
El derecho a elegir al operador de servicios de telecomunicaciones como base para la oferta de servicios portadores

El caso del acceso al portador de larga distancia mediante tarjetas prepago

Luis Vinatea Recoba

Profesor de Derecho de las Telecomunicaciones en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1 Introducción.

La apertura del mercado de las telecomunicaciones en el Perú ha determinado que entre los muchos temas que merecen comentarse a propósito de aquella, se considere el del acceso del usuario final a los oferentes de servicios de telecomunicaciones, pues al abrirse el mercado a la libre competencia, los competidores lucharán por ganarse a los usuarios, quienes elegirán al proveedor de servicios más conveniente. Para nosotros, éste es uno de los temas más saltantes, y en especial, el del acceso del usuario al operador de larga distancia, no sólo porque es natural que el primer paso

de la apertura se de en el segmento de la larga distancia⁽¹⁾, sino porque en nuestro caso, el acceso mismo y la posibilidad de elegir un operador de servicios de telecomunicaciones implica para los operadores entrantes en dicho segmento no sólo cumplir con los requisitos de infraestructura que le fija la normativa vigente⁽²⁾ sino, también, el despliegue de importantes inversiones en mercadeo y publicidad para que los usuarios finales de las redes de telefonía fija o básica⁽³⁾ conozcan a los operadores de larga distancia que puedan dedicarse al transporte de las llamadas salientes desde sus terminales (teléfonos fijos) hasta sus destinos nacionales e internacionales.

(1) La facilidad actual para desplegar una red que esté en capacidad de transportar señales desde un punto a otro, hace que este tipo de servicios sea el primero en responder en entornos de liberalización. Este tema es recogido de manera similar a la indicada por nosotros en los Lineamientos de Apertura del Mercado de las Telecomunicaciones (los Lineamientos), aprobados por Decreto Supremo No. 021-98MTC. Ellos, en el numeral 5 señalan: "(s)obre la base de la experiencia internacional, la realidad socioeconómica peruana y las tecnologías disponibles, es de esperar que la competencia se plasme de manera rápida en los servicios de larga distancia nacional e internacional, con las asociadas reducciones de tarifas". A mayor abundamiento, la experiencia europea presenta lo mismo como un lugar común. Vid. CARRASCO, Angel y MENDOZA, Ana. *Numeración y selección de operador*. En: *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*. (Dirigida por Arpón de Mendivil). Madrid: Aranzadi, 1999. p.572.

(2) Los requisitos son (i) desplegar una red con infraestructura propia (*sic*) en al menos 5 ciudades al interior del país en un período de dos años posteriores al inicio de las actividades de prestación de servicios de telecomunicaciones; y, (ii) poseer al menos un centro de conmutación.

(3) De acuerdo con el Reglamento de Preselección aprobado por la Resolución No. 006-99-CD/OSIPTEL, no hay preselección para los usuarios finales de redes móviles.

Las resoluciones que a propósito de este tema ha emitido el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones-OSIPTEL⁽⁴⁾ nos llevan a plantear el presente trabajo para presentar algunas ideas acerca del derecho a elegir al operador de servicios de telecomunicaciones, como un derecho de primera importancia en el sector y del que la preselección es sólo una manifestación. Ese derecho a elegir ha sido tomado en cuenta por OSIPTEL como base para el análisis de la oferta de servicios (y mecanismos comerciales de llegada al usuario) de distintos operadores de larga distancia, admitiéndose que ellos ofrezcan maneras distintas de acceso a sus servicios, siempre que exista una relación formal de interconexión⁽⁵⁾, independientemente del mecanismo regulado de acceso al portador de larga distancia mediante la preselección. Desde nuestro punto de vista, este enfoque permite establecer una relación entre el derecho de prestación y el derecho de uso de servicios de telecomunicaciones, a través de un factor de conexión que es el derecho a elegir al operador de tales servicios. Así, se permite a los operadores de larga distancia la configuración de sus estrategias de acción en el mercado apoyados en su derecho a prestar servicios y en el derecho de sus potenciales usuarios a elegirlos⁽⁶⁾.

2 El derecho a prestar servicios de telecomunicaciones.

El artículo 3 de la Ley de Telecomunicaciones reconoce, además del derecho a usar servicios de telecomunicaciones, el derecho a prestarlos, entendiéndose de ello que dicha prestación de servicios es una forma de ejercer la libre iniciativa privada y la

misma libertad de empresa, postulados recogidos en los artículos 58 y 59 de la Constitución Política del Estado. En cuanto a la libertad de empresa, ésta no se agota en la simple libertad de “hacer empresa”. Se extiende también al derecho a organizarla y dirigirla, esto último ejecutando iniciativas comerciales, tecnológicas, de recursos humanos, capacitación, etcétera⁽⁷⁾.

Lo señalado anteriormente es ratificado por el artículo 73 de la Ley de Telecomunicaciones, que reconoce por vía indirecta y de cara al usuario tal derecho. En efecto, dicha norma señala que “el usuario, en la medida que sea técnicamente factible, tiene el derecho de elegir el operador que a su criterio le convenga(...)”; lo que simplemente quiere decir que para que esa elección sea posible, el empresario (operador de servicios de telecomunicaciones) debe tener el derecho a crear y ofrecer la alternativa comercial o tecnológica correspondiente. Si ello no fuera así, el artículo y el principio que recoge quedarían vaciados de contenido.

La garantía que el Estado otorga a los empresarios permite que éstos puedan, entonces, emprender iniciativas empresariales y, en ejecución de las mismas, desarrollar estrategias comerciales y tecnológicas, dirigidas a crear servicios de telecomunicaciones que beneficien a los usuarios. En esto consiste la competencia y el sentido de la actividad comercial: atraer al cliente para que consuma los servicios o productos ofrecidos. Así, el derecho a prestar servicios de telecomunicaciones puede ser “desgajado” de tal forma que permita: crear servicios; implementar las redes e infraestructuras para ello; ofrecer los servicios compitiendo con otros operadores; prestar los servicios en competencia; y, beneficiarse de dicha actividad.

(4) A saber. Resolución No. 004-2000-GG/OSIPTEL.

(5) La Resolución No. 004-2000-GG/OSIPTEL ha establecido: “En ese orden de ideas, esta Gerencia General deja claramente establecido que el empleo del sistema de tarjeta de pago no es una cuestión del mecanismo de preselección o de llamada por llamada, como forma de acceso a la red del operador de larga distancia, sino una opción a la que tiene derecho el usuario (consumidor final) para elegir el operador de su preferencia, que, operando bajo las reglas de interconexión aplicables, le brinde el servicio de telecomunicaciones de que se trate”.

(6) Sobre este punto la Resolución No. 004-2000-GG/OSIPTEL ha establecido que “resulta claro que INFODUCTOS, como cualquier otro concesionario del servicio portador de larga distancia o de cualquier otro servicio público de telecomunicaciones, tiene derecho a emplear la modalidad de sistemas de tarjetas de pago para la prestación de su propio servicio, sin más restricción que la de realizar sus operaciones dentro del marco de una interconexión, **incluyendo el caso de utilizar la red de teléfonos públicos de otro concesionario(sic)**”.

(7) El contenido esencial de la libertad de empresa supone su descomposición en los elementos aludidos: libertad de creación de empresas, de organización de las mismas y de dirección. Las tres libertades que modelan el contenido esencial del derecho en mención, hacen que dicha libertad, ya articulada sobre los cuatro pilares del modelo de estado al que se adhiere nuestra constitución (Estado de derecho, social, democrático y en régimen de economía social de mercado), se convierta, siguiendo a Gaspar Ariño Ortiz (*Principios de derecho público económico*. Granada, 1999. p.211), en una “libertad de empresa en una economía de mercado”.

2.1 Creación de servicios de telecomunicaciones.

La libertad de creación de servicios de telecomunicaciones en la Ley de Telecomunicaciones es la primera y esencial manifestación del derecho de prestación de servicios de telecomunicaciones y recibe una entrada legal de enorme impacto con la ya comentada regulación contenida en el artículo 3 de la Ley de Telecomunicaciones. Esta libertad de creación de servicios supone, en principio, la posibilidad de calificar a los servicios de telecomunicaciones como actividad privada⁽⁸⁾ y, en segundo lugar, la posibilidad de ejercerla como libertad de creación de empresas⁽⁹⁾ en sus tres manifestaciones ya indicadas: creación, organización y dirección.

La Ley de Telecomunicaciones ha otorgado un tratamiento ondulante al ejercicio de esta libertad en lo que toca a su primera manifestación, pues respecto de los servicios finales o teleservicios la Ley de Telecomunicaciones remitía al Decreto Supremo No. 006-94-TCC (El Reglamento), la labor de definir y clasificar los teleservicios, correspondiendo al Ejecutivo la clasificación de nuevos servicios; bien por iniciativa propia, bien por el ejercicio de iniciativas

normativas⁽¹⁰⁾ de los particulares. Esto actuaba como una verdadera limitación a la libertad de creación de teleservicios, a pesar de que la propia Ley de Telecomunicaciones (artículo 14) señalaba⁽¹¹⁾ que éstos se prestaban “en régimen de libre competencia por cualquier persona nacional o extranjera(...)”. Esa limitación ha desaparecido como consecuencia de un simple cambio de nivel reglamentario contenido en el numeral 31 de los Lineamientos, norma que elimina la necesidad de la existencia de previa calificación normativa de un servicio para poder prestarlo⁽¹²⁾. Ese cambio representa el reconocimiento absoluto de la libertad de creación de servicios, el que se extiende incluso a la libertad de ampliarlos o mejorarlos.

La segunda de las manifestaciones, la de organización, recibe sí un tratamiento adecuado en la Ley de Telecomunicaciones y su Reglamento, pues ambas disposiciones acogen cualquier forma de organización empresarial para la prestación del servicio⁽¹³⁾.

La tercera de las manifestaciones, la de dirección, no tiene limitación alguna. La Ley de Telecomunicaciones no introduce condiciones especiales de ejercicio de las facultades de dirección

(8) Con pleno y absoluto respaldo constitucional, siguiendo lo señalado en el artículo 58 de la Constitución Peruana. Además, como ya se verá (infra, nota 10), el artículo 10 de la Ley de Telecomunicaciones, refiriéndose a los servicios portadores, dice que éstos pueden ser prestados “tanto por empresas privadas como por empresas conformantes de la actividad empresarial del Estado(...)”. El artículo 14 de la misma norma establece que los teleservicios “se prestan en régimen de libre competencia(...)” y el artículo 30 de la misma Ley de Telecomunicaciones señala que “los servicios de valor añadido se prestan en régimen de libre competencia(...)”. Todo ello quedó ratificado por la Ley No. 26285 que limitó temporalmente la concurrencia de los servicios portadores y los de telefonía fija, dejando en claro que todos los demás estaban sujetos a la libre competencia. Estas normas no hacen más que ratificar el carácter privado de estas actividades.

(9) En igual sentido y respecto del derecho a la creación de empresas de televisión derivado de la comprensión de dicha actividad como privada, se expresa LAGUNA DE PAZ, José Carlos. *Televisión y Competencia*. En: *La Ley*. Madrid, 2000. p.70. También véase, CREMADES GARCÍA. *La libertad de creación de medios de comunicación*. En: *Derecho de las telecomunicaciones*. Madrid: Civitas, 1996. p.1011 y ss.

(10) El artículo 23 del Reglamento (Decreto Supremo No. 006-94-TCC) señala “el Ministerio podrá incluir dentro del marco de la clasificación general establecida en los artículos 8 y 9 de la Ley de Telecomunicaciones, aquellos servicios no considerados en el Reglamento y los que en el futuro surjan como consecuencia del avance científico y tecnológico”. Por su parte, el artículo 24 de la misma norma señala que “(e)l derecho de iniciativa de los particulares para proponer la regulación y correspondiente clasificación de nuevos servicios, se ejerce presentando una solicitud conteniendo la siguiente información: 1. Descripción del servicio y su clasificación según su uso y naturaleza; 2. Propuesta de normas técnicas; 3. Propuesta de normas administrativas(...)”. La legalidad y constitucionalidad de estas normas es discutible desde todo punto de vista. El artículo 23 hace referencia a dos normas que no facultan la complementariedad utilizando un recurso poco ortodoxo como es el de amplificar el contenido de los artículos 8 y 9 de la Ley de Telecomunicaciones con su remisión al reglamento; para luego autoatribuirse la facultad reglamentaria de clasificar servicios: sin considerar que tanto Constitucional como legalmente el derecho a la creación de servicios, como paso esencial del derecho a crearlos, está plenamente reconocido.

(11) Esta norma sigue vigente.

(12) Vid. *supra*.

(13) Vid. Artículo 10 Ley de Telecomunicaciones. respecto de los servicios portadores: “estos servicios pueden ser desarrollados tanto por empresas privadas(...)”, sin especificar si el servicio es prestado por personas jurídicas o no. Lo mismo se puede establecer a partir de los artículos 14 y 29 respecto de los servicios finales y de valor añadido. El artículo 136 del Reglamento ratifica este criterio al fijar los requisitos para la concesión regulando lo relativo a personas jurídicas y naturales. Lo mismo señala el artículo 153 tratándose de autorizaciones y el 174 tratándose de los servicios de valor añadido.

de quien crea servicios de comunicaciones, apreciándose que ellas, mas bien, aparecen en los Lineamientos para fijar las metas de expansión de la red pública de telefonía fija (numeral 28) y la expansión del servicio portador (numeral 28). Ambas limitaciones, al coincidir con los objetivos generales de la política del sector, pueden, desde nuestro punto de vista, ser admitidas en la medida que no afectan el contenido esencial del derecho de creación de redes.

2.2 Implementación de infraestructuras y redes.

La libertad de creación de redes e infraestructuras es, como se dijo, manifestación de la libertad de prestación de servicios. Tiene que ver con la libertad de creación, pues quien concibe una forma particular de prestación de servicios, puede apoyarse en el artículo 3 de la Ley de Telecomunicaciones para prestarlos. Pero es más clara su vinculación con la libertad de dirección, derivada de la libertad de empresa, pues la tecnología, configuración, topología, forma y distribución de la red, así como el montaje y construcción de las infraestructuras correspondientes, son el resultado de decisiones estratégicas empresariales que están vinculadas con objetivos tan simples como llegar a cierto mercado, con determinados costos, aprovechando infraestructura existente, etcétera.

El proceso de liberalización del sector telecomunicaciones en el Perú ha apostado por una liberalización “fervorosa” de las infraestructuras, en lo que se refiere a la construcción de nuevas redes, y a una formal y razonable liberalización basada y derivada de la política de interconexión, en lo que toca al acceso y uso de las redes existentes.

La liberalización de infraestructuras vista como la posibilidad de construir nuevas infraestructuras tiene su entrada en la propia Ley de Telecomunicaciones y su Reglamento, normas que establecen el régimen de pluralidad de redes⁽¹⁴⁾, del que se deriva el derecho a crearlas y montarlas⁽¹⁵⁾. Esta liberalización es una consecuencia lógica del régimen general de apertura de los servicios, pues éstos no podrían prestarse sin el apoyo de las redes y aquéllas no existirían de no ser por las infraestructuras. En el caso de nuestra regulación, la apertura a los servicios trajo consigo la expectativa de profusión de redes al punto que la apertura del mercado de servicios de larga distancia al régimen de libre competencia, supuso la virtual creación de redes e infraestructuras paralelas a la del operador dominante, como consecuencia del cumplimiento de los planes mínimos de expansión⁽¹⁶⁾ exigidos en los contratos de concesión. Sin embargo, ello ha ocurrido parcialmente y las redes paralelas, además de estar siendo subutilizadas y constituirse en costos fijos difíciles de cubrir por ausencia de suficientes clientes⁽¹⁷⁾, no han terminado de ser implementadas, por la simple razón de que existen problemas de financiación⁽¹⁸⁾ y, consecuentemente, plazos muy largos para procurar el retorno de las inversiones. Con todo, lo central en el tema de libertad de creación de redes e infraestructuras es que ésta tiene un reconocimiento bastante amplio y, fuera de las limitaciones derivadas de la fijación de metas de expansión en larga distancia, es una libertad expresa.

Por tanto, del reconocimiento del derecho de creación de redes e infraestructuras, se desprende la posibilidad de que los prestadores de servicios diseñen sus redes en la forma más conveniente y con las configuraciones y topologías más favorables⁽¹⁹⁾,

(14) Vid. Artículo 11 Ley de Telecomunicaciones: “la interconexión de distintos portadores es obligatoria(…)” (lo que supone pluralidad); artículo 18: “cuando las redes de conducción de servicios de telecomunicaciones(…)”; entre muchas otras normas.

(15) Incluso el artículo 129 del Reglamento va más allá del simple reconocimiento del derecho y señala como obligación derivada del contrato de concesión, la necesidad de “instalar la infraestructura que se requiera para la prestación del servicio que se otorga en concesión(...)”. Ello se confirma con el derecho que confiere el artículo 18 de la Ley de Telecomunicaciones a todo operador de servicios públicos de “ocupar o utilizar los bienes de dominio público(...)”.

(16) El numeral 28 de los Lineamientos señala que los planes mínimos de expansión tomarán en cuenta lo siguiente: “el concesionario deberá estar en capacidad de prestar el servicio concedido, dentro de un plazo de veinticuatro meses en cinco ciudades de cinco departamentos del país **con infraestructura propia** y poseer al menos un centro de conmutación”.

(17) Masa que es compartida por más de 40 operadores de LDNI, que dentro de sus planes de expansión han incluido a las mismas ciudades, generando una guerra de precios al constatarse los muchos competidores y el poco volumen.

(18) LÓPEZ LOZANO, Miguel. *La liberalización de las infraestructuras*. En: *Derecho de las Telecomunicaciones*. (Dirigida por Javier Cremades). Madrid: Civitas, 1996. p.984.

(19) El numeral 25 de los Lineamientos señala que para cumplir el objetivo de otorgamiento de concesiones en breve plazo, “no deben evaluarse los aspectos que son propios de la gestión empresarial, tales como tecnologías específicas que el solicitante utilizará en la provisión de los servicios y estudios de factibilidad técnico-económica”.

Lo fundamental del derecho a elegir al operador de servicios de telecomunicaciones es que representa, desde nuestro punto de vista, el factor de conexión existente entre el derecho de prestar servicios de telecomunicaciones y el de usarlos

considerando las limitaciones de adecuación de red y a la tecnología en uso, homologación de equipos, etcétera, que el mantenimiento de un sistema de telecomunicaciones moderno exige⁽²⁰⁾.

2.3 Libertad de formulación de estrategias competitivas en el sector.

Del reconocimiento de un régimen de libre competencia, se desprende la posibilidad de que los operadores desplieguen las estrategias de llegada a los clientes que les resulten más eficaces, respetando los derechos de los demás competidores. Este despliegue es uno de tipo relacional en el que se vinculan, en nuestra opinión, el derecho de prestación de servicios propio del operador de servicios de telecomunicaciones y el derecho de elección propio del usuario.

La posibilidad de que un operador ofrezca sus servicios parte de su derecho a prestarlos, lo que determina que tanto el Estado como sus competidores (que también tienen el mismo derecho) eviten limitar este derecho. Precisamente, en la posibilidad de oferta libre de ellos, radicará la libre competencia como base para la elección del usuario.

De lo dicho se desprende que el prestador de servicios de telecomunicaciones podrá diseñar la propuesta comercial (seguramente basada en aspectos tecnológicos y financieros de diverso orden) que le resulte más eficiente y que busque satisfacer el interés del usuario.

Es indudable que la libertad de formulación de estrategias competitivas adquiere relevancia en un

mercado como el de las telecomunicaciones, en el cual las barreras de entrada son altas por definición y en el cual, fuera de lo costoso que resulta acceder o crear productos sustitutos, el poder de los compradores y el de los suministradores⁽²¹⁾ es la regla. Por ello, la posibilidad de establecer estrategias competitivas que apunten a la focalización y a atender segmentos muy específicos del mercado, cuando no aprovechar oportunidades eventuales en el mismo, es un asunto fundamental para los operadores que pretenden entrar al sector e incluso para los que pretenden mantenerse en el mismo.

3 El derecho a usar servicios de telecomunicaciones.

Por su parte, el derecho a usar servicios de telecomunicaciones está reconocido también por el artículo 3 de la Ley de Telecomunicaciones y se ubica frente al derecho a prestar servicios de telecomunicaciones. Usa servicios de telecomunicaciones quien tiene acceso a ellos y la forma de establecer dicho acceso depende del modelo de prestación de servicios que normativamente viene establecido en la realidad. Como ya se ha mencionado, el régimen de prestación de servicios de telecomunicaciones en el Perú es libre. Y, por estar sujeto a un régimen de libre competencia, genera en cualquier usuario el derecho a utilizar los mismos luego de haber podido acceder a ellos ejerciendo una elección. El requisito del derecho de todo usuario a usar servicios de telecomunicaciones es, así, su derecho a “elegir el operador de servicios que a su criterio le convenga(...)”, lo que quiere decir que ese criterio de elección será un criterio sujeto a la conveniencia y al sólo límite de carácter técnico⁽²²⁾, según dispone el artículo 73 de la Ley de Telecomunicaciones.

A pesar de lo señalado, el otorgamiento y reconocimiento de un derecho a usar servicios de telecomunicaciones va mucho más allá de las formas de hacerlo efectivo. En realidad, el derecho a usar servicios de telecomunicaciones es anterior a su puesta en práctica, lo que determina que deba ser visto desde sus formas más primarias hasta las más efectivas. Así,

(20) Así, los Lincamientos exigen usar conmutadores con señalización SSS-7, equipos homologados y nuevos.

(21) Esto es peor aun si se considera que entre los suministradores se encuentra el operador dominante.

(22) Nótese que el derecho de elección se sujeta a la conveniencia del usuario y a la posibilidad técnica de ejercer tal elección.

el derecho a usar servicios de telecomunicaciones deberá verse desde la perspectiva de las personas, por el solo hecho de serlas; desde la perspectiva de los usuarios finales, potenciales y reales; y, desde la perspectiva de los usuarios intermedios (que prestarán sus servicios haciendo uso de los de otros operadores), potenciales y reales.

3.1 El derecho genérico de las personas a usar servicios de telecomunicaciones.

Esta forma abstracta, primaria y programática del derecho es la que permite que la primera expresión del derecho a usar servicios de telecomunicaciones tenga como correlato al servicio universal⁽²³⁾, pues este concepto nos ubica frente a la obligación de despliegue de redes para la provisión efectiva de servicios esenciales de telecomunicaciones a todas las personas. Abona esta idea el que la Ley de Telecomunicaciones declare “de interés nacional la modernización y desarrollo de las telecomunicaciones, dentro del marco de la libre competencia(...)” (artículo 2).

La obligación del despliegue de redes como uno de los objetivos del Estado en el marco de la libre competencia encontrará así su expresión en el principio de servicio con equidad (despliegue equitativo de redes), (artículo 7 del Reglamento) y en el acceso universal (artículo 7 del Reglamento). Ambas instituciones tienen cabida en la Ley de Telecomunicaciones y en los Lineamientos, respectivamente, de manera que si bien se trata de normas de contenido programático, constituyen el primer mecanismo para llevar a la práctica el derecho de uso reconocido por la Ley.

En segundo lugar, el derecho a usar servicios de telecomunicaciones traerá consigo el reconocimiento de la facultad de toda persona, por el solo hecho de serlo, de hacer precisamente uso de servicios de telecomunicaciones, siempre que los mismos no perjudiquen a terceros. Se trata de un principio, al igual que en el caso anterior, derivado de la condición de esencialidad atribuida por la Ley a las telecomunicaciones, de manera que existe una relación de correspondencia entre la esencialidad del servicio y el derecho a usarlo.

No debe desdeñarse, finalmente, el potencial de cobertura que tiene el precepto, en tanto derecho abstracto, respecto de las limitaciones que pudieran imponerse al mismo. En efecto, fuera de los actos que tengan base constitucional y legal, toda limitación al derecho de usar servicios de telecomunicaciones (aún cuando éste no haya sido siquiera intentado) será considerada ilegal. Naturalmente, de la vinculación que la afectación tenga respecto de algún derecho constitucional, surgirá la posibilidad de ejercitar los correspondientes remedios constitucionales, pero resulta claro que en su forma abstracta, el derecho a usar servicios de telecomunicaciones es un derecho que fija un límite importantísimo al actuar de los operadores en el mercado.

3.2 El derecho de los usuarios finales, potenciales y reales, a usar servicios de telecomunicaciones.

Este derecho ya encuentra un medio de concreción en la relación que genera el ser calificado como parte del mercado o segmento de mercado en el que actúa un operador de servicios. Evidentemente, nos encontramos frente al caso de redes de telecomunicaciones desplegadas que están en aptitud de prestar un servicio y que por tanto, son accesibles a un usuario final concreto (lo que determina que respecto de aquél se deba prestar atención a cierto grupo de garantías). Estas garantías, que se suman a las anteriores, están expresadas, en nuestra opinión, a través de principios como el de no discriminación (artículo 8 del Reglamento) y a través de obligaciones de suministro de servicios, fijación de plazos, y obligaciones de contratación. Dicho principio y tales obligaciones evidencian que el acceso del usuario a los servicios de telecomunicaciones es uno de los fundamentos de la competencia efectiva en tal sector, pues si el usuario no accede al servicio, no se le podría ofertar el mismo y por tanto, no se podría competir. En el mercado de los servicios de larga distancia ello es todavía más notorio⁽²⁴⁾: si un usuario no accede al portador, ni habrá opción al servicio mismo ni habrá opción a elegir operadores. Sin esa elección,

(23) Los Lineamientos definen al servicio universal como “el acceso en el territorio nacional a un conjunto de servicios de telecomunicaciones esenciales, entendiéndose por servicios esenciales a los disponibles para la mayoría de usuarios y provistos por los operadores públicos de telecomunicaciones”.

(24) Especialmente si se considera que en el segmento de mercado en el que operan las empresas portadoras de larga distancia la competencia es intensa debido al elevado número de participantes.

desaparecería el régimen de libre competencia. Por lo tanto, todo supuesto que haga posible el acceso del usuario a los servicios de telecomunicaciones en forma libre y sin desmedro del ordenamiento vigente es y debe ser auspiciado por el propio Estado, pues constitucionalmente está obligado a ello, según vimos.

En el caso de los usuarios reales (los clientes), el derecho de uso se manifiesta de maneras más intensas: derecho al acceso (a nadie se le puede negar el acceso a un servicio de telecomunicaciones si está dispuesto a pagar el precio ofertado por quien lo presta); a la continuidad del servicio (el servicio debe estar continuamente a disposición del usuario); a la información (se debe tener acceso a las tarifas, programas, características técnicas, etcétera); a la calidad, a la transparencia en las tarifas, a figurar en guías telefónicas, etcétera.

3.3 El derecho de los usuarios intermedios, potenciales y reales, a usar servicios de telecomunicaciones.

Los usuarios intermedios (los operadores de servicios de telecomunicaciones) tienen en virtud del derecho de uso de servicios de telecomunicaciones, un derecho a servirse de redes preexistentes en las diversas dimensiones de uso que éstas puedan ofrecer. Nos referimos al acceso a las infraestructuras sobre las que se soportan las redes y a las redes mismas. En el primer caso, hablamos incluso del uso de infraestructuras inmobiliarias (de donde se derivan derechos de coubicación) y, en el segundo, del uso de redes preexistentes mediante interconexiones o a través de la obtención de facilidades como el *roaming*⁽²⁵⁾.

Dentro de las muchas consecuencias derivadas del proceso de tránsito de un modelo de servicio público en régimen de monopolio a uno de libre competencia, destaca la necesidad de la interconexión de redes y servicios; debido a que el proceso de

desintegración vertical de la cadena de valor del operador monopólico obliga a sustituir algunos eslabones de la misma por operadores que prestarán sus servicios en régimen de pluralidad de redes y operarán las mismas con necesidad de acceso a la red del operador dominante, para hacer efectivo el derecho a la competencia⁽²⁶⁾. El proceso de desconcentración aludido y la dependencia de los usuarios de cada una de las redes desintegradas, hace de la interconexión una condición de interoperatividad⁽²⁷⁾, pues de no ser por ella los usuarios de una red no podrían comunicarse con los de otra red, así como tampoco podrían hacerlo los propios operadores, quienes por ese mismo hecho restarían todo valor comercial a su red⁽²⁸⁾. Pero no solo eso; una competencia equilibrada exige que los operadores entrantes no requieran instalar infraestructura paralela a la ya existente, especialmente al nivel de última milla o bucle de abonado, debido a que ello resultaría ser una inversión redundante y antieconómica.

De la necesidad de interconexión surge, nítido, el derecho de los operadores a la red, o, lo que es lo mismo, el “derecho de los operadores a disfrutar de redes preexistentes como requisito para prestar sus servicios”⁽²⁹⁾. El derecho aludido apunta a establecer una disminución de las barreras de entrada propias de un sector en el que las infraestructuras se convierten en activos estratégicos y por tanto en elementos sobre los cuales las empresas plantean sus políticas de actuación en mercados concretos. Lo dicho podría significar una limitación al derecho de propiedad del operador dueño de las infraestructuras, pues el derecho de acceso facultaría a los operadores entrantes a servirse de infraestructuras compartidas por mandato legal; pero es indudable que tal derecho de propiedad no obstante no discutirse la titularidad del operador de la red respecto de ella, ni es absoluto ni puede ejercitarse al margen del interés social; aspecto que

(25) Sobre este punto son de resaltar las Resoluciones No. 019-97-COOHI y No. 073-97-PD/OSIPTTEL que resolvieron la controversia entre Tele 2000 y Telefónica del Perú sobre interpretación y ejecución del contrato de *roaming* suscrito entre ambas empresas. Esa resolución, a pesar de no señalarlo expresamente en su texto, resolvió un problema de acceso a redes en el cual el conflicto estaba determinado por el no otorgamiento de facilidades de *roaming* automático a un operador, lo cual puede ser interpretado como una violación del derecho a usar (lo que presupone el acceso a) redes y facilidades preexistentes.

(26) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y DE LA QUADRA Salcedo, Tomás. *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*. Madrid: Civitas, 1999, p.151.

(27) CARRASCO, Angel y MENDOZA, Ana. *Interconexión y acceso a redes*. En: *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*. (Dirigida por Arpón de Mendivil). Madrid: Aranzadi, 1999, p. 461.

(28) *Ibid.*

(29) CALLOL GARCÍA, Pedro. *La garantía de acceso a las redes de telecomunicaciones como requisito esencial para la liberalización del sector*. En: *Revista de Administración Pública*. Madrid, 1999, p.403.

por cierto queda solucionado por la Ley, la que califica la interconexión y, por extensión y con mayor razón, el acceso, como derechos de interés público y social⁽³⁰⁾.

La opción del modelo regulatorio peruano apunta a establecer un régimen de acceso pleno a las redes preexistentes, reforzado por mandatos legales de obligación de interconexión para todos los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones, lo que además es condición esencial de la concesión de servicios portadores o finales⁽³¹⁾. Evidentemente, se trata de una opción normativa propia de un régimen de liberalización inicial que, de momento, no merece mayores reparos. Sin embargo; es indudable que la cuestión puede cambiar una vez que hayan ingresado operadores suficientes y, por tanto, se haya generado un régimen de competencia basado en el uso generalizado o, eventualmente, indiscriminado de infraestructuras establecidas, desincentivándose la inversión en ellas⁽³²⁾.

4 El derecho de los usuarios a elegir al operador de servicios de telecomunicaciones.

El derecho a usar servicios de telecomunicaciones, en todas las manifestaciones que hemos presentado, se hace real mediante la elección de un operador que los preste y con quien finalmente se contrate.

La Ley de Telecomunicaciones reconoce en el artículo 73 el derecho del usuario a elegir el operador de servicios de telecomunicaciones que a su criterio le convenga, en la medida que resulte técnicamente factible. Agrega la misma norma que las empresas que presten servicios se abstendrán de realizar prácticas que impidan o distorsionen el derecho del usuario a la libre elección. Este derecho es una derivación del derecho a la libre contratación contenido en el artículo 62 de la Constitución

Política y a pesar de formar parte de las regulaciones que la Ley de Telecomunicaciones y el Reglamento fijan para la actuación en el mercado de servicios, pareciera estar sujeto a actos normativos previos, en la medida que el Reglamento señala que “para el ejercicio del derecho del usuario, establecido en el artículo 73 de la Ley, (...) OSIPTEL establecerá las disposiciones específicas necesarias(...)”. Sin embargo, creemos que el propio OSIPTEL ha reconducido lo señalado en el Reglamento hacia una concepción amplia del derecho al señalar que “el derecho de elección del usuario de servicios de telecomunicaciones es anterior a los mecanismos de preselección(...)”⁽³³⁾, que son justamente los que han sido normados por el OSIPTEL, en aplicación de la norma antes mencionada.

Lo fundamental del derecho a elegir al operador de servicios de telecomunicaciones es que representa, desde nuestro punto de vista, el factor de conexión existente entre el derecho de prestar servicios de telecomunicaciones y el de usarlos. Y al constituirse en el factor de conexión pasa, eso también creemos, a conformar la columna vertebral de todo el sistema normativo sectorial. Ello lleva a que ese grupo de normas relacionadas pase a ser expresión del sentido actual de todo el sistema normativo en materia de telecomunicaciones. La resolución OSIPTEL que estamos comentando así lo refleja y el caso del acceso al portador es una muestra de ello, según veremos.

5 La prestación de servicios portadores.

Los servicios portadores son aquellos que permiten transportar señales de telecomunicaciones. Proporcionan la capacidad necesaria para hacerlo⁽³⁴⁾. El transporte de señales de telecomunicaciones será de ámbito local o de larga distancia dependiendo de

(30) Artículo 4 Reglamento de Interconexión, Resolución No. 01-98-CD/OSIPTEL.

(31) Artículos 4 y 5 Reglamento de Interconexión.

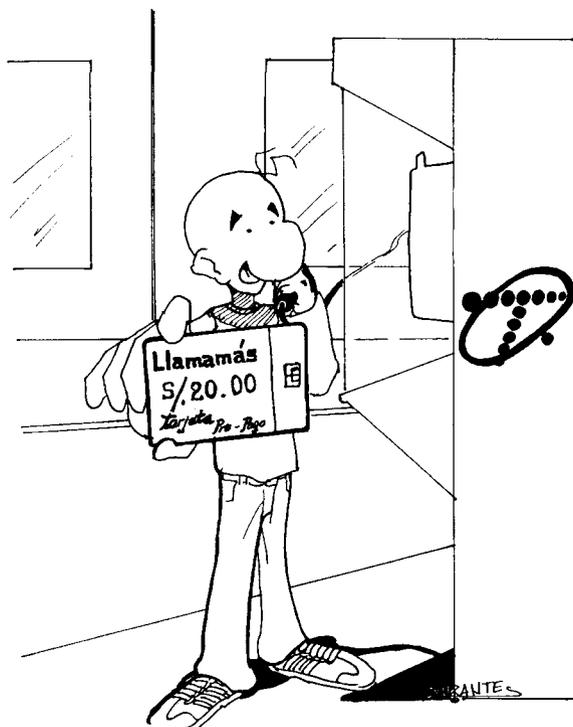
(32) El asunto preocupa a autores como Callol, quien sugiere como contrapartida, en situaciones como esta, la restricción únicamente al acceso de redes preexistentes y no a las nuevas, las que, en ese caso, podrían no interconectarse obligatoriamente. El tema no parece tan discutible habida cuenta de que el paralelismo de redes e infraestructuras es un fenómeno que se presenta como consecuencia de la creación de nuevos servicios soportados por tecnologías inalámbricas y de la necesidad de provisión de mayor ancho de banda; aspecto que resulta estratégico para las empresas que ingresan a los mercados contando con la infraestructura como base de su competencia distintiva (CALLOL GARCÍA, Pedro. Op. cit).

(33) Resolución No. 002-2000-GG/OSIPTEL.

(34) La Ley de Telecomunicaciones (artículo 10) define a los servicios portadores como “aquellos (...) que proporcionan la capacidad necesaria para el transporte de las señales que permiten la prestación de servicios finales, de difusión y de valor añadido(...)”. El Reglamento especifica: “Los servicios portadores son aquellos que utilizando la infraestructura del sistema portador, tienen la facultad de proporcionar la capacidad necesaria para el transporte y enrutamiento de las señales de comunicaciones, constituyendo el principal medio de interconexión entre los servicios y redes de telecomunicaciones(...)”.

los puntos entre los que se haga el transporte. Será local el transporte que se realice en un área urbana, por ejemplo, y será de larga distancia el transporte de señales que se realice entre puntos ubicados en dos departamentos o países distintos.

La desconcentración en la cadena de valor⁽³⁵⁾ ha hecho que uno de los segmentos del mercado de las telecomunicaciones más competitivos sea, precisamente, el de los servicios portadores, debido a que las tecnologías existentes para transportar señales entre puntos ubicados en distintos lugares facilitan la instalación de infraestructuras y redes muy sencillas apropiadas para ello. En el Perú, el *website* de la Unidad Especializada de Concesiones de Telecomunicaciones (www.mtc.gob.pe) reporta más de cincuenta concesiones otorgadas a operadores de larga distancia desde la apertura del mercado en 1998. Ello da una idea clara del grado de apertura de este segmento de mercado.



La actuación de los operadores de larga distancia nacional y, especialmente, internacional, tiene dos dimensiones: (i) como portadores de comunicaciones “entrantes” al territorio nacional y que provienen de otras redes internacionales con la finalidad de que sean terminadas en redes de telefonía fija o móviles en cualquier lugar del territorio nacional y, (ii) como portadores de comunicaciones “salientes” del territorio nacional, y que se destinan a redes internacionales con el objeto de que sean terminadas en redes de telefonía fijas y móviles de distintos países. El papel de los portadores respecto de las llamadas entrantes es simple, pues ellos deberán ofrecer sus servicios a operadores internacionales que acopian tráfico y lo ofrecen a diversos portadores nacionales con el objeto de que lo terminen en las redes fijas y móviles a precios competitivos valiéndose de los acuerdos de interconexión que hayan establecido al efecto. El papel de estos operadores es simple, decíamos, porque ellos no necesitan desplegar una gran campaña para vender sus servicios, sencillamente deberán contactar con un operador extranjero y ofrecerle un precio bajo. En cambio, el papel de los portadores que transportan tráfico desde el territorio nacional hacia el extranjero es distinto. En este caso, el portador debe tomar contacto con los usuarios de las redes fijas de telecomunicaciones y ofrecerle sus servicios. El mecanismo para lograrlo, al menos básicamente, es la preselección. Mediante ella, el usuario de una red de telefonía básica tiene la posibilidad de seleccionar al operador de servicios portadores que transportará sus comunicaciones de larga distancia. Aunque parece sencillo, lograr que un usuario de la red de telefonía básica elija a determinado operador de servicios portadores es una labor difícil. En primer lugar, deberán conocerlo y, en segundo lugar, deberán probarlo. Si ya lo primero es difícil (¿sabe el lector los nombres de las más de cincuenta empresas que prestan servicios portadores en el Perú?), lo segundo lo es más.

El grado de dificultad se aprecia a partir de la complejidad que supone la preselección en cuanto trámite⁽³⁶⁾. La preselección supone conocer al operador,

(35) Los procesos de liberalización parten de tal desconcentración para hacer posible la liberalización. Lo usual es verificar la cadena de valor de la actividad y segmentarla liberalizando cada una de las actividades que la conforman.

(36) La preselección está regulada en la Resolución No. 006-99-CD/OSIPTEL. La preselección a la que aludimos es la preselección simple, mediante suscripción. A partir de noviembre del 2001, la selección del operador de larga distancia se hará mediante el sistema de llamada por llamada.

elegirlo, dejar de lado al operador que presta los servicios actualmente, y probar al nuevo. Esos cuatro pasos, no son fáciles de lograr. Hacerse conocido, elegible, susceptible de prueba y, finalmente, preferido, no es cosa simple. Esto cuesta mucho dinero pues debe recordarse que el sistema de preselección es en sí mismo un trámite regulado que por su propia naturaleza, inhibe al cliente y, por ello, exige despliegues publicitarios y promocionales muy grandes. La alternativa a un esquema como el descrito es el sistema de llamada por llamada, en el cual el usuario, marcando un número de operador, lo selecciona automáticamente y sólo para la llamada que ha iniciado. Ese sistema comenzará a aplicarse a partir de noviembre del 2001.

6 El acceso de los usuarios al operador de larga distancia.

Según vimos, el problema del acceso mismo del usuario final al portador de larga distancia es muy complejo. Tanto que los propios lineamientos de política de apertura del sector de las telecomunicaciones señalan que “uno de los problemas que debe resolverse en el contexto de competencia de larga distancia es el del acceso del usuario al operador de larga distancia de su elección(...)” y dichos lineamientos proponen como solución al problema de la preselección el régimen de acceso de “llamada por llamada”. El punto es analizar si este es el único medio de acceso al portador de larga distancia pues, de ser así, cualquier iniciativa distinta resultaría contraria al ordenamiento.

Sobre este punto, debemos mencionar que nuestro ordenamiento no califica al sistema de preselección⁽³⁷⁾ o al de llamada por llamada como únicos medios de acceso al portador de larga distancia. Bien sabido es que el portador de larga distancia debe contar al menos con una interconexión y que esa interconexión debe realizarse, por una cuestión de sentido común y búsqueda de suficientes clientes para el negocio, con el operador dominante, que es quien cuenta con el mayor número de abonados. Pero ello ni es necesario

ni es obligatorio, porque bien podría ocurrir, hoy o dentro de pocos años, que tal interconexión se realice no con el operador dominante sino con el operador que cuenta con el grupo de abonados que conviene a determinado interés empresarial del oferente de servicios de larga distancia. Por lo tanto, podría resultar que el acceso principal ni siquiera sea el derivado de la red fija del dominante sino, más bien, el de la verdadera masa crítica.

En la línea de lo dicho, el acceso vía preselección queda entendido como un sistema pensado en la masa de abonados de una red fija del operador dominante y no en un sistema de usuarios selectivos, “eventuales” que van mucho más allá de la simple adhesión a un modelo de acceso a los servicios de telecomunicaciones. Tan cierto es lo que se dice aquí que ni siquiera los usuarios mismos del servicio telefónico público pueden preseleccionar, precisamente, por estar la preselección diseñada para usuarios fijos, no eventuales. Surge, así la pregunta: ¿y quien atiende al usuario eventual que quiere elegir a un operador de servicios portadores? Es obvio que alguien tiene que hacerlo. Y la respuesta a ello, con pleno respaldo jurídico, es el acceso mediante sistemas distintos a la preselección. El hecho de que no exista norma que prohíba esta forma de acceso determina que nuestro sistema legal deba admitirla. A este respecto, conviene mencionar la garantía constitucional contenida en el numeral 24 del artículo 2 de la Constitución del Estado: “nadie está obligado a hacer lo que la Ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe(...)”. Por lo tanto, si las normas de preselección no se declaran como único sistema de acceso al portador de larga distancia; ni las demás normas sectoriales limitan la posibilidad de usar medios distintos a la preselección, queda claro que cualquier otro sistema puede ser válido, siempre que no vulnere el ordenamiento legal vigente ni limite los derechos de los demás usuarios. Uno de esos sistemas es el de las tarjetas prepago, en el cual el usuario paga por adelantado un servicio que queda reflejado en una tarjeta que le da acceso al sistema de telecomunicaciones.

(37) La preselección como forma de acceso al portador de larga distancia es el medio típico de acceso y, a juicio del regulador, la forma más evidente de materializar el derecho de elección del usuario en aplicación del artículo 73 de la Ley de Telecomunicaciones (Vid. Resolución No. 006-98-CD/OSIPTTEL).

7 La posición del OSIPTEL: requisitos que debe observar quien utiliza formas distintas de acceso al portador de larga distancia y derechos que se reconocen al operador y al usuario.

La posibilidad de lograr el acceso al portador de larga distancia a través del sistema de tarjetas prepago no limita las exigencias legales impuestas al operador de servicios portadores. Es decir, si un operador quiere lograr que parte de los usuarios de la red fija use sus servicios portadores, debe cumplir con las obligaciones impuestas a los operadores y darle a los usuarios opciones igualitarias de acceso a sus servicios. Esto quiere decir que deberá interconectarse para pasar tráfico conmutado tanto para la terminación como para la originación de llamadas y deberá establecer un mecanismo de acceso a su sistema.

El OSIPTEL, al emitir el mandato de interconexión de la empresa Infoductos S.A. con Telefónica del Perú, contenido en la Resolución No. 004-2000GG/OSIPTEL, ha señalado lo siguiente: (i) El empleo del sistema de tarjeta de pago no es una cuestión del mecanismo de preselección o de llamada por llamada, como formas de acceso a la red del operador de larga distancia, sino una opción a la que tiene derecho el usuario (consumidor final) para elegir el operador de su preferencia el cual, operando bajo las reglas de interconexión aplicables, le brinde el servicio de telecomunicaciones de que se trate y, (ii) Cualquier concesionario del servicio portador de larga distancia o de cualquier otro servicio público de telecomunicaciones, tiene derecho a emplear la modalidad de sistemas de tarjetas de pago para la prestación de su propio servicio, sin más restricción que la de realizar sus operaciones dentro del marco de una interconexión, **incluyendo la utilización de la red de teléfonos públicos de otro concesionario.**

Estos criterios permiten desprender dos requisitos que vale la pena resaltar. En **primer lugar**, la posibilidad de ofrecer un servicio portador parte de una necesaria relación de interconexión que haga posible la transferencia de comunicaciones de una red telefónica de origen a otra de transporte. Este requisito, en nuestra opinión, hace patente la necesidad de interoperatividad legítima de redes, la que podrá serlo gracias a un acuerdo jurídico y regulado de interconexión; y en **segundo lugar**, que el operador

de larga distancia esté en aptitud de ofrecer el servicio, bien a través de su propia red o la de terceros.

Para formular estos criterios el OSIPTEL “considera que el alcance de la normativa relacionada a la preselección se restringe a la posibilidad de los abonados de preseleccionar las líneas telefónicas sobre las cuales tienen derecho. El alcance del derecho del usuario a escoger cuál operador le brinda el servicio es anterior y diferente al del abonado que escoge al operador que ‘enruta’ sus llamadas de larga distancia desde una línea determinada. En efecto, el artículo 73 de la Ley de Telecomunicaciones, norma que rige y establece el marco de las telecomunicaciones, recoge de forma amplia el derecho de los usuarios de elegir al operador del servicio de telecomunicaciones que a su criterio le convenga, debiendo las empresas que prestan servicios de telecomunicaciones abstenerse de realizar prácticas que impidan o distorsionen el derecho del usuario a la libre elección, bajo la posibilidad de ser sujetas a las infracciones previstas en la legislación general y sectorial en materia de competencia y protección al consumidor(…)”.

Estos criterios, además, permiten establecer que los operadores de servicios portadores tienen derecho a emplear las tarjetas prepago como modalidad de acceso a los servicios, sin más límite que el de hacerlo en un marco de interconexión. Y del mismo modo, reconocen el derecho del usuario a elegir tal modalidad de acceso y al operador que la ofrece en la medida que es una opción del propio usuario.

El acceso al portador de larga distancia mediante el uso de tarjetas prepago está, según se ve, admitido por nuestro ordenamiento legal; no hay norma que lo prohíba. Y este derecho se extiende al uso de las redes de telefonía pública y básica.

8 Conclusiones.

Según hemos visto, el acceso del usuario al portador de larga distancia a través de mecanismos distintos a la preselección, tiene respaldo constitucional y legal. El derecho de elegir al operador de larga distancia es anterior al derecho a preseleccionar y, por tanto, no se puede reducir el problema del acceso a una mera opción legal dirigida a la preselección. El requisito básico para que opere la preselección es que exista una relación de interconexión y que las actividades de acceso no vulneren el ordenamiento.

Estos hechos, fuera de establecer la facultad misma de utilizar un mecanismo de acceso válido al operador de servicios de larga distancia, ofrecen la posibilidad de establecer una relación directa entre los derechos de prestación de servicios de telecomunicaciones y los de uso de servicios de telecomunicaciones, a partir de un factor de conexión como es el caso del derecho de elegir al operador. La

virtud de la resolución comentada está en expresar una idea central del sistema normativo en materia de telecomunicaciones: los servicios de telecomunicaciones se ofrecen teniendo en cuenta las necesidades de los usuarios, lo que permite formular las ofertas de servicios en el sector de las telecomunicaciones en función del derecho de los usuarios a elegir los operadores más convenientes. ⁴⁵