, vienen demostrando ser un gran negocio para los inversionistas y por consiguiente una fuente de beneficios económicos importantes para el país.

Lo más interesante de estos servicios es que contrario a lo que la mayoría pueda pensar, no tienen que ser prestados necesariamente por los operadores titulares de las redes que prestan los servicios básicos como telefonía fija o móvil, televisión por cable y demás; sino que pueden ser provistos por cualquier interesado que tenga acceso y se soporte en esas mismas redes y pueden desarrollarse en condiciones de competencia dentro de la red tanto con otros operadores de SVA como con el propio operador titular de la red si es que éste presta los mismos servicios. Esto asegura que los beneficios de la competencia (mejor calidad y precios más bajos), lleguen más eficazmente a los usuarios de los SVA.

Para entender mejor lo dicho en el párrafo anterior, un ejemplo resulta muy útil. Pensemos en los servicios de vigilancia electrónica de inmuebles. Todos deben haber visto por lo menos una casa que cuenta con la protección de empresas especializadas como las que utilizan los nombres comerciales Orus y Clave 3. El servicio que prestan estas empresas es un SVA denominado por nuestra legislación “telealarma”³, que utiliza las redes de telecomunicaciones, generalmente de telefonía fija, para enviar señales de alarma desde los domicilios o edificios comerciales hasta una central de monitoreo desde donde se envía asistencia inmediata y se da aviso a las autoridades competentes.

* Abogado por la Universidad de Piura. Asociado del Despacho de Regulación e Infraestructura del Estudio Rodrigo, Elias & Medrano.

1 El autor agradece la colaboración de las señoritas Fabiana Vittoria y Fiorella Chinchay, practicantes del Despacho de Regulación e Infraestructura del Estudio Rodrigo, Elias & Medrano.

2 Voz inglesa cuyo significado reconocido por la Real Academia es el de éxito o auge repentino de algo.

3 Definido en el Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones como el servicio mediante el cual se genera una señal eléctrica hacia un dispositivo de control distante, cada vez que las condiciones del sistema supervisado se modifican, de forma que se apartan de un margen permitido.

Es decir, es un negocio en el que empresas que no se dedican a la telefonía fija coexisten sobre la red destinada a la prestación de este servicio compitiendo entre sí. Pues bien, estas empresas compiten, además, con una empresa del Grupo Telefónica que presta el mismo servicio y sobre las mismas redes. Este servicio es llamado comercialmente por el citado grupo empresarial como “teleemergencia” y salvo ciertas distinciones de carácter comercial, se trata de alternativas sustancialmente similares para los usuarios.

En consecuencia, un detalle muy importante es que en el mercado de SVA no se necesitan nuevas redes para el ingreso de otros operadores y la generación de competencia. No sólo las grandes empresas titulares de las redes pueden competir en este sector de la economía, sino que basta con interesados en prestar estos servicios aun cuando no sean empresas que tradicionalmente se dedican a la prestación de servicios de telecomunicaciones, ya que pueden acceder al mercado soportándose en las redes existentes y competir con quienes las operan y entre sí en igualdad de condiciones que están -o deben estarlo- garantizadas por la regulación.

Lamentablemente, la regulación actual aun cuando reconoce a los prestadores de SVA derechos muy importantes para el desarrollo de su actividad, no tiene a nuestro juicio, los mecanismos necesarios para garantizar su oportuno acceso al mercado en condiciones de competencia efectiva. Eso hace que las empresas titulares de las redes, que como veremos más adelante tengan incentivos para impedirles el acceso, porque estos nuevos actores vienen a hacerles competencia, tiendan a no reconocer estos derechos y a provocar que los operadores de SVA tengan que enfrentarse a eternos procesos de negociación para su ingreso al mercado. Esta situación, como siempre ocurre cuando se trata de problemas para el acceso al mercado, termina por debilitar a los potenciales prestadores de SVA, desanimarlos y hasta sacarlos del mercado cuando todavía no han entrado.

Con este breve trabajo esperamos lograr tres objetivos probablemente bastante ambiciosos: (i) que los prestadores de SVA sepan que lo son y que como tales tienen una serie de derechos y garantías frente a los titulares de las redes de soporte para desarrollar con éxito sus actividades; (ii) que las autoridades del sector reconozcan la importancia que tiene para el mercado y principalmente para los usuarios, la existencia de competencia sobre las redes para la prestación de SVA y que tomen las medidas legislativas que el actual boom de los SVA amerita para garantizar el acceso oportuno de nuevos actores; y (iii) que los operadores de la red que sirven de soporte a los SVA entiendan que tienen la obligación de brindar el acceso a las redes que administran en condiciones de neutralidad, que garanticen la competencia efectiva, aun cuando eso signifique que quienes ingresan a sus redes lo hagan para hacerles competencia en un segmento en el que actuaban como agentes monopólicos.

II. Los SVA dentro de la Regulación de las Telecomunicaciones

Para entender adecuadamente qué son los SVA dentro de la legislación es necesario conocer la clasificación general

de los servicios de telecomunicaciones. Para estos efectos partimos por la clasificación por criterios técnicos contenida en el artículo 8° de la Ley de Telecomunicaciones⁴ y que es desarrollada en el Título I de la Sección Segunda del Reglamento de esta norma⁵.

Los servicios de telecomunicaciones se clasifican de la siguiente manera:

a) Servicios Portadores

Son aquellos que proporcionan la capacidad necesaria para el transporte de señales que permiten la prestación de servicios finales, de difusión y de valor añadido. Se trata de los servicios de soporte por excelencia. Es decir, es sobre las redes portadoras que se desarrollan todos los demás servicios. Lo más importante es que estos servicios no permiten la comunicación entre dos usuarios finales.

b) Teleservicios o Servicios Finales

Son aquellos que proporcionan la capacidad completa que hace posible la comunicación entre usuarios finales como el servicio telefónico fijo y móvil.

c) Servicios de Difusión

Son aquellos en los que la comunicación se realiza en un solo sentido hacia varios puntos de recepción. Siendo los más importantes el servicio de distribución de radiodifusión por cable (conocido simplemente como televisión por cable, la televisión y la radio. A efectos del tema tratado en este artículo sólo está incluido el servicio de televisión por cable porque la radio y la televisión se regulan por su ley especial.

d) Servicios de Valor Añadido

Finalmente, los SVA son definidos como aquellos que utilizando como soporte servicios portadores, finales o de difusión, añaden alguna característica o facilidad al servicio que les sirve de base.

Entre estos servicios, el Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones menciona los siguientes: fax, videotex, teletex, teletexto, telemando, telearma, almacenamiento y retransmisión de datos, teleproceso y procesamiento de datos, mensajería interpersonal o correo electrónico en todas sus modalidades como transmisión electrónica de documentos, transferencia electrónica de fondos, mensajería de voz, servicio de consulta (descarga, escucha o visualización de contenidos), conmutación de datos por paquetes (Internet) y suministro de información.

Es importante señalar que para prestar SVA no se necesita tener concesión o autorización del Estado, sino simplemente estar inscrito previamente en el Registro Especial que para tal efecto ha implementado el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC). Inscripción que, vale la pena mencionar, se realiza a través de un procedimiento muy sencillo que es gratuito y de aprobación automática.

Las empresas concesionarias de los servicios públicos básicos que sirven de soporte a los SVA como la telefonía

4 TUO aprobado por Decreto Supremo N° 13-93-TCC.

5 TUO aprobado por Decreto Supremo N° 20-2007-MTC.

fija y móvil requieren necesariamente estar inscritas en el Registro de Prestadores de SVA para prestarlos. Es decir, la concesión que tienen y el control de la red pública a través de la cual prestan sus servicios no es título suficiente para que ofrezcan SVA en el mercado. Por tal razón es posible verificar en la información en línea que ofrece la página web del MTC que las principales empresas se han inscrito en el Registro del MTC para la provisión de la mayoría de SVA listados en el artículo 99° del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones.

En consecuencia, los operadores habilitados para prestar SVA y los que potencialmente podrían dedicarse a estas actividades son un número considerablemente mayor que los agentes tradicionales del mercado de las telecomunicaciones. A la fecha de elaboración de este artículo, la información de la página web del MTC⁶ da cuenta de la existencia de no menos de 235 empresas registradas para la provisión de SVA en nuestro país.

III. Los SVA pueden ser Servicios Públicos de Telecomunicaciones

Como lo hemos visto en el punto anterior, los SVA son servicios de telecomunicaciones que se soportan en las redes de los servicios básicos añadiéndole características especiales a tales servicios, por ejemplo, haciendo posible que a través del servicio de telefonía fija se transmitan datos en forma de texto como en el caso del fax.

Esta calificación sobre la base de criterios técnicos no es la única aplicable a los SVA. También existe la clasificación de servicios en cuanto a su utilización y naturaleza. Al respecto, el artículo 9° de la Ley de Telecomunicaciones establece que los servicios pueden ser:

a) Servicios Públicos

Conforme lo establece la Ley de Telecomunicaciones, para que un servicio de telecomunicaciones se considerado servicio público debe reunir 3 requisitos: (i) haber sido declarado como tal en el Reglamento; (ii) estar a disposición del público en general; y, (iii) que su utilización se efectúe a cambio del pago de una contraprestación. Agrega la Ley que independientemente de la verificación de estos supuestos, los servicios portadores serán considerados necesariamente servicios públicos.

b) Servicios Privados

Son aquellos que han sido establecidos por una persona natural o jurídica para satisfacer sus propias necesidades de comunicación, dentro del territorio nacional. Estos servicios no pueden ser brindados a terceros, salvo que se trate del suministro de servicios de valor añadido para el cumplimiento de su objeto social. Para efectos de su clasificación como servicios privados se considerará como una misma persona a los miembros, filiales y subsidiarios de una misma persona jurídica que funcionen como un conjunto económico.

c) Servicios Privados de Interés Público

Son los servicios de radiodifusión que incluyen

emisiones sonoras y de televisión que se destinan a ser recibidas directamente por el público en general. Según lo previsto en el artículo 4° de la Ley de Radio y Televisión⁷, los servicios de radiodifusión tienen por finalidad satisfacer las necesidades de las personas en el campo de la información, el conocimiento, la cultura, la educación y el entretenimiento, en un marco de respeto de los deberes y derechos fundamentales, así como de promoción de los valores humanos y de la identidad nacional.

De acuerdo con las definiciones legales antes citadas, cualquier servicio de telecomunicaciones puede ser privado o público de acuerdo con su naturaleza y utilización. Así, si los SVA se ofrecen al público en general a cambio de una contraprestación y son calificados como tales en el Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, pueden ser servicios públicos de telecomunicaciones, lo que garantizaría su tratamiento equitativo con los servicios tradicionales como el de telefonía y su preminencia indiscutible sobre los servicios privados como los de redes privadas de radio utilizadas por muchas empresas (como las de taxi).

IV. El Derecho de Acceso de los SVA a las Redes que les Sirven de Soporte

Como ya lo vimos, de acuerdo con el artículo 29° de la Ley de Telecomunicaciones, son SVA aquellos que, utilizando como soporte servicios portadores, servicios finales o servicios de difusión, añaden alguna característica o facilidad al servicio que les sirve de base.

Si bien esta definición haría suponer, en principio, que los SVA ven condicionada su existencia a la presencia de redes de soporte provistas por otros servicios, lo cierto es que el marco legal ha previsto también la posibilidad de que los SVA instalen redes propias. En estos casos, se tratará de los mismos servicios calificados como SVA en la Ley de Telecomunicaciones y su Reglamento, pero que no existirán asociados a servicios portadores, finales y de difusión a los que agreguen características, sino que se prestarán aisladamente sobre infraestructura propia.

Sobre el particular, el primer párrafo del artículo 33° de la Ley de Telecomunicaciones señala: "La instalación y operación de redes propias que se requieran para brindar los servicios de valor añadido, distintas a los de los servicios portadores o teleservicios o de difusión, requerirá expresa autorización del titular del Sector o de la dependencia que éste delegue».

Así, los SVA pueden entonces soportarse en redes ajenas (de otros servicios de telecomunicaciones) o en infraestructura propia especialmente instalada para tal efecto. No obstante, estas no son alternativas de instalación por las que los prestadores de SVA puedan optar de acuerdo a su voluntad, sino que se trata de supuestos excluyentes que se presentarán en distintas circunstancias específicas. Esta situación, como veremos a continuación, otorga contenido al derecho de acceso a las redes del que tratamos en este apartado.

6 <http://www.mtc.gob.pe/portal/comunicacion/concesion/registros/evras/reg.pdf>
7 Ley 28278.

En efecto, de acuerdo con su propia naturaleza -de prestación que da valor agregado a un servicio básico- y como bien lo señala su definición legal, los SVA deben, en principio, soportarse sobre las redes de los servicios portadores, finales y de difusión. Sólo cuando en el área en la que vayan a desarrollarse los SVA no existan redes de soporte de los servicios antes señalados, o que existiendo éstas, no estén en la posibilidad de otorgarles acceso -obviamente debido a restricciones técnicas y no de mera conveniencia comercial, los operadores de SVA podrán instalar infraestructura propia y además requerirán para ello autorización expresa del MTC. Así lo precisa de manera expresa el artículo 101° del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, que señala:

“Red propia

A efecto de lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley⁸, precisese que la instalación y operación de una red propia, en los casos que fuera estrictamente necesario y sólo como complemento a la red pública que usa como soporte básico para la prestación exclusiva de servicios de valor añadido, requiere el otorgamiento previo de una autorización especial equivalente al del otorgamiento de un servicio privado de radiocomunicación, expedida por la Dirección de Gestión.

Dicha autorización no se otorgará si en el lugar donde se va a instalar la red propia, existen servicios portadores o teleservicios públicos que pueden atender los requerimientos para la prestación del servicio de valor añadido.”

De acuerdo con esta norma, es claro que los prestadores de SVA tienen derecho a que los operadores de redes de servicios portadores, finales y de difusión les brinden acceso para soportar y desarrollar efectivamente sus servicios, siempre que eso sea técnicamente factible y que no perjudique las operaciones de estos servicios que les sirven de base⁹.

Este derecho de los prestadores de SVA tiene como necesario correlato la obligación de los operadores de las redes de soporte a otorgar el acceso que permita la instalación y prestación de los SVA en condiciones de equilibrio, no discriminación y en beneficio de la libre y leal competencia.

Cabe resaltar en este punto, que el segundo párrafo del artículo 1° de la Ley de Telecomunicaciones establece lo siguiente:

“El Estado promueve la convergencia de redes y servicios, facilitando la interoperabilidad de diferentes plataformas de red, así como la prestación de diversos servicios y aplicaciones sobre

una misma plataforma tecnológica, reconociendo a la convergencia como un elemento fundamental para el desarrollo de la Sociedad de la Información y la integración de las diferentes regiones del país» (El subrayado es nuestro).

Podemos afirmar, entonces, que el derecho de acceso de los SVA a las redes de soporte y la obligación de los operadores de dichas redes a otorgar el acceso, tiene como sustento último el interés de la Nación en la convergencia de las redes y en el desarrollo de la sociedad de la información como elemento clave para la integración y el desarrollo. En este sentido, el artículo 5° de la Ley de Telecomunicaciones dispone que las telecomunicaciones se prestan bajo el principio de servicio con equidad y que el derecho a servirse de ellas se extiende a todo el territorio nacional promoviendo la integración de los lugares más apartados de los centros urbanos.

El sustento de esta conclusión no sólo recae en las disposiciones de la Ley de Telecomunicaciones y su Reglamento que hemos citado hasta ahora, sino en los principios generales que orientan el desarrollo de los servicios de telecomunicaciones en el Perú, fundamentalmente el principio de servicio universal.

En efecto, los SVA son servicios de telecomunicaciones y son además susceptibles de tener el carácter de servicios públicos¹⁰. Siendo esto así, el desarrollo y prestación de SVA es de interés nacional y acceder a ellos constituye un derecho de las personas. Al respecto, recordemos que la Disposición Preliminar de la Ley de Telecomunicaciones considera de necesidad pública el desarrollo de las telecomunicaciones y el artículo 3° de esta misma norma consagra el derecho de todas las personas a usar y prestar servicios de telecomunicaciones en la forma señalada por las disposiciones que regulan la materia.

“Podemos afirmar, entonces, que el derecho de acceso de los SVA a las redes de soporte y la obligación de los operadores de dichas redes a otorgar el acceso, tiene como sustento último el interés de la Nación en la convergencia de las redes y en el desarrollo de la sociedad de la información como elemento clave para la integración y el desarrollo.”

8 Artículo 33°.- La instalación y operación de redes propias que se requieran para brindar los servicios de valor añadido, distintas a los de los servicios portadores o teleservicios o de difusión, requerirá expresa autorización del titular del Sector o de la dependencia que éste delegue. El procedimiento para obtener dicha autorización se sujeta al silencio administrativo positivo si las redes únicamente utilizan medio físico, y se sujeta al silencio administrativo negativo motivado, si las redes utilizan medio radioeléctrico.

9 Respecto a este último punto debemos señalar que incluso en el caso de SVA ya instalados, es posible que la autoridad del Sector ordene la suspensión si su operación perjudica a los servicios que los soportan. En este sentido, el artículo 32° de la Ley de Telecomunicaciones dispone que es facultad del Ministerio de Transportes, Comunicaciones suspender un servicio de valor añadido en caso que su operación cause perjuicio a la red de telecomunicaciones.

10 Decimos “susceptibles de tener carácter de servicios públicos” porque, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40° de la Ley, para que un servicio de telecomunicaciones ostente esta calidad debe: (i) estar disponible al público en general; (ii) a cambio de una contraprestación; y (iii) que sean declarados como tales en el Reglamento de la Ley.

V. Las Condiciones de Acceso de los SVA a las Redes de Soporte.

En este apartado veremos que la Ley de Telecomunicaciones y su Reglamento nos llevan más allá del simple establecimiento del derecho de acceso de los SVA a las redes de soporte, ofreciendo una serie de disposiciones que permiten concluir que el acceso debe darse en condiciones adecuadas, que garanticen la correcta prestación de los servicios y faciliten el desarrollo del mercado en libre y leal competencia. Esto implica, por ejemplo, que sea legalmente inviable que las empresas operadoras de las redes de soporte le nieguen el acceso a determinados prestadores de SVA mientras le permiten el acceso a otros o cuando ellas mismas presten tales servicios, como veremos a continuación.

Partiendo de los preceptos de carácter general, podemos destacar lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley de Telecomunicaciones, que declara de interés nacional la modernización y desarrollo de las telecomunicaciones, dentro del marco de libre competencia. Pronunciándose en el mismo sentido el artículo 6° de la citada norma que dispone:

“El Estado fomenta la libre competencia en la prestación de los servicios de telecomunicaciones, regula el mercado de forma que se asegure su normal desenvolvimiento, se controle los efectos de situaciones de monopolio, se evite prácticas y acuerdos restrictivos derivados de la posición dominante de una empresa o empresas en el mercado.”

En cuanto a la normativa específica, el artículo 30° de la Ley de Telecomunicaciones expresamente señala que los SVA se prestan en régimen de libre competencia.

Finalmente, imponiendo las obligaciones directamente en los operadores de las redes de soporte, el artículo 11° de la Ley de Telecomunicaciones dispone que “los servicios portadores son prestados por empresas concesionarias que garanticen la libre competencia entre todas las empresas que prestan servicios finales, de difusión y de valor añadido, así como la vigencia del principio de neutralidad”¹¹. Mientras que por su parte, el artículo 38° de la ya citada norma establece:

“Las empresas explotadoras de servicios portadores y teleservicios o servicios finales, para explotar servicios de valor añadido, deben necesariamente garantizar que no utilizarán su condición de operadores de tales servicios, para obtener ventajas en relación a empresas competidoras explotadoras de servicios de valor añadido, impidiendo la sana competencia.”

Y por su parte, en el mismo sentido, el artículo 11° del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones establece:

“Principio de neutralidad.- Por el principio de neutralidad, 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 afectar la calidad del servicio.”

En conclusión, los operadores de servicios portadores, finales y de difusión tienen la obligación de otorgar el acceso a los SVA para su instalación y operación. Como contrapartida, los prestadores de SVA tienen el derecho a obtener este acceso y que se brinde en condiciones de equidad y no discriminación, incluso con relación a las condiciones que la empresa de servicios de soporte se brinde a sí misma, de manera tal que se garantice el desarrollo de todos los servicios en un régimen de promoción y respeto por la libre competencia.

En caso los operadores de los servicios de soporte se nieguen a brindar el acceso al que se encuentran obligados o sujeten su otorgamiento a condiciones ilegales, abusivas, de desequilibrio o que limiten o puedan limitar la competencia, los SVA podrán recurrir al OSIPTEL y plantear una controversia destinada a que el Regulador ordene el acceso y verifique las adecuadas condiciones en las que éste se otorga y se mantiene en el tiempo. Al respecto, el artículo 77° de la Ley señala:

“El Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, es un organismo público (...) con autonomía administrativa, económica, financiera, cuyas funciones fundamentales son las siguientes:

1) Mantener y promover una competencia efectiva y justa entre los prestadores de servicios portadores, finales, de difusión y de valor añadido.

(...)

4.- Resolver controversias por la vía administrativa entre prestadores de servicios portadores, finales, de difusión y de valor añadido.”

Además del derecho de acceso al que nos hemos referido en el numeral anterior, otra conclusión de lo hasta aquí señalado es que los prestadores de SVA son prestadores de servicios de telecomunicaciones que tiene carácter público¹² y por lo tanto cuentan con las garantías que la legislación le ofrece para salvaguardar la continuidad de la prestación de sus servicios.

Estas garantías incluyen la imposibilidad de interrumpir sus transmisiones sin causa justificada y siempre con la mediación de la autoridad competente.

Al respecto, recordemos que el artículo 32° de la Ley de Telecomunicaciones establece que es facultad del MTC suspender un SVA en caso que su operación cause perjuicio a la red de telecomunicaciones. Mientras que dicha situación no se presente y siempre que los prestadores de SVA cumplan con los compromisos contractuales asumidos con los operadores de las redes que les sirven de soporte, sus operaciones no podrán ser interrumpidas ni afectada la calidad de sus servicios.

11 El subrayado es agregado.

12 No decimos “servicio público de telecomunicaciones” por las consideraciones señaladas en la nota de pie de página 8 anterior.

De otro lado y en el mismo sentido, recordemos que por el Principio de Neutralidad, las empresas operadoras de servicios de soporte no pueden suspender o afectar de forma alguna la calidad o continuidad de los servicios que prestan los SVA que han tenido acceso y se soportan en ellas.

Finalmente, cabe señalar que para suspender o cortar los servicios que prestan los SVA se tendría que impedir que un usuario utilice por lo menos parcialmente los servicios de las redes de soporte a los que los SVA añaden características especiales como indica la Ley de Telecomunicaciones. En otras palabras, la suspensión o afectación de los SVA implicaría también que la operadora de la red de soporte afecte sus propios servicios para sus usuarios, sin que exista una causal para ello. Esta afectación también resultaría ilegal y sancionable por atentar contra una de las obligaciones principales de los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones, esta es, la prestación continua de su servicio, conforme a lo dispuesto en sus Contratos de Concesión y en las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones.

VI. Principal Deficiencia en la Regulación de los SVA: Falta de un Mecanismo que Garantice el Acceso

Como lo hemos explicado en los puntos anteriores, la legislación reconoce a los SVA el derecho de acceso a las redes de servicios portadores, finales y de difusión que les sirven de soporte y establece claramente también el correlativo deber que tienen los operadores de los indicados servicios de soporte de otorgar a los SVA el acceso a sus redes en condiciones de igualdad y no discriminación que permitan el desarrollo del mercado en condiciones de libre competencia.

Como es natural, el acceso y soporte de los SVA en las redes de los operadores establecidos deberá producirse a requerimiento de los primeros, salvo que medien razones técnicas objetivas que lo impidan y justifiquen una negativa de acceso. En tal caso, el marco regulatorio permite el ingreso al mercado de los SVA mediante la implementación de infraestructura propia.

“(...) consideramos que cuanto mayor protección tenga un operador establecido con respecto al dominio de las redes que administra y que constituyen facilidades esenciales para prestar SVA, mayor deberá ser la regulación estatal para restringir su poder de interferir en la competencia...”

Como es evidente, de este modo el ordenamiento aspira a tutelar al mismo tiempo la libertad de empresa, la libre y leal competencia en el mercado de telecomunicaciones, pero a su vez intenta evitar la multiplicidad de infraestructura

y el desorden urbano que implica, aplicando el criterio de eficiencia.

Lamentablemente, a partir del boom de los SVA advertimos que este esquema aparentemente cuidadosamente planteado por el Estado no es perfecto, sino que por el contrario presenta algunas falencias que terminan convirtiéndose en serias trabas y desincentivos para la competencia.

En esta línea, esta sección del artículo procura someter a discusión una propuesta que contribuyan a ajustar nuestro marco legal a los vertiginosos avances de la tecnología y las situaciones que se presentan en la realidad, a fin de garantizar a cabalidad la libre y leal competencia en el mercado de telecomunicaciones y optimizar los servicios a los cuales podemos acceder los usuarios en mejores condiciones de calidad y precio.

Pese a que el Estado declara fomentar la competencia, el esquema legal actual tolera y carece de medidas para contrastar distorsiones en el mercado ocasionadas por el desincentivo económico que implica para las empresas operadoras de las redes de soporte el ingreso de nuevos agentes que aspiran a competir sobre esas redes.

Consideramos que la regulación tiene deficiencias derivadas de no tener en cuenta dos elementos muy importantes. El primero de ellos es el hecho que las operadoras de las redes de soporte tienen incentivos para considerar que la red que administran es exclusivamente su red y que los usuarios de esa red son, como consecuencia de lo anterior, sus usuarios y que, por lo tanto, nadie puede acceder a su red a prestar servicios a sus usuarios en condiciones de neutralidad y libre competencia, sino que por el contrario cualquiera que desee ese acceso deberá ser autorizado por ellos a su libre conveniencia y deberá sujetarse a las condiciones económicas que se le impongan aun cuando éstas sean claramente abusivas, irracionales y claramente discriminatorias respecto de las condiciones que la operadora de las redes de soporte se ofrece a sí misma.

El otro elemento no considerado por la regulación es la integración vertical existente cuando se trata de SVA. En efecto, casi siempre los operadores de las redes de soporte además de los servicios básicos portadores, finales o de difusión a los que se dedican como principal giro de negocio, prestan también SVA. En consecuencia, se trata de agentes que tienen presencia en ambos mercados y que, por lo tanto, son actores del fenómeno de competencia entre redes y de competencia en las redes.

Los dos elementos enunciados tienen, por decirlo de la manera más sencilla, un efecto muy claro en el mercado: los operadores de las redes de soporte tienen grandes incentivos para no reconocer derechos a los operadores de SVA y, por lo tanto, para negarles o por lo menos dificultarles el acceso a sus redes todo lo que puedan. Así, el reconocimiento de derechos de acceso y soporte que la Ley de Telecomunicaciones y su Reglamento hacen a favor de los operadores de SVA y el contenido que estas normas dan a estos derechos para garantizar un acceso en condiciones neutrales y una permanencia que les

permita concurrir en el mercado en condiciones de justa competencia, termina siendo una declaración lírica si el régimen jurídico no establece medidas adecuadas para garantizar coercitivamente el derecho de acceso en forma oportuna y en las condiciones económicas y técnicas adecuadas.

Esta es una realidad presente siempre en temas de acceso en industrias de redes. Como señala la doctrina tratando acerca de la interconexión, cuando se trata de acceso a redes las empresas que buscan acceder (como las de SVA en el caso que nos ocupa) "serán competidoras del operador establecido, y éste no tendrá, por decir lo menos, disposición para ofrecer a los nuevos competidores, acceso a sus redes o intentará negociar condiciones desfavorables o discriminatorias de manera tal que anule la competencia efectiva".¹³ De acuerdo con lo expuesto, consideramos que cuanto mayor protección tenga un operador establecido con respecto al dominio de las redes que administra y que constituyen facilidades esenciales para prestar SVA, mayor deberá ser la regulación estatal para restringir su poder de interferir en la competencia y exigir se permita el acceso a nuevos agentes a través de sus redes. Estas medidas normativas tomadas por el ente regulador y las otras autoridades competentes serán las que establezcan equilibrio entre el poder de la empresa de obtener ganancias haciendo uso de las redes y brindando servicios de telecomunicaciones a los usuarios y la posibilidad de otros agentes de competir en los citados mercados.

Pese a lo mencionado, actualmente la legislación no brinda alternativas idóneas para cautelar los derechos de las empresas de SVA. Todo lo contrario, si eventualmente una empresa operadora se negara a brindar el acceso a sus redes o soporte a los SVA y otros servicios, la vía administrativa designada será la del establecimiento de una controversia ante OSIPTEL que las lleve a un procedimiento largo, engorroso y que finalmente no garantiza el acceso en las condiciones y en el momento en que éste se requiere, pues para cuando el procedimiento termine, es altamente probable que el operador de SVA haya perdido la novedad de su iniciativa de negocio o que haya tenido que enfrentar grandes costos sin percibir ingresos pudiendo llegar a la bancarrota antes de empezar sus operaciones.

Frente a esta situación surge para nosotros como idea de solución la implementación de un mecanismo equivalente al denominado "mandato de interconexión" aplicable únicamente a los servicios públicos de telecomunicaciones.

El mandato de interconexión es una medida excepcional dictada por OSIPTEL que suple los contratos de interconexión entre dos empresas operadoras de telecomunicaciones en aquellos casos en los cuales las partes no llegan a un acuerdo respecto de las condiciones técnicas y económicas para el acceso a las instalaciones esenciales tras una negociación de 60 días. Esta figura se encuentra regulada en el Texto Único Ordenado de

las Normas de Interconexión, aprobada mediante la Resolución No. 043-2003-CD/OSIPTEL.

De acuerdo con la regulación, la interconexión es de interés público y social, por lo tanto es obligatoria. No obstante, las normas no quedan en esta mera declaración sino que sin perder de vista que los agentes del mercado no tienen incentivos para interconectarse (porque significa la entrada de nuevos competidores en el mercado), implementa un mecanismo coercitivo que garantice la competencia.

Así, las normas permiten a las partes negociar los términos y condiciones del contrato de interconexión por un plazo máximo de 60 días calendario contados a partir del día siguiente de la fecha en la que una empresa solicita a la otra formalmente la interconexión, pero si en ese plazo el acuerdo no se produce, el Regulador queda facultado a emitir, actuando a pedido de cualquiera de las partes, un mandato de interconexión que establezca todas las condiciones aplicables a esta relación, quedando simplemente para su ejecución que las partes acaten la conexión física de sus redes, sin que exista nada más que negociar. Así, la negativa de cualquiera de las empresas operadoras a acatar dicha conexión física, implicará la comisión de una infracción tan grave que tendrá como consecuencia la pérdida de su concesión y su consecuente salida del mercado.

En el contexto señalado, consideramos que debería emitirse un nuevo dispositivo regulatorio o modificarse las normas existentes a fin que los SVA pueden efectivamente acceder a las redes de las empresas operadoras de servicios de soporte en un plazo razonable y en condiciones adecuadas para competir en el mercado, contando para ello con un medio de ejecución coercitiva del acceso equivalente al mandato de interconexión del que hemos tratado de forma resumida.

En los hechos, más allá del reconocimiento de sus derechos en las normas del sector telecomunicaciones, lo cierto es que actualmente las empresas dedicadas al rubro de SVA carecen de un fuero adecuado para garantizar sus derechos a la libertad de empresa y libre competencia a través de un acceso oportuno y en condiciones de equidad a las redes de soporte. Más aún, existen numerosos casos en los cuales las negociaciones para el acceso a las redes duran años y dejan sin contenido a todas esas declaraciones de derechos contenidas en la Ley de Telecomunicaciones y su Reglamento. Asimismo, cuando las empresas optan por recurrir al Regulador, la vía administrativa habilitada no llega a solucionar el problema de fondo, pues si bien OSIPTEL es competente para imponer una sanción a la empresa infractora no es claro que pueda obligarla a la suscripción del acuerdo de acceso a las redes de soporte¹⁴. Estos hechos, acompañados de la carencia de incentivos para que las empresas operadoras brinden el acceso siendo que pueden reducir sus ingresos o competir en estos mercados, hace urgente un cambio al marco normativo 

13 NAKAGAWA M., Virginia. Interconexión de Redes y Servicios Públicos de Telecomunicaciones: Real Acceso a la Competencia. En: Themis N° 38. Lima 1998. p 313.

14 Si bien, estos procedimientos pueden terminar en una orden de cese de la conducta infractora, esto no necesariamente se traduce en un mandato a contratar y aún si así lo fuera, la definición de los términos de esos contratos aún quedan a cargo de las partes, lo que representa una complicación más para obtener un acceso oportuno y en condiciones justas.