

Pontificia Universidad Católica del
Perú Facultad de Derecho



PUCP

Programa de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo

“Retos actuales a la regulación de las telecomunicaciones en Perú”

**Trabajo Académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho
Administrativo**

AUTORA:

Alexandra Isabelle Loaiza Porcel

ASESOR:

Lucio Sánchez Povis

CÓDIGO DE LA ALUMNA:

20121947

2020

RESUMEN

La presente investigación se circunscribe en el ámbito de las telecomunicaciones, buscando analizar retos regulatorios actuales en ese sector. Se trata de un mercado dinámico que, en las últimas décadas, ha buscado evolucionar a la par de las mejoras tecnológicas y dar políticas que permitan mayor competencia, en favor del usuario. El objetivo fue analizar dos tipos de abordaje que se le puede dar a un nuevo reto, detallando el contexto en el que surgieron, cómo se diseñó la estrategia y cuáles fueron los resultados observables. El primero, sobre Operadores Móviles Virtuales, parte de una política pública nacional, por lo que puede evaluarse los objetivos planificados y cuál es el estado actual. El segundo ejemplo parte de la experiencia comparada para constatar la diferencia de tratamiento de un mismo caso entre Europa y Perú, reflexionando sobre qué modelo sería más adecuado. Respecto al reto de los "Operadores Móviles Virtuales", encuentro que se trató de una propuesta interesante de política pública para incrementar la competencia en el sector sorteando la dificultad de la instalación de grandes infraestructuras. Su formulación tuvo varios elementos adecuados, como la accesibilidad, las provisiones orientadas a una sana competencia y la determinación del mandato de interconexión. Sin embargo, a día de hoy no ha producido los efectos deseados y considero que sería importante modificar algunos aspectos para darle un nuevo impulso. Respecto a los servicios de telecomunicación que he denominado "híbridos", por utilizar redes de internet y de telecomunicaciones, encontré que nuestra regulación no los ha contemplado, a pesar de que funcionan en nuestro país. Al determinar que tienen importantes similitudes con los OMV y que sí implican la prestación de servicios que ya se encuentran regulados, mi propuesta es que se amplíe la primera categoría jurídica para incluirlos, determinando las obligaciones que le son aplicables.

PALABRAS CLAVE

Telecomunicaciones – Operadores Móviles Virtuales – Experiencia Comparada

ÍNDICE

Introducción	1
1. Regulación de las telecomunicaciones en Perú	2
2. Retos actuales en el sector telecomunicaciones	2
2.1 Primer reto: Abrir la competencia sin infraestructura	2
2.1.1 Categoría jurídica “Operador Móvil Virtual”	3
2.1.2 Situación actual	8
2.2 Segundo reto: Nuevos servicios tecnológicos de comunicación	11
2.2.1 Tratamiento de nuevas tecnologías en la Unión Europea	12
2.2.1.1 Servicios de comunicaciones electrónicas	12
2.2.1.2 Servicios de la sociedad de la información	16
2.2.1.3 Caso Gmail en el TJUE	16
2.2.1.4 Caso SkypeOut en el TJUE	18
2.2.2 Tratamiento de SkypeOut en Perú	23
2.2.2.1 Caracterización del servicio	23
2.2.2.2 Situación regulatoria	25
3. Conclusiones	26
4. Recomendaciones	27
Bibliografía	29

Retos actuales a la regulación de las telecomunicaciones en Perú

Introducción

El avance de la tecnología nos ha permitido contar con una gama cada vez más amplia de servicios de telecomunicaciones, dejando en el desuso a métodos tradicionales como el teléfono fijo. Sin embargo, ¿nuestra normativa de telecomunicaciones ha evolucionado al mismo ritmo? ¿El marco legal actual incluye a los nuevos tipos de servicios que permiten la telecomunicación? Nos encontramos en una época que se caracteriza por su dinamismo, resulta ser un momento apropiado para analizar cómo queremos regular las novedades tecnológicas y replantear las categorías jurídicas que venimos manteniendo hace muchos años. No necesariamente todo cambio o innovación deben ser regulados, ya que el mercado de las comunicaciones móviles, por ejemplo, se encuentra sanamente liberado hace varios años; pero es importante que estén reconocidos e identificados, para evaluar si cumplen con sus obligaciones en igualdad de condiciones con los otros operadores, en lo que respecta al organismo regulador y a los usuarios.

El presente trabajo busca explorar servicios distintos a los tradicionales en el ámbito de las telecomunicaciones: Los Operadores Móviles Virtuales y servicios como el de “SkypeOut”, que para efectos del presente artículo he denominado “servicios híbridos” por cómo se prestan. En el primer reto analizaré cómo se dio un primer avance en la concepción de los operadores de telecomunicaciones, con la aprobación de una ley para promover a los Operadores Móviles Virtuales (OMV). Se detalla el contenido de la normativa, su implementación y su estado actual. Posteriormente nos enfocaremos en los desafíos actuales de las telecomunicaciones con los servicios que usan internet. Considerando el caso de SkypeOut en la Unión Europea, vamos a evaluar si es que dicho servicio, que también se presta en Perú, puede ser considerado un servicio de telecomunicación sujeto a la regulación vigente. Es relevante reflexionar sobre cómo debe ser el tratamiento a ese tipo de empresas. Por ello, vamos a revisar al detalle cómo se dio el caso de SkypeOut, qué es lo que podemos aprender de la jurisprudencia de la Unión Europea y si dichos conceptos son aplicables en el marco legal peruano.

Finalizaré con una reflexión global sobre cómo los OMV no han tenido los resultados esperados, señalando algunos cuestionamientos por parte de expertos y agentes del mercado, luego de las cuales indicaré recomendaciones puntuales respecto a mejoras necesarias para relanzar las OMV. En cuanto a los “servicios híbridos”, he constatado que

no encajan en ninguna categoría actual pero que sería importante poder adaptar la regulación de las OMV para incluir a servicios como el de SkypeOut con atingencias.

1. Regulación de las telecomunicaciones en Perú

El sector Telecomunicaciones se encuentra sanamente liberalizado desde la década de los 90, lo que permite que en la actualidad distintos operadores puedan acceder a brindar sus servicios en condiciones de competencia.

Respecto a la normativa marco del sector telecomunicaciones, tenemos a la Ley de Telecomunicaciones (T.U.O. de la Ley de Comunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 013-93-TCC) y su Reglamento (T.U.O. del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 020-2007-MTC). De acuerdo a lo establecido en la Ley General de Telecomunicaciones (artículo 6), los servicios de telecomunicaciones se prestan actualmente en un régimen de libre competencia. Sin embargo, el ingreso al mercado requiere de autorizaciones administrativas o concesiones, las cuales son otorgadas por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC). Todos los prestadores están sometidos a una serie de principios y obligaciones al tratarse de un servicio público. La supervisión del cumplimiento de todo el marco normativo está a cargo de OSIPTEL (el organismo supervisor de la prestación de servicios de telecomunicaciones), así como el MTC que es el organismo rector del sector.

Los principales actores en el ámbito de las telecomunicaciones son los que pertenecen a la categoría “Operador Móvil con Red”. De acuerdo al Decreto Supremo N° 004-2015-MTC, este es un “concesionario que posee título habilitante para prestar servicios públicos móviles, cuenta con red propia y asignación de espectro radioeléctrico” (artículo 5.1), contando así con un área de cobertura. Aunque existen otros operadores.

No podemos olvidar que la actividad de telecomunicaciones es un servicio público, de ahí la importancia de su regulación y seguimiento. Como tal, se le aplican los principios de Acceso universal y equidad, no discriminación y neutralidad (Zegarra 2018:55-56).

2. Retos actuales en el sector telecomunicaciones

2.1 Primer reto: Abrir la competencia sin infraestructura

Desde hace varios años el OSIPTEL viene implementando diferentes medidas para promover la competencia en el mercado de las telecomunicaciones en favor de los usuarios. El mercado pasó de tener dos grandes operadores a cuatro en la actualidad y

medidas como la portabilidad numérica libre y la restricción de contratos a largo plazo han dinamizado el mercado al punto de que incluso se habla de “guerra de precios” entre los principales operadores en el país y la concentración de mercado más baja de la historia¹, con el consiguiente beneficio para los usuarios, quienes acceden a mejores planes de telefonía, costos más bajos, flexibilidad, mayor velocidad de internet, aplicaciones gratis, beneficios en servicios externos, etc.

Si bien se cuenta actualmente con mayor dinamismo, en el año 2015 se constataba un crecimiento en la competencia con más operadores pero las autoridades se enfrentaban también a un problema práctico: una de las mejores formas de seguir dinamizando un mercado es atraer más competidores a él, pero deben darse las condiciones adecuadas para que estos nuevos competidores decidan intervenir. En el sector telecomunicaciones, esa no es tarea fácil, sobre todo porque ser un Operador Móvil con Red requiere de una alta inversión en infraestructura (que además de la construcción en sí enfrenta numerosos problemas como negociar las servidumbres de paso); en tecnología; supone el cumplimiento de una serie de requisitos; y se enfrenta al hecho de que el espectro radioeléctrico es finito. En ese contexto no se preveía más operadores interesados, por lo que el Poder Ejecutivo buscó una solución alternativa: valerse de los avances tecnológicos para crear una figura jurídica que no tuviera que realizar la alta inversión en infraestructura pero que pudiera prestar un servicio similar, emulando a numerosos países que habían hecho lo mismos. Es así como se llegó a la creación de los Operadores Móviles Virtuales en Perú.

2.1.1 Categoría jurídica “Operador Móvil Virtual”

En el año 2015, con la finalidad de promover la competencia en el ámbito de las telecomunicaciones, se promulgó la Ley N° 30083, “Ley que establece medidas para fortalecer la competencia en el mercado de los servicios públicos móviles”. Dicha ley introdujo las figuras de “operador móvil virtual” y “operador de infraestructura móvil rural”. Las empresas que operen bajo dichas figuras se rigen también por la Ley de Telecomunicaciones y su Reglamento en lo que resulte aplicable, pero cuentan también con su propio reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2015-MTC. De acuerdo al reglamento (artículo 4), los Operadores Móviles Virtuales tienen por objeto la

¹ Fuente: Entrevista al presidente de OSIPTEL, Rafael Munte Schwarz en Diario Expreso, publicado el 08 de febrero de 2020. Disponible en: <https://www.expreso.com.pe/economia/osiptel-ha-habido-una-guerra-de-precios/>

prestación de “servicios públicos móviles”, categoría que comprende los siguientes servicios: telefonía móvil, servicio de comunicaciones personales, servicio de canales múltiples de selección automática y otros que puedan ser determinados por el MTC. Estos servicios se traducen, de cara a los usuarios, en el servicio de voz, mensajes de texto y acceso a internet.

Un “operador móvil virtual” (en adelante, OMV) es aquel titular de concesión única que puede brindar servicios de telecomunicación minorista a usuarios finales en el ámbito de “servicios públicos móviles”, incluyendo el servicio de voz, mensajes de texto y acceso a internet. No cuenta con asignación de espectro radioeléctrico pero puede prestar servicios con sus propios elementos de red o con elementos de los Operadores Móviles con Red, así como emplear o no numeración propia (artículo 10). Mientras que un “operador de infraestructura móvil rural” es aquel concesionario de “servicios portadores” que tiene como fin proveer facilidades de red a los Operadores Móviles que cuentan con red pero que requieren apoyo para prestar sus “servicios públicos móviles” en áreas rurales o de preferente interés social donde no cuenten con infraestructura propia.

De acuerdo al artículo 3 del Reglamento de la Ley N° 30083, los operadores OMV están sujetos a los siguientes principios:

- i) Igualdad de acceso: Obligación de brindar a usuarios y proveedores un trato igualitario en condiciones iguales o equivalentes.
- ii) Neutralidad: Obligación de no utilizar su condición de operadores ni los elementos de la red para obtener ventajas a su favor, o a favor de empresas vinculadas, en detrimento de competidores.
- iii) No discriminación: Impedimento de negar el servicio a ninguna persona natural o jurídica que cumpla con las condiciones establecidas.
- iv) Libre y Leal Competencia: Obligación de desarrollar sus actividades sin realizar actos que afecten o puedan afectar la libre y leal competencia, en lo que se refiere a la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones, la provisión de las facilidades de red u otras actividades.
- v) Atención y Defensa del Consumidor: Obligación de desarrollar sus actividades en cumplimiento del Marco Normativo de Usuarios (que incluye normas de Osiptel y de otras entidades, que tengan por finalidad el reconocimiento de derechos, y la protección y defensa de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones).

Para poder operar como OMV es necesario que los concesionarios habilitados para prestar servicios públicos móviles presenten una solicitud ante la Dirección General de programas y proyectos de Comunicaciones (DGPPC) del MTC, órgano que se encarga de evaluar las solicitudes, para ser inscritos en el “Registro de Operador Móvil Virtual”. Estar inscrito en el registro significa contar con título habilitante del Estado que faculta al titular de la concesión única poder brindar “servicios públicos móviles” (voz, mensajería de texto y acceso a internet). Este procedimiento es uno de evaluación previa sujeto a silencio administrativo positivo si no se atiende en el plazo máximo de 30 días hábiles. Únicamente se requiere el cumplimiento de requisitos, de momento no hay un número máximo de empresas ni un concurso público o similares para poder acceder al registro. Observamos que el procedimiento de acceso es uno sencillo, no cuenta con requisitos especiales que pocas empresas puedan cumplir.

En caso un solicitante no contara con una concesión ni estuviera habilitado de forma previa para prestar servicios públicos móviles de telecomunicaciones, debe seguir el procedimiento especial de otorgamiento de concesión, el cual se tramite de forma paralela al registro de OMV. Requiere el cumplimiento de una serie de requisitos taxativos y la suscripción de un contrato de concesión que debe ser aprobado por el titular del MTC, conforme al artículo 30 del Reglamento. La concesión tiene una vigencia máxima de 20 años, contando desde la suscripción del contrato y puede ser renovada a solicitud de parte. Se requiere perfil del proyecto técnico; proyección de la inversión prevista para los primeros 5 años y el monto de la inversión inicial el primer año; de situarse en Lima, compromiso de atender como mínimo un distrito fuera de Lima y el Callao, dentro del año siguiente desde la inscripción en el Registro y manteniendo el servicio; capital de personas jurídicas no menor a 40 UIT y en el caso de personas naturales, ingresos anuales por el mismo monto. La concesión quedará sin efecto si se incurre en una causal de extinción o de resolución de acuerdo a la Ley de telecomunicaciones y normas relacionadas, de acuerdo al artículo 39. Este aspecto del acceso también es un trámite simplificado, comparado con otras concesiones.

A julio de 2020, se reportó la existencia de seis empresas en el “Registro de Operadores Móviles Virtuales” que administra el Ministerio de Transportes y Comunicaciones²:

² Fuente: “Inscripción en el Registro de Operadores de Móviles Virtuales” del Ministerio de Transportes y Comunicaciones. Disponible en: https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1021659/R007_Operador_M%C3%B3vil_Virtual.pdf

Empresa	Fecha de inscripción	Nombre comercial	Estado
Inacel Movil S.A.	24 de diciembre de 2015	Inkacel	Activo
Dolphin Mobile S.A.C.	02 de febrero de 2016	Dolphin Telecom	Activo
Famagusta S.A.C.	12 de julio de 2017	Famagusta	Inactivo
Guinea Mobile S.A.C.	08 de enero de 2018	Cuy Mobile	Activo
Flash Servicios Perú S.R.L.	09 de enero de 2020	Flash Mobile	Inactivo
Intermax S.A.C.	14 de enero de 2020	Intermax	Inactivo

Como hemos mencionado, los OMV pueden contar con una red propia, pero lo usual es que no realizan una inversión de tal envergadura como una facilidad para su acceso al mercado, por lo que la ley ha previsto que los Operadores Móviles con Red (en adelante, OMR) tengan la obligación de brindar a las OMV acceso a sus propias redes para que puedan prestar servicios si es que lo solicitan. En el marco de dicha obligación (artículo 6 del Reglamento), el OMR tiene derecho de ser retribuidos por los servicios que contrate el OMV, conforme a un contrato privado que luego es aprobado por OSIPTEL. En caso no se llegara a un acuerdo, el regulador emite un “Mandato de acceso e interconexión” delimitando las obligaciones de ambas partes, buscando un equilibrio. Para respaldar el acuerdo, el OMV debe otorgar una garantía que respalde el cumplimiento de sus obligaciones. Además, el OMR debe recibir las proyecciones de demanda de tráfico de voz y de datos de parte del OMV, ante de iniciar la relación contractual y de manera permanente mientras se desarrolla, de modo que pueda administrar las necesidades propias y las de la OMV en su red.

A su vez, el OMR tiene una serie de obligaciones (artículo 7 del Reglamento) la mayoría de las cuales están orientadas a permitir el adecuado desarrollo de las OMV:

Obligaciones que permiten a la OMV ser competitiva en el mercado.	Obligaciones que promueven la competencia entre todos los actores del mercado.	Obligaciones para permitir a la OMV cumplir con otras normas y requerimientos.
<ul style="list-style-type: none"> • Brindar al OMV condiciones mayorista, para que pueda desarrollar su propia oferta comercial, con planes tarifarios competitivos para los servicios públicos móviles de voz, mensajes de texto y acceso a internet. • Brindar a los usuarios del OMV el mismo estándar de calidad de servicio que brinda a sus usuarios directos. • No condicionar la contratación de servicios al OMV a la adquisición de otros servicios. • Brindar interconexión y acceso al OMV de forma ininterrumpida y por el tiempo que éste lo requiera. 	<ul style="list-style-type: none"> • No implementar, sin previa autorización de Osiptel, medidas de gestión de tráfico, administración de red o similares que puedan restringir, bloquear o interferir de forma arbitraria con cualquier tipo de tráfico, protocolo o aplicación de la actividad del OMV. Osiptel consulta la posible afectación con la OMV. • No celebrar acuerdos de exclusividad u otros vinculados que puedan restringir la libre competencia, en específico, sobre el acceso a la red del OMR por parte de otros OMV o los servicios que les puede ofrecer. 	<ul style="list-style-type: none"> • Brindar al OMV facilidades técnicas necesarias para que pueda cumplir sus obligaciones relacionadas a señalización y numeración, así como de portabilidad. • Brindarle información respecto a la distribución de tráfico al OMV para que la pueda presentar al MTC y Osiptel.

De forma adicional, existe una prohibición de vinculación legal y económica entre el OMR y el OMV que accede a su red. En aras de promover la competencia, sí podrá tener vinculación con más de un OMV. El planteamiento de todas estas obligaciones me parece

adecuado, ya que la normativa se anticipó a distintas situaciones negativas que podían surgir durante la relación comercial y se enfocó en promover la competencia.

Debido a que la categoría de OMV se creó con el fin de promover la competencia en el sector, el Reglamento también contempló un mecanismo de monitoreo del mercado, lo cual me parece una decisión muy acertada ya que lo correcto cuando se dispone una política pública es tener parámetros medir sus resultados y evaluar si es que cumplió con los objetivos propuestos. En el artículo 8 del Reglamento se indica que el MTC y OSIPTEL son las entidades encargadas de monitorear el desarrollo del mercado de los servicios públicos móviles en base a la participación en el mercado de los OMR y los OMV, de acuerdo al número de líneas en servicio y a los indicadores siguientes: i) conexiones a internet móvil, ii) asignación de espectro radioeléctrico para servicios públicos móviles y servicios de valor añadido, iii) disponibilidad del recurso numérico para servicios públicos móviles, iv) número de estaciones base para servicios públicos móviles, v) kilómetros de tendido de fibra óptica y vi) otros criterios que determine el MTC. Lamentablemente, de momento no se ha dado a conocer al público el resultado del monitoreo.

2.1.2 Situación actual

Actualmente, el panorama no parece ser muy alentador. La primera empresa en registrarse como OMV fue Virgin Mobile en el año 2016, pero luego de poco más de un año de presencia decidió vender en 2017 su operación en el mercado a la empresa Inkacel (filial de la española InfoPyme) al obtener menores ganancias de las esperadas, cuando tenía un 0.16% de cuota de mercado a diciembre de 2016, de acuerdo a una nota periodística del diario El Comercio³. En la misma nota, se indica que Inkacel consideró que el fracaso de Virgin se debió a que quiso enfocarse en un nicho de mercado que ya estaba cubierto por los principales operadores. Por su parte, el Diario Gestión⁴ informó de otras dificultades que encontró Virgin. En el mismo año 2016 inició la exigencia estatal de usar en cada punto de venta un registro biométrico con los clientes que quisieran adquirir una nueva línea de telefonía móvil, en un esfuerzo por evitar la comisión de crímenes con números

³ Fuente: Nota "Virgin Mobile se va del Perú ¿Qué pasará con sus usuarios?" del Diario El Comercio, publicada el 7 de septiembre de 2017. Disponible en: <https://elcomercio.pe/economia/peru/virgin-mobile-estrategia-seguira-nueva-duena-inkacel-noticia-456308-noticia/?ref=ecr>

⁴ Fuente: Nota "¿Qué evitó la expansión de Virgin Mobile en el mercado peruano?" Del Diario Gestión, publicada el 08 de septiembre de 2017. Disponible en: <https://gestion.pe/economia/empresas/evito-expansion-virgin-mobile-mercado-peruano-143171-noticia/?ref=gesr>

de teléfono celular respecto de los cuales no se podía establecer con claridad un titular, como es de público conocimiento. Sin embargo, ello significó para Virgin el cierre de 1200 puntos de venta en el país por el alto costo que implicaba la verificación, perdiendo su inversión. La exigencia del registro biométrico se sustentó en una medida diseñada para mejorar la seguridad ciudadana pero aparentemente no se evaluó una medida menos gravosa, su impacto en los OMV ni una alternativa a su alto costo.

Por otro lado, el CEO de la empresa le comentó en el 2017 a Gestión⁵ que no se encontraban conformes con los cargos de interconexión que debía pagar, ya que al haber alquilado la red de Telefónica la empresa se veía obligada a pagar los mismos costos que la empresa española cuando debía conectarse con otras redes. Esos costos eran particularmente problemáticos para la operación, según comentó el especialista Carlos Huamán, debido a que es mucho más frecuente que un cliente de un OMV llame a otro operador que al contrario, por lo que los gastos de interconexión con otras redes siempre van a superar a los ingresos por conexión con la propia red. En su opinión, los cargos debían ser cercanos a cero para permitir una expansión de los OMV, con precios tope ya regulados por Osiptel.

Luego de 3 años de esta primera alerta, existen más operadores en el mercado de OMV (seis operadores) pero aún no se obtiene el avance que se había previsto. De acuerdo a una nota de Semana Económica, las principales causas serían “la intensa competencia en telecomunicaciones, la poca flexibilidad tarifaria y la falta de valor agregado”⁶. En la práctica solo Inkacel opera en el mercado hace más de un año y, en lugar de crecer, bajó de 100 000 usuarios (los que dejó Virgin) a tan solo 8 000 en 2019. Dolphin Telecom (alquilando la red de Bitel y América Móvil) y Cuy Mobile (alquilando la red de América Móvil) postergaron el inicio de sus operaciones a 2020, con lo cual este año contamos con 3 operadores, aunque en conjunto no superan el 0.5% de cuota de mercado. Mientras tanto, Famagusta, Intermax y Flash Mobile aun no tienen fecha de inicio de operaciones. Además de los problemas persistentes con los costos de interconexión, los principales operadores del mercado tienen una oferta muy agresiva no solo en cuanto a precios sino

⁵ Ídem

⁶ Fuente: Nota “El 2020 no será el año del despegue de los Operadores Móviles Virtuales” de Semana Económica publicada el 15 de enero de 2020. Disponible en: <https://semanaeconomica.com/sectores-empresas/telecomunicaciones/operadores-moviles-virtuales-tienen-exito-en-peru>

en relación a los servicios adicionales, contra las que las OMV encuentran difícil competir, de acuerdo a Fernando Casafranca⁷.

Haciendo un balance luego de cinco años de la creación de esta figura jurídica, podemos afirmar que no ha cumplido sus objetivos y que su desarrollo ha sido lento. En ese tiempo, en cambio, las medidas tomadas por OSIPTEL, que tenían como principales destinatarios a los OMR, sí parecen haber tenido efectos muy positivos en el sector, sobre todo para los usuarios, por lo que cabe preguntarse si no hubiera sido mejor únicamente apostar por dichas mejoras. La respuesta es que no, ya que ambas políticas (medidas de OSIPTEL y creación de OMV) pueden ir de la mano.

La figura de los OMV parte de una consideración adecuada: abrir el mercado sin necesidad de generar más infraestructura, y ha demostrado tener mejores resultados en otros países incluso de Latinoamérica: en Colombia alcanzan el 7%, en México el 2.3% y en Chile el 2%⁸, considerando además que el 2,3% de México equivale a alrededor de 2 millones de clientes. En otros países desarrollados las OMV son muy numerosas y ya llevan varios años en el mercado (EEUU cuenta con 139 empresas, iniciando ese servicio hace 17 años, de acuerdo a IFT 2018:6). Por lo cual, la solución puede pasar por cambiar algunos aspectos de la regulación actual que han generado problemas para dar un nuevo impulso a esta figura.

Nuestra regulación ya incorpora medidas recomendadas y de mejora en otros países (IFT 2018:13-14) como un acceso simplificado al mercado, la portabilidad del número, la venta de teléfonos móviles desbloqueados y los límites a la venta de teléfonos a bajo costo a cambio de un contrato a largo plazo. Sin embargo, es posible mejorar su posición en el mercado reduciendo las tarifas de interconexión y eliminando las diferencias de precio entre el tráfico de voz off net y on net, que un estudio del Instituto Federal de Telecomunicaciones determinó que habían sido medidas adecuadas en la experiencia internacional. En cuanto a aspectos más locales, sería importante obtener una reducción de las tarifas de la validación biométrica con RENIEC, quizás considerando a todas las OMV como un solo operador para que puedan acceder a descuentos por volumen. Por el lado de OSIPTEL, sería conveniente que al otorgar un mandato de interconexión tenga

⁷ Ídem.

⁸ Fuente: Nota "Cuy móvil reenfocó estrategia y también será soporte de nuevos operadores virtuales" de "Gestión" publicada el 18 de diciembre de 2020. Disponible en: <https://gestion.pe/economia/empresas/cuy-mobile-reenfoco-estrategia-y-tambien-sera-soporte-de-nuevos-operadores-moviles-virtuales-noticia/>

en cuenta el margen de competitividad que le otorga a la OMV en cuestión, e incluso algunos expertos proponen que fije un tope de cargos de interconexión, como mencionamos anteriormente, que permita un acuerdo privado más rápido entre las OMV y los OMV con similares resultados a un mandado de interconexión.

Recientemente, uno de los problemas que enfrentaron las OMV parece haber encontrado una alternativa menos costosa. La obligación de validar la huella digital mediante un registro biométrico presencial era una fuente de altos costos para las OMV pero este año Osiptel autorizó la venta de chips sin la toma directa de huella dactilar⁹ a partir de mayo de 2020 mediante Resolución de Consejo Directivo N° 050-2020-CD/OSIPTEL. Ello en el marco de la pandemia y atendiendo a las recomendaciones de evitar el contacto físico. La alternativa consiste en obtener la huella digital mediante un escaneo del teléfono móvil, la cual luego es validada por Reniec. Si bien el costo de la verificación se mantiene, se ahorran costos relacionados a personal y equipos, además del avance en procesos automatizados y ejecutados por el mismo cliente.

La estrategia también incluyó ampliar los canales de distribución a un servicio delivery para todos los operadores y nuevas formas de realizar la activación de las líneas. Dichas alternativas suponen una oportunidad para las OMV, aunque únicamente en contextos urbanos, ya que, como se apunta en una nota de El Comercio, entornos suburbanos y rurales no tienen el mismo acceso a smartphones¹⁰. Actualmente solo Cuy Móvil cuenta con la tecnología para la lectura digital de huella dactilar, por haberla desarrollado, pero planea brindar el servicio a otras OMV.

2.2 Segundo reto: Nuevos servicios tecnológicos de comunicación

Desde que la comunicación se daba únicamente por teléfonos fijos, hemos visto un gran avance tecnológico que nos permite comunicarnos de distintas formas. Además del acceso al teléfono fijo (actualmente en vías de extinción), contamos con teléfonos móviles, tablets y computadoras tanto portátiles como estacionarias. De modo que ya no es necesario contar con un aparato de teléfono, ni siquiera con una línea de teléfono para comunicarnos con personas que estén cerca o lejos de nosotros. El internet ha

⁹ Fuente: Nota "Osiptel autoriza la venta de chips sin la toma de huella dactilar: ¿qué operadores podrán aplicarlo?" De El Comercio, publicada el 1 de mayo de 2020. Disponible en:

<https://elcomercio.pe/economia/dia-1/coronavirus-peru-osiptel-autoriza-la-venta-de-chips-sin-la-toma-de-huella-dactilar-que-operadores-podran-aplicarlo-cuy-movil-telefonía-movil-internet-fijo-reniec-noticia/>

¹⁰ Ídem.

simplificado mucho las comunicaciones y se ofrece una gran variedad de servicios a precios incluso más accesibles, no solo de voz o mensajería, sino incluso permitiendo videollamadas, algo que no es posible hacer con un teléfono vía red pública de telecomunicaciones. Aplicaciones como “Whatsapp” o “Facebook Messenger” incluso combinan todas las funcionalidades posibles: intercambio de mensajes escritos y de voz, comunicaciones por voz y comunicaciones por video. ¿Se ha adaptado la regulación a todos esos cambios? ¿El poder transmitir un mensaje a una persona natural o jurídica ya califica de servicio de telecomunicaciones?

Si bien existen nuevas formas de comunicación entre personas, no todas ellas deberán ser reguladas o consideradas dentro de una categoría jurídica existente o novedosa. A continuación veremos cuál ha sido el marco regulatorio que ha determinado la Unión Europea para diferenciar servicios de telecomunicaciones y servicios proveídos únicamente por medios electrónicos, para luego determinar con dos ejemplos casos que pueden generar confusión.

2.2.1 Tratamiento de nuevas tecnologías en la Unión Europea

En la Unión Europea se ha realizado hace varios años una distinción entre los “servicio de comunicaciones electrónicas” y los “servicios de la sociedad de la información”, generando categorías específicas para las nuevas posibilidad de comunicación que nos da la tecnología. Dichos términos y la lógica detrás de la distinción son creaciones europeas, pero podemos tomarlas como referencia por su caracterización más precisa. El marco regulatorio sobre estos servicios tiene tres objetivos principales: i) promover la competencia, ii) promover el mercado interior, y iii) promover los intereses de los usuarios finales; así como un objetivo adicional de mejor conectividad para toda la Unión Europea (considerando 23 de la Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo).

2.2.1.1 Servicios de Comunicaciones Electrónicas

La Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo es la norma que regula los “servicios de comunicaciones electrónicas” en Europa, con el objetivo de garantizar un servicio de buena calidad y asequible a toda la población de la Unión Europea. Se considera como requisito necesario que exista competencia adecuada entre proveedores y libertad de elección real, así como regular las circunstancias en que los usuarios finales no ven atendidas sus necesidades por iniciativa del mercado, por ejemplo las personas

con discapacidad, e instaurar los derechos necesarios para los usuarios finales (artículo 1).

La categoría de “servicios de comunicaciones electrónicas” se define como el servicio prestado por una remuneración a través de redes de comunicaciones electrónicas, incluyendo los siguientes servicios: “a) el servicio de acceso a internet (...), b) el servicio de comunicaciones interpersonales, y c) los servicios consistentes, en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales (...)” (artículo 2). Las redes son los distintos sistemas de transmisión, con infraestructura permanente o no, que tienen la capacidad de transportar señales a través de distintos medios (cables, electromagnéticos, redes de satélites, redes fijas y móviles, etc.), siempre que se utilicen para la transmisión de señales, redes de radiodifusión sonora y televisiva, y televisión por cable, independientemente del tipo de información que se transporta.

Un aspecto fundamental del servicio es que debe “*prestarse habitualmente a cambio de una remuneración*”. Sin embargo, la palabra “remuneración” no debe ser entendida únicamente como transferencia de dinero, ya que en la economía digital la información tiene un valor monetario (considerando 16). Se constata que los servicios de comunicaciones electrónicas se prestan a los usuarios finales a cambios de dinero, datos personales o datos de otro tipo, por lo que se considerará un servicio como “remunerado” si es que el proveedor solicita que se le proporcione, directa o indirectamente, datos personales u otros datos y el usuario final se los proporciona conscientemente. También se incluye las situaciones en las que el usuario “*facilita el acceso a información sin proporcionarla activamente, como datos personales, entre ellos la dirección IP, u otra información generada automáticamente, como la recopilada y transmitida por una cookie*”. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) ha ido incluso más allá y ha determinado que también se considerará “remunerado” cuando un tercero paga al proveedor, incluyendo la aceptación de anuncios publicitarios por parte del usuario final como condición para acceder al servicio o si el proveedor monetiza los datos personales que recopila del usuario final.

Para adaptar el marco legal a la evolución tecnológica, la Directiva indica (considerando 14) que se reemplazó el término “servicio telefónico disponible al público”, utilizado en la Directiva 2002/22/CE, por el de “servicio de comunicaciones vocales”, ya que el primero se entendía referido al servicio telefónico analógico tradicional, mientras que el segundo es tecnológicamente neutro y permite abarcar nuevos servicios. Los elementos

que definen a los “servicios de comunicaciones vocales” son: i) estar a disposición del público a través de uno o más números de un plan nacional o internacional de numeración telefónica; ii) permite efectuar y recibir llamadas nacionales o nacionales e internacionales, directa o indirectamente; iii) se basa en una tecnología de conmutación de circuitos o de conmutación de paquetes; y iv) es bidireccional.

En la Directiva también se especifica que la norma cubre los servicios de telefonía vocal, mensajería y los servicios de correo electrónico, así como el acceso a internet. Un aspecto importante de esta norma es que reconoce expresamente (considerando 15) la evolución de los medios tecnológicos empleados para comunicarse, considerando que los usuarios han ido sustituyendo paulatinamente los servicios de telefonía vocal, la mensajería y los servicios de correo electrónico por servicios en línea de función equivalente como “*voz sobre IP, servicios de mensajería y servicios de correo electrónico basados en la red*”. Ante esa realidad, el Parlamento Europeo plantea que la definición de servicios de comunicaciones electrónicas no se base únicamente en parámetros técnicos, sino sobre todo desde un enfoque funcional. Ello con el fin de “*garantizar que los usuarios finales y sus derechos estén eficaz y equitativamente protegidos cuando utilicen servicios de función equivalente*”, ya que el ámbito de aplicación debe ser el adecuado para alcanzar los objetivos de interés público.

Lo anterior no significa que el “transporte de señales” no continúe siendo un parámetro importante, sino que la definición debe ser lo suficientemente flexible para poder abarcar otros servicios no expresamente listados pero que permitan la comunicación. Para ello se indica que importante tener en el centro la perspectiva del usuario final, para quien es indiferente si el proveedor transporta las señales por sus propios medios o si la comunicación se ofrece mediante un servicio de acceso a internet. Como resultado, se identifican los tres tipos de servicios mencionados dentro de la definición de “servicios de comunicaciones electrónicas”, que incluso pueden solaparse parcialmente: i) servicios de acceso a internet, ii) servicios de comunicaciones interpersonales y iii) **servicios que consisten total o principalmente en el transporte de señales** (énfasis agregado).

Por “servicios de comunicaciones interpersonales” se debe entender el intercambio directo de información interactiva entre un número finito de personas naturales, comprendiendo a servicios como “*llamadas de voz tradicionales entre dos personas, así como también todo tipo de correos electrónicos, servicios de mensajería o charlas en grupo*” (considerando 17). Quien inicia la comunicación, o quien participa en ella,

determina el receptor o receptores (artículo 2). La característica de interactiva implica que el receptor pueda responder directamente al remitente, por lo que los servicios unidireccionales no están incluidos. Se prevé la excepción de que la comunicación interactiva sea una característica menor y meramente auxiliar de un servicio principal distinto, como la comunicación dentro de un juego en línea, aunque ello se interpreta de forma restrictiva. Pueden estar basados en numeración o independientes de la numeración.

Respecto al uso de números de un plan nacional o internacional en una “comunicación interpersonal” se hace una importante acotación. Dicha categoría engloba *“tanto los servicios en los que los números de los usuarios finales se asignan para garantizar la conectividad extremo a extremo, como los servicios que posibilitan que los usuarios finales entren en contacto con las personas a las que se han asignados esos números”* (considerando 18). Es decir, se incluye a las comunicaciones tradicionales entre dos dispositivos con números de asignación pública pero también se indica que no es necesario que las dos o más personas involucradas en una comunicación interpersonal cuenten con un número asignado, basta que el receptor lo tenga.

Sin embargo, se señala también que la numeración no basta para calificar el servicio, y que los servicios interpersonales que actúen independientemente de la numeración *“solo deben estar sujetos a obligaciones cuando el interés público exija la aplicación de obligaciones reglamentarias específicas a todos los tipos de servicios de comunicaciones interpersonales”*. En esa línea, se justifica un trato diferente a los servicios que se basan en la numeración, al participar plenamente de un ecosistema interoperable garantizado públicamente. Los servicios independientes de la numeración no disfrutarán de los recursos públicos de numeración ni del ecosistema interoperable. Respecto de ellos, la directiva indica que no procede someter a ese tipo de servicios al régimen de autorización general (considerando 44).

Las autorizaciones generales, para el resto de servicios, debe incluir condiciones de accesibilidad a usuarios finales con discapacidad, así como permitir la comunicación entre sí y con la población de poderes públicos y los servicios de emergencia, en casos de catástrofe. Por otro lado, se prevé el derecho de las empresas proveedoras a negociar la interconexión y derechos de paso (considerando 52). La interconexión es un tipo de acceso que se da entre operadores de redes públicas, que permiten a los usuarios de una

empresa comunicarse con los usuarios de la misma empresa o de una tercera, así como acceder a los servicios que presta otra empresa (artículo 2).

2.2.1.2 Servicios de la Sociedad de la Información

Se encuentran regulados a nivel europeo por la Directiva (UE) 2015/1535 del Parlamento Europeo y el Consejo Europeo. En el artículo 1 se indica que dentro de esta categoría se va considerar a *“todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios”*. Para dichos efectos, la distancia implica que se presta el servicio sin que las dos partes estén simultáneamente presentes; mientras que la *“vía electrónica”* hace referencia a que el servicio se presta mediante la transmisión de datos enviados desde una fuente y recibido por el destinatario valiéndose de equipos electrónicos, siendo que *“se transmite, canaliza y recibe enteramente por hilos, radio, medios ópticos o cualquier otro medio electromagnético”*. Esta categoría no incluye la radiodifusión sonora y televisiva, ni los servicios financieros, así como también se excluye explícitamente a los servicios de telefonía vocal (Anexo I) que se encuentran contemplados en la categoría anterior.

2.2.1.3 Caso Gmail en el TJUE

Un ejemplo interesante para determinar la frontera entre qué servicios prestados por medios electrónicos pueden ser considerados también como servicios de telecomunicaciones, y qué requisitos deben cumplir para ello, fue el reciente caso de Google en el Tribunal Europeo donde se determinó la naturaleza del servicio de correo electrónico *“Gmail”*.

El TJUE emitió sentencia el 13 de junio de 2019 sobre el asunto C-193/18 derivado de una petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo del estado de Renania del Norte, en Alemania, por existir un procedimiento pendiente en dicho tribunal entre la empresa Google LLC y la Agencia Federal de Redes de electricidad, Gas, Telecomunicaciones, Correos y Ferrocarril de Alemania (en adelante, BNetzA).

La controversia se dio a raíz de que la BNetzA emitió una resolución administrativa en la que declaró que el servicio de correo electrónico denominado *“Gmail”*, ofrecido por la empresa Google LLC (en adelante, Google), constituía un servicio de

telecomunicaciones, por lo que debía cumplir con una obligación de declaración de acuerdo a las leyes alemanas, bajo pena de multa.

Además de lo regulado por la normativa europea, que ya hemos mencionado, la legislación federal alemana consideraba como “servicio de telecomunicaciones” a los “*servicios prestados a cambio de una remuneración que consisten total o principalmente en la transmisión de señales a través de redes de telecomunicaciones*”. Quien explote comercialmente servicios de telecomunicaciones accesibles al público “*tiene la obligación de declarar sin dilación a la autoridad de reglamentación el inicio, la modificación o el cese de su actividad*” (marco jurídico de la sentencia), por medios escritos.

A pesar de que Google cuenta con una infraestructura de red propia en Alemania, que se encuentra conectada a internet, el servicio de Gmail se presta sin la intervención de un operador de comunicaciones tradicional. Este servicio consiste en la posibilidad de enviar y recibir correos electrónicos y datos a través de internet, contando cada usuario con una dirección que lo identifica. El acceso a este servicio se da a través de la página web de Google o a través de un programa de correo electrónico instalado en cualquier terminal. Para transmitir la información de cada correo mediante paquetes de datos, la empresa utiliza servidores de correo electrónico. En base a dichas consideraciones, la BNetzA determinó que Google explotaba un servicio de telecomunicaciones, lo que fue confirmado por el Tribunal de los Constencioso Administrativo de Colonia, quien determinó que su servicio consistía total o principalmente en la transmisión de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas. Ello porque, a su juicio, la “transmisión de señales” se relacionaba estrechamente con el concepto de “telecomunicación” en tanto procedimiento técnico de transmisión de señales mediante equipos de telecomunicación, sin perjuicio de que no sea Google quien transmite esas señales. Ya que la “transmisión de señales” para llevar un mensaje de su emisor a su receptor es la funcionalidad principal de servicio “Gmail”, a cambio de una remuneración (publicidad o ingresos indirectos), y que existe una comunicación entre los usuarios, el Tribunal consideró que se le podía clasificar como un servicio de telecomunicaciones. Además, Google explotaba sus propios servidores de correo electrónico.

En cuanto a Google, sostuvo que Gmail no era un servicio de telecomunicaciones porque no emitía señales de forma directa, sino que eran los prestadores de internet los que realizan dicha tarea en el internet abierto, sobre lo cual la empresa ni tenía ningún control.

Además, negó ofrecer un servicio remunerado, ya que la publicidad de su sitio de internet representa un financiamiento de pequeña proporción. Respecto a su propia red, indicó que no era necesaria para la prestación del servicio de Gmail y que únicamente existía como soporte para otros servicios.

Por ello, el Tribunal Superior de Renania del Norte plantea la siguiente pregunta al TJUE: *“¿Debe interpretarse el concepto de “servicios que consisten, en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas” (...) en el sentido de que comprende o puede comprender servicios de correo electrónico en Internet que son puestos a disposición a través del internet abierto y que por sí mismos no proporcionan acceso a internet?”* Si la respuesta fuera negativa, *“¿Podría incluir excepcionalmente dicho concepto el supuesto en que el prestador de tal servicio opera al mismo tiempo sus propias redes de comunicaciones electrónicas conectadas con internet, que (...) también pueden ser utilizadas para los fines del correo electrónico?”*.

Ante dichas interrogantes, el Tribunal Europeo analizó la naturaleza del servicio de Gmail y determinó que, en efecto, incluía la transmisión de señales para llevar a cabo su servicio de envío y recepción de correo electrónicos. Sin embargo, indicó que dicho servicio no consistía ni en su totalidad ni principalmente en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas, ya que son los proveedores de internet los que efectúan dicha transmisión en el internet abierto para el funcionamiento de cualquier servicio de correo electrónico y, por lo tanto, quienes asumen la responsabilidad por la transmisión e sí de las señales. La intervención de Google en el proceso (asignación de direcciones IP, descomposición en paquetes de datos e introducción en el internet abierto) no resulta suficiente, de acuerdo al TJUE, para considerar que presta un servicio de comunicaciones electrónicas. Que la empresa explote en determinadas circunstancias sus propias redes de comunicaciones electrónicas de cambia la caracterización de los servicios de correo electrónico, se debe analizar por separado cada servicio que brinda, sin que la naturaleza de uno pueda condicionar a otro.

2.2.1.4 Caso SkypeOut en el TJUE

Otro caso que llegó ante el Tribunal Europeo buscando determinar la naturaleza del servicio fue el caso de “SkypeOut”. Este servicio no se prestaba únicamente por medios electrónicos y permitió al TJUE ahondar en el significado de “servicios que consistan en

su totalidad o principalmente en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas”.

El TJUE emitió sentencia el 5 de junio de 2019 sobre el asunto C-142/18 derivado de una petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal de Apelación de Bruselas, en Bélgica, por existir un procedimiento pendiente en dicho tribunal entre la empresa Skype Communications Sàrla (en adelante, Skype) y el Instituto Belga de servicios postales y de telecomunicaciones (en adelante, IBPT).

La controversia surgió porque la sociedad Skype opera un programa informático de comunicación denominado “Skype” en Bélgica. Este se instala en un terminal (computadora, Tablet o smartphone) y permite un servicio de telefonía vocal y videoconferencias. SkypeOut es una funcionalidad pago añadida que permite realizar llamadas telefónicas del terminal instalado a una línea de telefonía móvil o fija de otros operadores “tradicionales”, es decir que cuentan con un número asignado y están conectados a la red pública, pero que no puede recibir llamadas de dichos dispositivos. Este servicio lo provee Skype valiéndose de la conexión a internet que tenga su usuario pero no está ligado al operador que ofrece el servicio de internet.

El usuario puede realizar un prepago u obtener alguna modalidad de abono para realizar determinado volumen de llamadas telefónicas al mes, por lo que es un servicio remunerado de forma monetaria. Si bien desde el punto de vista del usuario de SkypeOut solo será necesario contar con conexión a internet, para que se concrete la comunicación la empresa Skype sí requiere la intervención de proveedores de servicios de telecomunicaciones que estén autorizados a transmitir y terminar llamadas a la red “telefónica pública conmutada” de Bélgica y que son quienes proveen las conexiones fijas o móviles a los usuarios a quienes se busca contactar. Para poder concretar la conexión, Skype ha suscrito acuerdos con dichos proveedores de red, a quienes remunera con una “tarifa de terminación” fija o móvil de acuerdo a las conexiones que se realizan.

En Bélgica la prestación de servicios de telecomunicaciones se encuentra bajo un esquema de libre mercado, pero es necesario presentar una notificación previa al regulador del sector (IBPT) si es que se presta o revende a nombre propio servicios o redes de comunicaciones electrónicas. Dicha entidad consideró que Skype se encontraba prestando servicios comprendidos entre los que debían ser prestados previa notificación, por lo que solicitó a la empresa que enviara su respectivo formulario de notificación para

continuar con sus operaciones. Ante ello, Skype argumentó que no ejercía actividades reguladas en territorio belga y que, en todo caso, no prestaba un “servicio de comunicaciones electrónicas” bajo la definición de la Directiva marco europea al no transmitir señales por cuenta propia. Además, especificó que la funcionalidad SkypeOut se valía de otros operadores internacionales para la transmisión de señales.

De acuerdo a IBPT, SkypeOut constituía un “servicio de comunicaciones electrónicas” de acuerdo a lo regulado en la “Ley de Comunicaciones Electrónicas” (LCE) de Bélgica debido a que utilizaba un plan de numeración y ofrecía el servicio de transporte de señales a través de redes de comunicación electrónica, aunque no realizara la acción directamente y la subcontratara. Frente a ello Skype alegó que no tenía asignados números del plan belga de numeración sino que conectaba a sus clientes con dichos números, lo que, según su punto de vista, no es suficiente para ser considerado como un “servicio de comunicaciones electrónicas”. Ello porque implicaría que todos quienes se conecten a números belgas quedarán sujetos al régimen belga de notificación para poder prestar el servicio, incluso cuando recurren a un operador acreditado para terminar las llamadas en números belgas.

El IBPT ratificó su postura considerando que Skype proponía una oferta dirigida a los residentes belgas para comunicarse a números belgas, por lo que se podía considerar que se prestaba el servicio en cuestión en dicho país y ordenó a Skype cesar la infracción notificando su actividad, imponiendo una multa de 223 454 euros. Debido a la judicialización de la controversia, el Tribunal de Apelación de Bruselas aceptó la solicitud de la empresa de presentar una petición de decisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para dilucidar el litigio principal, que versaba sobre si el servicio ofrecido por SkypeOut consistía total o principalmente en la transmisión de señales a través de redes de comunicación electrónica. Para ello, existía un antecedente jurisprudencial¹¹ que establecía que la transmisión de la señal por medio de una infraestructura que no perteneciera a una empresa no era relevante a efectos de calificar la naturaleza del servicio; sino que lo importante era quién se hacía responsable frente a los usuarios finales por la transmisión de la señal y quién garantizaba la prestación del servicio por el que los usuarios pagaban.

¹¹ Sentencia del 30 de abril de 2014 UPCDTH (C-475/12, EU:C:2014:285), apartado 43.

El Tribunal de Apelaciones de Bruselas solicitó al TJUE responder las siguientes cuestiones:

1. Si los servicios de llamadas de voz ofrecidos a través de un programa informático que terminan en una red telefónica pública conmutada (a números fijos o móviles de un plan nacional de numeración) deben ser calificados como “servicio de comunicaciones electrónicas” a pesar de que el servicio de acceso a internet, que es utilizado por el usuario para acceder a servicio, ya es considerado por sí mismo un servicio de comunicaciones electrónicas. Considerar que el proveedor del programa informático ofrece dicho servicio a cambio de una remuneración y celebra contratos de terminación de llamadas a números fijos y móviles con los proveedores de servicios de telecomunicaciones autorizados a transmitir y terminar llamadas en la red pública nacional.
2. En caso de respuesta afirmativa a la primera pregunta, si la respuesta seguía siendo la misma teniendo en cuenta que la funcionalidad del programa informático que permitía efectuar las llamadas fuera solo una funcionalidad opcional del programa.
3. En caso de respuesta afirmativa a ambas cuestiones, si la respuesta sigue siendo la misma al considerar el hecho de que el proveedor del servicio indica en sus condiciones generales que no asume ninguna responsabilidad frente al cliente final por el transporte de las señales.
4. En caso de respuesta afirmativa a todo lo anterior, si es que la respuesta a la primera cuestión sigue siendo la misma si se tiene en cuenta que el servicio prestado responde asimismo a la definición de “servicio de la sociedad de la información”.

En resumen, el tribunal belga pide aclarar si debe considerar que el proveedor de un programa informático que ofrece un servicio de voz por IP, que permite al usuario llamar desde un terminal a un número fijo o móvil de un plan nacional de numeración perteneciente a la red de telecomunicaciones pública de un estado, ofrece un servicio al que debe calificarse como “servicio de comunicaciones electrónicas”; en la medida en que la prestación del servicio implica una remuneración del usuario al creador y que implica que este último celebre acuerdo con proveedores de servicios de

telecomunicaciones autorizados para que realicen la transmisión y la terminación de las llamadas.

Frente a ello, el TJUE analizó la normativa europea y los hechos del caso y determinó que en efecto Skype prestaba el servicio en Bélgica a cambio de una remuneración por parte de los usuarios de dicho país. En cuanto a cómo se presta el servicio, estableció que la utilización de SkypeOut requería necesariamente la intervención de proveedores de servicios de telecomunicaciones autorizados a transmitir y terminar llamadas a números fijos o móviles, celebrando para ello acuerdos en los que se obligaba a pagar una remuneración en forma de tarifas de terminación de llamada fija o móvil. Por ello consideró que la funcionalidad SkypeOut sí consistía principalmente en transmitir señales de voz emitidas por el usuario que llama desde el terminal hasta el usuario que recibe la llamada a través de las redes de comunicaciones electrónicas.

Es decir que, si bien al inicio se utiliza el servicio de internet para emitir las señales, después se utiliza la red pública para que dichas señales lleguen a su destinatario final, destacando que es Skype quien asume la responsabilidad de dicha comunicación frente a sus usuarios. Desde el punto de vista técnico, están involucrados dos servicios de comunicaciones electrónicas distintos: las llamadas realizadas a través de la funcionalidad implican que se transporte las señales por internet, servicio a cargo de un proveedor de internet y responsable por dicha emisión, hasta la pasarela de interconexión para luego interconectar con la red pública telefónica, operado por los proveedores del servicio de telecomunicaciones (quienes han sido contratados por Skype para realizar la interconexión por lo que ambos tienen responsabilidad por ello) y llegar a los usuarios que reciben la llamada (frente a quienes solo Skype es responsable).

Aunque Skype no provee dichos servicios con su propia red, sí mantiene acuerdos con los segundos proveedores, sin quienes la empresa simplemente no podría prestar el servicio. En virtud de dichos acuerdos, es Skype quien hace técnicamente posible la transmisión de señales desde la terminal de sus usuarios hasta los terminales de teléfono de los receptores, y garantiza a sus usuarios el servicio. Por todo ello la funcionalidad de SkypeOut es considerada como “servicio de comunicaciones electrónicas” a efectos de la normativa europea, sin perjuicio de que otros servicios de Skype posean una naturaleza distinta.

Como podemos ver, en esta sentencia el TJUE aplicó todas las recomendaciones y categorías de la Directiva sobre Comunicaciones Electrónicas, que desarrolló anteriormente, despejando las dudas sobre qué aspectos van a primar en casos que no estén tan claros.

En virtud de dicha sentencia, Skype tuvo que presentar la solicitud que le había exigido el IBPT en Bélgica para poder continuar prestando su servicio, pasar a ser un operador de telecomunicaciones. Otro efecto que tuvo la sentencia fue que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), de España, inició en 2020 un procedimiento sancionador contra Microsoft Ireland Operations Limited (la sociedad matriz de Skype en Europa) por no haber notificado su servicio SkypeOut en el Registro de Operadores de dicho país¹². En una nota de prensa se hicieron eco de las conclusiones de la sentencia y anunciaron que consideraban que Microsoft había incumplido con notificar de forma previa el inicio de su oferta de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público en general. Dicha infracción tiene la calificación de muy grave por infringir el artículo 76.2 de la Ley 9/2014 General de Telecomunicaciones, que refleja la normativa marco europea. Atendiendo al requerimiento, pocos días después la empresa presentó una solicitud formal ante la CNMC para inscribir en el registro a SkypeOut como operadora de telefonía móvil y fija en España¹³.

2.2.2 Tratamiento de SkypeOut en Perú

En nuestro país también opera la empresa Skype ofreciendo diversos servicios entre los cuales se encuentra “SkypeOut”, con la misma funcionalidad que en Bélgica o en España. ¿Cómo debería ser tratada en nuestro ordenamiento jurídico?

2.2.2.1 Caracterización del servicio

Si bien la normativa bajo la cual “SkypeOut” fue calificada como “servicio de comunicaciones electrónicas” es aplicable solo en Europa, podemos tomar en cuenta el contenido de las categorías jurídicas analizadas y las consideraciones del sentencia del TJUE para tratar de identificar cuál sería su posición en nuestro ordenamiento jurídico.

¹² Fuente: Nota de prensa de la CNMC “La CNMC inicia un sancionador a Microsoft Ireland por la falta de notificación de su servicio SkypeOut al Registro de Operadores” de fecha 28 de mayo de 2020, disponible en: <https://www.cnmc.es/prensa/incoacion-microsoft-skypeOUT-cnmc-requerimiento-espa%C3%B1a-20200528>

¹³ Fuente: Nota “Microsoft pide a la CNMC que registre a SkypeOut como operadora de telefonía fija y móvil” del suplemento “Cinco días” del Diario “El País” publicada el 5 de junio de 2020. Disponible en: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/06/05/companias/1591369710_540391.html

SkypeOut funciona en Perú ofreciendo el servicio de conectar a un usuario que tenga la aplicación de “Skype” instalada en un terminal con un número telefónico fijo o móvil que tiene una numeración proporcionada por operadores que operan en Perú y están autorizados para ello. De modo que, bajo la misma lógica que se analizó en Europa, se trata de un servicio que utiliza dos tipos de redes: primero la red de internet, desde donde se comunica el usuario, y luego la red de telecomunicaciones, a través de la cual llega al receptor deseado.

En palabras de la normativa europea, se produce y transmisión de señales a través de las redes de telecomunicaciones. Si bien la provisión de internet está a cargo de la empresa que haya contratado el usuario por su cuenta, el acceso a la red de telecomunicación y la conexión en sí con el destinatario pasa por un OMR, con quien Skype ha suscrito un acuerdo. Ante el usuario, Skype garantiza que va a poder realizar las comunicaciones que desea. Hasta ese punto, se trata del mismo esquema europeo en otras palabras, puesto que el servicio es el mismo aunque se preste en países distintos.

A falta de un mejor nombre, he decidido denominar a este tipo de servicios “servicios híbridos de telecomunicaciones” únicamente para efectos del presente artículo. Skype sería un “servicio híbrido de telecomunicaciones” en tanto utiliza dos redes, comparte características con el servicio tradicional de telecomunicaciones pero cuenta con una característica que lo distingue claramente de ellos: que el transporte de señales parte de un terminal conectado a internet. Si la emisión de señales depende del internet, cabe preguntarnos ¿por qué deberíamos considerarlo un servicio de telecomunicaciones? Considero que la respuesta es que debemos analizar el servicio desde la óptica de la funcionalidad, como indica la Directiva Europea sobre comunicaciones electrónicas.

La aplicación Skype cuenta con una serie de funcionalidades y definitivamente no todas pueden ser calificadas de servicios de telecomunicaciones. Las videollamadas que utilizan únicamente los medios de conexión a internet no podrían entrar en dicha categoría. La característica, muy importante, que hace a SkypeOut diferente es que brinda prácticamente el mismo servicio que un teléfono tradicional, con la diferencia de que se usa una red de internet para emitir las señales. Tal como la propia empresa indicó ante el TJUE, su servicio es de voz y se conecta a un tercero que cuenta un número asignado, a través de la red de telecomunicaciones. El usuario de SkypeOut realiza un pago a cambio de poder conectarse en cualquier momento a números de teléfono, que es lo mismo que hace un usuario de otra empresa de telefonía, pagar por ser cliente de esa empresa y tener

la posibilidad de conectarse con otras personas que tengan números asignados en cualquier momento. Aunque no encaja exactamente en la imagen que tenemos de una llamada telefónica, comparte muchos rasgos comunes y, sobre todo, la finalidad.

2.2.2.2 Situación regulatoria

Luego de detallar cómo es el servicio de SkypeOut y por qué considera que debe ser calificado, también en nuestro país, como un servicio de telecomunicaciones, es pertinente preguntarnos si es que encaja en alguna categoría jurídica ya existente. La respuesta es, lamentablemente, que no, debido a que nuestras categorías jurídicas son poco flexibles y no contemplan el enfoque de la funcionalidad. ¿Qué podemos hacer ante ello? No es de utilidad mantenernos fieles a antiguas categorías jurídicas puesto que todo cambia y evoluciona, y el mundo de las telecomunicaciones lo hace aún más rápido. Toda categoría jurídica debe tener una cierta flexibilidad que permita acoger las innovaciones tecnológicas siempre que se mantenga la esencia del objeto de su regulación.

Una figura jurídica que considero que se aproxima a la naturaleza de SkypeOut es precisamente la de “Operador Móvil Virtual” que hemos comentado en el acápite anterior. La inclusión de dicha categoría tuvo un efecto importante al establecer que no es necesario contar con redes propias para prestar un servicio de telecomunicaciones, sino que es posible tener acuerdos con los OMR para usar sus redes. SkypeOut tiene acuerdos similares con los mismos operadores. Si bien respecto a los OMV se les dio una caracterización muy similar a la de los OMR, justamente para que ofrezcan servicios equivalentes a los ojos de los consumidores, se puede partir de esa experiencia para abarcar a otros esquemas.

Por ello considera que sería conveniente ampliar el ámbito de aplicación de las OMV en dos categorías: a) servicios completos (los actuales OMV que emulan a los OMR) y b) servicios parciales, que solo ofrezcan alguno de los servicios que ofrecen los OMV, siempre que usen las redes de telecomunicación; excluyendo a servicios que se prestan exclusivamente vía internet como el servicio de mensajería de “Facebook Messenger”. Esto permitiría adaptar nuestra normativa a servicios que ya existen.

¿Cuál sería la ventaja de dicha ampliación? Es importante considerar primero que no todo cambio o innovación debe ser automáticamente regulado, sin duda es menester realizar una evaluación previa de la medida más conveniente a ser tomada, que incluye el no imponer ninguna regulación y dejar que siga desarrollándose y actuando en el mercado.

Considero que en este caso sí es importante incluir a SkypeOut en la regulación porque se trata de un servicio muy similar a los que ya se prestan bajo dichas condiciones. Como hemos visto, en Bélgica y España se les ha incluido como operadores de telefonía plenos y ello no ha supuesto una carga excesiva para la empresa puesto que siguen operando en ambos países. La principal ventaja sería respecto a los consumidores, ya que tendrían la misma protección de la que gozan al contratar con otros operadores de telefonía. También existe un componente de potencial competencia desleal con otras OMV, considerando que muchas veces son elegidas por servicios puntuales.

La categoría de OMV con prestación de “servicios parciales” tendrían que ser excluidos de la obligación de inversión y de las obligaciones que estén intrínsecamente ligadas a los OMR, al no ofrecer un servicio equivalente. Lo más importante es que los consumidores se verán más protegidos y que el proveedor no solo tendría una carga de obligaciones, sino que también podría beneficiarse de medidas como el mandato de interconexión, para conseguir tratos más beneficiosos con los OMR.

3. Conclusiones

- a) En el presente trabajo he podido analizar dos retos actuales a la regulación en el sector telecomunicaciones, que cuentan con un interesante factor tecnológico. Si bien se han dado mejoras en el sector a lo largo de los últimos años, como las medidas dadas por OSIPTEL que permitieron una mayor competencia y beneficios a los usuarios, no se han abordado nuevos servicios que ya operan en nuestro país.
- b) La creación de la categoría jurídica de “operadores móviles virtuales” respondió a una iniciativa del Poder Ejecutivo al buscar aumentar el número de operadores del servicio de telecomunicaciones, con el objetivo de promover la competencia y mejores servicios a los usuarios, considerando también exitosas experiencias en otros países.
- c) Luego de 5 años de creación constatamos que el objetivo no ha sido alcanzado, toda vez que solos 3 operadores se encuentran ofreciendo sus servicios a los usuarios y otros 3 aun no inician operaciones. Los operadores activos representan únicamente el 0.5% del mercado, una cifra muy baja (más baja incluso que el número de usuarios que alcanzó uno de los operadores en su introducción) que refleja que los usuarios no ven a las OMV como una buena alternativa.

- d) Las medidas tomadas por OSIPTEL han tenido como efecto un mayor dinamismo en el mercado, por lo que su labor debe continuar. Sin embargo, la iniciativa de las OMV no debería darse por perdida, ya que la lógica detrás de su creación es adecuada y ha demostrado ser más exitosa en otros países de Latinoamérica y del resto del mundo, de modo que solo requiere de modificaciones que le den un nuevo impulso.
- e) La experiencia europea nos lleva ventaja al determinar categorías de servicios que pertenecen a las telecomunicaciones y los que se prestan únicamente a través de internet, con un Tribunal activo en la materia. Sería conveniente actualizar nuestro marco jurídico para reflejar la variedad de servicios que también se prestan en nuestro país, con nuestras propias categorías si es preciso.
- f) En cuanto a lo que he denominado como “servicios híbridos” he advertido que no encajan en ninguna categoría jurídica vigente, a pesar de que sí sería conveniente regularlo, al ofrecer un servicio muy similar al tradicional de telecomunicaciones, lo que ya ha sido evaluado y confirmado por el Tribunal de Justicia del Unión Europea, sin que se haya evidenciado un perjuicio a una empresa que presta dicho servicio luego de incorporarse como operador de telecomunicaciones pleno en dos países, de momento.
- g) Una alternativa es ampliar la categoría de los OMV para incluirlos. Al tratarse de un servicio con características particulares, sí debería considerarse qué obligaciones de las OMV le pueden ser aplicables, pero mantendría el mismo régimen en lo que se refiere a los consumidores y el regulador.

4. Recomendaciones

Para un nuevo impulso de las **OMV** propongo los siguientes cambios:

- Evaluar la conveniencia de poner un tope a las tarifas de interconexión o que OSIPTEL consolide una jurisprudencia sobre el monto de la tarifas en parámetros de mercado, no dependiendo de la red que ha decidido alquilar un OMV en particular, de modo que se puedan acelerar las negociaciones.
- Eliminar las diferencias de precio entre el tráfico de voz *off-net* y *on-net*.

- Reducir el monto de las tarifas de la validación biométrica para las OMV con RENIEC, se puede considerar a todas las OMV como un solo operador para que puedan acceder a descuentos por volumen.

En cuanto a “**servicios híbridos**” como SkypeOut, propongo ampliar la figura jurídica de las OMV en dos categorías: a) servicios completos (los actuales OMV que emulan a los OMR) y b) servicios parciales, que solo ofrezcan alguno de los servicios que ofrecen los OMV. Ambas categorías tendrían obligaciones diferenciadas en lo que esté estrechamente ligado al funcionamiento de los OMR, pero las mismas obligaciones respecto a los consumidores y al regulador.



Bibliografía

COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (CNMC)

2020 “La CNMC inicia un sancionador a Microsoft Ireland por la falta de notificación de su servicio SkypeOut al Registro de Operadores” de fecha 28 de mayo de 2020, consultada el 25 de noviembre de 2020. Disponible en: <https://www.cnmc.es/prensa/incoacion-microsoft-skypeOUT-cnmc-requerimiento-esp%C3%B1a-20200528>

DIARIO EL COMERCIO

2020 “Osiptel autoriza la venta de chips sin la toma de huella dactilar: ¿qué operadores podrán aplicarlo?”, publicada el 1 de mayo de 2020 y consultada el 25 de octubre de 2020. Disponible en: <https://elcomercio.pe/economia/dia-1/coronavirus-peru-osiptel-autoriza-la-venta-de-chips-sin-la-toma-de-huella-dactilar-que-operadores-podran-aplicarlo-cuy-movil-telefonía-movil-internet-fijo-reniec-noticia/>

2017 “Virgin Mobile se va del Perú ¿Qué pasará con sus usuarios?”, publicada el 7 de septiembre de 2017, consultado el 10 de octubre de 2020. Disponible en: <https://elcomercio.pe/economia/peru/virgin-mobile-estrategia-seguira-nueva-duena-inkacel-noticia-456308-noticia/?ref=ecr>

DIARIO EL PAÍS

2020 “Microsoft pide a la CNMC que registre a SkypeOut como operadora de telefonía fija y móvil” del suplemento “Cinco días” publicada el 5 de junio de 2020, consultada el 12 de diciembre de 2020. Disponible en: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/06/05/companias/1591369710_540391.html

DIARIO GESTIÓN

2020 “Cuy móvil reenfocó estrategia y también será soporte de nuevos operadores virtuales”, publicada el 18 de diciembre de 2020 y consultada el 14 de noviembre de 2020. Disponible en: <https://gestion.pe/economia/empresas/cuy-mobile-reenfoco-estrategia-y-tambien-sera-soporte-de-nuevos-operadores-moviles-virtuales-noticia/>

2017 “¿Qué evitó la expansión de Virgin Mobile en el mercado peruano?” publicada el 08 de septiembre de 2017, consultada el 11 de septiembre de 2020. Disponible en: <https://gestion.pe/economia/empresas/evito-expansion-virgin-mobile-mercado-peruano-143171-noticia/?ref=gesr>

DIARIO EXPRESO

2020 Entrevista al presidente de OSIPTEL, Rafael Muelle Schwarz en Diario Expreso, publicado el 08 de febrero de 2020, consultado el 15 de diciembre de 2020. Disponible en: <https://www.expreso.com.pe/economia/osiptel-ha-habido-una-guerra-de-precios/>

INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES DE MÉXICO (IFT)

2018 “Análisis sobre el mercado de Operadores Móviles Virtuales (OMVs) 2018”. Disponible en: <http://www.ift.org.mx/sites/default/files/contenidogeneral/estadisticas/analisisomvsactualizacion2018.pdf>

MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES

2020 “Inscripción en el Registro de Operadores de Móviles Virtuales”. Publicado en julio de 2020, consultado el 11 de noviembre de 2020. Disponible en: https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1021659/R007_Operador_M%C3%B3vil_Virtual.pdf

PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO EUROPEO

2018 Directiva (UE) 2018/1972, por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones electrónicas. Emitida el 11 de diciembre de 2018. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2018/321/L00036-00214.pdf>

2015 Directiva (UE) 2015/1535, por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información (versión codificada). Emitida el 9 de septiembre de 2015. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015L1535&from=DA>

SEMANA ECONÓMICA

2020 “El 2020 no será el año del despegue de los Operadores Móviles Virtuales” publicada el 15 de enero de 2020, consultada el 15 de octubre de 2020. Disponible en: <https://semanaeconomica.com/sectores-empresas/telecomunicaciones/operadores-moviles-virtuales-tienen-exito-en-peru>

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

2019 Sentencia de la Sala Cuarta sobre el Asunto C-193/18 en la petición de decisión prejudicial planteada en el marco del procedimiento entre Bundesrepublik Deutschland y Google LLC. Emitida el 13 de junio de 2019. Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=214944&pageI ndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=39632>

2019 Sentencia de la Sala Cuarta sobre el Asunto C-142/18 en la petición de decisión prejudicial planteada en el marco del proceso entre el Instituto Belga de servicios postales y de las telecomunicaciones, y Skype Communications Sàrl. Emitida el 5 de junio de 2019.

ZEGARRA VALDIVIA, Diego

2018 Introducción al derecho de las telecomunicaciones. 1era ed. Colección “Lo esencial del derecho” N° 38. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.