

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Trabajo de Suficiencia Profesional para obtener el título de Abogado

**“Informe sobre Expediente N°005-2011-CCO-ST/LC: Controversia Speedy Naked –
Procedimiento de oficio iniciado por el OSIPTEL vs Telefónica del Perú S.A.A”**

Autor

Diego Alonso Collazos Olazo

Revisor

Vicente Alberto Cairampoma Arroyo

Lima, 2021

Resumen:

El presente Informe corresponde a la controversia denominada “Speedy Naked”. Se trata del procedimiento iniciado de oficio por el Organismo regulador en el sector de las telecomunicaciones (el “OSIPTEL”) en el mes de septiembre de 2011 en contra de la empresa operadora Telefónica del Perú S.A.A, debido a la presunta comisión de abuso de posición de dominio en la modalidad de venta atada al haber establecido esta, la contratación del servicio de telefonía fija como requisito para poder contratar el servicio de acceso a internet en la tecnología ADSL. Dicha acción habría tenido efectos anticompetitivos en el mercado del servicio de telefonía fija, en base a la conducta tipificada en el literal *c) del artículo 10.2° del Decreto Legislativo N°1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas*.

A raíz del procedimiento se emitió la Resolución N° 017-2012-CCO/OSIPTEL de fecha 20 de julio del 2012, mediante la cual, el Cuerpo Colegiado designado resolvió declarar como fundado el procedimiento y sancionar a Telefónica con 492.21 UIT por la comisión de actos contrarios a la libre competencia, en la modalidad de ventas atadas. En la misma línea se pronunciaría el Tribunal de Solución de Controversias del OSIPTEL mediante lo dispuesto en la Resolución N°004-2013-TSC/OSIPTE del 1 de febrero de 2013, confirmando la resolución del Cuerpo Colegiado, pero modificando el monto de la multa a 407 UIT.

A través del presente informe, así como del planteamiento de los siguientes problemas jurídicos: (i) aplicación del principio de supletoriedad, (ii) correcta delimitación del mercado relevante, (iii) determinación de efectos exclusorios de la conducta investigada, (iv) afectación al principio de predictibilidad y (v) afectación al principio de debido procedimiento y derecho de defensa de Telefónica determinaremos si es que esta última fue correctamente sancionada, o como sostendremos, no debió ser sancionado.

Datos Generales de la Sentencia/Expediente:

- **N° de Expediente:** 005-2011-CCO-ST/LC
- **Áreas del Derecho:** Derecho Administrativo, Telecomunicaciones, Libre Competencia.
- **Demandante:** Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones.
- **Demandado:** Telefónica del Perú S.A.A,

ÍNDICE

	Página
I. INTRODUCCION	4
II. JUSTIFICACIÓN DE ELECCIÓN DEL EXPEDIENTE N°005-2011-CCO-ST/LC	5
III. ANTECEDENTES	6
IV. HECHOS RELEVANTES	10
V. IDENTIFICACIÓN DE PROBLEMAS PRINCIPALES Y SECUNDARIOS	18
VI. DESARROLLO DEL ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURIDICOS	19
1. ¿Teléfonica cumplió con las normas de la regulación sectorial de telecomunicaciones o cometió una infracción a las normas de libre competencia con su accionar?	19
1.1. ¿Cómo se debió aplicar el Principio de Supletoriedad en la presente controversia?	19
1.2. ¿Se delimitó de manera correcta el mercado relevante?	30
1.3. ¿Se comprobó que los efectos exclusorios de la práctica realizada por Teléfonica generó una afectación a los competidores del mercado de telecomunicaciones?	36
2. ¿Teléfonica ha visto vulnerados sus derechos dentro de la presente controversia?	44
2.1. ¿Se ha generado una vulneración al principio de predictibilidad al sancionarse a Teléfonica, pese a contar con la aprobación expresa de sus modelos de contrato de abonado?	45
2.2. ¿Se ha afectado el principio del debido procedimiento y el derecho de defensa de Teléfonica al no conocer el modelo económico en el que se basa el Tribunal de Solución de Controversias para imponer la sanción?	48
VII CONCLUSIONES	53
VIII BIBLIOGRAFIA	54

I. INTRODUCCIÓN

El sector de las telecomunicaciones en el Perú, tradicionalmente ha contado con la participación de la empresa operadora *Telefónica del Perú S.A.A.* (“Telefónica” o “TdP”). De hecho, su involucramiento data desde el año 1920 bajo una denominación distinta, la misma que ha ido evolucionando a través de los años, para finalmente llevar la razón social que hoy conocemos a partir del año 1998. La relevancia de esta empresa en el sector siempre ha sido tal que usualmente a raíz de sus actividades, la prestación de sus servicios, sus productos y sus esquemas comerciales, termina marcando la pauta para la creación de la regulación. No por nada es, hasta ahora, el operador incumbente ya que la marca Movistar aun cuenta con el mayor número de abonados y de participación en el mercado.

Por su parte, el *Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones* (“OSIPTEL” o el “regulador”) es el organismo regulador encargado de velar por el cumplimiento de la normativa regulatoria del sector, así como promover la competencia entre las empresas operadoras a fin de garantizar el acceso al mercado en condiciones de igualdad. La labor del OSIPTEL es particularmente relevante ya que no solo cumple con una función de organismo regulador como tal, sino que también funge de agencia de competencia, específicamente para este sector tan especializado.

No es extraño entonces ver que estos dos actores se encuentren en diferentes momentos ni ante diferentes escenarios que los sitúa como contrapartes. La presente controversia, por tanto, será uno de esos momentos en los cuales Telefónica tendrá incidencia directa como un ejemplo para la regulación en el sector de las telecomunicaciones, siendo que además se le terminará de sancionar por la conducta realizada que habría vulnerado las normas de libre competencia.

A través del presente informe, revisaremos las incidencias que se suscitaron para llegar a esa conclusión y buscaremos plantear una posición personal al respecto a fin de demostrar si es que Telefónica fue correctamente sancionada o no.

El informe se dividirá en la descripción de los antecedentes, a través de los cuales buscamos dar el contexto sobre la empresa operadora y el regulador envueltos en la controversia, así como la situación que llevaría a que se susciten los hechos investigados como conducta cuestionable. De manera posterior entraremos a los

hechos relevantes para entender el procedimiento iniciado de oficio por la instancia correspondiente del OSIPTEL, a través del Cuerpo Colegiado conformado, así como las actuaciones correspondientes de Telefónica, para finalmente llegar al pronunciamiento de última instancia del Tribunal de Solución de Controversias. A continuación, plantaremos los problemas jurídicos relevantes detectados y procederemos con resolverlos a fin de dejar en claro la postura que tenemos respecto del caso. Finalmente estableceremos las conclusiones y señalaremos la bibliografía pertinente utilizada.

II. JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN DEL EXPEDIENTE

Considero en primer lugar, que el sector de las telecomunicaciones es uno de los sectores más relevantes para el desarrollo del país, no solo por la cantidad de inversión que maneja, sino porque habilita los recursos que nos permite estar conectados con los que queremos. Sin ir muy lejos, durante la pandemia, el sector ha sido uno de los esenciales y no ha parado de funcionar en tanto que es la base para que otros sectores puedan seguir operando.

Y dentro de esa importancia es innegable la participación de los actores que forman parte de la presente controversia, ya que son quienes terminan de marcar la pauta del sector, ya sea a través de la innovación o el despliegue de la infraestructura y claro está a través del establecimiento de la regulación pertinente.

Adicionalmente, el Expediente escogido cuenta con diferentes áreas del Derecho que confluyen y que permiten cuestionar si la decisión tomada en el presente caso ha sido correcta o si se presta a una interpretación distinta. Entre las materias a destacar están el Derecho Administrativo, el Derecho de las Telecomunicaciones, el Procedimiento Sancionador y la Libre Competencia.

Por último y no menos relevante, la controversia tiene lugar en un momento en el cual servicios como el de la telefonía fija comenzaba a dejar de tener la relevancia que tuvo, y los servicios como el internet móvil comenzaba a repuntar en el mercado, siendo hoy uno de los más relevantes. Inclusive este pronunciamiento tuvo tanto impacto que fue la base para la modificación de la norma de servicios empaquetados que aplicaría a partir del año 2014 con la modificación del Reglamento General de Tarifas.

Por lo tanto, considero que el presente caso resulta relevante inclusive al día de hoy.

III. ANTECEDENTES

1. Mediante Decreto Ley N°27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos del año 2000, se estableció las disposiciones comunes aplicables a los organismos que se encargarían de, *“supervisar, regular, normar, fiscalizar y sancionar, solucionar controversias y solucionar reclamos”* (Ley N°27332, 2000)¹ en atención a determinadas actividades, entre las que se encuentran las actividades vinculadas a los servicios de telecomunicaciones.
2. El Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (en adelante “OSIPTEL” o “el regulador”), es un *“organismo público descentralizado, adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros, el cual tiene personería de derecho público interno; posee autonomía administrativa, funcional técnica, económica y financiera”* (Ley N°27332, 2000), y es el encargado de garantizar la calidad y eficiencia del servicio de telecomunicaciones brindado a los usuarios², así como *“garantizar la protección del mercado de los servicios públicos de*

¹ *“Ley N°27332 – Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos (...)*

Artículo 3.- Funciones

Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Reguladores ejercen las siguientes funciones:

a. Función supervisora: comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, así como la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el Organismo Regulador o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad o actividad supervisada;

b. Función reguladora: comprende la facultad de fijar las tarifas de los servicios bajo su ámbito.

c. Función normativa: comprende la facultad exclusiva de dictar, en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas de sus usuarios;

d. Función fiscalizadora y sancionadora: compete a la facultad de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión;

e. Función de solución de controversias: comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia, entre éstas y sus usuarios o de resolver los conflictos suscitados entre los mismos, reconocimiento o desestimando los derechos invocados;

y

f. Función de solución de reclamos de los usuarios de los servicios que regulan.”

² Para efectos del presente informe, nos referiremos a usuarios y a abonados de manera indistinta, pese a que a nivel del sector si existe una diferencia en el concepto, no es relevante en el caso en particular.

telecomunicaciones de prácticas contrarias a la libre y legal competencia” (Decreto Legislativo N°1034, 2008)³.

3. Por su parte, Telefónica del Perú S.A.A (en adelante “Telefónica” o “TdP”), es una empresa operadora peruana que tiene como su principal giro de negocios la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones a través de su marca comercial Movistar. Telefónica cuenta con el título habilitante para prestar diversos servicios públicos de telecomunicaciones dentro de los cuales se encuentran los servicios de valor añadido⁴, entre los que se destaca el servicio de conmutación de datos por paquete (acceso a internet), entre otros.
4. Es importante mencionar que, un servicio público (entre los que se encuentran los servicios de telecomunicaciones) se concibe como una *“técnica legal de regulación sobre actividades de contenido, económico, destinadas a satisfacer necesidades esenciales de los ciudadanos, cuya titularidad ostenta el Estado a través de las normas del sector correspondiente, y cuya gestión la puede realizar el propio Estado o aquellos particulares a través de una concesión”* (Tassano 2016: 109)⁵. Esto último, va de acuerdo a la concesión otorgada a Telefónica.
5. Además, corresponde precisar los servicios públicos que estarán involucrados en el desarrollo del presente informe, que de acuerdo a la definición del OSIPTEL, son los siguientes:
 - Servicio de Telefonía fija: que serán *“aquellos servicios que se prestan a través de una red fija utilizando medios alámbricos ópticos o*

³ *“Artículo 17° del Decreto Legislativo N°1034, La aplicación de las normas de la referida Ley, al sector de los servicios públicos de telecomunicaciones estará a cargo del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL de conformidad con lo dispuesto en la Ley N°27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL. En tal sentido, las instancias competentes, las facultades de éstas y los procedimientos que rigen su actuación serán los establecidos en el marco normativo.”*

⁴ De conformidad con el Registro para Servicio de Valor Añadido, TELEFONICA cuenta con los registros N°013-VA, N°071-VA, N°095-VA, N°134-VA, N°137-VA, N°194-VA. Información obtenida de la web del Ministerio de Transportes sobre el Registro para servicio de valor añadido. http://portal.mtc.gob.pe/comunicaciones/concesiones/registros/documentos/portal/Valor_A%C3%B1adido.pdf

⁵ Texto recogido de: TASSANO VELAUCHAGA, Hebert Eduardo. “Competencia y Regulación” en Revista de DERECHO PUCP N°76 2016 pag. 109.

radioelectrónicos; considerándose como tales a los servicios de telefonía fija local y de larga distancia (OSIPTEL, 2015: 315)⁶ y,

- o Servicio de Acceso a internet: que será según definición de la normativa vigente, *“al servicio de conmutación de datos por paquetes y mensajería interpersonal en la modalidad de correo electrónico (OSIPTEL, 2015: 8)⁷ y además el “servicio que permite a los usuarios acceder al contenido, información, aplicaciones u otros servicios ofrecidos por Internet (OSIPTEL, 2015: 9)⁸”.*

6. Adicionalmente debemos considerar a la tecnología ADSL⁹ para el servicio de acceso a internet, que será aquella que se caracteriza y diferencia de las demás modalidades existentes en la industria de las telecomunicaciones, toda vez que tiene supeditada su explotación a la necesaria existencia de una red de acceso y soporte como la del servicio de telefonía fija, donde los pares de cobre del servicio de telefonía sirven como el medio de distribución para el acceso a internet. Por lo que, por su naturaleza, ambos servicios comparten infraestructura y recursos de red y por ello se necesitan para funcionar¹⁰.
7. Ahora, si bien en el año 2001, Telefónica comenzó a brindar la tecnología ADSL soportada en ATM¹¹ para la prestación del servicio de acceso a internet

⁶ Definición recogida de Osiptel, “Glosario de términos de telecomunicaciones en Perú” (2015, pp315).

⁷ Ibidem, Osiptel (2015, pp 8). De acuerdo a lo dispuesto además en el Glosario de Términos recogidos en el Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, Resolución de Consejo Directivo N°138-2012-CD/OSIPTEL (OSIPTEL, 2012: 120).

⁸ Ibidem, Osiptel (2015, pp 9). De acuerdo a lo dispuesto además en el Glosario de Términos recogidos en el Reglamento General de Calidad de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones. Resolución de Consejo Directivo N°123-2014-CD/OSIPTEL (OSIPTEL, 2014: 15).

⁹ Ibidem, Osiptel (2015, pp 9). De acuerdo a lo establecido en el Plan Nacional para el Desarrollo de la Banda Ancha en el Perú -2011- es: *“Tecnología de acceso de Banda Ancha con velocidades de bajada mayores a las de subida, que usa la planta externa telefónica de cobre (bucle de abonado), pero no emplea la red de transporte ni conmutación telefónicas”* (OSIPTEL, 2015: 9).

¹⁰ Ibidem, OSIPTEL (2015, pp9). El propio OSIPTEL lo señala mediante Resolución de Consejo Directivo N°010-2007-CD/OSIPTEL, al indicar que *“El ADSL se soporta sobre la red del servicio de telefonía fija local convencional, concretamente usando los pares de cobre usados en esta red”* (OSIPTEL, 2007: 14).

¹¹ Mediante resolución N°36-2000-CD/OSIPTEL, se aprueban las tarifas máximas fijas aplicables a prestaciones de transmisión de datos mediante circuitos virtuales ATM con acceso ADSL de TELEFONICA. Cabe resaltar que Telefónica había realizado la solicitud de aprobación mediante diversas comunicaciones: cartas N° GGR.651A-142-00, N° GGR.651.A-143-00, GGR-651.A-238-00 y GGR.651.A-265-00, todas del año 2000.

dedicado, es recién en el año 2007 cuando comienza a prestar bajo la modalidad empaquetada de dúos y tríos, el acceso a internet en tecnología ADSL soportado en telefonía fija¹². Esta oferta comercial, fue replicada por uno de los operadores¹³ que competía en ese momento con Telefónica.

8. De manera posterior, en el año 2009, y cumpliendo con las Condiciones de Uso (en adelante, “Condiciones de Uso” o “CdU”) Telefónica procedió con remitir los modelos de contratos de abonados al OSIPTEL, a fin de que este último los evaluara, emita su conformidad y pueda (Telefónica) comercializar el servicio de acceso a internet. Como consecuencia, el regulador brindó su conformidad, ya que los documentos se ajustaban a lo dispuesto por la normativa vigente.
9. Pese a esto último, con fecha 27 de octubre del año 2010, la Gerencia de Relaciones Empresariales del OSIPTEL, mediante Memorándum N°140-GRE-2010, solicitó a la Gerencia de Fiscalización y Supervisión que realice acciones de inspección a fin de verificar si es que Telefónica estaría ofreciendo la venta conjunta de los servicios de telefonía fija y acceso a internet en la tecnología ADSL, lo cual iría en contra de las normas de libre competencia.
10. Como resultado, con fecha 31 de diciembre del año 2010, mediante Memorándum N°751-GFS-2010, la Gerencia de Fiscalización respondió a la Gerencia de Relaciones Empresariales con los resultados de las acciones de supervisión realizadas, en base a la información que contenían los contratos de abonado, así como la información recabada de diversas grabaciones de audio de contratación de los referidos servicios.
11. Como mencionamos, la investigación se centró en el análisis de los modelos de contrato de abonado de los servicios denominados “Speedy Negocios Avanzado”, “Speedy”, “Speedy Negocios”, “Internet Dial Up 24 horas”, “Internet

¹² De manera precisa, la oferta comercial de ese entonces se manejaba a través de tarifas promocionales.

¹³ En junio de 2008, América Móvil Perú S.A.C. replicó la oferta comercial de Telefónica. Importante es precisar que a través del Sistema de Registro de Tarifas (SIRT) todos los operadores del mercado, así como los abonados y usuarios de los servicios de telecomunicaciones pueden revisar este registro y ver el detalle de las tarifas que se encuentran vigentes.

50” e “Internet Satelital”. Asimismo, en las llamadas telefónicas encubiertas realizadas al Servicio de Telegestión Comercial de Telefónica (104), se indagó respecto de las condiciones comerciales, las características y las restricciones para acceder a los servicios en cuestión.

12. De manera posterior, la Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados del OSIPTEL, en uso de sus facultades conferidas en el marco de la investigación preliminar, con fecha 17 de marzo del año 2011, mediante la emisión del Informe N°004-CCO/2011, recomendó la remisión de la documentación a la Gerencia General del OSIPTEL, a fin de que el Consejo Directivo tome conocimiento y se proceda con la conformación de un Cuerpo Colegiado¹⁴ y este a su vez, determine si corresponde iniciar la investigación de oficio, e imponer las sanciones, de corresponder, por la presunta práctica de atadura en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones.
13. Como consecuencia de las acciones de supervisión, se determinó que Telefónica estableció como requisito indispensable para la prestación del servicio de acceso a internet en la tecnología ADSL, la obligación de contar con una línea de telefonía fija, o en todo caso de no contar con una, adquirirla con la misma empresa operadora (sin posibilidad de que esto sea con otra operadora).

IV. HECHOS RELEVANTES

Procedimiento de Oficio e investigaciones realizadas.

1. Una vez que el Cuerpo Colegiado realizó la evaluación correspondiente, mediante Resolución N° 001-2011-CCO/OSIPTEL del 13 de setiembre del año 2011, dio por iniciado el procedimiento de oficio contra Telefónica, por la presunta comisión de abuso de posición de dominio en la modalidad de venta atada, con posibles efectos de exclusión en el mercado de telefonía fija, conducta tipificada en el literal c) del artículo 10. 2° del Decreto Legislativo N° 1034, que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (en adelante, “Ley de Competencia”).

¹⁴ Finalmente, a través de la Resolución de Consejo Directivo N°119-2011-CD/OSIPTEL, “se designaron como Miembros del Cuerpo Colegiado a Jorge Fernández-Baca Llamosas, Rafael Munte Schwarts y Manuel Yrigoyen Quintanilla”.

2. El hecho constitutivo sería la venta condicionada del producto Speedy (acceso a internet a través de ADSL), en el mercado en el que Telefónica tendría posición de dominio, a la contratación de la telefonía fija, conducta que se vendría realizando desde el año 2001. A criterio de la Secretaría Técnica, Telefónica estaría atravesando un significativo debilitamiento en el mercado de telefonía fija mencionado.
3. La conducta detectada, además, podría generar un perjuicio en la dinámica competitiva del mercado de telefonía fija, reforzando la posición dominante que Telefónica ostentaría en el mercado de internet, así como también se generaría un perjuicio a sus competidores en el mercado de telefonía fija y un consecuente agravio en el bienestar de los consumidores, al no poder estos contratar el servicio de acceso a internet sin contratar la telefonía fija.
4. Por su parte, mediante documento de fecha 30 de septiembre del año 2011, Telefónica presentaría sus descargos a la Resolución N°001-2011-CCO/OSIPTEL, indicando que su actuación se ajustaba a lo dispuesto por la normativa vigente, manifestando su desacuerdo con la presunta infracción señalada en la citada Resolución, en el sentido siguiente.
5. En primer lugar, TdP señaló que la Secretaría Técnica estaría contradiciendo lo dispuesto en la regulación vigente al no haberse aplicado el principio de supletoriedad, reafirmando que Telefónica ha actuado dentro de lo permitido por la normativa, debiendo prevalecer la aplicación de las normas de telecomunicaciones por sobre las normas de libre competencia.
6. Asimismo, Telefónica reafirmó su postura de no haber cometido infracción alguna y de haber actuado cumpliendo lo dispuesto por el marco regulatorio vigente¹⁵ en tanto que fue el mismo regulador el que aprobó sus tarifas y el

¹⁵ A saber, los Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones del año 2000 aprobados por Decreto Supremo N° 020-98-MTC, señalaba en el lineamiento 109 lo siguiente: *“109. TdP tiene, además de las que le resulten las estipulaciones de los contratos de concesión de que sea titular, las siguientes obligaciones:*

modelo comercial cuestionado. Inclusive, el propio OSIPTEL reconoció que para la prestación del servicio era necesario ser titular de una línea telefónica.

7. A su vez, Telefónica afirmó que no se habría considerado las características funcionales de la tecnología ADSL, en tanto que los servicios en cuestión (telefonía fija y acceso a internet) utilizan la misma infraestructura, al compartir el par de cobre, siendo que uno de los servicios necesita del otro para funcionar, por lo que el empaquetamiento estaría justificado. Esto se soportaba además en el hecho de tener una justificación económica al compartir los servicios, el costo común por el uso de la infraestructura.
8. Por otro lado, TdP cuestionó la delimitación del mercado relevante, ya que para esta controversia no se consideró a la “banda ancha móvil” ni a la “banda ancha inalámbrica” (inclusive, siendo que estos servicios podrían suponer un producto sustituto de los servicios de acceso a internet alámbricos).
9. Finalmente, Telefónica también manifestó que no se ha reflejado de manera correcta la participación de la cuota de mercado que ostentaba; no se demostró la afectación al mercado de telefonía fija; ni tampoco se cumplieron los requisitos establecidos para la detección de una actividad anticompetitiva.
10. Por su parte y continuando con su labor, la Secretaria Técnica realizó las investigaciones correspondientes (diligencias de la etapa de investigación), solicitando información a diferentes entidades:

a) Someter a aprobación del OSIPTEL, las tarifas de los servicios públicos que ofrece, así como los planes de descuentos y promociones en general. Todas las tarifas y descuentos de TdP y aprobadas por OSIPTEL deberán ser publicadas con anticipación a su puesta en vigencia. Las promociones y ofertas de hasta 3 meses respecto a sus tarifas que hagan los distintos operadores deberán ser comunicadas a OSIPTEL en un plazo de al menos 3 días útiles antes de su difusión.

b) En cumplimiento de las normas que prohíben los subsidios cruzados, las tarifas de TdP de servicios en competencia y que son ofrecidos por sus competidores a través del acceso a las instalaciones esenciales de TdP, estarán sujetas a una prueba periódica de imputación, que consiste en que las tarifas minoristas para servicios en competencia cobradas por TdP, deberán cubrir los costos de prestación del servicio en competencia que incluyan los costos de las instalaciones esenciales.” (MTC, 2000: 17).

Entidades que prestan el servicio de voz por IP¹⁶ (Convergencia Perú S.A, Infoductos y Telecomunicaciones del Perú S.A. y Perusat S.A; al INDECOPI y al MTC.

11. Continuando con el proceso correspondiente, mediante Resolución N°011-2012-CCO/OSIPTEL, se dio por notificado el Informe Instructivo N°020-STC-CCO/2012, ante el cual Telefónica, mediante comunicación de fecha 24 de mayo de 2012 procedió con presentar sus descargos.

12. Al respecto, Telefónica señaló, entre otros aspectos, lo siguiente:

- Reiteró que debía aplicarse el principio de supletoriedad en tanto que ya se ejerció la potestad regulatoria a través de una regulación mayorista que es una regulación implícita del modelo minorista.
- No se consideró un correcto mercado relevante ya que no se incluyó a la banda ancha móvil.
- La participación de Telefónica sería del 68% con tendencia a variar y con tendencia a la baja para determinar la posición de dominio.
- No hay evidencia que demuestre que la conducta investigada tuvo efectos restrictivos en la competencia.

13. No obstante lo señalado, mediante Resolución N° 017-2012-CCO/OSIPTEL del 20 de julio de 2012, el Cuerpo Colegiado declaró FUNDADO el procedimiento de oficio iniciado contra Telefónica por la supuesta comisión de actos contrarios a la libre competencia en la modalidad de ventas atadas determinando la aplicación de una multa LEVE de cuatrocientos noventa y dos con 21 décimas (492.21) UIT. Asimismo, impuso como medida correctiva el cese del abuso de posición de dominio, consistente en ofrecer en el mercado minorista la venta del servicio de internet ADSL “solo” (o naked), evitando cualquier conducta que tenga efectos equivalentes a la atadura de los servicios.

14. El Regulador argumentó, entre otros aspectos lo siguiente:

- Sobre la falta de competencia de las instancias de solución de controversias por aplicación del principio de supletoriedad, en atención a

¹⁶ Debemos tener en cuenta que, la voz por IP (VoIP), es una tecnología que consiste en transmitir la voz empleando para ello los mismos protocolos utilizados para las comunicaciones en Internet.

lo alegado por Telefónica en base a que la práctica materia de investigación fue implementada como una práctica aprobada por el OSIPTEL (en atención a las resoluciones N°036-2000-CD/OSIPTEL, N°010-2007-CD/OSIPTEL y N°039-2008-PD/OSIPTEL) a través de las tarifas máximas fijas aplicables a prestaciones de transmisión de datos mediante circuitos virtuales ATM con acceso ADSL.

- El Cuerpo Colegiado concluyó que la regulación mencionada buscó regular las tarifas que cobraría Telefónica para permitir a otras empresas operadoras de Internet poder prestar el servicio de acceso a internet a sus abonados de telefonía fija, por lo que no era posible sostener que la regulación ATM con acceso ADSL tenía aplicación en el mercado minorista de internet, es decir la provisión del servicio al usuario final.
- Contrariamente a lo señalado por Telefónica, el regulador señaló que no podía desprenderse que, de dicha regulación, se haya habilitado al operador incumbente a condicionar la provisión del acceso ADSL a la contratación de su servicio de telefonía fija.
- Sobre la configuración a la práctica anticompetitiva, el Cuerpo Colegiado señaló que la conducta materia investigada, efectivamente se encontraba tipificada en el artículo 10 del Decreto Legislativo N°1034, como supuesto de abuso de dominio recogido en el numeral 2 literal c).
- Asimismo, indicó que de acuerdo al numeral 4.3.3 de los Lineamientos de Libre Competencia en Telecomunicaciones¹⁷, para que una práctica

¹⁷ "Artículo 4.3.3. Cláusula de Atadura y empaquetamiento: Esta infracción también se encuentra tipificada en la norma general de libre competencia, Decreto Legislativo N°701. Así, el artículo 5° en su inciso c) establece que puede constituir un caso de abuso de posición de dominio, la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que por su naturaleza no guardan relación con el objeto de tales contratos.

En el campo de las telecomunicaciones suele usarse el término "empaquetamiento" para describir la situación en la que una empresa ata o une una serie de prestaciones y las vende u ofrece como un solo paquete, no dando la alternativa al consumidor de adquirir cada parte por separado.

Al igual que en las otras prácticas vistas en puntos anteriores, se considera que el empaquetamiento sólo puede tener un efecto anticompetitivo cuando es realizado por una empresa que tenga posición de dominio en un mercado determinado, cuando éste sea injustificado y muestre el intento de restringir la competencia de algún mercado; por tanto, cada práctica será analizada utilizando la regla de la razón. No obstante lo anterior, existen algunos casos de empaquetamiento que potencialmente generan daño al proceso competitivo y son considerados como abuso de posición de dominio o empaquetamiento indebido.

OSIPTEL considera como casos de empaquetamiento indebido de servicios públicos de telecomunicaciones que pueden distorsionar la competencia, entre otros, los siguientes:

de venta atada tenga efectos anticompetitivos, “es necesario que la realice una empresa con posición de dominio, que esta sea una práctica injustificada y que muestre el intento de restringir la competencia.” (OSIPTTEL, 2000).

- Para determinar la conducta, deben tomarse en cuenta los elementos específicos a los que se refiere el mencionado artículo 10: (i) debe tratarse de servicios diferenciados, (ii) existir coerción, (iii) la empresa debe tener suficiente poder de mercado en el mercado de producto principal y (iv) debe existir una afectación en el mercado del producto atado. Además de esto, la Ley de Competencia, califica a la conducta señalada como una prohibición relativa, por lo que “*primero debe probarse la existencia de la venta atada (la conducta) y posteriormente probarse que la misma tenga efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores*” (Decreto Legislativo N°1034; 2008).
- El Cuerpo Colegiado entonces, concluyó que el mercado relevante estaría conformado por el acceso a Internet por ADSL y el cable modem provisto a nivel minorista, para clientes residenciales y corporativos, y el mercado geográfico conformado por los distritos a nivel nacional que cuenten con acceso a internet por ADSL y/o cable modem.
- De acuerdo a la información proporcionada por el MTC la cobertura comprendía un total de trescientos ochenta (380) distritos en todo el territorio peruano.
- En la misma línea, el Cuerpo Colegiado concluyó que Telefónica contaba con posición de dominio en el mercado relevante señalado, debido a su participación en el mercado y al nivel de concentración que exhibía, así como por la presencia de barreras de entrada.
- Asimismo, señaló que Telefónica contaba con suficiente poder de mercado en el servicio principal; que los servicios atados eran diferentes

a. Cuando un operador dominante ata la venta de un servicio en el que tiene posición dominante en el mercado a la de uno en que se enfrenta a la competencia;

b. Cuando los servicios atados pertenecen parcialmente a un mercado de precios regulados y parcialmente a un mercado desregulado; y,

c. Tratándose de servicios pertenecientes a un mercado competitivo, se considerará indebido el empaquetamiento de los insumos necesarios para proveer tal servicio, si el operador ata los insumos para los cuales ejerce una posición dominante con los insumos que pueden ser suministrados por terceros.” (OSIPTTEL, 2000: 13-14)

y que existía un nivel apreciable de coerción para la adquisición conjunta de los servicios.

- o De manera adicional, el Cuerpo Colegiado señaló que la conducta de Telefónica ocasionó:

- Efectos negativos sobre los competidores, pues el crecimiento de estos se estancó a favor de la recuperación de la cuota de mercado que ostentaba Telefónica, y
- Efectos negativos en dos grupos de usuarios, los primeros que no pudieron contratar internet “solo” o “naked”, incurriendo en un costo adicional; y los segundos que no contaron los recursos para contratar la telefonía fija, y se vieron impedidos de adquirir el servicio de Internet.

15. Con fecha 9 de agosto de 2012, Telefónica interpone recurso de apelación sobre la Resolución N°017-2012-CCO/OSIPTTEL, reiterando los argumentos señalados previamente y señalando además que, debido a la importancia que tienen en el mercado los servicios empaquetados denominados “dúos” y “tríos”, desde diciembre de 2007 hasta diciembre de 2011, el mercado se ha vigorizado como consecuencia de las acciones de las empresas operadoras. Telefónica resaltó además que se pretendía sancionar por una práctica explotativa que no consideró el parámetro de evaluación de daño que la Ley de Competencia contemplaba.

16. Por último, mediante Resolución N° 004-2013-TSC/OSIPTTEL del 01 de febrero del año 2013, el Tribunal de Solución de Controversias (en adelante, “El Tribunal”) confirmó la Resolución N° 017-2012-CCO/OSIPTTEL por la supuesta comisión de actos contrarios a la libre competencia en la modalidad de ventas atadas tipificadas en el artículo 10° de La Ley de Competencia declarando infundado el recurso de apelación interpuesto por Telefónica.

17. Asimismo, el Tribunal modificó la multa impuesta previamente, estableciendo el nuevo monto de cuatrocientas siete (407) UIT y confirmaba también la medida correctiva impuesta, a través de la cual Telefónica tendría que ofertar Internet ADSL solo (o naked), sin la atarlo a la telefonía fija.

18. Es importante mencionar los argumentos señalados por parte del Tribunal:
- Sobre la aplicación del principio de supletoriedad, el Tribunal concluyó que la regulación que se había aprobado en su momento fue dirigida al acceso mayorista, pues fijó las tarifas para que los nuevos operadores pudieran brindar sus servicios a los usuarios del servicio de telefonía fija de Telefónica.
 - Concluyó además que dicha regulación en ningún caso aprobó la práctica de vincular la contratación del acceso a internet por ADSL en conjunto a la telefonía fija, y que cuando se hizo referencia a que *“las tarifas reguladas resultaban aplicables a los abonados que contaran con una línea fija contratada”* el OSIPTEL se limitó a constatar una situación que se presentaba en el mercado, por lo que no debía aplicar las normas regulatorias en aplicación del principio de supletoriedad, sino que resultaban pertinentes las normas de libre competencia.
 - Sobre la conformidad a los modelos de contratos de abonado, manifestó que la misma se emitió en base a la normativa de usuarios, o propiamente de lo dispuesto por las Condiciones de Uso, por lo que los contratos de abonado se analizaron únicamente desde una perspectiva de protección al consumidor. Por tanto, la aprobación del OSIPTEL no podía involucrar un análisis ex ante omnicompreensivo que involucre un análisis de libre competencia.
 - Sobre la configuración de la práctica anticompetitiva, el Tribunal concluyó que el mercado relevante estaba conformado solamente por el servicio de Internet por ADSL (descartando el servicio de cable modem) en la región de Lima y la Provincia Constitucional del Callao, mientras que el segmento de acceso a Internet fijo vía a ADSL sería respecto del resto de regiones del país.
 - Además, concluyó que Telefónica contaba con posición de dominio en el mercado relevante, por su participación en el mercado relevante y al nivel de concentración que exhibía en este. Consideró además que existía

barreras estructurales, legales y estratégicas de entrada a nuevos competidores.

- Por tanto, Telefónica posiblemente afectaría, en el mercado relevante, las condiciones de la oferta ya la demanda.

- Por último, llegaba también a la conclusión de que la práctica de empaquetamiento realizada por Telefónica, tuvo efectos anticompetitivos al haber TdP sacrificado ganancias en el mercado de internet por ADSL, a fin de mejorar en el de telefonía fija reduciendo la demanda de sus competidores en este último mercado.

V. IDENTIFICACIÓN DE PROBLEMAS PRINCIPALES Y SECUNDARIOS

- **Problema principal 1:**

- *¿Telefónica cumplió con las normas de la regulación sectorial de telecomunicaciones, o cometió una infracción a las normas de libre competencia con su accionar?*

- **Problemas Secundarios 1:**

- *¿Cómo se debió aplicar el Principio de Supletoriedad en la presente controversia?*
- *¿Se delimitó de manera correcta el mercado relevante?*
- *¿Se comprobó que los efectos exclusorios de la práctica realizada por Telefónica generó una afectación a los competidores del mercado de telecomunicaciones?*

- **Problema principal 2:**

- *¿Telefónica ha visto vulnerados sus derechos dentro de la presente controversia?*

- **Problemas Secundarios 2:**

- *¿Se ha generado una vulneración al principio de predictibilidad al sancionarse a Telefónica, pese a contar con la aprobación expresa de sus modelos de contrato?*

- *¿Se han afectado el principio del debido procedimiento y el derecho de defensa de Telefónica al no conocer el modelo económico en el que se basa el Tribunal de Controversias para imponer la sanción?*

VI. DESARROLLO DEL ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURIDICOS.

1. *¿Telefónica cumplió con las normas de la regulación sectorial de telecomunicaciones, o cometió una infracción a las normas de libre competencia con su accionar?*

En primer lugar, considero que Telefónica sí cumplió con lo dispuesto por la regulación de telecomunicaciones, por lo que no le correspondía recibir una sanción por parte del regulador. Para llegar a esa conclusión tendremos que evaluar si es que se realizó una correcta aplicación de Principio de Supletoriedad en la presente controversia; cómo es que se delimitó el mercado relevante aplicable al presente caso y, si es que se determinaron los efectos exclusorios asociados a la conducta efectuada por Telefónica.

1.1 *¿Cómo se debió aplicar el Principio de Supletoriedad en la presente controversia?*

1. De acuerdo a lo que mencionamos en los antecedentes, le corresponderá al OSIPTEL, en el marco de su función de solución de controversias, la resolución de los conflictos que se originen en el marco de su competencia, aplicando para tales fines las normas de libre competencia.
2. A su vez, en el Decreto Supremo N°008-2001-PCM, Reglamento General del OSIPTEL, se encuentra de manera específica, que este Organismo Regulador deberá aplicar cuando corresponda el denominado Principio de Supletoriedad.
3. Dicho principio hace referencia a la idea de que las normas de libre competencia serán aplicadas de forma subsidiaria (supletoria) a la regulación vigente del sector correspondiente. Dicho de otra manera, no deberá tramitarse (o no deberá continuar tramitarse) un procedimiento iniciado por una presunta infracción a la

libre competencia, cuando la materia en cuestión haya sido cubierta por la regulación que dicta el sector.

4. El mencionado Reglamento dictamina entonces que, en el marco de los servicios públicos de telecomunicaciones, *“las normas de libre competencia son supletorias a las disposiciones normativas y/o regulatorias que dicte el OSIPTEL en el ámbito de su competencia. En caso de conflicto primarán las disposiciones dictadas por este último”* (OSIPTEL, 2001: 8).

5. En esa misma línea se ha desarrollado este principio en la Resolución N°003-2000-CD/OSIPTEL Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Libre Competencia en el Ámbito de los Servicios de Telecomunicaciones en el sentido que:

“En el mercado de las telecomunicaciones, el marco regulatorio existente desarrolla los principios de libre competencia, consagrados por la Constitución Política del Perú, entendiéndose, por tanto, que la aplicación del marco regulatorio del sector constituye una manera de hacer cumplir los principios de libre competencia. En los mercados regulados decisiones básicas como las tarifas, calidad de servicio o condiciones de comercialización son establecidas, con el objetivo de emular un mercado competitivo.

Teniendo en cuenta la existencia de dos marcos normativos, uno específico del sector de las Telecomunicaciones y otro de aplicación general, resulta necesario que los presentes lineamientos establezcan cómo OSIPTEL va a compatibilizar la aplicación de los mismos.

La posición que acoge OSIPTEL, refleja la tendencia que se puede apreciar en otros países donde existen situaciones similares. OSIPTEL entiende que, para la promoción y preservación de la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones, se aplicará la normativa específica del sector y de manera supletoria la normativa general de libre competencia. Este principio, a su vez, está

*recogido en el punto 111 de los Lineamientos de Políticas de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones. Así, si bien el punto de partida es la aplicación de la normativa específica del sector, -entendiéndose dentro de ésta al marco regulatorio específico-, también se admite la aplicación del marco general de libre competencia, **para corregir problemas no cubiertos expresamente por la normativa específica del sector**; o para encontrar principios de interpretación que permitan una más adecuada aplicación de la referida norma.*

Esto implica que OSIPTEL aplicará las normas generales de libre competencia en el supuesto que una determinada práctica o conducta no esté tipificada o cubriera de manera expresa por la normatividad específica del sector, pero genere, sin embargo, efectos anticompetitivos” (OSIPTEL, 2000: 3). El énfasis es nuestro.

Entonces según lo visto ¿le correspondía al OSIPTEL la aplicación del principio de supletoriedad? Considero que sí.

6. El fundamento de esta afirmación radica en el hecho de que, efectivamente se debió aplicar el Principio de supletoriedad, en atención a que el empaquetamiento que se venía realizando por parte de Telefónica, había sido permitido de manera expresa por la regulación establecida por el mismo OSIPTEL para el acceso a internet por ADSL. Esto es, a través de las siguientes actuaciones:

- (i) **Aprobación de las tarifas ATM con acceso ADSL y;**
- (ii) **Aprobación de los modelos de contrato de abonados para el acceso a internet, bajo el servicio denominado como “Speedy”.**

7. Respecto de la regulación establecida de tarifas ATM con acceso ADSL se emitieron las Resoluciones de Consejo Directivo N°036-200-CD/OSIPTEL, N°010-2007-CD/OSIPTEL y la Resolución de Presidencia N°039-2008-PD/OSIPTEL, a través de las cuales se establecieron tarifas máximas aplicables a la prestación de transmisión de datos mediante circuitos virtuales ATM, siendo que en la práctica se establecían las tarifas que podía cobrar Telefónica, con

autorización del regulador, para permitir que otras empresas operadoras ofrezcan el servicio de acceso a internet a sus abonados de telefonía fija, así como también las tarifas que deberían pagar los usuarios finales (abonados).

8. Es importante mencionar que, en todas las Resoluciones mencionadas, se señalaba que era requisito indispensable el que los abonados que soliciten acceder a los servicios en cuestión, debían contar con una línea telefónica fija y pagar las tarifas por conexión a la red, instalación y renta básica mensual. Con esto último se estaba estableciendo un modelo de mercado de provisión de acceso a internet, el que se entendía que debía darse en conjunto con una línea de telefonía fija.
9. En línea con lo señalado previamente, en la Resolución N°039-2008-PD/OSIPTEL, se señalaba lo siguiente:

*”(...) **Artículo Único.**- Establecer las tarifas tope –máximas fijas- para las prestaciones de transmisión de datos mediante circuitos virtuales ATM con acceso ADSL (acceso digital asimétrico por línea telefónica), provistas por Telefónica del Perú S.A.A., e incorporar las disposiciones establecidas en los artículos 2° al 8° de la Resolución N° 010-2007-CD/OSIPTEL, quedando fijada la correspondiente regulación tarifaria en los términos siguientes:[...] **Las tarifas correspondientes por el acceso digital asimétrico (ADSL) que se establecen en el presente artículo, son aplicables a los abonados que cuenten con una línea telefónica fija contratada con la empresa Telefónica del Perú S.A.A., y se aplican de manera adicional e independiente a las tarifas por instalación y renta mensual correspondientes al respectivo servicio telefónico fijo. Adicionalmente, las empresas a que se refiere el párrafo siguiente, establecerán las tarifas a los abonados a los cuales estén conectados, para la prestación de diversos servicios tales como, servicios de acceso a internet, televigilancia, teletrabajo, acceso a bases de datos, entre otros.**” (OSIPTEL, 2008, 3-4). El énfasis es nuestro.*

10. A raíz de esta(s) aprobación(es) es que TdP incluye dentro de los modelos de contratos de abonado el requisito necesario tener previamente una línea de telefonía fija, así como también el tener que pagar por las tarifas de conexión a la red, la instalación y la renta básica mensual para contratar el servicio de acceso a internet. Con ello se formaba un modelo de negocio acorde a lo que la regulación establecía.
11. El propio OSIPTEL mencionó en la resolución de primera instancia de la presente controversia que la finalidad de dicha regulación de tarifas ATM con acceso ADSL estaba dirigida a promover “*una mayor competencia en el mercado de internet con acceso ADSL*”, con el enfoque de disminuir las barreras de entrada para nuevos competidores que hagan uso de los accesos mayoristas de Telefónica, evitando que esta última obtenga beneficios indebidos por su condición de operadora incumbente por poseer la mayor red de telefonía fija¹⁸.
12. En otras palabras, es el mismo OSIPTEL el que considera que con esta regulación establecida estaría corrigiendo las imperfecciones que ese mercado (a nivel de interconexión) podría detonar en un eventual comportamiento anticompetitivo para Telefónica.
13. Coincidimos aquí con lo que señala Joselyn Olaechea, en tanto que la afirmación realizada por el regulador bastaría para inaplicar las normas de libre competencia, puesto que la regulación fue expedida teniendo en cuenta el proceso competitivo como bien jurídico protegido.
14. Así, la especialista señala lo siguiente¹⁹:

“(…) En la práctica, podría pasar inadvertida la aplicación concurrente de normas al interior de un mismo régimen y procedimiento sancionador. Específicamente, nos referimos a la situación de OSIPTEL, ya que concentra las funciones de regulador y agencia de competencia; por lo

¹⁸ Página 18 de la Resolución de primera instancia emitida por el Cuerpo Colegiado.

¹⁹ OLAECHEA, Joselyn. “Libre Competencia Versus Regulación: Sobre la aplicación del Principio de Supletoriedad en la Nueva Ley de Represión de las Conductas Anticompetitivas”. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*. No. 13, 2011, p. 83.

tanto, sus instancias tienen la prerrogativa de aplicar los dos cuerpos normativos. A ello, se añade la asimilación de gran parte de las normas antitrust en los principios de neutralidad, no discriminación, igualdad de acceso y libre y leal competencia, los cuales convergen en la actual LRCA²⁰ en las modalidades de abuso de posición de dominio o como prácticas colusorias verticales. Para ilustrar dicha situación el artículo 9° del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones²¹ señala lo siguiente:

Artículo 9° del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones. -

Por el principio de neutralidad, el concesionario de un servicio de telecomunicaciones, que es soporte de otros servicios o que tiene una posición dominante en el mercado, está obligado a no utilizar tales situaciones [para] prestar simultáneamente otros servicios de telecomunicaciones en condiciones de mayor ventaja y en detrimento de sus competidores, mediante prácticas restrictivas de la libre y leal competencia tales como limitar el acceso a la interconexión o afectar la calidad del servicio". (Olaechea, 2011: 83). Subrayado añadido por la autora.

Continúa la especialista indicando²²:

“Se aprecia que tal principio intenta corregir cualquier tipo de práctica – basada en la posición de dominio o en la titularidad de alguna facilidad esencial – que le genere beneficio a un operador y correlativamente atente contra el competidor. En el fondo, asume los supuestos de negativas de trato, aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, y la obstaculización de la entrada o permanencia del rival, insertos en el artículo 10.2 del D.L. 1034. Recordemos también que el regulador toma en cuenta el principio de libre y leal competencia, que si bien no posee contenido expreso en la

²⁰ Entiéndase por Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

²¹ Es preciso señalar que dicho artículo es recogido del Decreto Supremo N°06-94-TCC de fecha 11 de febrero de 1994. Actualmente el Reglamento de La Ley de Telecomunicaciones recoge al principio de neutralidad en el artículo 11°

²² Ibidem, Olaechea (2011: 83).

normativa sectorial, apunta a que el acceso se realice en base a un balance entre incorporación de más competencia e incentivos para el mejoramiento de la infraestructura.

*Por las razones que se argumentan a continuación, aseveramos que **siempre que la norma regulatoria tenga como parte de su linderio interpretativo al principio de libre y leal competencia, las normas antitrust necesariamente deben ser inaplicables. Y ello se respalda en la decisión autónoma que el regulador ha considerado a la hora de expedirla, que puede recoger al proceso competitivo como bien jurídico protegido (...)***” (Olaechea, 2011: 83).

15. Adicionalmente a ello, lo que nos lleva al segundo aspecto de nuestra afirmación, es que la regulación establecida por el OSIPTEL llevó a Telefónica a presentar sus modelos de contrato de abonado, los mismos que debían encontrarse acordes con la norma con el objetivo de poder comercializar el servicio presentado.
16. Así, según lo dispuesto por las Condiciones de Uso (vigentes en ese momento²³) las empresas operadoras estaban obligadas de remitir los modelos de contrato de abonado al regulador. Esto fue cumplido por TdP dentro de los plazos respectivos y los modelos señalaban expresamente que “*para la prestación del servicio EL CLIENTE deberá contar con (...) una línea telefónica de su titularidad (...)*”.
17. Y como consecuencia, mediante Oficio N°082-GG.GUS/2009 el OSIPTEL señalaría lo siguiente:

(...) al respecto, le manifestamos que este organismo ha procedido a la evaluación de los referidos modelos de contrato de abonado del servicio de

²³ Al respecto, en el momento en que se remitieron los modelos de contrato de abonado, las Condiciones de Uso señalaban que previo a la comercialización de un servicio de telecomunicaciones, los modelos de contratos debían ser remitidos al OSIPTEL a fin de que el regulador revisara si estos estuvieran conforme a lo dispuesto por la norma y por último este emitiera su conformidad.

*acceso a internet y los modelos de addendum al contrato de abonado del servicio de telefonía fija, **habiéndose advertido que los mismos se ajustan a lo dispuesto por la normativa vigente** (...). (Énfasis y subrayado es nuestro).*

Con este pronunciamiento por parte del OSIPTEL, los modelos de contrato de abonado se encontraban aprobados por lo que Telefónica tenía plena libertad para poder aplicar el modelo comercial cuestionado.

18. En ese sentido entonces, vale la pena realizar la consulta ¿por qué es que el OSIPTEL (y de manera específica, el Tribunal) no aplicó el Principio de Supletoriedad pese a todo lo señalado previamente? Más aun con la afirmación emitida por parte del Cuerpo Colegiado en la Resolución de primera instancia.
19. Por el contrario, el Tribunal planteó un razonamiento a través del cual procede con separar las dos actuaciones mencionadas, analizando la regulación ATM con acceso ADSL y de manera posterior la conformidad otorgada a los modelos de contrato de abonado.
20. Así, el Tribunal sostuvo que, en relación a la regulación ATM con acceso ADSL, esta solo se encontraba dirigida al acceso mayorista, pues esta fijaba las tarifas de entrada a nuevos operadores entrantes que estos a su vez puedan brindar sus servicios a usuarios del servicio de telefonía fija de Telefónica, pero esta regulación de ninguna manera permitía (o aprobaba) la práctica de atadura entre el acceso a internet por ADSL y la telefonía fija (en el mercado minorista).
21. Asimismo, sostuvo que cuando en la regulación ATM con acceso ADSL se menciona a que “las tarifas reguladas resultaban aplicables a los abonados que contaran con una línea fija contratada”, el OSIPTEL solo habría constatado una situación que se presentaba en el mercado, lo que no podía ser considerado como una aprobación de parte del Regulador.
22. Por su parte, sobre la aprobación de los modelos de contrato, el Tribunal manifestó que esto se otorgaba considerando solo una perspectiva de usuarios

(la normativa de usuarios), es decir que el análisis se efectuaba únicamente desde una perspectiva de protección al consumidor, identificando aquellas partes del contrato que generasen un perjuicio a los abonados. En dicho sentido, no resultaba razonable para el Tribunal asumir que la conformidad otorgada por el OSIPTEL debía contener un análisis que también abarque un análisis en la rama de libre competencia.

23. Lo señalado previamente en los últimos apartados en relación a la postura del Tribunal es cuestionable. En primer lugar, considero que no se debió desagregar las actuaciones realizadas del OSIPTEL, sino que debieron interpretarse en conjunto, pues la primera establece el diseño del mercado para la provisión de internet (a nivel mayorista si se quiere) y la segunda plasma a nivel del mercado minorista el resultado de la regulación. Todo esto de acuerdo al trámite regular que tienen las empresas operadoras en el sector.
24. En segundo lugar, sostener que de las regulaciones mencionadas no se desprenda que los abonados necesariamente deban contar con una línea telefónica fija, desconoce la naturaleza técnica que el mismo OSIPTEL describe en sus regulaciones. No puede ser tomada esta necesidad como una constatación de una práctica comercial del mercado, sino que esta práctica en realidad se justifica por su naturaleza técnica (toda vez que existe una compartición de recursos e infraestructura de red entre ambos servicios), algo que el Tribunal no llegó a desarrollar.
25. En tercer lugar, de acuerdo a lo señalado por el Tribunal, el regulador analizó los modelos de contratos de abonados desde una perspectiva de “protección al consumidor”, lo que puede llevar a la conclusión de que el OSIPTEL estaría renunciando a su competencia y funciones como agencia de competencia y supervisión cuando se trata de analizar los modelos de contrato de abonado.
26. Sobre este punto, lo que debía ocurrir es que el OSIPTEL debió realizar un análisis general de toda la normativa que le compete, considerando que su actuación comprende un mercado con muchas fallas, sobre todo el sector de las telecomunicaciones que tradicionalmente ha contado con monopolios naturales,

y no puede pues el Regulador realizar un análisis limitado solo bajo la perspectiva de protección al consumidor.

27. El que la conformidad otorgada a los modelos de contratos sea otorgada solo desde una perspectiva de usuarios no de una manera integral, considerando también aspectos de la libre competencia, no cambia el hecho de que se trata de una aprobación, que se respondió dentro de los plazos normativos y que fue otorgada regularmente en virtud de las potestades conferidas al OSIPTEL, lo que le permitió a la empresa regulada (TdP) actuar de acuerdo a lo señalado por su regulador.

28. Sobre lo mencionado previamente, compartimos lo señalado por Carlos Patrón en el siguiente tenor²⁴:

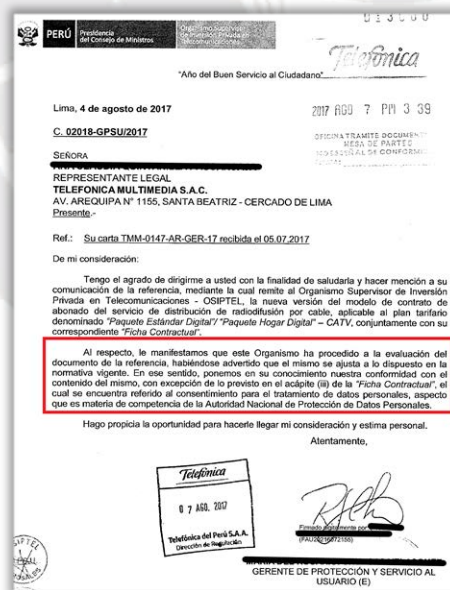
“(...) soberano es el acto emanado de un ejercicio regular dentro de las atribuciones que le confiere la ley a una entidad del Estado, ya sea que se trate de una regulación que recae en un mercado donde hay competencia como en un mercado caracterizado por ser monopolio natural. Las facultades regulatorias del Estado y el correspondiente ejercicio de su poder de coerción para hacer cumplir sus disposiciones no se encuentran de modo alguno limitado únicamente a este último tipo de mercados. En uno y otro caso, el particular actúa dando cumplimiento a un acto soberano y no puede, por tanto, ser pasible de sanción por tal actuación.” (Patrón, 2008: 407)

29. ¿Le correspondía entonces a Telefónica realizar una interpretación sobre la aprobación otorgada a los modelos de contratos y llegar a la conclusión de que estos se ajustaban a la normativa vigente, con excepción de la normativa de libre competencia? Creemos que no. En todo caso, el regulador debió haber realizado la precisión correspondiente en las aprobaciones otorgadas, a fin de evitar que TdP llegué a una conclusión que terminó siendo susceptible de sanción.

²⁴ PATRÓN SALINAS, Carlos. “El que Mucho Abarca, poco Aprieta: del llamado Principio de Supletoriedad en Materia de Libre Competencia”. *Derecho y Sociedad* N° 30, 2008: 407.

30. Como ejemplo de esto último, el regulador, de manera diligente, comenzó a realizar precisiones en atención a aquellos aspectos de un modelo de contrato de abonado sobre el cual este no emitía un pronunciamiento correspondiente. Así, tenemos este caso en el cual se remitió para aprobación el modelo de Contrato para el servicio de TV de paga, el mismo que recibió la conformidad respectiva de parte de la Gerencia de Usuarios (encargada de emitir las conformidades a los modelos de contrato de abonado), pero con el presente disclaimer:

*“Al respecto, le manifestamos que este Organismo ha procedido con la evaluación del documento de la referencia, habiéndose advertido que **el mismo se ajusta a lo dispuesto en la normativa vigente**. En ese sentido ponemos en su conocimiento nuestra conformidad con el contenido del mismo, **con excepción** de lo previsto en el acápite (iii) de la “Ficha Contractual”²⁵, el cual se encuentra referido al consentimiento para el tratamiento de datos personales, aspecto que es materia de competencia de la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales”.*



²⁵ A efectos de contextualizar, Telefónica manejaba para el modelo de contrato de abonado el documento de nominado "Ficha Contractual", en el cual se señalaban los datos de los abonados. Este documento en conjunto con las Condiciones Particulares formaba parte del modelo de contrato completo.

31. Por lo tanto, en atención a lo que hemos mencionado previamente, el OSIPTEL sí habría permitido el esquema comercial para comercializar el acceso a internet, además de otorgar conformidad a los modelos de contrato de abonado, por lo que correspondía respetar la primacía de la norma regulatoria, según el principio de supletoriedad sobre la de libre competencia. El Tribunal pudo haber modificado la decisión del Cuerpo Colegiado y finalmente no imputar una multa a Telefónica.

1.2. ¿Se delimitó de manera correcta el mercado relevante?

32. Para empezar, todo análisis que requiera de la evaluación de una conducta de abuso de posición de dominio, debe partir de haber delimitado el mercado relevante, esto es, el contexto en el cual van a interactuar la oferta y la demanda de un determinado servicio o un producto.

33. Así, la delimitación del mercado será el punto de partida esencial para evaluar las condiciones de competencia de un mercado en particular. Saber los conjuntos de productos que forman para de este es clave para analizar la estructura del mismo mercado y el efecto de las conductas de los agentes que lo conforman.

34. En la misma línea, tomamos lo mencionado por Marcelo D'Amore en el sentido que *"(...) la no consideración, a la hora de definir el mercado relevante, de la conducta que se está analizando, puede resultar en una **definición incorrecta del mercado y, en consecuencia, en una incorrecta apreciación de la posición de la empresa en dicho mercado.**"* (D'Amore, 2011: 10)²⁶. El énfasis es nuestro.

35. Solo se podrá hablar de posición de dominio cuando se determine el mercado relevante en el que la empresa presta sus servicios.

²⁶ D'AMORE, Marcelo R. "Abuso explotativo de posición dominante, el caso YPF en Argentina". *Boletín Latinoamericano de Competencia*. No 11, 2000. Pág. 10.

36. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 6° de la Ley de Competencia, “*el mercado relevante está integrado por el mercado de producto y el mercado geográfico*”. (Decreto Ley N°1034, 2008).

37. Al respecto, dispone que “*el mercado de producto estará formado por el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos*”. Asimismo, el mercado geográfico relevante es “*el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante*” (Decreto Ley N°1034, 2008).

38. En el presente informe cuestionaremos la determinación del mercado de producto ya que la determinación correspondiente al mercado geográfico se encuentra afectada de manera indirecta por la del primero, como veremos más adelante.

39. Entonces, ¿cómo se delimitó el mercado relevante a nivel la presente controversia? El Tribunal señaló como mercado relevante de producto como el “*servicio de internet fijo por ADSL*”, y como mercado geográfico a “*los 380 distritos a nivel nacional en los que existe cobertura de este servicio*”, segmentando los mismos en Lima, Callao y el resto de regiones del país.

Por su parte, el Cuerpo Colegiado en la instancia previa consideró al servicio de internet fijo vía “*cable modem*” como parte del mercado relevante de producto. No obstante, el Tribunal consideró que, debido a aspectos como las (i) limitaciones de cobertura, (ii) la incertidumbre en cuando a su expansión y (iii) los costos de cambio que tendrían los abonados constituían factores que descartarían que este producto pueda ser un sustituto para el “*servicio de internet fijo por ADSL*”.

40. Es importante precisar que el Tribunal no realizó un extenso análisis de descarte de aquellos servicios que no consideró como parte del mercado de producto relevante, pero sobre todo el Tribunal no admitió a la Banda Ancha Móvil como parte del mismo, ello debido a que esta presentaría restricciones respecto de su uso (capacidad de descarga y velocidad de navegación), así como que se

considera a este como un servicio complementario respecto de la Banda Ancha Fija, más que sustitutorio.

41. Entonces, para responder a la pregunta de este apartado, considero que la delimitación del mercado relevante de producto fue muy restringida y que esta no consideró a todos los servicios podían resultar como sustitutos razonables desde la perspectiva de los abonados o usuarios del servicio.
42. La evaluación del Tribunal debió considerar el punto de vista de los consumidores, de conformidad con lo señalado en el artículo 6.2 de la Ley de Competencia, que establece que: “El mercado de producto relevante es, por lo general, el bien o servicio materia de *la conducta investigada y sus sustitutos*. **Para el análisis de sustitución, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución**”. (Decreto Legislativo N°1034, 2008). El subrayado y sombreado es nuestro.
43. Bajo esta lógica, considero que el Tribunal no realizó un análisis correcto de sustituibilidad, manifestando además que los consumidores solo buscarían cubrir sus necesidades para el uso de internet respecto a las características de capacidad de descarga y de velocidad del servicio, pero no considerando que puede haber otros servicios (como la Banda Ancha Móvil) que pueden ser funcionalmente sustitutos.
44. Ahora bien, compartimos las palabras de Figari, Gomez y Zuñiga en el sentido en que: “(...) *Al hablar de buenos sustitutos no necesariamente se hace referencia a productos que tienen que ser idénticos al analizado, sino que deben ser considerados como sustituibles o intercambiables razonablemente, en términos de precio, calidad y otras condiciones, por un número significativo de consumidores a efectos de satisfacer una necesidad*” (Figari, Gomez y Zuñiga,

2005: 160)²⁷. A diferencia de lo realizado por parte del Tribunal, que indica que estos deben ser brindados con la misma tecnología.

45. El mismo criterio fue considerado por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI en el caso Cab Cable vs. Electrocentro (Expediente No 006-98-CLC/INDECOPI²⁸), en el que se señaló que, *“a fin de determinar un mercado de producto o servicio, debe evaluarse qué otros servicios existen en el mercado que puedan sustituir al servicio provisto por la empresa investigada no siendo una condición necesaria para la sustituibilidad entre servicios que los estos sean idénticos”* (INDECOPI, 2000: 9).
46. El criterio estableció además que la razonabilidad de la sustitución debe ser entendida en el sentido de que de haber otros servicios que *“satisfagan las necesidades del consumidor sin que éste incurra en nuevos o elevados costos de intercambio, dichos servicios pueden ser considerados como sustitutos”* (INDECOPI, 2000: 9).
47. Por lo tanto, considero que antes que descartarse a la Banda Ancha Móvil de manera inicial bien se pudo analizar esta alternativa de manera extensa y determinar que esta no podía considerarse de ninguna manera como un sustituto razonable para el servicio de internet fijo por ADSL.
48. Se debió efectuar una investigación sobre las necesidades específicas que en ese momento satisfacían a los usuarios del servicio de internet. Por ejemplo, revisando la encuesta efectuada por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) en el año 2013, reveló que en cuanto a actividades realizadas por usuarios del servicio de internet, un 94,2% lo empleaba para la obtención de

²⁷ FIGARI, Hugo, Hugo GOMEZ y Mario ZUÑIGA. “Hacia una metodología para la definición del mercado relevante y la determinación de la existencia de posición de dominio”. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*. No. 1, 2005: 160.

²⁸ *Para determinar cuál es el servicio (o producto) relevante primero debe evaluarse qué otros servicios existen en el mercado que pueden sustituir al servicio provisto por la empresa investigada. Con relación a este punto cabe precisar que no es condición necesaria para la sustituibilidad entre productos o servicios que los mismos sean idénticos. En efecto, si dos o más productos o servicios satisfacen las necesidades del consumidor o usuario sin que éste incurra en nuevos o elevados costos de intercambio, dichos productos o servicios pueden ser considerados como sustitutos* (INDECOPI, 2000: 9).

información; en segundo lugar, se empleaba para la comunicación o uso de correos electrónicos y/o mensajes instantáneos (chat), alcanzando un 78.8%, y en tercer lugar, el 65,5% utiliza internet para el entretenimiento (sea juegos, películas o música)²⁹.

49. La tendencia sobre las actividades realizadas por los usuarios de internet fue constante desde el año 2011, hecho que fue considerado por Telefónica como parte de sus alegatos de defensa, sin embargo, esto no fue tomado en cuenta por el Tribunal. La estadística hubiera aportado relevancia al hecho de aquellos que usan internet, lo utilizaban para actividades que no exigían una conexión de gran velocidad o que requería un alto nivel o capacidad de descarga óptima como lo indicó el Tribunal. Esto último no se podía realizar en ese momento a través de un dispositivo que se soportaba sobre la Banda Ancha Móvil, pero las actividades mencionadas en el punto anterior si podían ser utilizadas sin inconvenientes.
50. Por otro lado, el Tribunal pudo (pero no lo consideró) efectuar el análisis del “monopolista hipotético”, el que también se encuentra recogido en los Lineamientos de Libre Competencia, a fin de poder analizar la respuesta que tendrían los consumidores ante un incremento pequeño y permanente en el precio del servicio de Banda Ancha Móvil. De igual modo como el OSIPTEL lo aplicó para el servicio de internet vía cable modem, bien pudo efectuarlo para la Banda Ancha Móvil por sus características de descarga o de velocidad, y que luego se le haya descartado en el presente procedimiento.
51. De igual modo, el Tribunal decide no realizar un posible análisis orientado a la *“competencia interplataformas, desconociendo las tendencias a nivel internacional que se venían desarrollando como tecnologías inalámbricas 3G, Wi-Fi y Wi-Max, que en su momento se perfilaban como sustitutos a un bajo*

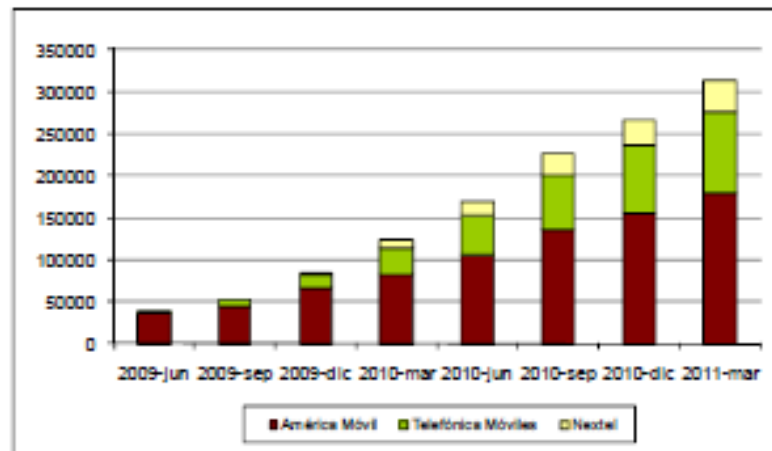
²⁹<http://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/tecnologias-de-informacion-y-comunicacion-en-los-hogares-oct-dic-2013.pdf> (página web visitada el 31 de mayo de 2021 a las 11:21am).

costo, y que se encontraban dirigidas a lugares en los que no existe infraestructura terrestre suficiente³⁰ (Hildebrand, 2008: 107).

52. En la misma línea, el Tribunal omite el estudio realizado en el Plan Nacional para el Desarrollo de Banda Ancha en el Perú, el que reconocía varias tecnologías para acceder al servicio de internet (sea que se trate de redes alámbricas o inalámbricas), en el tramo de la red de acceso hasta los usuarios como ADSL, DOCSIS, Wimax, UMTS, VSAT, entre otras.

53. Si bien el estudio no establece un análisis de sustitución, plantea un notable crecimiento del acceso a internet mediante la “Banda Ancha Móvil” que puede mostrar indicios y a su vez muestra una disminución en la cantidad de conexiones del servicio de internet fijo por ADSL³¹. En el siguiente cuadro exponencial se observa la evolución de la Banda Ancha Móvil.

GRÁFICO N° 30: EVOLUCIÓN DE LA BANDA ANCHA MÓVIL



Elaboración: DGRAIC – MTC
Fuente: Empresas operadoras.

54. El propio OSIPTEL reconoce el crecimiento en el Informe Instructivo señalando que:

“De otro lado, se tiene que desde el lanzamiento de las ofertas comerciales de acceso a Internet móvil en marzo de 2008, el número de

³⁰ Maria Luisa Hildebrant. “Regulación de la Banda Ancha: Experiencia Internacional y aplicación al caso peruano”. *Revista de Derecho Administrativo: Derecho de las Telecomunicaciones*. No. 5, de 2008, p. 107.”

³¹ Proyecto de Banda Ancha p.49.

conexiones se ha ido incrementando de manera considerable, existiendo a junio de 2011 más de 350 mil conexiones de Internet móvil que representa aproximadamente el 24.5% del total de conexiones de Internet a nivel nacional.” (OSIPTEL – Informe Instructivo, 2011: 23).

55. Siguiendo este criterio, el Tribunal pudo haber efectuado estudios complementarios sobre las velocidades utilizadas por los usuarios, realizar una comparación entre planes vigentes, comparar los límites de descarga entre el internet por ADSL y la telefonía móvil o realizar una comparación sobre las ventajas y desventajas de los servicios para conocer la percepción de los usuarios. Luego de ello pudo llegar a la conclusión de que la Banda Ancha Móvil si podría ser un sustituto razonable o no.

56. Por lo tanto, considero que el análisis del Tribunal no fue correcto, y no debió centrarse únicamente en la velocidad o en la capacidad descarga, sino en el uso que los usuarios le podrían dar a la Banda Ancha Móvil y por ende considerarlos como sustitutos.

1.3. ¿Se comprobó que los efectos exclusorios de la práctica realizada por Telefónica generó una afectación a los competidores del mercado de telecomunicaciones?

57. La conducta investigada en la presente controversia, denominada como ventas atadas, constituye una modalidad de abuso de posición de dominio de conformidad con lo establecido en el inciso c) del artículo 10.2 de la Ley de Libre Competencia, la cual prohíbe “*subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial no guarden relación con el objeto de tales contratos*” (Decreto Ley N°1034, 2008).

58. A fin de acreditar y sancionar la conducta mencionada, deben concurrir los siguientes requisitos del agente económico:

- (i) Que cuente con posición de dominio en el mercado relevante.
- (ii) Que haya utilizado su posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y haya causado perjuicios a

competidores reales o potenciales, directos o indirectos (efectos exclusorios).

59. Esa línea sigue el Informe N°053-2007-INDECOPI/ST-CLC³² según el cual deben concurrir además los siguientes requisitos para que una práctica de atadura pueda ser sancionada de conformidad con la Ley de Competencia:

- (i) Que el agente que desarrolla la conducta ostente posición de dominio, cuando menos, respecto de uno de los productos o servicios atados;
- (ii) Que nos encontremos ante dos productos efectivamente atados, es decir, ante dos productos distintos y claramente diferenciables que hayan sido “empaquetados” por el proveedor;
- (iii) Que exista una presión o coerción a fin de obligar a un agente a adquirir un bien o servicio que no desea o que desea adquirir de otro proveedor, como condición para adquirir otro que sí desea (sobre el cual el proveedor ostenta posición de dominio);
- (iv) **Que con el desarrollo de la conducta el agente reciba un beneficio en términos de competencia y, simultáneamente, cause un perjuicio a competidores reales o potenciales;** (el subrayado y resaltado es nuestro) y,
- (v) Que no exista una justificación razonable para la atadura.

60. En base al problema que planteamos, el criterio subrayado será el relevante a analizar ya que sin este no se puede determinar que Telefónica habría cometido una infracción tipificada por la normativa de libre competencia, por lo que al no poder demostrarse los efectos exclusorios, la empresa operadora debería ser relevada de toda responsabilidad imputada.

61. Así, es importante precisar el sentido que la jurisprudencia le ha brindado a los “efectos exclusorios”. La Sala de Defensa de la Competencia del INDECOPI

³²Informe 053-2007-INDECOPI/ST-CLC. Procedimiento iniciado por la denuncia de la Asociación de Agencias de Turismo del Cusco contra Consettur Machupicchu S.A.C.

considera que los efectos exclusorios de las ventas atadas consisten en el traslado de la posición de dominio y en el cierre del mercado:

38. *“Uno de los principales efectos perjudiciales que se atribuye a las ventas atadas es el trasladar la posición de dominio que ostenta el dominante en el mercado del bien principal al mercado donde se encuentra el bien atado (denominada leverage theory). En ese supuesto, se señala que el vendedor puede obtener dos rentas monopólicas y obligar a los consumidores a pagar más que si existiera un solo monopolio y, que a su vez mediante la creación de un monopolio en un segundo producto, el monopolista en el bien principal podría sacar del mercado a otros productores del bien atado o por lo menos excluirlos de parte de aquel.”* (INDECOPI, 2010: 14)
(...)

41. *De otro lado, sobre los efectos exclusorios de las ventas atadas (foreclosure theory) alguna parte de la doctrina considera que dicha práctica puede amenazar la competencia pues podría impedir que el productor encuentre adecuados canales de distribución para su producto”* (INDECOPI, 2010: 14)³³.

62. Por su parte, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia en la Resolución 009-2010/CLC-INDECOPI definió que debe entenderse por “efectos exclusorios” o anticompetitivos:

(...)
“26. Concretamente, el fin de obtener beneficios y causar perjuicios se verifica cuando la infracción denunciada produce o puede producir (i) el efecto de otorgar, mantener o incrementar el poder de mercado del presunto infractor (beneficio anticompetitivo) y, a la vez, (ii) el efecto de provocar la salida o impedir la entrada de uno o más competidores directos o indirectos del presunto infractor (perjuicio anticompetitivo). No obstante, estos efectos

³³ Resolución 1348-2010/SC1-INDECOPI página 14 considerandos 38 y 41.

reales o potenciales no son sancionables cuando son consecuencia de la mayor eficiencia económica del denunciado.” (INDECOPI, 2010: 6) ³⁴

63. En ese sentido, a fin de poder afirmar que hubo una conducta de abuso de posición de dominio bajo la figura de venta atada o atadura, se debe determinar claramente si existe un beneficio para el agente que lleva a cabo la conducta en los mercados en los que participa y además debe ocasionarse un perjuicio a raíz de esta práctica (que será la exclusión) para la empresa competidora. Caso contrario, de no probarse dicha situación entonces la autoridad competente no tendría por qué sancionar a la empresa operadora.
64. Vale la pena resaltar que el aspecto que se sanciona en la conducta ilícita está orientado a la capacidad de afectación a la competencia en general y no a la afectación de un competidor de manera particular. No es entonces cualquier acto, sino que debe ser de gran relevancia, y por ello, si existiera un perjuicio a los competidores, esto no necesariamente significa un daño al proceso competitivo.
65. Para poder ejemplificarlo, tomemos como referencia lo señalado por la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia en la Resolución 016-2010/ST-CLC³⁵. En dicho pronunciamiento se consideró que el hecho que un competidor resulte afectado por el empaquetamiento y que haya reducido su participación en el mercado no constituía evidencias de un efecto exclusorio generado por la conducta. Así, señaló lo siguiente:

(...)

“116. De la evolución de las cuotas de mercado, desde enero de 2007 a junio de 2010, se tiene evidencia de que, si bien uno de los competidores de Backus ([confidencial]) ha visto menguada su cuota de mercado, pasando de niveles de alrededor [confidencial]% hacia finales de 2007 a niveles menores a [confidencial]% hacia finales del primer semestre de 2010; el otro competidor

³⁴ Resolución 009-2010/CLC-INDECOPI página 6 considerando 26.

³⁵ Resolución 016-2010/ST-CLC - Varias empresas contra Backus por prácticas de empaquetamiento. Página 39.

de mayor importancia ([confidencial]) ha mantenido niveles de cuotas de mercado durante la aplicación de la presunta conducta anticompetitiva (2008) similares a los que poseía en el año anterior a la presunta realización de tal conducta (2007).

117. Lo anterior, a criterio de esta Secretaría Técnica, indicaría la inexistencia de evidencia de un impacto negativo sobre la competencia de la política de comercialización del portafolio de marcas del Grupo Backus” (INDECOPI, 2010: 39).

66. Similar criterio se observó por parte del OSIPTEL en el caso de investigación seguido por la comisión de conductas anticompetitivas presentado por Telmex contra Telefónica y Bellsouth³⁶, en el que llegó a la conclusión que, aun cuando se comprobó la conducta, el crecimiento en la participación del mercado del competidor que supuestamente se vio afectado por la misma, era evidencia suficientemente para descartar la hipótesis de una conducta de abuso de posición de dominio:

“De acuerdo con la información señalada, puede observarse en primer lugar que el tráfico de los teléfonos públicos de Telmex ubicados en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos se incrementó en un 15% considerando el primer y último mes del periodo. En tal sentido, no podría afirmarse que Telefónica haya logrado atraer a la clientela de Telmex como producto de la promoción en referencia, generándole una reducción del tráfico consumido. (...)

Finalmente, en el caso de los penales, una aproximación preliminar indicaría que el tráfico de los teléfonos públicos de Telmex se redujo en 25% entre enero y julio de 2004, frente al tráfico de Telefónica que creció aproximadamente 22%. Si bien esta situación parecería indicar que el efecto de la promoción cuestionada podría haber sido una importante reducción del tráfico de Telmex, debe tenerse en cuenta que en el caso particular de los penales el total de teléfonos públicos operativos de esta empresa se redujo

³⁶ Informe 004-2005-GRE, OSIPTEL por la denuncia presentada por Telmex Perú S.A. contra Telefónica del Perú S.A.A. y Bellsouth Perú S.A.

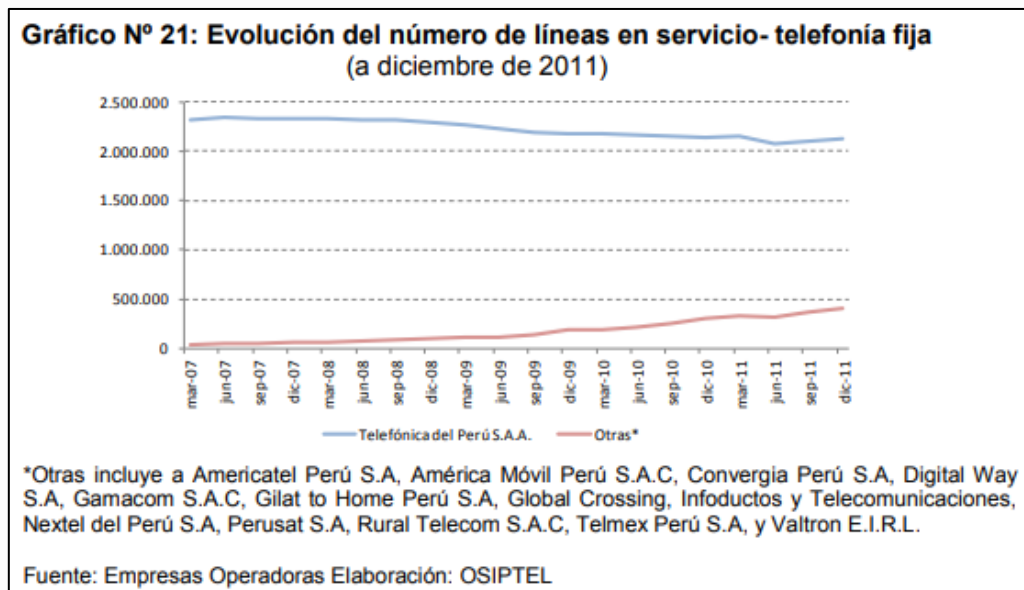
sustancialmente durante el periodo considerado. En efecto, según la información proporcionada por Telmex, en enero de 2004 los teléfonos operativos eran 72, pero a partir de abril de dicho año y en adelante se redujeron a la cifra de 45 teléfonos.

(...)

Considerando la mencionada reducción, puede obtenerse una mejor aproximación utilizando el tráfico promedio mensual de cada teléfono público ubicado en los penales. Como se observa (...) con la reducción de los teléfonos operativos de Telmex el tráfico unitario de los mismos no se mantuvo constante, sino que se incrementó considerablemente desde abril de 2004. De otro lado, el tráfico unitario de Telefónica también se incrementó, pero en cantidades mucho menores. La variación porcentual existente tomando en cuenta los meses de enero a julio fue de un incremento del 20% en el caso de Telmex y del 22% en el caso de Telefónica.”

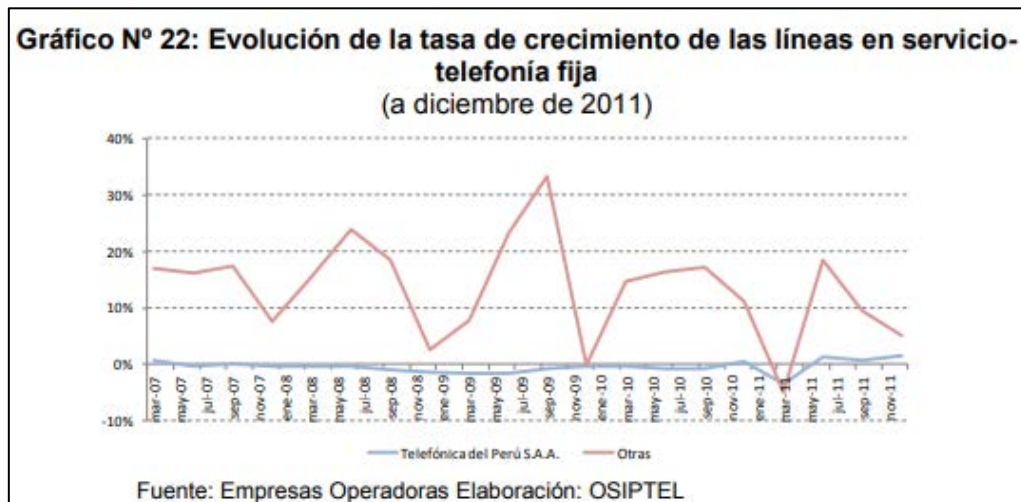
67. Siguiendo la línea de lo expuesto, y considerando lo que debemos entender como “efectos exclusorios” y la aplicación para la presente controversia, le correspondía al Tribunal acreditar que las ventas atadas generaron una afectación a los competidores de Telefónica y a su vez esta reforzaba su posición en el mercado de telefonía fija, así como también que dicha conducta podría llevar a la salida del mercado de alguno de sus competidores o inclusive impedirle la entrada al sector.
68. En realidad, ocurriría todo lo contrario. Según lo señalado por el Tribunal podemos concluir que Telefónica disminuyó en su participación de mercado del servicio de telefonía fija, mientras que sus competidores por otro lado aumentaron su participación respectiva. Esto se observa en el gráfico N°21³⁷ de la Resolución emitida por el Tribunal, donde se observa la evolución del número de líneas activas de telefonía fija:

³⁷ Resolución del Tribunal, página 128.



69. El análisis realizado por el Tribunal apuntaba a que la participación de Telefónica se mantuvo en descenso hasta dos momentos puntuales, en los años 2009 y 2011. En el primero (2009), se redujo la tasa de decrecimiento pasando de -1.5% a 0.5% (pierde mercado aun), mientras que en el segundo momento (2011) se presenta un incremento no sustancial de número de líneas fijas.
70. El Tribunal llega a la conclusión bajo el análisis de esta información que hubo una afectación al mercado a través de la práctica de Telefónica. Sin embargo, considero que un decrecimiento en la cuota de participación del mercado de 0.5% no es significado de que la empresa operadora estaba reforzando su posición dominio. En la misma línea un ligero incremento de líneas, tampoco puede significar beneficios para Telefónica como consecuencia de la conducta realizada.
71. Por el contrario, el gráfico N°21 en mención demostraba una constante sobre la telefonía fija en ese momento, y además mostraba una constante que afecta a Telefónica en general (inclusive al día de hoy). Por un lado, Telefónica no reforzaba su posición en el mercado, sino que además sus competidores aumentaban su participación de mercado. En ese sentido, no se habrían producido los efectos exclusorios con la práctica de TdP.

72. Por su parte, el gráfico N°22³⁸ que también forma parte de la Resolución que emite el Tribunal se analiza la tasa de crecimiento de las líneas que se encuentran activas por el servicio de telefonía fija al cierre de diciembre de 2011:



73. Sobre la información contenida en este gráfico, el Tribunal sostiene su teoría sobre la estrategia anticompetitiva de Telefónica mencionando que:

(...) “la tendencia de las empresas competidoras se ha mantenido constante a lo largo del tiempo. Así, el nivel de tráfico originado por las empresas competidoras de TELEFÓNICA presentaba ligeros incrementos hasta el tercer trimestre del año 2009, fecha a partir de la cual el nivel de tráfico se reduce salvo en los dos últimos trimestres del 2010, en los que tanto la empresa dominante como los competidores presentaron un ligero incremento” (OSIPTEL – Resolución N°004-2013, 2013: 129).

Continúa el Tribunal mencionando que “la estrategia de TELEFÓNICA evitó que los competidores crezcan de acuerdo con la tendencia que habían venido siguiendo” (OSIPTEL – Resolución N°004-2013, 2013: 129).³⁹

³⁸ Resolución del Tribunal, pagina 129.

³⁹ Resolución del Tribunal. p. 129.

No queda claro sin embargo, hasta qué punto estos competidores debían crecer para que la conducta deje de ser anticompetitiva.

74. La postura del Tribunal además, se sustentó en base a un “modelo económico”, el cual solo fue conocido por Telefónica hasta el momento de la expedición de la resolución final, algo que revisaremos más adelante y cuestionaremos si es que ello significó una afectación a los derechos de defensa y al debido procedimiento de la empresa operadora. Dicho modelo únicamente se basó en presupuestos sobre los que no se tenía una certeza real.

75. Finalmente, es relevante mencionar información respecto a Telefónica en donde se observa una constante reducción de su participación en el mercado, pasando de un 99,6% en el año 2001 a un 72,4% en el año 2011, mientras que el número de competidores de esta pasó de contar con un 2% en el año 2001 a un 11% en el año 2011⁴⁰.

76. Por lo tanto, en atención lo mencionado y señalado por parte del Tribunal, no se puede determinar con total certeza que se produjeron efectos exclusorios en la práctica ejecutada por Telefónica, por lo tanto, el Tribunal pudo haber acogido la pretensión de la empresa operadora y declarar como infundado el presente procedimiento.

2. ¿Telefónica ha visto vulnerados sus derechos dentro de la presente controversia?

Como veremos en los siguientes apartados, en base a lo sucedido en la presente controversia, se ha vulnerado los derechos de predictibilidad, así como a los derechos del debido procedimiento y defensa de Telefónica. Por lo tanto, el pronunciamiento del Tribunal, no considera la existencia de aprobaciones a la práctica comercial realizada por Telefónica, así como considera un “modelo económico” que TdP solo pudo conocer al momento de la expedición de la resolución final del procedimiento administrativo.

⁴⁰ Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico (CIUP), “Informe sobre “La determinación del daño generado por prácticas anticompetitivas”, diciembre 2012.

2.1. ¿Se ha generado una vulneración al principio de predictibilidad al sancionarse a Telefónica, pese a contar con la aprobación expresa de sus modelos de contrato?

77. La Ley del Procedimiento Administrativo General, el Principio de Predictibilidad establecía⁴¹ en su momento lo siguiente:

”1.15. Principio de predictibilidad. - La autoridad administrativa deberá brindar a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada trámite, de modo tal que a su inicio, el administrado pueda tener una conciencia bastante certera de cuál será el resultado final que se obtendrá.” (Ley 27444, 2001)

78. Al respecto, Morón Urbina nos indica que:

“Cumplir con el principio de predictibilidad en la actuación de la administración administrativa, exige que las autoridades entreguen información de cada procedimiento que reúna tres calidades: información cierta, información completa e información confiable, con el objeto claro de generar en los administrados la expectativa razonablemente fundada sobre cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del derecho y se retire cualquier riesgo de incertidumbre sobre la manera en que será tramitada y resuelta la situación sometida a la decisión gubernativa. El objeto de este principio es que los administrados a partir de la información disponible puedan saber a qué atenerse.

Este principio constituye el reflejo en el ámbito de las relaciones administrativas del principio de seguridad jurídica (...).” (MORON, 2018: 128)⁴²

79. De acuerdo a lo mencionado, el principio en mención involucrará que la información que esté disponible para los administrados en cualquier momento

⁴¹ Cita textual de la Ley N°27444 previo a la modificación del Decreto Legislativo 1272 del año 2016.

⁴² Juan Carlos Morón. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General* 13ª Edición. Gaceta Jurídica, Lima pag.128.

del procedimiento (derechos del trámite, secuencias, tasas, criterios, etc.) permitirá a estos, poder anticiparse a un posible resultado adverso o a una eventualidad y en todo caso, le permite planificar de manera razonable el desarrollo de sus actividades.

80. Como hemos visto en la presente controversia, el empaquetamiento del acceso a internet y la telefonía fija realizado por Telefónica fue permitido de manera expresa por parte del OSIPTEL, precisamente por las acciones de i) aprobar las tarifas ATM con acceso ADSL y ii) aprobar los modelos de contrato de abonado para la prestación del servicio Speedy.

81. La importancia de la aprobación de tarifas ATM con acceso ADSL es que esta acción estableció que los abonados necesariamente debían contar con una línea de telefonía fija, así como tener que pagar por las tarifas por conexión a red, la instalación y la renta básica mensual, estableciéndose así el modelo de mercado.

82. Si bien es cierto que el Tribunal se pronunció en el sentido en que ello no suponía una aprobación como tal para realizar la conducta cuestionada, es claro que tampoco supuso una prohibición para la determinación de la oferta comercial de Telefónica, más aún si luego, se determinó la conformidad de los modelos de contrato de abonado en el sector minorista.⁴³

83. La remisión de los modelos de contratos de abonado se revestía en ese momento de una particular importancia, puesto que, en el TUO de las CdU, se manifestaba (y se manifiesta en la actualidad) de manera expresa la prohibición de las ventas atadas en el siguiente tenor:

“Artículo 17°. - Prohibición de ventas atadas

Toda persona tiene derecho a contratar por separado cualquiera de los

⁴³ A modo de referencia, se entenderá sector minorista a la relación de venta de un servicio entre una empresa operadora y un cliente (sea residencial –persona natural- o comercial empresarial – persona jurídica-), a diferencia del sector mayorista donde se da la venta de servicio entre las propias empresas, por ejemplo, Telefónica vende un paquete de canales para el servicio de televisión de paga a otra operadora a una tarifa inferior a la minorista.

servicios que ofrece la empresa operadora, quedando prohibido que la contratación se condicione a la adquisición, arrendamiento o cualquier otra forma de utilización, de los materiales y/o equipos de propiedad de la empresa operadora y/o a la contratación de otros servicios públicos de telecomunicaciones; sin perjuicio que la empresa operadora pueda ofrecer planes tarifarios, ofertas o promociones, en los cuales se incluya dichos componentes adicionales.” (OSIPTEL, Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, 2003)⁴⁴

84. Así pues, de haberse detectado algún inconveniente en los modelos de contrato, siendo que estos no se ajustasen a la normativa vigente, el OSIPTEL bien pudo realizar observaciones y proponer mejoras en los modelos remitidos. La propia norma contemplaba dicha facultad a través del siguiente artículo:

“Artículo 11°. - *Clausulas generales y adicionales de contratación*
(...) La empresa operadora deberá remitir a OSIPTEL una copia del modelo de contrato de abonado, con anterioridad a la fecha de inicio de la comercialización del servicio.” (OSIPTEL, Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, 2003)

85. Lo que en realidad ocurrió es que el regulador emitió la conformidad de manera indubitable a los modelos de contrato de abonado que contenían la cláusula que hace referencia a que: *“para la prestación del servicio EL CLIENTE deberá contar con. (...) una línea telefónica de su titularidad”* (OSIPTEL, Oficio 82-GG.GUS/2009, 2009)⁴⁵.

86. Por tanto, la actuación realizada de parte del OSIPTEL resulta contraria a lo dispuesto por el Principio de Predictibilidad, ya que pese a contar con la

⁴⁴ De conformidad a la Resolución N°116-2003-CD/OSIPTEL. Actualmente el referido artículo se mantiene en el TUO de las Condiciones de Uso como el artículo 24.

⁴⁵ Oficio 82-GG.GUS/2009 mediante el cual el OSIPTEL manifiesta su conformidad de esta manera: *[...] al respecto, le manifestamos que este organismo ha procedido a la evaluación de los referidos modelos de contrato de abonado del servicio de acceso a internet y los modelos de addendum al contrato de abonado del servicio de telefonía fija, habiéndose advertido que los mismos se ajustan a lo dispuesto en la normativa vigente [...]*”

aprobación y determinada la legalidad de los modelos de contrato de abonado, de manera posterior toma la decisión de iniciar el procedimiento de oficio y sancionar a Telefónica por una presunta conducta anticompetitiva que se desprende de la provisión de los servicios atados.

87. No correspondía entonces iniciar un procedimiento de investigación e imponer una posterior sanción, toda vez que esto generó una afectación a la seguridad jurídica en el mercado de las telecomunicaciones.

2.2. ¿Se han afectado el principio del debido procedimiento y el derecho de defensa de Telefónica al no conocer el modelo económico en el que se basa el Tribunal de Controversias para imponer la sanción?

88. Debemos resaltar que dentro de nuestro ordenamiento jurídico los principios del procedimiento administrativo son elementos esenciales para establecer los parámetros de la actuación de la Administración respecto de los administrados. Así, estos principios marcan la pauta para encausar, controlar y/o limitar la actuación de la Administración, a fin de mantener la seguridad jurídica.

89. Puntualmente, nos referimos en este caso al *Principio del Debido Procedimiento* y al *Derecho de Defensa*, ambos recogidos dentro de los numerales 3 y 14 de la Constitución Política del Perú⁴⁶. Sobre el primero la Ley del Procedimiento Administrativo General señala lo siguiente:

“1.2. Principio del debido procedimiento. - Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los

⁴⁶ “Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

(...)

14. El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso (...).”

(Constitución Política del Perú; 1993)

principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.” (Ley 27444, 2001).

90. Bajo este criterio, se establece el derecho del administrado para poder ejercer de manera adecuada su defensa, en el marco de un procedimiento sancionador, respecto a aquellas imputaciones planteadas en su contra. En ese sentido lo reconoce el Tribunal Constitucional al mencionar que: **“(…) el contenido esencial del derecho de defensa queda afectado cuando, en el seno de un proceso, cualquiera de las partes resulta impedida, por concretos actos de los órganos, de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos”** (Tribunal Constitucional, 2002)⁴⁷. *El énfasis es nuestro.*
91. Por tanto, según lo que hemos señalado es indispensable que la autoridad administrativa ponga en conocimiento a los administrados aquellas imputaciones en su contra para que esto tengan la posibilidad de defenderse de una manera adecuada y eficaz.
92. ¿Podemos afirmar que ha ocurrido una vulneración a los derechos del debido procedimiento y el derecho a la defensa de Telefónica? Creemos que sí. Como ya se ha mencionado, en la presente controversia, Telefónica es sancionada por la presunta comisión por la comisión de actos de abuso de posición de dominio en la modalidad de venta atada, con un posible efecto de exclusión en el mercado de telefónica fija.
93. De manera adicional, para poder determinar esto, se necesita la configuración del efecto exclusorio para poder emitir una sanción correspondiente. En esa línea se pronuncia el Tribunal en los apartados siguientes:

“149. Al respecto, se debe precisar que de conformidad con el artículo 10. 4º del Decreto Legislativo Nº 1034, citado por TELEFÓNICA, las conductas de

⁴⁷ STC 1231-2002-HC/TC.

abuso de posición de dominio, en tanto pueden tener efectos positivos como negativos sobre el mercado, se analizan de acuerdo con la “regla de la razón”. En consecuencia, no basta con demostrar la existencia de la conducta, sino que, además, es preciso probar que la misma ha generado efectos exclusorios en el mercado, afectando el proceso competitivo, y que los mismos sobrepasan los posibles efectos positivos (eficiencias) provocados por la conducta. (OSIPTTEL – Resolución N°004-2013, 2013: 40)

(...)

212. (...) *En ese sentido, para que se configure un supuesto de venta atada tipificado en las normas de libre competencia no solo es necesario que se verifique la existencia de una venta atada, en tanto coerción para el comprador, sino que es necesario que se acredite que dicha conducta ha generado efectos exclusorios en el mercado que superen las eficiencias que podría haber producido. Es por ello que el bien jurídico protegido en este caso es el proceso competitivo” (OSIPTTEL – Resolución N°004-2013, 2013: 55) El subrayado es nuestro.*

94. Al respecto, el Tribunal concluye que los referidos efectos exclusorios de la práctica cuestionada, se constituyen por el menor crecimiento que tuvieron los competidores directos de Telefónica en los años 2010 y 2011 en comparación a un presunto crecimiento que estos hubieran podido experimentar, si es que Telefónica no hubiera realizado la conducta ilícita imputada. Es decir, se reconoce un crecimiento de los competidores, pero se cuestiona que esto no fue mayor.
95. Como sustento principal de esto, tenemos este “modelo económico” desarrollado por el Tribunal, el mismo que no pudo ser conocido por Telefónica sino hasta el momento en que se expide la resolución final, es el que termina por sustentar toda la teoría propuesta del presunto de abuso de dominio por realizar ventas atadas con efectos exclusorios a los competidores.
96. El Tribunal describe esta situación de la siguiente manera:

“526. No obstante, la interrogante pendiente está referida al escenario que hubiera tenido lugar de no haberse realizado la venta atada. Para responder a ello, se realizó la estimación de un modelo que permite pronosticar, a partir de la información referida a líneas en servicio, el comportamiento del mercado sin la distorsión de la práctica anticompetitiva.

527. La construcción del escenario contrafactual busca estimar cuál hubiera sido el crecimiento del número de líneas de los competidores si TELEFÓNICA no hubiese implementado la práctica bajo evaluación. Para ello, se realizó un ejercicio de proyección que tomó en cuenta dos variables: la primera trata de recoger la dinámica poblacional y de externalidades de red a través de la introducción del número rezagado de líneas, mientras que la segunda recoge el ingreso, medido a través del Producto Bruto Interno (PBI).

528. El análisis de la evolución del número de líneas de los competidores parecería mostrar dos tendencias claras. En el primer período, del 2001 al 2005, se aprecia un crecimiento relativamente lento. Sin embargo, a partir del 2006, se muestra un crecimiento más acelerado, el cual habría sido interrumpido por la conducta del operador dominante. Este comportamiento en la evolución del número de líneas podría asemejarse al de un proceso de difusión de un nuevo producto en el mercado. Las formas funcionales utilizadas para modelizar dicho proceso y sus resultados se presentan en el Anexo.

529. El Gráfico N° 26 presenta una estimación razonable del crecimiento del número de líneas de los competidores obtenido de la modelización efectuada. En él se observa que el crecimiento de líneas de los competidores hubiese sido significativamente mayor (líneas punteadas del gráfico) al que se dio efectivamente. Más precisamente, partiendo del dato histórico de 104,377 líneas a finales del 2008, la existencia de externalidades de red, sumadas a la evolución del PBI, hubieran llevado a que éstas lleguen a alrededor de 692,862 líneas a diciembre del 2011. (OSIPTTEL – Resolución 004-2013, 2013: 134).

530. La variación en la tendencia del crecimiento del número de líneas en servicio responde al efecto causado en el resto de empresas operadoras por la aplicación de la estrategia de venta atada realizada por TELEFÓNICA. Es importante señalar que el coeficiente de determinación o bondad de ajuste de las estimaciones realizadas superó el 0.99, lo cual indica que los modelos especificados predicen el comportamiento del mercado de manera casi exacta.

531. De esta manera, este Tribunal considera que queda demostrado que, contrario a lo que ha señalado TELEFÓNICA en su apelación, la práctica investigada sí afectó negativamente el desempeño de los competidores de TELEFÓNICA.” (OSIPTEL – Resolución 004-2013, 2013: 135).

97. Como podemos apreciar, el sustento del Tribunal generó una afectación al principio del debido procedimiento, ya que Telefónica no tuvo la oportunidad de presentar los descargos correspondientes al referido modelo económico. Ello constituye además una vulneración a su derecho de defensa, así como al ejercicio del mismo.
98. El referido modelo debió ser puesto en conocimiento de Telefónica previamente, a fin de cumplir con los principios administrativos que se regulan en nuestro ordenamiento, por el contrario, este aspecto no hace más que acarrear un supuesto de nulidad a la resolución emitida por el Tribunal.

VII. CONCLUSIONES

En atención a lo que hemos planteado a lo largo del presente informe, hemos llegado a las siguientes conclusiones:

- (i) El modelo comercial de la venta de los servicios de telefonía fija y acceso a internet empaquetado fue permitido expresamente por la regulación establecida por el OSIPTEL, por tanto, debió aplicarse el principio de supletoriedad y no correspondía iniciar un procedimiento de oficio en el marco de la normativa de libre competencia.
- (ii) La delimitación del mercado relevante debió incluir a aquellas tecnologías de acceso a internet que pudieran haber sustituido al internet por ADSL en el mercado de producto, sobre todo el servicio de Banda Ancha Móvil, a fin de poder determinar una real alternativa para los consumidores.
- (iii) No se probó la existencia de una afectación real a la competencia y al bienestar de los usuarios de los servicios, por lo que al no haber efectos exclusorios como tal, no se debió sancionar la conducta evaluada.
- (iv) La decisión de sancionar a Telefónica tiene lugar en contravención del principio de predictibilidad según lo dispuesto por la Ley 27444, en tanto que Telefónica actuó en base a un pronunciamiento que aprobaba un modelo comercial establecido. En atención a ello, la resolución emitida por el Tribunal posee una causal de nulidad.
- (v) Debido a que Telefónica no tuvo conocimiento del “modelo económico” sobre el cual se sustenta la sanción correspondiente, se ha producido una vulneración al debido procedimiento y al derecho de defensa de Telefónica, constituyéndose, por tanto, un vicio de nulidad.

VIII. BIBLIOGRAFIA

CENTRO DE INVESTIGACIÓN DE LA UNIVERSIDAD DEL PACÍFICO (CIUP)	
2012	<i>Informe sobre “La determinación del daño generado por prácticas anticompetitivas – diciembre 2021</i> . Lima: Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico (CIUP).

CONGRESO DE LA REPÚBLICA	
2000	<i>Ley N°27332. Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos</i> . Lima, 29 de julio.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA	
2001	<i>Ley 27444. Ley del Procedimiento Administrativo General</i> . Lima, 10 de abril.

D'AMORE, Marcelo R	
2000	“Abuso Explotativo de posición dominante, el caso YPF en Argentina”. <i>Boletín Latinoamericano de competencia</i> . N°11, PP7.16.

FIGARI, Hugo – GOMEZ, Hugo, ZUÑIGA, Mario.	
2005	Hacia una Metodología para la definición del mercado relevante y la determinación de la existencia de posición de dominio. <i>Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual</i> . N°1. PP153-187

GAGLIUFFI PIERCECHI, Ivo	
2017	“Políticas de competencia en el Perú”. <i>Saber Servir</i> N°1, pp 59-79

HILDEBRANT, Maria Luisa	
2008	“Regulación de la Banda Ancha: Experiencia Internacional y aplicación al caso peruano”. <i>Revista de Derecho Administrativo: Derecho de las Telecomunicaciones</i> . N°5 pp107-116

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL – INDECOPI	
2000	<i>Exp.006-1998-CLC // Res.011-2000-INDECOPI/CLC.</i> Denuncia presentada por Cab Cable S.A en contra de Electrocentro Perú S.A. Lima, 9 de octubre

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL – INDECOPI	
2010	<i>Exp.011-2008/CLC // Res.1348-2010/SC1-INDECOPI</i> Denuncia presentada por varios en contra de Backus. Lima, 18 de marzo

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL – INDECOPI	
2010	<i>Exp.007-2011/CLC // Res.016-2010/ST-CLC-INDECOPI</i> Denuncia presentada por varios en contra de Backus. Lima, 21 de octubre.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADISTICA (INEI)	
2014	<i>Informe Técnico N°1 – Marzo 2014.</i> Lima: Instituto Nacional de Estadística. Consulta: 31 de mayo de 2021 a las 11:21am http://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/tecnologias-de-informacion-y-comunicacion-en-los-hogares-oct-dic-2013.pdf

MARTIN TIRADO, Richard	
2002	“Análisis de la “función normativa” de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos. <i>Ius Et Veritas</i> N°24, pp 93-112.

MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES	
1994	<i>Decreto Supremo N°11-94-CC.</i> Contratos de Concesión entre CPT S.A y Entel Perú (hoy Telefónica del Perú). Lima, 13 de mayo. Consulta: 26 de mayo de 2021 a las 02:28am. https://www.osiptel.gob.pe/media/bzybh0qb/contrato-01.pdf

MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES	
s/f	<i>Registro para Servicio de Valor Añadido de Telefónica del Perú S.A.</i> Lima. Consulta: 20 de mayo de 2021 a las 3:25am. http://portal.mtc.gob.pe/comunicaciones/concesiones/registros/documentos/portal/Valor_A%C3%B1adido.pdf

MORANTE GUERRERO, Luis	
2017	<i>Servicios Públicos y Regulación Económica.</i> Primera Edición. Lima: Pacífico Editores. Pp174

MORON URBINA, Juan Carlos	
2018	<i>Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General.</i> 13 Edición. Tomos I y II. Lima: Gaceta Jurídica.

OLAECHEA, Joselyn	
2011	“Libre Competencia Versus Regulación: Sobre la aplicación del Principio de Supletoriedad en la Nueva Ley de Represión de las Conductas Anticompetitivas”. <i>Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual.</i> N°13. Pp 61-94

ORGANISMO SUPERVISOR DE INVERSIÓN PRIVADA EN TELECOMUNICACIONES – OSIPTEL	
2000	<i>Resolución N°003-2000-CD/OSIPTEL.</i> Aprueban Lineamientos Generales para la aplicación de las Normas de Libre Competencia en el Ámbito de las Telecomunicaciones. Lima, 29 de diciembre.

ORGANISMO SUPERVISOR DE INVERSIÓN PRIVADA EN TELECOMUNICACIONES – OSIPTEL	
2003	<i>Resolución de Consejo Directivo N°116-2003-CD/OSIPTEL.</i> Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones. Lima, 11 de diciembre.

ORGANISMO SUPERVISOR DE INVERSIÓN PRIVADA EN TELECOMUNICACIONES – OSIPTEL	
2008	<i>Resolución de Presidencia N°038-2008-PD/OSIPTEL.</i> Revisión del Cargo de Interconexión Tope al Acceso a los Teléfonos Públicos Operados por Telefónica del Perú. Lima, 14 de marzo.

ORGANISMO SUPERVISOR DE INVERSIÓN PRIVADA EN TELECOMUNICACIONES – OSIPTEL	
2012	<i>Resolución N°138-2012-CD/OSIPTEL.</i> Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones. Lima, 19 de septiembre.

ORGANISMO SUPERVISOR DE INVERSIÓN PRIVADA EN TELECOMUNICACIONES – OSIPTEL	
2014	<i>Resolución N°123-2014-CD/OSIPTEL.</i> Reglamento General de Calidad de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones. Lima, 10 de octubre

ORGANISMO SUPERVISOR DE INVERSIÓN PRIVADA EN TELECOMUNICACIONES – OSIPTEL	
2015	<i>Glosario de términos de Telecomunicaciones en Perú.</i> Lima: Editora Imprenta Ríos S.A.C. Consulta: 17 de mayo a las 4:59pm. https://repositorio.osiptel.gob.pe/handle/20.500.12630/15

PATRON SALINAS, Carlos	
2008	“El que Mucho Abarca, poco Aprieta: del llamado Principio de Supletoriedad en Materia de Libre Competencia”. <i>Derecho y Sociedad.</i> N°30 pp 401-408

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA	
2001	<i>Decreto Supremo N°008-2001-PCM.</i> Reglamento General del OSIPTEL Lima, 1 de febrero.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA	
-----------------------------	--

2008	<i>Decreto Legislativo N°1034</i> . Decreto que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Lima, 24 de junio
------	--

QUINTANA SANCHEZ, Eduardo

2003	“¿Es la política de competencia “supletoria” de la regulación de Telecomunicaciones? <i>Ius Et Veritas</i> N°27, pp 95-124
------	--

RODRIGUEZ LOBATON, Antonio

2008	“Supervisar y castigar, el procedimiento sancionador en la esfera de OSIPTEL” <i>Circulo de Derecho Administrativo</i> NXX, pp 167-188
------	--

RUIZ, Gonzalo

2000	“Definición de mercado relevante y políticas de competencia”. <i>Themis</i> N°41, pp297-301.
------	--

TASSANO VELAOCHAGA, Hebert Eduardo

2016	“Competencia y Regulación”. <i>Revista de Derecho PUCP</i> . Lima, 2016, N°76, pp105-121.
------	---

TOVAR MENA, Teresa

2004	“Las Telecomunicaciones y la libre competencia: un marco analítico básico”. <i>Ius Et Veritas</i> N°28. Pp 122-147.
------	---

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2002	Exp. N°1231-2002-HC/TC. Recurso extraordinario interpuesto por doña Ann Vallie Lynelle contra la sentencia expedida por la Segunda Sala Penal para Procesos Ordinarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima Lima, 21 de junio
------	---

EXPEDIENTE E- 2499

HABILITADO PARA OPTAR EL TÍTULO DE ABOGADO,
MEDIANTE LA SUSTENTACIÓN DE UN INFORME
SOBRE UN EXPEDIENTE, CONFORME A LOS
ARTÍCULOS 89° AL 91° DEL REGLAMENTO DE LA
FACULTAD DE DERECHO.

ÁREAS DEL DERECHO

**Administrativo, Telecomunicaciones, Mercantil,
Libre Competencia**

ACTA DE EVALUACIÓN

El Asesor que suscribe, ha procedido a evaluar si el Expediente nuevo, con Código de Registro E- 2499 cumple con los requisitos establecidos por el artículo 89° del Reglamento de la Facultad de Derecho para ser utilizado en la modalidad de sustentación de un informe sobre un expediente, habiendo resuelto lo siguiente:

HABILITAR, COMO EXPEDIENTE ÚNICO, el Expediente con Código de Registro E- 2499, el que podrá ser utilizado para optar el Título Profesional de Abogado, en la modalidad de sustentación de un informe de un expediente.

NO HABILITAR COMO EXPEDIENTE ÚNICO, el Expediente con Código de Registro E- 2499.

Nota: Un expediente no habilitado, podrá ser utilizado en la modalidad de sustentación de dos expedientes, si hubiera sido calificado bueno, muy bueno o excelente, respecto a su relevancia jurídica.

IMPORTANTE: Estimado(a) profesor(a) Sírvase señalar brevemente las razones por las que considere que el expediente tiene mérito para ser habilitado – o no – como Expediente Único.

Cuenta con suficientes temas de discusión jurídica de complejidad suficiente, que ameritan ser de uso para sustentación en examen de grado.

(Si requiere mayor espacio, puede continuar en la siguiente página.)

Asesor: Profesor Rafael Muelle Schwarz

Firma:

Lima, 02 de abril de 2014.



BANCO DE EXPEDIENTES - INFORME DEL PROFESOR

No. Registro: E- 2499

EXPEDIENTE

		✓	Ó	x	CORRECCIÓN
Nº EXPEDIENTE	005-2011-CCO-ST/LC	<input type="checkbox"/>			_____
ORIGEN	OSIPTEL	<input type="checkbox"/>			_____
MATERIA	Administrativo -Telecomunicaciones, Mercantil - Libre Competencia	<input type="checkbox"/>			_____
DEMANDANTE	OSIPTEL	<input type="checkbox"/>			_____
DEMANDADO	Telefónica del Perú S.A.	<input type="checkbox"/>			_____

SECRETARIO/E. LEGAL _____

INSTANCIAS 1ra. 2da. Otra 1 Otra 2

Nº DE FOJAS Nº DE TOMOS

INFORMACIÓN ACADÉMICA

Luego de haber revisado detalladamente el Expediente, encuentro que por su relevancia jurídica merece el califica

APROBADO EXCELENTE	<input checked="" type="checkbox"/>	MUY BUENO	<input type="checkbox"/>	BUENO	<input type="checkbox"/>
--------------------	-------------------------------------	-----------	--------------------------	-------	--------------------------

DESAPROBADO

IMPORTANTE: Estimado(a) Profesor(a), sírvase señalar las razones por las que considere que el expediente tiene mérito para ser sustentado:

El expediente cuenta con Materias diversas de un nivel de complejidad apropiado para ser usado en clases de grado

Le agradeceremos también se sirva revisar en el listado de la parte posterior de esta hoja, las materias (máximo 3) que considere pertinentes.

FECHA 01/4/2014

FIRMA

Profesor Rafael Munte Schwarz

Al lado derecho de cada materia tiene una casilla donde podrá seleccionar con un aspa la(s) materia(s) del expediente, que considere pertinente(s) o en la parte inferior de cada area, podrá añadir la materia no encontrada en este listado:

DERECHO ADMINISTRATIVO	
ADQUISICION DE BIENES, SERVICIOS Y CONTRATOS DE OBRA	
ARBITRAJE ADMINISTRATIVO	
CONCESION DE SERVICIOS PUBLICOS Y DE OBRAS PUBLICAS	X
CONFLICTOS ENTRE GOBIERNO CENTRAL, REGIONAL Y LOCAL	
DERECHO DE LAS TELECOMUNICACIONES	X
DERECHO MUNICIPAL	
EXPROPIACION / ESTABLECIMIENTO DE SERVIDUMBRES ADMINISTRATIVAS	
PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS TRIATERALES	
PROCEDIMIENTOS DE EJECUCION COACTIVA (DEUDAS NO TRIBUTARIAS)	
PROCESOS CONTENCIOSOS ADMINISTRATIVOS	
REGIMEN ADMINISTRATIVO SANCIONADOR	
OTROS: <u>PROCEDIMIENTO SANCCIONATORIO</u>	X
DERECHO CIVIL	
ACTO JURIDICO	
CONTRATOS	
DERECHO DE FAMILIA	
DERECHO REGISTRAL Y NOTARIAL	
DERECHOS DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES	
DERECHOS REALES	
GARANTIAS	
OBLIGACIONES	
PERSONAS JURIDICAS	
PERSONAS NATURALES	
PRINCIPIOS GENERALES	
RESPONSABILIDAD CIVIL	
SUCESIONES	
OTRO(S):	
DERECHO CONSTITUCIONAL	
ACCION DE AMPARO	
ACCION DE CUMPLIMIENTO	
ACCION POPULAR	
DERECHO ELECTORAL	
DERECHO PARLAMENTARIO	
HABEAS CORPUS	
HABEAS DATA	
PODER JUDICIAL	
PROCESOS DE INCONSTITUCIONALIDAD	
OTRO(S):	
DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO	
DERECHO DE LA INTEGRACION	
DERECHO DE LOS REFUGIADOS	
DERECHO DE LOS TRATADOS	
DERECHO DEL MAR Y OTROS ESPACIOS	
DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHO HUMANOS	
DERECHO INTERNACIONAL ECONOMICO	
DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO	
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO	
DERECHO PENAL INTERNACIONAL	
JURISDICCION INTERNACIONAL	
RELACIONES DIPLOMATICAS Y CONSULARES	
SUJETOS DEL DERECHO INTERNACIONAL	
OTRO(S):	
DERECHO LABORAL	
AMBITO DE APLICACION DEL DERECHO DEL TRABAJO	
BENEFICIOS SOCIALES	
CESSE COLECTIVO	
CONTRATO DE TRABAJO	
DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO	
DESPIDO	
EXTINCION DE CONTRATO DEL TRABAJO	
FORMACION LABORAL	
FUENTES DEL DERECHO DEL TRABAJO	
HUELGA	
JORNADA DE TRABAJO	
LIBERTAD SINDICAL	
NEGOCIACION COLECTIVA / CONVENIO COLECTIVO	
PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO	
REMUNERACION	
SEGURIDAD SOCIAL	
OTRO(S):	

DERECHO MERCANTIL	
COMERCIO INTERNACIONAL	
DERECHO AERONAUTICO	
DERECHO BANCARIO	
DERECHO CONCURSAL	
DERECHO DE LA COMPETENCIA	X
DERECHO DE TRANSPORTES	
DERECHO DEL AUTOR	
DERECHO MARITIMO	
FUSIONES Y ADQUISICIONES	
MERCADO DE VALORES	
PROPIEDAD INDUSTRIAL	
SEGUROS	
SOCIEDADES	
TITULOS VALORES	
OTRO(S):	
DERECHO PENAL	
DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO	
DELITOS CONTRA LA VIDA EL CUERPO Y LA SALUD	
DELITOS CONTRA LA LIBERTAD	
DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD PUBLICA	
DELITOS CONTRA EL HONOR	
DELITOS TRIBUTARIOS	
DELITOS CONTRA LA CONFIANZA Y LA BUENA FE EN LOS NEGOCIOS	
DELITOS CONTRA LA TRANQUILIDAD PUBLICA	
DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA	
DELITOS CONTRA LA FE PUBLICA	
OTRO(S):	
DERECHO PROCESAL CIVIL	
ACUMULACION	
CONDICIONES DE LA ACCION Y PRESUPUESTOS PROCESALES	
FORMAS ESPECIALES DE CONCLUSION DEL PROCESO	
IMPUGNACION PROCESAL	
INTERVENCION DE TERCEROS	
LITISCONSORCIO	
NULLIDADES PROCESALES	
POSTULACION DEL PROCESO	
PROCESO CAUTELAR / MEDIDAS CAUTELARES	
PROCESO DE CONCILIAMIENTO	
PROCESO DE EJECUCION / EJECUTIVO	
TEORIA DE LA PRUEBA	
OTRO(S):	
DERECHO TRIBUTARIO	
DERECHO ADUANERO	
DERECHO TRIBUTARIO CONSTITUCIONAL	
IMPUESTO A LA RENTA	
IMPUESTO GENERAL A LAS VENTAS	
IMPUESTO SELECTIVO AL CONSUMO	
TRIBUTOS MUNICIPALES	
OTRO(S):	
OTROS	
ANALISIS ECONOMICO DEL DERECHO	
ANTROPOLOGIA JURIDICA	
DERECHO AGRARIO	
DERECHO COOPERATIVO	
DERECHO DEL MEDIO AMBIENTE	
DERECHO ECLESIASTICO	
DERECHO URBANISTICO	
FILOSOFIA DEL DERECHO	
MINERIA Y ENERGIA	
SOCIOLOGIA DEL DERECHO	
TEORIA GENERAL DEL DERECHO	
OTRO(S):	

EXPEDIENTE CON CÓDIGO DE REGISTRO N° E- 2499

N° de expediente	005-2011-CCO-ST/LC		
Demandante	Procedimiento impulsado de oficio por OSIPTEL.		
Demandado	TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.		
Áreas del derecho	Administrativo, Telecomunicaciones, Mercantil, LibreCompetencia.		
Fojas	1765	Tomos	8
Síntesis	<p>El 13 de septiembre de 2011, el Cuerpo Colegiado Ordinario de OSIPTEL (En adelante, CCO) inicia un procedimiento de oficio en contra de TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A (en adelante, TELEFÓNICA) por la presunta comisión de abuso de posición de dominio en la modalidad de venta atada con posible efecto de exclusión en el mercado de telefonía fija, pues se considera que dicha conducta podría generar: (i) un perjuicio en la dinámica competitiva en el mercado de telefonía fija, reforzándose su posición en el mercado de Internet y causando un perjuicio a sus competidores en el mercado de telefonía fija y (ii) un agravio en el bienestar de los consumidores, es decir, una evidente afectación de los usuarios que no podrían acceder a determinados servicios en relación a sus preferencias.</p> <p>Al respecto, TELEFÓNICA señaló que las alegaciones formuladas por la Secretaría Técnica contradicen la regulación vigente y no son plausibles atendiendo al principio de supletoriedad, toda vez que dicha empresa había actuado dentro del marco legal establecido, tomando en consideración que su modelo comercial y tarifas fueron autorizados por el OSIPTEL mediante la resolución que aprobó las tarifas máximas fijas aplicables a prestaciones de transmisión de datos mediante circuitos virtuales ATM con acceso ADSL.</p> <p>Asimismo, TELEFÓNICA indicó que las imputaciones realizadas a su nombre son ambiguas, puesto que:</p> <ul style="list-style-type: none"> - OSIPTEL ha omitido mencionar que la tecnología ADSL se soporta en la infraestructura de la telefonía fija; de igual manera, no ha explicado por qué motivo no se consideran dentro del mercado relevante a la banda ancha móvil, ni tampoco la banda ancha inalámbrica. - No está de acuerdo con la participación de las cuotas de mercado que ostentaría TELEFÓNICA. 		

- No hay evidencia de afectación al mercado de telefonía fija.
- No se han analizado los requisitos establecidos en los lineamientos de libre competencia para la detección de una conducta anticompetitiva.
- Se ha obviado realizar cualquier ejercicio respecto de las posibles explicaciones que justificarían la validez de la práctica investigada.

En ese sentido, se advierte que las principales cuestiones en discusión – y en torno a los cuales girarían los argumentos de las partes – se avocan a dilucidar (i) la supuesta falta de competencia de las instancias de solución de controversias en atención a los principios de supletoriedad y predictibilidad ;y, (ii) la posible existencia de actos contrarios a la libre competencia en la modalidad de ventas atadas tipificados en el inciso c) del artículo 10.2° del Decreto Legislativo N° 1034 consistentes en condicionar la venta de su producto Speedy (acceso a internet a través de la tecnología ADSL), a la compra del servicio de telefonía fija.

Mediante Resolución N° 017-2012-CCO/OSIPTEL, el CCO declaró FUNDADO el procedimiento de oficio iniciado contra TELEFÓNICA por la comisión de actos contrarios a la libre competencia en la modalidad de ventas atadas tipificadas en el artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1034, indicando lo siguiente:

- De la revisión de la regulación ATM con acceso ADSL, no es posible interpretar que al haber obligado a TELEFÓNICA a ofertar una determinada tarifa de ADSL para otros proveedores de internet, ello haya implicado una autorización para atar su servicio de internet y servicio de telefonía fija en el mercado final. En consecuencia, no se trata de un supuesto de inhibición del ejercicio de la facultad de solución de controversias por aplicación del principio de supletoriedad.
- El mercado relevante se encuentra constituido por la provisión del servicio de internet por ADSL y cable módem a usuarios finales, tanto residenciales como comerciales, en los 380 distritos a nivel nacional en los que existe cobertura de este servicio.
- TELEFÓNICA cuenta con posición de dominio en el mercado relevante debido al nivel de participación que ostenta en el mercado relevante y al nivel de concentración que exhibe este mercado; así como por la presencia de importantes barreras a la entrada.
- En cuanto a la existencia del abuso de posición de dominio en la modalidad de atadura, se encuentran presentes los elementos que configuran de dicha práctica - Servicios diferenciados, coerción, poder de mercado en el mercado del producto principal y afectación en el mercado del producto atado -.
- Precisamente, sobre los efectos de la referida conducta se advierte que: (i) la caída de la participación de TELEFÓNICA en el mercado fijo se detuvo cuando salieron al mercado los dúos y tríos, (ii) a través de la venta atada,

dicha empresa eleva y fortalece las barreras a la entrada de otros operadores al mercado de internet, (iii) la afectación a los consumidores se verifica cuando se limita la libertad de aquellos en un contexto en el que se viene dando la sustitución entre telefonía fija y telefonía móvil y la valoración del servicio de telefonía fija ha caído; y, (iv) Las justificaciones de TELEFÓNICA para demostrar la legalidad de la práctica no resultan atendibles. El hecho que Internet mediante ADSL sea un servicio de valor añadido que se soporta tanto en la red portadora como en el servicio final de telefonía fija, no determina que ambos productos deben ser comercializados de manera conjunta.

- El CCO Impuso como medida correctiva ofrecer en el mercado minorista la venta del servicio de "Internet ADSL solo", evitando cualquier conducta que tenga efectos equivalentes a la atadura de los servicios y finalmente, sanciono a la empresa con la imposición de una multa ascendente a 492.21 UIT.

Ante el resultado negativo del procedimiento, TELEFÓNICA apeló la referida resolución reiterando los argumentos de sus alegatos respecto a la competencia del OSIPTEL como agencia de competencia. De igual modo, con respecto a los presuntos efectos anticompetitivos, agregó que el análisis de daño al mercado efectuado por el CCO es incorrecto pues se centra casi exclusivamente en el desempeño de TELEFÓNICA, sin considerar que la participación de sus competidores en el mercado de telefonía fija crece constantemente. En términos de la empresa, son los dúos y tríos los que han vigorizado al mercado en el periodo comprendido entre diciembre de 2007 y diciembre de 2011. En atención a ello, es válido concluir que no se han ponderado los efectos positivos de la práctica con sus nulos efectos negativos, por lo cual, la intervención del CCO podría generar una distorsión importante al proceso competitivo. Teniendo en cuenta ello, TELEFÓNICA considera que se pretende sancionar a la empresa por una supuesta práctica explotativa, actuando de forma contraria al parámetro válido de evaluación de daño contemplado en el Decreto Legislativo N° 1034.

Mediante resolución N° 004-2013-TSC/OSIPTEL el Tribunal de Solución de Controversias de OSIPTEL declaró INFUNDADO el recurso de apelación ratificando los argumentos de la resolución de primera Instancia y agrega que:

- La práctica llevada a cabo por TELEFÓNICA, consistente en condicionar la venta de su servicio de internet fijo vía ADSL a la contratación de su servicio de telefonía fija, es producto de la libre iniciativa empresarial de TELEFÓNICA y no ha sido ni impuesta ni autorizada por la regulación ATM con acceso ADSL, por lo que sí corresponde que sea analizada desde la perspectiva de la normativa de libre competencia.

- La estrategia anticompetitiva de venta atada de su servicio de telefonía fija al internet fijo vía ADSL, ha llevado a TELEFÓNICA a evitar ilícitamente la reducción del tamaño de su red fija, permitiéndole, a su vez, explotar sus externalidades de red en mayor medida, en perjuicio de los competidores. De igual manera, el Tribunal destaca que al contar TELEFÓNICA con la red más grande, se beneficia adicionalmente de los ingresos que obtiene por cargos de interconexión.
- La práctica investigada ha generado efectos exclusorios en el mercado de telefonía fija; por tanto, aquella ha afectado el bienestar de los consumidores al haber tenido una incidencia negativa en el debido funcionamiento del proceso competitivo.
- No se ha acreditado la existencia de beneficios al bienestar del consumidor derivados de eficiencias que contrapesen, en suficiente medida, los efectos anticompetitivos de la práctica.
- El Tribunal impuso como medida correctiva ofrecer en el mercado minorista la venta del servicio de "Internet ADSL solo", evitando cualquier conducta que tenga efectos equivalentes a la atadura de los servicios, asimismo, modificó el monto de la multa impuesta, el cual quedó establecido en 407 UIT.

Anexo 1

0045

OSIPTEL
CCO-CC
017

206

VALE
Aval

OSIPTEL FOLIOS
CCO 1/99

Audrey Figueroa
Secretaria ST



RESOLUCIÓN DEL CUERPO COLEGIADO N° 001-2011-CCO/OSIPTEL

Lima, 13 de septiembre de 2011

EXPEDIENTE	005-2011-CCO-ST/LC
MATERIAS	LIBRE COMPETENCIA
ADMINISTRADOS	Telefónica del Perú S.A.A.

El Cuerpo Colegiado designado mediante Resolución N° 119-2011-CD/OSIPTEL de fecha 08 de setiembre de 2011 para determinar si corresponde iniciar un procedimiento de oficio contra Telefónica del Perú S.A.A.- (en adelante, Telefónica) por la supuesta comisión de infracciones a la libre competencia.

VISTO:

El Informe N° 004-CCO/2011 emitido por la Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados del OSIPTEL, referido a la investigación preliminar por la presunta comisión de conductas anticompetitivas en las que habría incurrido Telefónica, mediante el cual se concluye que resulta conveniente realizar una investigación más profunda para determinar si efectivamente Telefónica realizó una venta atada y si tal conducta habría sido usada a fin de excluir a la competencia en el mercado de telefonía fija.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con lo establecido por el artículo 86° del Reglamento General de OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas, aprobado mediante Resolución N° 10-2002-CD/OSIPTEL (en adelante el Reglamento de Controversias), el OSIPTEL puede iniciar procedimientos de oficio a efectos de investigar y determinar la comisión de infracciones relacionadas con las materias comprendidas en el artículo 2° de dicho reglamento¹, en aquellos casos en que lo estime necesario a fin de evitar una

¹ Reglamento General de OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas
 Artículo 2°.- Competencia de OSIPTEL OSIPTEL tiene competencia para resolver controversias que surjan entre empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones relacionadas con:
 a. El incumplimiento de las obligaciones sobre libre y leal competencia.
 b. La interconexión de redes en sus aspectos técnicos, económicos y jurídicos, incluyendo lo relativo a cargos y demás compensaciones o retribuciones, que se paguen las empresas derivadas de una relación de interconexión, así como lo relativo a las liquidaciones de dichos cargos, compensaciones o retribuciones.
 c. El derecho de acceso a la red, incluyendo sus aspectos técnicos, jurídicos y económicos.
 d. Tarifas y cargos diferentes a los que se refiere el inciso b) precedente.

m

207
VALE
A. L. A.
A. Figueras
Secretaría ST

SECRETARÍA GEN.-CC	ASISTENTE A. L. A.
OSIPTEL CCO	FOLIOS 200

posible afectación al interés de los usuarios o de las empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones en general.

Por su parte, el artículo 87° del reglamento en cuestión señala que la Secretaría Técnica podrá iniciar investigaciones preliminares a fin de detectar o identificar prácticas que pudieran determinar el inicio de un procedimiento de oficio; por otro lado, el artículo 88° de dicha norma dispone que, en aquellos casos en los que la Secretaría Técnica considere necesario el inicio de un procedimiento de oficio, solicitará al Consejo Directivo la conformación de un Cuerpo Colegiado a efectos de que evalúe el inicio de una controversia; para lo cual la Secretaría Técnica deberá emitir un informe debidamente fundamentado que será presentado al Cuerpo Colegiado para que éste tome una decisión sobre la mencionada solicitud. Por último, el artículo 89° del citado reglamento establece que si el procedimiento se inicia de oficio, la resolución del Cuerpo Colegiado mediante la cual se dé inicio al proceso deberá estar puntualmente motivada en el interés de los consumidores o de las empresas operadoras.

En cumplimiento de las normas citadas en los párrafos precedentes, mediante Informe N° 40.ST.II/2011 de fecha 17 de marzo de 2011, la Secretaría Técnica de los Órganos Colegiados puso en conocimiento del Consejo Directivo los resultados de la investigación preliminar iniciada a Telefónica por la presunta comisión de abuso de posición de dominio en la modalidad de ventas atadas (o ataduras) realizadas en el mercado de telefonía fija e Internet; solicitando al Consejo Directivo la conformación de un Cuerpo Colegiado que se encargue de evaluar el inicio de un procedimiento de oficio sobre la supuesta infracción a la libre competencia por parte de Telefónica y, de ser el caso, tramite y resuelva el procedimiento que decida iniciar.

De la revisión del Informe N° 004-CCO/2011 y de sus anexos, el Cuerpo Colegiado considera que en el presente caso existen indicios de que Telefónica habría incurrido en conductas anticompetitivas en la modalidad de abuso de posición de dominio a través de la realización de ventas atadas (o ataduras), las mismas que se encuentran tipificadas en el Decreto Legislativo N° 1034, que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

Esta conducta está tipificada expresamente en el artículo 10 del Decreto Legislativo N° 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, como un supuesto abuso de posición de dominio, en la modalidad de subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos².

Al respecto, es preciso señalar que el referido Decreto Legislativo N° 1034 ha calificado esta conducta como una prohibición relativa³. En ese sentido, para que se pruebe la existencia de una infracción administrativa, primero debe probarse la existencia de la

e. Aspectos técnicos de los servicios públicos de telecomunicaciones.

Asimismo, OSIPTEL es competente para conocer y resolver toda controversia que se plantea como consecuencia de acciones u omisiones que afecten o puedan afectar el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, aunque sólo una de las partes tenga la condición de empresa operadora de tales servicios.

² Decreto Legislativo N° 1034, Artículo 10.2, inciso c.

³ 10.2. El abuso de posición de dominio en el mercado podrá consistir en conductas de efecto excluyente tales como:

(...) c) Subordinar la celebración de celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos".

³ Decreto Legislativo N° 1034, Artículo 10.4.

⁴ 10.4. Las conductas de abuso de posición de dominio constituyen prohibiciones relativas".

0047

OSIPTEL	FOLIOS	VALE 208
CCO	2/01	Alia

Rudrey Figueroa
Secretario ST

venta atada y posteriormente, debe probarse que la misma tenga efectos negativos para la competencia y el bienestar del consumidor⁴.

Por su parte, los Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Libre Competencia en el Ámbito de las Telecomunicaciones⁵ señalan que para que una práctica de este tipo tenga efectos anticompetitivos es necesario que la realice una empresa con posición de dominio, que sea una práctica injustificada y muestre el intento de restringir la competencia⁶.

En su investigación preliminar, la Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados ha analizado la provisión conjunta del servicio ADSL (conocido con el nombre comercial de "Speedy") con el servicio de telefonía fija por parte de Telefónica, la misma que constituiría una atadura en la medida que el usuario que desee adquirir el servicio de ADSL tiene la obligación de contar con una línea de telefonía fija o, caso contrario, adquirir una. En ese sentido, se estaría constituyendo un empaquetamiento forzoso de los servicios de acceso a internet y telefonía fija, sin que exista la posibilidad de contratar el servicio de internet por separado. Al respecto, la Secretaría Técnica ha evaluado las condiciones de contratación de los servicios en cuestión y las características del servicio de internet a través de la tecnología ADSL, entre otra información, concluyendo que no existirían criterios estrictamente técnicos que justifiquen esta venta atada. Asimismo, la empresa Telefónica contaría con posición de dominio en el mercado de internet de banda ancha.

Dé acuerdo con la Secretaría Técnica, este Cuerpo Colegiado considera que el comportamiento de Telefónica podría constituir una práctica con efectos de exclusión en el mercado de telefonía fija, dada la posición de dominio que tendría dicha empresa en el mercado de internet a través de la tecnología ADSL, pudiéndose generar un perjuicio a la dinámica competitiva en el mercado de telefonía fija, reforzándose su posición en el mercado de internet y causando un perjuicio a sus competidores en el mercado de telefonía fija.

Por otro lado, a través de esta conducta, los usuarios de los servicios de telecomunicaciones se habrían visto forzados a adquirir o contar con el servicio de telefonía fija, para poder contar con el servicio de internet en esta modalidad, pudiéndose afectar el bienestar de los consumidores, no sólo a través de un supuesto debilitamiento del proceso competitivo, sino a través de la afectación a usuarios que bajo las condiciones de venta atada no podrían acceder a determinados servicios en relación a sus preferencias.

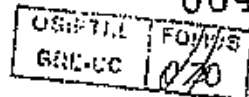
⁴ Decreto Legislativo N° 1034, Artículo 9. Prohibición relativa.

En los casos de prohibición relativa, para verificar la existencia de la infracción administrativa, la autoridad de competencia deberá probar la existencia de la conducta y que ésta tiene o podrá tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar del consumidor.

⁵ Resolución 003-2000-CD/OSIPTEL, Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Libre Competencia en el Ámbito de las Telecomunicaciones.

⁶ Asimismo, los Lineamientos establecen algunos supuestos que considerarán como casos de empaquetamiento indebido de servicios públicos de telecomunicaciones:

- (i) Cuando un operador dominante ata la venta de un servicio en el que tiene posición dominante en el mercado a la de uno en que se enfrenta a la competencia;
- (ii) Cuando los servicios atados pertenecen parcialmente a un mercado de precios regulados y parcialmente a un mercado desregulado;
- (iii) Tratándose de servicios pertenecientes a un mercado competitivo, se considerará indebido el empaquetamiento de los insumos necesarios para proveer tal servicio, si el operador ata los insumos para los cuales ejerce una posición dominante con los insumos que pueden ser suministrados por terceros.



En atención a lo expuesto en los párrafos precedentes, este Cuerpo Colegiado considera que, en ejercicio de la facultad concedida por el artículo 86° del Reglamento de Controversias y cumpliendo con lo establecido en el artículo 89° del mismo, corresponde iniciar un procedimiento de oficio contra Telefónica por la presunta comisión de abuso de posición de dominio en la modalidad de ventas atadas, conducta tipificada en el literal c) del artículo 10.2 del Decreto Ley N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

Por otro lado, el Reglamento de Controversias distingue entre dos clases de procedimientos: (i) aquel que versa sobre la comisión de una infracción; y, (ii) aquel que no versa sobre la comisión de una infracción; siendo que, conforme al artículo 40° del mencionado reglamento, es deber del Cuerpo Colegiado encauzar la controversia de acuerdo con el procedimiento que le corresponde por la naturaleza de la materia controvertida.

En la medida que este procedimiento de oficio tiene como propósito determinar si, de acuerdo con lo señalado por el Informe N° 004-CCO/2011, Telefónica habría incurrido en la presunta infracción a la normativa de libre competencia mencionada anteriormente, corresponde seguir el procedimiento regulado por los artículos 72° y siguientes del Reglamento de Controversias, referidos a los procedimientos que involucran la comisión de infracciones.

Por otro lado, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 74° del Reglamento de Controversias, deben identificarse los actos constitutivos de la supuesta infracción. En tal sentido, el Cuerpo Colegiado considera que el acto constitutivo de la presunta infracción en la que habría incurrido Telefónica consistiría en la implementación de prácticas de ventas atadas con relación a los servicios de telefonía fija y los servicios de internet a través de la tecnología ADSL brindados por parte de Telefónica; mediante lo cual la referida empresa podría estar perjudicando a sus competidores en el mercado de telefonía fija y reduciendo el bienestar de los consumidores.

Finalmente, corresponde agregar al expediente el Informe N° 004-CCO/2011; poniéndolo en conocimiento de Telefónica conjuntamente con la presente resolución, a fin de que esta empresa presente sus descargos en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles contados desde el día siguiente de notificada esta resolución.

RESUELVE:

Artículo Primero.- Disponer el inicio de un procedimiento de oficio contra Telefónica del Perú S.A.A., por la presunta comisión de abuso de posición de dominio en la modalidad de ventas atadas, con posibles efectos de exclusión en el mercado de telefonía fija, conducta tipificada en el literal c) del artículo 10.2 del Decreto Ley N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas por los hechos a los cuales se hace referencia en la sección Considerando de la presente resolución.

Artículo Segundo.- Declarar que este procedimiento de oficio será tramitado de conformidad con el procedimiento regulado por los artículos 72° y siguientes del Reglamento General de OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas,

OSIPIEL FOLIOS
BRE-CC 021

OSIPIEL FOLIOS
CCO 403

210
VALE
Audrey Alva
Secretaría de

correspondiente a los procedimientos por la comisión de infracciones.

Artículo Tercero.- Agregar al expediente el Informe 004-CCO/2011; poniendo este documento en conocimiento de Telefónica del Perú S.A.A., conjuntamente con la presente resolución, a fin de que esta empresa presente sus descargos en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles contados desde el día siguiente de notificada esta resolución.

REGÍSTRESE Y COMUNÍQUESE.-

Con la firma de los señoras miembros del Cuerpo Colegiado Jorge Fernández-Baca Llamosas, Rafael Muent Schwarz y Manuel Yrigoyen Quintanilla.

Jorge Fernández-Baca
Rafael Muent Schwarz
Manuel Yrigoyen Quintanilla

OSIPI TEL	DOCUMENTO	Nº 004-CCO/2011
	INFORME	Página : 1 de 14

0051

ASUNTO	: Investigación Preliminar de Oficio: Supuesta práctica de atadura en el mercado peruano de servicios públicos de telecomunicaciones
--------	--

I. OBJETIVO

Este informe tiene como objeto presentar el resultado del análisis preliminar realizado por la Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados (STCCO) en el marco de su labor de seguimiento de mercados para la detección de prácticas anticompetitivas, en particular de los mercados de telefonía fija e Internet.

En este caso se evaluará si de la información obtenida, se desprende la existencia de elementos de juicio suficientes que ameriten iniciar una controversia de oficio con el fin de determinar si Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante Telefónica) ha incurrido en alguna práctica contraria al Decreto Legislativo Nº 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

La práctica bajo análisis consistiría en el condicionamiento de la venta por parte de Telefónica del servicio Speedy (acceso a Internet a través de la tecnología ADSL) a la compra de su servicio de telefonía fija.

II. MARCO LEGAL

De acuerdo a la normativa que sanciona los actos contrarios a la Libre Competencia, la venta atada implica la venta de un servicio (bien vinculante o bien atado) condicionada a la compra de otro servicio (bien vinculado o bien atante). De esta forma existe efectivamente una "atadura" pues se exige al cliente la compra del paquete sin darse la opción de adquirir el bien vinculante por separado¹.

Esta conducta está tipificada expresamente en el artículo 10º del Decreto Legislativo Nº 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, como un supuesto abuso de posición de dominio, en la modalidad de subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos².

Al respecto, es preciso señalar que el referido Decreto Legislativo Nº 1034 ha calificado esta conducta como una prohibición relativa³. En ese sentido, para que se pruebe la existencia de una infracción administrativa, primero debe probarse la existencia de la venta atada y posteriormente, debe probarse que la misma tenga

¹ Para mayor detalle ver Anexo Nº 1.

² Decreto Legislativo Nº 1034, Artículo 10.2, Inciso c).

*10.2. El abuso de posición de dominio en el mercado podrá consistir en conductas de efecto excluyente tales como:

c) Subordinar la celebración de celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos".

³ Decreto Legislativo Nº 1034, Artículo 10.4.

*10.4. Las conductas de abuso de posición de dominio constituyen prohibiciones relativas".

OSIPTEL	DOCUMENTO	N° 004-CCO/2011	0051
	INFORME	Página: 2 de 14	

efectos negativos para la competencia y el bienestar del consumidor⁴; es decir la venta atada se debe analizar conforme a la regla de la razón.

Por su parte, los Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Libre Competencia en el Ámbito de las Telecomunicaciones señalan que para que una práctica de este tipo tenga efectos anticompetitivos es necesario que la realice una empresa con posición de dominio, que sea una práctica injustificada y muestre el intento de restringir la competencia⁵.

III. HECHOS ACREDITADOS

De acuerdo con lo indicado en los numerales I y II precedentes, el propósito de este informe es determinar si existen elementos de juicio suficientes que puedan llevar a concluir que Telefónica estaría incurriendo en un acto contrario a la libre competencia tipificado en el inciso c) artículo 10.2 del Decreto Legislativo N° 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

En ese sentido, los hechos que se han verificado y que podrían constituir indicios de una conducta contraria a la norma antes señalada son los siguientes:

III.1. Los contratos

Para el análisis de las cláusulas contractuales que configurarían la obligación de contratar el servicio de telefonía fija para poder acceder a Internet, se ha tomado como referencia los diversos contratos de servicios, que Telefónica ofrece al público en general y que difunde en su página web institucional: www.telefonica.com.pe⁶.

En ese sentido, podemos apreciar que la empresa ofrece modelos contractuales para los siguientes servicios: Speedy, Speedy Negocios y Speedy Negocios Avanzado.

De la revisión de los contratos podemos establecer que todos ellos comparten un diseño muy similar, siendo así que para el caso en concreto se ha configurado como requisito indispensable para la prestación del servicio de Internet con la tecnología ADSL la obligación de contar con una línea de telefonía fija o caso contrario tener la obligación de adquirir una.

⁴ Decreto Legislativo N° 1034,

*Artículo 9. Prohibición relativa.

En los casos de prohibición relativa, para verificar la existencia de la infracción administrativa, la autoridad de competencia deberá probar la existencia de la conducta y que ésta tiene o podrá tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar del consumidores.

⁵ Asimismo, los Lineamientos establecen algunos supuestos que considerarán como casos de empaquetamiento indebido de servicios públicos de telecomunicaciones:

(i) Cuando un operador dominante ata la venta de un servicio en el que tiene posición dominante en el mercado a la de uno en que se enfrenta a la competencia;

(ii) Cuando los servicios atados pertenecen parcialmente a un mercado de precios regulados y parcialmente a un mercado desregulado;

(iii) Tratándose de servicios pertenecientes a un mercado competitivo, se considerará indebido el empaquetamiento de los insumos necesarios para proveer tal servicio, si el operador ata los insumos para los cuales ejerce una posición dominante con los insumos que pueden ser suministrados por terceros.

⁶ Dentro del portal web de la empresa, podemos encontrar la totalidad de contratos disponibles para el servicio de acceso a Internet en el siguiente enlace: http://www.telefonica.com.pe/contratos/acceso_internet_contratos.shtml (Consultado en febrero del 2011)

CCO 206

OSIPI TEL
GRE-CC 045

Figs
Secc 5

OSIPI TEL	DOCUMENTO	N° 004-CCO/2011	0052
	INFORME	Página: 3 de 14	

III.2. Acciones de Supervisión

En coordinación con la Gerencia de Fiscalización y Supervisión, se han efectuado acciones de supervisión consistentes en llamadas desde las oficinas del OSIPI TEL en diversas localidades del Perú hacia el Servicio de Telegestión Comercial de Telefónica (104), a fin de investigar sobre las condiciones en las que se ofrece el servicio de acceso a Internet en todo el territorio peruano.

De la información obtenida mediante la realización de las llamadas, se puede concluir que en la actualidad Telefónica no ofrece ninguna oferta de acceso a Internet sin la contratación previa o simultánea de una línea fija con dicha empresa por parte del titular interesado en la contratación del servicio de acceso a Internet. Al respecto, tenemos los siguientes fragmentos de las conversaciones sostenidas:

(Funcionario de OSIPI TEL preguntando por el servicio Speedy)

"Supervisor OD Trujillo: ¿Pero siempre es necesario la línea telefónica no hay algún plan que me permita tener solo internet?"

Telefónica: No

Telefónica: Lo que pasa Sr. Ricardo que si no tiene una línea, no va a tener factura, si no tiene factura ¿donde le cobramos el internet?

Supervisor OD Trujillo: Bueno imagino yo en una nueva factura, una factura solo por internet, pero bueno eso es política de la empresa definitivamente"

(Funcionario de OSIPI TEL preguntando por el servicio Internet 50)

"Telefónica: Tiene que tener línea de teléfono fija, ¿Ud. Cuenta con línea de teléfono?"

Supervisor OD Huancayo: No

Telefónica: Tiene que tener una línea fija si no, no va a poder acceder a ese servicio, la línea para que zona es para que distrito

(...)

Supervisor OD Huancayo: ¿Cuenta con algún plan de internet para el cual no sea necesario la contratación del servicio de telefonía?"

Telefónica: No existe,

Supervisor OD Huancayo: No existe

Telefónica: Nosotros usamos la línea telefónica para acceder a internet pero no lo ocupamos puede navegar por internet puede hablar por teléfono a la vez,

Supervisor OD Huancayo: Quiere decir si yo no tengo la línea telefónica no voy a poder contratar el servicio de internet.

Telefónica: Correcto."

Por otro lado, en las supervisiones realizadas también se consultó sobre las posibilidades de acceso al servicio de Internet por parte de un cliente que cuente con una línea telefónica fija contratada con una empresa diferente de Telefónica. Al respecto, se pudo determinar, que dicha empresa no ofrece el servicio de acceso a Internet si es que previamente no se contrata una línea telefónica adicional a la que el usuario ya posee, tal como se aprecia en los siguientes fragmentos de las conversaciones efectuadas:

(Funcionario de OSIPI TEL preguntando por el servicio Speedy Negocias)

OSIPI TEL

OSIPTEL	DOCUMENTO	Nº 004-CCO/2011	0053
	INFORME	Página: 4 de 14	

"Supervisor OD Huancayo: No señorita yo tengo una línea telefónica pero de otra empresa

Telefónica: El primer requisito para adquirir un Spedy tendria que tener una línea con Telefónica

Supervisor OD Huancayo: ¿Quiere decir para el servicio de internet de Speedy negocios necesariamente debo contar con una línea telefónica?

Telefónica: Si"

(Funcionario de OSIPTEL preguntando por el servicio Speedy Negocios)

"Supervisor OD Huancayo: bueno tengo una línea telefónica pero no telefónica es de otra empresa operadora

Telefónica: Para tener el servicio de Speedy es necesario contar con la línea telefónica...

(...)

Supervisor OD Huancayo: Ok, y cuenta Ud con algún plan de internet para el cual no sea necesario la contratación del servicio de telefonía.

Telefónica: No

Telefónica: Para tener un Spedy con Telefónica tendria que contratar una línea telefónica.

Supervisor OD Huancayo: Ok muy amable gracias"

Por todo ello, podemos concluir que Telefónica no ofrece el servicio de acceso a Internet desligado del servicio de telefonía fija, tal como ha podido apreciarse de la información brindada por la propia empresa, sino que el usuario se vería forzado a adquirir el servicio de telefonía fija si quiere contar con el servicio de Internet.

IV. DETERMINACIÓN DE LA CONDUCTA

En cuanto a la determinación de la conducta, podemos señalar lo siguiente:

IV.1. Características del servicio de Internet a través de la tecnología ADSL

El servicio de ADSL involucrado en la atadura bajo análisis es el servicio de Internet que utiliza la tecnología DSL (siglas en Inglés de Digital Subscriber Line), la cual permite transmitir voz y datos a través de las líneas telefónicas alámbricas, utilizando de esta manera el par de cobre pero a través de diferentes frecuencias.

Hay varios tipos de tecnología DSL, pero la más conocida es la tecnología ADSL (siglas en inglés de Asymmetric Digital Subscriber Line), la cual permite asignar al usuario un mayor ancho de banda para transmitir información desde el computador hacia la red (upstream) que desde la red hacia el computador (downstream).

De acuerdo al documento de Revisión de los mercados de acceso mayorista de Banda Ancha de Ofcom (en adelante, Documento de Ofcom)⁷, la tecnología ADSL tiene tres características que la distinguen de otras y que no pueden ser replicadas por las tecnologías de banda estrecha. Estas características son:

⁷ Review of the wholesale broadband access markets Consultation on market definition, market power determinations and remedies"

OSIPI TEL	DOCUMENTO	N° 004-CCO/2011	0054
	INFORME	Página: 5 de 14	

- El servicio está siempre disponible, es decir, se cuenta con una conexión permanente a Internet que no se requiere una marcación previa.
- Es posible usar los servicios de voz y data de manera simultánea.
- Se cuenta con una velocidad mayor para bajar información que con la tecnología dial-up.

En cuanto a las velocidades de transmisión, el ADSL es una tecnología de acceso de banda ancha, que permite llegar a velocidades superiores a 512 kbps. Al respecto, el primer informe de la Comisión Multisectorial Temporal encargada de elaborar el "Plan Nacional para el Desarrollo de la banda ancha en el Perú" (en adelante, Informe de Banda Ancha), señaló que aún cuando en el Perú no se ha adoptado expresamente una definición de Banda Ancha, para fines estadísticos se han venido considerado como tales a "aquellas conexiones cuyas velocidades de transmisión de datos son superiores a las que alcanzan las comunicaciones vía dial-up, tanto de forma alámbrica como inalámbrica".

Es importante señalar que la conexión a Internet se puede llevar a cabo a través de diferentes medios de transmisión, los cuales pueden ser alámbricos o inalámbricos. La tecnología descrita previamente es una tecnología alámbrica dado que se lleva a cabo a través de los cables telefónicos. En esta clasificación también se encuentra el cable módem, el cual es una tecnología de banda ancha que usa las redes de televisión por cable para transportar la señal de Internet.

Asimismo, otras tecnologías de acceso alámbrico son aquellas que requieren que el usuario establezca una conexión con el ISP cada vez que desee conectarse a Internet, a través de la Red Telefónica Básica (RTB) o la Red Digital de Servicios Integrados (RDSI). Sin embargo, a diferencia de la tecnología ADSL o la de cable módem, esta tecnología, en el caso de la conexión a través de la RTB, permite la transmisión de datos a baja velocidad.

Existen tecnologías de acceso inalámbrico, las cuales utilizan ondas electromagnéticas para la transmisión de datos. Las principales son: los accesos banda ancha inalámbrica terrestre (o fijos), las tecnologías satelitales, las tecnologías WLAN y las tecnologías móviles.

Con respecto a las conexiones inalámbricas terrestres, la más conocida es la tecnología Wi-Max (Worldwide Interoperability for Microwave Access), la cual tiene una arquitectura similar a la de la telefonía móvil, pues requiere centrales de conmutación, estaciones base y terminales de usuario móvil o fijo. Asimismo, la versión fija alcanza picos de velocidad de descarga de hasta 6.55Mbps, mientras que en la versión móvil estos picos alcanzan los 46Mbps.

En cuanto a las tecnologías WLAN, la más conocida es la tecnología Wi-Fi, la cual requiere de un acceso inalámbrico de Banda Ancha de área local, para lo cual utiliza "determinados puntos de acceso (AP) y dispositivos con tarjetas Wi-Fi (laptops, PDAs, celulares, etc.)". Esta tecnología se utiliza en áreas con gran afluencia de público, tales como aeropuertos, tiendas comerciales, entre otras.

237

OSIPTEL	DOCUMENTO	Nº 004-CCO/2011	0055
	INFORME	Página: 6 de 14	

En cuanto a las tecnologías satelitales, su principal ventaja es que se puede alcanzar cobertura a cualquier lugar; sin embargo, presenta algunas desventajas tales como, el menor ancho de banda, mayor latencia⁸ y una señal de menor calidad. La tecnología satelital más difundida es la VSAT (Very Small Aperture Terminal).

Finalmente, con respecto a las tecnologías móviles, de acuerdo al Informe de Banda Ancha, se señala que la "Banda Ancha móvil es prestada principalmente a través de las tecnologías UMTS/HSPA (también conocidas como 3G y 3.5G), utilizando la infraestructura de las redes móviles convencionales 2G". Asimismo, en dicho Informe se menciona que "si bien la tecnología WIMAX permite desplegar servicios de acceso móvil, esta facilidad aún no ha sido implementada por ningún operador en el país".

El cuadro Nº1 resume las tecnologías descritas diferenciadas por medios de acceso.

Cuadro Nº 1: Tecnologías de acceso a Internet

Tipo de medio	Medio de acceso	Tecnología más usada en el Perú
Alámbrico	Red de telefonía	Dial-up
	Medios ópticos: fibra óptica	Líneas dedicadas
	Medios eléctricos: par de cobre, cable coaxial, otros	ADSL, DOCSIS (Cable-módem), líneas dedicadas
		Líneas dedicadas, WiMax, UMTS,
Inalámbrico	Redes terrestres	HSPA
	Redes satelitales	VSAT

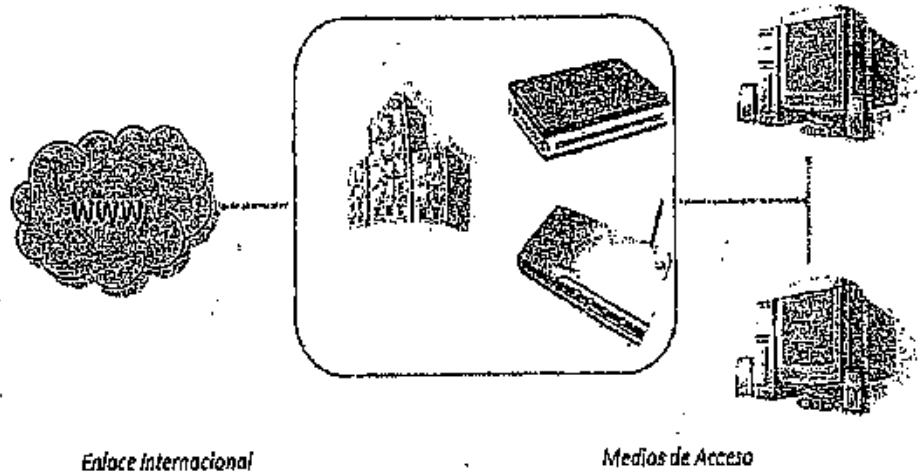
Elaboración: ST

Desde la perspectiva de la oferta existen varias opciones para acceder a Internet; sin embargo, dado que lo que se está analizando es el servicio de Internet a través de la tecnología ADSL y dado que este servicio es de Banda Ancha, el presente análisis excluirá a las conexiones vía dial-up.

Las empresas que ofrecen servicios de Internet son los llamados ISP por sus siglas en inglés (Internet Service Provider). Estos operadores requieren por un lado contar con medios de acceso que le permitan llegar a los usuarios finales y por otro lado contar con enlaces internacionales para conectarse a la red de Internet. El gráfico Nº1 muestra de manera simplificada dichos aspectos.

⁸ Se entiende por "latencia" al tiempo que toma la información en llegar de un lugar a otro de un sistema. Fuente: Macmillan Dictionary.

Gráfico N°1: Elementos para la operación de un ISP



Enlace Internacional
Elaboración: ST

Medios de Acceso

En tal sentido, las empresas que se encuentran verticalmente integradas, es decir, que cuentan con medios de acceso hacia el usuario final, como la red de telefonía fija o de cable, se enfrentan a menores costos que aquellos operadores que tienen que alquilar dichas redes para tener acceso a sus suscriptores. De igual forma, los operadores ISP que cuentan con los medios de transmisión necesarios para conectarse con la red de Internet también se enfrentan a menores costos que aquellos que tienen que alquilar dicha infraestructura a los concesionarios de los servicios portadores de farga distancia internacional.

Ahora bien, en el Perú la demanda de suscriptores por tipo de tecnología se distribuye tal como lo muestra el cuadro N° 2. Así, se puede observar que la concentración de conexiones de banda ancha se encuentra en el ADSL (87.04%), seguido de lejos por el cable módem (4.24%).

Cuadro N° 2: Conexiones de banda ancha

Tecnología/Medio de Acceso	Conexiones de Banda Ancha	Porcentaje (%)
Banda Ancha	836,331	87.04%
ADSL	772,261	80.37%
Cable-módem	40,753	4.24%
Línea dedicada (alámbrica+inalámbrica)	15,795	1.64%
WIMAX	4,771	0.50%
VSAT	2,083	0.22%
Otros (Inalámbrico fijo)	663	0.07%
Banda Ancha Móvil	124,558	12.96%
Total	960,889	100.00%

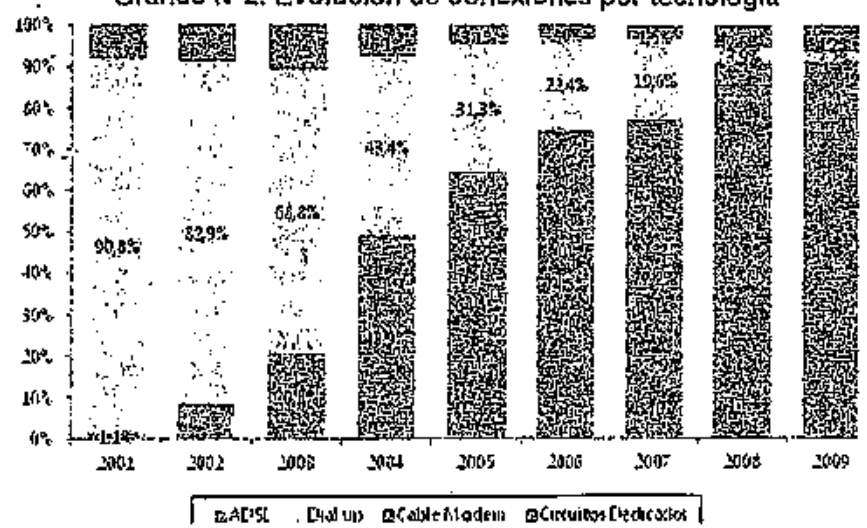
Nota: Datos a marzo 2010.

OSIPTEL	DOCUMENTO	N° 004-CCO/2011	0057
	INFORME	Página: 8 de 14	

Fuente: Comisión Multisectorial Temporal encargada de elaborar el "Plan Nacional para el Desarrollo de la banda ancha en el Perú"
Elaboración: ST

Cabe señalar que dicha distribución es producto de la mayor presencia que ha venido logrando la tecnología ADSL en los últimos años. Al respecto el gráfico N°2 muestra la evolución de la distribución de las conexiones por tecnología y se puede observar que las conexiones de ADSL han pasado de 1.1% a 91.3% entre el 2001 y el 2009 reemplazando principalmente a la tecnología dial-up⁹.

Gráfico N°2: Evolución de conexiones por tecnología



Fuente: Empresas operadoras
Elaboración: ST

La preferencia por el cable módem y el ADSL se explica porque el servicio brindado por ambas tecnologías es bastante similar desde el punto de vista del usuario, es decir, ambas modalidades permiten tener un acceso a internet que está disponible permanentemente y permiten acceder al Internet de banda ancha. Asimismo, el precio de ambos servicios para velocidades comparables resultaría similar. Así, el Anexo N° 2 muestra una comparación tarifaria de ambos servicios con precios vigentes a diciembre 2010.

Por lo tanto, el servicio relevante podría ser definido como el servicio de Internet de banda ancha, el cual incluye únicamente las tecnologías ADSL y cable módem.

IV.2. Ámbito geográfico

El ámbito geográfico se refiere al lugar en el cual los consumidores acceden al servicio y al cual podrían acudir en caso el servicio se viera afectado por un incremento de precio. Dado que el servicio de banda ancha requiere que la conexión, ya sea alámbrica o inalámbrica, sea efectuada en el lugar de residencia del usuario, los

⁹ Dado que estas cifras corresponden a la información entregada periódicamente por las empresas operadoras al OSIPTEL, la cual no incluye las conexiones de banda ancha móvil, éstas no se consideraron en este gráfico.

CCO 7/2

COM. TEL. P. C. / OS
GRUPO 011

PROCESO
SECRETARÍA
ST

OSIPI TEL	DOCUMENTO	Nº 004-CCO/2011	0058
	INFORME	Página: 9 de 14	

usuarios sólo dispondrían de la oferta que se brinde en el distrito donde habite el usuario. En tal sentido, dado que la empresa investigada es Telefónica, el ámbito geográfico abarcará los distritos en los cuales dicha empresa ofrece sus servicios de Internet de banda ancha.

Finalmente, los mercados relevantes en los cuales se hará la evaluación de posición de dominio son: el mercado de servicios de Internet de banda ancha en los distritos donde Telefónica ofrezca los servicios mencionados.

IV.3. Presunta Posición de Dominio en el mercado de Internet

La identificación de los indicios de posición de dominio se realizará en el mercado de banda ancha donde Telefónica tiene presencia. Para ello, se aplica el análisis tradicional, el cual consiste en la evaluación de características tales como la participación de mercado, barreras a la entrada, entre otros.

Las cuotas de participación de mercado fueron calculadas en base a los datos de suscriptores al primer trimestre del 2010 y a nivel distrital. Así, se ha encontrado que Telefónica tiene una participación de 100.00% en el 18% de todos los distritos a nivel nacional, lo cual indica que la presencia de otras empresas es casi nula. En el cuadro Nº 3 se resumen los resultados de las cuotas de mercado por departamento y se observa que sólo en 6 departamentos Telefónica tiene una cuota menor a 100.00%.

Cuadro Nº 3: Cuotas de participación por departamento a nivel nacional

DEPARTAMENTO	Americatel	Telefónica	Global Crossing	Telmex	Star Global Com	TOTAL
AREQUIPA	0.00%	89.86%	0.00%	0.00%	10.14%	100.00%
LAMBAYEQUE	0.00%	89.80%	0.00%	10.20%	0.00%	100.00%
CALLAO	0.00%	96.35%	0.00%	3.65%	0.00%	100.00%
LIMA	0.00%	95.44%	0.01%	4.55%	0.00%	100.00%
PIURA	0.00%	98.52%	0.00%	1.48%	0.00%	100.00%
TACNA	0.00%	81.92%	0.00%	0.00%	18.08%	100.00%
Otros departamentos	0.00%	100.00%	0.00%	0.00%	0.00%	100.00%

Notas:
 Telefónica no cuenta con conexiones de ADSL en Madre de Dios.
 Star Global Com es parte de Telefónica desde septiembre de 2008.
 Fuente: Empresas operadoras
 Elaboración: ST

Respecto a las barreras existentes en el mercado, la posesión de una red de acceso al usuario es un factor primordial, en tal sentido, dado que Telefónica es la empresa dominante en el mercado de telefonía fija, el acceso al bucle local constituye una barrera estructural de entrada al mercado dado que dicha red constituye una facilidad esencial.

De otro lado, el efecto de las externalidades de red se traduce en una mayor valoración de los usuarios por una red, en la medida en que a ésta se encuentren asociados un mayor número de usuarios a los que pueden contactarse. Al respecto,

13

OSIPIEL	DOCUMENTO	Nº 004-CCO/2011	0059
	INFORME	Página: 10 de 14	

Church y Gandal¹⁰ señalan dos tipos de externalidades: i) efectos directos, si la utilidad de un individuo por el consumo de un bien se incrementa directamente con el número de consumidores de ese bien (caso de redes físicas o de comunicaciones)¹¹ y ii) efectos indirectos, si la utilidad se incrementa indirectamente con el número de consumidores del bien debido a sus efectos en la disponibilidad de productos complementarios (caso de redes virtual o redes de hardware-software)¹².

Asimismo, en procedimientos anteriores, el OSIPIEL señaló que las externalidades de red contribuyen a generar una posición de dominio en el mercado¹³. De este modo, si las redes más grandes producen mayores externalidades, el poder de mercado de una empresa puede sustentarse en el tamaño de su red comparada con el tamaño de las otras redes del mismo servicio.

IV.4. Presunta conducta anticompetitiva

La STCCO ha identificado que Telefónica habría venido condicionando la venta de su producto Speedy (acceso a Internet a través de la tecnología ADSL)¹⁴, en el cual tendría una presunta posición de dominio, a la compra de su servicio de telefonía fija. De esta manera, sólo los usuarios que adquieran el servicio de telefonía fija de Telefónica o ya cuenten con él pueden acceder al producto Speedy.

Asimismo, los potenciales efectos exclusivos de esta práctica se producirían en el mercado de telefonía fija, que es el mercado del servicio atado, en el cual Telefónica estaría atravesando por un debilitamiento significativo. Es decir, como se muestra en el gráfico N° 3, Telefónica podría estar tratando de aprovechar el crecimiento experimentado en el servicio de internet mediante ADSL para recuperar su posición en el mercado de telefonía fija.

¹⁰ Church, Jeffrey and Gandal, Neil, "Platform Competition In Telecommunications" (October 2004), CEPR Discussion Paper No. 4659. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=629206>

¹¹ Un efecto de red se refiere a las externalidades positivas para los usuarios que son generadas por el incremento del tamaño de una red.

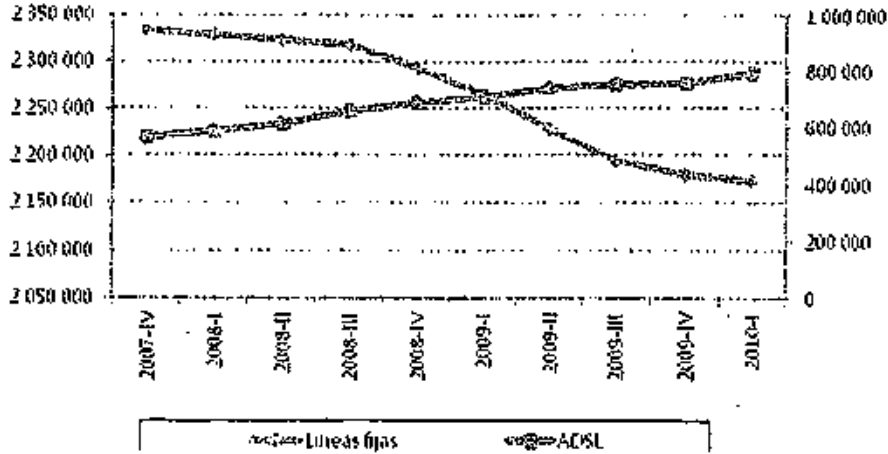
¹² Suomi, Evaluating Network Externalities, 2006.

¹³ Informe N° 008-2001/GRE - definición de mercados relevantes y posición de dominio en la controversia entre AT&T Perú S.A. contra Telefónica por la implementación de una estrategia anticompetitiva Integral e Informe Instructivo N° 001-ST/2008 correspondiente a la controversia entre Nextel del Perú S.A. y Telefónica Móviles S.A.

¹⁴ La empresa Telefónica viene ofreciendo el servicio ADSL, conocido mayormente con el nombre comercial de "Speedy" hace ya más de 8 años.

OSIPTEL	DOCUMENTO	N° 004-CCO/2011	0060
	INFORME	Página: 11 de 14	

Gráfico N° 3: Evolución de líneas en servicio de telefonía fija vs suscriptores de ADSL



Fuente: OSIPTEL
Elaboración: ST

V. CONCLUSION

En la medida que en este caso existen indicios respecto a la utilización de una práctica de atadura y se ha determinado preliminarmente que ésta podría haber sido usada con la intención de excluir a la competencia en el mercado de telefonía fija, esta STCCO considera que, de acuerdo a las disposiciones establecidas en el Reglamento General de OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas, debe solicitarse al Consejo Directivo la conformación de un Cuerpo Colegiado que se encargue de determinar la existencia de las referidas infracciones a las normas de libre competencia y, de ser el caso, de imponer las sanciones que correspondan.

OSIPI TEL	DOCUMENTO	Nº 004-CCO/2011	0061
	INFORME	Página: 12 de 14	

Anexo Nº 1: Definiciones de Empaquetamientos

Los empaquetamientos ocurren cuando los bienes o servicios que podrían ser vendidos separadamente son vendidos como paquete. Generalmente, implica un descuento sobre la suma de los precios de los productos por separado; es decir, $P_p < P_1 + P_2$, el precio del paquete debe ser menor a la suma de los precios individuales de los productos que lo conforman.

Seguendo la clasificación de la literatura económica sobre este tema, los empaquetamientos pueden ser separados en puros o mixtos.

Empaquetamiento Puro:

Este tipo de empaquetamiento ocurre cuando la venta de dos bienes o servicios se puede dar únicamente de forma conjunta, de tal manera que ambos elementos no son vendidos separadamente.

- Es común que cuando los consumidores están interesados en uno de los productos del paquete la empresa provea estos por separados, por lo tanto es poco común que este tipo de prácticas ocurra si es que no existe una justificación técnica. Sin embargo, hay muchos casos en los que este interés por parte de la demanda no existe y en los cuales es mejor comprar el producto en paquete, por ejemplo, los elementos de un auto o los servicios que incluyen el ticket aéreo.

Empaquetamiento Mixto:

Este tipo de empaquetamiento ocurre cuando la venta de dos bienes o servicios se puede dar de forma conjunta o de forma separada. Este tipo de empaquetamiento es la forma más general de esta práctica.

En general, se argumenta que los empaquetamientos puros son realizados en mayor medida por razones tecnológicas, mientras que los empaquetamientos mixtos se sustentan en razones de marketing¹⁵.

Con relación a los efectos de esta práctica en el bienestar social, la revisión de la literatura económica sobre prácticas de empaquetamiento permite evaluar diferentes escenarios bajo los cuales dichas prácticas pueden generar efectos nocivos sobre la competencia.

Atadura (venta atada):

- Ahora bien, un tipo de empaquetamiento que no es exactamente un empaquetamiento puro ni mixto es la atadura o venta atada. Este tipo de empaquetamiento ocurre cuando uno de los bienes que conforman el paquete puede ser adquirido por el usuario únicamente cuando el otro bien es adquirido también.

¹⁵ Nalebuff (2000).

OSIPTEL	DOCUMENTO	Nº 004-CCO/2011	0062
	INFORME	Página: 13 de 14	

Más específicamente, una venta atada ocurre cuando la venta del bien A (el producto atante) se condiciona a la compra del bien B (producto atado)¹⁶. En general, los requisitos básicos para que se produzca una venta atada ilícita son: (i) poder de mercado en el bien atante (ii) coerción explícita (el bien atante no se puede adquirir por separado), (iii) inexistencia de justificación para la venta atada de ambos productos y (iv) existencia de demandas por los productos independientes.

En los primeros casos de este tipo vistos en la jurisprudencia norteamericana, esta práctica era calificada como per se ilegal. Sin embargo, en los casos más recientes las Cortes sólo han considerado ilegal esta práctica en tanto la empresa que la realiza tiene posición de dominio.

DEL

¹⁶ También se reconoce en la literatura los llamados requerimientos atados, que ocurren cuando el vendedor requiere que el consumidor compre no sólo el bien B, sino todas las unidades que requiera del bien B, por lo que los bienes A y B se comercializan en proporciones variables.

OSIPTEL	DOCUMENTO	N° 004-CCO/2011	0063
	INFORME	Página: 14 de 14	

Anexo N°2: Oferta comercial cable módem y ADSL vigente a diciembre 2010

Empresa Operadora	Nombre de Tarifa	Banda Ancha	Velocidad de envío de datos	Tarifa Mensual (Dólares)
AMÉRICAS TELECOMUNICACIONES S.A.	Protección Internet ADSL	ADSL	100Mbps / 10Mbps	\$2,490.00
TELECOMUNICACIONES S.A.	Speedy	ADSL	10Mbps / 1Mbps	\$2,180.00
TELECOMUNICACIONES S.A.	Speedy Hogares	ADSL	10Mbps / 1Mbps	\$2,180.00
STARBUCKS COM S.A.	Speedy Hogares	CABLE MODEM	Plan Básico (10Mbps / 1Mbps)	\$2,180.00
			Plan Básico (10Mbps / 1Mbps)	\$2,180.00
			Plan Básico (10Mbps / 1Mbps)	\$2,180.00
			Plan Básico (10Mbps / 1Mbps)	\$2,180.00
TELECOMUNICACIONES S.A.	Speedy Hogares	CABLE MODEM	10Mbps / 1Mbps	\$2,180.00
TELECOMUNICACIONES S.A.	Internet Hog	CABLE MODEM	10Mbps / 1Mbps	\$2,180.00

Empresa Operadora	Nombre de Tarifa	Banda Ancha	Velocidad de envío de datos	Tarifa Mensual (Dólares)
AMÉRICAS TELECOMUNICACIONES S.A.	Protección Internet ADSL	ADSL	100Mbps / 10Mbps	\$2,490.00
TELECOMUNICACIONES S.A.	Speedy	ADSL	10Mbps / 1Mbps	\$2,180.00
TELECOMUNICACIONES S.A.	Speedy Hogares	ADSL	10Mbps / 1Mbps	\$2,180.00
STARBUCKS COM S.A.	Speedy Hogares	CABLE MODEM	Plan Básico (10Mbps / 1Mbps)	\$2,180.00
			Plan Básico (10Mbps / 1Mbps)	\$2,180.00
			Plan Básico (10Mbps / 1Mbps)	\$2,180.00
			Plan Básico (10Mbps / 1Mbps)	\$2,180.00
TELECOMUNICACIONES S.A.	Speedy Hogares	CABLE MODEM	10Mbps / 1Mbps	\$2,180.00

Empresa Operadora	Nombre de Tarifa	Banda Ancha	Velocidad de envío de datos	Tarifa Mensual (Dólares)
AMÉRICAS TELECOMUNICACIONES S.A.	Protección Internet ADSL	ADSL	100Mbps / 10Mbps	\$2,490.00
TELECOMUNICACIONES S.A.	Speedy	ADSL	10Mbps / 1Mbps	\$2,180.00
TELECOMUNICACIONES S.A.	Speedy Hogares	ADSL	10Mbps / 1Mbps	\$2,180.00
STARBUCKS COM S.A.	Speedy Hogares	CABLE MODEM	Plan Básico (10Mbps / 1Mbps)	\$2,180.00
			Plan Básico (10Mbps / 1Mbps)	\$2,180.00
			Plan Básico (10Mbps / 1Mbps)	\$2,180.00
			Plan Básico (10Mbps / 1Mbps)	\$2,180.00
TELECOMUNICACIONES S.A.	Speedy Hogares	CABLE MODEM	10Mbps / 1Mbps	\$2,180.00

Empresa Operadora	Nombre de Tarifa	Banda Ancha	Velocidad de envío de datos	Tarifa Mensual (Dólares)
AMÉRICAS TELECOMUNICACIONES S.A.	Speedy	ADSL	10Mbps / 1Mbps	\$2,180.00
TELECOMUNICACIONES S.A.	Speedy Hogares	ADSL	10Mbps / 1Mbps	\$2,180.00
			10Mbps / 1Mbps	\$2,180.00
			10Mbps / 1Mbps	\$2,180.00
			10Mbps / 1Mbps	\$2,180.00
			10Mbps / 1Mbps	\$2,180.00
			10Mbps / 1Mbps	\$2,180.00
STARBUCKS COM S.A.	Speedy Hogares	CABLE MODEM	Plan Básico (10Mbps / 1Mbps)	\$2,180.00
			Plan Básico (10Mbps / 1Mbps)	\$2,180.00
			Plan Básico (10Mbps / 1Mbps)	\$2,180.00
			Plan Básico (10Mbps / 1Mbps)	\$2,180.00
TELECOMUNICACIONES S.A.	Speedy Hogares	CABLE MODEM	10Mbps / 1Mbps	\$2,180.00

Fuente: SJRT
Elaboración: ST

OSIPTEL



Anexo 2

Telefónica

OSIPTEL FOLIO
BRE-11 223

0065

10357-2011

Telefónica del Perú S.A.A.

OSIPTEL
30 SEP 2011
RECIBIDO

Expediente : 005-2011-CCO-ST/LC
Escrito : 1
Sumilla : Contesta demanda
Cuaderno : Principal

OSIPTEL FOLIO
CCO 226

VALE
Audrey
Figueroa
Secretari
ST

AL CUERPO COLEGIADO ORDINARIO DEL OSIPTEL

TELEFÓNICA DEL PERU S.A.A. (en adelante, "TELEFÓNICA"), con Registro Único del Contribuyente N° 20100017491, sociedad anónima abierta constituida de conformidad con las leyes de la República del Perú, inscrita en la partida electrónica No 11015760 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima y Callao, con domicilio real en Avenida Arequipa 1155 - Santa Beatriz, Lima, debidamente representada por el doctor Antonio José Rodríguez Lobatón, identificado con DNI No 07763720, según poder inscrito en la partida electrónica correspondiente a nuestra empresa, en los seguidos de oficio por el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (en adelante "OSIPTEL") por la supuesta comisión de actos contrarios a las normas de libre competencia, ante usted respetuosamente nos presentamos y decimos que:

El 16 de septiembre de 2011 hemos sido notificados con la Resolución No. 001-2011-CCO del Cuerpo Colegiado Ordinario (en adelante, el CCO) mediante la cual se da inicio de oficio al presente procedimiento por la presunta comisión de actos contrarios a la libre competencia en la modalidad de ventas atadas realizadas en el mercado de telefonía fija e Internet, infracción que estaría tipificada en el artículo 10° de la Ley de represión de conductas anticompetitivas aprobado mediante Decreto Legislativo No-1034 (en adelante, Ley de Libre Competencia).

Como podrá advertir el digno CCO, por los argumentos que expondremos a continuación, TELEFÓNICA ha respetado en todo momento las normas de libre y leal

Ley de Libre Competencia

Artículo 10o.- El abuso de la posición de dominio.-

(...)

10.2. El abuso de la posición de dominio en el mercado podrá consistir en conductas de efecto excluyente tales como:

(...)

c) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;

(...)

Telefonica

OSIPTEL	FOLIOS
CCO	270

OSIPTEL	FOLIOS
GRE-CC	924

227 VALE
Audrey Telefonica del Perú S.A.A.
Figueroa
Secretaría
ST

0066

competencia y no es procedente en tal sentido el inicio de la presente controversia. En línea con lo anterior y al amparo de lo establecido en el artículo 90° de la Resolución de Consejo Directivo No. 010-2002-CD/OSIPTEL, Reglamento General de OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas (en adelante, el Reglamento Solución de Controversias)², procedemos a presentar en las siguientes páginas nuestros descargos al procedimiento de Oficio.

1. ANTECEDENTES

1.1. La investigación preliminar

Conforme se precisa en la Resolución No. 001-2011-CCO, el procedimiento de oficio queda inicio a la presente controversia se fundamenta en el Informe No. 004-CCO/2011 (Investigación Preliminar de Oficio: Supuesta práctica de atadura en el mercado peruano de servicios públicos de telecomunicaciones) realizado por la Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados. El Informe N° 001-2004/GRE (en adelante, el Informe de la Secretaría Técnica) contiene un análisis preliminar, realizado a partir de la evidencia obtenida por la Gerencia de Fiscalización y Supervisión con ocasión de una serie de acciones de supervisión llevadas a cabo por dicho órgano desde las oficinas de OSIPTEL hacia los servicios de telegestión comercial de TELEFÓNICA en las ciudades de Trujillo y Huancayo referidas a las condiciones en las que se ofrece el servicio de acceso a Internet en todo el territorio peruano.

De acuerdo con lo señalado en el Informe de la Secretaría Técnica, la evidencia aportada por la Gerencia de Fiscalización permitiría efectuar las siguientes conclusiones de hecho:

- 1.- De la revisión de los modelos contractuales de los servicios Speedy, Speedy Negocios y Speedy Negocios Avanzado, advierte la Secretaría Técnica que

² Reglamento de Solución de Controversias

Artículo 90o.- Traslado de la Resolución que da inicio al Procedimiento. La resolución a que se refiere el artículo anterior será puesta en conocimiento de las partes involucradas a través de los medios de notificación previstos por el presente Reglamento. En ella se otorgará un plazo común e

Telefonica

CCO 771

OSIPTEL FOMIPS
GRE-CC 625

228 VALE
Aca Rudy Telefonica del Perú S.A.A. 0067
Figueroa
Secretaría
ST

se ha establecido como requisito indispensable para la prestación del servicio de acceso a Internet con la tecnología ADSL la obligación de contar con una línea de telefonía fija o caso contrario tener la obligación de adquirir una.

- 2.- De las acciones de supervisión realizadas por la Gerencia de Fiscalización y Supervisión se habría determinado que TELEFÓNICA no ofrece ninguna oferta de acceso a Internet sin la contratación previa o simultánea de una línea fija por parte del interesado en la contratación del servicio de acceso a internet a través de la tecnología ADSL.
- 3.- Asimismo, de las acciones de supervisión mencionadas se habría determinado que TELEFÓNICA, no ofrece el servicio de acceso a internet si es que previamente no se contrata una línea telefónica adicional a la que el usuario ya posee con otra empresa.

1.2. El análisis de la Secretaría Técnica

Luego de concluir que TELEFÓNICA no ofrece el servicio de acceso a Internet desligado del servicio de telefonía fija, la Secretaría Técnica realiza el siguiente análisis al final del cual concluiría que existen suficientes indicios que revelarían de la existencia de una cláusula de atadura y que ésta podría haber sido usada con la intención de excluir a la competencia en el mercado de telefonía fija.

El servicio involucrado en la atadura que estaría realizando TELEFÓNICA es el servicio de Internet que utiliza la tecnología DSL, en la modalidad de ADSL, la cual permite transmitir voz y datos a través de las líneas telefónicas alámbricas, utilizando el par de cobre pero a través de diferentes frecuencias.

En el Perú, con cifras del mercado de acceso a Internet del mes de marzo de 2010, la demanda de tecnología de acceso a Internet se distribuye de la siguiente

improrrogable de diez (10) días para que las partes definan mediante un escrito sus pretensiones y posiciones, así como para que ofrezcan los medios probatorios pertinentes.

Telefonica

OSIPTEL CCO	FOLIOS 772	OSIPTEL GRE-CC	FOLIOS 626
----------------	---------------	-------------------	---------------

229 VALE
Auditor
Figueroa
Secretaria
ST

Telefónica del Perú S.A.A.

0068

forma: ADSL (80,37%)³, seguido por el cable módem (4,24%). Asimismo, el Informe de la Secretaría Técnica –contradiendo con la cifra anterior- señala que se observa que las conexiones con la tecnología ADSL han pasado de 1,1% a 91% entre el año 2001 y 2009 reemplazando principalmente a la tecnología dial-up.

De esta forma, el Informe de la Secretaría Técnica define el servicio relevante como el servicio de Internet de banda ancha, el cual incluye únicamente las tecnologías ADSL y cable módem.

Respecto del ámbito geográfico, el Informe de la Secretaría Técnica señala que dado que el servicio de banda ancha requiere que la conexión, ya sea alámbrica o inalámbrica, sea efectuada en el lugar de residencia del usuario, los usuarios sólo dispondrían de la oferta que se brinde en el distrito donde habite el usuario, dado que la empresa investigada es TELEFÓNICA, el ámbito geográfico abarcará los distritos en los cuales ésta ofrece su servicio de Internet de banda ancha.

Con relación a la presunta posición de dominio en el mercado de Internet, la Secretaría Técnica encuentra que TELEFÓNICA tiene una participación del orden del 100% en 18% de todos los distritos a nivel nacional, lo cual indicaría que la participación de las demás empresas es casi nula y sólo en seis departamentos TELEFÓNICA tiene una cuota menor a 100%.

También la Secretaría Técnica hace una referencia a las barreras del mercado, señalando que la posesión de una red de acceso al usuario es un factor primordial, en tal sentido, dado que TELEFÓNICA es la empresa dominante en el mercado de telefonía fija, el acceso al bucle local constituye una barrera estructural de entrada al mercado dado que dicha red constituye una facilidad esencial. Asimismo, la Secretaría Técnica advierte respecto del efecto de las externalidades de red, concluyendo que redes más grandes producen mayores externalidades, por tanto el poder de mercado de una empresa puede sustentarse

³ La cifra de 87,04% que aparece en el Informe de la Secretaría Técnica está errada pues corresponde al total de conexiones de acceso a Internet alámbricas con relación al total del mercado de banda ancha.

Telefonica

USIPIEL FORIPOS
CCO 773

GRE-CC 067

230 VALE
Aud. Audrey
Figueroa
Secretaría ST

Telefónica del Perú S.A.A.

0069

en el tamaño de su red comparada con el tamaño de las otras redes del mismo servicio.

Sobre la base del análisis que hemos reproducido, la Secretaría Técnica arriba a las siguientes conclusiones:

- 1.- Los potenciales efectos exclusorios de la práctica se producirían en el mercado de telefonía fija, que es el servicio atado, en el cual TELEFÓNICA estaría atravesando un debilitamiento significativo.
- 2.- TELEFÓNICA podría estar intentando aprovechar el crecimiento experimentado en el servicio de Internet mediante ADSL para recuperar su posición en el mercado de telefonía fija.
- 3.- Dadas las conclusiones 1 y 2 se afirma que existirían indicios respecto de la utilización de una práctica de atadura y se ha determinado que esta podría haber sido usada con la intención de excluir a la competencia en el mercado de telefonía fija.

Según la Secretaría Técnica, los hechos antes detallados (los cuales, como se demostrará, son meras especulaciones no soportadas en evidencia o, en el mejor de los casos, una interpretación incompleta respecto del mercado de acceso a Internet) constituirían indicios suficientes de un presunto acto contrario a la libre competencia en el que estaría incurriendo TELEFÓNICA, dada la vinculación contractual de su servicio de acceso a Internet a través de la tecnología ADSL con el servicio de telefonía fija. De acuerdo con el Informe de la Secretaría Técnica, existiría suficiente evidencia de que dicha práctica estaría generando para TELEFÓNICA una ventaja anticompetitiva en la medida que con ello estaría afectando el mercado de telefonía fija.

Como se explicará más adelante, TELEFÓNICA discrepa respetuosamente de las conclusiones de hecho a las que se arriba en el Informe de la Secretaría Técnica. Nuestra empresa considera que, la lógica desarrollado por la Secretaría Técnica para concluir que TELEFÓNICA estaría cometiendo una ofensa al mercado es

Telefonica

OSIPTEL	CCO	2/4	GPE-CC	d/23
---------	-----	-----	--------	------

231 VALE
Audrey Figueras - Secretaria ST
Telefónica del Perú S.A.A.

0070

errónea. Estimamos, que en su análisis la Secretaría Técnica ha obviado una serie de circunstancias que, de haber sido tomadas en cuenta, la hubieran llevado no sólo a concluir que la conducta comercial de TELEFÓNICA respecto de su servicio de acceso a Internet no afecta al mercado, sino adicionalmente, que el OSIPTEL ha tenido la oportunidad de revisar en numerosas ocasiones las políticas comerciales de nuestra empresa y las ha encontrado plenamente justificadas en la medida que no realizó mayor reparo sobre las mismas en su oportunidad.

1.3. Argumentos del CCO para iniciar una controversia de oficio.

Conforme se evidencia de la Resolución que da inicio al presente procedimiento, los argumentos de los cuales se ha valido el CCO, tomados en su mayoría del informe de la Secretaría Técnica, para concluir que TELEFÓNICA habría incurrido en una infracción a las normas de libre y leal competencia son las siguientes:

- 1) Según el CCO, existirían indicios de que TELEFÓNICA habría incurrido en conductas anticompetitivas en la modalidad de abuso de posición de dominio a través de la realización de ventas atadas, las mismas que se encuentran tipificadas en la Ley de Libre Competencia.
- 2) Para el CCO la práctica bajo investigación podría tener el efecto de exclusión en el mercado de telefonía fija, dada la posición de dominio que tendría dicha empresa en el mercado de Internet a través de la tecnología ADSL, pudiéndose generar un perjuicio a la dinámica competitiva en el mercado de telefonía fija, reforzando su posición en el mercado de Internet y causando un perjuicio a sus competidores en el mercado de telefonía fija.

De acuerdo con lo señalado por el CCO, el acto constitutivo de la presunta infracción en la que habría incurrido TELEFÓNICA consistiría en la provisión conjunta del servicio de ADSL con el servicio de telefonía, la misma que constituiría una atadura en la medida que el usuario que desea adquirir el servicio de ADSL tiene la obligación de contar con una línea de telefonía fija o, en caso contrario, adquirir una. En este sentido, se estaría constituyendo un

Telefonica

OSIPTEL FOLIOS
CCO 2/5

OSIPTEL FOLIOS
GRE-CC 029

232 VALE
Audrey Figueiroa - Secretaria ST

007:

empaquetamiento forzoso de los servicios de acceso a Internet y telefonía fija, sin que exista la posibilidad de contratar el servicio de Internet por separado. Al respecto la Secretaría Técnica habría evaluado las características del servicio de Internet a través de la tecnología ADSL, entre otra información, concluyendo que no existirían criterios estrictamente técnicos que justifiquen esta venta atada. Asimismo, TELEFÓNICA contaría con posición de dominio en el mercado de Internet de banda ancha.

Como ya hemos indicado anteriormente, nuestra empresa considera respetuosamente que las consideraciones que ha tomado en cuenta el CCO para dar inicio al presente procedimiento no pueden servir de forma alguna para concluir que las supuestas acciones imputadas a TELEFÓNICA por la Secretaría Técnica son sancionables al amparo de lo dispuesto en la Ley de Libre Competencia.

2. LA DEFENSA DE TELEFÓNICA

2.1. Regulación vs libre competencia

Con relación con a la presente controversia, consideramos que el CCO debe actuar con mucha prudencia y cautela, ello en la medida que la misma versa sobre materias que ya han debido ser evaluadas en su momento por el OSIPTEL y forman parte en gran medida de su potestad regulatoria, así como dentro del ámbito de actuación del MTC. Para sustentar nuestra posición estimamos conveniente detallar cuál es la relación existente entre la regulación y las normas de libre competencia, así como el criterio adoptado por la normativa peruana en la materia.

Como ha indicado con acierto el profesor HOVENKAMP, como principio general puede sostenerse que a menor intervención regulatoria mayor espacio para la aplicación de las normas de libre competencia. La intervención de las autoridades de competencia (categoría en la que comprendemos por la jurisprudencia acumulada sobre el particular, en lo que sigue, al CCO) para controlar conductas

Telefonica

CCO	27/6
-----	------

USVILL	FOLIOS
GRUCC	07/0

233 VALE

Alis Rudyra
Figueroa

Telefónica del Perú S.A.A.
Secretaría ST

0072

ejecutadas por particulares que operan en mercados regulados se considera apropiada, a juicio de dicho autor, cuando dichas conductas: (i) generan o pueden generar un efecto anticompetitivo y (ii) son realizadas sin haber sido supervisadas por los órganos de línea del organismo regulador⁴.

Antiguamente, se concebía a la regulación como un "compartimiento cerrado". Un mercado podía ser calificado como "regulado" o "no regulado". Si el mercado era calificado como "regulado" no cabía la aplicación de las normas de libre competencia. En esos casos, las agencias de competencia se encontraban obligadas a establecer que la autoridad regulatoria era la competente para supervisar la conducta. Todas las conductas realizadas dentro de un mercado "regulado" se presumían exentas o inmunes al escrutinio de la normativa de libre competencia.⁵

Esta perspectiva hoy ha sido superada pues se comprobó que partía de una concepción "idealista" de los organismos reguladores. Se entendió que éstos no eran capaces de supervisar todas las conductas de los agentes regulados ya que no contaban con información completa. Además, la división entre "mercados regulados" y "no regulados" fue dejada de lado toda vez que, en alguna medida, todos los mercados se encuentran sujetos a regulación⁶.

⁴ HOVENKAMP, HerberL. *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and it's practice*. Segunda Edición. Pág. 699. Sobre el particular el autor señala específicamente lo siguiente:

"To state a general principle, the less the regulatory regime interferes with the workings of the market, the more room for antitrust. Intervention under the antitrust laws is generally appropriate with respect to market decisions that (a) are actually or potentially anticompetitive; and (b) are made according to the discretion of private firms without effective agency supervision".

⁵ Ibid. Pág. 703. HOVENKAMP expone esta idea del siguiente modo:

"The traditional approach to antitrust in the regulated industries viewed regulation as a closed box, and a particular market as either "regulated" or "unregulated". If the former, antitrust was generally unwelcome or at least seriously confined. Within this paradigm, the antitrust tribunal was generally call upon to determine the "pervasiveness" of the regulatory regime. If it was deemed to be pervasive, then all activities within that regime were presumptively exempt from antitrust scrutiny."

⁶ Ibid. Pág. 703. En palabras de Hovenkamp:

"This approach is built on a rather optimistic model of agency decision making. In an ideal regulatory regime, an agency considering a regulated firm's request would determine all relevant social and economic implications, including the impact on competition. (...)

But the deregulation movement has changed our perceptions of both the nature and domain of regulation. First, real world decision making is never as comprehensive or elegant as the previous paragraph suggests. Invariably, agencies do not pass on every relevant issue. No matter how "thick" the underlying regime, the agency does not collect all relevant information and consider all

En la actualidad, se considera que para determinar cuándo deben aplicarse las normas de libre competencia en un mercado regulado la pregunta fundamental es la siguiente: ¿La conducta "se encuentra/debería encontrarse" regulada por los órganos de línea del organismo regulador o "se encuentra/debería encontrarse" regulada por la autoridad de competencia? Lo que importa en este contexto es si la conducta que se cuestiona constituye el producto de una política regulatoria o ha sido aprobada por los órganos competentes del organismo regulador o si, por el contrario, la conducta no se encuentra sujeta a supervisión alguna⁷.

Los siguientes criterios pueden ayudar a establecer casos en los que la regulación debe prevalecer frente a la aplicación de las normas de libre competencia: (i) cuando la conducta versa sobre una materia de competencia expresa de los órganos de línea del organismo regulador, (ii) cuando los órganos de línea del organismo regulador han tenido la posibilidad de revisar la conducta investigada, (iii) cuando los órganos de línea del organismo regulador han analizado apropiadamente los posibles efectos anticompetitivos de la conducta, (iv) cuando la aplicación de las normas de libre competencia crearía distorsiones en el trabajo de los órganos de línea del organismo regulador, o (v) cuando los órganos de línea del organismo regulador poseen conocimientos que no posee la autoridad de competencia⁸.

relevant factors. Indeed, often it may not consider certain antitrust-related issues at all. As a result, some elements of the regulated firm's conduct are supervised by a regulatory agency, while others are not. (...)

Second, today we are more inclined to think of all markets as "regulated" to some degree. Antitrust is a form of "regulation"—that is, of sovereign intervention into the marketplace to force a solution different from that unrestrained private bargaining would produce. Viewed in this way, property, tort and contract rules established under common law are a form of regulation."

⁷ Ibid. Pag.704. Como lo expresa Hovenkamp:

"Within this perspective, which is heavily influenced by the deregulation movement, the whole question of antitrust involvement becomes much more particularized, in two different senses. First, the pervasiveness of the general regulatory regime is relatively unimportant. Second, we generally do not divide the territory into "regulated" and "unregulated" aspects of a firm's behaviour. Rather, we consider whether the activity is or should be "regulated by the agency" or "regulated by the antitrust laws". What we really want to know is whether the conduct being challenged was instigated by a public regulatory agency, or perhaps approved after a fairly full review of the merits; or whether the challenged restraint resulted from the essentially unsupervised conduct of a private firm. (...)

⁸ Ibid. Pag.704. Hovenkamp desarrolla este punto de vista de la siguiente manera:

"In sum, whether the regulatory regime is "pervasive" is not nearly as important as is the answer to questions such as (1) whether the conduct being challenged was within the jurisdiction of the agency; (2) whether it was actually presented to the agency for review; (3) whether the agency

Telefónica

CCO	2/13	GRE-CC	132
235	VALE	Audrey Telefónica del Perú S.A.A.	
Figueroa - Secretario ST			

0074

El Decreto Supremo No. 008-2001-PCM, Reglamento General del OSIPTEL, establece en su artículo 12º que las normas de libre competencia son supletorias a las disposiciones normativas o regulatorias que dicte este organismo en el ámbito de su competencia y que en caso de algún conflicto entre las normas regulatorias y las de competencia primarán las primeras⁹.

appropriately reviewed potential anticompetitive consequences; (4) whether application of the antitrust laws at this particular instance would create inconsistent mandates or would frustrate the operation of the regulatory process; and (5) whether the agency has special expertise not generally available to antitrust tribunals to evaluate a particular claim."

En línea sustancialmente similar a la desarrollada por Hovenkamp, puede revisarse: SULLIVAN, Thomas y Jeffrey L. HARRISON, *Understanding Antitrust and its Economic Implications*, Third Edition, Pags. 70-77, quienes reconocen que cuando no existe una norma explícita que declare que el organismo regulador es la autoridad competente deben analizarse dos condiciones: (i) si el organismo regulador ha ejercido explícitamente su autoridad para controlar la conducta de tal manera que la aplicación de las normas de libre competencia interferiría con la regulación y (ii) si la regulación sobre una determinada conducta resulta ser tan importante que se ha determinado que la competencia no es el medio adecuado para reivindicar el interés público. A continuación, transcribimos el texto original:

"Thus, we must consider explicit statutory exemptions, where the expressed intent was to displace competition, and implied exemptions allowed by the courts. Implied exemption require two conditions:

(1) when a regulatory agency has, with Congressional approval, exercised explicit authority over the challenged practice itself (as distinguished from the general subject matter) in such a way that antitrust enforcement would interfere with regulation, and (2) when regulation is so pervasive that Congress is assumed to have determined competition to be an inadequate means of vindicating the public interest"

Puede revisarse, asimismo: AREEDA, Phillip, *Antitrust Analysis. Problems, Text, Cases*, Pags. 112-117. Para Areeda, cuando una corte se encuentra frente a una demanda por infracciones a las normas de libre competencia respecto de una empresa regulada deben examinarse los siguientes aspectos: (1) si la existencia del régimen regulatorio inmuniza a la conducta del escrutinio bajo normas de libre competencia o si la autoridad regulatoria llena la potestad expresa o implícita de inmunizarla, (2) si la autoridad regulatoria ya ha inmunizado la conducta del escrutinio de las normas de libre competencia, (3) Si no lo ha hecho, si la autoridad regulatoria tiene aún la posibilidad de hacerlo, (4) Incluso si no existe inmunidad para la conducta realizada, si es que puede la corte requerir a la autoridad regulatoria que verifique la razonabilidad de la conducta alegada como anticompetitiva. A continuación, transcribimos el texto original:

"As a practical matter, the court confronted with an antitrust claim concerning conduct by a regulated firm must face one or more of the following questions. (1) Does the very existence of the regulatory regime administered by the agency immunize the challenged conduct, or does the agency have the express or implied power by affirmative action to confer such immunity? (2) Has the agency already immunized it? (3) If not, should the agency now have the opportunity to do so? (4) Even if there is no immunity for future or past conduct, should the court require the parties to seek the agency's judgement on either the reasonableness of the challenged conduct or on any relevant fact?"

⁹ Reglamento General de OSIPTEL

Artículo 12o.- Principio de Supletoriedad

Las normas de libre competencia son supletorias a las disposiciones normativas y/o regulatorias que dicte el OSIPTEL en el ámbito de su competencia. En caso de conflicto primarán las disposiciones dictadas por el OSIPTEL.

Telefónica

CCO	279	OSIPI TEL	FORMS
		GRE-CC	033

236 VALE
Luis Audrey Telefónica del Perú S.A.A.
Figueroa - Secretaría ST

0075

De lo hasta aquí expuesto se desprende que la aplicación de las normas libre competencia en un mercado regulado es subsidiaria o supletoria. OSIPTEL ha acogido expresamente, a través de los Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Libre Competencia en el Ámbito de las Telecomunicaciones aprobados por la Resolución No. 003-2000-CD/OSIPTEL (en adelante, los Lineamientos de Libre Competencia), el principio de supletoriedad de las normas de libre competencia¹⁰ cuyo texto reproducimos:

"En el mercado de las telecomunicaciones, el marco regulatorio existente desarrolla los principios de libre competencia consagrados por la Constitución Política del Perú, entendiéndose, por tanto, que la aplicación del marco regulatorio del sector constituye una manera de hacer cumplir los principios de libre competencia. En los mercados regulados decisiones básicas como las tarifas, calidad de servicio o condiciones de comercialización son establecidas, con el objetivo de emular un mercado competitivo.

Teniendo en cuenta la existencia de dos marcos normativos, uno específico del sector de las Telecomunicaciones y otro de aplicación general, resulta necesario que los presentes lineamientos establezcan cómo OSIPTEL va a compatibilizar la aplicación de los mismos.

La posición que acoge OSIPTEL refleja la tendencia que se puede apreciar en otros países donde existen situaciones similares. OSIPTEL entiende que para la promoción y preservación de la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones, se aplicará la normativa específica del sector y de manera supletoria la normativa general de libre competencia. Este principio, a su vez, está recogido en el punto 111 de los Lineamientos de Políticas de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones. Así, si bien el punto de partida es la aplicación de la normativa específica del sector -entendiéndose dentro de ésta al marco regulatorio específico-, también se admite la aplicación del marco general de libre competencia para corregir problemas no cubiertos expresamente por la normativa específica del sector, o para encontrar principios de interpretación que permitan una más adecuada aplicación de la referida normativa.

Esto implica que OSIPTEL aplicará las normas generales de libre competencia en el supuesto que una determinada práctica o conducta no esté tipificada o cubierta de

¹⁰ Este principio, fue a su vez recogido en el numeral 111 de los Lineamientos de Políticas de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones.

Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones del Perú

111. Para la promoción y preservación de la libre y leal competencia en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, los órganos competentes del Sector aplicarán la normativa sectorial específica y, supletoriamente, en cuanto sean pertinentes, las disposiciones de los Decretos Legislativos Nos. 701 y 807, las del Decreto Ley No 26122 y disposiciones modificatorias, complementarias, ampliatorias y conexas.

Telefonica

OSIPTEL FOLIOS
CCO 2/30

OSIPTEL FOLIOS
GNE-CC 039

237 VALE
Audi Audrey Figueiroa - Secretaria ST 0076
Telefónica del Perú S.A.A.

manera expresa por la normatividad específica del sector, pero genere, sin embargo, efectos anticompetitivos" (el énfasis es agregado).

De acuerdo con los Lineamientos de Libre Competencia, OSIPTEL debe aplicar las normas generales de libre competencia sólo cuando una determinada práctica o conducta no esté tipificada o cubierta de manera expresa por la normatividad específica del sector, pero genere, sin embargo, efectos anticompetitivos.

Siendo ello así, las alegaciones realizadas en el presente caso por la Secretaría Técnica no son plausibles. De un lado, la política sectorial adoptada por el regulador ha sido contraria a lo señalado en el Informe de la Secretaría Técnica. Del otro, no se explica cómo es que – en opinión de la Secretaría Técnica – es posible intuir que TELEFÓNICA ha violado las normas de libre competencia si se ha limitado a cumplir estrictamente con lo que en algún momento OSIPTEL estableció como parte de la regulación vigente.

En línea con la posición que nuestra empresa defiende en este documento, el CCO a cargo de la controversia seguida por ATT contra Telefónica del Perú (Exp. N° 003-2001 – Res. N° 052-2002-CCO/OSIPTEL) afirmó el principio de que los órganos de solución de controversias entre empresas de OSIPTEL, al resolver casos de libre competencia, no pueden sustituirse en el papel de los órganos encargados de elaborar las normas regulatorias y mucho menos alterar el delicado equilibrio establecido al diseñarse la política regulatoria. Precisamente por eso, el CCO a cargo de dicha controversia indicó textualmente lo siguiente:

"la [alegada] negativa de programación del número 133 en la red de TELEFÓNICA debe ser analizada en virtud de las normas específicas del sector telecomunicaciones y no en función de las normas de libre y leal competencia. En efecto, la regulación del sector contiene las reglas sobre las cuales debe determinarse si en el presente caso existe una infracción [...]" (el énfasis es agregado)

Si en algo se parecen las circunstancias que rodeaban al caso antes reseñado con las que se vinculan a las imputaciones realizadas por la Secretaría Técnica en esta ocasión es en la existencia de regulación y pronunciamiento expreso por parte de OSIPTEL con relación al modelo de provisión del acceso a internet de

Telefónica

OSIPTEL	FOLIOS	OSIPTEL	FOLIOS
CCO	2/38	GRE-CC	085

238 VALE Telefónica del Perú S.A.A.
Aval Audrey Figuerola - Secretarías ST 0077

TELEFÓNICA a través de la tecnología ADSL. Allí donde este pronunciamiento existe, el CCO debe limitarse a la estricta aplicación de lo dispuesto por los órganos de línea de OSIPTEL o, de ser el caso, de inhibirse de actuar. Esta línea de procedimiento ha sido acogida una y otra vez en nuestro ordenamiento.

En el procedimiento seguido por Red Privada Virtual con Telefónica del Perú (Exp. N° 006-2004 - Res. N° 002-2004-CCO/OSIPTEL) sobre supuestas infracciones a las normas de libre competencia, la empresa demandante cuestionó la tarifa de un plan telefónico que había sido previamente aprobada por los órganos de línea de OSIPTEL¹¹. En dicha oportunidad, el CCO reiteró que no formaba parte de su función revisar nuevamente materias que habían sido objeto de previa revisión por parte de los organismos de línea de OSIPTEL. La siguiente cita resume el punto de vista del órgano de solución de controversias entre empresas:

«Conforme a lo expresamente señalado por RED PRIVADA VIRTUAL, la práctica materia de su demanda consiste en que TELEFÓNICA "valiéndose de la posición dominante que posee ha creado este plan tarifario discriminando al resto de ISPs". En consecuencia, la existencia misma de la Línea Premium ofrecida por TELEFÓNICA constituiría la práctica o conducta materia de su demanda.

Dado que la Línea Premium ha sido materia de una aprobación administrativa a cargo de la Gerencia General de OSIPTEL, se entiende que RED PRIVADA VIRTUAL controvierte indirectamente la validez del acto administrativo a través del cual OSIPTEL autorizó la entrada en vigencia del plan tarifario. Dicho acto administrativo no es susceptible de ser analizado vía un procedimiento de solución de controversias.

En efecto, TELEFÓNICA siguió el procedimiento regular para introducir al mercado el plan tarifario "Línea Premium" al solicitar la aprobación de OSIPTEL, por lo que la actuación de esta empresa goza de la presunción de licitud establecida en el inciso 9° del artículo 230° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, al haber actuado con la diligencia debida y con respeto a la normatividad vigente. Asimismo, la comercialización del referido plan se basó en un acto administrativo de OSIPTEL - la aprobación - que goza de la presunción de legitimidad establecida en el artículo 9° de la Ley del Procedimiento Administrativo General y por tanto es plenamente eficaz. En tal sentido, este Cuerpo Colegiado no resulta competente para revisar el acto administrativo de aprobación del plan tarifario denominado Línea Premium.

¹¹ Nótese la enorme semejanza con las imputaciones realizadas por la Secretaría Técnica en el presente procedimiento.

Telefonica

CCO	FOLIOS 2/32	OSIPTEL GRE-CC	FOLIOS 07/6
-----	----------------	-------------------	----------------

239 VALE
Aud Audley Telefonica del Perú S.A.A. 0078
Figueroa - Secretario ST

en la medida que como ya se ha mencionado, la evaluación de dicho plan y de sus condiciones, así como la autorización para que el mismo pueda ser comercializado, es de cargo de la Gerencia General de OSIPTEL (...)

Por ello, tampoco podría ordenar las medidas correctivas solicitadas por RED PRIVADA VIRTUAL consistentes en que se modifique la Línea Premium, toda vez que - como ha quedado claro - la aprobación o modificación de dichos planes es una facultad de la Gerencia General de OSIPTEL.

(...)

Por lo expuesto, debe declararse improcedente la demanda presentada por RED PRIVADA VIRTUAL, conforme a lo establecido en el inciso 4° del artículo 427° del Código-Processal Civil» (el énfasis es agregado).

La extensa glosa que hemos reproducido pareciera haber sido redactada no sólo para resolver el caso en el que se enfrentaron Red Privada Virtual y TELEFÓNICA, sino también para analizar el presente caso. En el procedimiento de autos, la Secretaría Técnica pretende que un CCO reconozca que TELEFÓNICA valiéndose "de una práctica de atadura (...) que podría haber sido usada con la intención de excluir a la competencia en el mercado de telefonía fija". En este contexto, este proceso parece diseñado para contradecir indirectamente los pronunciamientos a través de los cuales los órganos de línea de OSIPTEL estimaron que la oferta de acceso a Internet de TELEFÓNICA a través de la tecnología ADSL no resultan conforme con la legislación vigente.

Esta posibilidad resultaría contraria no sólo a la línea jurisprudencial acogida previamente por los órganos de solución de controversias de OSIPTEL, sino que violenta además el razonamiento adoptado sobre temas similares en el INDECOPÍ. La Comisión de Libre Competencia del INDECOPÍ ha sostenido en efecto que, no obstante que las normas generales de competencia tienen un papel que jugar en el ámbito de los mercados regulados, éstas sólo pueden operar cuando no existe pronunciamiento expreso del regulador.

Así, por ejemplo, en el caso Paneles Napsa con Edelnor (Resolución No. 006-2002-CLC/INDECOPÍ), la Comisión de Libre Competencia declaró que, si bien por regla general, "(...) las disposiciones regulatorias sustituyen a las reglas del mercado", es innegable el principio con arreglo al cual "donde no exista

Telefonica

CCO	2/23	OSIPTEL	FOLIO
		GRE-CC	0079

240 VALE

A la Audy Telefonica del Perú S.A.A.
Figueras - Secretaría ST

regulación se aplicarán las disposiciones de libre competencia". Es menester destacar, por lo demás, que – al igual como ocurre en el ámbito de las telecomunicaciones – en el sector energético existe una disposición (se trata del artículo 12 del Reglamento del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Energía y Minería, aprobado mediante Decreto Supremo No. 054-2001-PC) que establece expresamente que "las normas de libre competencia son supletorias a las disposiciones y/o normativas que dicte OSINERG, en el ámbito de su competencia".

En las líneas que siguen, detallaremos cómo –aplicando las pautas antes reseñadas– sólo puede llegarse a la conclusión de que el modelo comercial del servicio de acceso a Internet a partir de la tecnología ADSL de TELEFÓNICA ya ha sido puesto revisado por el OSIPTTEL y por lo tanto el CCO carecería de competencia para pronunciarse sobre las materias puestas en su conocimiento por parte de la Secretaría Técnica.

2.2. TELEFÓNICA ha actuado dentro de un marco autorizado: sus tarifas y modelo comercial fueron aprobados por OSIPTTEL.

Antes que cualquier análisis debemos recordar que en el año 2000, se encontraba vigente la redacción original del lineamiento 109 de los Lineamientos de política de apertura del mercado de telecomunicaciones del Perú aprobados por Decreto Supremo No. 020-98-MTC (en adelante, Lineamientos de Apertura) con el siguiente texto:

"109. TdP tiene, además de las que le resulten de las estipulaciones de los contratos de concesión de que sea titular, las siguientes obligaciones:

a) Someter a aprobación del OSIPTTEL, las tarifas de los servicios públicos que ofrece, así como los planes de descuentos y promociones en general. Todas las tarifas y descuentos de TdP y aprobadas por OSIPTTEL deberán ser publicadas con anticipación a su puesta en vigencia. Las promociones y ofertas de hasta 3 meses respecto a sus tarifas que hagan los distintos operadores deberán ser comunicadas a OSIPTTEL en un plazo de al menos 3 días útiles antes de su difusión.

Telefónica

OSIPTEL	FORJOS	OSIPTEL	FORJOS
CCO	2/34	GRE-CC	0/38

241 VALE
Aud. Audrey
Figueroa - Secretaría ST
Telefónica del Perú S.A.A. 0080

b) En cumplimiento de las normas que prohíben los subsidios cruzados, las tarifas de TdP de servicios en competencia y que son ofrecidos por sus competidores a través del acceso a las instalaciones esenciales de TdP, estarán sujetas a una prueba periódica de imputación, que consiste en que las tarifas minoristas para servicios en competencia cobradas por TdP, deberán cubrir los costos de prestación del servicio en competencia que incluyan los costos de las instalaciones esenciales." (el énfasis es agregado)

Es decir, de acuerdo con la norma señalada TELEFÓNICA se encontraba en la obligación de someter a aprobación de OSIPTEL las tarifas, ya sea regular o promocional, de cualquier servicio de telecomunicaciones que prestara, obligación que era independiente de la regulación sobre el particular plasmada en los Contratos de Concesión¹². En aquella oportunidad TELEFÓNICA sometió a autorización de OSIPTEL el diseño comercial de su producto de acceso a Internet vía ADSL.

Efectivamente, mediante cartas NNo. GGR.651.A-142-00, GGR.651.A-143-00, GGR.651.A-238-00 y GGR.651.A-265-00 del año 2000, TELEFÓNICA, presentó sendas solicitudes para lograr la aprobación de las tarifas máximas fijas aplicables al servicio de transmisión de datos mediante circuitos virtuales ATM con acceso ADSL.

Dichas comunicaciones tuvieron una respuesta favorable por parte de OSIPTEL, de tal suerte que en el mes de agosto del año 2000, mediante Resolución No. 36-2000-CD/OSIPTEL, aprobó las tarifas máximas fijas aplicables a prestaciones de transmisión de datos mediante circuitos virtuales ATM con acceso ADSL de TELEFÓNICA. Sólo una vez obtenida la mencionada aprobación, en el mes de agosto del 2001 TELEFÓNICA empezó a comercializar el servicio de acceso a Internet a través de la tecnología ADSL, modalidad de acceso que hasta dicho momento no se venía brindando en el Perú.

Así, el artículo 1° de la mencionada resolución aprobó tanto las tarifas por el acceso digital asimétrico de cargo del usuario, como por la utilización de la red ATM a ser contratada por las empresas prestadoras de servicios que desearan

¹² Este mismo criterio de replió en las Resoluciones NNo. 010-2007-CD/OSIPTEL (Revisión de tarifas tope aplicables a prestaciones de transmisión de datos mediante circuitos virtuales ATM con acceso

Telefónica

CCO	2/25	OSIPTEL	039
		GRE-CC	

242 VALE
Alcaz Audrey
Figueras Secretaria ST 0081
Telefónica del Perú S.A.A.

conectarse con sus respectivos usuarios a través del acceso digital asimétrico de TELEFÓNICA.

El mencionado artículo 1° señala lo siguiente con relación a los abonados que quisieran contratar la oferta comercial de acceso a Internet vía ADSL de TELEFÓNICA:

"Las tarifas correspondientes por el acceso digital asimétrico que se establecen en el presente artículo, son aplicables a los abonados que cuenten con una línea telefónica fija contratada, y se aplican de manera adicional e independiente a las tarifas por conexión a la red, instalación y renta básica mensual correspondientes al respectivo servicio telefónico fijo. Adicionalmente, la provisión de servicios por parte de las empresas a que se refiere el párrafo siguiente, con quienes se conecten los referidos abonados, estará sujeta a las tarifas que establezcan dichas empresas." (el énfasis es agregado)

Asimismo, en la Exposición de Motivo de la Resolución mencionada revela que con la introducción de la tecnología ADSL se ofrece a los abonados una suerte de tarifa plana como una nueva alternativa de consumo, la misma que estará disponible para la libre elección de los usuarios. De tal suerte, la estructura tarifaria establecida en la Resolución tarifaria, comprende:

"El acceso digital asimétrico que podrá ser contratado directamente por el abonado titular de una línea telefónica a Telefónica del Perú S.A.A." (el énfasis es agregado)

Abundando sobre materia, OSIPTEL señala lo siguiente con relación a la novedosa –en aquél entonces– tecnología ADSL:

"(...) constituye una nueva plataforma para la prestación de servicios que requieran un mayor ancho de banda que el tradicional servicio telefónico. Mediante la implementación de esta tecnología, los abonados titulares de una línea telefónica fija, podrán contar con un acceso digital asimétrico. Esto implica poner a disposición del abonado un medio de transmisión que le permitirá una velocidad de "bajada" (de red a usuario) superior a la velocidad de "subida" (de usuario a red), en tanto que la transmisión sobre la línea telefónica se realizará en forma independiente y simultánea a la utilización del servicio de telefonía fija.

ADSL) y N° 039-2008-PD/OSIPTEL (Revisión de tarifas lópe aplicables a prestaciones de transmisión de datos mediante circuitos virtuales ATM con acceso ADSL).

Telefonica

OSIPTEL FOLIOS
CCQ 2/3/6

OSIPTEL FOLIOS
GRE-00 040

243 VALE
Avenida Avulney
Figueras - Secretaría ST 0082

Telefónica del Perú S.A.A.

La tecnología DSL es una tecnología de módem que transforma las líneas telefónicas en líneas de alta velocidad. ADSL es una de las cuatro tecnologías DSL actuales (HDSL, SDSL, VDSL), las cuales son técnicas de modulación para la transmisión de datos a gran velocidad sobre el par de cobre. A diferencia de los módem en banda vocal que transmiten en la banda de frecuencias usada en telefonía (300 Hz a 3,400 Hz), los módem ADSL operan en un margen de frecuencias mucho más amplio, y que va desde los 24 KHz hasta los 1,104 KHz aproximadamente, siendo la porción de espectro usada para el flujo de datos en sentido de "bajada" mayor que la usada para "subida". Por ello, los módem ADSL, a diferencia de otros módem existentes, permiten efectuar por un mismo medio de transmisión (línea telefónica), y de manera simultánea e independiente, tanto las comunicaciones telefónicas entre usuarios del servicio telefónico, como la transmisión de datos; propiedad ésta que no es posible obtener con un módem convencional, pues este último opera únicamente en banda vocal (de telefonía). La tecnología ADSL requiere la utilización de elementos de filtrado llamados splitters (filtros pasivos para altos y para bajos) que están tanto en el lado del abonado como en el local donde se encuentra la central de conmutación telefónica.

(...)

Es importante señalar que las tarifas correspondientes por el acceso digital asimétrico que se establecen en la resolución tarifaria aprobada, son aplicables a los abonados que cuenten con una línea telefónica fija contratada, y se aplican de manera adicional e independiente a las tarifas por conexión a la red, instalación y renta básica mensual correspondientes al respectivo servicio telefónico fijo. Adicionalmente, la provisión de servicios por parte de las empresas con quienes se conectan los abonados, estará sujeta a las tarifas que establezcan dichas empresas.» (el énfasis es agregado)

Con lo expuesto queda claro no sólo que el modelo de comercialización de acceso a Internet vía ADSL de TELEFÓNICA fue revisado por OSIPTEL en su oportunidad, sino también que fue el propio regulador el que reconoció que para la prestación del mencionado servicio era necesario ser titular de una línea telefónica y que, por tal hecho, se debían abonar los conceptos por conexión a la red, instalación y renta básica mensual correspondientes al respectivo servicio telefónico fijo.

Por tanto, no es correcto, como señala el Informe de la Secretaría Técnica, que no existiría justificación para brindar el servicio de acceso a Internet vía ADSL

conjuntamente con el servicio de telefonía. Tan justificada estuvo dicha condición, que OSIPTEL aprobó sin mayor inconveniente el modelo.

2.3. OSIPTEL reitera el modelo: "para tener ADSL es necesaria una línea fija"

En el año 2007, OSIPTEL mediante Resolución No. 010-2007-CD/OSIPTEL procedió a revisar las tarifas tope por las prestaciones de transmisión de datos mediante circuitos virtuales ATM con acceso ADSL. En dicha oportunidad, nuevamente realizó una descripción de los diferentes servicios de banda ancha y en particular del servicio de ADSL. Nuevamente como ocurriera en anterior oportunidad el Regulador volvió a señalar la dependencia del servicio de acceso a Internet via ADSL de una línea telefónica. Reproducimos a continuación lo señalado por OSIPTEL en la oportunidad mencionada:

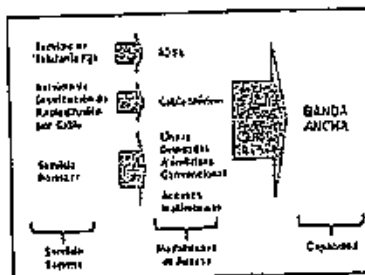
"La provisión de banda ancha se puede realizar a través de (i) Líneas dedicadas alámbricas convencionales, (ii) Línea asimétrica digital de abonado (ADSL, Asymmetric Digital Subscriber Line), (iii) Cable módem, y (iv) Acceso inalámbrico. La tecnología DSL hace uso del par de cobre de la línea telefónica convencional para la transmisión de datos. El acceso asimétrico (ADSL) es la variante DSL más comercializada para el acceso de banda ancha en hogares y empresas, basándose en el concepto de que la mayoría de los usuarios residenciales descargan una cantidad de datos mucho mayor de la que envían. En este sentido considerando el número de abonados de telefonía fija que existen, y teniendo en cuenta las consideraciones técnicas (tipo de línea telefónica) y de mercado (números de PCs e ingresos por hogar), existe todavía espacio para el crecimiento de accesos a banda ancha mediante ADSL.

El acceso a la banda ancha se sustenta en que existe un medio (modalidad de acceso) mediante el cual dicho acceso se soporta, siendo éste a su vez parte de la red de un servicio público de telecomunicaciones. Ello se puede esquematizar en el gráfico No. 5.

Según se observa en el gráfico, el ADSL se soporta sobre la red del servicio de telefonía fija local convencional, concretamente usando los pares de cobre usados en esta red; para el caso del Cable módem, el soporte es la red híbrida coaxial-fibra (HFC) usado por el servicio de distribución de radiodifusión por cable; y para el caso de las líneas dedicadas alámbricas convencionales y los accesos inalámbricos se usan

las diversas redes de datos que soportan el servicio portador. De esta manera, existen restricciones legales, por el lado de las concesiones que autorizan la implementación de las redes que sirven de soporte. Asimismo, existen restricciones técnicas naturales por el lado de que un tipo de red pueda soportar una modalidad de acceso de banda ancha compatible (en ese sentido, si una empresa optó por implementar una red de telefonía fija convencional, sólo podría ofrecer banda ancha a través de ADSL).

Gráfico N° 6: Esquema de Provisión de Acceso a Banda Ancha



Elaboración: Gerencia de Política Reguladora - OSIPTEL

(el énfasis es agregado)

En esta oportunidad, OSIPTEL no sólo reconoce de la identidad entre la red de telefonía fija y el servicio de ADSL, sino que adicionalmente establece que para poder brindar este último servicio es necesario también contar con las concesiones necesarias del servicio que sirve de soporte. Así, si una empresa ha optado únicamente por desarrollar una red de telefonía fija, OSIPTEL reconoce que sólo se podrá brindar el servicio de acceso a Internet de banda ancha vía una conexión ADSL.

Nuevamente, como en el año 2000, es el propio OSIPTEL a partir de la opinión de su órgano colegiado más autorizado que reconoce que el servicio de acceso a Internet via ADSL está íntegramente ligado y por ende vinculado al servicio de telefonía fija.

2.4. OSIPTEL: "el ADSL emplea como acceso de usuario la red de telefonía fija"

Más recientemente, en el mes de noviembre del año 2010, ante una consulta realizada por la Secretaría Técnica de la Comisión de la Oficina Regional del

Telefónica

OSIPTEL CCO	FOLIOS 2/3/9	OSIPTEL ERE-CC	FOLIOS D/P
----------------	-----------------	-------------------	---------------

246 VALE
Audrey Figueras. Secretaria ST
Telefónica del Perú S.A.A.

0085

INDECOPI de Loreto, OSIPTEL señaló lo siguiente con relación al servicio de acceso a Internet vía ADSL provisto por TELEFÓNICA:

"Sobre el particular, es preciso señalar la diferencia entre, (i) el concepto de servicio de acceso a internet, y (ii) el concepto de producto u oferta comercial que realiza la empresa operadora. Respecto a la primera, es menester señalar que ésta permite que los usuarios de una empresa puedan entrar a navegar en las páginas web y sus aplicaciones, mientras que la segunda establece las características de velocidad y forma de acceso físico del usuario (par de cobre, fibra óptica, inalámbrico)"

En otro extremo de su comunicación, reiterando lo señalado hasta el momento, describe cómo es que sería la forma de acceso físico para el servicio de acceso a Internet vía ADSL de la siguiente forma:

"Respecto a la consulta señalada (...) es menester señalar que los productos "Speedy" y "Speedy Negocios" se soportan en la tecnología ADSL, la cual emplea como acceso de usuario a los pares de cobre de la red de telefonía fija. El tráfico desde y hacia los usuarios se agrupa mediante enlaces (fibra óptica, microondas, satelitales) para transportarlos a otro nivel de agregación, a fin de que la información de los usuarios entre y salga de la Internet." (el énfasis es agregado)

Nuevamente, se puede observar que para OSIPTEL la prestación del servicio de acceso a Internet vía ADSL se encuentra íntimamente ligada al servicio de telefonía fija que le sirve de soporte. Visto lo cual, no se entiende cuáles habrían sido las razones por las cuales la Secretaría Técnica arriba a la conclusión de que el servicio de acceso a Internet vía ADSL no guarda relación alguna con el de telefonía, cuando de la lectura de los documentos señalados en este apartado la conclusión parecería ser más bien la contraria: sin servicio de telefonía fija no es posible brindar el servicio de ADSL.

2.5. OSIPTEL ha reconocido que está justificado dar servicios de acceso a Internet de forma conjunta con un medio portador

En diciembre de 2002, OSIPTEL tuvo la oportunidad de analizar la provisión del servicio de acceso a Internet a través de las redes de cable, estudio que se plasmó en el informe denominado: "Situación del mercado de televisión por cable".

Telefonica

OSIPTEL	FORMA	OSIPTEL	FORMA
CCO	240	GRE-CC	044

247 VALE
Alva Audrey Telefonica del Perú S.A.A.
Figueroa Secretaria - ST

0086

En dicho documento, al describir la problemática del acceso a Internet a través de las redes de cable, OSIPTEL señalaba que gracias a la bidireccionalidad, mediante la implementación de amplificadores de señal en ambos sentidos, las redes de televisión por cable están en la capacidad de brindar servicios de datos, acceso a Internet, acceso a contenidos por demanda y telefonía. En lo sustantivo, la topología de una red de acceso a Internet a través de las redes de cable es similar a una red de acceso a Internet a través de la red fija con tecnología ADSL, en ambos casos no será posible brindar el acceso si antes no se cuenta con una conexión domiciliar de cable o de telefonía, según sea el caso, que soporte la tecnología de acceso a Internet.

Asimismo, se advirtió como una práctica común del mercado que la mayoría de las empresas prestadoras del servicio de televisión por cable ofrece de forma empaquetada el servicio de televisión más el acceso a Internet. Es decir, en aquellos momentos OSIPTEL advirtió que las operadoras de televisión por cable habían modelado su oferta de tal forma que si un abonado deseaba contratar el servicio de acceso a Internet a través de la red de cable debía contratar también el servicio de televisión paga.

Telefónica Multimedia, subsidiaria del Grupo Telefónica en el Perú para la provisión de televisión paga, venía brindando el servicio de acceso a Internet a través de sus redes de televisión por cable ya desde fines del año 1999. Al mes de octubre del año 2000, Telefónica Multimedia ofrecía comercialmente un servicio de acceso a Internet a través de la red de televisión por cable denominado "CableNet", el cual permitía, que mediante la utilización de un módem de cable, conectar una computadora al cable coaxial del servicio de televisión paga, tal como si se conectara un televisor más, logrando obtener velocidades de hasta 128 kbps de bajada (downstream) y 64 kbps de subida (upstream).

De acuerdo con lo afirmado por OSIPTEL en el documento bajo comentario, los requerimientos de la oferta comercial de Telefónica Multimedia para disfrutar del servicio acceso al servicio de CableNet, consistía básicamente en: (i) contar con el servicio básico o económico de televisión paga denominado comercialmente

Telefónica

OSIPTEL	F.../JS
CCO	24/1

OSIPTEL	FOYOS
CHE-UC	08/5

24 B VALE

Aud Audley

Telefónica del Perú S.A.A.

Figueroa - Secretaría ST

0087

como Cable Mágico y estar al día en sus pagos; (ii) residir en alguno de los distritos con cobertura del servicio CableNet y (iii) adquirir un "kit de instalación" (tarjeta de red, equipo cable módem, instalación del servicio), disponible en grandes almacenes.

En aquella oportunidad, no escapó del análisis de OSIPTEL la posibilidad de que la oferta comercial del servicio se CableNet necesariamente vinculada a la de un servicio de televisión paga pudiera tener efectos contrarios a la competencia.

Al entrar en materia, OSIPTEL advirtió que no existía impedimento técnico para ofrecer el servicio de CableNet independientemente al servicio de televisión paga, pues Telefónica Multimedia podía hacer uso de filtros que lograrán diferenciar la oferta de tal forma que no sea obligatorio contratar el servicio de televisión por cable para tener el servicio CableNet. No obstante al momento de analizar los posibles efectos anticompetitivos de la práctica, OSIPTEL, la rechazó sobre la base de los argumentos que reproducimos a continuación:

- *Las normas peruanas de libre competencia sólo prohíben aquellas ventas atadas que son realizadas por empresas que tienen posición de dominio y que generen un efecto neto negativo sobre los consumidores, producto de una reducción de los niveles de competencia en el mercado.*
- *En el presente caso, dada la alta participación de Cable Mágico [Telefónica Multimedia] en el mercado de televisión por cable (88%), se puede suponer que esta cuenta con una posición dominante en el mercado de servicios de televisión por cable y de acceso a Internet a través de la red de televisión por cable.*
- *No se ha podido identificar que la venta atada realizada por Cable Mágico [Telefónica Multimedia] tenga el objeto o el efecto de disminuir los niveles de rivalidad o competencia existentes en el mercado de televisión por cable, aspecto que constituye un requisito para que una práctica pueda ser calificada como de "abuso de posición de dominio".*
- *Por otro lado, en los distritos en los cuales actualmente se presta el servicio de CableNet se ha verificado que la penetración del servicio de televisión por cable es superior al 85%, llegando a ser, en algunos casos, cercana al 100%.*

Telefónica

OSIPTEL FOLIOS
CCO 242

OSIPTEL FOLIOS
GNE-CC 46

249 VALE Telefónica del Perú S.A.A.
Aud. Audrey
Figueroa Sotomayor ST 0088

- Asimismo, la participación estimada de mercado de Cable Mágico [Telefónica Multimedia] en dichos distritos, a mediados del año 2000, fluctuaba entre 90% y 95%; mientras que la mayor parte de dichos usuarios contrataban el paquete básico de dicho servicio.
- De acuerdo con los puntos anteriores, la venta atada, no genera un perjuicio a los consumidores, puesto que la mayor parte de los mismos ya contrata el paquete básico de televisión por cable de Cable Mágico [Telefónica Multimedia], es decir, el servicio atado.
- La venta atada realizada por Cable Mágico [Telefónica Multimedia] puede generar incentivos para que potenciales empresas competidoras en el servicio de Internet ofrezcan servicios similares en mejores condiciones y, probablemente, sin el condicionamiento actualmente existente." (el énfasis y el texto entre corchetes es agregado)

De tal suerte que sobre la base de los argumentos que hemos reproducido, OSIPTEL concluye en aquella oportunidad lo siguiente:

"(...) sobre la base de las normas de libre competencia, en el presente caso, no podría obligarse a Telefónica Multimedia que no venda de manera atada el servicio de CableNet del servicio de televisión por cable." (el énfasis es agregado)

Nótese entonces, que en el año 2000 OSIPTEL ya se pronunció respecto de la oferta comercial vinculada (televisión por cable y acceso a Internet vía módem de cable) de un servicio de acceso a Internet que en esencia era muy similar al que en esta oportunidad se cuestiona (telefonía fija y acceso ADSL) y no encontró mayor reparo; por el contrario, de la glosa citada podemos advertir que a pesar de que Telefónica Multimedia contaba con una posición dominante tanto en el mercado de servicios de televisión por cable como en el de acceso a Internet a través de la red de televisión por cable OSIPTEL concluyó –de forma acertada según nuestra opinión– lo siguiente: (i) que dicha vinculación no generó un perjuicio a los consumidores; (ii) que no se identificó que la venta atada realizada por Telefónica Multimedia tuvo el objeto o el efecto de disminuir los niveles de rivalidad existentes en el mercado de televisión por cable; (iii) que la venta atada realizada por Telefónica Multimedia puede generar incentivos para que potenciales empresas competidoras en el servicio de Internet ofrezcan servicios similares en mejores condiciones Finalmente, sobre la base de las normas de libre

Telefonica

OSIPTEL CCO	FOLIOS 2/43	OSIPTEL GRE-CC	FOLIOS 047
----------------	----------------	-------------------	---------------

250 VALE
Auditor
Figueras
Telefonica del Perú S.A.A.
Secretaría ST

0080

competencia, en el presente caso, no podría obligarse a Telefónica Multimedia que no venda de manera atada el servicio de CableNet.

Por lo expuesto, teniendo en cuenta que la información recabada por OSIPTEL respecto a la práctica de atadura realizada por Telefónica Multimedia en el año 20002; y, que los niveles de penetración en el mercado de acceso a Internet y telefonía hoy son muy similares a los detectados en aquella oportunidad para el mercado de televisión, por lo que no se entiende como es que sin mediar justificación alguna la Secretaría Técnica advierte que existirían indicios suficientes de que las políticas comerciales de TELEFÓNICA vulnerarían las normas de libre y leal competencia.

2.6. El pronunciamiento del MTC: el servicio de ADSL de TELEFÓNICA es un servicio de valor añadido

Tal como lo hiciera el OSIPTEL en numerosas oportunidades -las cuales hemos glosado brevemente en este escrito-, el MTC también se ha pronunciado respecto de la naturaleza del servicio de acceso a Internet vía ADSL provisto por TELEFÓNICA.

En el mes de octubre del año 2010 mediante oficio No. 988-2010-GRL/32-DRTC el Director General de Concesiones del MTC absolvió un requerimiento de información realizado por la Secretaría Técnica de la Comisión de la Oficina Regional del INDECOPI de Loreto sobre el servicio de acceso a Internet vía ADSL brindado por TELEFÓNICA bajo las denominaciones comerciales de "Speedy" y "Speedy Negocios". En su respuesta, el MTC realizó un pormenorizado análisis del servicio de acceso a Internet vía ADSL de acuerdo con la clasificación general de servicios de telecomunicaciones.

Para el MTC, en concordancia con el artículo 8 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones¹³ (en adelante, Ley de Telecomunicaciones), los servicios de

¹³ TUO de la Ley de Telecomunicaciones

telecomunicaciones se clasifican en: (i) servicios portadores, (ii) teleservicios o servicios finales, (iii) servicios de difusión; y, (iv) servicios de valor añadido. Asimismo, el artículo 29 de la Ley de Telecomunicaciones¹⁴ señala que los servicios de valor añadido son aquellos que «utilizando como soporte portadores o finales de difusión, añaden alguna característica o facilidad al servicio que les sirve de base». Son servicios de valor añadido entre otros el facsimil, el videotex, el teletexto, la telacción, el telemando, telealarma, el almacenamiento y retransmisión de datos y el teleproceso.

Así, el artículo 99 del TUO del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones¹⁵ (en adelante, Reglamento General) ha establecido cual es la clasificación general de los servicios de valor añadido, entre los que se encuentran el servicio de conmutación de datos por paquetes, definiéndolo como aquel servicio que sin utilizar redes propias, fracciona de acuerdo a una secuencia o trama, las señales de datos en tamaño normalizado denominados paquetes.

El artículo 199 del Reglamento General¹⁶ nos dice que las personas naturales o jurídicas que deseen prestar servicios de valor añadido, deberán inscribirse en un

Artículo 8o.- Las telecomunicaciones en el Perú técnicamente se orientan hacia el establecimiento de una Red Digital Integrada de Servicios y Sistemas. A este efecto los servicios de telecomunicaciones se clasifican en:

- a) Servicios Portadores.
- b) Teleservicios o Servicios Finales.
- c) Servicios de Difusión.
- d) Servicios de Valor Añadido.

¹⁴ TUO de la Ley de Telecomunicaciones

Artículo 29o.- Son servicios de valor añadido aquellos que utilizando como soporte servicios portadores o finales o de difusión, añaden alguna característica o facilidad al servicio que les sirve de base. Se considera como servicios de valor añadido, entre otros, el facsimil, el videotex, el teletexto, la telacción, telemando, telealarma, almacenamiento y retransmisión de datos, teleproceso. El Reglamento de esta ley señalará los servicios de valor añadido y sus modalidades.

¹⁵ TUO del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones

Artículo 99o.- Clasificación

Son servicios de valor añadido los siguientes:

(...)

13. Servicio de conmutación de datos por paquetes.- Es el servicio que sin utilizar redes propias, fracciona de acuerdo a una secuencia o trama, las señales de datos en tamaño normalizado denominados paquetes, utilizando las normas X.25 y X.75 de la CCITT. Este servicio puede incluir modalidades de nuevas tecnologías similares. Queda excluido de este servicio el tráfico de voz en tiempo real.

(...)

¹⁶ TUO del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones

Artículo 190o.- Requisitos

Las personas naturales o jurídicas que deseen prestar servicios de valor añadido, deberán inscribirse en un registro que para tal fin llevará el órgano competente del Ministerio. La inscripción deberá efectuarse previamente al inicio de la prestación del servicio respectivo.

Telefónica

OSIPTEL CCO	PS 24/5	OSIPTEL GRE-CC	FOVISA 049
----------------	------------	-------------------	---------------

252 VALE
A 441 Auchoy
Figueras Secretaria ST

Telefónica del Perú S.A.A.

0091

registro que para tal fin administra el MTC. La inscripción debe realizarse con anterioridad a la prestación del servicio y para ello se deben cumplir con los requisitos de inscripción contemplados en la Ley y Reglamento.

Analizando el caso particular de TELEFÓNICA y de sus servicios de acceso a Internet a través de la tecnología ADSL el MTC señala lo siguiente:

"[L]a empresa Telefónica del Perú S.A.A., ha sido inscrita con fecha 17 de noviembre de 1995, en el Libro de Empresas Prestadoras de Servicios e Valor Añadido con el No 013-VA, para prestar el servicio de valor añadido inicialmente en las modalidades de mensajería de voz y servicio de consulta por la red de telefonía móvil, siendo su área de cobertura a nivel local, nacional e internacional.

Con fecha 2 de junio de 2003, se amplió su registro a fin de prestar el servicio de valor añadido en la modalidad, entre otras, del servicio de Conmutación de Datos por Paquetes (Internet), siendo su área de cobertura a nivel nacional."

Finalmente, concluye el MTC, en el sentido que los servicios de "Speedy" y "Speedy Negocios", son la denominación comercial que TELEFÓNICA emplea para denominar al servicio que de acuerdo al Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, es el servicio de valor añadido en la modalidad de conmutación de datos por paquetes.

Por tal motivo, en la medida que el servicio de acceso a Internet a través de la tecnología ADSL constituye un servicio de valor añadido en la modalidad de conmutación de datos por paquetes, es decir, que se vale tanto la red portadora como del servicio final de telefonía fija brindados por TELEFÓNICA, su comercialización conjunta –en los términos establecidos en la Ley y Reglamento de Telecomunicaciones- se encuentra plenamente justificada y no debería merecer mayor objeción por parte del Regulador.

3. LA DENUNCIA DE OFICIO CARECE DE MAYOR FUNDAMENTO

Como se puede apreciar de la denuncia de oficio, la Secretaría Técnica no ha sustentado sus imputaciones con los medios probatorios suficientes que hagan

Telefonica

OS. EL FOLIOS	OSIPTEL	FG/IOS
CCO	GRE-CC	050

253 VALE
Avalú Audley
Figueras Secretaria ST

Telefónica del Perú S.A.A.

0092

cuando menos verosímiles los hechos descritos en su Informe. Por el contrario de los actos comerciales descritos en el Informe —esto es la venta conjunta del servicio de acceso a Internet con la tecnología ADSL con una línea de telefonía fija— no se puede inferir algún indicio sobre una supuesta estrategia anticompetitiva. La Secretaría Técnica en su Informe de evaluación preliminar no ha hecho más que anotar un hecho ampliamente conocido y recopilar una serie de datos estadísticos parciales sin acompañar ningún análisis económico que permita establecer algún grado de relación entre la conducta sometida a investigación y su efecto negativo o perjudicial en el mercado. Tan ello es así, que la denuncia de oficio no acompaña ningún estudio técnico o económico que hagan plausibles las graves imputaciones que se efectúan.

La Secretaría Técnica pretende que sea TELEFÓNICA quien, sobre la base de un pliego de cargos muy débil y sin mayor evidencia, asuma la tarea de ejercitar su defensa, la cual en este caso no sólo consiste en investigar y recabar información relacionada con los hechos alegados en la denuncia de oficio, sino también la de adivinar cuáles podría ser en realidad los reales alcances de la imputación que realiza la administración. Esta actuación constituye una vulneración del más elemental derecho de defensa, en la medida que al encontrarse la práctica denunciada tipificada en el artículo 10 de la Ley de Libre Competencia su investigación debe realizarse de acuerdo con las reglas de la razón. En dicho sentido, el CCO está obligado a proveer al administrado, desde el primer momento, de toda la información que le sea posible para que ésta pueda ejercer su derecho de defensa de forma idónea. Lo contrario, sitúa a la Administración en una suerte de ventaja inadmisibles, pues una vez contestadas las imputaciones de oficio, TELEFÓNICA no tendrá conocimiento del real estado de la investigación hasta que la Secretaría Técnica emita su informe instructivo.

Debe tenerse en cuenta que el Reglamento de Solución de Controversias no establece en ninguno de sus artículos la inversión de la carga de la prueba, ni la obligación de demostrar la justificación de la conducta desarrollada ante cualquier imputación sin fundamento que realice una empresa. Dicha carga debe ser soportada por el actor —en este caso la Administración— al momento de notificar su denuncia de oficio.

En línea con lo anterior, es preciso mencionar que toda empresa goza de la presunción de inocencia reconocida en el literal e) del inciso 25 del Artículo 2 de la Constitución Política del Perú y en el numeral 9 del artículo 239 de la Ley de Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG), como presunción de licitud. Por tanto, consideramos respetuosamente que mal podría iniciarse un procedimiento por supuestas prácticas de "ventas atadas" obligándose al imputado a demostrar que su proceder es acorde a Derecho y por lo tanto que no ofende al mercado.

Si tenemos en cuenta estos criterios, podemos concluir de la revisión de la demanda que la Secretaría Técnica no ha cumplido con presentar elementos suficientes sobre la verosimilitud de los hechos materia de la demanda que ameriten la iniciación de un procedimiento en contra de nuestra empresa. Sin perjuicio de ello, demostraremos que las imputaciones efectuadas por parte de la Secretaría Técnica no resisten el menor análisis.

3.1. El acto administrativo que da inicio a la controversia vulnera el debido proceso

Con relación a las acciones de investigación imprescindibles en cualquier proceso de oficio, la Secretaría Técnica está obligada a llevar a cabo una serie de acciones las cuales deben llenar de contenido el acto de instrucción, éstos elementos han sido diseñados para garantizar que la empresa sujeta a investigación pueda ejercer de forma adecuada y oportuna su derecho de defensa. Sin embargo, advertimos que lamentablemente el Informe Técnico que sustenta el inicio de la presente investigación de oficio adolece de una serie de omisiones formales sobre el fondo de la controversia las cuales constituyen una vulneración del derecho de defensa que nos asiste.

De acuerdo con el artículo 15° del Reglamento de Solución de Controversias¹⁷, la Secretaría Técnica es el órgano de apoyo del CCO; asimismo, en aquellos casos

¹⁷ Reglamento de Solución de Controversias
Artículo 15o.- Funciones.

Telefónica

OSIPTEL	FOLIOS	OSIPTEL	FOLIOS
CCO	248	GRE-CC	052

255 VALE
Audrey
Figueroa
Telefónica del Perú S.A.A.
Secretaría ST 0094

en los que el procedimiento esté relacionado sobre la comisión de una infracción, la Secretaría Técnica actúa, además, como órgano instructor. De acuerdo a ello, en concordancia con el artículo 87° de la referida norma¹⁸, entre las funciones que debe ejercer la Secretaría Técnica se encuentra la de realizar investigaciones preliminares a fin de detectar o identificar posibles prácticas que pudieran determinar el inicio de un procedimiento de oficio.

En ese sentido, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 88° del Reglamento de Solución de Controversias¹⁹, en aquellos casos en los que la Secretaría Técnica considere necesario el inicio de un procedimiento de oficio solicitará al Consejo Directivo la conformación de un CCO a efectos de que éste evalúe la idoneidad del inicio de una controversia, para lo cual, deberá emitir un informe debidamente fundamentado a fin de que el mismo sea presentado ante el CCO para que tome una decisión sobre la mencionada solicitud.

Es sobre la base de dichas disposiciones, la Secretaría Técnica a través de lo expuesto en el Informe No. 002-CCO/2011, Ayuda Memoria del Informe Preliminar, sometió a consideración del Consejo Directivo de OSIPTEL la necesidad de conformar un Cuerpo Colegiado a efectos de iniciar una controversia de oficio por la presunta práctica contraria a la libre competencia que estaría realizando TELEFÓNICA.

Son funciones de la Secretaría Técnica:

(...)

i. Realizar las investigaciones preliminares a que se refiere el artículo 87o, estando facultada para solicitar a las gerencias de OSIPTEL que corresponda, la realización de acciones de supervisión o fiscalización, o la emisión de informes.

(...)

¹⁸ Reglamento de Solución de Controversias

Artículo 87o.- Investigación preliminar.

La Secretaría Técnica podrá realizar investigaciones preliminares a fin de detectar o identificar prácticas que pudieran determinar el inicio de un procedimiento de oficio, ya sea a solicitud de parte o de oficio.

¹⁹ Reglamento de Solución de Controversias

Artículo 88o.- Solicitud de inicio de un procedimiento de oficio.

En aquellos casos en los que la Secretaría Técnica considere necesario el inicio de un procedimiento de oficio solicitará al Consejo Directivo la conformación de un Cuerpo Colegiado a efectos de que evalúe el inicio de una controversia. Para tal efecto la Secretaría emitirá un informe debidamente fundamentado el cual será presentado ante el Cuerpo Colegiado a efectos de que tome una decisión sobre la mencionada solicitud.

Telefonica

USPTEL	FUMIOS	USPTEL	FUMIOS
CCO	2/4/9	GHE-CC	0/5/9

256 VALE
Audrey
Figueras
Telefónica del Perú S.A.A.
Secretaría ST

0095

Sorprendente, en esta primera etapa, que esta Ayuda Memoria del Informe Preliminar que recomienda el inicio de una controversia de oficio contra TELEFÓNICA, documento que se puso a disposición del Consejo Directivo, describa en tan sólo una hoja y media –en un mercado tan complejo como el de telecomunicaciones y en una materia de sumo delicada como la libre competencia-, cual sería la presunta conducta anticompetitiva y cuales los indicios detectados. Dicha Ayuda Memoria únicamente se sustenta en los contratos del servicio de acceso a Internet con la tecnología ADSL de TELEFÓNICA y de una serie de llamadas efectuadas al 104 que tuvieron como fin el investigar sobre las condiciones de la oferta del servicio de acceso a Internet en nuestros servicios de telegestión comercial. Sólo en la parte final del documento se expone la recomendación de iniciar una controversia.

Al respecto, si bien en el Reglamento de Solución de Controversias no exige que el instrumento que se eleva al Consejo Directivo deba estar debidamente motivado al no ser un acto que tenga efectos directos sobre el administrado, resultaría deseable que el Consejo Directivo tome una decisión sobre una materia tan importante como el inicio de una controversia, en base a una investigación que sin desvirtuar su carácter preliminar cuente un elevado nivel de pulcritud y profundidad. En efecto, resulta indispensable que el informe que constituye la razón bajo la que el Consejo Directivo va determinar tal decisión se sustente en argumentos e indicios debidamente analizados e investigados.

Sin embargo, no es el único inconveniente que detectamos en la tramitación de la presente controversia.

Como hemos mencionado, con la disposición de conformar un CCO, la Secretaría Técnica tiene la obligación de alcanzar al mismo un informe técnico debidamente fundamentado que con el grado suficiente de profundidad describa debidamente la causa por la que considera debe de iniciarse un procedimiento de oficio. Dicha obligación reviste la mayor importancia pues al constituir el fundamento que sostiene el acto administrativo que dará inicio a la controversia debe cumplir con el requisito de debida motivación.

Telefonica

USIPTEL 600	FOLIOS 2/30	OSIPTEL GRE-CC	FOLIOS 0/54
----------------	----------------	-------------------	----------------

257 VALE
Anil Audrey Telefonica del Perú S.A.A.
Figueras-Secretaria ST

0096

Al respecto, como es de conocimiento de su prestigioso CCO, el artículo 10° de la LPAG establece los vicios que causan la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos²⁰, entre los que se incluye el defecto o la omisión de alguno de los requisitos de validez del acto. Al respecto, el artículo 3° del mismo cuerpo normativo establece entre los requisitos de validez²¹ que el acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico y que antes de su emisión sea conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación.

La motivación del acto administrativo constituye la relación de hechos probados o verificados, así como la exposición de las razones jurídicas y normativas que lo justifican, no siendo admisibles como motivación, la exposición de fórmulas vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas que por su insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto²².

²⁰ Ley del Procedimiento Administrativo General

Artículo 10°.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.
2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el artículo 14°.
3. Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos; cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o tramites esenciales para su adquisición.
4. Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma.

²¹ Ley del Procedimiento Administrativo General

Artículo 3o.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

(...)

4. Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.
5. Procedimiento regular.- Antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación.

²² Ley del Procedimiento Administrativo General

Artículo 6o.- Motivación del acto administrativo

6.1 La motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado.

En efecto, a pesar de que esta etapa califica como una instancia preliminar, resulta necesario que conserve y respete en todo momento el derecho de defensa y el debido procedimiento del administrado. Para ello, el acto administrativo que de inicio a un procedimiento oficio debe estar sustentado necesariamente en un instrumento con la suficiente motivación, el cual logre convicción respecto de la posible conducta infractora imputada al administrado.

Lo expuesto guarda concordancia con lo establecido en el numeral 2 del artículo 235 de la LPAG²³, que con referencia al procedimiento sancionador, establece que con anterioridad al inicio formal del procedimiento la Administración está en la capacidad de realizar actuaciones previas de investigación, averiguación e inspección con el objeto de determinar si concurren circunstancias que justifiquen su iniciación.

No obstante, en el presente caso, el informe de la Secretaría Técnica únicamente consideró y verificó uno de los supuestos que conformarían la conducta anticompetitiva tipificada, es decir el hecho de "subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales", sin llevar prácticamente a cabo ningún análisis adicional respecto de la licitud o idoneidad de la práctica, como por ejemplo evaluar el hecho de por qué una conducta con más de diez años de implementada -con el conocimiento de OSIPTEL- no había sido cuestionada hasta el momento o las razones técnicas o económicas que

6.2 Puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto.

6.3 No son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto.

(...)

²³ Ley del Procedimiento Administrativo General

Artículo 235.- Procedimiento sancionador

Las entidades en el ejercicio de su potestad sancionadora se ceñirán a las siguientes disposiciones:

(...)

2. Con anterioridad a la iniciación formal del procedimiento se podrán realizar actuaciones previas de investigación, averiguación e inspección con el objeto de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen su iniciación.

justificarían la realización de dichos contratos subordinados hasta el extremo de indagar preliminarmente si su naturaleza o de acuerdo con los usos comerciales guarda relación con el objeto de los contratos vinculados, lo cual constituye en la práctica una vulneración de nuestro derecho de defensa y un supuesto de nulidad del acto administrativo previsto en el artículo 10° de la LPAG.

Estimamos sobre el particular que para imputar una conducta anticompetitiva consistente en subordinar la celebración de un contrato a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guardan relación con el objeto de los mismos, la Administración debió cuando menos de forma preliminar explorar si dicha práctica había sido conocida por los organismos de línea de OSIPTEL, cuál había sido su posición sobre el particular, examinar si había una justificación sustentada en la naturaleza del servicio o condición comercial que permita habilitar esta venta empaquetada. Sin embargo, este análisis simplemente no se ha realizado o cuando menos no forma parte del Informe de la Secretaría Técnica. Este defecto en el fondo del análisis realizado por la Administración trasladada en la práctica de forma injustificada la carga de la prueba al investigado vulnerando con ello el principio de licitud, en cual se debe presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras que la Administración Pública no cuenten con evidencia en contrario.

3.2. Las imputaciones de la denuncia de oficio son por completo ambiguas.

Consideramos poner en relieve las inconsistencias y ambigüedades que pueden desprenderse de una simple lectura del informe de la Secretaría Técnica.

Por su importancia para establecer que la contraria no ha cumplido con presentar un caso verosímil, en lo que sigue destacamos las que a nuestro juicio resultan las contradicciones más notorias:

- Sobre la delimitación del producto relevante: El Informe de la Secretaría Técnica ha obviado casi cualquier referencia al hecho que la tecnología ADSL se soporta básicamente sobre la infraestructura de la telefonía fija. Esta

(...).

Telefonica

CCO	253	OSIATEL	10/10/05
		GRE-CC	057

260 VALE
Aval Avulroy
Figueroa
Secretaría ST
Telefónica del Perú S.A.A.

0099

omisión lleva a concluir de forma errada al CCO que entre el servicio de telefonía fija y el de ADSL no existiría ninguna relación y su oferta conjunta no tendría mayor justificación, cuando al ser este último un servicio de valor añadido su prestación no se podría realizarse sin la habilitación legal y las infraestructuras del servicio de telefonía fija.

- **Sobre la participación en el mercado relevante:** En el Informe de la Secretaría se señala que el mercado relevante podría estar constituido "por el servicio de Internet de banda ancha, el cual incluye únicamente las tecnologías, ADSL y cable módem". Sin embargo, en el mismo documento se señala (Cuadro No 2) respecto de las conexiones de banda ancha que también estarían formando parte del mercado relevante las conexiones de banda ancha móvil. De hecho, en el Informe de la Secretaría Técnica no se ofrece ninguna razón que permita explicar las razones por las cuales la banda ancha móvil -de rápido crecimiento en el mercado- no formaría parte del mercado relevante definido por la Secretaría Técnica.

Asimismo, la Secretaría Técnica ha tomado una fotografía del mercado estática poniendo de relieve únicamente la participación de TELEFÓNICA en el mercado de banda ancha alámbrico, eliminando sin mayor explicación cualquier referencia del mercado de banda ancha inalámbrico, el cual hoy por hoy constituye parte del mercado relevante de banda ancha.

- **Sobre las cuotas de mercado:** Con relación a la participación de las cuotas en el mercado relevante, la Secretaría Técnica manifiesta en un primer momento que TELEFÓNICA ostentaría un 87% del mercado relevante, sin embargo, luego se afirma que su participación ascendería hasta el nivel del 91% del mismo. Tampoco se ha tomado en cuenta el rápido crecimiento de la banda ancha, a un nivel considerablemente mayor que el ocurrido con el servicio de ADSL en sus años iniciales, lo cual es un indicativo por lo demás evidente de su grado de rivalidad con las demás tecnologías alámbricas de banda ancha.

Telefonica

OSIPTEL	FOMOS	OSIPTEL	FOMOS
CCO	2/54	GRE-CC	058

261 VALÉ Telefonía del Perú S.A.A.
Aval Auditor
Figueroa Secretaria ST

0100

- No existe ninguna evidencia de afectación al mercado: En la Resolución del ilustre CCO que da inicio al presente procedimiento se señala que existiría suficiente evidencia de que la política de TELEFÓNICA estaría reduciendo el nivel de rivalidad en el mercado de telefonía fija, sin embargo, a pesar de tan importante acusación el Informe de la Secretaría no adjunta ninguna evidencia de que el dicho mencionado tenga algún nivel de certeza. Efectivamente, no existe una sola línea en el Informe de la Secretaría Técnica que denote una posible afectación al mercado, por el contrario, la propia información contenida en el Informe pareciera que contradice esta afirmación en el sentido de que mientras la participación en el Mercado de telefonía fija de TELEFÓNICA baja ocurre lo contrario con la cuota de mercado de banda ancha. Si la afirmación de la Secretaría Técnica fuera correcta y por ente también la del CCO, debiera haber una correlación directa entre la cuota de mercado de ambos servicios.
- No se ha respetado lo establecido en los Lineamientos de Libre Competencia: Los lineamientos de Libre Competencia además de definir que las cláusulas de atadura y empaquetamiento pueden constituir una conducta sancionable de acuerdo con las normas de libre competencia, señalan cual es el test que debe seguir la administración para investigar este tipo de situaciones. Así de acuerdo con dicho texto OSIPTEL considera que el empaquetamiento sólo puede tener un efecto anticompetitivo cuando es realizado por una empresa con posición de dominio en un mercado determinado, cuando el empaquetamiento no está justificado y se muestre el intento de restringir la competencia en algún mercado. No obstante, el Informe de la Secretaría, insumo esencial para dar inicio a la controversia guarda el más absoluto silencio respecto de dos de los tres requisitos, es decir, nada se dice respecto de las posibles justificaciones de la práctica y de la evidencia encontrada respecto de la intención de restringir la competencia en el mercado.
- Sobre la justificación de la venta conjunta: Tanto la Resolución del CCO como en el Informe de la Secretaría Técnica han obviado realizar cualquier ejercicio respecto de las posibles explicaciones que justificarían la validez de la práctica investigada, es decir respecto, lo cual sorprende desde que ha sido

Telefonica

OSIPTEL	FOLIOS	OSIPTEL	FOLIOS
CCO	2/55	GRE-CC	059

262 VALE
Alcalá Auditor
Figueras Secretario ST

Telefónica del Perú S.A.A.

0101

el OSIPTEL quien ha aceptado la vinculación de los servicios de acceso a Internet vía ADSL y el servicio de telefonía fija. Peor aún, en el Informe de la Secretaría Técnica no existe algún razonamiento a partir del cual podamos inferir cuál es la lógica detrás de la conclusión arribada en el sentido que la prestación de los servicios de acceso a Internet vía ADSL y de telefonía fija de forma vinculada no es plausible y por lo tanto anticompetitiva.

Las ambigüedades antes anotadas, sumadas a algunas contradicciones contenidas en el Informe de la Secretaría Técnica, no hacen más que acreditar la carencia de elementos sobre la base de los cuales pueda sostenerse la posible realización de prácticas contrarias a la competencia por parte de TELEFÓNICA. No debe dejarse de lado, tampoco, que la oscuridad de la denuncia de oficio planteada vulnera nuestro derecho de defensa, pues resulta sumamente difícil y complicado contradecir argumentos ambiguos sin mayor evidencia que los respalden.

4. MERCADO RELEVANTE Y POSICIÓN DE DOMINIO

Como señala la doctrina más autorizada, la definición de mercado relevante tiene un significado esencial para determinar la existencia de una posición de dominio, debido a que ésta no puede existir en abstracto sino que exige el análisis de cualquier prueba disponible sobre anteriores comportamientos en el mercado y una comprensión global de los mecanismos de un sector dado.²⁴ La definición del mercado relevante constituye el punto de partida de cualquier investigación que busque evaluar las condiciones de competencia de un mercado. Para analizar la estructura de un mercado y el efecto de las conductas de los agentes en el mismo, se debe definir previamente el conjunto de productos que forman parte de dicho mercado. Una definición errónea o ambigua del conjunto de productos contemplados dentro del mercado relevante, puede conducir a conclusiones equivocadas acerca de la estructura del mercado y/o de las condiciones de competencia en el mismo y, por tanto, a una incorrecta apreciación de la empresa

²⁴ BELLAMY, Christopher y Graham CHILD, *Derecho de la Competencia en el Mercado Común*. Madrid, Civitas, 1992. Pág. 508-509.

Telefonica

USUTEL CCO	FOLIOS 2/36	USUTEL SEGURO	FOLIOS 0/00
---------------	----------------	------------------	----------------

263 VALE
Aldy Audrey Telefonica del Perú S.A.A.
Figura - Secretaria ST

0102

demandada en dicho mercado, errores en los que incurre la contraria en su escrito de demanda²⁵.

Un mercado relevante es entonces aquel espacio donde un monopolista o un hipotético monopolista podría ejercitar su poder de mercado. La definición del mercado relevante necesita identificar aquellos productos que compiten entre sí a la hora de satisfacer las demandas de los consumidores (determinación del producto), así como la localización geográfica de los proveedores de esos productos (el mercado geográfico relevante). También, es necesario identificar todos los agentes relevantes (compradores y vendedores) en el mercado investigado a fin de determinar sus posiciones relativas en el mercado. En otras palabras, la definición del mercado requiere identificar las fuerzas competitivas que limitan o restringen la capacidad de las empresas que allí operen.

En el mercado de las telecomunicaciones la definición de mercado no es tarea sencilla, ello debido a que nos encontramos en un ambiente inmerso en un rápido cambio tecnológico y con particularidades que hacen que los productos materia de análisis tengan unas características especiales²⁶.

De acuerdo con la doctrina consistentemente reconocida por el Tribunal del INDECOPI, el mercado relevante comprende la totalidad de productos y/o servicios intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos, que puedan ser considerados como alternativas razonables por un número significativo de clientes y consumidores. Ello implica determinar las fuentes alternativas de aprovisionamiento a las que puede acudir el consumidor o usuario a corto plazo si el precio del producto o servicio se incrementa en un monto significativo.²⁷

²⁵ D'AMORE, Marcio R. *Abuso explotativo de posición dominante, el caso YPF en Argentina*. En: Boletín Latinoamericano de Competencia. No 11, Diciembre 2000. Pág. 10-11.

²⁶ Comisión de las Comunidades Europeas. *Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia*. Publicado en el Diario Oficial (DOCE) No C 372 del 9 de diciembre de 1997.

²⁷ Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, Caso Empresa Editora El Comercio vs. Aero Continente (Resolución N°78-1999-TDC/INDECOPI).

En la misma línea de desarrollo, los Lineamientos de Libre Competencia establecen textualmente lo siguiente:

"Un mercado relevante se suele definir en función de tres factores: la delimitación del producto, la geográfica, y la del nivel comercial:

a) Delimitación del Producto En lo sucesivo, cuando se haga referencia al término "producto", se entenderá que éste se relaciona con algún servicio de telecomunicaciones.

Esta delimitación restringe las consideraciones a los productos que son buenos sustitutos desde el punto de vista de los compradores. Para poder evaluar el grado de sustitución de los productos analizados se suele realizar un estudio sobre el producto, sus características y usos. Además se suele tener en cuenta las reacciones pasadas del mercado ante cambios en los precios. Otras técnicas usadas para la delimitación del producto son pruebas cuantitativas que permiten estimar las elasticidades de precios y elasticidades cruzadas de los mismos.

Una fuente importante de información está constituida por los demandantes de los productos analizados. (...)

b) Delimitación Geográfica

La delimitación geográfica considere la localización de los compradores y vendedoras que influyen en la formación del precio del producto. Los principales criterios para la delimitación geográfica del mercado son el costo de transporte de los productos del lugar donde son producidos hacia el lugar donde se venden y la demanda residual del producto donde se desea venderlo. Es posible que dos bienes sean sustitutos cercanos, no obstante se puede presentar la situación que éstos sean producidos en dos lugares distintos y el costo de transporte de un lugar a otro haga que no sea rentable la comercialización de un producto en el otro mercado. (...)

c) Delimitación del Nivel Comercial

La delimitación del nivel comercial busca identificar el nivel de la cadena comercial en el cual los consumidores adquieren los servicios de telecomunicaciones; es decir, si la adquisición se hace al por mayor, al por menor, a concesionarios, a revendedores, entre otros.

Una vez que se ha delimitado el espacio geográfico relevante, el producto, y el nivel comercial, el paso final a realizar para definir cuál es el mercado relevante, consiste en intersectar los resultados obtenidos de dichas delimitaciones. De esta manera, se obtienen todos aquellos productos que realmente compiten con aquel que sea objeto de estudio" (el énfasis es agregado).

Telefónica

OSIPTEL	FOLIOS	OSIPTEL	FOLIOS
CCO	2/58	GRE-CC	0/62

265 VALE
Aud Audrey Telefónica del Perú S.A.A.
Figura Secretaria ST

0104

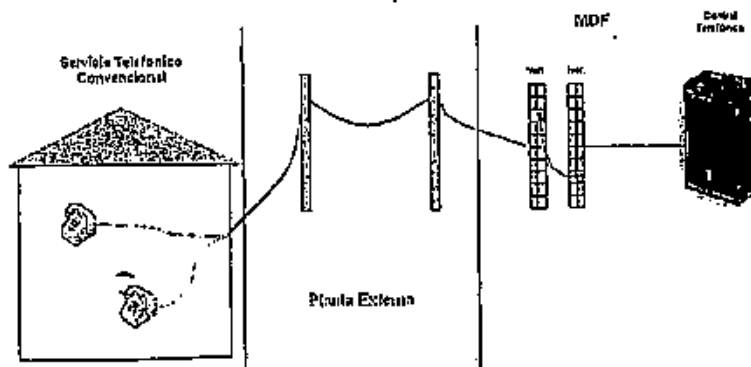
Al menos en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones, por tanto, un mercado relevante debe definirse en función de tres factores²⁸: (i) la delimitación del producto, (ii) la delimitación geográfica, y (iii) la delimitación del nivel comercial.

4.1. Sobre el servicio ADSL brindado por TELEFÓNICA

En términos tradicionales una red telefónica, es aquella en la que los equipos telefónicos terminales se comunican con una central de conmutación a través de un solo canal compartido por la señal del micrófono y del auricular. Cabe destacar que en el Perú el servicio de telefonía fija brindado por TELEFÓNICA se encuentra intensamente regulado tanto en sus segmentos mayoristas como minoristas.

Gráfico N° 1

Red de acceso



Fuente: Etalcom Perú

²⁸ Para la Comisión de las Comunidades Europeas la determinación del mercado relevante impone un doble examen delimitación del mercado del producto y del mercado geográfico, de acuerdo con el siguiente análisis: «así pues, el mercado de referencia en el marco del cual se examina una cuestión de competencia se determina combinando el mercado de producto y el mercado geográfico». Comisión de las Comunidades Europeas. Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia. Publicado en el Diario Oficial (DOCE) No C 372 del 9 de diciembre de 1997.

La tecnología de acceso a Internet DSL (línea de suscripción digital) permite brindar acceso a banda ancha sobre la red de acceso de la red de telefonía convencional que forma parte de la red pública de telecomunicaciones.

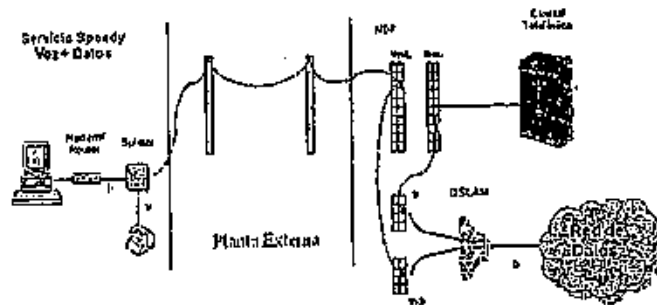
De forma referencial, cabe señalar que la Unión Internacional de las Telecomunicaciones (UIT) ha establecido diferentes estándares para la prestación de servicios sobre ADSL:

- ADSL - ANSI T1.413-1998 Issue 2
- ADSL (G.DMT) - ITU G.992.1
- ADSL over POTS - ITU G.992.1 Annex A
- ADSL over ISDN (IDSL) - ITU G.992.1 Annex B
- ADSL Lite (G.Lite) - ITU G.992.2
- ADSL2 - ITU G.992.3, ITU G.992.3 Annex J
- ADSL Lite (G.Lite) - ITU G.992.2
- RE-ADSL2 - ITU G.992.3 Annex L
- ADSL2 (sin splitter) - ITU G.992.4
- ADSL2+ - ITU G.992.5
- ADSL2+M - ITU G.992.5 Ann. M

En general, la tecnología DSL más utilizada para la prestación de servicios de acceso a Internet es la ADSL (*Asymmetric Digital Subscriber Line* o línea de suscripción digital asimétrica). Esta tecnología tiene como principal característica que permite otorgar a los abonados velocidades de bajada mayores a las de subida. Para ello, en el par de cobre telefónico tradicional, los datos se transmiten en un rango de frecuencia más alto que el utilizado para la voz, evitando la interferencia mutua. La implementación de la tecnología DSL requiere la habilitación de un modem DSL en el sitio del abonado y un equipo del tipo DSLAM (*Digital Subscriber Line Access Multiplexer* o Multiplexor de línea de acceso digital del abonado) en la central del operador.

Gráfico N° 2

Red de acceso con ADSL



Fuente: Elaboración propia

Como puede apreciarse, y contrariamente a lo que pareciera señalar el Informe de la Secretaría Técnica el servicio de acceso a Internet a través de la tecnología ADSL se soporta básicamente sobre la red de acceso de la telefónica fija, así es que cuando menos desde un punto de vista de sus infraestructuras ambos servicios se encuentran estrechamente vinculados.

4.2. El servicio de ADSL es un servicio de valor añadido

El servicio de acceso a Internet vía tecnología ADSL prestado por TELEFÓNICA, conocido comercialmente como Speedy -tal como hemos señalado en páginas anteriores- es un servicio de conmutación de datos por paquetes, tal como se aprecia en las "Clausulas Generales de Contratación de los Servicios Públicos de Difusión y de Servicios de Valor Añadido para Acceso a Internet" que el mismo que acompañamos como (Anexo 1-I) al presente documento.

El mencionado servicio es considerado por el artículo 99° del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones como un servicio de valor añadido. Así, de acuerdo a la clasificación de los servicios de telecomunicaciones establecida en el mencionado marco normativo, el servicio de acceso a Internet, independiente de la tecnología que se utilice, es considerado como un servicio público de valor añadido. Conforme a nuestra regulación, los servicios de valor añadido, son aquellos que utilizando como soporte servicios portadores o finales de difusión,

Telefonica

USIP TELI	FOLIOS	USIP TELI	FOLIOS
CCO	241	GRE-CC.	065

268 VALE
Aval Audrey Telefonica del Perú S.A.A.
Figueroa Secretaria ST 0107

añaden alguna característica o facilidad al servicio que les sirve de base. En la medida que estos servicios se prestan en régimen de competencia, para la prestación de los mismos no se requiere autorización previa; sin embargo, si es necesario realizar la inscripción en el Registro de Empresas de Valor Añadido administrado por el MTC. TELEFÓNICA ha cumplido con los trámites de registro correspondiente (REG. 013-VA) y por tanto se encuentra habilitada para prestar servicios de valor añadido de acceso a Internet.

Ello, ha sido reconocido además por el propio MTC en diversas oportunidades, tal como hemos podido apreciar con ocasión de la comunicación que el mencionado órgano de la administración pública remitiera a la Secretaría Técnica de la Comisión de la Oficina Regional del INDECOPÍ de Loreto. Documento que hemos glosado in extenso en páginas anteriores.

Conforme a lo señalado en el reciente Plan Nacional de Banda Ancha (en adelante, PNBA)²⁹, las empresas de telecomunicaciones que prestan el servicio de acceso a Internet necesitan desplegar sus redes de telecomunicaciones hasta lograr conectividad con los equipos terminales de los usuarios (computadoras personales, portátiles, teléfonos, etc.), para lo cual es necesario utilizar redes diseñadas con diversas topologías y tecnologías. Respecto de esta última afirmación, el PNBA, señala lo siguiente:

"[U]n ISP puede desplegar infraestructura propia o no, es decir, en extremo podría solamente alquilar infraestructura a terceros. En el primer caso, de acuerdo a la normativa vigente, la empresa debe contar con títulos habilitantes (concesiones) para prestar servicios portadores y/o finales, así como tener el registro de valor añadido; mientras que en el segundo caso el ISP solamente necesita estar registrado como empresa de valor añadido."

Lo señalado en el PNBA coincide perfectamente con lo dispuesto por la Ley y el Reglamento General de Telecomunicaciones; esto es, que un servicio de valor añadido debe soportarse -necesaria y obligatoriamente- sobre un servicio portador, final, o de valor añadido.

²⁹ PERÚ. Plan Nacional para el Desarrollo de la Banda Ancha en el Perú. Pág. 12.

Telefónica

OSIPTEL CCO	FOLIOS 262	OSIPTEL GRE-CC	FOLIOS 46
----------------	---------------	-------------------	--------------

269 VA LE
Alud Audrey
Figueroa

Telefónica del Perú S.A.A.
Secretaría ST

0108

En el caso del servicio de acceso a Internet con tecnología ADSL provisto por TELEFÓNICA, éste se soporta sobre el servicio portador de transmisión de datos mediante circuitos virtuales ATM con acceso ADSL, conocido comercialmente como "Giga ADSL". Lo señalado ha sido reconocido expresamente por el propio OSIPTEL, por ejemplo, cuando en el Informe No. 28-GPR-2005 que sustenta el Injicio al procedimiento de oficio para la revisión de tarifas de prestaciones de transmisión de datos mediante circuitos virtuales ATM con acceso ADSL en el año 2005 nos dice lo siguiente:

"Desde el inicio de la prestación del acceso ADSL más ATM, Telefónica lo ha venido utilizando como soporte para la prestación del acceso a Internet que ofrece al público bajo la denominación comercial de "Servicio Speedy"

Si bien existen diversas tecnologías a través de las cuales es posible prestar el servicio de acceso a Internet, desde el año 2000 TELEFÓNICA, en una válida decisión comercial, viene prestando este servicio con tecnología ADSL. En efecto, en el año 2000 OSIPTEL estableció por primera vez tarifas tope -máximas fijas- para las prestaciones de transmisión de datos mediante circuitos virtuales ATM con acceso ADSL (acceso digital asimétrico por línea telefónica) provistas por TELEFÓNICA, las cuales han sido revisadas de forma periódica, estando vigentes en la actualidad las tarifas tope aprobadas en el año 2008 mediante Resolución No. 039-2008-PD/OSIPTEL.

La regulación actual de este servicio, es del tipo *bitstream* (flujo concentrado de datos de múltiples clientes) al nivel de puertas ATM de alta velocidad (155 Mbps y 34 Mbps), siendo 3 como máximo para cubrir las zonas norte, centro y sur del país, que concentran conexiones de diversos concentradores de menor jerarquía correspondientes a una central local (DSLAM o multiplexor de acceso DSL). Así, la regulación establece el acceso a la red del operador establecido a través de los denominados PoPs (puntos de presencia) ubicados a nivel de un *Parent Switch* ATM. En dicho sentido, se han determinado los siguientes PoPs: San Isidro, Miraflores, Monterrico y Washington (para Lima); Arequipa (para la zona sur) y; Trujillo (para la zona norte); de forma que un operador alternativo requeriría conectarse solamente a un máximo de 3 PoPs (Arequipa, Trujillo y cualquiera de

los PoPs de Lima) para cubrir toda la planta de telefonía fija de TELEFÓNICA a nivel nacional.

En este extremo, debemos concluir que la opción regulatoria elegida por OSIPTEL de conformidad con el marco legal existente, con relación al servicio de acceso a Internet a través de la tecnología ADSL es que el servicio mayorista para el acceso a Internet prestado por TELEFÓNICA -y por defecto el servicio minorista que se soporta sobre aquél- sólo pueden ser brindados a aquellos clientes que cuenten con una línea fija de nuestra empresa.

4.3. El servicio de ADSL rivaliza con otros servicios de banda ancha

El mercado relevante de producto comprende además de la correcta descripción del bien ofertado por la empresa sujeta a investigación de todos aquellos bienes o servicios considerados fungibles o sustituibles por el consumidor, en razón de las características del producto, de su precio o del uso al cual están destinados. Es decir, que se tiene en consideración los diversos productos o servicios que pueden competir entre sí. Para ello tiene importancia fundamental el concepto de sustituibilidad.

Se dice que dos productos son sustitutos si son razonablemente intercambiables. Si dos productos son altamente sustitutos, el aumento en el precio de uno de ellos influirá en la demanda del otro. Sobre este punto la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI ha señalado en el caso seguido por Cab Cable vs. Electrocentro (Expediente No 006-98-CLC - Informe No 004-2000-CLC/INDECOPI) que la intercambiabilidad de los productos no significa que éstos tengan iguales características, basta que los servicios o productos alternativos satisfagan las necesidades del consumidor sin que incurra en nuevos o elevados costos de intercambio. Cuando ello ocurre, los bienes o productos deben ser considerados como sustitutos.

Según los Lineamientos de Libre Competencia en Telecomunicaciones para la delimitación del producto por el lado de la demanda inicialmente debería plantear cuáles son los productos que compiten con el bien analizado teniendo en cuenta

si los consumidores al usar un servicio alternativo no son afectados en su nivel de bienestar. Es decir, primero se busca determinar la posibilidad de sustitución física de los productos. Una vez identificados aquellos productos que son sustitutos físicos para los consumidores, se debe determinar la posibilidad de sustitución total incorporando para ello a los precios en el análisis. Se desea conocer si están dispuestos a cambiarse hacia alguno de los productos sustitutos en caso se produjera un incremento pequeño, pero significativo en el precio del servicio analizado.

Llama la atención sobre el particular, que el Informe de la Secretaría Técnica no haya considerado en el mercado relevante de la banda ancha al servicio de acceso a Internet a través con tecnología inalámbrica, cuando todo hace suponer que en la actualidad constituye un producto sustituto de los servicios de acceso a Internet prestados a través de infraestructura física.

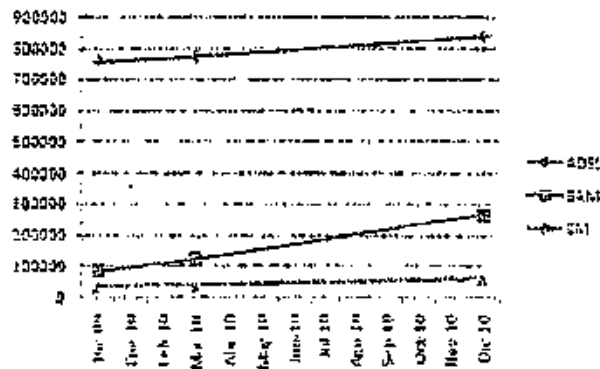
De acuerdo con el PNBA la banda ancha móvil es prestada principalmente a través de las tecnologías UMTS/HSPA (también conocidas como 3G y 3.5G), utilizando la infraestructura de las redes móviles convencionales 2G. El propio PNBA reconoce que la banda ancha móvil muestra cada vez mayor aceptación entre los usuarios que adquieren este servicio. Según información reportada por los operadores móviles al MTC, a marzo de 2010 se contaría con 266,892 conexiones de banda ancha móvil (sin considerar a las tecnologías GPRS y EDGE), cifra que representa el 22,25% del total de conexiones de banda ancha en el país.

Un factor que reforzaría esta posición es el hecho que sólo durante el período comprendido entre diciembre del 2009 (información recogida en el Informe de la Secretaría Técnica) y diciembre del 2020 (información contenida en el versión final del PNBA) la banda ancha móvil es la que mejor desempeño tuvo, logrando en muy poco tiempo pasar la barrera de las 250 000 conexiones, hecho que logró el acceso a Internet mediante tecnología ADSL casi al quinto año de su introducción en el Perú. Así si en el período señalado los accesos a Internet a través de la tecnología ADSL se incrementaron en 81 500 nuevos abonados, la banda ancha

móvil lo hizo en poco más de 182 000, mientras que los accesos utilizando el módem de cable se incrementaron en menor medida (26 200).

Gráfico N° 3

Banda ancha: evolución de accesos (2009-2010)



Es decir, en lapso muy breve, de una año, la banda ancha móvil ha pasado a tener una participación del mercado del orden del 9.27% al 22.25% del total del mercado. Este rápido crecimiento sólo se explica desde que una gran parte de los consumidores consideran a la banda ancha móvil como un bien sustituto del acceso a Internet vía ADSL. Siendo ello así no existe ninguna razón que justifique que la banda ancha móvil no forme parte del mercado relevante que ha debido considerar la Secretaría Técnica.

4.4. Delimitando correctamente el mercado relevante

Como hemos señalado el Informe de la Secretaría Técnica considera de forma errónea que el mercado relevante debería estar constituido "por el servicio de Internet de banda ancha, el cual incluye únicamente las tecnologías, ADSL y cable módem sólo en los distritos donde TELEFÓNICA ofrece los servicios mencionados".

Como ya hemos mencionado, no existe ninguna razón que justifique el retiro del mercado relevante de los servicios de acceso a Internet a través de tecnologías de banda ancha móvil. No obstante no es el único error cometido.

Telefónica

OSIPTEL CCO	FOLIOS 2/46	OSIPTEL GRE-CC	FOLIOS 0/10
----------------	----------------	-------------------	----------------

273 VALE
Aline Audrey Figuera Secretaria ST

0112

Menos fino aún es el análisis realizado para determinar el mercado geográfico relevante el cual se circunscribiría a los distritos donde TELEFÓNICA ofrece su servicio de acceso a Internet a través de tecnología ADSL, ello en la medida que según la Secretaría Técnica, "la empresa investigada es TELEFÓNICA".

Pareciera que en este extremo la Secretaría Técnica ha replicado el análisis sobre mercado geográfico que en su oportunidad realizaron los CCO de OSIPTEL cuando analizaron las prácticas de negativa injustificada a contratar en el mercado de provisión de infraestructura para brindar el servicio de televisión por cable, muy populares en la década pasada. En los casos mencionados, se circunscribió el mercado geográfico relevante a la zona de concesión otorgada por el Estado peruano a la empresa cuyo alquiler de postes se demandaba.²⁰

Sin embargo, los casos no son replicables. En el caso de los postes para brindar el servicio de televisión por cable, el mercado relevante se circunscribió a la empresa investigada, porque los operadores de televisión por cable querían esos postes y no otros, circunstancia que tenía cierta lógica y que puede replicarse para el presente caso.

Adviértase que una vez delimitado el mercado de productos relevantes, el siguiente paso consiste en definir su dimensión geográfica. La dimensión geográfica del mercado de productos o servicios, es imprescindible para evaluar correctamente las condiciones de la competencia efectiva y de la práctica investigada en el mercado relevante.

La delimitación del mercado geográfico relevante prescinde de la empresa investigada pues lo que se trata de determinar es el área en la cual las empresas participan en la oferta y la demanda de los productos o servicios relevantes, donde las condiciones de competencia son similares o suficientemente homogéneas y la se distingue de las zonas vecinas en cuanto a que las condiciones de la competencia son considerablemente distinta. La definición del

Telefonica

OSITEL CCO	FOLIOS 267	OSITEL GRE-CC	FOLIOS 074
---------------	---------------	------------------	---------------

274 VALE
Audi Audi Telefónica del Perú S.A.A.
Figueras Secretaria ST 0113

mercado geográfico no exige que las condiciones de la competencia entre operadoras o proveedores de servicios sean perfectamente homogéneas. Basta con que sean similares o suficientemente homogéneas y, por ello, sólo podrá considerarse que no constituyen parte del mercado geográfico relevante aquellas zonas en las que las condiciones de competencia sean heterogéneas.

Por ello creemos que el mercado relevante (geográfico y relevante) debiera estar constituido por la demanda de provisión de servicios de acceso a Internet a través de servicios de banda ancha a través de tecnologías físicas o inalámbricas.

5. SOBRE EL SUPUESTO EMPAQUETAMIENTO ANTICOMPETITIVO

5.1. El empaquetamiento exclusivo

En principio se señala que existe una venta atada cuando se condiciona la compra de un producto a la adquisición de otro. Este tipo de práctica es cuestionada por las autoridades de libre competencia cuando constituyen una estrategia para excluir o restringir la capacidad competitiva de un agente en el mercado. Las ventas atadas pueden ser eficientes si genera ahorros al producir economías de escala o si responde a circunstancias que la justifiquen como a la estructura de la industria o a razones tecnológicas.

5.2. ¿Qué elementos deben concurrir en una denuncia por empaquetamiento exclusivo?

Los Lineamientos de Libre Competencia establecen, que puede constituir un caso de posición de dominio, la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que por su naturaleza no guarden relación con el objeto de tales contratos. Abundando, los Lineamientos señalan que se considera que el empaquetamiento sólo puede tener un efecto anticompetitivo cuando: (i) es realizado por una empresa que tenga posición de dominio en un mercado determinado, (ii) cuando éste sea injustificado, y, (iii)

³⁰ Véanse los casos Pedro Juan Laca Buendía contra Electronorte (Informe No 003-2002/ST); Telecable Motupe contra Electronorte (Informe No 004-2002/ST) y VO Cable contra Luz del Sur (Informe No 002-2001/GRE).

muestre el intento de restringir la competencia en algún mercado. Por tanto, la práctica deberá ser analizada utilizando la regla de la razón.

No obstante este tipo de prácticas sólo debiera ser sancionada cuando el proveedor de determinado bien o servicio es dominante en el mercado del servicio que ata y el consumidor se ve incapacitado de acceder a bienes alternativos o sustitutos para cubrir las necesidades del producto atado.

Los requisitos para que se configure una conducta anticompetitiva de venta atada han sido claramente establecidos por la doctrina y la jurisprudencia. Por ejemplo en uno de los casos más importantes sobre la materia, refiriéndonos al proceso iniciado por la Comisión de las Comunidades Europeas et. Al contra Microsoft Corp. (T-201/04), se establecieron que los requisitos para sancionar una conducta de venta atada eran los siguientes: (i) el producto que ata y el producto atado son diferentes; (ii) que la empresa sea dominante en el producto que ata, (iii) que no exista la opción de adquirir el producto atado sin el que ata, y, (iv) que la venta atada perjudique la libre competencia.

5.2.1. Los productos deben ser diferentes

Para determinar si los productos vinculados a la práctica de atadura son diferentes es necesario demostrar que existe demanda para cada producto por separado.

En este caso, ello implicaría demostrar que existe demanda para el producto de acceso a Internet a través de la tecnología ADSL sin la necesidad de adquirir un servicio de telefonía fija, lo que ha venido a llamarse *naked ADSL* o simplemente NDSL.

Al realizar un análisis de la situación planteada debe tenerse en cuenta que una parte importante de los costos de la red de acceso del servicio de ADSL son solventados con la factura del servicio de telefonía fija que lo soporta, es decir, nos encontramos con la existencia de costos comunes del producto en atención a la tecnología utilizada. Por lo tanto, la demanda para el producto NDSL deberá considerar necesariamente, un incremento en el precio final al consumidor que bajo el modelo de venta empaquetada.

Telefonica

OSIPEL	FONDOS	OSIPEL	FONDOS
CCO	2/69	GRE-CC	07/5

276 VALE Telefonica del Perú S.A.A.
Rosalba Audrey Figueroa Secretaria ST 0115

No obstante, no existe en la actualidad en el Perú ningún estudio que revele la existencia de una demanda para el servicio de NDSL a un nivel de precios superior que el derivado de su venta conjunta con el servicio de telefonía fija.

5.2.2. El empaquetamiento está plenamente justificado

Las ventas atadas podrían considerarse como exclusorias desde una perspectiva de la libre competencia si no existe mayor justificación económica para mantener dicha una estrategia, la misma que se entendería sólo desde la perspectiva de excluir a los competidores del mercado.

Desde una perspectiva económica, la oferta conjunta del servicio de acceso a Internet a través de la tecnología ADSL y del servicio de telefonía fija genera una serie de costos comunes representados por el uso de par de cobre como el elemento más importante. Situación que fue reconocida por OFCOM del Reino Unido en su *Strategic Telecom Review* al discutir la provisión del servicio de banda ancha desnuda al por mayor señaló lo siguiente:

"Podría ser apropiado que OFCOM exija a BT (British Telecom) ofrecer banda ancha desnuda ADSL al por mayor. Un tema particularmente importante y complejo que surge, es como se van a recuperar aquellos costos de red que son comunes a PTSN (telefonía fija) y banda ancha. En la actualidad, los ingresos de la telefonía fija (PTSN) tienden a cubrir la mayoría de los costos comunes asociados con la red de BT. Si ciertos ingresos se pierden o se erosionan, BT va a necesitar recuperar los costos comunes de otro modo, y los precios por la banda ancha ADSL desnuda deberán reflejar este hecho."

La razón de ello es muy simple: si se ofrece banda ancha desnuda ADSL se debe cubrir -además del costo de generar mediante electrónica la "parte de alta frecuencia" del par de cobre que utiliza la banda ancha- el costo de la red de acceso representada por la "baja frecuencia" que usa la telefonía fija. Resulta imposible ofrecer banda ancha desnuda ADSL sin este costo "adicional".

Telefonica

OSIPTEL	FOLIOS	OSIPTEL	FOLIOS
CCO	278	OSIPTEL	077

277 VALE Telefonía del Perú S.A.A.
Dada Ruedner
Figueroa Secretaria ST

0116

Las ofertas conjunta de servicios de acceso a Internet vía ADSL y telefonía genera adicionalmente una serie de ahorros en costos que redundan en beneficio de los usuarios, pues se producen una serie de economías de ámbito que se presentan en la administración de los servicios ofrecidos sobre una sola plataforma.

Por ejemplo, la vinculación de los servicios de acceso a Internet y de telefonía permiten el envío de un solo recibo telefónico al cliente, la cual es alojada en un único sobre y enviada por un único servicio de mensajería para su recepción por parte del usuario. Otra actividad en que se presenta una clara economía de ámbito es la comercialización del producto, ya que existen una serie de labores compartidas en la gestión comercial de los diferentes productos, lo que implica una disminución en costos asociados a promoción y publicidad, entre otros.

5.2.3. Debe existir un intento de restringir la competencia en el mercado

Este requisito es esencial para configurar una conducta de ventas atadas anticompetitiva, como es de conocimiento del CCO la evaluación de este requisito debe realizarse siempre tomando en cuenta cuáles habrían sido los posibles efectos anticompetitivos de la práctica investigada en el mercado investigado.

Lamentablemente en el presente caso, el Informe de la Secretaría Técnica no aporta ni una sola línea con relación a cuáles, desde su punto de vista, habrían sido los supuestos efectos anticompetitivos de la cláusula de atadura en el mercado investigado, análisis sin el cual es muy difícil decir —cómo se hace en el Informe— que existen indicios respecto de la comisión de un abuso de posición de dominio en el mercado de telefonía fija producto de la práctica de venta atada o empaquetamiento. Por el contrario, y tal como veremos a continuación, no sólo no existe ninguna evidencia de que se ha logrado restringir en la competencia en el mercado de telefonía fija, sino que por el contrario la evidencia estadística disponible demuestra que los competidores de TELEFÓNICA en dicho mercado gozan de buena salud inmutables frente a la supuesta práctica anticompetitiva alegada por la Secretaría Técnica.

Telefonica

USIPIEL FOLIOS
CCO 278

OSIPIEL FOLIOS
GRE-CC 0117

278 VALE
Alm Audbay
Ej. Guerra Secretaria ST

0117

Sobre el particular, cabe destacar que al no comercializar el día de hoy un servicio de NDSL, TELEFÓNICA ha mantenido una política y comportamiento invariable desde que lanzó al mercado su producto de acceso a Internet a través de la tecnología ADSL, por lo tanto, mal se podría decir que la política de comercialización de los servicios de banda ancha de TELEFÓNICA es novedosa o que ha tenido la intención de excluir a sus competidores del mercado. En dicha medida la práctica alegada por la Secretaría Técnica pareciera que tiene casi diez años, situación que no puede sino recordarnos lo señalado por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso iniciado por Matsushita Elec. Industrial co. contra Zenith Radio (475 U.S. 574), cuando ante una denuncia por un supuesto abuso de posición de dominio por un largo periodo de tiempo la Corte ironizó en el sentido que un abuso durante tan largo periodo de tiempo no era creíble, no sin destruir por lo menos a todos los competidores, cosa que tanto en el caso Matsushita como en el presente caso, no sólo no ha ocurrido sino que el mercado parece ir en sentido contrario..

El numeral 10.1 de la Ley de Libre Competencia³¹ precisa que la naturaleza de las conductas de abuso de posición de dominio son aquellas que afectan el proceso competitivo restringiendo la competencia, de ahí que los perjudicados sean reales o potenciales, directos o indirectos. De acuerdo a ello, toda conducta de abuso de posición de domicilio, de acuerdo a lo establecido en la Ley debe tener siempre un efecto excluyente, sobra decir que este efecto, real o potencial, debe ser también creíble y no construido sobre la base de meras especulaciones o abstracciones metodológicas.

En línea con lo señalado, uno de los requisitos para que se configure como conducta anticompetitiva el "subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con los objetos de tales", conducta imputada a TELEFÓNICA, es

³¹ Ley de Libre Competencia

Artículo 10.- El abuso de la posición de dominio.-

10.1. Se considera que existe abuso cuando un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo

Telefonica



279 VALE
AUA
Aucher
Figueroa
Telefónica del Perú S.A.A.
Secretaría ST

0118

precisamente que en el mercado del producto atado se produzcan los efectos que hemos detallado en el párrafo precedente.

En efecto, se considera que las ventas atadas facilitan, a una empresa con poder de mercado en el mercado del bien principal, que extienda dicho poder al mercado del bien atado. De esa forma, el efecto excluyente produce cuando el dominante en el producto principal puede restringir del proceso competitivo a otros productores del bien atado o por lo menos excluirlos de parte del mismo. En ese sentido, la condición de que la práctica de atadura debe tener efectos anticompetitivos en el mercado constituye la más importante para determinar la existencia de una conducta anticompetitiva.

Resulta curioso que la Secretaría Técnica pesar de conocer de la existencia de este requisito primordial para determinar la posible existencia de un abuso de posición de dominio en la modalidad investigada, y habiendo conocido del debilitamiento progresivo del poder de mercado de TELEFÓNICA en el mercado de telefonía fija, señale que presuntamente habría efectuado un empaquetamiento ilícito.

Como se podrá observar del siguiente gráfico entre el año 2001 y el año 2009 la demanda del servicio de telefonía fija ha tenido un crecimiento dispar, ralentizándose algo en los últimos años³², en contraste con la demanda del servicio ADSL que desde el año 2001 ha mantenido un crecimiento constante. No obstante ello, todavía el servicio de Internet de banda ancha fija ha alcanzado sólo, a diciembre de 2010, una densidad de 4.04%³³.

beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición.

³² A diciembre 2010 la penetración fija es de 9.98 líneas por cada 100 habitantes. Información recogida del Estudio de Plan Nacional para el desarrollo de la Banda Ancha de mayo 2011.

³³ Información recogida del Estudio de Plan Nacional para el desarrollo de la Banda Ancha de mayo 2011, Pág 39.

Telefonica

TEL FOLIOS
CCO 27/3

OSIPTEL FOLIOS
ONE-CC 07/7

280 VALE
AUX Avulay
Figueroa Secretaria ST

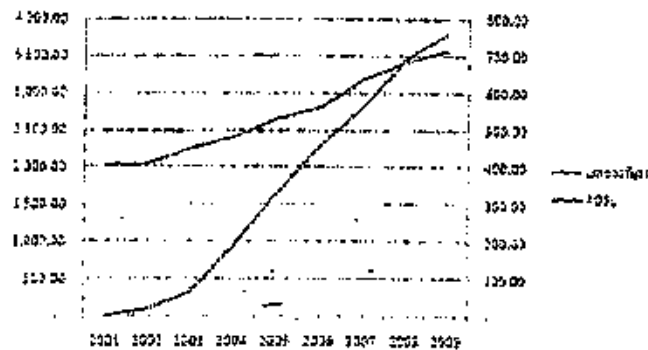
Telefónica del Perú S.A.A.

Secretaria ST

0119

Gráfico N° 4

Lineas fijas y ADSL (2001-2010)



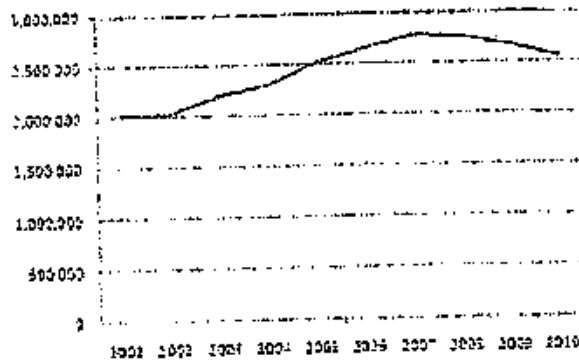
Ahora bien, es correcto afirmar que el número de líneas de telefonía fija todavía mantiene un crecimiento, sin embargo, este crecimiento se ha producido en gran parte por el desempeño de los competidores de TELEFÓNICA, pues, como bien sabe la Secretaría Técnica, la participación de mercado de TELEFÓNICA en la telefonía fija no ha hecho sino descender en los últimos años. En efecto, en los últimos años la cantidad demandada del servicio de telefonía fija de TELEFÓNICA ha disminuído. Esto se puede apreciar en los gráficos siguientes.

Telefonica

JSIPTEL	FOLIOS	JSIPTEL	FOLIOS
CCO	274	GRE-CC	078

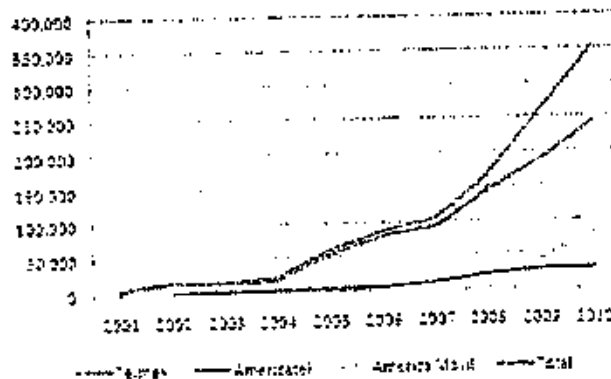
281 VALE
 AWJ Audax
 Figueroa
 Telefonica del Perú S.A.A.
 Secretaria ST 0120

Gráfico N° 5
 Evolución de líneas en servicio (Telefónica)



En ese sentido, si la demanda de TELEFÓNICA desde hace varios años viene disminuyendo y la de nuestros competidores viene aumentando, cómo es posible afirmar que se está realizando una conducta anticompetitiva en supuesta reacción a la pérdida de mercado. Por el contrario, es evidente que éste efecto exclusivo no se ha presentado.

Gráfico N° 6
 Evolución de líneas en servicio (competidores)



Es decir, el hecho que la misma Secretaría Técnica y los datos estadísticos demuestren el debilitamiento en la participación de TELEFÓNICA en el mercado

Telefonica

TEL	FOKIOS	OSIPTEL	FOKIOS
CCO	27/5	GRE-CC	0/7/9

2BZ VALE
Audrey
Figueroa
Telefonica del Perú S.A.A.
Secretaría ST

0121

de telefonía fija, demuestra que no hemos incurrido en una conducta anticompetitiva.

5.3. La experiencia internacional: El *Naked ADSL* es un fenómeno reciente

La provisión de servicios de banda ancha de acceso bajo un esquema de NDSL es un fenómeno más bien reciente y no remoto como pareciera señalar implícitamente el Informe de la Secretaría Técnica, al establecer dicho diseño comercial como un óptimo competitivo. Por ejemplo, recién en el año 2005, la OECD (*Organisation for Economic Co-operation and Development*) advirtió en su reporte *OECD Communications Outlook* lo siguiente sobre el particular:

"[a]lgunos consumidores pueden estar abandonando sus líneas primarias cuando consideran que los servicios móviles y del cable módem, cuando son usados de forma conjunta, satisfacen sus requerimientos. Un signo de este fenómeno es el nacimiento de las ofertas de banda ancha desnuda DSL (naked DSL). En los Estados Unidos los operadores de telecomunicaciones han empezado a ofrecer sólo conexiones de internet. En la mayoría de los países de la OECD, los usuarios todavía necesitan tomar un servicio telefónico primario para obtener el servicio de Internet".

Es decir, sólo desde finales del año 2005, es cuando en algunos países como Estados Unidos, Reino Unido, Austria, Canadá o Italia diversos operadores comienzan a ofrecer el servicio NDSL. Cabe destacar que la gran mayoría de países donde se empieza a desarrollar el servicio de NDSL ha sido antes que por una imposición regulatoria o por sanciones derivadas de procesos de libre competencia por un impulso competitivo.

En este sentido, en el año 2005 la *Federal Communications Commission* (FCC) analizó la posibilidad de obligar a Bellsouth a ofrecer NDSL. La FCC, siguiendo lo dispuesto en su revisión regulatoria, concluyó, en el sentido que no podía obligar a Bellsouth a separar su oferta de banda ancha ADSL de la de telefonía fija. En todo caso, tenemos entendido que la FCC no ha cerrado todavía la discusión.

En el Reino Unido también se ha analizado la conveniencia de ofrecer banda ancha ADSL separada de la telefonía fija a nivel minorista a raíz del rol que ha empezado a desempeñar la telefonía IP. En este caso, OFCOM señaló

Telefonica

OSIPTEL CCO	FOLIOS 2/76	OSIPTEL GRE-CC	FOLIOS 0/80
----------------	----------------	-------------------	----------------

283 VALE
ALV Ausley
Figueras Secretaria ST 0122

Telefónica del Perú S.A.A.

claramente que no consideraba necesario como una política pro competitiva imponer como una obligación separar la oferta minorista de banda ancha ADSL y telefonía fija.

6. MEDIOS PROBATORIOS:

Que, en sustento de nuestras afirmaciones ofrecamos como medios de prueba los siguientes:

1. Resolución N° 052-2002-CCO/OSIPTEL del caso seguido por ATT con TELEFÓNICA (Anexo 1-D)
2. Resolución N° 002-2004-CCO/OSIPTEL del caso seguido por Red Privada Virtual con TELEFÓNICA (Anexo 1-E)
3. Resolución No. 006-2002-CLC/INDECOPI seguido por Paneles Napsa con Edeinor (Anexo 1-F)
4. Carta No. 1147-GG.CC/2010 del 22 de noviembre de 2010 de la Gerencia General de OSIPTEL (Anexo 1-G)
5. Oficio No. 988-2010-GRL/32-DRTC emitida por la Dirección Regional de Transportes y Comunicaciones-Loreto (Anexo 1-H)
6. Informe de OSIPTEL del año 2002 "Situación del mercado de televisión por cable" (Anexo 1-I)
7. Clausulas Generales de Contratación de los Servicios Públicos de Difusión y de Servicios de Valor Añadido para Acceso a Internet (Anexo 1-J)
8. Estudio sobre "Barreras de acceso para el desarrollo de la banda ancha en el Perú" de julio de 2010 (Anexo 1-K)
9. Diagnóstico Preliminar sobre el Desarrollo de la banda ancha en el Perú de julio de 2010 (Anexo 1-L).
10. Plan Nacional para el desarrollo de la Banda Ancha de mayo 2011 (Anexo 1-M)

POR TANTO:

AL CCO solicitamos se sirva tener presente lo expuesto y en su oportunidad se sirva declarar INFUNDADA en todos sus extremos la denuncia iniciada de oficio contra TELEFÓNICA.

Telefonica

U. TEL	FOLIOS	OSIPTEL	FOLIOS
COO	277	013-0	03/0

284 V.A.L.G. Telefonica del Perú S.A.A.
A.L.U. Avulbey
Figueroa Secretaria ST

0123

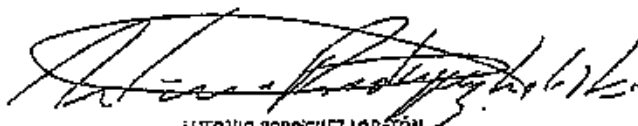
PRIMER OTROSÍ DECIMOS: Que adjuntamos como anexos los siguientes documentos:

- Anexo 1-A: Copia del poder de nuestro representante legal.
- Anexo 1-B: Copia del DNI de nuestro representante legal.
- Anexo 1-C: Copia del Registro Único de Contribuyente de TELEFÓNICA.

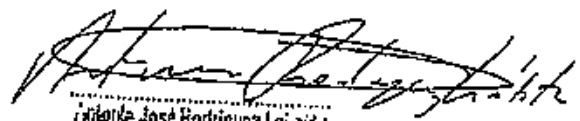
SEGUNDO OTROSÍ DECIMOS.- Autorizamos a los señores Antonio José Rodríguez Lobatón; identificado con DNI 07686146; Evelyn Castro Ramos, identificada con DNI 42165239, Patricia Plaza Pacheco, identificada con DNI 43972226; y, Diego Ortega Chavarry, identificado con DNI 44583266, para que puedan tener acceso al presente expediente, incluyendo la información presentada por nuestra empresa que el CCO pudiera calificar como confidencial o reservada. Las personas citadas podrán recibir notificaciones y copias certificadas.

TERCER OTROSÍ DECIMOS.- Conferimos a los letrados que autorizan el presente escrito, la representación procesal para actuar en nombre de TELEFÓNICA en este procedimiento, contando para ello con las facultades generales de impulso y gestión procesal ordinaria.

Lima, 30 de septiembre de 2011




ANTONIO RODRIGUEZ LOBATÓN
Jefe de Asesoría en Telecomunicaciones
TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.



Antonio José Rodríguez Louzón
ABOGADO
REG. CAL. 26197

Anexo 3

 OSIPTEL	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 1 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	



Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados

**Controversia de oficio contra Telefónica del Perú
SAA.**


(Exp. 005-2011-CCO-ST/LC)

Informe Instructivo

Informe N° 020-STCCO/2012


Lima, 18 de abril de 2012

 **OSIPTEL**

 OSIPTEL	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 2 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

Índice

I. INTRODUCCIÓN.....	3
II. EMPRESA INVESTIGADA	3
III. ANTECEDENTES.....	3
IV. PROCEDIMIENTO DE OFICIO Y HECHOS RELEVANTES.....	5
V. DILIGENCIAS A CARGO DE LA SECRETARÍA TÉCNICA DE LOS ÓRGANOS COLEGIADOS	7
5.1. Acciones de supervisión realizadas por el OSIPTEL.....	7
5.2. Información solicitada a TELEFÓNICA.....	7
5.3. Información solicitada a otras empresas.....	10
5.4. Información solicitada a INDECOPI.....	10
5.5. Información solicitada al MTC	10
VI. CUESTIONES PROCESALES PREVIAS.....	11
6.1. Supuesta vulneración al derecho de defensa: la insuficiencia del Informe de Investigación Preliminar	11
6.2. Supuesta falta de competencia de las instancias de solución de controversias por aplicación del principio de supletoriedad	12
6.2.1. Definición del principio de supletoriedad	12
6.2.2. Alcances del marco regulatorio del ADSL	13
6.2.3. La promoción de la competencia como finalidad de la regulación ADSL....	14
VII. ANÁLISIS	16
7.1. Marco General: las ventas atadas como supuesto abuso de posición de dominio	16
7.2 La práctica materia de investigación.....	17
7.2.1. Mercado Relevante	17
7.2.1.1. Servicio relevante	17
7.2.1.2. Mercado producto.....	19
7.2.1.3. Mercado geográfico.....	25
7.2.1.4. Mercado relevante aplicable a la presente controversia	25
7.2.2. Posición de dominio en el mercado relevante	25
7.2.2.1. Presencia en el mercado	26
7.2.2.2. Barreras a la entrada.....	29
7.2.2.3. Conclusión sobre la posición de dominio de TELEFÓNICA.....	30
7.2.3. El abuso de la posición de dominio	30
7.2.3.1. Servicios diferenciados.....	31
7.2.3.2. Nivel de coerción.....	32
7.2.3.3. Efectos anticompetitivos y eficiencias procompetitivas	40
7.2.4. Medida correctiva y sanción.....	48
7.2.4.1. Sobre las medidas correctivas.....	48
7.2.4.2. Sobre las sanciones pecuniarias	49

	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 3 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

I. INTRODUCCIÓN

El presente informe tiene por objeto poner en conocimiento al Cuerpo Colegiado, el resultado de la investigación y análisis realizados por la Secretaría Técnica, en su calidad de órgano instructor del procedimiento seguido de oficio contra Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante TELEFÓNICA), por la presunta comisión de actos contrarios a la libre competencia tipificados en el inciso c) artículo 10.2 del Decreto Legislativo N° 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (en adelante, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas)¹.

La presunta práctica anticompetitiva materia de este procedimiento consistiría en el condicionamiento por parte de TELEFÓNICA de la venta de su servicio de acceso a Internet a través de la tecnología ADSL (Speedy) a la compra de su servicio de telefonía fija, de modo que solo los usuarios que adquieran el servicio de telefonía fija o ya cuenten con éste puedan acceder al servicio de Internet.

II. EMPRESA INVESTIGADA

TELEFÓNICA es una empresa privada dedicada a brindar servicios de telecomunicaciones. Por Decreto Supremo N° 11-94-TCC, de 13 de mayo de 1994, obtuvo la concesión para prestar el servicio público de portador de larga distancia nacional y larga distancia internacional. Asimismo, mediante el referido Decreto Supremo, se le otorgó la concesión para prestar el servicio de telefonía fija local.

Asimismo, TELEFÓNICA está registrada como empresa prestadora de servicios de valor añadido con Registro N° 013-VA, para prestar los servicios de conmutación de datos por paquete (Internet), consulta, facsímil en la forma de almacenamiento y retransmisión de fax, mensajería interpersonal en la modalidad de correo electrónico de voz, buscapersonas, almacenamiento y retransmisión de datos.

III. ANTECEDENTES


1. En el marco de la función de seguimiento de los distintos mercados de servicios públicos de telecomunicaciones para la detección de prácticas anticompetitivas, la Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados (en adelante, Secretaría Técnica) identificó indicios de una presunta práctica de atadura por parte de la empresa TELEFÓNICA consistente en el condicionamiento de la venta del servicio de acceso a Internet a través de la tecnología ADSL (Speedy) a la compra de su servicio de telefonía fija.
2. Mediante Memorandum N° 140-GRE-2010, de fecha 27 de octubre de 2010, la Secretaría Técnica (en ese entonces, Gerencia de Relaciones Empresariales) solicitó a la Gerencia de Fiscalización y Supervisión realizar una inspección y determinar si los clientes interesados en adquirir el servicio de Internet de Telefónica del Perú (Speedy, en la modalidad residencial y corporativo, a través de

¹ Decreto Legislativo N° 1034, Artículo 10.2, inciso c).

*10.2. El abuso de posición de dominio en el mercado podrá consistir en conductas de efecto excluyente tales como:

(...)

c) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos. (...)"

	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 4 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

promociones y tarifas establecidas) solo puedan acceder a éste, si y solo si contratan -a su vez- el servicio de telefonía fija.

- Con fecha 31 de diciembre de 2010, mediante Memorándum N° 751-GFS-2010, la Gerencia de Fiscalización remitió a esta Secretaría los audios de las llamadas, así como las transcripciones de tales llamadas realizadas desde las oficinas del OSIPTEL en diversas localidades del Perú hacia el Servicio de Telegestión Comercial de TELEFÓNICA (104).


De la información remitida por esta Gerencia se concluye que TELEFÓNICA no ofrece ninguna oferta de acceso al servicio de Internet sin la contratación previa o simultánea de una línea fija con dicha empresa.

- Conforme a sus funciones de órgano instructor, la Secretaría Técnica emitió el Informe N° 004-CCO/2011 de fecha 17 de marzo de 2011, Investigación Preliminar de Oficio: Supuesta práctica de atadura en el mercado peruano de servicios públicos de telecomunicaciones (en adelante, Informe de Investigación Preliminar).

De acuerdo a esta Secretaría, la presunta práctica anticompetitiva realizada por TELEFÓNICA consistiría en condicionar la venta de su servicio de Internet, en el cual tendría posición de dominio, a la compra de su servicio de telefonía fija. De ese modo, sólo los usuarios que adquieran el servicio de telefonía fija de TELEFÓNICA o ya cuenten con él pueden acceder al su servicio de Internet.

El Informe de Investigación Preliminar señala lo siguiente:

- Establece el marco legal bajo el cual se analizará la presunta práctica anticompetitiva de TELEFÓNICA, señalando expresamente que ésta se encuentra comprendida en el artículo 10.2.c. de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
- Los contratos mediante los cuales TELEFÓNICA ofrece los diferentes servicios *Speedy* contemplan como requisito indispensable para la prestación de dicho servicio la obligación de contar con una línea de telefonía fija de TELEFÓNICA o la obligación de adquirir una.
- De las acciones de supervisión llevadas a cabo se verificó que en la práctica TELEFÓNICA no ofrece ninguna oferta de acceso a *Speedy* sin la contratación previa o simultánea de una línea fija con esta misma empresa, incluso se exige expresamente dicho requisito cuando los interesados ya cuentan con una línea telefónica fija contratada con una empresa distinta a TELEFÓNICA.
- Se identificó como servicio relevante al servicio de Internet el cual incluye las tecnologías ADSL y cable módem, en los distritos donde TELEFÓNICA ofrezca tales servicios.
- TELEFÓNICA cuenta con posición de dominio en el mercado de Internet, toda vez que (i) las cuotas de participación de mercado demuestran que, a nivel distrital, TELEFÓNICA tiene una participación de 100.00% en el 18% de todos los distritos a nivel nacional y que solo en 6 departamentos tiene una cuota menor a 100.00%; (ii) TELEFÓNICA es la empresa dominante en el mercado de telefonía fija, y siendo el acceso al bucle local, una facilidad esencial para el acceso a los usuarios, esta empresa posee una barrera estructural de entrada al mercado de Internet; y, (iii) el tamaño de la red de TELEFÓNICA, le otorga mayor poder de mercado, debido a que las grandes redes producen mayores externalidades.

	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 5 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

- Los potenciales efectos exclusorios de esta práctica se producirían en el mercado de telefonía fija, que es el mercado de servicio atado, en el cual TELEFÓNICA estaría atravesando por un debilitamiento significativo. Dicha empresa podría estar tratando de aprovechar el crecimiento experimentado en el servicio de Internet mediante ADSL para recuperar su posición en el mercado de telefonía fija.

IV. PROCEDIMIENTO DE OFICIO Y HECHOS RELEVANTES


5. Por Resolución N° 119-2011-CD/OSIPTEL de fecha 08 de setiembre de 2011 el Consejo Directivo designó un Cuerpo Colegiado para que evalúe el inicio de un procedimiento de oficio contra TELEFÓNICA por la presunta comisión de una infracción a la libre competencia, y de ser el caso, tramite y resuelva el procedimiento que decida iniciar.
6. Mediante Resolución N° 001-2011-CCO/OSIPTEL, de 13 de setiembre de 2011, el Cuerpo Colegiado resolvió disponer del inicio de un procedimiento de oficio contra TELEFÓNICA, por la presunta comisión de abuso de posición de dominio en la modalidad de venta atada, con posibles efectos de exclusión en el mercado de telefonía fija, conducta tipificada en el literal c) del artículo 10.2 del Decreto Ley N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

Los fundamentos de la Resolución N° 001-2011-CCO/OSIPTEL fueron los siguientes:


- Se consideró que el comportamiento de TELEFÓNICA podría constituir una práctica con efectos de exclusión en el mercado de telefonía fija, dada la posición de dominio que tendría dicha empresa en el mercado de Internet a través de la tecnología ADSL, pudiéndose generar un perjuicio a la dinámica competitiva en el mercado de telefonía fija, reforzándose su posición en el mercado de internet y causando un perjuicio a sus competidores en el mercado de telefonía fija.
- De otro lado, los usuarios se habrían visto forzados a adquirir un servicio adicional, pudiéndose afectar el bienestar de los consumidores, no sólo a través de un supuesto debilitamiento del proceso competitivo, sino a través de la afectación a usuarios, que bajo las condiciones de venta atada, no podrían acceder a determinados servicios en relación a sus preferencias.

Asimismo, se dispuso agregar al Expediente el Informe de Investigación Preliminar y se otorgó a TELEFÓNICA un plazo de diez días hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, para presentar sus descargos.

7. Con fecha 30 de setiembre de 2011, TELEFÓNICA presentó un escrito de descargos a lo expresado en el Informe de Investigación Preliminar, manifestando lo siguiente:
 - Las alegaciones formuladas por la Secretaría Técnica contradicen la regulación vigente y no son plausibles atendiendo al principio de supletoriedad establecido en el artículo 12° del Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, Reglamento General del OSIPTEL (en adelante, Reglamento General del OSIPTEL).

	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 6 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

- TELEFÓNICA actuó dentro del marco legal establecido dado que su modelo comercial y tarifas fueron autorizadas por el OSIPTEL mediante Resolución N° 36-2000-CD/OSIPTEL, que aprobó las tarifas máximas fijas aplicables a prestaciones de transmisión de datos mediante circuitos virtuales ATM con acceso ADSL.
 - OSIPTEL ha reconocido y reiterado la dependencia que existe entre el servicio de acceso a Internet via ADSL y la línea telefónica fija.
 - En el año 2002, OSIPTEL analizó la provisión del servicio CableNet de Telefónica Multimedia S.A.C. y descartó la configuración de una práctica de atadura. La provisión de dicho servicio presenta condiciones similares a la provisión del servicio *Speedy*, por lo que no se entiende por qué en el presente caso si existieran indicios suficientes de la ilegalidad de la práctica.
 - El servicio de acceso a Internet a través de la tecnología ADSL constituye un servicio de valor añadido en la modalidad de conmutación de datos por paquetes, valiéndose tanto de la red portadora como de la red final de telefonía fija brindados por TELEFÓNICA, por lo que la comercialización conjunta de los servicios está justificada.
 - El Informe de Investigación Preliminar vulnera el derecho de defensa de TELEFÓNICA al no haber investigado sobre las razones técnicas o económicas que justifican el uso de sus contratos subordinados por más de diez años en el mercado.
 - Las imputaciones realizadas a TELEFÓNICA son ambiguas, puesto que: se ha omitido mencionar que la tecnología ADSL se soporta en la infraestructura de la telefonía fija; no se ha explicado por qué motivo no se consideran dentro del mercado relevante a la banda ancha móvil, ni tampoco la banda ancha inalámbrica; no se está de acuerdo con la participación de las cuotas de mercado que ostentaría TELEFÓNICA; no hay evidencia de afectación al mercado de telefonía fija; no se han analizados los requisitos establecidos en los lineamientos de libre competencia para la detección de una conducta anticompetitiva; y, finalmente, se ha obviado realizar cualquier ejercicio respecto de las posibles explicaciones que justificarían la validez de la práctica investigada.
 - En relación con el análisis de mercado relevante, agrega que la delimitación del mercado geográfico debe incluir las zonas donde las condiciones de competencia sean similares o suficientemente homogéneas.
 - Respecto del presunto empaquetamiento ilícito, indica además que se debe evaluar la demanda de los servicios por separado; la justificación del empaquetamiento en términos de ahorro de costos y economías de ámbito; los efectos de la práctica en el mercado de telefonía fija; así como la experiencia internacional de naked ADSL.
8. Finalmente, mediante Resolución N° 002-2011-CCO/OSIPTEL, de 05 de octubre de 2011, el Cuerpo Colegiado resolvió tener presente y agregar al expediente el escrito presentado por TELEFÓNICA el 30 de septiembre de 2011 y dar inicio a la etapa de investigación a cargo de la Secretaría Técnica.

	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 7 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

V. DILIGENCIAS A CARGO DE LA SECRETARÍA TÉCNICA DE LOS ÓRGANOS COLEGIADOS²

5.1. Acciones de supervisión realizadas por el OSIPTEL

Mediante Memorándum N° 140-GRE-2010, de fecha 27 de octubre de 2010, la Secretaría Técnica solicitó a la Gerencia de Fiscalización y Supervisión llevar a cabo acciones de inspección y determinar si los clientes interesados en adquirir el servicio de Internet de TELEFÓNICA (Speedy, en la modalidad residencial y corporativo, a través de promociones y tarifas establecidas) solo puedan acceder a éste, sí y solo si contratan -a su vez- el servicio de telefonía fija.

Con fecha 31 de diciembre de 2010, mediante Memorándum N° 751-GFS-2010, la Gerencia de Fiscalización remitió a esta Secretaría los audios de las llamadas, así como las transcripciones de tales llamadas realizadas desde las oficinas del OSIPTEL en diversas localidades del Perú hacia el Servicio de Telegestión Comercial de TELEFÓNICA (104).

5.2. Información solicitada a TELEFÓNICA


Durante la etapa de investigación del presente procedimiento, se remitió a TELEFÓNICA la carta N° 047-ST/2011 de 17 de noviembre de 2011, mediante la cual esta Secretaría Técnica solicitó la siguiente información por el periodo de agosto de 2001 a setiembre de 2011: i) Formatos 1 y 2: altas y bajas del servicio de telefonía fija (alámbrica), con periodicidad mensual, desagregada por paquetes y por segmento comercial; ii) Formatos 3 y 4: altas y bajas del servicio de Internet ADSL, con periodicidad mensual, desagregada por paquetes y por segmento comercial; iii) Formato 5: stock del servicio de telefonía fija (alámbrica), con periodicidad mensual, desagregada por paquetes y por segmento comercial; y, iv) Formato 5: stock del servicio de Internet ADSL, con periodicidad mensual, desagregada por paquetes y por segmento comercial. El plazo otorgado fue de hasta el 02 de diciembre de 2011.

Cabe indicar que toda la información solicitada a TELEFÓNICA se requirió con el fin de determinar si las ofertas promocionales o empaquetamiento de los servicios (dúos) generó incentivos para la contratación del servicio de telefonía fija de TELEFÓNICA y, en general, con el objetivo de evaluar los efectos de la presunta práctica de atadura.

En respuesta a lo solicitado, mediante escrito N° 2 de 1° de diciembre de 2011, TELEFÓNICA indicó que su representada estaba en capacidad de entregar la información solicitada únicamente para los años 2009, 2010 y 2011. Por lo que entregó únicamente información impresa de los Formatos 1, 2, 3, y 4 para el año 2011 (hasta octubre) e información impresa correspondiente al Formato 5 para los años 2010 y 2011 (hasta octubre). Además, solicitó prórroga de plazo para la entrega de la información restante hasta el 16 de diciembre de 2011.

Con carta N° 050-ST/2011 de 9 de diciembre de 2011, y luego de haber revisado la información presentada por la empresa, esta Secretaría Técnica otorgó la prórroga solicitada e insistió en que la información debía entregarse desagregada por segmento

² Al respecto, se debe tener en cuenta que, conforme a lo dispuesto por el artículo 160° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, los administrados, sus representantes o su abogado, tienen derecho de acceso al expediente en cualquier momento de su trámite, así como a sus documentos, antecedentes, estudios, informes y dictámenes.

	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 8 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

comercial y residencial, en medio magnético. Asimismo, volvió a comunicar el requerimiento de información para los años anteriores al 2009.

Mediante escritos N° 3, 4 y 5 de fechas 12 de diciembre de 2011, 5 y 16 de enero de 2012, respectivamente, TELEFÓNICA remitió toda la información correspondiente a los años 2009, 2010 y 2011 sobre los Formatos 1, 2, 3, 4 y 5. Señaló también que no contaba con la información con el nivel de detalle exigido desde el año 2001 y que no contaba con los documentos que permitan reconstruirla.

Por carta N° 017-STCCO/2012 de 11 de enero de 2012, esta Secretaría Técnica solicitó a TELEFÓNICA explique claramente y por escrito las razones por las que aducía imposibilidad para cumplir con la entrega de información faltante.


Mediante escrito N° 6 del 16 de enero de 2012, TELEFÓNICA sostuvo que: i) los dúos y tríos fueron lanzados en agosto de 2007, por lo que no existe información relativa a sus multiproductos con anterioridad a dicha fecha; ii) el registro de la información por el periodo de agosto de 2007 a diciembre de 2008 se realizó de forma manual, lo que habría ocasionado un problema de desfase y pérdida de información; iii) propuso replicar la información sobre la planta de líneas fijas y servicio de internet desde el año 2001, información que habría presentado a OSIPTEL con anterioridad; y, iv) en base a su registro manual, propuso recrear la información solicitada por el periodo de agosto de 2007 a diciembre de 2008; sin embargo, precisó que ésta no sería confiable. Solicitó una nueva prórroga de plazo para la segunda semana de febrero de 2012.

Por carta N° 020-STCCO/2012 de 20 de enero de 2012, esta Secretaría Técnica señaló que con relación a su propuesta de replicar la información desde el 2001, indique los números de las comunicaciones y las fechas en las cuales éstas se remitieron al OSIPTEL; respecto de la información por el periodo de agosto de 2007 a diciembre de 2008 que registró de forma manual, explique la fuente originaria de información, la metodología de procesamiento así como el margen de error con el que contaría la información entregada, entre otras. Se otorgó asimismo el plazo solicitado, precisando que la entrega debería realizarse el 7 de febrero de 2012, fecha de culminación de la etapa de investigación de la controversia.

Además, mediante carta N° 021-STCCO/2012 de 24 de enero de 2012, se le indicó a TELEFÓNICA que había presentado información que no coincidía con información relacionada, remitida al OSIPTEL en cumplimiento de la Resolución N° 121-2003-CD/OSIPTEL. Por lo que se solicitó a esta empresa, explicar la causa de la discordancia en la información entregada.

En su escrito N° 7, de 25 de enero de 2012, la empresa investigada indicó que i) la información sobre la planta de líneas fijas y servicio de internet desde el año 2001, se encuentra en poder de la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia del OSIPTEL, por lo que en virtud del artículo 40° de la Ley del Procedimiento Administrativo General corresponde solicitarla a dicha gerencia; ii) el requerimiento referido a la información por el periodo de agosto de 2007 a diciembre de 2008 resulta confuso; y, iii) sobre la entrega de esta última información solicita una nueva prórroga del plazo de entrega hasta el 15 de febrero de 2012.

En respuesta a la carta N° 021-STCCO/2012, por escrito N° 8 de fecha 27 de enero de 2012, TELEFÓNICA señaló que la duplicidad de información en la que incurrió se debió a un error y que la variación de la información presentada en el "Stock de Líneas de Telefonía Fija en Servicio", con relación a la información antes enviada al OSIPTEL, se debió a que la información que se reportó al OSIPTEL con anterioridad tenía como

	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 9 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

fuente la información del área de red, y la información que se presentó en el procedimiento tenía como fuente los sistemas de gestión comercial.

Teniendo en cuenta lo dicho por TELEFÓNICA, la Secretaría Técnica le remitió el Oficio N° 032-STCCO/2012 de 8 de febrero de 2012, mediante el cual señaló que (i) OSIPTEL no contaba con la información del periodo de agosto de 2001 a julio de 2007 referida a los formatos con el nivel de desagregación y/o periodicidad requerido; (ii) respecto de la solicitud de explicar las características de la información entregada se le reiteró que dicha solicitud tiene su fundamento en el artículo 29° del Reglamento de Controversias; (iii) se le reiteró además, que el grado de detalle de la descripción solicitada debía explicar por sí misma por qué TELEFÓNICA ha podido cumplir con otros requerimientos de información similares; y, (iv) finalmente, con relación a su solicitud de prórroga, se señaló que aún cuando se le informó, en su última solicitud de prórroga, que la etapa de investigación culminaba el 7 de febrero de 2012, se le concedía un plazo perentorio para entrega de la información de hasta el 15 de febrero.

Mediante escrito N° 9 de fecha 15 de febrero de 2012, TELEFÓNICA indicó a la Secretaría Técnica que la información correspondiente al periodo de marzo 2008 a junio 2008 no se encontraba en sus archivos por lo cual era imposible remitirla. Asimismo, señaló que en el 2007 TELEFÓNICA no contaba con soportes de gestión de cuantiosa información por lo que se hacía de manera manual. La información que se remitió en dicha comunicación fue la correspondiente a los años 2009, 2010, 2011 y el formato 5 del 2008 al 2011. Esta información fue entregada en físico y su copia en digital no fue entregada a la Secretaría Técnica sino hasta el 17 de febrero de 2012.

El 24 de febrero se dirigió a TELEFÓNICA, el Oficio N° 057-STCCO/2012 mediante el cual se le indicó que la información entregada en su escrito N° 8 no coincidía con los datos reportados en los escritos de fecha 15 y 17 de enero de 2012, solicitándole explicación acerca del motivo de las discrepancias.

Con escrito N° 11 de 1° de marzo de 2012, TELEFÓNICA manifestó que la causa que originara las variaciones en las entregas de información fueron los distintos procesos utilizados para su obtención y que, en razón de que la información de los escritos N° 9 y 10 contaba con mayor claridad y certeza debía utilizarse esta última información.

Tomando en cuenta la importancia del cumplimiento del requerimiento de información formulado por esta Secretaría Técnica, ésta es de la opinión que atendiendo al contenido de las comunicaciones antes referidas, la empresa investigada no tuvo una correcta disposición a colaborar con la investigación de la conducta bajo análisis, básicamente por haber entregado información discordante con otra información relacionada, que se encontraba en poder del OSIPTEL.

Al respecto, esta Secretaría considera que este aspecto en concreto, puede ser evaluado con posterioridad, en caso producto del presente análisis se llegara a determinar la necesidad de imponer una sanción a TELEFÓNICA, toda vez que de acuerdo con lo expresado por el literal (i) del artículo 44° del Decreto Legislativo N° 1034³, corresponde tener en cuenta la actuación procesal de la empresa


³ Decreto Legislativo N° 1034

Ley de Represión de las Conductas Anticompetitivas

Artículo 44.- Criterios para determinar la gravedad de la infracción y graduar la multa

(...)

(i) La actuación procesal de la parte.

	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 10 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

TELEFÓNICA al momento de la determinar la gravedad de la infracción y su gradación.

5.3. Información solicitada a otras empresas

De otro lado, el 16 de noviembre de 2011, se remitieron cartas N° 046-ST/2011, a algunas empresas de voz por IP solicitándoles nos informen acerca de los problemas más relevantes a los que se habrían tenido que enfrentar para acceder al mercado de voz por IP y una vez que lograron ingresar al mercado, detalle los problemas más importantes que ha tenido que afrontar para mantenerse en el mercado y si considera que existen obstáculos a la expansión del servicio de voz por IP, entre otros.

Dieron respuesta a dicho requerimiento de información: Convergía Perú S.A., mediante Carta N° GER-113-2011 del 05 de diciembre de 2011, Infoductos y Telecomunicaciones del Perú S.A., con carta N° INTEP/S-002-2012/PRE del 16 de enero de 2012, y Perusat S.A., mediante carta N° GG 024-2012 del 23 de enero de 2012.

Respecto a la problemática enfrentada para la expansión de sus servicios de telefonía IP, estas empresas mencionaron algunas dificultades derivadas de las estrategias de la venta atada y empaquetamientos realizados por TELEFÓNICA.

5.4. Información solicitada a INDECOPI

Mediante Oficio N° 209-ST/2011, de fecha 16 de noviembre de 2011, esta Secretaría solicitó al INDECOPI un Informe Técnico no vinculante sobre los lineamientos, precedentes y criterios interpretativos que se vienen aplicando para la generalidad de los mercados y agentes económicos, en materia de posición de dominio, en la modalidad de ventas atadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 78° del Reglamento de Solución de Controversias entre Empresas del OSIPTEL.


Absolviendo lo solicitado por esta Secretaría Técnica, mediante Oficio N° 064-2011/ST-CLC-INDECOPI, de 26 de diciembre de 2011, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia remitió el Informe N° 048-2011/ST-CLC-INDECOPI.

5.5. Información solicitada al MTC

Mediante Oficio N° 005-2011-ST/LC, de fecha 28 de diciembre de 2011, esta Secretaría Técnica solicitó al MTC el número de conexiones de banda ancha a nivel nacional, desagregado por tecnología, empresa operadora y distrito, con frecuencia trimestral desde el primer trimestre del año 2010 hasta el segundo trimestre de 2011.

El MTC absolvió la solicitud realizada por la Secretaría Técnica mediante Oficio N° 010-2012-MTC/26, de 5 de enero de 2012⁴.

⁴ Es preciso indicar que la información remitida por el MTC no incluye los accesos a Internet por dial-up.

	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 11 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

VI. CUESTIONES PROCESALES PREVIAS

6.1. Supuesta vulneración al derecho de defensa: la insuficiencia del Informe de Investigación Preliminar

TELEFÓNICA ha señalado que el Informe Preliminar N° 004-CCO/2011 emitido por la Secretaría Técnica vulneraría su derecho de defensa por considerarlo falto de motivación.

En efecto, el artículo 84° del Reglamento del OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas (en adelante, Reglamento de Solución de Controversias) ha establecido que para la solicitud de inicio de un procedimiento de oficio, la Secretaría Técnica emitirá un informe debidamente fundamentando el cual será presentado ante el Cuerpo Colegiado a efectos de que tome una decisión sobre la mencionada solicitud.

Cabe señalar que el informe de la Secretaría Técnica únicamente permite solicitar el inicio del procedimiento formal que cuente con la participación de la empresa investigada. Al respecto, el Informe Preliminar debe contar fundamentalmente con pruebas indiciarias sobre la existencia de prácticas que puedan estar atentando contra la libre y leal competencia, dado que la posibilidad de obtener prueba plena antes de iniciada una controversia, no resultaría exigible.


A este respecto, se debe tener en cuenta que el razonamiento que emplea la prueba indiciaria es siempre persuasivo, nunca demostrativo: pretende convencer, no explicar. Una mera explicación de la situación tendría que basarse sobre hechos evidentes, libres de toda ambigüedad o duda. En cambio, en los indicios no hay nada seguro salvo el hecho bruto inicial que es interpretado como indicio; porque todo lo demás (incluyendo su carácter de indicio) lo alega quien pretende convencer de lo sucedido⁵.

Se debe tener en cuenta, además, que los indicios plasmados en el Informe Preliminar de la Secretaría Técnica, así como los tomados en cuenta por el Cuerpo Colegiado en la Resolución N° 001-2011-CCO/OSIPTEL, no estuvieron dirigidos ni desembocaron en una resolución sancionatoria o condenatoria, sino que buscaron constatar la apariencia de la realización de una práctica anticompetitiva, cuya investigación continúa durante la tramitación del procedimiento de oficio.

En efecto, dentro del presente procedimiento, Telefónica ha contado con todas las garantías inherentes al debido procedimiento. La empresa investigada ha sido informada oportunamente sobre las imputaciones formuladas en su contra y ha tenido expedito su derecho a acceder al expediente en todo momento. Asimismo, la empresa ha tenido la oportunidad de presentar sus descargos y realizar toda la actividad probatoria que ha considerado conveniente. De igual manera, en la etapa pertinente tendrá la posibilidad de presentar su posición respecto de la investigación desarrollada por la Secretaría Técnica en su informe instructivo, así como de impugnar la resolución final que emita el Cuerpo Colegiado si no la considera acorde con sus intereses.

Considerando lo anterior, no son atendibles las alegaciones planteadas por TELEFÓNICA sobre la supuesta vulneración del debido procedimiento derivada de la supuesta vulneración a su derecho de defensa.

⁵ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La teoría de la prueba indiciaria*. En: *Doxa: Tendencias Modernas del Derecho*. Trujillo: Normas Legales, 2004. págs. 12.

	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 12 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

6.2. Supuesta falta de competencia de las instancias de solución de controversias por aplicación del principio de supletoriedad

En su escrito de descargos, TELEFÓNICA señaló que la práctica materia de investigación, consistente en la venta conjunta del servicio de acceso a internet mediante la tecnología ADSL y del servicio de telefonía fija, ha sido implementada como una práctica comercial autorizada por el OSIPTEL. En tal sentido, TELEFÓNICA consideró que tanto la Resolución 036-2000-CD/OSIPTEL, mediante la que se reguló por primera vez la tecnología ADSL, así como sus posteriores modificaciones contenidas en las Resoluciones 010-2007-CD/OSIPTEL y 039-2008-PD/OSIPTEL, han reconocido la necesidad de la titularidad de una línea telefónica por parte del abonado a fin de acceder al servicio de internet vía ADSL.

En tal sentido, TELEFÓNICA señaló que en el presente caso se ha limitado a cumplir estrictamente con el modelo de provisión de acceso a Internet autorizado por el OSIPTEL, por lo que en aplicación del principio de supletoriedad, el Cuerpo Colegiado debe limitar su accionar a la aplicación de la normativa aprobada por el mismo regulador o, de ser el caso, inhibirse de emitir un pronunciamiento al respecto.

Es de entender que, la argumentación planteada por TELEFÓNICA cuestiona la competencia de las instancias de solución de controversias del OSIPTEL para conocer la materia de fondo del presente caso. En tal sentido, esta Secretaría Técnica considera importante desarrollar como cuestión previa los alcances del principio de supletoriedad y determinar si corresponde o no su aplicación al presente caso.

6.2.1. Definición del principio de supletoriedad

El Decreto Supremo 020-2007-MTC, Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones⁶ señala que la normativa de libre competencia se aplica para todo lo no previsto sobre prácticas restrictivas de la competencia en la Ley de Telecomunicaciones y su Reglamento.


En atención a ello, el Reglamento General del OSIPTEL ha recogido el principio de supletoriedad, indicando lo siguiente:

"Artículo 12.- Principio de Supletoriedad

Principio de Supletoriedad. Las normas de libre competencia son supletorias a las disposiciones normativas y/o regulatorias que dicte el OSIPTEL en el ámbito de su competencia. En caso de conflicto primarán las disposiciones dictadas por el OSIPTEL".

Asimismo, los Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones establecieron el principio de supletoriedad en términos más amplios, indicando que para proteger el proceso competitivo en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones se aplica la normativa sectorial específica y,

⁶ Artículo 250° del Decreto Supremo 020-2007-MTC, Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones: "En lo que no esté previsto en la Ley y el Reglamento, en lo referido a la prohibición de las prácticas empresariales restrictivas de la libre competencia, se aplicarán las disposiciones legales vigentes sobre prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia".

	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 13 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

supletoriamente, las normas de libre y leal competencia, así como sus disposiciones modificatorias, complementarias, ampliatorias y conexas, en cuanto sea pertinente⁷.

Establecido lo anterior, corresponde determinar el servicio materia de investigación y evaluar si en el presente caso existe alguna norma emitida por el OSIPTEL que disponga o justifique la provisión conjunta de los servicios de acceso a internet vía ADSL y de línea telefónica.

6.2.2. Alcances del marco regulatorio del ADSL

La Resolución 036-2000-CD-OSIPTEL, así como sus posteriores modificaciones contenidas en las Resoluciones 010-2007-CD/OSIPTEL y 039-2008-PD/OSIPTEL, buscaron regular las tarifas que cobraría TELEFÓNICA a otras empresas operadoras que deseen prestar el servicio de acceso a internet a sus abonados de telefonía fija. En atención a ello, en las mencionadas normas se regularon dos servicios: el acceso ADSL y el uso del circuito virtual ATM, observándose en las referidas resoluciones lo siguiente:

"Las tarifas correspondientes por el acceso digital asimétrico (ADSL) que se establecen en el presente artículo, son aplicables a los abonados que cuenten con una línea telefónica fija contratada con la empresa Telefónica del Perú S.A.A., y se aplican de manera adicional e independiente a las tarifas por instalación y renta mensual correspondientes al respectivo servicio telefónico fijo"⁸.

(...)

"Las tarifas correspondientes por la red ATM que se establecen en el presente artículo, son aplicables a toda empresa prestadora de servicios públicos o privados de telecomunicaciones que desee contratarlas para conectarse con sus respectivos usuarios a través del acceso digital asimétrico"⁹.

De la lectura de la exposición de motivos de la Resolución 036-2000-CD-OSIPTEL se observa que esta norma buscó fomentar el proceso competitivo, mediante la regulación de tarifas tope a cobrar por el acceso ADSL de los abonados de telefonía fija de TELEFÓNICA y por el uso de la red ATM a través del cual pueden entrar nuevas empresas operadoras¹⁰ al mercado de provisión de acceso a Internet, quienes tendrán acceso indirecto a los abonados que cuenten con el ADSL.


De la revisión de la Resolución 039-2008-PD/OSIPTEL así como de su exposición de motivos, se observa que el marco regulatorio del ADSL no se encontraba orientado a los usuarios finales del servicio de acceso a internet, sino que buscaban regular las tarifas que TELEFÓNICA aplicaría a otras empresas operadoras, cuando éstas deseen proveer el servicio de acceso a Internet mediante la tecnología ASDL a los

⁷ 111. "Para la promoción y preservación de la libre y leal competencia en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, los órganos competentes del Sector aplicarán la normativa sectorial específica y, supletoriamente, en cuanto sean pertinentes, las disposiciones de los Decretos Legislativos Nos. 701 y 807, las del Decreto Ley 26122 y disposiciones modificatorias, complementarias, ampliatorias y conexas".

⁸ Conforme se observa de la Resolución 039-2008-PD/OSIPTEL. Artículo 1°.

⁹ Ibid.

¹⁰ Algunas de las prestaciones que pueden brindarse en el esquema de provisión ADSL – ATM son las de: acceso a internet, video bajo demanda, conexión a bases de datos, teletrabajo, entre otras.

	DOCUMENTO	Nº 020-STCCO/2012 Página 14 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

abonados de telefonía fija de TELEFÓNICA¹¹. Adicionalmente, también se reguló la tarifa que TELEFÓNICA cobraría a otras empresas operadoras por el uso de los circuitos virtuales ATM.

En tal sentido, de la revisión de las normas invocadas por TELEFÓNICA, así como de sus exposiciones de motivos e informes sustentatorios, se desprende que éstas no se encontraban destinadas primordialmente a los usuarios finales, sino que por el contrario buscaban establecer tarifas topes que eviten que TELEFÓNICA obtenga beneficios indebidos de su condición de prestadora del servicio de telefonía fija (en tanto insumo sobre el cual de manera independiente se presta el acceso ADSL)¹².

En ese orden de ideas, de la regulación de ADSL vigente, no se desprende que se habilite a TELEFÓNICA a proveer el servicio de acceso ADSL condicionándolo a la contratación de una línea telefónica fija. A mayor abundamiento debe resaltarse que las normas invocadas por TELEFÓNICA regulan dos servicios portadores, no obstante en el presente caso se investiga a TELEFÓNICA por la venta atada de un servicio de valor añadido como lo es el acceso a internet. Así, se evidencia que las normas invocadas no imponen determinado mecanismo de comercialización respecto de un servicio de valor añadido, sino que fijan tarifas topes por un servicio portador.

En tal sentido, la revisión de las normas invocadas así como de sus exposiciones de motivos, se puede concluir que regularon las tarifas tope que cobraría TELEFÓNICA por el servicio de acceso ADSL utilizado por sus usuarios de telefonía fija, cuando éstos deseen contar con el servicio de acceso a internet mediante la tecnología ADSL con un operador distinto a TELEFÓNICA.

6.2.3. La promoción de la competencia como finalidad de la regulación ADSL


En la medida que las resoluciones invocadas por TELEFÓNICA regulan el acceso ADSL, insumo necesario para la prestación del servicio de acceso a internet en la modalidad en la que lo presta TELEFÓNICA, esta Secretaría Técnica considera necesario determinar si de las normas invocadas por la denunciada, se desprende alguna exigencia o justificación que brinde sustento normativo a la venta conjunta efectuada por TELEFÓNICA.

Conforme indicó TELEFÓNICA, en la medida que el servicio de ADSL representaba un servicio portador, solicitó al OSIPTEL la regulación tarifaria del mismo¹³, a fin brindar posteriormente sobre la base de éste el acceso a Internet. En atención a ello, se emitió la Resolución 036-2000-CD-OSIPTEL, la cual regula dos servicios portadores: el acceso ADSL y la utilización de la red ATM.

¹¹ En tal sentido, en la exposición de motivos de la Resolución 039-2008-PD/OSIPTEL, resaltó que la regulación emitida tenía como finalidad que TELEFÓNICA no abuse de los beneficios obtenidos por la implementación de su red de telefonía fija. En tal sentido, se indicó lo siguiente: "Cuando la empresa establecida administra un recurso esencial y compite al mismo tiempo en el servicio final, existen fuertes incentivos para que dicha empresa adopte comportamientos estratégicos que podrían ser considerados como no competitivos, como por ejemplo, estrategias que se centran en el manejo publicitario, así como en el control de los precios y márgenes de mercado (precios predatorios o esquemas de Price squeeze)".

¹² A fin de sustentar la Resolución 039-2008-PD/OSIPTEL se emitió el Informe 110-GPR/2008, el cual en su Anexo 1, analiza la problemática del proceso competitivo del ADSL, señalando las posibles prácticas anticompetitivas que podrían ser llevadas a cabo por TELEFÓNICA en su condición de administradora del ADSL.

¹³ Conforme se observa de las Cartas GGR.651.A-142-00 del 2 de junio del 2000, GGR.651.A-143-00 del 5 de junio del 2000, GGR.651.A-238-00 del 24 de julio del 2000, GGR.651.A-265-00 del 18 de agosto del 2000.

	DOCUMENTO	Nº 020-STCCO/2012 Página 15 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

Asimismo, mediante la emisión de las Resoluciones 010-2007-CD/OSIPTEL y 039-2008-PD/OSIPTEL se mantuvo el esquema promotor de la competencia destinado a favorecer la entrada de la mayor cantidad de empresas operadoras a nivel mayorista mediante el uso de la red ATM. Este acceso indirecto, también denominado *bitstream*, representa una forma de acceso intermedia entre la reventa del servicio y la desagregación del bucle, permitiendo a las operadoras entrantes el tener control sobre ciertas características del servicio que ofrecerán a los usuarios finales, sin requerir niveles de inversión mayores como los necesarios para la desagregación del bucle de abonado o el despliegue de su propia infraestructura¹⁴.

En tal sentido, puede observarse que para la emisión de la Resolución 039-2008-PD/OSIPTEL, se enfatizó en la necesidad de promover el proceso competitivo buscando que TELEFÓNICA, quien administra el ADSL, no utilice su posición preferente en el insumo esencial a fin de distorsionar el mercado y evite la entrada de nuevas operadoras. En tal sentido, la regulación tarifaria del ADSL y del acceso a la red ATM, podría llevar a los siguientes escenarios:


- a) *Cuando la empresa proveedora del acceso a Internet es TELEFÓNICA:* En este caso la empresa establecida suele ofertar el servicio a un precio que cubre todas las etapas identificadas (como sucede en el producto Speedy).
- b) *Cuando la empresa proveedora del acceso a Internet es una empresa que no pertenece al grupo de TELEFÓNICA:* En este caso es posible que el usuario final contrate con su proveedor de internet un producto global, incluyendo dentro de la facturación el costo del ADSL cobrado por TELEFÓNICA¹⁵.

De lo anterior se desprende que, al buscarse la promoción de la competencia en el servicio de acceso a internet mediante la tecnología ADSL, la regulación tarifaria emitida por el OSIPTEL estaba orientada a establecer tarifas aplicables a otras empresas proveedoras del servicio de acceso a Internet, a fin de garantizar que TELEFÓNICA no obtenga beneficios indebidos de su condición de operadora de telefonía fija.

En ese orden de ideas, se puede concluir que la Resolución 036-2000-CD-OSIPTEL y sus posteriores modificaciones, no son normas orientadas al usuario final, sino que establecieron las tarifas que aplicará TELEFÓNICA a otras empresas operadoras que deseen proveer el acceso ADSL a los usuarios de TELEFÓNICA, a fin de promover la competencia en el mercado de acceso a internet mediante la tecnología ADSL. Finalmente, debe enfatizarse que de la revisión de las resoluciones invocadas por TELEFÓNICA, no se desprende que éstas la hayan habilitado para condicionar la provisión del acceso ADSL a la contratación de una línea telefónica fija con ellos. Por lo que, al no constituir la práctica bajo análisis un supuesto de aplicación del principio de supletoriedad, las instancias de controversias son competentes para la evaluación de la presunta práctica de venta atada por parte de TELEFÓNICA.

¹⁴ Informe Nº 008-GPR/2007. págs. 26.

¹⁵ Este es el supuesto verificado en el producto "Speedy Provider" en virtud al cual los competidores de TELEFÓNICA se encontrarían limitados a ofrecer sólo los servicios de valor agregado (almacenamiento de información o de cuentas de correo), actuando de esta manera únicamente como revendedores del servicio que provee TELEFÓNICA.

	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 16 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

VII. ANÁLISIS

7.1. Marco General: las ventas atadas como supuesto abuso de posición de dominio

La venta atada implica la venta de un servicio (atado) condicionada a la compra de otro servicio (atante). De esta forma existe efectivamente una "atadura" pues se exige al cliente la compra del paquete sin darse la opción de adquirir el servicio atante por separado.

Esta conducta está tipificada expresamente en el artículo 10º de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, como un supuesto abuso de posición de dominio, en la modalidad de subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos¹⁶.

Por su parte, el numeral 4.3.3 de la Resolución N° 003-2000-CD-OSIPTEL, Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Libre Competencia en el Ámbito de las Telecomunicaciones (en adelante, los Lineamientos de Libre Competencia en Telecomunicaciones) señalan que para que una práctica de venta atada tenga efectos anticompetitivos es necesario que la realice una empresa con posición de dominio, que sea una práctica injustificada y muestre el intento de restringir la competencia.

Estando a lo señalado y de acuerdo con la metodología de análisis de competencia, en primer lugar se debe identificar el servicio relevante o servicio materia de la conducta investigada y el mercado relevante. El mercado relevante está integrado por el mercado producto (el servicio relevante y sus sustitutos) y el mercado geográfico (zonas con fuentes alternativas de aprovisionamiento).

Posteriormente, se debe analizar la posición del presunto infractor dentro del mercado relevante. Un agente económico goza de posición de dominio en un mercado relevante cuando tiene la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que sus competidores, proveedores o clientes puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad¹⁷.

El abuso de la posición de dominio implica que un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición¹⁸.

En la determinación de la conducta restrictiva o práctica injustificada en la modalidad de venta atada se deben considerar los elementos específicos contenidos en el referido artículo 10º de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, a saber:


¹⁶ Decreto Legislativo N° 1034, artículo 10.2, inciso c).

"10.2. El abuso de posición de dominio en el mercado podrá consistir en conductas de efecto excluyente tales como:

c) Subordinar la celebración de celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos".

¹⁷ Decreto Legislativo N° 1034, artículo 7.1. En este artículo se precisan los factores que determinan la posición de dominio, como se verá en detalle en el punto 7.2.2 del presente informe.

¹⁸ Decreto Legislativo N° 1034, artículo 10.1.

	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 17 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

debe tratarse de servicios diferenciados, debe existir coerción, el proveedor debe tener suficiente poder de mercado en el mercado del producto principal y debe existir una afectación en el mercado del producto atado.

Finalmente, es importante precisar que la referida Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas ha calificado esta conducta como una prohibición relativa¹⁹. En ese sentido, para que se pruebe la existencia de una infracción administrativa, primero debe probarse la existencia de la venta atada y posteriormente, debe probarse que la misma tenga efectos negativos para la competencia y el bienestar del consumidor²⁰; es decir la venta atada se debe analizar conforme a la regla de la razón.

7.2 La práctica materia de investigación

La presunta infracción imputada a TELEFÓNICA, por la supuesta comisión de abuso de posición de dominio en la modalidad de ventas atadas, con posibles efectos de exclusión en el mercado de telefonía fija, conducta tipificada en el literal c) del artículo 10.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, está constituida por el condicionamiento de la venta del servicio Speedy (acceso a Internet a través de la tecnología ADSL) a la compra de su servicio de telefonía fija.

A continuación, se analizará si la conducta de la empresa investigada constituye infracción a las normas de libre competencia.

7.2.1. Mercado Relevante

De acuerdo con el artículo 6.1. de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, el mercado relevante está integrado por el mercado de producto y el mercado geográfico.

Además de lo mencionado, el numeral 3.2 de los Lineamientos de Libre Competencia en Telecomunicaciones dispone que se debe incluir en el análisis del mercado relevante a la delimitación del nivel comercial.

7.2.1.1. Servicio relevante

El servicio principal o servicio atante es el servicio de acceso a Internet a través de la tecnología ADSL.

La tecnología DSL (*Digital Subscriber Line*) permite transmitir voz y datos mediante líneas telefónicas alámbricas, utilizando para ello el par de cobre pero a través de diferentes frecuencias. Existen varios tipos de tecnologías DSL, siendo la más conocida la tecnología ADSL (*Asymmetric Digital Subscriber Line*), la cual permite asignar al usuario un mayor ancho de banda para transmitir información desde la red hacia el computador (*downstream*) que desde el computador hacia la red (*upstream*)²¹.

Esta tecnología tiene características que la distinguen de otras tecnologías: la conexión a Internet se presenta de forma permanente sin necesidad de una marcación

¹⁹ Decreto Legislativo N° 1034, artículo 10.4.


²⁰ "10.4. Las conductas de abuso de posición de dominio constituyen prohibiciones relativas".

²⁰ Decreto Legislativo N° 1034,

"Artículo 9. Prohibición relativa.

En los casos de prohibición relativa, para verificar la existencia de la infracción administrativa, la autoridad de competencia deberá probar la existencia de la conducta y que ésta tiene o podrá tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar del consumidores".

²¹ Para mayores detalles sobre la tecnología DSL ver: http://www.cisco.com/univercd/cc/td/doc/cisintwk/ito_doc/adsl.htm (01 de marzo de 2012).

	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 18 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

previa, por lo que el servicio está siempre disponible; posibilita el uso simultáneo de los servicios de voz y data; y permite transmitir información con gran anchura de banda²².

Otro aspecto importante a considerar en la definición del servicio relevante es su nivel comercial en la cadena de producción en la que se adquiere el servicio, que puede ser mayorista (de acceso a redes o facilidades de red) o minorista (destinado a consumidores finales). Al respecto, se tiene que el servicio bajo análisis es el servicio de ADSL a nivel minorista, es decir, aquél que se provee al usuario final.

En nuestro país, el acceso a Internet a través de la tecnología ADSL es ofrecido principalmente por TELEFÓNICA, no obstante existen otras empresas como Americatel Perú S.A. (en lo sucesivo, AMERICATEL) y Global Crossing Perú S.A (en adelante, GLOBAL CROSSING) que también ofrecen dicho servicio, aunque estas se orientan primordialmente al segmento corporativo.

En el Cuadro N° 1 se muestra la oferta comercial de los dos proveedores más importantes del acceso a Internet por ADSL. Aquí se observa que, las velocidades de bajada²³ ofrecidas por ADSL oscilan mayormente entre 600 Kbps y 5120 Kbps y que la capacidad de descarga es ilimitada.

Asimismo, en dicho cuadro se muestran tanto los precios del servicio para el segmento residencial como para el segmento corporativo. En este último segmento se observa que los precios son más elevados a mayor velocidad garantizada.

Cuadro N° 1: Muestra de Planes tarifarios de acceso a Internet por ADSL

Empresa	Plan	Capacidad de descarga (Gb)	Cobertura	Velocidad de bajada máxima (Kbps)	Velocidad garantizada	Precio (\$/.)
TELEFÓNICA	Movistar Speedy	Ilimitada	Distritos a nivel nacional	600		147.75
				1024*		137.84
				2048*	10%	227.08
				3072*		236.99
				4096*		415.48
				2048*		307.39
AMERICATEL	Promoción Internet ADSL	Ilimitada	Lima	250		98.17
				500		118
				750	25%	147.75
				1000		227.08
				1300		346.07

Nota: La capacidad de descarga es medida en Gigabytes (GB). Debe recordarse que 1GB = 1024 Megabytes (MB)


* Estas velocidades se encuentran originalmente establecidas en Mbps, por lo cual ha sido convertidas a Kbps utilizando la equivalencia de 1024 Kbps = 1 Mbps.

Fuente: SIRT y páginas de web de las empresas operadoras, tarifas vigentes al mes de diciembre de 2011.

Elaboración: Secretaría Técnica - OSIPTEL

²² Al respecto, puede consultarse: Unión Internacional de Telecomunicaciones - UIT. Definiciones de los indicadores mundiales de las telecomunicaciones / TIC, marzo de 2010, pág. 7. Decisión de la Comisión en el caso COMP/38.784 entre Wanadoo España versus Telefónica España, de fecha 04 de setiembre de 2007, pág. 8.

²³ Es preciso señalar que para el acceso a Internet, se necesita una comunicación bidireccional entre los equipos terminales y los servidores de Internet. Es decir, existe transmisión de datos de subida (la velocidad a la que los datos pueden viajar del equipo terminal hacia Internet) y de bajada (la velocidad a la que los datos pueden viajar desde Internet hacia los equipos terminales).

	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 19 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

Por lo señalado, el servicio relevante consiste en la provisión del servicio de Internet por ADSL a usuarios finales, tanto residenciales como comerciales.

7.2.1.2. Mercado producto

El artículo 6.2. de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas define al mercado de producto relevante como el servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución.

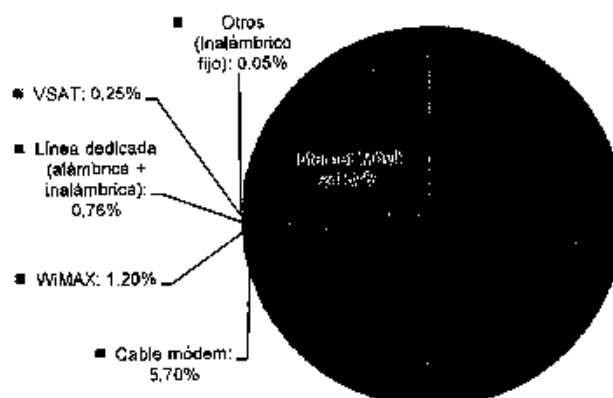
En la misma línea, del numeral 3.2.a) de los Lineamientos de Libre Competencia en Telecomunicaciones se desprende que la delimitación del mercado producto se define en base al criterio de sustitución por el cual se determina qué servicio compite con el servicio analizado, considerando que los consumidores no tendrían que verse afectados en su nivel de bienestar al utilizar un servicio alternativo. Para ello, se toma en consideración las características similares de los servicios y el factor de los precios.

En principio, es necesario considerar que en nuestro país, las tecnologías utilizadas para el acceso al Internet pueden ser alámbricas e inalámbricas.

Por un lado, entre las tecnologías alámbricas, se encuentran aquéllas que utilizan un medio de acceso óptico como la fibra óptica, es el caso de la línea dedicada y aquéllas que usan un medio de acceso eléctrico como el par de cobre, el cable coaxial, entre otros, siendo éste el caso del ADSL, DOCSIS (cable módem) y líneas dedicadas. De otro lado, entre las tecnologías inalámbricas, tenemos tecnologías que emplean redes terrestres como las líneas dedicadas, WiMax, UMTS y HSPA y aquéllas que utilizan redes satelitales, es el caso de VSAT.

Para complementar el panorama de tecnologías descrito en el párrafo anterior, esta Secretaría Técnica considera necesario tomar en consideración además, el grado de desarrollo que han alcanzado las mencionadas tecnologías.

En el Gráfico N° 1 se muestra la participación por cada una de las tecnologías de acceso a Internet respecto al total de conexiones en el mercado nacional. Al respecto, se observa que el acceso mediante ADSL lidera el mercado con el 67% de conexiones, seguida por el acceso a Internet móvil con el 24.5% de conexiones, en tercer lugar, se encuentra el cable módem con 5.7% conexiones y, en cuarto lugar, se tienen las conexiones por WiMax con un 1.2% del total de conexiones. El resto de tecnologías no superan el 1% de conexiones en el mercado nacional.

Gráfico N° 1: Conexiones de Internet, a junio 2011

Fuente: Ministerio de Transportes y Comunicaciones
Elaboración: Secretaría Técnica - OSIPTEL

Atendiendo a la situación del mercado de Internet en nuestro país, y dentro de los alcances de lo dispuesto en la norma y en los lineamientos antes citados, esta Secretaría procederá a realizar el análisis de sustitución con base en las características, usos y precios del servicio, así como el tiempo requerido para la sustitución del servicio.

A. Internet por cable módem

De acuerdo con lo anterior y, a efectos de valorar la sustitución del servicio de Internet por cable módem se requiere conocer las características de la tecnología de acceso a internet por cable módem.


Al respecto, se tiene que el acceso al Internet se realiza a través de medios alámbricos, en específico por medio del cable coaxial, aprovechando el ancho de banda que no utiliza el servicio de distribución de radiodifusión por cable (en adelante, servicio de cable). Esta tecnología se caracteriza por permitir un acceso a Internet que está disponible permanentemente a altas velocidades. Es el caso que, la oferta comercial actual de Internet por cable módem presenta velocidades de bajada máxima que oscilan entre los 500 Kbps y los 20000 Kbps

Actualmente, el servicio de acceso a Internet por cable módem es un servicio comercializado principalmente por Telmex Perú S.A. (en adelante, TELMEX), Star Global Com S.AC. (en lo sucesivo, STAR GLOBAL COM) y Telefónica Multimedia S.A.C. (en adelante, MULTIMEDIA).

Respecto a TELMEX, podemos decir que esta empresa ha venido impulsando en los últimos años el acceso a Internet por cable módem, luego de que adquiriera Boga Comunicaciones S.A.C. (Cable Express) en el año 2008, ampliando su cobertura fuera de Lima y Chiclayo, y estableciendo tarifas competitivas además de descuentos por la compra del servicio empaquetado con otros servicios que esta misma empresa provee.

Con relación a MULTIMEDIA y STAR GLOBAL COM, ambas empresas pertenecientes al Grupo Telefónica²⁴, se tiene que de un lado, si bien MULTIMEDIA fue una de las

²⁴ Este aspecto será visto con mayor detalle en el punto 7.2.2.1. del presente informe.

	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 21 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

primeras empresas en ofrecer el Internet por cable módem, no ha sido si no hasta el año 2011 que volvió a lanzar ofertas para este servicio.

Respecto al precio del Internet por cable módem, como factor importante para la sustitución del servicio desde el punto de vista del consumidor (demanda), esta Secretaría Técnica considera necesario destacar que tal como se observa en el Cuadro N° 2 los precios ofrecidos por TELMEX y STAR GLOBAL COM²⁵ para velocidades similares de acceso por ADSL, resultan ser bastante competitivos respecto de los precios del Internet por ADSL.

Otro aspecto importante de la referida oferta comercial atiene a las posibilidades de uso que ofrece el servicio, tales como la capacidad de descargas, aspecto importante también desde la perspectiva de un consumidor. Tomando ello en consideración, se debe indicar que las ofertas comerciales de Internet por cable módem no tienen límites de descarga.

Cuadro N° 2: Muestra de Planes para el acceso a Internet por cable módem

Empresa	Modalidad	Plan	Capacidad de descarga (GB)	Días de Vigencia	Cobertura	Velocidad de bajada máxima (Kbps)	Velocidad garantizada	Precio (\$/)
TELMEX	Postpago	Internet Fijo Residencial	Ilimitada	30 días	Distritos de Chiclayo, Lima, Lambayeque, Piura, Arequipa, Tarma, Ica y Chimbote	1000		80
						2000		120
						3000	10%	150
						4000		200
						10 000		350
	20 000		470					
	Planes Claro Empresas	Ilimitada	30 días	Distritos de Chiclayo, Lima, Lambayeque, Piura, Arequipa, Tarma, Ica y Chimbote	1000		83	
					2000		123	
					4000	10%	210	
					6000		308	
10 000						339		
20 000		520						
STAR GLOBAL COM	Postpago	Planes Residenciales	Ilimitada	30 días	Distritos de Arequipa y Tacna	500		71.54
						1000		85.3
						2000	10%	115.57
						3000		165.1
						4000		261.41
		PLANES BRONCE AL 30% (Segmento Comercial)	Ilimitada	30 días	Distritos de Arequipa y Tacna	500		96.31
						1000		151.34
						1500	30%	217.38
						2000		275.17
						3000		440.27
4000		635.64						

Nota: La capacidad de descarga es medida en Gigabytes (GB). Debe recordarse que 1GB = 1024 Megabytes (MB)

Fuente: SIRT y páginas web de las empresas operadoras, tarifas vigentes a diciembre de 2011.

Elaboración: Secretaría Técnica - OSIPTEL

Además, esta Secretaría Técnica considera relevante incluir en el análisis el tiempo de sustitución del servicio tomando en consideración aquellas empresas que en el momento actual no sean proveedoras del servicio pero están en la capacidad de empezar a proveerlo en un plazo razonable y sin incurrir en una inversión muy elevada. Al respecto, se debe tener en cuenta que actualmente el servicio de acceso a Internet por cable módem representa la tercera tecnología con mayor demanda en el mercado nacional, con el 5.7% del total de número de conexiones de Internet en el país, a lo que de forma adicional se debe valorar la oferta potencial que existe en la provisión de este servicio en aquellos lugares donde ya se encuentran operando empresas de cable.

²⁵ No se consideran los precios de MULTIMEDIA ya que esta empresa había dejado de comercializar su servicio Cable Net desde hace algunos años, volviéndolo a retomar apenas hace unos meses a través de las ofertas de Internet Coaxial, la cual es ofrecida solo en 15 distritos de la ciudad de Lima.

Por lo dicho, esta Secretaría Técnica, considera que tanto por las características, usos y precios del servicio, así como el tiempo requerido para su sustitución, el servicio de Internet por cable módem es un sustituto del servicio de Internet por ADSL.

B. Acceso a Internet móvil

El servicio de acceso a Internet móvil se brinda a través de las tecnologías móviles 3G (UMTS/HSPA) y otras tecnologías superiores (HSPA+, LTE y LTE Advanced) las cuales posibilitan un acceso a altas velocidades, a través de las redes móviles. La oferta comercial actual de Internet móvil presenta velocidades de bajada máxima que oscilan entre los 512 Kbps y los 5120 Kbps.

En la delimitación de este servicio, se tomará en consideración el acceso a Internet a través de módem o dispositivos USB, los cuales son conectados a computadoras de escritorio o laptops²⁶.

Las empresas que proveen el acceso a Internet móvil son Telefónica Móviles S.A. (en adelante, TMÓVILES), América Móvil S.A. (en adelante, AMÉRICA MOVIL) y Nextel del Perú S.A. (en adelante, NEXTEL).

Respecto a la oferta comercial de las referidas empresas, se observa que las tarifas de Internet móvil de las tres operadoras son similares para los mismos niveles de descarga (ver Cuadro N° 3).

Cuadro N° 3: Muestra de planes tarifarios de Internet móvil

Empresa	Modalidad	Plan	Capacidad de descarga (GB)	Días de vigencia	Cobertura	Velocidad de bajada máxima (Kbps)	Velocidad garantizada	Precio (S/.)
AMÉRICA MÓVIL	Control	Internet Claro de 1GB	1.0	30	Distritos a nivel nacional	3000	10%	59
		Internet Claro de 2GB	2.0			3000		78
		Internet Claro de 3GB	3.0			3000		98
		Internet Claro de 5GB	5.0			3000		119
		Internet Claro de 10GB	10.0			3000		197
TMÓVILES	Control	Plan Control 5/59	1.0	30	Distritos a nivel nacional	3072*	10%	59
		Plan Revenge	2.0			3072*		79
		Plan Multimedia	3.0			3072*		99
		Plan Multimedia Plus	5.0			3072*		119
		Plan Internet Móvil por [x] Fija	2.0			3072*		79
		Plan Internet Móvil por [x] Fija II	1.0			3072*		69
	Prepago	Guinda (E17%)	1.0	15	Distritos a nivel nacional	1536	10%	199
NEXTEL	Control	IN Control 1GB	1.0	30	Distritos a nivel nacional	3072	10%	64.4
		IN Control 2GB	2.0			3072		81.2
		IN Control 3GB	3.0			3072		98
		IN Control 5GB	5.0			3072		129.2
		IN Control 10GB	10.0			3072		198.4
	Postpago**	IN 1/500	0.5	30	Distritos a nivel nacional	512	10%	91.75
IN 1/1000		2.0	1024			171.52		
IN 1/1500		3.0	1536			149.77		
		IN 1/1500 Plus	10.0		1536		206.32	

Nota: La capacidad de descarga es medida en Gigabytes (GB). Debe recordarse que 1GB = 1024 Megabytes (MB)

* Estas velocidades se encuentran originalmente establecidas en Mbps, por lo cual ha sido convertidas a Kbps utilizando la equivalencia de 1024 Kbps = 1 Mbps.

Fuente: SIRT y páginas web de las empresas operadoras, tarifas vigentes al mes de diciembre de 2011.

Elaboración: Secretaría Técnica - OSIPTEL

Sin embargo, como se observa en el Gráfico N° 2, cuando los precios de Internet móvil²⁷ se comparan con los precios de Internet fijo de TELEFÓNICA y/o TELMEX, se

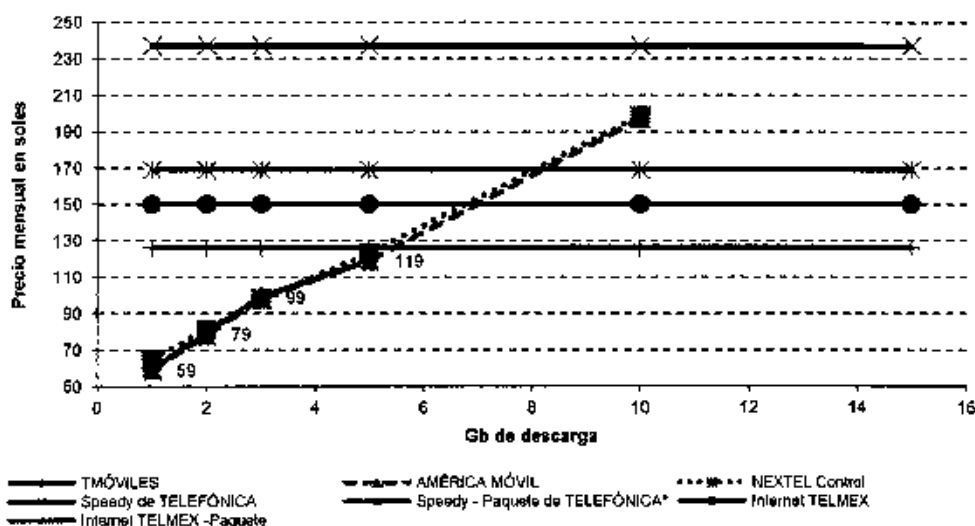
²⁶ No se consideran los accesos a través de teléfonos inteligentes, ni tabletas en la medida en que características como el tamaño de la pantalla, la memoria RAM, la ausencia de un teclado adecuado para una mayor productividad, entre otros, hacen significativas las diferencias en las prestaciones que se logran en uno y otro dispositivo.

²⁷ Se ha tomado en consideración las tarifas del servicio de Internet móvil a través de dispositivos USB con una velocidad del acceso móvil de 3Mbps. Si bien en los últimos meses los operadores móviles

observa que si bien los precios son similares, los planes de estas últimas tienen mayores ventajas que los de Internet móvil, ya que cuentan con mayores velocidades y permiten descargas ilimitadas.

De modo simulado, en el Gráfico N° 2, en el eje horizontal se presupone que no existen límites de descarga, con lo cual la tendencia de los precios actuales llevaría a pronosticar que para la adquisición de mayores capacidades de descarga, el precio del Internet móvil tendería a subir. Así, por ejemplo, si se considera a un usuario que descarga en promedio 10GB al mes, el gasto que éste tendría que hacer con un plan de Internet móvil estaría en torno a los S/ 200. Sin embargo, en un plan de Internet fijo podría tener descargas ilimitadas por una tarifa de S/. 150 (plan de TELMEX).

Gráfico N° 2: Comparación de precios de Internet móvil y fija, velocidad de 3Mbps



*La tarifa considerada es la del paquete "Dúo Plano Nacional 3 Mbps", que incluye los servicios de telefonía fija en su plan de "Tarifa Plan Nacional" y el servicio de Internet "Speedy de 3 Mbps".

Fuente: SIRT y páginas web de los operadores, tarifas vigentes al mes de diciembre de 2011.


Elaboración: Secretaría Técnica - OSIPTEL

Esta Secretaría considera importante, atender a que todos los planes de Internet móvil presentan restricciones en cuanto a su uso, pues tienen una capacidad de descargas limitada. En la mayoría de los casos, las empresas cortan el servicio una vez consumidos los GB incluidos en el plan, luego de lo cual es posible usar el servicio solo a través de recargas prepago; y en otros casos, una vez que se alcanza el tope de GB de descarga que permite el plan, se reduce de forma sensible la velocidad de descarga máxima del plan contratado.

De otro lado, se tiene que desde el lanzamiento de las ofertas comerciales de acceso a Internet móvil en marzo de 2008, el número de conexiones se ha ido incrementando de manera considerable, existiendo a junio de 2011 más de 350 mil conexiones de Internet móvil que representa aproximadamente el 24.5% del total de conexiones de Internet a nivel nacional.

No obstante lo señalado, respecto a la tendencia del desarrollo del Internet móvil en nuestro país, un factor a considerar es que los dos operadores móviles con mayor

vienen ofreciendo velocidades de bajada de hasta 5 Mbps, éstas se encuentran restringidas a algunas zonas de cobertura (con la tecnología HSPA+) y a un solo dispositivo módem USB.

	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 24 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

participación están vinculados a operadores fijos y forman parte de un mismo grupo económico: AMÉRICA MÓVIL - TELMEX y TMÓVILES - TELEFÓNICA/MULTIMEDIA. En este sentido, es importante tener en cuenta que las relaciones entre empresas que forman parte de un mismo grupo económico no se caracterizan por ostentar una real tensión competitiva, dado que está presente el interés de una misma unidad de decisión. De ello, es posible inferir la existencia de incentivos económicos por parte de los operadores móviles y fijos a presentar una oferta comercial de servicios de Internet complementarios²⁸ antes que sustitutos.

Así, por ejemplo, se observa que TMÓVILES viene ofreciendo planes con tarifas especiales para aquellos usuarios de ADSL de TELEFÓNICA que deseen contar también con Internet móvil. Asimismo, TMÓVILES ha lanzado al mercado ofertas mayoristas del servicio de Internet móvil que han sido adquiridas por TELEFÓNICA para ser vendidas en forma empaquetada. Inicialmente, el servicio de Internet móvil era empaquetado por TELEFÓNICA como dúos y tríos (con sus servicios de ADSL, cable y telefonía fija), y de manera posterior, TELEFÓNICA revende de forma individual el servicio de Internet móvil pero otorga un descuento mayor al 50% si éste es adquirido por usuarios que ya cuentan con algún servicio de Internet fijo de este mismo operador por ADSL o cable módem.

Estando a lo señalado, esta Secretaría Técnica reconoce el importante crecimiento que actualmente presenta el Internet móvil, sin embargo la oferta comercial de este servicio presenta limitaciones de velocidad y límite de descargas que restringen el uso que el usuario final hace del servicio y parece estar más orientada a constituirse como un complemento del servicio de Internet fijo antes que un sustituto del mismo.

C. Otras tecnologías


De modo general, nos referiremos a otras formas de acceso a Internet que, en opinión de esta Secretaría Técnica no resultan sustitutas del servicio de Internet por ADSL por diversas razones.

Respecto al servicio de Internet provisto a través de la tecnología WiMax, tenemos que constituye tan solo el 1.2% de las conexiones a Internet en el mercado nacional y que, por una parte, su desarrollo se encuentra orientado a complementar la oferta de Internet por ADSL, cable módem y banda ancha móvil en zonas donde no se tiene infraestructura fija desplegada; y de otra, la cobertura del servicio resulta bastante limitada.

Otras formas de acceso a Internet, a través de líneas dedicadas y VSAT constituyen menos del 1% de conexiones del mercado nacional, por lo que atendiendo principalmente a su grado de desarrollo en nuestro país y al tiempo en la sustitución por el lado de la oferta del servicio, no podrían ser considerados servicios sustitutos del ADSL.

De acuerdo con todos los argumentos mencionados en los acápites anteriores, se concluye que el mercado relevante para la presente controversia está conformado

²⁸ Al respecto, Parsons señala que la relación entre la Banda Ancha fija y la móvil es básicamente de servicios complementarios. Para ello establece la definición de "Smart Broadband", esto significa que el usuario se puede conectar donde esté a través de una solución de Banda Ancha híbrida impulsada principalmente por operadores horizontalmente integrados (con operaciones fijas y móviles). PARSONS, Dave. The Fixed/Mobile Broadband Battle: Is It Time for "Smart Broadband"? Cisco Internet Business Solutions Group (IBSG). 2009, págs. 8-12. Disponible en: http://www.cisco.com/web/about/ac79/docs/pov/Mobile_BB_VS2_POV_1110FINAL.pdf (Última visita: 13 de marzo de 2012).

	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 25 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

por el servicio de Internet por ADSL y cable módem provisto a nivel minorista, tanto a usuarios residenciales como a corporativos.

7.2.1.3. Mercado geográfico

Luego de haber definido el servicio relevante, el siguiente paso es determinar el mercado geográfico. De acuerdo con el artículo 6.3 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, el mercado geográfico relevante es el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, los costos de transporte y las barreras al comercio existentes.

El ámbito geográfico se refiere al lugar en el cual los consumidores acceden al servicio y al cual podrían acudir en caso el servicio se viera afectado por un incremento de precio, considerando los costos adicionales de traslado.

No obstante lo señalado, el servicio relevante ya definido es uno de naturaleza fija, se consume con su uso, por lo que requiere que la conexión a Internet sea efectuada en el lugar de residencia del usuario. Los usuarios sólo dispondrán de la oferta que se brinde en el distrito donde habiten, pues no cambiarían de domicilio únicamente con la finalidad de poder acceder al servicio de otro operador.

En tal sentido, el **mercado geográfico** estaría conformado por los distritos a nivel nacional cubiertos por el servicio de acceso a Internet por ADSL y/o cable módem. De acuerdo con la información proporcionada por el MTC, los distritos que cuentan con cobertura del servicio de Internet a través de las tecnologías antes mencionadas ascienden a un total de 380 distritos en todo el territorio peruano²⁹.


7.2.1.4. Mercado relevante aplicable a la presente controversia

Tomando en consideración el análisis realizado en los puntos precedentes, el mercado relevante aplicable a la presente controversia es el de provisión del servicio de Internet por ADSL y cable módem a usuarios finales, tanto residenciales como comerciales, en los 380 distritos a nivel nacional en los que existe cobertura de este servicio.

7.2.2. Posición de dominio en el mercado relevante

De acuerdo al artículo 7.1. de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, se entiende que un agente económico goza de posición de dominio en el mercado relevante cuando tiene la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que sus competidores, proveedores o clientes puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad, debido a factores tales como: una participación significativa en el mercado relevante; las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios; el desarrollo tecnológico o servicios involucrados; el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministro así como a redes de distribución; la existencia de barreras a la entrada de tipo legal, económica o estratégica; la existencia de proveedores, clientes o competidores y el poder de negociación de éstos.

²⁹ Solo en el departamento de Madre de Dios no se han reportado distritos que cuenten con el servicio de Internet por ADSL y/o cable módem.

	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 26 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

Por su parte, en el numeral 4.1.1. de los Lineamientos de Libre Competencia en Telecomunicaciones se establece que algunas de las variables que OSIPTEL podrá tomar en consideración para determinar si una empresa exhibe posición de dominio, son: porcentaje de participación de la empresa en el mercado, nivel de concentración del mercado, control de recursos esenciales, el grado de integración vertical, barreras a la entrada, posibilidad de utilizar infraestructura propia para proveer otros servicios, otros factores que permitan evaluar el nivel de independencia con el que una empresa está en capacidad de actuar con relación a sus competidores o clientes.

Como se ha señalado anteriormente, la posición de dominio se determinará en el mercado del servicio principal o servicio atado, debido a que la conducta del investigado solo podría generar una restricción a la competencia en la medida que utilice su posición dominante en este mercado para obtener una ventaja anticompetitiva en el mercado del servicio atado.

En tal sentido, la identificación de posición de dominio se realizará en el mercado relevante del servicio de Internet previamente definido. Para ello, esta Secretaría Técnica ha considerado principalmente factores tales como la participación de mercado, las barreras a la entrada, el control de recursos esenciales, el uso de infraestructura propia para proveer otros servicios y el grado de intervención vertical³⁰.

7.2.2.1. Presencia en el mercado

Como se ha mencionado, una variable importante a considerar al momento de determinar una supuesta posición dominante es la referida al nivel de participación de la empresa investigada en el mercado. Para tal efecto, se suele utilizar el porcentaje de participación de dicha empresa en el mercado relevante.

En la presente controversia, se tomará en cuenta la cantidad de conexiones de acceso al Internet por ADSL y cable módem respecto de la cantidad de conexiones que poseen todas las demás empresas que participan en el mercado relevante.

De este modo, tomando en consideración el número total de conexiones existentes en los 380 distritos con cobertura del servicio relevante respecto del número total de conexiones de TELEFÓNICA, tenemos que la participación de esta empresa asciende al 92.21% (ver Gráfico N° 3)³¹. Asimismo, se observa que TELEFÓNICA es seguida muy de lejos por TELMEX que ostenta una cuota de mercado de 7.07%.

³⁰ Cabe precisar que algunas variables señaladas en los Lineamientos de Libre Competencia en Telecomunicaciones como determinantes de la posición de dominio serán analizadas como barreras de acceso, por constituir en efecto costos a la entrada o permanencia de los operadores.

³¹ Cabe indicar, que adicionalmente a ello, STAR GLOBAL COM (0.68%) y MULTIMEDIA (0.03%), empresas vinculadas a TELEFÓNICA poseen una participación conjunta de 0.71%.


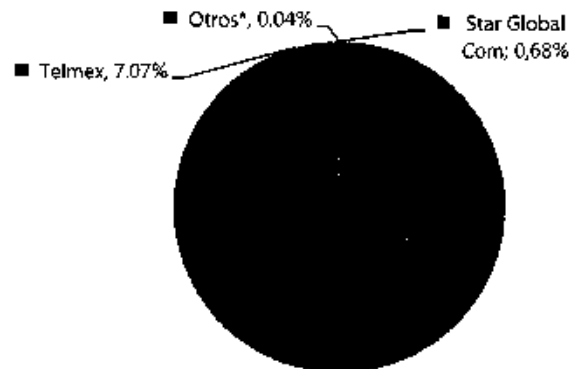
	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 27 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	


Gráfico N° 3: Tasa de participación por empresa en Internet fijo a nivel nacional (ADSL y cable módem), a junio de 2011



* Otros incluye a Americatel, Global Crossing, Multimedia y DKR Visión
Fuente: Ministerio de Transportes y Comunicaciones
Elaboración: Secretaría Técnica - OSIPTEL

Además, es de destacar que tomando en consideración los 380 distritos con cobertura de Internet por ADSL y cable módem, TELEFÓNICA es único operador proveedor de Internet en 322 distritos, es decir, en el 84.7% del total del mercado.

Para complementar el análisis anterior, y siempre tomando en cuenta los distritos con cobertura del servicio relevante, se realiza un agregado por departamentos en el que se toma el número de conexiones de TELEFÓNICA por departamento sobre el total de conexiones por departamento, observándose que la participación de TELEFÓNICA oscila entre el 84% y el 100% (ver Cuadro N° 4). Con ello, se aprecia que la participación de esta empresa ostenta altos niveles de participación, de manera uniforme.

	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 28 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

Cuadro N° 4: Participación de las empresas operadoras por departamento, a junio de 2011

Región	AMERICATEL	TELEFÓNICA	GLOBAL CROSSING	TELMEX	STAR GLOBAL COM	TELEFÓNICA MULTIMEDIA	DKR VISIÓN	Total
Arequipa	-	90.52%	-	0.75%	8.71%	0.01%	-	100.00%
Lambayeque	-	86.92%	-	13.08%	-	-	-	100.00%
Callao	-	92.63%	-	7.37%	-	-	-	100.00%
Lima	0.00%	91.49%	0.00%	8.46%	-	0.05%	-	100.00%
Piura	-	92.09%	-	7.91%	-	-	-	100.00%
Tacna	-	83.95%	-	-	16.05%	-	-	100.00%
La Libertad	-	90.84%	-	9.16%	-	-	-	100.00%
Ica	-	94.95%	-	5.05%	-	-	-	100.00%
Ancash	-	99.96%	-	-	-	-	0.04%	100.00%
Otros*	-	100.00%	-	-	-	-	-	100.00%

*Otros incluye a los departamentos de Amazonas, Apurímac, Ayacucho, Cajamarca, Cusco, Huancavelica, Huánuco, Junín, Loreto, Moquegua, Pasco, Puno, San Martín, Tumbes, Ucayali. Asimismo debe señalarse que en el departamento de Madre de Dios no existe cobertura del servicio relevante.


Fuente: Ministerio de Transportes y Comunicaciones

Elaboración: Secretaría Técnica - OSIPTEL

De otro lado, para el análisis del grado de concentración, se toma en cuenta al conjunto o a la mayoría de los agentes relevantes del mercado para definir qué tan competitivo es o puede ser el mismo, evaluando la distribución del tamaño de las empresas participantes. La metodología más utilizada para calcular el nivel de concentración es el Herfindahl-Hirschman Index (en adelante HHI)³². El HHI tiene la ventaja de representar a todas las empresas del mercado, no sólo a las más grandes, y además ofrece la señal de que a mayor valor indica mayor concentración y, por ende, mayor probabilidad de ejercicio de poder de mercado que restrinja la competencia.

³² Como se sabe el HHI fue definido en los Horizontal Merger Guidelines elaborados por el Departamento de Justicia de Estados Unidos y resulta de sumar el cuadrado de los porcentajes de participación de todas las empresas que participan en el mercado. El producto de esta sumatoria puede resultar en una cifra que fluctúa en un valor entre 0 y 10,000 siendo este último caso aquel del monopolio que cuenta con el 100% del mercado. Según los resultados del HHI la autoridad de defensa de la competencia asume un determinado grado de concentración del mercado y, según ello, permite inferencias sobre la posibilidad de ejercicio de poder de mercado, según se explica en el siguiente cuadro:

Valor del HHI	Grado de Concentración	Potencialidad de Ejercicio de Poder de Mercado
Menor a 1000	Mercado no concentrado	Reducida
Entre 1,000 y 1,800	Mercado moderadamente concentrado	Moderada
Superior a 1,800	Mercado altamente concentrado	Elevada

	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 29 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

En este marco, se observa que el mercado de Internet (ADSL y cable módem) presenta un HHI que se sitúa por encima de 8,550, lo que evidencia un mercado muy concentrado.

Los criterios de participación y nivel de concentración en el mercado permitirían señalar que TELEFÓNICA goza de posición de dominio en el mercado relevante. No obstante ello, es necesario considerar factores de análisis adicionales a la situación actual de las condiciones de competencia, tales como las barreras a la entrada.

7.2.2.2. Barreras a la entrada

Adicionalmente al análisis de participación en el mercado, es importante evaluar qué tan costoso resulta a supuestos nuevos operadores el acceso al mercado, considerando las distintas barreras a la entrada que pueden existir.

De esta manera, se podría conocer qué tan factible es que una empresa con alta participación en el mercado se vea disciplinada por la posibilidad de entrada de nuevas empresas al mercado o de su permanencia si ya ingresaron.

La posibilidad de entrada o permanencia puede verse limitada si el mercado presenta considerables obstáculos o barreras de acceso, es decir, costos que inhiban el ingreso o dificulten la supervivencia de los agentes en el mercado y que no fueron asumidos por el operador establecido.


Entre las barreras de acceso al mercado, podemos encontrar las barreras estructurales y estratégicas.

Las barreras estructurales surgen de las condiciones propias e inherentes a la actividad económica en cuestión.

Esta Secretaría Técnica considera que un caso de barrera estructural es el control de recursos esenciales, los cuales son definidos como aquél recurso que es suministrado de modo exclusivo o de manera predominante por uno o pocos proveedores y cuya sustitución no es factible en lo económico o en lo técnico³³. En el presente caso, TELEFÓNICA cuenta con la red de acceso al usuario final o acceso al bucle local que brinda la infraestructura necesaria que viabiliza la prestación del servicio de Internet a través del ADSL, por lo que no tiene que duplicar el bucle local. Dicha infraestructura es de tal envergadura que difícilmente podría ser duplicada por un competidor, constituyéndose en un recurso esencial.

Otro caso de barrera estructural son las economías de ámbito, por las que el costo para una red que provee dos servicios es significativamente menor que el costo agregado de proveer los servicios por separado. En este caso, debemos considerar que TELEFÓNICA se beneficia de economías de ámbito que le genera la propiedad sobre la mayor red de acceso fijo a los usuarios, en la prestación del servicio de telefonía fija e Internet ADSL. Así, la amplia base de clientes con la que cuenta TELEFÓNICA, le permite no solo contar con menores costos medios, sino que le permite también tener un amplio conocimiento de los consumidores y aprovechar las complementariedades en la producción y distribución de los servicios que ofrece.

³³ Al respecto, ver numeral 4.1.1.c de los Lineamientos de Libre Competencia en Telecomunicaciones.

	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 30 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

Las barreras estratégicas tienen su origen en el comportamiento de las empresas ya existentes en el mercado que inhiben la entrada de competidores.

En opinión de esta Secretaría Técnica, la integración vertical por sí misma no otorga posición de dominio a una empresa, pero el hecho que una empresa dominante en un mercado se integre verticalmente en mercados relacionados sí puede darle la capacidad de afectar la competencia en estos otros mercados. En el presente caso, la integración vertical se presta para facilitar la existencia de posición de dominio pues TELEFÓNICA es una empresa integrada que es titular de la red y hace uso de dicha infraestructura para proveer el servicio de Internet por ADSL. Es el caso que, producto de su presencia en los mercados aguas arriba (transporte) y aguas abajo (red de acceso - ISP), esta empresa goza de ventajas difícilmente replicables por otras empresas competidoras.

Tomando en consideración el análisis realizado sobre barreras a la entrada con base en el control de recursos esenciales, economías de alcance, integración vertical y utilización de infraestructuras propia para la prestación de otros servicios, permitiría reafirmar una posición de dominio de TELEFÓNICA.

7.2.2.3. Conclusión sobre la posición de dominio de TELEFÓNICA


En conclusión, se puede afirmar que TELEFÓNICA cuenta con posición de dominio en el mercado relevante, debido al nivel de participación de mercado que ostenta en el mercado relevante y al nivel de concentración que exhibe este mercado; así como por la presencia de importantes barreras a la entrada. Por lo que, es posible afirmar que esta empresa tendría la posibilidad de afectar las condiciones de la oferta o demanda en el mercado relevante, sin que competidores, proveedores o clientes tengan un poder de negociación que permita enfrentar y disciplinar a la empresa investigada.

7.2.3. El abuso de la posición de dominio

El numeral 10.1 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas señala que se considera que existe abuso cuando un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición.

De acuerdo con el punto 4.2 de los Lineamientos de Libre Competencia en Telecomunicaciones, los requisitos considerados por OSIPTEL para la determinación de la posición de dominio son: que exista posición de dominio; que se actúe de manera indebida aún cuando ello no conlleve intencionalidad; y que exista la posibilidad de obtener beneficios o de causar perjuicios que no se podrían producir de no tener posición de dominio, bastando con que éstos sean consecuencia potencial de la conducta.

Al respecto, habiéndose verificado que TELEFÓNICA ostenta posición de dominio, corresponde avanzar en el análisis, atendiendo ahora a la actuación indebida o conducta restrictiva que para el presente caso atañe a la práctica de venta atada. Como se ha mencionado en el marco legal del presente informe, para esta modalidad de práctica anticompetitiva se requiere el análisis de los siguientes elementos: debe tratarse de servicios diferenciados, debe existir coerción, el proveedor debe tener suficiente poder de mercado en el mercado del servicio principal y debe existir una

	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 31 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

afectación en el mercado del servicio atado. A continuación, se desarrollarán los primeros dos aspectos:

7.2.3.1. Servicios diferenciados

El servicio principal y el servicio atado que se están proveyendo de forma conjunta deben ser diferentes desde el punto de vista de la demanda, lo cual se detecta si es que en ausencia de la atadura los compradores adquieren los servicios por separado, en otras palabras, si éstos cuentan con una demanda propia.

Dada la estructura de la venta atada investigada, el referido análisis sobre servicios diferenciados debe centrarse en el servicio relevante, toda vez que éste es el servicio que no es vendido de forma individual.

En principio, es preciso destacar que la identificación de una amplia demanda individual del servicio relevante no resulta posible, dado que como se ha visto en el apartado referido a la posición de dominio, TELEFÓNICA como operador dominante ostenta el 92.21% del total de conexiones en el país, adquiridas de forma atada al servicio de telefonía fija.

No obstante lo anterior, otras empresas en el mercado peruano sí ofrecen el servicio de Internet solo, sin atarlo a otros servicios, tales como TELMEX, STAR GLOBAL COM, MULTIMEDIA, GLOBAL CROSSING y AMERICATEL.

Al respecto, es de resaltar el caso de TELMEX que es el segundo operador con participación en el mercado relevante y ostenta una demanda del 28.6% de Internet solo, sin considerar el Internet que empaqueta con otros servicios que provee tales como el servicio de cable o el servicio telefónico³⁴.


Servicios ofrecidos por TELMEX	Demanda del servicio
Internet solo	28.6%
Doble Play de Internet y telefonía fija	33.8%
Doble Play de Internet y cable	5.8%
Triple Play	31.9%

De esta manera, dadas las limitaciones de identificación de una demanda individual de Internet por la elevada participación con la que cuenta TELEFÓNICA en el mercado relevante, el porcentaje de demanda de conexiones de Internet solo que presenta TELMEX es considerable dentro del total de su oferta de Internet.

De otro lado, debe mencionarse que en la experiencia internacional, existe la provisión de "acceso a Internet por ADSL solo", al que se le ha denominado *Naked DSL*, DSL desnudo o *stand-alone*. La provisión de este servicio se ha dado por diversas razones que van desde la propia iniciativa empresarial, como parte de un considerable impulso competitivo hasta la imposición por parte de la autoridad (regulación o por aplicación de las normas de libre competencia). Al respecto, es importante señalar que cuando las condiciones de competencia no han logrado que las empresas operadoras lancen al mercado este tipo de ofertas, han sido los organismos reguladores o las autoridades de competencia las que han impuesto una obligación de venta de Internet solo³⁵.

³⁴ Porcentajes trabajados tomando en cuenta la Información remitida por TELMEX a junio de 2011, mediante Carta N° C.299-DJR/2011, de fecha 01 de agosto de 2011.

³⁵ NETWORK STRATEGIES. "Naked DSL: the potential impact in New Zealand". Final Report for the MED. Report Number 26010. En la sección 3 de dicho informe se resumen las experiencias en el establecimiento de DSL desnudo a nivel internacional.

	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 32 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

A este respecto, TELEFÓNICA ha mencionado en sus descargos que la experiencia internacional referida al *Naked ADSL* es un fenómeno reciente y que en la gran mayoría de países donde ésta se ha empezado a desarrollar ha sido por un impulso competitivo, antes que por imposición de la Administración Pública.

En contraposición a lo señalado por TELEFÓNICA, según lo mencionado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico - OCDE, los servicios de Internet de Banda Ancha son mayoritariamente vendidos como paquetes mixtos, lo que permite a los usuarios elegir entre las ofertas individuales o servicios empaquetados. Es de resaltar que 77% de los 90 operadores encuestados permiten a los usuarios comprar de forma individual el servicio de Internet de Banda Ancha y que los usuarios tienden a escoger dicha oferta cuando está disponible³⁶.

Además, a nivel comparado, se observa que la comercialización del DSL desnudo en algunos países se debe a una fuerte presión competitiva de operadores del servicio de cable que también ofrecen acceso a Internet a través de sus redes. Es decir, que en mercados en competencia, los operadores de DSL prefieren comercializar también DSL desnudo para evitar que al menos una parte de sus clientes decida abandonarlos para contratar los servicios de Internet a través de cable módem. De otro lado, en países donde los operadores de DSL no afrontan mayor competencia a través de otras tecnologías, no existe presión para que se establezcan ofertas de DSL desnudo³⁷.

Para el caso concreto del servicio de Internet ADSL en nuestro país, si se tiene en cuenta que, a junio de 2011 existían 961,388 conexiones de Internet por ADSL de las cuales 961,360 son de TELEFÓNICA y 81,167 conexiones de Internet por cable módem de las cuales 73,709 conexiones son de TELMEX, difícilmente se podría sostener que el cable módem podría ejercer la suficiente presión competitiva sobre el ADSL para su venta por separado.

Por todo lo dicho anteriormente, esta Secretaría considera que los servicios de Internet y telefonía fija son servicios diferenciados.


7.2.3.2. Nivel de coerción

Una vez comprobada la existencia de servicios diferenciados, se debe verificar si la venta del servicio de acceso a Internet viene siendo condicionada o subordinada a la compra del servicio de telefonía fija de Telefónica.

La acreditación del nivel de coerción implica la comprobación de que el vendedor imponga la compra de un servicio como condición de la venta de otro, forzando la

³⁶ En este estudio se hizo una recopilación de datos en el año 2009 incluyendo más de 2000 ofertas de Internet *stand-alone* y paquetes de servicios de 90 empresas en 30 países de la OCDE, centrándose en planes de banda ancha residencial y planes asociados, que puede ser comercializado conjuntamente a las pequeñas empresas u oficinas en casa. Al respecto ver: OECD, "Broadband Bundling, Trends and Policy Implications", OECD Digital Economy Papers, No. 175, OECD Publishing, 21 de febrero de 2011, págs. 11-13. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/5kqhtc8znnbx-en> (última visita: 20 de marzo de 2012).

³⁷ Al respecto ver: JAMES, David - OVUM "Competition and the role of wholesale as fixed broadband goes mainstream", OVUM Publishing, 20 de julio de 2006, pág. 9. Disponible en: http://www.bacik.org/toolz/Ovum_-_Competition_and_the_role_of_wholesale.pdf (última visita 20 de marzo de 2012); y, Organization for Economic Co-operation and Development. "OECD Communications Outlook: Information and Communications Technologies", OECD Publishing, 24 de agosto de 2005, págs. 94 y ss. Disponible en: http://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/oecd-communications-outlook-2005_comms_outlook-2005-en (última visita: 20 de marzo de 2012)

	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 33 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

voluntad del consumidor. Es decir, debe verificarse en los contratos y, en general, en las condiciones de venta ofrecidas, que el servicio principal no puede ser adquirido por separado; es decir, que no existe la posibilidad de adquirir el servicio principal sin adquirir el servicio atado.

Conforme a ello, se requiere que en la práctica bajo análisis, el comprador sea forzado a adquirir el servicio de telefonía fija, aun cuando no lo desee y solo quiera adquirir el servicio de Internet.

Para determinar la existencia de coerción en la venta atada de los servicios de acceso a Internet y telefonía fija, se revisaron los contratos que ofrece TELEFÓNICA para la adquisición del servicio de Internet (oferta regular y promociones) y se efectuaron acciones de supervisión, en las que se registraron las respuestas de los vendedores de dicha empresa, ante la simulación de intención de compra del servicio de Internet solo.

A. Revisión de los contratos de la oferta regular del servicio de Internet de TELEFÓNICA

Se revisaron los contratos de TELEFÓNICA para los servicios de Internet 50, Speedy, Speedy Negocios y Speedy Negocios Avanzado, advirtiéndose que contienen una cláusula denominada "Condiciones del servicio" en la cual se establece como condición a la adquisición del servicio de acceso a internet, la obligación del cliente de contar con una línea telefónica fija de su titularidad contratada con TELEFÓNICA y que esta no sea modalidad prepago (a excepción del Internet 50 prepago que sí permite una línea telefónica prepago)³⁸.

En tal sentido, se puede observar que la oferta del servicio de acceso a internet de la empresa TELEFÓNICA, en todas las modalidades, únicamente puede ser adquirida en la medida en que se cuente con (i) una línea de telefonía fija (ii) cuyo servicio sea prestado por la misma TELEFÓNICA y (iii) que no esté afiliada a la modalidad prepago.

B. Revisión de los contratos promocionales que incluyen el servicio de Internet de TELEFÓNICA (dúo)


Asimismo, se advierte que desde agosto de 2007, TELEFÓNICA, además de ofrecer su servicio de Internet bajo las condiciones de una oferta regular, ofrece al público ofertas de dúos que incluyen el servicio de telefonía fija y el servicio de acceso a Internet a un precio promocional³⁹.

Es decir, esta empresa ofrece un precio promocional por la compra conjunta de ambos servicios. Pues, en caso de suspenderse o resolverse la contratación de alguno de los servicios, el cliente pierde la promoción, debiendo pagar cada uno de los servicios a precio regular⁴⁰. En este caso, al no haber una oferta de Internet solo, la contratación

³⁸ Ver apartado 3 del literal a) del numeral 4 del Contrato del Servicio "Speedy" (Código B001/ B0015/ B018/ B023 /B024), "Speedy Negocios" (Código B067 /B068 /B070), "Speedy Negocios Avanzado" (Código B030/ B031/ B032 / B033/ B034/ B035/ B036/ B037/ B038)", "Speedy Negocios Avanzado (#)" (Código B039/ B040/ B041/ B042/ B043/ B044) e "Internet 50" (Código 150-01).

³⁹ Al respecto, ver: <http://www.movistar.com.pe/internet/internet-fijo/movistar-speedy/tarifas> (17 de abril de 2012). Los contratos que contienen los dúos mencionados son los siguientes: ADTRM01-006) Prom. Dúos y Tríos Residencial- Canal On Line, (ADTRM01-006) Prom. Dúos y Tríos Residencial- Canal On Line, (ADTRM01-008) Prom. Ampliación Dúos y Tríos Residencial Multiproducto, (ARDT 01-002) Prom. Especial Dúos y Tríos, (DTRFFV01-007) Prom. Dúos y Tríos Residenciales- Canal Agencias y FDV, (150-01-DTLS-06) Prom Dúos y Tríos Internet 50.

⁴⁰ Al respecto, los mencionados contratos incluyen la cláusula siguiente:

	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 34 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

del servicio de Internet se sujetaría a la oferta regular, en los términos señalados en el acápite precedente.

C. Acciones de supervisión del OSIPTEL⁴¹

En diversas localidades del Perú se realizaron llamadas hacia el Servicio de Telegestión Comercial de TELEFÓNICA (número 104) en las cuáles se pidió información acerca de las condiciones aplicables a la adquisición del servicio de acceso a internet en diversas modalidades. A continuación se detallan algunos resultados:

- Funcionario de OSIPTEL preguntando por el servicio Speedy⁴²

Funcionario del OSIPTEL: Por favor, quisiera saber ¿cuáles son los requisitos para adquirir internet, por favor?

Telefónica: ¿Cuál es número telefónico, por favor?

Funcionario del OSIPTEL: No, no tengo número telefónico.

Telefónica: Esto lo desea ¿en qué distrito?

Funcionario del OSIPTEL: Eso es en la victoria

Telefónica: Ya mire, para que usted tenga internet, debe tener una línea telefónica, ahorita estamos dando un paquete (...)

Funcionario del OSIPTEL: Ah ok entiendo, pero ¿en cualquiera de esos casos igual tiene que ser con la línea telefónica fija de ustedes?

Telefónica: Exactamente.

- Funcionario de OSIPTEL preguntando por el servicio Speedy Negocios⁴³

Funcionario OD Huancayo: No señorita yo tengo una línea telefónica pero de otra empresa

Telefónica: El primer requisito para adquirir un Speedy tendría que tener una línea con Telefónica

Funcionario OD Huancayo: ¿Quiere decir para el servicio de internet de Speedy negocios necesariamente debo contar con una línea telefónica?

Telefónica: Si

- Funcionario de OSIPTEL preguntando por el servicio Internet 50⁴⁴

Telefónica: Tiene que tener línea de teléfono fija, ¿Ud. Cuenta con línea de teléfono?

Funcionario OD Huancayo: No

Telefónica: Tiene que tener una línea fija si no, no va a poder acceder a ese servicio, la línea para que zona es para que distrito

(...)

Funcionario OD Huancayo: ¿cuenta con algún plan de internet para el cual no sea necesario la contratación del servicio de telefonía?


"Si el contrato correspondiente a alguno de los servicios que conforman el Trío o Dúo se suspendiera o resolviera por causas no imputables a TELEFÓNICA, el CLIENTE perderá la promoción y pagará cada uno de los servicios a las tarifas vigentes".

⁴¹ Es preciso indicar que las acciones de supervisión se encuentran en el expediente de la controversia, encontrándose a disposición de la empresa TELEFÓNICA.

⁴² Acción de supervisión llevada a cabo el 2 de diciembre a las 16: 19 horas por un funcionario del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones en la ciudad de Lima.

⁴³ Acción de supervisión llevada a cabo el 29 de noviembre a las 18:16 horas por un funcionario del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones en la ciudad de Huancayo.

⁴⁴ Acción de supervisión llevada a cabo el 2 de diciembre a las 16: 24 horas por un funcionario del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones en la ciudad de Lima.

	DOCUMENTO	Nº 020-STCCO/2012 Página 35 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

Telefónica: No existe,

Funcionario OD Huancayo: ¿No existe?

Telefónica: Nosotros usamos la línea telefónica para acceder a internet pero no lo ocupamos puede navegar por internet puede hablar por teléfono a la vez,

Funcionario OD Huancayo: Quiere decir si yo no tengo la línea telefónica no voy a poder contratar el servicio de Internet.

Telefónica: Correcto.

Las llamadas realizadas durante la acción de supervisión también incluyeron consultas en torno a las posibilidades de acceso al servicio de internet por parte de un cliente que cuente con una línea telefónica fija de una empresa diferente a la ofrecida por la empresa TELEFÓNICA. A continuación se detallan algunas de las conversaciones:

- Funcionario de OSIPTEL preguntando por el servicio Speedy⁴⁵

Funcionario del OSIPTEL Lima: Sí, disculpe quería información con respecto al servicio de internet que brindan

Operador 104: ¿Cuenta usted con teléfono en casa, señor?

Funcionario del OSIPTEL: Tengo un teléfono pero de Telmex.

Operador 104: ah correcto, pero en todo caso, para contratar el servicio de internet de Telefónica es importante contar con un teléfono fijo, lo que podemos brindarle en todo caso es una línea básica, una línea control con 130 minutos para llamadas locales y un internet de capacidad de un mega. El costo de este servicio es de 109 soles, la instalación de la línea tiene un costo de 150 que va a ser fraccionado en 15 meses de 10 soles y la instalación de la internet el cual incluye un router inalámbrico, tiene un costo de un sol que es un pago que se genera por única vez.

Funcionario del OSIPTEL: Y, ¿necesariamente tengo que contratar un servicio de telefonía fija con Telefónica?

Operador 104: Exacto, el servicio que nosotros le facilitamos es a través de la línea.

Funcionario del OSIPTEL Lima: Ya, y ¿tiene que ser un servicio de TELEFÓNICA, un servicio de Telefónica fija? ¿No puede ser inalámbrica?

Operador 104: No, tiene que ser un teléfono fijo

(...)

Funcionario del OSIPTEL Lima: Ah pero ¿no tienen un servicio de internet, el cual puedan brindar sin contratar el teléfono fijo?

Operador 104: No, todos los servicios que brindamos es a través de la línea.

- Funcionario de OSIPTEL preguntando por el servicio Speedy Negocios⁴⁶

Funcionario OD Huancayo: bueno tengo una línea telefónica pero no telefónica es de otra empresa operadora

Telefónica: Para tener el servicio de Speedy es necesario contar con la línea telefónica...

(...)


Funcionario OD Huancayo: Ok, y cuenta Ud con algún plan de internet para el cual no sea necesario la contratación del servicio de telefonía.

Telefónica: No

Telefónica: Para tener un Speedy con Telefónica tendría que contratar una línea telefónica.

⁴⁵ Acción de supervisión llevada a cabo el 30 de noviembre de 2010 a las 18:21 horas por un funcionario del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones en la ciudad de Chiclayo.

⁴⁶ Acción de supervisión llevada a cabo el 2 de diciembre a las 18: 16 horas por un funcionario del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones en la ciudad de Lima.

	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 36 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

- Funcionario de OSIPTEL preguntando por el servicio Internet 50⁴⁷

Funcionario del OSIPTEL: (...) como es el servicio de internet 50 para adquirirlo, ¿cuáles son los requisitos?

Telefónica: (...) ¿Cuál es su número telefónico?

Funcionario del OSIPTEL: Bueno tengo un teléfono de Telmex

Telefónica: Bueno lo que pasa que este Internet 50 se maneja directamente para los clientes residenciales que tengan un número de teléfono fijo con TELEFÓNICA.

(...)

Telefónica: Bueno puede tener una línea libre, puede tener una línea controlada y no hay ningún problema.

Funcionario del OSIPTEL: Y línea prepago si puede tener ¿o no?

Telefónica: No, las prepago no, porque no se emite recibo electrónico.

De las supervisiones realizadas a través de llamadas al número 104, se observa que las condiciones ofrecidas a los usuarios para adquirir del servicio de acceso a internet requieren necesariamente la contratación de un línea telefónica fija, ya sea para el caso de una oferta regular o promocional.

Es así que, con base en los medios probatorios mencionados (contratos y acciones de supervisión), esta Secretaría Técnica observa que TELEFÓNICA no ofrece la posibilidad de compra del servicio Internet solo, si no que lo sujeta a la adquisición del servicio de telefonía fija, evidenciándose un apreciable nivel de coerción que imposibilita la adquisición independiente del servicio principal.

A estos efectos, cabe añadir que, en sus descargos, en ningún momento TELEFÓNICA ha negado la existencia de la atadura entre sus servicios de telefonía fija e Internet por ADSL.


D. Estructura de precios de la oferta de Internet de TELEFÓNICA

De otro lado, en opinión de esta Secretaría Técnica, es importante que en la práctica bajo análisis, se preste atención a los siguientes aspectos: i) la racionalidad económica que existe en el diseño de precios de un empaquetamiento de servicios; y, ii) la estructura de precios que presentaría la oferta del servicio de Internet de TELEFÓNICA. Lo anterior, en la medida en que la estrategia de esta empresa no se agotaría en que no ofrezca el servicio de Internet por separado, sino que además, su estructura de precios no debiera encubrir una práctica con efectos análogos o similares a la venta atada.

- **Racionalidad económica de un paquete dúo.**

Los empaquetamientos ocurren cuando los servicios que podrían ser vendidos separadamente son vendidos de manera conjunta y, por lo general, incluyen un descuento sobre la suma de los precios de los servicios por separado; es decir, el precio del paquete debe ser menor a la suma de los precios individuales de los productos que lo conforman.

⁴⁷ Acción de supervisión llevada a cabo el 2 de diciembre de 2010 a las 15:59 horas por un funcionario del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones en la ciudad de Lima.

	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 37 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

Para el caso en concreto, la racionalidad económica de una estructura de precios del "servicio de Internet por ADSL empaquetado con el servicio de telefonía fija alámbrica" y del "servicio de Internet por ADSL solo" aconseja que:

- El precio del servicio de telefonía fija debería incluir todos los costos relacionados con la provisión de este servicio (costo específico del servicio telefónico). Las llamadas locales "gratuitas" contenidas en el plan se consideran como un costo aparte.
- El precio del servicio de Internet ADSL debería incluir todos los costos relacionados con la provisión de este servicio (costo específico del servicio de Internet ADSL)
- Existen costos comunes entre el servicio de telefonía fija y el Internet ADSL (costos específicos de la línea o bucle de abonado).
- La compra individual y simultánea de los dos servicios constituiría un doble pago por los costos comunes a ambos servicios, por lo cual resultaría la forma más cara de contratación de los mismos.
- La compra empaquetada constituye una forma más eficiente de contratar ambos servicios, ya que los costos de este tipo de compra incluyen únicamente los costos específicos de cada servicio y los costos específicos de la línea son pagados una sola vez.
- Finalmente, la compra del Internet ADSL desnudo debería ser más barata que la compra de este servicio empaquetado con el de telefonía fija, ya que se evitan los costos específicos del servicio telefónico y las llamadas locales.


La racionalidad económica mencionada se refiere a que los precios individuales deben cubrir los costos que tiene cada uno de los servicios. Así, si bien la venta conjunta de los servicios en cuestión genera ahorros de costos que pueden ser trasladados a los consumidores a través de un precio menor a la suma de precios individuales, carece de lógica económica pensar que el precio de dos servicios empaquetados pueda resultar menor al precio de alguno de los servicios contratados de forma individual.

• **Supuesta estructura de precios con efectos exclusorios.**

TELEFÓNICA ofrece en forma empaquetada, a través de sus promociones dúo, los planes telefónicos de Tarifa Plana, Semiplana y Control, así como el servicio Speedy a velocidades de 512 Kpbs, 1, 2, 3 y 4 Mbps. tal como se muestra en el Cuadro N° 5.

Cabe precisar que los precios de los servicios de telefonía fija y dúo son los precios reales ofertados por TELEFÓNICA, el precio del Internet ADSL ha sido tomado de la oferta regular que presenta esta empresa en la que este servicio se adquiere de forma atada al servicio de telefonía fija⁴⁶.

⁴⁶ En la página web de TELEFÓNICA, se indica que en caso de contar con una línea postpago, y desear el servicio de Internet, a la línea postpago se adicionará el precio de Internet considerado en el cuadro como "tarifa de Internet ADSL".

	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 38 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

Cuadro N° 5: Precio de los paquetes dúo de telefonía fija e Internet de TELEFÓNICA (S/.), con IGV

Telefonía fija		Internet ADSL		Precio dúo
Plan	Precio	Velocidad	Precio implícito	
Plana	S/. 88.25	4 Mbps	S/. 415.48	S/. 209.00
Plana	S/. 88.25	3 Mbps	S/. 236.99	S/. 169.00
Semiplana	S/. 54.00	2 Mbps	S/. 227.08	S/. 139.00
Control	S/. 34.00	1 Mbps	S/. 137.84	S/. 108.08
Línea 20 (Control 30)	S/. 20.00	512 Kbps	S/. 49.58	S/. 69.00

Fuente: SIRT y páginas web de la empresa operadora, tarifas vigentes al mes de diciembre de 2011.
Elaboración: Secretaría Técnica – OSIPTEL

Al respecto es importante observar que los precios implícitos del servicio de Internet ADSL son mayores al precio del dúo que incluye tanto el Internet como la telefonía fija, salvo en el caso del paquete: Línea 20 + Internet 512 Kbps.

Por su parte, la empresa TELMEX que también empaqueta la telefonía fija y el Internet, ofrece la posibilidad de hacer combinaciones de los planes de ambos servicios de acuerdo a las preferencias de los usuarios. En el Cuadro N° 6, se muestran algunos precios de paquetes que por las velocidades de Internet ofrecidas, y por los precios y las características del servicio de telefonía fija son comparables a los paquetes de TELEFÓNICA.

Cuadro N° 6: Precio de los paquetes dúo de telefonía fija e Internet de TELMEX (S/.), con IGV


Telefonía fija		Internet ADSL		Precio dúo
Plan	Precio	Velocidad	Precio	
Abierto 2000	S/. 105.00	4 Mbps	S/. 200.00	S/. 253.00
Abierto 2000	S/. 105.00	3 Mbps	S/. 150.00	S/. 215.00
Abierto 550	S/. 65.00	2 Mbps	S/. 120.00	S/. 133.00
Control 250	S/. 48.00	1 Mbps	S/. 80.00	S/. 108.00
Control 50	S/. 46.00	600 Kbps	S/. 54.00	S/. 66.00

Fuente: SIRT y páginas web de la empresa operadora, tarifas vigentes al mes de diciembre de 2011.
Elaboración: Secretaría Técnica – OSIPTEL

De la comparación de precios de los paquetes ofrecidos por TELEFÓNICA y TELMEX (Cuadro N° 5 y Cuadro N° 6, respectivamente), se advierte que si bien el precio implícito de Internet solo de TELEFÓNICA es mayor al precio del paquete, no sucede lo mismo en el caso de la provisión de dicho servicio para el caso de TELMEX.

Así, la estructura de precios del servicio de Internet que presenta TELEFÓNICA no es coherente con la racionalidad económica de los empaquetamientos, tal como se mencionó anteriormente, según la cual: el precio del paquete de servicios debería incluir el costo del servicio de acceso a Internet más el costo del servicio de telefonía fija, teniendo en cuenta que en alguno de esos costos se incluye el costo de la planta externa que comparten ambos servicios. Por lo tanto, el precio del paquete debería ser algo mayor que el precio del servicio de Internet, sin embargo, ello no sucede.

Por otra parte, se debe tomar en cuenta que, considerando el precio implícito del Internet solo de TELEFÓNICA (en los términos antes señalados) y contrastando éste con el precio real del dúo de Internet y el precio real de la telefonía fija provistos por

	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 39 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

esta empresa, se obtiene el cálculo de un precio implícito negativo del servicio de telefonía fija. Esto se puede observar mejor en el siguiente Cuadro N° 7.

Cuadro N° 7: Diferencias de Precios entre paquetes de Internet y telefonía fija y planes de Internet de TELEFÓNICA(S/.)

Paquete (1)	Precio del paquete (2)	Precio Internet* (3)	Precio real telefonía (4)	Precio implícito telefonía (5=2-3)
Tarifa Plana + 4 Mbps	S/. 209.00	S/. 415.48	S/. 88.25	S/. -206.48
Tarifa Plana + 3 Mbps	S/. 169.00	S/. 236.99	S/. 88.25	S/. -67.99
Tarifa Semiplana + 2 Mbps	S/. 139.00	S/. 227.08	S/. 54.00	S/. -88.08
Línea Control al segundo + 1 Mbps	S/. 108.08	S/. 137.84	S/. 34.00	S/. -29.76
Línea 20 (Control 30) + 512 Kbps	S/. 69.00	S/. 49.58	S/. 20.00	S/. 19.42

* No incluye el costo de conexión fija de S/. 20, que es el costo mínimo que debe afrontar un usuario al que solo le interesa el servicio de Internet y no el de telefonía fija.

Fuente: SIRT y páginas web de la empresa operadora, tarifas vigentes al mes de diciembre de 2011.

Elaboración: Secretaría Técnica - OSIPTEL

Si se realiza este mismo ejercicio para los precios de TELMEX, los resultados son distintos a los de TELEFÓNICA. Como muestran los resultados de la última columna del Cuadro N° 8, las tarifas implícitas del servicio de telefonía fija de TELMEX son positivas y representan en promedio el 50% de la tarifa de éste cuando es vendido por separado.

Cuadro N° 8: Diferencias de precios entre paquetes de Internet y telefonía fija y planes de Internet de TELMEX (S/.)


Paquete (1)	Precio del paquete (2)	Precio Internet (3)	Precio real telefonía (4)	Precio implícito telefonía (5=2-3)
Abierto 2000 + 4 Mbps	S/. 253.00	S/. 200.00	S/. 105.00	S/. 53.00
Abierto 2000 + 3 Mbps	S/. 215.00	S/. 150.00	S/. 105.00	S/. 65.00
Abierto 550 + 2 Mbps	S/. 133.00	S/. 120.00	S/. 65.00	S/. 46.00
Control 250 + 1 Mbps	S/. 108.00	S/. 80.00	S/. 48.00	S/. 28.00
Control 50 + 600 Kbps	S/. 66.00	S/. 54.00	S/. 46.00	S/. 12.00

Fuente: SIRT y páginas web de la empresa operadora, tarifas vigentes al mes de diciembre de 2011.

Elaboración: Secretaría Técnica - OSIPTEL

Es importante tener cuenta un precio implícito para la venta del servicio de Internet por separado, la estructura de precios que podría ofrecer la empresa investigada evidenciaría una situación en la que: i) esta empresa establece precios para los servicios empaquetados que están por debajo del precio implícito del servicio de Internet y, además, ii) contrastando el precio implícito del Internet con el precio del paquete, se obtiene un precio implícito negativo del servicio de telefonía fija; a diferencia de la oferta de TELMEX, otra de las empresas en el mercado que también empaqueta iguales servicios.

Por todo lo dicho y retomando el análisis de la configuración del abuso de la posición de dominio, se ha verificado que en efecto TELEFÓNICA cuenta con suficiente poder de mercado en el servicio principal, que los servicios atados son diferentes y que existe un nivel apreciable de coerción para la adquisición conjunta de los servicios. Por lo que resta que esta Secretaría realice el análisis sobre la existencia de una afectación en el mercado del servicio atado o, en otras palabras, la determinación de los efectos anticompetitivos en el mercado de telefonía fija.

	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 40 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

7.2.3.3. Efectos anticompetitivos y eficiencias procompetitivas

De acuerdo con la metodología de análisis de competencia, resulta necesario acreditar un perjuicio sobre los competidores de la empresa investigada. Además, es importante evaluar la generación de efectos positivos que pueda acarrear la práctica.

De acuerdo con la metodología de análisis de la competencia, con relación al análisis de efectos en el mercado, se debe tener en cuenta que para la acreditación de efectos negativos, actuales o potenciales, sobre la competencia y el bienestar de los consumidores, se pueden presentar los siguientes efectos: el traslado de una posición de dominio en el mercado del bien principal al mercado del bien atado; el acaparamiento o cierre de los canales de distribución, impidiendo a los rivales la posibilidad de acceder a ellos; y la creación o elevación de barreras a la entrada estratégicas.

En el presente caso, sucede que TELEFÓNICA, al atar el servicio de Internet al servicio de telefonía fija, imposibilita la contratación del servicio de telefonía fija ofrecido por empresas distintas a TELEFÓNICA. La atadura de estos dos servicios es especialmente importante porque el servicio de Internet es un servicio que presenta una fuerte demanda, lo que no ocurre con el servicio de telefonía fija.

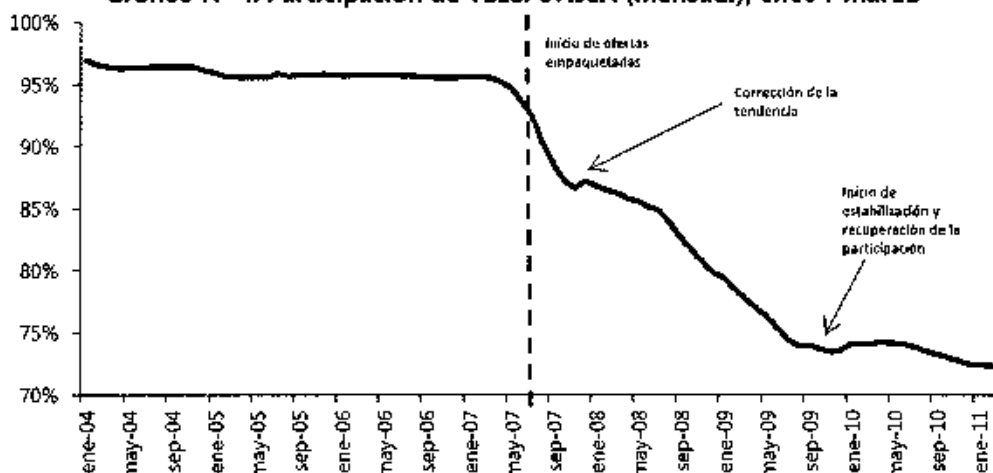
Así, por ejemplo, la adquisición por parte de los consumidores del servicio de Internet de TELEFÓNICA, en mercados donde ésta es la única empresa que provee el servicio de Internet, se realizará necesariamente de forma conjunta con el servicio de telefonía fija de TELEFÓNICA, ya sea adquiriendo estos servicios como parte de una oferta regular u oferta promocional (dúo), de esta manera, el usuario termina comprando el servicio de telefonía fija a esta empresa, descartando la posibilidad de comprar este mismo servicio de otra empresa.

En este caso, la preferencia por el servicio de telefonía fija es un efecto ficticio del mercado porque TELEFÓNICA no ofrece el internet solo y aprovecha su participación en el mercado del servicio de Internet para conseguir clientes en el servicio de telefonía fija.

A. Efectos en los competidores

Para el caso del mercado de telefonía fija, a partir del año 2005 la dinámica del crecimiento del número de líneas en servicio de TELEFÓNICA empezó a desacelerarse, ocasionando que a partir del segundo semestre del año 2007, este indicador mostrara una tendencia a la baja. Como se observa en el Gráfico N° 4, esta disminución en el número de líneas en servicio tuvo como efecto una importante pérdida de participación de mercado de TELEFÓNICA, que pasó de aproximadamente 96% durante todo el año 2006 a 87% en noviembre de 2007. Sin embargo, a partir de esta última fecha, unos meses después del inicio de las ofertas empaquetadas, la pendiente de la caída de la tasa de participación de TELEFÓNICA se redujo, continuando la disminución del número de líneas en servicio y la participación pero a un ritmo más lento hasta julio de 2009. Desde entonces se ha observado una ligera recuperación en la participación de TELEFÓNICA.

Gráfico N° 4: Participación de TELEFÓNICA (mensual), ene04-mar11

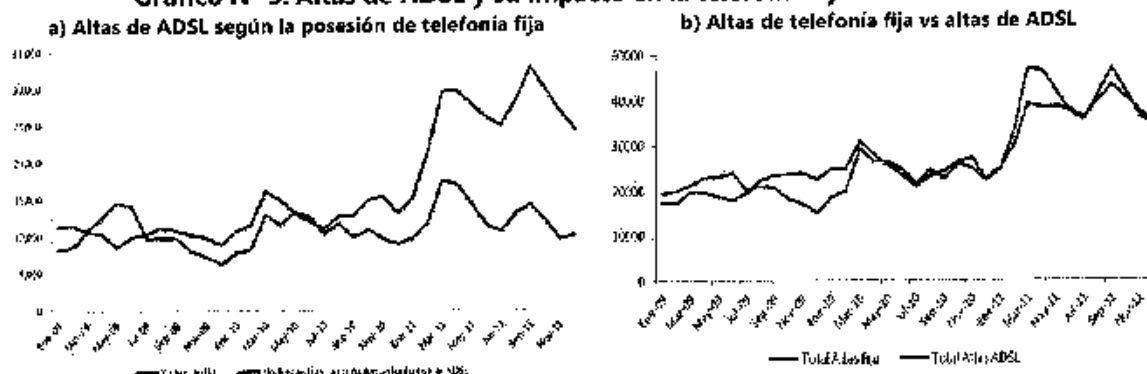


Nota: La información de enero de 2004 a junio de 2010 ha sido reportada al OSIPTEL por las empresas operadoras en forma mensual. Asimismo, la información posterior a junio de 2010 corresponde únicamente a los meses de diciembre de 2010 y marzo de 2011 y ha sido extraída de la página web del MTC.
Fuente: OSIPTEL y Ministerio de Transportes y Comunicaciones
Elaboración: Secretaría Técnica - OSIPTEL

La explicación para que la caída de la participación de TELEFÓNICA en el mercado de telefonía fija se haya detenido sería el importante crecimiento de las ofertas empaquetadas que realiza esta empresa, ya que la mayoría de altas de accesos ADSL corresponden a altas a través de servicios empaquetados, principalmente dúos de telefonía fija e Internet.⁴⁹

A continuación se observa con mayor detalle las altas en los accesos ADSL. El panel a) del Gráfico N° 5 hace una división de las altas de ADSL considerando si el abonado ya tenía el servicio de telefonía fija o si este lo contrata al momento de adquirir el servicio de Internet. Así, este gráfico muestra que si bien durante los años 2009 y 2010 las altas en ambas categorías eran similares, a partir del año 2011 la mayor parte de las altas corresponden a usuarios que no tenían servicio telefónico de TELEFÓNICA, pero que lo contrataron junto con el acceso a Internet. Esta última categoría incluye tanto las altas a través de empaquetamiento como a través de ofertas regulares y ofertas promocionales. Es decir, en los últimos dos años el crecimiento de las conexiones por ADSL habría impulsado con mayor fuerza al crecimiento en el número de líneas fijas de TELEFÓNICA.

⁴⁹ En promedio, entre enero de 2009 y diciembre de 2011, se observa que el 68% de las altas mensuales de ADSL corresponden a altas de dúos de este servicio junto con el de telefonía fija.

Gráfico N° 5: Altas de ADSL y su impacto en la telefonía fija de TELEFÓNICA

Fuente: TELEFÓNICA

Elaboración: Secretaría Técnica - OSIPTEL

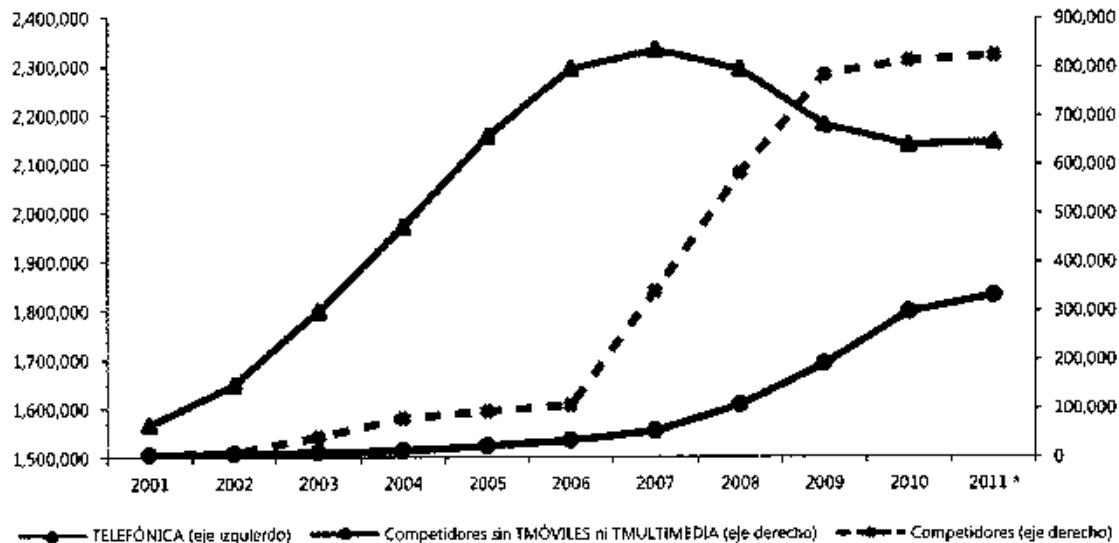
Lo anteriormente mostrado podría ser un indicador de la relación directa existente entre el servicio de telefonía fija de TELEFÓNICA y su servicio de Internet por ADSL. Otro indicio adicional lo encontramos en el panel b) del Gráfico N° 5, ya que en dicho gráfico se puede ver que existe una clara relación directa entre las altas de líneas fijas en servicio y las altas de accesos ADSL (altas reales y no altas netas). Asimismo, debe tenerse en cuenta que la correlación entre estas variables observada entre enero de 2009 y diciembre de 2011 es de aproximadamente 0.92. Es más, si se calcula la correlación entre las altas de ADSL que no tenía telefonía fija y la contrataron junto con el ADSL, y las altas totales de telefonía fija, se obtiene un valor de 0.97.⁵⁰

Debe mencionarse también que los stocks de dúos de ADSL y telefonía fija han crecido en forma importante en los últimos años. En enero de 2009 el stock de líneas fijas duadas con el servicio de ADSL representaba el 10% del total de líneas fijas en servicio, mientras que a diciembre de 2011 este porcentaje se incrementó hasta 32%. De otro lado, se ha registrado una caída en las líneas de telefonía fija en servicio que no están empaquetadas con ningún servicio. Así, las líneas fijas no vinculadas a ningún otro servicio representaban en enero de 2009 el 69% del total de líneas en servicio, mientras que en diciembre de 2011 este porcentaje se había reducido hasta el 46%.

Esto se relaciona a su vez con un menor crecimiento de los competidores de TELEFÓNICA, ya que estos no pueden igualar las ofertas de TELEFÓNICA en los servicios empaquetados, debido a factores como la falta de una red propia (o de dimensiones cercanas a la red del incumbente), o la falta de acceso mayorista a la red del incumbente. Ello queda claro al observar el Gráfico N° 6, el cual muestra una coincidencia entre el momento en el que se detuvo la caída del número de líneas en servicio de TELEFÓNICA y una desaceleración en el crecimiento del número de líneas de las empresas competidoras.

⁵⁰ Si se analiza la correlación entre las altas netas de los servicios de telefonía fija e Internet por ADSL de TELEFÓNICA, se observa la existencia de una relación bastante cercana entre ambas variables. De hecho el coeficiente de correlación es positivo y cercano a 0.76, lo cual muestra también que hay una evidente relación directa entre las altas netas de los accesos ADSL y las altas netas de líneas en servicio de telefonía fija de TELEFÓNICA.

Gráfico N° 6: Evolución del número de líneas fijas, TELEFÓNICA vs Competidoras



* Al primer trimestre de 2011

Fuente: Ministerio de Transportes y Comunicaciones

Elaboración: Secretaría Técnica - OSIPTEL

Como se observa, lo que causa la práctica de venta atada de TELEFÓNICA es privar a sus competidores en el mercado del servicio de telefonía fija (servicio atado) de acceder a parte importante de los compradores.


De esta manera, se evidencia que TELEFÓNICA con el objetivo de proteger su nivel de participación en el mercado de telefonía fija, se vendría beneficiando a través de la protección de su cuota de mercado en este servicio, afectando a los competidores, pues el crecimiento de éstos se viene estancando a favor de una recuperación de TELEFÓNICA.

En otras palabras, frente a sus competidores en el mercado de telefonía fija, lo que hace TELEFÓNICA a través de la venta atada es elevar y fortalecer las barreras a la entrada del mercado de telefonía fija.

Asimismo, esta Secretaría Técnica considera importante mencionar la posibilidad de que esta práctica también esté afectando el **mercado de voz por IP**, en la medida en que este servicio permite las comunicaciones de voz y su desarrollo podría cambiar la dinámica competitiva en el mercado de telefonía fija al constituirse como un sustituto de este servicio.

La práctica de venta atada de TELEFÓNICA impide la creación de un mercado de Internet solo, con clientes que podrían ser captados por empresas proveedoras de voz por IP. Así, la estrategia comercial de TELEFÓNICA podría constituir una traba para que los usuarios que no desean tener el servicio telefónico tradicional de TELEFÓNICA puedan satisfacer sus necesidades de comunicación a través de la voz por IP. De esta manera, se reduciría el mercado potencial de las empresas que se dedican a brindar servicios de voz por IP.

Al respecto, la empresa INFODUCTOS Y TELECOMUNICACIONES ha señalado lo siguiente: "(e)l empaquetamiento del servicio de voz y datos hace que no haya competencia en el servicio de voz sobre IP. Un cliente que contrata ADSL de Telefónica y quiere contratar el servicio de VoIP de Infoductos no puede dar de baja el

	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 44 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

servicio de telefonía fija de Telefónica del Perú. Telefónica del Perú lo obliga a contratar telefonía fija y Speedy. Este empaquetamiento no tiene ningún sustento de red ni económico dado que el usuario paga el recurrente del servicio de Speedy⁶¹.

Asimismo, PERUSAT ha manifestado que la venta del servicio de internet atada a una línea telefónica es uno de los problemas más importantes que han tenido que afrontar desde el inicio de sus operaciones en el mercado⁶².

En la misma línea CONVERGIA, ha señalado que *“hay una limitación para masificar el tema de IP”*, ello en referencia a la telefonía IP. Adicionalmente, CONVERGIA pone como ejemplo a Estados Unidos en el sentido de que en dicho país el usuario puede darse de baja en el servicio telefónico manteniendo el servicio de Internet⁶³.

En tal sentido, es de apreciar que la venta atada que realiza TELEFÓNICA podría constituir además, una importante barrera a la entrada para actuales y potenciales operadores de telecomunicaciones que proveen el servicio de telefonía por IP.

B. Efectos en los usuarios

Producto de la práctica implementada por TELEFÓNICA, se genera un primer grupo de consumidores que deseaban adquirir el Internet solo pero que se vieron forzados a comprar un servicio adicional como el servicio de telefonía fija, que en realidad no deseaban o que con base en sus particulares necesidades deseaban contratar con otra empresa. Es preciso indicar que todas las ofertas de TELEFÓNICA exigen tener una línea fija postpago, (a excepción del Internet 50 prepago que sí permite una línea telefónica prepago).

Asimismo, esta práctica genera un segundo grupo de consumidores que atendiendo a los precios de los servicios atados, los usuarios interesados únicamente en el servicio de acceso a Internet y que no contaban con recursos para contratar el servicio de telefonía fija, se ven impedidos de adquirir el servicio de Internet.

Además, en la medida que TELEFÓNICA condicionó la provisión del servicio de acceso a Internet a que sus usuarios mantengan una línea telefónica fija contratada con ellos, limitó la libertad de sus abonados de darse de baja del servicio de telefonía fija.

La libertad de los consumidores se ve afectada de manera especial por el hecho que en un contexto como el actual, en el que se viene dando una sustitución entre la telefonía fija y la telefonía móvil, la valoración del servicio de telefonía fija ha decaído.


De otro lado, en sus alegatos, Telefónica sostuvo que en el 2002, OSIPTEL presentó el informe “Situación del mercado de televisión por cable”, en el cual se indicó que el producto “CableNet” ofrecido por MULTIMEDIA, mediante el cual se brindaba conjuntamente el servicio de internet con el de televisión por cable, si bien representaba un supuesto de venta atada, no tenía efectos anticompetitivos ni generaba perjuicio a los consumidores.

Conforme puede apreciarse de la lectura del mencionado informe, éste tiene por objeto la descripción del mercado de cable, no tiene por finalidad la evaluación de una

⁶¹ Carta N° INTEP/S-002-2012/PRE del 16 de enero de 2012.

⁶² Carta N° GG 024-2012 del 23 de enero de 2012.

⁶³ Ver: Diario Gestión, sección Negocios pág. 8. Lima 16 de enero de 2012.

	DOCUMENTO	Nº 020-STCCO/2012 Página 45 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

posible práctica anticompetitiva, de ahí que a fin de evaluar el supuesto de venta atada en el producto CableNet, no se presente un análisis similar al de la presente controversia en la que sí se aplica una metodología de análisis de competencia.

Por lo tanto, la alegación de TELEFÓNICA en el sentido de convalidar la práctica bajo análisis debido a lo manifestado en el informe "Situación del mercado de televisión por cable" no resulta pertinente. Sin embargo, nada impide que el OSIPTEL se avoque al análisis del caso particular del producto CableNet, de considerar conveniente.

C. Justificaciones a la realización de la venta atada

De acuerdo con la metodología de competencia, se considera que la conducta podría ser legítima si existe justificación objetiva para realizarla o produce eficiencias procompetitivas que compensen los efectos anticompetitivos.

Con relación a las razones objetivas, debe tenerse en cuenta que tendría que tratarse de razones objetivas aplicables a toda empresa del mercado, de modo que sin la vinculación de los bienes no podrían ser distribuidos.

Respecto de las eficiencias procompetitivas, esta Secretaría considera que deben ser consecuencia de la vinculación de los bienes, es decir, la vinculación debe ser indispensable para conseguir las eficiencias, además las eficiencias deben beneficiar a los consumidores y no deben eliminar la competencia.

- **Supuesta justificación técnica**

El acceso a Internet por ADSL se soporta sobre la red de telefonía fija convencional pero es independiente de ésta.

Lo anterior, se explica porque la tecnología ADSL, a diferencia de tecnologías anteriores como el *dial-up* permite cursar simultáneamente voz y datos, para lo cual cuenta con 3 canales independientes: uno para la comunicación de voz (servicio telefónico) y dos canales de alta capacidad siendo uno para el envío de datos y otro para la recepción de datos (servicio Internet).

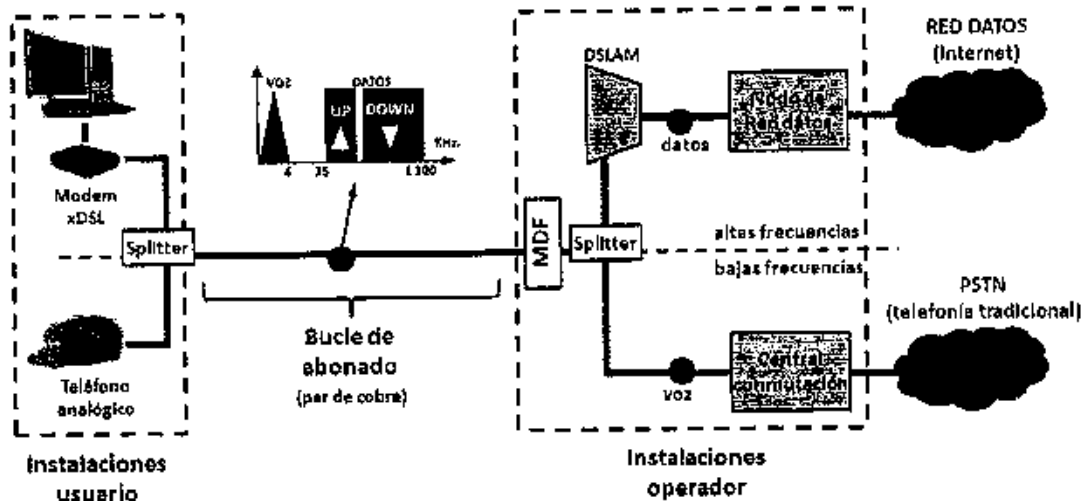
En concreto, la posibilidad que tanto los servicios de voz como los de datos funcionen independientemente se debe a que ambos funcionan en distintas frecuencias: el transporte de voz se realiza en frecuencias bajas (menores a 4 KHz) y el transporte de datos con tecnología ADSL en frecuencias altas (desde 25 KHz hasta 1.1 Mhz).

A través de *splitters*, se filtran las frecuencias permitiendo que solo aquellas frecuencias adecuadas lleguen a los elementos indicados para cursar uno u otro tráfico. El DSLAM o concentrador ADSL recibe las comunicaciones de muchos usuarios que derivan de sus correspondientes bucles de abonado y los concentra en una salida única que va hacia una red de datos (ATM, Metro Ethernet, etc.).

Al ser el acceso a Internet por ADSL uno no conmutado, no hace uso de las centrales de conmutación de la red fija, es decir, no usan las facilidades de comunicación ni de transporte de la red telefónica, pero sí utiliza (se soporta sobre) el par de cobre o bucle de abonado que constituye parte de la red de telefonía fija.

La explicación antes reseñada es resumida en el Gráfico Nº 7.

Gráfico N° 7: Esquema de ADSL y frecuencias de operación



Elaboración: Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia – OSIPTEL

En la exposición de motivos de la Resolución N° 036-2000-CD/OSIPTEL referida a la regulación de tarifas tope para el servicio mayorista de transmisión de datos mediante circuitos virtuales ATM con acceso ADSL provisto por TELEFÓNICA (GigADSL), el OSIPTEL reconoció la independencia de los servicios de ADSL y de voz analógica, del modo siguiente:


*"(...) los abonados titulares de una línea telefónica fija, podrán contar con un acceso digital asimétrico. Esto implica poner a disposición del abonado un medio de transmisión que le permitirá una velocidad de "bajada" (de red a usuario) superior a la velocidad de "subida" (de usuario a red), en tanto que la transmisión sobre la línea telefónica se realizará **en forma independiente y simultánea** a la utilización del servicio de telefonía fija". (el resaltado es nuestro).*

Por su parte, también TELEFÓNICA ha reconocido la independencia en la provisión de los servicios de telefonía fija e Internet, con ocasión del lanzamiento comercial de su servicio Speedy:

"El 15 de agosto se lanzó al mercado Speedy, un servicio de conexión permanente a Internet a alta velocidad y con tarifa plana, gracias a la tecnología ADSL. Este servicio usa la línea telefónica convencional. Las comunicaciones telefónicas y el acceso a Internet funcionan en forma simultánea e independiente a través de la misma línea. La velocidad de acceso es asimétrica (en el sentido de la red para bajar información es de 2-1 [256/128], y de 4-1 [512/128] en el sentido de usuario a la red para recibir información)⁵⁴".

Estando a lo señalado, se puede concluir que no existen criterios técnicos que justifiquen la venta conjunta del servicio de acceso a Internet vía ADSL con el servicio de telefonía fija.

⁵⁴ Al respecto, ver: TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. Memoria Anual 2001, pág. 50. Disponible en: http://www.telefonica.com.pe/adt/pdf/memoria_2001.pdf (última visita: 16 de noviembre de 2011).

	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 47 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

- **Supuesta justificación legal**

En sus descargos TELEFÓNICA señaló que, de acuerdo a lo establecido por el MTC, el servicio de internet mediante ADSL que ofrece, se encuentra calificado como un servicio de valor añadido en la modalidad de conmutación de datos por paquetes que se vale tanto de la red portadora como del servicio final de telefonía fija que ofrece, motivo por el cual la comercialización conjunta, se encontraría plenamente justificada. De lo planteado por TELEFÓNICA se desprende que ésta consideraría que la sola calificación de un servicio como de valor añadido, sería una justificación legal para la venta conjunta de los servicios.

En atención a la aludida justificación legal, debe precisarse que en esta controversia no se encuentra en discusión la calificación del servicio de internet como uno de valor añadido efectuada por el MTC. En tal sentido, lo que deberá evaluarse en el presente caso será si la sola determinación de un servicio como de valor añadido implica que dicho producto pueda ser comercializado únicamente con el servicio portador o final sobre el cual se soporta, de forma conjunta.

Al respecto, tenemos que de acuerdo al artículo 29° de la Ley de Telecomunicaciones, un servicio de valor añadido es aquél *“que utilizando como soporte servicios portadores o finales o de difusión, añaden alguna característica o facilidad al servicio que les sirve de base”*.

De la revisión del marco regulatorio pertinente para los servicios de valor añadido se ha verificado que no existe ninguna restricción normativa que imponga su venta conjunta con los servicios portadores o finales sobre los que se soportan. A modo de ejemplo, tenemos que el servicio de acceso a Internet es provisto por otras empresas tales como TELMEX y AMERICATEL quienes además de la oferta empaquetada, brindan el servicio de acceso a Internet vía ADSL sin condicionarlo a la contratación de una línea telefónica fija.


Asimismo, en el Registro de Empresas de Servicio de Valor Añadido, administrado por el MTC existen otros servicios de valor añadido, que se prestan separadamente de los servicios portadores o finales sobre los cuales se soportan, tales como el teleproceso y procesamiento de datos, mensajería interpersonal, entre otros.

En virtud a lo anterior puede concluirse que la determinación de un servicio como valor añadido no implica que su prestación únicamente pueda realizarse conjuntamente con el servicio final o portador sobre el cual se presta, siendo que por el contrario conforme se ha señalado en los párrafos precedentes, los servicios de valor añadido son ofrecidos en el mercado de forma individual.

- **Supuestas eficiencias económicas**

TELEFÓNICA indica que desde una perspectiva económica, la oferta conjunta del servicio de acceso a Internet a través de la tecnología ADSL y del servicio de telefonía fija genera una serie de costos comunes representados por el uso de par de cobre como el elemento más importante.

De otro lado, TELEFÓNICA mencionó que de la venta atada de servicios de acceso a Internet vía ADSL y la telefonía fija, el ahorro de costos se produce en beneficio del usuario. Este ahorro provendría de la generación de una economía de ámbito. Como ejemplos indicó el ahorro en la administración de los servicios ofrecidos sobre una sola plataforma y lo referido a la comercialización del servicio, ya que existen una serie de

	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 48 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

labores compartidas en la gestión comercial de los diferentes productos, lo que implica una disminución en costos asociados a promoción y publicidad, entre otros.

Así, TELEFÓNICA manifiesta que el ahorro de costos derivado de la atadura justificaría la práctica. Al respecto, se debe anotar que no basta que una determinada práctica suponga un ahorro de costos en beneficio del usuario, sino que además este debe ser suficiente en modo tal que supere los perjuicios ocasionados por el efecto exclusorio de la práctica.

Así, si bien en el corto plazo la práctica había generado un beneficio a nivel tarifario para un grupo de usuarios, se ha demostrado que la estrategia de comercialización de TELEFÓNICA estaría afectando al menos a sus competidores del mercado de telefonía fija y obligando a los usuarios a adquirir o contratar servicios, no en base a la calidad, precio o complementariedad de los productos, sino basados en la necesidad de contratar únicamente uno de los componentes atados, causando con esto una distorsión en las preferencias y un perjuicio reflejado en la disminución de eficiencia en la asignación de recursos, con un impacto desfavorable a la libre competencia.

En conclusión, los beneficios asociados a la práctica de TELEFÓNICA no justifican la realización de la práctica investigada, ya que los efectos negativos de la misma son mayores.

7.2.4. Medida correctiva y sanción

En atención a los fundamentos expuestos en el presente informe se evidencia que TELEFÓNICA habría incurrido en una práctica anticompetitiva. En tal sentido, en este apartado resulta necesario evaluar: i) las medidas correctivas que deben ser tomadas; y, ii) la posibilidad de sancionar al infractor. Los referidos aspectos serán desarrollados a continuación:

7.2.4.1. Sobre las medidas correctivas

El marco regulatorio vigente faculta al OSIPTEL a aplicar medidas correctivas en las materias que son de su competencia, entre ellas, las infracciones a las normas sobre libre competencia⁵⁵, a fin de poder revertir los efectos derivados de las conductas ilícitas detectadas⁵⁶.


Al respecto, en el presente caso se investigó la práctica comercial de TELEFÓNICA consistente en brindar únicamente el servicio de acceso a internet a todo aquél usuario que contrate o mantenga una línea telefónica de TELEFÓNICA.

⁵⁵ Decreto Supremo 013-93-TCC. Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones:

Artículo 69.- Se encuentran prohibidas las prácticas empresariales restrictivas de la leal competencia, entendiéndose por tales los acuerdos, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia. Estas prácticas dan lugar a la adopción de medidas correctivas por parte del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, de cumplimiento obligatorio por las empresas infractoras.

Artículo 77° El Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, es un organismo público dependiente directamente del Presidente de la República, con autonomía administrativa, económica, financiera, cuyas funciones fundamentales son las siguientes: (...) 9. Adoptar las medidas correctivas sobre las materias que son de su competencia o que le han sido delegadas. (el subrayado es nuestro).

⁵⁶ En tal sentido el Tribunal Constitucional en la sentencia recalda en el Expediente 1963-2006-PA/TC reconoció la importancia de las referidas medidas correctivas toda vez que permiten la cesación de la conducta infractora y de esta manera se detiene el perjuicio causado al mercado y a los competidores.

	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 49 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

En atención a ello, correspondería ordenar a TELEFÓNICA como medida correctiva que oferte el servicio de acceso a Internet, de forma independiente a la contratación del servicio de telefonía fija, sin condicionarlo a la contratación o mantenimiento de una línea telefónica de esta misma empresa. En esta misma línea, es preciso indicar que TELEFÓNICA tampoco podría aprovechar su posición de dominio en el servicio de Internet para realizar una práctica con efectos similares al de una venta atada⁵⁷.

A este respecto, debe recordarse que de acuerdo con el Reglamento General de Tarifas⁵⁸, el establecimiento de tarifas, ofertas y planes en general debe resultar acorde a las normas protectoras de la libre y leal competencia, motivo por el cual al momento de determinar sus ofertas y promociones, las empresas operadoras no podrán imponer condiciones comerciales que resulten lesivas al proceso competitivo.

La finalidad de colocar a la normativa protectora de la libre y leal competencia como un límite a la libertad tarifaria de las empresas radica en que la debida protección del proceso competitivo garantiza la libertad de elección de los usuarios, fomenta la innovación en la prestación de los servicios así como promueve la mejora de la calidad y precio de las ofertas⁵⁹. En atención a dichos argumentos, ARIÑO ORTIZ considera que la función del regulador será la de velar por la formación competitiva de los precios, evitando que éstos se vean alterados por prácticas contrarias a la libre y leal competencia⁶⁰.

Por los argumentos expuestos, la medida correctiva a imponer sería la de establecer la obligación de TELEFÓNICA de ofertar su servicio de acceso a internet sin condicionarlo a la contratación o mantenimiento de una línea telefónica, siendo que no podrá además desplegar ninguna conducta con efectos análogos.

7.2.4.2. Sobre las sanciones pecuniarias

El artículo 26.1 de la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL establece que para la aplicación de sanciones a la libre competencia, se aplicarán los montos y criterios de graduación establecidos en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas⁶¹.


⁵⁷ Al respecto debe señalarse que un razonamiento similar se siguió en el caso Microsoft (asunto COMP/C-3/37.792 — Microsoft) en el cual la Comisión Europea ordenó a la referida empresa que cesara con la práctica de atadura detectada, debiendo por ello evitar cualquier conducta que tenga efectos análogos a los de la vinculación de productos y que por tanto restrinja en los hechos la libertad de los consumidores.

⁵⁸ Resolución N° 060-2000-CD/OSIPTEL. Reglamento General de tarifas. Artículo 6.- Sujeción a normas de libre y leal competencia. En la fijación y aplicación de tarifas y planes tarifarios, así como en la aplicación de ofertas, descuentos y promociones en general, las empresas operadoras deberán sujetarse a las normas sobre libre y leal competencia establecidas en las normas de telecomunicaciones así como en el Decreto Legislativo N° 701 (actual Decreto Legislativo N° 1034) y el Decreto Ley N° 26122 (actual Decreto Legislativo N° 1044), y sus respectivas modificatorias.

⁵⁹ Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. España. "Principios y Líneas Maestras de la Futura Regulación de las Redes de Acceso de Nueva Generación", pág. 14. Disponible en: http://www.cmf.es/es/documentacion/de_referencia/redes_nueva_generacion/anexos/ANEXO_NGA.pdf

⁶⁰ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. "Teoría y práctica de la regulación para la competencia". Universidad Autónoma de Madrid. Madrid. 1995. págs. 57-58.

⁶¹ Ley N° 27336. Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL. Artículo 26.1 Se exceptúa del artículo anterior las infracciones relacionadas con la libre o legal competencia, a las cuales se aplicarán los montos establecidos por el Decreto Legislativo N° 701, el Decreto Ley N° 26122 y aquellas que las modifiquen o sustituyan. Se aplicarán asimismo los criterios de gradación de sanciones establecidos en dicha legislación.

	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 50 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

El artículo 43.1 de la Ley de Represión de Conducta Anticompetitivas considera que la realización de actos de libre competencia constituye una infracción a las disposiciones de la presente Ley y será sancionada bajo los siguientes parámetros: de leve, grave y muy grave⁶².

El artículo 44^o de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas establece que la autoridad podrá tomar en consideración para determinar la gravedad de la infracción diversos criterios tales como el beneficio ilícito resultante de la comisión de la infracción, los efectos sobre el mercado (tanto respecto de los competidores como de los usuarios), entre otros factores que, dependiendo del caso concreto, se considere adecuado adoptar⁶³.

En tal sentido, conforme ha podido ser desarrollado por esta Secretaría Técnica al momento de evaluar los efectos nocivos de la práctica desplegada por TELEFÓNICA, se observa que la venta atada efectuada le generó un beneficio ilícito toda vez que le permitió evitar la caída que venía sufriendo en el mercado de telefonía fija, al forzar la contratación de dicho servicio a fin de proveer el acceso a internet.

Asimismo, debe señalarse que la práctica implementada por TELEFÓNICA tuvo efectos sobre los usuarios, quienes se vieron perjudicados por la venta atada impuesta por TELEFÓNICA.


Finalmente, debe señalarse como criterio para la graduación de la sanción a la dimensión del mercado afectado, tomando en cuenta además, la cuota del mercado del infractor y que la multa a imponer debe ser proporcional al impacto que la conducta tuvo sobre el mercado de telefonía fija.

⁶² Ley N° 1034. Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Artículo 43.- El monto de las multas.-
43.1. Las conductas anticompetitivas serán sancionadas por la Comisión, sobre la base de Unidades Impositivas Tributarias (UIT), con las siguientes multas:

- a) Si la infracción fuera calificada como leve, una multa de hasta quinientas (500) UIT, siempre que dicha multa no supere el ocho por ciento (8%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión;
- b) Si la infracción fuera calificada como grave, una multa de hasta mil (1 000) UIT, siempre que dicha multa no supere el diez por ciento (10%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la Comisión; o,
- c) Si la infracción fuera calificada como muy grave, una multa superior a mil (1 000) UIT, siempre que dicha multa no supere el doce por ciento (12%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la Comisión.

⁶³ Ley N° 1034. Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Artículo 44.- Criterios para determinar la gravedad de la infracción y graduar la multa.- La Comisión tendrá en consideración para determinar la gravedad de la infracción y la aplicación de las multas correspondientes, entre otros, los siguientes criterios:

- (a) El beneficio ilícito esperado por la realización de la infracción;
- (b) La probabilidad de detección de la infracción;
- (c) La modalidad y el alcance de la restricción de la competencia;
- (d) La dimensión del mercado afectado;
- (e) La cuota de mercado del infractor;
- (f) El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores;
- (g) La duración de la restricción de la competencia;
- (h) La reincidencia de las conductas prohibidas; o,
- (i) La actuación procesal de la parte.

	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 51 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

De igual modo, en opinión de esta Secretaría se debe tener en cuenta que TELEFÓNICA no ha observado una correcta disposición a colaborar con la presente investigación, reflejada en una actuación procesal no idónea básicamente por haber entregado información discordante.

En atención a los criterios esbozados esta Secretaría Técnica considera que dado el perjuicio causado al mercado, el beneficio ilícito obtenido, así como a la dimensión del mercado afectado, la infracción cometida por TELEFÓNICA debería ser considerada como GRAVE, motivo por el cual se le podría imponer una multa de hasta mil (1000) UIT.

Anexo 4

2012 MAY 24 PM 3:52

RECIBIDO

Expediente : 005-2011-CCO-ST/LC
Escrito : 14
Sumilla : Comentarios a Informe Instructivo y Alegatos
Cuaderno : Principal

AL CUERPO COLEGIADO ORDINARIO DEL OSIPTEL

TELEFÓNICA DEL PERU S.A.A. (en adelante, "TELEFÓNICA"), con Registro Único del Contribuyente N° 20100017491, sociedad anónima abierta constituida de conformidad con las leyes de la República del Perú, inscrita en la partida electrónica No 11015760 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima y Callao, con domicilio real en Avenida Arequipa 1155 - Santa Beatriz, Lima, debidamente representada por el doctor Antonio José Rodríguez Lobatón, identificado con DNI No 07763720, según poder inscrito en la partida electrónica correspondiente a nuestra empresa, en los seguidos de oficio por el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (en adelante "OSIPTEL") por la supuesta comisión de actos contrarios a las normas de libre competencia, ante usted respetuosamente nos presentamos y decimos que:

El 16 de septiembre de 2011 fuimos notificados con la Resolución No. 001-2011-CCO del Cuerpo Colegiado Ordinario (en adelante, el CCO) mediante la cual se da inicio al procedimiento por la presunta comisión de actos contrarios a la libre competencia en la modalidad de ventas atadas realizadas en el mercado de telefonía fija e Internet, infracción que se encontraría tipificada en el artículo 10 de la Ley de represión de conductas anticompetitivas aprobado mediante Decreto Legislativo No. 1034 (en adelante, Ley de Libre Competencia)¹.

¹ Ley de Libre Competencia

Artículo 10o.- El abuso de la posición de dominio.-

(...)

10.2. El abuso de la posición de dominio en el mercado podrá consistir en conductas de efecto excluyente tales como:

(...)

c) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;

(...)

Telefonica

Telefónica del Perú S.A.A.

Con fecha 30 de septiembre del 2011, y dentro del plazo concedido por el CCO de acuerdo con lo establecido en el artículo 90 de la Resolución de Consejo Directivo No. 010-2002-CD/OSIPTEL, Reglamento General de OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas (en adelante, el Reglamento de Solución de Controversias)², presentamos nuestra defensa y descargos a las imputaciones realizadas.

Con fecha 23 de abril de 2011, fuimos notificados con la Resolución No. 011-2012-CCO/OSIPTEL la cual adjunta el Informe Instructivo No. 020-STCCO/2012 elaborado por la Secretaría Técnica Adjunta del CCO (el Informe 001 de la Secretaría Técnica o Informe Instructivo, indistintamente). Asimismo, la mencionada resolución otorga un plazo de siete días hábiles desde su notificación para que la empresa investigada, —en este caso TELEFÓNICA—, pudiera presentar sus comentarios al Informe Instructivo y alegatos. El mencionado documento concluye que la preferencia por el servicio de telefonía fija es un efecto ficticio del mercado porque TELEFÓNICA aprovecha su participación en el mercado del servicio de Internet para conseguir clientes en el servicio de telefonía fija; recomienda establecer la obligación de TELEFÓNICA de ofertar su servicio de acceso a Internet sin condicionarlo a la contratación o mantenimiento de una línea telefónica; y, califica la supuesta infracción cometida por TELEFÓNICA como grave.

Conforme a los argumentos que pasaremos a exponer y a los informes y documentos que sustentan nuestra posición, se verá como contrariamente a lo señalado en el Informe Instructivo, TELEFÓNICA ha respetado el marco regulador de la libre y leal competencia en el país; y en dicho sentido, tanto la controversia iniciada como las recomendaciones que acompañan el Informe Instructivo carecen de mayor sustento. En línea con lo anterior y al amparo de lo establecido en el artículo 81º del Reglamento de Solución de Controversias³, procedemos a rebatir las afirmaciones contenidas en el Informe Instructivo y a presentar nuestros alegatos escritos.

² Reglamento de Solución de Controversias

Artículo 90.- Traslado de la Resolución que da inicio al Procedimiento.

La resolución a que se refiere el artículo anterior será puesta en conocimiento de las partes involucradas a través de los medios de notificación previstos por el presente Reglamento. En ella se otorgará un plazo común e improrrogable de diez (10) días para que las partes definan mediante un escrito sus pretensiones y posiciones, así como para que ofrezcan los medios probatorios pertinentes.

³ Reglamento de Solución de Controversias

Artículo 81o.- Alegatos.

1. ANTECEDENTES

1.1. La investigación preliminar

Conforme precisa la Resolución No. 001-2011-CCO, el procedimiento de oficio que da inicio a la presente controversia se fundamenta en el Informe No. 004-CCO/2011 (*Investigación Preliminar de Oficio: Supuesta práctica de atadura en el mercado peruano de servicios públicos de telecomunicaciones*) realizado por la Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados. El Informe 001 de la Secretaría Técnica contiene un análisis preliminar, realizado a partir de la evidencia obtenida por la Gerencia de Fiscalización y Supervisión con ocasión de una serie de acciones de supervisión llevadas a cabo por dicho órgano desde las oficinas de OSIPTEL hacia los servicios de telegestión comercial de TELEFÓNICA en las ciudades de Trujillo y Huancayo referidas a las condiciones en las que se ofrece el servicio de acceso a Internet en todo el territorio peruano.

De acuerdo con el Informe 001 de la Secretaría Técnica, la evidencia aportada por la Gerencia de Fiscalización permitiría arribar a las siguientes conclusiones:

- 1.- De la revisión de los modelos contractuales de los servicios Speedy, Speedy Negocios y Speedy Negocios Avanzado, se advierte que se ha establecido como requisito indispensable para la prestación del servicio de acceso a Internet con la tecnología ADSL la obligación de contar con una línea de telefonía fija o caso contrario tener la obligación de adquirir una.
- 2.- Se habría determinado que TELEFÓNICA no ofrece ninguna oferta de acceso a Internet sin la contratación previa o simultánea de una línea fija por parte del interesado en la contratación del servicio de acceso a internet a través de la tecnología ADSL.

Recibido el informe instructivo, el Cuerpo Colegiado lo notificará a las partes para que en un plazo que no excederá de siete (7) días presenten sus comentarios y formulen sus alegatos.

3.- Asimismo, que de las acciones de supervisión se habría determinado que TELEFÓNICA, no ofrece el servicio de acceso a Internet si es que previamente no contrata una línea telefónica adicional a la que el usuario ya posee con otra empresa.

1.2. El análisis de la Secretaría Técnica

Luego de concluir que TELEFÓNICA no ofrece el servicio de acceso a Internet desligado del servicio de telefonía fija, la Secretaría Técnica realiza el siguiente análisis, luego del cual concluye que existen suficientes indicios que revelarían de la existencia de una cláusula de atadura y que ésta podría haber sido usada con la intención de excluir a la competencia en el mercado de telefonía fija.

El servicio involucrado en la atadura que estaría realizando TELEFÓNICA es el servicio de Internet que utiliza la tecnología DSL, en la modalidad de ADSL, la cual permite transmitir voz y datos a través de las líneas telefónicas alámbricas, utilizando el par de cobre pero a través de diferentes frecuencias.

El Informe de la Secretaría Técnica define el servicio relevante como el servicio de Internet de banda ancha, el cual incluya únicamente las tecnologías ADSL y cable módem.

Respecto del ámbito geográfico, el informe de la Secretaría Técnica señala que dado que el servicio de banda ancha requiere que la conexión, ya sea alámbrica o inalámbrica, sea efectuada en el lugar de residencia del usuario, los usuarios sólo dispondrían de la oferta que se brinde en el distrito donde habite el usuario, dado que la empresa investigada es TELEFÓNICA, el ámbito geográfico abarcará los distritos en los cuales ésta ofrece su servicio de Internet de banda ancha.

Con relación a la presunta posición de dominio en el mercado de Internet, la Secretaría Técnica encuentra que TELEFÓNICA tiene una participación del orden del 100% en 18% de todos los distritos a nivel nacional, lo cual indicaría que la participación de las demás empresas es casi nula y sólo en seis departamentos TELEFÓNICA tiene una cuota menor a 100%.

Asimismo, la Secretaría Técnica hace una referencia a las barreras de acceso al mercado, señalando que la posesión de una red de acceso al usuario es un factor primordial, en tal sentido, dado que TELEFÓNICA es la empresa dominante en el mercado de telefonía fija, el acceso al bucle local constituye una barrera estructural de entrada al mercado dado que dicha red constituye una facilidad esencial. De igual manera, la Secretaría Técnica advierte respecto del efecto de las externalidades de red, concluyendo que redes más grandes producen mayores externalidades, por tanto el poder de mercado de una empresa puede sustentarse en el tamaño de su red comparada con el tamaño de las otras redes del mismo servicio.

Sobre la base del análisis que hemos reproducido, la Secretaría Técnica arriba a las siguientes conclusiones:

- 1.- Los potenciales efectos exclusorios de la práctica se producirían en el mercado de telefonía fija, que es el servicio atado, en el cual TELEFÓNICA estaría atravesando un debilitamiento significativo.
- 2.- TELEFÓNICA podría estar intentando aprovechar el crecimiento experimentado en el servicio de Internet mediante ADSL para recuperar su posición en el mercado de telefonía fija.
- 3.- Dadas las conclusiones 1 y 2 se afirma que existirían indicios respecto de la utilización de una práctica de atadura y se ha determinado que esta podría haber sido usada con la intención de excluir a la competencia en el mercado de telefonía fija.

Según la Secretaría Técnica, los hechos antes detallados constituirían indicios suficientes de un presunto acto contrario a la libre competencia en el que estaría incurriendo TELEFÓNICA, dada la vinculación contractual de su servicio de acceso a Internet a través de la tecnología ADSL con el servicio de telefonía fija. De acuerdo con el Informe de la Secretaría Técnica, existiría suficiente evidencia de que dicha práctica estaría generando para TELEFÓNICA una ventaja

anticompetitiva en la medida que con ello estaría afectando el mercado de telefonía fija.

1.3. Argumentos del CCO para iniciar una controversia de oficio.

Conforme se evidencia de la Resolución que dio inicio al presente procedimiento, los argumentos de los cuales se ha valido el CCO – tomados en su mayoría del Informe de la Secretaría Técnica-, para concluir que TELEFÓNICA habría incurrido en una infracción a la libre y leal competencia son las siguientes:

- 1) Según el CCO, existirían indicios de que TELEFÓNICA habría incurrido en conductas anticompetitivas en la modalidad de abuso de posición de dominio a través de la realización de ventas atadas, las mismas que se encuentran tipificadas en la Ley de Libre Competencia.
- 2) Para el CCO la práctica bajo investigación podría tener el efecto de exclusión en el mercado de telefonía fija, dada la posición de dominio que tendría dicha empresa en el mercado de Internet a través de la tecnología ADSL, pudiéndose generar un perjuicio a la dinámica competitiva en el mercado de telefonía fija, reforzando su posición en el mercado de Internet y causando un perjuicio a sus competidores en el mercado de telefonía fija.

De acuerdo con lo señalado por el CCO, el acto constitutivo de la presunta infracción en la que habría incurrido TELEFÓNICA consistiría en la provisión conjunta del servicio de ADSL con el servicio de telefonía, la misma que constituiría una atadura en la medida que el usuario que desee adquirir el servicio de ADSL tiene la obligación de contar con una línea de telefonía fija o, en caso contrario, adquirir una. En este sentido, se estaría constituyendo un empaquetamiento forzoso de los servicios de acceso a Internet y telefonía fija, sin que exista la posibilidad de contratar el servicio de Internet por separado. Asimismo, no debe dejar de tenerse en cuenta que dicha práctica sólo podría ser sancionada en la medida que le haya permitido a TELEFÓNICA reforzar su

posición en el mercado de Internet y causado un perjuicio a sus competidores en el mercado de telefonía fija.

1.4. Los descargos de TELEFÓNICA

Con fecha 30 de septiembre de 2011, TELEFÓNICA presentó sus descargos a las imputaciones realizadas por la Secretaría Técnica, negando los cargos en todos sus extremos, en particular en dicha oportunidad señalamos lo siguiente:

- 1) Que el mercado de provisión de acceso a Internet ya se encuentra regulado, y en dicho sentido, TELEFÓNICA ha actuado dentro de un modelo comercial conocido y aprobado por OSIPTEL desde hace más de diez años.
- 2) La opción regulatoria elegida por OSIPTEL, con relación al servicio de acceso a Internet a través de la tecnología ADSL, es que el servicio mayorista para el acceso a Internet prestado por TELEFÓNICA sólo puede ser brindado a aquellos clientes que cuenten con una línea fija provista por nuestra empresa.
- 3) El servicio de ADSL rivaliza con otros servicios de banda ancha como el de Banda Ancha Móvil (en adelante, BAM), módem de cable y otros. La Secretaría Técnica no consideró como parte del mercado relevante de la banda ancha al servicio de acceso a Internet a través de tecnologías inalámbricas, cuando todo hace suponer que en la actualidad estos servicios constituyen un producto sustituto de los servicios de acceso a Internet prestados a través de infraestructura física.
- 4) El empaquetamiento está plenamente justificado. Desde una perspectiva económica, la oferta conjunta del servicio de acceso a Internet a través de la tecnología ADSL y del servicio de telefonía fija cubre una serie de costos comunes por el uso de par de cobre.
- 5) No existe ninguna evidencia que permita demostrar que haya existido un intento de restringir la competencia en el mercado.

1.5. El Informe Instructivo

Como hemos señalado, con fecha 23 de abril fuimos notificados con el Informe Instructivo elaborado por la Secretaría Técnica, documento que contiene las conclusiones y recomendaciones aplicables al presente caso.

En dicho documento, luego de descartar sin mayor sustento la mayoría de los argumentos aportados por TELEFÓNICA, la Secretaría Técnica concluye lo siguiente:

- 1) En los últimos años el crecimiento de las conexiones por ADSL habría impulsado con mayor fuerza el crecimiento en el número de líneas fijas de Telefónica.
- 2) La preferencia por el servicio de telefonía fija de TELEFÓNICA es un efecto ficticio del mercado porque TELEFÓNICA no ofrece el llamado "Internet solo" y aprovecha su participación en el mercado del servicio de Internet para conseguir clientes en el servicio de telefonía fija.
- 3) Frente a sus competidores, la estrategia de TELEFÓNICA a través de la venta atada es elevar y fortalecer las barreras a la entrada del mercado de telefonía fija.
- 4) No existen razones técnicas o económicas que justifiquen la atadura ofrecida por TELEFÓNICA.
- 5) En consecuencia, se recomienda establecer la obligación de TELEFÓNICA de ofertar su servicio de acceso a Internet sin condicionarlo a la contratación o mantenimiento de una línea telefónica, siendo que no podrá además desplegar ninguna conducta con efectos análogos.
- 6) Finalmente, en mérito de lo señalado, califica la supuesta infracción cometida por TELEFÓNICA como grave.

Como podrá concluir el Ilustre CCO, luego de tomar en consideración la información aportada por TELEFÓNICA en el presente documento, así como de la abundante información que lo acompaña, que TELEFÓNICA ha respetado en todo momento las normas de libre y leal competencia al presentar una oferta comercial de nuestro servicio de acceso a Internet a través de la tecnología ADSL que desde hace más de diez años ha sido conocido, aprobado y supervisado por el OSIPTEL. En dicho sentido, resulta de lo más contradictorio que la Secretaría Técnica sostenga ahora que el mencionado esquema de comercialización es anticompetitivo. Asimismo, veremos como es que no sólo se han cometido errores de envergadura al analizar el mercado relevante y determinar nuestra posición dentro de dicho mercado, sino que incluso con la información contenida en el propio Informe Instructivo es imposible afirmar que la política comercial de nuestra empresa habría generado -o estaría en la capacidad de generar- un daño al mercado.

2. CUESTIÓN PREVIA: TELEFÓNICA HA COLABORADO CON LA INVESTIGACIÓN REALIZADA

En el punto 5.2 del Informe 001 de la Secretaría Técnica referido a *Información solicitada a TELEFÓNICA* la Secretaría Técnica ha señalado que atendiendo al contenido de las comunicaciones a través de la que TELEFÓNICA ha cumplido los requerimientos de Información solicitados por dicho órgano, es de la opinión que nuestra representada no tuvo una correcta disposición a colaborar con la investigación de la conducta bajo análisis.

De acuerdo a ello, la Secretaría Técnica recomienda que en caso se llegara en el presente procedimiento a determinar la necesidad de imponer una sanción a TELEFÓNICA, se debe considerar este aspecto en concreto al momento de determinar la gravedad de la infracción y en la graduación de la multa.

Al respecto, debemos manifestar que nos sorprende y lamentamos que la Secretaría Técnica considere que TELEFÓNICA no tuvo la disposición suficiente para colaborar con la investigación realizada por dicho órgano, toda vez que

desde el inicio TELEFÓNICA se ofreció encontrar soluciones a los problemas que se generaron con el requerimiento de información.

Con fecha 17 de noviembre de 2011 la Secretaría Técnica realizó el siguiente requerimiento de información con la finalidad de tener mayores elementos de juicio para resolver la presente controversia:

- i) Número mensual de altas del servicio de telefonía fija, a nivel nacional, especificando dúos, tríos y no empaquetados. De acuerdo con el detalle solicitado se nos pide el número de altas, fijas solas, altas fijas con Speedy (dúos, tríos y sin dúos o tríos).
- ii) Número mensual de bajas del servicio de telefonía fija, nacional, especificando dúos, tríos y no empaquetados: Bajas fijas sin Speedy, bajas fija con Speedy (dúos, tríos y sin dúos o tríos).
- iii) Número de altas del servicio de acceso a Internet mediante ADSL, nacional, especificando dúos, tríos y no empaquetados: Altas de ADSL con telefonía fija (dúos, tríos y sin dúos o tríos) más altas con ADSL que contrata el servicio al mismo tiempo que la fija (dúos, tríos y sin dúos o tríos).
- iv) Número mensual de bajas del servicio de Speedy, nacional, especificando dúos, tríos y no empaquetados: bajas Speedy y fija (dúos, tríos y sin dúos o tríos); bajas sólo del Speedy (dúos, tríos y sin dúos o tríos).
- v) Stock mensual del total de líneas de telefonía fija en servicio y stock mensual de suscripciones de Speedy, nacional, especificando dúos, tríos y no empaquetados.

Dicha información debía corresponder a los periodos del 2001 al 2010, la cual tenía que ser alcanzada a la Secretaría Técnica en cinco formatos.

Desde la primera absolución a dicho requerimiento TELEFÓNICA se puso a disposición de la Secretaría Técnica para colaborar con la investigación. Efectivamente, TELEFÓNICA al dar cuenta de las imposibilidades de recopilar información tan antigua, informó a la Secretaría Técnica de los problemas que se presentaban para cumplir con lo solicitado. De acuerdo a ello, mediante escrito No 2 del 1 de diciembre de 2011 TELEFÓNICA indicó a la Secretaría Técnica que no

era posible cumplir con el requerimiento bajo los términos realizados, en la medida que los registros de nuestra empresa no cuentan con la información hasta el nivel de detalle exigido desde el año 2001.

Efectivamente, la contabilidad de las altas nuevas de la empresa respecto de los servicios de telefonía fija, acceso a Internet a través de ADSL y venta de paquetes dúos y tríos sólo se ha realizado para fines de control interno y estadística, para lo cual no es necesario contar con el nivel de detalle solicitado en esta oportunidad por la Administración. Sin embargo, a partir del año 2009 con el finalidad de optimizar nuestros procesos de información para fines comerciales y de estadística sí realizamos el acopio de la información de los servicios mencionados de una forma que nos permite contar con la información solicitada. En dicho sentido, TELEFÓNICA indicó que podría alcanzar a la Secretaría Técnica la información correspondiente a los años 2009, 2010 y 2011, la cual mediante escritos NNo. 3, 4 y 5 de fechas 12 de diciembre de 2011, 5 y 16 de enero de 2012, respectivamente, se cumplió con entregar.

Asimismo, en dicho escrito TELEFÓNICA manifestó su intención de sostener una reunión de trabajo con la Secretaría Técnica a fin de explicar cuál es la información con la que cuenta actualmente la empresa y qué podría poner a disposición de la misma. Efectivamente, desde el primer momento TELEFÓNICA le ofreció a la Secretaría Técnica su apoyo directo al dar cuenta de la información que requería. A pesar, de lo propuesto la Secretaría Técnica no lo consideró necesario. Sin embargo, después de la infinidad de comunicaciones que hemos cursado para explicar que no contábamos con mucha de la información solicitada consideramos que hubiera sido mucho más adecuado llevar a cabo dicha reunión; además, se hubiera podido evitar que la Secretaría Técnica considerase nuestro comportamiento como renuente.

Debemos señalar que suponemos que es recién con en esta investigación que la Secretaría Técnica toma conocimiento sobre cuando se lanzaron nuestras promociones Dúos y Tríos, en tanto solicitó información de estos productos empaquetados desde el año 2001, año en el que todavía TELEFÓNICA no había lanzado estas promociones. En efecto, con la aprobación de la Gerencia General

de OSIPTEL, recién en el año 2007 TELEFÓNICA lanzó sus paquetes Dúos y Tríos.

No obstante, como se trató de comprender -lamentablemente en el cargo de imputación no se estableció el período en el que TELEFÓNICA estaría (está) supuestamente incurriendo en la conducta denunciada- que el supuesto acto de abuso de posición de dominio en la modalidad de ventas atadas imputado por la Secretaría Técnica se constituiría desde el 2001, año desde el cual viene brindando el servicio de Internet Speedy con el servicio de telefonía fija de forma conjunta, TELEFÓNICA ofreció diversas opciones para que la Secretaría Técnica pudiera recopilar información de estos servicios desde el año 2001⁴.

De acuerdo a ello, mediante escrito No. 6 de fecha 16 de enero de 2012 TELEFÓNICA propuso replicar la información sobre la planta de líneas fijas y servicio de Internet que desde el año 2001 TELEFÓNICA había presentado a OSIPTEL. Asimismo, respecto a la información de las altas de los primeros meses de lanzado nuestros Dúos y Tríos, que había sido registrada de forma manual por lo que tenía algunos problemas de desfase, se propuso recrear la información del período 2007-2008.

Respecto a dicha absolución, la Secretaría Técnica mediante carta No. 020-STCCO/2012 de fecha 20 de enero de 2012 solicitó se le precise los números de las comunicaciones y las fechas en las que estas fueron remitidas a OSIPTEL. En relación a la data registrada de manera manual solicitó se indique la fuente originaria, la metodología de procesamiento y el margen de error con lo que contaría la información entregada.

Sobre el particular, TELEFÓNICA mediante escrito No. 7 del 25 de enero de 2012 en relación a la precisión sobre los números y fechas de las comunicaciones

⁴ Cabe señalar que de acuerdo al artículo 16 de la Ley No. 27336 -Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL, nuestra empresa se encuentra obligada únicamente a conservar por un período de al menos 3 (tres) años después de originada la información relacionada con la tasación, los registros fuentes del detalle de las llamadas y facturación de los servicios que explota y con el cumplimiento de normas técnicas declaradas de observancia obligatoria en el país por una autoridad competente, o de obligaciones contractuales o legales aplicables a dichos servicios.

remitidas al OSIPTEL, informamos que desde julio del año 2007 TELEFÓNICA digitalizó las comunicaciones que se remiten a las diferentes entidades, en base a ello debíamos proceder a revisar cada una de las cartas para poder brindar los números de las comunicaciones enviadas a OSIPTEL. Respecto a las cartas presentadas en años anteriores, también en un esfuerzo de obtener los números de las comunicaciones remitidas a OSIPTEL se iba a solicitar el desarchivo de la documentación pasada. Asimismo, se realizó las precisiones solicitada sobre la recreación de la información⁵.

Sin embargo, respetuosamente indicamos que era más eficiente solicitar directamente esta información a la Gerencia de Políticas Regulatorias de OSIPTEL, Gerencia a la que TELEFÓNICA le remite dicha información. En efecto, la información sobre la planta de líneas fijas y servicio de Internet desde el año 2001 obra en poder de la Gerencia de Políticas Regulatorias de OSIPTEL.

En ese contexto, debemos tomar en cuenta lo dispuesto en el artículo 40^o de la Ley No. 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, el cual dispone que las entidades quedan prohibidas de solicitar a los administrados la presentación de la información o documentación que la entidad solicitante posea o deba poseer en virtud de algún trámite realizado anteriormente por el administrado en cualquiera de sus dependencias.

Lo expuesto es muy importante, toda vez que al final de los requerimientos la Secretaría Técnica incluso cuestionando la información que hablamos cumplido con presentar, solicitó que TELEFÓNICA explique por qué nuestra representada

⁵ TELEFÓNICA en relación a lo consultado señaló lo siguiente:

- a. La fuente originaria: La información entregada se ha calculado en base a lo registrado en nuestro sistema ATIS.
- b. Metodología de cálculo de la información 2009-2011: La planta, altas y bajas multiproducto (paquetizada) esta desagregada por Dúo Internet, Dúo Tv y Trío. La información de altas y bajas se desagregó mediante cruces de información. La información de Plantas se desagregó por diferencia:
 - Planta Total Líneas - planta paquetizada = planta sin paquetizar;
 - Planta total Internet - planta paquetizada con Internet = planta de internet sin paquetizar.
- c. Margen de error de la información entregada: No existe un margen de error porque los cálculos sean efectuado en base a información oficial, no obstante hemos dado cuenta gracias a su Despacho que ha existido un error en el traslado de información que se está corrigiendo.

Telefónica

Telefónica del Perú S.A.A.

habría podido cumplir con otros requerimientos de información similares, tales como, el requerimiento de información realizado a través de la carta No 965-GG.GRE/2010 recibida el 1 de octubre de 2010, al cual se le diera respuesta mediante carta No DR-107-C-01563/GS de fecha 18 de noviembre de 2010.

Con relación a las razones por las cuales si habríamos podido cumplir con el requerimiento de información similar materializado a través de la carta No 965-GG.GRE/2010 precitada, señalamos lo siguiente. Es correcto que la empresa remitió parte de la información que OSIPTEL requirió en aquella oportunidad. Sin embargo, mediante comunicación el requerimiento de información realizado a través de la carta No 107-C-1495-/GS-10 de fecha 9 de noviembre de 2010, TELEFÓNICA informó a la Gerencia General de OSIPTEL respecto de la imposibilidad material de dar cumplimiento cabal a la misma, en tanto que la información correspondiente al período marzo 2008 – junio de 2008 ya no se encontraba en nuestros archivos, por cuanto no era información necesaria para la realización de nuestras funciones. Es decir, ya en aquella oportunidad TELEFÓNICA informó a OSIPTEL que ya no contaba con información anterior a junio de 2008. Es decir, la entrega de información realizada en aquella oportunidad, fue consistente con lo señalado por TELEFÓNICA durante toda etapa de investigación.

Ahora bien, como podrá dar cuenta el CCO lo cuestionable no es que no haya existido una falta de disposición por parte de TELEFÓNICA, o se haya remitido información discordante, es el hecho de que la Secretaría Técnica, lamentablemente, desde la investigación preliminar no haya recogido información registrada y presentada ante el mismo OSIPTEL. Respetuosamente consideramos que ello demuestra que para imputarnos este supuesto abuso de dominio en la modalidad de venta atada, la Secretaría Técnica no se basó en información certera que maneja su propia entidad.

En base a lo expuesto podemos afirmar, de forma contraria a lo que sostiene la Secretaría Técnica, que TELEFÓNICA siempre mostró una correcta actuación procesal.

3. DEFENSA DE TELEFÓNICA

- 3.1.1. El Informe Instructivo vulnera el derecho de defensa de nuestra empresa: las imputaciones realizadas a Telefónica no son claras.

Como es de conocimiento del CCO uno de los aspectos más cuidados de las investigaciones sobre aspectos de libre competencia es el de identificación de las prácticas investigadas con la finalidad de que la supuesta empresa infractora pueda presentar de la mejor manera su defensa. Para ello, tratándose de procedimientos iniciados por impulso de parte el Reglamento General de OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas exige a quien presenta una denuncia una serie de requisitos⁶.

En el caso de OSIPTEL existe un pronunciamiento respecto de los requisitos de validez que deben cumplir las demandas presentadas en sede administrativa, en particular respecto de la claridad de la pretensión. En el procedimiento seguido por Gamacom con Telefónica (Expediente N° 011-2003-CCO-ST/IX Resolución N° 003-2003-CCO/OSIPTEL) el CCO competente señaló que el escrito de demanda debía recoger claramente la pretensión del demandante, los fundamentos y los medios probatorios correspondientes. En dicha oportunidad, el CCO advirtió que el petitorio es el elemento central de la pretensión y constituye el pedido concreto, es decir, aquella actuación que el demandante pretende efectúe el demandado y/o una declaración de la autoridad. Al respecto, el artículo 426° del Código Procesal Civil, indica que se declarará inadmisibile la demanda cuando el petitorio sea impreciso. En el mismo sentido, el inciso 5 del artículo 424° del Código Procesal

⁶ Reglamento de Solución de Controversias
Artículo 44o.- Requisitos de la demanda.

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

Artículo 89o.- Resolución que da inicio a un procedimiento de oficio.

Si el procedimiento se inicia de oficio, la resolución del Cuerpo Colegiado en los casos que corresponda, mediante la cual se dé por iniciado el procedimiento, deberá ser puntualmente motivada en el interés de los usuarios o de las empresas operadoras y deberá definir los términos de la controversia a ser resuelta. (el énfasis es agregado).

Civil⁷ establece como requisito de la demanda que el petitorio comprenda la determinación clara y concreta de lo que se pide. En otros términos, para la admisión de la demanda se requiere claridad acerca de cuáles son las declaraciones que se solicitan; es decir, que "aparezca clara la pretensión o el objeto de la demanda" a efectos de determinar el contenido y alcance del debate judicial y que el procedimiento transcurra sin vicios.

El CCO ha resuelto reanudar el procedimiento en trámite, bajo el inciso f) del Art. 5 del Decreto Legislativo N° 701, bajo la teoría de que MOVISTAR habría comercializado sus servicios por debajo de determinado nivel de costos. Sin embargo, el solo hecho de que NEXTEL haya lanzado promociones similares y que mantenga su participación en el mercado es evidencia suficiente de que sus alegaciones no resultan creíbles.

Debe tenerse en cuenta que, sin perjuicio de encontrarnos en un caso de libre competencia, la carga de la prueba corresponde siempre a la demandante. Como lo ha declarado la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI (en adelante, el Tribunal de Defensa de la Competencia del INDECOPI) en la Resolución No. 0417-AA/TDC-INDECOPI, recaída en el procedimiento iniciado por Maersk Perú S.A. contra la Asociación Peruana de Prácticos Marítimos y otros (Exp. N° 003-2001-CLC):

«Para abrir un procedimiento por la presunta comisión de este tipo de infracciones, lo que la autoridad extirpá al denunciante es que acredite la existencia de hechos o circunstancias que razonablemente hagan verosímil la existencia de esas prácticas.»

A diferencia de lo que ocurre con el estándar de prueba aplicable para sancionar, que implica arribar a una convicción sobre la veracidad de la imputación invocada, para abrir un procedimiento la infracción planteada debe ser verosímil, es decir, creíble al amparo de los elementos de prueba presentados, teniendo en cuenta además los juicios preliminares que la autoridad de competencia obtenga en sus actuaciones derivadas de la necesidad de calificar la denuncia.

⁷ Código Procesal Civil
Artículo 424°.- Requisitos de la demanda.- La demanda se presenta por escrito y contendrá:
(...)
5. El petitorio, que comprende la determinación clara y concreta de lo que se pide;

"Verosimilitud" no quiere decir certeza ni convicción, sino simplemente que haya elementos de juicio que permitan inferir razonablemente la existencia de la infracción como algo que podría estar ocurriendo.

Una investigación por presuntas infracciones al Decreto Legislativo N° 701 supone una actuación costosa y compleja de la Administración que, además, requiere de la participación de aquellos que se encuentran involucrados. Por ello, la ley ha querido establecer un límite a esa facultad de investigar que posee el INDECOPI. El límite es la verosimilitud de la infracción denunciada a la luz de los elementos aportados y hallados. Es una garantía de las empresas y los ciudadanos que el INDECOPI [y por lógica extensión, el OSIPTEL] sólo pueda hacer uso de su facultad de investigar la existencia de presuntas infracciones al Decreto Legislativo N° 701 cuando tenga motivos razonables para ejercerla» (el énfasis es agregado).

En esa misma línea, es preciso mencionar que la intervención de la Administración, en este caso la intervención del CCO, debe estar orientada a la demostración de los efectos anticompetitivos de la práctica denunciada. Esto es consistente con la presunción de inocencia contenida en el Art. 2, inciso 24, literal e) de la Constitución. En tal sentido, consideramos respetuosamente que mal podría continuarse con el procedimiento por supuestas prácticas de precios predadores obligando al imputado a descargar la existencia de responsabilidad sobre unas bases e información sumamente débil y que por el contrario parecería evidenciar que la alegada predación no se habría producido.

Por otro lado, la Ley de Libre Competencia no establece en ninguno de sus artículos la inversión de la carga de la prueba ni la obligación de demostrar la justificación de la conducta desarrollada. Esa carga la debe soportar el actor al momento de plantear su demanda.

Es bastante claro, por lo demás que, si una demanda de parte debe cumplir con unos requisitos mínimos para su admisión, el mismo rigor se debe aplicar cuando OSIPTEL, en uso de sus facultades, decide impulsar de oficio una investigación contra una determinada práctica. Sobre el particular, es en el caso de los fallos emanados por el Tribunal de Defensa de la Competencia del INDECOPI donde se ha desarrollado con mayor claridad los requisitos que deben concurrir con la finalidad de asegurar el derecho de defensa de los administrados.

Tal como ha reconocido el Tribunal de Defensa de la Competencia del INDECOPI en el procedimiento seguido por la Comisión de Libre Competencia contra la Asociación Peruana de Empresas de Seguros y otros (Expediente N° 004-2002-CLC - Resolución N° 0224-2003/TDC-INDECOPI) el derecho de defensa debe ser respetado de forma irrestricta por la Administración. Si bien en dicho caso la discusión respecto del derecho de defensa del administrado se circunscribió al hecho de la falta de notificación del informe elaborado por la Secretaría Técnica, una interpretación de dicho pronunciamiento nos lleva a concluir que el respeto al debido proceso implica la obligación por parte de la administración de que en todo momento el administrado esté en posibilidad de conocer de forma clara los cargos e imputaciones que realiza la Administración.

Siguiendo este criterio, en el procedimiento seguido por la Comisión de Libre Competencia contra Glorox Perú S.A. (Expediente N° 002-2004/CLC - Resolución N° 0328-2005/TDC-INDECOPI) el Tribunal de Defensa de la Competencia del INDECOPI estableció que en el caso de un procedimiento sancionador se lesiona el derecho de defensa del administrado cuando no se pone a su disposición la información que sustenta los hallazgos que se imputan al administrado y no se le permite conocer los términos en que el órgano investigador ha analizado los cargos atribuidos y la responsabilidad que se le atribuye. Sólo conociendo estos aspectos, el demandante puede ejercer su derecho de defensa de manera idónea y eficaz.

Sobre el particular la Sala señaló que, conforme al artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General⁸, el debido procedimiento

⁸ Ley del Procedimiento Administrativo General

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

(...)

1.2. Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.

(...)

2. Los principios señalados servirán también de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas de procedimiento, como parámetros para la generación de otras disposiciones administrativas de carácter general, y para suplir los vacíos en el ordenamiento administrativo.

administrativo implica el derecho de todo administrado a poder exponer sus argumentos y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. Los inconvenientes que supone el hecho de que la defensa deba soportarse sobre un acto no motivado o insuficientemente motivado son más que evidentes, puesto que la falta de motivación impide que el investigado pueda tomar real conocimiento de las razones de la autoridad para ejercer sus facultades o para evaluar la razonabilidad de la actuación administrativa.

Asimismo, en el procedimiento seguido por la Comisión de Reclamos Técnicos y Comerciales con Asociación Temporal Inversiones Cuncumen (Expediente N° 0002-2002-CRT/D – Resolución N° 0206-2005/TDC-INDECOPI), el Tribunal de Defensa de la Competencia señaló que la motivación del acto administrativo la constituye la relación de hechos probados en el procedimiento, así como la exposición de las razones jurídicas y normativas que lo justifican, no siendo admisibles como motivación, la exposición de fórmulas vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas que por su insuficiencia no resultan específicamente esclarecedoras para la motivación del acto.

En dicha oportunidad el Tribunal de Defensa de la Competencia señaló que no se cumple con la obligación de motivación cuando la Administración considera únicamente el cumplimiento de los aspectos formales del proceso sin llevar a cabo un análisis intrínseco de los resultados obtenidos y sin absolver las observaciones formuladas por el administrado.

Finalmente, el caso seguido de oficio por la Comisión de Represión de la Competencia Desleal contra Empresa Editora El Comercio y Leo Burnett del Perú S.A. (Expediente N° 05B-2003/CCD – Resolución N° 0519-2005/TDC-INDECOPI), es tal vez el más relevante respecto de los aspectos que debe contener un acto administrativo para que se considere motivado correctamente. La Comisión de Represión de la Competencia Desleal decidió el inicio y la posterior sanción contra el diario El Comercio y la agencia Leo Burnett por una presunta infracción al principio de legalidad de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor.

La relación de principios anteriormente enunciados no tiene carácter taxativo.

- 3.1.2. El Informe Instructivo vulnera el derecho de defensa de nuestra empresa: no señala cuál ha sido la práctica anticompetitiva en la que habría incurrido TELEFÓNICA y se aparte de la jurisprudencia desarrollada por los CCO sobre la materia.

Consideramos que el Informe Instructivo sustenta una supuesta comisión de práctica anticompetitiva, se sostiene únicamente –como veremos en mayor detalle en las páginas siguientes- en una serie de hechos y circunstancias que carecen de mayor sustento para justificar la decisión de sancionar a TELEFÓNICA.

Estimamos que la Secretaría Técnica no sólo ha precedido a emitir un pronunciamiento que atribuye a TELEFÓNICA una conducta que no ha desarrollado ni desarrolla; sino, que lo realizado contradice pronunciamientos anteriores en la materia de los propios CCO de OSIPTEL. Asimismo, tampoco desarrolla ningún argumento que permita descubrir cuál es la razón por la cual dichos precedentes carecerían de mayor valor o no serían tomados en cuenta para el presente análisis.

Por ejemplo, en el procedimiento iniciado por Boga Comunicaciones contra Telefónica Multimedia (Expediente No. 010-2001 – Resolución No. 021-2002-CCO/OSIPTEL), por la supuesta comisión de actos de abuso de posición de dominio en las modalidades de discriminación de precios y precios predadores, el CCO, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia más autorizada, señaló expresamente que para determinar la existencia o no de una práctica con efectos exclusivos por parte de la empresa investigada debía necesariamente realizarse a partir de un análisis consistente en una serie de etapas, las mismas que son consecutivas y excluyentes:

- (1) Evaluar la existencia de una estrategia de la empresa investigada dirigida a excluir a su competencia del mercado; es decir, que los hechos denunciados sean ciertos y verificables y que no responda o no tenga

3) No son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto.

ninguna otra racionalidad más que la intención expresa de eliminar a un competidor.

- (2) Determinar si el mercado presenta las condiciones requeridas para que la práctica investigada sea exitosa, evaluando si existen elevadas barreras de acceso para potenciales competidores y si la demanda es lo suficientemente inelástica como para que los usuarios continúen comprando el servicio de la empresa a pesar de que impusiera mayores precios.
- (3) Por último, definir los efectos perjudiciales que habrían tenido las conductas denunciadas por la demandante sobre el mercado, es decir, sobre el usuario como sobre el competidor.

Si seguimos el análisis sobre la base del cual el CCO determinó que Telefónica Multimedia no se encontraba desarrollando una práctica exclusoria en el mercado de televisión por cable, resulta evidente que tampoco en el presente caso existe el más mínimo indicio que permita concluir que TELEFÓNICA habría desarrollado la práctica anticompetitiva imputada. Ello por las razones siguientes:

- (1) Los medios probatorios que sustentan la investigación carecen de representatividad en el sentido que no evidencian en modo alguno que TELEFÓNICA haya tenido la intención de comercializar sus servicios de Internet de forma conjunta con el servicio de telefonía fija con el propósito de excluir a sus competidores en el mercado de telefonía fija.
- (2) Tampoco se entiende cómo es que esta práctica se toma en anticompetitiva, cuando diversos organismos de línea de OSIPTEL han tenido el tiempo suficiente para determinar la idoneidad de la práctica denunciada y no sólo no la han cuestionado; sino que incluso, han señalado que la misma se encontraría en sintonía con la legislación vigente, circunstancia que no hubiera podido hacerse si al mismo tiempo no se evaluó que la misma no era capaz de producir ningún daño al mercado.

- (3) Este comportamiento es consistente con lo señalado por la doctrina y jurisprudencia más autorizada, en el sentido que si la empresa demuestra que su conducta está incrementando sus ganancias (o reduciendo sus pérdidas) ese comportamiento particular no puede ser tratado como una estrategia exclusiva. El comportamiento de TELEFÓNICA es consistente con dicho análisis.¹¹
- (4) Para que una práctica con efectos exclusivos sea plausible, y por ende sancionable, debe corroborarse que la estructura de mercado permita que dicha estrategia sea creíble; es decir, la estructura del mercado deba permitir que la empresa cuente con la posibilidad de incrementar sus precios (o abusar de alguna otra forma de los consumidores) en un periodo de tiempo significativo luego de que sus competidores fueron excluidos o se limitó considerablemente su accionar. Esto último, resulta altamente cuestionable en el presente caso, pues curiosamente el mercado supuestamente afectado, es el mercado más regulado de todo el país, no sólo en el ámbito de las telecomunicaciones, pues es posible afirmar sin ninguna duda que no existe escenario con regulación más intensa en el Perú que el de telefonía fija. Bajo este esquema, cualquier alegación de dañar a la competencia y de excluir a los competidores no pareciera ser una práctica sensata.

Ninguna de las evidencias que acompañan el expediente hasta el momento denotan que exista —o que hubiese existido— una política por parte de TELEFÓNICA dirigida o encaminada a excluir a sus competidores del mercado de telefonía fija —o cuando menos que ésta práctica sea plausible—, requisito indispensable para identificar la realización de una práctica como la que se nos pretende imputar. De hecho, no es posible que TELEFÓNICA pueda incrementar

¹¹ Sobre el particular el CCO deberá tener en cuenta que la cuota de TELEFÓNICA se ha venido reduciendo en el mercado supuestamente afectado. Efectivamente, en el año de 2001 TELEFÓNICA ostentaba una cuota de mercado ascendente al 99,67% en telefonía fija, misma que se ha venido reduciendo paulatinamente desde entonces (2002: 99,53%, 2003: 97,78%, 2004: 96,13%, 2005: 95,81%, 2006: 95,60%, 2007: 87,19%, 2008: 79,82%, 2009: 73,55%, 2010: 72,47%) hasta llegar al año 2011 con el 71,86% del mercado. Es decir, en poco más de cuatro años TELEFÓNICA ha visto como su cuota de mercado se ha reducido en casi quince puntos porcentuales. Es poco probable que con

su participación en el mercado de telefonía fija sólo a partir de la supuesta venta atada imputada, pues resulta evidente que la estructura y dinámica del mercado y las características de los consumidores en el mercado relevante imposibilitan que una empresa pueda realizar una estrategia exclusoria mínimamente creíble. Esto último implica que, incluso en el supuesto negado que la imputación de venta atada fuera cierta –que no lo es- no va a existir ningún efecto de dicha conducta sobre la competencia y sobre el bienestar de los consumidores en el mercado. Tomando en cuenta lo anterior, es fácil deducir que TELEFÓNICA no se encuentra en capacidad de excluir a sus competidores del mercado.

Por lo expuesto y luego de efectuar el análisis propuesto por el CCO a cargo de la controversia entre Boga Comunicaciones contra Telefónica Multimedia (Expediente N° 010-2000), resulta evidente que nuestra empresa no se encuentra desarrollando la inconducta materia de la presente investigación.

El hecho de que, por ejemplo, América Móvil DEL Perú S.A.C. (CLARO) permanezca vigorosamente en el mercado presuntamente afectado y, peor aún, haya incrementado su posición en el mismo de casi 3% en el año 2008 a poco menos que del 12% en el 2011 –un incremento de casi nueve puntos porcentuales-, es una muestra clara e indubitable de que no nos encontramos frente a un supuesto de exclusión mínimamente creíble y que por tanto la presente investigación carece de sustento.

3.2. Regulación vs libre competencia.

En nuestro escrito que contesta al inicio del procedimiento ya hemos señalado, citando al HOVENKAMP, que la intervención de las autoridades de competencia (categoría en la que comprendemos explícitamente a los CCO de OSIPTEL) para controlar determinadas conductas ejecutadas por particulares que operan en mercados regulados se considera apropiada, únicamente cuando dichas conductas: (i) generan o pueden generar un efecto anticompetitivo; y, (ii) son

variaciones de las cuotas de mercado como las señaladas se pueda sostener con algún nivel de rigor que se está produciendo una práctica con el efecto de excluir a los competidores del mercado.

realizadas sin haber sido supervisadas por los órganos de línea del organismo regulador¹².

Se considera que para determinar cuándo deben aplicarse las normas de libre competencia en un mercado regulado, la pregunta fundamental es la siguiente: ¿La conducta "se encuentra/debería encontrarse" regulada por los órganos de línea del organismo regulador o "se encuentra/debería encontrarse" regulada por la autoridad de competencia? Lo que importa en este contexto es si la conducta que se cuestiona constituye el producto de una cavilada y por ello intencionada política regulatoria o ha sido aprobada por los órganos competentes del organismo regulador o si, por el contrario, la conducta no se encuentra sujeta a supervisión alguna¹³.

Los siguientes criterios pueden ayudar a establecer aquellos casos en los que la regulación debe prevalecer frente a la aplicación de las normas de libre competencia: (i) cuando la conducta versa sobre una materia de competencia expresa de los órganos de línea del organismo regulador, (ii) cuando los órganos de línea del organismo regulador han tenido la posibilidad de revisar la conducta investigada, (iii) cuando los órganos de línea del organismo regulador han analizado apropiadamente los posibles efectos anticompetitivos de la conducta investigada, (iv) cuando la aplicación de las normas de libre competencia crearía distorsiones en el trabajo de los órganos de línea del organismo regulador, o (v) cuando los órganos de línea del organismo regulador poseen conocimientos que no posee la autoridad de competencia¹⁴.

Como veremos a continuación estimamos que el Informe Instructivo, no ha tomado en cuenta sobre el particular lo siguiente: (i) que la materia que se investiga versa sobre una materia de competencia expresa de los órganos de línea de OSIPTEL, (ii) que los órganos de línea de OSIPTEL han tenido la

¹² HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its practice*. Segunda Edición. Pág. 699.

¹³ Ibid. Pág.704.

¹⁴ Ibid. Pág.704.

posibilidad de revisar la conducta investigada en numerosas ocasiones, (iii) que OSIPTEL ya ha mostrado su intención de regular la práctica, y, finalmente que (iv) los remedios aplicados constituirían abiertamente una intromisión en las políticas que vienen desarrollando los órganos de línea del OSIPTEL.

3.2.1. ¿Qué dice el Informe Instructivo?

TELEFÓNICA alegó en su escrito de contestación de los cargos imputados, que la denuncia de oficio no era plausible en la medida que la práctica investigada por el CCO se encontraba ya intensamente regulada; y, por ello, sólo a los órganos de línea competentes de OSIPTEL les correspondía corregir la política comercial de TELEFÓNICA en el mercado de acceso a Internet y telefonía fija. Es decir, sin negar la competencia de OSIPTEL sobre el particular, señalamos que dada la naturaleza regulada de la práctica investigada, son otros órganos de OSIPTEL – distintos que un CCO-, los competentes para evaluarla; y, de ser el caso imponer su eliminación.

No obstante lo señalado, el Informe Instructivo descarta la posición de nuestra empresa sobre la base de los argumentos que expondremos brevemente a continuación.

Señala el Informe Instructivo que de acuerdo con el principio de supletoriedad corresponde determinar el servicio materia de investigación y en tal sentido, evaluar si en el presente caso existe alguna norma emitida por el OSIPTEL que disponga o justifique la provisión conjunta de los servicios de acceso a Internet vía ADSL y de línea telefónica.

Sobre el particular, se afirma lo siguiente con relación a lo señalado por TELEFÓNICA:

«(...) de la revisión de las normas invocadas por TELEFÓNICA, así como de sus exposiciones de motivos e informes sustentatorios, se desprende que éstas no se encontraban destinadas primordialmente a los usuarios finales, sino que por el contrario buscaban establecer tarifas topes [sic] que

En línea sustancialmente similar a la desarrollada por HOVENKAMP, puede revisarse: SULLIVAN, Thomas y Jeffrey L. HARRISON. *Understanding Antitrust and its Economic Implications*. Tercera Edición. Págs. 70-77 y Phillip AREEDA. *Antitrust Analysis. Problems, Text, Cases*. Págs. 112-117.

eviten que TELEFÓNICA obtenga beneficios indebidos de su condición de prestadora del servicio de telefonía fija (en tanto insumo sobre el cual de manera independiente se presta el acceso ADSL).» (el énfasis es agregado)

De acuerdo con el análisis desarrollado por la Secretaría Técnica, en la medida que las normas invocadas por TELEFÓNICA en sus descargos regulan dos servicios portadores, éstas no serían de aplicación al presente caso al tratarse de una investigación que versa por la supuesta venta atada de un servicio de valor añadido como lo es el acceso a Internet. Por otro lado, también se señala –de forma por lo demás contradictoria- lo siguiente con relación a los dispositivos que aprobaron la regulación mayorista del servicio de ADSL:

«(...) se puede concluir que regularon las tarifas lope que cobraría TELEFÓNICA por el servicio de acceso ADSL, utilizado por sus usuarios de telefonía fija, cuando éstos deseen contar con el servicio de acceso a Internet mediante la tecnología ADSL con un operador distinto a TELEFÓNICA.» (el énfasis es agregado)

Nuestra empresa estima respetuosamente que los argumentos desarrollados en el Informe Instructivo sobre el particular no pueden –no deben- ser tomados en cuenta por el CCO, en la medida que –como veremos a continuación- sobre la materia que se pretende investigar, es evidente que OSIPTEL ya ha ejercido su potestad regulatoria y en la medida que la regulación del modelo mayorista no es otra cosa que una regulación implícita del modelo minorista, en dicho sentido, correspondería la inhibición del CCO sobre el particular sería de lo más recomendable:

- (i) En ejercicio de sus potestades regulatorias, el Consejo Directivo de OSIPTEL aprobó hasta en tres oportunidades el modelo de comercialización del ADSL en el mercado peruano.

En el año 200 el OSIPTEL estableció un esquema regulatorio particular para el acceso al servicio mayorista de ADSL, esquema regulatorio que supone desde su inicio el suministro conjunto del servicio de ADSL con el servicio de telefonía fija de TELEFÓNICA.

Así, mediante Resolución No. 036-2000-CD-OSIPTEL se estableció por primera vez las tarifas que cobraría TELEFÓNICA a otras empresas operadoras que quisieran brindar el servicio de acceso a Internet a sus abonados de telefonía fija. Así, se fijaron tarifas topes para las prestaciones de transmisión de datos mediante circuitos virtuales ATM con acceso ADSL. Esquema tarifario que fue calculado partiendo del presupuesto de que los usuarios también contratarían la línea telefónica ofrecida por TELEFÓNICA. En efecto, el OSIPTEL de forma expresa señaló que dichas tarifas:

"son aplicables a los abonados que cuenten con una línea telefónica fija contratada y se aplican de manera independiente a las tarifas por instalación y renta mensual correspondientes al respectivo servicio telefónico fijo. (...)" (Subrayado y énfasis agregado)

Asimismo, en la Exposición de Motivos de la referida resolución, el Consejo Directivo de OSIPTEL refiriéndose a los conceptos que comprende la estructura tarifaria aprobada indicó lo siguiente:

*"La estructura tarifaria establecida en la resolución tarifaria aprobada, comprende los siguientes conceptos:
1) El acceso digital asimétrico que podrá ser contratado directamente por el abonado titular de una línea telefónica a Telefónica del Perú S.A.A.
(...)" (Subrayado y énfasis agregado.)*

La estructura tarifaria aprobada por OSIPTEL que establece la contratación conjunta del servicio de ADSL y del servicio de telefonía fija ofrecido por TELEFÓNICA evidentemente es consistente con las características y funcionalidades técnicas del servicio a ser prestado, las cuales suponen que el servicio de ADSL sea brindado mediante la infraestructura instalada para la prestación del servicio de telefonía fija. Refiriéndose a la conexión existente entre el servicio de telefonía fija y el servicio de ADSL, OSIPTEL señaló en la sección considerativa y en la Exposición de Motivos de la Resolución No. 036-2000-CD/OSIPTEL lo siguiente:

"Que las prestaciones materia de la solicitud de vista, permitirán la transmisión de datos a diferentes velocidades de acceso, de acuerdo a la elección del usuario, a través de una conexión asimétrica permanente entre dos puntos extremos (usuario y

prestador de servicios); implicando el uso de la tecnología ADSL en el bucle de abonado para el envío y recepción de datos de manera independiente al servicio telefónico, coexistiendo con dicho servicio, sin afectarlo, y haciendo posible la separación de los servicios sobre el mismo par de cobre;

(...)

La tecnología ADSL constituye una nueva plataforma para la prestación de servicios que requieran un mayor ancho de banda que el tradicional servicio telefónico. Mediante la implementación de esta tecnología, los abonados titulares de una línea telefónica fija, podrán contar con un acceso digital asimétrico. Esto implica poner a disposición del abonado un medio de transmisión que le permitirá una velocidad de "bajada" (de red a usuario) superior a la velocidad de "subida" (de usuario a red), en tanto que la transmisión sobre la línea telefónica se realizará en forma independiente y simultánea a la utilización del servicio de telefonía fija." (Subrayado y énfasis agregado.)

En ese sentido, podemos afirmar que el esquema tarifario mayorista de ADSL aprobado por OSIPTEL, partía del supuesto de que la contratación del servicio de ADSL sería realizada por usuarios que contaban con el servicio de telefonía fija de Telefónica. En otras palabras, es indiscutible que el esquema tarifario aprobado por OSIPTEL tenía la misma característica que, el día de hoy, se cuestiona a TELEFÓNICA.

- (ii) OSIPTEL ha aprobado los contratos minoristas de abonado del ADSL de TELEFÓNICA.

Es muy señalar que la existencia de una necesidad de contratación del servicio de telefonía fija de TELEFÓNICA a fin de poder contar con su servicio de Internet ADSL está contenida en la cláusula 4 literal a) de todos los contratos de dicho servicio que ha presentado TELEFÓNICA ante el OSIPTEL a partir del año 2000, sin que haya merecido observación alguna de su parte durante los últimos 12 años.

Al respecto, mediante la carta C.082-GG.GUS/2009 del 12 de febrero de 2009 emitida por OSIPTEL, el organismo regulador manifestó que había procedido a la revisión de los modelos de contrato de abonado de los servicios de acceso a Internet denominados "Speedy", "Speedy Negocios Avanzado" (velocidad antigua), "Speedy Negocios Avanzado (#)" (velocidad nueva), "Speedy Control

500" e "Internet Dial Up 24 Horas", así como los modelos de addendum al contrato de abonado del servicio de telefonía fija denominados "Flexilínea sin financiamiento" (aplicable a las líneas Prepago) y "Flexilínea con financiamiento" (aplicable a las Líneas Control y Libre). En dicha comunicación, OSIPTEL manifestó que estos modelos de contrato se ajustaban a la normativa vigente.

En el mismo año, mediante la carta C.488-GG.GUS/2009 del 16 de agosto de 2009, OSIPTEL comunicó a TELEFÓNICA que había procedido a la evaluación del modelo de contrato de abonado, manifestando su conformidad con el mismo.

Mediante comunicación del 03 de abril de 2012, OSIPTEL mostró su conformidad respecto al contenido del modelo de contrato de abonado del servicio denominado "Movistar Speedy" que les había sido remitido con anterioridad debido a que se ajustaba a la normativa vigente.

De esta manera, podemos advertir que, TELEFÓNICA ha cumplido en forma continua con enviar al organismo regulador los modelos de contratos de abonado correspondiente a sus servicios de Internet ADSL, en cumplimiento de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones. Asimismo, OSIPTEL, después de efectuar la correspondiente revisión del contenido de los mismos, ha mostrado su conformidad en reiteradas oportunidades.

Por lo señalado en los párrafos precedentes, resulta evidente que OSIPTEL conoce desde hace mucho tiempo cuál es el esquema comercial con el cual opera TELEFÓNICA y ha manifestado expresamente su conformidad respecto al mismo en forma reiterada.

Es preciso hacer hincapié en que los pronunciamientos expresos y reiterados de OSIPTEL en todos estos años respecto de la legalidad de los contratos de TELEFÓNICA, más específicamente de su sometimiento y ajuste a la normativa, generó una situación jurídica que produjo seguridad en TELEFÓNICA respecto de la adecuación de sus contratos al marco regulatorio de OSIPTEL. Ello precisamente es lo que se denomina en doctrina principio de "confianza

legítima", el cual en palabras del profesor SANZ RUBIALES (2000) es un principio que limita la actividad del poder público, para impedir que éste destruya sin razón suficiente la confianza que su actuación haya podido crear en los ciudadanos sobre la estabilidad de una situación jurídica.

De esta forma, se puede concluir que TELEFÓNICA ha actuado en el marco de la legalidad expresamente declarado por el OSIPTEL, precisamente el órgano que le imputa supuestas faltas contra las normas de competencia por prácticas que se plasman en los contratos por ella misma declarados legales. Actuación que frustra toda expectativa razonable de TELEFÓNICA y resulta atentatoria contra la razonabilidad con la que debe ejecutar sus actividades.

Por lo expuesto, se puede apreciar que tanto los órganos de OSIPTEL que ejercen potestad regulatoria como los propios Contratos de Concesión de TELEFÓNICA han definido claramente cómo es que nuestra empresa debe comercializar el servicio de acceso a Internet vía ADSL. Por lo tanto, como quiera que las normas de competencia deben aplicarse siempre de modo supletorio en el sector de las telecomunicaciones, el CCO debe inhibirse de continuar el presente procedimiento, en la medida que ello le obligaría a pronunciarse sobre un asunto que ha sido materia de reiterado pronunciamiento por parte del organismo regulador, el cual ya ha manifestado públicamente en fecha muy reciente la pertinencia de establecer determinada regulación. Nuestros argumentos, como veremos a continuación encuentra pleno respaldo en una serie de pronunciamientos previos emitidos tanto por OSIPTEL como por el INDECOPI, conforme detallaremos a continuación.

3.2.2. Los antecedentes son muy claros: la actuación de un CCO es siempre supletoria.

En el conocido caso *Paneles Napsa con Edalnor (Expediente N° 001-2002-CLC)*, la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI (en adelante, CLC) afirmó el principio de que la aplicación de las normas de libre competencia en un mercado regulado es subsidiaria. En tal sentido, se señaló que si el objeto de la demanda versaba sobre materias que competen a un organismo regulador, son aquéllos –y

Telefónica

Telefónica del Perú S.A.A.

no los órganos de libre competencia- quienes debían declararse competentes. La Resolución No. 006-2002-CLC/INDECOPI, en la que se halla contenido el pronunciamiento de la CLC, establece textualmente lo siguiente:

"Así también, el Reglamento de OSINERG, en materia de regulación, contempla el principio de supletoriedad el cual establece que las normas de libre competencia se aplican de manera supletoria. Este principio guarda relación con el principio descrito en el numeral anterior, toda vez que privilegia la regulación y le da un carácter secundario a la aplicación de las normas de libre competencia. Esto resulta consistente con el hecho que las disposiciones regulatorias sustituyen a las reglas del mercado y deja claro que donde no exista regulación se aplicarán las disposiciones de libre competencia. ...

Ahora bien, si el Estado, a través de OSINERG determinó la necesidad de regular un mercado, tomando la decisión por éste, entonces, no sería posible aplicar normas de competencia, ya que el Estado decidió anticipar la solución a cualquier controversia a través de la regulación. En consecuencia, una vez en conflicto regulación y competencia, es la regulación la que debe primar (la situación en la que el Estado toma una decisión sobre la existencia de competencia), de allí que sean las normas de OSINERG las que primen sobre el Decreto Legislativo 701" (el énfasis es agregado).

En el procedimiento seguido por Tecnimotors E.I.R.L con Luz del Sur S.A.A. (Exp. No 014-2004/CLC), la CLC declaró improcedente la denuncia interpuesta contra Luz del Sur S.A.A en razón de que resultaba poco probable que se configure una conducta de abuso de posición de dominio debido a que las tarifas de las empresas distribuidoras de electricidad se encuentran reguladas por OSINERG. Con ello, la CLC ratificó la tesis de que la aplicación de las normas de libre competencia para controlar alegaciones sobre un aspecto regulado sólo puede admitirse en el caso de mercados que no están sujetos a regulación. En la Resolución No 005-2005-INDECOPI/CLC, la CLC señaló específicamente lo siguiente:

"23. Al respecto, la jurisprudencia del INDECOPI ha establecido que la intervención de la agencia de competencia debe ser restrictiva en los casos de prácticas explotativas, motivo por el cual esta Comisión considera que la persecución y sanción de conductas explotativas cabe únicamente cuando el mercado relevante reúna las siguientes características: (i) altas barreras a la entrada, (ii) un monopolio y (iii) la inexistencia de regulación económica (v.g. fijación administrativa de tarifas), de modo que la elección del consumidor se vea severamente restringida y las

condiciones del mercado permiten a la empresa en cuestión una apropiación significativa del excedente del consumidor(...)

32. Son casos excepcionales como los descritos los que, constituyéndose en un abuso de posición de dominio de carácter explotativo, merecen la intervención de la autoridad de competencia. En estos casos, como metodología de análisis, la autoridad de competencia deberá seguir los siguientes pasos de manera sucesiva: (i) Definir el mercado relevante, en su ámbito de producto y geográfico. (ii) Evaluar el nivel de barreras a la entrada existentes y verificar si éstas son severamente significativas. (iii) Comprobar que la empresa denunciada es un monopolista, es decir, que tenga una cuota de mercado del 100%. (iv) Verificar la ausencia de regulación económica, esto es, que no haya un organismo regulador autorizado para fijar precios o tarifas de bienes o servicios.

33. Como se aprecia del razonamiento antes esbozado, sólo se corregirá y sancionará las conductas explotativas de aquel monopolio que explota su poder de mercado donde se aprecia que la competencia no va a responder por la estructura del mercado y, asimismo, no existe regulación económica. Ella toda vez que un monopolio sujeto a regulación económica no podría abusar de su poder de mercado precisamente porque la actuación regulatoria del Estado limitará su tendencia a explotar dicho poder.

34. En efecto, en aquellas industrias de red caracterizadas por la presencia de monopolios naturales, corresponde al Estado mediante la regulación económica fijar el precio del servicio público destinado a los usuarios, del acceso a facilidades esenciales y del cargo de interconexión de redes, garantizando el principio de acceso universal (lo cual a su vez implica los principios de universalidad, no discriminación, continuidad y regularidad), la autosostenibilidad del servicio y su provisión bajo condiciones mínimas de calidad. En un contexto de este naturaleza, es muy difícil que la empresa sujeta a regulación pueda implementar prácticas explotativas". (el énfasis es agregado).

Asimismo, un caso similar al que nos ocupa ocurrió en el año 2001 en el procedimiento seguido por AT&T contra Telefónica del Perú (Expediente No. 003-2001). AT&T denunció a Telefónica por haber desarrollado supuestamente una estrategia anticompetitiva en el mercado peruano de las telecomunicaciones. En lo que nos interesa, AT&T solicitó en el petitorio de su demanda como una de sus pretensiones principales que el CCO declare que Telefónica había infringido el artículo 5, inciso a), del Decreto Legislativo 701, al haberse negado de forma injustificada a conceder el acceso desde su red a la plataforma de prepago de AT&T a través de la numeración 133. De permitirse este mecanismo –alegaba AT&T- se lograba introducir en el mercado el servicio de llamadas telefónicas

locales y de larga distancia mediante tarjetas de prepago de otra empresa distinta de Telefónica en su propia red. Recordemos que en ese momento, Telefónica había habilitado para sus abonados un servicio de llamadas de prepago a través de la numeración abreviada 147 muy similar al que AT&T exigía.

En el Informe Instructivo No 006-2002/ST de fecha 30 de abril de 2002 que analizó –entre otras alegaciones- la imputación descrita en el párrafo anterior, se sostuvo inicialmente que la regulación vigente del sector de las telecomunicaciones dictada por el MTC no obligaba a Telefónica a que programara en su red la numeración 133 de AT&T. No obstante ello, la Secretaría Técnica que elaboró el documento bajo comentario, consideró que aún cuando el régimen regulatorio no establecía ninguna obligación al respecto, dejaba en libertad a las empresas para que éstas negocien una eventual programación de sus numeraciones en las redes de otras empresas. En la medida que el marco normativo del sector telecomunicaciones no reguló específicamente este tema, la Secretaría Técnica consideró dicha omisión la habilitaba a aplicar la normativa general sobre libre competencia contenida en el Decreto Legislativo 701. De tal suerte que, la denegatoria invocada podía constituir una infracción a las normas de libre competencia, por lo tanto los CCO de OSIPTEL resultaban plenamente –a decir de la Secretaría Técnica- competentes para conocer la denuncia planteada por AT&T. En dicho sentido, siempre según dicha interpretación, lo resuelto por el Consejo Directivo de OSIPTEL en los mandatos de interconexión la regulación sectorial del MTC no restringían la facultad de un CCO para investigar, y eventualmente sancionar, una infracción a las normas de libre competencia en tales circunstancias. Sobre el particular el Informe Instructivo señaló lo siguiente:

«Al respecto se debe aclarar que la no existencia de regulación en un determinado segmento de mercado no implica que éste se encuentre libre de supervisión por parte del Estado, sino que, en aquellos casos, las normas de libre competencia suplen las falencias de la regulación. Tal como se señala en los Lineamientos de Libre Competencia, la tendencia actual se orienta hacia la desregulación... del mercado de telecomunicaciones, dando una mayor cabida a las disposiciones sobre libre competencia. En tal sentido, si la provisión de un determinado recurso no se encuentra expresamente contemplado en la regulación del sector, o bien si una determinada facultad no ha sido definida esencial por dicha regulación, ello no implica que, a la luz de las normas de libre competencia, no pueda existir una obligación de

brindar acceso a un competidor. Ello constituiría una mera aplicación de las normas de libre competencia, sin que implique la generación de regulación mediante un procedimiento de libre competencia.» (El énfasis es agregado)

Al analizar el caso a la luz de las normas de la libre competencia, la Secretaría concluyó que: (i) había existido una negativa a programar el código de numeración 133 por parte de Telefónica; (ii) que la negativa beneficiaba únicamente a Telefónica —y ponía en desventaja a AT&T—, en la medida que desde cualquier terminal conectado a su red, mediante la marcación 147, se podía acceder a sus servicios en su calidad de concesionaria de larga distancia; (iii) que Telefónica se había negado de manera injustificada a programar en su red la numeración abreviada de AT&T, contraviniendo así el artículo 5, inciso a) del Decreto Legislativo 701; (iv) que Telefónica se negó a permitir la comercialización de su tráfico local por parte de AT&T mediante la numeración 133; (v) que Telefónica se negó de forma injustificada a programar en su red la numeración 133 de AT&T, infringiendo lo dispuesto en el artículo 5, inciso a) del Decreto Legislativo No. 701.

Es decir, para la Secretaría Técnica la regulación existente en materia de numeración, interconexión y numeración, en la medida que no prohibía expresamente la negativa expresada por Telefónica respecto de la habilitación del código de numeración 133 de AT&T, debía entender como una patente para la aplicación de las normas de libre y leal competencia. No obstante, esta errada interpretación fue corregida —como veremos a continuación—, por el CCO al momento de resolver en primera instancia la denuncia planteada por AT&T.

Efectivamente, al momento de resolver, el CCO consideró que este extremo debía ser analizado como infracciones regulatorias debido a la existencia de normativa sectorial específica. Así, mediante Resolución No. 052-2002-CCO/OSIPTEL, el CCO indicó textualmente lo siguiente en relación a una de las imputaciones formuladas por AT&T sobre el particular:

«La [alegada] negativa de programación del número 133 en la red de TELEFÓNICA debe ser analizada en virtud de las normas específicas del sector telecomunicaciones y no en función de las normas de libre y leal competencia. En efecto, la

regulación del sector contiene las reglas sobre las cuales debe determinarse si en el presente caso existe una infracción (...)

De acuerdo con lo anterior, es necesario desarrollar con algún detalle la regulación existente sobre la utilización de números de tres dígitos para prestar servicios de larga distancia mediante tarjetas pre pago" (el énfasis es agregado).

Es altamente probable que al analizar el caso de negativa de trato planteado por AT&T, la Secretaría Técnica haya considerado que el modelo competitivo en el mercado de larga distancia y telefonía fija estructurado en aquél entonces no fuera el más adecuado, y en virtud de ello, considerara que un modelo competitivo superior era aquél que permitiera la habilitación de números abreviados de otras empresas en las redes de los operadores establecidos, así como permitir la comercialización de tráfico local. Sin embargo, ni en ese entonces – como tampoco lo es ahora-, le está permitido a los órganos de solución de controversias entre empresas del OSIPTEL modificar el modelo competitivo estructurado por las instancias regulatorias competentes. Es así, que el principio de subsidiariedad se antoja como la solución más eficiente para evitar que los pronunciamientos del CCO se aparten de la política diseñada por el regulador para la industria. Es decir, si en dicho momento lo aconsejable era abstenerse de investigar la supuesta conducta anticompetitiva, no vemos cual es ahora la razón para la continuidad de la presente investigación. Como veremos a continuación, no es el único caso que desarrolla el principio de subsidiariedad.

En el procedimiento seguido por Red Privada Virtual con Telefónica del Perú (Expediente No. 006-2004 – Resolución No. 002-2004-CCO/OSIPTEL) sobre supuestas infracciones a las normas de libre competencia, el CCO reiteró que no formaba parte de su función revisar nuevamente materias que ya habían sido objeto de revisión por parte de los órganos de línea de OSIPTEL. La siguiente cita resume el punto de vista del órgano de solución de controversias entre empresas en el caso mencionado:

«Conforme a lo expresamente señalado por RED PRIVADA VIRTUAL, la práctica materia de su demanda consiste en que TELEFÓNICA "valiéndose de la posición dominante que posee ha creado este plan tarifario discriminando al resto de ISPs". En consecuencia, la existencia misma de la Línea Premium ofrecida por TELEFÓNICA constituiría la práctica o conducta materia de su demanda.

Dado que la Línea Premium ha sido materia de una aprobación administrativa a cargo de la Gerencia General de OSIPTEL, se entiende que RED PRIVADA VIRTUAL controvierte indirectamente la validez del acto administrativo a través del cual OSIPTEL autorizó la entrada en vigencia del plan tarifario. Dicho acto administrativo no es susceptible de ser analizado vía un procedimiento de solución de controversias.

En efecto, TELEFÓNICA siguió el procedimiento regular para introducir al mercado el plan tarifario "Línea Premium" al solicitar la aprobación de OSIPTEL, por lo que la actuación de esta empresa goza de la presunción de licitud establecida en el inciso 9° del artículo 230° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, al haber actuado con la diligencia debida y con respeto a la normatividad vigente. Asimismo, la comercialización del referido plan se basó en un acto administrativo de OSIPTEL - la aprobación- que goza de la presunción de legitimidad establecida en el artículo 9° de la Ley del Procedimiento Administrativo General y por tanto es plenamente eficaz. En tal sentido, este Cuerpo Colegiado no resulta competente para revisar el acto administrativo de aprobación del plan tarifario denominado Línea Premium, en la medida que como ya se ha mencionado, la evaluación de dicho plan y de sus condiciones, así como la autorización para que el mismo pueda ser comercializado, es de cargo de la Gerencia General de OSIPTEL (...)

Por ello, tampoco podría ordenar las medidas correctivas solicitadas por RED PRIVADA VIRTUAL consistentes en que se modifique la Línea Premium, toda vez que - como ha quedado claro - la aprobación o modificación de dichos planes es una facultad de la Gerencia General de OSIPTEL.

(...)

Por lo expuesto, debe declararse improcedente la demanda presentada por RED PRIVADA VIRTUAL, conforme a lo establecido en el inciso 4° del artículo 427° del Código Procesal Civil» (el énfasis es agregado).

No obstante, uno de los casos más emblemáticos relacionado con la competencia de los CCO para investigar conductas reguladas lo constituyó el procedimiento iniciado por Nextel del Perú contra Telefónica Móviles (Expediente No. 001-2005-CCO-ST/LC). En aquella oportunidad Nextel interpuso una demanda contra Telefónica Móviles por una supuesta infracción a las normas de libre competencia. Nextel requería como pretensión principal, que se iniciara, una investigación y se sancionara a Telefónica Móviles por el desarrollo de conductas que la contraria calificaba como supuestos de abuso de posición de dominio en la modalidad de incremento indebido de los costos de las empresas rivales. Como quiera que

Telefónica Móviles discrepara de la resolución que admitió a trámite la pretensión principal, en febrero de 2005, dedujo una excepción de incompetencia por falta de legitimidad para obrar activa por parte de Nextel.

Mediante Resolución No. 008-2005-CCO/OSIPTEL del 11 de marzo de 2005, el CCO resolvió declarar fundada la excepción de incompetencia y en consecuencia, anular todo lo actuado, dando por concluido el procedimiento respecto a la pretensión principal. Mediante Resolución No. 006-2005-TSC/OSIPTEL, de fecha 21 de abril, el Tribunal de Solución de Controversias, confirmó la Resolución del CCO. En esta última Resolución el Tribunal de Solución de Controversias dejó sentada la doctrina según la cual, cuando la conducta denunciada es materia de regulación por las instancia competentes para hacerlo no es prudente la intervención de un CCO. Efectivamente, en aquella oportunidad Nextel pretendía que un CCO investigue a Telefónica Móviles por haber fijado para sus competidores —abusando de su posición de dominio—, un cargo de terminación en su red significativamente mayor a la tarifa que dicha empresa cobraba para las comunicaciones dentro de su red, con el propósito de elevar indebidamente los costos de sus competidores, práctica conocida por la literatura como *Raising Rival's Costs*. No obstante lo alegado por Nextel, respecto de la competencia del CCO para investigar la práctica denunciada el Tribunal confirmó la decisión del CCO bajo los siguientes argumentos:

«27. Teniendo en cuenta lo solicitado por Nextel, lo que debía ser materia de análisis por parte del Cuerpo Colegiado, con respecto a la pretensión principal de la demanda de dicha empresa, es si durante la etapa de negociación del Contrato de Interconexión, Telefónica Móviles habría abusado de su posición de dominio en el mercado al haberse fijado en dicho contrato un cargo de terminación muy superior a la tarifa para las comunicaciones on-net.

28. Al respecto, de conformidad con la normativa vigente OSIPTEL es el encargado de la aplicación en el sector de las telecomunicaciones de las normas que velan por la libre competencia, Decreto Legislativo No. 701. Por lo tanto, el OSIPTEL tiene la función de investigar y sancionar las infracciones al Decreto Legislativo No. 701 y en el cumplimiento de dicha labor aplicar el principio de supletoriedad.

29. El Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, Decreto Supremo No. 06-94-TCC, modificado por el Decreto Supremo No. 005-98-TCC y el Decreto Supremo No. 002-94-

TCC, establece por primera vez el principio de supletoriedad al disponer que el Decreto Legislativo No. 701 se aplica para todo lo no previsto sobre prácticas restrictivas de la competencia en la Ley de Telecomunicaciones y su Reglamento. En ese mismo sentido, en los Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobados mediante Decreto Supremo No. 020-98-MTC, se consagra dicho principio. El Decreto Supremo No. 008-2001-PCM, Reclamo General de OSIPTEL, así como los lineamientos de Libre Competencia, aprobados mediante Resolución No. 003-2000-CD/OSIPTEL, han recogido el principio de supletoriedad que establece que la aplicación de las normas que valen por la libre competencia es supletoria a la regulación del sector.

30. De conformidad con las normas citadas, el Decreto Legislativo No. 701 será aplicable cuando las conductas ilícitas no se encuentren previstas o comprendidas por la regulación del sector de las telecomunicaciones.

31. En consecuencia, para el inicio de una investigación de una presunta práctica anticompetitiva debe verificarse si la práctica que podría ser materia de investigación no está tipificada o cubierta de forma expresa por la regulación del sector. Y para el presente caso, corresponde definir si el ejercicio abusivo de una posición dominante durante la etapa de negociación de los contratos de interconexión se encuentra cubierta por la normativa regulatoria.

(...)

35. Siendo ello así, el Tribunal de Solución de Controversias considera que el supuesto ejercicio abusivo del poder del poder de negociación y de la imposición de cláusulas contractuales, es decir la supuesta práctica anticompetitiva, se encuentra prevista y regulada en el marco de disposiciones legales que promueven y supervisan la negociación de las partes de los términos de un contrato de interconexión. En razón de ello, durante la negociación entre las partes, cualquier indicio en el que una de ellas considere hay afectaciones a sus derechos o que no es posible llegar a un acuerdo equitativo puede solicitar la emisión de un Mandato de Interconexión.

36. En ese sentido, el Tribunal de Solución de Controversias considera que la práctica que habría cometido Telefónica Móviles se encuentra contemplada por la regulación del sector al haber establecido las reglas aplicables para la negociación del contrato de interconexión a celebrarse entre las partes.» (notas a pie de página omitidas, el énfasis es agregado.)

Al igual que en los casos citados, donde se desestimó la actuación de los organismos de solución de controversias en razón de la existencia de regulación, estimamos que en el presente caso no corresponde que el CCO se pronuncie sobre los hechos materia de la presente investigación. Lo contrario implicaría una

afectación directa del principio de aplicación supletoria de las normas de libre competencia consagrado en el Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones¹⁵, los Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones del Perú aprobados por Decreto Supremo No. 020-98-MTC (en adelante, los Lineamientos de Apertura)¹⁶, el Reglamento General de OSIPTEL aprobado por Decreto Supremo No. 008-2001-PCM¹⁷, los Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Libre Competencia en el Ámbito de las Telecomunicaciones aprobados por la Resolución No. 003-2000-CD/OSIPTEL (en adelante, los Lineamientos de Libre Competencia)¹⁸; máxime si

¹⁵ Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones

Artículo 250.- Prohibición de las prácticas empresariales restrictivas de la libre competencia

En lo que no esté previsto en la Ley y el Reglamento, en lo referido a la prohibición de las prácticas empresariales restrictivas de la libre competencia, se aplicarán las disposiciones legales vigentes sobre prácticas monopolísticas, controlistas y restrictivas de la libre competencia.

¹⁶ Lineamientos de Apertura.

111. Para la promoción y preservación de la libre y leal competencia en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, los órganos competentes del Sector aplicarán la normativa sectorial específica y, supletoriamente, en cuanto sean pertinentes, las disposiciones de los Decretos Legislativos Nos. 701 y 807, las del Decreto Ley No 28122 y disposiciones modificatorias, complementarias, ampliatorias y conexas.

¹⁷ Reglamento General de OSIPTEL.

Artículo 12o.- Principio de Supletoriedad

Las normas de libre competencia son supletorias a las disposiciones normativas y/o regulatorias que dicte el OSIPTEL en el ámbito de su competencia. En caso de conflicto primarán las disposiciones dictadas por el OSIPTEL.

¹⁸ Lineamientos de Libre Competencia

Las normas generales de libre competencia están concebidas, en principio, en el marco de mercados no regulados de manera específica. Tanto la Ley de Libre Competencia, Decreto Legislativo No 701, como los artículos pertinentes a las normas de libre competencia de la Ley de Telecomunicaciones, cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por el Decreto Supremo No 013-93-TCO, tienen como punto de partida la existencia de un mercado abierto, en el que la libertad de acción y elección del proveedor y del consumidor son la regla.

En el mercado de las telecomunicaciones, el marco regulatorio existente desarrolla los principios de libre competencia consagrados por la Constitución Política del Perú, entendiéndose, por tanto, que la aplicación del marco regulatorio del sector constituye una manera de hacer cumplir los principios de libre competencia. En los mercados regulados decisiones básicas como las tarifas, calidad de servicio o condiciones de comercialización son establecidas, con el objetivo de emular un mercado competitivo.

Teniendo en cuenta la existencia de dos marcos normativos, uno específico del sector de las Telecomunicaciones y otro de aplicación general, resulta necesario que los presentes lineamientos establezcan cómo OSIPTEL va a compatibilizar la aplicación de los mismos.

La posición que acoge OSIPTEL refleja la tendencia que se puede apreciar en otros países donde existen situaciones similares. OSIPTEL entiende que para la promoción y preservación de la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones, se aplicará la normativa específica del sector y de manera supletoria la normativa general de libre competencia. Este principio, a su vez, está recogido en el punto 111 de los Lineamientos de Políticas de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones. Así, si bien el punto de partida es la aplicación de la normativa específica del sector -entendiéndose dentro de ésta al marco regulatorio específico-, también se admite la aplicación del marco general de libre

tenemos en cuenta que OSIPTEL ya ha expresado públicamente —como veremos— en más de una oportunidad la Intención de ejercer su potestad regulatoria sobre el particular.

3.2.3. TELEFÓNICA ha actuado dentro de un marco autorizado: sus tarifas mayoristas y el modelo comercial minorista fue aprobado expresamente por OSIPTEL.

Como hemos mencionado, en el año 2000, estaba vigente la redacción original del lineamiento 109 de los Lineamientos de Política de Apertura con el siguiente texto:

"109. TdP tiene, además de las que le resulten de las estipulaciones de los contratos de concesión de que sea titular, las siguientes obligaciones:

a) Someter a aprobación del OSIPTEL, las tarifas de los servicios públicos que ofrece, así como los planes de descuentos y promociones en general. Todas las tarifas y descuentos de TdP y aprobadas por OSIPTEL deberán ser publicadas con anticipación a su puesta en vigencia. Las promociones y ofertas de hasta 3 meses respecto a sus tarifas que hagan los distintos operadores deberán ser comunicadas a OSIPTEL en un plazo de al menos 3 días útiles antes de su difusión.

b) En cumplimiento de las normas que prohíben los subsidios cruzados, las tarifas de TdP de servicios en competencia y que son ofrecidos por sus competidores a través del acceso a las instalaciones esenciales de TdP, estarán sujetas a una prueba periódica de imputación, que consiste en que las tarifas minoristas para servicios en competencia cobradas por TdP, deberán cubrir los costos de prestación del servicio en competencia que incluyan los costos de las instalaciones esenciales." (el énfasis es agregado)

competencia para corregir problemas no cubiertos expresamente por la normativa específica del sector; o para encontrar principios de interpretación que permitan una más adecuada aplicación de la referida normativa.

Esto implica que OSIPTEL aplicará las normas generales de libre competencia en el supuesto que una determinada práctica o conducta no esté tipificada o cubierta de manera expresa por la normalidad específica del sector, pero genere, sin embargo, efectos anticompetitivos. Así por ejemplo, si la normalidad del sector ha establecido expresamente la obligación de interconectarse a algunos operadores, en tales casos carece de sentido evaluar si tal conducta es un supuesto de negativa injustificada a contratar. Pero si para algún bien o servicio la normalidad específica no hubiese previsto algún tipo determinado de obligación, entonces sí deberá recurrirse a las normas del marco general.

Es decir, de acuerdo con la norma señalada TELEFÓNICA se encontraba en la obligación de someter a aprobación de OSIPTEL las tarifas, ya sea regulares o promocionales, de cualquier servicio de telecomunicaciones que prestara, obligación que era independiente de la regulación que sobre el particular se encontraba plasmada en los Contratos de Concesión¹⁹. Sobre la base de esta normativa desde el año 2000 TELEFÓNICA sometió a aprobación de OSIPTEL el diseño comercial de su producto de acceso a Internet via ADSL.

De tal suerte que hasta el momento se han producido tres revisiones del modelo comercial mayorista del ADSL, el cual tiene una indudable relación con el modelo minorista ofertado por nuestra empresa, hasta el punto que sólo este aspecto bastaría para señalar que la regulación desarrollada hasta el momento por OSIPTEL excluye la posibilidad de ofertar una línea ADSL minorista de forma independiente de la línea de telefonía fija.

Hasta el momento se han producido tres revisiones tarifarias del modelo mayorista del ADSL a través de las Resoluciones NNo.: (i) 036-2000-CD/OSIPTEL, (ii) 010-2007-CD/OSIPTEL, y, (iii) 002-2008-CD/OSIPTEL.

a) *La regulación del año 2000.*

Mediante cartas NNo. GGR.651.A-142-00, GGR.651.A-143-00, GGR.651.A-238-00 y GGR.651.A-265-00 del año 2000, TELEFÓNICA, presentó sendas solicitudes para lograr la aprobación de las tarifas máximas fijas aplicables al servicio de transmisión de datos mediante circuitos virtuales ATM con acceso ADSL.

Dichas comunicaciones tuvieron una respuesta favorable por parte de OSIPTEL. Así en el mes de agosto del año 2000, mediante Resolución No. 036-2000-CD/OSIPTEL, se aprobaron las tarifas máximas fijas aplicables a prestaciones de transmisión de datos mediante circuitos virtuales ATM con acceso ADSL de

¹⁹ Este mismo criterio se reiteró en las Resoluciones NNo. 010-2007-CD/OSIPTEL (Revisión de tarifas tope aplicables a prestaciones de transmisión de datos mediante circuitos virtuales ATM con acceso ADSL) y N° 039-2008-PD/OSIPTEL (Revisión de tarifas tope aplicables a prestaciones de transmisión de datos mediante circuitos virtuales ATM con acceso ADSL).

TELEFÓNICA. Sólo una vez obtenida la mencionada aprobación, en el mes de agosto del 2001, TELEFÓNICA empezó a comercializar el servicio de acceso a Internet a través de la tecnología ADSL, modalidad de acceso que hasta dicho momento no se venía brindando en el Perú.

El artículo 1 de la mencionada resolución aprobó tanto las tarifas por el acceso digital asimétrico de cargo del usuario, como por la utilización de la red ATM a ser contratada por las empresas prestadoras de servicios que desearan conectarse con sus respectivos usuarios a través del acceso digital asimétrico de TELEFÓNICA.

El mencionado artículo señala lo siguiente con relación a los abonados que quisieran contratar la oferta comercial de acceso a Internet vía ADSL de TELEFÓNICA con otro operador:

"Las tarifas correspondientes por el acceso digital asimétrico que se establecen en el presente artículo, son aplicables a los abonados que cuenten con una línea telefónica fija contratada, y se aplican de manera adicional e independiente a las tarifas por conexión a la red, instalación y renta básica mensual correspondientes al respectivo servicio telefónico fijo. Adicionalmente, la provisión de servicios por parte de las empresas a que se refiere el párrafo siguiente, con quienes se conecten los referidos abonados, estará sujeta a las tarifas que establezcan dichas empresas." (el énfasis es agregado)

Asimismo, en la Exposición de Motivos de la Resolución mencionada revela que con la introducción de la tecnología ADSL se ofrece a los abonados una suerte de tarifa plana como una nueva alternativa de consumo, la misma que estará disponible para la libre elección de los usuarios. De tal suerte, la estructura tarifaria establecida en la Resolución tarifaria, comprende:

"El acceso digital asimétrico que podrá ser contratado directamente por el abonado titular de una línea telefónica a Telefónica del Perú S.A.A." (el énfasis es agregado)

Abundando sobre materia, OSIPTEL señaló lo siguiente con relación a la novedosa —en aquel entonces— tecnología ADSL:

«(...) constituye una nueva plataforma para la prestación de servicios que requieran un mayor ancho de banda que el tradicional servicio telefónico. Mediante la implementación de esta tecnología, los abonados titulares de una línea telefónica fija, podrán contar con un acceso digital asimétrico. Esto implica poner a disposición del abonado un medio de transmisión que le permitirá una velocidad de "bajada" (de red a usuario) superior a la velocidad de "subida" (de usuario a red), en tanto que la transmisión sobre la línea telefónica se realizará en forma independiente y simultánea a la utilización del servicio de telefonía fija.

La tecnología DSL es una tecnología de módem que transforma las líneas telefónicas en líneas de alta velocidad. ADSL es una de las cuatro tecnologías DSL actuales (HDSL, SDSL, VDSL), las cuales son técnicas de modulación para la transmisión de datos a gran velocidad sobre el par de cobre. A diferencia de los módem en banda vocal que transmiten en la banda de frecuencias usada en telefonía (300 Hz a 3,400 Hz), los módem ADSL operan en un margen de frecuencias mucho más amplio, y que va desde los 24 KHz hasta los 1,104 KHz aproximadamente, siendo la porción de espectro usada para el flujo de datos en sentido de "bajada" mayor que la usada para "subida". Por ello, los módem ADSL, a diferencia de otros módem existentes, permiten efectuar por un mismo medio de transmisión (línea telefónica), y de manera simultánea e independiente, tanto las comunicaciones telefónicas entre usuarios del servicio telefónico, como la transmisión de datos; propiedad ésta que no es posible obtener con un módem convencional, pues este último opera únicamente en banda vocal (de telefonía). La tecnología ADSL requiere la utilización de elementos de filtrado llamados splitters (filtros pasivos pasa altos y pasa bajos) que están tanto en el lado del abonado como en el local donde se encuentra la central de conmutación telefónica.

(...)

Es importante señalar que las tarifas correspondientes por el acceso digital asimétrico que se establecen en la resolución tarifaria aprobada, son aplicables a los abonados que cuenten con una línea telefónica fija contratada, y se aplican de manera adicional e independiente a las tarifas por conexión a la red, instalación y renta básica mensual correspondientes al respectivo servicio telefónico fijo. Adicionalmente, la provisión de servicios por parte de las empresas con quienes se conecten los abonados, estará sujeta a las tarifas que establezcan dichas empresas.» (el énfasis es agregado)

Asimismo, con relación a la estructura tarifaria aprobada la mencionada Resolución señala lo siguiente:

«La estructura tarifaria establecida en la resolución tarifaria aprobada, comprende los siguientes conceptos:

1. El acceso digital asimétrico que podrá ser contratado directamente por el abonado titular de una línea telefónica a Telefónica del Perú S.A.A.; y
2. La utilización de la red ATM, que será contratado por las empresas prestadoras de servicios que deseen conectarse con sus respectivos usuarios a través del acceso digital asimétrico.» (el énfasis es agregado)

Con lo expuesto queda claro no sólo que el modelo de comercialización de acceso a Internet vía ADSL de TELEFÓNICA fue revisado por OSIPTEL en su oportunidad, sino también que fue el propio regulador el que reconoció que para la prestación del mencionado servicio era necesario de forma inequívoca ser titular de una línea telefónica y que, por tal hecho, se debían abonar los conceptos por conexión a la red, instalación y renta básica mensual correspondientes al respectivo servicio telefónico fijo.

b) *La regulación del año 2007.*

En el año 2007, OSIPTEL mediante Resolución No. 010-2007-CD/OSIPTEL²⁰ procedió a revisar las tarifas tope por las prestaciones de transmisión de datos mediante circuitos virtuales ATM con acceso ADSL. En dicha oportunidad, realizó una descripción de los diferentes servicios de banda ancha y en particular del servicio de ADSL. Nuevamente, como ocurriera en anterior oportunidad, el Regulador volvió a señalar la dependencia del servicio de acceso a Internet vía ADSL de una línea telefónica. Reproducimos a continuación lo señalado por OSIPTEL en la oportunidad mencionada:

“La provisión de banda ancha se puede realizar a través de (i) Líneas dedicadas alámbricas convencionales, (ii) Línea asimétrica digital de abonado (ADSL, Asymmetric Digital Subscriber Line), (iii) Cable módem, y (iv) Acceso inalámbrico. La tecnología DSL hace uso del par de cobre de la línea telefónica convencional para la transmisión de datos. El acceso asimétrico (ADSL) es la variante DSL más comercializada para el acceso de banda ancha en hogares y

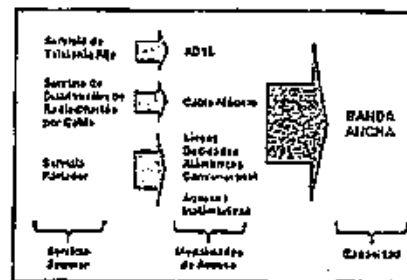
²⁰ Cuyo artículo 1 quedó sin efecto a partir del 21 de marzo de 2007 y suspendidos los efectos de sus artículos 2 al 10 por efecto de la Resolución No. 030-2007-CD/OSIPTEL que declaró parcialmente fundado el recurso especial interpuesto por TELEFÓNICA contra la Resolución No. 010-2007-CD/OSIPTEL presentado el 11 de abril de 2007.

empresas, basándose en el concepto de que la mayoría de los usuarios residenciales descargan una cantidad de datos mucho mayor de la que envían. En este sentido considerando el número de abonados de telefonía fija que existen, y teniendo en cuenta las consideraciones técnicas (tipo de línea telefónica) y de mercado (números de PCs e ingresos por hogar), existe todavía espacio para el crecimiento de accesos a banda ancha mediante ADSL.

El acceso a la banda ancha se sustenta en que existe un medio (modalidad de acceso) mediante el cual dicho acceso se soporta, siendo éste a su vez parte de la red de un servicio público de telecomunicaciones. Ello se puede esquematizar en el gráfico No. 5.

Según se observa en el gráfico, el ADSL se soporta sobre la red del servicio de telefonía fija local convencional, concretamente usando los pares de cobre usados en esta red; para el caso del Cable módem, el soporte es la red híbrida coaxial-fibra (HFC) usado por el servicio de distribución de radiodifusión por cable; y para el caso de las líneas dedicadas alámbricas convencionales y los accesos inalámbricos se usan las diversas redes de datos que soportan el servicio portador. De esta manera, existen restricciones legales, por el lado de las concesiones que autorizan la implementación de las redes que sirven de soporte. Asimismo, existen restricciones técnicas naturales por el lado de que un tipo de red pueda soportar una modalidad de acceso de banda ancha compatible (en ese sentido, si una empresa optó por implementar una red de telefonía fija convencional, sólo podría ofrecer banda ancha a través de ADSL).

Gráfico N° 5: Esquema de Provisión de Acceso a Banda Ancha



Elaboración: Gerencia de Políticas Reguladas - OSIPTEL

(el énfasis es agregado)

En esta oportunidad, OSIPTEL no sólo reconoce de la identidad entre la red de telefonía fija y el servicio de ADSL, sino que adicionalmente establece que para poder brindar este último servicio es necesario también contar con las concesiones necesarias del servicio que sirve de soporte. Así, si una empresa ha optado únicamente por desarrollar una red de telefonía fija, OSIPTEL reconoce

que sólo se podrá brindar el servicio de acceso a Internet de banda ancha vía una conexión ADSL.

Tal como ocurriera en anterior oportunidad el artículo 1 de la Resolución No. 010-2007-CD/OSIPTEL señaló lo siguiente con relación a quienes quisieran contratar la oferta comercial regulada de acceso a Internet vía ADSL de TELEFÓNICA:

«Las tarifas correspondientes por el acceso digital asimétrico (ADSL) que se establecen en el presente artículo, son aplicables a los abonados que cuenten con una línea telefónica fija contratada con la empresa Telefónica del Perú S.A.A., y se aplican de manera adicional e independiente a las tarifas por instalación y renta mensual correspondientes al respectivo servicio telefónico fijo. Adicionalmente, las empresas a que se refiere el párrafo siguiente, establecerán las tarifas a los abonados a los cuales estén conectados, para la prestación de diversos servicios tales como, servicios de acceso a Internet, televigilancia, teletrabajo, acceso a bases de datos, entre otros.» (el énfasis es agregado).

Asimismo, el Informe N° 008-GPR/2007 que sustentó la Resolución No. 010-2007-CD/OSIPTEL señaló lo siguiente respecto de cómo es que el ADSL se soporta sobre el servicio de telefonía local:

«El acceso a la banda ancha se sustenta en que existe un medio (modalidad de acceso) mediante el cual dicho acceso se soporta, siendo éste a su vez parte de la red de un servicio público de telecomunicaciones. Ello se puede esquematizar en el gráfico N° 37. De acuerdo a este gráfico, el ADSL se soporta sobre la base del servicio de telefonía fija local (concretamente solo usa la planta externa de la red de este servicio); para el caso del Cable módem es el servicio de distribución de radiodifusión por cable; y para el caso de las líneas dedicadas alámbricas convencionales y los accesos inalámbricos es el servicio portador. De esta manera, existen restricciones legales, por el lado de las concesiones que autorizan la implementación de las redes que sirven de soporte.» (el énfasis es agregado)

Nuevamente, fue el propio OSIPTEL quien a partir de una decisión de su órgano colegiado más autorizado quien reconoció que el servicio de acceso a Internet vía ADSL está íntegramente ligado y por ende vinculado al servicio de telefonía fija.

a) *La regulación del año 2008.*

Como señalamos, en marzo de 2007, mediante Resolución No. 010-2007-CD/OSIPTEL, se establecieron las tarifas tope máximas fijas aplicables a prestaciones de transmisión de datos mediante circuitos virtuales ATM con acceso ADSL provistas por TELEFÓNICA. No obstante, dicha resolución fue dejada parcialmente sin efecto o suspendidos sus efectos por Resolución No. 030-2007-CD/OSIPTEL. En virtud de esta última decisión OSIPTEL dispuso nuevamente la publicación de la propuesta de tarifas tope máximas fijas. Producto de este proceso, el 14 de marzo de 2008 se aprobó la Resolución No. 039-2008-PD/OSIPTEL que aprobó las tarifas tope aplicables a prestaciones de transmisión de datos mediante circuitos virtuales ATM con acceso ADSL.

Nuevamente, como en los dos casos anteriores la mencionada Resolución señaló lo siguiente:

«Las tarifas correspondientes por el acceso digital asimétrica (ADSL) que se establecen en el presente artículo, son aplicables a los abonados que cuenten con una línea telefónica fija contratada con la empresa Telefónica del Perú S.A.A., y se aplican de manera adicional e independiente a las tarifas por instalación y renta mensual correspondientes al respectivo servicio telefónico fijo. Adicionalmente, las empresas a que se refiere el párrafo siguiente, establecerán las tarifas a los abonados a los cuales estén conectados, para la prestación de diversos servicios tales como, servicios de acceso a internet, televigilancia, teletrabajo, acceso a bases de datos, entre otros.» (el énfasis es agregado).

La sola lectura de las resoluciones precedentes, de sus exposiciones de motivos y de los informes que las sustentaron nos lleva a una conclusión bien distinta a la que arriba el Informe Instructivo respecto de la racionalidad –y por lo tanto de su negativo efecto competitivo- de la venta conjunta del servicio Speedy con el servicio de telefonía. Si bien es cierto que la regulación citada es en esencia una regulación mayorista destinada a permitir promover la competencia, no es menos cierto que carece de mayor sentido que OSIPTEL estableciera una regla en dicho mercado mientras que implícitamente entendía que otras reglas eran las que debían plasmarse en el mercado aguas abajo. Es decir, si toda la regulación mayorista librada por OSIPTEL hasta el momento reconoce explícitamente que los

operadores alternativos a TELEFÓNICA únicamente pueden competir con TELEFÓNICA en el mercado de teléfonos fijos por ella operados, resulta totalmente contradictorio que la misma regulación la habilite a desplegar su oferta comercial en un mercado mucho mayor y sin ninguna presión competitiva por parte de los operadores alternativos. A desarrollar este y otros puntos destinares las siguientes líneas.

3.2.4. El Informe Instructivo niega lo evidente: "la oferta mayorista de ADSL es siempre sobre una línea fija de TELEFÓNICA".

Como hemos señalado el Informe Instructivo señala que la regulación del ADSL citada por TELEFÓNICA no sería aplicable para el presente caso, y por ende al tratarse de un aspecto no contemplado por la regulación se reclama la competencia de los organismos de solución de controversias de OSIPTEL. Básicamente el instructivo sostiene lo siguiente sobre el particular:

«(...) de la regulación de ADSL vigente, no se desprende que se habilite a TELEFÓNICA a proveer el servicio de acceso ADSL condicionándolo a la contratación de una línea telefónica fija. A mayor abundamiento debe resaltarse que las normas invocadas por TELEFÓNICA regulan dos servicios portadores, no obstante en el presente caso se investiga a TELEFÓNICA por la venta atada de un servicio de valor añadido como lo es el acceso a Internet. Así, se evidencia que las normas invocadas no imponen determinado mecanismo de comercialización respecto de un servicio de valor añadido, sino que fijan tarifas topes por un servicio portador.» (énfasis en el original).

En línea coincidente con la glosa anterior se indica lo siguiente:

«Finalmente, debe enfatizarse que de la revisión de las resoluciones invocadas por TELEFÓNICA, no se desprende que éstas la hayan habilitado para condicionar la provisión del acceso ADSL a la contratación de una línea telefónica fija con ellos [sic]. Por lo que, al no constituir la práctica bajo análisis un supuesto de aplicación del principio de supletoriedad, las instancias de controversias son competentes para la evaluación de la presunta práctica de "venta atada por parte de TELEFÓNICA.»

Discrepamos abiertamente con la posición detallada por la Secretaría Técnica sobre el particular.

De forma contradictoria con el Informe Instructivo todas las resoluciones tarifarias de) ADSL incorporan -palabras más o palabras menos- el párrafo siguiente:

«Las tarifas correspondientes por el acceso digital asimétrico (ADSL) que se establecen en el presente artículo, son aplicables a los abonados que cuenten con una línea telefónica fija contratada con la empresa Telefónica del Perú S.A.A., y se aplican de manera adicional e independiente a las tarifas por instalación y renta mensual correspondientes al respectivo servicio telefónico fijo.» (el énfasis es agregado).

Lo señalado sobre el particular no deja espacio para la duda, la provisión del ADSL alternativo regulado sólo puede ser provisto allí donde existe una línea de telefonía fija provista de TELEFÓNICA. Contrario sensu, si no está habilitada la conexión telefónica fija este operador alternativo no puede brindar el servicio de ADLS.

Tan cierto es que el modelo de comercialización del ADSL mayorista está referido únicamente a la planta de telefonía fija de TELEFÓNICA, que el modelo de costos empleado por OSITPEL no remunera todo el tramo correspondiente al bucle de abonado sino, según el Informe que respalda la regulación del 2008, únicamente los siguientes elementos: (i) elementos directamente atribuibles a la red de acceso que representan el 27,2% del costo total de la red (costos variables); y, (ii) elementos directamente relacionados con la red ATM representan el 72,8% (costos fijos). Ello en la medida que los elementos no directamente atribuibles a la red de acceso son retribuidos a con la instalación y renta mensual correspondientes al respectivo servicio telefónico fijo. Este -y no otro- ha sido el modelo de comercialización -mayorista y minorista- que TELEFÓNICA pudo a consideración de OSITPEL desde el año 2000 y que ahora sin mayor sustento se pretende modificar e incluso calificarlo de anticompetitivo.

No obstante, al momento de rebatir los argumentos de nuestra empresa contemplados en nuestro escrito de contestación de cargos, el Informe Instructivo no reserva una sola línea a explicar cuál sería entonces la razón por la cual se

obliga a los operadores alternativos a TELEFÓNICA a proveer el servicio de ADSL sólo sobre una de nuestras líneas; al tiempo que se nos estaría habilitando a comercializar conexiones de acceso a Internet vía ADSL a todo aquel que lo solicite, sin necesidad de contar con el requisito de una línea telefónica. Es decir, cuál es la razón lógica para señalar que mientras el mercado del ADSL alternativo se circunscribe únicamente a la planta de telefonía fija en servicio de nuestra empresa (acceso ADSL "atado" al de telefonía para utilizar los términos del Informe Instructivo), mientras que se permite a TELEFÓNICA a recurrir a un universo de posibles contratantes considerablemente mayor, es decir, a servir a cualquier persona que lo solicite independientemente de si ha contratado o no, el mencionado servicio telefónico fijo.

La respuesta a esta interrogante es obvia, al modelar el mercado mayorista sólo respecto de la planta de telefonía fija de TELEFÓNICA en el servicio se está también diseñando implícitamente el mecanismo de comercialización minorista, el cual en virtud del principio de la más elemental congruencia, no puede estar regido por reglas distintas. Entender lo contrario pondría a TELEFÓNICA en una situación inalcanzable para los operadores alternativos, en la medida que ésta podría atacar a un universo de abonados considerablemente mayor, lejos de cualquier tipo de presión competitiva.

En dicho sentido, es claro que la decisión respecto de la pertinencia de permitir a TELEFÓNICA comercializar su ADSL sin la necesidad de contar con una línea telefónica no es una decisión que le corresponda en este momento a los órganos de solución de controversias, sino únicamente a las instancias de línea de OSITPEL que fueron finalmente quienes diseñaron y modelaron el mecanismo de comercialización del producto mayorista -y por ende también minorista- en el mercado peruano.

- 3.2.5. El Informe Instructivo sostiene explícitamente que una regulación mayorista pro competitiva permite unas condiciones minoristas anticompetitivas.

El Informe Instructivo acierta cuando señala que la regulación tarifaria emitida por OSIPTEL con relación al ADSL de TELEFÓNICA está orientada a establecer tarifas aplicables a otras empresas proveedoras del servicio de acceso a Internet, a fin de garantizar que TELEFÓNICA no obtenga beneficios indebidos de su condición de operadora de telefonía fija.

En dicha línea se pronuncia, por ejemplo, el Informe No. 046-GPR/2006, elaborado con ocasión de la última revisión de las tarifas del ADSL. En dicha oportunidad la Gerencia de Políticas Regulatorias señaló lo siguiente:

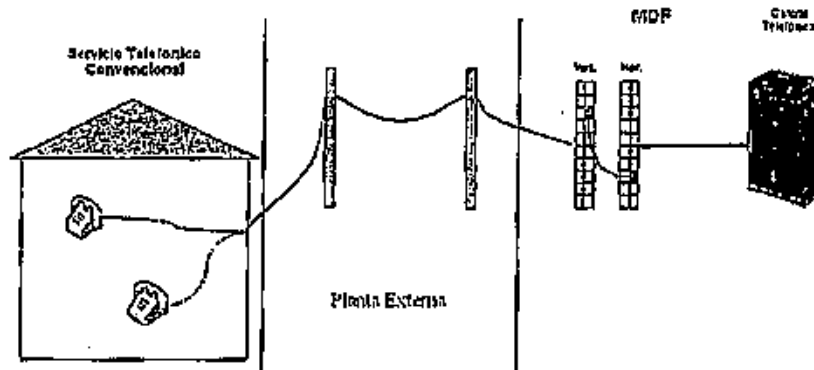
«El Numeral 12 de los Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones del Perú, aprobados mediante Decreto Supremo No. 020-98-MTC, señala como políticas de tarifas: (i) la tendencia a desregular las tarifas de todos los servicios que reflejen condiciones de competencia efectiva; (ii) la regulación de las tarifas de los operadores dominantes, a través de precios tope, en aquellos mercados donde existan tales operadores; y (iii) evaluar el establecimiento de topes a los precios de las otras empresas que prestan un determinado servicio, en situaciones en las que no existe una competencia efectiva en dicho servicio, de acuerdo a la Ley de Telecomunicaciones.

En ese contexto, el procedimiento de regulación tarifaria de la prestación de la transmisión de datos mediante circuitos virtuales ATM con acceso ADSL, consiste en revisar la referida tarifa máxima de manera que esté orientada a costos. Considerando que dicho servicio es importante porque permite a otros operadores de telecomunicaciones acceder de manera indirecta a los usuarios conectados a la red telefónica fija, la regulación de la referida tarifa tope busca promover una mayor competencia en la prestación de los diversos servicios de telecomunicaciones.» (el énfasis y subrayado es agregado).

Si convenimos con el Informe Instructivo en el sentido que la regulación del ADSL alternativo sobre la red de TELEFÓNICA de los años 2000, 2007 y 2008 tiene como razón principal, «establecer tarifas aplicables a otras empresas proveedoras del servicio de acceso a Internet, a fin de garantizar que TELEFÓNICA no obtenga

Gráfico N° 1

Red de acceso

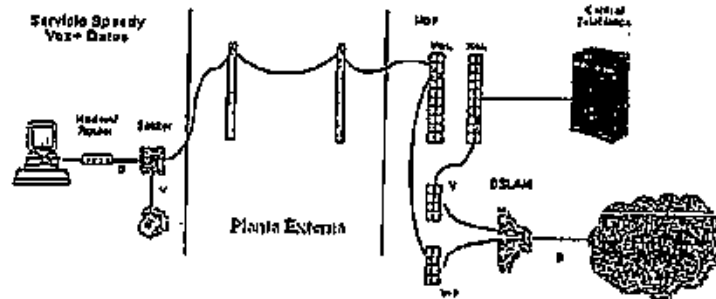


Fuente: Elaboración propia

La tecnología de acceso a Internet DSL (*Digital Subscriber Line* - Línea de suscripción digital) permite brindar acceso a banda ancha sobre la red de acceso de la red de telefonía convencional que forma parte de la red pública de telecomunicaciones. La tecnología DSL más utilizada para la prestación de servicios de acceso a Internet es la ADSL (*Asymmetric Digital Subscriber Line* o línea de suscripción digital asimétrica). Esta tecnología tiene como principal característica que permite otorgar a los abonados velocidades de bajada mayores a las de subida. Para ello, es necesario darle una utilidad al par de cobre telefónico tradicional, los datos se transmiten en un rango de frecuencia más alto que el utilizado para la voz, evitando la interferencia mutua. La implementación de la tecnología DSL requiere la habilitación de un modem DSL en el sitio del abonado y un equipo del tipo DSLAM (*Digital Subscriber Line Access Multiplexer* o Multiplexor de línea de acceso digital del abonado) en la central del operador.

Gráfico N° 2

Red de acceso con ADSL



Fuente: Elaboración propia

Como puede apreciarse en las figuras 1 y 2, la planta externa, par de cobre o bucle de abonado constituye una infraestructura común a ambos servicios (telefonía y acceso a Internet), de modo que no es posible brindar el servicio de ADSL si antes no se han desplegado el tradicional par de cobre telefónico, mientras que –hay que advertirlo–, el servicio de telefonía fija no necesita de ninguna de las infraestructuras del ADSL preexistente. Para decirlo de la forma más sencilla posible, el servicio de acceso a Internet a través de la tecnología ADSL se soporta básicamente en la red de la telefonía fija.

En concordancia con lo señalado, el Informe No. 046-2006/GPR (Revisión de Tarifas de Prestaciones de Transmisión de Datos Mediante Circuitos Virtuales ATM con Acceso ADSL) señala lo siguiente:

«Las tecnologías xDSL hacen uso de las capacidades de ancho de banda del par de cobre que no son utilizadas para la transmisión de señales de voz, las cuales sólo utilizan 4 kilohertz. Mediante la instalación de un módem en el local de usuario y otro en la central del operador de la red se puede utilizar el mayor ancho de banda disponible en el par de cobre, alcanzando velocidades de transmisión del orden de los Mega bits por segundo. Asimismo, la compartición del par de cobre del bucle de abonado con el servicio de telefonía fija es posible a través de la utilización de un dispositivo denominado splitter.» (el énfasis es agregado).

Por otro lado, el Informe No. 008-2007/GPR (Revisión de Tarifas de Prestaciones de Transmisión de Datos Mediante Circuitos Virtuales ATM con Acceso ADSL) nos dirá algo similar:

«Las tecnologías xDSL hacen uso de las capacidades de ancho de banda del par de cobre que no son utilizadas para la transmisión de señales de voz, las cuales sólo utilizan 4 kilohertz (kHz). Mediante la instalación de un módem en el local de usuario y otro en la central del operador de la red se puede utilizar el mayor ancho de banda disponible en el par de cobre, alcanzando velocidades de transmisión del orden de los Megabits por segundo (Mbps).

Asimismo, la compartición del par de cobre del bucle de abonado entre el servicio de transmisión de datos y el servicio de telefonía fija es posible a través de la utilización de un dispositivo denominado splitter. Este dispositivo actúa como un filtro de frecuencias que separa las de baja frecuencia del servicio telefónico de las de alta frecuencia del servicio de transmisión de datos ADSL.» (el énfasis es agregado)

Asimismo, este último documento añadirá lo siguiente:

«La información digital emitida por las fuentes en ambos extremos del tramo ADSL son las señales que modulan a las subportadoras mencionadas y todo ello constituye el medio portador ADSL. Por ello, debe quedar claro que se trata de un medio portador donde se comparte solamente el medio alámbrico preexistente, que es el bucle de abonado.»

El propio Informe Instructivo reconoce --aunque de una forma un tanto críptica-, que para poder ofrecer el servicio de acceso a Internet a través de la tecnología ADSL es necesario contar con un par de cobre que lo soporte:

«La tecnología DSL (Digital Subscriber Line) permite transmitir voz y datos mediante líneas telefónicas alámbricas, utilizando para ello el par de cobre pero a través de diferentes frecuencias. Existen varios tipos de tecnologías DSL, siendo la más conocida la tecnología ADSL (Asymmetric Digital Subscriber Line), la cual permite asignar al usuario un mayor ancho de banda para transmitir información desde la red hacia el computador (downstream) que desde el computador hacia la red (upstream).»

De lo expresado por OSIPTEL, debemos concluir en el hecho que no es materia de disputa que para la provisión del servicio de acceso a Internet vía la tecnología ADSL es necesario la preexistencia de un circuito telefónico, par de cobre o bucle de abonado. La pregunta que debemos hacernos llegados a este punto, es si es

los Contratos de Concesión de TELEFÓNICA no regulan de alguna cómo es que se provee una conexión telefónica o circuito telefónico y si éste servicio debe ser remunerado.

3.2.6.1. Los Contratos de Concesión de TELEFÓNICA regulan como es que debe proveerse (y remunerarse) un circuito telefónico.

Como se sabe, mediante el Decreto Supremo No. 011-94-TCC publicado el 15 de mayo de 1994 el Estado peruano aprobó los Contratos de Concesión que celebrarían Entel Perú S.A y CPT S.A. (hoy TELEFÓNICA) para la prestación de servicios portadores y telefónicos y de larga distancia nacional e internacional así como la prestación de servicios portador y telefónico local, respectivamente (en adelante los Contratos de Concesión)²¹.

La cláusula 9, sección 9.01 literal "a" numeral i) de los contratos de concesión, establece las categorías de servicios sujetos a regulación de tarifas ("servicios regulados"). Entre dichos servicios se incluye la "prestación de una conexión de servicio de telefonía fija local a ser cobrada mensualmente", tal como podemos observar del siguiente extracto de los contratos:

«Sección 9.01: Servicios Regulados.»

(a) Categorías de SERVICIOS REGULADOS. Los SERVICIOS PUBLICOS DE TELECOMUNICACIONES que están sujetos a regulación de TARIFAS ("SERVICIOS REGULADOS") se clasifican como sigue:

(i) SERVICIOS DE CATEGORIA I:

- Establecimiento de una nueva conexión de SERVICIO DE TELEFONIA FIJA LOCAL a ser cobrada a través de un CARGO UNICO DE INSTALACION;
- Prestación de una conexión de SERVICIO

²¹ El contrato de concesión celebrado con CPT tenía por objeto la prestación del servicio portador y del servicio telefónico local en las ciudades de Lima y Callao. Por su parte, el contrato de concesión celebrado con ENTEL tuvo por finalidad la prestación del servicio portador, del servicio telefónico local y del servicio de larga distancia nacional e internacional en el territorio de la República del Perú, sin incluir las ciudades de Lima y Callao.

DE TELEFONIA FIJA LOCAL a ser cobrada mensualmente:

- LLAMADAS TELEFONICAS LOCALES;
- LLAMADAS TELEFONICAS DE LARGA DISTANCIA NACIONAL;
- LLAMADAS TELEFONICAS INTERNACIONALES.»

Nótese que la Cláusula 9 de los Contratos de Concesión de TELEFÓNICA no sólo establecen el derecho de nuestra empresa de cobrar por el servicio de telefonía sino que adicionalmente refieren al derecho de que se remunere la conexión del servicio de telefonía fija local.

Para determinar el significado correcto del término conexión, recurrimos a lo señalado sobre el particular por UIT (*International Telecommunication Union - Unión Internacional de Telecomunicaciones*; en adelante, UIT). Así, la Recomendación 112 de la UIT define lo que es una conexión. Tal Recomendación señala que se entiende por conexión a lo siguiente:

"(...) asociación temporal de canales o circuitos, equipos de conmutación y otras unidades funcionales, establecidas para hacer posible la transferencia de información entre dos o más puntos de una red de telecomunicación".²²

Es decir, de acuerdo con lo señalado en los Contratos de Concesión, TELEFÓNICA tiene derecho a percibir una remuneración mensual por la conexión de un circuito telefónico, esto es, por aquella infraestructura que posibilita la prestación del servicio telefónico, independientemente de si éste es utilizado o no; y, que en el caso particular permite cubrir los costos de equipos, instalaciones, disponibilidad permanente de la línea, preservación de condiciones operativas en la red y planta externa y reposición de los equipos.

Es claro, entonces, que la cláusula 9, sección 9.01, literal a, numeral i) de los Contratos de Concesión al referirse a la "prestación de una conexión de servicio de telefonía fija local a ser cobrada mensualmente" está haciendo alusión a un

²² Vid. CREMADES, Javier. *Telecomunicaciones 1000 conceptos básicos*. Editorial La Ley, diciembre, 2000. Pág. 58.

legislativas, a lo largo del lapso de duración del contrato.²³ En el caso específico de los Contratos de Concesión que TELEFÓNICA suscribió con el Estado peruano, éstos tienen el carácter de contrato-ley en virtud de lo establecido en la Ley que Dispone la Desmonopolización Progresiva de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones de Telefonía Fija Local y de Servicios Portadores de Larga Distancia, Ley No 26285 (en adelante, Ley de Desmonopolización Progresiva).

Así pues, es claro que los contratos de concesión de TELEFÓNICA son contratos-ley. Sin embargo, resulta necesario detallar qué implicancias trae consigo esta determinación. En ese sentido, la principal consecuencia de este precepto resulta la absoluta imposibilidad de modificación legislativa de dichos acuerdos, así como su consagración en todas las esferas de la economía. En efecto, se impide la dación de normas imperativas que modifiquen los términos del contrato-ley. Es decir, nos encontramos ante un contrato en el que ninguna de las partes puede modificar unilateralmente los términos pactados. En este caso el Estado, en ejercicio de su *ius imperium*, se obligó a no modificar los términos contractuales por ley a efectos de brindar seguridad jurídica a los particulares.²⁴

En lo que concierne al carácter de estos contratos, el artículo 39º del Decreto Legislativo No. 757 señala lo siguiente:

«(...) los convenios de estabilidad jurídica se celebran al amparo del artículo 1357º del Código Civil y tienen la calidad de contratos con fuerza de Ley, de manera que no pueden ser modificados o dejados sin efecto unilateralmente por el Estado. Tales contratos tienen carácter

23 Constitución

Artículo 62o.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.

24 Vid. AMADO, José Daniel y Luis MIRANDA. *La seguridad jurídica en la contratación con el Estado: El contrato-ley*. En: Themis, No. 33, Pág. 17; DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. *El Régimen de los Contratos Estatales en el Perú*. En: Revista de Derecho Administrativo. Número 2, Pág. 29. KRESALJA R. Baldo. *El rol del Estado y la gestión de los servicios públicos*. En: Themis, No. 39, Pág. 27; PINILLA CISNEROS, Antonio. *Los contratos-ley en la legislación peruana*. Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, Lima: 1999; y, ZEGARRA VALDIVIA, Diego. *El contrato ley*. Gaceta Jurídica Editores. Lima: 1997.

civil y no administrativo, y sólo podrán modificarse o dejarse sin efecto por acuerdo entre las partes». (el énfasis es agregado).

Por lo tanto, se trata de figuras legales que aún cuando pertenecen al Derecho público y nacen de normas públicas, se regulan en su ejecución por el Derecho civil.

Resulta de lo más pertinente recordar lo señalado al respecto por nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia que resolvió el caso planteado por Congresistas de la República (STC 005-2003-A/TC) respecto de la inmodificabilidad de los Contratos de Concesión de TELEFÓNICA:

"32. En el segundo párrafo del artículo 62° de la Norma Suprema se ha constitucionalizado el denominado "contrato-ley" (...).

Mediante el contrato-ley, en efecto, los Estados han previsto fórmulas contractuales mediante las cuales se ha otorgado a los co-contratantes ámbitos de seguridad jurídica, a fin de favorecer la inversión privada dentro de sus economías.

"34. (...) De manera que, en abstracto, no existe una limitación para que el Estado, mediante el contrato-ley, sólo extienda las garantías que se derivan de su suscripción al ámbito tributario o jurídico. Puede perfectamente extenderse, dentro de los límites que la Constitución y la ley fijen, a todas las cláusulas contractuales, en aquellos casos en los que el contrato-ley constituya un contrato administrativo, precisamente con el objeto de que, con posterioridad a su suscripción, el Estado no invoque la existencia de una cláusula exorbitante y se desvincule de los términos contractuales pactados

(...);

"35. En ese orden de ideas, este Tribunal precisa que no sólo gozan de inmodificabilidad las cláusulas que compongan el contrato-ley, cuando así se acuerde, sino también el estatuto jurídico particular fijado para su suscripción. Es decir, tanto la legislación a cuyo amparo se suscribe el contrato-ley, como las cláusulas de este último. Ello es producto de una interpretación sistemática de los dos párrafos del artículo 62° de la Constitución. Por un lado, de conformidad con la primera parte de dicho precepto constitucional, y no sólo respecto a los términos contractuales que contenga el contrato-ley, sino, en general, para todo término contractual, éstos "no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase (...)" (el énfasis es agregado).

Este principio ha sido recogido por numerosos Tribunales Arbitrales, los cuales - en aplicación de la Clausula 21 de los Contratos de Concesión han resuelto las disputas entre TELEFÓNICA y el Estado peruano respecto de interpretación o ejecución de los mencionados acuerdos.²⁵ En particular, nos referimos a los casos arbitrales seguidos por Telefónica del Perú contra OSIPTEL (Expediente No. 537-124-2001) sobre la aplicación del Factor de Productividad, Telefónica del Perú contra OSIPTEL y el MTC (Expediente No. 562-149-2001) sobre aplicación de cargos de Interconexión, y Telefónica del Perú contra OSIPTEL (Expediente No. 1430-062-2008). Laudos que al haber sido consentidos o siendo materia de acción de anulación del laudo Ante el Poder Judicial, su validez fue ratificada por el órgano jurisdiccional.

Así, el Laudo Arbitral que resolvió el caso arbitral Telefónica contra OSIPTEL (Expediente No. 537-124-2001) señaló lo siguiente sobre la función del los contratos-ley en el ordenamiento legal peruano:

«Los contratos-ley son mecanismos a través de los cuales el Estado, por permitirle así la constitución política de 1993, puede otorgar a un particular determinadas seguridades y garantías. Para lograrlo, la Constitución concede a tales contratos un régimen jurídico particular -de superior jerarquía al conferido a cualquier contrato privado (que sólo pueden versar sobre materias libradas a la autonomía privada) que hace inalterables los pactos convenidos en el momento del contrato, aún cuando ellos se refieran a materias de ius imperium del Estado. En ese sentido, aún cuando fueren modificadas las normas "aseguradas" o "garantizadas" por leyes posteriores, esto es, por acto del Estado durante la vigencia del contrato, al contratante no le será aplicable tal modificación.»

(...)

²⁵ Contratos de Concesión

CLAUSULA 21

ARBITRAJE

Sección 21.01: Sometimiento

Cualquier controversia que surja de o en conexión con este CONTRATO, su interpretación o ejecución, incluyendo cualquier aspecto relativo a su existencia, validez o terminación, será resuelto amistosamente por las PARTES y en caso éstas partes no llegaran a un acuerdo satisfactorio en el proceso de conciliar, la o las materias en controversia serán finalmente resueltas mediante arbitraje administrado por la Cámara de Comercio de Lima.

Ambas PARTES convienen en que el procedimiento arbitral no será iniciado o este no prosperará, para las controversias relativas a una materia o en relación a un asunto que pueda estar o esté pendiente de solución conforme a los procedimientos que este mismo CONTRATO establece.

Es precisamente el último de los párrafos citados (refiriéndose a una cita de la Sentencia del Tribunal Constitucional glosada anteriormente), que está contenido en el Considerando 34, el que define con mayor claridad lo que constituye la esencia de los CONTRATOS DE CONCESIÓN en cuanto que contratos-ley. En efecto, en la medida en que las disposiciones contenidas en los CONTRATOS DE CONCESIÓN estuvieron destinadas a brindar seguridades con el objeto de promover la inversión privada en el ámbito de las telecomunicaciones, la garantía de inmodificabilidad por norma posterior se extiende a todas las obligaciones y derechos contractuales, incluyendo la facultad de fijación tarifaria regulada en la Clausula 9 de los CONTRATOS DE CONCESIÓN. (el texto entre corchetes y el énfasis es agregado)

Esta posición ha sido reconocida sin ambages también por el Poder Judicial. En particular, conviene recordar la sentencia recaída en el caso seguidos por OSIPTEL contra Telefónica del Perú (Expediente No. 15-2011) por anulación de laudo arbitral donde se puede apreciar el texto siguiente:

«El artículo tercero de la Ley 26285 dispone que los Contratos de Concesión que celebra el Estado para la prestación de Servicios Públicos de Telecomunicaciones tiene [sic] el carácter de Contrato – Ley, en tal sentido el artículo 62 de la Constitución del Estado establece que mediante contrato-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente; de manera que cuando el Estado otorga garantías y seguridades se despoja de este modo de sus potestades ius imperium [sic] relacionadas en este caso, con la prestación del servicio público.»

De la misma opinión es OSIPTEL quien por ejemplo en su comunicación No. 373-PD.GCC/2003, dirigida al entonces Congresista de la República Mario Ochoa Vargas, el 15 de octubre de 2003 señaló lo siguiente sobre el particular:

«La Ley No. 26285 estableció que los contratos en virtud de los cuales se otorgasen concesiones para la prestación de servicios de telecomunicaciones, tendrán carácter de Contratos-Ley. En tal sentido, los contratos de concesión celebrados el 16 de mayo de 1994 entre el Estado peruano y TdP tienen el carácter de Contratos Ley.»

En las páginas siguientes veremos cómo es que los Contratos de Concesión –de naturaleza inmodificable– son de la mayor relevancia para entender cuales fueron las razones que empujaron a OSIPTEL a regular de la forma que lo hizo la provisión de un acceso a Internet a través de la tecnología ADSL.

3.2.6.3. OSIPTEL ha reconocido expresamente que TELEFÓNICA tiene derecho a que se le remunere por la conexión a la red.

Cabe recordar algunos pronunciamientos adicionales relacionados con la racionalidad y necesidad de remunerar la provisión de un circuito telefónico, independientemente de uso que se le otorgue.

Así, mediante comunicación No. C.102-PD.GCC/2002 dirigida al Congresista de la República Jacques Rodrich Ackerman el 25 de febrero de 2002 señaló que los Contratos de Concesión de TELEFÓNICA contienen un concepto tarifario (renta mensual) que cubre los costos fijos en los que la empresa incurre al tener disponible para cada abonado los equipos e instalaciones necesarios para efectuar y recibir llamadas telefónicas y mantener estos equipos actualizados tecnológicamente. Asimismo, dicha comunicación hace hincapié en el hecho que TELEFÓNICA incurre en estos costos aún cuando el abonado no utiliza el teléfono y por lo tanto es necesario remunerarlos.

«La renta mensual (...) es un concepto tarifario establecido en los Contratos de Concesión, los mismos que fueron otorgados dentro del marco del proceso de privatización de la CPT y ENTEL, llevado a cabo por el Comité Especial de Promoción de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (CEPRI – Telecom), creado por la Comisión de Promoción de la Inversión Privada (COPRI) en 1992. La renta mensual (...) los costos fijos en los que la empresa incurre al tener disponible para cada abonado los equipos e instalaciones necesarios para efectuar y recibir llamadas telefónicas y mantener estos equipos actualizados tecnológicamente. La empresa incurre en estos costos aún si el abonado no utiliza el teléfono.» (el énfasis es agregado)

Asimismo, la comunicación No. 373-PD.GCC/2003 citada en el título anterior advirtió lo siguiente:

«El pago de una contraprestación por el derecho a hacer uso del servicio. Independientemente de su se hacen o no llamadas, es similar al pago de la renta en un contrato de arrendamiento donde el inquilino paga por el derecho a usar el bien independientemente si lo usa o no (imaginemos a alguien que vive en un departamento arrendado en Lima y que en

vacaciones de verano arrienda uno en algún balneario, durante los meses de verano que no usa el departamento en Lima deberá seguir pagando la renta, pues en todo momento tiene expedido el derecho a usarlo.» (el énfasis es agregado)

Finalmente, en la carta No. C. 232 - PD.GPR/2006 del Presidente de OSIPTEL dirigida el 13 de setiembre de 2006 al Congresista de la República Yanhy Lescano Ancieta, entonces Presidente de la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos precisa que en la prestación de servicios de telefonía fija es una práctica Internacional la utilización de esquemas de tarifas multipartes. Entre estos esquemas menciona el de dos componentes –establecido en los Contratos de Concesión de TELEFÓNICA-, uno independiente del consumo realizado –usualmente denominado renta fija mensual – y uno proporcional al consumo –pago por unidad de tasación-.

Por lo expuesto, resulta evidente que el propio OSIPTEL ha aceptado –como no podía ser de otro modo tratándose de un organismo de la calidad del regulador nacional- que tiene la obligación de respetar los Contratos de Concesión de TELEFÓNICA; así como también la racionalidad de la obligación de retribuir a nuestra empresa por la provisión de un circuito telefónico, independientemente del uso que se le otorga al mismo.

3.2.7. Sobre los contratos del servicio Speedy

3.2.7.1. ¿Qué dice el Informe Instructivo?

Sobre los contratos del servicios de ADSL de TELEFÓNICA, nombre que lleva el nombre comercial de Speedy, el Informe Instructivo señala que los mismos contienen una cláusula denominada "Condiciones del Servicio" en la cual se establece como condición a la adquisición del servicio de acceso a Internet, la obligación del cliente de contar con una línea fija de su titularidad contratada a nuestra empresa y que esta no sea de naturaleza de prepago (a excepción del Internet 50, que si puede adquirirse sobre una línea de naturaleza de prepago).

Asimismo, respecto del nivel de coerción, elemento necesario –según el Informe Instructivo- para verificar si la venta del servicio de acceso a Internet viene siendo condicionada o subordinada a la compra del servicio telefónico, se advierte que sobre la base de los contratos y de las acciones de supervisión al servicio de telegestión comercial se habría observado que TELEFÓNICA no ofrece la posibilidad de compra del servicio de Internet desnudo, sino que lo sujeta a la adquisición del servicio de telefonía fija. Ello evidenciaría –siempre según el Informe- un apreciable nivel de coerción que imposibilitaría la adquisición independiente del servicio principal.

Sin embargo, lo que no señala el Informe Instructivo –pese a contar con el acervo documental del Organismo Regulador- es que los organismos de línea de OSIPTEL han revisado la legalidad de los mencionados acuerdos y al hacerlo no solo no encontraron mayor inconveniente, sino que por el contrario legalidad y concordancia con la legislación vigente fue puesta de manifiesto de forma explícita.

3.2.7.2. Sobre la aprobación de los contratos de acceso a Internet por parte de OSIPTEL.

Efectivamente, en el mes de diciembre del 2003, OSIPTEL aprobó Resolución por Resolución No. 116-2003-CD/OSIPTEL las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones (en adelante, las Condiciones de Uso). Posteriormente en el mes de diciembre del año 2006 por Resolución No. 084-2006-CD/OSIPTEL se aprobaron diversas modificaciones a las Condiciones de Uso entre las cuales destaca la sustitución del artículo 11 referido a las "Cláusulas generales y adicionales de contratación"²⁶. En particular se dispuso que las

²⁶ Condiciones de Uso

Artículo 11o(*).- Cláusulas generales y adicionales de contratación

El contrato de abonado estará compuesto por las Cláusulas Generales de Contratación aprobadas por OSIPTEL y por aquellas cláusulas adicionales en las que el abonado consigne su opción respecto de cualesquiera de las alternativas de adquisición, arrendamiento u otra modalidad de utilización de equipos, su mantenimiento u otras condiciones inherentes al servicio.

La carga de la prueba sobre el ejercicio de dichas opciones corresponde a la empresa operadora, la que deberá devolver los pagos efectuados, incluyendo el respectivo interés, en caso no demostrara que el

Este procedimiento se ha repetido en varias ocasiones. Con motivo de la modificación del contrato de abonado del servicio Speedy realizada en el mes de octubre del año 2010 comunicada a OSIPTEL mediante carta No. DR-107-C-1361-DF-10; nuevamente, en el mes de septiembre del 2011 comunicada mediante carta No. DR-107-C-1419-DF-10 y en el mes de marzo de 2012 comunicada a OSIPTEL mediante carta No. DR-107-C-0479-DF-12. En todas estas ocasiones OSIPTEL mostró su conformidad con los términos del contrato remitido. Por ejemplo, en el mes de agosto de 2009 fuimos notificados con la comunicación No. C.488-GG-GUS/2009 donde se podía leer el siguiente texto:

«Al respecto, le manifestamos que este Organismo ha procedido a la evaluación del referido contrato de abonado, habiéndose advertido que el mismo se ajusta a lo dispuesto en la normativa vigente.»

«En ese sentido, contando con la opinión favorable de la Gerencia de Usuarios contenida en el Informe No. 163-GUS/2009, ponemos en su conocimiento nuestra conformidad con el contenido del modelo de contrato de la referencia.» (el énfasis es agregado).

Como podrá evaluar el ilustre CCO, no sólo los contratos de abonado del servicio Speedy incluyen la mentada cláusula de "Condiciones del Servicio" con la condición de la adquisición del servicio de acceso a Internet sólo si se tiene la condición de titular de una línea telefónica, sino que desde la aprobación de las Condiciones de Uso del año 2003 –y desde el 2006 obligación que se hizo extensiva a cualquier modificación contractual- estos acuerdos fueron puestos en conocimiento de OSIPTEL y éste Organismo destacó explícitamente cada vez que ello sucedió que los mencionados acuerdos eran concordantes con la normativa sectorial vigente.

3.2.8. OSIPTEL ha mostrado su intención de ejercer potestades regulatorias (i): reciente presentación al Congreso.

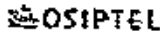
Como es de conocimiento público en el mes de marzo del presente año el grupo parlamentario Alianza Parlamentaria ha presentado en el Congreso de la República el Proyecto de Ley No. 00851/2011-CR, que establece el derecho de portabilidad numérica para los abonados de telefonía fija. Dicho proyecto está

siendo analizado en la actualidad en la Comisión Transportes y Comunicaciones. Dicho Proyecto buscaría implementar la portabilidad numérica en los servicios de telefonía fija a partir del mes de enero de 2013.

En fecha reciente, funcionarios del OSIPTEL comparecieron ante el Congreso de la República para que explicitaran su opinión respecto del referido Proyecto de Ley. En dicha audiencia los funcionarios del Organismo Regulador señalaron de forma clara que la implementación técnica del Proyecto era necesario que antes se implementaran una serie de medidas regulatorias tales como (i) la implementación de la desagregación del bucle de abonado; y, (ii) la disponibilidad de una oferta desempaquetada del servicio DSL. Lo señalado se evidencia de la lámina siguiente:

Gráfico N° 3

Presentación al Congreso de OSIPTEL



OPINIÓN DEL OSIPTEL (1)

- El Proyecto de Ley es una iniciativa que persigue incrementar los niveles de competencia en el mercado de telefonía fija.
- El establecimiento de la portabilidad debe ir acompañada de otras medidas regulatorias:
 - La implementación de la desagregación de bucle de abonado
 - La disponibilidad de una oferta desempaquetada del servicio DSL

Queda claro entonces que el propio OSIPTEL considera que para la viabilidad de la portabilidad de la telefonía fija es necesario antes tomar una serie de medidas regulatorias, como por ejemplo, permitir la disponibilidad de una oferta desempaquetada del servicio DSL.

3.2.9. OSIPTEL ha mostrado su intención de ejercer potestades regulatorias (ii): Procedimiento de regulación de los Proveedores Importantes en marcha.

En el mes de abril de 2006 se suscribió el Tratado de Libre Comercio Perú-Estados Unidos (*United States – Peru Trade Promotion Agreement*, en adelante, TLC). Dicho acuerdo fue ratificado por el Congreso peruano el 28 de junio de 2006; por la Cámara de Representantes de los Estados Unidos el 2 de noviembre de 2007 y por el Senado norteamericano el 4 de diciembre de 2007. Finalmente, en el mes de febrero de 2009 en Washington y Lima, los presidentes de Estados Unidos (George W. Bush en D. C.) y el Perú (Alan García) aprobaron su implementación. El TLC recién fue implementado el 1 de febrero de 2009.

Dicho acuerdo bilateral comercial estableció en su Capítulo Catorce, referido a las telecomunicaciones, un conjunto de obligaciones a cargo de los Estados, entre ellas, consideradas como adicionales, relativas a los denominados "Proveedores Importantes" de servicios públicos de telecomunicaciones, los cuales fueron definidos de la siguiente forma:

«proveedor importante significa un proveedor de servicio público de telecomunicaciones que tiene la capacidad de afectar de manera importante las condiciones de participación (desde el punto de vista de los precios y del suministro) en el mercado relevante de servicios públicos de telecomunicaciones, como resultado de:

(a) control de las instalaciones esenciales; o

(b) la utilización de su posición en el mercado;»

Mediante Ley No. 29157 se delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre diversas materias relacionadas con la implementación del TLC y el apoyo a la competitividad económica para su aprovechamiento, dentro del marco previsto en el segundo párrafo del inciso 4) del artículo 101 y en el artículo 104 de la Constitución Política del Perú.²⁷

²⁷ Constitución

Mediante Decreto Legislativo No. 1019 publicado en el diario oficial El Peruano el 10 de junio de 2008, se aprobó la Ley de Acceso a la Infraestructura de los Proveedores Importantes de Servicios Públicos de Telecomunicaciones (en adelante, la Ley de Acceso). El mencionado dispositivo señala en su exposición de motivos –no publicada en El Peruano– que tiene como objeto adecuar el ordenamiento jurídico vigente en telecomunicaciones a los compromisos asumidos por el Estado Peruano en el TLC.

En particular la Ley de Acceso declara de interés público el acceso y uso compartido de infraestructura de telecomunicaciones, lo que incluye la colocación. En dicho sentido, tiene por objeto regular el acceso y uso compartido de la infraestructura de telecomunicaciones necesaria para la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones. Asimismo, obligación que será obligatoria para todos aquellos que sean declarados «Proveedores Importantes de Servicios Públicos de Telecomunicaciones» a cambio de una contraprestación razonable.

En ejecución de lo dispuesto por la Primera Disposición Complementaria de la Ley de Acceso²⁸, OSIPTEL, mediante Resolución de Consejo Directivo No. 020-2008-

Artículo 101o.- Los miembros de la Comisión Permanente del Congreso son elegidos por éste. Su número tiende a ser proporcional al de los representantes de cada grupo parlamentario y no excede del veinticinco por ciento del número total de congresistas.

Son atribuciones de la Comisión Permanente:

(...)

4. Ejercitar la delegación de facultades legislativas que el Congreso le otorgue.

(...)

Artículo 104o.- El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa.

No pueden delegarse las materias que son indelegables a la Comisión Permanente.

Los decretos legislativos están sometidos, en cuanto a su promulgación, publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley.

El Presidente de la República da cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente de cada decreto legislativo.

²⁸ Ley de Acceso

PRIMERA.- Disposiciones complementarias

CD/OSIPTEL de septiembre de 2008, aprobó las Disposiciones Complementarias de la Ley de Acceso a la Infraestructura de los Proveedores Importantes de Servicios Públicos de Telecomunicaciones (en adelante, Disposiciones Complementarias a la Ley de Acceso).

Asimismo, en aplicación de las mencionadas Disposiciones Complementarias a la Ley de Acceso, el Regulador mediante Resolución de Consejo Directivo No. 040-2008-CD/OSIPTEL de diciembre de 2008, publicó para comentarios una propuesta de Metodología y Procedimiento para determinar a los Proveedores Importantes -de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones sujetos a obligaciones establecidas en la Ley de Acceso.

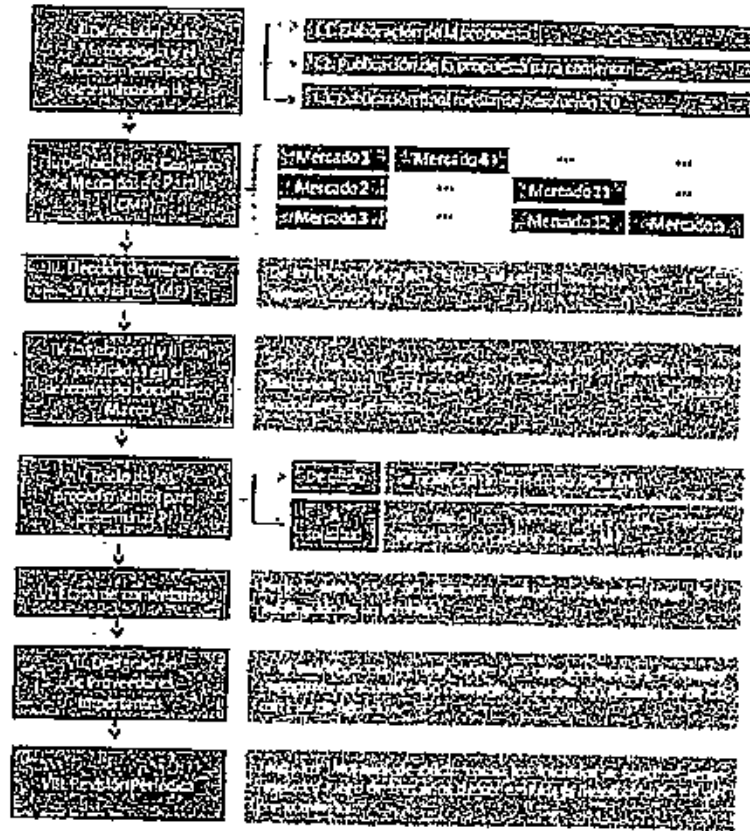
Paralelamente al proceso que venimos detallando, en el mes de enero de 2009, el MTC sancionó el Decreto Supremo No. 002-2009-MTC, también en el marco de la implementación del TLC con los Estados Unidos-, mediante el cual se intenta garantizar que los proveedores de servicios públicos de telecomunicaciones no impongan condiciones discriminatorias a la reventa de servicios; asimismo, dicho dispositivo obliga a que aquellas empresas calificadas como Proveedores Importantes ofrezcan para su reventa -a tarifas razonables-, a otros operadores, los servicios de telecomunicaciones que suministran a sus usuarios finales.

En el mes de junio de 2009, se aprobó la Resolución No. 23-2009-CD/OSIPTEL, Metodología y Procedimiento para determinar Proveedores Importantes de Servicios Públicos de Telecomunicaciones sujetos a obligaciones establecidas en la Ley de Acceso. La metodología aprobada tiene el objeto declarado de delimitar el mercado relevante en los servicios públicos de telecomunicaciones y, sobre esa base, determinar quienes serían los proveedores importantes en cada uno de los mercados definidos, los cuales estarán obligados a compartir su infraestructura con otras empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones, tal como se pueda ver en el Cuadro No. 1.

OSIPTEL dictará las disposiciones complementarias que se deriven de la presente Ley, en un plazo que no excederá de noventa (90) días calendario contados a partir de su publicación.

Cuadro N° 1

Etapas para la determinación de Proveedores Importantes



Luego, la Resolución No. 099-2011-CD/OSIPTEL de julio de 2009, aprobó el denominado Documento Marco para la Determinación de los Proveedores Importantes en los Mercados de Telecomunicaciones (en adelante, el Documento Marco). Un aspecto importante de esta norma reglamentaria es que a partir de ella el procedimiento que se venía desarrollando, de determinación de Proveedores Importantes, inicialmente reservado para hacer efectiva la obligación de dichos operadores de compartir su infraestructura, también se destina para la obligación de reventa de tráfico y/o servicios en los términos del Decreto Supremo No. 002-2009-MTC. Es decir, que el procedimiento de determinación de los Proveedores Importantes devendrá en una doble imposición a quienes terminen ostentando tal calificación, una a poner su infraestructura a disposición de sus competidores; y la segunda a revender su tráfico.

El Documento Marco establece los mercados de partida que servirán como base para el análisis de cualquier caso que se presente ante el OSIPTEL para determinar la existencia de Proveedores Importantes de servicios públicos de telecomunicaciones en un determinado mercado relevante. Asimismo, se selecciona un subconjunto de mercados de partida, sobre la base de la anterior selección, que se denominan "prioritarios", por constituir aquellos mercados en los cuales el OSIPTEL iniciará de oficio la determinación de los Proveedores Importantes.

Los mercados de partida determinados en el Documento Marco y que serán analizados por OSIPTEL son treinta y cinco. Asimismo, determina los siguientes mercados como prioritarios, los cuales serán analizados en el siguiente orden de importancia:

- (i) El mercado de acceso mayorista para Internet y transmisión de datos (Mercado 25), que se encuentra dentro del grupo de servicios mayoristas de origen fijo.
- (ii) Los relacionados con el acceso a la red pública de servicio móvil (Mercados 30, 31 y 32), que se encuentra dentro del grupo de servicios mayoristas de origen móvil.
- (iii) Los relacionados con el arrendamiento de circuitos (Mercados 22, 23 y 24), que se encuentra dentro del grupo de servicios mayoristas de origen fijo.
- (iv) Acceso mayorista al servicio de TV de paga (Mercado 35).

Gráfico N° 4

Conjunto de mercados de partida del 1 al 13

Tipo de Mercado	Mercado	IC
[Icono]	Acceso a la red pública de telefonía fija. Instalación - pago único y renta - pago periódico.	[Icono]
[Icono]	Llamadas locales desde teléfonos fijos de abonado.	[Icono]
[Icono]	Llamadas LON desde teléfonos fijos de abonado.	[Icono]
[Icono]	Llamadas LON desde teléfonos fijos de abonado.	[Icono]
[Icono]	Llamadas desde teléfonos de uso público (TUPU).	[Icono]
[Icono]	Internet y transmisión de datos.	[Icono]

Sobre particular, tampoco puede ser cuestionado el hecho que OSIPTEL ha decidido regular el servicio de Internet y transmisión de datos. El cual diseñará un modelo de competencia en sintonía con la regulación sectorial y luego de un riguroso análisis, primero del mercado definido y luego: (i) de los niveles de desagregación necesarios para introducir competencia en dicho mercado, y, (ii) de las modalidades y precios de comercialización minorista.

Sobre el particular el informe de ALTERNA2 señala con propiedad que el modelo de competencia diseñado en el Informe Instructivo, en el que supuestamente se brindaría el servicio de telefonía fija (servicio de voz por IP) utilizando para ello la infraestructura de la red de acceso al usuario final y el servicio de acceso a Internet de banda ancha de un tercer operador (TELEFÓNICA); no ha sido ni evaluado ni implementado por el Consejo Directivo del OSIPTEL.

OSIPTEL, ha preferido diseñar una regulación que incentiva la competencia –en la que podemos estar o no de acuerdo- a partir del empleo de la infraestructura y servicios de una categoría específica de operadores (ahora llamados Proveedores Importantes), en beneficio de aquellos operadores que tendrían dificultades para alcanzar el mercado, aliviando con ello la exigencia de contar con una red propia, a partir de una agenda regulatoria donde la competencia por servicios

(Intraplataforma), es priorizada en determinados mercados, y donde el mercado de acceso mayorista para Internet y transmisión de datos ocupa primerísimo lugar.

No corresponde entonces que allí donde los órganos de dirección del OSIPTEL ya han mostrado su intención de activar sus potestades regulatorias, ya sea para facilitar la implementación de determinada normativa (implementación de una oferta desempaquetada del servicio DSL) o para incrementar el grado de competencia en los mercados de telecomunicaciones (infraestructuras, comercialización); sean los órganos de solución de controversias de OSIPTEL –a través de un mecanismo que no tiene vocación regulatoria– quienes entorpezcan este proceso, en una especie de competencia regulatoria que no puede ser sino perjudicial para el mercado de las telecomunicaciones.

3.2.10. El modelo comercial de TELEFÓNICA ha sido conocido por OSIPTEL desde el año 2000 y no ha sido cuestionado jamás.

Otro aspecto que no ha sido tomado apenas en cuenta por el Informe Instructivo es que el modelo de comercialización minorista del servicio Speedy ha venido desarrollándose por nuestra empresa desde el año 2000; y nunca ha sido materia de cuestionamiento alguno por parte de OSIPTEL ha pesar de que lo ha conocido al dedillo.

Efectivamente, a TELEFÓNICA se le acusa de hacer básicamente lo mismo en los últimos doce años, y sin señalar ninguna motivación –ni tan siquiera aparente– se nos acusa de haber ralentizado el crecimiento de nuestros competidores, este argumento no es sostenible, sobre el particular creemos que son de lo más pertinentes lo señalado en el Informe de ALTERNA2 sobre el particular:

«La Secretaría Técnica, al parecer, considera que frente a un nuevo escenario de intensificación de la competencia en el mercado de telefonía fija (desde el año 2007 en adelante), la "estrategia anticompetitiva" de Telefónica habría consistido en continuar haciendo exactamente lo mismo que cuando afrontaba una presión anticompetitiva mínima (año 2001). Esta presunción de la Secretaría Técnica, bajo nuestra consideración, carece de racionalidad analizada desde la óptica de las probables estrategias, lícitas o incluso ilícitas, que podría adoptar una

empresa para defender su cuota de mercado ante la amenaza de una mayor presión competitiva.

Por el contrario, la racionalidad empresarial, ante un escenario de cambio como el señalado, demandaría una reevaluación de la estrategia competitiva anterior y su adaptación al nuevo entorno, siendo que es un objetivo económico natural y jurídicamente amparado, competir en el mercado con medios lícitos para ganar, conservar, y/o recuperar una mayor cuota de mercado.»

No sólo el hecho de haber hecho lo mismo durante los últimos 12 años —y ser acusados por ello— lo que causa extrañeza —y de paso haber perdido casi el 30 por ciento de cuota de mercado—; sino que los más diversos órganos de línea de OSIPTEL en numerosas ocasiones ha tenido oportunidad de revisar el modelo de comercialización minorista de nuestra empresa y ningún cuestionamiento hicieron. Ya vimos como el modelo mayorista del ADSL alternativo se pivotó únicamente sobre las líneas de abonado de telefónica lo cual tenía lógica en estricta aplicación del Contrato de Concesión y el derecho que le asiste a TELEFÓNICA a ser remunerada por cada conexión de abonado. Adicionalmente pudimos observar cómo es que los contratos de abonado han sido puestos a disposición del OSIPTEL para su revisión y no mostró mayor cuestionamiento con relación a los mismos, sino que por el contrario indicó que el modelo mayorista era afín a la regulación sectorial. También hemos observado cómo es que el OSIPTEL ha mostrado su intención regulatoria para poner a disponibilidad una oferta desempaquetada del servicio DSL. Son embargo existen otras circunstancias que no han sido sopesadas en lo más mínimo en por Informe Instructivo.

Así, el informe de APOYO señalaba varias circunstancias ocurridas a lo largo de estos doce años que nos deben llevar a una única conclusión: OSIPTEL conoció bien el modelo de comercialización minorista del ADSL de TELEFÓNICA; y únicamente se explica su aparente pasividad desde la interpretación de que estuvo siempre persuadido que el modelo no era anticompetitivo, no perjudicaba a los consumidores y por ende no generó ningún daño al mercado.

Por ejemplo las Condiciones de Uso prohíben expresamente cualquier nivel de venta atada, e incorporan una serie de reglas específicas respecto a servicios de valor añadido como el de acceso a Internet. Efectivamente como señalaba el informe

de APOYO el artículo 17 de las Condiciones de Uso²⁹ contiene una prohibición absoluta de realizar ventas atadas de dos servicios de telecomunicaciones, si los contratos de abonado del servicio Speedy –que contienen expresamente la necesidad de contar con una línea telefónica para poder contratar un servicio de ADSL- han sido aprobados una y otra vez por diversas instancias de OSIPTEL, la única conclusión lógica a la que podemos arribar sobre el particular a la que podemos arribar, es que dicha venta conjunta no constituía una venta atada, no por lo menos en los términos expresados en las Condiciones de Uso. Cualquier interpretación en contrario no debería ser aceptada.

Cabe mencionar que una disposición similar a la contenida en las Condiciones de Uso hoy vigentes, la encontramos en la primera versión de dicho dispositivo de 1998, aunque sólo para la atadura de un servicio con equipos terminales. Curiosamente, la ya derogada Resolución No. 015-2001-CD/OSIPTEL, Condiciones de Uso y Cláusulas Generales de Contratación de los Servicios Públicos de Difusión y de Servicios de Valor Añadido para Acceso a Internet de abril del 2001 –empleamos el adjetivo curioso por la referencia expresa que se hace a los servicios de valor añadido y acceso a Internet-, proscribió en su artículo 11 que las empresas condicionaran la prestación de sus servicios a la adquisición de servicios adicionales provistos por la empresa operadora o un tercero determinado o impuesto por ella.³⁰

No sería aceptable tampoco que se señalara sobre el particular que OSIPTEL ya sea por dejadez, olvido o por cualquier otra razón análoga –y por lo tanto inaceptable- no habría detectado esta supuesta "infracción", pues los hechos nos

²⁹ Condiciones de Uso

Artículo 17o.- Prohibición de ventas atadas

Toda persona tiene derecho a contratar por separado cualquiera de los servicios que ofrece la empresa operadora, quedando prohibido que la contratación se condicione a la adquisición, arrendamiento o cualquier otra forma de utilización, de los materiales y/o equipos de propiedad de la empresa operadora y/o a la contratación de otros servicios públicos de telecomunicaciones; sin perjuicio que la empresa operadora pueda ofrecer planes tarifarios, ofertas o promociones, en los cuales se incluya dichos componentes adicionales.

³⁰ Condiciones de Uso – Resolución No. 15-2001-CD/OSIPTEL

Artículo 11o.- Condicionamientos Indebidos para la provisión del servicio

llevan a pensar lo contrario, en la medida que OSIPTEL se ha mostrado particularmente activo sobre el particular y ha realizado –y realiza- numerosas acciones de supervisión respecto al servicio Speedy de TELEFÓNICA. Efectivamente, tal como podemos ver del cuadro No 2 siguiente –extraído del informe de APOYO- en el período comprendido desde el año 2002 al 2008, cuando menos se han realizado once acciones de supervisión relacionadas sobre dicho servicio; y, pese a ello, OSIPTEL jamás ejerció sus competencias fiscalizadoras o sancionadoras, mientras que en el mismo período decidía intervenir en otros aspectos relacionados con el servicio. Por ejemplo, en el año 2004 se dictó a través de la Resolución No. 173-2004-GG/OSIPTEL una medida correctiva, luego que se produjera una avería masiva del servicio y se detectara que el servicio de correo electrónico (brindado a través de una plataforma web) que se comercializaba conjuntamente con el servicio Speedy –¿Otra venta atada?- no contaba con un número de atención para solucionar problemas de calidad. Existen más procedimientos sancionadores sobre el particular, pero ninguno relacionado con la necesidad de contratar una línea telefónica para poder contar con el servicio Speedy.

Las empresas operadoras se encuentran prohibidas de condicionar la prestación de sus servicios a la adquisición, arrendamiento o cualquier otra forma de utilización de los equipos, mantenimiento técnico, o servicios adicionales que provea la empresa operadora o un tercero determinado o impuesto por ella.

Cuadro N° 2

Acciones de supervisión de OSIPTEL

N°	Descripción de la acción de supervisión	Fecha
144	Supervisión sobre el Uso Indebido de red en la modalidad de traslado no autorizado y comercialización indebida del servicio Speedy - TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.	14/03/2008
250	Análisis del estado de las devoluciones por interrupciones del servicio speedy por causas no atribuidas al usuario correspondientes al período comprendido entre setiembre 2001 y junio 2007- Telefónica del Perú S.A.A.	13/05/2008
785	Supervisión del cumplimiento de la normativa respecto de la velocidad del servicio de acceso a Internet "Speedy" contratada por los abonados de la provincia de Moyobamba y Rioja - Telefónica del Perú	19/12/2008
813	Análisis de promoción "el primer mes gratis" referida al servicio Speedy - Telefónica del Perú S.A.A.	24/12/2008
112	Cumplimiento de Medida Correctiva DNS Speedy - Telefónica del Perú	17/05/2005
124	Supervisión temporal del servicio Speedy - Telefónica Multimedia	28/05/2005
386	Resultado de mediciones Speedy - Telefónica del Perú S.A.A.	23/11/2006
514-GFS/20-24/2007	Análisis de la afectación de la plataforma DNS en el servicio Speedy	28/10/2007
120-GFS-A-09/2003	Informe de resultados de la supervisión a la plataforma de reclamos de servicio de acceso a Internet Speedy	08/04/2003
256-GFS-A-12/2002	Análisis de la información obtenida en la supervisión de la plataforma Speedy sobre la prestación del servicio de transmisión de datos mediante circuitos virtuales ATM con acceso ADSL.	11/09/2002
289-GFS-A-06/2002	Supervisión realizada a la empresa Telefónica del Perú S.A.A. - (servicio Speedy) Marco Normativo de Usuarios - Setiembre 2002.	24/09/2002












3.2.11. La regulación comparada contradice al Informe Instructivo: el ADSL desnudo es principalmente una decisión regulatoria.

Haciendo una referencia a la experiencia internacional, el Informe Instructivo señala que a dicho nivel existe la provisión de acceso a Internet por ADSL desnudo, así –añade- la provisión de este servicio se habría dado por diversas razones que van desde la propia iniciativa empresarial, como parte de un considerable impulso competitivo hasta la imposición por parte de la autoridad, entendiendo por tales a los organismos reguladores y a las agencias de competencia y sustenta esta posición en un documento elaborado por la consultora neozelandesa Network Strategies para el Ministerio de Desarrollo

Económico de Nueva Zelanda (*Ministry of Economic Development*).³¹ No obstante, en todos los casos citados en el documento mencionado, se implementó el DSL desnudo por una decisión comercial o por impulso de la autoridad regulatoria, básicamente como una imposición al mercado mayorista (nótese la diferencia que hace el Informe neozelandés entre el llamado NDSL y el DSL only). Veamos sobre el particular el siguiente cuadro:

Cuadro N° 3

Naked DSL

País	Organismo regulador	Agencia de competencia
Austria 	X	X
Bélgica 	✓	X
Canadá 	✓	X
Estonia 	✓	X
Francia 	X	X
Italia 	✓	X
Holanda 	✓	X
Noruega 	✓	X
Suecia 	✓	X
Inglaterra 	X	X
USA 	✓	X

Como vemos, y siguiendo la pista del documento de Network Strategies citado por el propio Informe Instructivo, las intervenciones estatales que se registran se habrían producido únicamente de parte de los organismos reguladores y en ningún caso la conducta –considerada anticompetitiva por la Secretaría Técnica en esta ocasión– del ADSL conjunto con la línea fija, habría merecido la atención o intervención de la agencia de competencia. Lo dicho, es decir la decisión de brindar el NDSL o el DSL sólo, no hace sino reforzar la idea de que nos encontramos ante una decisión que no debe ser abordada por las agencias de competencia y así lo han entendido la gran mayoría de dichas organizaciones del

³¹ NETWORK STRATEGIES, *Naked DSL: The Potential Impact in New Zealand*, 2006.

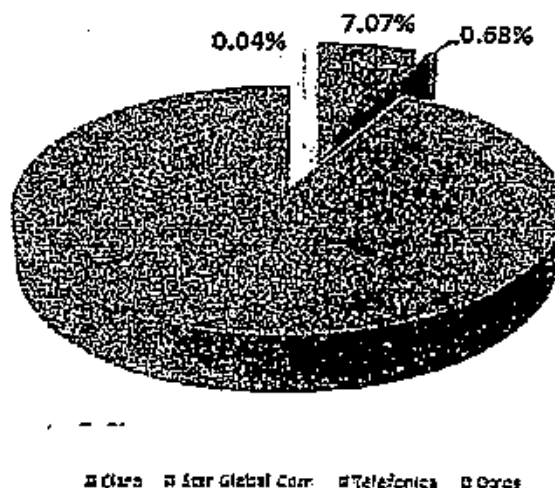
En lo que respecta al segundo aspecto, la oferta comercial sería complementaria, se señala que los dos operadores móviles más importantes están vinculados a operadores fijos y forman parte de un mismo grupo económico (América Móvil – Telmex y Telefónica Móviles – TELEFÓNICA – Telefónica Multimedia), de acuerdo con ello, la Secretaría Técnica infiere que existen incentivos económicos por buena parte de los operadores móviles y fijos a presentar una oferta comercial de servicios de Internet complementarios.

Finalmente, el Informe Instructivo no considera como parte del mercado relevante a los accesos a través de teléfonos inteligentes, ni *tablets* (tabletas), en la medida que las características de estos equipos como el tamaño de la pantalla, la memoria RAM, la ausencia de un teclado adecuado para una mayor productividad, hacen significativas las diferencias en las prestaciones que se logran en uno y otro dispositivo.

De esta forma la participación de TELEFÓNICA en el mercado relevante formado por las conexiones de banda ancha fija (con información a junio de 2011 sería la siguiente:

Gráfico N° 5

Niveles de participación en el mercado (Informe Instructivo)



Agencia Informativa Instructiva

No obstante lo indicado no podemos estar de acuerdo con la determinación del mercado relevante realizada por la Administración, análisis que desde nuestro más respetuoso entendimiento creemos que contiene una serie de severos inconvenientes, muchos de los cuales han sido puestos en evidencia también por los informes que acompañan y sustentan nuestra posición en el presente documento.

En particular, la determinación del mercado relevante revelada en el Informe Instructivo ha merecido los siguientes comentarios:

«En este punto, el mercado relevante no sólo vendría dado por el "servicio de Internet por ADSL y cable módem a usuarios finales, tanto residenciales como comerciales, en los 380 distritos a nivel nacional en los que existe cobertura de este servicio", como menciona el Instructivo, sino que debe de ser analizado en un marco más amplio, considerando dos puntos esenciales: (i) Criterios de demanda y la Banda Ancha Móvil como sustituto de la Banda Ancha fija y; (ii) Evidencia de sustitución en el Perú.» (APOYO)

«En nuestra opinión, el razonamiento desarrollado por la Secretaría Técnica en este punto incurre en un grave error al desconocer que la banda ancha móvil califica como un sustituto de la banda ancha. Dicho razonamiento parece no haber tomado en consideración que, desde el punto de vista de las funcionalidades, ambas modalidades son susceptibles de suministrar un servicio similar a los consumidores y, por tanto, son susceptibles de ser considerados como "servicios intercambiables" por parte de los consumidores.» (MIRANDA&AMADO) (énfasis en el original)

«El análisis de sustitución en el mercado de producto realizado por la Secretaría Técnica, ha omitido considerar las preferencias de los consumidores, no obstante la importancia de este factor a efectos de definir el mercado relevante, como lo reconoce también la propia Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.» (ALTERNA2)

No podemos sino estar de acuerdo con el razonamiento de nuestros asesores –de gran autoridad en el país en la materia– estimamos que el Informe Técnico ha mutilado el real mercado relevante materia de investigación y con ello ha sobredimensionado la participación del mercado en el mismo.

3.3.2. Algunos apuntes sobre el mercado relevante

El enfoque tradicional de una investigación de libre competencia parte de una evaluación inicial que permita identificar y determinar cuál es el mercado relevante. No obstante la última versión de los *Horizontal Merger Guidelines* del Departamento de Justicia (*Department of Justice*) y la Comisión Federal de Comercio (*Federal Trade Commission*) de agosto de 2010 —y de enorme influencia en los análisis de las agencias de competencia—, retan este ejercicio pues recomiendan un análisis —a diferencia de lo recomendado en las revisiones de 1984 y 1992— inicial de los efectos reales de la conducta investigada, tal como veremos a continuación:

«Al evaluar una fusión consumada, la cuestión fundamental es no sólo si los efectos adversos a la competencia ya han resultado de la fusión, sino también si es probable que estos efectos surjan en el futuro. La evidencia de un aumento de precios observado después de la fusión u otros cambios adversos a los clientes se les da un peso considerable. Las Agencias deben evaluar si estos cambios son contrarios a la competencia como resultado de la fusión, en cuyo caso pueden ser determinantes. Sin embargo, una fusión consumada puede ser contraria a la competencia, incluso si estos efectos aún no se han observado, tal vez porque la empresa fusionada puede ser consciente de la posibilidad de revisión posterior a la fusión y moderar su conducta. En consecuencia, los organismos también consideran los mismos tipos de pruebas que cuando se evalúan las fusiones no consumadas.

2.1.2 Las comparaciones directas basadas en la experiencia
Las Agencias buscan los hechos históricos, o "experimentos naturales", que son informativos acerca de los efectos competitivos de la fusión. Por ejemplo, Las Agencias podrán examinar el impacto de las fusiones recientes, entrada, expansión o salida en el mercado relevante. Efectos de eventos similares en mercados similares también pueden ser de carácter informativo.

Las Agencias también buscan evidencia confiable sobre la base de las variaciones entre los mercados similares. Por ejemplo, si las empresas que se fusionan compiten en algunos lugares pero no en otros, las comparaciones de precios que se cobran en las regiones donde compiten y no compiten pueden ser informativos sobre los precios después de la fusión. Las Agencias también pueden examinar cómo los precios en mercados similares varían con el número de competidores importantes en esos mercados.

2.1.3 Cuotas de mercado y la concentración en un mercado de referencia

Las Agencias pueden dar peso a las cuotas de mercado de las partes en un mercado de referencia, el nivel de concentración, y el cambio provocado por la fusión. Se presume que las fusiones que causan un aumento significativo en el resultado del nivel de concentración en mercados altamente concentrados, es probable que aumenten el poder de mercado, pero esta presunción puede ser refutada por evidencia convincente que demuestre que la fusión tiene pocas posibilidades de poder de mercado.»

No obstante que la posición de las autoridades de los Estados Unidos es relativamente reciente, el OSIPTEL ya ha realizado un análisis similar con anterioridad, en particular lo hizo en el caso Telmex contra Telefónica (Informe No. 004-2005-GRE), por presuntos actos de discriminación y competencia desleal. Efectivamente en el año 2005 Telmex remitió una serie de comunicaciones al OSIPTEL fustigando la política de precios de los teléfonos públicos de Telefónica. En dicha oportunidad, al analizar el caso planteado, la entonces Gerencia de Relaciones Empresariales consideró –antes de realizar cualquier análisis del mercado relevante-, que la denuncia –de ser cierta- podía ser probada a partir de los siguientes hechos: (i) la existencia de rebajas selectivas de precios; (ii) un nivel de precios no rentable o poco rentable en un determinado horizonte temporal, y (iii) una política de precios dirigida a un competidor específico.

Las alegaciones de precios predatorios de Telmex finalmente archivadas, luego de un análisis de sus posibles efectos en el mercado y al verificarse que los mismos no eran anticompetitivos.

En el presente caso, si OSIPTEL hubiera replicado el análisis que realizara hace más de siete años hubiera llegado a las mismas conclusiones a las que arribó en aquel momento –aunque para analizar una práctica distinta- y habría correspondido el archivo del caso.

Para analizar la estructura de un mercado y el efecto de las conductas de los agentes en el mismo, se debe definir previamente el conjunto de productos que forman parte de dicho mercado. Como es conocido una definición errónea o ambigua del conjunto de productos contemplados dentro del mercado puede conducir a conclusiones equivocadas acerca de la estructura del mercado y/o de las condiciones de competencia en el mismo y, por tanto, a una incorrecta

apreciación de la empresa demandada en dicho mercado, errores en los que consideramos incurra el Informe Instructivo.

No obstante cabe recordar que en el mercado de las telecomunicaciones la definición de mercado no es sencilla, ello debido a que nos encontramos en un ecosistema sujeto a un rápido e impredecible cambio tecnológico y con particularidades que hacen que los productos materia de análisis tengan unas características especiales³².

De acuerdo con la vigente Ley de Libre Competencia el mercado relevante está integrado por el denominado mercado de producto y el mercado geográfico. El mercado de producto relevante es el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. El mercado geográfico relevante es el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante.³³

Los Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Libre Competencia en el Ámbito de las Telecomunicaciones, aprobados mediante Resolución No. 003-2000-CD/OSIPTEL del 31 de enero del año 2001 (en adelante, los Lineamientos de Libre Competencia) nos dice que el mercado de producto se restrinja a los bienes que son buenos sustitutos desde el punto de vista de los compradores. Para poder evaluar el grado de sustitución de los productos analizados se suele realizar un estudio sobre el producto, sus características y usos. Además se suele tener en cuenta las reacciones pasadas del mercado ante cambios en los precios. Otras técnicas usadas para la

³² Vid. Comisión de las Comunidades Europeas. *Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia*. Publicado en el Diario Oficial (DOCE) No C 372 del 9 de diciembre de 1997.

³³ Ley de Libre Competencia

Artículo 6o.- El mercado relevante.-

6.1. El mercado relevante está integrado por el mercado de producto y el mercado geográfico.

6.2. El mercado de producto relevante es, por lo general, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución.

6.3. El mercado geográfico relevante es el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de

delimitación del producto son pruebas cuantitativas que permiten estimar las elasticidades de precios y elasticidades cruzadas de los mismos. Con relación al mercado geográfico relevante, se considera la localización de los compradores y vendedores que influyen en la formación del precio del producto. Los principales criterios para la delimitación geográfica del mercado son el costo de transporte de los productos del lugar donde son producidos hacia el lugar donde se venden y la demanda residual del producto donde se desea venderlo. Lo que se debe hallar para determinar el mercado geográfico relevante es la importancia de los costos de transporte en el precio de venta final del producto y determinar si con ese precio el producto puede competir en el otro mercado.

En línea con ello, cabría recordar que al hablar de buenos sustitutos se hace referencia a productos que tienen que ser idénticos al analizado, sino que deben ser considerados como sustituibles o intercambiables razonablemente, en términos de precio, calidad y otras condiciones, por un número significativo de consumidores a efectos de satisfacer una misma necesidad³⁴. Criterio que ha sido recogido, por citar un ejemplo, por la Comisión de Libre Competencia del INDECOPÍ señaló en el caso seguido por Cab Cable contra Electrocentro (Expediente No 006-98-CLC – Informe No 004-2000-CLC/INDECOPÍ) que la intercambiabilidad de los productos no significa que éstos tengan iguales características, sino que los servicios o productos alternativos satisfagan las necesidades del consumidor sin que incurra en nuevos o elevados costos de intercambio. Cuando ello ocurre, los bienes o productos deben ser considerados como sustitutos.

3.3.3. El Informe Instructivo no ha hecho ningún un análisis de la demanda.

Parte de los problemas contenidos en el Informe Instructivo se derivan de la ausencia de un análisis de la demanda. Debemos recordar en este extremo lo señalado sobre el particular por los Lineamientos de Libre Competencia:

aprovisionamiento, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, los costos de transporte y las barreras al comercio existentes.

³⁴ FIGARI, Hugo, Hugo GOMEZ y Mario ZUÑIGA. *Hacia una metodología para la definición del mercado relevante y la determinación de la existencia de posición de dominio*. En: Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual. Instituto Nacional de Defensa de la Competencia. 2005. Pág. 160.

«Una fuente importante de información está constituida por los demandantes de los productos analizados. El procedimiento que se utiliza es el de entrevistar a éstos para conocer su opinión sobre lo que consideran como sustitutos cercanos; una vez que se determina que un bien tiene esta característica, entonces se le considera como un competidor del producto analizado. Además de estos criterios, se debe tener en cuenta los precios de los productos en el análisis ya que lo que se pretende averiguar no es únicamente la posibilidad de sustitución física y/o las preferencias de los consumidores, sino la sustituibilidad de los productos en sus decisiones de compra, esto es, en su demanda individual, lo cual implica una evaluación cuantitativa de la sustituibilidad, pero a nivel de las decisiones de compra manifestadas en las entrevistas individuales. ...

Más específicamente, para determinar la delimitación de producto por el lado de la demanda se suelen plantear ciertas interrogantes y definir la sustituibilidad en el mercado según las respuestas que se obtengan. Inicialmente se podrían plantear cuáles son los productos que compiten con el producto analizado; para determinar si los productos compiten efectivamente o no, debe tomarse en cuenta si los consumidores al usar un servicio alternativo no son afectados en su nivel de bienestar. En términos generales se busca reunir a todos aquellos servicios que presentan características similares desde el punto de vista de los consumidores, aislando en un primer momento el factor de los precios. Es decir, se busca determinar la posibilidad de sustitución física de los productos.

Una vez que se han identificado aquellos productos que son sustitutos físicos para los consumidores, se busca determinar la posibilidad de sustitución total incorporando a los precios en el análisis. Para los consumidores que están utilizando el servicio que se analiza, se desea conocer si estarían dispuestos a cambiarse hacia alguno de los productos sustitutos si se produjese un incremento pequeño, pero significativo en el precio del servicio analizado. Para esto debe tenerse en cuenta que los consumidores deben percibir el incremento en el precio como permanente, o que al menos no va a volver a su nivel original por un período considerable de tiempo.

Con estas consideraciones, ya se pueden aislar aquellos productos que son buenos o cercanos sustitutos del producto analizado para los consumidores. Como se puede ver esta delimitación de producto por el lado de la demanda comprende dos pasos: separar los productos que son sustitutos físicos para los consumidores sin tomar en cuenta a los precios en el análisis; y en un segundo momento, de los productos que son físicamente sustituibles eliminar aquellos que los consumidores no estarían dispuestos a utilizar si se produjese un incremento en el precio del producto analizado.»

No obstante, el Informe Instructivo apartándose de las consideraciones que acabamos de detallar se aparta de este criterio y decide mutilar el mercado relevante sobre una serie de informaciones meramente circunstanciales, la mayoría de las veces relacionadas casi exclusivamente con la oferta del producto, sin hacer casi ninguna referencia a la opinión que tendrían los demandantes respecto del producto expulsado del mercado relevante, esto es la BAM.

3.3.3.1. La Banda ancha es una plataforma de un mercado de dos caras.

Los usuarios de Internet y los proveedores de servicios de banda ancha forman parte de lo que se denomina un mercado de dos caras (*two-sided market*) o de demandas ligadas, donde la demanda que tiene un agente por un determinado servicio es complementaria a la demanda que tiene otra parte. Para que el negocio de banda ancha sea exitoso, es necesario que Internet disponga de suficientes contenidos que atraigan a los internautas y, simultáneamente, de un número importante de internautas para atraer contenidos. Tal como señalan ATKINSON y WEISER, sin los Googles del mundo –que hacen las redes de banda ancha más valiosas– los AT&T del planeta tendrían que cobrar menos por el acceso a Internet³⁵. Los mismos fenómenos de interrelación se producen en otros contextos. Las búsquedas de Google son gratuitas para los usuarios de Internet porque Google vende espacios visibles en cada requerimiento de búsqueda que hacen sus usuarios. Los programas de televisión abierta no cobran precio alguno a los espectadores porque los anunciantes pagan a los productores para que generen las audiencias que reciban los anuncios. Este análisis teórico ha sido realizado por la Comisión de Libre Competencia de INDECOP¹ para resolver el caso entre Operaciones Arcos Dorados del Perú contra Jockey Plaza Shopping Center, Sigdelo y otros (Expediente No. 007-2007/CLC – Resolución No. 059-2011/CLC-INDECOP).

³⁵ ATKINSON, Robert D. y Philip J. WEISER. A "Third Way" on Network Neutrality". [en línea]. Mayo, 2006. Pág. 4. The Information Technology and Innovation Foundation. Consultada el 7 de septiembre de 2007: <http://www.itif.org/files/netneutrality.pdf>.

Sin embargo, a diferencia del mercado televisivo, en el que el costo marginal de un espectador adicional disfrutando de un programa de televisión es igual a cero, no ocurre lo mismo en Internet. Sólo es posible acceder a los contenidos, si antes se han desarrollado las redes que permiten el acceso y el transporte de las señales de los suscriptores. El inconveniente surge en la medida que la incorporación de un suscriptor puede tener costos positivos para los demás abonados, lo cual se traduce en el caso de Internet en una serie de retrasos en el tránsito de la información.

No se puede entender el mundo de Internet a cabalidad si al mismo tiempo no se desarrolla este modelo teórico del mercado de dos caras. En dicha medida, las necesidades de banda ancha están intrínsecamente relacionadas con los contenidos que los internautas –que finalmente son los que necesitarán de una conexión a Internet- reclaman. No obstante, sobre este aspecto nada señala el Informe Instructivo, en donde las necesidades de consumo de ancho de banda de Internet de los internautas aparecen como dadas y no se relacionan con el tipo de necesidades que satisfacen en la red. Esta falencia empobrecer de forma importante el informe elaborado por la Secretaría Técnica.

3.3.3.2. La demanda de banda ancha está relacionada con la oferta de contenidos en Internet

Son múltiples las razones que han hecho que Internet tenga el dinamismo y la importancia social y económica que tiene en la actualidad. Estos avances han generado un aumento constante en el número de usuarios y contenidos. Internet conecta a cientos de millones de usuarios y organizaciones en una vía que permite una comunicación instantánea a través de computadoras, dispositivos móviles y otras redes. Esta masa crítica de suscriptores presiona para que se produzcan nuevos contenidos, servicios y aplicaciones, los cuales a su vez promueven la conexión de más usuarios, en un ciclo donde estas dos variables – contenidos y usuarios– se retroalimentan mutuamente. Los usuarios finales interactúan con otros usuarios a través de contenidos, como sites comerciales para la venta de bienes y servicios, redes sociales, bitácoras (blogs), sites de

música y video, foros, voz sobre IP (VoIP), streaming de aplicaciones de video y videojuegos.

De acuerdo a lo señalado y dada la pluralidad de contenidos que encontramos en la red, se debe tener en cuenta que el servicio de acceso a Internet es contratado para satisfacer una serie de necesidades específicas relacionadas con la enorme oferta de contenidos disponible. Para conocer las preferencias de navegación del internauta peruano, ALTERNA2 utiliza la Encuesta Nacional de Hogares (ENAH) formulada por el Instituto Nacional de Estadística e Informática – INEI. Según información recogida por ALTERNA2 de setiembre de 2011, el 36.5 por ciento de la población nacional de 6 años y más de edad hace uso de Internet; sin embargo, este porcentaje se eleva considerablemente entre la población de 12 a 24 años, llegando en la población de 12 a 18 años al 61.6 por ciento y en la de 19 a 24 años al 61.7 por ciento. En esa línea, del total de usuarios de Internet, el 60 por ciento tiene edades entre los 11 a 30 años, siendo el grupo de edad con mayor número de usuarios el que se ubica en el tramo de 11 a 20 años de edad; marcando una tendencia en que, a medida que avanza la edad, se observa un decrecimiento en el acceso a Internet. De las cifras antes señaladas, es posible inferir que la población usuaria de Internet en el Perú, pertenece en su mayoría a los grupos más jóvenes.

Asimismo, en cuanto a las actividades realizadas por la población en Internet, se aprecia que el 93 por ciento lo emplea para obtener información; en segundo lugar, para comunicación o uso de correos electrónicos y/o mensajes instantáneos (chat), alcanzando un 74.1 por ciento; en tercer lugar, el 66.2 por ciento recurre a Internet para el entretenimiento (juegos, películas o música) aunque este porcentaje se reduce al 49.4 por ciento en el grupo de edad de 25 y más años. Mucho más relegados, se encuentran los usos para actividades relacionadas a educación formal (actividades de capacitación) con un 9.1 por ciento; para operaciones de banca electrónica y otros servicios financieros con un 5.9 por ciento y la interacción con organizaciones estatales alcanza solo un 5.5 por ciento.

Antes que cualquier análisis sobre las cifras arrojadas por la ENAH, es evidente que ellas cuestionan que haya decidido tomar en consideración el acceso a

internet a través de desktops o laptops, descartando el acceso a internet a través de teléfonos inteligentes y tabletas, dado que dichos dispositivos permiten obtener una sensación de navegación cómoda para los más importantes patrones de consumo del Internauta peruano, de allí que no sea necesario que tengan una gran pantalla o un teclado cómodo. Un ejemplo de ello son las comunicaciones en redes sociales, donde alguna de la más popular impone restricciones al número de caracteres a 140.

3.3.4. El Informe Instructivo mutifa sin mayor sustento el mercado relevante.

Estimamos que el mercado de acceso a Internet de banda ancha, debería comprender todos aquellos servicios que, desde el punto de vista de la demanda, permitan acceder a aquellos contenidos alojados en Internet a una velocidad que responda a las necesidades de esa demanda, ello de forma independiente a la tecnología empleada. Como vimos, los contenidos de Internet tienen una composición heterogénea y responde a las más diversas necesidades de los internautas.

Contrariamente a lo señalado en el Informe Instructivo, existe hoy en el mercado peruano una numerosa oferta tecnológica que permite que los usuarios puedan acceder a Internet, entre las cuales se encuentran aquellas soportadas sobre medios alámbricos (como el ADSL y el módem de cable), o a partir del uso de tecnologías inalámbricas (como el HSPA³⁶, UMTS³⁷, WiMax³⁸ o LTE³⁹). El Plan Nacional para el Desarrollo de la Banda Ancha en el Perú⁴⁰ identificó como tales a las siguientes tecnologías:

³⁶ *High-Speed Packet Access*

³⁷ *Universal Mobile Telecommunications System.*

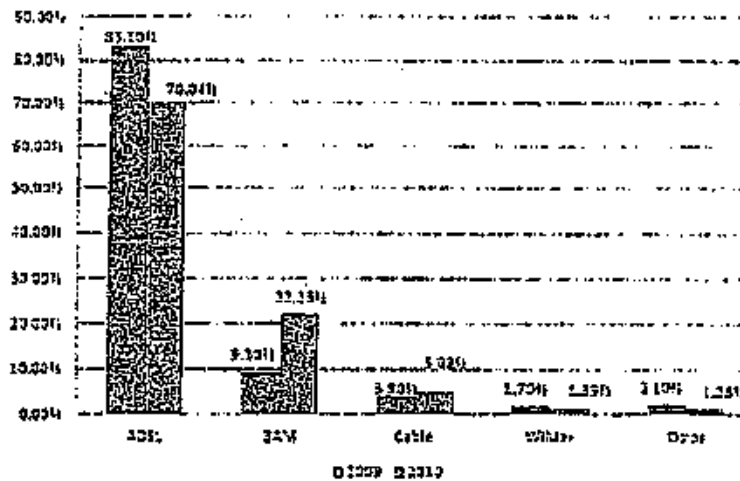
³⁸ *Worldwide Interoperability for Microwave Access*

³⁹ *Long Term Evolution.*

⁴⁰ Perú. Plan Nacional Para el Desarrollo de la Banda Ancha en el Perú. Mayo de 2011.

Gráfico N° 6

Niveles de participación en el mercado de acceso a Internet (2009-2010)



Fuente: ALTERNAT

Como señalamos en nuestro escrito de contestación de cargos, estos datos reflejan la tendencia de que en nuestro país, el acceso a Internet vía ADSL está siendo retado por otras tecnologías, básicamente inalámbricas. Como información adicional habría que señalar que según recoge ALTERNAT desde el año 2010, el número de conexiones a Internet de BAM supera a las tecnologías alámbricas.

3.3.5. El límite de descarga no es un argumento válido para mutilar el mercado relevante.

Como se ha visto, el principal argumento de la Secretaría Técnica para rechazar la incorporación de la BAM del mercado relevante es porque respecto de su uso tendría una capacidad de descarga limitada, mientras que la banda ancha fija carece de la mencionada restricción. No obstante, la Secretaría Técnica no aporta ningún elemento de juicio –más allá de su propio análisis cualitativo– que nos permita verificar que la BAM incumple con la condición exigida por los Lineamientos de Libre Competencia para su incorporación al mercado relevante. No obstante cabe realizar un mayor análisis sobre el particular.

En dicho sentido, coincidimos con APOYO cuando señala que existirían cuando menos cuatro hechos que retarían la opinión de la Secretaría Técnica sobre el particular: (i) la generalidad de usuarios de internet fijo han tendido a concentrarse en velocidades menores a las proporcionadas por la BAM; (ii) existen planes de BAF con límite de descarga, menores a los topes de la BAM; (iii) el perfil del internauta peruano en el hogar no supera muchos de los límites de descarga de los planes de BAM; (iv) para muchos usuarios la BAM es más competitiva que la BAF.

Efectivamente, de acuerdo al Informe de APOYO los usuarios de banda ancha fija tienden a concentrarse en velocidades menores a las proporcionadas por la BAM. El Instructivo hace un análisis de la BAM sólo para velocidades de 3 Mbps, cuando la generalidad de usuarios de banda ancha fija se concentran en velocidades del rango entre 0.5 Mbps y 1 Mbps. Así, para el 2011 el 68 por ciento de las conexiones de BAF (sólo para conexiones de Speedy y módem de cable) poseen velocidades de entre 512 y 1024 Kbps, porcentaje que se incrementó en 10 puntos porcentuales, con respecto al 2010. La velocidad promedio para el 2011 habría sido 1060 Kbps.

Según APOYO esta concentración de velocidades menores en los planes de banda ancha fija es clave para el análisis de sustituibilidad pues el límite de descarga no resulta prohibitivo para los usuarios de la BAM, donde por efecto de las menores velocidades de la banda ancha fija, la descarga total termina siendo similar para ambas tecnologías.

Por otro lado, existen planes de banda ancha fija con límites de descarga menores a los topes de la BAM. Específicamente, el plan de TELEFÓNICA denominado «Internet 50». Sin embargo, este plan de banda ancha fija cuenta con un límite de descarga –aprobado por OSIPTEL– de 6 GB, menor a los planes de hasta 10 GB de descarga brindados por la BAM de Claro, Telefónica Móviles y Nextel. Sin embargo, este plan fue considerado por la Secretaría Técnica como parte del mercado relevante cuando es evidente que tiene unas determinadas características que no rivalizan con las de la banda ancha fija. Asimismo, existen

planes de BAM para usuarios poco intensivos, (1 a 5 GB) de límite de descarga, pero con casi seis veces más velocidad (3 Mbps) que también deberían ser considerados dentro del análisis. Asimismo planes con límites de descarga de 10 GB (con mayor intensidad de uso) también deben incluirse en el mercado relevante pues, un porcentaje importante de la planta de banda ancha fija (22 por ciento), se concentra en planes de con velocidades de más de 1 Mbps y menos o igual a 2 Mbps.

Cuadro N° 5
Planes de BAM

Categoría	Destinatario	Plan	Velocidad (Mbps)	Cantidad de Transmisión (GB)	Precio (S/)
Claro	Para teléfono móvil	Paquete de 3GB	1500	3	74
		Paquete de 1GB	1500	10	134
	Para módem	Internet Claro limitado 2GB	1500	2	39
		Internet Claro limitado 10GB	2000	10	107
		Internet Claro limitado 1500 ¹	1500	limitado	107
Movistar	Para teléfono móvil	Internet total	1500	3	49
	Para módem	Plan Navega	1500	3	72
		Plan Descarga	1500	10	107
		Internet móvil limitado 1500	1500	limitado	107
Kapsch	Para teléfono móvil	1GB 3500	1500	0,5	35
		1GB 500 Plus	1500	3	70
	Para módem	Plan de 5GB ²	312	limitado	90
		Plan de 1500 Plus ³	1500	limitado	70

1. Velocidad GPRS - 0,0711.
 2. Velocidad de 3,1 Mbps.
 3. Velocidad de 3,1 Mbps en 2010, la velocidad de descarga se reduce a 256 Kbps.
 4. Velocidad de 3,1 Mbps en 2010, la velocidad de descarga se reduce a 256 Kbps.
 5. Velocidad de 3,1 Mbps en 2010, la velocidad de descarga se reduce a 256 Kbps.

Fuente: Plan Nacional de Banda Ancha

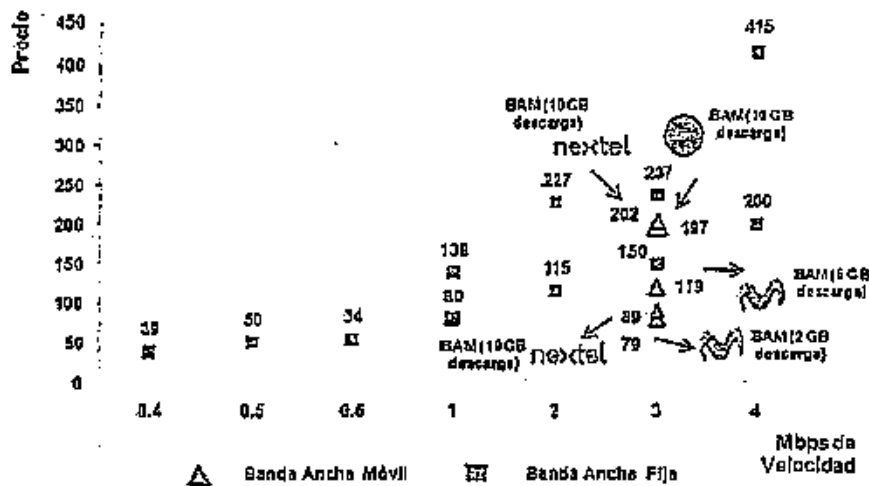
Aspecto importante para determinar si el axioma de la Secretaría Técnica para negar la entrada de la BAM en el mercado relevante es verificar si efectivamente el internauta nacional supera con creces los límites de descarga impuestos por las operadoras móviles. De acuerdo con APOYO, citando un estudio de IPSOS APOYO⁴¹, el perfil del internauta peruano en el hogar no superaría muchos de los límites de descarga establecidos para la BAM, pues el denominado internauta "hogareño", navega, en promedio, 20.6 sesiones mensuales, de 2.22 horas por sesión. Este consumo significa, bajo una estimación aproximada, un promedio, de 2.15 Gb de consumo mensual. Un escenario más conservador implicaría 2.32 Gb de consumo y, uno más optimista con respecto a los (menores) requerimientos de descarga, un límite inferior de 1.41 Gb de consumo mensual.

⁴¹ IPSOS APOYO. *Perfil del Internauta Peruano - 2011*. Lima, 2012.

Es decir, compartimos las conclusiones a las que llega APOYO en el sentido que los productos de la BAM son competitivos, puesto que el límite de descarga no sería prohibitivo para muchos usuarios, los cuales encontrarían más competitivos los productos de la BAM con respecto a los de la banda ancha fija, producto de que sus precios son menores y las restricciones a la descargas no parecen descolocar del mercado. En dicha línea el informe de APOYO coincide con el estudio que realizara para OSIPTEL Analysys Mason⁴² el cual concluyó que la BAM pareciera que es más barata que la banda ancha fija, aunque reconoció, que dada la dispersión de planes los precios no son directamente comparables.

Gráfico N° 7

Planes de banda ancha fija y BAM por precio y velocidad (abril 2012)



Fuente: Estudio del Consumidor
El Consumidor APOYO Consumo

Es decir, existe un gran número de planes para adquirir productos de banda ancha ya sea BAM o fija, variando entre velocidades y límites de descarga, para poder satisfacer las necesidades del usuario de conexión a Internet. Esto es, las empresas ofrecen una gama de productos diversos con la finalidad de abarcar todo el espectro de preferencias de los usuarios con respecto a este servicio.

⁴² ANALYSYS MASON. *Diseño de políticas óptimas en un entorno de convergencia de los medios de comunicación y las telecomunicaciones Informe final y recomendaciones*. 28 de agosto de 2009

Finalmente, otro aspecto que nos permite descartar los argumentos del Informe Instructivo con relación a la supuesta ausencia de sustituibilidad de la BAM con relación a la banda ancha fija es que –como señala ALTERNA– a sus actuales velocidades es más que suficiente para cubrir los dos propósitos principales para los cuales la demanda del mercado peruano emplea el Internet y que vimos en el título 3.4.3.2 (información y comunicación). Asimismo, la banda ancha móvil ofrece también una velocidad (3 Mbps) más que aceptable para solventar necesidades de entretenimiento como el relacionado con contenidos audiovisuales, e incluso a velocidades una siendo incluso una velocidad superior a algunos productos de banda ancha fija que ofrecen velocidades menores (1 ó 2 Mbps).

Para la mayor parte de la demanda del servicio de acceso a Internet, las velocidades ofertadas de banda ancha móvil (de hasta 5 Mbps) serían suficientes para sus actuales propósitos de uso del Internet.

3.3.6. Otro dato obviado: desde dónde utiliza la BAM el internauta peruano.

Otro aspecto importante que revelaría si la BAM es sustituta o complementaria de la BAF lo constituye el lugar desde donde los internautas acceden a Internet utilizando la mencionada tecnología. Si los internautas accedieran a internet con su conexión de BAM desde lugares públicos con una conexión wifi (e.g. Starbucks), desde la universidad o centro de estudios o desde la casa de playa se podría estar evidenciando que lo señalado en el instructivo es básicamente cierto, la BAM constituye un acceso complementario y no sustituto de la banda ancha móvil. Sin embargo, si los internautas utilizaran la BAM desde el trabajo o desde su hogar encontraríamos que por el contrario, esta se estaría constituyendo en un sustituto de la banda ancha fija (Speedy o módem de cable).

Se podría decir que un internauta podría utilizar la conexión de BAM en el hogar al tiempo que mantiene también de forma simultánea una conexión de banda ancha

fija. Sin embargo, esta no es una opción creíble. A través de la instalación de un hotspot casero de forma muy sencilla y con una inversión mínima, es posible iluminar a un hogar y con ello permitir la conexión de todas las laptops del mismo –sin mayor restricción y de forma simultánea–.

Gráfico N° 8

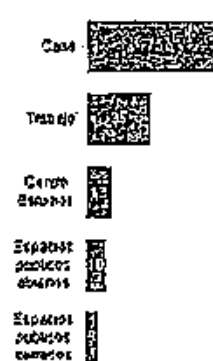
Lugar de conexión y uso de la BAM a nivel nacional

¿Desde dónde se conecta con más frecuencia cuando utiliza el servicio de BAM?



Fuente: Total de entrevistados que utilizan el servicio de BAM (127)

Cuando se conecta con una laptop, ¿en qué lugares usa el servicio BAM?



Fuente: Total de entrevistados que utilizan con el servicio de BAM y se conectan a una laptop (132)

12

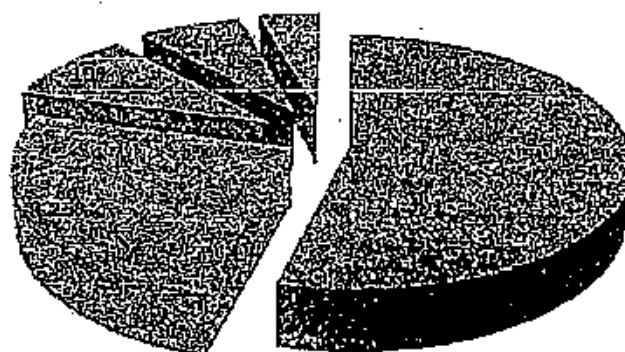
Fuente: Telefónica

Como vemos de acuerdo a una encuesta realizada para el mejor desempeño de nuestras áreas comerciales, un nada despreciable 34 por ciento de los internautas realizan su conexión a Internet desde una BAM. No cabe duda que aquellos internautas que se conectan a Internet desde una conexión de BAM, consideran que constituye un bien sustituto de la banda ancha fija. Sin embargo, en la medida que en la actualidad las laptops constituyen un bien sustituto de las desktops, conviene generalizar la pregunta respecto desde dónde los abonados de la BAM acceden a Internet. Los resultados de la encuesta reflejaron que los entrevistados en su mayoría se conectaban desde el hogar (54 por ciento), asimismo, otro grupo importante de internautas utilizaban las conexiones de la BAM desde el trabajo (23 por ciento) y sólo un número menor lo hacía desde un centro educativo o desde espacios públicos abiertos o cerrados (10 por ciento y 11 por ciento

respectivamente), estos últimos espacios aparentemente "naturales" para el acceso a Internet a través de una BAM.

Gráfico N° 9

Lugar de conexión y uso de la BAM a nivel nacional



■ Casa ■ Trabajo ■ Centro de estudios ■ Espacios públicos abiertos ■ Espacios públicos cerrados

Los resultados señalados permiten entrever que por lo menos desde la posición de acceso de los internautas nacionales, estos utilizaban una BAM en su mayoría desde locaciones fijas y no públicas o abiertas, situación que refuta abiertamente las premisas, conclusiones y modelo teórico que sustenta el Informe Instructivo.

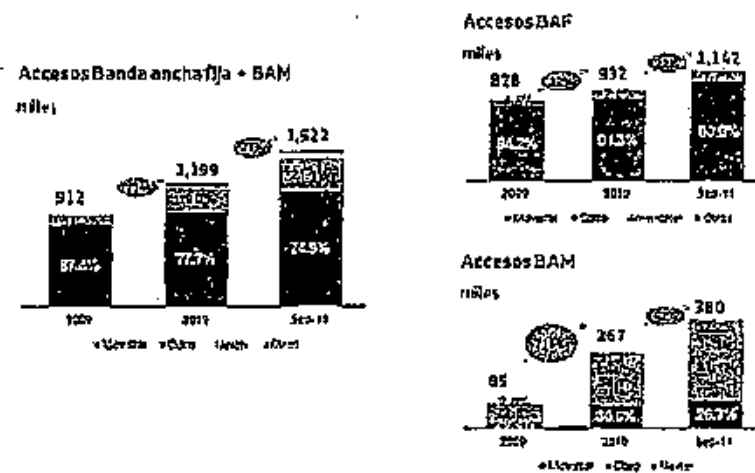
3.3.7. El servicio de BAM no es complementario a la banda ancha fija

Menciona el Informe Instructivo que, dado que las operaciones entre empresas del mismo grupo económico suelen ser no rivales, existirían incentivos económicos para que Telefónica Móviles y Claro presenten una oferta de Internet de BAM complementaria antes que sustituya. No obstante esta afirmación, aun cuando podría ser correcta con relación a los niveles de rivalidad existentes entre los servicios de banda ancha de Claro y Nextel o Telefónica Móviles y TELEFÓNICA se desvirtúa desde que se toma en cuenta que estos dos grupos empresariales

compiten de forma muy agresiva en el mercado peruano. Efectivamente, tal como percibe ALTERNA, el Informe Instructivo omite señalar que tanto Claro como Telefónica Móviles, forman parte de grupos económicos que rivalizan fuertemente para expandir el mercado y sus cuotas dentro del mismo. Nada detiene a Claro a intentar persuadir a los clientes de TELEFÓNICA a contratar sus servicios, de hecho, si se revisa con algún cuidado la oferta comercial de esta empresa se notará que destaca la sustituibilidad y no la complementariedad con las diferentes ofertas del ADSL de TELEFÓNICA.

Gráfico N° 10

Claro ha enfocado su crecimiento en BAM



Fuente: MTC

No obstante, sobre el particular suscribimos lo señalado por ALTERNA2, cuando advierte que la hipótesis de complementariedad de los servicios de BAM, no es válida en la medida que responde únicamente a un enfoque de la oferta y no de la demanda. En todo caso dicha afirmación debería estar respaldada con alguna base teórica o estudios de demanda que así lo certifiquen.

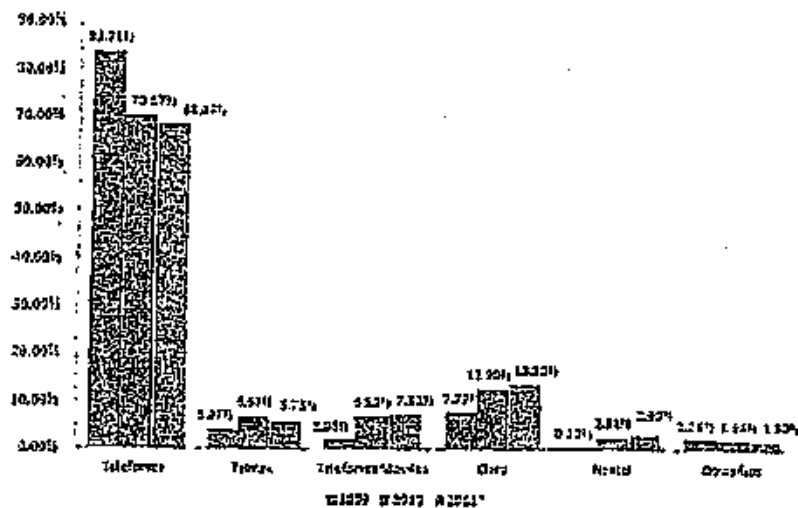
3.3.8. La participación de TELEFÓNICA en el mercado relevante

A diferencia de lo señalado en el Informe Instructivo donde en un mercado mutilado se situaba la participación de TELEFÓNICA en el orden del 92 por ciento

del mercado (ver Gráfico No. 5) en el siguiente gráfico se puede apreciar como es que si tomamos en cuenta las verdaderas participaciones en el mercado relevante se evidencia que nuestra participación decrece en más de 13 puntos porcentuales sólo para el año 2010 hasta situarse en el orden del 68 por ciento del mercado, muy lejos de la cifra anteriormente señalada, mientras que Claro, viene incrementando su participación.

Gráfico N° 10

Evolución del mercado de acceso a Internet (2009-2011*)



Fuente: Plan Nacional de Banda Ancha
* Situación 2011

En dicha medida, resulta evidente que las condiciones de competencia en el mercado de Internet de banda ancha vienen evolucionando de forma favorable, principalmente por la agresiva competencia planteada por Claro y Telmex y por Nextel en el mercado corporativo, SoHos y pymes.

3.3.9. El tamaño relativo de los competidores en un mercado concentrado (Análisis del HHI)

Los Lineamientos de Libre Competencia señalan que una parte del análisis que ha de hacerse para determinar la existencia de un abuso de posición de dominio en

el mercado relevante, es a través de su nivel de concentración, a partir del índice conocido como el *Herfindahl-Hirshman Index* (en adelante, HHI) el cual es usado regularmente por los CCO de OSIPTEL⁴³ y este caso no parece ser la excepción. Sin embargo, aclara que la aplicación del HHI debe concordarse con la evaluación del porcentaje de participación de la empresa investigada en el mercado relevante. Adicionalmente, se señala que los índices de concentración industrial sólo reflejan un sistema de alerta sobre las condiciones de competencia en un mercado relevante, de tal manera, que en caso el valor del índice sea elevado esto no implica necesariamente que no exista competencia, sino que se deben analizar en mayor detalle las conductas de mercado de los agentes.

En ese sentido, no parece adecuada la interpretación que realiza el Informe Instructivo y que coloca al indicador HHI como un criterio de decisión con respecto a la capacidad de actuar del operador más importante en el mercado de banda ancha para actuar con prescindencia de los demás agentes del mercado.

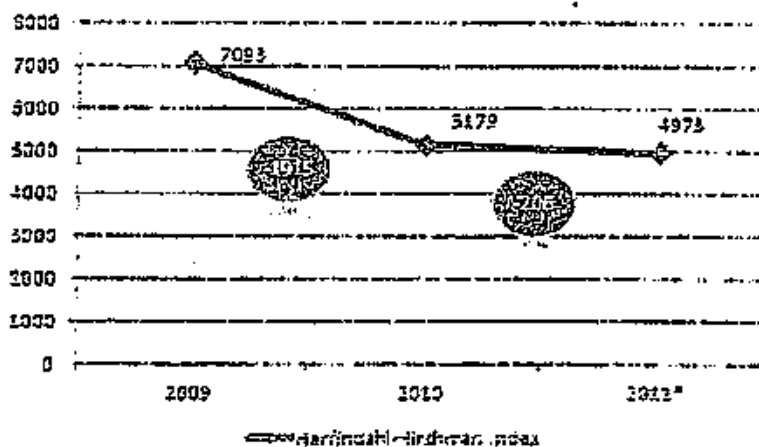
En concordancia con la evolución de la doctrina económica y jurídica, los indicadores de estructura de mercado (participación de mercado, nivel de concentración) han perdido relevancia frente a los indicadores de condiciones de acceso, ya que al fin y al cabo la posibilidad de competencia potencial es uno de los factores más importantes para disciplinar el comportamiento de una empresa establecida en un mercado. En realidad, es reconocido que lo importante en la determinación de la posición de dominio es establecer si efectivamente los potenciales entrantes o los competidores actuales pueden efectivamente ingresar al mercado en un tiempo relativamente corto y a un costo relativamente bajo, neutralizando los efectos de un aumento de precios de la empresa establecida supuestamente dominante. En tal sentido, lo que prima es el criterio de competencia potencial y no tanto el criterio de participación de mercado. En efecto, aún cuando exista una sola empresa participante en el mercado si se evidencia que no se presentan barreras de entrada, el comportamiento de dicha empresa es disciplinado por la posibilidad de competencia potencial.

⁴³ Véase por ejemplo el caso seguido por VO Cable con Luz del Sur (Informe N° 002-2001/GRE y Resolución N° 032-2001-CCO/OSIPTEL).

No obstante, el índice de concentración del mercado relevante no ha hecho sino decrecer en los últimos tiempos, y nada hace presagiar que no lo seguirá haciendo en el futuro lo que sería evidencia clara de un incremento considerable del grado de rivalidad de los participantes en dicho mercado, y por tanto la posibilidad de que se desplieguen prácticas exclusorias como la investigada se atenúa considerablemente. El gráfico siguiente muestra cómo es que ha evolucionado el índice de concentración HHI en el mercado relevante correctamente definido, el cual ha decrecido en más de 2000 puntos en sólo en el espacio de un año⁴⁴; reflejando una tendencia que con toda seguridad ha continuado en el año siguiente si tenemos en cuenta la información que para marzo de 2011 o junio tenemos, si tomamos en cuenta para este último caso la información recabada en el Informe Instructivo.

Gráfico N° 11

Evolución del Herfindahl-Hirshman Index (2009-2011*)



Fuente: ALTERNIA1
* Mayo de 2011

⁴⁴ ALTERNIA1 precisa que el valor del HHI para los años 2009 y 2010 y el primer trimestre del 2011, sería todavía menor porque las estadísticas del MTC utilizadas, no han desagregado la información relativa a otros operadores fijos.

3.4. Sobre el supuesto abuso de posición de dominio.

3.4.1. ¿Qué dice el Informe Instructivo?

En el presente caso –siguiendo el derrotero que marca sobre el particular el Informe Instructivo- TELEFÓNICA al alzar el servicio de Internet al servicio de telefonía fija, imposibilita la contratación de dicho servicio ofrecido por empresas distintas a TELEFÓNICA. Bajo esta línea de razonamiento, la atadura de estos dos servicios es especialmente importante porque el servicio de Internet es un servicio que presenta una fuerte demanda, lo que no ocurriría con el servicio de telefonía fija.

Por lo tanto, concluye preliminarmente el Informe Instructivo, la preferencia por el servicio de telefonía fija es un efecto ficticio del mercado porque TELEFÓNICA no ofrece Internet solo y aprovecha su participación en el mercado de Internet para conseguir clientes en el servicio de telefonía fija.

Según el Informe Instructivo, la explicación para que la caída de la participación de TELEFÓNICA en el mercado de telefonía fija se haya detenido sería el importante crecimiento de las ofertas empaquetadas que realiza esta empresa, ya que la mayoría de las altas de accesos ADSL corresponden a altas a través de servicios empaquetados, principalmente dúos de telefonía fija e Internet.

En las páginas siguientes pasaremos a demostrar cómo es que las premisas que soportan la acusación contra TELEFÓNICA, así como la recomendación de imponernos una sanción no son correctas y no pueden ser amparadas por el COO. No sólo porque como hemos explicado TELEFÓNICA siempre actuó bajo el paraguas de la regulación sectorial, sino en la medida que ninguno de los elementos necesarios para declarar un comportamiento excluyente se presentan en el presente caso, sobre el particular reproducimos un extracto del informe de AMADO&MIRANDA

«7.1. Ahora bien, la evidencia empírica demuestra una historia diametralmente opuesta. De una lectura simple de la evidencia empírica, resulta claro el deterioro en la participación de Telefónica en el mercado afectado a partir del año 2007, año en el que según la Secretaría Técnica se

habrían iniciado los efectos anticompetitivos. En el gráfico expuesto se puede apreciar que Telefónica no obtuvo beneficios, en términos de ampliar su participación en el mercado de telefonía fija, sean estos calificados como competitivos o no. Muy por el contrario, la situación de Telefónica desmejoró notablemente. Como se señaló previamente, el mercado de telefonía fija se expandió tendencialmente durante el período en el que se habrían verificado los efectos anticompetitivos.» (el énfasis es agregado)

A contradecir los elementos que configurarían la injusta sanción que se pretende imponer a TELEFÓNICA dedicaremos las páginas siguientes.

3.4.2. Haciendo de Hércules Poirot: TELEFÓNICA no niega la necesidad de tener una línea fija para contar un servicio Speedy.

El Informe Instructivo contiene una serie de acciones de supervisión realizadas por funcionarios de OSIPTEL tendientes a verificar que TELEFÓNICA exige la contratación de una línea telefónica para poder adquirir el servicio de Speedy. Dichas Acciones de supervisión habrían consistido en una serie de llamadas telefónicas a los servicios de telegestión comercial de nuestra empresa, donde los empleados de nuestra empresa brindaron la única información que estaban en capacidad de dar, información que por otro lado siempre estuvo en conocimiento de OSIPTEL. No obstante, estas acciones de supervisión se tornan totalmente innecesarias si tomamos en cuenta que desde que desde que apareció el ADSL de TELEFÓNICA hace más de diez años este servicio siempre estuvo condicionado a la contratación de una línea telefónica.

Como hemos visto, OSIPTEL cuenta en su acervo documentarios con abundante información respecto del modelo de negocio del ADSL de TELEFÓNICA y jamás ha mostrado preocupación alguna sobre el particular, en dicho sentido lo único que dichas acciones de supervisión habrían demostrado es que TELEFÓNICA viene cumpliendo con lo señalado en los contratos de abonado del servicio Speedy, los cuales, como hemos señalado anteriormente en este documento fueron puestos oportunamente en conocimiento del Organismo Regulador.

3.4.3. "Donde dije digo, digo Diego": OSIPTEL ya ha reconocido que una práctica como la que cuestiona está justificada.

Como hemos señalado en nuestro escrito de contestación de cargos, en el mes de diciembre de 2002, OSIPTEL tuvo la oportunidad de analizar la provisión del servicio de acceso a Internet a través de las redes de cable, estudio que plasmó en un informe denominado: "*Situación del mercado de televisión por cable*".

En aquella oportunidad al describir la problemática del acceso a Internet a través de las redes de cable, OSIPTEL señaló que constituye una práctica común del mercado que la mayoría de las empresas prestadoras del servicio de televisión por cable ofrecen de forma empaquetada el servicio de televisión más el acceso a Internet.

De acuerdo con lo afirmado por OSIPTEL en el documento citado los requerimientos de la oferta comercial de Telefónica Multimedia para disfrutar del servicio acceso al servicio de CableNet, eran los siguientes: (i) contar con el servicio básico o económico de televisión paga denominado comercialmente como Cable Mágico y estar al día en sus pagos; (ii) residir en alguno de los distritos con cobertura del servicio CableNet y (iii) adquirir un "kit de instalación" (tarjeta de red, equipo cable módem, instalación del servicio), disponible en grandes almacenes.

En aquella oportunidad, no escapó del análisis de OSIPTEL la posibilidad de que la oferta comercial del servicio se CableNet –necesariamente vinculada a la de un servicio de televisión paga pudiera tener efectos contrarios a la competencia-, sin embargo, luego de realizar un análisis de la situación la descartó de plano.

La Gerencia de Relaciones Empresariales advirtió en aquella oportunidad –como hace ahora la Secretaría Técnica- que no existía impedimento técnico para ofrecer el servicio de CableNet independientemente al servicio de televisión paga, pues Telefónica Multimedia podía hacer uso de filtros que logran diferenciar la oferta de tal forma que no sea obligatorio contratar el servicio de televisión por cable para tener el servicio de acceso a Internet. No obstante, al momento de analizar los posibles efectos anticompetitivos de la práctica, OSIPTEL, rechazó de plano

dicha posibilidad sobre la base de los argumentos que reproducimos a continuación:

- Las normas peruanas de libre competencia sólo prohíben aquellas ventas atadas que son realizadas por empresas que tienen posición de dominio y que generen un efecto neto negativo sobre los consumidores, producto de una reducción de los niveles de competencia en el mercado.
- En el presente caso, dada la alta participación de Cable Mágico [Telefónica Multimedia] en el mercado de televisión por cable (88%), se puede suponer que esta cuenta con una posición dominante en el mercado de servicios de televisión por cable y de acceso a Internet a través de la red de televisión por cable.
- No se ha podido identificar que la venta atada realizada por Cable Mágico [Telefónica Multimedia] tenga el objeto o el efecto de disminuir los niveles de rivalidad o competencia existentes en el mercado de televisión por cable, aspecto que constituye un requisito para que una práctica pueda ser calificada como de "abuso de posición de dominio".
- Por otro lado, en los distritos en los cuales actualmente se presta el servicio de CableNet se ha verificado que la penetración del servicio de televisión por cable es superior al 85%, llegando a ser, en algunos casos, cercana al 100%.
- Asimismo, la participación estimada de mercado de Cable Mágico [Telefónica Multimedia] en dichos distritos, a mediados del año 2000, fluctuaba entre 90% y 95%; mientras que la mayor parte de dichos usuarios contrataban el paquete básico de dicho servicio.
- De acuerdo con los puntos anteriores, la venta atada, no genera un perjuicio a los consumidores, puesto que la mayor parte de los mismos va contrata el paquete básico de televisión por cable de Cable Mágico [Telefónica Multimedia], es decir, el servicio atado.
- La venta atada realizada por Cable Mágico [Telefónica Multimedia] puede generar incentivos para que potenciales empresas competidoras en el servicio de Internet ofrezcan servicios similares en mejores condiciones, y, probablemente, sin el condicionamiento actualmente existente. (el énfasis y el texto entre corchetes es agregado)

Asimismo, concluyó lo siguiente sobre el particular:

"(...) sobre la base de las normas de libre competencia, en el presente caso, no podría obligarse a Telefónica Multimedia que no venda de manera atada el servicio de CableNet del servicio de televisión por cable," (el énfasis es agregado)

Nótase, que en el año 2000 OSIPTEL ya se pronunció expresamente respecto de la legalidad de la oferta comercial vinculada (televisión por cable y acceso a Internet vía módem de cable) de un servicio de acceso a Internet que en esencia era muy similar a la que en esta oportunidad se cuestiona (telefonía fija y acceso ADSL) y no encontró mayor reparo; por el contrario; de la glosa citada advertimos que a pesar de que Telefónica Multimedia contaba con una posición dominante tanto en el mercado de servicios de televisión por cable como en el de acceso a Internet a través de la red de televisión por cable, OSIPTEL concluyó de forma acertada lo siguiente: (i) que dicha vinculación no generó un perjuicio a los consumidores; (ii) que no se identificó que la venta atada realizada por Telefónica Multimedia tuvo el objeto o el efecto de disminuir los niveles de rivalidad existentes en el mercado de televisión por cable; (iii) que la venta atada realizada por Telefónica Multimedia pueda generar incentivos para que potenciales empresas competidoras en el servicio de Internet ofrezcan servicios similares en mejores condiciones. Finalmente, sobre la base de las normas de libre competencia, en el presente caso, no podría obligarse a Telefónica Multimedia que no venda de manera atada el servicio de CableNet.

No obstante, el Informe Instructivo rechaza de plano lo dicho por la Administración en aquella oportunidad sobre la base de que: (i) no se habría investigado lo suficiente; y, (ii) que dicho análisis versó sobre el mercado de televisión paga y éste se hace sobre el mercado de telefonía fija. No podemos acompañar lo dicho por OSIPTEL en esta oportunidad.

Rechazar el análisis realizado por la Administración con anterioridad sólo porque a decir de la Secretaría Técnica en aquella oportunidad no se habría hecho un análisis profundo de la competencia carece de validez, no sólo porque hoy la Secretaría Técnica basa todo su estudio en fórmulas cuantitativas, tal como lo hiciera en aquella oportunidad la Gerencia de Relaciones Empresariales, sino

7. Esta situación tiene como consecuencia que el denunciado se encuentre en desventaja con respecto al denunciante, en relación con la posibilidad de probar (probar algo de difícil acreditación y que, por el contrario, puede efectuarlo fácilmente el denunciante) y, con ello, con la posibilidad de defenderse de manera efectiva; dicho de otro modo, la disposición cuestionada coloca en desventaja al denunciado frente al denunciante, con respecto al ejercicio de su derecho a probar y de su derecho de defensa. Esta circunstancia es por sí misma lesiva del derecho de igualdad procesal.» (el énfasis es agregado)

En el presente caso, la Secretaría Técnica sostiene básicamente la siguiente tesis: que TELEFÓNICA vendría realizando una venta atada en el mercado del ADSL, que ha perdido una importante cuota del mercado en la telefonía fija, pero como quiera que los competidores de TELEFÓNICA ya no vienen creciendo a un ritmo impresionante, ello es culpa únicamente de la venta del servicio Speedy que se comercializa sólo a aquellos abonados de TELEFÓNICA que tienen una línea fija.

Lo anterior obliga a TELEFÓNICA a contradecir una prueba diabólica en la medida que no sólo se le ha otorgado la calidad de daño a lo que en realidad es un crecimiento de cuota de mercado –en todo caso sería un menor beneficio– sino que en esencia porque es imposible de rebatir. TELEFÓNICA no puede señalar porqué sus competidoras no crecen a una cifra de dos dígitos al año al tiempo que ella no es empujada a la quiebra por una sangría incontinente de abonados. No lo puede hacer, porque se ha dotado de tal subjetividad al contenido del daño que hasta un supuesto decrecimiento en la cuota de mercado –lo que en realidad es una señal de salud no de enfermedad– de los competidores también es responsabilidad de TELEFÓNICA.

3.4.5. El análisis del daño en el presente procedimiento nos lleva a una única conclusión: "No hay daño".

En apariencia, la Secretaría Técnica parece que ha confundido confundirse el posible daño concurrencial lícito a una empresa particular (Telefónica Móviles) con el daño al proceso de competencia. Si bien una conducta puede generar un daño a una empresa particular, de ello no se debe desprender necesariamente que exista también una afectación al proceso competitivo. Es normal que la

competencia genere daños legítimos a los competidores. Si unas empresas compiten con mejores precios o condiciones, es de esperar que otras pierdan ventas. Ello es un efecto positivo para los consumidores y es algo deseado por la legislación de competencia. El daño o perjuicio que busca ser evitado por la ley es el daño que distorsiona el proceso competitivo y no el que afecta a los competidores individualmente considerados. El objetivo de la Ley de Competencia y de las agencias de competencia no es velar por que las empresas mantengan sus utilidades, su integridad patrimonial o su cuota del mercado, sino porque el proceso competitivo no se vea alterado por cierto tipo de conductas tipificadas expresamente en la Ley y que sólo pueden ser atribuidos luego de un riguroso estándar de carga de la prueba en manos de la Administración.

Siendo ello así, a efectos de acreditarse que una conducta ha generado un perjuicio a la competencia deberá evaluarse el impacto de la conducta investigada en el mercado. Para ello, cuando menos, deberán de evaluarse indicadores tales como: el nivel de concentración del mercado (a fin de determinar si este a aumentado a consecuencia de la conducta investigada); el nivel de precios de los productos involucrados (a efectos de determinar si éstos han aumentado como consecuencia de la conducta); el nivel de los volúmenes transados de los productos involucrados (a efectos de determinar si éstos se han reducido como consecuencia de la conducta); las mayores o menores dificultades que sufren los competidores en su intento por participar en el mercado (para determinar si la conducta involucra la generación de una barrera de acceso al mercado por nuevos competidores).

Si observamos las condiciones que deben verificarse para demostrar un daño al mercado veremos que ninguno de los presupuestos recogidos por la doctrina económica y jurisprudencia más autorizadas concurren en el presente caso:

(1) el nivel de concentración del mercado (a fin de determinar si este a aumentado a consecuencia de la conducta investigada)

No sólo no ha aumentado sino que viene disminuyendo año a año, el hecho de que en algún momento la caída de participación de TELEFÓNICA se haya

ralentizado no puede ser un hecho que demuestre un daño al mercado, sino en todo caso, una respuesta legítima de quien se ha visto privada del 30 por ciento de cuota de mercado. En todo caso, la supuesta ralentización en el crecimiento de los competidores tampoco es un hecho que se antoja cierto. En dicho sentido los informes de ALTERNA1, ALTERNA2, APOYO y MIRANDA&AMADO no hacen sino demostrar que efectivamente no se ha generado ningún daño al mercado, por el contrario el único dañado por la dinámica competitiva parece ser TELEFÓNICA.

(ii) el nivel de precios de los productos involucrados (a efectos de determinar si éstos han aumentado como consecuencia de la conducta);

Nada hace presumir que el nivel de precios en el mercado afectado venga aumentando como efecto de la conducta de TELEFÓNICA, por el contrario estos vienen bajando tanto por efecto de la aplicación de medidas regulatorias -factor de productividad- y la dinámica de unos competidores particularmente agresivos.

(iii) el nivel de los volúmenes transados de los productos involucrados (a efectos de determinar si éstos se han reducido como consecuencia de la conducta);

No se han reducido, por el contrario han aumentado, menos los niveles de producción de TELEFÓNICA que han venido disminuyendo año a año, sin embargo. El aumento de la producción de la telefonía fija se explica únicamente por la performance de los competidores, no de TELEFÓNICA.

4. INFORMES Y JURISPRUDENCIA QUE SUSTENTAN NUESTRA POSICIÓN:

1.1. Informes

- ALTERNA. Informe sobre "Paquetes internet-ADSL y telefonía fija". Febrero de 2012. (ALTERNA1)

- Boga Comunicaciones contra Telefónica Multimedia (Expediente N° 010-2001 - Resolución 021-2002-CCO/OSIPTEL).
- Nextel del Perú contra Telefónica Móviles (Expediente No. 001-2005-CCO-ST/LC).
- Red Privada Virtual contra Telefónica del Perú (Exp. N° 006-2004 - Res. N° 002-2004-CCO/OSIPTEL).
- Telmex contra Telefónica (Informe No. 004-2005-GRE).
- VO Cable contra Luz del Sur (Informe N° 002-2001/GRE y Resolución N° 032-2001-CCO/OSIPTEL).

1.2.3. Poder Judicial

- OSIPTEL contra Telefónica del Perú (Expediente No. 15-2011)
por anulación de laudo arbitral.

1.2.4. Tribunal Constitucional del Perú

- Congresistas de la República (STC 005-2003-A/TC).
- Hatuchay (STC No. 06135-2006-PA/TC).

1.2.5. Tribunales Arbitrales

- Telefónica contra OSIPTEL (Expediente No. 537-124-2001).
- Telefónica contra OSIPTEL y el MTC (Expediente No. 562-149-2001).
- Telefónica contra OSIPTEL (Expediente No. 1430-062-2008).

POR TANTO:

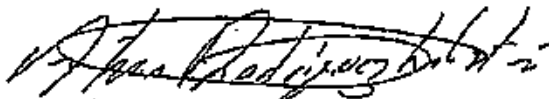
AL CCO solicitamos se sirva tener presente lo expuesto y en su oportunidad se sirva declarar INFUNDADA en todos sus extremos la denuncia iniciada de oficio contra TELEFÓNICA y disponer su archivamiento.

PRIMER OTROSI DECIMOS: Que adjuntamos como anexos los siguientes documentos:

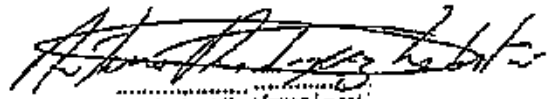
- Anexo 18-A: ALTERNA. Informe sobre "Paquetes Internet-ADSL y telefonía fija". Febrero de 2012.
- Anexo 18-B: ALTERNA. Informe de Comentarios al Informe Instructivo del Expediente 005-2011-CCO-ST/LC. Mayo de 2012.
- Anexo 18-C: APOYO CONSULTORÍA. Análisis económico-regulatorio del informe instructivo no 020-sttcca/2012 respecto al supuesto abuso de posición de dominio en la modalidad de venta atada. Mayo de 2012.
- Anexo 18-D: INVERTIR. Regulación de los mercados de voz en el Perú. Telefónica del Perú. Mayo de 2009.
- Anexo 18-E: MIRANDA & AMADO ABOGADOS. Venta conjunta del servicio Speedy (servicio de acceso a internet a través de la tecnología ADSL) y del servicio de telefonía fija. Mayo de 2012.
- Anexo 18-F: ESTUDIO MUÑIZ, RAMIREZ, PEREZ-TAIMAN & OLAYA. Análisis sobre legalidad del Informe Instructivo 020-STCCO/2012, emitido por la Secretaría Técnica de los Cuerpos Colegados del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, OSIPTEL. Mayo de 2012.

SEGUNDO OTROSÍ DECIMOS: Que al amparo de lo señalado en el artículo 21o del Reglamento de Solución de Controversias⁴⁶, solicitamos se nos conceda el uso de la palabra por el tiempo suficiente atendiendo a la complejidad del presente con la finalidad de que nuestros representantes y asesores puedan sustentar la posición de la empresa en la presente causa ante el CCO.

Lima, 24 de mayo de 2012



ANTONIO RODRIGUEZ LOBATÓN
Jefe de Asesoría en Telecomunicaciones
TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.



ANTONIO RODRIGUEZ LOBATÓN
Jefe de Asesoría en Telecomunicaciones
TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.

⁴⁶ Reglamento de Solución de Controversias

Artículo 21o.- Ocurrencias procesales no previstas. Las instancias de solución de controversias tienen facultades para disponer, ante ocurrencias procesales no previstas en el presente procedimiento, los mecanismos y plazos para la tramitación correspondiente

Anexo 5



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones - OSIPTEL

RESOLUCIÓN DEL CUERPO COLEGIADO N° 017-2012-CCO/OSIPTEL

Lima, 20 de julio de 2012

EXPEDIENTE	005-2011-CCO-ST/LC
MATERIA	Libre Competencia
ADMINISTRADO	Telefónica del Perú S.A.A.

El Cuerpo Colegiado designado mediante Resolución N° 119-2011-CD/OSIPTEL para tramitar el procedimiento de oficio contra Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante, TELEFÓNICA) por la presunta comisión de actos contrarios a la libre competencia.

VISTO:

El expediente N° 005-2011-CCO-ST/LC

CONSIDERANDO:

I. EMPRESA INVESTIGADA

TELEFÓNICA es una empresa privada dedicada a brindar servicios de telecomunicaciones. Por Decreto Supremo N° 11-94-TCC, de 13 de mayo de 1994, obtuvo la concesión para prestar el servicio público de portador de larga distancia nacional y larga distancia internacional. Asimismo, mediante el referido Decreto Supremo, se le otorgó la concesión para prestar el servicio de telefonía fija local.

TELEFÓNICA está registrada como empresa prestadora de servicios de valor añadido con Registro N° 013-VA, para prestar los servicios de conmutación de datos por paquete (Internet), consulta, facsímil en la forma de almacenamiento y retransmisión de fax, mensajería interpersonal en la modalidad de correo electrónico de voz, buscapersonas, almacenamiento y retransmisión de datos.

II. ANTECEDENTES

1. En el marco de la función de seguimiento de los distintos mercados de servicios públicos de telecomunicaciones para la detección de prácticas anticompetitivas, la Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados (en adelante, Secretaría Técnica) identificó indicios de una presunta práctica de atadura por parte de la empresa TELEFÓNICA consistente en el condicionamiento de la venta del servicio de

acceso a Internet a través de la tecnología ADSL (Speedy) a la compra de su servicio de telefonía fija.

2. Mediante Memorándum N° 140-GRE-2010, de fecha 27 de octubre de 2010, la Secretaría Técnica (en ese entonces, Gerencia de Relaciones Empresariales) solicitó a la Gerencia de Fiscalización y Supervisión realizar una inspección a fin de determinar si los clientes interesados en adquirir el servicio de Internet de TELEFÓNICA (Speedy, en la modalidad residencial y corporativo, a través de promociones y tarifas establecidas) solo puedan acceder a éste, sí y solo si contratan -a su vez- el servicio de telefonía fija de la misma empresa.
3. Con fecha 31 de diciembre de 2010, mediante Memorándum N° 751-GFS-2010, la Gerencia de Fiscalización remitió a la Secretaría Técnica los audios y transcripciones de las llamadas, realizadas desde las oficinas del OSIPTEL en diversas localidades del Perú hacia el Servicio de Telegestión Comercial de TELEFÓNICA (104).

De la información remitida por esta Gerencia se concluye que TELEFÓNICA no ofrece ninguna oferta de acceso al servicio de Internet sin la contratación previa o simultánea de una línea fija con dicha empresa.

4. Conforme a sus funciones de órgano Instructor, la Secretaría Técnica emitió el Informe N° 004-CCO/2011 de fecha 17 de marzo de 2011, Investigación Preliminar de Oficio: Supuesta práctica de atadura en el mercado peruano de servicios públicos de telecomunicaciones (en adelante, Informe de Investigación Preliminar).

De acuerdo a esta Secretaría, la presunta práctica anticompetitiva realizada por TELEFÓNICA consistiría en condicionar la venta de su servicio de Internet, en el cual tendría posición de dominio, a la compra de su servicio de telefonía fija. De ese modo, sólo los usuarios que adquirieran el servicio de telefonía fija de TELEFÓNICA o ya cuenten con él pueden acceder al su servicio de Internet.

El Informe de Investigación Preliminar señala lo siguiente:

- Establece el marco legal bajo el cual se analizará la presunta práctica anticompetitiva de TELEFÓNICA, señalando expresamente que ésta se encuentra comprendida en el artículo 10.2.c. de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
- Los contratos mediante los cuales TELEFÓNICA ofrece los diferentes servicios Speedy contemplan como requisito indispensable para la prestación de dicho servicio la obligación de contar con una línea de telefonía fija de TELEFÓNICA o la obligación de adquirir una.
- De las acciones de supervisión llevadas a cabo se verificó que en la práctica TELEFÓNICA no ofrece ninguna oferta de acceso a Speedy sin la contratación previa o simultánea de una línea fija con esta misma empresa, incluso se exige expresamente dicho requisito cuando los interesados ya cuentan con una línea telefónica fija contratada con una empresa distinta a TELEFÓNICA.
- Se identificó como servicio relevante al servicio de Internet el cual incluye las tecnologías ADSL y cable módem, en los distritos donde TELEFÓNICA ofrezca tales servicios.
- TELEFÓNICA cuenta con posición de dominio en el mercado de Internet, toda vez que: (i) las cuotas de participación de mercado demuestran que, a nivel

distrital, TELEFÓNICA tiene una participación de 100.00% en el 18% de todos los distritos a nivel nacional y que solo en 6 departamentos tiene una cuota menor a 100.00%; (ii) TELEFÓNICA es la empresa dominante en el mercado de telefonía fija, y siendo el acceso al bucle local, una facilidad esencial para el acceso a los usuarios, esta empresa posee una barrera estructural de entrada al mercado de Internet; y, (iii) el tamaño de la red de TELEFÓNICA, le otorga mayor poder de mercado, debido a que las grandes redes producen mayores externalidades.

- Los potenciales efectos exclusorios de esta práctica se producirían en el mercado de telefonía fija, que es el mercado de servicio atado, en el cual TELEFÓNICA estaría atravesando por un debilitamiento significativo. Dicha empresa podría estar tratando de aprovechar el crecimiento experimentado en el servicio de Internet mediante ADSL para recuperar su posición en el mercado de telefonía fija.

III. PROCEDIMIENTO DE OFICIO Y HECHOS RELEVANTES

5. Por Resolución N° 119-2011-CD/OSIPTEL de fecha 08 de setiembre de 2011 el Consejo Directivo designó un Cuerpo Colegiado para que evalúe el inicio de un procedimiento de oficio contra TELEFÓNICA por la presunta comisión de una infracción a la libre competencia, y de ser el caso, tramite y resuelva el procedimiento que decida iniciar.
6. Mediante Resolución N° 001-2011-CCO/OSIPTEL, de 13 de setiembre de 2011, el Cuerpo Colegiado resolvió disponer del inicio de un procedimiento de oficio contra TELEFÓNICA, por la presunta comisión de abuso de posición de dominio en la modalidad de venta atada, con posibles efectos de exclusión en el mercado de telefonía fija, conducta tipificada en el literal c) del artículo 10.2 del Decreto Ley N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

Los fundamentos de la Resolución N° 001-2011-CCO/OSIPTEL fueron los siguientes:

- Se consideró que el comportamiento de TELEFÓNICA podría constituir una práctica con efectos de exclusión en el mercado de telefonía fija, dada la posición de dominio que tendría dicha empresa en el mercado de Internet a través de la tecnología ADSL, pudiéndose generar un perjuicio a la dinámica competitiva en el mercado de telefonía fija, reforzándose su posición en el mercado de Internet y causando un perjuicio a sus competidores en el mercado de telefonía fija.
- De otro lado, los usuarios se habrían visto forzados a adquirir un servicio adicional, pudiéndose afectar el bienestar de los consumidores, no sólo a través de un supuesto debilitamiento del proceso competitivo, sino a través de la afectación a usuarios, que bajo las condiciones de venta atada, no podrían acceder a determinados servicios en relación a sus preferencias.
- Asimismo, se dispuso agregar al Expediente el Informe de Investigación Preliminar y se otorgó a TELEFÓNICA un plazo de diez días hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, para presentar sus descargos.

7. Con fecha 30 de setiembre de 2011, TELEFÓNICA presentó un escrito de descargos a lo expresado en el Informe de Investigación Preliminar, manifestando lo siguiente:

- Las alegaciones formuladas por la Secretaría Técnica contradicen la regulación vigente y no son plausibles atendiendo al principio de supletoriedad establecido en el artículo 12° del Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, Reglamento General del OSIPTEL (en adelante, Reglamento General del OSIPTEL).
- TELEFÓNICA actuó dentro del marco legal establecido dado que su modelo comercial y tarifas fueron autorizadas por el OSIPTEL mediante Resolución N° 36-2000-CD/OSIPTEL, que aprobó las tarifas máximas fijas aplicables a prestaciones de transmisión de datos mediante circuitos virtuales ATM con acceso ADSL.
- OSIPTEL ha reconocido y reiterado la dependencia que existe entre el servicio de acceso a Internet vía ADSL y la línea telefónica fija.
- En el año 2002, OSIPTEL analizó la provisión del servicio CableNet de Telefónica Multimedia S.A.C. y descartó la configuración de una práctica de atadura. La provisión de dicho servicio presenta condiciones similares a la provisión del servicio Speedy, por lo que no se entiende por qué en el presente caso sí existirían indicios suficientes de la ilegalidad de la práctica.
- El servicio de acceso a Internet a través de la tecnología ADSL constituye un servicio de valor añadido en la modalidad de conmutación de datos por paquetes, valiéndose tanto de la red portadora como de la red final de telefonía fija brindados por TELEFÓNICA, por lo que la comercialización conjunta de los servicios está justificada.
- El Informe de Investigación Preliminar vulnera el derecho de defensa de TELEFÓNICA al no haber investigado sobre las razones técnicas o económicas que justifican el uso de sus contratos subordinados por más de diez años en el mercado.
- Las imputaciones realizadas a TELEFÓNICA son ambiguas, puesto que: se ha omitido mencionar que la tecnología ADSL se soporta en la infraestructura de la telefonía fija; no se ha explicado por qué motivo no se consideran dentro del mercado relevante a la banda ancha móvil, ni tampoco la banda ancha inalámbrica; no se está de acuerdo con la participación de las cuotas de mercado que ostentaría TELEFÓNICA; no hay evidencia de afectación al mercado de telefonía fija; no se han analizados los requisitos establecidos en los lineamientos de libre competencia para la detección de una conducta anticompetitiva; y, finalmente, se ha obviado realizar cualquier ejercicio respecto de las posibles explicaciones que justificarían la validez de la práctica investigada.
- En relación con el análisis de mercado relevante, agrega que la delimitación del mercado geográfico debe incluir las zonas donde las condiciones de competencia sean similares o suficientemente homogéneas.
- Respecto del presunto empaquetamiento ilícito, indica además que se debe evaluar la demanda de los servicios por separado; la justificación del empaquetamiento en términos de ahorro de costos y economías de ámbito; los efectos de la práctica en el mercado de telefonía fija; así como la experiencia internacional de naked ADSL.

8. Finalmente, mediante Resolución N° 002-2011-CCO/OSIPTEL, de 05 de octubre de 2011, el Cuerpo Colegiado resolvió tener presente y agregar al expediente el escrito

presentado por TELEFÓNICA el 30 de septiembre de 2011 y dar inicio a la etapa de investigación a cargo de la Secretaría Técnica.

9. El 23 de abril de 2012, mediante Resolución N° 011-2012-CCO/OSIPTEL, se notificó a TELEFÓNICA, el Informe Instructivo N° 020-STCCO/2012 (en adelante, Informe Instructivo) emitido por la Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados, concediéndole un plazo de siete (7) días hábiles para que presente sus comentarios y alegatos por escrito, de conformidad con el artículo 81° del Reglamento General del OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas, aprobado mediante Resolución N° 010-2002-CD/OSIPTEL¹.
10. El 25 de abril de 2012, mediante Escrito N° 11, TELEFÓNICA adujo que el referido Informe Instructivo no se habría notificado correctamente, pues la Secretaría Técnica no adjuntó a éste los documentos al que hacía referencia en dicho informe, a saber, el Oficio N° 010-2012-MTC/26 remitido por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, el Oficio N° 064-2011/ST-CLC-INDECOPI remitido por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI y las cartas N° GER-113-2011, N° INTEP/S-002-2012/PRE y N° GG 024-2012 remitidas por las empresas del servicio de VoIP Convergencia Perú S.A., Infoductos y Telecomunicaciones del Perú S.A. y Perusat S.A., respectivamente. Asimismo, TELEFÓNICA solicitó los documentos antes mencionados, a fin de que pueda ejercer su derecho de defensa de forma idónea.
11. Mediante Resolución N° 012-2012-CCO/OSIPTEL, de fecha 26 de abril de 2012, el Cuerpo Colegiado declaró confidencial parte de la información remitida conjuntamente con las comunicaciones de las empresas de VoIP antes mencionadas.
12. En respuesta a lo señalado por TELEFÓNICA, mediante Resolución N° 013-2012-CCO/OSIPTEL, notificada a dicha empresa con fecha 27 de abril de 2012 a horas 2:48 PM, el Cuerpo Colegiado sostuvo que: i) con base en el artículo 24° de la Ley del Procedimiento Administrativo General², la notificación del Informe Instructivo no devino en defectuosa; ii) de conformidad a lo dispuesto por el artículo 160° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, TELEFÓNICA cuenta con el derecho de acceso al expediente en cualquier momento de su trámite³; y iii) que no obstante lo

¹ Artículo 81° de la Resolución N° 010-2002-CD/OSIPTEL, Reglamento General del OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas:

"Artículo 81.- Alegatos.- Recibido el informe instructivo, el Cuerpo Colegiado lo notificará a las partes para que en un plazo que no excederá de siete (7) días presenten sus comentarios y formulen sus alegatos".

² Artículo 24° de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

"Artículo 24.- Plazo y contenido para efectuar la notificación

24.1 Toda notificación deberá practicarse a más tardar dentro del plazo de cinco (5) días, a partir de la expedición del acto que se notifique, y deberá contener:

24.1.1 El texto íntegro del acto administrativo, incluyendo su motivación.

24.1.2 La identificación del procedimiento dentro del cual haya sido dictado.

24.1.3 La autoridad e institución de la cual procede el acto y su dirección.

24.1.4 La fecha de vigencia del acto notificado, y con la mención de si agotare la vía administrativa.

24.1.5 Cuando se trate de una publicación dirigida a terceros, se agregará además cualquier otra información que pueda ser importante para proteger sus intereses y derechos.

24.1.6 La expresión de los recursos que proceden, el órgano ante el cual deben presentarse los recursos y el plazo para interponerlos.

24.2 Si en base a información errónea, contenida en la notificación, el administrado practica algún acto procedimental que sea rechazado por la entidad, el tiempo transcurrido no será tomado en cuenta para determinar el vencimiento de los plazos que corresponden".

³ Artículo 160° de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

"Artículo 160.- Acceso a la información del expediente

anterior, procedía a remitir a TELEFÓNICA copia de la documentación solicitada, con excepción de la información declarada confidencial.

13. Mediante Escrito N° 12, recibido el 27 de abril de 2012 a horas 3:52 PM, TELEFÓNICA solicitó la ampliación del plazo para presentar alegatos y comentarios al Informe Instructivo por diez (10) días hábiles adicionales, dada su necesidad de contar con un plazo suficiente para ejercer su derecho de defensa de forma idónea y tomando en consideración la complejidad de la materia controvertida.
14. En atención a ello, por Resolución N° 014-2012-CCO/OSIPTel, notificada a TELEFÓNICA el 02 de mayo de 2012 a horas 4:30 PM, el Cuerpo Colegiado concedió el plazo solicitado a dicha empresa.
15. El mismo día, 02 de mayo de 2012, a horas 3:55 PM, TELEFÓNICA presentó el Escrito N° 13 en el que señaló lo siguiente: i) se ha violentado su derecho al debido procedimiento, toda vez que la información que sustenta el Informe Instructivo debió ser necesariamente notificada; y, ii) parte de la documentación solicitada fue incorporada al expediente con posterioridad a la notificación del Informe Instructivo, al ser declarada confidencial; por lo que incluso si hubiere ejercido su derecho de acceso al expediente, no habría podido conocer la referida información. Asimismo, reiteró su solicitud de contar con una prórroga adicional de diez (10) días hábiles.
16. Mediante Resolución N° 015-2012-CCO/OSIPTel, de 07 de mayo de 2012, el Cuerpo Colegiado señaló que: i) la información requerida por TELEFÓNICA no podría ser materia de contradicción sino hasta realizado el análisis conjunto de la misma, sin perjuicio de lo cual y habiendo la Secretaría Técnica remitido tal información, no se ha configurado un supuesto de indefensión como posibilidad real de contradecir imputaciones; y, ii) la declaración de confidencialidad de parte de la información solicitada se realizó de oficio y ésta si formaba parte del expediente como se puede corroborar de la foliación del mismo. Con relación a la reiteración de prórroga por parte de TELEFÓNICA indicó que, el plazo otorgado a dicha empresa para la presentación de comentarios y alegatos al Informe Instructivo N° 020-STCCO/2012, vencería el día 24 de mayo de 2012.
17. Mediante Escrito N° 14 de fecha 24 de mayo de 2012, TELEFÓNICA presentó sus alegatos y comentarios a lo expresado en el Informe Instructivo. Al respecto, la empresa investigada ejerció su defensa bajo los siguientes argumentos:

160.1 Los administrados, sus representantes o su abogado, tienen derecho de acceso al expediente en cualquier momento de su trámite, así como a sus documentos, antecedentes, estudios, informes y dictámenes, obtener certificaciones de su estado y recabar copias de las piezas que contiene, previo pago del costo de las mismas. Sólo se exceptúan aquellas actuaciones, diligencias, informes o dictámenes que contienen información cuyo conocimiento pueda afectar su derecho a la intimidad personal o familiar y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional de acuerdo a lo establecido en el inciso 5) del Artículo 20 de la Constitución Política. Adicionalmente se exceptúan las materias protegidas por el secreto bancario, tributario, comercial e industrial, así como todos aquellos documentos que impliquen un pronunciamiento previo por parte de la autoridad competente.

160.2 El pedido de acceso podrá hacerse verbalmente y se concede de inmediato, sin necesidad de resolución expresa, en la oficina en que se encuentre el expediente, aunque no sea la unidad de recepción documental".

En el mismo sentido, se pronuncia el artículo 36° de la Resolución N° 010-2002-CD-OSIPTel, Reglamento General para la Solución de Controversias entre Empresas.

- TELEFÓNICA ha colaborado con la investigación materia del procedimiento, mostrando una correcta actuación procesal.
- El Informe de Investigación Preliminar vulnera el derecho de defensa de TELEFÓNICA, pues al no precisar cuáles son los hechos ilícitos que se imputan carece de una debida motivación.
- El Informe Instructivo vulnera su derecho de defensa, toda vez que la Secretaría Técnica se ha amparado en una serie de hechos que carecen de mayor sustento, apartándose de la jurisprudencia desarrollada por los Cuerpos Colegiados sobre la materia.
- Reitera que las instancias de solución de controversias no resultan competentes por aplicación del principio de supletoriedad, debido - principalmente - a que OSIPTEL ya habría ejercido su potestad regulatoria a través de una regulación mayorista que no es otra cosa que una regulación implícita del modelo minorista.
- La Secretaría Técnica habría mutilado el mercado relevante al no incluir la banda ancha móvil. En concreto, aduce que se habría reducido el planteamiento del mercado relevante al considerar únicamente características de la oferta, dejando de lado un análisis que determine las necesidades que busca satisfacer la demanda.
- En cuanto a la determinación de la posición de dominio, indica que la verdadera participación de Telefónica sería de 68% con tendencia a variar y que el HHI correctamente definido presenta tendencia a la baja.
- Insiste en que en el caso Cablenet, OSIPTEL ya reconoció que una práctica similar está justificada, por lo que no reconocer este pronunciamiento significaría que OSIPTEL reconoce su error.
- No existe evidencia que permita demostrar que la conducta investigada pueda tener efectos restrictivos de la competencia en el mercado.

Cabe indicar que en su Escrito Nº 14, TELEFÓNICA señaló que remitía adjunto los siguientes informes de parte que sustentaban su posición: Consultora Alterná, Apoyo Consultoría, Consultora Invertir, Estudio Miranda & Amado Abogados y Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman & Olaya.

Asimismo, TELEFÓNICA solicitó se le conceda el uso de la palabra por el tiempo suficiente para que sus representantes y asesores puedan sustentar su posición, atendiendo a la complejidad del caso.

18. En atención a lo solicitado, mediante Resolución Nº 016-2012-CCO/OSIPTEL, de 29 de mayo de 2012, el Cuerpo Colegiado otorgó a TELEFÓNICA el uso de la palabra. Por lo que, con fecha 25 de junio de 2012, TELEFÓNICA presentó su posición ante el Cuerpo Colegiado, en audiencia de Informe Oral, añadiendo a su defensa los siguientes argumentos:

- En cuanto al análisis de la práctica de atadura en sí, sostiene que no corresponde incluir el análisis de los dúos y tríos a través de los que se provee el servicio de telefonía fija y el ADSL, pues no guardan relación con el inicio de la práctica investigada.
- OSIPTEL intenta que TELEFÓNICA realice una prueba diabólica, de otro modo, cómo podría ésta justificar o probar que la caída de sus competidores en el mercado de fija se debe a otras razones.

- Para la determinación del mercado relevante se ha debido tener en cuenta la existencia de un mercado de Internet informal o ilegal de acceso a Internet.
- No existe un daño a la competencia, pues la supuesta empaquetadura anticompetitiva podría haber tenido - en todo caso - un fin explotativo más que excluyente.
- La medida correctiva tendría la potencialidad de afectar la competencia en la prestación del servicio de Internet a través de la tecnología ADSL, pues a consecuencia de la regulación vigente, estaría forzada a exigir a sus clientes que contraten el servicio de telefonía fija de TELEFÓNICA, a pesar de que ésta última podría proveerlo individualmente.

19. El 28 de junio de 2012, mediante Escrito N° 16, TELEFÓNICA presentó alegatos finales. En el mencionado escrito reiteró varios de los argumentos señalados con anterioridad y, adicionalmente, agregó los siguientes:

- No existe coerción sobre el consumidor si éste puede adquirir el producto principal de otras fuentes en las mismas condiciones, y cuando en el empaquetamiento se ofrece el producto principal en condiciones suficientemente atractivas como para que sea demandado de esta manera (dúo).
- No existe daño debido a que: la caída en la participación de TELEFÓNICA no se ha detenido, no existe razón para evaluar los efectos derivados de una conducta que se desarrolla inalterable desde el 2001, la participación del grupo telefónica (incluida Telefónica Móviles) refleja una caída progresiva, y los competidores de TELEFÓNICA crecen a un índice de dos cifras todos los años.

IV. DILIGENCIAS A CARGO DE LA SECRETARÍA TÉCNICA⁴

4.1. Acciones de supervisión realizadas por el OSIPTEL

Mediante Memorandum N° 140-GRE-2010, de fecha 27 de octubre de 2010, la Secretaría Técnica solicitó a la Gerencia de Fiscalización y Supervisión llevar a cabo acciones de inspección y determinar si los clientes interesados en adquirir el servicio de Internet de TELEFÓNICA (Speedy, en la modalidad residencial y corporativo, a través de promociones y tarifas establecidas) solo puedan acceder a éste, sí y solo si contratan - a su vez - el servicio de telefonía fija de la misma empresa.

Con fecha 31 de diciembre de 2010, mediante Memorandum N° 751-GFS-2010, la Gerencia de Fiscalización remitió a la Secretaría Técnica los audios de las llamadas, así como las transcripciones de tales llamadas realizadas desde las oficinas del OSIPTEL en diversas localidades del Perú hacia el Servicio de Telegestión Comercial de TELEFÓNICA (104).

4.2. Información solicitada a TELEFÓNICA

⁴ Al respecto, se debe tener en cuenta que, conforme a lo dispuesto por el artículo 180° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, los administrados, sus representantes o su abogado, tienen derecho de acceso al expediente en cualquier momento de su trámite, así como a sus documentos, antecedentes, estudios, informes y dictámenes.

Durante la etapa de investigación del presente procedimiento, la Secretaría Técnica remitió a TELEFÓNICA la carta N° 047-ST/2011 de 17 de noviembre de 2011, mediante la cual la Secretaría Técnica solicitó la siguiente información por el periodo de agosto de 2001 a setiembre de 2011: i) Formatos 1 y 2: altas y bajas del servicio de telefonía fija (alámbrica), con periodicidad mensual, desagregada por paquetes y por segmento comercial; ii) Formatos 3 y 4: altas y bajas del servicio de Internet ADSL, con periodicidad mensual, desagregada por paquetes y por segmento comercial; iii) Formato 5: stock del servicio de telefonía fija (alámbrica), con periodicidad mensual, desagregada por paquetes y por segmento comercial; y, iv) Formato 5: stock del servicio de Internet ADSL, con periodicidad mensual, desagregada por paquetes y por segmento comercial. El plazo otorgado fue de hasta el 02 de diciembre de 2011.

Cabe indicar que toda la información solicitada por la Secretaría a TELEFÓNICA se requirió con el fin de determinar si las ofertas promocionales o empaquetamiento de los servicios (dúos) generó incentivos para la contratación del servicio de telefonía fija de TELEFÓNICA y, en general, con el objetivo de evaluar los efectos de la presunta práctica de atadura.

En respuesta a lo solicitado, mediante escrito N° 2 de 1° de diciembre de 2011, TELEFÓNICA indicó que su representada estaba en capacidad de entregar la información solicitada únicamente para los años 2009, 2010 y 2011. Por lo que entregó únicamente información impresa de los Formatos 1, 2, 3, y 4 para el año 2011 (hasta octubre) e información impresa correspondiente al Formato 5 para los años 2010 y 2011 (hasta octubre). Además, solicitó prórroga de plazo para la entrega de la información restante hasta el 16 de diciembre de 2011.

Con carta N° 050-ST/2011 de 9 de diciembre de 2011, y luego de haber revisado la información presentada por la empresa, la Secretaría Técnica otorgó la prórroga solicitada e insistió en que la información debía entregarse desagregada por segmento comercial y residencial, en medio magnético. Asimismo, volvió a comunicar el requerimiento de información para los años anteriores al 2009.

Mediante escritos N° 3, 4 y 5 de fechas 12 de diciembre de 2011, 5 y 16 de enero de 2012, respectivamente, TELEFÓNICA remitió toda la información correspondiente a los años 2009, 2010 y 2011 sobre los Formatos 1, 2, 3, 4 y 5. Señaló también que no contaba con la información al nivel de detalle exigido desde el año 2001 y que no contaba con los documentos que permitan reconstruirla.

Por carta N° 017-STCCO/2012 de 11 de enero de 2012, la Secretaría Técnica solicitó a TELEFÓNICA explique claramente y por escrito las razones por las que aducía imposibilidad para cumplir con la entrega de información faltante.

Mediante escrito N° 6 del 16 de enero de 2012, TELEFÓNICA sostuvo que: i) los dúos y trios fueron lanzados en agosto de 2007, por lo que no existe información relativa a sus multiproductos con anterioridad a dicha fecha; ii) el registro de la información por el periodo de agosto de 2007 a diciembre de 2008 se realizó de forma manual, lo que habría ocasionado un problema de desfase y pérdida de información; iii) propuso replicar la información sobre la planta de líneas fijas y servicio de internet desde el año 2001, información que habría presentado a OSIPTEL con anterioridad; y, iv) en base a su registro manual, propuso recrear la información solicitada por el periodo de agosto de

2007 a diciembre de 2008; sin embargo, precisó que ésta no sería confiable. Solicitó una nueva prórroga de plazo para la segunda semana de febrero de 2012.

Por carta N° 020-STCCO/2012 de 20 de enero de 2012, la Secretaría Técnica señaló que con relación a su propuesta de replicar la información desde el 2001, indique los números de las comunicaciones y las fechas en las cuales éstas se remitieron al OSIPTEL; respecto de la información por el periodo de agosto de 2007 a diciembre de 2008 que registró de forma manual, explique la fuente originaria de información, la metodología de procesamiento así como el margen de error con el que contaría la información entregada, entre otras. Se otorgó asimismo el plazo solicitado, precisando que la entrega debería realizarse el 7 de febrero de 2012, fecha de culminación de la etapa de investigación de la presente controversia.

Además, mediante carta N° 021-STCCO/2012 de 24 de enero de 2012, se le indicó a TELEFÓNICA que había presentado información que no coincidía con información relacionada, remitida al OSIPTEL en cumplimiento de la Resolución N° 121-2003-CD/OSIPTEL. Por lo que se solicitó a esta empresa, explicar la causa de la discordancia en la información entregada.

En su escrito N° 7, de 25 de enero de 2012, la empresa investigada indicó que i) la información sobre la planta de líneas fijas y servicio de internet desde el año 2001, se encuentra en poder de la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia del OSIPTEL, por lo que en virtud del artículo 40° de la Ley del Procedimiento Administrativo General corresponde solicitarla a dicha gerencia; ii) el requerimiento referido a la información por el periodo de agosto de 2007 a diciembre de 2008 resulta confuso; y, iii) sobre la entrega de esta última información solicita una nueva prórroga del plazo de entrega hasta el 15 de febrero de 2012.

En respuesta a la carta N° 021-STCCO/2012, por escrito N° 8 de fecha 27 de enero de 2012, TELEFÓNICA señaló que la duplicidad de información en la que incurrió se debió a un error y que la variación de la información presentada en el "Stock de Líneas de Telefonía Fija en Servicio", con relación a la información relacionada antes enviada al OSIPTEL, se debió a que la información que se reportó al OSIPTEL con anterioridad tenía como fuente la información del área de red, y la información que se presentó en el procedimiento tenía como fuente los sistemas de gestión comercial.

Teniendo en cuenta lo dicho por TELEFÓNICA, la Secretaría Técnica le remitió el Oficio N° 032-STCCO/2012 de 8 de febrero de 2012, mediante el cual señaló que (i) OSIPTEL no contaba con la información del periodo de agosto de 2001 a julio de 2007 referida a los formatos con el nivel de desagregación y/o periodicidad requerido; (ii) respecto de la solicitud de explicar las características de la información entregada se le reiteró que dicha solicitud tiene su fundamento en el artículo 29° del Reglamento de Controversias; (iii) se le reiteró además, que el grado de detalle de la descripción solicitada debía explicar por sí misma por qué TELEFÓNICA ha podido cumplir con otros requerimientos de información similares; y, (iv) finalmente, con relación a su solicitud de prórroga, se señaló que aún cuando se le informó, en su última solicitud de prórroga, que la etapa de investigación culminaba el 7 de febrero de 2012, se le concedía un plazo perentorio para entrega de la información de hasta el 15 de febrero.

Mediante escrito N° 9 de fecha 15 de febrero de 2012, TELEFÓNICA indicó a la Secretaría Técnica que la información correspondiente al periodo de marzo 2008 a junio

2008 no se encontraba en sus archivos por lo cual era imposible remitirla. Asimismo, señaló que en el 2007 TELEFÓNICA no contaba con soportes de gestión de cuantiosa información por lo que se hacía de manera manual. La información que se remitió en dicha comunicación fue la correspondiente a los años 2009, 2010, 2011 y el formato 5 del 2008 al 2011. Esta información fue entregada en físico y su copia en digital no fue entregada a la Secretaría Técnica sino hasta el 17 de febrero de 2012.

El 24 de febrero la Secretaría dirigió a TELEFÓNICA, el Oficio N° 057-STCCO/2012 mediante el cual le indicó que la información entregada en su escrito N° 8 no coincidía con los datos reportados en los escritos de fecha 15 y 17 de febrero de 2012, solicitándole explicación acerca del motivo de las discrepancias.

Con escrito N° 11 de 1° de marzo de 2012, TELEFÓNICA manifestó que la causa que originara las variaciones en las entregas de información fueron los distintos procesos utilizados para su obtención y que, en razón de que la información de los escritos N° 9 y 10 contaba con mayor claridad y certeza debía utilizarse esta última información.

4.3. Información solicitada a otras empresas

De otro lado, el 16 de noviembre de 2011, se remitieron cartas N° 046-ST/2011, a algunas empresas de voz por IP solicitándoles nos informen acerca de los problemas más relevantes a los que se habrían tenido que enfrentar para acceder al mercado de voz por IP y una vez que lograron ingresar al mercado, detalle los problemas más importantes que ha tenido que afrontar para mantenerse en el mercado y si considera que existen obstáculos a la expansión del servicio de voz por IP, entre otros.

Dieron respuesta a dicho requerimiento de información: Convergía Perú S.A., mediante Carta N° GER-113-2011 del 05 de diciembre de 2011, Infoductos y Telecomunicaciones del Perú S.A., con carta N° INTEP/S-002-2012/PRE del 16 de enero de 2012, y Perusat S.A., mediante carta N° GG 024-2012 del 23 de enero de 2012.

Respecto a la problemática enfrentada para la expansión de sus servicios de telefonía IP, estas empresas mencionaron algunas dificultades derivadas de las estrategias de la venta atada y empaquetamientos realizados por TELEFÓNICA.

4.4. Información solicitada a INDECOPÍ

Mediante Oficio N° 209-ST/2011, de fecha 16 de noviembre de 2011, la Secretaría solicitó al INDECOPÍ un Informe Técnico no vinculante sobre los lineamientos, precedentes y criterios interpretativos que se vienen aplicando para la generalidad de los mercados y agentes económicos, en materia de posición de dominio, en la modalidad de ventas atadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 78° del Reglamento de Solución de Controversias entre Empresas del OSIPTEL.

Absolviendo lo solicitado por la Secretaría Técnica, mediante Oficio N° 064-2011/ST-CLC-INDECOPÍ, de 26 de diciembre de 2011, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia remitió el Informe N° 048-2011/ST-CLC-INDECOPÍ.

4.5. Información solicitada al MTC

Mediante Oficio N° 005-2011-ST/LC, de fecha 28 de diciembre de 2011, la Secretaría Técnica solicitó al MTC el número de conexiones de banda ancha a nivel nacional, desagregado por tecnología, empresa operadora y distrito, con frecuencia trimestral desde el primer trimestre del año 2010 hasta el segundo trimestre de 2011.

El MTC absolvió la solicitud realizada por la Secretaría Técnica mediante Oficio N° 010-2012-MTC/26, de 5 de enero de 2012⁵.

V. CUESTIONES PROCESALES PREVIAS

5.1. Supuesta vulneración al derecho de defensa

5.1.1. Del Informe de Investigación Preliminar

En sus descargos, TELEFÓNICA señaló que el Informe Preliminar N° 004-CCO/2011 emitido por la Secretaría Técnica vulneraría su derecho de defensa por considerarlo falto de motivación.

En efecto, el artículo 84° del Reglamento del OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas (en adelante, Reglamento de Solución de Controversias) ha establecido que para la solicitud de inicio de un procedimiento de oficio, la Secretaría Técnica emitirá un informe debidamente fundamentando el cual será presentado ante el Cuerpo Colegiado a efectos de que tome una decisión sobre la mencionada solicitud.

Cabe señalar que el informe de la Secretaría Técnica únicamente permite solicitar el inicio del procedimiento formal que cuente con la participación de la empresa investigada. Al respecto, el Informe Preliminar debe contar fundamentalmente con pruebas indiciarias sobre la existencia de prácticas que puedan estar atentando contra la libre y leal competencia, dado que la posibilidad de obtener prueba plena antes de iniciada una controversia, no resultaría exigible.

A este respecto, se debe tener en cuenta que el razonamiento que emplea la prueba indiciaria es siempre persuasivo, nunca demostrativo: pretende convencer, no explicar. Una mera explicación de la situación tendría que basarse sobre hechos evidentes, libres de toda ambigüedad o duda. En cambio, en los indicios no hay nada seguro salvo el hecho bruto inicial que es interpretado como indicio; porque todo lo demás (incluyendo su carácter de indicio) lo alega quien pretende convencer de lo sucedido⁶.

Se debe tener en cuenta, además, que los indicios plasmados en el Informe Preliminar de la Secretaría Técnica, así como los tomados en cuenta por el Cuerpo Colegiado en la Resolución N° 001-2011-CCO/OSIPTEL, no estuvieron dirigidos ni desembocaron en una resolución sancionatoria o condenatoria, sino que buscaron constatar la apariencia de la

⁵ Es preciso indicar que la información remitida por el MTC no incluye los accesos a Internet por dial-up.

⁶ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La teoría de la prueba indiciaria*. En: Doxa: Tendencias Modernas del Derecho. Trujillo: Normas Legales. 2004. pág. 12.

realización de una práctica anticompetitiva, cuya investigación continúa durante la tramitación del procedimiento de oficio.

En efecto, dentro del presente procedimiento, TELEFÓNICA ha contado con todas las garantías inherentes al debido procedimiento. La empresa investigada ha sido informada oportunamente sobre las imputaciones formuladas en su contra y ha tenido expedito su derecho a acceder al expediente en todo momento. Asimismo, la empresa ha tenido la oportunidad de presentar sus descargos, realizar toda la actividad probatoria que ha considerado conveniente, ha contado con la posibilidad de presentar su posición respecto de la investigación desarrollada por la Secretaría Técnica en su Informe Instructivo, así como tendrá la posibilidad de impugnar la resolución final que emita este Cuerpo Colegiado si no la considera acorde con sus intereses.

Adicionalmente, en sus alegatos, TELEFÓNICA vuelve a cuestionar la motivación del Informe de Investigación Preliminar, pues indica que éste no precisa cuáles son los hechos ilícitos que se le imputan.

En respuesta a lo dicho por TELEFÓNICA, se debe indicar que, a nivel indiciario, el Informe de Investigación Preliminar identificó expresamente la práctica materia de investigación consistente en la sujeción de la adquisición del servicio de acceso a Internet ADSL a la compra del servicio de telefonía fija de la misma empresa, así como, los medios probatorios y los aspectos de la metodología tenidos en cuenta para identificar la práctica investigada, tales como: identificación del servicio relevante y la posición de dominio en el mercado de Internet y determinación del abuso de dicha posición y los posibles efectos exclusorios en el mercado de telefonía fija. Asimismo, el referido Informe contuvo también la calificación legal de la práctica investigada, haciendo expresa mención al fundamento de derecho bajo el cual se analizaría la práctica, cumpliendo con señalar las razones jurídicas que justifican su emisión.

Considerando lo anterior, este Cuerpo Colegiado es de la opinión que no son atendibles las alegaciones planteadas por TELEFÓNICA sobre la supuesta falta de motivación del Informe de Investigación Preliminar que no le permitiría ejercer de forma apropiada su derecho de defensa.

En todo caso, y en el mismo sentido de lo ya manifestado por este Colegiado en el presente procedimiento, no corresponde alegar un supuesto de indefensión cuando existe posibilidad real de contradecir imputaciones y defenderse, tal como lo viene haciendo TELEFÓNICA ante este Cuerpo Colegiado, a través de la presentación de sus alegatos y sustentación de informe oral.

5.1.2. Del Informe Instructivo

En sus alegatos, TELEFÓNICA cuestionó que Informe Instructivo se sustentara en una serie de hechos que carecen de sustento, contradiciendo precedentes anteriores realizados sobre la materia por los Cuerpos Colegiados del OSIPTEL, obviando las razones por las que dichos precedentes carecerían de mayor valor o no serían tomados en cuenta para el presente análisis.

Al respecto, TELEFÓNICA se refiere al análisis adoptado por el Cuerpo Colegiado de la controversia entre Boga Comunicaciones S.A. contra Telefónica Multimedia S.A.C., contenido en la Resolución N° 021-2002-CCO/OSIPTEL, de fecha 13 de noviembre de

2002 recaída en el Expediente N° 010-2001. Afirma TELEFÓNICA que el Cuerpo Colegiado de ese entonces "(...) señaló expresamente que para determinar la existencia o no de una práctica con efectos exclusorios por parte de la empresa investigada debía necesariamente realizarse a partir de un análisis consistente en una serie de etapas, las mismas que son consecutivas y excluyentes"⁷. (énfasis agregado).

Del tenor de la afirmación vertida por TELEFÓNICA, se hace necesario diferenciar el caso antes descrito de un precedente de observancia obligatoria como fuente del procedimiento administrativo, el cual debe cumplir necesariamente con los requisitos de llevar a cabo la interpretación de una norma y/o regulación, y que dicha interpretación sea expresa y general⁸.

Sin perjuicio de lo señalado, y contrariamente a lo indicado por TELEFÓNICA, no es veraz que en la Resolución N° 021-2002-CCO/OSIPTEL se haya señalado expresamente que para determinar la existencia de una práctica con efectos exclusorios se deba realizar necesariamente el análisis que en este caso se emplea. Por el contrario, del fraseo⁹ usado se desprende claramente que el criterio empleado por el Cuerpo Colegiado a cargo de la controversia en mención es únicamente una metodología que se emplea para un caso concreto.

Lo señalado resulta importante pues el diseño de la estrategia de investigación y análisis de la Secretaría Técnica y de los Cuerpos Colegiados designados para los casos de controversias gozan de cierto nivel de discreción, siempre dentro de los límites que impone el derecho al debido procedimiento y con respeto a las fuentes del procedimiento administrativo, y observando las formas impuestas en caso de apartarse de las mismas.

En cualquier caso, al parecer de este Cuerpo Colegiado la Secretaría Técnica ha planteado el desarrollo de la investigación y análisis del presente caso, de acuerdo con la metodología general de análisis de competencia incluyendo el desarrollo de cada uno de los elementos necesarios para arribar a la identificación de una infracción (con independencia de si se esté de acuerdo o no con las valoraciones en éstos incluidas), de conformidad con la normativa de libre competencia.

Por lo demás, este Colegiado considera que los argumentos aducidos por TELEFÓNICA con relación a este punto, como presunta violación al derecho de defensa, tales como: el cuestionamiento a los medios probatorios, la supuesta aprobación de los contratos de abonado, justificaciones a su conducta, entre otros, corresponderían a la discrepancia sobre el análisis o la argumentación de fondo que utilizó la Secretaría Técnica en su Informe Instructivo, y en consecuencia, corresponde que éstos sean analizados como parte del fondo del asunto y no bajo la óptica del análisis de una cuestión previa.

5.2. Supuesta falta de competencia de las instancias de solución de controversias por aplicación del principio de supletoriedad

⁷ Escrito N° 14, de fecha 24 de mayo de 2012.

⁸ Al respecto, ver el artículo V y VI de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

⁹ Página 17 de la Resolución N° 021-2002-CCO/OSIPTEL:

"En tal sentido, el análisis de las conductas denunciadas por BOGA y que confirman el primer punto controvertido se realizará considerando las siguientes etapas consecutivas y, en principio excluyentes (...)".

En su escrito de descargos, TELEFÓNICA señaló que la práctica materia de investigación, consistente en la venta conjunta del servicio de acceso a Internet mediante la tecnología ADSL y del servicio de telefonía fija, había sido implementada como una práctica comercial autorizada por el OSIPTEL. Ello, toda vez que TELEFÓNICA consideró que tanto la Resolución N° 036-2000-CD/OSIPTEL, mediante la que cual se establecieron tarifas máximas fijas aplicables a prestaciones de transmisión de datos mediante circuitos virtuales ATM con acceso ADSL que brinde TELEFÓNICA, así como sus posteriores modificaciones contenidas en las Resoluciones N° 010-2007-CD/OSIPTEL y N° 039-2008-PD/OSIPTEL, habrían reconocido la necesidad de un servicio telefónico por parte del abonado a fin de acceder al servicio de internet v/a ADSL.

En tal sentido, TELEFÓNICA señaló que en el presente caso se habría limitado a cumplir estrictamente con el modelo de provisión de acceso a Internet autorizado por el OSIPTEL en las normas en mención, por lo que en aplicación del principio de supletoriedad, el Cuerpo Colegiado debe limitar su accionar a la aplicación de la normativa aprobada por el mismo regulador o, de ser el caso, inhibirse de emitir un pronunciamiento al respecto.

Es de entender que, la argumentación planteada por TELEFÓNICA cuestiona la competencia de las instancias de solución de controversias del OSIPTEL para conocer la materia de fondo del presente caso. En tal sentido, este Cuerpo Colegiado considera importante desarrollar como cuestión previa los alcances del principio de supletoriedad y determinar si corresponde o no su aplicación al presente caso, tomando en consideración para ello, el objetivo y el alcance con el que cuenta la regulación ADSL.

5.2. Supuesta falta de competencia de las instancias de solución de controversias por aplicación del principio de supletoriedad

En su escrito de descargos, TELEFÓNICA señaló que la práctica materia de investigación, consistente en la venta conjunta del servicio de acceso a Internet mediante la tecnología ADSL y del servicio de telefonía fija, había sido implementada como una práctica comercial autorizada por el OSIPTEL. Ello, toda vez que TELEFÓNICA consideró que tanto la Resolución N° 036-2000-CD/OSIPTEL, mediante la que cual se establecieron tarifas máximas fijas aplicables a prestaciones de transmisión de datos mediante circuitos virtuales ATM con acceso ADSL que brinde TELEFÓNICA, así como sus posteriores modificaciones contenidas en las Resoluciones N° 010-2007-CD/OSIPTEL y N° 039-2008-PD/OSIPTEL, habrían reconocido la necesidad de un servicio telefónico por parte del abonado a fin de acceder al servicio de internet v/a ADSL.

En tal sentido, TELEFÓNICA señaló que en el presente caso se habría limitado a cumplir estrictamente con el modelo de provisión de acceso a Internet autorizado por el OSIPTEL en las normas en mención, por lo que en aplicación del principio de supletoriedad, el Cuerpo Colegiado debe limitar su accionar a la aplicación de la normativa aprobada por el mismo regulador o, de ser el caso, inhibirse de emitir un pronunciamiento al respecto.

Es de entender que, la argumentación planteada por TELEFÓNICA cuestiona la competencia de las instancias de solución de controversias del OSIPTEL para conocer la materia de fondo del presente caso. En tal sentido, este Cuerpo Colegiado considera importante desarrollar como cuestión previa los alcances del principio de supletoriedad y

determinar si corresponde o no su aplicación al presente caso, tomando en consideración para ello, el objetivo y el alcance con el que cuenta la regulación ADSL.

5.2.1. Definición del principio de supletoriedad

El Decreto Supremo N° 020-2007-MTC, Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones¹⁰ señala que la normativa de libre competencia se aplica para todo lo no previsto sobre prácticas restrictivas de la competencia en la Ley de Telecomunicaciones y su Reglamento.

En atención a ello, el Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, Reglamento General del OSIPTEL ha recogido el principio de supletoriedad, indicando lo siguiente:

"Artículo 12.- Principio de Supletoriedad

Principio de Supletoriedad. Las normas de libre competencia son supletorias a las disposiciones normativas y/o regulatorias que dicte el OSIPTEL en el ámbito de su competencia. En caso de conflicto primarán las disposiciones dictadas por el OSIPTEL".

Asimismo, el numeral 111 del Decreto Supremo N° 020-98-MTC, Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones (en adelante, Lineamientos de Apertura), establece el principio de supletoriedad, indicando que para proteger el proceso competitivo en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones se aplica la normativa sectorial específica y, supletoriamente, las normas de libre y leal competencia, así como sus disposiciones modificatorias, complementarias, ampliatorias y conexas, en cuanto sea pertinente¹¹.

Por su parte, en el numeral 2.1, de la Resolución N° 003-2000-CD-OSIPTEL, Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Libre Competencia en el Ámbito de las Telecomunicaciones (en adelante, los Lineamientos de Libre Competencia en Telecomunicaciones), se precisa que la aplicación del principio de supletoriedad implica que OSIPTEL aplicará las normas generales de libre competencia en el supuesto que una determinada práctica o conducta no esté tipificada o cubierta de manera expresa por la normativa específica del sector, pero genere, sin embargo, efectos anticompetitivos. Así por ejemplo, si la normativa del sector ha establecido expresamente la obligación de interconectarse a algunos operadores, en tales casos carece de sentido evaluar si tal conducta es un supuesto de negativa injustificada a contratar. Pero si para algún bien o servicio la normativa específica no hubiese previsto algún tipo determinado de obligación, entonces sí deberá recurrirse a las normas del marco general.

Al respecto, este Cuerpo Colegiado considera que la definición del principio de supletoriedad en los términos precisados por los Lineamientos, permite aplicar las normas de competencia a aquéllas prácticas adoptadas por las empresas por iniciativa propia. De lo contrario, si una legislación sectorial impone expresamente a las empresas una práctica

¹⁰ Artículo 250° del Decreto Supremo N° 020-2007-MTC, Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones: "En lo que no esté previsto en la Ley y el Reglamento, en lo referido a la prohibición de las prácticas empresariales restrictivas de la libre competencia, se aplicarán las disposiciones legales vigentes sobre prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia".

contraria en concreto que elimina por sí misma cualquier posibilidad de conducta autónoma por parte de las empresas, las normas de competencia no se aplican¹².

Bajo la premisa antedicha, según la cual si una práctica no se encuentra autorizada expresamente por la regulación entonces no se aplica el principio de supletoriedad, corresponde que este Colegiado evalúe si en el presente caso existe alguna norma emitida por el OSIPTEL que disponga o justifique la provisión conjunta del servicio de acceso a Internet vía ADSL y del servicio telefónico fijo a los usuarios finales.

5.2.2. El objetivo y los alcances de la regulación ATM con acceso ADSL

La Resolución N° 036-2000-CD-OSIPTEL, así como sus posteriores modificaciones contenidas en las Resoluciones N° 010-2007-CD/OSIPTEL y N° 039-2008-PD/OSIPTEL, establecieron las tarifas máximas fijas aplicables a prestaciones de transmisión de datos mediante circuitos virtuales ATM con acceso ADSL que brindará Telefónica del Perú (en adelante, regulación ATM con acceso ADSL) vigente desde el 01 de setiembre de 2000.

De la parte considerativa de la Resolución N° 036-2000-CD-OSIPTEL, se tiene que esta regulación fijó las tarifas aplicables a dos servicios portadores (pertenecientes al régimen tarifario de categoría II de los Contratos de Concesión de TELEFÓNICA) que permitirían la prestación de datos a diferentes velocidades de acceso, a través de una conexión asimétrica permanente entre el usuario y el prestador de servicios, empleando el uso de la tecnología ADSL en el bucle de abonado para el envío y recepción de datos de manera independiente al servicio telefónico, coexistiendo con dicho servicio, sin afectarlo, y haciendo posible la separación de los servicios sobre el mismo par de cobre.

Es así que la regulación mencionada, buscó regular las tarifas que cobraría TELEFÓNICA para permitir a otras empresas operadoras de Internet prestar el servicio de acceso a Internet a sus abonados de telefonía fija¹¹, del modo siguiente:

“Las tarifas correspondientes por el acceso digital asimétrico (ADSL) que se establecen en el presente artículo, son aplicables a los abonados que cuenten con una línea telefónica fija contratada con la empresa Telefónica del Perú S.A.A., y se aplican de manera adicional e independiente a las tarifas por instalación y renta mensual correspondientes al respectivo servicio telefónico fijo”¹².

(...)

“Las tarifas correspondientes por la red ATM que se establecen en el presente artículo, son aplicables a toda empresa prestadora de servicios públicos o privados de telecomunicaciones que desee contratarlas para conectarse con sus respectivos usuarios a través del acceso digital asimétrico”¹³.

La referida fijación de tarifas debe ser entendida en el marco de una regulación de servicio indirecto o bitstream, el cual es un acceso a nivel mayorista que provee

¹¹ La referencia al servicio de telefonía fija de TELEFÓNICA debería entenderse en un contexto en el que esta empresa poseía más del 99% de la cuota de mercado de participación en mercado del servicio de telefonía fija.

¹² Conforme se observa de la Resolución N° 039-2008-PD/OSIPTEL. Artículo 1°.

¹³ Ibid.

capacidad de transmisión entre un usuario final con conexión telefónica y el punto de interconexión disponible para el nuevo entrante. Representa una forma intermedia entre la reventa y la desagregación del bucle, donde los nuevos entrantes tienen control sobre ciertas características del servicio que ofrecerán a sus usuarios finales, pero no requieren un nivel de inversión tan elevado como en el caso del bucle desagregado¹⁴.

Asimismo, reconoce que la regulación de tarifas permite evitar prácticas anticompetitivas por parte de la incumbente, la cual puede trasladar su poder de mercado en el segmento mayorista hacia el mercado minorista mediante prácticas anticompetitivas tales como precios predatorios o de estrechamiento de márgenes¹⁵.

Es importante mencionar que con esta medida regulatoria se esperó una mayor competencia en el mercado de Internet mediante acceso ADSL enfocada en la provisión de conectividad en el corto plazo vía la reducción de barreras a la entrada de nuevos competidores que usen los accesos mayoristas de TELEFÓNICA y el logro de mejores condiciones¹⁶.

De lo anterior se desprende que, al buscarse la promoción de la competencia en el mercado de acceso a Internet mediante la tecnología ADSL, la regulación tarifaria emitida por el OSIPTEL estuvo orientada a establecer tarifas aplicables a dos servicios portadores que permiten proveer el servicio de Internet, a fin de garantizar que TELEFÓNICA no obtenga beneficios indebidos de su condición de poseedora de la mayor red de telefonía fija, la cual viabiliza la provisión del servicio de acceso a Internet por ADSL.

En tal sentido, de la revisión de la regulación ATM con acceso ADSL, se puede concluir que ésta reguló las tarifas tope que cobraría TELEFÓNICA por el servicio de acceso ADSL utilizado por sus usuarios de telefonía fija, cuando éstos deseen contar con el servicio de acceso a Internet mediante la tecnología ADSL con un operador distinto a TELEFÓNICA.

En ese orden de ideas, se concluye que no es posible sostener que la regulación ATM con acceso ADSL tenga aplicación al mercado minorista de Internet, de provisión del servicio al usuario final. En tal sentido, contrariamente a lo señalado por TELEFÓNICA, debe enfatizarse que de dicha regulación no se desprende que éstas la hayan habilitado para condicionar la provisión del acceso ADSL a la contratación de su servicio telefónico fijo.

5.2.2. Principio de supletoriedad y regulación aplicados al caso en concreto

El Cuerpo Colegiado considera importante tener en cuenta la finalidad y el alcance de la regulación de ADSL, a fin de pronunciarse sobre si corresponde la aplicación del principio de supletoriedad e inhibirse de la solución del presente caso de oficio.

Con relación al objetivo de la norma, se tiene que la regulación ATM con acceso ADSL al ser una regulación bitstream es por definición una regulación procompetitiva que permite el acceso mayorista a los operadores que deseen entrar al mercado de Internet y puedan utilizar parte de la infraestructura del operador establecido. Esta norma si bien es una de

¹⁴ Exposición de motivos de la Resolución N° 010-2007-CD/OSIPTEL de 21 de marzo de 2007.

¹⁵ Informe N° 008-GPR/2007 de 08 de marzo de 2007, punto VI.

¹⁶ Informe N° 008-GPR/2007 de 08 de marzo de 2007, punto XII.

carácter regulatorio no por ello desconoce la vinculación que ejercen las normas de competencia, si no que por el contrario las presupone.

Es de recordar que en nuestro ordenamiento existe una norma de libre competencia desde el año 1991, cuya aplicación a sectores regulados ha sido clara desde el inicio. Tal es así que, incluso normas sectoriales como la regulación ADSL contempla la posibilidad de conductas anticompetitivas que pueden contravenir la competencia haciendo alusión expresa al riesgo de que en un esquema bitstream se pueda realizar estrechamiento de márgenes.

En el mismo sentido, tampoco se desprende de su texto la imposición expresa de una práctica contraria a la libre competencia, en términos de eliminar por sí misma cualquier posibilidad de conducta competitiva por parte de las empresas, autorizando una venta atada de servicios finales.

Respecto al alcance de la regulación ATM con acceso ADSL, queda claro que se trata de una regulación específica para el mercado mayorista, es decir, un mercado en el cual las empresas de telecomunicaciones se proveen servicios entre sí.

En sus alegatos, TELEFÓNICA ha señalado que la regulación ATM con acceso ADSL presupuso que los usuarios finales también contratarían el servicio telefónico ofrecido por TELEFÓNICA y que hasta el momento se han producido tres revisiones del modelo comercial mayorista del ADSL, el cual tiene una indudable relación con el modelo minorista ofertado por su empresa, hasta el punto que solo ese aspecto bastaría para señalar que la regulación desarrollada por el OSIPTEL excluye la posibilidad de ofertar una línea ADSL minorista de forma independiente de la línea de telefonía fija.

Al respecto, conviene aclarar que la regulación ATM con acceso ADSL si bien es una regulación mayorista no puede ser interpretada como una regulación que tiene por finalidad modelar un mercado en general, o mercados adyacentes. Por lo que no es posible interpretar que al haber obligado a TELEFÓNICA a ofertar una determinada tarifa de ADSL para otros proveedores de Internet a sus usuarios de telefonía fija (los de TELEFÓNICA), tarifa a ser pagada de forma adicional a otros conceptos relacionados con el servicio telefónico fijo de dicha empresa, ello haya implicado una autorización para atar su servicio de Internet y servicio de telefonía fija en el mercado final.

Respecto a la alusión que realiza la regulación ATM con acceso ADSL al servicio telefónico fijo, es importante tener en cuenta que la regulación ADSL debe ser leída en su contexto, un contexto en el cual TELEFÓNICA tenía más del 99% del mercado de telefonía fija y se buscaba dar la oportunidad a los proveedores de Internet de llevar el Internet a los usuarios del servicio de telefonía fija de TELEFÓNICA. Asimismo, conviene precisar que este Colegiado no desconoce que para la provisión de Internet se requiera del empleo de parte de la infraestructura que utiliza también el servicio de telefonía fija.

Respecto de las revisiones del modelo comercial mayorista del ADSL, TELEFÓNICA aduce que si bien es cierto que la regulación citada es en esencia una regulación mayorista destinada a promover la competencia, no es menos cierto que carece de mayor sentido que OSIPTEL estableciera una regla en dicho mercado mientras que implícitamente entendía que otras reglas eran las que debían plasmarse en el mercado aguas abajo. Es así que resultaría paradójico reconocer explícitamente que los

operadores alternativos únicamente pueden competir con TELEFÓNICA en el mercado de teléfonos fijos por ella operados, pero ésta sí pueda desplegar su oferta comercial en un mercado mucho mayor y sin ninguna presión competitiva.

Con relación a esto último, se tiene que esta alegación no puede ser merituada como parte del presente procedimiento de oficio, pero sí como una opinión dentro de un procedimiento regulatorio para contradecir aspectos específicos de la regulación ATM con acceso ADSL con los que no se encuentre conforme.

De lo señalado anteriormente, se tiene que desde que TELEFÓNICA ha contado con libertad comercial para diseñar su oferta minorista de Internet ADSL, no nos encontramos ante un supuesto de inhibición del ejercicio de la facultad de solución de controversias por aplicación del principio de supletoriedad.

De otro lado, TELEFÓNICA ha mencionado que el OSIPTEL ha optado por un modelo regulatorio a través de obligaciones impuestas a determinados operadores, designados como proveedores importantes, en beneficio de otros operadores que tendrían dificultad para acceder al mercado, donde la competencia por servicios es priorizada en determinados mercados y el mercado de acceso mayorista a Internet y transmisión de datos ocupa el primer lugar. En ese sentido, en su opinión, habiendo el OSIPTEL manifestado su intención de activar sus facultades regulatorias, no corresponde que las instancias de solución de controversias entorpezcan el proceso regulatorio ya iniciado.

A este respecto, tal como se desprende de la aplicación del principio de supletoriedad, la facultad de solución de controversias se inhibe ante la existencia de regulación vigente, mas no procede invocar la inhibición cuando se trata de regulaciones en desarrollo que actualmente no se aplican en el mercado.

No obstante lo mencionado, se tiene que la aludida Regulación de Proveedores Importantes de Servicios Públicos de Telecomunicaciones, se reconoce consistente con las mejores prácticas de regulación y, en esa línea, establece como criterio general priorizar el análisis de los mercados mayoristas de los servicios de telecomunicaciones sobre los minoristas², teniendo en consideración que una intervención a nivel mayorista implica un menor grado de intervención en los mercados finales pues, una vez que se facilita la entrada de nuevas firmas a nivel mayorista, se deja que las fuerzas competitivas operen en el mercado final sin necesidad de intervenir en él directamente.

Por todo lo señalado, este Cuerpo Colegiado considera que no corresponde acoger el cuestionamiento del ejercicio de la facultad de controversias del OSIPTEL en virtud de una regulación que no establece una autorización de venta atada de servicios finales, ni tampoco en virtud de regulaciones no vigentes, a la fecha.

VI. ANÁLISIS

6.1. Marco General: las ventas atadas como supuesto abuso de posición de dominio

La venta atada implica la venta de un bien o servicio (atante) condicionada a la compra de otro bien o servicio (atado). De esta forma existe efectivamente una "atadura" pues se exige al cliente la compra del paquete sin darse la opción de adquirir el servicio atante por

separado.

Esta conducta está tipificada expresamente en el artículo 10º de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, como un supuesto abuso de posición de dominio, en la modalidad de subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos¹⁷.

Por su parte, el numeral 4.3.3 de los Lineamientos de Libre Competencia en Telecomunicaciones) señalan que para que una práctica de venta atada tenga efectos anticompetitivos es necesario que la realice una empresa con posición de dominio, que sea una práctica injustificada y muestre el intento de restringir la competencia.

Estando a lo señalado y de acuerdo con la metodología de análisis de competencia, en primer lugar se debe identificar el servicio relevante o servicio materia de la conducta investigada y el mercado relevante. El mercado relevante está integrado por el mercado producto (el servicio relevante y sus sustitutos) y el mercado geográfico (zonas con fuentes alternativas de aprovisionamiento).

Posteriormente, se debe analizar la posición del presunto infractor dentro del mercado relevante. Un agente económico goza de posición de dominio en un mercado relevante cuando tiene la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que sus competidores, proveedores o clientes puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad¹⁸.

El abuso de la posición de dominio implica que un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición¹⁹.

En la determinación de la conducta restrictiva o práctica injustificada en la modalidad de venta atada se deben considerar los elementos específicos contenidos en el referido artículo 10º de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, a saber: debe tratarse de servicios diferenciados, debe existir coerción, el proveedor debe tener suficiente poder de mercado en el mercado del producto principal y debe existir una afectación en el mercado del producto atado.

Finalmente, es importante precisar que la referida Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas ha calificado esta conducta como una prohibición relativa²⁰. En ese sentido, para que se pruebe la existencia de una infracción administrativa, primero debe

¹⁷ Decreto Legislativo N° 1034, artículo 10.2, inciso c).

¹⁸ "10.2. El abuso de posición de dominio en el mercado podrá consistir en conductas de efecto exclusivo tales como:

c) Subordinar la celebración de celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos".

¹⁹ Decreto Legislativo N° 1034, artículo 7.1. En este artículo se precisan los factores que determinan la posición de dominio, como se verá en detalle en el punto 7.2.2 del presente informe.

²⁰ Decreto Legislativo N° 1034, artículo 10.1.

²⁰ Decreto Legislativo N° 1034, artículo 10.4.

"10.4. Las conductas de abuso de posición de dominio constituyen prohibiciones relativas".

probarse la existencia de la venta atada y posteriormente, debe probarse que la misma tenga efectos negativos para la competencia y el bienestar del consumidor²¹; es decir la venta atada se debe analizar conforme a la regla de la razón.

6.2 La práctica materia de Investigación

La presunta infracción imputada a TELEFÓNICA, por la supuesta comisión de abuso de posición de dominio en la modalidad de ventas atadas, con posibles efectos de exclusión en el mercado de telefonía fija, conducta tipificada en el literal c) del artículo 10.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, está constituida por el condicionamiento de la venta del servicio Speedy (acceso a Internet a través de la tecnología ADSL) a la compra de su servicio de telefonía fija.

A continuación, se analizará si la conducta de la empresa investigada constituye infracción a las normas de libre competencia.

6.2.1. Mercado Relevante

De acuerdo con el artículo 6.1. de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, el mercado relevante está integrado por el mercado de producto y el mercado geográfico.

Además de lo mencionado, el numeral 3.2 de los Lineamientos de Libre Competencia en Telecomunicaciones dispone que se debe incluir en el análisis del mercado relevante a la delimitación del nivel comercial.

6.2.1.1. Servicio relevante

El servicio principal o servicio atante es el servicio de acceso a Internet a través de la tecnología ADSL.

La tecnología DSL (*Digital Subscriber Line*) permite transmitir voz y datos mediante líneas telefónicas alámbricas, utilizando para ello el par de cobre pero a través de diferentes frecuencias. Existen varios tipos de tecnologías DSL, siendo la más conocida la tecnología ADSL (*Asymmetric Digital Subscriber Line*), la cual permite asignar al usuario un mayor ancho de banda para transmitir información desde la red hacia el computador (*downstream*) que desde el computador hacia la red (*upstream*)²².

Esta tecnología tiene características que la distinguen de otras tecnologías: la conexión a Internet se presenta de forma permanente sin necesidad de una marcación previa, por lo que el servicio está siempre disponible; posibilita el uso simultáneo de los servicios de voz y data; y permite transmitir información con gran anchura de banda²³.

²¹ Decreto Legislativo N° 1034,

"Artículo 9. Prohibición relativa.

En los casos de prohibición relativa, para verificar la existencia de la infracción administrativa, la autoridad de competencia deberá probar la existencia de la conducta y que ésta tiene o podrá tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar del consumidores".

²² Para mayores detalles sobre la tecnología DSL ver: http://www.cisco.com/univercd/cc/td/doc/cisintwk/ito_doc/adsl.htm (01 de marzo de 2012).

²³ Al respecto, puede consultarse: Unión Internacional de Telecomunicaciones - UIT. Definiciones de los indicadores mundiales de las telecomunicaciones / TIC, marzo de 2010, pág. 7. Decisión de la Comisión en el

Otro aspecto importante a considerar en la definición del servicio relevante es su nivel comercial en la cadena de producción en la que se adquiere el servicio, que puede ser mayorista (de acceso a redes o facilidades de red) o minorista (destinado a consumidores finales). Al respecto, se tiene que el servicio bajo análisis es el servicio de ADSL a nivel minorista, es decir, aquél que se provee al usuario final.

En nuestro país, el acceso a Internet a través de la tecnología ADSL es ofrecido principalmente por TELEFÓNICA, no obstante existen otras empresas como Americatel Perú S.A. (en lo sucesivo, AMERICATEL) y Global Crossing Perú S.A (en adelante, GLOBAL CROSSING) que también ofrecen dicho servicio, aunque éstas se orientan primordialmente al segmento corporativo.

En el Cuadro N° 1 se muestra la oferta comercial de los dos proveedores más importantes del acceso a Internet por ADSL. Aquí se observa que, las velocidades de bajada²⁴ ofrecidas por ADSL oscilan mayormente entre 200 Kbps y 6144 Kbps y que la capacidad de descarga es ilimitada.

Asimismo, en dicho cuadro se muestran tanto los precios del servicio para el segmento residencial como para el segmento corporativo. En este último segmento se observa que los precios son más elevados a mayor velocidad garantizada.

Cuadro N° 1: Muestra de Planes tarifarios de acceso a Internet por ADSL

Empresa	Plan	Capacidad de descarga (Gb)	Cobertura	Velocidad de bajada máxima (Kbps)	Velocidad garantizada	Precio (\$/s)
TELEFÓNICA	Movistar Speedy	Ilimitada	Distritos a nivel nacional	600		147.75
				1024*		137.84
				2048*	10%	227.08
				3072*		236.99
				4096*		415.48
	Movistar Speedy Negocios Avanzado al 25%			2048*		307.39
			3072*	25%	436.29	
			5120*		991.59	
AMERICATEL	Promoción Internet ADSL	Ilimitada	Lima	250		98.17
				500		118
				750	25%	147.75
				1000		227.08
				1300		346.07

Nota: La capacidad de descarga es medida en Gigabytes (GB). Debe recordarse que 1GB = 1024 Megabytes (MB)

* Estas velocidades se encuentran originalmente establecidas en Mbps, por lo cual ha sido convertidas a Kbps utilizando la equivalencia de 1024 Kbps = 1 Mbps.

Fuente: SIRT y páginas de web de las empresas operadoras, tarifas vigentes al mes de diciembre de 2011.

Elaboración: Secretaría Técnica - OSIPTEL

Por lo señalado, el servicio relevante consiste en la provisión del servicio de Internet por ADSL a usuarios finales, tanto residenciales como comerciales.

caso COMP/38.784 entre Wanadoo España versus Telefónica España, de fecha 04 de setiembre de 2007, pág. 8.

²⁴ Es preciso señalar que para el acceso a Internet, se necesita una comunicación bidireccional entre los equipos terminales y los servidores de Internet. Es decir, existe transmisión de datos de subida (la velocidad a la que los datos pueden viajar del equipo terminal hacia Internet) y de bajada (la velocidad a la que los datos pueden viajar desde Internet hacia los equipos terminales).

6.2.1.2. Mercado producto

El artículo 6.2. de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas define al mercado de producto relevante como el servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución.

En la misma línea, del numeral 3.2.a) de los Lineamientos de Libre Competencia en Telecomunicaciones se desprende que la delimitación del mercado producto se define en base al criterio de sustitución por el cual se determina qué servicio compite con el servicio analizado, considerando que los consumidores no tendrían que verse afectados en su nivel de bienestar al utilizar un servicio alternativo. Para ello, se toma en consideración las características similares de los servicios y el factor de los precios.

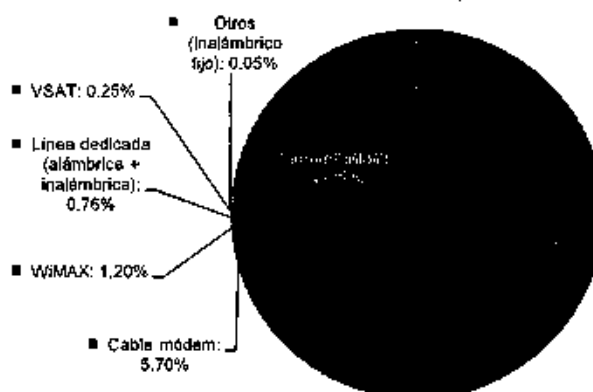
En principio, es necesario considerar que en nuestro país, las tecnologías utilizadas para el acceso al Internet pueden ser alámbricas e inalámbricas.

Por un lado, entre las tecnologías alámbricas, se encuentran aquéllas que utilizan un medio de acceso óptico como la fibra óptica, es el caso de la línea dedicada y aquéllas que usan un medio de acceso eléctrico como el par de cobre, el cable coaxial, entre otros, siendo éste el caso del ADSL, DOCSIS (cable módem) y líneas dedicadas. De otro lado, entre las tecnologías inalámbricas, tenemos tecnologías que emplean redes terrestres como las líneas dedicadas, WiMax, UMTS y HSPA y aquéllas que utilizan redes satelitales, es el caso de VSAT.

Para complementar el panorama de tecnologías descrito en el párrafo anterior, este Cuerpo Colegiado considera necesario tomar en consideración además, el grado de desarrollo que han alcanzado las mencionadas tecnologías.

En el Gráfico N° 1 se muestra la participación por cada una de las tecnologías de acceso a Internet respecto al total de conexiones en el mercado nacional. Al respecto, se observa que el acceso mediante ADSL lidera el mercado con el 67% de conexiones, seguida por el acceso a Internet móvil con el 24.5% de conexiones, en tercer lugar, se encuentra el cable módem con 5.7% conexiones y, en cuarto lugar, se tienen las conexiones por WiMax con un 1.2% del total de conexiones. El resto de tecnologías no superan el 1% de conexiones en el mercado nacional.

Gráfico N° 1: Conexiones de Internet, a junio 2011



Fuente: Ministerio de Transportes y Comunicaciones
Elaboración: Secretaría Técnica - OSIPTEL

Atendiendo a la situación del mercado de Internet en nuestro país, y dentro de los alcances de lo dispuesto en la norma y en los lineamientos antes citados, esta Secretaría procederá a realizar el análisis de sustitución con base en las características, usos y precios del servicio, así como el tiempo requerido para la sustitución del servicio.

A. Internet por cable módem

De acuerdo con lo anterior y, a efectos de valorar la sustitución del servicio de Internet por cable módem se requiere conocer las características de la tecnología de acceso a Internet por cable módem.

Al respecto, se tiene que el acceso al Internet se realiza a través de medios alámbricos, en específico por medio del cable coaxial, aprovechando el ancho de banda que no utiliza el servicio de distribución de radiodifusión por cable (en adelante, servicio de cable). Esta tecnología se caracteriza por permitir un acceso a Internet que está disponible permanentemente a altas velocidades. Es el caso que, la oferta comercial actual de Internet por cable módem presenta velocidades de bajada máxima que oscilan entre los 500 Kbps y los 20000 Kbps

Actualmente, el servicio de acceso a Internet por cable módem es un servicio comercializado principalmente por Telmex Perú S.A. (en adelante, TELMEX), Star Global Com S.A.C. (en lo sucesivo, STAR GLOBAL COM) y Telefónica Multimedia S.A.C. (en adelante, MULTIMEDIA).

Respecto a TELMEX, podemos decir que esta empresa ha venido impulsando en los últimos años el acceso a Internet por cable módem, luego de que adquiriera Boga Comunicaciones S.A.C. (Cable Express) en el año 2008, ampliando su cobertura fuera de Lima y Chiclayo, y estableciendo tarifas competitivas además de descuentos por la compra del servicio empaquetado con otros servicios que esta misma empresa provee.

Con relación a MULTIMEDIA y STAR GLOBAL COM, ambas empresas pertenecientes al Grupo Telefónica²⁵, se tiene que de un lado, si bien MULTIMEDIA fue una de las primeras

²⁵ Este aspecto será visto con mayor detalle en el punto 7.2.2.1. del presente informe.

empresas en ofrecer el Internet por cable módem, no ha sido si no hasta el año 2011 que volvió a lanzar ofertas para este servicio.

Respecto al precio del Internet por cable módem, como factor importante para la sustitución del servicio desde el punto de vista del consumidor (demanda), este Cuerpo Colegiado considera necesario destacar que tal como se observa en el Cuadro N° 2 los precios ofrecidos por TELMEX y STAR GLOBAL COM²⁶ para velocidades similares de acceso por ADSL, resultan ser bastante competitivos respecto de los precios del Internet por ADSL.

Otro aspecto importante de la referida oferta comercial atiene a las posibilidades de uso que ofrece el servicio, tales como la capacidad de descargas, aspecto importante también desde la perspectiva de un consumidor. Tomando ello en consideración, se debe indicar que las ofertas comerciales de Internet por cable módem no tienen límites de descarga.

Cuadro N° 2: Muestra de Planes para el acceso a Internet por cable módem

Empresa	Modalidad	Plan	Capacidad de descarga (GB)	Días de Vigencia	Cobertura	Velocidad de bajada máxima (Kbps)	Velocidad garantizada	Precio (S/.)
TELMEX	Internet Fijo Residencial	Ilimitada	30 días	Distritos de: Chiclayo, Lima, Lambayeque, Piura, Arequipa, Trujillo, Ica y Chimbote	1000	80		
					2000	120		
					3000	150		
					4000	200		
					10 000	350		
	Postpago	Planes Claro Empresas	Ilimitada	30 días	Distritos de: Chiclayo, Lima, Lambayeque, Piura, Arequipa, Trujillo, Ica y Chimbote	20 000	470	
						1000	83	
						2000	123	
						4000	210	
						6000	309	
STAR GLOBAL COM	Internet Fijo Residencial	Ilimitada	30 días	Distritos de Arequipa y Tacna	500	71.54		
					1000	85.3		
					2000	115.57		
					3000	165.7		
					4000	261.41		
	Postpago	PLANES BRONCE AL 30% (Segmento Comercial)	Ilimitada	30 días	Distritos de Arequipa y Tacna	500	96.31	
						1000	151.34	
						1500	217.38	
						2000	275.17	
						3000	440.27	
4000	635.64							

Nota: La capacidad de descarga es medida en Gigabytes (GB). Debe recordarse que 1GB = 1024 Megabytes (MB)

Fuente: SIRT y páginas web de las empresas operadoras, tarifas vigentes a diciembre de 2011.

Elaboración: Secretaría Técnica - OSIPTEL

Además, este Cuerpo Colegiado considera relevante incluir en el análisis el tiempo de sustitución del servicio tomando en consideración aquellas empresas que en el momento actual no sean proveedoras del servicio pero están en la capacidad de empezar a proveerlo en un plazo razonable y sin incurrir en una inversión muy elevada. Al respecto, se debe tener en cuenta que actualmente el servicio de acceso a Internet por cable módem representa la tercera tecnología con mayor demanda en el mercado nacional, con el 5.7% del total de número de conexiones de Internet en el país, a lo que de forma adicional se debe valorar la oferta potencial que existe en la provisión de este servicio en aquellos lugares donde ya se encuentran operando empresas de cable.

²⁶ No se consideran los precios de MULTIMEDIA ya que esta empresa había dejado de comercializar su servicio Cable Net desde hace algunos años, volviéndolo a retomar apenas hace unos meses a través de las ofertas de Internet Coaxial, la cual es ofrecida solo en 15 distritos de la ciudad de Lima.

Por lo dicho, este Cuerpo Colegiado, considera que tanto por las características, usos y precios del servicio, así como el tiempo requerido para su sustitución, el servicio de Internet por cable módem es un sustituto del servicio de Internet por ADSL.

B. Acceso a Internet móvil

El servicio de acceso a Internet móvil se brinda a través de las tecnologías móviles 3G (UMTS/HSPA) y otras tecnologías superiores (HSPA+ y LTE) las cuales posibilitan un acceso a altas velocidades, a través de las redes móviles. La oferta comercial actual de Internet móvil presenta velocidades de bajada máxima que oscilan entre los 512 Kbps y los 5120 Kbps.

En la delimitación de este servicio, se tomará en consideración el acceso a Internet a través de módem o dispositivos USB, los cuales son conectados a computadoras de escritorio o laptops²⁷.

Las empresas que proveen el acceso a Internet móvil son Telefónica Móviles S.A. (en adelante, TMÓVILES), América Móvil S.A. (en adelante, AMÉRICA MOVIL) y Nextel del Perú S.A. (en adelante, NEXTEL).

Respecto a la oferta comercial de las referidas empresas, se observa que las tarifas de Internet móvil de las tres operadoras son similares para los mismos niveles de descarga (ver Cuadro N° 3).

Cuadro N° 3: Muestra de planes tarifarios de Internet móvil

Empresa	Mediudad	Plan	Capacidad de descarga (GB)	Días de vigencia	Cobertura	Velocidad de bajada máxima (Kbps)	Velocidad garantizada	Precio (S/.)
AMÉRICA MOVIL	Control	Internet Claro de 1GB	1.0	30	Distritos a nivel nacional	3000	10%	59
		Internet Claro de 2GB	2.0			79		
		Internet Claro de 3GB	3.0			99		
		Internet Claro de 5GB	5.0			119		
		Internet Claro de 10GB	10.0			197		
TMÓVILES	Control	Plan Control S/ 50	1.0	30	Distritos a nivel nacional	3072*	10%	59
		Plan Navega	2.0			79		
		Plan Multimedia	3.0			99		
		Plan Multimedia Plus	5.0			119		
		Plan Internet Móvil para Int. Fija	2.0			79		
		Plan Internet Móvil para Int. Fija D	1.0			69		
	Prepago	Giro de (E173)	1.0	15	Distritos a nivel nacional	1536	10%	199
NEXTEL	Control	IN Control 1GB	1.0	30	Distritos a nivel nacional	3072	10%	64.4
		IN Control 2GB	2.0			81.2		
		IN Control 3GB	3.0			98		
		IN Control 5GB	5.0			123.2		
		IN Control 10GB	10.0			198.8		
	Postpago**	IN v1500	0.5	30	Distritos a nivel nacional	512	10%	83.25
		IN v1000	2.0			149.4		
		IN v1500	3.0		1536		149.77	
		IN v1500 Plus	10.0		1536		206.31	

Nota: La capacidad de descarga es medida en Gigabytes (GB). Debe recordarse que 1GB = 1024 Megabytes (MB)

* Estas velocidades se encuentran originalmente establecidas en Mbps, por lo cual ha sido convertidas a Kbps utilizando la equivalencia de 1024 Kbps = 1 Mbps.

Fuente: SIRT y páginas web de las empresas operadoras, tarifas vigentes al mes de diciembre de 2011.

Elaboración: Secretaría Técnica - OSIPTEL

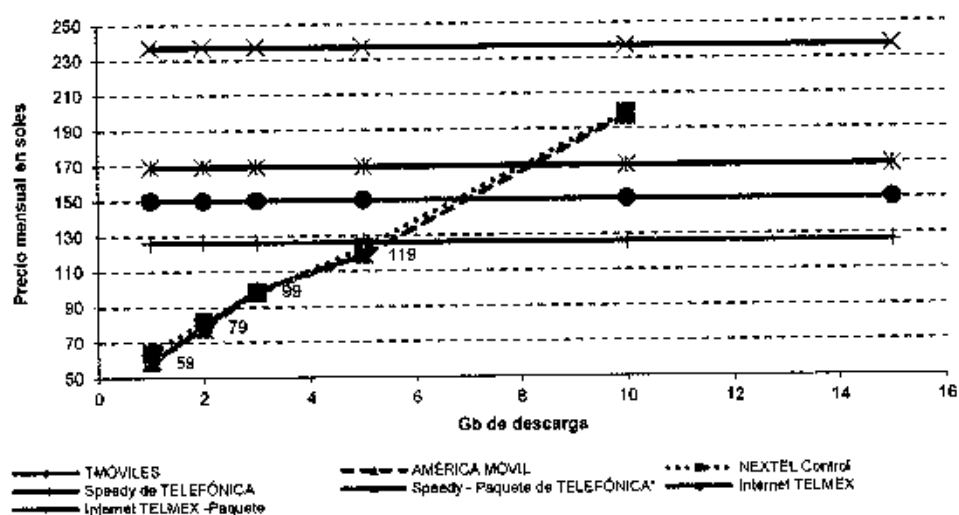
Sin embargo, como se observa en el Gráfico N° 2, cuando los precios de Internet móvil²⁸ se comparan con los precios de Internet fijo de TELEFÓNICA y/o TELMEX, se observa

²⁷ No se consideran los accesos a través de teléfonos inteligentes, ni tabletas en la medida en que características como el tamaño de la pantalla, la memoria RAM, la ausencia de un teclado adecuado para una mayor productividad, entre otros, hacen significativas las diferencias en las prestaciones que se logran en uno y otro dispositivo.

que si bien los precios son similares, los planes de estas últimas tienen mayores ventajas que los de Internet móvil, ya que cuentan con mayores velocidades y permiten descargas ilimitadas.

De modo simulado, en el Gráfico N° 2, en el eje horizontal se presupone que no existen límites de descarga, con lo cual la tendencia de los precios actuales llevaría a pronosticar que para la adquisición de mayores capacidades de descarga, el precio del Internet móvil tendería a subir. Así, por ejemplo, si se considera a un usuario que descarga en promedio 10GB al mes, el gasto que éste tendría que hacer con un plan de Internet móvil estaría en torno a los S/ 200. Sin embargo, en un plan de Internet fijo podría tener descargas ilimitadas por una tarifa de S/. 150 (plan de TELMEX).

Gráfico N° 2: Comparación de precios de Internet móvil y fija, velocidad de 3Mbps



*La tarifa considerada es la del paquete "Dúo Plano Nacional 3 Mbps", que incluye los servicios de telefonía fija en su plan de "Tarifa Plan Nacional" y el servicio de Internet "Speedy de 3 Mbps".

Fuente: SIRT y páginas web de los operadores, tarifas vigentes al mes de diciembre de 2011.

Elaboración: Secretaría Técnica - OSIPTEL

Este Cuerpo Colegiado considera importante, atender a que todos los planes de Internet móvil presentan restricciones en cuanto a su uso, pues tienen una capacidad de descargas limitada. En la mayoría de los casos, las empresas cortan el servicio una vez consumidos los GB incluidos en el plan, luego de lo cual es posible usar el servicio solo a través de recargas prepago; y en otros casos, una vez que se alcanza el tope de GB de descarga que permite el plan, se reduce de forma sensible la velocidad de descarga máxima del plan contratado.

De otro lado, se tiene que desde el lanzamiento de las ofertas comerciales de acceso a Internet móvil en marzo de 2008, el número de conexiones se ha ido incrementando de manera considerable, existiendo a junio de 2011 más de 350 mil conexiones de Internet

²⁶ Se ha tomado en consideración las tarifas del servicio de Internet móvil a través de dispositivos USB con una velocidad del acceso móvil de 3Mbps. Si bien en los últimos meses los operadores móviles vienen ofreciendo velocidades de bajada de hasta 5 Mbps, éstas se encuentran restringidas a algunas zonas de cobertura (con la tecnología HSPA+) y a un solo dispositivo módem USB.

móvil que representa aproximadamente el 24.5% del total de conexiones de Internet a nivel nacional.

No obstante lo señalado, respecto a la tendencia del desarrollo del Internet móvil en nuestro país, un factor a considerar es que los dos operadores móviles con mayor participación están vinculados a operadores fijos y forman parte de un mismo grupo económico: AMÉRICA MÓVIL - TELMEX y TMÓVILES - TELEFÓNICA/MULTIMEDIA. En este sentido, es importante tener en cuenta que las relaciones entre empresas que forman parte de un mismo grupo económico no se caracterizan por ostentar una real tensión competitiva, dado que está presente el interés de una misma unidad de decisión. De ello, es posible inferir la existencia de incentivos económicos por parte de los operadores móviles y fijos a presentar una oferta comercial de servicios de Internet complementarios²⁹ antes que sustitutos.

Así, por ejemplo, se observa que TMÓVILES viene ofreciendo planes con tarifas especiales para aquellos usuarios de Internet ADSL de TELEFÓNICA que deseen contar también con Internet móvil. Asimismo, TMÓVILES ha lanzado al mercado ofertas mayoristas del servicio de Internet móvil que han sido adquiridas por TELEFÓNICA para ser vendidas en forma empaquetada. Inicialmente, el servicio de Internet móvil era empaquetado por TELEFÓNICA como dúos y tríos (con sus servicios de ADSL, cable y telefonía fija), y de manera posterior, TELEFÓNICA revende de forma individual el servicio de Internet móvil pero otorga un descuento mayor al 50% si éste es adquirido por usuarios que ya cuentan con algún servicio de Internet fijo de este mismo operador por ADSL o cable módem.

En sus alegatos TELEFÓNICA señala que el análisis realizado por la Secretaría Técnica para determinar el mercado relevante no se realiza desde el lado de la demanda, así, argumenta que el análisis se aparta de este criterio y decide mutilar el mercado relevante excluyendo al Internet móvil con base en una serie de informaciones circunstanciales, la mayoría de las veces relacionadas casi exclusivamente con la oferta del producto, sin hacer referencia a la opinión que tendrían los demandantes respecto del producto expulsado del mercado relevante.

Al respecto, debe señalarse que tal como lo señala expresamente el Informe Instructivo, y siguiendo lo indicado por los Lineamientos de Libre Competencia en Telecomunicaciones, el análisis realizado tuvo en cuenta la evaluación del servicio relevante desde la demanda (para lo cual consideró criterios como: las características y uso del servicio). En efecto, de conformidad con lo señalado por los Lineamientos, en primer lugar deben buscarse como posibles sustitutos a aquellas tecnologías que permitan el acceso a Internet en condiciones equivalentes al ADSL, de tal manera que el usuario no vea disminuido su bienestar. Luego de identificar los servicios físicamente sustituibles, se deben evaluar las tarifas del servicio de acceso a internet a través de las tecnologías que han superado este filtro previo

²⁹ Al respecto, Parsons señala que la relación entre la Banda Ancha fija y la móvil es básicamente de servicios complementarios. Para ello establece la definición de "Smart Broadband", esto significa que el usuario se puede conectar donde esté a través de una solución de Banda Ancha híbrida impulsada principalmente por operadores horizontalmente integrados (con operaciones fijas y móviles). PARSONS, Dave. The Fixed/Mobile Broadband Battle: Is It Time for "Smart Broadband"? Cisco Internet Business Solutions Group (IBSG). 2009, págs. 8-12. Disponible en: http://www.cisco.com/web/about/ac79/docs/pov/Mobile_BB_VS2_POV_1110FINAL.pdf (Última visita: 13 de marzo de 2012).

No obstante, TELEFÓNICA insiste en que de haberse hecho un análisis del tipo "monopolista hipotético" se habría descubierto que parte de la demanda por el ADSL migraría sin mayor inconveniente al Internet móvil.

En principio, lo argumentado por TELEFÓNICA podría parecer correcto; sin embargo, TELEFÓNICA olvida que antes de realizar el análisis de la demanda incluyendo los precios (test del monopolista hipotético) debe evaluarse si las tecnologías alternativas permiten el acceso a Internet en condiciones equivalentes al ADSL. Así, el planteamiento de TELEFÓNICA explícitamente busca la inclusión en el mercado relevante de todas las tecnologías de acceso a Internet, principalmente la BAM e incluso el mercado informal de acceso a internet, asumiendo que ofrecen condiciones equivalentes al ADSL.

Adicionalmente, en sus alegatos TELEFÓNICA señala que, el volumen de descarga del internauta nacional está por debajo del umbral que en la actualidad ofrece el Internet móvil. Para ello, TELEFÓNICA presenta algunas estimaciones de las descargas alcanzadas por un usuario promedio en el Perú, las cuales estarían por debajo de algunos de los límites impuestos en los planes de BAM. En ese sentido, TELEFÓNICA concluye que los límites de descarga de la BAM no son importantes, y que dicha tecnología debería incluirse en el mismo mercado relevante del Internet ADSL.

Al respecto, es necesario considerar que los usuarios que tienen el servicio de acceso a Internet por ADSL no enfrentan límites de descarga. Dado que muchos de ellos utilizan el servicio de Internet móvil de manera complementaria, no se ven afectados por la capacidad de descarga del Internet móvil. Por lo tanto, es claro que si tuviera que depender exclusivamente de un servicio en el que sí enfrentan límites de descarga, su bienestar se vería disminuido. Esta disminución en el bienestar del usuario ocurre independientemente de que el uso de este servicio supere o no los toques de descarga establecidos en la oferta de Internet móvil, ya que la calidad del servicio es inferior³⁰.

Entonces, cualquier servicio con toques de descarga no debería considerarse como un sustituto del ADSL, ya que un usuario que cambie su acceso a internet por ADSL a un acceso por un servicio con toques de descarga tendrá un menor bienestar³¹.

Finalmente, TELEFÓNICA considera también que bastaría el importante crecimiento del Internet móvil para incluirla en el mismo mercado relevante que el Internet ADSL. No obstante, se observa que si bien las conexiones de Internet móvil han mostrado un desempeño más que notable durante los primeros años de su entrada al mercado, éstas no han logrado reemplazar al Internet fijo, ya que mientras el número de conexiones de Internet móvil crece, el número de conexiones de la Internet fijo (ADSL y cable módem) crece también de manera simultánea, es decir, no se observa un efecto de desplazamiento del Internet fijo al Internet móvil.

³⁰ Se puede mencionar como indicador de lo señalado que, en el año 2011, del total de reclamos por calidad de Internet presentados ante el Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios (TRASU), aproximadamente un 80% corresponde al Internet móvil.

³¹ Respecto al plan "Internet 50" de TELEFÓNICA, debe mencionarse que este plan que ofrece una velocidad de 512 Kbps es el único de la oferta de ADSL que cuenta con reducción de velocidad al alcanzar los 6 GB de descargas. Sin embargo, son constantes las promociones asociadas a este plan en las que se permite una navegación sin control de tráfico de descarga. Por ello, se lo ha considerado dentro del mercado relevante.

Es más si en lugar de observar el total de conexiones, se observa la tasa de crecimiento trimestral del número de conexiones de Internet móvil e Internet fijo, se puede ver que la tasa de crecimiento de las conexiones de Internet móvil viene acusando una importante reducción. De otro lado, si bien la tasa de crecimiento de Internet fijo ha sido más baja, ésta muestra una tendencia creciente desde setiembre de 2010 hasta junio de 2011³².

Estando a lo señalado, este Cuerpo Colegiado reconoce el importante crecimiento que actualmente presenta el Internet móvil, sin embargo la oferta comercial de este servicio presenta limitaciones de velocidad y límite de descargas que restringen el uso que el usuario final hace del servicio y parece estar más orientada a constituirse como un complemento del servicio de Internet fijo antes que un sustituto del mismo.

C. Otras tecnologías

De modo general, nos referiremos a otras formas de acceso a Internet que, en opinión de este Cuerpo Colegiado no resultan sustitutas del servicio de Internet por ADSL por diversas razones.

Respecto al servicio de Internet provisto a través de la tecnología WiMax, tenemos que constituye tan solo el 1.2% de las conexiones a Internet en el mercado nacional y que, por una parte, su desarrollo se encuentra orientado a complementar la oferta de Internet por ADSL, cable módem y banda ancha móvil en zonas donde no se tiene infraestructura fija desplegada; y de otra, la cobertura del servicio resulta bastante limitada.

Otras formas de acceso a Internet, a través de líneas dedicadas y VSAT constituyen menos del 1% de conexiones del mercado nacional, por lo que atendiendo principalmente a su grado de desarrollo en nuestro país y al tiempo en la sustitución por el lado de la oferta del servicio, no podrían ser considerados servicios sustitutos del ADSL.

En ese sentido, ninguna de las tecnologías señaladas en este acápite puede considerarse como un sustituto al ADSL, ya sea por el lado de la demanda como por el lado de la oferta.

De acuerdo con todos los argumentos antes mencionados, se concluye que **el mercado relevante** para la presente controversia está conformado por el servicio de Internet por ADSL y cable módem provisto a nivel minorista, tanto a usuarios residenciales como a corporativos.

6.2.1.3. Mercado geográfico

Luego de haber definido el servicio relevante, el siguiente paso es determinar el mercado geográfico. De acuerdo con el artículo 6.3 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, el mercado geográfico relevante es el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la autoridad de

³² La interpretación del crecimiento del Internet móvil que hace TELEFÓNICA es errada. Esta confusión se pueda dar debido a que como es lógico, cuando aparece un servicio nuevo éste crece en forma acelerada; sin embargo, no necesariamente tiene que mantener la misma tasa de crecimiento a largo plazo, como en el caso del Internet móvil cuyo crecimiento se ha estabilizado. De otro lado, el Internet móvil ha venido mostrando el comportamiento normal de un servicio relativamente maduro, es decir una tasa de crecimiento más estable y baja, que sin embargo viene aumentando en los últimos trimestres.

competencia evaluará, entre otros factores, los costos de transporte y las barreras al comercio existentes.

El ámbito geográfico se refiere al lugar en el cual los consumidores acceden al servicio y al cual podrían acudir en caso el servicio se viera afectado por un incremento de precio, considerando los costos adicionales de traslado.

No obstante lo señalado, el servicio relevante ya definido es uno de naturaleza fija, se consume con su uso, por lo que requiere que la conexión a Internet sea efectuada en el lugar de residencia del usuario. Los usuarios sólo dispondrán de la oferta que se brinde en el distrito donde habiten, pues no cambiarían de domicilio únicamente con la finalidad de poder acceder al servicio de otro operador.

En tal sentido, el **mercado geográfico** estaría conformado por los distritos a nivel nacional cubiertos por el servicio de acceso a Internet por ADSL y/o cable módem. De acuerdo con la información proporcionada por el MTC, los distritos que cuentan con cobertura del servicio de Internet a través de las tecnologías antes mencionadas ascienden a un total de 380 distritos en todo el territorio peruano³³.

6.2.1.4. Mercado relevante aplicable a la presente controversia

Tomando en consideración el análisis realizado en los puntos precedentes, el mercado relevante aplicable a la presente controversia es el de provisión del servicio de Internet por ADSL y cable módem a usuarios finales, tanto residenciales como comerciales, en los 380 distritos a nivel nacional en los que existe cobertura de este servicio.

6.2.2. Posición de dominio en el mercado relevante

De acuerdo al artículo 7.1. de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, se entiende que un agente económico goza de posición de dominio en el mercado relevante cuando tiene la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que sus competidores, proveedores o clientes puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad, debido a factores tales como: una participación significativa en el mercado relevante; las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios; el desarrollo tecnológico o servicios involucrados; el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministro así como a redes de distribución; la existencia de barreras a la entrada de tipo legal, económica o estratégica; la existencia de proveedores, clientes o competidores y el poder de negociación de éstos.

Por su parte, en el numeral 4.1.1. de los Lineamientos de Libre Competencia en Telecomunicaciones se establece que algunas de las variables que OSIPTEL podrá tomar en consideración para determinar si una empresa exhibe posición de dominio, son: porcentaje de participación de la empresa en el mercado, nivel de concentración del mercado, control de recursos esenciales, el grado de integración vertical, barreras a la entrada, posibilidad de utilizar infraestructura propia para proveer otros servicios, otros

³³ Solo en el departamento de Madre de Dios no se han reportado distritos que cuenten con el servicio de Internet por ADSL y/o cable módem.

factores que permitan evaluar el nivel de independencia con el que una empresa está en capacidad de actuar con relación a sus competidores o clientes.

Como se ha señalado anteriormente, la posición de dominio se determinará en el mercado del servicio principal o servicio atado, debido a que la conducta del investigado solo podría generar una restricción a la competencia en la medida que utilice su posición dominante en este mercado para obtener una ventaja anticompetitiva en el mercado del servicio atado.

En tal sentido, la identificación de posición de dominio se realizará en el mercado relevante del servicio de Internet previamente definido. Para ello, este Cuerpo Colegiado ha considerado principalmente factores tales como la participación de mercado, las barreras a la entrada, el control de recursos esenciales, el uso de infraestructura propia para proveer otros servicios y el grado de intervención vertical³⁴.

6.2.2.1. Presencia en el mercado

Como se ha mencionado, una variable importante a considerar al momento de determinar una supuesta posición dominante es la referida al nivel de participación de la empresa investigada en el mercado. Para tal efecto, se suele utilizar el porcentaje de participación de dicha empresa en el mercado relevante.

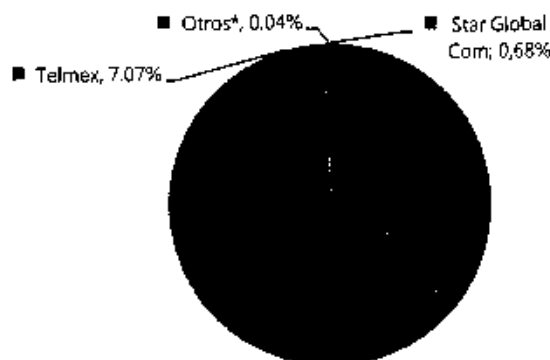
En la presente controversia, se tomará en cuenta la cantidad de conexiones de acceso al Internet por ADSL y cable módem respecto de la cantidad de conexiones que poseen todas las demás empresas que participan en el mercado relevante.

De este modo, tomando en consideración el número total de conexiones existentes en los 380 distritos con cobertura del servicio relevante respecto del número total de conexiones de TELEFÓNICA, tenemos que la participación de esta empresa asciende al 92.21% (ver Gráfico N° 3)³⁵. Asimismo, se observa que TELEFÓNICA es seguida muy de lejos por TELMEX que ostenta una cuota de mercado de 7.07%.

³⁴ Cabe precisar que algunas variables señaladas en los Lineamientos de Libre Competencia en Telecomunicaciones como determinantes de la posición de dominio serán analizadas como barreras de acceso, por constituir en efecto costos a la entrada o permanencia de los operadores.

³⁵ Cabe indicar, que adicionalmente a ello, STAR GLOBAL COM (0.68%) y MULTIMEDIA (0.03%), empresas vinculadas a TELEFÓNICA poseen una participación conjunta de 0.71%.

Gráfico N° 3: Tasa de participación por empresa en Internet fijo a nivel nacional (ADSL y cable módem), a junio de 2011



* Otros incluye a Americatel, Global Crossing, Multimedia y DKR Visión
 Fuente: Ministerio de Transportes y Comunicaciones
 Elaboración: Secretaría Técnica - OSIPTEL

Además, es de destacar que tomando en consideración los 380 distritos con cobertura de Internet por ADSL y cable módem, TELEFÓNICA es único operador proveedor de Internet en 322 distritos, es decir, en el 84.7% del total del mercado.

Para complementar el análisis anterior, y siempre tomando en cuenta los distritos con cobertura del servicio relevante, se realiza un agregado por departamentos en el que se toma el número de conexiones de TELEFÓNICA por departamento sobre el total de conexiones por departamento, observándose que la participación de TELEFÓNICA oscila entre el 84% y el 100% (ver Cuadro N° 4). Con ello, se aprecia que la participación de esta empresa ostenta altos niveles, de manera uniforme.

Cuadro N° 4: Participación de las empresas operadoras por departamento, a junio de 2011

Región	AMERICATEL	TELEFÓNICA	GLOBAL CROSSING	TELMEX	STAR GLOBAL COM	TELEFÓNICA MULTIMEDIA	DKR VISIÓN	Total
Arequipa	-	90.52%	-	0.75%	8.71%	0.01%	-	100.00%
Lambayeque	-	86.92%	-	13.08%	-	-	-	100.00%
Callao	-	92.63%	-	7.37%	-	-	-	100.00%
Lima	0.00%	91.49%	0.00%	8.46%	-	0.05%	-	100.00%
Piura	-	92.09%	-	7.91%	-	-	-	100.00%
Tacna	-	83.95%	-	-	16.05%	-	-	100.00%
La Libertad	-	90.84%	-	9.16%	-	-	-	100.00%
Ica	-	94.95%	-	5.05%	-	-	-	100.00%
Ancash	-	99.96%	-	-	-	-	0.04%	100.00%
Otros*	-	100.00%	-	-	-	-	-	100.00%

*Otros incluye a los departamentos de Amazonas, Apurímac, Ayacucho, Cajamarca, Cusco, Huancavelica, Huánuco, Junín, Loreto, Moquegua, Pasco, Puno, San Martín, Tumbes, Ucayali. Asimismo debe señalarse que en el departamento de Madre de Dios no existe cobertura del servicio relevante.

Fuente: Ministerio de Transportes y Comunicaciones
 Elaboración: Secretaría Técnica - OSIPTEL

TELEFÓNICA ha alegado que dentro de la participación de mercado, se debería tener en cuenta la participación que tiene el mercado informal de acceso a Internet; sin embargo, la propia TELEFÓNICA señala que no es posible medir dicha participación de forma precisa³⁶. En tal sentido, no puede incluirse en el proceso un mercado respecto del cual no se tiene certeza acerca de sus dimensiones³⁷.

De otro lado, para el análisis del grado de concentración, se toma en cuenta al conjunto o a la mayoría de los agentes relevantes del mercado para definir qué tan competitivo es o puede ser el mismo, evaluando la distribución del tamaño de las empresas participantes. La metodología más utilizada para calcular el nivel de concentración es el Herfindahl-Hirschman Index (en adelante HHI)³⁸. El HHI tiene la ventaja de representar a todas las empresas del mercado, no sólo a las más grandes, y además ofrece la señal de que a mayor valor indica mayor concentración y, por ende, mayor probabilidad de ejercicio de poder de mercado que restrinja la competencia.

En este marco, se observa que el mercado de Internet (ADSL y cable módem) presenta un HHI que se sitúa por encima de 8,550, lo que evidencia un mercado muy concentrado.

Los criterios de participación y nivel de concentración en el mercado permitirían señalar que TELEFÓNICA goza de posición de dominio en el mercado relevante. No obstante ello, es necesario considerar factores de análisis adicionales a la situación actual de las condiciones de competencia, tales como las barreras a la entrada.

En cualquier caso, tal como lo ha reconocido la propia TELEFÓNICA aun cuando se considerara la inclusión del Internet móvil y el mercado de Internet informal, su participación dentro del mercado relevante se mantiene alta y la concentración del mismo se mantiene elevada.

6.2.2.2. Barreras a la entrada

³⁶ Dicho de parte en Informe oral de 25 de junio de 2012.

³⁷ En todo caso, la existencia de un mercado informal de acceso a Internet no hace más que confirmar las preferencias por "Internet solo", que si bien ofrece tarifas por debajo del promedio de los operadores formales, no ofrece las mismas garantías en cuanto a la calidad y seguridad de las conexiones.

³⁸ Como se sabe el HHI fue definido en los Horizontal Merger Guidelines elaborados por el Departamento de Justicia de Estados Unidos y resulta de sumar el cuadrado de los porcentajes de participación de todas las empresas que participan en el mercado. El producto de esta sumatoria puede resultar en una cifra que fluctúa en un valor entre 0 y 10,000 siendo este último caso aquel del monopolio que cuenta con el 100% del mercado. Según los resultados del HHI la autoridad de defensa de la competencia asume un determinado grado de concentración del mercado y, según ello, permite inferencias sobre la posibilidad de ejercicio de poder de mercado, según se explica en el siguiente cuadro:

Valor del HHI	Grado de Concentración	Potencialidad de Ejercicio de Poder de Mercado
Menor a 1500	Mercado no concentrado	Reducida
Entre 1,500 y 2,500	Mercado moderadamente concentrado	Moderada
Superior a 2,500	Mercado altamente concentrado	Elevada

Adicionalmente al análisis de participación en el mercado, es importante evaluar qué tan costoso resulta a supuestos nuevos operadores el acceso al mercado, considerando las distintas barreras a la entrada que pueden existir.

De esta manera, se podría conocer qué tan factible es que una empresa con alta participación en el mercado se vea disciplinada por la posibilidad de entrada de nuevas empresas al mercado o de su permanencia si ya ingresaron.

La posibilidad de entrada o permanencia puede verse limitada si el mercado presenta considerables obstáculos o barreras de acceso, es decir, costos que inhiban el ingreso o dificulten la supervivencia de los agentes en el mercado y que no fueron asumidos por el operador establecido. Dichas barreras pueden afectar al mercado de manera permanente o temporal, dependiendo de si el ingreso de nuevas empresas se ve obstaculizado indefinidamente o si solamente se ve retardado.

Entre las barreras de acceso al mercado, podemos encontrar las barreras estructurales y estratégicas.

Las barreras estructurales surgen de las condiciones propias e inherentes a la actividad económica en cuestión, y pueden deberse a condiciones de costos o de la demanda del bien o servicio.

La existencia de economías de escala puede ser causa de la existencia de barreras estructurales. En el presente caso, TELEFÓNICA cuenta con la red de acceso al usuario final o acceso al bucle local que brinda la infraestructura necesaria que viabiliza la prestación del servicio de Internet a través del ADSL, por lo que no tiene que duplicar el bucle local. Dicha infraestructura es de tal envergadura que difícilmente podría ser duplicada por un competidor, al menos en el corto plazo.

Otro caso de barrera estructural son las economías de red, por las que el costo de proveer dos servicios es significativamente menor que el costo agregado de proveer los servicios por separado. En este caso, debemos considerar que TELEFÓNICA se beneficia de economías de red que le genera la propiedad sobre la mayor red de acceso fijo a los usuarios, en la prestación del servicio de telefonía fija e Internet ADSL. Así, la amplia base de clientes con la que cuenta TELEFÓNICA, le permite no solo contar con menores costos medios, sino que le permite también tener un amplio conocimiento de los consumidores y aprovechar las complementariedades en la producción y distribución de los servicios que ofrece.

Las barreras estratégicas tienen su origen en el comportamiento de las empresas ya existentes en el mercado que inhiben la entrada de competidores.

En opinión de este Cuerpo Colegiado, la integración vertical por sí misma no otorga posición de dominio a una empresa, pero el hecho que una empresa dominante en un mercado se integre verticalmente en mercados relacionados sí puede darle la capacidad de afectar la competencia en estos otros mercados. En el presente caso, la integración vertical se presta para facilitar la existencia de posición de dominio pues TELEFÓNICA es una empresa integrada que es titular de la red y hace uso de dicha infraestructura para proveer el servicio de Internet por ADSL. Es el caso que, producto de su presencia en los mercados aguas arriba (transporte) y aguas abajo (red de acceso - ISP), esta empresa goza de ventajas difícilmente replicables por otras empresas competidoras.

Tomando en consideración el análisis realizado sobre barreras a la entrada con base en el control de recursos esenciales, economías de alcance, integración vertical y utilización de infraestructuras propia para la prestación de otros servicios, permitiría reafirmar una posición de dominio de TELEFÓNICA.

6.2.2.3. Conclusión sobre la posición de dominio de TELEFÓNICA

En conclusión, se puede afirmar que TELEFÓNICA cuenta con posición de dominio en el mercado relevante, debido al nivel de participación de mercado que ostenta en el mercado relevante y al nivel de concentración que exhibe este mercado; así como por la presencia de importantes barreras a la entrada. Por lo que, es posible afirmar que esta empresa tendría la posibilidad de afectar las condiciones de la oferta o demanda en el mercado relevante, sin que competidores, proveedores o clientes tengan un poder de negociación que permita enfrentar y disciplinar a la empresa investigada.

6.2.3. El abuso de la posición de dominio

El numeral 10.1 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas señala que se considera que existe abuso cuando un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición.

De acuerdo con el punto 4.2 de los Lineamientos de Libre Competencia en Telecomunicaciones, los requisitos considerados por OSIPTEL para la determinación de la posición de dominio son: que exista posición de dominio; que se actúe de manera indebida aún cuando ello no conlleve intencionalidad; y que exista la posibilidad de obtener beneficios o de causar perjuicios que no se podrían producir de no tener posición de dominio, bastando con que éstos sean consecuencia potencial de la conducta.

Al respecto, habiéndose verificado que TELEFÓNICA ostenta posición de dominio, corresponde avanzar en el análisis, atendiendo ahora a la actuación indebida o conducta restrictiva que para el presente caso atañe a la práctica de venta atada. Como se ha mencionado en el marco legal del presente informe, para esta modalidad de práctica anticompetitiva se requiere el análisis de los siguientes elementos: debe tratarse de servicios diferenciados, debe existir coerción, el proveedor debe tener suficiente poder de mercado en el mercado del servicio principal y debe existir una afectación en el mercado del servicio atado. A continuación, se desarrollarán los primeros dos aspectos:

6.2.3.1. Servicios diferenciados

El servicio principal y el servicio atado que se están proveyendo de forma conjunta deben ser diferentes desde el punto de vista de la demanda, lo cual se detecta si es que en ausencia de la atadura los compradores adquieren los servicios por separado, en otras palabras, si éstos cuentan con una demanda propia.

Dada la estructura de la venta atada investigada, el referido análisis sobre servicios diferenciados debe centrarse en el servicio relevante, toda vez que éste es el servicio que no es vendido de forma individual.

En principio, es preciso destacar que la identificación de una amplia demanda individual del servicio relevante no resulta posible, dado que como se ha visto en el apartado referido a la posición de dominio, TELEFÓNICA como operador dominante ostenta el 92.21% del total de conexiones en el país, adquiridas de forma atada al servicio de telefonía fija.

No obstante lo anterior, otras empresas en el mercado peruano sí ofrecen el servicio de Internet solo, sin atarlo a otros servicios, tales como TELMEX, STAR GLOBAL COM, MULTIMEDIA, GLOBAL CROSSING y AMERICATEL, aunque con cobertura limitada.

Al respecto, es de resaltar el caso de TELMEX que es el segundo operador con participación en el mercado relevante y ostenta una demanda del 28.6% de Internet solo, sin considerar el Internet que empaqueta con otros servicios que provee tales como el servicio de cable o el servicio telefónico³⁹:

Servicios ofrecidos por TELMEX	Demanda del servicio
Internet solo	28.6%
Doble Play de Internet y telefonía fija	33.8%
Doble Play de Internet y cable	5.8%
Triple Play	31.9%

De esta manera, dadas las limitaciones de identificación de una demanda individual de Internet por la elevada participación con la que cuenta TELEFÓNICA en el mercado relevante, el porcentaje de demanda de conexiones de Internet solo que presenta TELMEX es considerable dentro del total de su oferta de Internet.

De otro lado, debe mencionarse que en la experiencia internacional, existe la provisión de "acceso a Internet por ADSL solo", al que se le ha denominado *Naked DSL*, DSL desnudo o *stand-alone*. La provisión de este servicio se ha dado por diversas razones que van desde la propia iniciativa empresarial, como parte de un considerable impulso competitivo hasta la imposición por parte de la autoridad (regulación o por aplicación de las normas de libre competencia). Al respecto, es importante señalar que cuando las condiciones de competencia no han logrado que las empresas operadoras lancen al mercado este tipo de ofertas, han sido los organismos reguladores o las autoridades de competencia las que han impuesto una obligación de venta de Internet solo⁴⁰.

A este respecto, TELEFÓNICA ha mencionado en sus descargos que la experiencia internacional referida al *Naked ADSL* es un fenómeno reciente y que en la gran mayoría de países donde ésta se ha empezado a desarrollar ha sido por un impulso competitivo, antes que por imposición de la Administración Pública.

En contraposición a lo señalado por TELEFÓNICA, según lo mencionado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico - OCDE, los servicios de Internet de Banda Ancha son mayoritariamente vendidos mediante mecanismos de empaquetamiento mixtos, lo que permite a los usuarios elegir entre las ofertas

³⁹ Porcentajes trabajados tomando en cuenta la Información remitida por TELMEX a junio de 2011, mediante Carta N° C.299-DJR/2011, de fecha 01 de agosto de 2011.

⁴⁰ NETWORK STRATEGIES. *"Naked DSL: the potential impact in New Zealand"*. Final Report for the MED. Report Number 26010. En la sección 3 de dicho informe se resumen las experiencias en el establecimiento de DSL desnudo a nivel internacional.

individuales o servicios empaquetados. Es de resaltar que 77% de los 90 operadores encuestados permiten a los usuarios comprar de forma individual el servicio de Internet de Banda Ancha y que los usuarios tienden a escoger dicha oferta cuando está disponible⁴¹.

Además, a nivel comparado, se observa que la comercialización del DSL desnudo en algunos países se debe a una fuerte presión competitiva de operadores del servicio de cable que también ofrecen acceso a Internet a través de sus redes. Es decir, que en mercados en competencia, los operadores de DSL prefieren comercializar también DSL desnudo para evitar que al menos una parte de sus clientes decida abandonarlos para contratar los servicios de Internet a través de cable módem. De otro lado, en países donde los operadores de DSL no afrontan mayor competencia a través de otras tecnologías, no existe presión para que se establezcan ofertas de DSL desnudo⁴².

Para el caso concreto del servicio de Internet ADSL en nuestro país, si se tiene en cuenta que, a junio de 2011 existían 961,388 conexiones de Internet por ADSL de las cuales 961,360 son de TELEFÓNICA y 81,167 conexiones de Internet por cable módem de las cuales 73,709 conexiones son de TELMEX, difícilmente se podría sostener que el cable módem podría ejercer la suficiente presión competitiva sobre el ADSL para su venta por separado.

Por todo lo dicho anteriormente, este Colegiado considera que los servicios de Internet y telefonía fija son servicios diferenciados.

6.2.3.2. Nivel de coerción

Una vez comprobada la existencia de servicios diferenciados, se debe verificar si la venta del servicio de acceso a Internet viene siendo condicionada o subordinada a la compra del servicio de telefonía fija de TELEFÓNICA.

La acreditación del nivel de coerción implica la comprobación de que el vendedor imponga la compra de un servicio como condición de la venta de otro, forzando la voluntad del consumidor. Es decir, debe verificarse en los contratos y, en general, en las condiciones de venta ofrecidas, que el servicio principal no puede ser adquirido por separado; es decir, que no existe la posibilidad de adquirir el servicio principal sin adquirir el servicio atado.

Conforme a ello, se requiere que en la práctica bajo análisis, el comprador sea forzado a adquirir el servicio de telefonía fija, aun cuando no lo desee y solo quiera adquirir el servicio de Internet.

⁴¹ En este estudio se hizo una recopilación de datos en el año 2009 incluyendo más de 2000 ofertas de Internet *stand-alone* y paquetes de servicios de 90 empresas en 30 países de la OCDE, centrándose en planes de banda ancha residencial y planes asociados, que pueda ser comercializado conjuntamente a las pequeñas empresas u oficinas en casa. Al respecto ver: OECD. "Broadband Bundling. Trends and Policy Implications", OECD Digital Economy Papers, No. 175, OECD Publishing, 21 de febrero de 2011, págs. 11-13. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/5kghtc8znnbx-en> (última visita: 20 de marzo de 2012).

⁴² Al respecto ver: JAMES, David - OVUM "Competition and the role of wholesale as fixed broadband goes mainstream", OVUM Publishing, 20 de julio de 2006, pág. 9. Disponible en: http://www.bacik.org/toolz/Ovum_-_Competition_and_the_role_of_wholesale.pdf (última visita, 20 de marzo de 2012); y, Organization for Economic Co-operation and Development. "OECD Communications Outlook: Information and Communications Technologies", OECD Publishing, 24 de agosto de 2005, págs. 94 y ss. Disponible en: http://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/oecd-communications-outlook-2005_comms_outlook-2005-en (última visita: 20 de marzo de 2012)

Para determinar la existencia de coerción en la venta atada de los servicios de acceso a Internet y telefonía fija, se efectuaron acciones de supervisión, en las que se registraron las respuestas de los vendedores de dicha empresa, ante la simulación de intención de compra del servicio de Internet solo.

A. Acciones de supervisión del OSIPTEL⁴³

En diversas localidades del Perú se realizaron llamadas hacia el Servicio de Telegestión Comercial de TELEFÓNICA (número 104) en las cuáles se pidió información acerca de las condiciones aplicables a la adquisición del servicio de acceso a internet en diversas modalidades. A continuación se detallan algunos resultados:

- Funcionario de OSIPTEL preguntando por el servicio Speedy⁴⁴

Funcionario del OSIPTEL: Por favor, quisiera saber ¿cuáles son los requisitos para adquirir internet, por favor?

Telefónica: ¿Cuál es número telefónico, por favor?

Funcionario del OSIPTEL: No, no tengo número telefónico.

Telefónica: Esto lo desea ¿en qué distrito?

Funcionario del OSIPTEL: Eso es en la victoria

Telefónica: Ya mire, para que usted tenga internet, debe tener una línea telefónica, ahorita estamos dando un paquete (...)

Funcionario del OSIPTEL: Ah ok entiendo, pero ¿en cualquiera de esos casos igual tiene que ser con la línea telefónica fija de ustedes?

Telefónica: Exactamente.

- Funcionario de OSIPTEL preguntando por el servicio Speedy Negocios⁴⁵

Funcionario OD Huancayo: No señorita yo tengo una línea telefónica pero de otra empresa

Telefónica: El primer requisito para adquirir un Speedy tendría que tener una línea con Telefónica

Funcionario OD Huancayo: ¿Quiere decir para el servicio de internet de Speedy negocios necesariamente debo contar con una línea telefónica?

Telefónica: Si

- Funcionario de OSIPTEL preguntando por el servicio Internet 50⁴⁶

Telefónica: Tiene que tener línea de teléfono fija, ¿Ud. Cuenta con línea de teléfono?

Funcionario OD Huancayo: No

Telefónica: Tiene que tener una línea fija si no, no va a poder acceder a ese servicio, la línea para que zona es para que distrito

(...)

⁴³ Es preciso indicar que las acciones de supervisión se encuentran en el expediente de la controversia, encontrándose a disposición de la empresa TELEFÓNICA.

⁴⁴ Acción de supervisión llevada a cabo el 2 de diciembre a las 16: 19 horas por un funcionario del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones en la ciudad de Lima.

⁴⁵ Acción de supervisión llevada a cabo el 29 de noviembre a las 18:16 horas por un funcionario del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones en la ciudad de Huancayo.

⁴⁶ Acción de supervisión llevada a cabo el 2 de diciembre a las 16: 24 horas por un funcionario del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones en la ciudad de Lima.

Funcionario OD Huancayo: ¿cuenta con algún plan de internet para el cual no sea necesario la contratación del servicio de telefonía?

Telefónica: No existe,

Funcionario OD Huancayo: ¿No existe?

Telefónica: Nosotros usamos la línea telefónica para acceder a internet pero no lo ocupamos puede navegar por internet puede hablar por teléfono a la vez,

Funcionario OD Huancayo: Quiere decir si yo no tengo la línea telefónica no voy a poder contratar el servicio de Internet.

Telefónica: Correcto.

Las llamadas realizadas durante la acción de supervisión también incluyeron consultas en torno a las posibilidades de acceso al servicio de Internet por parte de un cliente que cuente con un servicio telefónico fija de una empresa diferente a la ofrecida por la empresa TELEFÓNICA. A continuación se detallan algunas de las conversaciones:

- Funcionario de OSIPTEL preguntando por el servicio Speedy⁴⁷

Funcionario del OSIPTEL Lima: Sí, disculpe quería información con respecto al servicio de internet que brindan

Operador 104: ¿Cuenta usted con teléfono en casa, señor?

Funcionario del OSIPTEL: Tengo un teléfono pero de Telmex.

Operador 104: ah correcto, pero en todo caso, para contratar el servicio de internet de Telefónica es importante contar con un teléfono fijo, lo que podemos brindarle en todo caso es una línea básica, una línea control con 130 minutos para llamadas locales y un internet de capacidad de un mega. El costo de este servicio es de 109 soles, la instalación de la línea tiene un costo de 150 que va a ser fraccionado en 15 meses de 10 soles y la instalación de la internet el cual incluye un router inalámbrico, tiene un costo de un sol que es un pago que se genera por única vez.

Funcionario del OSIPTEL: Y, ¿necesariamente tengo que contratar un servicio de telefonía fija con Telefónica?

Operador 104: Exacto, el servicio que nosotros le facilitamos es a través de la línea.

Funcionario del OSIPTEL Lima: Ya, y ¿tiene que ser un servicio de TELEFÓNICA, un servicio de Telefónica fija? ¿No puede ser inalámbrica?

Operador 104: No, tiene que ser un teléfono fijo

(...)

Funcionario del OSIPTEL Lima: Ah pero ¿no tienen un servicio de internet, el cual puedan brindar sin contratar el teléfono fijo?

Operador 104: No, todos los servicios que brindamos es a través de la línea.

- Funcionario de OSIPTEL preguntando por el servicio Speedy Negocios⁴⁸

Funcionario OD Huancayo: bueno tengo una línea telefónica pero no telefónica es de otra empresa operadora

Telefónica: Para tener el servicio de Speedy es necesario contar con la línea telefónica ...

(...)

Funcionario OD Huancayo: Ok, y cuenta Ud con algún plan de internet para el cual no sea necesario la contratación del servicio de telefonía.

Telefónica: No

⁴⁷ Acción de supervisión llevada a cabo el 30 de noviembre de 2010 a las 18:21 horas por un funcionario del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones en la ciudad de Chidayo.

⁴⁸ Acción de supervisión llevada a cabo el 2 de diciembre a las 18:16 horas por un funcionario del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones en la ciudad de Lima.

Telefónica: Para tener un Speedy con Telefónica tendría que contratar una línea telefónica.

- Funcionario de OSIPTEL preguntando por el servicio Internet 50⁴⁹

Funcionario del OSIPTEL: (...) como es el servicio de internet 50 para adquirirlo, ¿cuáles son los requisitos?

Telefónica: (...) ¿Cuál es su número telefónico?

Funcionario del OSIPTEL: Bueno tengo un teléfono de Telmex

Telefónica: Bueno lo que pasa que este Internet 50 se maneja directamente para los clientes residenciales que tengan un número de teléfono fijo con TELEFÓNICA.

(...)

Telefónica: Bueno puede tener una línea libre, puede tener una línea controlada y no hay ningún problema.

Funcionario del OSIPTEL: Y línea prepago si puede tener ¿o no?

Telefónica: No, las prepago no, porque no se emite recibo electrónico.

De las supervisiones realizadas a través de llamadas al número 104, se observa que las condiciones ofrecidas a los usuarios para adquirir del servicio de acceso a internet requieren necesariamente la contratación de un línea telefónica fija, ya sea para el caso de una oferta regular o promocional (dúo).

Es así que, con base en las acciones de supervisión, este Cuerpo Colegiado observa que TELEFÓNICA no ofrece la posibilidad de compra del servicio Internet solo, si no que lo sujeta a la adquisición del servicio de telefonía fija, evidenciándose un apreciable nivel de coerción que imposibilita la adquisición independiente del servicio principal.

A estos efectos, cabe añadir que, ni en sus descargos, ni en sus alegatos, TELEFÓNICA ha negado la existencia de la atadura entre sus servicios de telefonía fija e Internet por ADSL.

Con relación al elemento de coerción de la atadura, TELEFÓNICA ha manifestado que no existe coerción sobre el consumidor si éste puede adquirir el producto principal de otras fuentes en las mismas condiciones y tampoco existe coerción cuando en el empaquetamiento se ofrece el producto principal en condiciones suficientemente atractivas como para que sea demandado de esta manera (dúo).

La coerción realizada por TELEFÓNICA es efectiva considerando que esta empresa es la única operadora en el 84.7% del total de distritos del mercado relevante. En contradicción a lo señalado por TELEFÓNICA, se tiene que su mayor competidor es TELMEX, quien solo compite en el 9.7% del total de distritos que conforman el mercado relevante. Sin embargo, Telmex cuenta aún con cobertura limitada en los principales distritos de Lima Metropolitana y algunas de las ciudades principales del país.

Asimismo, tal como se verá a continuación, respecto de los descuentos que perciben los usuarios en los dúos, se encuentra que las tarifas establecidas para esta forma de contratación se perciben como un beneficio frente a las tarifas de contratación individual,

⁴⁹ Acción de supervisión llevada a cabo el 2 de diciembre de 2010 a las 15:59 horas por un funcionario del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones en la ciudad de Lima.

lo que, en opinión de este Colegiado, justamente constituye una estrategia de refuerzo de la venta atada.

B. Estructura de precios de la oferta de Internet de TELEFÓNICA

En opinión de este Cuerpo Colegiado, es importante que en la práctica bajo análisis, se preste atención a los siguientes aspectos: i) la racionalidad económica que existe en el diseño de precios de un empaquetamiento de servicios; y, ii) la estructura de precios que presentaría la oferta del servicio de Internet de TELEFÓNICA. Lo anterior, en la medida en que la estrategia de esta empresa no se agotaría en que no ofrezca el servicio de Internet por separado, sino que además, su estructura de precios no debiera encubrir una práctica con efectos equivalentes o similares a la venta atada.

• Racionalidad económica de un paquete dúo.

Los empaquetamientos ocurren cuando los servicios que podrían ser vendidos separadamente son vendidos de manera conjunta y, por lo general, incluyen un descuento sobre la suma de los precios de los servicios por separado; es decir, el precio del paquete debe ser menor a la suma de los precios individuales de los productos que lo conforman.

Para el caso en concreto, la racionalidad económica de una estructura de precios del "servicio de Internet por ADSL empaquetado con el servicio de telefonía fija alámbrica" y del "servicio de Internet por ADSL solo" aconseja que:

- El precio del servicio de telefonía fija debería incluir todos los costos relacionados con la provisión de este servicio (costo específico del servicio telefónico). Las llamadas locales "gratuitas" contenidas en el plan se consideran como un costo aparte.
- El precio del servicio de Internet ADSL debería incluir todos los costos relacionados con la provisión de este servicio (costo específico del servicio de Internet ADSL)
- Existen costos comunes entre el servicio de telefonía fija y el Internet ADSL (costos específicos de la línea o bucle de abonado).
- La compra individual y simultánea de los dos servicios constituiría un doble pago por los costos comunes a ambos servicios, por lo cual resultaría la forma más cara de contratación de los mismos.
- La compra empaquetada constituye una forma más eficiente de contratar ambos servicios, ya que los costos de este tipo de compra incluyen únicamente los costos específicos de cada servicio y los costos específicos de la línea son pagados una sola vez.
- Finalmente, la compra del Internet ADSL desnudo debería ser más barata que la compra de este servicio empaquetado con el de telefonía fija, ya que se evitan los costos específicos del servicio telefónico y las llamadas locales.

La racionalidad económica mencionada se refiere a que los precios individuales deben cubrir los costos que tiene cada uno de los servicios. Así, si bien la venta conjunta de los servicios en cuestión genera ahorros de costos que pueden ser trasladados a los consumidores a través de un precio menor a la suma de precios individuales, carece de lógica económica pensar que el precio de dos servicios empaquetados pueda resultar menor al precio de alguno de los servicios contratados de forma individual.

- **Supuesta estructura de precios con efectos exclusorios.**

TELEFÓNICA ofrece en forma atada, a través de sus promociones dúo, los planes telefónicos de Tarifa Plana, Semiplana y Control, así como el servicio Speedy a velocidades de 512 Kbps, 1, 2, 3 y 4 Mbps. tal como se muestra en el Cuadro N° 5.

Cabe precisar que los precios de los servicios de telefonía fija y dúo son los precios reales ofertados por TELEFÓNICA, el precio del Internet ADSL ha sido tomado de la oferta regular que presenta esta empresa en la que este servicio se adquiere de forma atada al servicio de telefonía fija⁵⁰.

Cuadro N° 5: Precio de los paquetes dúo de telefonía fija e Internet de TELEFÓNICA (S/.), con IGV

Telefonía fija		Internet ADSL		Precio dúo
Plan	Precio	Velocidad	Precio implícito	
Plana	S/. 88.25	4 Mbps	S/. 415.48	S/. 209.00
Plana	S/. 88.25	3 Mbps	S/. 236.99	S/. 169.00
Semiplana	S/. 54.00	2 Mbps	S/. 227.08	S/. 139.00
Control	S/. 34.00	1 Mbps	S/. 137.84	S/. 108.08
Línea 20 (Control 30)	S/. 20.00	512 Kbps	S/. 49.58	S/. 69.00

Fuente: SIRT y páginas web de la empresa operadora, tarifas vigentes al mes de diciembre de 2011.
Elaboración: Secretaría Técnica - OSIPTEL

Al respecto es importante observar que los precios implícitos del servicio de Internet ADSL son mayores al precio del dúo que incluye tanto el Internet como la telefonía fija, salvo en el caso del paquete: Línea 20 + Internet 512 Kbps.

Por su parte, la empresa TELMEX que también empaqueta la telefonía fija y el Internet, ofrece la posibilidad de hacer combinaciones de los planes de ambos servicios de acuerdo a las preferencias de los usuarios. En el Cuadro N° 6, se muestran algunos precios de paquetes que por las velocidades de Internet ofrecidas, y por los precios y las características del servicio de telefonía fija son comparables a los paquetes de TELEFÓNICA.

Cuadro N° 6: Precio de los paquetes dúo de telefonía fija e Internet de TELMEX (S/.), con IGV

Telefonía fija		Internet ADSL		Precio dúo
Plan	Precio	Velocidad	Precio	
Abierto 2000	S/. 105.00	4 Mbps	S/. 200.00	S/. 253.00
Abierto 2000	S/. 105.00	3 Mbps	S/. 150.00	S/. 215.00
Abierto 550	S/. 65.00	2 Mbps	S/. 120.00	S/. 133.00
Control 250	S/. 48.00	1 Mbps	S/. 80.00	S/. 108.00
Control 50	S/. 46.00	600 Kbps	S/. 54.00	S/. 66.00

Fuente: SIRT y páginas web de la empresa operadora, tarifas vigentes al mes de diciembre de 2011.
Elaboración: Secretaría Técnica - OSIPTEL

⁵⁰ En la página web de TELEFÓNICA, se indica que en caso de contar con una línea postpago, y desear el servicio de Internet, a la línea postpago se adicionará el precio de Internet considerado en el cuadro como "tarifa de Internet ADSL".

De la comparación de precios de los paquetes ofrecidos por TELEFÓNICA y TELMEX (Cuadro N° 5 y Cuadro N° 6, respectivamente), se advierte que si bien el precio implícito de Internet solo de TELEFÓNICA es mayor al precio del paquete, no sucede lo mismo en el caso de la provisión de dicho servicio para el caso de TELMEX.

Así, la estructura de precios del servicio de Internet que presenta TELEFÓNICA no es coherente con la racionalidad económica de los empaquetamientos, tal como se mencionó anteriormente, según la cual: el precio del paquete de servicios debería incluir el costo del servicio de acceso a Internet más el costo del servicio de telefonía fija, teniendo en cuenta que en alguno de esos costos se incluye el costo de la planta externa que comparten ambos servicios. Por lo tanto, el precio del paquete debería ser algo mayor que el precio del servicio de Internet, sin embargo, ello no sucede.

Por otra parte, se debe tomar en cuenta que, considerando el precio implícito del "Internet solo" de TELEFÓNICA (en los términos antes señalados) y contrastando éste con el precio real del dúo de Internet y el precio real de la telefonía fija provistos por esta empresa, se obtiene el cálculo de un precio implícito negativo del servicio de telefonía fija. Esto se puede observar mejor en el siguiente Cuadro N° 7.

Cuadro N° 7: Diferencias de Precios entre paquetes de Internet y telefonía fija y planes de Internet de TELEFÓNICA(S/.)

Paquete (1)	Precio del paquete (2)	Precio Internet* (3)	Precio real telefonía (4)	Precio implícito telefonía (5=2-3)
Tarifa Plana + 4 Mbps	S/. 209.00	S/. 415.48	S/. 88.25	S/. -206.48
Tarifa Plana + 3 Mbps	S/. 169.00	S/. 236.99	S/. 88.25	S/. -67.99
Tarifa Semiplana + 2 Mbps	S/. 139.00	S/. 227.08	S/. 54.00	S/. -88.08
Línea Control al segundo + 1 Mbps	S/. 108.08	S/. 137.84	S/. 34.00	S/. -29.76
Línea 20 (Control 30) + 512 Kbps	S/. 69.00	S/. 49.58	S/. 20.00	S/. 19.42

* No incluye el costo de conexión fija de S/. 20, que es el costo mínimo que debe afrontar un usuario al que solo le interese el servicio de Internet y no el de telefonía fija.

Fuente: SIRT y páginas web de la empresa operadora, tarifas vigentes al mes de diciembre de 2011.

Elaboración: Secretaría Técnica - OSIPTEL

Si se realiza este mismo ejercicio para los precios de TELMEX, los resultados son distintos a los de TELEFÓNICA. Como muestran los resultados de la última columna del Cuadro N° 8, las tarifas implícitas del servicio de telefonía fija de TELMEX son positivas y representan en promedio el 50% de la tarifa de éste cuando es vendido por separado.

Cuadro N° 8: Diferencias de precios entre paquetes de Internet y telefonía fija y planes de Internet de TELMEX (S/.)

Paquete (1)	Precio del paquete (2)	Precio Internet (3)	Precio real telefonía (4)	Precio implícito telefonía (5=2-3)
Abierto 2000 + 4 Mbps	S/. 253.00	S/. 200.00	S/. 105.00	S/. 53.00
Abierto 2000 + 3 Mbps	S/. 215.00	S/. 150.00	S/. 105.00	S/. 65.00
Abierto 550 + 2 Mbps	S/. 133.00	S/. 120.00	S/. 65.00	S/. 46.00
Control 250 + 1 Mbps	S/. 108.00	S/. 80.00	S/. 48.00	S/. 28.00
Control 50 + 600 Kbps	S/. 66.00	S/. 54.00	S/. 46.00	S/. 12.00

Fuente: SIRT y páginas web de la empresa operadora, tarifas vigentes al mes de diciembre de 2011.

Elaboración: Secretaría Técnica - OSIPTEL

Teniendo en cuenta un precio implícito para la venta del servicio de Internet por separado, la estructura de precios que podría ofrecer la empresa investigada evidenciaría una situación en la que: i) esta empresa establece precios para los servicios empaquetados que están por debajo del precio implícito del servicio de Internet y, además, ii) contrastando el precio implícito del Internet con el precio del paquete, se obtiene un precio implícito negativo del servicio de telefonía fija; a diferencia de la oferta de TELMEX, otra de las empresas en el mercado que también empaqueta iguales servicios.

Al parecer de este Cuerpo Colegiado, los ejercicios realizados con los precios de los servicios de telefonía fija y de Internet respecto del empaquetamiento (dúo) de ambos servicios, evidencian un refuerzo de la estrategia anticompetitiva de TELEFÓNICA, afianzando la adquisición conjunta de los servicios, en el marco de la venta atada.

Por todo lo dicho y retomando el análisis de la configuración del abuso de la posición de dominio, se ha verificado que en efecto TELEFÓNICA cuenta con suficiente poder de mercado en el servicio principal, que los servicios atados son diferentes y que existe un nivel apreciable de coerción para la adquisición conjunta de los servicios (el cual se ve reforzado por la percepción de un descuento). Por lo que resta que se realice el análisis sobre la existencia de una afectación en el mercado del servicio atado o, en otras palabras, la determinación de los efectos anticompetitivos en el mercado de telefonía fija.

6.2.3.3. Efectos anticompetitivos y eficiencias procompetitivas

De acuerdo con la metodología de análisis de competencia, resulta necesario acreditar un perjuicio sobre los competidores de la empresa investigada. Además, es importante evaluar la generación de efectos positivos que pueda acarrear la práctica.

Con relación al análisis de efectos en el mercado, se debe tener en cuenta que para la acreditación de efectos negativos, actuales o potenciales, sobre la competencia y el bienestar de los consumidores, se pueden presentar los siguientes efectos: el traslado de una posición de dominio en el mercado del bien principal al mercado del bien atado; el acaparamiento o cierre de los canales de distribución, impidiendo a los rivales la posibilidad de acceder a ellos; y la creación o elevación de barreras a la entrada estratégicas.

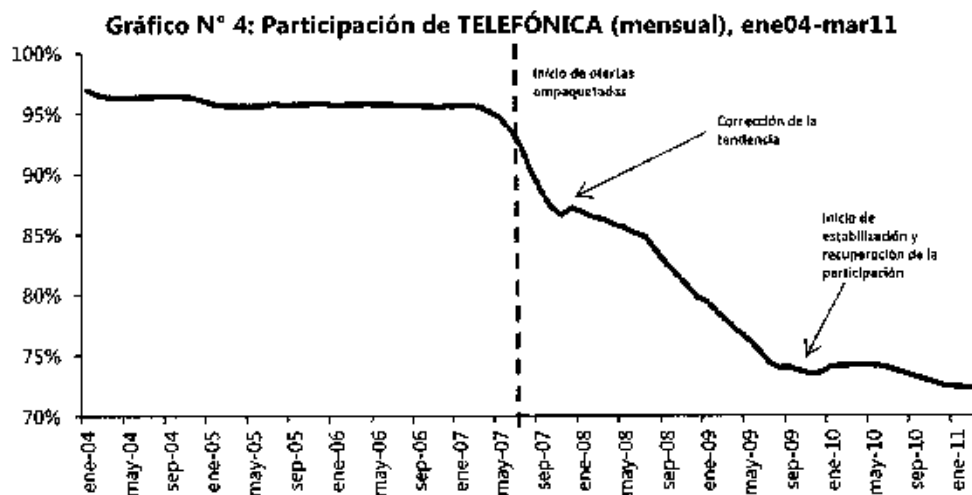
En el presente caso, sucede que TELEFÓNICA, al atar el servicio de Internet al servicio de telefonía fija, imposibilita la contratación del servicio de telefonía fija ofrecido por empresas distintas a TELEFÓNICA. La atadura de estos dos servicios es especialmente importante porque el servicio de Internet es un servicio que presenta una fuerte demanda creciente, lo que no ocurre con el servicio de telefonía fija.

Así, por ejemplo, la adquisición por parte de los consumidores del servicio de Internet de TELEFÓNICA, en mercados donde ésta es la única empresa que provee el servicio de Internet, se realizará necesariamente de forma conjunta con el servicio de telefonía fija de TELEFÓNICA, ya sea adquiriendo estos servicios como parte de una oferta regular u oferta promocional (dúo), de esta manera, el usuario termina comprando el servicio de telefonía fija a esta empresa, descartando la posibilidad de comprar este mismo servicio de otra empresa.

En este caso, la preferencia por el servicio de telefonía fija es un efecto ficticio del mercado porque TELEFÓNICA no ofrece el "Internet solo" y aprovecha su participación en el mercado del servicio de Internet para conseguir clientes en el servicio de telefonía fija.

A. Efectos en los competidores

Para el caso del mercado de telefonía fija, a partir del año 2005 la dinámica del crecimiento del número de líneas en servicio de TELEFÓNICA empezó a desacelerarse, ocasionando que a partir del segundo semestre del año 2007, este indicador mostrara una tendencia a la baja. Como se observa en el Gráfico N° 4, esta disminución en el número de líneas en servicio tuvo como efecto una importante pérdida de participación de mercado de TELEFÓNICA, que pasó de aproximadamente 96% durante todo el año 2006 a 87% en noviembre de 2007. Sin embargo, a partir de esta última fecha, unos meses después del inicio de las ofertas empaquetadas, a través de descuentos que involucran una estructura de precios como la antes descrita, la pendiente de la caída de la tasa de participación de TELEFÓNICA se redujo, continuando la disminución del número de líneas en servicio y la participación pero a un ritmo más lento hasta julio de 2009. Desde entonces se ha observado una ligera recuperación en la participación de TELEFÓNICA.



Nota: La información de enero de 2004 a junio de 2010 ha sido reportada al OSIPTEL por las empresas operadoras en forma mensual. Asimismo, la información posterior a junio de 2010 corresponde únicamente a los meses de diciembre de 2010 y marzo de 2011 y ha sido extraída de la página web del MTC.

Fuente: OSIPTEL y Ministerio de Transportes y Comunicaciones

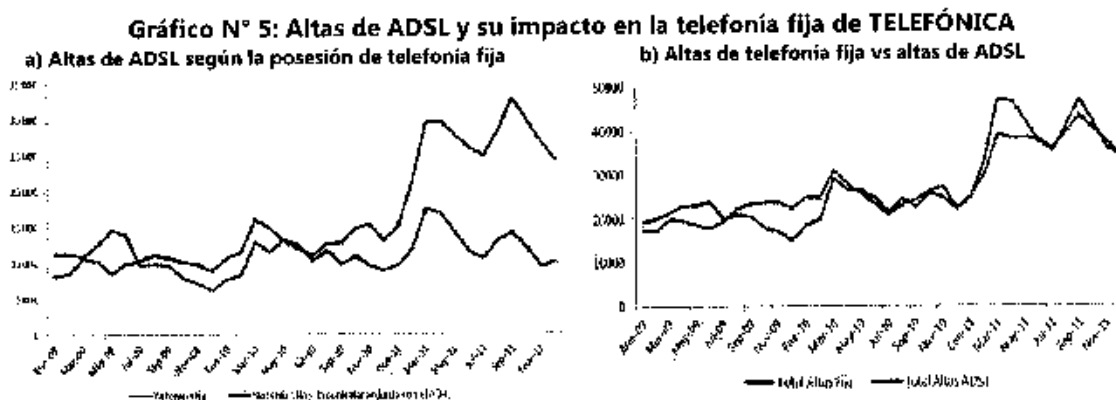
Elaboración: Secretaría Técnica - OSIPTEL

La explicación para que la caída de la participación de TELEFÓNICA en el mercado de telefonía fija se haya detenido sería el importante crecimiento de la venta conjunta del servicio de acceso a internet ADSL y el servicio de telefonía fija que realiza esta empresa, ya que la mayoría de altas de accesos ADSL corresponden a altas atadas al servicio de telefonía fija, principalmente dúos de telefonía fija e Internet.⁵¹

A continuación se observa con mayor detalle las altas en los accesos ADSL. El panel a) del Gráfico N° 5 hace una división de las altas de ADSL considerando si el abonado ya

⁵¹ En promedio, entre enero de 2009 y diciembre de 2011, se observa que el 68% de las altas mensuales de ADSL corresponden a altas de dúos de este servicio junto con el de telefonía fija.

tenía el servicio de telefonía fija o si este lo contrata al momento de adquirir el servicio de Internet. Así, este gráfico muestra que si bien durante los años 2009 y 2010 las altas en ambas categorías eran similares, a partir del año 2011 la mayor parte de las altas corresponden a usuarios que no tenían servicio telefónico de TELEFÓNICA, pero que lo contrataron junto con el acceso a Internet. Esta última categoría incluye tanto las altas a través de empaquetamiento como a través de ofertas regulares y ofertas promocionales (dúos). Es decir, en los últimos dos años el crecimiento de las conexiones por ADSL habría impulsado con mayor fuerza al crecimiento en el número de líneas fijas de TELEFÓNICA.



Fuente: TELEFÓNICA
Elaboración: Secretaría Técnica - OSIPTEL

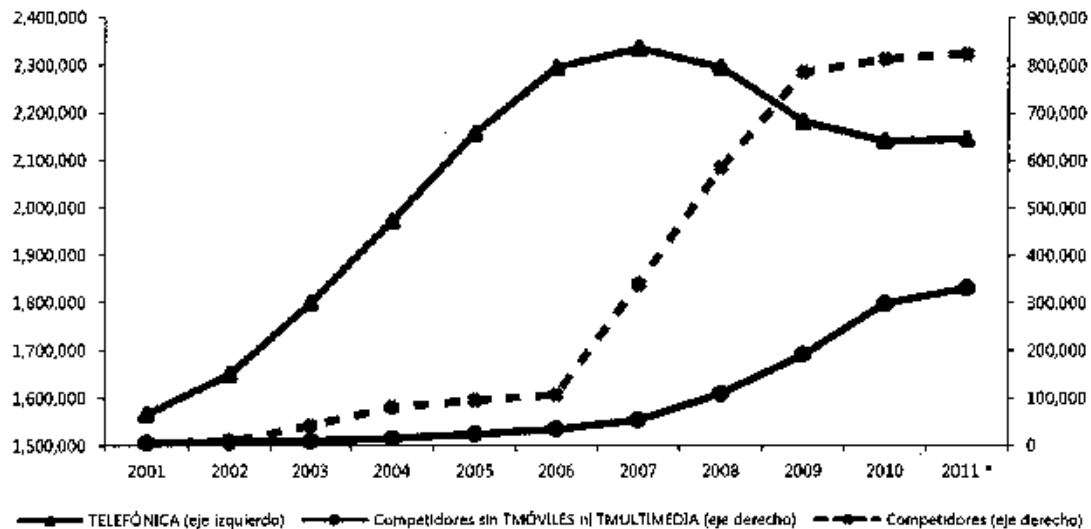
Lo anteriormente mostrado podría ser un indicador de la relación directa existente entre el servicio de telefonía fija de TELEFÓNICA y su servicio de Internet por ADSL. Otro indicio adicional lo encontramos en el panel b) del Gráfico N° 5, ya que en dicho gráfico se puede ver que existe una clara relación directa entre las altas de líneas fijas en servicio y las altas de accesos ADSL (altas reales y no altas netas). Asimismo, debe tenerse en cuenta que la correlación entre estas variables observada entre enero de 2009 y diciembre de 2011 es de aproximadamente 0.92. Es más, si se calcula la correlación entre las altas de ADSL que no tenía telefonía fija y la contrataron junto con el ADSL, y las altas totales de telefonía fija, se obtiene un valor de 0.97⁵².

Debe mencionarse también que los stocks de dúos de ADSL y telefonía fija han crecido en forma importante en los últimos años. En enero de 2009 el stock de líneas fijas duadas con el servicio de ADSL representaba el 10% del total de líneas fijas en servicio, mientras que a diciembre de 2011 este porcentaje se incrementó hasta 32%. De otro lado, se ha registrado una caída en las líneas de telefonía fija en servicio que no están empaquetadas con ningún servicio. Así, las líneas fijas no vinculadas a ningún otro servicio representaban en enero de 2009 el 69% del total de líneas en servicio, mientras que en diciembre de 2011 este porcentaje se había reducido hasta el 46%.

⁵² Si se analiza la correlación entre las altas netas de los servicio de telefonía fija e Internet por ADSL de TELEFÓNICA, se observa la existencia de una relación bastante cercana entre ambas variables. De hecho el coeficiente de correlación es positivo y cercano a 0.76, lo cual muestra también que hay una evidente relación directa entre las altas netas de los accesos ADSL y las altas netas de líneas en servicio de telefonía fija de TELEFÓNICA.

En el Gráfico N° 6, se muestra una coincidencia entre el momento en el que se detuvo la caída del número de líneas en servicio de TELEFÓNICA y una desaceleración en el crecimiento del número de líneas de las empresas competidoras.

Gráfico N° 6: Evolución del número de líneas fijas, TELEFÓNICA vs Competidoras



* Al primer trimestre de 2011

Fuente: Ministerio de Transportes y Comunicaciones

Elaboración: Secretaría Técnica - OSIPTEL

Como se observa, lo que causa la práctica de venta atada de TELEFÓNICA es privar a sus competidores en el mercado del servicio de telefonía fija (servicio atado) de acceder a parte importante de los compradores.

De esta manera, se evidencia que TELEFÓNICA con el objetivo de proteger su nivel de participación en el mercado de telefonía fija, se vendría beneficiando a través de la protección de su cuota de mercado en este servicio, afectando a los competidores, pues el crecimiento de éstos se viene estancando a favor de una recuperación de TELEFÓNICA.

En otras palabras, frente a sus competidores en el mercado de telefonía fija, lo que hace TELEFÓNICA a través de la venta atada es elevar y fortalecer las barreras a la entrada del mercado de telefonía fija.

A pesar de la evidencia mostrada, TELEFÓNICA señala que la práctica de venta atada que se le imputa no ha tenido efectos en el mercado de telefonía fija. Para ello argumenta que su tasa de participación en el mercado ha disminuido drásticamente desde el año 2007. A consideración del Cuerpo Colegiado, este hecho constituye un incentivo para que TELEFÓNICA decida, a través de sus ofertas empaquetadas, reforzar el efecto de la venta atada que venía practicando desde el año 2001.

TELEFÓNICA señala que dicha caída en la participación del mercado se debe en gran parte al crecimiento de la telefonía fija inalámbrica, en particular, al crecimiento de la telefonía fija inalámbrica de TMÓVILES (su vinculada). Así, según TELEFÓNICA, dado que ésta y TMÓVILES pertenecen al mismo grupo empresarial, deben ser consideradas

como un mismo agente, teniendo que evaluarse la participación conjunta y no sólo la de TELEFÓNICA.

Al respecto, debe señalarse que se evalúa solo la participación de TELEFÓNICA debido a que las líneas fijas que se encuentran involucradas en la atadura son las líneas fijas alámbricas de esta empresa. Por lo tanto, el beneficio obtenido por el agente económico se refleja solo en las líneas alámbricas (al detener la drástica caída en su número de líneas en servicio que comenzó a experimentar a partir del año 2007). Además, los planes del servicio de telefonía fija inalámbrica de TMÓVILES están orientados a otro segmento del mercado, el de bajos ingresos, el cual no necesariamente le garantiza al Grupo la misma rentabilidad de las líneas fijas alámbricas.

De otro lado, TELEFÓNICA señala que existen otros hechos que han configurado la situación actual del mercado, en la cual esta empresa ha logrado detener la caída de su número de líneas y construir el actual panorama en el mercado de telefonía fija, tales como sus políticas comerciales con respecto a las líneas fijas.

A este respecto, el Cuerpo Colegiado considera que efectivamente los resultados que se aprecien en un mercado de servicios de telecomunicaciones no solo dependen de una variable, sino que más bien reflejan las acciones de los agentes del mercado. De esta manera, si bien los hechos señalados por TELEFÓNICA pueden haber impactado en los resultados del mercado. El Cuerpo Colegiado ha demostrado suficiente evidencia de que a partir del lanzamiento de los dúos (que agravan la venta atada) existe una importante relación entre las altas de de ADSL y telefonía fija de TELEFÓNICA.

Asimismo, TELEFÓNICA señala que sus competidores han mostrado grandes tasas de crecimiento en los últimos años, para ello muestra algunos gráficos en los que se observa el importante crecimiento de los competidores más grandes del mercado. Sin embargo, se obvia que sus competidoras no solo son AMÉRICA MÓVIL, AMERICATEL, Y TELMEX, ya que el resto de competidores sí se han visto afectados por la venta atada de TELEFÓNICA.

Finalmente, y de forma contraria a lo alegado por TELEFÓNICA, debe descartarse que estemos ante una práctica con efectos explotativos y no exclusorios.

B. Efectos en los usuarios

Producto de la práctica implementada por TELEFÓNICA, se genera un primer grupo de consumidores que deseaban adquirir el Internet solo pero que se vieron forzados a comprar un servicio adicional como el servicio de telefonía fija, que en realidad no deseaban o que con base en sus particulares necesidades deseaban contratar con otra empresa. Es preciso indicar que TELEFÓNICA exige tener un telefónico fijo, (a excepción del Internet 50 prepago que sí permite una línea telefónica prepago). Por lo que en la mayoría de los casos, los usuarios incurrieron en el costo adicional de tener dicho servicio.

Asimismo, esta práctica genera un segundo grupo de consumidores que atendiendo a los precios de los servicios atados, los usuarios interesados únicamente en el servicio de acceso a Internet y que no contaban con recursos para contratar el servicio de telefonía fija, se ven impedidos de adquirir el servicio de Internet.

Además, en la medida que TELEFÓNICA condicionó la provisión del servicio de acceso a Internet a que sus usuarios mantengan un servicio telefónico fijo contratado con ellos, limitó la libertad de sus abonados de darse de baja del servicio de telefonía fija.

La libertad de los consumidores se ve afectada de manera especial por el hecho que en un contexto como el actual, en el que se viene dando una sustitución entre la telefonía fija y la telefonía móvil, la valoración del servicio de telefonía fija ha decaído.

C. Justificaciones a la realización de la venta atada

De acuerdo con la metodología de competencia, se considera que la conducta podría ser legítima si existe justificación objetiva para realizarla o produce eficiencias procompetitivas que compensen los efectos anticompetitivos.

Con relación a las razones objetivas, debe tenerse en cuenta que tendría que tratarse de razones objetivas aplicables a toda empresa del mercado, de modo que sin la vinculación de los bienes no podrían ser distribuidos.

Respecto de las eficiencias procompetitivas, este Cuerpo Colegiado considera que deben ser consecuencia de la vinculación de los bienes, es decir, la vinculación debe ser indispensable para conseguir las eficiencias, además las eficiencias deben beneficiar a los consumidores y no deben eliminar la competencia.

• Supuesta justificación técnica

El acceso a Internet por ADSL se soporta sobre la red de telefonía fija convencional pero es independiente de ésta.

Lo anterior, se explica porque la tecnología ADSL, a diferencia de tecnologías anteriores como el *dial-up* permite cursar simultáneamente voz y datos, para lo cual cuenta con 3 canales independientes: uno para la comunicación de voz (servicio telefónico) y dos canales de alta capacidad siendo uno para el envío de datos y otro para la recepción de datos (servicio Internet).

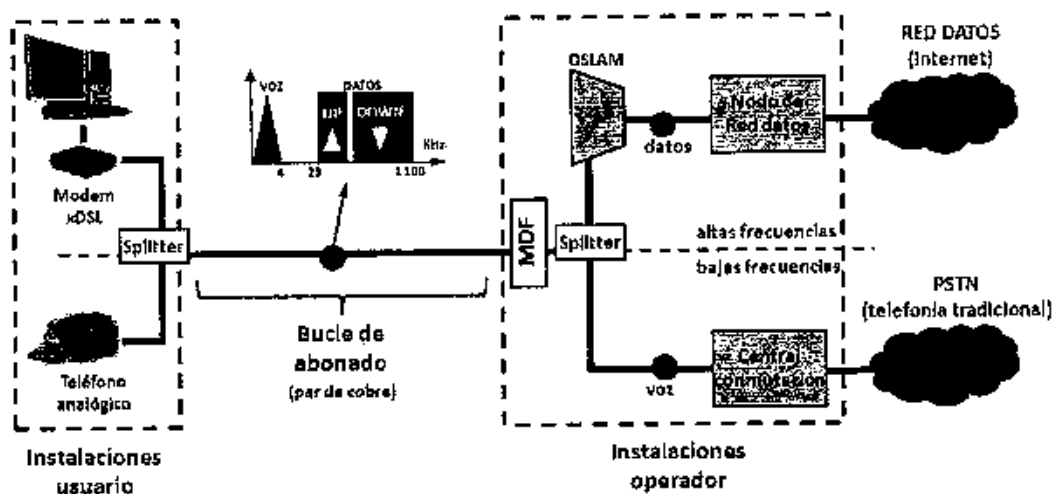
En concreto, la posibilidad que tanto los servicios de voz como los de datos funcionen independientemente se debe a que ambos funcionan en distintas frecuencias: el transporte de voz se realiza en frecuencias bajas (menores a 4 KHz) y el transporte de datos con tecnología ADSL en frecuencias altas (desde 25 KHz hasta 1.1 Mhz).

A través de *splitters*, se filtran las frecuencias permitiendo que solo aquellas frecuencias adecuadas lleguen a los elementos indicados para cursar uno u otro tráfico. El DSLAM o concentrador ADSL recibe las comunicaciones de muchos usuarios que derivan de sus correspondientes bucles de abonado y los concentra en una salida única que va hacia una red de datos (ATM, Metro Ethernet, etc.).

Al ser el acceso a Internet por ADSL uno no conmutado, no hace uso de las centrales de conmutación de la red fija, es decir, no usan las facilidades ni de comunicación ni de transporte de la red telefónica, pero sí utiliza (se soporta sobre) el par de cobre o bucle de abonado que constituye parte de la red de telefonía fija.

La explicación antes reseñada es resumida en el Gráfico N° 7.

Gráfico N° 7: Esquema de ADSL y frecuencias de operación



Elaboración: Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia – OSIPTEL

En la exposición de motivos de la Resolución N° 036-2000-CD/OSIPTEL referida a la regulación de tarifas tope para el servicio mayorista de transmisión de datos mediante circuitos virtuales ATM con acceso ADSL provisto por TELEFÓNICA (GigADSL), el OSIPTEL reconoció la independencia de los servicios de ADSL y de voz analógica, del modo siguiente:

*"(...) los abonados titulares de una línea telefónica fija, podrán contar con un acceso digital asimétrico. Esto implica poner a disposición del abonado un medio de transmisión que le permitirá una velocidad de "bajada" (de red a usuario) superior a la velocidad de "subida" (de usuario a red), en tanto que la transmisión sobre la línea telefónica se realizará **en forma independiente** y simultánea a la utilización del servicio de telefonía fija". (énfasis agregado).*

Por su parte, también TELEFÓNICA ha reconocido la independencia en la provisión de los servicios de telefonía fija e Internet, con ocasión del lanzamiento comercial de su servicio Speedy:

"El 15 de agosto se lanzó al mercado Speedy, un servicio de conexión permanente a Internet a alta velocidad y con tarifa plana, gracias a la tecnología ADSL. Este servicio usa la línea telefónica convencional. Las comunicaciones telefónicas y el acceso a Internet funcionan en forma simultánea e independiente a través de la misma línea. La velocidad de acceso es asimétrica (en el sentido de la red para bajar información es de 2-1 [256/128], y de 4-1 [512/128] en el sentido de usuario a la red para recibir información)⁵³".

⁵³ Al respecto, ver: TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. Memoria Anual 2001, pág. 50. Disponible en: http://www.telefonica.com.pe/adl/pdf/memoria_2001.pdf (última visita: 16 de noviembre de 2011).

Estando a lo señalado, se puede concluir que no existen criterios técnicos que justifiquen la venta conjunta del servicio de acceso a Internet vía ADSL con el servicio de telefonía fija.

- **Supuesta justificación legal**

En sus descargos TELEFÓNICA señaló que, de acuerdo a lo establecido por el MTC, el servicio de internet mediante ADSL que ofrece, se encuentra calificado como un servicio de valor añadido en la modalidad de conmutación de datos por paquetes que se vale tanto de la red portadora como del servicio final de telefonía fija que ofrece, motivo por el cual la comercialización conjunta, se encontraría plenamente justificada. De lo planteado por TELEFÓNICA se desprende que ésta consideraría que la sola calificación de un servicio como de valor añadido, sería una justificación legal para la venta conjunta de los servicios.

En atención a la aludida justificación legal, debe precisarse que en esta controversia no se encuentra en discusión la calificación del servicio de Internet como uno de valor añadido efectuada por el MTC. En tal sentido, lo que deberá evaluarse en el presente caso será si la sola determinación de un servicio como de valor añadido implica que dicho producto pueda ser comercializado únicamente con el servicio portador o final sobre el cual se soporta, de forma conjunta.

Al respecto, tenemos que de acuerdo al artículo 29º de la Ley de Telecomunicaciones, un servicio de valor añadido es aquél *"que utilizando como soporte servicios portadores o finales o de difusión, añaden alguna característica o facilidad al servicio que les sirve de base"*.

De la revisión del marco regulatorio pertinente para los servicios de valor añadido se ha verificado que no existe ninguna restricción normativa que imponga su venta conjunta con los servicios portadores o finales sobre los que se soportan. A modo de ejemplo, tenemos que el servicio de acceso a Internet es provisto por otras empresas tales como TELMEX y AMERICATEL quienes además de la oferta empaquetada, brindan el servicio de acceso a Internet sin condicionarlo a la contratación del servicio telefónico fijo o cualquier otro servicio.

Asimismo, en el Registro de Empresas de Servicio de Valor Añadido, administrado por el MTC existen otros servicios de valor añadido, que se prestan separadamente de los servicios portadores o finales sobre los cuales se soportan, tales como el teleproceso y procesamiento de datos, mensajería interpersonal, entre otros.

En virtud a lo anterior puede concluirse que la determinación de un servicio como valor añadido no implica que su prestación únicamente pueda realizarse conjuntamente con el servicio final o portador sobre el cual se presta, siendo que por el contrario conforme se ha señalado en los párrafos precedentes, los servicios de valor añadido son ofrecidos en el mercado de forma individual.

- **Supuestas eficiencias económicas**

TELEFÓNICA indica que desde una perspectiva económica, la oferta conjunta del servicio de acceso a internet a través de la tecnología ADSL y del servicio de telefonía fija genera

una serie de costos comunes representados por el uso de par de cobre como el elemento más importante.

De otro lado, TELEFÓNICA mencionó que de la venta atada de servicios de acceso a Internet vía ADSL y la telefonía fija, el ahorro de costos se produce en beneficio del usuario. Este ahorro provendría de la generación de una economía de ámbito. Como ejemplos indicó el ahorro en la administración de los servicios ofrecidos sobre una sola plataforma y lo referido a la comercialización del servicio, ya que existen una serie de labores compartidas en la gestión comercial de los diferentes productos, lo que implica una disminución en costos asociados a promoción y publicidad, entre otros.

Así, TELEFÓNICA manifiesta que el ahorro de costos derivado de la atadura justificaría la práctica. Al respecto, se debe anotar que no basta que una determinada práctica suponga un ahorro de costos en beneficio del usuario, sino que además este debe ser suficiente en modo tal que supere los perjuicios ocasionados por el efecto excluyente de la práctica. De otro lado, los beneficios manifestados por TELEFÓNICA no pueden condicionar la venta conjunta, ya que estos no se presentan cuando el usuario no desea el servicio de telefonía fija, sino que se presentan únicamente cuando el usuario desea ambos servicios.

Así, si bien en el corto plazo la práctica había generado un beneficio a nivel tarifario para un grupo de usuarios, se ha demostrado que la estrategia de comercialización de TELEFÓNICA estaría afectando al menos a sus competidores del mercado de telefonía fija y obligando a los usuarios a adquirir o contratar servicios, no en base a la calidad, precio o complementariedad de los productos, sino basados en la necesidad de contratar únicamente uno de los componentes atados, causando con esto una distorsión en las preferencias y un perjuicio reflejado en la disminución de eficiencia en la asignación de recursos, con un impacto desfavorable a la libre competencia.

En conclusión, los beneficios asociados a la práctica de TELEFÓNICA no justifican la realización de la práctica investigada, ya que los efectos negativos de la misma son mayores.

- **Justificaciones adicionales presentadas por TELEFÓNICA**

- Supuestos contratos de abonados aprobados por OSIPTEL

TELEFÓNICA ha invocado que su actuación se encuentra dentro del marco de la legalidad pues habría sometido a aprobación del OSIPTEL el diseño comercial de su producto de acceso a Internet ADSL, destacando que cuenta con pronunciamientos expresos y reiterados del OSIPTEL en el sentido que sus contratos de abonado son conformes con la normativa sectorial vigente.

Al respecto, este Cuerpo Colegiado ha tenido a la vista las cartas mencionadas por TELEFÓNICA en sus alegatos⁵⁴, a través de las cuales TELEFÓNICA puso en conocimiento del OSIPTEL los contratos de abonado del servicio de Internet ADSL y las comunicaciones mediante las cuales OSIPTEL le da respuesta.

En las cartas remitidas por TELEFÓNICA se señala: "nos dirigimos a usted con la finalidad de (...) manifestarle, que en el marco del artículo 11º de las Condiciones de Uso

⁵⁴ Cartas C.082-GG.GUS/2009 y C. 489-GG.GUS/2009.

cumplimos con remitir el contrato del servicio (...)”⁵⁵. Por su parte, las comunicaciones de OSIPTEL, en alusión al contrato remitido, indican: “se ha procedido a la evaluación del referido documento, habiéndose advertido que el mismo se ajusta a lo dispuesto en la normativa vigente”.

Como se aprecia de las comunicaciones antes citadas, TELEFÓNICA informa al OSIPTEL de sus contratos de abonado con base en una norma en particular, por lo que, a efectos de analizar lo mencionado por dicha empresa, este Cuerpo Colegiado considera importante tener en cuenta los alcances de la obligación del OSIPTEL de aprobar contratos de abonados, para lo cual se tomará en cuenta la aludida Resolución N° 116-2003-CD-OSIPTEL, Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones (en adelante, Condiciones de Uso).

En este sentido, el artículo 11° de las Condiciones de Uso, artículo vigente desde el 19 de diciembre de 2003 a la fecha, establece que:

**Artículo 11.-Cláusulas generales y adicionales de contratación*

El contrato de abonado estará compuesto por las Cláusulas Generales de Contratación aprobadas por OSIPTEL y por aquellas cláusulas adicionales en las que el abonado consigne su opción respecto de cualquiera de las alternativas de adquisición, arrendamiento y otra modalidad de utilización de equipos, su mantenimiento y otras condiciones inherentes al servicio. (...)

Los contratos de abonado deberá constar expresamente, como mínimo, la información a que se refieren los numerales (i), (iv), (v), (vi), (viii) y (ix) del artículo 6.

La empresa operadora deberá remitir a OSIPTEL una copia del modelo de contrato de abonado, con anterioridad a la fecha de inicio de la comercialización del servicio^{56 y 57}.

⁵⁵ El texto es el mismo en todas las comunicaciones de TELEFÓNICA, básicamente cambia el nombre comercial del servicio y se precisa si se trata de una nueva versión de contrato o de una versión de contrato que reemplaza a las versiones presentadas anteriormente.

⁵⁶ Al respecto, se debe tener en cuenta que el segundo párrafo citado ha tenido vigencia a partir del 01 de abril de 2007 con la Resolución N° 084-2006-CD/OSIPTEL. De otro lado, el extracto del artículo 6° citado a continuación, le corresponde en su integridad al mismo tiempo de vigencia del artículo 11° objeto del presente pie de página:

**Artículo 6.- (...)*

La empresa operadora está obligada a brindar, previamente a la contratación y en cualquier momento en que le sea solicitada, información clara, veraz, desarrolladas y precisa, como mínimo sobre:

- (i) El servicio ofrecido; (...)
- (iv) Las características, modalidades y limitaciones del servicio ofrecido;
- (v) La periodicidad de la facturación;
- (vi) El plazo de contratación, causales de resolución anticipada, penalidades, si las hubiera y sus consecuencias o alcances económicos; (...)
- (viii) El procedimiento para dar de baja el servicio prepago a que se refiere el artículo 8;
- (ix) La velocidad de transmisión contratada y velocidad de transmisión mínima garantizada en Kilobits por segundo (Kbps), para el servicio de acceso a Internet; (...)

⁵⁷ Cabe indicar que a partir del 01 de octubre de 2012, entrará en vigencia una modificación del artículo 11°, que incluye la necesidad de que el OSIPTEL otorgue su conformidad a los contratos de abonados.

**Artículo 11.- Cláusulas generales y adicionales de contratación*

(...)

La empresa operadora deberá remitir al OSIPTEL una copia del modelo de contrato de abonado y su(s) anexo(s) si lo(s) hubiere, independientemente de la modalidad de contratación utilizada, con anterioridad a la fecha de inicio de la comercialización del servicio, así como cualquier modificación al contenido del mismo, a efectos que dentro del plazo de treinta (30) días siguientes a la referida remisión, el OSIPTEL otorgue la conformidad a los mismos, o requiera a la empresa operadora la modificación de su contenido en caso dichos modelos de contrato y su(s) anexo(s) si lo(s) hubiere no se ajusten a lo establecido en la normativa vigente o

Del artículo citado se tiene que toda empresa operadora cuenta con la obligación de poner en conocimiento del OSIPTEL sus contratos de abonados antes de la comercialización del servicio. Los contratos de abonados deben contener determinada información mínima (características, modalidad, periodicidad de la facturación, plazo de contratación, entre otros). El contrato de abonado comprende tanto las cláusulas generales de contratación como las cláusulas adicionales, siendo las primeras aquéllas sujetas a la aprobación del OSIPTEL, mas no las cláusulas adicionales.

En el caso en concreto, se tiene que TELEFÓNICA a través de sus cartas mencionadas, remite al OSIPTEL las cláusulas adicionales de los contratos de abonados del servicio Internet Speedy. Por lo que, atendiendo al marco legal bajo el cual se circunscriben las comunicaciones mencionadas, se tiene que no existe una norma que obligue a OSIPTEL a aprobar las referidas cláusulas, ni mucho menos que especifique la realización de un análisis en concreto. Esto último es importante, pues al no contarse con un dispositivo que describa cuál sería el análisis específico desarrollado para dar conformidad, no es posible atribuir a la actuación de la Gerencia de Protección y Servicio al Usuario un análisis distinto al de velar por el cumplimiento de las condiciones de uso, en el marco de las Condiciones de Uso.

En este sentido, para este Cuerpo Colegiado queda claro que la conformidad del contrato de abonado otorgada a TELEFÓNICA, aun cuando hubiese sido esbozada de una manera genérica, resultaba claro para ambas partes que se trataba de un pronunciamiento en virtud a la normativa de usuarios, descartándose una aprobación de dicho contrato en términos amplios.

Congruentemente con lo señalado, este Cuerpo Colegiado observa que de las comunicaciones del OSIPTEL se desprende que el área involucrada en el pronunciamiento es la Gerencia de Protección y Servicio al Usuario. Por lo que, atendiendo a las funciones encargadas al área que habría dado su conformidad al contrato de abonado se confirma que ésta se habría otorgado desde una perspectiva en particular. Práctica que, por lo demás, es conocida para TELEFÓNICA pues ésta tiene pleno conocimiento de la estructura orgánica del OSIPTEL.

Así las cosas, y teniendo en cuenta que el principio de verdad material subyace a la tramitación del presente procedimiento, este Cuerpo Colegiado ha tenido a la vista, los informes de opinión que la referida Gerencia emitió para dar su conformidad a las cláusulas adicionales de los contratos de TELEFÓNICA, de los que se advierte el siguiente texto: "(...) atendiendo a que el modelo de contrato en referencia se ajusta a lo dispuesto en la normativa vigente, no vulnerando las normas de protección a usuarios ni conteniendo cláusulas abusivas para dichos agentes, esta Gerencia considera que resulta

establezcan disposiciones que ocasionen un desequilibrio importante e injustificado en perjuicio de los abonados.

En caso se requiera la modificación del contenido del modelo de contrato de abonado, el plazo a que hace referencia el párrafo precedente se reiniciará a partir de la fecha en que la empresa operadora realice las modificaciones en virtud el requerimiento efectuado. En ningún caso, las empresas operadoras podrán emplear el referido modelo y su(s) anexo(s) si lo(s) hubiere, si el OSIPTEL no hubiera otorgado su conformidad al mismo.

El OSIPTEL publicará en su página web institucional, los modelos de contrato de abonado y su(s) anexo(s) si lo(s) hubiere, a los cuales haya otorgado su conformidad". (énfasis agregado).

procedente que este Organismo otorgue su conformidad al contenido del contrato en mención" (énfasis agregado)⁵⁶.

Con ello, para este Colegiado es claro que aun cuando OSIPTEL no tenía la obligación de aprobar las cláusulas adicionales de los contratos de abonados de TELEFÓNICA, su actuación a través de la Gerencia en mención se ciñe a la identificación *ex ante* de disposiciones que puedan perjudicar a los abonados, contando además, con un tiempo reducido para ello, toda vez que se encontraba de por medio el lanzamiento comercial del servicio.

En este sentido, es importante señalar que el análisis *ex ante* que pueda realizar la Gerencia de Protección y Servicio al Usuario sobre estos contratos de abonados, aun cuando se trate de la conformidad de las condiciones en la que se brinda un determinado servicio, no puede asemejar un control de competencia, tomando en consideración que el órgano que efectúa dicha conformidad no cuenta ni con el tiempo necesario, ni con la información del impacto que dicho contrato podría tener en el mercado, además de todas las variables adicionales que suponen un análisis propio de competencia.

Por lo que, en cualquier caso, para este Cuerpo Colegiado, es claro que el análisis *ex ante* desde la perspectiva del Derecho del Consumidor que realiza una Gerencia del OSIPTEL no enerva el ejercicio de la facultad de velar por la libre competencia con la que cuenta las instancias de solución de controversias del mismo OSIPTEL. Por lo que no procede acoger la invocación que realiza TELEFÓNICA respecto a que la supuesta aprobación de los referidos contratos de abonado le habría generado seguridad respecto de la adecuación de sus contratos al marco regulatorio del OSIPTEL.

Supuesto pronunciamiento previo por parte de la Gerencia de Relaciones Empresariales

De otro lado, en sus alegatos, Telefónica sostuvo que en el 2002, OSIPTEL presentó el informe "Situación del mercado de televisión por cable", en el cual se indicó que el producto "CableNet" ofrecido por MULTIMEDIA, mediante el cual se brindaba conjuntamente el servicio de Internet con el de televisión por cable, si bien representaba un supuesto de venta atada, no tenía efectos anticompetitivos ni generaba perjuicio a los consumidores.

Conforme puede apreciarse de la lectura del mencionado informe, éste tiene por objeto la descripción del mercado de cable, no tiene por finalidad la evaluación de una posible práctica anticompetitiva, de ahí que a fin de evaluar el supuesto de venta atada en el producto CableNet, no se presente un análisis similar al de la presente controversia en la que sí se aplica una metodología de análisis de competencia.

No obstante lo dicho, del informe en mención se tiene que el mismo indica que no se ha podido identificar que la práctica tenga el efecto de disminuir los niveles de rivalidad o competencia existentes en el mercado del servicio de cable. Lo que, en el presente caso, no sucede.

⁵⁶ Se observa además, que en otros casos, en los que no se da la conformidad a las cláusulas adicionales de los contratos de abonados, la Gerencia de Protección y Servicios al Usuario exige modificaciones al contrato tal como: Carta C. 922-GG.GUS/2010. Por lo que, del tenor de las observaciones resulta claro además que era cognoscible para TELEFÓNICA que el análisis realizado se circunscribía a la normativa de usuarios.

En cualquier caso, la alegación de TELEFÓNICA en el sentido de convalidar la práctica bajo análisis debido a lo manifestado en el informe "Situación del mercado de televisión por cable" no resulta pertinente. Sin embargo, nada impide que el OSIPTEL se aboque al análisis del caso particular del producto CableNet, de considerarlo conveniente.

VII. SANCIÓN Y MEDIDA CORRECTIVA

En atención a los fundamentos expuestos en la presente resolución, se evidencia que TELEFÓNICA habría incurrido en una práctica anticompetitiva. En tal sentido, en este apartado resulta necesario evaluar: i) la posibilidad de sancionar al infractor; y, ii) las medidas correctivas que deben ser tomadas. Los referidos aspectos serán desarrollados a continuación:

7.1. Sobre la sanción pecuniaria⁵⁹

7.1.1. Criterios para la determinación de la sanción

El artículo 26.1 de la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL establece que para la aplicación de sanciones a la libre competencia, se aplicarán los montos y criterios de graduación establecidos en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas⁶⁰.

El artículo 43.1 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas considera que la realización de actos de libre competencia constituye una infracción a las disposiciones de la Ley y será sancionada bajo los siguientes parámetros: de leve, grave y muy grave⁶¹.

Para determinar la gravedad de la sanción, el artículo 44° de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas establece que la autoridad podrá tomar en consideración

⁵⁹ Para el desarrollo de este acápite, nos hemos remitido a la metodología de cálculo utilizada por el INDECOPI en la resolución de sus casos en materia de libre competencia. Al respecto, se puede consultar, por ejemplo, la Resolución N° 056-2011/CLC-INDECOPI, recaída en el Expediente 008-2009/GLC, de fecha 11 de octubre de 2011.

⁶⁰ Ley N° 27336. Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL.

"Artículo 26.1 Se exceptúa del artículo anterior las infracciones relacionadas con la libre o legal competencia, a las cuales se aplicarán los montos establecidos por el Decreto Legislativo N° 701, el Decreto Ley N° 26122 y aquellas que las modifiquen o sustituyan. Se aplicarán asimismo los criterios de gradación de sanciones establecidos en dicha legislación".

⁶¹ Ley N° 1034. Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

"Artículo 43.- El monto de las multas.-

43.1. Las conductas anticompetitivas serán sancionadas por la Comisión, sobre la base de Unidades Impositivas Tributarias (UIT), con las siguientes multas:

a) Si la infracción fuera calificada como leve, una multa de hasta quinientas (500) UIT, siempre que dicha multa no supere el ocho por ciento (8%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión;

b) Si la infracción fuera calificada como grave, una multa de hasta mil (1 000) UIT, siempre que dicha multa no supere el diez por ciento (10%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la Comisión; o,

c) Si la infracción fuera calificada como muy grave, una multa superior a mil (1 000) UIT, siempre que dicha multa no supere el doce por ciento (12%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la Comisión".

diversos criterios, tales como: el beneficio ilícito resultante de la comisión de la infracción, la probabilidad de la detección de la infracción, la modalidad y el alcance de la restricción de la competencia, la dimensión del mercado afectado, la cuota de mercado del infractor, los efectos sobre el mercado (tanto respecto de los competidores como de los usuarios), la duración de la restricción de la competencia, la reincidencia de la conducta, la actuación procedimental de parte, entre otros factores⁶².

Adicionalmente a los criterios antes indicados, conviene tener presente que la potestad sancionadora de todas las entidades de la Administración Pública se encuentra regida, entre otros, por el principio de razonabilidad⁶³. Este principio prevé que la comisión de la conducta sancionable no debe resultar más ventajosa para el infractor que cumplir con las normas infringidas o asumir la sanción, por lo que presupone una función disuasiva de la sanción.

No obstante ello, de acuerdo a dicho principio, también es importante que la sanción sea proporcional al incumplimiento calificado como infracción, estando la Administración facultada para graduar la sanción, incrementándola o reduciéndola, en función de los respectivos criterios agravantes o atenuantes que, dependiendo del caso concreto, se considere adecuado adoptar.

De acuerdo con lo anterior, una vez determinado el beneficio esperado y la probabilidad de detección de la infracción (monto base de la multa), la autoridad administrativa podrá tener en consideración otros factores como los efectos reales o potenciales en los consumidores y en el mercado de la conducta infractora, la conducta procedimental y la reincidencia de la denunciada, entre otros criterios establecidos legalmente, para agravar o atenuar la magnitud de la sanción a imponerse.

⁶² Ley N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

"Artículo 44.- Criterios para determinar la gravedad de la infracción y graduar la multa.-

La Comisión tendrá en consideración para determinar la gravedad de la infracción y la aplicación de las multas correspondientes, entre otros, los siguientes criterios:

- (a) El beneficio ilícito esperado por la realización de la infracción;*
- (b) La probabilidad de detección de la infracción;*
- (c) La modalidad y el alcance de la restricción de la competencia;*
- (d) La dimensión del mercado afectado;*
- (e) La cuota de mercado del infractor;*
- (f) El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores;*
- (g) La duración de la restricción de la competencia;*
- (h) La reincidencia de las conductas prohibidas; o,*
- (i) La actuación procesal de la parte".*

⁶³ Ley N° 27444, Ley del Procedimiento administrativo General

"Artículo N° 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora administrativa de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales: (...)

3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observar los siguientes criterios que en orden de prelación se señalan a efectos de su graduación:

- a) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;*
- b) El perjuicio económico causado;*
- c) La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción;*
- d) Las circunstancias de la comisión de la infracción;*
- e) El beneficio ilegalmente obtenido; y*
- f) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor".*

7.1.2. Cálculo de la multa

Para el cálculo de la multa base, se ha considerado el beneficio ilícito extraordinario (B_{Ext}) y la probabilidad de detección (P_{det}) de modo que, a mayor beneficio extraordinario, mayor será el beneficio esperado y, por lo tanto, mayor deberá ser la multa. Por otro lado, a menor probabilidad de detección, mayor será el beneficio esperado y, en consecuencia, mayor deberá ser la multa. El cálculo de la multa se realizará aplicando la siguiente fórmula⁶⁴:

$$\frac{B_{Ext}}{P_{det}} = \text{Beneficio Esperado} \leq \text{Multa}$$

En primer lugar, el **beneficio ilícito extraordinario** representa el beneficio obtenido por TELEFÓNICA producto de la realización de la venta atada de los servicios de Internet ADSL y telefonía fija, y se ha calculado como resultado de la suma del beneficio ilícito extraordinario mensual percibido por TELEFÓNICA por la prestación del servicio de telefonía fija, por el periodo que va del mes de setiembre de 2009 hasta el mes de diciembre de 2011⁶⁵. En particular, el beneficio ilícito extraordinario para cada mes consiste en la cantidad de conexiones de Internet ADSL vendidas de forma ilícita por TELEFÓNICA ($Q_{ADSL} \times S$), multiplicada por la tarifa promedio del servicio de telefonía fija de TELEFÓNICA (P_{TF}) en cada mes.

Fórmula para el cálculo de la multa

$$B_T = \frac{\sum P_{TF} \times Q_{ADSL} \times S}{P_{det}} \leq \text{Multa}$$

Donde:

B_T = Beneficio Esperado de TELEFÓNICA

P_{TF} = Tarifa promedio del servicio de telefonía fija de TELEFÓNICA

Q_{ADSL} = Número de conexiones de ADSL en servicio de TELEFÓNICA

S = Demanda de "ADSL solo" imputada, como porcentaje de la demanda total de ADSL.

En segundo lugar, en lo que se refiere a la **probabilidad de detección**, se ha considerado un valor de 100%, debido a que la práctica de vender los servicios de

⁶⁴ Formalmente se llega a ese resultado de la siguiente manera:

$$BE^{NL} = (B^{NL} - Multa)(P_{det}) + (B^{NL})(1 - P_{det})$$

$$BE^{NL} = B^{NL}P_{det} - MultaP_{det} + B^{NL} - B^{NL}P_{det}$$

$$BE^{NL} = B^{NL} - MultaP_{det} \leq B^L$$

$$(B^{NL} - B^L) - MultaP_{det} \leq 0$$

$$B_{Ext} \leq MultaP_{det}$$

$$\frac{B_{Ext}}{P_{det}} \leq Multa$$

Donde:

BE^{NL} = Beneficio esperado de no cumplir la ley.

B^{NL} = Beneficio de no cumplir la ley

B^L = Beneficio de cumplir la ley

P_{det} = Probabilidad de detección

B_{Ext} = Beneficio extraordinario

⁶⁵ El periodo tomado en consideración está limitado en su inicio por la aparición de efectos concretos en el mercado de telefonía fija, y en su término, por la disponibilidad de información.

Internet y telefonía fija de forma atada, para este caso en particular, presenta una alta posibilidad de detección.

Al respecto, la tarifa promedio mensual de la telefonía fija (P_{TF}) resulta del cálculo del promedio de la tarifa de los planes de este servicio que TELEFÓNICA ha cobrado en el 2011 y 2012, este valor promedio es de S/. 20.00 (veinte nuevos soles), e incluye un posible descuento de las ofertas empaquetadas.

Por su parte, la cantidad de conexiones de ADSL vendidas de forma ilícita por TELEFÓNICA ($Q_{ADSL} \times S$), resulta de imputar una demanda por "Internet solo" sobre el total de conexiones de ADSL que comercializa TELEFÓNICA. Respecto de esto debe considerarse que dado que TELEFÓNICA no ha vendido su servicio de Internet por ADSL de forma individual, no se tiene información en relación con la demanda por esta forma de contratación. Por tanto, se ha considerado un porcentaje conservador de 5%.

Tal como se señala en la fórmula para el cálculo de la multa, su estimación resulta de la suma del beneficio ilícito extraordinario desde setiembre de 2009. Bajo las consideraciones antes señaladas, el siguiente cuadro muestra el beneficio ilícito extraordinario obtenido por TELEFÓNICA:

Mes	Total de conexiones de ADSL	Demanda imputada de Internet solo (5%)	Beneficio ilícito mensual
Set-09	752,673	37,633.65	752,673.00
Oct-09	756,748	37,837.40	756,748.00
Nov-09	760,544	38,027.20	760,544.00
Dic-09	758,293	37,914.65	758,293.00
Ene-10	758,930	37,946.50	758,930.00
Feb-10	761,548	38,077.40	761,548.00
Mar-10	772,197	38,609.85	772,197.00
Abr-10	781,657	39,082.85	781,657.00
May-10	789,417	39,470.85	789,417.00
Jun-10	798,701	39,935.05	798,701.00
Jul-10	800,143	40,007.15	800,143.00
Ago-10	809,393	40,469.65	809,393.00
Set-10	813,942	40,697.10	813,942.00
Oct-10	826,741	41,337.05	826,741.00
Nov-10	835,152	41,757.60	835,152.00
Dic-10	839,894	41,994.70	839,894.00
Ene-11	847,340	42,367.00	847,340.00
Feb-11	863,587	43,179.35	863,587.00
Mar-11	891,614	44,580.70	891,614.00
Abr-11	918,987	45,949.35	918,987.00
May-11	940,363	47,018.15	940,363.00
Jun-11	981,360	48,068.00	981,360.00
Jul-11	976,611	48,830.55	976,611.00
Ago-11	999,034	49,951.70	999,034.00

Set-11	1,027,245	51,362.25	1,027,245.00
Oct-11	1,050,588	52,529.40	1,050,588.00
Nov-11	1,066,303	53,315.15	1,066,303.00
Dic-11	1,077,607	53,880.35	1,077,607.00

De esta manera, el beneficio total obtenido por TELEFÓNICA en el periodo analizado, considerando la probabilidad de detección de 100%, es de S/. 24'236,612 (igual a 6,640.17UITs).

No obstante lo anterior, es necesario considerar otros agravantes y atenuantes que impactan en el cálculo de la multa, tomando en consideración el contenido de los alegatos realizados por TELEFÓNICA y a lo manifestado por la Secretaría Técnica en cuanto al desempeño por parte de la empresa investigada a lo largo del presente procedimiento.

En opinión de este Cuerpo Colegiado, y atendiendo justamente a un criterio de proporcionalidad que trasunta a la aplicación de sanciones administrativas, también debe tenerse en cuenta para el cálculo de la multa que la práctica implementada por TELEFÓNICA ha presentado una duración considerable, desde el año 2001 a la fecha, sin que ningún agente económico del mercado se haya manifestado formalmente a este respecto, aun cuando a partir del 2007 (año en el cual TELEFÓNICA reforzó su estrategia de venta atada a través de dúos), se podía observar que las condiciones de competencia en el mercado de la telefonía fija no eran comparables a las condiciones de competencia de este mercado en el 2001. Por lo que este Colegiado considera que la multa debe atenuarse en un 75% del monto base.

Otro criterio atenuante a considerar para este caso en particular, está referido a que la práctica desplegada por TELEFÓNICA califica como una práctica relativa que ha generado ciertos beneficios de corto plazo para un grupo de consumidores, y en consecuencia, no se encontraría bajo el ámbito de mayor gravedad de las prácticas contrarias a la libre competencia. En tal sentido, corresponde atenuar la multa en 17.70%.

De igual modo, en opinión de esta Secretaría se debe tener en cuenta que TELEFÓNICA no ha observado una correcta disposición a colaborar con la presente investigación, reflejada en la entrega de información discordante, habiendo reconocido ésta misma su propio error en la entrega de información referida al Formato N° 5: stock del servicio de telefonía fija y de Internet ADSL. Por lo que, considerando la actuación procedimental de TELEFÓNICA se debe incrementar la multa en 0.15%.

En atención a los criterios esbozados este Cuerpo Colegiado considera que dado el beneficio ilícito obtenido, las circunstancias particulares en las que se presentó la comisión de la infracción, así como la actuación procedimental de la empresa, la multa establecida a TELEFÓNICA sería de 494.69 UITs, debiendo considerarse como una infracción LEVE.

7.2. Sobre la medida correctiva

En el presente caso se investigó la práctica comercial de TELEFÓNICA consistente en brindar únicamente el servicio de acceso a Internet ADSL a todo aquél usuario que contrate o mantenga un servicio telefónico de TELEFÓNICA, concluyendo que dicha

empresa incurrió en una práctica de abuso de posición de dominio en la modalidad de venta atada con efectos de exclusión en el mercado de telefonía fija.

Al respecto, el marco regulatorio vigente faculta al OSIPTEL a aplicar medidas correctivas en las materias que son de su competencia, entre ellas, las infracciones a las normas sobre libre competencia⁶⁶, a fin de poder revertir los efectos derivados de las conductas ilícitas detectadas⁶⁷.

En atención a la necesidad de revertir los efectos anticompetitivos de la práctica, correspondería imponer a TELEFÓNICA como medida correctiva que oferte el servicio de Internet ADSL solo, de forma independiente a la contratación de su servicio de telefonía fija, es decir, sin condicionarlo al mantenimiento o contratación de un servicio telefónico de esta misma empresa. Resulta preciso indicar que TELEFÓNICA tampoco podría aprovechar su posición de dominio en el servicio de Internet para que, por ejemplo, a través de su estructura de precios y/o través de otra tecnología, realice una práctica con efectos similares al de una venta atada⁶⁸.

En esta misma línea, debe recordarse que de acuerdo con el Reglamento General de Tarifas⁶⁹, el establecimiento de tarifas, ofertas y planes en general debe resultar acorde a las normas protectoras de la libre y leal competencia, motivo por el cual al momento de determinar sus ofertas y promociones, las empresas operadoras no podrán imponer condiciones comerciales que resulten lesivas al proceso competitivo⁷⁰.

En cumplimiento de la referida medida correctiva, TELEFÓNICA deberá informar a sus abonados y/o usuarios respecto de la posibilidad de mantener y/o adquirir su servicio de

⁶⁶ Decreto Supremo 013-93-TCC. Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones:

"Artículo 69.- Se encuentran prohibidas las prácticas empresariales restrictivas de la leal competencia, entendiéndose por tales los acuerdos, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia. Estas prácticas dan lugar a la adopción de medidas correctivas por parte del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, de cumplimiento obligatorio por las empresas infractoras".

"Artículo 77.- El Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, es un organismo público dependiente directamente del Presidente de la República, con autonomía administrativa, económica, financiera, cuyas funciones fundamentales son las siguientes: (...) 9. Adoptar las medidas correctivas sobre las materias que son de su competencia o que le han sido delegadas". (énfasis agregado).

⁶⁷ En tal sentido el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 1963-2006-PA/TC reconoció la importancia de las referidas medidas correctivas toda vez que permiten la cesación de la conducta infractora y de esta manera se detiene el perjuicio causado al mercado y a los competidores.

⁶⁸ Al respecto debe señalarse que un razonamiento similar se siguió en el caso Microsoft (asunto COMP/C-3/37.792 - Microsoft) en el cual la Comisión Europea ordenó a la referida empresa que cesara con la práctica de atadura detectada, debiendo por ello evitar cualquier conducta que tenga efectos análogos a los de la vinculación de productos y que por tanto restrinja en los hechos la libertad de los consumidores.

⁶⁹ Resolución N° 060-2000-CD/OSIPTEL. Reglamento General de Tarifas.

"Artículo 6.- Sujeción a normas de libre y leal competencia. En la fijación y aplicación de tarifas y planes tarifarios, así como en la aplicación de ofertas, descuentos y promociones en general, las empresas operadoras deberán sujetarse a las normas sobre libre y leal competencia establecidas en las normas de telecomunicaciones así como en el Decreto Legislativo N° 701 (actual Decreto Legislativo N° 1034) y el Decreto Ley N° 26122 (actual Decreto Legislativo N° 1044), y sus respectivas modificatorias".

⁷⁰ La finalidad de colocar a la normativa protectora de la libre y leal competencia como un límite a la libertad tarifaria de las empresas radica en que la debida protección del proceso competitivo garantiza la libertad de elección de los usuarios, fomenta la innovación en la prestación de los servicios así como promueve la mejora de la calidad y precio de las ofertas. Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, España, "Principios y Líneas Maestras de la Futura Regulación de las Redes de Acceso de Nueva Generación", pág. 14. Disponible en: http://www.cmt.es/ic/document_library/get_file?uuid=ba44854a-21cb-4733-b9ad-85c5fd71a667&groupId=10138 (última visita: 23 de julio de 2012).

Internet sin necesidad de contar necesariamente con el servicio de telefonía fija de esta misma empresa. Esta obligación deberá hacerse efectiva cada vez que TELEFÓNICA difunda - ya sea por medio impreso, digital, radial, televisivo u otro análogo - su oferta del servicio de Internet ADSL.

La presente medida correctiva deberá hacerse efectiva dentro del plazo de tres (3) meses, tiempo que comprende las pruebas técnicas que TELEFÓNICA deba realizar para una correcta provisión del servicio de "Internet ADSL solo", en el mercado minorista.

Por los argumentos expuestos, la medida correctiva a imponer a TELEFÓNICA como medida correctiva que cese el abuso de posición de dominio, consistente en vender en el mercado minorista el servicio de "Internet ADSL solo", evitando cualquier conducta que tenga efectos equivalentes a la atadura de los servicios. Dicha medida deberá hacerse efectiva dentro del plazo de tres (3) meses, para lo cual deberá informar a sus abonados y/o usuarios respecto de la posibilidad de mantener y/o adquirir su servicio de Internet sin necesidad de contar necesariamente con su servicio de telefonía fija.

Respecto a la medida correctiva, TELEFÓNICA argumenta que en caso de obligarla a ofrecer ADSL sin atar dicho servicio a la telefonía fija, se produciría un efecto negativo sobre la competencia en el mercado de Internet para quienes hayan accedido a su oferta GigADSL (la cual se basa en la regulación de Circuitos Virtuales ATM con acceso ADSL), ya que no podrían competir en los mismos términos con TELEFÓNICA, al no poder ofrecer el "Internet solo". Al respecto, como ya se ha mencionado anteriormente, no corresponde valorar este tipo de argumentos en la presente controversia, por resultar impertinentes.

Por último, TELEFÓNICA ha indicado que a través de la presente controversia se adoptaría una decisión que contraviene la competencia por plataformas. Ante ello, este Cuerpo Colegiado considera necesario señalar que como producto de esta controversia no se prohíbe a TELEFÓNICA empaquetar servicios (incluso el Internet ADSL con la telefonía fija), lo que se le prohíbe es atarlo y cohercionar a su compra conjunta. Por lo que, en tal sentido, no contraviene la actual tendencia a la competencia por plataformas.

VIII. ANÁLISIS DE SUPUESTA INFRACCIÓN COMETIDA DENTRO DEL PROCEDIMIENTO

En el punto III de la presente Resolución, se han descrito las diligencias de solicitud de información a TELEFÓNICA llevadas a cabo por la Secretaría Técnica, dentro de la etapa de investigación con el fin de evaluar los efectos de la presunta práctica de atadura.

Al respecto, en el Informe Instructivo, la Secretaría Técnica indicó que tomando en cuenta la importancia del cumplimiento del requerimiento de información formulado a TELEFÓNICA y atendiendo al contenido de las comunicaciones cursadas con dicha empresa, era de la opinión que la empresa investigada no tuvo una correcta disposición a colaborar con la investigación de la conducta bajo análisis, básicamente por haber entregado información discordante con otra información relacionada, que se encontraba en poder del OSIPTEL.

En tal sentido, la Secretaría consideró que el aspecto concreto de entrega de información discordante antes señalado podía ser evaluado con posterioridad, en caso producto de su

análisis se llegara a determinar la necesidad de imponer una sanción a TELEFÓNICA, toda vez que de acuerdo con lo expresado por el literal (i) del artículo 44º del Decreto Legislativo N° 1034⁷¹, correspondía tener en cuenta la actuación procesal de la empresa TELEFÓNICA al momento de determinar la gravedad de la infracción y su gradación. De ahí que, acogiendo lo señalado por la Secretaría Técnica, se procedió a merituar la conducta procedimental de la empresa investigada como criterio para determinar la gravedad de la infracción y graduación de la multa a la que se refiere el punto 7.1. de la presente Resolución.

Sin embargo, es de observar que sin perjuicio de lo señalado por la Secretaría Técnica, este Cuerpo Colegiado considera que la actuación de TELEFÓNICA referida a entrega de información discordante es pasible de ser analizada bajo el artículo 17º de la Resolución N° 002-99-CD-OSIPTEL, Reglamento General de Infracciones y Sanciones, el mismo que señala expresamente lo siguiente:

"Artículo 17.- La empresa que haga entrega de información inexacta a OSIPTEL, incurrirá en infracción grave, sin perjuicio de la obligación de la empresa de presentar la información en los términos establecidos".

En otras palabras, para este Colegiado, la entrega de información inexacta como parte de la actuación procesal de la empresa investigada constituye no solo un criterio a tener en cuenta en la determinación de la sanción, sino que por sí mismo violenta el cumplimiento de la normativa emitida para cautelar la correcta provisión de información.

En tal sentido, resulta importante considerar que este Colegiado se encuentra facultado a advertir la posible comisión de una infracción, pudiendo inclusive determinar con carácter preliminar si concurren las circunstancias que justifiquen el inicio de un procedimiento particular para determinar la responsabilidad de TELEFÓNICA⁷².

De acuerdo a ello, en caso de concluirse que efectivamente, existen indicios de la comisión de la infracción por parte de TELEFÓNICA, el Cuerpo Colegiado ordenará a la Secretaría Técnica el inicio de un procedimiento sancionador en contra de TELEFÓNICA por la comisión de la referida infracción, conforme a lo establecido en el Reglamento de Controversias⁷³.

⁷¹ Decreto Legislativo N° 1034

Ley de Represión de las Conductas Anticompetitivas

"Artículo 44.- Criterios para determinar la gravedad de la infracción y graduar la multa

(...)

(i) La actuación procesal de la parte".

⁷² Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

"Artículo 235.- Procedimiento sancionador

Las entidades en el ejercicio de su potestad sancionadora se ceñirán a las siguientes disposiciones:

- 1. El procedimiento sancionador se inicia siempre de oficio, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición motivada de otros órganos o entidades o por denuncia.*
- 2. Con anterioridad a la iniciación formal del procedimiento se podrán realizar actuaciones previas de investigación, averiguación e inspección con el objeto de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen su iniciación. (...)"*

⁷³ Resolución N° 136-2011-CD/OSIPTEL, Reglamento General del OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas

"Artículo 89.- Procedimiento. El presente procedimiento rige para efectos de la investigación de infracciones cometidas con ocasión de la tramitación de los procedimientos a que se refieren los capítulos anteriores, y que sean distintas de aquéllas cuya existencia o calificación deba ser pronunciada en la Resolución Final (...)"

Al respecto, es importante tener en cuenta que, conforme a la información que obra en el expediente, la Secretaría Técnica habría realizado un requerimiento de información dentro del marco de la presente controversia, como parte de su labor de investigación, el cual fue debidamente puesto en conocimiento de TELEFÓNICA y resultaba de cumplimiento obligatorio para ésta.

Se observa también que la referida empresa habría realizado entregas parciales de la información requerida por la Secretaría, de modo que conforme avanzaba en la entrega de la información solicitada, volvía a entregar información previamente remitida, solicitando a la Secretaría Técnica se sirva tener por cumplido el requerimiento de información realizado.

Es así que, en el cotejo de la información remitida a través de los distintos envíos realizados por TELEFÓNICA, la Secretaría Técnica habría identificado que la información remitida por la referida empresa, a través de los envíos parciales de información, en concreto, parte de la información referida al Formato N° 5: stock del servicio de telefonía fija y de Internet ADSL de TELEFÓNICA, no coincidía con los datos reportados por ésta misma empresa. Por lo que habría comunicado de ello a TELEFÓNICA, solicitándole una explicación acerca del motivo de las discordancias.

De otro lado, se tiene también que TELEFÓNICA no habría controvertido la entrega de información inexacta, ni en la respuesta a las comunicaciones de la Secretaría mencionadas en el párrafo anterior, ni como parte de sus alegatos al Informe Instructivo de la Secretaría Técnica.

Asimismo, es importante mencionar que, a diferencia de lo que señala TELEFÓNICA en sus alegatos, la supuesta información inexacta no ha sido entregada anteriormente al regulador como parte de otros requerimientos de información ajenos al realizado por la Secretaría Técnica en la presente controversia.

Del análisis realizado previamente puede concluirse que existen elementos suficientes que permitirían concluir, de manera preliminar, que TELEFÓNICA entregó información inexacta. En tal sentido, corresponde ordenar a la Secretaría Técnica el inicio de un procedimiento sancionador contra TELEFÓNICA por la comisión de la infracción tipificada en el artículo 17° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones.

RESUELVE:

Artículo Primero.- Declarar FUNDADO el procedimiento de oficio iniciado contra Telefónica del Perú S.A.A. por la comisión de una infracción tipificada en el artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

Artículo Segundo.- Sancionar a Telefónica del Perú S.A.A. con una multa LEVE de cuatrocientos noventa y dos con 21 décimas (492.21) UIT, por la comisión de una infracción tipificada en el artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

Artículo Tercero.- Imponer a Telefónica del Perú S.A.A. una medida correctiva que cese el abuso de posición de dominio, consistente en ofrecer en el mercado minorista la venta del servicio de "Internet ADSL solo", evitando cualquier conducta que tenga efectos

equivalentes a la atadura de los servicios. Dicha medida deberá hacerse efectiva dentro del plazo de tres (3) meses, para lo cual deberá informar a sus abonados y/o usuarios respecto de la posibilidad de mantener y/o adquirir su servicio de Internet sin necesidad de contar necesariamente con su servicio de telefonía fija.

Artículo Cuarto.- Ordenar a la Secretaría Técnica el inicio de un procedimiento sancionador a Telefónica del Perú S.A.A. por la supuesta comisión de la infracción prevista en el artículo 17° de la Resolución N° 002-99-CD-OSIPTEL, Reglamento General de Infracciones y Sanciones.

Artículo Quinto.- Poner en conocimiento de la Gerencia General, la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia, la Gerencia de Protección y Servicio al Usuario, la Gerencia de Fiscalización y Supervisión del OSIPTEL la presente Resolución, para que adopten las medidas pertinentes que coadyuven al cumplimiento de la medida correctiva, en el marco de sus funciones.

Artículo Sexto.- Poner en conocimiento de Telefónica del Perú S.A.A. el Informe N° 018-GUS/2009 de fecha 09 de febrero de 2009 emitido por la Gerencia de Protección y Servicio al Usuario del OSIPTEL en atención a la carta N° DR-107-C-0132/DF-09 presentada por la referida empresa operadora y el Informe N° 161-GUS/2009 de fecha 31 de julio de 2009 emitido por la Gerencia de Protección y Servicio al Usuario del OSIPTEL en atención a la carta N° DR-107-C-0778/DF-09 presentada por la mencionada empresa.

REGÍSTRESE Y COMUNÍQUESE.-

Con la firma de los señores miembros del Cuerpo Colegiado Jorge Fernández-Baca Llamosas, Rafael Munte Schwarz y Manuel Yrigoyen Quintanilla.

Anexo 6

Telefonica

OSIPTEL FOLIOS
CCO

1296
8479.2011

Telefónica del Perú S.A.A.

2012 AGO -9 PH 3: 58

OSIPTEL FOLIO
CCO 1623

RECIDADO
Expediente : 009-2011-CCO-ST/CO
Escrito :
Sumilla : Apela Resolución del CCO
Cuaderno : Principal

1694 Vale
Audrey Fajó
Secretaria
Ald

AL SEÑOR PRESIDENTE DEL CUERPO COLEGIADO ORDINARIO DE OSIPTEL

TELEFÓNICA DEL PERU S.A.A. (en adelante, "TELEFÓNICA"), con Registro Único del Contribuyente N° 20100017491, sociedad anónima abierta constituida de conformidad con las leyes de la República del Perú, inscrita en la partida electrónica No 11015760 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima y Callao, con domicilio real en Avenida Arequipa 1155 - Santa Beatriz, Lima, debidamente representada por el doctor Antonio José Rodríguez Lobatón, identificado con DNI No 07763720, según poder inscrito en la partida electrónica correspondiente a nuestra empresa, en los seguidos de oficio por el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (en adelante "OSIPTEL") por la supuesta comisión de actos contrarios a las normas de libre competencia, ante usted respetuosamente nos presentamos y decimos que:

Con fecha 25 de julio de 2012, fuimos notificados con el Oficio No. 109-STCCO/2012 con la Resolución No. 017-2012-CCO/OSIPTEL con la Resolución del Cuerpo Colegiado Ordinario la misma que puso fin a la primera instancia administrativa del procedimiento iniciado de Oficio por OSIPTEL contra TELEFÓNICA por supuesta conducta de abuso de posición de dominio en la modalidad de venta atada anticompetitiva (en adelante, la Resolución Final).

En virtud de lo dispuesto en los artículos 25 y 66 del Reglamento General de OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas (en adelante Reglamento de Solución de Controversias)¹, así como en el numeral 2, del artículo 206 de la Ley del

¹ Reglamento de Solución de Controversias

Artículo 25o.- Apalaciones. Sólo cabe apelación en los casos indicados en el artículo 206 numeral 2 de la Ley del Procedimiento Administrativo General y en aquellos expresamente indicados en el presente Reglamento. Sólo cabe reconsideración en los casos en que proceda apelación, salvo disposición distinta en el presente Reglamento.

Telefonica

OSIPTEL	FOLIOS
CCO	

1297

OSIPTEL FOLIOS

CCO

1624

Telefónica del Perú S.A.A.

1695 V.

Andrés F. J. J.
Secretaría

Procedimiento Administrativo General², venimos a presentar expreso Recurso de Apelación contra la Resolución Final antes aludida, en el extremo que declara fundado el procedimiento de oficio iniciado contra TELEFÓNICA por la supuesta comisión de una infracción tipificada en el artículo 10 del Decreto Legislativo 1034 (en adelante, Ley de Libre Competencia) (Artículo Primero); en el extremo que sanciona a TELEFÓNICA con una multa LEVE de cuatrocientos noventa y dos con 21 décimas (492.21) de Unidades Impositivas Tributarias (Artículo Segundo); en el extremo que impone a TELEFÓNICA una medida correctiva para que cese el supuesto abuso de posición de dominio consistente en ofrecer en el mercado minorista la venta del servicio de "Internet ADSL solo" en un plazo de tres meses (Artículo Tercero); y, finalmente, en el extremo que dispone dar inicio a un procedimiento sancionador contra TELEFÓNICA por la supuesta infracción contenida en el artículo 17 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones de OSIPTEL aprobado por Resolución No. 002-99-CD/OSIPTEL (Artículo Cuarto). Sustentamos nuestra apelación en los siguientes argumentos de hecho y de derecho:

1. EXPRESIÓN DE AGRAVIOS:

Como pasaremos a exponer a lo largo del presente documento, TELEFÓNICA discrepa profundamente con la posición adoptada por el del CCO expresada en la Resolución Final.

En particular consideramos que se han producido una serie de violaciones al debido proceso las cuales acarrearán de forma insalvable la nulidad del presente procedimiento,

Artículo 66o.- Apelación de la Resolución Final. La apelación contra la Resolución Final deberá ser presentada en un plazo no mayor de diez (10) días contados desde el día siguiente de su notificación.

No procede reconsideración contra la Resolución Final de primera instancia.

² Ley del Procedimiento Administrativo General

Artículo 206.- Facultad de contradicción

(...)

206.2 Solo son impugnables los actos definitivos que ponen fin a la instancia y los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión. La contradicción a los restantes actos de trámite deberá alegarse por los interesados para su consideración en el acto que ponga fin al procedimiento y podrán impugnarse con el recurso administrativo que, en su caso, se interponga contra el acto definitivo.

Telefónica

TELETEL	FOLIOS
CCO	

1.000	OSIPTEL	FOLIOS
	CCO	1696/5

Telefónica del Perú S.A.A. 1696 V
Auchey F.
Secretaría

en la medida que se ha terminado por ampliar de forma irregular el pliego de cargos inicial que sustentó el inicio del procedimiento de oficio, sin notificar a TELEFÓNICA con la nueva imputación apartándose con ello el CCO de lo establecido en la Ley de Libre Competencia vigente. Asimismo, la Resolución Final ha diseñado una metodología arbitraria diseñada ad-hoc únicamente para resolver el presente caso. Por otro lado, la Resolución Final adolece de un defecto de motivación aparente en la medida que la misma no se encuentra sustentada sobre la base de mínimos criterios fácticos y lógicos. Por otro lado, resulta de lo demás evidente que el CCO ha realizado por lo demás un análisis insuficiente de la prueba indiciaria. En dicha medida, el CCO ha abdicado de sus obligaciones en materia probatoria y ha terminado imponiendo a TELEFÓNICA una sanción sin el mínimo de rigor exigido por la legislación. En dicho sentido, al imponernos dicha sanción sin mayor evidencia el CCO ha vulnerado la presunción de licitud de la práctica materia de investigación, lo que en la práctica significa que terminado por aplicar un análisis del tipo de regla per se y no de regla de la razón

Más allá de que la práctica investigada, realizada por TELEFÓNICA desde hace más de diez años sin mayor cuestionamiento y de la errada determinación del mercado relevante por parte del CCO, no debe dejar de tenerse en cuenta que dicha práctica sólo podría ser sancionada -a decir del propio CCO- en la medida que se demuestre que TELEFÓNICA reforzó su posición en el mercado de Internet y causó un perjuicio (en términos de competencia) a sus competidores en el mercado de telefonía fija. Es decir, si TELEFÓNICA logra evidenciar de forma razonable que la venta conjunta investigada no causó un perjuicio en términos de competencia a los demás operadores del mercado de telefonía fija (efecto excluyente del mercado), se habrán logrado vencer las imputaciones alegadas contenidas en el pliego de cargos y, por tanto, no debiera ser sancionada.

En efecto, es importante resaltar que a efectos de sancionar a TELEFÓNICA no basta con demostrar la existencia de cualquier posible "perjuicio" a un competidor. Es claro que la sola existencia de una determinada política comercial de TELEFÓNICA (como la existencia de los denominados dúos y tríos) puede tener como efecto la detración de consumidores de sus competidores. Si bien ello puede ser considerado de manera genérica como un perjuicio, no sucederá lo mismo en el marco de un caso de abuso de posición de dominio. En efecto, en estos casos lo que se busca no es establecer la

Telefonica

OSIPTEL	FOLIOS
CCO	

OSIPTEL	FOLIOS
CCO	1696

Telefónica del Perú S.A.A. / 1697 Va
Secretary

mera existencia de un simple daño concurrencial, como puede ser la sola pérdida de consumidores. Lo que debe acreditarse es la existencia de un daño en términos de competencia, es decir, la existencia de un real y claro efecto exclusorio en perjuicio de los competidores.

1295

A detallar lo señalado en los párrafos anteriores dedicaremos las siguientes páginas del presente recurso.

2. FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO DE NUESTRA APELACIÓN:

2.1. Se ha afectado el debido proceso y el derecho de defensa de TELEFÓNICA

2.1.1. La Resolución Final se aparta del pliego de cargos que dio inicio al procedimiento

Como es de conocimiento del Ilustre Tribunal, en un procedimiento por infracción a la libre competencia de acuerdo a la legislación nacional debe identificarse cuáles son las prácticas materia de investigación, así como de la calificación legal de los hechos imputados. Estos aspectos deben estar contemplados rigurosamente en el pliego de cargos que da origen al procedimiento. Sólo a partir de la notificación del mencionado pliego de cargos, es que la empresa inculpada se encuentra en plena capacidad de ejercer de forma efectiva y eficiente su derecho constitucional de defensa. Es por ello que en los casos por práctica contraria a la libre competencia iniciados por impulso de oficio, la legislación nacional exige a la Administración el riguroso cumplimiento de una serie de requisitos sustanciales que marcarán los límites de la tramitación del procedimiento³, sin embargo, y tal como se podrá observar lamentablemente han sido dejados de lado con ocasión de la tramitación del presente expediente.

³ Ley de Libre Competencia

Artículo 18o.- Formas de iniciación del procedimiento.-

18.1. El procedimiento sancionador de investigación y sanción de conductas anticompetitivas se inicia siempre de oficio, bien por iniciativa de la Secretaría Técnica o por denuncia de parte.

En particular, la Ley de Libre Competencia dispone que el pliego de cargos deberá presentar, además de una sucinta exposición de los hechos que motivan la instauración del procedimiento, la calificación jurídica de la posible infracción y, en su caso, las sanciones que pudieran corresponder. Asimismo, la mencionada Ley decreta en su artículo 30, que si como consecuencia de la investigación, resulta que debe modificarse la determinación inicial de los hechos o su calificación, la Secretaría Técnica está en la obligación de emitir una nueva resolución con los cargos imputados, que sustituye a la inicial⁴. Este criterio ha sido recogido incluso

18.2. En el procedimiento bilateral sancionador promovido por una denuncia de parte, el denunciante es un colaborador en el procedimiento de investigación, conservando la Secretaría Técnica la titularidad de la acción de oficio.

18.3. El procedimiento sancionador podrá ser iniciado cuando la conducta denunciada se está ejecutando, cuando exista amenaza de que se produzca e, inclusive, cuando ya hubiera cesado sus efectos.

Artículo 21o.- Resolución de inicio del procedimiento.

21.1. La Secretaría Técnica se pronunciará sobre la admisión a trámite de una denuncia de parte luego de verificar el cumplimiento de los requisitos formales exigidos en el Texto Único de Procedimientos Administrativos - TUPA del INDECOPI, la competencia de la Comisión y la existencia de indicios razonables de infracción a la presente Ley.

21.2. La resolución de imputación de cargos o de inicio del procedimiento deberá contener:

- La identificación de agente o agentes económicos a los que se imputa la presunta infracción;
- Una sucinta exposición de los hechos que motivan la instauración del procedimiento, la calificación jurídica de la posible infracción y, en su caso, las sanciones que pudieran corresponder;
- La identificación del órgano competente para la resolución del caso, indicando la norma que le atribuya dicha competencia; y,

(...)

Reglamento de Solución de Controversias

Artículo 44o.- Requisitos de la demanda

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

Artículo 89o.- Resolución que da inicio a un procedimiento de oficio

Si el procedimiento se inicia de oficio, la resolución del Cuerpo Colegiado en los casos que corresponda, mediante la cual se dé por iniciado el procedimiento, deberá ser puntualmente motivada en el interés de los usuarios o de las empresas operadoras y deberá definir los términos de la controversia a ser resuelta. (el énfasis es agregado).

4

Ley de Libre Competencia

Artículo 30o.- Actuaciones de instrucción.-

30.2. Si, como consecuencia de la instrucción del procedimiento, resultase modificada la determinación inicial de los hechos o de su posible calificación, la Secretaría Técnica emitirá una nueva resolución de imputación que sustituirá como pliego de cargos a la resolución de inicio del

por el Tribunal de Solución de Controversias de OSIPTEL, el cual por ejemplo señaló en el expediente sancionador del caso AT&T contra Telefónica (Expediente No. 003-2001 - Resolución N° 032-2003-TSC/OSIPTEL) por supuesto incumplimiento de obligaciones de libre y leal competencia, interconexión, acceso a redes y de carácter técnico; que a fin de imponer válidamente una sanción por la comisión de una infracción administrativa, se deberá comunicar previamente al supuesto infractor lo siguiente: (i) la conducta a ser investigada, (ii) los artículos que la tipifican como infracción; y, (iii) la intención de la administración de imponer una sanción. En dicho sentido, la imposición de una sanción a partir de una ulterior modificación del pliego de cargos no notificada de forma oportuna al administrado, constituye el incumplimiento de la legislación vigente, y por tanto, incorpora un vicio de nulidad, conforme a lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley del Procedimiento Administrativo.⁵

A lo largo de la tramitación del presente procedimiento, la primera instancia ha venido variando seguidamente los hechos constitutivos de la infracción en los diversos actos que conforman la instrucción, circunstancia que constituye un ilegal adelgazamiento del derecho de defensa de TELEFÓNICA, en los términos que pasaremos a detallar a continuación.

Inicialmente el pliego de cargos realizado por el CCO y su informe sustentatorio establecieron que la práctica materia de investigación consistía en el condicionamiento realizado por TELEFÓNICA de la contratación del servicio

procedimiento, informando de ello a la Comisión y notificando a las personas imputadas, así como a las personas que hayan presentado la denuncia de parte, si fuera el caso. En caso de emitirse esta nueva resolución, se inicia un nuevo cómputo de plazos para la formulación de los descargos y un nuevo cómputo del plazo legal que corresponde a la tramitación del procedimiento.

⁵ Ley del Procedimiento Administrativo

Artículo 10.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.
2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.
3. Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición.

1700 Va
Audrey Fig
Secretaría.

ADSL a la del servicio de telefonía fija (práctica iniciada por TELEFÓNICA desde el año 2000). En efecto, la Resolución No. 001-2011-CCO/OSIPTEL que constituye el pliego de cargos para efectos del presente procedimiento, señaló con relación a la práctica imputada lo siguiente:

«En su investigación preliminar, la Secretaría Técnica Adjunta de los Cuépos Colegados ha analizado la provisión conjunta del servicio ADSL (conocido con el nombre comercial de Speedy» con el servicio de telefonía fija por parte de Telefonía, la misma que constituiría una atadura en la medida que el usuario que desee adquirir el servicio de ADSL tiene la obligación de contar con una línea de telefonía fija o, caso contrario, adquirir una.

(...)

De acuerdo con la Secretaría Técnica, este Cuerpo Colegado considera que el comportamiento de Telefonía podría constituir una práctica con efectos de exclusión en el mercado de telefonía fija, dada la posición de dominio que tendría dicha empresa en el mercado de Internet a través de la tecnología ADSL, pudiéndose generar un perjuicio a la dinámica competitiva en el mercado de telefonía fija, reforzándose su posición en el mercado de Internet y causando un perjuicio a los competidores en el mercado de telefonía fija.» (el énfasis es agregado)

En dicha medida, de acuerdo con el artículo Primero de la Resolución citada⁶, la presente investigación versaba sobre la presunta comisión de un abuso de posición de dominio en la modalidad de venta atada, con posible efecto de exclusión en el mercado de telefonía fija, conducta tipificada en el literal c) del artículo 10.2 de la Ley de Libre Competencia⁷. La práctica objeto de Investigación se puede apreciar en la siguiente figura:

4. Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma

⁶ Pliego de Cargos – Resolución No. 001-2011-CCO/OSIPTEL

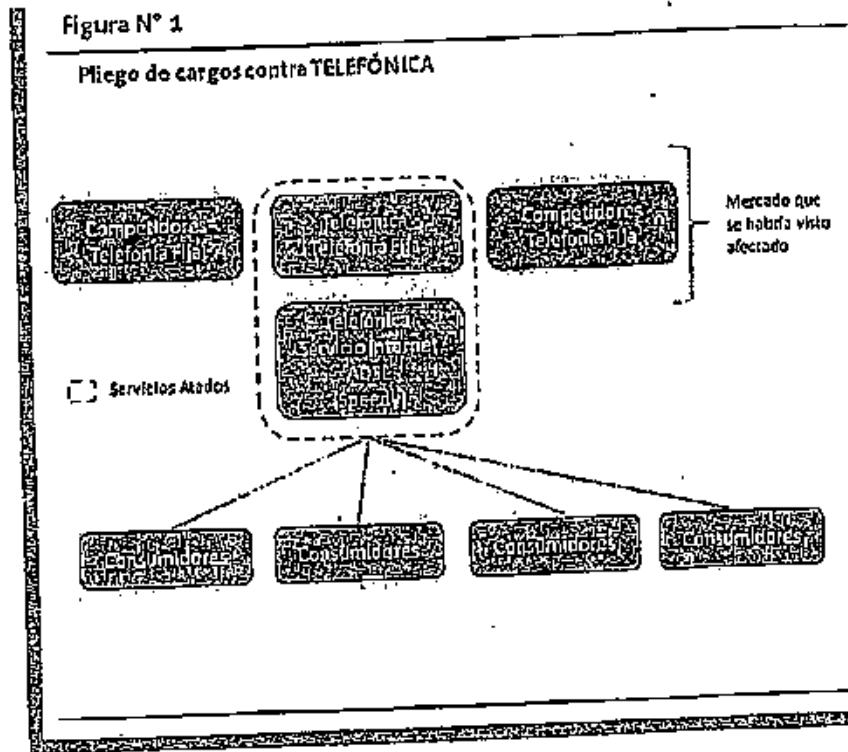
Artículo Primero.- Disponer el inicio de un procedimiento de oficio contra Telefonía del Perú S.A.A. por la presunta comisión de abuso de posición de dominio en la modalidad de ventas atadas, con posibles efectos de exclusión en el mercado de telefonía fija, conducta tipificada en el literal c) del artículo 10.2 del Decreto Ley No. 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas por los hechos a los cuales se hace referencia en la sección Considerandos de la presente resolución.

⁷ Ley de Libre Competencia

Artículo 10o.- El abuso de la posición de dominio.-

(...)

10.2. El abuso de la posición de dominio en el mercado podrá consistir en conductas de efecto excluyente tales como:



Tan ello es cierto que la propia Secretaría Técnica detalló en su Informe Instructivo que la práctica materia de imputación era la siguiente:

«(...) la supuesta comisión de abuso de posición de dominio en la modalidad de ventas atadas, con posibles efectos de exclusión en el mercado de telefonía fija, (...) está constituida por el condicionamiento de la venta del servicio Speedy (acceso a Internet a través de la tecnología ADSL) a la compra de su servicio de telefonía fija». (el énfasis es agregado)

No obstante lo indicado, la Secretaría Técnica incorporó en su Informe Instructivo una serie de hechos adicionales que no correspondían directamente a la práctica materia de imputación. En particular nos estamos refiriendo a los siguientes hechos: (i) que a partir del año 2007, siguiendo una tendencia del mercado mundial, TELEFÓNICA empezó a comercializar paquetes promocionales del tipo dúos o tríos; (ii) a la existencia de una supuesta estructura de precios no

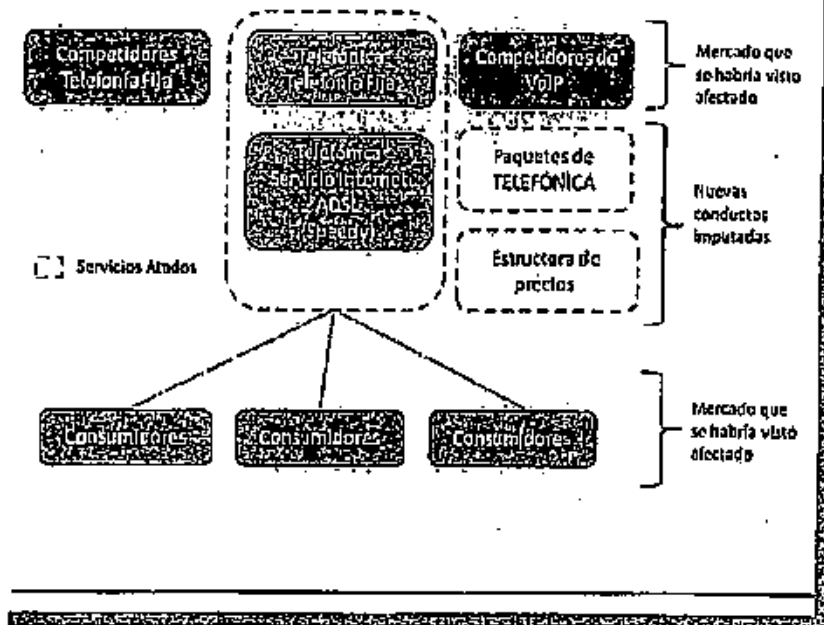
(...)

c) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;

competitiva de estos paquetes promocionales (tendencia también seguida por sus competidores)⁸; y, (iii) la ocurrencia de un más que dudoso daño al mercado de voz por IP (VoIP). Nada hacía prever que los elementos novedosos introducidos por el Informe Instructivo serían introducidos en la Resolución Final como parte del hecho infractor, como finalmente ocurrió. A continuación reproducimos un diagrama con los nuevos hechos comprendidos por la Secretaría Técnica en el Informe Instructivo:

Figura N° 2

Informe Instructivo



La Resolución Final apartándose del pliego de cargos inicial terminó por incorporar definitivamente como un agravante de la supuesta conducta antijurídica investigada tanto en lo que respecta a la comercialización de paquetes del tipo dúos y tríos de TELEFÓNICA, como la conjeturada existencia de una estructura de precios no competitiva. Es así que la Resolución Final señala lo siguiente con relación a estos dos hechos:

(...)

⁸ Sobre el particular, el Informe Instructivo señaló: «(...) la compra empaquetada constituye una forma más eficiente de contratar ambos servicios, ya que los costos de este tipo de compra

Telefónica

OSIPTEL	FOLIOS
CCO	

CCO	1832
-----	------

1305

Telefónica del Perú S.A.A. d/703 Via
Andrés Bly
Secretaría

«Al parecer de este Cuerpo Colegiado, los ejercicios realizados con los precios de los servicios de telefonía fija y de internet respecto del empaquetamiento (dúo) de ambos servicios evidencian un reforzamiento de la estrategia anticompetitiva de TELEFÓNICA afianzando la adquisición conjunta de los servicios, en el marco de la venta atada.»⁹

«De esta manera, si bien los hechos señalados por TELEFÓNICA pueden haber impactado en los resultados del mercado. El Cuerpo Colegiado ha demostrado suficiente evidencia de que a partir del lanzamiento de los dúos (que agravan la venta atada) existe una importante relación entre las altas de de (sic) ADSL y telefonía fija de TELEFÓNICA.»¹⁰
(el énfasis es agregado)

En la práctica, como se puede apreciar en la figura No 3, la decisión del CCO amplió de forma irregular la acusación contenida en el pliego de cargos notificada a TELEFÓNICA en su oportunidad, privándole de la posibilidad de ejercer su derecho constitucional de defensa sobre estas nuevas alegaciones de forma plena, efectiva y eficiente. Para evitar una situación como la producida, es que el numeral 30.2 del artículo 30 precitado de la Ley de Libre Competencia, obliga a la Administración a correr traslado al investigado de un nuevo pliego de cargos que reemplace al anterior si durante la instrucción modifica la determinación inicial de los hechos o su calificación. Lamentablemente, el CCO ha optado por festinar la instrucción, afectando con ello el procedimiento regular establecido y limitando de forma insalvable el derecho de defensa de TELEFÓNICA.

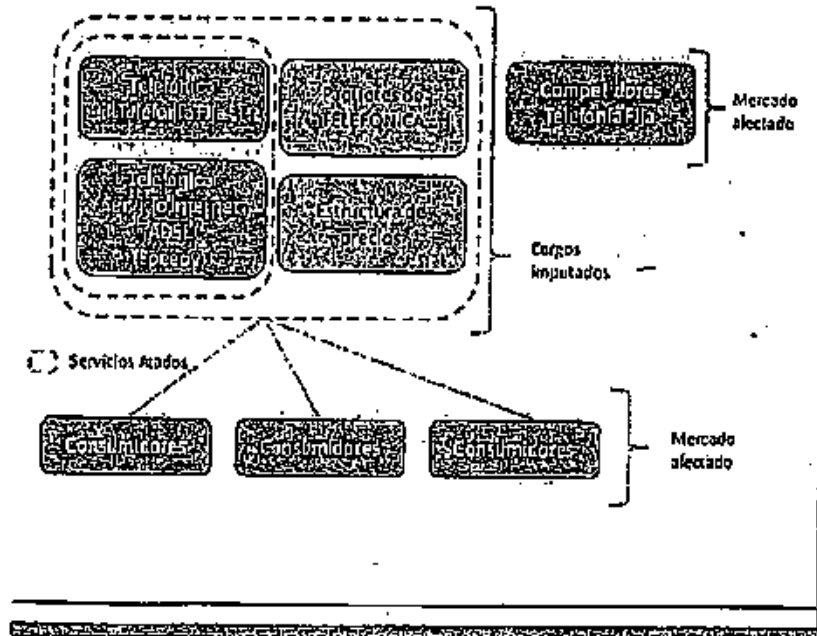
incluyen únicamente los costos específicos de cada servicio y los costos específicos de la línea son pagados una sola vez». (Página 37).

⁹ Página 46 de la Resolución Final.

¹⁰ Página 50 de la Resolución Final.

Figura N° 3

Resolución Final



Como es de amplio conocimiento del Ilustre Tribunal, el respeto al principio del procedimiento regular es un requisito esencial del acto administrativo, según lo establece claramente el numeral 5 del artículo 3 de la Ley del Procedimiento Administrativo¹¹. Este requisito implica que el procedimiento administrativo debe discurrir por el cauce natural previsto en las normas procedimentales aplicables, en este caso por las disposiciones adjetivas contempladas en la Ley de Libre Competencia, la Ley del Procedimiento Administrativo y el Reglamento de Solución de Controversias. A este respecto, resulta de la mayor importancia el estricto seguimiento de los plazos aplicables, etapas procedimentales y demás elementos característicos de la tramitación de cada expediente administrativo,

¹¹ Ley del Procedimiento Administrativo General

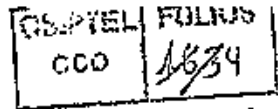
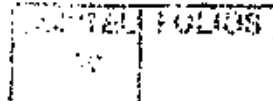
Artículo 5o.- Objeto o contenido del acto administrativo

(...)

5.3 No podrá contravenir en el caso concreto disposiciones constitucionales, legales, mandatos judiciales firmes; ni podrá infringir normas administrativas de carácter general provenientes de autoridad de igual, inferior o superior jerarquía, e incluso de la misma autoridad que dicte el acto.

(...)

Telefónica



1307

Telefónica del Perú S.A.A. 1705 Val

Audrey Fiquero
Secretaría

aspectos que garantizan al administrado el ejercicio pleno, efectivo y eficiente de su derecho de defensa.

En la medida que la Administración ha ampliado de forma irregular las imputaciones contenidas en el pliego de cargos, tanto en lo que corresponde a los hechos constitutivos de la supuesta infracción imputada inicialmente como en lo que respecta a la calificación de la misma, sin correr traslado del nuevo pliego de cargos de forma oportuna a TELEFÓNICA, es que la Resolución Final contraviene la legislación vigente, es nula y en dicha medida no puede ser confirmada por el ilustre Tribunal.

2.1.2. La Resolución Final utiliza una metodología arbitraria

La Resolución Final no sólo ha procedido de forma injustificada a emitir un pronunciamiento en el que atribuye a TELEFÓNICA una conducta infractora que no ha desarrollado -ni desarrolla-; sino, que al hacerlo ha contradicho de forma inmotivada expresos pronunciamientos en la materia por parte de los propios CCO de OSIPTEL. Al actuar de esta manera, el CCO no ha desarrollado ningún argumento que permita descubrir cuál sería la razón por la cual los precedentes existentes carecen -en su opinión- de mayor valor, y, por lo tanto, no deben ser tomados en cuenta con ocasión de la presente investigación.

En su momento, TELEFÓNICA señaló como un antecedente válido que debió seguir el CCO, el procedimiento iniciado por Boga Comunicaciones contra Telefónica Multimedia (Expediente No. 010-2001 - Resolución No. 021-2002-CCO/OSIPTEL), por una supuesta comisión de actos de abuso de posición de dominio. Este procedimiento discurre por una línea metodológica bien distinta a la que nos presentó la Secretaría Técnica en su Informe Instructivo y que finalmente terminó por recoger la Resolución Final. En aquella oportunidad el CCO, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia más autorizada, señaló expresamente que para determinar la existencia de una práctica con efectos exclusivos por parte de la empresa investigada, debía realizarse un análisis consistente en una

serie de etapas, las mismas que debían ser consecutivas y excluyentes tal como exponemos brevemente a continuación:

- (1) Evaluar la existencia de una estrategia de la empresa investigada dirigida a excluir a su competencia del mercado; es decir, que los hechos denunciados fueran ciertos y verificables y que no respondiera o no tuviera ninguna otra racionalidad más que la intención expresa de eliminar a un competidor.
- (2) Determinar si el mercado presenta las condiciones requeridas para que la práctica investigada sea exitosa, evaluando si existen elevadas barreras de acceso para potenciales competidores y si la demanda es lo suficientemente inelástica como para que los usuarios continúen comprando el servicio de la empresa a pesar de que impusiera mayores precios.
- (3) Por último, definir los efectos perjudiciales que habrían tenido las conductas denunciadas por la demandante sobre el mercado, es decir, sobre el usuario como sobre el competidor.

No obstante de lo razonable del test sustentado por el CCO en el caso que la doctrina especializada conoce como Boga I, la Resolución Final sin mayor sustento más que en su propia lógica, se aparta inexplicablemente de este precedente. Convierte la decisión tomada en arbitraria, desde que la Resolución Final no reserva una línea a aportar algún elemento de juicio que permita al administrado dilucidar cuáles habrían sido las razones que guiaron a la Administración a diseñar un razonamiento *ad-hoc*, es decir aplicable únicamente al presente caso, y alejarse de anteriores precedentes.

Efectivamente, la Resolución Final considera como justificaciones para descartar el precedente Boga I los siguientes argumentos: (i) que dicho pronunciamiento no constituiría un precedente de observancia obligatoria; (ii) que el fraseo del caso en cuestión no permite aseverar que el criterio empleado en aquella oportunidad hubiera sido de carácter general. Ambos argumentos son inaceptables en el

Telefónica

CCO	1707	CCO	1707
-----	------	-----	------

1309

Telefónica del Perú S.A.A. 1707 Va

Audrey Paz
Secretaría

marco de un procedimiento administrativo por presunta contravención a las normas de libre competencia; no cumplen con el estándar de debida motivación y, por lo tanto, deben ser descartados de plano por el Tribunal.

Como es ampliamente reconocido, para motivar un cambio de criterio, no basta con señalar –como hace el CCO en su Resolución Final–, que la Administración tiene discrecionalidad para apartarse de decisiones anteriores; así como tampoco es válido argumentar que la sistemática que se ha preferido se enmarca en una metodología general de análisis de competencia dentro de los márgenes que impone la ley. En esencia este tipo de argumentación significa que la Administración ha interpretado que se encuentra liberada de realizar cualquier ejercicio de motivación en los términos exigidos por la legislación, es decir, a tener que explicitar a partir de un razonamiento lógico los motivos por los cuales debemos concluir que la metodología elegida es superior a la desarrollada en anteriores casos; y, cómo es que sólo en virtud de dicha superioridad es que ha sido finalmente recogida.

La ausencia de un ejercicio de motivación con el mínimo de rigor, convierte a la Resolución Final del CCO en este extremo en una decisión arbitraria, y, a la opción metodológica elegida, como creada expresamente para resolver únicamente el presente caso, esto es construida ad hoc. Abona en esta interpretación el hecho que la Resolución descansa sobre una serie de criterios absolutamente inéditos –como veremos a lo largo del presente documento–, de acuerdo con la jurisprudencia administrativa acumulada de anteriores CCO e incluso de INDECOPI. Este cambio de criterio habría exigido cuando menos una debida sustentación de las razones por las cuales en esta oportunidad se hizo necesario emplear una metodología que no se desarrolló en anteriores casos, ello a efectos de disipar cualquier elemento de arbitrariedad y de motivación aparente que lamentablemente subyace en la Resolución Final. Ratifica en favor de lo mencionado la comprobación de que la data, argumentación y pruebas que ha sido presentada de forma amplia por TELEFÓNICA a lo largo del procedimiento, apenas ha sido considerada en el desarrollo de la instrucción, acaso muy brevemente en la Resolución Final cuando se piensa que las pruebas y afirmaciones aportadas pueden ser desvirtuadas con relativa facilidad; y jamás,

Telefónica

DSIPTEL FOLIOS
CCO

DSIPTEL FOLIOS
CCO 1837

1310

Telefónica del Perú S.A.A. 1708

Audrey F. J.
Secretaría

cuando parecieran contradecir de manera abierta las bases en las que se soporta la Instrucción.

Más allá de la razonabilidad de la decisión final del caso Boga I, lo más cuestionable de cara al presente procedimiento es que a pesar de que han transcurrido varios meses de investigación y del abundantísimo material que tanto la jurisprudencia nacional como la doctrina más autorizada han acumulado sobre experiencias de similar naturaleza, el CCO a cargo de la controversia ha sido incapaz de dotar de algún contenido objetivo a una serie de elementos que se presentan como imprescindibles para configurar la infracción por violación a las normas de libre competencia por supuesta venta atada exclusiva.

Por ejemplo, el CCO no ha señalado en ningún momento cómo es que, a su entender, la conducta de TELEFÓNICA habría tenido como efecto la exclusión de competidores del mercado (aspecto esencial para calificar una conducta como un supuesto de abuso de posición de dominio). Particularmente ha omitido pronunciarse acerca de cómo resulta posible alegar la existencia de un efecto exclusivo cuando las cifras muestran que durante el periodo investigado los competidores directos de TELEFÓNICA en el mercado de telefonía fija han aumentado su participación de mercado¹².

Gracias a esta omisión ha sido posible que el CCO construya su tesis infractora sobre la base de una serie de argumentos claramente especulativos y sin el mayor sustento empírico y fáctico, lo que ocurre por ejemplo cuando en la Resolución Final se señala que hubo daño en la medida que TELEFÓNICA logró disminuir su pérdida constante de participación de mercado, aunque siguiera perdiendo cuota; que aunque los competidores de TELEFÓNICA aumentaron su participación en el mercado durante todo el periodo investigado, no crecieron tanto como pudieron haberlo hecho; o, que si bien no se afectó a los principales competidores de TELEFÓNICA (los cuales siguieron aumentando su participación), si se habría afectado a supuestos competidores "menos relevantes"

¹² Al respecto, rogamos revisar el Gráfico No. 6 de la Resolución Final (Página 49) y los títulos 2.4.3 b), c) y d) del presente documento.

Telefonica

1311

OSIPTEL POLICIA
CCO 1/13/38

Telefónica del Perú S.A.A. 1709 Vc
Ludry Paj
Secretaría

(a los cuales no se identifica ni se indica cuál habría sido el efecto generado sobre ellos).

Una de las principales ventajas del análisis desarrollado en el caso Booga I fue que incorporó diversos elementos de racionalidad económica dentro del estudio de la práctica empresarial investigada, en la medida que exigía que los medios probatorios actuados debían ser representativos, es decir, debían tener la capacidad de evidenciar que la conducta desarrollada por la empresa tuvo como efecto la exclusión indebida de competidores del mercado. De acuerdo con este saludable criterio, sólo podía ser plausible una sanción si antes el CCO lograba demostrar que la conducta anticompetitiva había logrado incrementar indebidamente las ganancias de la empresa investigada (a costa de las ganancias de sus competidores) y que la estructura del mercado permitía que la estrategia exclusoria impulsada fuera creíble en el largo plazo.

Como veremos más adelante, esto es precisamente lo que no sucede en el presente caso, en donde se ha acreditado que TELEFÓNICA ha seguido disminuyendo su participación en el mercado de telefonía fija, mientras que ha aumentado sostenidamente la de sus competidores.

En la medida que el CCO se ha apartado de la línea diseñada por anteriores órganos de solución de controversias, sin explicitar en la debida forma las razones que lo llevaron a ello, con resultados -como hemos visto- claramente inconsistentes, estimamos que nos encontramos ante una decisión arbitraria y por lo tanto que debe ser corregida por el Tribunal.

2.1.3. La Resolución Final adolece de un defecto de motivación aparente

El numeral 4 del artículo 3 de la Ley del Procedimiento General¹³ establece como uno de los requisitos de validez del acto administrativo que éste debe estar

¹³ Ley del Procedimiento Administrativo

Artículo 3o.- Requisitos de validez de los actos administrativos

debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico. La falta de motivación del acto administrativo hace que éste adolezca de un vicio que acarrea su nulidad de acuerdo con la Ley del Procedimiento Administrativo General.

De acuerdo con el profesor Juan Carlos MORÓN la motivación cumple dentro de la concepción del acto administrativo un rol básicamente informador de cara al pleno ejercicio de defensa por parte del administrado:

"(...) ya que representa la exteriorización de las razones en cuya virtud se produce un acto administrativo, y permite, tanto al administrado como a los superiores con potestades de revisión del acto, asumir conocimiento de los hechos reales y jurídicos que fundamentan la decisión administrativa, para poder articular su defensa con posibilidad de criticar las bases en que se funda e impugnarla; o para que el superior jerárquico al conocer el recurso pueda desarrollar el control examinando todos los datos y si se ajusta a ley (...)" (el énfasis es agregado)

De la cita anterior se desprende que para la doctrina más autorizada los actos administrativos debidamente motivados tienen la innegable virtud que permiten que el investigado conocer y entender plenamente los argumentos que sustentan la decisión de la autoridad administrativa, de forma tal que puedan ser cuestionados a cabalidad al momento de ejercitar su derecho de contradicción. No obstante, los actos administrativos que incurrir en una falta de motivación o en una motivación aparente, ya sea porque no dan cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión de la administración o porque contienen frases sin ningún sustento fáctico o jurídico, no puedan ser materia de cuestionamiento, dado que los administrados desconocen las razones reales en las que se funda la decisión de la Administración.

En dicha línea, el Tribunal Constitucional ha indicado a partir del caso Jeffrey Immet (STC No. 8125-2005-PHC/TC) que uno de los elementos que dan

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

(...)

4. Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

contenido al derecho al debido proceso es el derecho de obtener de los órganos encargados de impartir justicia una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de proceso. De modo similar, el Tribunal Constitucional ha señalado en los casos Alfonso Turpo Vilca (STC No. 05401-2006-PA/TC) y Giullana Llamoja Hilares (STC No. 0728-2008-PHC/TC) que el derecho a la debida motivación constituye un límite a la arbitrariedad en la que pudiera incurrir quien imparte justicia. Entonces, a decir del Tribunal Constitucional, «*toda decisión que carezca de una motivación adecuada, suficiente y congruente, constituirá una decisión arbitraria y, en consecuencia, será inconstitucional*».

Se produce una motivación defectuosa, y por lo tanto arbitraria en los términos de nuestro Tribunal Constitucional, cuando concurren vicios en el razonamiento de la decisión derivados de la infracción de los principios y reglas de la argumentación. En dicho sentido, la doctrina señala como un supuesto de infracción al deber de motivación, a la figura de la motivación aparente, la cual se define como aquella decisión que se sustenta en hechos inexistentes, en pruebas no actuadas o cuando simplemente se produce un relato de determinadas circunstancias sin analizar los hechos alegados por las partes.

Como veremos, la Resolución Final presenta un relato de hechos circunstanciales a los cuales el CCO ha dotado de un contenido fáctico incongruente a través de argumentos de carácter meramente especulativo, lo cual en modo alguno puede calificarse como una adecuada técnica de motivación. En dicha medida, nos encontramos ante una decisión arbitraria y por lo tanto nula. A continuación desarrollaremos algunos ejemplos de cómo es que se ha cometido la infracción que denunciarnos.

Es sabido que el aspecto más importante a determinar en una investigación por un supuesto abuso de posición de dominio es la existencia de un efecto exclusivo derivado de la práctica. Sin este elemento sustancial, no se puede señalar que se ha constituido la infracción tipificada por la legislación de libre competencia y, por

¹⁴ MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Quinta Edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2006, p. 81.

lo tanto, la empresa investigada debe ser relevada de cualquier responsabilidad. No obstante lo fundamental de la determinación de este aspecto, la decisión del CCO apenas dedica algún espacio a debatir este hecho tan relevante, mientras que se entretiene profundamente en desvirtuar aspectos meramente formalistas, como es el de discutir el valor del informe de la Gerencia de Relaciones Empresariales o el aclarar si determinado pronunciamiento de OSIPTEL respecto de los contratos de abonado fueron –o no– en su momento objeto de aprobación administrativa. Esta circunstancia bastaría para cuestionar la decisión del CCO por encontrarnos ante un claro caso de motivación insuficiente; no obstante, no es el único error en el que incurre la Administración, pues incluso las escuetas líneas que el CCO dedica para determinar la existencia de un posible daño al mercado (efecto excluyente), adolecen de vicios de motivación sustanciales, en la medida que son incongruentes, carecen de sustento fáctico y contradicen la máxima de la experiencia.

A continuación desarrollamos los defectos de motivación más importantes de los cuales adolece la Resolución Final.

El CCO señala en su Resolución Final que la supuesta ralentización en la caída de la cuota de mercado de TELEFÓNICA es una evidencia de daño a los competidores. Es decir, el CCO no niega que durante el periodo objeto de investigación TELEFÓNICA perdió (y sigue perdiendo) participación en el mercado; lo que cuestiona es que no perdió aún más. En ese sentido, el CCO, no dice nada respecto de cómo es que debió comportarse el mercado para encontrarnos relevados de cualquier responsabilidad. ¿Cuánto más participación en el mercado debió de haber perdido TELEFÓNICA para que el CCO no le imputara una supuesta conducta anticompetitiva?¹⁵

¹⁵ Como señalamos en nuestro escrito de Alegatos y Comentarios al Informe Instructivo (Páginas 111 - 113), nos encontramos ante una afirmación imposible de refutar en la medida que el daño observado por la Administración es sólo de carácter especulativo y como tal subjetivo. Para evitar este inconveniente, las autoridades de competencia nacionales (el propio OSIPTEL y el INDECOPI) verifican la ocurrencia del daño (efecto excluyente) a partir de criterios objetivos y medibles tales como la pérdida de cuota de mercado, menores ventas, elevación de los precios o la reducción de la cantidad ofertada, circunstancias que no concurren en el presente caso. El hecho que los competidores de TELEFÓNICA no crezcan al ritmo que esperaba el CCO se puede deber a múltiples factores como una mala política de ventas, poca publicidad o reducción de las inversiones en infraestructura. No obstante, veremos más adelante cómo tampoco es correcto afirmar –como hace el CCO– que el desempeño de nuestros competidores se ha ralentizado.

Telefónica

Telefónica del Perú S.A.A. 1713 V=

Audrey Fajó
 Secretaria

Si para el CCO la ralentización de la caída de cuota de TELEFÓNICA es suficiente para materializar la existencia de un supuesto efecto excluyente, por qué la experiencia acumulada tanto del propio OSIPTEL como del INDECOPI niegan sistemáticamente que dicha circunstancia tenga tal carácter, es decir, nos encontramos cuando menos a una vulneración más de la máxima de la experiencia. Si la posición del CCO en este procedimiento fuera correcta, decenas de casos incoados en el pasado reciente donde no se encontró evidencia de daño al mercado (efecto excluyente), habrían tenido un resultado distinto. Por otro lado, el CCO tampoco dedica una línea a sustentar la razón por la cual debemos aceptar su novedosa tesis de daño al mercado (no haber perdido más participación de la que supuestamente se hubiera podido perder).

En otro pasaje del documento, el CCO, frente a una alegación de TELEFÓNICA en el sentido que sus más importantes competidores como Americatel, Telmex y Claro venían creciendo de la forma más vigorosa, se limitó a descartar nuestro argumento concluyendo de forma por lo demás arbitraria que los operadores citados no constituyen todo el mercado y que se había demostrado que TELEFÓNICA sí dañó al resto de operadores. En efecto, en la Resolución Final el CCO señaló que «(...) se obvia que sus competidores no solo son AMÉRICA MÓVIL, AMERICATEL Y TELMEX, ya que el resto de competidores sí se han visto afectados por la venta alada de TELEFÓNICA»¹⁶.

Si tenemos en cuenta que los competidores mencionados representan el 95 por ciento del mercado de telefonía fija alternativo al Grupo Telefónica, veremos como la infundada decisión del CCO aparece en su real dimensión. Por otro lado, resulta cuestionable que el CCO no se tome la molestia de indicar quiénes serían estos otros competidores que sí se habrían visto afectados o de qué manera lo habrían sido, en dicho sentido nos encontraríamos ante un dicho sin mayor sustento e investigación.

Más allá de su propio dicho, el CCO no hace el menor esfuerzo para verificar si efectivamente TELEFÓNICA dañó en alguna medida el 5 por ciento del mercado

¹⁶ Página 50 de la Resolución Final.

de sus competidores o lo que es lo mismo el 0.67 del mercado global de telefonía fija, máxime si tenemos en cuenta que este grupo de competidores también tuvo un resultado positivo durante el periodo investigado. Una alegación de esta naturaleza tendría que revelar alguna tesis respecto de por qué TELEFÓNICA habría desarrollado una estrategia anticompetitiva de gran intensidad dirigida a afectar a menos del 1 por ciento del mercado. Asimismo, en la medida que la legislación y la jurisprudencia acumulada exigen para sancionar una práctica exclusiva que ésta produzca un daño sustancial al mercado y no irrelevante, el CCO debió dedicar algún espacio a aclarar por qué una posible afectación al 0,67 por ciento del mercado cumple con el mencionado requisito de materialidad.

Por otro lado, el CCO tampoco ha demostrado que se habría producido un supuesto traslado de la posición de dominio de TELEFÓNICA del mercado de acceso a Internet al de telefonía fija, tesis que fundamenta la acusación. Sin embargo, de forma incongruente con la acusación reseñada, la Resolución Final se centra en sostener únicamente que el daño habría consistido en que TELEFÓNICA perdió menos cuota de mercado que la que debió haber perdido de no operar la práctica, argumento a todas luces especulativo y sin mayor sustento lógico.

La tesis de daño al mercado contradice incluso la propia evidencia que sostiene la imputación del CCO. En el gráfico No 4 de la Resolución Final (Página 47) se muestra que TELEFÓNICA habría mantenido la pérdida de su participación durante gran parte del periodo en que se desarrolló la conducta, mientras que nuestros competidores exponen un resultado abiertamente distinto. Sin embargo, a pesar de ello, el CCO sigue sosteniendo la existencia de un supuesto efecto exclusivo (afectación al mercado).

La evidencia reflejada en el Gráfico No 4 de la Resolución Final es abiertamente incompatible con la conducta imputada a TELEFÓNICA, en la medida que no es posible sostener a partir de ella que se ha producido algún nivel de efecto exclusivo en el mercado de telefonía fija. Como es de conocimiento de los ilustres miembros del Tribunal, para argumentar la existencia de daño exclusivo, no basta con desarrollar un solo elemento de juicio, tampoco es válido argumentar que la

empresa investigada debió perder más participación, pues el daño sólo se podía determinar en todo caso con la valoración de pruebas adicionales que deliberadamente el CCO renunció a actuar, como por ejemplo estadística que reflejara la existencia de un nivel de correlación entre el número de altas de nuestro servicio de ADSL y una disminución en el número de altas del servicio de telefonía de nuestros competidores.

En otro pasaje de la Resolución Final, el CCO señala lo siguiente:

«A pesar de la evidencia mostrada (sic), TELEFÓNICA señala que la práctica de venta atada que se le imputa no ha tenido efectos en el mercado de telefonía fija. Para ello argumenta que su tasa de participación en el mercado ha disminuido drásticamente desde el año 2007. A consideración del Cuerpo Colegiado, este hecho constituye un incentivo para que TELEFÓNICA decida, a través de sus ofertas empaquetadas, reforzar el efecto de la venta atada que venía practicando desde el año 2001.» (Página 49) (el énfasis es agregado)

No obstante de la claridad de la argumentación de TELEFÓNICA, en el sentido que «su tasa de participación en el mercado ha disminuido drásticamente desde el año 2007», la respuesta que merece por parte del CCO es claramente incongruente –además de subjetiva–, pues se limita a advertir que lo alegado «constituye un incentivo para que TELEFÓNICA decida, a través de sus ofertas empaquetadas, reforzar el efecto de la venta atada», sin reservar mayor comentario espacio a detallar cómo es que este incentivo se habría materializado en los hechos, de tal suerte que deje en evidencia lo expresado por nuestra parte. Como se sabe, un incentivo es algo que mueve o estimula a alguien a desear o a hacer una cosa, sin embargo, nuestra legislación de libre competencia no sanciona el incentivo (en realidad solo las reglas de carácter moral o religioso lo hacen), sino el daño generado al proceso competitivo a partir de la verificación de determinados hechos de forma fáctica y objetiva. En dicha medida, una adecuada motivación por parte del CCO le exigía a demostrar cómo es que lo afirmado por TELEFÓNICA –en el sentido que a partir del lanzamiento de los dúos y tríos se habla desplomado su participación– no era correcto, en la medida que no lo hizo nos encontramos ante un caso de argumentación claramente incongruente.

de telefonía fija que realiza esta empresa, ya que la mayoría de las altas de accesos ADSL corresponden a altas otorgadas al servicio de telefonía fija, principalmente dúos de telefonía fija e Internet» (Página 47) (el énfasis es agregado)

En otro ejemplo de prueba indiciaria, el CCO considera respecto a una posible relación entre las altas de ADSL y el negocio de telefonía fija lo siguiente:

«Lo anteriormente mostrado podría ser un indicador de la relación directa existente entre el servicio de telefonía fija de TELEFÓNICA y su servicio por Internet de ADSL. Otro indicio adicional lo encontraríamos en el panel b) del Gráfico No. 5, ya que en dicho gráfico se puede ver que existe una clara relación directa entre las altas de líneas fijas en servicio y las altas de accesos ADSL (altas reales y no altas netas)» (Página 48) (el énfasis es agregado).

Sin embargo, ninguno de los indicios reportados en la Resolución Final ha sido desarrollado con un mínimo de rigor para ser considerado como válidos a efecto de demostrar la concreción de la práctica anticompetitiva imputada (daño exclusivo).

Como se sabe, un indicio es un sucedáneo de prueba, es decir, una manifestación procesal prevista en la ley o asumida por el juzgador para suplir la debilidad de los medios probatorios y alcanzar su finalidad.¹⁷ En consecuencia, la construcción de la certeza final estará basada en múltiples elementos subjetivos y por ello altamente controvertibles.

Sin embargo, el CCO ha obviado que la prueba indiciaria exige a quien la practica la selección de una serie de elementos indispensables para su validez, como por ejemplo: (i) la selección de información que se considera relevante, (ii) la selección de una hipótesis, (iii) la selección de teorías que se piensa que deben ser confrontadas con los hechos, y, (iv) la selección de los elementos mismos que

¹⁷ Código Procesal Civil

Artículo 275o.- Finalidad de los sucedáneos.- Los sucedáneos son auxilios establecidos por la ley o asumidos por el Juez para lograr la finalidad de los medios probatorios, corroborando, complementando o sustituyendo el valor o alcance de éstos.

Artículo 276o.- Indicio.- El acto, circunstancia o signo suficientemente acreditados a través de los medios probatorios, adquieren significación en su conjunto cuando conducen al Juez a la certeza en torno a un hecho desconocido relacionado con la controversia.

constituyen los hechos¹⁸. Cada una de estas selecciones implica decidir a su vez sobre los criterios utilizados para hacer la selección.

Uno de los aspectos más relevantes para determinar la validez de una prueba indiciaria es que la Administración se encuentra obligada a realizar un análisis contra-fáctico que demuestre que efectivamente los indicios aportados nos llevan de forma indubitable a una sola conclusión. Como se sabe, este tipo de sucedáneo puede ser desvirtuado si el acusado demuestra que una de las hipótesis de su defensa no puede ser vencida por la parte acusadora a través de los indicios aportados.

Durante la tramitación del presente procedimiento TELEFÓNICA presentó una serie de contra indicios, sustentados en los informes que acompañamos con nuestro escrito de Alegatos y Comentarios al Informe Instructivo, que explicaban cómo el comportamiento del mercado de la forma observada por la Administración no guardaba relación alguna con el posible efecto exclusorio. No obstante, el CCO aún cuando reconoció que lo alegado por TELEFÓNICA era cierto¹⁹, descartó el argumento sin realizar el análisis contra fáctico al que estaba obligado.

En resumidas cuentas, el CCO ha realizado una actuación de prueba indiciaria insuficiente, cuando menos muy alejada del estándar adoptado por ejemplo en el caso seguido por AT&T contra Telefónica del Perú (Expediente No. 003-2001 - Resolución No. 052-2002-CCO/OSIPTEL)²⁰. Esta actuación constituye un

¹⁸ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La teoría de la prueba indiciaria*. En: Macareo [on line]. Disponible en: <<http://macareo.pucp.edu.pe/trazegriaafad.htm>>. (Visitada el 7 de agosto de 2012).

¹⁹ Sobre el particular el CCO señaló lo siguiente:

«TELEFÓNICA señala que existen otros hechos que han configurado la situación actual del mercado, en el cual esta empresa ha logrado detener la caída de su número de líneas y construir el actual panorama en el mercado de telefonía fija, tales como sus políticas comerciales con respecto a las líneas fijas.

A este respecto, el Cuerpo Colegiado considera que efectivamente los resultados que se aprecian (sic) en un mercado de servicios de telecomunicaciones no sólo dependen de una variable, sino que más bien reflejan las acciones de los agentes del mercado. De esta manera, si bien los hechos señalados por TELEFÓNICA pueden haber impactado en el mercado, El Cuerpo Colegiado ha demostrado (sic) suficiente evidencia de que a partir del lanzamiento de los dúos (que agrava la venta atada) existe una importante relación entre las altas de de (sic) ADSL y telefonía fija de TELEFÓNICA» (Página 50).

²⁰ La prueba indiciaria desarrollada en el caso citado se encuentra en las páginas 45 y ss. de la Resolución No. 052-2002-CCO/OSIPTEL.

adelgazamiento inaceptable del derecho de defensa de TELEFÓNICA y otra vulneración de la máxima de la propia experiencia, situación que esperamos el Tribunal corrija al momento de resolver el presente recurso.

2.1.5. El CCO ha abdicado de sus obligaciones en materia probatoria

La Resolución Final determina que TELEFÓNICA incurrió en una práctica contraria a la libre competencia y que debe ser sancionada por ello. Sin embargo, aún cuando en varios pasajes de la resolución mencionada el CCO hace una serie de comentarios respecto de unos supuestos hechos probados, tal dicho es incorrecto, lo que significa que el CCO considera que puede hacer renuncia de sus obligaciones en materia probatoria. Esta actuación vulnera el debido proceso administrativo y lesiona el derecho de defensa de TELEFÓNICA.

La carga de la prueba respecto de la vulneración del marco regulatorio en materia de la libre competencia era de cargo del CCO, máxime si tenemos en cuenta que nos encontramos ante un procedimiento impulsado de oficio. Cabe recordar que la Ley de Libre Competencia no establece la inversión de la carga de la prueba, ni la obligación ni trasladar la obligación a la organización investigada de elaborar una justificación de la conducta desarrollada más allá de lo razonable.

En todo caso, en la medida que con el material probatorio actuado por el CCO resultaba imposible determinar que se había cometido la infracción imputada, si se consideraba pertinente, el CCO podía acudir a sus amplias potestades en materia probatoria y recabar todo el material sustentatorio para respaldar las conclusiones de su investigación. Sin embargo, el CCO no ha tenido en cuenta esta obligación, en el sentido que no agotó la actuación de los medios a su alcance en razón del principio de oficialidad de la prueba consagrado por el Derecho Administrativo para dotar a su decisión final con el mayor grado de seguridad y terminó por imponer a TELEFÓNICA una sanción con el mínimo rigor probatorio.

Sobre el citado principio de oficialidad de la prueba, la más autorizada doctrina del Derecho Administrativo señala lo siguiente:

«(...) la Administración está obligada siempre a orientar su actividad en orden a la pronta y eficaz satisfacción del interés general que todo procedimiento de esta clase pone en juego. Rige, pues, con carácter general en el procedimiento administrativo el principio de oficialidad de la prueba, según el cual el órgano administrativo está específicamente obligado a desarrollar, incluso de oficio, es decir, sin que medie petición al respecto de los interesados, todos los actos de instrucción (y, por consiguiente, todas las actividades probatorias) que se consideren adecuados para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución.»²¹ (el énfasis es agregado)

Este principio se encuentra recogido en el inciso 1 del artículo 159 y en el artículo 162 de la Ley del Procedimiento Administrativo General²². En dichas disposiciones se establece que los actos de instrucción necesarios para el conocimiento y la comprobación de los hechos sobre los cuales deberá pronunciarse finalmente la administración deben ser realizados de oficio por la autoridad a cuyo cargo se tramita el procedimiento, así como que la carga de la prueba se rige por el

²¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás Ramón FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II. Madrid: Civitas, 2001, Pp. 489-490. Puede verse además lo señalado por ABERASTURY, Pedro y María Rosa GILURZO, *Curso del Procedimiento Administrativo*. Curso de Procedimiento Administrativo, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, pág. 104. El autor señala: «Una vez ofrecida la prueba, la Administración tiene a su cargo la impulsión y la carga de la misma. Salvo aquellos casos en que la reglamentación le imponga expresamente esa carga al particular, el principio general es que la Administración tiene el deber, dentro de la actividad instructora, de producir la misma. (...) el deber de la Administración es agotar los pasos consiguientes hasta llegar al acto administrativo definitivo. Dentro de estos pasos se encuentra la sustanciación de la prueba, tanto la ofrecida por el particular como la que la Administración considere que es conducente, para llegar a la decisión fundada».

²² Ley del Procedimiento Administrativo General.

Artículo 159o.- Actos de instrucción

159.1 Los actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución, serán realizados de oficio por la autoridad a cuyo cargo se tramita el procedimiento de evaluación previa, sin perjuicio del derecho de los administrados a proponer actuaciones probatorias.

159.2 Queda prohibido realizar como actos de instrucción la solicitud rutinaria de informes previos, requerimientos de visaciones o cualquier otro acto que no aporte valor objetivo a lo actuado en el caso concreto, según su naturaleza.

Ley del Procedimiento Administrativo General.

Artículo 162.- Carga de la prueba

162.1 La carga de la prueba se rige por el principio de impulso de oficio establecido en la presente Ley.

162.2 Corresponde a los administrados aportar pruebas mediante la presentación de documentos e informes, proponer pericias, testimonios, inspecciones y demás diligencias permitidas, o aducir alegaciones.

Telefonica

Telefónica del Perú S.A.A. 1721 V

 Audrey P.
 Secretaria

principio de impulso de oficio. Tampoco debemos perder de vista que el principio de verdad material consagrado en el inciso 1.11 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo obliga a que la autoridad administrativa verifique por todos los medios a su alcance la verdad de los hechos que le son alegados por las partes.²³

El principio de impulso de oficio ha sido recogido expresamente en el artículo 82 del Reglamento de Solución de Controversias que establece claramente que el CCO podrá requerir la presentación de medios probatorios adicionales y disponer la realización de actuaciones complementarias antes de resolver el caso²⁴, lo mismo se expresa en la Ley de Libre Competencia²⁵. De lo expuesto resulta claro que el CCO no debió declarar fundada la denuncia de oficio si antes no se encontraba premunido del más elemental material probatorio para sustentar su tesis de conducta infractora (daño exclusorio). Sin embargo, el colegiado no actuó en dicho ponderable sentido, es decir, no recabó el material probatorio necesario y suficiente que de forma congruente verificara su posición respecto de que la conducta de TELEFÓNICA se mostraba como contraria a la regulación de la libre competencia. En la medida que se ha terminado sancionando a TELEFÓNICA sin

²³ Ley del Procedimiento Administrativo General. Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo.-

1.11. Principio de verdad material.- En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.

En el caso de procedimientos bilaterales la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a éstas. Sin embargo, la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también el interés público.

²⁴ Reglamento de Solución de Controversias

Artículo 82o.- Medios probatorios adicionales.

Si el Cuerpo Colegiado lo considera necesario podrá requerir la presentación de medios probatorios adicionales y disponer la realización de actuaciones complementarias, antes de resolver el caso.

²⁵ Ley de Libre Competencia

Artículo 30o.- Actuaciones de Instrucción.-

30.1. La Secretaría Técnica está facultada, en razón de su competencia, a realizar de oficio cuantas actuaciones probatorias resulten necesarias para el examen de los hechos, recabando los documentos, información u objetos que sean relevantes para determinar, en su caso, la existencia o no de la infracción administrativa que se imputa.

(...)

actuar apenas material probatorio que permita identificar una posible afectación al mercado de telefonía fija, la Administración ha vulnerado el principio de oficialidad de la prueba y con ello nuestros derechos constitucionales.

Es del caso precisar que, dado que nos encontramos ante un procedimiento de impulso de oficio, el principio de oficialidad de la prueba tiene aún mayor vigencia que en el caso de un procedimiento seguido a impulso de parte; y por ello debió ser observado aun con mayor rigurosidad por el CCO a cargo de la controversia. Ello es aceptado por reconocida doctrina en Derecho Administrativo:

«En efecto, si bien el procedimiento puede ser iniciado de oficio o a petición de parte, la imputación de éste corresponde prácticamente en todos los casos a la Administración. Ello es así porque en la actuación de los órganos administrativos no debe satisfacerse simplemente un interés individual sino también un interés colectivo, y el propio interés administrativo»²⁶.

Lo expresado no implica sin embargo que TELEFÓNICA haya hecho renuncia a ejercer su derecho de Defensa durante la tramitación del presente procedimiento. Por el contrario, TELEFÓNICA aportó todos los medios probatorios a su alcance para acreditar de la forma más sófida que las imputaciones contenidas en el pliego de cargos original, y que fuera luego ampliado irregularmente, carecían de mayor fundamento. No obstante, lejos de proceder al análisis de los numerosos documentos que alcanzamos al CCO, éste organismo, además de renunciar a revisarlos en su conjunto, decidió seguir adelante con la tesis sancionadora, a pesar de que dicho material y la estadística del mercado acumulada desaconsejaban claramente tomar la decisión por la que finalmente se optó.

Lejos de proceder a seguir investigando, el CCO prefirió estimar la demanda de oficio interpuesta contra TELEFÓNICA sobre la base de evidencia claramente insuficiente (no existe ninguna evidencia de daño al mercado) e información estadística mutilada (los Gráficos NNos 4 y 6 de la Resolución Final no tienen información completa y concluyente²⁷). De esta forma, el CCO renunció a toda

²⁶ GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I, Buenos Aires: Machi, 1985 citado por ABERASTURY, Pedro y María Rosa CILURZO. *Op. Cit.* Pág. 33.

²⁷ El Gráfico No. 4 de la Resolución Final (Página 47) presenta sólo la información de la evolución de la cuota de mercado de TELEFÓNICA, dando la impresión de que el desempeño favorable de nuestros

obligación y deber probatorio. Como podrán observar los dignos miembros del Tribunal de Solución de Controversias, el comportamiento del COO implica cuando menos una vulneración al principio del debido procedimiento administrativo, una inaplicación del principio de impulso de oficio del procedimiento y una falta de observancia del principio de verdad material. Aspectos más que suficientes para amparar la apelación que presentamos.

2.1.6. El análisis realizado por la Resolución Final vulnera la presunción de licitud de la práctica investigada

Tal como señala la Ley de Libre Competencia los actos de abuso de posición de dominio (como aquéllos materia de la presente investigación) están sujetos a una presunción de prohibición relativa. Ello supone que, para verificar la existencia de una infracción al marco regulador de la libre competencia, la autoridad debe probar no sólo la efectiva ocurrencia de la conducta de investigada; sino adicionalmente, debe demostrar que la conducta ha producido efectos negativos (excluyentes) para la competencia²⁸.

La Exposición de Motivos de la Ley de Libre Competencia nos aclara que la práctica de atadura tiene una presunción de licitud. Reproducimos sobre el particular el siguiente texto de la Exposición de Motivos de la citada:

competidores se habría detenido, lo cual no es correcto. Por otro lado, el cuadro No 6 (Página 49) está construido sobre la base de información no comparable, pues mientras arroja resultados anualizados para todos los ejercicios, para el año 2011 la información es sobre los resultados al primer trimestre, dando la aparente impresión de una ralentización en el crecimiento, cuando esto no es correcto.

28 Ley de Libre Competencia

Artículo 9o.- Prohibición relativa.-

En los casos de prohibición relativa, para verificar la existencia de la infracción administrativa, la autoridad de competencia deberá probar la existencia de la conducta y que ésta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.

Artículo 10o.- El abuso de la posición de dominio.-

(...)

10.4. Las conductas de abuso de posición de dominio constituyen prohibiciones relativas.

10.5. No constituye abuso de posición de dominio el simple ejercicio de dicha posición sin afectar a competidores reales o potenciales administrativos.

1724
Nuev pag
Secretaría

«Así como algunas conductas tienen un carácter inherentemente anticompetitivo y merecen un tratamiento de prohibición absoluta bajo la regla per se, existen otras cuyo efecto sobre la competencia y los consumidores no es necesariamente negativo y, por el contrario, se pueden justificar por razones de eficiencia, por lo que deben ser analizada [sic] bajo la regla de la razón.

A aquellas conductas que pueden tener tanto efectos positivos como negativos la legislación comparada, en amplio consenso, les otorga una presunción de licitud y, por ende, un tratamiento de prohibición relativa o, lo que es lo mismo, de análisis bajo regla de la razón. En similar sentido, el Decreto Legislativo establece una prohibición relativa para determinadas conductas. Como se ha mencionado anteriormente, este tipo de análisis requiere que la autoridad evalúe cuál es el efecto neto de la conducta y, sólo en el caso de que dicho efecto sea negativo -porque los efectos positivos son menores que los efectos negativos-, la conducta será considerada una infracción.» (el énfasis es agregado)

En la medida que la teoría económica y las autoridades han logrado determinar a partir de su experiencia acumulada, que una práctica de venta conjunta está siempre arreglada a derecho cuando la realiza un agente que no ostenta posición de dominio; y, sólo excepcionalmente, tiene la capacidad de afectar el proceso competitivo cuando el actor es un agente con posición de dominio, es que el legislador nacional ha optado en los casos de venta conjunta alinear la carga de la prueba del lado de quien alega la infracción. Por ello, se exige que se pruebe no sólo la ocurrencia de la conducta, sino también un efecto exclusivo.

En el presente caso, el CCO ha despojado a la conducta de venta conjunta realizada por TELEFÓNICA de cualquier presunción de licitud al considerarla antijurídica sin un mínimo nivel probatorio, desde que sin aportar mayor evidencia de daño al mercado se nos obliga a tener que demostrar más allá de lo razonable, cuáles habrían sido los efectos positivos de la conducta. Si el CCO hubiera realizado un análisis correcto del presente caso de acuerdo con la regla de la razón habría concluido que no existe algún efecto negativo y por lo tanto debió liberar de cualquier responsabilidad a TELEFÓNICA.

2.1.7. El CCO ha aplicado un análisis del tipo de regla *per se* y no de regla de la razón

El análisis conforme a la regla de la razón parte de la premisa del alto riesgo de error en la calificación de determinadas conductas empresariales –además de muy comunes en los mercados– como sospechosas de ilicitud, sin un análisis previo y exhaustivo que implica un estudio profundo de su racionalidad económica y efectos. En tal sentido, un análisis alineado con la regla de la razón debe atender a una gran cantidad de elementos de forma concurrente, tales como: niveles de participación de mercado, evolución de los niveles de participación, racionalidad de la práctica investigada, posible y probada intencionalidad de la misma, objetivos en la implementación de la práctica, duración de la misma, valoración de las eficiencias contra probados efectos anticompetitivos, etc. De estos elementos que deben de ser evaluados, el más importante, qué duda cabe, es la existencia de un efecto exclusorio derivado de la conducta. Siendo ello así, un aspecto fundamental derivado de este tipo de análisis es que los elementos configuradores del ilícito concurrencial deben ser valorados de forma conjunta por la Administración²⁹.

La regla de la razón supone una forma de análisis de las conductas anticompetitivas según la cual el juzgador siempre deberá considerar si la práctica resulta razonable de acuerdo con las circunstancias imperantes en un momento determinado y en un mercado específico. Por lo tanto, una misma conducta, en determinadas circunstancias históricas y en un mercado específico podrá ser razonable mientras que en otras podrá ser considerada como irrazonable, lo que determinará a fin de cuentas su legalidad o ilegalidad.³⁰

Por el contrario, un análisis del tipo regla *per se* produce una significativa reducción de la carga de la prueba de quien acusa, y por ende una limitada

²⁹ VALDÉS PRIETO, DOMINGO, *Informe en Derecho acerca de supuestos injustos de colusión monopólica desarrollados por ACHAP, sus directores, su presidente ejecutivo y las agencias afiliadas a aquélla*. Santiago de Chile, Mayo de 2009.

competitiva existente (ejercicio que tampoco ha realizado el CCO). Solo luego de ejecutar estas comprobaciones se podrá establecer, con un elevado grado de certeza, la preponderancia -o no- de los posibles efectos anticompetitivos detectados por la Administración. No obstante, en el presente procedimiento el CCO no ha sido capaz de identificar un solo efecto exclusivo, así como tampoco ha realizado una adecuada ponderación de efectos, vaciando con ello de contenido el procedimiento de análisis del tipo regla de la razón exigido por la legislación nacional. Al no actuar la Administración de acuerdo con este plausible criterio, se entiende que ha variado de forma implícita la metodología de análisis por el de una regla *per se*, lo cual no puede ser aceptado por el Tribunal.

2.2. Se pretende sancionar a TELEFÓNICA por una práctica aceptada por la regulación

2.2.1. La intervención de los órganos de solución de controversias está limitada en mercados regulados

Desde nuestro primer escrito señalamos como es que el organismo de solución de controversias debían tener sumo cuidado al analizar la práctica investigada pues sobre el particular existían numerosos pronunciamientos que no aconsejaban seguir la tramitación del procedimiento. Sobre el particular, señalamos como es que el profesor HOVENKAMP, advierte que la intervención de las autoridades de competencia (categoría en la que comprendemos a los CCO de OSIPTEL) en mercados regulados se considera apropiada, únicamente si dichas conductas: (i) generan o pueden generar un efecto anticompetitivo; y, (ii) son realizadas sin haber sido supervisadas por los órganos de línea del organismo regulador³².

Como hemos visto a lo largo del procedimiento, la Resolución Final no ha tomado en cuenta los importantes argumentos que nos permiten sostener que la práctica o está regulada por OSIPTEL o en buena cuenta la imposición de una medida como la que plantea el CCO producirá efectos en el mercado de ADSL y en el de

³² HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its practice*. Segunda Edición. Pág. 699.

telefonía fija que desaconsejan claramente su puesta en práctica. En particular consideramos que el CCO no ha tomado en cuenta los siguientes aspectos: (i) no ha considerado la propia experiencia de diferentes CCO y del propio Tribunal de Solución de Controversias de OSIPTEL sobre la materia; (ii) TELEFÓNICA ha actuado dentro de un marco autorizado, sus tarifas mayoristas y modelo comercial minorista fue aprobado expresamente por OSIPTEL; (iii) los Contratos de Concesión de TELEFÓNICA regulan cómo es que debe proveerse un circuito telefónico; (iv) OSIPTEL ha reconocido expresamente que TELEFÓNICA tiene derecho a que se le remunere por una conexión a la red telefónica; (v) OSIPTEL revisó la legalidad de los contratos de acceso a Internet de TELEFÓNICA; (vi) OSIPTEL ha mostrado su intención de ejercer potestades regulatorias en reciente presentación al Congreso; (vii) OSIPTEL ha mostrado su intención de ejercer potestades regulatorias en el procedimiento de regulación de los Proveedores Importantes en marcha; (viii) el modelo comercial de TELEFÓNICA ha sido conocido por OSIPTEL desde el año 2000 y no ha merecido ningún cuestionamiento ni por parte del OSIPTEL ni de ningún operador que actúa en el mercado; (ix) la regulación comparada contradice el análisis realizado en la Resolución Final; (x) TELEFÓNICA ha actuado en un marco de confianza debida; y, (xi) no corresponde que un CCO diseñe un modelo de competencia en un mercado regulado.³³

2.2.2. El CCO ha dejado de lado inmotivadamente –una vez más– su propia experiencia

Como señalamos en anterior oportunidad, en un criterio que no ha sido respetado por el CCO, las instancias de solución de controversias entre empresas de OSIPTEL, en más de una oportunidad, han dejado sentada la doctrina que allí donde existe intervención regulatoria se desaconseja abiertamente la imposición de remedios a partir de la aplicación de las normas de libre competencia.

³³

Para mayor detalle sobre el particular recurrimos a los argumentos que ya señalamos en las páginas 24 a 82 de nuestro escrito de Alegatos y Comentarios al Informe Instructivo (No. 14).

Así, en el procedimiento seguido por AT&T contra Telefónica del Perú (Expediente No. 003-2001 – Resolución No. 052-2002-CCO/OSIPTEL) el CCO consideró que uno de los extremos de la demanda (relacionado con una negativa de TELEFÓNICA a que AT&T comercializara su tráfico de telefonía fija) debía ser analizado como parte de una posible infracción regulatoria y no en el marco de la aplicación de las normas de libre competencia, debido a la existencia de normativa sectorial específica. Así, en la resolución señalada, el CCO indicó textualmente lo siguiente con relación a las imputaciones formuladas por AT&T:

«La [alegada] negativa de programación del número 133 en la red de TELEFÓNICA debe ser analizada en virtud de las normas específicas del sector telecomunicaciones y no en función de las normas de libre y leal competencia. En efecto, la regulación del sector contiene las reglas sobre las cuales debe determinarse si en el presente caso existe una infracción (...)

De acuerdo con lo anterior, es necesario desarrollar con algún detalle la regulación existente sobre la utilización de números de tres dígitos para prestar servicios de larga distancia mediante tarjetas pre pago» (el énfasis es agregado).

Es altamente probable que al analizar el caso planteado por AT&T, el CCO haya considerado incluso inicialmente que el modelo regulatorio imperante en el mercado de larga distancia y telefonía fija no fuera el más adecuado, sin embargo, al CCO no le estaba permitido modificar o alterar el modelo competitivo estructurado racionalmente por las instancias regulatorias competentes. Es así, que el principio de subsidiariedad se antoja como la solución más eficiente para evitar que los pronunciamientos del CCO se aparten de la política diseñada por el regulador para la industria.

En el procedimiento seguido por Red Privada Virtual con Telefónica del Perú (Expediente No. 006-2004 – Resolución No. 002-2004-CCO/OSIPTEL) sobre supuesta infracción a las normas de libre competencia, el CCO reiteró que no formaba parte de su función revisar materias que hablan sido objeto de análisis por los órganos de línea de OSIPTEL. La siguiente cita resume el punto de vista del órgano de solución de controversias entre empresas en el caso mencionado:

«Conforme a lo expresamente señalado por RED PRIVADA VIRTUAL, la práctica materia de su demanda consiste en que TELEFÓNICA "valiéndose de la posición dominante que posee

ha creado este plan tarifario discriminando al resto de ISPs". En consecuencia, la existencia misma de la Línea Premium ofrecida por TELEFÓNICA constituiría la práctica o conducta materia de su demanda.

Dado que la Línea Premium ha sido materia de una aprobación administrativa a cargo de la Gerencia General de OSIPTEL, se entiende que RED PRIVADA VIRTUAL controvierte indirectamente la validez del acto administrativo a través del cual OSIPTEL autorizó la entrada en vigencia del plan tarifario. Dicho acto administrativo no es susceptible de ser analizado vía un procedimiento de solución de controversias.

En efecto, TELEFÓNICA siguió el procedimiento regular para introducir al mercado el plan tarifario "Línea Premium" al solicitar la aprobación de OSIPTEL, por lo que la actuación de esta empresa goza de la presunción de licitud establecida en el inciso 9° del artículo 230° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, al haber actuado con la diligencia debida y con respeto a la normatividad vigente. Asimismo, la comercialización del referido plan se basó en un acto administrativo de OSIPTEL - la aprobación - que goza de la presunción de legitimidad establecida en el artículo 9° de la Ley del Procedimiento Administrativo General y por tanto, es plenamente eficaz. En tal sentido, este Cuerpo Colegiado no resulta competente para revisar el acto administrativo de aprobación del plan tarifario denominado "Línea Premium", en la medida que como ya se ha mencionado, la evaluación de dicho plan y de sus condiciones, así como la autorización para que el mismo pueda ser comercializado, es de cargo de la Gerencia General de OSIPTEL (...)» (el énfasis es agregado).

No obstante, tal vez el caso más emblemático relacionado con la competencia de los COO para investigar conductas reguladas lo constituye el procedimiento iniciado por Nextel del Perú contra Telefónica Móviles (Expediente No. 001-2005-CCO-ST/LC). En aquella oportunidad, Nextel requirió como pretensión principal, que se sancionara a Telefónica Móviles por el desarrollo de conductas que la contraria calificaba como supuestos de abuso de posición de dominio en la modalidad de incremento indebido de los costos. Como quiera que Telefónica Móviles discrepara de la resolución que admitió a trámite la pretensión principal, dedujo una excepción de incompetencia por falta de legitimidad para obrar activa por parte de Nextel.

Mediante Resolución No. 008-2005-CCO/OSIPTEL de marzo de 2005, el COO resolvió declarar fundada la excepción de incompetencia planteada por Telefónica

1731 W
Auchy figue
Secretaría S

Móviles y en consecuencia, anular todo lo actuado, dando por concluido el procedimiento respecto de la pretensión principal. La resolución mencionada fue finalmente confirmada por el Tribunal de Solución de Controversias. En esta oportunidad el Tribunal dejó sentada la doctrina según la cual, cuando la conducta denunciada es materia de regulación por las instancia competentes no es prudente la intervención de un CCO. No obstante lo alegado por Nextel, respecto de la competencia del CCO para investigar la práctica denunciada, el Tribunal se mantuvo firme y mantuvo la decisión del CCO bajo los siguientes argumentos:

«28. Al respecto, de conformidad con la normativa vigente OSIPTEL es el encargado de la aplicación en el sector de las telecomunicaciones de las normas que velan por la libre competencia, Decreto Legislativo No. 701. Por lo tanto, el OSIPTEL tiene la función de investigar y sancionar las infracciones al Decreto Legislativo No. 701 y en el cumplimiento de dicha labor aplicar el principio de supletoriedad.

29. El Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, Decreto Supremo No. 06-94-TCC, modificado por el Decreto Supremo No. 005-98-TCC, y el Decreto Supremo No. 002-94-TCC, establece por primera vez el principio de supletoriedad al disponer que el Decreto Legislativo No. 701 se aplica para todo lo no previsto sobre prácticas restrictivas de la competencia en la Ley de Telecomunicaciones y su Reglamento. En ese mismo sentido, en los Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobados mediante Decreto Supremo No. 020-98-MTC, se consagra dicho principio. El Decreto Supremo No. 008-2001-PCM, Reglamento General de OSIPTEL, así como los lineamientos de Libre Competencia aprobados mediante Resolución No. 003-2000-09/OSIPTEL, han recordado el principio de supletoriedad que establece que la aplicación de las normas que velan por la libre competencia es supletoria a la regulación del sector.

30. De conformidad con las normas citadas, el Decreto Legislativo No. 701 será aplicable cuando las conductas ilícitas no se encuentren previstas o comprendidas por la regulación del sector de las telecomunicaciones.

31. En consecuencia, para el inicio de una investigación de una presunta práctica anticompetitiva debe verificarse si la práctica que podría ser materia de investigación no está tipificada o cubierta de forma expresa por la regulación del sector. Y para el presente caso, corresponde definir si el ejercicio abusivo de una posición dominante durante la etapa de negociación de los contratos de interconexión se encuentra cubierta por la normativa regulatoria.» (notas a pie de página omitidas, el énfasis es agregado.)

Al igual que en los casos citados, donde se desestimó la actuación de los organismos de solución de controversias en razón de la existencia de regulación explícita en la materia, estimamos que en el presente caso no corresponde que los organismos de solución de controversias se pronuncien sobre los hechos materia de la presente investigación en la medida que en numerosas ocasiones OSIPTEL ha tenido la oportunidad de revisar la práctica investigada y jamás la ha cuestionado o modificado. Lo contrario implicaría una afectación directa del principio de aplicación supletoria de las normas de libre competencia consagrado en el Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones³⁴, los Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones del Perú aprobados por Decreto Supremo No. 020-98-MTC (en adelante, los Lineamientos de Apertura)³⁵, el Reglamento General de OSIPTEL aprobado por Decreto Supremo No. 008-2001-PCM³⁶, los Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Libre Competencia en el Ámbito de las Telecomunicaciones aprobados por la Resolución No. 003-2000-CD/OSIPTEL (en adelante, los Lineamientos de Libre Competencia)³⁷; máxime si tenemos en cuenta que

³⁴ Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones

Artículo 250o.- Prohibición de las prácticas empresariales restrictivas de la libre competencia

En lo que no esté previsto en la Ley y el Reglamento, en lo referido a la prohibición de las prácticas empresariales restrictivas de la libre competencia, se aplicarán las disposiciones legales vigentes sobre prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia.

³⁵ Lineamientos de Apertura

111. Para la promoción y preservación de la libre y leal competencia en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, los órganos competentes del Sector aplicarán la normativa sectorial específica y, supletoriamente, en cuanto sean pertinentes, las disposiciones de los Decretos Legislativos Nos. 701 y 807, las del Decreto Ley No 26122 y disposiciones modificatorias, complementarias, ampliatorias y conexas.

³⁶ Reglamento General de OSIPTEL

Artículo 12o.- Principio de Supletoriedad

Las normas de libre competencia son supletorias a las disposiciones normativas y/o regulatorias que dicta el OSIPTEL en el ámbito de su competencia. En caso de conflicto primarán las disposiciones dictadas por el OSIPTEL.

³⁷ Lineamientos de Libre Competencia

Las normas generales de libre competencia están concebidas, en principio, en el marco de mercados no regulados de manera específica. Tanto la Ley de Libre Competencia, Decreto Legislativo No 701, como los artículos pertinentes a las normas de libre competencia de la Ley de Telecomunicaciones, cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por el Decreto Supremo No 013-93-TCC, tienen como punto de partida la existencia de un mercado abierto, en el que la libertad de acción y elección del proveedor y del consumidor son la regla.

En el mercado de las telecomunicaciones, el marco regulatorio existente desarrolla los principios de libre competencia consagrados por la Constitución Política del Perú, entendiéndose, por tanto, que la aplicación del marco regulatorio del sector constituye una manera de hacer cumplir los principios de

OSIPTEL ya ha expresado públicamente —como veremos a continuación— en más de una oportunidad la intención de ejercer su potestad regulatoria sobre el particular.

2.2.3. Lo señalado en la Resolución Final sobre la aprobación del modelo mayorista del ADSL de TELEFÓNICA no es aceptable

La sola lectura de las Resoluciones NNos. 036-2000-CD/OSIPTEL, 010-2007-CD/OSIPTEL y 039-2008-PD/OSIPTEL (que regularon las tarifas topé aplicables a las prestaciones de transmisión de datos mediante circuitos virtuales ATM con acceso ADSL), de sus exposiciones de motivos y de los informes que las sustentaron nos conduce a una conclusión bien distinta a la que arriba la Resolución Final respecto de la racionalidad —y por lo tanto de su negativo efecto competitivo— de la venta conjunta del servicio Speedy con una línea telefónica. Si bien es cierto que la regulación citada fue en esencia una regulación destinada a promover la competencia en el mercado del ADSL, no es menos correcto que carece de mayor sentido que OSIPTEL estableciera una regla para los operadores alternativos en esencia distinta a la que podía plasmarse para TELEFÓNICA. Es decir, si toda la regulación del ADSL librada por OSIPTEL reconoce

libre competencia. En los mercados regulados decisiones básicas como las tarifas, calidad de servicio o condiciones de comercialización son establecidas, con el objetivo de emular un mercado competitivo.

Teniendo en cuenta la existencia de dos marcos normativos, uno específico del sector de las Telecomunicaciones y otro de aplicación general, resulta necesario que los presentes lineamientos establezcan cómo OSIPTEL va a compatibilizar la aplicación de los mismos.

La posición que acoge OSIPTEL refleja la tendencia que se pueda apreciar en otros países donde existen situaciones similares. OSIPTEL entiende que para la promoción y preservación de la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones, se aplicará la normativa específica del sector y de manera supletoria la normativa general de libre competencia. Este principio, a su vez, está recogido en el punto 111 de los Lineamientos de Políticas de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones. Así, si bien el punto de partida es la aplicación de la normativa específica del sector —entendiéndose dentro de ésta al marco regulatorio específico—, también se admite la aplicación del marco general de libre competencia para corregir problemas no cubiertos expresamente por la normativa específica del sector; o para encontrar principios de Interpretación que permitan una más adecuada aplicación de la referida normativa.

Esto implica que OSIPTEL aplicará las normas generales de libre competencia en el supuesto que una determinada práctica o conducta no esté tipificada o cubierta de manera expresa por la normatividad específica del sector, pero genere, sin embargo, efectos anticompetitivos. Así por ejemplo, si la normatividad del sector ha establecido expresamente la obligación de interconectarse a algunos operadores, en tales casos carece de sentido evaluar si tal conducta es un supuesto de negativa injustificada a contratar. Pero si para algún bien o servicio la normatividad específica no hubiese previsto algún tipo determinado de obligación, entonces sí deberá recurrirse a las normas del marco general.

explícitamente que los operadores alternativos a TELEFÓNICA únicamente pueden proveer una conexión ADSL a un abonado de telefonía fija –cuando bien se pudo resolver lo contrario-, resulta contradictorio que sea un CCO quien considera que esta medida es Injustificada y obligue a TELEFÓNICA a actuar de un modo contrario.

La Resolución Final señala sobre el particular lo siguiente:

«(...) no es posible sostener que la regulación ATM con acceso ADSL tenga aplicación al mercado minorista de Internet, de provisión del servicio al usuario final. En tal sentido, contrariamente a lo señalado por TELEFÓNICA, debe enfatizarse que dicha regulación no se desprende que éstas le hayan habilitado para condicionar la provisión del acceso ADSL a la contratación de su servicio telefónico fijo». (Pág. 18)

No obstante, TELEFÓNICA no ha señalado en momento alguno que la regulación del ADSL contendría una suerte de aprobación expresa sobre la práctica de venta conjunta. Lo que TELEFÓNICA sostiene es que si hasta tres regulaciones consecutivas de OSIPTEL mantienen tozudamente la figura de que el ADSL que TELEFÓNICA comercializa a los operadores alternativos es sólo sobre una línea de telefonía fija, es porque entendió que dicho modelo de comercialización era racional y se encontraba plenamente justificado.

Por otro lado, no es correcto afirmar –como vemos la Resolución Final- que la regulación existente del ADSL sea sólo del tipo mayorista, en la medida que se incluye regulación expresa respecto del acceso ADSL a un abonado de TELEFÓNICA por parte de un operador alternativo. Al diseñar la regulación del acceso ADSL alternativo, OSIPTEL modeló el mercado minorista de acceso a Internet provisto por TELEFÓNICA. Por lo tanto, la lógica nos dirá que el estándar de comercialización –que aplica TELEFÓNICA luego de la intervención de OSIPTEL- no debía ser en esencia distinto que el diseñado –y aceptado una y otra vez- por la regulación.

Cabe advertir que la Resolución Final nos presenta un peligroso juego de palabras que podría llegar a confundir, pues repetidamente hace referencia al término «regulación ATM con acceso ADSL», sin citar que la misma incluye el acceso

ADSL («Por el Acceso Digital Asimétrico») a un abonado de telefonía fija de TELEFÓNICA, que también forma parte de la regulación aprobada por OSIPTEL y que constituye un elemento necesario para proveer el servicio de acceso a Internet. No cabe duda que la regulación ATM con acceso ADSL es la que corresponde a un servicio portador, sin embargo, las regulaciones aprobadas hasta el momento por OSIPTEL incluyen también el acceso ADSL para un abonado de TELEFÓNICA y que por algún motivo que desconocemos, la Resolución Final apenas refiere.

La omisión en la que incurre la Resolución Final respecto de la regulación del acceso ADSL de un abonado de telefonía fija de TELEFÓNICA, tiene el efecto de generar la idea que nos encontramos en esencia ante una regulación del tramo portador o ATM –mercado típicamente mayorista no cabe duda- cuando ello no es en estricto sentido correcto para efectos de la presente controversia. Si tenemos en cuenta que la regulación del acceso ADSL se relaciona con la provisión de dicho servicio únicamente a un abonado de telefonía fija de TELEFÓNICA, nos encontramos entonces ante una disposición que termina por afectar también el segmento minorista. Por lo tanto, no es correcto argumentar –como hace la Resolución Final- que dicha regulación sea incapaz de modelar en ninguna medida el mercado minorista del ADSL.

No obstante, la propia Resolución Final pareciera darnos la razón de forma parcial, al menos en lo que respecta a la regulación del año 2000, cuando señala lo siguiente con respecto a la regulación del ADSL emitida por OSIPTEL:

«Respecto a la alusión que realiza la regulación ATM con acceso ADSL al servicio telefónico fijo, es importante tener en cuenta que la regulación ADSL debe ser leída en su contexto, un contexto en el cual TELEFÓNICA tenía más del 99% del mercado de telefonía fija y se buscaba dar la oportunidad a los proveedores de Internet de llevar el Internet a los usuarios del servicio de telefonía fija de TELEFÓNICA.» (el énfasis es agregado)

Sin embargo, lo señalado por la Resolución Final, en el sentido que la regulación que estableció la condición de provisión conjunta de un acceso ADSL con una línea telefónica (venta atada para el CCO) sólo sería plausible en un determinado contexto, sería un axioma válido si la regulación posterior al año 2000 hubiera

descartado dicho empaquetamiento, eliminando con ello cualquier referencia a la venta empaquetada de un acceso ADSL con una línea telefónica. Sin embargo, lo señalado por el CCO no es una afirmación válida desde que OSIPTEL decidió conscientemente mantener la venta conjunta también en las regulaciones que emitió en los años 2007 y 2008. Es decir, aún cuando el contexto al que hace referencia el CCO ya había sido ampliamente superado, OSIPTEL siguió insistiendo –luego de profundo análisis– en mantener la obligación de venta empaquetada. Por lo tanto, si OSIPTEL resolvió en ejercicio de su potestad regulatoria mantener una y otra vez dicho empaquetamiento (circuito de ADSL y línea telefónica), independientemente del contexto en cual se encontraba el mercado de telefonía fija, no resulta lógico que el CCO le señale a TELEFÓNICA que debió modelar su acción comercial de una forma distinta, máxime si la política comercial que ahora se nos pretende imponer podría tener evidentes problemas de cara a la libre competencia, en particular respecto de la viabilidad de los operadores alternativos.

Sobre este último punto, TELEFÓNICA ha señalado a lo largo del procedimiento que en la medida que la regulación del ADSL implicó una venta conjunta para el caso de los operadores alternativos, ello significó un condicionamiento de su propia política comercial a estos límites, establecidos de forma consecuente, sensata y reflexiva por OSIPTEL hasta en tres oportunidades. Por lo tanto, de aceptarse la tesis sostenida primero por la Secretaría Técnica y luego por el CCO respecto de que la venta empaquetada realizada por TELEFÓNICA no es plausible, ello implicaría que mientras los operadores alternativos solo podrían comercializar conexiones ADSL a los abonados de TELEFÓNICA a ésta no le sería aplicable dicha limitación, estando en la posibilidad de afectar un mercado mucho más amplio sin mayor rivalidad. En el supuesto negado que se nos terminara imponiendo la medida correctiva dispuesta por el CCO, sin la consiguiente modificación de la regulación del ADSL, nos encontraríamos ante el siguiente escenario. Imaginemos al cliente Pedro que utiliza un "ADSL solo" provisto por TELEFÓNICA, pero en la medida que no es abonado de telefonía fija de TELEFÓNICA, jamás podrá ser atendido por algún operador alternativo. De tal suerte que las capacidades competitivas de estos operadores se encontrarían

limitadas y se situaría a TELEFÓNICA en una situación de evidente ventaja competitiva.

La posibilidad que se produzca una situación como la descrita en el párrafo anterior, contradice de forma abierta el espíritu de una regulación procompetitiva que, como ha reconocido el propio CCO, es el tipo de regulación del ADSL dictada por OSIPTEL. A mayor abundamiento, la imposición definitiva de la medida correctiva del CCO obligaría a que los órganos de línea de OSIPTEL se vieran obligados a modificar la regulación mayorista existente, lo cual también abona en el sentido que nos encontramos ante un caso en el que es de aplicación el principio de supletoriedad, puesto que las normas regulatorias marcan la pauta respecto de la intervención de la autoridad de libre competencia y no al revés.

No obstante, respecto del argumento anterior (que la medida correctiva impone en la práctica el desarrollo de un comportamiento anticompetitivo respecto de los operadores alternativos del ADSL), el CCO ha señala en su Resolución Final que lo expresado por TELEFÓNICA no podría ser desarrollado en el marco del presente procedimiento; pero sí, tendría validez como una opinión dentro de un procedimiento regulatorio para contradecir determinados aspectos de la regulación del ADSL con los que TELEFÓNICA no se encontraría conforme³⁸.

Consideramos que el CCO incurre en un error sobre el particular, dado que TELEFÓNICA no está cuestionando en este procedimiento la decisión regulatoria tomada en su oportunidad por OSIPTEL. TELEFÓNICA es consciente y sabe cuáles son las vías para recurrir las regulaciones del ADSL. Lo que TELEFÓNICA cuestiona es la decisión del CCO, en el sentido de desatender abiertamente cualquier influencia de la regulación del ADSL en nuestra propia política comercial. Por lo tanto, lo que pretendemos no es modificar el marco regulatorio del ADSL aprobado en su oportunidad por OSIPTEL, sino advertir que el CCO no está en la capacidad de dictar una medida correctiva como la que finalmente ha impuesto sin tener en cuenta que la racionalidad incorporada en nuestra decisión empresarial fue la misma que llevó en su momento a OSIPTEL a establecer la obligación de venta conjunta en la regulación del acceso ADSL. Estimamos que

³⁸ Páginas 19 y 20 de la Resolución Final.

antes de descartar de plano lo invocado por TELEFÓNICA, el CCO debió motivar de forma adecuada su decisión en el sentido de establecer cuáles fueron sus razones —más allá de argumentaciones del tipo formalistas— para imponernos una condición que contradice la regulación existente y que situaría a TELEFÓNICA en una situación de ventaja respecto de los operadores alternativos.

2.2.4. El CCO no ha rebatido nuestros argumentos respecto de la revisión de los contratos de acceso a Internet por parte de OSIPTEL

Respecto de los contratos de abonado del servicio de ADSL de TELEFÓNICA, señalamos en su oportunidad que debía tenerse en cuenta que los organismos de línea de OSIPTEL ya habían tenido oportunidad de revisar en numerosas ocasiones su legalidad y al hacerlo no solo no encontraron mayor inconveniente, sino que por el contrario expresaron claramente que los mismos estaban en concordancia con la legislación vigente.

No obstante, el CCO rebate nuestros argumentos utilizando para ello una fórmula meramente formalista, sin tener en cuenta el verdadero alcance de esta declaración de cara al presente procedimiento.

Como detallamos en nuestro escrito de Alegados y Comentarios al Informe Instructivo, TELEFÓNICA en varias oportunidades elevó a las instancias correspondientes de OSIPTEL distintos contratos de abonado del servicio Speedy (ADSL). Dichos documentos contenían una cláusula donde se señalaba expresamente que para poder contar con el servicio de acceso a Internet a través del ADSL de TELEFÓNICA era necesario que el abonado contara con «una línea fija de su titularidad contratada con TdP (no líneas prepago)». Como respuesta a cada contrato elevado, OSIPTEL remitió a TELEFÓNICA una comunicación en la que señalaba que los contratos se ajustaban a lo dispuesto en la normativa vigente con el siguiente texto:

«Al respecto, le manifestamos que este Organismo ha procedido a la evaluación de los referidos modelos de contrato de abonado del servicio de acceso a Internet y los

modelos de addendum al contrato de abonado del servicio de telefonía fija, habiéndose advertido que los mismos se ajustan a lo dispuesto en la normativa vigente. En ese sentido, ponemos en su conocimiento nuestra conformidad con el contenido de los mismos.» (el énfasis es agregado).

Sin embargo, el CCO señaló lo siguiente respecto de la documentación aportada por TELEFÓNICA sobre el particular:

«(...) la conformidad del contrato de abonado otorgada a TELEFÓNICA, aún cuando hubiese sido esbozada de una manera genérica, resultaba claro para ambas partes que se trataba de un pronunciamiento en virtud a la normativa de usuarios, descartándose una aprobación de dicho contrato en términos amplios.»

Discrepamos de lo señalado por el CCO respecto del pronunciamiento de OSIPTEL, en el sentido que se circunscribía a la normativa de usuarios. El CCO llega a dicha conclusión luego de recabar una serie de información adicional de los órganos de línea de OSIPTEL, como diversos pronunciamientos de la Gerencia de Usuarios y un requerimiento de la Gerencia General. Documentos que no fueron puestos en conocimiento de TELEFÓNICA sino hasta la notificación de la Resolución Final. Si el entendimiento del CCO respecto del real alcance de pronunciamiento de OSIPTEL recién se completó luego de recibir información adicional, no entendemos las razones por las cuáles TELEFÓNICA tuvo que llegar a la misma conclusión sin tener a la vista dicha documentación.

En el expediente se muestra efectivamente que la Gerencia General recurrió a la opinión de la Gerencia de Usuarios para verificar la validez de los contratos aportados por TELEFÓNICA. Sin embargo, bien pudo realizar el mismo ejercicio recurriendo a otras instancias de línea de OSIPTEL, como la Gerencia de Políticas Regulatorias y de Competencia. En tal sentido dada la fórmula extensa aplicada por OSIPTEL para referirse a la validez de los contratos del servicio Speedy, nada hacía prever que dicho pronunciamiento tenía un carácter restringido. Por tanto, no es aceptable que se pretenda que TELEFÓNICA dé una interpretación distinta a lo expresado de forma textual en las comunicaciones de OSIPTEL.

No obstante, más allá de la disquisición formalista que hace el CCO sobre el real contenido de las comunicaciones de OSIPTEL respecto de que si bien dijo esto

pero que TELEFÓNICA debió entender aquello, lo realmente importante está relacionado con la validación de la práctica comercial investigada realizada por nuestra parte *desde hace casi doce años* con relación a la prohibición absoluta contenida en las Condiciones de Uso de realizar cualquier tipo de venta atada. Efectivamente, TELEFÓNICA advirtió en su escrito de Alegatos y Comentarios al Informe Instructivo³⁹ que el artículo 17 de las Condiciones de Uso⁴⁰ contiene una prohibición de condicionar la contratación de un servicio de telecomunicaciones a la provisión de otro. No obstante la alegación de TELEFÓNICA no mereció ningún tipo de análisis por parte del CCO.

De acuerdo con nuestra posición, si los contratos de abonado del servicio Speedy contienen expresamente una cláusula donde se establece la necesidad de disponer de una línea telefónica para poder contar con el servicio ADSL y estos documentos han sido aprobados una y otra vez por OSIPTEL, las únicas conclusiones que se pueden derivar de este hecho son las siguientes: (i) que la práctica estipulada no constituye una venta atada (contradiciendo con ello al CCO), (ii) no afecta el bienestar de los consumidores, (iii) está justificada, o, (iv) que el análisis de su racionalidad ya se ha hizo en el marco de otros procedimientos regulatorios y por lo tanto no corresponde que OSIPTEL, sin mediar un procedimiento análogo, procediera a su cuestionamiento o modificación. Cualquier interpretación en contrario, en el sentido que la declaración de OSIPTEL es inmaterial de cara al presente procedimiento (como la que ensaya el CCO en la Resolución Final) no puede ser aceptada por el ilustre Tribunal.

³⁹ Páginas 77 y 78.

⁴⁰ Condiciones de Uso

Artículo 17c.- Prohibición de ventas atadas

Toda persona tiene derecho a contratar por separado cualquiera de los servicios que ofrece la empresa operadora, quedando prohibido que la contratación se condicione a la adquisición, arrendamiento o cualquier otra forma de utilización, de los materiales y/o equipos de propiedad de la empresa operadora y/o a la contratación de otros servicios públicos de telecomunicaciones; sin perjuicio que la empresa operadora pueda ofrecer planes tarifarios, ofertas o promociones, en los cuales se incluya dichos componentes adicionales.

2.2.5. OSIPTEL se encuentra ejerciendo potestades regulatorias en el marco de un procedimiento regular

Como señaláramos en nuestro escrito de Alegatos y Comentarios al Informe Instructivo⁴¹ en la actualidad OSIPTEL viene impulsando un procedimiento para determinar a los Proveedores Importantes de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, regulación que será aplicable tanto en lo relativo a las obligaciones de compartición de infraestructura como a la reventa de tráfico y/o servicios públicos de telecomunicaciones.

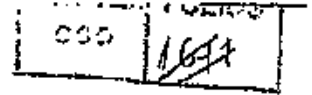
Señalamos que OSIPTEL ha establecido como prioritarios a los siguientes mercados: (i) mayorista para Internet y transmisión de datos, que se encuentra dentro del grupo de servicios mayoristas de origen fijo; (ii) los relacionados con el acceso a la red pública de servicio móvil, que se encuentra dentro del grupo de servicios mayoristas de origen móvil; (iii) los relacionados con el arrendamiento de circuitos, que se encuentra dentro del grupo de servicios mayoristas de origen fijo; y (iv) acceso mayorista al servicio de TV de paga.

Sobre el particular el CCO señala lo siguiente:

«A este respecto, tal como se desprende de la aplicación del principio de supletoriedad, la facultad de solución de controversias se inhibe ante la existencia de regulación vigente, más no procede invocar la inhibición cuando se trata de regulaciones en desarrollo que actualmente no se aplican en el mercado.»

(...), se tiene que la aludida Regulación de Proveedores Importantes de Servicios Públicos de Telecomunicaciones, se reconoce consistente con las mejores prácticas de regulación y, en esa línea, establece como criterio general priorizar el análisis de los mercados mayoristas de los servicios de telecomunicaciones sobre los minoristas, teniendo en consideración que una intervención a nivel mayorista implica un menor grado de intervención en los mercados finales pues, una vez que se facilita la entrada de nuevas firmas a nivel mayorista se deja que las fuerzas competitivas operen en el mercado final sin necesidad de intervenir en él directamente.» (el énfasis es agregado)

⁴¹ Páginas 70 a 76 de nuestro escrito.



Telefonica

Telefónica del Perú S.A.A.

 1742
 Andrey G.
 Secretario

No obstante, sobre el particular discrepamos con lo señalado por el CCO, en la medida que lo que busca el principio de supletoriedad es que las decisiones de la autoridad de competencia no interfieran en las políticas diseñadas por el regulador sectorial en la medida que las decisiones de ambos órganos de la Administración parten de un distinto nivel de análisis y sus fines no necesariamente son los mismos. Es sabido que la autoridad de competencia interviene principalmente para corregir aquellas prácticas empresariales que puedan generar un efecto negativo en el mercado (práctica explotativa), mientras que la injerencia de la autoridad regulatoria, a través de la imposición de determinada decisión regulatoria, abarca un espectro mucho más amplio, como por ejemplo, priorizar determinado tipo de decisiones empresariales para impulsar un grado mayor de inversión o establecer un determinado modelo de competencia, tomando en cuenta cuál sería el efecto de esta decisión en el futuro, aspectos que no son analizados por las autoridad de competencia.

En la medida que el Estado peruano, ha diseñado una regulación que incentiva la competencia a partir del despliegue de infraestructura, en beneficio de aquellos operadores que tendrían dificultades para alcanzar el mercado, a partir de un modelo de competencia por servicios (intra-plataforma) en determinados mercados considerados como prioritarios, no parece prudente que la agencia de competencia intervenga y modifique este modelo, sin tener en cuenta que existen innumerables herramientas regulatorias que no puede utilizar para modelar la conducta de los operadores en dichos mercados.

Tal como señaláramos en nuestro escrito de Alegatos y Comentarios al Informe Instructivo esta «competencia» por regular en la que parece enfrascarse el CCO no puede ser sino perjudicial para el mercado de las telecomunicaciones nacional y debiera ser observada por el Tribunal.

1743 Vo
Andrey Figue
Secretaría 5

2.2.6. El ADSL desnudo es principalmente una decisión regulatoria y no competencia de un CCO

Haciendo una brevísima referencia a la experiencia internacional, la Resolución Final señala que la legislación comparada contempla la provisión del acceso a Internet por ADSL desnudo. Añade que la provisión de este servicio se habría dado por diversas razones que van desde la propia iniciativa empresarial, como por la imposición de la autoridad, entendiéndose por tales a los organismos reguladores y a las agencias de competencia y sustenta esta posición en un documento elaborado por la consultora neozelandesa Network Strategies para el Ministerio de Desarrollo Económico de Nueva Zelanda (*Ministry of Economic Development*).⁴² No obstante, cabe destacar, tal como lo hicimos con ocasión de nuestro escrito de Alegatos y Comentarios al Informe Instructivo, que en todos los casos citados en el documento citado ahora por el CCO, la implementación del ADSL desnudo ocurrió únicamente o por una decisión comercial o por impulso de la autoridad competente, básicamente como una regulación del mercado mayorista (nótese la diferencia que hace el informe neozelandés entre el llamado "NDSL" para el mayorista y el "DSL only" para el minorista), el CCO no cita un solo caso en el que el ADSL *naked* se haya impuesto por intervención de una agencia de competencia.

Entendemos que la determinación del modelo de competencia más idóneo en el mercado de acceso a Internet no es una facultad que deba estar reservada a un CCO. Sobre el particular, ALTERNA2 señala con acierto que la promoción de un modelo de competencia para algunos operadores (que no tienen redes de acceso propias y que cuentan con menos del 1 por ciento del mercado nacional de telefonía fija y que como veremos no se pueda decir que han sido afectados con la práctica investigada) frente a los demás modelos existentes en el mercado (que sí tienen redes de acceso propias y que representan al 99 por ciento del mercado restante), sin tener en cuenta que uno y otro responden a intereses empresariales contrapuestos y que, a efectos de las finalidades que debe tutelar el Estado

⁴² NETWORK STRATEGIES, *Naked DSL: The Potential Impact in New Zealand*, 2006.

ofrecen distintas ventajas y desventajas, en distinto grado, es que se debe evaluar y ponderar de forma integral cualquier decisión sobre el particular.

En la medida que la promoción de un determinado modelo regulatorio es el resultado de un complejo proceso de evaluación que responde a la dinámica de un mercado no menos enmarañado y en constante evolución, es que las autoridades de competencia alrededor del planeta han decidido no intervenir para limitar la práctica materia de evaluación, a pesar de las innumerables veces que se exigió su intervención. Han sido en todo caso, las autoridades regulatorias quienes después de un profundo análisis han optado en todo caso por intervenir conciliando los diferentes intereses en juego.

Considerando que nos encontramos ante una decisión comercial que no sólo ha sido de pleno conocimiento de OSIPTEL desde hace casi doce años y que sólo fue adoptada por TELEFÓNICA luego de una intervención regulatoria en el año 2000 es que no parece que la intervención de la autoridad de competencia sea de lo más aconsejable, no dudamos que el Tribunal tomará en cuenta este argumento al momento de resolver.

2.2.7. TELEFÓNICA ha actuado en un marco de confianza legítima

La pretensión del CCO de regular de determinada forma la provisión del servicio de acceso a Internet de TELEFÓNICA implica en la práctica desconocer la validez de los diversos pronunciamientos de OSIPTEL contenidos en sendas resoluciones administrativas, informes debidamente sustentados y en declaratorias de conformidad de los contratos de abonado del ADSL, lo cual además de perjudicar a TELEFÓNICA, contraviene frontalmente nuestro ordenamiento jurídico y debe ser rechazada de plano por el Tribunal en mérito a las razones que exponemos en las siguientes líneas.

Como es de conocimiento de los miembros del Tribunal, las Resoluciones NNos. 036-2000-CD/OSIPTEL, 010-2007-CD/OSIPTEL y 039-2008-PD/OSIPTEL (para efectos de este título, las Resoluciones) que hemos citado son actos

administrativos plenamente válidos, emitidos por la autoridad competente a través de un procedimiento administrativo regular iniciado de acuerdo a Ley. La Autoridad, ha tenido hasta tres momentos para evaluar la racionalidad de la provisión de un acceso ADSL con una línea telefónica, y en todas ellas optó por la misma decisión, reafirmando con ello que su pronunciamiento era conforme al ordenamiento jurídico nacional.

La validez del pronunciamiento contenido en las Resoluciones citadas es incuestionable, con mayor razón si el artículo 9 de la Ley del Procedimiento Administrativo establece que «[l]odo acto administrativo se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional». A la fecha ninguna autoridad ha destruido o puede destruir esta presunción de validez que protege a las Resoluciones; por tanto, es irrefutable que los tres actos se encuentran –o se encontraron- arreglados a Derecho.

En virtud del carácter ejecutivo aplicable a todo acto administrativo, las Resoluciones citadas, en particular a lo que corresponde al presente procedimiento, son –o fueron- plenamente eficaces frente a cualquier actor (administración pública y terceros) y, mientras no se declare su nulidad, su contenido debe ser respetado.

Al respecto, MORON URBINA⁴³ afirma:

"La eficacia es la aptitud que poseen los actos jurídicos para producir las consecuencias de toda clase que conforme a su naturaleza deben producir, dando nacimiento, modificando, extinguiendo, interpretando, o consolidando la situación jurídica o derechos de los administrados. (...).

Desde el punto de vista de los sujetos vinculados, tenemos que la eficacia del acto administrativo, como acto de poder público, es general, incluyendo a las autoridades administrativas, a los administrados comparecientes y no comparecientes en el procedimiento, sin que pueda excusarse su cumplimiento por desconocimiento, error, nulidad, etc. en tanto no sea retirado del mundo jurídico mediante algún mecanismo idóneo previsto en la ley. (...) la eficacia del acto, respecto de otros administrados también es indirecta en la medida que deben respetar, cumplir y acatar la situación jurídica contenida en el acto. (el énfasis es agregado)

⁴³ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Op. Cit. pp.179-180.

Con arreglo a los fundamentos expuestos, TELEFÓNICA no sólo ha confiado legítimamente en la racionalidad de las Resoluciones, sino que su deber siempre ha sido el de respetar lo contenido en dichos actos. TELEFÓNICA ha confiado legítimamente en la posición mantenida una y otra vez por el OSIPTEL en su condición de autoridad competente para regular el mercado de provisión de servicios de Internet. TELEFÓNICA configuró su política comercial apoyándose en aquellos principios que entendían como válida, justificada y racional la provisión conjunta de un circuito de ADSL con una línea telefónica.

No existe argumento jurídico válido que permita a la autoridad desentenderse de sus propias declaraciones y defraudar la confianza que su propia actuación (sus propias Resoluciones) han generado. TELEFÓNICA no puede resultar perjudicada por haber confiado en la razonabilidad de la práctica consagrada en las Resoluciones emitidas por OSIPTEL de forma regular hasta en tres oportunidades. Sostener lo contrario, implicaría que la Administración puede válidamente desentenderse del deber que le impone el principio de la buena fe de actuar con lealtad, de modo coherente y previsible en sus relaciones con los administrados, máxime si tenemos en cuenta que de forma excepcional el legislador ha considerado que el regulador de las telecomunicaciones y la agencia de competencia para el mercado de las telecomunicaciones en el Perú deben estar subsumidos en una misma institución.

2.3. El CCO ha errado al determinar el mercado relevante

2.3.1. Algunos apuntes sobre el mercado relevante

Para analizar la estructura de un mercado y luego el efecto de las conductas de diferentes agentes económicos en el mismo, es necesario definir previamente cuál es el conjunto de productos o servicios que forman deben ser considerados como parte de dicho mercado. Dicha evaluación debe ser realizada, principalmente, tomando en cuenta el punto de vista de los consumidores (análisis de demanda). Como se ha señalado en innumerables ocasiones por la doctrina más autorizada, una definición errónea o ambigua del conjunto de productos o servicios que

forman parte del mercado investigado –como ocurre lamentablemente en el presente caso-, conduce de forma inequívoca a conclusiones erradas acerca de la estructura misma del mercado, de las condiciones de competencia y, por lo tanto, llevará a una incorrecta apreciación de la influencia y efectos de la conducta empresarial investigada en dicho mercado.

De acuerdo con el artículo 6 de la vigente Ley de Libre Competencia el mercado relevante está integrado por el denominado mercado de producto y el mercado geográfico. El mercado de producto relevante está formado por el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos plausibles. El mercado geográfico relevante es el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante.⁴⁶

Cabría recordar que al hablar de buenos sustitutos no se hace referencia a productos o servicios que tienen que ser idénticos al analizado, como parece apreciar equivocadamente el CCO, sino únicamente respecto de aquellos que deben ser considerados como sustituibles o intercambiables de un modo razonable, en términos de precio, calidad y otras condiciones, por un número significativo de consumidoras (no por todos los consumidores) a efectos de satisfacer una determinada necesidad⁴⁷. Así, el error más importante –aunque no el único- del CCO respecto de la definición del mercado relevante está asumir que la sustituibilidad implica como requisito considerar sólo a aquellos bienes o servicios con iguales características, lo cual es en esencia una apreciación incorrecta. El concepto de bien o servicio sustituto no implica que tengan las

⁴⁶ Ley de Libre Competencia

Artículo 6o.- El mercado relevante.-

6.1. El mercado relevante está integrado por el mercado de producto y el mercado geográfico.

6.2. El mercado de producto relevante es, por lo general, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución.

6.3. El mercado geográfico relevante es el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, los costos de transporte y las barreras al comercio existentes.

⁴⁷ FIGARI, Hugo, Hugo GÓMEZ y Mario ZUÑIGA, *Hacia una metodología para la definición del mercado relevante y la determinación de la existencia de posición de dominio*. En: Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual, No. 1, primavera de 2005, p. 160.

Telefónica

Telefónica del Perú S.A.A. 1749 L

 Audrey Fu
 D-1
 Secretaria

mismas condiciones, existen innumerables situaciones en las que las autoridades de competencia han considerado que bienes o servicios claramente diferentes son considerados como sustitutos. Lo que importa es que se cumpla con la condición de brindar la misma funcionalidad desde la perspectiva de aquello que es requerido por los consumidores.

El criterio señalado ha sido recogido, por la Comisión de Libre Competencia de INDECOP en el caso seguido por Cab Cable contra Electrocentro (Expediente No 006-98-CLC - Informe No 004-2000-CLC/INDECOP) cuando señala que la intercambiabilidad de los productos no significa que éstos tengan iguales características, sino únicamente que los servicios o productos alternativos se encuentran en la capacidad de satisfacer las necesidades del consumidor sin que éste incurra en nuevos o elevados costos de intercambio. Cuando ello ocurre, se advierte que los distintos bienes o servicios deben ser considerados como sustitutos y por lo tanto forman parte del mismo mercado.

En igual sentido, el Tribunal de INDECOP ha señalado lo siguiente con ocasión del caso seguido por Empresa Editora El Comercio contra Aero Continente (Expediente No. 005-97-CLC - Resolución No. 0078-1999/TDC-INDECOP):

«(...) El producto relevante comprende la totalidad de productos y/o servicios intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos, que puedan ser considerados como alternativas razonables por un número significativo de clientes y consumidores. Ella implica determinar las fuentes alternativas de aprovisionamiento a las que puede acudir el consumidor o usuario en el corto plazo si el precio del producto o servicio se incrementa en un monto significativo (...)» (el énfasis es agregado)

No obstante, en la Resolución Final el CCO no ha acreditado por qué los consumidores buscarían cubrir sus necesidades de acceso a Internet sólo a partir de dos características, como serían la velocidad y la capacidad de descarga, no obstante que la mayoría de los internautas nacionales podrían considerar que estas dos condiciones no serían las más relevantes. En efecto, correspondía que el CCO acreditara su argumento: que ante un aumento significativo y estable del precio del servicio, los consumidores no optarían por servicios de Internet con velocidades o capacidades de descarga diferentes a las del ADSL, provisto por

TELEFÓNICA. Lamentablemente el CCO no ha presentado prueba alguna de ello e incluso (sin dar mayor justificación para ello) ha obviado efectuar el análisis de monopolista hipotético que precisamente es utilizado por las agencias de competencia a efectos de evaluar este aspecto. ¿Por qué un consumidor que utiliza Speedy no optaría por utilizar un servicio BAM ante un escenario de aumento de precio de la primera? ¿Cómo ha acreditado el CCO esto? Pese a su relevancia, nada de esto ha sido evaluado por el CCO.

2.3.2. La Resolución Final no hace un análisis de la demanda

En nuestro escrito de Alegatos Finales señalamos que gran parte de los problemas contenidos en el Informe Instructivo –replicados lamentablemente en la Resolución Final–, se derivaban de un incorrecto análisis de la demanda –en realidad de ninguna observación respecto de la misma–. Tal como hicimos en aquella oportunidad, creemos conveniente señalar que los Lineamientos de Libre Competencia advierten lo siguiente respecto de la necesidad de realizar un análisis de la demanda para la correcta delimitación del mercado relevante:

«Una fuente importante de información está constituida por los demandantes de los productos analizados. El procedimiento que se utiliza es el de entrevistar a estos para conocer su opinión sobre lo que consideran como sustitutos cercanos; una vez que se determina que un bien tiene esta característica, entonces se le considera como un competidor del producto analizado. Además de estos criterios, se debe tener en cuenta los precios de los productos en el análisis ya que lo que se pretende averiguar no es únicamente la posibilidad de sustitución física y/o las preferencias de los consumidores, sino la sustituibilidad de los productos en sus decisiones de compra, esto es, en su demanda individual, lo cual implica una evaluación cuantitativa de la sustituibilidad, pero a nivel de las decisiones de compra manifestadas en las entrevistas individuales.

Más específicamente, para determinar la delimitación de producto por el lado de la demanda se suelen plantear ciertas interrogantes y definir la sustituibilidad en el mercado según las respuestas que se obtengan. Inicialmente se podrían plantear cuáles son los productos que compiten con el producto analizado; para determinar si los productos compiten efectivamente o no, debe tomarse en cuenta si los consumidores al usar un servicio alternativo no son afectados en su nivel de bienestar. En términos generales se busca reunir a todos aquellos servicios que presentan

características similares desde el punto de vista de los consumidores, aislando en un primer momento el factor de los precios. Es decir, se busca determinar la posibilidad de sustitución física de los productos.

Una vez que se han identificado aquellos productos que son sustitutos físicos para los consumidores, se busca determinar la posibilidad de sustitución total incorporando a los precios en el análisis. Para los consumidores que están utilizando el servicio que se analiza, se desea conocer si estarían dispuestos a cambiarse hacia alguno de los productos sustitutos si se produjese un incremento pequeño, pero significativo en el precio del servicio analizado. Para esto debe tenerse en cuenta que los consumidores deben percibir el incremento en el precio como permanente, o que al menos no va a volver a su nivel original por un periodo considerable de tiempo.

Con estas consideraciones, ya se pueden aislar aquellos productos que son buenos o cercanos sustitutos del producto analizado para los consumidores. Como se puede ver esta delimitación de producto por el lado de la demanda comprende dos pasos: separar los productos que son sustitutos físicos para los consumidores sin tomar en cuenta a los precios en el análisis; y en un segundo momento, de los productos que son físicamente sustituibles eliminar aquellos que los consumidores no estarían dispuestos a utilizar si se produjese un incremento en el precio del producto analizado.»

No obstante, lo señalado aun cuando la Resolución Final declara que hace un análisis de la demanda, en realidad realiza un examen de la oferta de servicios de acceso a Internet, en particular sobre la base de alguna de las características técnicas de las tecnologías de acceso a Internet disponibles en el Perú. De esta forma, a partir de este incorrecto análisis, termina por mutilar el mercado relevante, sin tener en cuenta en ninguna medida la opinión individual de los consumidores respecto de sus preferencias de navegación en Internet y de las tecnologías de acceso a Internet disponibles en el mercado, de tal forma que termina por expulsar a uno de los productos que más exigen los consumidores nacionales en la actualidad, nos referimos a la tecnología de banda ancha móvil (en adelante, BAM).

La determinación del mercado relevante que nos reveló primero el Informe Instructivo y que lamentablemente ha terminado por recoger la Resolución Final mereció los siguientes comentarios por parte los especialistas que consultamos sobre el particular:

«En este punto, el mercado relevante no sólo vendría dado por el "servicio de internet por ADSL y cable módem a usuarios finales, tanto residenciales como comerciales, en los 380 distritos a nivel nacional en los que existe cobertura de este servicio", como menciona el instructivo, sino que debe de ser analizado en un marco más amplio, considerando dos puntos esenciales: (i) Criterios de demanda y la Banda Ancha Móvil como sustituto de la Banda Ancha fija y; (ii) Evidencia de sustitución en el Perú.» (APOYO)

«En nuestra opinión, el razonamiento desarrollado por la Secretaría Técnica en este punto incurre en un grave error al desconocer que la banda ancha móvil califica como un sustituto de la banda ancha. Dicho razonamiento parece no haber tomado en consideración que, desde el punto de vista de las funcionalidades, ambas modalidades son susceptibles de suministrar un servicio similar a los consumidores y, por tanto, son susceptibles de ser considerados como "servicios intercambiables" por parte de los consumidores.» (MIRANDA&AMADO) (énfasis en el original)

«El análisis de sustitución en el mercado de producto realizado por la Secretaría Técnica, ha omitido considerar las preferencias de los consumidores, no obstante la importancia de este factor a efectos de definir el mercado relevante, como lo reconoce también la propia Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.» (ALTERNA2)

Las razones por las cuales el CCO considera que la BAM no es un sustituto válido de la banda ancha alámbrica (DSL y módem de cable) se debe a que la mencionada tecnología presentaría las siguientes limitaciones: (i) tendría restricciones en cuanto a su uso; y, (ii) constituiría una oferta comercial complementaria respecto de la banda ancha fija. Como veremos a continuación ambas apreciaciones son equivocadas.

a) ¿Para qué utilizan la banda ancha los consumidores nacionales?

La demanda por los servicios de banda ancha es complementaria de la demanda que se tiene por los contenidos en internet. Es decir, el negocio de banda ancha de las empresas de telecomunicaciones es exitoso porque existen en Internet suficientes contenidos para atraer a los internautas. Paralelamente, existe mucho contenido en Internet porque encontramos un gran número de internautas. Sin esta correlación de hechos, es decir, sin un número considerable de internautas

Telefónica del Perú S.A.A. 1753 Vc
Andrey Figueroa
 Secretario S

que atrae a los contenidos el negocio de accesos de banda ancha no tendría sentido. Este análisis teórico ha sido recogido recientemente por la Comisión de Libre Competencia de INDECOPI para resolver el caso entre Operaciones Arcos Dorados del Perú contra Jockey Plaza Shopping Center, Sigdelo y otros (Expediente No. 007-2007/CLC – Resolución No. 059-2011/CLC-INDECOPI).

Llama la atención que para un mercado tan poco tecnológico como el de centros comerciales el INDECOPI decida utilizar el refinamiento teórico de los mercados de dos caras y que de forma inexplicable el CCO lo deje de lado para un caso de acceso a Internet.

No es posible entender el ecosistema de Internet –y sus tecnologías de acceso– sin tener en cuenta un análisis de mercado como el que hemos resumido. Es decir, cualquier metodología de análisis del mercado de las tecnologías de acceso a Internet debe considerar siempre que las necesidades por una conexión de banda ancha responden básicamente a la provisión de los contenidos que los internautas reclaman en la Red. No obstante, nada encontramos sobre el particular ni en el Informe Instructivo o en la Resolución Final, lo cual debilita de forma insalvable el análisis realizado. Para el CCO la demanda de banda ancha no está afectada por la provisión de contenidos, como si no tuvieran ninguna relación. Si no supiéramos que nos encontramos ante una controversia que versa sobre una determinada tecnología de acceso a Internet, la lectura de la Resolución Final pareciera ser una investigación que versa sobre un producto o servicio que satisface una demanda específica y no correlacionada con una determinada oferta, como si nos encontráramos ante la necesidad de analizar el mercado de un producto de higiene personal como el champú o determinado artículo deportivo como las zapatillas o raquetas de tenis. Esta falencia, impropia de cualquier análisis serio en una investigación por práctica anticompetitiva en un mercado de banda ancha, afecta la consistencia de la investigación y limita de forma considerable la validez de las premisas que sirven de base para el mercado relevante determinado por el CCO.

- b) La banda ancha se relaciona con la oferta de contenidos en Internet

Si partimos de la premisa que el servicio de acceso a Internet de banda ancha es contratado para satisfacer una serie de necesidades específicas relacionadas con la oferta de contenidos disponible en la Red, es importante que entendamos entonces cuáles son los patrones de consumo de estos consumidores. Para conocer las preferencias de navegación del internauta peruano, ALTERNA2 utiliza la Encuesta Nacional de Hogares (ENAH) elaborada por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI). Según información recogida por ALTERNA2 de acuerdo con la ENAH correspondiente al mes de setiembre del año 2011, el 36.5 por ciento de la población nacional de 6 años y más de edad, hace uso de Internet; sin embargo, este porcentaje se eleva considerablemente entre la población de 12 a 24 años, llegando en el rango de 12 a 18 años al 61.6 por ciento y en el de 19 a 24 años al 61.7 por ciento. De las cifras antes señaladas, es posible inferir que la población usuaria de Internet en el Perú, pertenece en su mayoría a los grupos más jóvenes de la población.

En cuanto a las actividades realizadas por los internautas ALTERNA2 aprecia que el 93 por ciento accede a Internet empieza para obtener información; luego para comunicarse a través de correos electrónicos o mensajes instantáneos (chat) un 74.1 por ciento; en tercer lugar, el 66.2 por ciento recurre a Internet para entretenimiento (juegos, películas o música) aunque este porcentaje se reduce al 49.4 por ciento en el grupo de edad de 25 y más años. Atrás, se encuentran los usos para actividades relacionadas a la educación formal (actividades de capacitación) con un 9.1 por ciento; operaciones de banca electrónica y otros servicios financieros con un 5.9 por ciento o la interacción con organizaciones públicas, solo un 5.5 por ciento.

Una parte importante de los internautas peruanos accede a Internet para realizar una serie de actividades que no exigen una conexión de una gran velocidad o que cuente con un nivel de descarga ilimitada. Incluso, aquellas actividades relacionadas con el consumo de películas o series de televisión

tampoco podrían verse afectadas si los internautas optaran por una tecnología del tipo BAM, pues para el caso peruano la oferta de contenidos vía streaming está mayormente limitada por aspectos relacionados con los derechos de autor y en todo caso el CCO no ha determinado en qué medida los consumidores peruanos exigen la provisión de servicios audiovisuales a un nivel mayor al límite de descarga suministrado por la BAM. Dado que el CCO no ha acreditado por qué los consumidores nacionales sólo podrían satisfacer sus expectativas de consumo en Internet a partir de determinada velocidad y con una capacidad de descarga ilimitada la determinación del servicio relevante para el presente caso está seriamente cuestionada.

Estos patrones de actividad del internauta peruano cuestionan lo señalado en la Resolución Final respecto de que sólo formaría parte del mercado relevante los accesos a través de desktops o laptops, descartando a los teléfonos inteligentes y tabletas, dado que se señala⁴⁸ que estos últimos dispositivos no permiten obtener una sensación de navegación cómoda. Sin embargo, en la medida que los patrones de consumo del internauta peruano no exigen contar con una gran pantalla o con un teclado de gran comodidad (chat o redes sociales), carece de alguna lógica que se expulse sin mayor análisis a tabletas y smartphones del mercado relevante como también hace la Resolución Final.

2.3.3. La Resolución Final incumple lo establecido en los Lineamientos de Libre Competencia

El CCO nos dirá en su Resolución Final que para abordar la determinación del mercado relevante ha seguido en esencia la huella marcada por los Lineamientos de Libre Competencia, sin embargo, cuando observamos la metodología que ha seguido el CCO y la comparamos con lo señalado en los Indicados Lineamientos, vemos cómo es que no son coincidentes.

Como en numerosos pasajes de su Resolución Final lo que ha venido a hacer el CCO para justificar la mutilación del mercado relevante es construir un argumento

⁴⁸ Página 27 (nota No. 27) de la Resolución Final.

a partir de un par de párrafos extraídos de los Lineamientos de Libre Competencia (en este caso respecto de una posible afectación al bienestar de los consumidores), descontextualizarlos; y, a partir de ello, sostener que puede irrogarse la facultad de interpretar la dinámica del mercado sin tener que cumplir – siquiera de una mínima forma-, con el test que para tal efecto imponen los propios Lineamientos, hecho que constituye otro error de motivación o de motivación aparente. Así, el CCO logra vaciar totalmente de contenido a la técnica de determinación del mercado relevante y se libera de cualquier obligación respecto de tener que realizar un verdadero análisis de la demanda para en los términos exigidos por la Ley de Libre Competencia y por los Lineamientos de Libre Competencia.

Contrariamente a lo indicado por la Administración respecto a una supuesta correcta determinación del mercado relevante, lo cierto es que de conformidad con los Lineamientos de Libre Competencia para que este análisis tenga algún nivel de certeza es necesario apelar a una serie de herramientas las cuales han sido por completo descartadas con ocasión de la instrucción del presente caso.

Por ejemplo, vimos cómo los Lineamientos de Libre Competencia recomiendan para determinar el mercado producto primero realizar un estudio sobre el producto, sus características y usos, las reacciones del mercado frente a cambios en los precios; incluso aconsejan realizar pruebas cuantitativas que permitan estimar la elasticidad de precios y elasticidad cruzada; además, realizar entrevistas o encuestas a los consumidores que permita descubrir cuál es su opinión respecto de los sustitutos cercanos existentes en el mercado. Identificados los productos físicos para los consumidores, es necesario identificar luego la posibilidad de su sustitución total incorporando los precios en el análisis a través de la opinión de los consumidores ante un *«un incremento pequeño, pero significativo en el precio del servicio analizado»*, de forma tal que sea posible aislar aquellos productos que son buenos o cercanos sustitutos del producto analizado desde el punto de vista de los consumidores y no únicamente desde la visión incompleta de los funcionarios de la autoridad de competencia (lo que se conoce como el test del monopolista hipotético). Así, los propios Lineamientos nos advertirán que la delimitación del producto comprenderá cuando menos dos

pasos: (i) separar los productos que son sustitutos físicos para los consumidores sin tomar en cuenta los precios en el análisis, a partir de la pruebas que hemos citado; y, (ii) luego, eliminar aquellos productos que los consumidores no estarían dispuestos a utilizar si se produjese un incremento en el precio del producto analizado.

No obstante, más allá de la observación empírica realizada por los funcionarios del CCO, con resultados sumamente cuestionables a decir de los informes que cuestionan seriamente el análisis realizado y que acompañamos en su oportunidad, resulta por lo demás indudable que no se ha hecho el menor esfuerzo por realizar un verdadero análisis del mercado producto en los términos exigidos por la legislación. Gracias a esta falencia no es posible descubrir cómo es que está conformada la real demanda por los servicios de banda ancha en el país. Si la Administración estimaba que no era oportuno realizar encuestas a los consumidores; o, si consideraba demasiado costoso acudir a la prueba del monopolista hipotético, bien pudo recurrir a revisar los numerosos estudios existentes sobre el comportamiento del internauta nacional. Por ejemplo, es sabido que desde hace algunos años Ipsos Apoyo viene publicando algunos trabajos sobre la materia tales como: Perfil del internauta limeño (2010), Perfil del usuario de redes sociales (2010) o el Perfil del internauta peruano (2011). La revisión de estos documentos habría podido servir al CCO para delimitar el patrón de consumo del internauta nacional y determinar si a partir de esta revisión el servicio de acceso a Internet fijo a través de tecnologías fijas podía ser sustituido por el de BAM.

Sin embargo, lamentablemente el CCO optó por una solución radicalmente distinta y por ello obtuvo un resultado mucho más débil, a partir de un poco riguroso estudio de la oferta de los diversos productos que componían el mercado sobre la base de su propia observación, lo que no puede calificarse en modo alguno como un acertado ejercicio válido para determinar el mercado relevante del producto materia de investigación.

Sobre el particular Gonzalo RUIZ, en un reciente artículo nos alerta claramente respecto que la fórmula de determinación del mercado relevante consagrada en la

Ley de Libre Competencia consiste en examinar el nivel de sustitución del producto únicamente por el lado de la demanda. A juicio de RUIZ ello permite descartar otros criterios incorrectos utilizados en el pasado, aplicados para el caso de denuncias por abuso de posición dominante, básicamente a través de un análisis de la oferta.⁴⁹ Lamentablemente, el CCO ha decidido volver al pasado y aplicar un análisis que hoy está proscrito por la legislación nacional.

2.3.4. El límite de descarga y la velocidad no son argumentos válidos para mutilar el mercado relevante

Como señalamos, uno de los principales argumentos que recoge la Resolución Final para rechazar la incorporación de la BAM como parte del mercado relevante está relacionado con el hecho de que esta tecnología tendría una capacidad de descarga limitada, mientras que la banda ancha fija carecería de una restricción similar. No obstante, el CCO no aporta ningún elemento de juicio –más allá que su propio análisis cualitativo– que permitan rebatir los argumentos realizados por TELEFÓNICA en el sentido que la BAM constituye un sustituto plausible a la banda ancha fija.

En dicho sentido, coincidimos con APOYO cuando señala que existirían cuando menos cuatro hechos que contradicen lo señalado ahora en la Resolución Final respecto de la determinación del mercado producto relevante: (i) la generalidad de usuarios de internet fijo tienden a concentrarse a velocidades menores a las proporcionadas por la BAM; (ii) existen planes de banda ancha fija con límite de descarga, menores a los topes de la BAM; (iii) el perfil del internauta peruano en el hogar no supera muchos de los límites de descarga de los planes de BAM; (iv) para muchos usuarios la BAM es más competitiva que la banda ancha fija.

Efectivamente, de acuerdo al Informe de APOYO, que acompañamos en su oportunidad, los usuarios de banda ancha fija tienden a concentrarse a unas velocidades menores a las proporcionadas por la BAM, lo cual no puede significar

⁴⁹ RUIZ DÍAZ, Gonzalo. *La nueva ley de represión de conductas anticompetitivas: acotando la discrecionalidad de la autoridad de competencia*. En: *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, No. 13, primavera de 2011, p. 166.

en modo alguno que nos encontremos ante un servicio que reduzca, limite o deteriore el bienestar de los consumidores como equivocadamente señala el CCO a partir de una observación no contrastada. El CCO se limita a realizar un análisis de la BAM sólo para velocidades de 3 Mbps, cuando la generalidad de usuarios de banda ancha fija se concentran en velocidades en el rango entre 0.5 Mbps y 1 Mbps. Así, según información del año 2011 el 68 por ciento de las conexiones de banda ancha fija (Speedy y módem de cable) poseían velocidades que se situaban entre los 512 y 1024 Kbps.

Según APOYO esta concentración de velocidades menores en los planes de banda ancha fija es clave para realizar un correcto análisis de la sustituibilidad respecto de la banda ancha fija por la BAM, pues el límite de descarga no parece ser una limitación a tener en cuenta para los usuarios de esta tecnología, donde por efecto de las menores velocidades de la banda ancha fija, la descarga total termina siendo similar para ambas tecnologías.

Existen planes de banda ancha fija con límites de descarga menores a los topes de la BAM. Específicamente, nos referimos al plan de TELEFÓNICA denominado «Internet 50». Sin embargo, este plan de banda ancha fija cuenta con un límite de descarga –aprobado por OSIPTEL– de 6 GB, menor a los planes de hasta 10 GB de descarga brindados por la BAM de Claro, Telefónica Móviles y Nextel. Sin embargo, este último plan de la BAM no fue considerado como parte del mercado relevante cuando es evidente que si seguimos el análisis del CCO sobre el particular tendría unas características que rivaliza con las de la banda ancha fija. Asimismo, existen planes de BAM para usuarios poco intensivos, (1 a 5 GB) con límites de descarga, pero con casi seis veces más velocidad (3 Mbps) que también debieron ser considerados dentro del mercado relevante. Asimismo planes con límites de descarga de 10 GB (con mayor intensidad de uso) también deben incluirse en el mercado relevante pues, un porcentaje importante de la planta de banda ancha fija (22 por ciento), se concentra en planes de con velocidades de más de 1 Mbps, pero menos o iguales a 2 Mbps.

Otro aspecto importante para determinar si el axioma empleado por el CCO para negar la entrada de la BAM en el mercado relevante se cumple, es verificar si

efectivamente el internauta nacional supera los límites de descarga impuestos por las operadoras móviles. De acuerdo con APOYO, citando un estudio de IPSOS APOYO⁵⁰ obviado por el CCO, el perfil del internauta peruano en el hogar no supera los límites de descarga establecidos para la BAM, pues el denominado internauta "hogareño", navega, un promedio de 20.6 sesiones mensuales, de 2.22 horas por sesión. Este consumo significa, en la práctica, bajo una estimación aproximada, un promedio de descarga de 2.15 Gb de consumo mensual. Un escenario más conservador implicaría 2.32 Gb de consumo y, uno más optimista con respecto a los (menores) requerimientos de descarga, un límite inferior de 1.41 Gb de consumo mensual.

Es decir, los planes de BAM son competitivos respecto de sus pares de la banda ancha fija, puesto que el límite de descarga promedio no lograría impedir el disfrute de contenidos en Internet para un número importante de usuarios, los cuales encontrarían competitivos los productos de la BAM con respecto a los de la banda ancha fija. En dicha línea, el informe de APOYO coincide plenamente con el estudio que realizara en su oportunidad Analysys Mason⁵¹ para OSIPTEL en el sentido que la BAM pareciera que es menos costosa que la banda ancha fija.

Como vimos en el título 2.3.2 a) (*La banda ancha se relaciona con la oferta de contenidos en Internet*) las actuales velocidades de la BAM son más que suficientes para cubrir los propósitos prioritarios para los cuales se emplea Internet en el Perú (información y comunicación). Una velocidad de BAM de 3 Mbps es más que aceptable para solventar la mayoría de las necesidades de entretenimiento incluso el consumo de contenidos audiovisuales. A la velocidad señalada es posible obtener una performance de navegación superior incluso a algunos productos de la banda ancha fija que ofrecen velocidades menores (1 ó 2 Mbps) y que forman parte del mercado relevante de acuerdo con el análisis del CCO.

⁵⁰ IPSOS APOYO. *Perfil del Internauta Peruano - 2011*, Lima, 2012.

⁵¹ ANALYSYS MASON. *Diseño de políticas óptimas en un entorno de convergencia de los medios de comunicación y las telecomunicaciones Informe final y recomendaciones*. 28 de agosto de 2009.

Para la mayor parte de la demanda nacional, el servicio de acceso a Internet a través de una conexión del tipo BAM (de hasta 5 Mbps) es suficiente para cubrir los actuales estándares de consumo, por lo que resultaría aconsejable su incorporación dentro del mercado relevante.

2.3.5. Es incorrecto señalar que el servicio de BAM sea complementario a la oferta de banda ancha fija

La Resolución Final, siguiendo la huella trazada del Informe Instructivo, hace suyo el argumento respecto de que en la medida que las operaciones entre empresas del mismo grupo económico suelen ser no rivales, existiría un incentivo económico para que Telefónica Móviles y Claro presenten una oferta de Internet de BAM complementaria –antes que rival- de la banda ancha fija. No obstante esta afirmación, aun cuando podría ser correcta en relación a los niveles de rivalidad existentes entre los servicios de banda ancha de Claro con Telex o de Telefónica Móviles con TELEFÓNICA, se desvirtúa por completo si se toma en cuenta que estos dos grupos empresariales compiten de forma muy agresiva en el mercado peruano. Efectivamente, tal como señala el informe de ALTERNA, este análisis omite señalar que tanto Claro como Telefónica Móviles, forman parte de dos grupos económicos de gran rivalidad. En dicho sentido, no existe ningún incentivo para que Claro evite persuadir a los clientes de TELEFÓNICA de contratar un servicio de BAM como un sustituto de su ADSL. Ello es tan así, que si se tiene el cuidado de revisar la oferta comercial Claro se notará que está diseñada como un sustituto –y no la complementaria- de la oferta comercial del ADSL de TELEFÓNICA.

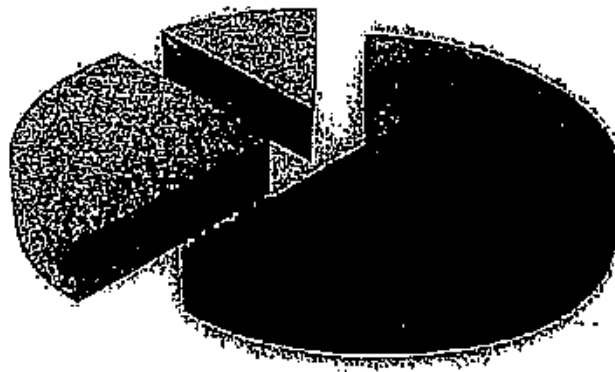
Un aspecto que la Resolución Final obvia y que contradice claramente su posición está relacionado con la composición de los proveedores de BAM en el Perú. Si se leen las conclusiones a las que se arriba la Resolución Final respecto de la oferta de servicios BAM del Grupo Telefónica, parecería que nos encontramos ante la mayor participación del mercado nacional y que serían prioritariamente los abonados de banda ancha fija de TELEFÓNICA quienes estarían adquiriendo en mayor medida los servicios de BAM. Sin embargo, si revisamos las cifras que

Telefónica del Perú S.A.A. 1762
Audrey P.
Secretaría

aporta el MTC vemos que la empresa que prevalece en la venta de conexiones del tipo BAM es primordialmente Claro. Esta última información desbarata –una vez más– el argumento de complementariedad que nos presenta el CCO en la Resolución Final. Efectivamente, mientras que Telefónica Móviles ostenta (según información de septiembre de 2011) el 26,7 por ciento de las conexiones de BAM, Claro casi duplica este índice con el 61.1 por ciento de conexiones.

Gráfico N° 1

BAM



■ Claro ■ Telefónica Móviles ■ Nextel

Fuente: MTC, septiembre de 2011.
Elaboración propia

Si la complementariedad Claro – Telmex o Telefónica Móviles – TELEFÓNICA alegada por el CCO fuera cierta debiera existir una relación entre la empresa con mayor número de conexiones de banda ancha fija y el operador con mayor éxito en la venta de conexiones de BAM. El hecho que ello no ocurra, es decir que el mayor nivel de ventas de conexiones de BAM lo obtenga Claro y no una organización del Grupo Telefónica denota, no un nivel de complementariedad, sino de sustituibilidad, lo cual contradice el análisis realizado sobre el particular por el CCO en su Resolución Final.

2.3.6. Desde dónde utiliza la BAM el internauta peruano

Otro aspecto a tener en cuenta para determinar si la BAM es un sustituto o complemento de la banda ancha fija, lo constituye la determinación desde el lugar desde el cual se accede a Internet a través de una conexión móvil. En dicho sentido, si los internautas peruanos utilizaran una conexión de BAM principalmente desde lugares públicos, en el centro de estudios o incluso desde la casa de playa; se podría argumentar que lo señalado por la Resolución Final es correcto, en el sentido que la BAM constituiría un acceso complementario -y no sustituto- de la banda ancha fija. Sin embargo, si descubriéramos que los usuarios utilizan prioritariamente la BAM para acceder a Internet desde su centro de trabajo o desde el hogar, estaríamos ante un fuerte indicio de que esta tecnología constituye un real sustituto a la banda ancha fija.

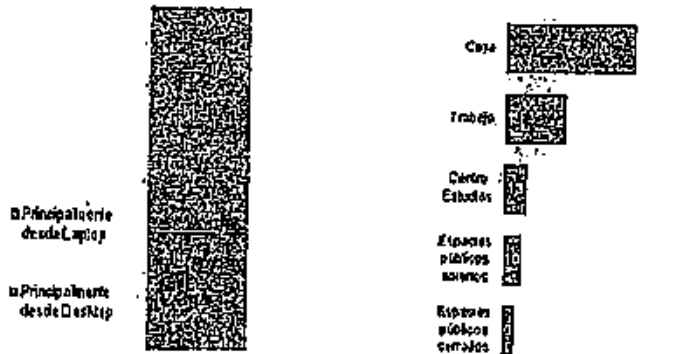
Como demostramos en el gráfico siguiente, de acuerdo con una encuesta realizada entre los adquirentes de terminales BAM, un nada despreciable 34 por ciento de ellos lo hizo para conectarse a Internet utilizando un desktop. No cabe duda que para estos internautas la BAM es un bien sustituto de la banda ancha fija antes que complementario.

Gráfico N° 2

Lugar de conexión y uso de la BAM a nivel nacional

¿Desde donde se conecta con más frecuencia cuando utiliza el servicio de BAM?

Cuando se conecta con una laptop, ¿en qué lugares usa el servicio BAM?



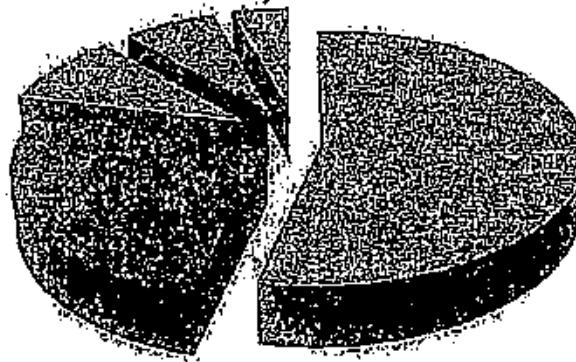
Basado en los datos de la encuesta realizada en el segundo trimestre del 2008. Fuente: Telefónica del Perú S.A.A. Encuesta de uso de servicios de Internet en hogares y empresas.

Fuente: Telefónica

Sin embargo, en la medida que en la actualidad las laptops constituyen un bien sustituto de las desktops, conviene hacernos una interrogante adicional para determinar desde qué locaciones los abonados de la BAM acceden a Internet. Los resultados de la encuesta reflejaron que en su mayoría los entrevistados se conectaban desde el hogar (54 por ciento) y desde el trabajo (23 por ciento); sólo un número menor lo hacía desde un centro educativo o en espacios públicos abiertos o cerrados (10 por ciento y 11 por ciento respectivamente), estos últimos espacios serían las locaciones "naturales" para acceder a Internet a través de una conexión de BAM en el caso que estuviéramos ante un bien complementario a la banda ancha fija.

Gráfico N° 3

Lugar de conexión y uso de la BAM a nivel nacional



« Casa » « Trabajo » « Centro de estudios » « Espacios públicos abiertos » « Espacios públicos cerrados »

Fuente: Telefonica

Los resultados señalados permiten deducir que por lo menos desde la posición de acceso de los internautas nacionales, éstos la utilizan la BAM en su mayoría desde locaciones fijas y no desde ubicaciones de carácter público, circunstancia que reta las premisas que sustentan la Resolución Final sobre el particular.

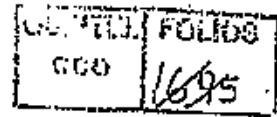
2.4. TELEFÓNICA no ha cometido abuso de posición de dominio

2.4.1. Daño al mercado y la Resolución Final

La tesis sobre la que descansa la Resolución Final viene a sostener que la supuesta atadura materia de la investigación al ligar el servicio de Internet con el de telefonía fija, habría imposibilitado la contratación de este último servicio a empresas distintas de TELEFÓNICA. Bajo esta línea argumental, la supuesta atadura sería especialmente importante en la medida que el servicio de acceso a Internet presenta una fuerte demanda, mientras que lo propio no ocurre con el servicio de telefonía fija. En ese sentido, lo que el CCO implica es que TELEFÓNICA habría desarrollado una conducta cuyo supuesto efecto sería el

Telefonica

1368



Telefónica del Perú S.A.A.

1766 v

A. Machay por
Secretaría

trasladar su posición de dominio del mercado de Internet al de telefonía fija. Excluyendo así a sus competidores en dicho mercado.

Para el CCO la preferencia por el servicio de telefonía fija sería un efecto ficticio del mercado, en la medida que TELEFÓNICA no ofrece Internet solo y estaría aprovechando su participación en el mercado de Internet para conseguir clientes en el servicio de telefonía fija. Siguiendo esta lógica, la explicación para que la caída de la participación de TELEFÓNICA en el mercado de telefonía fija se haya supuestamente detenido estaría dada por el importante crecimiento de las ofertas empaquetadas que realiza, ya que la mayoría de las altas de accesos ADSL corresponderían a altas a través de servicios empaquetados, principalmente dúos de telefonía fija e Internet. Es importante resaltar sobre este aspecto, que el CCO no ha concluido que como consecuencia de su conducta TELEFÓNICA haya fortalecido o incrementado su participación en el mercado de telefonía fija. Lo que ha señalado es que TELEFÓNICA ha visto disminuida la pérdida de cuota de mercado que había venido experimentando.

No obstante, veremos cómo las premisas básicas sobre las cuales descansa la Resolución Final son en esencia erradas. Estimamos que el CCO no sólo no ha logrado demostrar la existencia de algún nivel de daño material al mercado, sino que adicionalmente al sustentar su posición sobre bases sumamente débiles ha invertido de forma impropia la carga de la prueba, de tal forma que en la práctica obliga a TELEFÓNICA a tener que desvirtuar una serie de dichos meramente circunstanciales; como por ejemplo explicar cuál sería la razón por la cual nuestros competidores supuestamente habrían crecido poco o muy poco (sin siquiera entender que considera el CCO como «poco» o «muy poco»), al tiempo que debemos exponer las circunstancias que explicarían por qué nuestra participación en el mercado no se ha desplomado de forma irreversible (porque como ya hemos anotado, nuestra participación no se ha incrementado como consecuencia de la conducta analizada), sin que la Administración se sienta obligada a aportar ninguna evidencia creíble que soporte su tesis de daño al mercado.

Telefónica

1369

UNTON	FOLIOS
CCO	1686

Telefónica del Perú S.A.A.

1767 V.
Anchuy Fajó
Secretaría

Notaremos cómo es que en la presente investigación, lo que el CCO pretende, es castigar a TELEFÓNICA a partir de una apreciación subjetiva e inédita de lo que arbitrariamente se considera debió ser la performance natural de TELEFÓNICA y sus competidores en el mercado. Análisis muy cuestionable, en la medida que está plenamente probado más allá de lo razonable que los competidores de TELEFÓNICA multiplicaron por ocho su número de líneas telefónicas en el mercado en los últimos seis años, a la vez que el número de líneas telefónicas administradas por nuestra empresa decayó de forma considerable. ¿Qué prueba más clara que ésta para descartar cualquier idea de un supuesto efecto exclusorio? ¿Cómo puede argumentarse un supuesto efecto exclusorio en un mercado donde los competidores establemente aumentan su participación y TELEFÓNICA la pierde?

Asimismo, repararemos en el hecho de cómo es que la Resolución Final construye el argumento de daño al mercado incorporando dentro del conjunto de empresas competidoras de TELEFÓNICA afectadas por la práctica anticompetitiva investigada a Telefónica Móviles, lo que como es por lo demás evidente no puede ser aceptado. Efectivamente, si se tiene el cuidado de excluir Telefónica Móviles del conjunto del mercado afectado, se advertirá que la supuesta caída en la aceleración de la captura de cuota de mercado por parte de los competidores de TELEFÓNICA no se produce, pues durante todo el periodo materia de investigación, los reales competidores de nuestra empresa han capturado una cuota muy importante de mercado; y, lo hicieron creciendo siempre a un ritmo de dos dígitos.

Lo señalado bastaría para descartar de plano cualquier posible alegación de daño al mercado en la presente investigación (efecto exclusorio), sin embargo, veremos también cómo es que se ha agregado al presente expediente de forma indebida un hecho que no podía formar parte de la investigación. Nos estamos refiriendo a la oferta de paquetes dúos y tríos lanzada por TELEFÓNICA en el año 2007. Los dúos y tríos no debieron formar parte de la presente investigación en la medida que no fueron incluidos en el pliego de cargos original, el cual recordemos, se circunscribió a la supuesta práctica de venta atada de los servicios de telefonía y acceso a Internet que se venía realizando desde el año 2000, es decir desde hace

doce años. Sobre el particular, se podrá decir que los dúos y tríos de TELEFÓNICA formarían parte de una estrategia de venta conjunta de los servicios de voz y acceso a Internet; sin embargo, ello tampoco es correcto, desde que se verifica que el crecimiento de la cuota de mercado de nuestros competidores se acentúa -y no se reduce o debilita como se señala equivocadamente en la Resolución Final-, a partir del preciso momento del lanzamiento de los paquetes promocionales mencionados.

Resulta claro entonces que imputaciones sustentadas sobre bases tan débiles no pueden amparar una supuesta sanción por ofensa al mercado en la modalidad de venta atada.

2.4.2. Sobre la errada apreciación de la existencia de abuso de posición de dominio

a) El daño al mercado

La evidencia de un daño al mercado es un elemento que aparece como ineludible para determinar la existencia de una posible ofensa a la libre competencia a partir de una práctica de atadura. Así, en el caso El Palacio de la Decoración contra Productos Paraíso del Perú (Expediente No. 007-2010/CLC - Resolución No. 019-2010/ST-CLC) la Comisión de Libre Competencia señaló que el requisito de producir efectos anticompetitivos en el mercado afectado es fundamental para la configuración de una conducta con efectos exclusorios, es decir, si la práctica no tiene la capacidad de producir efectos anticompetitivos alguno, no se configura la infracción denunciada. A continuación los argumentos que utilizó la Comisión para sostener la reflexión mencionada:

«68. Acerca de la necesidad de que la conducta produzca o pueda producir efectos anticompetitivos en el mercado supuestamente afectado, se ha señalado lo siguiente:

“La negativa a contratar de un monopolista no puede ser ilegal a menos que extienda, mantenga, cree o amenace crear un poder de mercado significativo en algún mercado, que podría ser el propio mercado en el que la firma monopolística participa o un mercado horizontal o

verticalmente relacionado. Las negativas que no provocan al menos uno de estos resultados no violan la Sección 2 sin importar cuánto puedan dañar a la persona o grupo de personas a las que se negó el servicio. (...) Si la razón de la negativa a contratar no está directamente relacionado con la competencia, entonces incluso una negativa que resulta inconsistente con un comportamiento competitivo racional no es una violación de la ley antitrust.⁷⁷ (Énfasis agregado)

69. Asimismo, la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (Organisation for Economic Co-operation and Development – OECD), ha señalado lo siguiente acerca de las condiciones que las negativas de trato deben satisfacer para constituir una violación a las normas de libre competencia:

La negación del servicio en términos y condiciones "adecuadas" debe tener un impacto material sobre la competencia en un mercado relacionado, en detrimento de los consumidores. No es suficiente que la negativa de trato elimine a un competidor específico. Debe ser el caso que la negativa de trato elimine al menos algo de competencia (y, en algunas jurisdicciones, toda la competencia) en el mercado relacionado, en detrimento de los consumidores.⁷⁸ (Énfasis agregado)

70. Como puede apreciarse, podría existir posición de dominio, podría haberse producido una negativa injustificada e incluso podría haberse afectado a un competidor particular y, sin embargo, si la conducta no es capaz de afectar la competencia, no se habrá configurado la infracción denunciada.» (énfasis en el original)

De forma similar, en el Informe que sustentó el caso Depósito Santa Beatriz et. al. contra Distribuidora Norte Pacasmayo (Expedientes NNo. 001 y 002-2001/CLC – Resolución No. 006-2003-INDECOPI/CLC)⁵² la Comisión de Libre Competencia de INDECOPI, señala como un requisito para verificar una práctica de empaquetamiento anticompetitivo, la evidencia de una afectación a una parte "no insustancial" del mercado, requerimiento formal que trata de cuantificar la porción de mercado que resulta afectado con la atadura investigada.

⁵² Por Resolución No. 258-2005/TDC-INDECOPI del 4 de marzo de 2005, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI revocó la Resolución No. 006-2003-INDECOPI/CLC, sin embargo, por Resolución No. 39 del 5 de junio de 2007, la Cuarta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró fundada la demanda interpuesta por DINO y en consecuencia, nula la Resolución No. 0258-2005/TDC-INDECOPI. Fallo que fue confirmado por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República y por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. El 12 de abril de 2010 la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI, mediante Resolución No. 1426 –2010/SC1-INDECOPI y en cumplimiento de lo dispuesto por el Poder Judicial confirmó la resolución original expedida por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia.

De igual forma en el caso seguido por Aero Servicios contra Petróleos del Perú por presunto abuso de posición de dominio, la Comisión de Libre Competencia de INDECOPI indicó que uno de los requisitos para que se configure un abuso de posición de dominio consistía en el fin de obtener beneficios y causar perjuicios. Sobre el particular la Comisión recodó lo siguiente:

«[Este requisito es el más importante de todos y se refiere a la necesidad de verificar que la infracción denunciada produce o pueda producir efectos anticompetitivos y, en consecuencia, afectar el funcionamiento eficiente del proceso competitivo y el bienestar de los consumidores.]

26. Concretamente, el fin de obtener beneficios y causar perjuicios se verifica cuando la infracción denunciada produce o puede producir (i) el efecto de otorgar, mantener o incrementar el poder de mercado del presunto infractor (beneficio anticompetitivo) y, a la vez, (ii) el efecto de provocar la salida o impedir la entrada de uno o más competidores directos o indirectos del presunto infractor (perjuicio anticompetitivo). No obstante, estos efectos reales o potenciales no son sancionables cuando son consecuencia de la mayor eficiencia económica del denunciado.»

El mismo criterio han seguido los CCO de OSIPTEL. Por ejemplo ello ha ocurrido con ocasión de la tramitación del caso iniciado por Tele Cable contra Telefónica Multimedia, Telefónica del Perú, Fox Latin American Channel y Turner Broadcasting System Latin America (Expediente No. 006-99 - Resolución No. 062-CCO-2000); en el caso iniciado por Boga Comunicaciones contra Telefónica Multimedia (Expediente No. 010-2001- Resolución No. 021-2002-CCO/OSIPTEL), en el procedimiento seguido por Nextel del Perú contra Telefónica Móviles (Expediente No. 001-2005-CCO/ST-LC - Resolución No. 054-2008-CCO/OSIPTEL). En todos los casos citados, los CCO de OSIPTEL consideraron que no bastaba con intuir o teorizar respecto de que un daño al mercado se había producido, sino señalaron que la evidancia contenida en el expediente debía ser concluyente en el sentido que una lesión derivada de una práctica anticompetitiva se había producido. Por lo tanto, no es admisible en el marco de una investigación por práctica exclusoria que se sancione o proscriba determinada práctica sin que la Administración haya cumplido con probar de forma concluyente, no sólo que el daño al mercado se ha producido, sino también que el perjuicio se explica sólo a partir de la práctica investigada. Si no hay elementos concluyentes que permitan

Telefónica

Telefónica del Perú S.A.A. 1771 v

Audrey Faj
Secretaría

Identificar una lesión anticompetitiva o que evidencien de forma concluyente que el supuesto perjuicio competitivo se debe a la concurrencia de la práctica investigada, la conducta no puede ser proscrita y menos aún sancionada.

No obstante, veremos a continuación como es que el CCO transita por caminos inéditos al señalar que TELEFÓNICA lesiona el mercado de telefonía fija a partir de evidencia nula, más allá de acumular una serie de información circunstancial y estadística sumamente cuestionable, técnica que contradice la doctrina construida hasta el momento tanto por INDECOPI, por los propios CCOs y por la literatura nacional e internacional más autorizada sobre el particular.

- b) Los informes que sustentan nuestra posición son concluyentes: no existe daño al mercado

La gran cantidad de inconsistencias que contuvo en su oportunidad el Informe Instructivo y que han sido recogidas casi textualmente por la Resolución Final no pasaron desapercibidas para nuestros asesores externos, —de los más reputados del medio en materia de libre competencia—, los cuales destacan de forma casi unánime que las premisas y conclusiones a las que arriba la investigación para sostener que se habría cometido un ilícito concurrencial, son en el mejor de los casos débiles, insubsistentes o abiertamente erradas. Por ejemplo, ALTERNA2 estima que es inexacto sostener que el crecimiento de los competidores se viene estancando a favor de una recuperación de la empresa investigada; asimismo, señala que la hipótesis mencionada en la investigación, no puede ser demostrada por ser inconsistente con la realidad. APOYO considera que el efecto anticompetitivo de la práctica investigada es nulo. MIRANDA&AMADO concluye que el razonamiento de la investigación se encuentra errado. Finalmente, MUÑIZ aprecia que la investigación ha aplicado una metodología errónea para analizar la práctica investigada.

A continuación haremos un breve resumen de los comentarios que nuestros asesores hacen a la investigación realizada con relación al supuesto daño al mercado detectado.

Respecto del supuesto menor crecimiento de nuestros competidores ALTERNA2 señala con claridad lo siguiente:

«De manera opuesta a lo que sostiene la Secretaría Técnica Adjunta, los competidores de Telefónica en el mercado del servicio de telefonía fija, si acceden a los compradores y en los últimos años han incrementado de manera sostenida sus respectivas cuotas de mercado, como ciertamente lo han venido haciendo operadores tales como América Móvil Perú S.A.C., Telemex Perú S.A. y Américatel Perú S.A. Es por ello que, no obstante que el mercado de telefonía fija se ha mantenido prácticamente estancado en los últimos años, su concentración según el Índice Herfindahl y Hirschman (HHI) ha disminuido considerablemente y Telefónica ha perdido participación de mercado, en favor de sus competidores. Estos hechos, pueden ser fácilmente observados por el Cuerpo Colegiado, de la revisión y análisis de la Información que reportan Telefónica y sus competidores en el mercado de telefonía fija, al propio OSIPTEL.

Por consiguiente, es inexacto que la Secretaría Técnica sostenga que "el crecimiento de éstos [competidores] se viene estancando a favor de una recuperación de TELEFÓNICA". Asimismo, cuando añade que con la supuesta venta afada (paquete "Duo: Speedy - Telefonía Fija") ha fortalecido las barreras a la entrada en el mercado de telefonía fija, no hace sino atribuir el carácter de "práctica anticompetitiva" a una práctica ordinaria en la industria de las telecomunicaciones, que data desde la explotación comercial de la tecnología ADSL y que en el Perú, se viene dando desde el año 2001 (venta empaquetada de los servicios de acceso a internet ADSL y telefonía fija).» (el énfasis es agregado)

Asimismo, destaca ALTERNA2, que además no ser correcto afirmar que los competidores de TELEFÓNICA no hayan crecido en los últimos años, se debe considerar que la investigación emplea un enfoque «antiguo» del mercado de telecomunicaciones y de sus posibilidades de desarrollo. Para ALTERNA2, contrariamente al enfoque tradicional, en la actualidad, tener una red propia y expandirla, involucra un menor nivel de inversión y mayor nivel de retorno que en el pasado, por la posibilidad de ofrecer economías de ámbito que anteriormente estaban restringidas, como ofrecer múltiples servicios (voz, datos, contenidos audiovisuales) a través de una misma red.

La consultora citada fustiga aquella posición de la investigación según la cual, frente a sus competidores de telefonía fija, lo que hace TELEFÓNICA a través de

la venta atada es elevar y fortalecer las barreras a la entrada del mercado de telefonía fija⁵³. Para ALTERNA2 esta hipótesis queda desvirtuada por el crecimiento experimentado por los competidores de TELEFÓNICA; por ello, de manera contraria a lo señalado por la investigación el empaquetamiento cuestionado bien podría haber servido como un incentivo para el despliegue de nuevas redes de acceso alternativas con la finalidad de atender a cierto segmento de la demanda que preferiría adquirir servicios no empaquetados, o comprarlos a diversos operadores. En buena cuenta, concluye ALTERNA2 sobre el particular:

«(...) la hipótesis sostenida por la Secretaría Técnica, no puede ser demostrada por ser inconsistente con la realidad». (el énfasis es agregado)

En la misma línea, APOYO se muestra discrepante con el análisis y conclusiones contenidas en la investigación, en dicha medida considera sin ninguna ambigüedad que el efecto anticompetitivo de la práctica investigada es nulo.

APOYO presenta dos grandes argumentos por los cuales concluye que no sólo TELEFÓNICA no habría tenido motivación alguna para realizar una venta atada ilícita, sino que además la práctica no ha tenido ningún efecto anticompetitivo en el proceso competitivo.

Uno de los aspectos sobre los que se sostiene la investigación que supuestamente habrían motivado a TELEFÓNICA a iniciar una política de empaquetamiento, es la supuesta pérdida de participación en el mercado de telefonía fija. Sin embargo, para APOYO lo cierto es que el Grupo Telefónica no experimentó ninguna caída abrupta en participación. El fundamento de la observación equivocada de la investigación es la de haber analizado sólo la performance de TELEFÓNICA, como una empresa distinta a Telefónica Móviles cuando en realidad ambas forman parte de un grupo económico. Así, si se analiza la información de forma correcta se observa que la participación del Grupo Telefónica en el mercado de líneas fijas no presenta ninguna caída significativa que podría haber llevado TELEFÓNICA a implementar una estrategia de venta atada para limitar su pérdida de participación.

⁵³ Página 49 de la Resolución Final.

APOYO toma en cuenta que durante el primer trimestre del año 2007 se lanzó el producto FonoYa, un teléfono fijo inalámbrico. Este producto de titularidad de Telefónica Móviles es comercializado por TELEFÓNICA, aprovechando sus conocimientos en el negocio de telefonía fija. Este producto, permitió que la participación de Telefónica Móviles creciera rápidamente, pasando de detentar alrededor del 3 por ciento de cuota de mercado en este periodo inicial, hasta casi 12 por ciento a fines del año 2007. Coincidentemente, es este el periodo que la participación de TELEFÓNICA en el mercado comienza a experimentar una rápida caída. APOYO ve claramente que se trataría de un cambio en la estrategia comercial del Grupo Telefónica, y no de una caída abrupta en la participación de mercado sin causa alguna (lo que, según la investigación, habría llevado a TELEFÓNICA a realizar una venta atada), lo que explica, en gran parte, la disminución de la participación de TELEFÓNICA en el mercado.

Por otro lado, APOYO tampoco coincide con la investigación cuando argumenta que luego de una fuerte desaceleración de las líneas fijas (a partir del año 2005), ésta se frena en noviembre de 2007 sólo por la política de empaquetamiento implementada meses antes por TELEFÓNICA, para reducir su caída en julio de 2009. APOYO identifica tres eventos que generaron que la participación TELEFÓNICA haya tenido el comportamiento descrito en la investigación: (i) surgimiento de líneas fijas inalámbricas en marzo de 2007; (ii) políticas comerciales con respecto a las líneas fijas; (iii) no es en noviembre del 2007 que disminuye la caída de líneas fijas de TELEFONICA sino que esta caída se observa de forma prolongada, incluso luego del inicio de la venta de paquetes de Telmex (mayo de 2008 y con mayor cobertura en junio de 2008), lo que continúa con el inicio de las ventas de FonoClaro, de Caro, aunque esta caída es más notoria para las líneas de Telefónica Móviles.

Finalmente, APOYO concluye que una supuesta "captura" de mercado por parte de TELEFÓNICA no solo no es plausible, sino que además no representaría un perjuicio considerable a la competencia por las siguientes razones: (i) el mercado no es un mercado "capturable" en la medida que si los supuestos abonados perjudicados no quisieran adquirir una línea fija, los competidores no estarían en

la capacidad de capturar ese mercado; (ii) de poder beneficiarse empresas ajenas a TELEFÓNICA, ésta no sería sino una transferencia de consumidores de TELEFÓNICA a Telefónica Móviles; y, (iii) no puede atribuirse el cambio en la participación de mercado de telefonía fija únicamente a una supuesta práctica anticompetitiva, sino que debería considerarse también otros factores, tales como la variación en los ingresos de los hogares, variación en el PBI nacional, incremento de la PEA, incremento de hogares con determinado nivel de ingreso, etc., los cuales afectan el tamaño total del mercado y su desempeño.

MIRANDA&AMADO arriba a las mismas conclusiones que los informes anteriores. Así, estima que el razonamiento de la investigación en el sentido que si TELEFÓNICA vendiera el producto Speedy separado del de telefonía fija, los consumidores optarían por adquirir el servicio de telefonía fija con otro proveedor competidor de ésta, fomentando así la presencia de mayor competencia en dicho mercado, es errado.

A partir del año 2007, MIRANDA&AMADO observa las siguientes tendencias en el mercado de telefonía fija: (i) un incremento en la cantidad de líneas telefónicas fijas en servicio a nivel nacional; (ii) un incremento en el número de líneas y participación en el mercado de las empresas competidoras de TELEFÓNICA; y (iii) un decrecimiento en el número de líneas y participación en el mercado de TELEFÓNICA.

Ante un crecimiento del mercado nacional como el anotado, lo normal en un mercado competitivo sería que las empresas competidoras de TELEFÓNICA en el mercado incrementen las líneas en servicio, mantengan relativamente la misma cuota de participación y se conserve el equilibrio alcanzado mediante el proceso competitivo. En el supuesto que hubiera existido una conducta anticompetitiva por parte de TELEFÓNICA, se esperaría que sea la empresa con más líneas nuevas en servicio, incrementando no solamente el número de abonados, sino también su cuota del mercado en detrimento directo de sus competidores quienes no podrían «competir» con las ventas de TELEFÓNICA.

Sin embargo, para MIRANDA&AMADO la evidencia muestra una historia diametralmente opuesta a la que nos presenta la investigación. Resulta claro el deterioro en la participación de TELEFÓNICA en el mercado investigado a partir del año 2007, año en el que según la investigación se habrían iniciado los efectos anticompetitivos. En contraste, los resultados de las principales empresas competidoras de TELEFÓNICA fueron muy positivos, registrando un crecimiento exponencial justamente cuando supuestamente ocurrieron los efectos anticompetitivos de la práctica estudiada.

MIRANDA&AMADO destaca que número de líneas en servicio agregado de las principales empresas competidoras de TELEFÓNICA creció casi en un 800 por ciento en el periodo 2007 - 2011, teniendo cada una de ellas un crecimiento dispar, producto de las diferentes tácticas comerciales utilizadas por cada una de ellas. Es decir, durante el periodo en el que las empresas competidoras habrían sufrido un estrés anticompetitivo sin precedentes en el mercado, supieron contrarrestarlos de manera insólita, llegando a aumentar su cuota de participación en el mercado de menos de 2 por ciento al 13 por ciento. Para MIRANDA&AMADO estos números demostrarían de forma fehaciente que, lejos de verse afectados por la supuesta conducta anticompetitiva de TELEFÓNICA, nuestros competidores tuvieron un crecimiento inusualmente positivo.

Tomando en consideración lo señalado por MIRANDA&AMADO, resulta incontestable que no han existido perjuicios para los competidores de TELEFÓNICA, ya que han visto su participación en el mercado notablemente incrementada. ¿Tiene acaso algún sentido hablar de un supuesto efecto exclusorio en un mercado donde los agentes supuestamente afectados han incrementado su participación?

De otro lado, MIRANDA&AMADO también cuestiona la hipótesis de la investigación según la cual a partir de la actividad denunciada TELEFÓNICA intentaba «perder menos», tesis que omite realizar cualquier análisis que explique las razones para esta situación. Como ALTERNA2, MIRANDA&AMADO considera que lo más lógico sería que la investigación ponderara los diferentes factores que

Telefónica

Telefónica del Perú S.A.A.

1777 Vc
Audrey Fig
Secretaría

explican la dinámica competitiva en el mercado, y a partir de ello determinar si existieron efectos anticompetitivos o no.

En este punto, MIRANDA&AMADO resalta que la pérdida de participación de mercado de TELEFÓNICA y el crecimiento de sus competidoras es inconsistente con una práctica de abuso de posición de dominio. Tal como también destacan ALTERNA2 y APOYO, la existencia de un Índice de concentración industrial que decrece significativamente en el período investigado, contradice la hipótesis de la investigación según la cual el mercado de telefonía fija estaría recibiendo efectos anticompetitivos.

Por otro lado, la investigación señala que existen supuestos efectos competitivos aproximadamente a partir del año 2007, momento en el cual la pendiente de caída de la tasa de participación de TELEFÓNICA se habría reducido ligeramente. La aparición de los supuestos efectos anticompetitivos habría coincidido con el lanzamiento al mercado de las promociones empaquetadas denominadas dúos y tríos sin perjuicio que el empaquetamiento propiamente dicho, que venía siendo practicado desde el año 2001. MIRANDA&AMADO considera que este planteamiento es errado en cuanto a su ámbito temporal. En efecto, la investigación denuncia que el empaquetamiento de servicios tiene efectos anticompetitivos en el mercado de telefonía fija. Sin embargo, no señala que el empaquetamiento de los servicios Speedy y telefonía fija ocurre desde el año 2001. Ante ello, no existe ninguna explicación de por qué una «conducta anticompetitiva» realizada desde el año 2001 surte efectos recién 6 años después. El COO no ha explicado qué condiciones han variado en el mercado para que una conducta pueda generar efectos anticompetitivos luego de 6 años de implementada.

De hecho, la posición del COO resulta aún más cuestionable si tenemos en cuenta un elemento adicional. Como se aprecia en la Resolución Final, el COO ha considerado que los supuestos efectos anticompetitivos se desarrollan recién a partir del año 2009, tal como se aprecia al momento de determinación de la sanción impuesta a TELEFÓNICA: «(...) se ha calculado como resultado de la suma del beneficio ilícito extraordinario mensual percibido por TELEFÓNICA por

Telefónica

Telefónica del Perú S.A.A. 4770

Audrey F.
Secretaria

la prestación del servicio de telefonía fija, por el periodo que va del mes de setiembre de 2009 hasta el mes de diciembre de 2011»⁵⁴. Siendo ello así, cabría preguntarse, ¿por qué los efectos anticompetitivos se generan recién en el año 2009 si la conducta se inició en el año 2001 y se vio reforzada en el año 2007 (con la aparición de los dúos y tríos). Nuevamente la investigación guarda silencio sobre este aspecto fundamental.

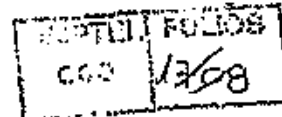
Para MIRANDA&AMADO la explicación a esta aparente incongruencia es simple: el supuesto «efecto anticompetitivo», en todo caso, se habría generado por una causa competitiva, válida y ajustada a derecho. En ejercicio de sus derechos, TELEFÓNICA realizó ofertas que atrajeron o retuvieron a una mayor cantidad de consumidores. Estas promociones, consisten en ofrecer servicios empaquetados, con la finalidad de ofrecer un precio menor derivado de que los costos comunes de ambos servicios son compartidos. Nótese que nada extraño tienen estas promociones, por lo que incluso son ofrecidas por los competidores de TELEFÓNICA.

MIRANDA&AMADO concluye que la mejora (o disminución del empeoramiento) de la posición de TELEFÓNICA a partir del año 2007 se debe a esfuerzos comerciales totalmente válidos en una economía de mercado donde se permite la libre iniciativa privada, esfuerzos que no se pueden relacionar directamente con la conducta investigada. En efecto, siendo que la variable «empaquetamiento» se mantuvo constante desde el año 2001, pero sólo se verificaron supuestos «efectos anticompetitivos» cuando se introdujo la variable «oferta» como sinónimo de promoción, se puede afirmar que en realidad la investigación estaría atribuyendo efectos anticompetitivos a las ofertas (dúos y tríos), aunque estas no son objeto de la denuncia y constituyen un servicio comercializado de manera general por casi todos los operadores del mercado.

De forma concordante con los tres estudios anteriores, MUNIZ estima que la investigación ha aplicado una metodología de análisis errónea de la práctica desarrollada, pues la participación en el mercado de telefonía fija de TELEFÓNICA viene reduciéndose de manera constante y no se defiende con el

Telefonica

1381



Telefónica del Perú S.A.A. 1779 V
Auchy Pú
Secretaría.

empaquetamiento, lo que demuestra que el mercado y la competencia de TELEFÓNICA son bastante más dinámicos de lo que la investigación supone.

Este esquema competitivo entre tecnologías, es propio del dinamismo del mercado de telecomunicaciones. La potencial oferta que hoy en día representa la telefonía móvil dada su continua evolución se prueba por el hecho de que la mayoría de los distritos del Perú posee cobertura móvil. Para MUNIZ la telefonía fija inalámbrica, en referencia al FonoClaro, es una ventaja competitiva que ha sido utilizada por un competidor de TELEFÓNICA para mejorar el posicionamiento de su oferta comercial en el mercado.

Asimismo, MUÑIZ destaca el hecho que en la investigación refiera a efectos exclusorios en el mercado de telefonía fija y, sin embargo, el procedimiento haya sido iniciado de oficio y no por la iniciativa de los competidores de TELEFÓNICA, que serían en todo caso los directamente afectados por el supuesto acto anticompetitivo de la denunciada por más de 10 años y los llamados a reclamar contra la supuesta acción anticompetitiva. Este punto evidenciaría de forma certera que existe un evidente problema en la teoría que nos presenta la investigación.

MUÑIZ considera que incluso en el supuesto que fuera cierta la tesis de la investigación en el sentido que la afectación a los competidores se debería a la empaquetadura de la empresa denunciada, ello significaría que el supuesto beneficio lícito de TELEFÓNICA habría consistido en obligar a contratar el servicio de telefonía fija a aquellos consumidores que solo deseaban el servicio de Internet. Sobre este extremo MUÑIZ realiza el siguiente razonamiento lógico: ¿Cómo se explica que la conducta de TELEFÓNICA esté generando efectos exclusorios en el mercado de telefonía fija, si en principio, dichos consumidores no iban a desear tal servicio nunca? Es decir, no contratarían, ni el servicio de telefonía fija de TELEFÓNICA así como tampoco a sus competidores.

Por otro lado, sobre el mismo argumento MUÑIZ resalta que si la idea de la atadura es la de capturar al consumidor que no quería contar con el servicio telefónico, entonces el efecto de la conducta no sería el de excluir a la

competencia, sino de afectar a los consumidores. En otras palabras, la supuesta empaquetadura anticompetitiva tendría –en todo caso– un fin explotativo más que exclusorio. Sin embargo, MUNIZ destaca con acierto que las prácticas explotativas no pueden ser perseguidas por la normativa de libre competencia. Al respecto señala que la jurisprudencia tanto de la Comisión de Libre Competencia, como de la Sala de Defensa de la Competencia de INDECOPI, es uniforme en el sentido de declarar improcedente cualquier denuncia que se fundamente en una conducta explotativa.

2.4.3. La información acumulada desmiente contradice la Resolución Final

- a) El análisis de daño al mercado es incorrecto y se centra casi exclusivamente en el desempeño de TELEFÓNICA

El análisis que hace el CCO para evidenciar un supuesto daño al mercado es incorrecto, pues presenta información de nuestra empresa hasta el punto de hacer creer que la cuota de participación de mercado de TELEFÓNICA se habría ralentizado o incluso recuperado a costa de la cuota de nuestros competidores.

Tal como ocurrió con ocasión de la determinación del mercado relevante, donde el CCO al analizar la demanda, circunscribe su estudio a la oferta de servicios de acceso a Internet; en esta ocasión, antes que analizar el real desempeño de los competidores en el mercado, se centra en determinar la performance de TELEFÓNICA, lo cual es inconsistente con un adecuado análisis de daño exclusorio.

- b) La participación de los competidores de TELEFÓNICA crece constantemente

La Resolución Final viene a sostener la siguiente tesis de daño exclusorio: (i) desde el año 2005 el número de líneas en servicio de TELEFÓNICA empezó a

Telefónica

Telefónica del Perú S.A.A.

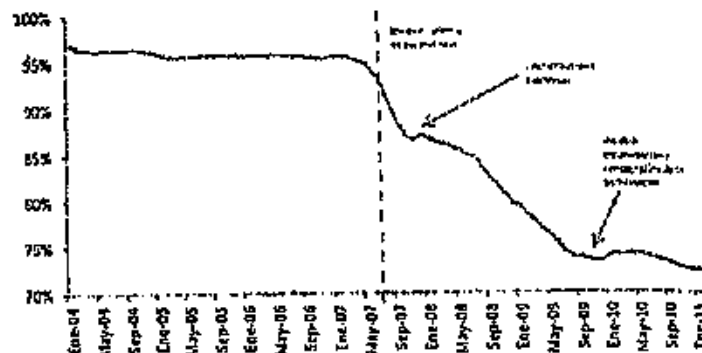
17816

Arcey F.
Secretaría

desacelerarse; (ii) desde el segundo semestre del año 2007 este indicador muestra una clara tendencia a la baja; (iv) desde noviembre de 2007 (poco después del inicio de las ofertas empaquetadas de TELEFÓNICA), la pendiente en la caída de la tasa de participación de TELEFÓNICA se reduce, continuando la disminución del número de líneas en servicio y la participación pero a un ritmo más lento; y, (iv) desde junio de 2009 se observa una ligera recuperación de la participación de TELEFÓNICA. A continuación, incorporamos el Gráfico No. 4 de la Resolución Final⁵⁵ para sostener esta situación:

Gráfico N° 4

Resolución Final: Participación de Telefónica



Nota: La información de enero de 2004 a junio de 2010 ha sido reportada al OSIPTEL por los operadores en forma mensual. Asimismo, la información posterior a junio de 2010 corresponde únicamente a los meses de diciembre de 2010 y marzo de 2011 y ha sido extraída de la página web del INAC. Fuente: OSIPTEL y Ministerio de Transportes y Comunicaciones. Elaboración: Secretaría Técnica OSIPTEL.

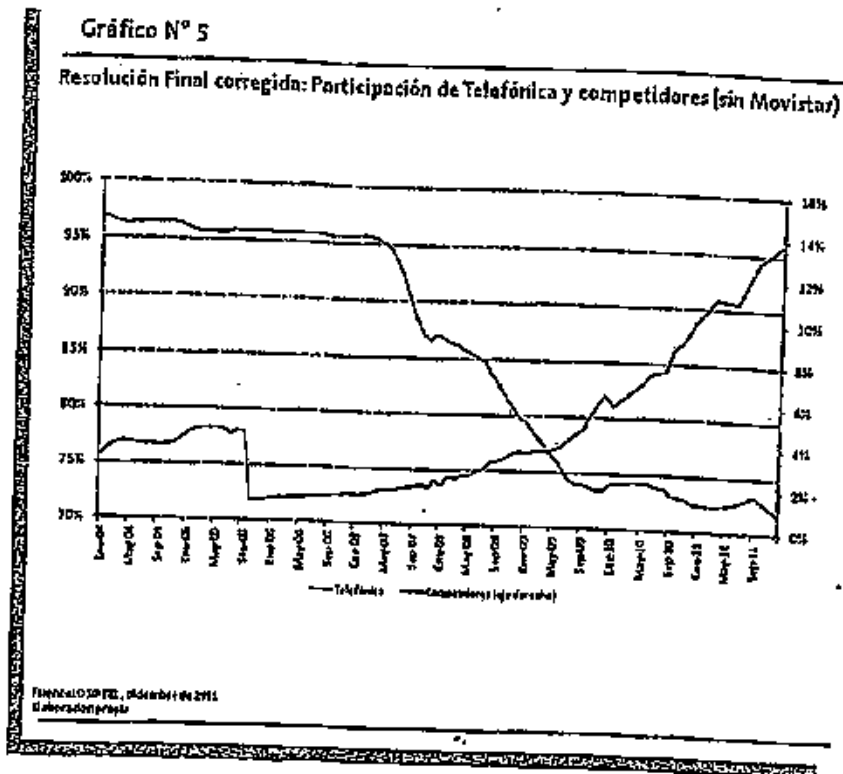
Fuente: Resolución Final

No obstante, que el CCO señala que el supuesto freno en la caída de cuota de TELEFÓNICA se habría producido a partir de un crecimiento de nuestras ofertas empaquetadas, no queda claro cómo es que ello es posible si las ofertas del tipo dúo y trío de TELEFÓNICA se lanzaron recién en el año 2007, mientras que su participación siguió cayendo hasta bien entrado el año 2009. El hecho de que el CCO señale que se produjo una ralentización en la caída, que evidenciaría un nivel de perjuicio a los competidores es una afirmación especulativa y por lo tanto

⁵⁵ Página 47 de la Resolución Final.

arbitraria que no tiene ningún antecedente en la doctrina acumulada por los propios CCO de OSIPTEL o por el INDECOPJ y por lo tanto debe ser descartada de plano por el Tribunal.

Si tenemos el rigor de introducir en el Gráfico No. 4 de la Resolución Final, la variación de la cuota de mercado de los reales competidores de TELEFÓNICA – es decir, sin tener en cuenta a Telefónica Móviles- veremos cómo es que se nos presenta una situación diferente.



Luego de realizadas las correcciones mínimas aconsejables vemos como la ralentización de la caída de cuota de mercado advertida por el CCO no tiene ningún efecto de cara a la performance de los reales competidores de TELEFÓNICA, los cuales siguen creciendo de una forma más que importante durante todo el período materia de investigación. De acuerdo con ello, cualquier tesis de daño al mercado (efecto excluyente) carece de mayor sustento.

Si analizamos la evolución de la cuota de mercado de los reales competidores de TELEFÓNICA –como debió hacer el CCO- veremos cómo es que si en el año

2007 éstos tenían una cuota de mercado del orden del 2.14 por ciento, en el año 2008 este índice se incrementa hasta alcanzar un 3.63 por ciento, luego, para el 2009 casi se duplica hasta un 6.41 por ciento, para elevarse nuevamente al año siguiente a un 10.06 por ciento y cierra el período con un nada despreciable 13.81 por ciento. Es decir, en el período comprendido entre diciembre de 2008 a diciembre de 2011 (tres años) los competidores de TELEFÓNICA cuadruplicaron su participación en el mercado; o, incluso más que la sextuplicaron, si tomamos en cuenta la información del período comprendido entre diciembre de 2007 a diciembre de 2011, lapso en el cual la cuota de mercado de TELEFÓNICA cayó en más de 15 puntos porcentuales.

Así las cosas, vemos como es que no sólo no se ha producido ningún nivel de daño al mercado (exclusivo), sino que la performance de nuestros competidores durante el período investigado ha sido considerablemente superior a la de TELEFÓNICA, lo cual sería suficiente evidencia para negar de plano cualquier posibilidad de argumentar algún agravio competitivo. Por lo tanto, la concreción de una sanción y medida correctiva contra nuestra empresa por un supuesto daño que no se ha materializado constituye una medida arbitraria, contraria a Derecho e injustificada, en tal sentido, no puede ser amparada por el ilustre Tribunal.

- c) El CCO presenta información incompleta y distorsiona el desempeño de los competidores de TELEFÓNICA

La Resolución Final⁵⁸ viene a sostener lo siguiente:

«En el Gráfico No 6, se muestra una coincidencia entre el momento en el que se detuvo la caída del número de (sic) líneas en servicio de TELEFÓNICA y una desaceleración en el crecimiento del número de líneas de las empresas competidoras.»

Esta aparente coincidencia entre el momento en el que se detuvo la caída del número de líneas en servicio de TELEFÓNICA y la supuesta desaceleración en el

⁵⁸ Página 49 de la Resolución Final.

Telefónica

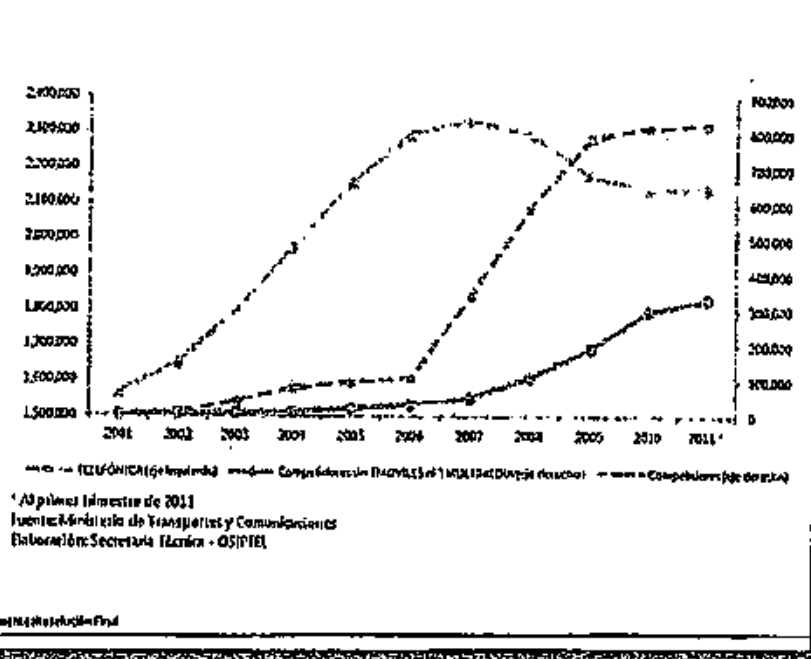
Telefónica del Perú S.A.A.

 1784
 Audrey C.
 Serrano

crecimiento del número de líneas de nuestros competidores se evidenciaría a decir del CCO con el gráfico que reproducimos a continuación:

Gráfico N° 6

Resolución Final: Evolución del número de líneas fijas



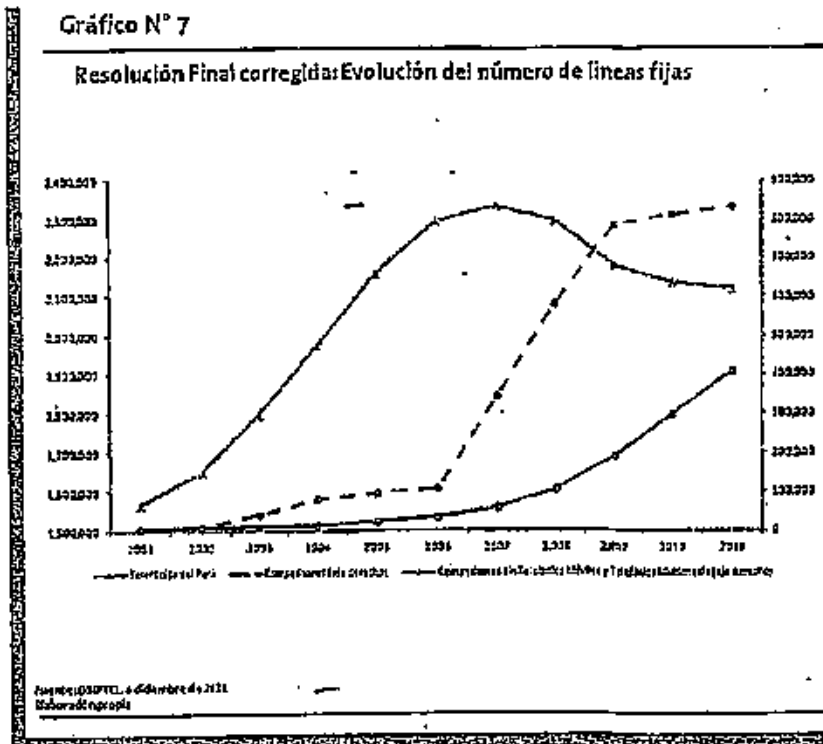
Sin embargo, tal como ocurriera en el caso del Gráfico No. 4 de la Resolución Final, el Gráfico No. 6 también es inconsistente en la medida que presenta información no comparable, pues considera para todo el periodo información anualizada, pero para el año 2011 presenta únicamente data correspondiente al primer trimestre. El resultado de este ejercicio estadístico no puede ser otro que el de dar la apariencia que la evolución favorable de los competidores de TELEFÓNICA se habría detenido abruptamente en el año 2011, cuando en realidad ello no es correcto.

Como es conocido el daño o lesión al mercado sólo se evidencia de acuerdo con la legislación y doctrina más autorizada a partir de una importante variación de los niveles de desempeño del mercado, en un aumento del nivel de precios o en una variación en los volúmenes transados, circunstancias que deberían ser innegables a partir de la verificación de la práctica investigada.

Si incorporamos al gráfico anterior toda la información correspondiente al año 2011, veremos como es que la performance de los competidores de TELEFÓNICA no sólo no se detiene o ralentiza sino que incluso se acelera, lo cual es totalmente inconsistente con una alegación de daño (exclusorio).

Gráfico N° 7

Resolución Final corregida: Evolución del número de líneas fijas



En la medida que la aparente coincidencia entre el momento en el que se detiene la caída del número de líneas en servicio de TELEFÓNICA y se desacelera el crecimiento de las líneas de nuestros competidores, no es tal tampoco pueden ser tomadas como válidas las conclusiones a las que arriba el CCO sobre el particular.

Entonces, no es correcto señalar, como hace la Resolución Final que «lo que causa la práctica de venta atada de TELEFÓNICA es privar a sus competidores en el mercado del servicio de telefonía fija (servicio atado) de acceder a parte importante de los compradores»⁵⁷, cuando la evidencia dice que la performance

⁵⁷ Página 49 de la Resolución Final.

neto de los competidores ha sido muy superior a la demostrada por TELEFÓNICA para el periodo 2007-20011.

Por lo tanto, lo dicho por el CCO en el sentido que, «[d]e esta manera, se evidencia que TELEFÓNICA con el objetivo de proteger su nivel de participación en el mercado de telefonía fija, se vendría beneficiando a través de la protección de cuota de mercado en este servicio afectando a los competidores, pues el crecimiento de estos se viene estancando a favor de una recuperación de TELEFÓNICA»⁵⁸, tampoco es correcto, dado que ni la performance de los competidores se está afectando ni la de TELEFÓNICA recuperando.

- d) El resultado neto de nuestros competidores es muy superior al de TELEFÓNICA

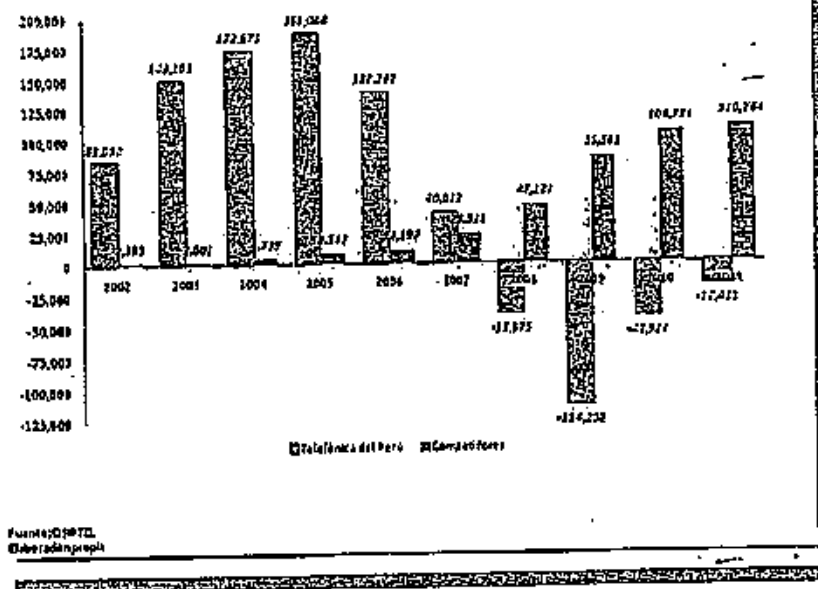
Por si cabe alguna duda respecto del real desempeño de los competidores de TELEFÓNICA, se podría analizar también cuál habría sido el resultado neto del mercado de telefonía fija en cada ejercicio.

Telefónica

CCO TEL FOLIOS
 CCO 17/16
 Telefónica del Perú S.A.
 1789 V
 Nancy Figueroa
 Secretaria S

Gráfico N° 8

Telefonía fija: Resultado neto - Telefónica y competidores (sin Movistar)



Vemos que desde el año 2007, el nuestros competidores han logrado un resultado siempre muy superior al obtenido por TELEFÓNICA. En resumidas cuentas, mientras que en los últimos cuatro años TELEFÓNICA ha perdido más de 200 mil abonados en telefonía fija, nuestros competidores han logrado atesorar poco más de 350 mil. Es decir una diferencia de 564 mil líneas. ¿Tiene alguna consistencia la tesis de daño al mercado que nos presenta el CCO?

- e) Los dúos y tríos han vigorizado el mercado no lo han afectado

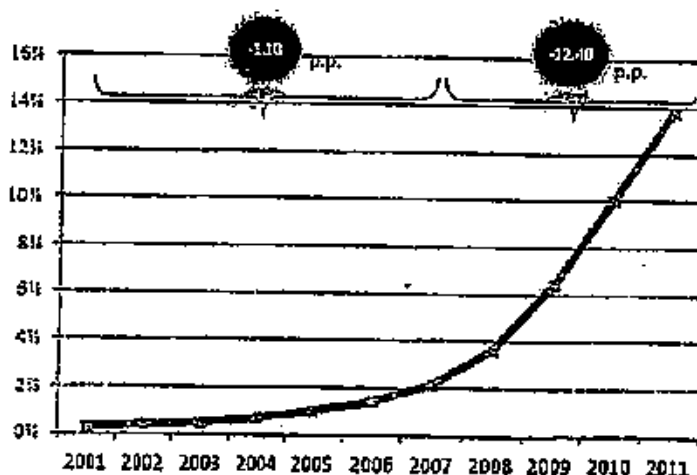
El hecho que los nuevos abonados de TELEFÓNICA estén prefiriendo de forma mayoritaria la compra de paquetes tarifarios del tipo dúos o tríos, no demuestra en

modo alguno que su comercialización forme parte de un ilícito concurrencial (práctica exclusoria) como pareciera señalar el CCO sin mayor sustento, sino únicamente que los abonados peruanos –en sintonía con la tendencia mundial–, prefieren los servicios paquetizados antes que gozarios adquirirlos de forma independiente.

En el siguiente gráfico vemos como si antes del lanzamiento de los paquetes del tipo dúos o tríos nuestros competidores habían logrado raspar apenas una cuota adicional de mercado de 1.10 puntos porcentuales en el período 2001 – 2006 respecto de la que tenían en el año 2000, en el período siguiente (diciembre de 2007 a diciembre de 2011), lapso en el que el CCO cree ver el despliegue de todo un arsenal anticompetitivo, los competidores lograron avanzar de forma vigorosa hasta alcanzar casi un 14 por ciento de cuota de mercado, es decir más de 12 puntos porcentuales adicionales o lo que es lo mismo más de 350 mil líneas telefónicas.

Gráfico N° 9

Telefonía fija: Los competidores (sin Movistar) ganan cuota



Fuente: OSIPTEL
Elaboración propia

Telefónica

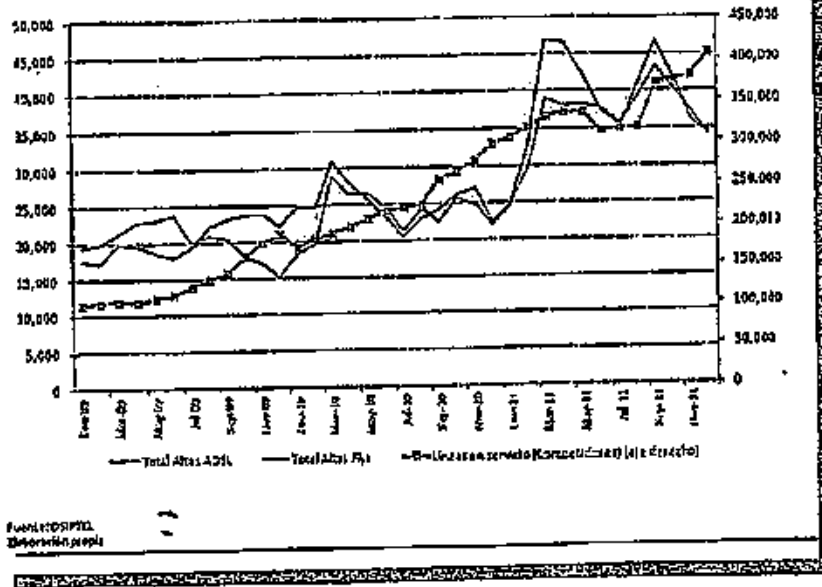
Telefónica del Perú S.A.A.

1789
Audrey Figueroa
Secretaría 5

Si observamos la real evolución del mercado de telefonía fija, prestando particular atención al desempeño de nuestros competidores y lo comparamos con la performance de altas de telefonía fija y ADSL de TELEFÓNICA, descubrimos que ambos resultados parecieran estar correlacionados, es decir el incremento de altas de telefonía fija y ADSL de TELEFÓNICA genera un mayor stock de abonados de telefonía fija de nuestros competidores. Ningún daño se puede advertirse de esta relación.

Gráfico N° 10

Altas de ADSL y fija de TELEFÓNICA y evolución del número de líneas fijas de competidores (sin Movistar)



f) Los competidores crecen a tasas espectaculares

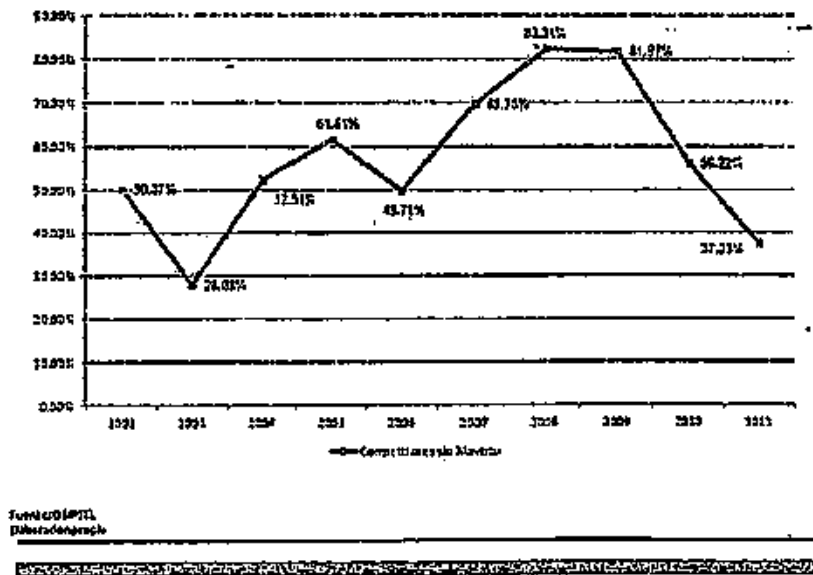
La estadística no respalda las afirmaciones del CCO, cuando se evidencia que nuestros competidores continuaron –y continúan- avanzando decididamente en el mercado de telefonía fija, incluso en un contexto particularmente complicado para la industria fija, pues como el propio CCO reconoce, la demanda por el servicio telefónico fijo no pasaría por sus mejores días. Si en este entorno – particularmente complicado-, nuestros rivales son capaces de crecer a unas tasas

1790 Vo
Andrés Fajó
Secretaría

muy importantes (37.33 por ciento para el año 2011, 56.22 por ciento en el año 2010 u 81.97 por ciento en el año 2009), resulta incuestionable que la práctica investigada por la Secretaría Técnica ha sido cuando menos incapaz de generarles algún nivel de daño. Nótese por lo demás, como es que durante el año donde supuestamente los efectos perversos de la práctica investigada se empezaron a notar (2009), los competidores de TELEFÓNICA lograron crecer a una tasa de casi 82 por ciento, robustez que descompone por completo cualquier indicio de posible conducta anticompetitiva (explotativa).

Gráfico N° 11

Telefonía fija: Competidores (sin Movistar) -- Índices de crecimiento



- g) La práctica investigada no ha afectado a los competidores "menos importantes" del mercado

Con ocasión de nuestro escrito de contestación al pliego de cargos, destacamos el importante crecimiento que venían registrando Americatel, Claro y Telmex. Sobre nuestro dicho, el CCO advierte en la Resolución Final lo siguiente:

Telefonica

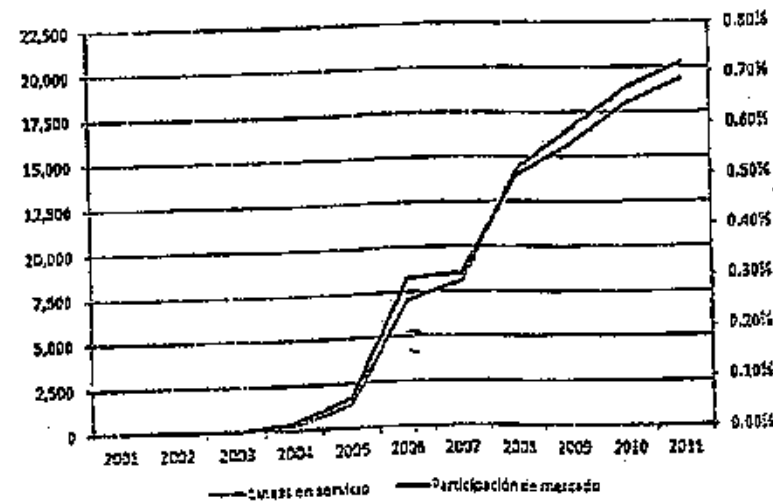
Telefónica del Perú S.A.A. 1791 v
 Audrey Fig
 Secretaria

«Sin embargo, se obvia que sus competidoras no solo son AMERICA MÓVIL, AMERICATEL Y TELMEX, ya que el resto de sus competidoras sí se han visto afectados por la venta alada de TELEFÓNICA.»⁵⁹

Discrepamos con esta afirmación. El crecimiento cuantitativo y cualitativo de nuestros competidores menos importantes también se evidencia si observamos su participación en el mercado telefónico a lo largo del tiempo, así, vemos como en el período comprendido entre el año 2007 y 2011, los competidores de TELEFÓNICA que no son Americatel, Claro y Telmex pasan de una cuota de mercado de 0.34 por ciento en el año 2007 hasta alcanzar un 0.69 por ciento al final de ejercicio 2011. Asimismo, este crecimiento de mayor participación viene aparejado con una incremento en el número de líneas en servicio administradas.

Gráfico N° 6

Telefonía fija: performance de competidores minoritarios (2001-2011)



En este contexto, incluso los operadores más pequeños –con modelos de negocio esencialmente de nicho y con inversiones ciertamente menores- han logrado duplicar su cuota global de participación. Por tanto, la información acumulada sobre el mercado de telefonía fija y el dinamismo que viene presentando,

⁵⁹ Página 50 de la Resolución Final.

desmiente de plano cualquier posible problema competitivo explotativo originado por la práctica investigada y menos aún que haya podido ralentizar de alguna manera el crecimiento de los competidores como señala de forma errada el CCO. En este extremo, no debemos olvidar que resulta particularmente llamativo este desempeño si tomamos en cuenta que el mercado de telefonía fija que no se caracteriza por tener una «fuerte demanda»⁶⁰ (CCO dixit).

2.4.4. Conclusiones

Es notorio que algo no funciona en la tesis del CCO si consideramos la cantidad de circunstancias agravantes aparentemente descubiertas durante la instrucción y, que sin embargo, parece que no han logrado afectar en lo más mínimo la dinámica competitiva del mercado de telefonía fija, tales como como: (i) la supuesta intencionalidad de TELEFÓNICA de dañar al mercado, (ii) lo prolongado de la práctica (casi doce años), (iii) la aparente dominancia de nuestra empresa en el mercado de acceso a Internet; (iv) las barreras de entrada en el mercado de telefonía fija (economías de escala y de ámbito); (v) el contexto de coyuntura negativa del mercado de telefonía fija que no se caracterizaría por tener una «fuerte demanda», (vi) el lanzamiento de planes del tipo dúos y tríos, y (vii) la existencia de una estructura de precios no competitiva. Y a pesar de ello, nuestros competidores han logrado mantener una performance positiva que nuestros competidores vienen alcanzando.

Un desempeño como el mostrado por el mercado no es consistente con la práctica alegada de daño (exclusorio) y sólo se explica si descartamos de plano las tesis principales que sostienen la instrucción, tanto en lo que respecta a la supuesta dominancia de TELEFÓNICA en el mercado de banda ancha, como de la equivocada apreciación de daño al mercado construida de forma arbitraria por el CCO.

⁶⁰ Página 46 de la Resolución Final.

2.5. Se pretende sancionar a TELEFÓNICA por una supuesta práctica explotativa

El CCO refiere en su Resolución Final a que «de forma contraria a lo alegado por TELEFÓNICA, debe descartarse que estemos ante una supuesta práctica con efectos explotativos y no exclusorios». No obstante, la Resolución Final hace referencia en varios de sus pasajes, a la existencia de claros efectos explotativos –además de exclusorios-. Por ejemplo, cuando concluye que la venta del ADSL con una línea telefónica habría afectado los posibles intereses de los abonados o usuarios del servicio Speedy. En particular, el CCO señala lo siguiente⁸¹:

«Producto de la práctica implementada por TELEFÓNICA, se genera un primer grupo de consumidores que deseaban adquirir el Internet solo pero que se vieron forzados a comprar un servicio adicional como el servicio de telefonía fija, que en realidad no deseaban o que con base en sus particulares necesidades deseaban contratar con otra empresa. (...).

Asimismo, esta práctica genera un segundo grupo de consumidores que atendiendo a los precios de los servicios atados, los usuarios interesados únicamente en el servicio de acceso a Internet y que no contaban con recursos para contratar el servicio de telefonía fija, se ven impedidos de adquirir el servicio de Internet.

Además, en la medida que TELEFÓNICA condicionó la provisión del servicio de acceso a Internet a que sus usuarios mantengan una línea telefónica fija contratada con ellos, limitó la libertad de sus abonados de darse de baja del servicio de telefonía fija.»

El CCO parece no advertir que las conductas reseñadas son de carácter explotativo –no exclusorio-, no obstante que la Ley de Libre Competencia vigente proscribe la investigación de prácticas que tengan efectos de esta naturaleza.

Una conducta de abuso de posición de dominio como la negativa injustificada de trato, cláusula de atadura o discriminación, puede tener un doble efecto: exclusorio y/o explotativo. El primero, se refiere a la afectación que ejercen las conductas sobre la permanencia de los competidores en el mercado; mientras que el segundo, se produce sobre el bienestar de los consumidores, en particular respecto de la reducción del excedente del consumidor. En la actualidad no existe

⁸¹ Páginas 51 y 52 de la Resolución Final.

ninguna duda respecto de cuáles son los efectos perseguidos por la nueva Ley de Libre Competencia.

En cuanto a las conductas que la nueva Ley considera capaces de generar un daño al mercado, el artículo 10 las define como aquellas acciones realizadas por una empresa que ostenta posición dominante en el mercado relevante, y que son utilizadas para restringir,

« (...) de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición».⁶² (el énfasis es agregado)

El artículo glosado hace referencia únicamente a los efectos que pudiera tener la conducta investigada en los competidores, excluyendo cualquier referencia como un posible caso de abuso de posición de dominio, cuando la práctica perjudica a los consumidores.

El numeral 10.2 de la nueva Ley de Libre Competencia establece que el abuso de posición de dominio como una conducta anticompetitiva, "podrá consistir en conductas de efecto excluyente" —y no explotativo— en clara referencia a que las prácticas empresariales reprochables son sólo aquellas que afectan al proceso competitivo.

⁶² Ley de Libre Competencia

Artículo 10o.- El abuso de la posición de dominio.-

10.1. Se considera que existe abuso cuando un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición.

10.2. El abuso de la posición de dominio en el mercado podrá consistir en conductas de efecto excluyente tales como:

(...)

c) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;

(...)

10.3. La presente Ley se aplica inclusive cuando la posición de dominio deriva de una ley u ordenanza, o de un acto, contrato o reglamento administrativo.

10.4. Las conductas de abuso de posición de dominio constituyen prohibiciones relativas.

10.5. No constituye abuso de posición de dominio el simple ejercicio de dicha posición sin afectar a competidores reales o potenciales.

Del mismo modo, la Exposición de Motivos de la vigente Ley de Libre Competencia destaca que el artículo 10 precisa cuál es la naturaleza de las conductas de abuso de posición de dominio perseguida, señalando expresamente que sólo tienen la capacidad de lesionar el mercado aquellas prácticas con efectos exclusorios, eliminando deliberadamente cualquier referencia a la proscripción de las prácticas con efecto explotativo. Sobre el particular la Exposición de Motivos de la Ley de Libre Competencia vigente señala lo siguiente:

«El numeral 10.1 del artículo 10 del Decreto Legislativo representa también una mejora respecto de la norma equivalente contenida en el DL 701. Se ha precisado la naturaleza de las conductas de abuso de posición de dominio, puntualizándose que son aquellas que afectan el proceso competitivo restringiendo la competencia, de ahí que los agentes perjudicados son competidores reales o potenciales, directos o indirectos. Por ende, toda conducta de abuso de posición de dominio, de acuerdo a lo establecido en el Decreto Legislativo, tendrá un efecto exclusorio. La identificación de las conductas de abuso de posición de dominio con un efecto de exclusión de competidores guarda directa relación con la finalidad del Decreto Legislativo contenida en su artículo 1, esto es, la prohibición de conductas que dañen el proceso competitivo y, por ende, la eficiencia económica.» (el énfasis es agregado).

En otro pasaje, la Exposición de Motivos desecha cualquier posibilidad de que se pueda interpretar que la Ley de Libre Competencia persigue prácticas del tipo explotativo:

«Lo anterior evidencia la necesidad de clarificar la norma en el sentido de que queda establecido que los supuestos de prácticas explotativas no son considerados infracciones a las normas de libre competencia, desechando la posibilidad de interpretaciones en distinto sentido.» (el énfasis es agregado)

Sobre el particular, Teresa TOVAR Vocal del Tribunal de Defensa de la Competencia de INDECOPI, considera que la mención que hace la Ley de Libre Competencia al efecto exclusorio podría ser innecesaria, toda vez que una conducta que no tiene tal efecto no puede afectar la competencia. Sin embargo, la autora considera que teniendo en cuenta la historia de la jurisprudencia nacional relativamente reciente sobre particular, es de destacar tal mención como un acierto de la Ley. Así, señala que, con la modificación introducida en la nueva Ley,

ha quedado claro que no es posible sancionar las negativas de trato arbitrarias, figura que había sido aplicada por OSIPTEL e INDECOPÍ⁶³, para casos referidos a negativas injustificadas a contratar:

«Recogiendo la preocupación de que se pudiera retornar al criterio de permitir sancionar tales conductas, la Ley zanja la discusión al señalar en el artículo 10.5 que, "No constituye abuso de posición de dominio el simple ejercicio de dicha posición sin afectar a competidores reales o potenciales". Es decir, una conducta que consista en beneficiarse económicamente de ostentar posición de dominio fijando el precio que se crea conveniente o que implica negarse a contratar con alguien que no es competidor, no es sancionable. Ello porque no existe razón alguna para que el derecho de la competencia se aplique, en tanto la conducta no sólo no afecta a competidores del dominante, sino que no afecta el proceso competitivo.»⁶⁴

En el mismo sentido, Gonzalo RUIZ DÍAZ señala que la exclusión de las conductas con efecto explotativo de la legislación de libre competencia ha reducido el universo de conductas susceptibles de investigación y sanción por parte de la autoridad de competencia⁶⁵.

Esta sería la opinión institucional de INDECOPÍ para el presente caso si se tiene en cuenta que los lineamientos contenidos en el Informe No. 048-2011/ST-CLC-INDECOPÍ elaborados a requerimiento de la Secretaría Técnica, señalan que para que la práctica sea sancionada es necesario que el supuesto infractor haya obtenido beneficios y haya perjudicado a los competidores reales o potenciales, directos o indirectos; excluyéndose cualquier referencia a un posible análisis de daño a los consumidores. En dicho sentido, el CCO se aparta claramente no sólo de los lineamientos elaborados para la ocasión por INDECOPÍ sino de lo expresamente señalado como una limitación a las investigaciones por práctica anticompetitiva por la Ley de Libre Competencia.

⁶³ Los CCO de OSIPTEL también han recogido este criterio, reflejado para más detalle en el caso seguido por CaTV. Full Imagen contra Empresa de Distribución Eléctrica Cañete (Expediente No. 002-2008-CCO-ST/CO) en el que se declaró improcedente la denuncia de un operador de televisión por cable contra una empresa de distribución de energía eléctrica por negativa de trato y precios excesivos en el arrendamiento de postes.

⁶⁴ TOVAR MENA, Teresa V. *En busca de la piedra filosofal: ¿Existe el estándar ideal para analizar conductas unilaterales exclusivas?* En: Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual. No. 13, primavera de 2011, p. 120.

⁶⁵ RUIZ DÍAZ, Gonzalo. Op. Cit. p. 173.

Entonces, cuando la Resolución Final considera que la práctica investigada afecta a los consumidores o usuarios a partir de la compra de un producto que no desearían adquirir o que no podrían comprar por una restricción presupuestal, no está haciendo sino un análisis de efectos explotativos —y no exclusorios— de la conducta investigada; y, por tanto, actuando de forma contraria a lo expresamente señalado como un parámetro válido de evaluación de daño contemplado en la nueva Ley de Libre Competencia, situación que no dudamos será corregida por el Tribunal.

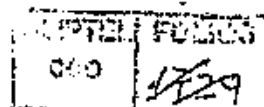
2.6. El CCO no ha ponderado los efectos positivos de la práctica investigada con sus nulos efectos negativos

2.6.1. Entendiendo a las ventas conjuntas

Pareciera que gran parte de los problemas que observamos en la Resolución Final descansan sobre la premisa de considerar que la práctica investigada ofende *per se* al mercado; más que por su posible efecto exclusorio, por un también alegado efecto explotativo, deducción que no se habría alcanzado si se hubiera conocido bien la economía de la experiencia de venta conjunta y a partir de ello de sus innegables efectos positivos.

Es conocido que vender productos de forma conjunta, es común en todos los mercados competitivos, desde los zapatos izquierdos que se venden con los derechos, los propios zapatos que se venden con los cordones, los artículos deportivos que incluyen una serie de complementos (raquetas de tenis, cuerdas y maletín), la venta de diarios (las diferentes secciones se ofrecen de forma empaquetada) o el caso del mercado automotriz donde los autos se distribuyen con diversos accesorios incorporados como radios o equipos de aire acondicionado. Decenas de académicos, no sólo no fustigan la práctica de venta conjunta, sino que por el contrario destacan su racionalidad.⁶⁶

⁶⁶ DIRECTOR, Aaron y Edward H. LEVI. *Law and the future of trade regulation*. En: *Northwestern University Law Review*, No 56, 1956. Pp. 281 y ss.; STIGLER, George Joseph. *The Organization of Industry*. Homewood; Irwin, 1958; POSNER, Richard. *Antitrust Law: An Economic Perspective*.



Telefonica

Telefónica del Perú S.A.A.

1800 y.
Andrey Figue
secretaria

Sin embargo, los ahorros generados a partir de la existencia de economías de escala y alcance no son los únicos ahorros existentes. Las ventas conjuntas suelen generar ventajas en lo relativo a los costos de transacción y organización. Cada empresa debe decidir exactamente qué productos ofrece y en qué condiciones.

En el caso de la venta conjunta del ADSL, más allá de la estructura de costos del servicio, la competencia por plataforma de servicios hace que la opción de venta desagregada como plantea el CCO sólo beneficie a una pequeña parte de los abonados de TELEFÓNICA y por lo tanto su imposición no sea aconsejable por representar una serie de mayores costos antes que sus probables beneficios. Esto es aún más lógico si se tiene en cuenta que la demanda agregada del ADSL sólo estaría por el orden del 5 por ciento, tal como señala la propia Resolución Final, lo cual no haría aconsejable diseñar un producto para un porcentaje tan minoritario de la planta de abonados.

La literatura reciente sobre la economía de la vinculación ha extraído al respecto tres conclusiones principales. En primer lugar, la vinculación es una práctica comercial común que es a menudo eficaz. En segundo lugar, la vinculación puede tener efectos contrarios a la competencia sólo en circunstancias muy restringidas, que en la práctica son muy difíciles de verificar. En tercer lugar, teniendo en cuenta que la vinculación puede dar lugar a efectos tanto favorables a la competencia y como contrarios, la regla *per se* no es conceptualmente un mecanismo apropiado para evaluar este tipo de conductas.

En el mercado de las telecomunicaciones, la venta conjunta de paquetes del tipo dúos o tríos es un ejemplo que ilustra los beneficios favorables de la práctica, tanto para la competencia en general como para los consumidores. Como vimos, la venta de servicios de telecomunicaciones empaquetados se ha fortalecido en los últimos años, ya que la competencia y la creciente presión de los consumidores obliga a los operadores a adaptar su *stock* de servicios para satisfacer múltiples y novedosas necesidades de consumo a un precio atractivo.

Telefónica

1403

17/80

Telefónica del Perú S.A.A.

1801 Vc
A. Uchay Faj
Secretaría 5

En esta línea la *Federal Communications Commission* (Comisión Federal de las Comunicaciones; en adelante, FCC) ha reconocido explícitamente lo siguiente:

«La venta de paquetes fomenta la competencia, dando flexibilidad, tanto las compañías para diferenciarse de sus competidores y para llegar a segmentos del mercado de consumo con una oferta de productos diseñada para satisfacer las necesidades de los clientes individuales.»⁶⁷ (el énfasis es agregado)

En el caso del mercado peruano los competidores de TELEFÓNICA han logrado diseñar una oferta de servicios empaquetados para atraer un mayor número de clientes. La oferta empaquetada en el mercado de las telecomunicaciones beneficia a los consumidores, facilitando la selección de productos e incrementando la cantidad de opciones de cara al consumidor, al mismo tiempo que genera una serie de ofertas a unos precios muy atractivos. De esta suerte, la venta de servicios de telecomunicaciones de forma conjunta ha animado a los operadores nacionales –al menos a una buena parte de ellos– a invertir en nueva infraestructura y en una mejor tecnología para ofrecer una mayor variedad de servicios; dinámica que ha animado a los consumidores a probar los nuevos productos y servicios ofrecidos.

El análisis económico y los precedentes acumulados por el INDECOPI demuestran que la gran mayoría de las alegaciones realizadas por el CCO respecto de que la comercialización del ADSL por parte de TELEFÓNICA podría ser contraria a la competencia, son por completo infundadas. Como vimos en su oportunidad, dado el nulo efecto contrario a la competencia que la práctica investigada ha producido en el mercado, y teniendo en cuenta sus beneficios de cara al bienestar de los consumidores y la competencia, la intervención del CCO no está justificada y, por el contrario, de materializarse tiene el enorme riesgo de generar una distorsión importante al proceso competitivo.

⁶⁷ FEDERAL COMMUNICATIONS COMMISSION. *Report and Order, 1998 Biennial Regulatory Review - Review of Customer Premises Equipment and Enhanced Services Unbundling Rules in the Interexchange, Exchange Access and Local Exchange Markets*. 2001.

2.6.2. Premisas equivocadas nos llevan a conclusiones erradas

La Resolución Final nos dice, siguiendo a los Lineamientos de Libre Competencia, que para que una venta atada tenga efectos anticompetitivos es necesario que la realice una empresa con posición de dominio, que sea injustificada y muestre el intento de restringir la competencia. Adicionalmente, concluye, que la práctica de venta atada debe analizarse conforme a la regla de la razón. Sin embargo, como vimos –y veremos– a continuación, la Administración no ha cumplido con este saludable razonamiento y ha terminado por aplicar al presente caso un análisis del tipo de regla *per se*, tal vez de forma inadvertida.

El CCO parte de analizar la conducta a partir de la premisa de que la misma "podría" ser legítima si existiese una justificación objetiva para realizarla, o produce eficiencias pro-competitivas que compensen sus posibles efectos anticompetitivos. Sin embargo, matiza de tal forma este criterio que lo termina por vaciarlo totalmente de contenido. Así, el CCO señala lo siguiente con relación a las razones objetivas:

«(...) debe tenerse en cuenta que tendría que tratarse de razones objetivas aplicables a toda empresa del mercado, de modo que sin la vinculación de los bienes no podrían ser distribuidos» (Página 51).

Asimismo, respecto de las eficiencias competitivas, la Resolución Final nos plantea el siguiente criterio:

«(...) esta Secretaría considera que deben ser consecuencia de la vinculación de los bienes, es decir, la vinculación debe ser indispensable para conseguir las eficiencias, además las eficiencias deben beneficiar a los consumidores y no deben eliminar la competencia.» (Página 51)

Para el CCO una práctica de venta atada sólo estaría justificada si cumple con los siguientes criterios: (i) si la razón es aplicable a todas las empresas del mercado; (ii) que sin la vinculación los bienes no podrían ser distribuidos; (iii) que debe ser indispensable para conseguir eficiencias; (iv) que beneficie a los consumidores; y, (v) que no elimine competencia.

a una reducción de costos. Este bloque comprende tanto el ahorro de los costos de producción o distribución de un bien o servicio, fundamentalmente mediante la obtención de economías de escala y alcance, asimismo, los empaquetamientos generan un ahorro importante en cuanto a los costos de transacción. También, se afirma como una ventaja de las ventas empaquetadas puede conducir a una política de precios eficiente. Finalmente, es común que estas prácticas generen valor en forma de productos nuevos o mejorados de gran aceptación por parte de los abonados.

Sobre el particular, la FCC señaló en un documento del año 2001 en sintonía con aquellas opiniones que señalan que los consumidores se benefician de la oferta empaquetadas, ya que elimina la necesidad de las compañías de realizar transacciones por separado, costos de mercado y servicios de factura y por lo tanto reduce los costos de transacción, que las compañías típicamente trasladan a los consumidores. De hecho, la FCC reconoce lo siguiente sobre el particular:

«(...) la agrupación en paquetes de servicios ofrece beneficios que no tienen los servicios que se cobran por separado, hemos encontrado el caso de dos empresas fusionadas que al ofrecer productos "como un paquete, a un precio inferior al de los precios individuales de los componentes del paquete cuando se vende por separado, la empresa resultante de la fusión podría tener costos más bajos y trasladar al menos parte de esos ahorros en costos a los consumidores.»

No obstante, el CCD no ha seguido ningún test con el mínimo de rigor - ni el que hemos descrito ni ningún otro-, que permita la ponderación de los posibles efectos positivos y negativos de la práctica en el mercado, tan sólo descarta cualquier posible razón esgrimida por TELEFÓNICA para justificar la atadura a través de un análisis apriorístico y poco riguroso.

2.6.4. La venta conjunta es razonable: el ADSL emplea como red de acceso al usuario la de telefonía fija

El CCO señala que no existiría mayor criterio técnico que justifique la venta conjunta del servicio de ADSL con el servicio de telefonía fija. Sin embargo, cuando revisamos los fundamentos de su conclusión vemos cómo es que en

realidad ningún criterio técnico ha sido revisado para arribar a ella; pues se sostiene únicamente en un texto descontextualizado de la exposición de motivos de una norma regulatoria -que paradójicamente su influencia para el presente procedimiento el propio CCO descarta de plano- y en una expresión aislada de la Memoria Anual de nuestra empresa del año 2001.

Efectivamente, el CCO sostiene que no existen criterios técnicos que permitan explicar la venta conjunta a partir de lo señalado en la exposición de motivos de la Resolución No. 036-2000-CD/OSIPTEL que señala lo siguiente:

«(...) los abonados fijos de una línea telefónica fija, podrán contar con un acceso digital asimétrico. Esto implica poner a disposición del abonado un medio de transmisión que le permitirá una velocidad de "bajada" (de red a usuario) superior a la velocidad de "subida" (de usuario a red), en tanto que la transmisión sobre la línea telefónica se realiza en forma independiente y simultánea a la utilización del servicio de telefonía fija.»⁶⁸

Asimismo, recoge como un argumento para contradecir nuestra posición un párrafo de la Memoria Anual de TELEFÓNICA del año 2001, documento que señala lo siguiente:

«El 15 de agosto se lanzó al mercado Speedy, un servicio de conexión permanente a Internet a alta velocidad y con tarifa plana, gracias a la tecnología ADSL. Este servicio usa la línea telefónica convencional. Las comunicaciones telefónicas y el acceso a Internet funcionan de forma simultánea e independiente a través de la misma línea. La velocidad de acceso es simétrica (...)»⁶⁹

Ningún argumento "técnico" adicional encontraremos en la Resolución Final. Como podrá apreciar el Ilustre Tribunal, este simplemente no existe, ni la exposición de motivos de la Resolución No. 036-2000-CD/OSIPTEL, así como tampoco la Memoria Anual de nuestra empresa del año 2001 señalan que el ADSL y el servicio telefónico constituyen dos servicios independientes o diferenciados como señala el CCO en su Resolución Final. La exposición de motivos de la Resolución No. 036-2000-CD/OSIPTEL dispone únicamente que la

⁶⁸ Página 52 de la Resolución Final.

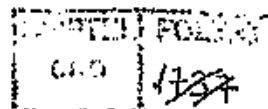
⁶⁹ Página 52 de la Resolución Final.

comunicación de acceso a Internet se realiza de forma independiente y simultánea a la utilización del servicio de telefonía fija. En el mismo sentido se expresa nuestra Memoria Anual al señalar que la telefonía y el acceso a Internet funciona de forma simultánea e independiente. Lo advertido en ambos textos es una obviedad que tenía el mayor de los sentidos en los años 2000 y 2001 respectivamente, pues para nadie era un secreto que el servicio de acceso a Internet vía ADSL recientemente comercializado por nuestra empresa en aquel momento se contraponía al modelo tradicional preponderante de acceso a Internet vía *dial-up* a través de la línea telefónica; y que, implicaba la discontinuidad de uno de los servicios para que pudiera progresar la conexión ya sea a Internet o el de telefonía fija. Es decir, únicamente señalan que las comunicaciones de telefonía y acceso a Internet no podían ser simultáneas.

Sorprende por lo demás, que el CCO utilice como argumento para negar cualquier justificación técnica la Resolución No. 036-2000-CD/OSIPTEL, cuando hemos visto claramente que esta norma estableció que la provisión de un acceso ADSL de forma conjunta con la telefonía fija, es decir, tan sostiene el dispositivo mencionado que los servicios de telefonía fija y ADSL son diferentes que termina finalmente por agruparlos. Difícilmente podríamos encontrar algún otro ejemplo de motivación inconsistente más evidente que el que acabamos de ver.

Por otro lado, llama la atención en este punto que lo dicho por el CCO en la Resolución Final sea contradictorio con la descripción que realizada del ADSL. Efectivamente, de acuerdo con la Resolución Final, «el acceso a Internet por ADSL se soporta sobre la red de telefonía fija convencional pero es independiente de ésta»⁷⁰. Si se soporta en la red de telefonía fija no puede ser independiente. Allí donde no existe red de telefonía no consta que se pueda acceder a Internet vía ADSL. Si el CCO considera que es posible brindar el servicio de acceso a Internet vía ADSL sin la previa existencia de una red de telefonía –no nos referimos al servicio telefónico, sino a la red-, –no nos referimos al servicio telefónico, sino a la red-, sería bueno que nos ofrezca algún ejemplo que permita verificar tal apreciación. Para TELEFÓNICA es claro que el acceso a Internet vía ADSL es dependiente –no independiente- de la red de telefonía fija.

⁷⁰ Página 51 de la Resolución Final.



También se señala que el acceso a Internet vía ADSL, no hace uso de las centrales de conmutación de la red fija, es decir, que no usa las facilidades ni de comunicación ni de transporte de la red telefónica, pero sí utiliza el par de cobre o bucle de abonado que «constituye parte de la red de telefonía fija»⁷¹. Es decir, para el CCO no está en discusión que casi toda la red de acceso de la telefonía fija sea utilizada por la tecnología ADSL.

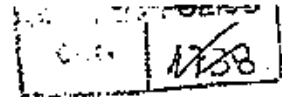
En este punto, cabría aclarar que la descripción de una red de ADSL no es lo fundamental para determinar la racionalidad de la venta conjunta con el servicio de telefonía. Lo relevante es si, teniendo en cuenta determinada topología de red y determinada función de costos constituye una decisión razonable –o no–, que se oferten los servicios (acceso a Internet y telefonía) de forma conjunta. La respuesta es obvia. Si el servicio de ADSL y el de telefonía fija tienen innegables costos comunes –que el propio CCO reconoce⁷²–, no resulta descabellado que, atendiendo a esta función de costos, se oferten de forma conjunta. Es esta la razón por la cual British Telecom ofrece, al igual que TELEFÓNICA, ambos servicios de forma conjunta y que en los Estados Unidos Verizon anunciara en fecha reciente que dejará de vender el ADSL *naked* para ofrecerlo conjuntamente con el servicio telefónico⁷³. Como vemos, no se trata de un asunto meramente descriptivo, como parece creer el CCO, sino básicamente de una función de costos derivada de sus aspectos técnicos. Si aplicáramos el test de productos diferenciados que pareciera guiar los pasos del CCO, meramente descriptivo, la oferta conjunta de zapatos y cordones no estaría justificada en la medida que constituyen productos diferenciados e independientes. Basta observar ambos productos para darse cuenta que son muy diferentes, pero no puede controvertirse que el sentido común nos dice que dicha venta conjunta está justificada en función de su relación de dependencia, sin los cordones los zapatos pierden gran parte de su fiabilidad y comodidad, de la misma que sin la red de telefonía fija no puede brindarse el servicio de ADSL.

⁷¹ Página 51 de la Resolución Final.

⁷² Página 43 de la Resolución Final.

⁷³ HIGGINBOTHAM, Stacey. *Verizon dumps DSL-only Service*. En: Gigaom [on line]. Disponible en: <http://gigaom.com/broadband/verizon-dumps-naked-dsl/> (Visitada el 18 de junio de 2012).

1411



Telefónica

Telefónica del Perú S.A.A.

1809
A. Andrey F.
Secretaría

2.6.5. Los servicios ofertados conjuntamente por TELEFÓNICA forman parte de un mismo mercado

TELEFÓNICA con ocasión de la presentación de su escrito de contestación al pliego de cargos, señaló que para determinar si los productos vinculados a la práctica de atadura son en realidad diferentes era necesario demostrar la existencia de una demanda para cada producto por separado. Coincidentemente con nuestra posición inicial la evidencia acumulada hasta el momento nos señala que los abonados nuevos prefieren en una inmensa mayoría la compra de servicios empaquetados; incluso la propia Resolución Final señala que no hay evidencia suficiente que permita concluir que existe un mercado de ADSL *naked*.⁷⁴ Entonces, la conclusión del CCO debió decantarse por considerar al servicio del ADSL y al servicio de telefonía como parte del mercado de servicios empaquetados de telecomunicaciones, posición coincidente con el fenómeno de competencia intermodal o entre plataformas prevaleciente hoy en el mercado de las telecomunicaciones.

Constituye una de las exigencias para sancionar una supuesta práctica de venta atada, verificar que exista cuando menos dos mercados independientes. De esta forma la jurisprudencia y la literatura más autorizadas han dejado de lado desde hace muchos años a la mera descripción física de los productos analizados para pasar a verificar si existe suficiente demanda individual del producto que ata. La existencia de mercados independientes se valora en atención al juicio de los compradores, circunstancia que el CCO ha obviado a lo largo del presente procedimiento. Así, se estimará que existen productos diferenciados si una vez dada la opción al consumidor de comprar el producto que ata de forma conjunta, se decide por la adquisición independiente del mismo. En caso opte por lo contrario, es decir por preferir la adquisición del paquete se debe determinar que tal demanda independiente no existe.

⁷⁴ Página 38 de la Resolución Final.

Sobre el particular, el CCO nos señala que la identificación de una amplia demanda individual en el mercado del servicio relevante no resulta posible, dado que TELEFÓNICA ostentaría el 92.21 por ciento de dicho mercado. Sin embargo, el CCO, resalta el caso de TELMEX donde el Internet sólo representaría un 28.6 por ciento de sus accesos, el resto de conexiones a Internet -71.4 por ciento- estarían siendo contratadas de forma empaquetada con otros servicios de telecomunicaciones como con la telefonía o el acceso a televisión por cable. Esto último lleva al CCO a concluir que *«el porcentaje de demanda de conexiones de Internet solo que presenta TELMEX es considerable dentro del total de su oferta de Internet»*. Como veremos a continuación esta es una conclusión es errada.

Sobre el particular, debemos advertir en primer lugar, que el CCO no identifica cuál sería el nivel de demanda necesario para que determinado bien o servicio para determinar que existe una demanda independiente. Por otro lado, el propio CCO sitúa a la posible demanda del ADL *naked* de TELEFÓNICA en el orden del 5 por ciento⁷⁵, sin embargo, este nivel de demanda no justifica ni la imposición de una sanción, así como tampoco una medida correctiva. Ante una demanda tan limitada, no parece razonable que TELEFONICA haya tenido que considerar seriamente presentar una oferta de esta naturaleza, máxime si como vimos la venta conjunta ha tenido un efecto (exclusorio) nulo en el mercado.

Por otro lado, el CCO estima que la experiencia internacional es un buen elemento para determinar si existe una demanda de Internet *naked*. En particular, señala en el Informe Instructivo que de acuerdo con información de la OECD los servicios de Internet de banda ancha son vendidos prioritariamente como paquetes mixtos, lo que permite elegir entre las ofertas individuales o servicios empaquetados. Así, resalta que el 77 por ciento de los operadores que compusieron la muestra permiten comprar de forma individual el servicio de Internet de banda ancha.

Sin embargo, el Informe de la OECD nos dice algo más que de forma inexplicable el CCO no ha pasado a considerar. Aún cuando es correcto el 77 por ciento de los operadores analizados por la OECD tenía una oferta de servicios de forma

⁷⁵ Página 61 de la Resolución Final.

independiente, advierte claramente que los suscriptores preferían en gran medida los servicios paquetizados cuando estaban disponibles.⁷⁸ Por lo tanto, el análisis de la OECD no nos permite arribar a las conclusiones a las que llega el CCO; sino, que por el contrario, pareciera desmentirlas categóricamente. Asimismo, cabe realizar otra crítica al análisis realizado por el CCO sobre el particular. Efectivamente, la Resolución Final toma en cuenta el Informe de la OECD no obstante lo ha hecho desde la perspectiva del lado de la oferta de servicios la literatura económica es clara al resaltar que el análisis correcto, o cuando menos primordial, para determinar la existencia de una demanda individual debe hacerse desde la perspectiva de la demanda, es decir desde la valoración de los consumidores, más aún cuando el CCO nos señala claramente que la oferta del ADSL *naked* ha sido modelada, no sólo por un agresivo entorno competitivo, sino también por la acción de organismos reguladores y autoridades de competencia; es decir, la oferta está distorsionada por elemento ajeno al propio mercado. Si como señala el CCO diversas instituciones estatales (reguladores) han forzado un determinado modelo comercial, aparentemente este modelo no sería de la predilección de los consumidores. Una razón más que suficiente para considerar que no nos encontramos ante una demanda individual y por lo tanto tampoco ante dos productos separados.

Luego del análisis que hace el CCO respecto de la posible existencia de servicios diferenciados, queda claro que no se ha seguido ningún test con el mínimo rigor para inferir la existencia de un mercado de Internet *naked*, por el contrario, la determinación de esta demanda en el orden del 5 por ciento pareciera dar la razón a TELEFÓNICA.

2.6.6. OSIPTEL ha reconocido que una práctica como la que cuestiona está justificada

Como hemos señalado en nuestro escrito de contestación de cargos y en nuestro escrito de Alegatos y Comentarios al Informe Instructivo, en el mes de diciembre

⁷⁸ OECD, *Broadband Bundling: Trends and Policy Implications*. OECD Digital Economy Papers, OECD Publishing, No. 175.

de 2002, OSIPTEL tuvo la oportunidad de analizar la provisión del servicio de acceso a Internet a través de las redes de cable, estudio que plasmó en un informe denominado: "Situación del mercado de televisión por cable".⁷⁷ En aquel momento, al detallar la problemática del acceso a Internet a través de las redes de cable, OSIPTEL señaló de forma explícita que constituía una práctica común del mercado que las empresas operadoras del servicio de televisión por cable ofrecieran de forma empaquetada con el servicio de televisión el acceso a Internet.

OSIPTEL señaló en aquella oportunidad –como hace ahora el CCO– que no existía ningún impedimento técnico para ofrecer el servicio de acceso a Internet de forma independientemente al servicio de televisión paga, pues Telefónica Multimedia podía hacer uso de determinados filtros que logran diferenciar ambos servicios de tal forma que no fuera obligatorio contratar el servicio de televisión por cable para acceder a Internet. No obstante, cuando a OSIPTEL le tocó analizar los posibles efectos anticompetitivos de la práctica de venta conjunta del acceso a Internet y el cable, concluyó en el sentido que no tenía ninguno o en todo caso eran ambiguos.

Sin embargo, el CCO rechazó de plano lo dicho por OSIPTEL en aquella oportunidad sobre la base de los siguientes argumentos: (i) no habría investigado lo suficiente; y, (ii) que dicho análisis versó sobre el mercado de televisión paga y esta investigación se hace sobre el mercado de telefonía fija⁷⁸. Ya hemos rebatido estos argumentos ampliamente en nuestro escrito de Alegatos y Comentarios al Informe Instructivo⁷⁹. Sin embargo, existe un punto que quisiéramos destacar sobre el particular.

Como hemos señalado, el análisis de la regla de la razón implica que el juzgador analice todos los posibles argumentos procompetitivos, los valore de forma independiente para reconocer su real impacto; y luego, los merite en conjunto con el daño al mercado detectado. En caso no haberse detectado ningún daño al

⁷⁷ PERÚ. Informe situación del mercado de televisión por cable. Lima. Diciembre del 2002.

⁷⁸ Páginas 57 y 58 de la Resolución Final.

⁷⁹ Páginas 108 a 111 de nuestro escrito de Alegatos y Comentarios al Informe Instructivo.

convencemos aún más de la naturaleza *per se* que ha terminado dándole a la conducta investigada.

Consideramos que en todo caso, corresponde que el Tribunal realice un verdadero análisis de acuerdo con la regla de la razón; y, en la medida concurren para el presente caso las mismas circunstancias y consideraciones que fueron detectadas por OSIPTEL en el año 2002 para el mercado del cable, las mismas sean tomadas en cuenta al momento de analizar la racionalidad y los efectos de la práctica desarrollada por TELEFÓNICA.

2.6.7. El servicio de ADSL de TELEFÓNICA es un servicio de valor añadido y la oferta conjunta es válida

El servicio de acceso a Internet vía tecnología ADSL prestado por TELEFÓNICA – tal como hemos señalado en nuestros Alegatos y Comentarios al Informe Instructivo- es un servicio de conmutación de datos por paquetes, tal como se aprecia en las "Clausulas Generales de Contratación de los Servicios Públicos de Difusión y de Servicios de Valor Añadido para Acceso a Internet" que acompañamos como (Anexo 1-I) en nuestra contestación al pliego de cargos.

El servicio de conmutación de datos por paquetes constituye un servicio de valor añadido, de acuerdo con lo señalado por el artículo 99 del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones y como tal el servicio de acceso a Internet, es un servicio de valor añadido. Conforme a nuestra regulación, los servicios de valor añadido, son aquellos servicios que utilicen como soporte servicios portadores o finales de difusión para añadir alguna característica o facilidad al servicio portador o final que les sirve de base. Para poder prestar servicios de valor añadido, es necesario, que quien los quiera ofrecer proceda a su inscripción en el registro que para tal efecto administra el MTC.

Dado que el servicio de acceso a Internet vía ADSL es un servicio de valor añadido no existe nada de irregular si se brinda de forma conjunta con el servicio portador o final que le sirve de soporte.

Lo anterior es un resumen de lo que ya habíamos dicho sobre el particular en nuestro escrito de contestación al pliego de cargos. Sin embargo, el CCO descartó nuestra posición bajo el argumento que, de acuerdo a nuestro planteamiento la sola calificación de un servicio como de valor añadido, sería una justificación legal para la venta conjunta de los servicios. Adicionalmente añade que a partir de una revisión del marco regulatorio, no existe ninguna restricción normativa que imponga la venta conjunta de los servicios de valor añadido con los servicios portadores o finales sobre los que se soportan. Como ejemplo, se citan los casos de Telmex y de Americatel que, además de la oferta empaquetada, brindan un servicio de acceso a Internet vía ADSL sin ningún condicionamiento a la contratación de un servicio telefónico fijo. Finalmente advierte la Resolución Final que existen otros servicios de valor añadido que se prestan separadamente de los servicios portadores o finales sobre los cuales se soportan, poniendo como ejemplo al teleproceso y procesamiento de datos, mensajería interpersonal, entre otros. Así, concluye el CCO que los «servicios de valor añadido son ofrecidos en el mercado de forma individual»⁸⁰. Discrepamos con lo señalado en la medida que nuevamente el CCO se sostiene sobre un criterio formalista y no desde un análisis de la regla de la razón y menos aún a partir de un análisis de mercado.

No obstante que el CCO recoge que existen servicios como el teleproceso o el procesamiento de datos que se prestarían de forma separada del servicio final o portador que le sirve de base, no hemos podido encontrar ningún ejemplo de los servicios señalados que en el mercado se brinden de forma independiente a la contratación de un servicio final o portador. Es posible que el servicio de valor añadido se contrate de forma independiente, sobre todo a empresas que no cuentan con una red propia, pero dependerá su viabilidad de si el abonado haya contratado previamente a otra empresa con red los servicios finales o portadores necesarios.

Asimismo, TELEFÓNICA tampoco ha señalado que el hecho que el acceso a Internet sea un servicio de valor añadido, convierte en indispensable su venta conjunta con el servicio final que le sirve de soporte, en este caso, el de telefonía

⁸⁰ Página 53 de la Resolución Final.

fija. TELEFÓNICA únicamente ha advertido, dado que el servicio de acceso a Internet tiene la calificación de un servicio de valor añadido lo cual presupone determinadas características, es razonable que se comercialice de forma conjunta con el servicio que le sirve de soporte. Es decir, que no nos encontramos ante una decisión comercial irrazonable. En la medida que tal decisión no representa ninguna amenaza para los competidores, así como tampoco para los consumidores, no vemos cómo es que la práctica deba ser cuestionada. La pregunta que debió hacerse el CCO no era si en el mercado existe alguna práctica de comercialización desagregada de servicios de valor añadido del servicio portador o final, en la medida que dicho razonamiento nos podría llevar a un falso positivo y por lo tanto a una errada generalización. La interrogante correcta es si es común en el mercado nacional que el servicio de valor añadido esté condicionado a la adquisición previa del servicio que le sirve de soporte. La respuesta es obvia, en el mercado peruano los servicios de valor añadido normalmente están condicionados o son dependientes a la contratación de un servicio portador o uno final.

Por ejemplo, en el Perú, por los problemas de seguridad interna que todos conocemos, existe una importante demanda por el servicio de valor añadido de telealarma, que se ofrece a los abonados de la red de telefonía fija. Como quiera que para brindar este servicio se necesita de una línea telefónica, no existe ninguna empresa en el mercado peruano que ofrezca este servicio sin una línea telefónica. En este contexto, una empresa de telefonía, bien podría diseñar un servicio de telealarma para ofrecerlo al público o a empresas de seguridad sin la contratación de la línea telefónica. Como quiera que el circuito telefónico siempre será necesario, los costos asociados al mismo se cargarán íntegramente a la factura del abonado que solicite este servicio de telealarma solo. Es obvio que estamos ante una decisión comercial válida, que permite a la empresa que la ofrece adquirir una ventaja competitiva. Sin embargo, que ello sea factible no convierte a las ofertas comerciales que hacen depender el servicio de telealarma a la contratación o tenencia de una línea telefónica en inválidas, en contrarias a la libre competencia o en lesivas a los intereses de los consumidores.

1817 Va
Andrey F. U.
Secretaría

La lógica detallada en el párrafo anterior a partir de la experiencia del servicio de telealarma no tiene por qué ser diferente para el presente caso. Es correcto que Americatel y Telmex presentan ofertas comerciales de acceso a Internet de forma desagregada a la contratación de una línea telefónica. Sin embargo, ello les ha permitido tener una oferta comercial distinta e innovativa con relación a la oferta que presenta nuestra empresa y les ha permitido obtener muchos clientes que probablemente no hubieran tenido si hubieran replicado el modelo de TELEFÓNICA. Precisamente, nos encontramos en el escenario favorable que el propio OSIPTEL encontró en su Informe del año 2002 para la televisión por cable. El hecho, que nuestros competidores puedan ofrecer en el mercado un producto diferenciado con relación a nuestro modelo de comercialización de Internet no lo convierte en injustificable o en Irregular. Simplemente es el aprovechamiento legítimo de una ventaja competitiva. En dicho sentido, exigir que TELEFÓNICA iguale su fórmula de comercialización de Internet al de Americatel y Telmex les privará de esta ventaja. No creemos que la decisión que finalmente ha adoptado el CCO sea de su particular agrado.

2.6.8. La práctica genera una serie de eficiencias económicas y se han trasladado a los consumidores

La provisión de servicios de banda ancha de acceso bajo un esquema de NDLS es un fenómeno más bien reciente y no remoto como pareciera señalar implícitamente el CCO, al establecer dicho diseño comercial de forma injustificada como un óptimo competitivo. Por ejemplo, recién en el año 2005, la OECD (*Organisation for Economic Co-operation and Development*) advirtió en su reporte *OECD Communications Outlook* lo siguiente sobre el particular:

"[A]lgunos consumidores pueden estar abandonando sus líneas primarias cuando consideran que los servicios móviles y del cable modem, cuando son usados de forma conjunta, satisfacen sus requerimientos. Un signo de este fenómeno es el nacimiento de las ofertas de banda ancha desnuda DSL (naked DSL). En los Estados Unidos los operadores de telecomunicaciones han empezado a ofrecer sólo conexiones de Internet. En la mayoría de los países de la OECD, los usuarios todavía necesitan tomar un servicio telefónico primario para obtener el servicio de Internet".

1818 V
Anchey F.
Secretaría

Es decir, sólo desde finales del año 2005, es cuando los operadores de algunos países como Estados Unidos, Reino Unido, Austria, Canadá o Italia, comienzan a ofrecer el servicio ADSL *naked*.

En este sentido, en el año 2005 la *Federal Communications Commission* (FCC) analizó la posibilidad de obligar a lo que en ese entonces era BellSouth a ofrecer un servicio de ADSL *naked*. La FCC, siguiendo lo dispuesto en su revisión regulatoria, concluyó, en el sentido que no podía obligar a la entonces BellSouth a separar su oferta de banda ancha ADSL de la de telefonía fija. Luego de más de siete años, la FCC no ha cerrado todavía el expediente y se encuentra analizando el caso.

En el Reino Unido también se ha analizado la conveniencia de ofrecer banda ancha ADSL separada de la telefonía fija a nivel minorista a raíz del rol que ha empezado a desempeñar la telefonía IP. En este caso, OFCOM señaló claramente que no consideraba necesario como una política pro competitiva imponer como una obligación separar la oferta minorista de ADSL y telefonía fija.

Desde una perspectiva económica, la oferta conjunta del servicio de acceso a Internet a través de la tecnología ADSL y del servicio de telefonía fija cubre una serie de costos comunes representados por el uso de par de cobre como el elemento más importante. Situación que fue reconocida por OFCOM del Reino Unido en su *Strategic Telecom Review* al discutir la provisión del servicio de banda ancha desnuda al por mayor señaló lo siguiente:

"Podría ser apropiado que OFCOM exija a BT (British Telecom) ofrecer banda ancha desnuda ADSL al por mayor. Un tema particularmente importante y complejo que surge, es como se van a recuperar aquellos costos de red que son comunes a PTSN (telefonía fija) y banda ancha. En la actualidad, los ingresos de la telefonía fija (PTSN) tienden a cubrir la mayoría de los costos comunes asociados con la red de BT. Si ciertos ingresos se pierden o se erosionan, BT va a necesitar recuperar los costos comunes de otro modo, y los precios por la banda ancha ADSL desnuda deberán reflejar este hecho."

La razón de ello es muy simple: si se ofrece banda ancha desnuda ADSL se debe cubrir —además del costo de generar mediante electrónica la "parte de alta

Telefonica

Telefónica del Perú S.A.A. 1819 V.

Ancho y fijo
Secretaría

frecuencia" del par de cobre que utiliza la banda ancha- el costo de la red de acceso representada por la "baja frecuencia" que usa la telefonía fija. Resulta imposible ofrecer banda ancha desnuda ADSL sin este costo "adicional".

Ya vimos al momento de desarrollar el título 2.6.1 (Entendiendo a las ventas conjuntas) del presente recurso, siguiendo a la literatura económica, que en presencia de economías de escala y de alcance, la producción de servicios individuales se vuelve más costosa. En esta circunstancia, la vinculación surge como una respuesta empresarial válida a un problema de costos.

Sobre el particular, la Resolución Final del CCO reconoce explícitamente la existencia de economías de red para el presente caso, cuando señala que TELEFÓNICA cuenta con la red de acceso al bucle local que brinda la infraestructura necesaria para viabilizar la prestación del servicio de Internet mediante tecnología ADSL.⁶¹ Asimismo, también reconoce el CCO que la provisión del servicio de ADSL presenta economías de red, «por las que el costo de proveer dos servicios es significativamente menor que el costo agregado de proveer los servicios por separado.»⁶²

En otro pasaje de la Resolución Final el CCO advierte lo siguiente con ocasión de la provisión conjunta del ADSL con la línea TELEFÓNICA. En particular, se señala lo siguiente: (i) el precio de telefonía fija debería incluir todos los costos relacionados con la provisión de este servicio; (ii) el precio del servicio de Internet ADSL debería incluir todos los costos relacionados con la provisión de este servicio; (iii) existen costos comunes entre el servicio de telefonía fija y el de Internet ADSL (costos específicos de la línea o bucle de abonado); (iv) la compra individual y simultánea de los dos servicios constituiría un doble pago por los costos comunes a ambos servicios, por lo cual resultaría la forma más cara de contratación de los mismos; y, (v) la compra empaquetada constituye una forma más eficiente de contratar ambos servicios, ya que los costos de este tipo de compra incluye únicamente los costos específicos de cada servicio y los costos específicos de la línea son pagados una sola vez.

⁶¹ Página 36 de la Resolución Final.

⁶² Página 36 de la Resolución Final.

2.8. La medida correctiva impone una suerte de control de precios

El CCO impone a TELEFÓNICA una medida correctiva que supone brindar el servicio de "ADSL sólo" asimismo, la misma afectaría la política de precios de los paquetes promocionales del tipo dúos y tríos. Estimamos que nos encontramos ante una decisión discutible, en la medida que la resolución tiene como consecuencia que producto de la Resolución Final se proceda a una suerte de control de precios en el mercado del ADSL, circunstancia que ya parecía olvidada con la aprobación de la nueva Ley de Libre Competencia.

Como se recordará el pliego de cargos inicial no contempló la política de precios de TELEFÓNICA dentro de las imputaciones realizadas. Finalmente, sin mayor sustento legal⁸⁴, el CCO ha determinado que la estructura de precios de TELEFÓNICA sería per se ilegal y que por lo tanto afecta el proceso competitivo. En la medida que dicha conducta no ha sido investigada de acuerdo con el procedimiento regular establecido en la Ley de Competencia y por tanto no ha sido calificada como un supuesto de abuso de posición de dominio, cabría preguntarnos si lo que pretende el CCO es que TELEFÓNICA suba o reduzca sus precios del ADSL empaquetado.

En la medida que las prácticas por precios explotativos ya no pueden ser investigadas, todo parecería indicar que nos encontramos ante una medida correctiva derivada de una sanción por precios predatorios que no han sido investigados en el marco de un proceso regular por abuso de posición de dominio. Lo que pareciera estarse generando es una regulación de precios indirecta, obviando los mecanismos previstos para ello. Abona en este parecer la

⁸⁴

Debemos advertir sobre el particular que el CCO ha determinado, sin realizar un análisis a través de la prueba de la razón, que la estructura de precios de los paquetes del tipo tríos o dúos de TELEFÓNICA tendría una estructura de precios anticompetitiva. No obstante, no existe ningún dispositivo legal que habilite a la Administración a presumir que determinada estructura de precios derivada de una decisión empresarial válida (como es la de fijar los precios) es contraria a la competencia, sin antes no ha procedido en el marco de una investigación regular de acuerdo con las normas sustantivas y adjetivas contempladas en la Ley de Libre Competencia. En dicha medida, la Resolución del CCO en este extremo es también nula, por no haber respetado el procedimiento regular lo cual constituye una vulneración al debido proceso y al derecho constitucional de defensa de TELEFÓNICA.

Telefónica

Telefónica del Perú S.A.A.

18241
 Anchoy Fa
 Serradilla

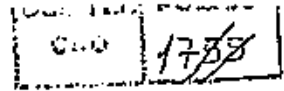
2.9. Telefónica ha colaborado en todo momento con la instrucción

La Resolución Final del CCO dispone el inicio de un procedimiento sancionador por una supuesta infracción tipificada en el artículo 17 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones, aprobado por Resolución No. 002-99-CD/OSIPTEL.

Al respecto, debemos manifestar que contrariamente a lo señalado TELEFÓNICA ha mostrado la mayor de las disposiciones para colaborar con la investigación. Desde la primera absolución del requerimiento de información realizada por la Secretaría técnica, TELEFÓNICA se puso a su disposición para colaborar con la investigación. Efectivamente, TELEFÓNICA dio cuenta de las imposibilidades de recopilar información tan antigua, informó a la Secretaría Técnica de los problemas que se le presentaban para cumplir con lo solicitado inicialmente. De acuerdo a ello, TELEFÓNICA indicó a la Secretaría Técnica que no le sería posible cumplir con el requerimiento en los términos realizados, dado que los registros de nuestra empresa no cuentan con la información hasta el nivel de detalle exigido incluso desde el año 2001.

En dicho sentido, TELEFÓNICA indicó que podría alcanzar a la Secretaría Técnica la información correspondiente a los años 2009, 2010 y 2011, la cual cumplimos con entregar.

Asimismo, TELEFÓNICA manifestó hasta en dos oportunidades su intención de sostener sendas reuniones de trabajo con los funcionarios de la Secretaría Técnica a fin de explicitar al mayor detalle cuál es el nivel de información con la que contábamos y que sin mayor inconveniente poníamos a disposición de la Secretaría Técnica. Es evidente que TELEFÓNICA en todo momento ofreció a la Secretaría Técnica la mayor de sus voluntades y toda su colaboración para facilitar la labor de la Administración. A pesar de ello la Secretaría Técnica consideró que no era necesario sostener tal encuentro.



Telefonica

Telefónica del Perú S.A.A.

 19261
 Audrey F.
 Secretaria

del Artículo Tercero de la Resolución Final en lo que dispone como medida correctiva que TELEFÓNICA ofrezca al mercado la venta del servicio de "Internet ADSL solo" de manera que podamos seguir comercializando el servicio de acceso a internet via ADSL (Speedy) de la forma como lo hemos venido haciendo en los últimos doce años sin mayor reclamo por parte de OSIPTEL o de algún otro operador. Así también solicitamos la suspensión de cualquier otro efecto que se derive del mandato contenido en el mencionado Artículo Tercero.

TERCER OTROSI DECIMOS: Que adjuntamos como anexos del presente recurso los siguientes documentos:

- Anexo 18-A: ALTERNA. *Informe sobre "Paquetes Internet-ADSL y telefonía fija".* Febrero de 2012.
- Anexo 18-B: ALTERNA. *Informe de Comentarios al Informe Instructivo del Expediente 005-2011-CCO-ST/LC.* Mayo de 2012.
- Anexo 18-C: APOYO CONSULTORIA. *Análisis económico-regulatorio del Informe instructivo no 020-stcca/2012 respecto al supuesto abuso de posición de dominio en la modalidad de venta atada.* Mayo de 2012.
- Anexo 18-E: MIRANDA & AMADO ABOGADOS. *Venta conjunta del servicio Speedy (servicio de acceso a internet a través de la tecnología ADSL) y del servicio de telefonía fija.* Mayo de 2012.
- Anexo 18-F: ESTUDIO MUÑIZ, RAMIREZ, PEREZ-TAIMAN & OLAYA. *Análisis sobre legalidad del Informe Instructivo 020-STCCO/2012, emitido por la Secretaría Técnica de los Cuerpos Colegiados del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, OSIPTEL.* Mayo de 2012.

Lima, 9 de agosto de 2012

ANTONIO RODRÍGUEZ LOBATÓN
 Jefe de Asesoría en Telecomunicaciones
 TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.

Antonio José Rodríguez Lobatón
 ABOGADO
 REG. CAL. 26167

Anexo 7



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones - OSIPTEL

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE CONTROVERSIAS N° 004-2013-TSC/OSIPTEL

TRIBUNAL DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS

Resolución N° 004-2013-TSC/OSIPTEL

EXPEDIENTE : 005-2011-CCO-ST/LC
ADMINISTRADO: Telefónica del Perú S.A.A.
MATERIA : Libre Competencia
APELACIÓN : Resolución N° 017-2012-CCO/OSIPTEL

SUMILLA: Se declara INFUNDADO el Recurso de Apelación presentado por la empresa Telefónica del Perú S.A.A. contra la Resolución N° 017-2012-CCO/OSIPTEL emitida por el Cuerpo Colegiado el 20 de julio de 2012 en el extremo que declaró FUNDADO el procedimiento de oficio iniciado contra Telefónica del Perú S.A.A. por la comisión de una infracción tipificada en el artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas; y, en consecuencia, se confirma dicha resolución en tal extremo, en virtud de las razones expuestas en la parte considerativa del presente pronunciamiento.

Se declara FUNDADO en parte el Recurso de Apelación presentado por la empresa Telefónica del Perú S.A.A. contra la Resolución N° 017-2012-CCO/OSIPTEL emitida por el Cuerpo Colegiado el 20 de julio de 2012 en el extremo que sancionó a dicha empresa por la comisión de una infracción tipificada en el artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1034; y, en consecuencia, se modifica el monto de la multa impuesta, el cual queda establecido en cuatrocientas siete (407) UIT, en virtud de las razones expuestas en la parte considerativa de la presente Resolución.

Se declara INFUNDADO el Recurso de Apelación presentado por la empresa Telefónica del Perú S.A.A. contra la Resolución N° 017-2012-CCO/OSIPTEL emitida por el Cuerpo Colegiado el 20 de julio de 2012 en el extremo que impuso a dicha empresa una medida correctiva de cese del abuso de posición de dominio, consistente en ofrecer en el mercado minorista la venta del servicio de internet ADSL "solo", evitando cualquier conducta que tenga efectos equivalentes a la atadura de los servicios; y, en consecuencia, se confirma dicha resolución en tal extremo, modificándose el plazo dentro del cual dicha medida deberá hacerse efectiva, el cual queda establecido en siete (7) meses computados desde el día siguiente de notificada la presente resolución, para lo cual deberá informar a sus abonados y/o usuarios respecto de la posibilidad de mantener y/o adquirir su servicio de internet sin necesidad de contar necesariamente con su servicio de telefonía fija.

Se declara IMPROCEDENTE el Recurso de Apelación presentado por la empresa Telefónica del Perú S.A.A. contra la Resolución N° 017-2012-CCO/OSIPTEL emitida por el Cuerpo Colegiado el 20 de julio de 2012 en el extremo que ordenó a la Secretaría Técnica el inicio de un procedimiento sancionador a Telefónica del Perú S.A.A. por la supuesta comisión de la infracción prevista en el artículo 17° de la Resolución N° 002-99-

CD-OSIPTEL, Reglamento General de Infracciones y Sanciones, modificándose dicho extremo de la resolución en el sentido que corresponde que la Secretaría Técnica realice las indagaciones necesarias a efectos de determinar si es que efectivamente concurren circunstancias que justifiquen el inicio de un procedimiento sancionador contra TELEFÓNICA y que, de ser el caso, se proceda con el trámite para dar inicio a dicho procedimiento sancionador.

Se pone en conocimiento de la Gerencia General, la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia, la Gerencia de Protección y Servicio al Usuario, la Gerencia de Fiscalización y Supervisión del OSIPTEL el presente pronunciamiento así como la Resolución N° 017-2012-CCO/OSIPTEL, para que adopten las medidas pertinentes que coadyuven al cumplimiento de la medida correctiva, en el marco de sus funciones.

Se levanta la suspensión de los efectos de los Artículos Tercero y Quinto de la Resolución N° 017-2012-CCO/OSIPTEL, dispuesta por la Resolución N° 008-2012-TSC/OSIPTEL del 3 de setiembre de 2012, en vista de lo resuelto en la presente resolución.

Lima, 31 de enero de 2013

VISTOS:

- (i) El Expediente N° 005-2011-CCO-ST/LC.
- (ii) El Recurso de Apelación presentado por Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante, TELEFÓNICA) contra la Resolución N° 017-2012-CCO/OSIPTEL.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. Mediante Resolución N° 001-2011-CCO/OSIPTEL de 13 de setiembre de 2011, el Cuerpo Colegiado resolvió disponer del inicio de un procedimiento de oficio contra TELEFÓNICA, por la presunta comisión de abuso de posición de dominio en la modalidad de venta atada, con posibles efectos de exclusión en el mercado de telefonía fija, conducta tipificada en el literal c) del artículo 10.2° del Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (en adelante, Decreto Legislativo N° 1034). El hecho constitutivo de la infracción era la venta condicionada de su producto Speedy (acceso a internet a través de la tecnología ADSL), mercado en el cual dicha empresa tiene una presunta posición de dominio, a la compra del servicio de telefonía fija.
2. Luego de recibidos los descargos de TELEFÓNICA y una vez culminada la etapa de investigación, con fecha 18 de abril de 2012, la Secretaría Técnica de los Cuerpos Colegiados (en adelante, STCCO), en su calidad de órgano instructor, emitió el Informe Instructivo N°020-STCCO/2012, en el cual concluyó que se había demostrado la existencia de la práctica investigada y sus efectos exclusorios, por lo cual recomendó la imposición de una sanción a TELEFÓNICA y una medida correctiva consistente en establecer la obligación de dicha empresa de ofertar su servicio de acceso a internet sin condicionarlo a la contratación o mantenimiento de una línea telefónica.

3. Mediante Resolución N° 017-2012-CCO/OSIPTEL del 20 de julio de 2012, el Cuerpo Colegiado emitió su decisión final en el procedimiento en el siguiente sentido:
- Declarar FUNDADO el procedimiento de oficio iniciado contra TELEFÓNICA por la comisión de actos contrarios a la libre competencia en la modalidad de ventas atadas tipificadas en el artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1034.
 - Sancionar a TELEFÓNICA con una multa LEVE de cuatrocientos noventa y dos con 21 décimas (492.21) UIT.
 - Imponer a TELEFÓNICA como medida correctiva que cese el abuso de posición de dominio, consistente en ofrecer en el mercado minorista la venta del servicio de internet ADSL "solo", evitando cualquier conducta que tenga efectos equivalentes a la atadura de los servicios. Dicha medida deberá hacerse efectiva dentro del plazo de tres (3) meses, para lo cual deberá informar a sus abonados y/o usuarios respecto de la posibilidad de mantener y/o adquirir su servicio de Internet sin necesidad de contar necesariamente con su servicio de telefonía fija.
 - Disponer el inicio de un procedimiento sancionador a TELEFÓNICA por la supuesta comisión de la infracción prevista en el artículo 17° de la Resolución N° 002-99-CD-OSIPTEL, Reglamento General de Infracciones y Sanciones (en adelante, Reglamento de Infracciones y Sanciones)¹.
4. Los fundamentos de la Resolución N° 017-2012-CCO/OSIPTEL por medio de la cual el Cuerpo Colegiado declaró FUNDADO el presente procedimiento de oficio fueron principalmente los siguientes:
- De la revisión de la regulación ATM con acceso ADSL, no es posible interpretar que al haber obligado a TELEFÓNICA a ofertar una determinada tarifa de ADSL para otros proveedores de internet, ello haya implicado una autorización para atar su servicio de internet y servicio de telefonía fija en el mercado final. En consecuencia, no se trata de un supuesto de inhibición del ejercicio de la facultad de solución de controversias por aplicación del principio de supletoriedad.
 - El mercado relevante se encuentra constituido por la provisión del servicio de internet por ADSL y cable módem a usuarios finales, tanto residenciales como comerciales, en los 380 distritos a nivel nacional en los que existe cobertura de este servicio.
 - TELEFÓNICA cuenta con posición de dominio en el mercado relevante puesto que tiene el 92,21% de las conexiones, existe un alto índice de concentración en el mercado del bien atante, según el Índice Herfindahl-Hirschman (HHI, por sus siglas en inglés); y porque hay grandes barreras de entrada al controlar

¹ Adicionalmente, la resolución apelada dispuso lo siguiente:

Artículo Quinto.- Poner en conocimiento de la Gerencia General, la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia, la Gerencia de Protección y Servicio al Usuario, la Gerencia de Fiscalización y Supervisión del OSIPTEL la presente Resolución, para que adopten las medidas pertinentes que coadyuven al cumplimiento de la medida correctiva, en el marco de sus funciones.

Artículo Sexto.- Poner en conocimiento de Telefónica del Perú S.A.A. el Informe N° 018-GUS/2009 de fecha 09 de febrero de 2009 emitido por la Gerencia de Protección y Servicio al Usuario del OSIPTEL en atención a la carta N° DR-107-C-0132/DF-09 presentada por la referida empresa operadora y el Informe N° 161-GUS/2009 de fecha 31 de julio de 2009 emitido por la Gerencia de Protección y Servicio al Usuario del OSIPTEL en atención a la carta N° DR-107-C-0778/DF-09 presentada por la mencionada empresa

TELEFÓNICA la red fija, contar con economías de alcance, integración vertical y utilización de infraestructura propia.

- En cuanto a la existencia del abuso de posición de dominio en la modalidad de atadura, se señaló que se encontraban presentes los elementos configurantes de dicha práctica, conforme a lo siguiente:
 - **Servicios Diferenciados:** Internet y telefonía fija, sí son productos diferenciados.
 - **Coerción:** Se comprobó que TELEFÓNICA tiene poder de coerción toda vez que ésta es la operadora con en el 84.7% del mercado relevante y con amplia cobertura; y porque los descuentos que perciben los usuarios de los dúos de TELEFÓNICA frente a las tarifas de contratación individual constituyen una estrategia de refuerzo de la venta atada.
 - **Los efectos anticompetitivos de la práctica:**
 - La caída de la participación de TELEFÓNICA en el mercado fijo se detiene cuando salen al mercado los dúos, incluso dicha empresa experimenta una recuperación. La explicación para que la caída se haya detenido es el crecimiento de la venta conjunta de internet y telefonía fija.
 - TELEFÓNICA, a través de la venta atada, eleva y fortalece las barreras a la entrada del mercado de telefonía fija, puesto que durante el periodo investigado ha imposibilitado la contratación del servicio de telefonía fija ofrecido por empresas distintas de TELEFÓNICA, lo cual resulta grave porque el internet tiene una demanda fuerte mientras que la telefonía no la tiene y porque en las zonas donde TELEFÓNICA es la única que ofrece internet, el usuario se ve obligado a comprar telefonía fija a dicha empresa, aunque no lo quiera.
 - Si bien hay un crecimiento de otros operadores del mercado de telefonía fija: America Móvil S.A., Americatel Perú S.A., Telmex Perú S.A.; el resto de competidores sí se vieron afectados por la venta atada de TELEFÓNICA.
 - Se limita la libertad de los consumidores en un contexto en el que se viene dando la sustitución entre telefonía fija y telefonía móvil y la valoración del servicio de telefonía fija ha caído.
 - Los beneficios de la práctica no se presentan cuando el usuario no desea ambos servicios y a corto plazo hay un beneficio a nivel tarifario para un grupo de usuarios, pero la práctica está afectando al menos a los competidores de telefonía fija, y obligando a usuarios a adquirir servicios no sobre la base de la calidad.

o **Las justificaciones de TELEFÓNICA para demostrar la legalidad de la práctica no resultan atendibles:**

- El hecho de que internet mediante ADSL sea un servicio de valor añadido que se soporta tanto en la red portadora como en el servicio final de telefonía fija, no determina que ambos productos deben ser comercializados de manera conjunta.
- La conformidad a los contratos de abonados dada por el OSIPTEL de acuerdo con las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobadas por la Resolución de Consejo Directivo N° 116-2003-CD-OSIPTEL, (en adelante, las Condiciones de Uso) no exime a TELEFÓNICA de ser sujeto de investigaciones por prácticas anticompetitivas, pues dicha aprobación se circunscribió a aspectos relacionados a la protección de los usuarios.

5. El 9 de agosto de 2012, TELEFÓNICA presentó un recurso de apelación contra la Resolución N° 017-2012-CCO/OSIPTEL². Asimismo, solicitó se le conceda el uso de la palabra. Finalmente, solicitó la suspensión de la ejecución del Artículo Tercero de la Resolución Final en cuanto dispuso como medida correctiva que ofrezca en el mercado la venta del servicio de "Internet ADSL solo", así como la suspensión de cualquier otro efecto que se derive del mandato contenido en el mencionado Artículo Tercero. Los argumentos de la apelación de TELEFÓNICA son fundamentalmente los siguientes:

- La resolución apelada debe ser declarada nula por ser el resultado de un procedimiento administrativo irregular, al no haberse cumplido con las reglas para su generación, y por no haber sido debidamente motivada.
- No corresponde que los organismos de solución de controversias sancionen a TELEFÓNICA por una práctica aceptada por la regulación, revisada con anterioridad por el OSIPTEL y que nunca ha sido cuestionada, por lo cual el Cuerpo Colegiado estaba ejerciendo potestades regulatorias en el marco de un procedimiento de solución de controversias.
- El Cuerpo Colegiado ha errado al determinar el mercado relevante, pues no hace un análisis adecuado de la demanda para determinarlo, excluyendo injustificadamente a la banda ancha móvil como sustituto de la banda ancha fija.
- Respecto a los efectos anticompetitivos de la práctica en el mercado, señaló lo siguiente:

² TELEFÓNICA adjuntó a su apelación copia de los siguientes informes: Informe sobre "Paquetes-ADSL y telefonía fija" e Informe de Comentarios al Informe Instructivo del Expediente 005-2011-CCO-ST/LC, elaborados por Consultora Allema. Análisis Económico-Regulatorio del Informe Instructivo N° 020-STCCO/2012 respecto al supuesto abuso de posición de dominio en la modalidad de venta atada, elaborado por Apoyo Consultoría, informe legal "Informe Instructivo N° 020-STCCO/2012 emitido en relación venta conjunta del servicio Speedy (servicio de acceso a internet a través de la tecnología ADSL) y del servicio de telefonía fija por parte de Telefónica del Perú S.A.A.", elaborado por Estudio Miranda & Amado Abogados, e Informe legal "Análisis sobre legalidad del Informe Instructivo 020-STCCO/2012, emitido por la Secretaría Técnica de los Cuerpos Colegiados del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, OSIPTEL", elaborado por Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman & Otaya.

- El análisis de daño al mercado es incorrecto y se centra casi exclusivamente en el desempeño de TELEFÓNICA.
- La participación de los competidores de TELEFÓNICA en el mercado de telefonía fija crece constantemente.
- Los dúos y tríos han vigorizado al mercado puesto que en el periodo diciembre de 2007 a diciembre de 2011, los competidores avanzaron de forma vigorosa hasta alcanzar un 14% de cuota de mercado.
- Entre el año 2007 y 2011, los competidores más pequeños han logrado duplicar su cuota global de participación, pasando de una cuota de mercado de 0.34% a una de 0.69%.
- Se pretende sancionar a TELEFÓNICA por una supuesta práctica explotativa, actuando de forma contraria al parámetro válido de evaluación de daño contemplado en el Decreto Legislativo N° 1034, así como por la jurisprudencia y la doctrina.
- No se ha ponderado los efectos positivos de la práctica con sus nulos efectos negativos, por lo cual, la intervención del Cuerpo Colegiado podría generar una distorsión importante al proceso competitivo.
- No se ha seguido ningún test, con el mínimo rigor, para inferir la existencia de un mercado de Internet *naked*, por el contrario, la determinación de esta demanda en el orden del 5% pareciera darle la razón a TELEFÓNICA.
- Como justificaciones a la práctica, reiteró que el servicio de acceso a internet tiene la calificación de un servicio de valor añadido en la legislación, por lo cual es razonable que se comercialice de forma conjunta con el servicio fijo que le sirve de soporte y que la venta conjunta es razonable ya que el ADSL emplea como red de acceso la línea fija.
- Respecto de la multa impuesta, indicó lo siguiente:
 - El Cuerpo Colegiado debió calcular el daño tomando en cuenta si el supuesto daño era relevante en términos de competencia.
 - El daño al mercado sólo puede ser calculado teniendo en cuenta, no la demanda del ADSL como ha hecho el Cuerpo Colegiado, sino el número de los abonados que hubieran estado en la posibilidad de contratar el servicio de telefonía fija de un competidor de TELEFÓNICA.
 - Para el cálculo del beneficio ilícito de la supuesta conducta anticompetitiva, debía restarse de los ingresos percibidos por dicha conducta, los costos que supone brindar el servicio de telefonía fija.
 - TELEFÓNICA ha colaborado en todo momento con la instrucción, por lo cual dicha conducta debía considerarse en la graduación de la sanción.

- Respecto de la medida correctiva señaló que ésta era una suerte de control de precios en el mercado ADSL, pues sin mayor sustento legal se determinó que la estructura de precios de TELEFÓNICA sería per se ilegal y afectaría al proceso competitivo. Adicionalmente, indicó que el Cuerpo Colegiado pretendía intervenir en el diseño de las políticas comerciales de TELEFÓNICA, siendo que la determinación del modelo de competencia más idóneo en el mercado de acceso a internet no es una facultad que deba estar reservada al Cuerpo Colegiado.
 - Respecto al inicio de un procedimiento sancionador por la comisión de la infracción tipificada en el artículo 17° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones, señaló que no corresponde el inicio del mismo porque ha colaborado en todo momento con la instrucción.
6. Mediante Resolución N° 018-2012-CCO/OSIPTEL del 10 de agosto de 2012, el Cuerpo Colegiado resolvió conceder el recurso de apelación interpuesto por TELEFÓNICA contra la Resolución N° 017-2012-CCO/OSIPTEL y elevar el expediente a la segunda instancia administrativa.
 7. Mediante Resolución N° 006-2012-CCO/OSIPTEL de fecha 17 de agosto de 2012, el Tribunal de Solución de Controversias concedió a TELEFÓNICA el uso de la palabra. Asimismo, requirió a TELEFÓNICA para que, en un plazo no mayor de tres (3) días hábiles precise y sustente los alcances de su pedido de suspensión.
 8. Luego de presentada la sustentación correspondiente, mediante Resolución N° 008-2012-TSC/OSIPTEL de fecha 3 de setiembre de 2012, el Tribunal de Solución de Controversias decidió suspender los efectos del Artículo Tercero de la Resolución N° 017-2012-CCO/OSIPTEL, referido a la medida correctiva ordenada por el Cuerpo Colegiado, y, en ese sentido suspender, adicionalmente, los efectos del Artículo Quinto de dicha resolución que se encontrasen vinculados con la ejecución de la medida correctiva; en tanto se emita y notifique la resolución final del Tribunal de Solución de Controversias. Ello, en atención a los perjuicios de imposible o difícil reparación que podrían generarse a los usuarios, inversionistas y competidores en caso la medida correctiva fuese revocada.
 9. El 4 de setiembre de 2012 se llevó a cabo el informe oral ante el Tribunal de Solución de Controversias. En dicho informe, TELEFÓNICA reiteró los argumentos expresados contra la resolución apelada, haciendo énfasis en la inexistencia de efectos anticompetitivos producto de la oferta comercial materia de investigación.
 10. El 7 de setiembre de 2012, TELEFÓNICA presentó un escrito reiterando varios de los argumentos señalados con anterioridad ante el Tribunal de Solución de Controversias y, adicionalmente, agregando que en el supuesto negado de que los competidores "pequeños" hayan sido afectados por la conducta investigada, ello de manera alguna constituiría un efecto exclusorio, ya que la norma de competencia exigiría no solo la exclusión de un competidor del mercado sino, adicionalmente, que la misma sea relevante en términos de competencia.
 11. Mediante Resolución N° 011-2012-TSC/OSIPTEL de fecha 13 de setiembre de 2012, el Tribunal de Solución de Controversias amplió el plazo para la expedición de

la resolución final por un periodo de noventa (90) días calendario conforme a lo establecido en el Reglamento de Controversias.

12. Mediante escrito de fecha 27 de noviembre de 2012, TELEFÓNICA remitió el informe legal elaborado por el doctor Dante Mendoza. En dicho informe se señaló que la resolución apelada contravendría una serie de requisitos indispensables para la validez del acto jurídico, así como lo dispuesto en la normativa de libre competencia.
13. Adicionalmente, mediante escrito de fecha 6 de diciembre de 2012, TELEFÓNICA remitió el informe económico elaborado por el Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico. En el mismo, se argumentó que las conclusiones a las que arribó el Cuerpo Colegiado no estarían debidamente sustentadas, en la medida que constituirían dichos claramente especulativos o circunstanciales, que habrían sido determinados con poco rigor económico. Asimismo, se planteó una metodología respecto de cómo es que debería evaluarse el daño al mercado.
14. Mediante Resolución N° 014-2012-TSC/OSIPTEL de fecha 17 de diciembre de 2012, el Tribunal de Solución de Controversias amplió el plazo para la expedición de la resolución final por un periodo de cuarenta y cinco (45) días calendario conforme a lo establecido en el Reglamento de Controversias.
15. Por Oficio N° 027 -STTSC/2012 de fecha 26 de diciembre de 2012, se solicitó a la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia las partes pertinentes de la Encuesta Sectorial sobre la Demanda de Servicios de Telecomunicaciones y Caracterización de los Usuarios a nivel nacional, efectuada por el Instituto Cuanto por encargo del OSIPTEL (cuyos principales resultados fueron publicados en la página web del OSIPTEL el día 19 de diciembre de 2012³), que contuvieran información sobre una serie de temas vinculados al presente procedimiento⁴.
16. Por medio del Memorándum N° 286-GPRC/2012 de fecha 28 de diciembre de 2012, la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia remitió los datos solicitados sobre la Encuesta Sectorial sobre la Demanda de Servicios de Telecomunicaciones y Caracterización de los Usuarios a nivel nacional, efectuada por el Instituto Cuanto por encargo del OSIPTEL, en adelante, Encuesta del OSIPTEL (2012).
17. Mediante Resolución N° 015-2012-TSC/OSIPTEL de fecha 28 de diciembre de 2012, la información referida a la Encuesta del OSIPTEL (2012) fue puesta en conocimiento de TELEFÓNICA⁵.

³Información disponible en:
http://www.osiptel.gob.pe/WebSiteAjax/WebFormGeneral/Publicaciones/wfrm_Consulta_Informacion_publicaciones.aspx?CodigoInfo=0&CodigoCat=3&CodigoSubcat=546&TituloInformacion=Publicaciones%20T%C3%A9cnicas

⁴Se solicitó la siguiente información:

- Porcentaje de hogares en los que sólo se accede a internet vía modem USB (de ser posible, especificando el número de miembros por hogar).
- Medio de acceso a Internet de los hogares que cuentan con dicho servicio.
- Porcentaje de la población nacional dispuesta a reemplazar el Internet fijo por el internet móvil.
- Porcentaje de usuarios del servicio de telefonía móvil dispuestos a contratar el servicio de telefonía fija.
- Monto que los usuarios están dispuestos a pagar por el servicio de Internet fijo.
- Cualquier otro dato que resulte pertinente para analizar la demanda y las preferencias de los usuarios de los servicios de Internet fijo, internet móvil y telefonía fija, contenido en la mencionada encuesta.

⁵Por medio del Oficio N° 001-STTSC/2013 de fecha 9 de enero de 2013, se remitió a TELEFÓNICA copia legalizada de dicha información en formato Excel, de conformidad con lo solicitado por la mencionada empresa.

18. En atención a un pedido formulado por TELEFÓNICA, de manera excepcional y por única vez, el Tribunal de Solución de Controversias concedió un segundo informe oral, el cual se llevó a cabo el día 14 de enero de 2013 y en el que el doctor Dante Mendoza y el señor José Luis Bonifaz, este último representante del Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, expusieron los principales alcances de los informes previamente remitidos a esta instancia junto con los escritos de TELEFÓNICA de fecha 24 y 25 de enero de 2013.
19. Mediante escrito de fecha 24 de enero de 2013, complementado con el escrito de fecha 25 de enero de 2013, TELEFÓNICA remitió el informe "Comentarios al Documento Principales Resultados de la Encuesta de Demanda de Servicios de Telecomunicaciones", elaborado por el Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico. En dicho informe se señaló que la Encuesta del OSIPTEL 2012 sería inadecuada para evaluar la sustituibilidad de los servicios de internet fijo e internet móvil, pues carecería de las características básicas de las mejores metodologías para evaluar mercados relevantes.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

20. Las cuestiones en discusión en el presente procedimiento son las siguientes:
 - (i) Determinar si la Resolución N° 017-2012-CCO/OSIPTEL es nula al haber afectado el debido proceso y el derecho de defensa de TELEFÓNICA.
 - (ii) De ser el caso, determinar si TELEFÓNICA ha incurrido en actos contrarios a la libre competencia en la modalidad de ventas atadas tipificados en el inciso c) del artículo 10.2° del Decreto Legislativo N°1034 consistentes en condicionar la venta de su producto Speedy (acceso a internet a través de la tecnología ADSL), a la compra del servicio de telefonía fija.
 - (iii) De ser el caso, determinar si corresponde imponer una multa a TELEFÓNICA por la comisión de actos contrarios a la libre competencia.
 - (iv) De ser el caso, determinar si corresponde imponer a TELEFÓNICA una medida correctiva de cese el abuso de posición de dominio, consistente en ofrecer en el mercado minorista la venta del servicio de "internet ADSL solo".
 - (v) Determinar si corresponde que el Tribunal de Solución de Controversias se pronuncie sobre el inicio de un procedimiento sancionador a TELEFÓNICA por la supuesta comisión de la infracción prevista en el artículo 17° del Reglamento de Infracciones y Sanciones, por existir indicios de que dicha empresa habría entregado información discordante durante el procedimiento.

III. ANÁLISIS

1. **La Nulidad de la resolución apelada por supuesta afectación al debido proceso y al derecho de defensa de TELEFÓNICA**
21. En su recurso de apelación, TELEFÓNICA ha señalado que en el presente procedimiento se han producido una serie de violaciones al debido proceso y al

derecho de defensa que implican la nulidad de la resolución final:

- Se ha ampliado de forma irregular las imputaciones contenidas en el pliego de cargos, tanto en lo que corresponde a los hechos constitutivos de la infracción investigada inicialmente como en lo que respecta a su calificación, sin haberle notificado del nuevo pliego de cargos de forma oportuna, contraviniendo con ello lo dispuesto en el artículo 30° Decreto Legislativo N°1034⁶, en el Reglamento General del OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas⁷ (en adelante, Reglamento de Controversias), y en la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG).
 - La resolución apelada ha diseñado una metodología arbitraria únicamente para resolver el presente caso, apartándose de anteriores precedentes administrativos sobre análisis de prácticas anticompetitivas, sin haber motivado su decisión con el mínimo rigor necesario.
 - La resolución apelada adolece de un defecto de motivación aparente en la medida que la misma no se encuentra sustentada sobre la base de mínimos criterios fácticos y lógicos, particularmente en cuanto a la determinación del mercado relevante y a la existencia de efectos exclusorios.
 - El Cuerpo Colegiado ha realizado un análisis insuficiente de la prueba indiciaria, lo cual constituye una vulneración al derecho de defensa de TELEFÓNICA.
 - El Cuerpo Colegiado ha abdicado de sus obligaciones en materia probatoria y ha impuesto a TELEFÓNICA una sanción sin el mínimo rigor exigido por la legislación y sin mayor evidencia, con lo cual se ha vulnerado el principio del debido procedimiento administrativo, el principio de impulso de oficio y el principio de verdad material.
22. Como puede apreciarse, los vicios de nulidad alegados por TELEFÓNICA se refieren a que la resolución (i) ha sido resultado de un procedimiento administrativo irregular al no haberse cumplido con las reglas para su generación; y (ii) no ha sido debidamente motivada en proporción a su contenido y conforme al ordenamiento jurídico. Dichas situaciones, de acuerdo a TELEFÓNICA, han afectado su derecho al debido proceso y su derecho de defensa, por lo cual la resolución apelada debe ser declarada nula por este Tribunal.

23. El artículo 3.4° de la LPAG señala que la motivación es un requisito de validez de

⁶ Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, DECRETO LEGISLATIVO N° 1034

Artículo 30.- Actuaciones de instrucción.-

30.2. Si, como consecuencia de la instrucción del procedimiento, resultase modificada la determinación inicial de los hechos o de su posible calificación, la Secretaría Técnica emitirá una nueva resolución de imputación que sustituirá como pliego de cargos a la resolución de inicio del procedimiento, informando de ello a la Comisión y notificando a las personas imputadas, así como a las personas que hayan presentado la denuncia de parte, si fuera el caso. En caso de emitirse esta nueva resolución, se inicia un nuevo cómputo de plazos para la formulación de los descargos y un nuevo cómputo del plazo legal que corresponde a la tramitación del procedimiento.

⁷El presente procedimiento se rige por el Reglamento para la Solución de Controversias entre Empresas, aprobado mediante Resolución N° 010-2002-CD/OSIPTEL, de conformidad con lo señalado en la Única Disposición Transitoria de la Resolución N° 136-2011-CD/OSIPTEL.

los actos administrativos⁸. Asimismo, el artículo 3.5º de dicha norma señala que también constituye un requisito de validez del acto administrativo, el procedimiento regular dentro del cual dicho acto ha sido generado⁹.

24. Por su parte, el artículo 10º de la LPAG establece que *"el defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14º"* constituye un vicio del acto administrativo que causa su nulidad¹⁰.
25. En atención a lo señalado por TELEFÓNICA en su recurso de apelación, corresponde determinar si en el presente caso existe algún vicio que acarree la nulidad de la resolución final emitida por el Cuerpo Colegiado, como consecuencia de afectaciones al derecho al debido proceso y el derecho de defensa de dicha empresa.

1.1 Supuesta nulidad por ampliación irregular del pliego de cargos

26. En su apelación, TELEFÓNICA ha señalado que, en un inicio, los cargos formulados por el Cuerpo Colegiado establecieron que la práctica materia de investigación era el condicionamiento de la contratación del servicio ADSL al servicio de telefonía fija. Sin embargo, el Informe Instructivo y la resolución apelada, apartándose del pliego de cargos inicial, habrían incorporado la comercialización de paquetes del tipo dúos y tríos de TELEFÓNICA, como una agravante de la supuesta conducta investigada.
27. Asimismo, se ha señalado que la resolución apelada habría incorporado la existencia de una supuesta estructura de precios no competitiva como una agravante de la conducta sancionada o como una nueva imputación.
28. Seguidamente, se procede a analizar este extremo de la apelación presentada por TELEFÓNICA.

1.1.1 Marco legal y doctrinario

29. Tal como ha sido señalado en la parte introductoria del presente acápite, uno de los requisitos de validez de los actos administrativos es el que estos se emitan habiéndose cumplido previamente el procedimiento administrativo regular para su generación. El acto administrativo es emitido cumpliendo el procedimiento regular si es que se siguen las normas esenciales del mismo, normas vinculadas con el

⁸ Ley del Procedimiento Administrativo General

Artículo 3º.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos: (...)

4. Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

⁹ Ley del Procedimiento Administrativo General

Artículo 3º.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos: (...)

5. Procedimiento regular.- Antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación.

¹⁰ Ley del Procedimiento Administrativo General

Artículo 10º.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.

debido procedimiento. En ese sentido, uno de los supuestos en que se afecta el procedimiento regular es cuando se priva del derecho al debido proceso.

30. De acuerdo con la doctrina, el debido proceso puede ser definido *"como el conjunto mínimo de elementos que deben estar presentes en cualquier clase de proceso para hacer posible la aplicación de la concepción de justicia en el caso concreto"*¹¹.
31. El debido proceso está integrado, entre otros, por los siguientes elementos: el derecho de contradicción o de defensa, que incluye el derecho a disponer del tiempo adecuado para preparar la defensa, el derecho a que las resoluciones se encuentren adecuadamente motivadas, el derecho a ser informado sin demora, en forma detallada y en un idioma que comprenda la persona, sobre la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella (formulación y notificación previa de los cargos), el derecho a probar o a producir prueba¹².
32. El principio del debido procedimiento garantiza el ejercicio del derecho de defensa protegiendo al administrado de cualquier estado de indefensión frente a los órganos administrativos¹³. Asimismo, el principio del debido procedimiento administrativo, aplicable al presente caso por tratarse de un procedimiento de oficio que involucra una sanción, implica la garantía de defensa como efectiva posibilidad de participación en el procedimiento, que comprende, como mínimo, ser notificado previamente de los hechos y tipificación legal de los actos materia del procedimiento (formulación y notificación previa de los cargos), el derecho a exponer sus argumentos, ofrecer y producir pruebas, obtener una decisión motivada y fundamentada en derecho e impugnar dicha decisión^{14 y 15}.
33. Como puede apreciarse, dentro de las instituciones procesales que cautelan el debido procedimiento y el derecho de defensa se encuentra el deber de la Administración de notificar a los administrados sobre los hechos e infracciones por los cuales serán investigados dentro de los procedimientos sancionadores. Esta institución procesal se denomina en doctrina "notificación previa de los cargos" y se encuentra recogida en el artículo 234.3º de la LPAG¹⁶.
34. Contrariamente a lo señalado por TELEFÓNICA en su escrito de apelación, es necesario indicar que las normas procedimentales contenidas en el Decreto

¹¹DE BERNARDIS, Luis Marcelo. La Garantía Procesal del Debido Proceso. Cultural Cuzco S.A. Lima 1995, pág. 393.

¹²Resolución N° 007-2004-TSC/OSIPTTEL, de fecha 22 de marzo de 2004, emitida en la controversia seguida por Telefónica Multimedia S.A.C. (Multimedia) contra Boga Comunicaciones S.A. (Boga), bajo el Expediente N°013-2003-CCO-ST/CD.

¹³ Ley del Procedimiento Administrativo General

Artículo 230º.- Principios de la potestad sancionadora administrativa.-

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

2. Debido procedimiento.- Las entidades aplicarán sanciones sujetándose al procedimiento establecido respetando las garantías del debido proceso.

¹⁴ DROMI, Roberto. Derecho Administrativo. Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1995, pags.767-768.

¹⁵Resolución N° 004-2009-TSC/OSIPTTEL de fecha 15 de abril de 2009.

¹⁶ Ley del Procedimiento Administrativo General

Artículo 234º.- Caracteres del Procedimiento Sancionador

3. Notificar a los administrados los hechos que se le imputen a título de cargo la calificación de las infracciones que tales hechos pueden construir y la expresión de las sanciones que, en su caso, se le pudiera imponer, así como la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuye tal competencia."

Legislativo N° 1034 para la tramitación de los procedimientos sancionadores por infracciones a las normas de libre competencia, no resultan aplicables a los procedimientos de solución de controversias tramitados ante los Cuerpos Colegiados del OSIPTEL, en primera instancia, y el Tribunal de Solución de Controversias, en segunda instancia, conforme a lo establecido en el texto del propio Decreto Legislativo N° 1034.

35. En efecto, el artículo 17° del Decreto Legislativo N° 1034 señala que la aplicación de dicha ley al mercado de servicios públicos de telecomunicaciones, como es el caso del presente procedimiento, estará a cargo del OSIPTEL de conformidad con la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Facultades y Funciones del OSIPTEL, por lo cual las instancias competentes, las facultades de éstas y los procedimientos que rigen su actuación serán los establecidos en su marco normativo¹⁷.
36. Sin perjuicio de ello, la institución de la notificación previa de los cargos se encuentra recogida en las normas específicas del OSIPTEL aplicables al presente procedimiento.
37. El artículo 27° de la Ley N° 27336¹⁸ establece que:

"Toda acción administrativa deberá ser impuesta previo procedimiento administrativo sancionador, en el cual registran las siguientes reglas mínimas:

- a) Se deberá otorgar al potencial sancionado la posibilidad de presentar descargos por escrito (...)*
b) Se notificará por escrito al posible sancionado, señalando:

¹⁷ Decreto Legislativo N° 1034

Artículo 17.- Del OSIPTEL.-

La aplicación de la presente Ley al mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones estará a cargo del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL de conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL. En tal sentido, las instancias competentes, las facultades de éstas y los procedimientos que rigen su actuación serán los establecidos en su marco normativo".

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES, PRIMERA.- Competencia primaria.-

El control de las conductas anticompetitivas se encuentra regido por el principio de competencia primaria, el cual corresponde al INDECOPI y al OSIPTEL, según lo establecido en las leyes respectivas. No podrá recurrirse al Poder Judicial sin antes haber agotado las instancias administrativas ante dichos organismos".

Por su parte, la Ley 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL, también establece al OSIPTEL como la autoridad competente para sancionar conductas anticompetitivas en los mercados de servicios públicos de telecomunicaciones".

Artículo 26.- Régimen de infracciones relacionadas con competencia y sanciones personales

26.2 OSIPTEL podrá sancionar a las personas naturales o jurídicas que no tengan la condición de operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones, por incumplimiento de las normas de libre y leal competencia, en los casos a que se refiere el último párrafo del Artículo 36 de la presente Ley, así como por incumplimiento de las resoluciones emitidas en el procedimiento correspondiente".

¹⁸En el mismo sentido, el artículo 234° de la LPAG establece que:

"Para el ejercicio de la potestad sancionadora se requiere obligatoriamente haber seguido el procedimiento legal o reglamentariamente establecido caracterizado por:

(...)

3. Notificar a los administrados los hechos que se le imputen a título de cargo la calificación de las infracciones que tales hechos puedan construir y la expresión de las sanciones que, en su caso, se le pudiera imponer, así como la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuya tal competencia.

4. Otorgar al administrado un plazo de cinco días para formular sus alegaciones y utilizar los medios de defensa admitidos por el ordenamiento jurídico conforme al numeral 162.2 del artículo 162°, sin que la abstención del ejercicio de este derecho pueda considerarse elemento de juicio en contrario a su situación.

- I. Los actos constitutivos de la instrucción;*
 - II. La o las normas que prevén los mismos como infracciones administrativas;*
 - III. El propósito de emitir una resolución que imponga una sanción; y*
 - IV. El plazo durante el cual podrá presentar sus descargos por escrito.*
- (...)”*

38. Asimismo, el artículo 93° del Reglamento de Controversias aplicable a los procedimientos de oficio por remisión normativa de los artículos 91° y 74° de dicho Reglamento¹⁹, regula la institución de la notificación previa de los cargos señalando que previamente a la imposición de una sanción, la STCCO comunicará al presunto infractor la intención de imponerle la sanción, indicándole: (i) los actos u omisiones constitutivos de la infracción; (ii) la o las normas que prevén los mismos como infracciones administrativas; y (iii) el plazo durante el cual podrá presentar sus descargos por escrito.
39. En consecuencia, el análisis de la causal de nulidad invocada por TELEFÓNICA se efectuará a la luz de dicha normativa y de la doctrina aplicable.
40. Conforme a la doctrina, los cargos deben ser formulados de manera inmutable, es decir, no pueden ser variados por la administración sin notificación previa y dando la oportunidad al administrado para ejercer su derecho de defensa²⁰.
41. En ese sentido, la doctrina considera que el contenido de la imputación dirigida a los sujetos pasivos del procedimiento administrativo sancionador vincula la actividad de la autoridad decisoria, la cual habrá de fundamentar la resolución definitiva del procedimiento en la misma imputación, sin que resulte posible imponer al inculpado una sanción sobre la base de otros hechos distintos o de un título de condena heterogéneo²¹.
42. Frente a la pregunta sobre cuándo se infringiría el derecho a conocer de la acusación formulada, la doctrina señala que el concepto que debe tenerse siempre presente es el de la existencia o no de indefensión pues sólo en este caso se vulnera el derecho fundamental protegido, al no haberse dado oportunidad al

¹⁹ Reglamento General del OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas

Artículo 91°.- Aplicación supletoria. Al procedimiento iniciado de oficio le serán aplicables las normas del presente Reglamento que regulan el procedimiento que involucra la comisión de infracciones a solicitud de parte en cuanto resulten pertinentes.

Artículo 74°.- Resolución que corre traslado de la denuncia. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 73°, la Resolución que conlenga el traslado de la denuncia, deberá precisar lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 93°.

Artículo 93°.- Procedimiento. (...)

Previamente a la imposición de una sanción, la Secretaría Técnica comunicará al presunto infractor la intención de imponerle la sanción, indicándole: (i) los actos u omisiones constitutivos de la infracción; (ii) la o las normas que prevén los mismos como infracciones administrativas; y (iii) el plazo durante el cual podrá presentar sus descargos por escrito, no pudiendo ser este plazo inferior a cinco (5) días contados a partir del día siguiente a aquél en que se realice la notificación.

²⁰MORÓN URBINA, JUAN CARLOS. Comentarios a la Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General, Lima. Novena Edición 2011. Gaceta Jurídica, pág. 743-744.

²¹GARBERÍ LLOBREGAT, José y BUITRÓN RAMÍREZ, Guadalupe, El Procedimiento Administrativo Sancionador, Valencia, 2001, Tirant Lo Blanch, pág. 226.

De igual manera, dicho autor señala que la doctrina indica que el contenido esencial del derecho "a ser informado de la acusación" se descompone, en primer término, en el derecho a conocer los términos de la imputación, y, en segundo lugar, en la vinculación a la misma de la autoridad decisoria a la hora de dictar la resolución definitiva del procedimiento. GARBERÍ LLOBREGAT. Ídem, pág. 230.

administrado de defenderse de las imputaciones de manera idónea y eficiente²².

43. Por lo tanto, en el presente caso, para determinar si la Resolución N° 017-2012-CCO/OSIPTEL se encuentra afectada por el vicio de nulidad alegado por TELEFÓNICA, debe verificarse si el Cuerpo Colegiado ha fundamentado dicha resolución final en la misma imputación con la que se dio inicio al procedimiento o si, por el contrario, se ha impuesto a TELEFÓNICA una sanción sobre la base de hechos o calificación distintos de los formulados y notificados al inicio del procedimiento²³, generando con ello indefensión para TELEFÓNICA, en el sentido de no estar en capacidad de responder a los cargos de manera idónea y efectiva²⁴.
44. En específico se analizará si se incorporó la comercialización de los paquetes promocionales del tipo dúos y tríos de TELEFÓNICA y la existencia de una supuesta estructura de precios no competitiva como agravantes de la conducta sancionada o como una nueva imputación.

1.1.2 Análisis

45. En su apelación, TELEFÓNICA ha sostenido que los paquetes promocionales (dúos y tríos) fueron indebidamente incluidos como materia de sanción en la resolución apelada, toda vez que los mismos no califican como ventas atadas. Ello, teniendo en cuenta que no existe en ellos el elemento de coerción, al ser los dúos y tríos paquetes promocionales que se ofrecen a los consumidores que voluntariamente optan por contratar conjuntamente la telefonía fija e internet por ADSL. En consecuencia, TELEFÓNICA ha señalado que la resolución apelada resulta nula²⁵.

²² TRAYTER JIMÉNEZ, José Manuel. El procedimiento Administrativo Sancionador. En: Revista de Justicia Administrativa. Año 2001, Número Extraordinario 1. Dedicado a Infracciones, Sanciones y Procedimiento Administrativo Sancionador Lex Nova: 2001, pág. 87.

Más aún, de acuerdo con la doctrina, el derecho a conocer la acusación es el primer elemento del derecho de defensa, condiciona la efectividad del resto de sus manifestaciones y es instrumental del mismo. Al respecto, ver GARBERI LLOBREGAT. Ídem, pág.230. y GARBERI LLOBREGAT, José y BUITRÓN RAMÍREZ, Guadalupe, El Procedimiento Administrativo Sancionador, Valencia, 2001, Tirant Lo Blanch, pág. 228.

²³El Tribunal de Solución de Controversias analizó la nulidad por irregularidades en la notificación de los cargos en la Resolución N° 032-2003-TSC/OSIPTEL, emitida en la controversia seguida por AT&T Perú S.A. (AT&T) contra Telefónica del Perú S.A.A. (Telefónica), bajo el Expediente N° 003-2001, y en la Resolución N° 007-2004-TSC/OSIPTEL, de fecha 22 de marzo de 2004, emitida en la controversia seguida por Telefónica Multimedia S.A.C. (Multimedia) contra Boga Comunicaciones S.A. (Boga), bajo el Expediente N° 013-2003-CCO-ST/CD.

²⁴ En la Sentencia recaída sobre el Expediente N° 1003-1998-AA/TC, el Tribunal Constitucional ha establecido la necesidad de la plenitud del cargo, de cara al efectivo ejercicio del derecho de defensa por parte del administrado, en los siguientes términos:

"El derecho de defensa constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma el ámbito del debido proceso. En cuanto derecho fundamental se proyecta como principio de interdicción de ocasionarse indefensión y como principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes de un proceso o de un tercero con interés.

En el presente caso, el Tribunal Constitucional estima que se ha lesionado el derecho de defensa en la medida en que la omisión de proveer el informe de la comisión que sustentaba la sanción propuesta no permitió que el demandante conociera los exactos términos de la forma en que el órgano investigador había analizado los cargos atribuidos y su responsabilidad en las infracciones imputadas. Sólo conociendo estos aspectos, el demandante podía ejercer su derecho de defensa de manera idónea y eficaz. Idónea en cuanto era la forma apropiada o indicada, no existiendo otra a través de la cual podía ilustrar al órgano que debía imponer la sanción y, así, controvertir o contradecir ante aquél –en cuanto órgano decisorio– los cargos efectuados por el órgano que se hizo del procedimiento de investigación. Y, eficaz, por cuanto el propósito de impedir indefensión frente al criterio asumido por el órgano investigador (Comisión y Jefe de la Oficina General de Control Interno del Poder Judicial) se alcanzaba sólo conociendo la conclusión final que aquél asumía en el citado informe." (El resaltado es nuestro).

²⁵ En dicha línea en el Informe de Estudio Miranda & Amado Abogados que TELEFÓNICA ha presentado adjunto a su apelación, se señala que, el ofrecimiento de condiciones más favorables en caso el consumidor opte voluntariamente por

46. En atención a ello, a fin de determinar si los paquetes promocionales (dúos y trios) han sido incluidos indebidamente como actos materia de investigación y sanción, corresponde efectuar algunas precisiones sobre los conceptos de empaquetamientos y ventas atadas.

1.1.2.1 Ventas atadas y empaquetamientos

47. El **empaquetamiento** es una práctica que consiste en la venta de dos o más bienes de forma conjunta, como si se tratase de uno solo²⁶. Dentro de esta categoría genérica tenemos las siguientes especies²⁷:
- **Empaquetamiento puro:** En este caso la empresa vende los productos del paquete únicamente de forma conjunta, sin que sea posible adquirir cada bien que lo compone de forma separada. Más aún, estos son vendidos en proporciones fijas.
 - **Empaquetamiento mixto:** En este caso la empresa además de vender el paquete como un solo producto ofrece la posibilidad de adquirir cada uno de los bienes que lo compone de forma separada. Sin embargo, y para hacerlo interesante para el consumidor, el precio del paquete es menor que la suma de los precios individuales de los productos que lo componen.
 - **Venta atada:** Situación en la que algunos de los bienes contenidos en un paquete son ofrecidos por separado (bienes atados) mientras que otros no son ofrecidos de forma individual (bienes atantes). Así, los consumidores de estos últimos (bienes atantes) son obligados a adquirir los primeros (bien atado). En dicha medida, sólo el producto atado y no el atante puede adquirirse de forma independiente²⁸. Si se tienen dos productos, A y B, si el producto A está atado al producto B, un cliente que quiera adquirir el producto A tendrá que comprar el producto B, sin embargo, sí será posible que adquiera el producto B sin comprar el producto A²⁹.
48. La doctrina señala que la diferencia entre las ataduras y los empaquetamientos puros está en que, mientras en las primeras el producto atado se puede comprar por separado, en los empaquetamientos puros no se pueden comprar por separado ninguno de los productos que forman parte del paquete³⁰.

contratar conjuntamente los servicios de fija y ADSL no es susceptible de ser cuestionado porque (i) la propia Secretaría Técnica de los Cuerpos Colegiados ha reconocido que la contratación conjunta de ambos servicios constituiría la forma más eficiente de contratación; y (ii) se estaría ante una práctica que en ningún supuesto calificaría como venta atada porque no estaría presente el elemento de coerción pues los paquetes dúos y trios son paquetes promocionales que se ofrecen a los consumidores que voluntariamente optan por contratar conjuntamente la telefonía fija e internet por ADSL. Los dúos y trios, en tanto estrategias de venta, no han sido cuestionados.

²⁶O' Donoghue, R. y J. Padilla "The Law and Economics of Article 82", Hart Publishing : Oxford, 2006, pág. 477.

²⁷Cabe señalar que dichas distinciones se encuentran recogidas en el Informe N° 004-CCO/2011 que obra en el expediente.
²⁸ODRIOZOLA ALÉN, MIGUEL. y BARRANTES DÍAZ, Begonia. La Vinculación de Productos. Referencia al Asunto Microsoft; en: El Abuso de la Posición de Dominio, Martínez Lage y Petitbó, editores, Madrid, Marcial Pons, 2006, pág. 368.

²⁹O' Donoghue, R. y J. Padilla Op. cit.

³⁰TIOLE, Jean. The Analysis of Tying Cases: A Primer; en: Competition Policy International, Vol. 1 N° 1 Spring 2005; págs.7 y 8.

49. En nuestra legislación las ventas atadas se encuentran tipificadas en el literal b) del artículo 10.2° del Decreto Legislativo N° 1034, según el cual, recogiendo el elemento coercitivo de dicha práctica, se considera como abuso de posición de dominio en el mercado la conducta con efecto excluyente consistente en *“la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos”*.

1.1.2.2 Paquetes como parte de la práctica investigada

1.1.2.2.1 Investigación Preliminar y Resolución de Inicio del Procedimiento de Oficio

50. La existencia de presuntos actos anticompetitivos en la modalidad de venta atada fue analizada en la investigación preliminar que dio origen al presente procedimiento, mediante el examen de la oferta comercial de TELEFÓNICA, la cual estaba integrada tanto por los productos y multiproductos con precios regulares así como por paquetes promocionales. Ello resulta evidente a partir de la lectura de los requerimientos de información, acciones de supervisión y análisis realizados por la STCCO como parte de la investigación preliminar, los cuales obran en el expediente y a los que TELEFÓNICA tuvo acceso durante el procedimiento³¹.
51. En dicha investigación preliminar, a partir de la revisión de los contratos de servicios que TELEFÓNICA oferta al público en general así como de las acciones de supervisión llevadas a cabo por el OSIPTEL en diversas ciudades del país, se concluyó que TELEFÓNICA no ofrecía ninguna oferta de acceso a Internet sin la contratación previa o simultánea de una línea fija con dicha empresa por parte del titular interesado en la contratación del servicio de acceso a Internet. En atención a ello, se determinó preliminarmente que existía el elemento de coerción, el cual (junto con la existencia de posición de dominio en el mercado del bien atante y la existencia de efectos anticompetitivos), es configurante de la práctica de ventas atadas, según lo establecido en el Decreto Legislativo N°1034.
52. Al respecto, es claro que los paquetes denominados dúos y trios, al ser parte de la oferta comercial de TELEFÓNICA, constituyen materia de investigación como posibles prácticas de ventas atadas, siendo que el ofrecimiento de mejores condiciones económicas, resultaba un elemento accesorio a la presencia de coerción (imposibilidad de adquirir internet solo), identificado en la oferta comercial de TELEFÓNICA.
53. De acuerdo con la definición de atadura descrita en el acápite precedente y teniendo en cuenta los resultados de la investigación preliminar realizada por la STCCO, mediante Resolución N°001-2011-CCO/OSIPTEL, el presente caso fue abierto por la existencia de elementos de juicio de una supuesta práctica de atadura. Dicha resolución, así como el Informe Preliminar, fueron debidamente notificados a TELEFÓNICA, habiéndose otorgado a dicha empresa todos los plazos legales para formular sus descargos.

³¹ El Informe N° 004-CCO/2011, Informe Preliminar de Oficio: Supuesta práctica de atadura en el mercado peruano de servicios públicos de telecomunicaciones, fue notificado con fecha 18 de setiembre de 2011 a TELEFÓNICA tal como consta en el expediente.

54. En efecto, en el caso se está ante un supuesto de atadura, donde el acto constitutivo de la infracción es el condicionamiento de la adquisición del servicio de ADSL a la contratación de una línea fija de TELEFÓNICA. Lo que se condiciona es la adquisición del servicio de Internet por ADSL (bien atante) a la contratación del servicio de telefonía fija (bien atado), existiendo la posibilidad de adquirir el bien vinculado por separado. Ello coincide con la definición que da la doctrina y la literatura económica sobre el concepto de "atadura" esbozada en el acápite precedente.
55. En dicha línea, en la mencionada Resolución N°001-2011-CCO/OSIPTEL se señaló con toda claridad que se disponía el inicio del procedimiento de oficio contra TELEFÓNICA por:

"(...) la presunta comisión de abuso de posición de dominio en la modalidad de ventas atadas, con posibles efectos de exclusión en el mercado de telefonía fija, conducta tipificada en el literal c) del artículo 10.2 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas por los hechos a los cuales se hace referencia en la sección Considerando de la Resolución(...)".(El subrayado es nuestro).

56. A su vez, en la parte considerativa de la Resolución N°001-2011-CCO/OSIPTEL se explicó en detalle los hechos materia de investigación en los siguientes términos:

"(...) el Cuerpo Colegiado considera que el acto constitutivo de la presunta infracción en la que habría incurrido Telefónica consistiría en la implementación de prácticas de ventas atadas con relación a los servicios de telefonía fija y los servicios de internet a través de la tecnología ADSL brindados por parte de Telefónica; mediante lo cual la referida empresa podría estar perjudicando a sus competidores en el mercado de telefonía fija y reduciendo el bienestar de los consumidores (...)". (El subrayado es nuestro).

57. Como puede apreciarse, los cargos en virtud de los cuales se inició el presente procedimiento fueron exactamente los mismos cargos materia de la investigación preliminar a cargo de la STCCO³².

1.1.2.2.2 Etapa de Investigación e Informe Instructivo

58. Durante la etapa de investigación del presente procedimiento, la STCCO formuló diversos requerimientos de información a fin de explorar los alcances de la oferta comercial de la empresa investigada y detectar los actos de atadura tal como fueron definidos en la resolución de inicio del procedimiento. Dichos requerimientos incluyeron pedidos de información sobre dúos y trios, en tanto parte de la oferta

³² Al respecto, la Resolución N°001-2011-CCO/OSIPTEL, recoge lo expuesto en el Informe N° 004-CCO/2011 en los siguientes términos:

"(...) En su investigación preliminar, la Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados ha analizado la provisión conjunta del servicio ADSL (conocido con el nombre comercial de Speedy) con el servicio de telefonía fija por parte de Telefónica, la misma que constituiría una atadura en la medida que el usuario que desee adquirir el ADSL tiene la obligación de contar con una línea de telefonía fija o, caso contrario, adquirir una. En ese sentido, se estaría constituyendo un empaquetamiento forzoso de los servicios de acceso a Internet y de telefonía fija, sin que exista la posibilidad de contratar el servicio de internet por separado (...)". (El resaltado es nuestro).

comercial de TELEFÓNICA³⁹. Sin embargo, es necesario precisar que los tríos no fueron materia de sanción en la resolución apelada.

59. En este sentido, los cargos resultaban claros y precisos, pues TELEFÓNICA siempre tuvo la posibilidad real de entender los hechos y la calificación que los mismos ameritaban, lo cual queda demostrado a partir de la lectura de los diversos escritos presentados por esta empresa a lo largo del procedimiento.
60. En efecto, en el Escrito N° 1 presentado con fecha 30 de setiembre de 2011, TELEFÓNICA señala que, de acuerdo con el Cuerpo Colegiado:

"(...) el acto constitutivo de la presunta infracción consistiría en la provisión conjunta del servicio de ADSL con el servicio de telefonía, la misma que constituiría una atadura en la medida que el usuario que desee adquirir el servicio de ADSL tiene la obligación de contar con una línea de telefonía fija o, en caso contrario, adquirir una. En este sentido, se estaría constituyendo un empaquetamiento forzoso de los servicios de acceso a Internet y telefonía fija, sin que exista la posibilidad de contratar el servicio de Internet por separado". (El resaltado es nuestro).

61. Como puede apreciarse, desde un primer momento TELEFÓNICA tenía claro que toda provisión conjunta forzosa del servicio de ADSL con el servicio de telefonía formaba parte de la conducta por la que se la estaba investigando.
62. De igual manera, en el Escrito N° 2 presentado con fecha 1 de diciembre de 2011, mediante el cual remite información que fue solicitada en el marco de la investigación, TELEFÓNICA incluye datos sobre "la venta de **paquetes dúos y tríos**". En el Escrito N° 3 de fecha 12 de diciembre de 2011, presenta nueva información indicando el "Número de altas del servicio de telefonía fija (y de acceso a Internet mediante ADSL, nacional, **especificando dúos y tríos y no empaquetados**: Altas de ADSL con telefonía fija (dúos, tríos y sin dúos o tríos) más altas con ADSL que contrata el servicio al mismo tiempo que la fija (dúos y tríos y sin dúos o tríos)". Para TELEFÓNICA estaba claro que los dúos eran parte de la práctica investigada. (El resaltado es nuestro).
63. En los Escritos N° 4 y 5, de fechas 5 y 16 de enero de 2012 respectivamente, TELEFÓNICA vuelve a remitir información nuevamente desagregada en dúos, tríos y no empaquetados. En el Escrito N° 6 de fecha 16 de enero de 2012, TELEFÓNICA presenta las razones por las cuales considera que existen dificultades para la presentación de información, y precisa "que los **dúos y tríos** fueron lanzados en el mes de agosto de 2007, por lo que no existe información relativa a nuestros multiproductos con anterioridad a esa fecha." (El resaltado es nuestro).
64. En el Informe Instructivo que dio cuenta de la investigación realizada y de las conclusiones a las que llegó la STCCO, se determinó que se había demostrado la existencia de la práctica investigada y sus efectos exclusorios en los términos

³⁹ Al respecto, ver C.047-ST/2011 (Solicitud de información a TELEFÓNICA)

(...) por el presente le solicito se sirva informar lo siguiente en relación con el segmento residencial de usuarios:

1. Número mensual de altas del servicio de telefonía fija, a nivel nacional, especificando si éstas se dan por las ofertas dúos y tríos o no. Utilizar el formato N° 1. Número mensual de bajas del servicio de telefonía fija, a nivel nacional, especificando si éstas se dan por las ofertas dúos y tríos o no. Utilizar el formato N° 1." (El resaltado es nuestro).

definidos en la resolución de inicio (en cuanto a los actos y su calificación legal), sin variación alguna. Dicho Informe Instructivo fue notificado a TELEFÓNICA otorgándosele los plazos legales para presentar sus alegatos y ejercer su derecho de defensa.

65. Si bien en los alegatos al Informe Instructivo TELEFÓNICA afirmó que recién a partir de la emisión de dicho Informe tuvo conocimiento de una supuesta "ampliación irregular de los cargos", al haberse incluido indebidamente los dúos y tríos dentro de los alcances de la investigación; dos de los informes que TELEFÓNICA adjuntó tanto a sus propios alegatos así como a su apelación contradicen dicha afirmación.
66. Por un lado, el Informe sobre "Paquetes internet-ADSL y telefonía fija" de Alterna Perú señala que la imputación de práctica anticompetitiva a TELEFÓNICA se refiere "a la venta del paquete '**Duo: Speedy-Telefonía fija**'", por lo que "resulta necesario analizar, en primer término, si el **empaquetamiento del servicio de acceso a Internet vía ADSL subordinado a la contratación del servicio de telefonía fija, tiene o no justificación.**" (El resaltado es nuestro).
67. Por su parte, el Informe elaborado por Apoyo Consultoría denominado "Análisis Económico-Regulatorio del Informe Instructivo N° 020-STTCCO/2012 respecto al supuesto abuso de posición de dominio en la modalidad de venta atada" elaborado por Apoyo Consultoría indica que "(...) en un primer escenario (año 2008 frente al 2007), cuando se iniciaron las **ofertas empaquetadas**, los consumidores que valoraban tanto la telefonía fija como el Internet percibieron dichas ofertas empaquetadas como un descuento por consumir el 'servicio total'". (El resaltado es nuestro).
68. Ambas consultoras entendieron que la venta de los paquetes era parte de la práctica investigada. Más aún, Alterna precisa claramente que la práctica investigada consistía en la venta del paquete "Duo: Speedy-Telefonía fija".

1.1.2.2.3 Resolución apelada

69. Igualmente, en la resolución apelada, los cargos no fueron variados, puesto que, tal como puede apreciarse de la revisión del expediente, dicha resolución se pronuncia respecto de los mismos hechos y calificación legal contemplados en la resolución de inicio del procedimiento y en el Informe Instructivo.
70. Por todo lo expuesto en los acápites precedentes, es posible concluir en este extremo que los cargos han sido inmutables a lo largo del procedimiento, ya que no fueron variados para incluir los paquetes promocionales del tipo dúos y tríos, lo cual queda demostrado en tanto los hechos investigados y su calificación legal inicial son los mismos que sustentaron la resolución final del Cuerpo Colegiado.
71. TELEFÓNICA ha alegado que en un inicio se iba a investigar una práctica de ataduras y que, inesperadamente, en el Informe Instructivo y en la resolución final se incluyó a los "paquetes dúos y tríos", sin embargo, se han citado diversos escritos y resoluciones que demuestran que, desde un primer momento, TELEFÓNICA tenía conocimiento de que la conducta investigada eran las ventas atadas en toda su oferta comercial, lo cual incluía a los paquetes promocionales del tipo dúos y tríos. En dicha medida, es claro que TELEFÓNICA conoció desde el

inicio los exactos términos de la forma en que el órgano resolutorio definió y decidió la controversia y en que el órgano instructor condujo la investigación, por lo cual tuvo oportunidad de ejercer su derecho de defensa frente a dichos cargos a lo largo del procedimiento, como efectivamente ha hecho.

72. De otro lado, cabe indicar que TELEFÓNICA ha señalado que la STCCO incorporó en su Informe Instructivo, como un hecho adicional que no correspondía directamente a la práctica materia de imputación, la ocurrencia de un dudoso daño al mercado de voz por IP.
73. Al respecto, cabe señalar que en el Informe Instructivo se incluyó una referencia a que la estrategia comercial de TELEFÓNICA podría constituir una traba para que los usuarios que no desean tener el servicio telefónico tradicional de TELEFÓNICA puedan satisfacer sus necesidades de comunicación a través de la voz por IP. Sin embargo, la resolución final no acogió este extremo del Informe Instructivo, por lo cual no corresponde efectuar mayor análisis sobre dicho extremo en este punto del procedimiento, al tener el Informe Instructivo la calidad de opinión del órgano instructor y no del órgano resolutorio del procedimiento.

1.1.2.3 La supuesta estructura de precios como parte de la conducta investigada

74. En su apelación, TELEFÓNICA también ha señalado en su apelación que el presente procedimiento se inició por la presunta comisión de una práctica de ataduras y que en la resolución apelada se habría incorporado la existencia de una supuesta estructura de precios no competitiva como un agravante de la conducta antijurídica sancionada.
75. Al respecto, de la revisión de la resolución apelada, no se aprecia que haya incluido la existencia de una supuesta estructura de precios no competitiva como un agravante de la conducta sancionada o como una nueva imputación, tal como ha sido indicado por TELEFÓNICA.
76. En la resolución apelada, el Cuerpo Colegiado describió la mencionada estructura de precios para demostrar que la misma constituiría un elemento de coerción utilizado por TELEFÓNICA para forzar a los consumidores a adquirir conjuntamente el servicio de ADSL y el de telefonía fija³⁴.
77. De esta manera, en el punto 6.2.3.2 de la resolución apelada, "Nivel de Coerción", se señala que se debe verificar si la venta del servicio de acceso a Internet viene siendo condicionada o subordinada a la compra del servicio de telefonía fija de TELEFÓNICA. A continuación, en la sección b) de este punto, "Estructura de precios de la oferta de Internet de TELEFÓNICA" se indica que *"los ejercicios realizados con los precios de los servicios de telefonía fija y de Internet respecto del empaquetamiento (dúo) de ambos servicios, evidencian un refuerzo de la estrategia anticompetitiva de TELEFÓNICA, afianzando la adquisición conjunta de los servicios, en el marco de la venta atada"*.

³⁴En esta sección también se señala que *"(...) en la medida en que la estrategia de esta empresa no se agotaría en que no ofrezca el servicio de Internet por separado, sino que además, su estructura de precios no debiera encubrir una práctica con efectos equivalentes o similares a la venta atada."* Dicha afirmación constituye un comentario adicional y aislado que no configura de modo alguno una nueva imputación o agravante, en los términos descritos por TELEFÓNICA, y que no vuelve a ser mencionada en ninguna otra parte de la resolución apelada.

78. En consecuencia, por lo expuesto, los argumentos de TELEFÓNICA respecto a que se habría incluido a la estructura de precios como un nuevo cargo, deben ser desestimados.

1.1.3 Conclusión

79. Por tanto, de la revisión del expediente ha quedado acreditado que los cargos no fueron modificados a lo largo del procedimiento. TELEFÓNICA fue debidamente notificada con precisión y claridad desde un inicio sobre los actos materia de investigación y su calificación legal. A mayor abundamiento, desde el momento en que presentó sus primeros descargos tuvo oportunidad de ejercer su derecho de defensa y dejó en claro que conocía con precisión cuál era la conducta que iba a ser investigada y, consecuentemente, desde un inicio tuvo la posibilidad de diseñar y organizar su estrategia de defensa de manera oportuna y eficiente, en función de esta acusación.
80. En virtud de los argumentos antes expuestos, el Tribunal de Solución de Controversias considera que no se ha vulnerado la institución procesal de la notificación previa de los cargos, por lo cual los argumentos de TELEFÓNICA respecto a la nulidad de la resolución por una supuesta ampliación indebida de cargos deben ser desestimados.

1.2 Supuesta nulidad por defecto de motivación aparente

81. TELEFÓNICA ha señalado que la resolución apelada sería nula por adolecer de un defecto de motivación aparente. Al respecto, TELEFÓNICA ha indicado que la resolución apelada presentaría un relato de hechos circunstanciales a los cuales el Cuerpo Colegiado habría dotado de un contenido fáctico incongruente a través de argumentos de carácter meramente especulativo, que no podrían ser calificados como una adecuada motivación.

1.2.1 Normativa aplicable

82. Tal como ha sido señalado en acápites precedentes, el artículo 10.2º de la LPAG dispone que el defecto u omisión de alguno de los requisitos de validez del acto administrativo constituye un vicio que causa su nulidad de pleno derecho. A su vez, el artículo 3.4º de la LPAG establece como uno de los requisitos de validez del acto administrativo que este deba estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico, por lo que la falta de motivación del acto administrativo hace que éste adolezca de un vicio que acarrea su nulidad.
83. Por otro lado, con relación a la motivación del acto administrativo, el artículo 6.1º de la LPAG indica que la motivación del acto administrativo debe ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado³⁵.

³⁵ Ley del Procedimiento Administrativo General
Artículo 6º.- Motivación del acto administrativo

84. Por su parte, el artículo 6.3° aclara que no son admisibles como motivación la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto³⁶.

1.2.2 Marco teórico para el análisis de la falta de motivación como causal de nulidad del acto administrativo

85. De acuerdo con la doctrina, la motivación es una declaración de cuáles son las circunstancias de hecho y de derecho que han inducido a la emisión del acto, y está contenida dentro de lo que usualmente se denomina "los considerandos". Constituye por tanto, los "presupuestos" o "razones" del acto, la fundamentación fáctica y jurídica, con que la Administración entiende sostener la legitimidad y oportunidad de su decisión³⁷.
86. Asimismo, la doctrina señala que, al ser la motivación un medio de control de la causa del acto, no se cumple con cualquier fórmula convencional, sino que por el contrario, ha de ser suficiente, es decir, ha de dar razón plena del proceso lógico y jurídico que ha determinado la situación. Sin embargo, no es necesaria una motivación extraordinariamente prolija o extensa³⁸. En la misma línea, se precisa que la motivación puede ser también amplia o sucinta, pero en cualquier caso ha de ser suficiente para que se puedan conocer los motivos³⁹.
87. El Tribunal Constitucional ha precisado, en la sentencia recaída sobre el expediente N.º 00728-2008-PHC/TC, que el contenido constitucionalmente garantizado del derecho a la debida motivación determina que son nulos los actos administrativos cuando:

"(...) la motivación es inexistente o cuando la misma es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico"⁴⁰. (El resaltado es nuestro)

1 La motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado.

³⁶ Ley del Procedimiento Administrativo General

Artículo 6°.- Motivación del acto administrativo

3. No son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto.

³⁷ DROMI, Roberto. "El Procedimiento Administrativo", Editorial Ciudad Argentina, 1ª Edición, Buenos Aires, 1999, pág. 133.

³⁸ ZEGARRA VALDIVIA, Diego. La Motivación del Acto Administrativo en la Ley N° 27444. En: Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Buenos Lima, 2003, Ara Editores, págs. 207 y 208.

³⁹ GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio. Los Actos Administrativos. Madrid, 1986, Editorial Civitas, S.A., pág. 148.

⁴⁰ Con relación al derecho a la debida motivación de las resoluciones administrativas, el Tribunal Constitucional ha señalado, en la sentencia recaída sobre el Expediente N.º 00728-2008-PHC/TC, que "(...) motivar una decisión no sólo significa expresar únicamente bajo qué norma legal se expide el acto administrativo, sino, fundamentalmente, exponer en forma sucinta –pero suficiente– las razones de hecho y el sustento jurídico que justifican la decisión tomada"

88. Por su parte, en el Fundamento 11 de la sentencia recaída sobre el Expediente N° 1230-2002-HC/TC, el Tribunal Constitucional ha precisado que el derecho a la motivación debida no supone una determinada extensión de la motivación sino congruencia y suficiencia de la decisión adoptada⁴¹.
89. Por tanto, a partir de lo dispuesto en la LPAG, en la doctrina y en las sentencias constitucionales antes citadas, en el presente caso, para que se configure un supuesto de motivación aparente que haga nula la resolución apelada, tendría que estarse en alguno de los siguientes supuestos:
- a) No dar cuenta de forma clara y suficiente de las razones mínimas fácticas y jurídicas que sustentan la decisión⁴². En tal sentido, la motivación del acto administrativo puede ser amplia o sucinta, siempre que contenga:
 - Fundamentación de aspectos jurídicos: la expresión del sentido y manera en que se estima que la norma legal aplica al caso.
 - Fundamentación de los hechos: la relación de los hechos probados relevantes del caso específico.
 - b) No responder a las alegaciones de las partes del proceso.
 - c) Solo intentar dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico. En tal sentido, para motivar un acto administrativo no resultan suficientes las fórmulas vagas, de contenido declarativo o genérico.

1.2.3 Análisis

90. En su apelación, TELEFÓNICA ha señalado que la resolución apelada apenas dedicaría algún espacio a explicar el aspecto más importante a determinar en una investigación por un supuesto abuso de posición de dominio, es decir, la existencia del efecto exclusorio derivado de la práctica. De acuerdo a TELEFÓNICA, incluso las líneas que el Cuerpo Colegiado emplea para determinar la existencia de daño adolecerían de vicios de motivación sustanciales pues serían incongruentes, carecerían de sustento fáctico y contravendrían la máxima de la experiencia. Los defectos de motivación más importantes, de acuerdo a TELEFÓNICA, serían los siguientes:
- El Cuerpo Colegiado no niega que durante el periodo objeto de investigación TELEFÓNICA perdió participación en el mercado de telefonía fija sino que cuestiona que no haya perdido aún más y entiende que esto constituiría evidencia de daño al mercado, pese a que la experiencia del OSIPTEL y del

⁴¹ Al respecto, la sentencia recaída sobre el Expediente N° 1230-2002-HC/TC señala que: *"La Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión"*.

⁴² Al respecto, ver Resolución N° 012-2011-TSC/OSIPTEL, emitida en la controversia seguida por Cable TV Maxuy S.A.C. (Maxuy) contra Televisión del Valle S.A.C. (Televalle) bajo el Expediente N° 001-2011-CCO-ST/CD-LC. En dicha Resolución el Tribunal de Solución de Controversias analizó un alegado supuesto de nulidad por falta de motivación.

INDECOPI niegan que la ralentización de la caída de la cuota de una empresa en el mercado sea suficiente para materializar la existencia de un efecto exclusorio.

- Sin embargo, no se ha señalado quiénes son los competidores (el 5% del mercado alternativo de TELEFÓNICA) o cómo es que habrían sido afectados. Dado que la legislación y la jurisprudencia exigen para sancionar una práctica anticompetitiva que el daño sea sustancial, se debió fundamentar por qué una posible afectación al 5% del mercado cumple con el requisito de materialidad.
- El Cuerpo Colegiado no habría demostrado el supuesto traslado de la posición de dominio de TELEFÓNICA del mercado de acceso a Internet al de telefonía fija.
- La existencia de daño exclusorio sólo se podía determinar con la valoración de pruebas adicionales, que el Cuerpo Colegiado renunció a actuar.
- La evidencia que acompaña la resolución apelada no ha logrado demostrar la posibilidad de que exista una política empresarial diseñada por TELEFÓNICA dirigida a excluir a sus competidores del mercado de telefonía fija, que la práctica fuera plausible o que hubiere generado efectos perversos en el mercado.
- No se habrían ponderado los efectos positivos de la práctica investigada con sus nulos efectos negativos.
- El Cuerpo Colegiado no habría aportado ningún elemento de juicio que permita rebatir los argumentos realizados por TELEFÓNICA, en el sentido de que la banda ancha móvil constituye un sustituto posible de la banda ancha fija.

91. En el presente caso, para determinar si existe un defecto de motivación que acarree la nulidad de la resolución apelada, siguiendo lo expuesto en el acápite precedente, se procederá a determinar si ésta (a) no dio cuenta de las razones mínimas fácticas y jurídicas que sustentan la decisión, o (b) si no respondió a las alegaciones de TELEFÓNICA en el proceso, o (c) si solo intentó dar un cumplimiento formal al mandato de motivación.

1.2.3.1 Supuesto defecto de falta de motivación por no dar cuenta de forma clara y suficiente de las razones mínimas fácticas y jurídicas que sustentan la decisión

92. De la revisión de la resolución apelada, se aprecia que el Cuerpo Colegiado determinó que la práctica investigada tenía efectos anticompetitivos, conforme a los siguientes argumentos fácticos y jurídicos:

- El Cuerpo Colegiado describió las normas que exigen la existencia de daño al mercado para calificar a una práctica como anticompetitiva: el Decreto Legislativo N° 1034 y los Lineamientos de Libre Competencia en Telecomunicaciones.
- De acuerdo a las normas antes mencionadas, desarrolló una metodología de análisis de competencia para determinar si la conducta investigada generaba

efectos negativos, examinando (i) efectos en los competidores, (ii) efectos en los usuarios, (iii) posibles justificaciones a la realización de la venta atada y posibles eficiencias económicas.

- Siguiendo la metodología descrita, el Cuerpo Colegiado determinó sobre la base de los siguientes hechos verificados y argumentos que:
 - Existían efectos negativos para los competidores: El Cuerpo Colegiado llegó a esta conclusión, luego de procesar estadísticamente, relacionar y analizar la información de enero de 2004 a junio de 2010 reportada al OSIPTEL por las empresas operadoras en forma mensual. Asimismo, tuvo en consideración la información posterior a junio de 2010 (meses de diciembre de 2010 y marzo de 2011) tomada de la página web del Ministerio de Transportes y Comunicaciones. Dicho análisis consta a fojas 47 a 51 de la resolución apelada, en donde adicionalmente se incluyen gráficos y cuadros que reflejan el análisis. La argumentación lógico-jurídica seguida por el Cuerpo Colegiado se describe a continuación:
 - El Cuerpo Colegiado sostuvo que TELEFÓNICA, al atar el servicio de internet al servicio de telefonía fija, imposibilita la contratación del servicio de telefonía fija ofrecido por empresas distintas a TELEFÓNICA.
 - Estableció, como hecho probado, que existía una importante pérdida de participación en el mercado de telefonía fija por parte de TELEFÓNICA, que pasó de aproximadamente 96% durante el año 2006 a 87% en noviembre de 2007. Adicionalmente, señaló que dicha caída se redujo luego del lanzamiento de los paquetes⁴³.
 - Para acreditar que la causa de la venta atada como estrategia exclusoria en el mercado de telefonía fija era la caída de la participación de TELEFÓNICA en dicho mercado, el Cuerpo Colegiado analizó la correlación entre las altas de los accesos ADSL y las altas de las líneas en servicio de telefonía fija de TELEFÓNICA, considerando si el abonado ya tenía el servicio de telefonía fija o si éste lo contrataba al momento de adquirir el servicio de internet, llegando a la conclusión de que en los últimos dos años el crecimiento de las conexiones por ADSL impulsó el crecimiento de las líneas fijas de TELEFÓNICA⁴⁴.

⁴³ Al respecto, la resolución apelada señala lo siguiente:
“(...) a partir de esta última fecha (noviembre 2007), unos meses después del inicio de las ofertas empaquetadas, a través de descuentos la caída de la tasa de participación de TELEFÓNICA se redujo, continuando la disminución del número de líneas en servicio y la participación pero a un ritmo más lento hasta julio de 2009. Desde entonces se ha observado una ligera recuperación en la participación de TELEFÓNICA”.

⁴⁴ Al respecto, la resolución apelada señala lo siguiente:
“(...) si bien durante los años 2009 y 2010 las altas en ambas categorías eran similares, a partir del año 2011 la mayor parte de las altas corresponden a usuarios que no tenían servicio telefónico de TELEFÓNICA, pero que lo contrataron junto con el acceso a Internet. Esta última categoría incluye tanto las altas a través de empaquetamiento como a través de ofertas regulares y ofertas promocionales (dúos). Es decir, en los últimos dos años el crecimiento de las conexiones por ADSL habría impulsado con mayor fuerza al crecimiento en el número de líneas fijas de TELEFÓNICA.”

- Asimismo, otro factor que el Cuerpo Colegiado consideró para acreditar que la causa de la venta atada era la caída de la participación de TELEFÓNICA, fue la comprobación de que los stocks de dúos de ADSL y telefonía fija crecieron en forma importante en los últimos años y que se apreciaba una caída en las líneas de telefonía fija en servicio que no están empaquetadas con ningún servicio (Gráficos 5a y 5b "Altas de ADSL y su impacto en la telefonía fija de TELEFÓNICA" a fojas 48 de la resolución apelada).
- Adicionalmente, otro factor analizado para determinar que la causa de la venta atada era la caída de la participación de TELEFÓNICA, fue la coincidencia entre el momento en el que se detuvo la caída del número de líneas en servicio de TELEFÓNICA y una desaceleración en el crecimiento del número de líneas de las empresas competidoras (Gráfico 6 "Evolución del número de líneas fijas, TELEFÓNICA vs Competidoras" a fojas 49 de la resolución apelada).
- Sobre la base del análisis de esta evidencia, el Cuerpo Colegiado concluyó que lo que causa la práctica de venta atada de TELEFÓNICA es privar a sus competidores en el mercado del servicio de telefonía fija (servicio atado) de acceder a parte importante de los compradores. Es decir, frente a sus competidores en el mercado de telefonía fija, lo que hace TELEFÓNICA a través de la venta atada es elevar y fortalecer las barreras a la entrada del mercado de telefonía fija.
- Existían efectos negativos para los usuarios: El Cuerpo Colegiado consideró que se había limitado la libertad de los consumidores en un contexto en el que se viene dando la sustitución entre telefonía fija y telefonía móvil y la valoración del servicio de telefonía fija ha caído.
- No existían justificaciones técnicas o legales para la práctica: El Cuerpo Colegiado descartó la justificación técnica aducida por TELEFÓNICA porque el hecho de que internet mediante ADSL sea un servicio de valor añadido que se soporta tanto en la red portadora como en el servicio final de telefonía fija, no determina que ambos productos deben ser comercializados de manera conjunta. Adicionalmente, descartó la justificación legal expuesta por TELEFÓNICA, explicando que anteriores pronunciamientos de distintos órganos e instancias del OSIPTEL no resultaban vinculantes para el presente caso. (Sección c), "Justificaciones a la realización de la venta atada", del punto 6.2.3.3. de la resolución apelada, "Efectos anticompetitivos y eficiencias procompetitivas").
- Las supuestas eficiencias generadas por la práctica no justificaban la práctica: Para sustentar esta conclusión, el Cuerpo Colegiado expresó la siguiente fundamentación lógica: si bien en el corto plazo la práctica había generado un beneficio a nivel tarifario para un grupo de usuarios, la práctica estaría afectando al menos a sus competidores del mercado de telefonía fija y obligando a los usuarios a adquirir o contratar servicios, no en base a la calidad, precio o complementariedad de los productos, sino basados en la necesidad de contratar únicamente uno de los componentes atados, causando con esto una distorsión en las preferencias y un perjuicio

reflejado en la disminución de eficiencia en la asignación de recursos, con un impacto desfavorable a la libre competencia. (Sección c), "Justificaciones a la realización de la venta atada", del punto 6.2.3.3. de la resolución apelada, "Efectos anticompetitivos y eficiencias procompetitivas").

93. De lo expuesto en el numeral anterior se aprecia que:

- A lo largo de la resolución apelada y de acuerdo a la metodología de análisis establecida por la legislación vigente, el Cuerpo Colegiado desarrolló argumentos dirigidos a demostrar la existencia del efecto exclusorio en el mercado de telefonía fija, evaluando las consecuencias de dicha práctica y sustentado sus conclusiones en una serie de datos estadísticos recogidos en diferentes cuadros y gráficos construidos a partir de la información brindada, en parte, por la propia TELEFÓNICA.
- El Cuerpo Colegiado también desarrolló una fundamentación lógica sobre la existencia de una fuerte correlación entre las altas netas de los servicios de telefonía fija e internet por ADSL de TELEFÓNICA, evidencia que se encuentra recogida en los Gráficos N° 5 y 6 de la resolución apelada, describiendo la pérdida de la participación de los competidores de TELEFÓNICA, e interpretando la información contenida en el mismo como un indicador más de los efectos exclusorios de la práctica investigada.
- El Cuerpo Colegiado ponderó los efectos positivos de la práctica investigada con sus efectos negativos, pronunciándose sobre las justificaciones a la práctica presentadas por TELEFÓNICA.

94. Por todo lo expuesto, este Tribunal considera que el Cuerpo Colegiado ha expuesto una fundamentación lógico jurídica que da cuenta de las razones que sustentan sus conclusiones. En efecto, de la revisión de la resolución apelada y de los medios probatorios actuados en el expediente, se aprecia que el Cuerpo Colegiado argumentó de manera clara y suficiente su decisión sustentándola en evidencia actuada en el procedimiento. La cuestión sobre si dicha evidencia basta para demostrar el efecto exclusorio de la práctica, constituye un tema de fondo que deberá ser discutido en la parte pertinente de esta resolución, pero que no constituye una causal de nulidad por falta de motivación o motivación aparente.

1.2.3.2 Supuesto defecto de falta de motivación por no responder a las alegaciones de las partes del proceso

95. TELEFÓNICA ha señalado que sus argumentos respecto de inexistencia de un daño al mercado no habrían sido analizados por el Cuerpo Colegiado, pues sólo habrían merecido afirmaciones especulativas y subjetivas. TELEFÓNICA ha alegado que (i) habría una falta de magnitud del daño al mercado, pues en la hipótesis del Cuerpo Colegiado se estaría dañando sólo a un 5% del mercado de telefonía fija alternativa; (ii) se estaría sancionando a TELEFÓNICA pese a que dicha empresa estaría disminuyendo su participación en el mercado de telefonía fija; y, (iii) se estaría afirmando la existencia de daño sobre la base de un solo elemento de juicio y con carencia de medios probatorios que acrediten dicha situación y en contra de pronunciamientos administrativos previos sobre casos por infracciones

anticompetitivas.

96. Al respecto, es necesario mencionar que, de acuerdo con la doctrina, la motivación de las resoluciones debe incluir la cita de las principales argumentaciones del (o los) administrado(s) y la forma en que se han tenido en cuenta al momento de resolver, tanto en forma desestimatoria como estimatoria⁴⁵. Sobre este tema, el Tribunal Constitucional aclara que el derecho a la debida motivación *"Tampoco garantiza que, de manera pormenorizada, todas las alegaciones que las partes puedan formular dentro del proceso sean objeto de un pronunciamiento expreso y detallado."* (Fundamento 11, Exp. N° 1230-2002-HC/TC).
97. Tal como se ha apreciado en el literal precedente, el Cuerpo Colegiado desarrolló una argumentación lógico jurídica sustentada sobre la base de medios probatorios que obran en el expediente para determinar la existencia de los efectos anticompetitivos de la práctica, exponiendo sus razones sobre la existencia de dicho daño y considerando las especiales características del mercado de un telefonía fija, en el cual la participación de TELEFÓNICA estaría disminuyendo, pero cuya caída se habría detenido a partir del lanzamiento de los paquetes.
98. En dicho esquema de argumentación lógico jurídica, el Cuerpo Colegiado se pronunció sobre las alegaciones formuladas por TELEFÓNICA respecto a la existencia del daño exclusorio y los efectos de la caída de su participación en el mercado. En particular, cabe mencionar que en la sección c), "Justificaciones a la realización de la venta atada", del punto 6.2.3.3. de la resolución apelada, "Efectos anticompetitivos y eficiencias procompetitivas", el Cuerpo Colegiado tomó en cuenta las justificaciones técnicas, legales y económicas presentadas por TELEFÓNICA, analizándolas y descartándolas una por una en los términos exigidos por la LPAG, la doctrina y los precedentes constitucionales.
99. En línea con lo señalado anteriormente, la cuestión sobre la suficiencia de los medios probatorios actuados en el expediente para generar convicción sobre la existencia del efecto anticompetitivo y la interpretación sobre las consecuencias de otros precedentes administrativos sobre prácticas anticompetitivas en el caso concreto, constituyen temas de fondo que no son materia de una declaración de nulidad.
100. Este Tribunal considera que lo relevante para analizar el pedido de nulidad de TELEFÓNICA es que el Cuerpo Colegiado sí analizó los argumentos de dicha empresa exponiendo fundamentos claros y suficientes basados en sustento fáctico que obra en el expediente y que a su juicio demostraban la existencia de la práctica anticompetitiva. En consecuencia, no se está ante un defecto de motivación en los términos alegados por TELEFÓNICA.
101. En otras partes de su apelación, TELEFÓNICA ha sostenido que el Cuerpo Colegiado no habría aportado ningún elemento de juicio que permita rebatir los argumentos de TELEFÓNICA respecto al mercado relevante, en el sentido de que la banda ancha móvil constituye un sustituto de la banda ancha fija.
102. Al respecto, cabe señalar que, con relación al mercado relevante, el Cuerpo

⁴⁵ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Op. cit. pág.159.

- e) *Por último, definir los efectos perjudiciales que habrían tenido las conductas denunciadas por la demandante sobre el mercado, es decir, sobre el usuario como sobre el competidor.*

110. Como puede advertirse de la lectura de la Resolución N° 021-2002-CCO/OSIPTEL, el requisito "1)", sobre la existencia de una estrategia dirigida a excluir a los competidores del mercado, descrito por TELEFÓNICA en su apelación, no se encuentra incluido en la metodología esbozada en dicha parte de la citada Resolución. De una lectura detallada, puede apreciarse que el mencionado requisito "1)", aludido por TELEFÓNICA, constituye un elemento a analizar en la estrategia predatoria materia de denuncia en el caso concreto de BOGA, tal como puede verse de la siguiente cita de la Resolución N° 021-2002-CCO/OSIPTEL:

"(...) Los precios predatorios son el supuesto más conocido de este tipo de prácticas. Consisten en establecer un precio debajo de costos de manera sostenida con el fin de eliminar o disciplinar a sus competidores y así, mantener o hacerse de poder monopólico. Cuando esta estrategia es exitosa, los competidores salen del mercado o le ceden el liderazgo en precios al predador (...). Sobre el particular, los Lineamientos de libre Competencia del OSIPTEL señalan que:

Se puede definir los precios depredadores como aquéllos que resultan inferiores a un nivel determinado de costos, establecidos con la intención de eliminar del mercado a uno o varios de los competidores(...)"

111. En consecuencia, resulta claro que TELEFÓNICA no ha parafraseado con precisión los criterios de análisis para determinar la existencia de los actos anticompetitivos en las modalidades de trato discriminatorio y prácticas predatorias materia de denuncia en el caso BOGA.
112. De otro lado, TELEFÓNICA ha señalado que la resolución apelada habría considerado como justificaciones, para descartar lo señalado en el caso BOGA, los siguientes argumentos: (i) que dicho pronunciamiento no constituiría un precedente de observancia obligatoria y (ii) que el fraseo del caso en cuestión no permite aseverar que el criterio empleado en aquella oportunidad hubiera sido de carácter general. De acuerdo con TELEFÓNICA, dichos argumentos no cumplirían con el estándar de debida motivación, por lo que la decisión sería arbitraria y la opción metodológica empleada habría sido construida ad-hoc.
113. Al respecto, cabe señalar que las metodologías (en tanto pasos que deben seguirse para determinar la existencia de una determinada práctica anticompetitiva) fueron esbozadas en la Resolución N° 021-2002-CCO/OSIPTEL a fin de analizar los supuestos específicos materia de investigación en dicho caso, a saber, prácticas predatorias y/o discriminación, tal como se desprende de la revisión de los puntos a) *(si existen las condiciones básicas requeridas para la existencia de una discriminación)* y d) *(incurrió en pérdidas de corto plazo de manera no esporádica)* de dicha resolución. En consecuencia, es claro que éstas no constituyen metodologías generales para el análisis de cualquier supuesto anticompetitivo.
114. En el presente caso, se está ante una investigación por actos anticompetitivos en la modalidad de ventas atadas, cuyos requisitos constitutivos se encuentran

establecidos en el Decreto Legislativo N° 1034. Adicionalmente, a modo de guía, se tienen los criterios interpretativos esbozados en los Lineamientos de Libre Competencia en Telecomunicaciones.

115. En el caso, el Cuerpo Colegiado analizó los aspectos establecidos tanto en el Decreto Legislativo N° 1034 y en los Lineamientos de Libre Competencia en Telecomunicaciones para conducir su investigación y análisis. Al respecto, no se advierte un cambio de criterio respecto a lo señalado en los referidos Lineamientos, que si bien no son vinculantes, sí establecen criterios generales sobre la interpretación de las normas de libre competencia y por tanto, contribuyen a la predictibilidad de los pronunciamientos de las instancias de solución de controversias.
116. En efecto, la resolución apelada ha tomado en cuenta lo señalado en el numeral 4.3.3 de los Lineamientos de Libre Competencia en Telecomunicaciones, conforme a los cuales, para que una práctica de venta atada tenga efectos anticompetitivos es necesario que la realice una empresa con posición de dominio y sea una práctica injustificada que restrinja la competencia:

"Estando a lo señalado y de acuerdo con la metodología de análisis de competencia, en primer lugar se debe identificar el servicio relevante o servicio materia de la conducta investigada y el mercado relevante. (...)

En la determinación de la conducta restrictiva o práctica injustificada en la modalidad de venta atada se deben considerar los elementos específicos contenidos en el referido artículo 10º de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, a saber: debe tratarse de servicios diferenciados, debe existir coerción, el proveedor debe tener suficiente poder de mercado en el mercado del producto principal y debe existir una afectación en el mercado del producto atado.

*Finalmente, es importante precisar que la referida Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas ha calificado esta conducta como una prohibición relativa. En ese sentido, para que se pruebe la existencia de una infracción administrativa, primero debe **probarse la existencia de la venta atada** y posteriormente, debe **probarse que la misma tenga efectos negativos para la competencia y el bienestar del consumidor**; es decir la venta atada se debe analizar conforme a la regla de la razón." (El resaltado es nuestro).*

117. La resolución apelada desarrolla punto por punto el análisis anteriormente reseñado y concluye que efectivamente TELEFÓNICA incurrió en una práctica de abuso de posición de dominio en la modalidad de ventas atadas.
118. Adicionalmente, TELEFÓNICA ha señalado en su recurso de apelación que el Cuerpo Colegiado no habría sido capaz de dotar de contenido objetivo a una serie de elementos imprescindibles para configurar la infracción por violación a las normas de libre competencia, por ejemplo, no habría señalado cómo es que la conducta de TELEFÓNICA habría tenido como efecto la exclusión de competidores en el mercado. De acuerdo con TELEFÓNICA, una de las principales ventajas del análisis del caso BOGA fue la incorporación de diversos elementos de racionalidad

económica, por lo que no sería plausible una sanción si antes no se lograra demostrar:

- (i) Que la conducta anticompetitiva ha logrado incrementar indebidamente las ganancias de la empresa investigada.
- (ii) Que la estructura del mercado permite que la estrategia exclusoria impulsada sea creíble en el largo plazo.

119. Al respecto, sin perjuicio de que se ha indicado que las metodologías diseñadas en BOGA se referían a supuestos de actos anticompetitivos distintos a las ventas atadas, debe indicarse que un elemento que debe ser definido en estos casos es la existencia de efectos exclusorios, lo cual debe ser determinado de forma objetiva y teniendo en consideración las particulares características del de mercado o mercados afectados.
120. En este sentido, los elementos aludidos por TELEFÓNICA tales como la racionalidad de la práctica, el examen de los indicadores de desempeño de los competidores y las posibles eficiencias y justificaciones presentadas por la empresa denunciada, fueron materia de análisis en la resolución apelada, tal como se ha expuesto en el acápite precedente del presente pronunciamiento.
121. Una vez más, la discusión sobre si existen argumentos lo suficientemente sólidos como para poder probar fehacientemente la práctica investigada y sus efectos, no constituye un tema de nulidad, sino un asunto de fondo que será discutido en la parte pertinente de la presente resolución.
122. En consecuencia, los argumentos de TELEFÓNICA sobre la aplicación de una metodología arbitraria para el análisis del presente caso como causal de nulidad de la resolución apelada deben ser desestimados.

1.4 El supuesto análisis insuficiente de la prueba indiciaria

123. De acuerdo con TELEFÓNICA, para poder evaluar la existencia de un daño al mercado el Cuerpo Colegiado habría recurrido a la prueba indiciaria. Sin embargo, según señala TELEFÓNICA, ninguno de los indicios mencionados en la resolución apelada habría sido desarrollado con el mínimo de rigor para ser considerado como válido a efectos de demostrar la existencia de efectos exclusorios. En opinión de TELEFÓNICA, ello habría implicado un "adelgazamiento" de su derecho de defensa.
124. En la prueba circunstancial o indiciaria, en tanto sucedáneo de los medios probatorios, se tiene un hecho que puede ser utilizado para inferir otro hecho⁴⁶. El análisis bajo el esquema de la prueba indiciaria implicaría la evaluación de dos elementos: (i) la existencia de un "hecho indicador", es decir una base de hecho cierta y comprobada; y (ii) la verosimilitud del "hecho indicado". De esta forma, a través de un razonamiento lógico se presume o infiere desde el "hecho indicador" la existencia de la consecuencia indicada como algo posible. De esta forma, las conclusiones a las que se llegaría mediante un esfuerzo o razonamiento excesivo a

⁴⁶DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. La Teoría de la Prueba Indiciaria. En: Doxa Tendencias Modernas del Derecho. Trujillo: Normas Legales Editora, 2004, pág. 18.

partir del hecho indicador deben ser descartadas. A tales efectos, se deben evaluar todas las pruebas en conjunto, incluyendo los posibles conindicios existentes.

125. La prueba indiciaria es utilizada únicamente en los casos en los que es estrictamente necesaria, debido a la inviabilidad de probar los hechos a través de una prueba directa de los mismos.
126. Al ser un tipo de esquema de prueba que exige un enfoque de análisis distinto al usual (prueba directa), las instancias de solución de controversias han sido claras en señalar expresamente que están aplicando dicho esquema en su evaluación de la existencia de una infracción. Tal es el caso de la Resolución N°052-2002-CCO/OSIPTTEL⁴⁷, en la que se señaló que la conducta denunciada se caracterizaba por ser una práctica disimulada, por lo que el Cuerpo Colegiado consideró que dicho tipo de práctica podía ser demostrada a través de la prueba de indicios y presunciones.
127. De igual manera, en la Resolución N° 001-2003-CCO/OSIPTTEL⁴⁸, caso en el que se evaluó el inicio de una investigación para determinar si es que ciertas empresas que prestaban servicios de telefonía móvil llegaron a un acuerdo para retrasar el ingreso a la facturación al segundo y se indicó que las concertaciones entre competidores son un tipo de prácticas anticompetitivas que se demuestran a través de la prueba indirecta (indicios y presunciones) y que los Lineamientos de Libre Competencia en Telecomunicaciones reconocen tal hecho cuando señalan que las concertaciones suelen comprobarse via la prueba de indicios y presunciones en tanto que los infractores eliminan las pruebas directas que demuestran el acuerdo.
128. Es preciso aclarar que, en este tipo de casos, la prueba indiciaria es utilizada para poder inferir o demostrar la existencia de la conducta en cuestión y no de sus efectos exclusorios. De igual manera, en la Resolución N° 276-97-TDC⁴⁹, el INDECOPi señala que la comprobación de la existencia de prácticas restrictivas de la competencia y de otras prácticas ilegales similares, generalmente se producirá sobre la base de pruebas circunstanciales e indicios contingentes, que deben ser apreciados en conjunto por el juzgador para poder extraer presunciones que lo lleven a formar una convicción respecto de los hechos investigados. La prueba de la existencia de la conducta acredita la comisión de la infracción.
129. En los casos de abuso de posición de dominio se lleva a cabo un doble nivel de análisis, el de la conducta llevada a cabo por las empresas y el de los efectos exclusorios generados por estas conductas, consistiendo el segundo en un "balanceo" entre los perjuicios de la práctica y las eficiencias generadas por la misma, así como las posibles justificaciones a la práctica presentada por las empresa denunciadas.

⁴⁷Resolución N°052-2002-CCO/OSIPTTEL, emitida en la controversia seguida por AT&T Perú S.A. (AT&T) contra Telefónica del Perú S.A.A. (Telefónica) bajo el Expediente N°003-2001.

⁴⁸Resolución N° 001-2003-CCO/OSIPTTEL, por la que el Cuerpo Colegiado declaró que no correspondía iniciar un procedimiento de oficio sobre supuestas infracciones a la libre competencia en el mercado de la telefonía móvil al no existir indicios suficientes sobre un presunto acuerdo entre las empresas operadoras de telefonía móvil Telefónica del Perú S.A.A. (Telefónica), Bellsouth Perú S.A.A. (Bellsouth), Nextel del Perú S.A. (Nextel), Telefónica Italia Mobile Perú S.A.C. (TIM) y Telefónica Móviles S.A.C. (TMóviles), bajo el expediente N° 001-2003-CCO-ST/LC

⁴⁹Resolución N° 276-97-TDC, emitida en el procedimiento de Oficio seguido contra la Asociación Peruana de Avicultura y Otras (Las Empresas Avícolas), bajo el Expediente N° 029-98-CLC.

130. En el presente caso, los hechos que demuestran la comisión de la conducta imputada a TELEFÓNICA, las prácticas de atadura consistentes en el condicionamiento de la adquisición del servicio de internet ADSL Speedy a la contratación del servicio de telefonía fija ofrecido por TELEFÓNICA, están claros y han sido acreditados a través del esquema de prueba directas (contratos de abonados, acciones de supervisión) e, incluso, no han sido cuestionados por la propia TELEFÓNICA en primera instancia.
131. Por su parte, los efectos anticompetitivos de la práctica han sido determinados sobre la base del análisis de medios probatorios consistentes en datos de desempeño y configuración del mercado, entre otra información, los cuales a criterio del Cuerpo Colegiado habrían acreditado la existencia de dicha práctica. En este contexto, este Tribunal considera que no se está ante un caso que haya ameritado el uso de prueba indiciaria, en tanto sucedáneo de los medios probatorios. En este sentido, no resultan correctas las alusiones hechas en la resolución apelada a indicios o prueba indiciaria. A juicio de este Tribunal, tales frases deben ser entendidas como referidas a elementos de juicio o evidencias, pero no a la prueba indiciaria, como se analizará seguidamente.
132. TELEFÓNICA ha mencionado una serie de citas de la resolución apelada para intentar acreditar que el Cuerpo Colegiado habría hecho un uso indebido de la prueba indiciaria para acreditar los efectos exclusorios, las cuales se transcriben a continuación:
- (1) *"(...) los ejercicios realizados con los precios de los servicios de telefonía fija y de Internet respecto del empaquetamiento (dúo) de ambos servicios, evidencian un refuerzo de la estrategia anticompetitiva de TELEFÓNICA, afianzando la adquisición conjunta de los servicios, en el marco de la venta atada."*
 - (2) *"La explicación para que la caída de la participación de TELEFÓNICA en el mercado de telefonía fija se haya detenido sería el importante crecimiento de la venta conjunta del servicio de acceso a internet ADSL y el servicio de telefonía fija que realiza esta empresa, ya que la mayoría de altas de accesos ADSL corresponden a altas atadas al servicio de telefonía fija, principalmente dúos de telefonía fija e Internet."*
 - (3) *"Lo anteriormente mostrado podría ser un indicador de la relación directa existente entre el servicio de telefonía fija de TELEFÓNICA y su servicio de Internet por ADSL. Otro indicio adicional lo encontramos en el panel b) del Gráfico N° 5, ya que en dicho gráfico se puede ver que existe una clara relación directa entre las altas de líneas fijas en servicio y las altas de accesos ADSL (altas reales y no altas netas)."*
133. De la lectura de las citas mencionadas en el contexto de la resolución apelada, se aprecia lo siguiente:
- a. En el caso de la primera cita, no se señala que se trate de un indicio en el sentido de prueba indiciaria, sino que se analiza la estructura de precios como una prueba directa de la estrategia anticompetitiva de TELEFÓNICA.

- b. En la segunda cita, no se afirma que se esté evaluando un indicio, por el contrario, se hace referencia a un medio probatorio de los efectos exclusorios de la práctica investigada.
 - c. En la tercera cita es evidente que se utiliza el término "indicio" de una forma coloquial, para referirse a los indicadores como elementos que llevarían a una conclusión. Nuevamente, estos indicadores constituirían medios probatorios de los efectos de la práctica anticompetitiva, no sucedáneos de los medios probatorios como la prueba indiciaria. La cita ha sido presentada fuera de contexto, pues en ningún otro lugar de la resolución apelada del Cuerpo Colegiado se utiliza el término "indicio" y, menos aún, se señala que se esté haciendo algún tipo de uso de la prueba indiciaria.
134. Finalmente, respecto a este punto, TELEFÓNICA alega que el Cuerpo Colegiado ha obviado que la prueba indiciaria exige a quien la práctica la selección de una serie de elementos indispensables para su validez. De acuerdo con lo señalado en la apelación, TELEFÓNICA habría presentado una serie de contra indicios que el Cuerpo Colegiado, aún cuando habría reconocido que lo alegado por TELEFÓNICA era cierto, habría descartado sin realizar el análisis contra fáctico al que estaría obligado.
135. Al respecto, en la medida que en este caso no correspondía aplicar y no se aplicó la prueba indiciaria, no es necesario que se seleccionen una serie de elementos indispensables para su validez. Lo que TELEFÓNICA denomina "contra indicios" son en realidad elementos de juicio o factores que cuestionan el fondo de la cuestión controvertida, si la valoración de los mismos fue adecuada es un tema de fondo que, de conformidad con lo ya señalado, será posteriormente analizado.

1.5 El Cuerpo Colegiado habría abdicado de sus funciones en materia probatoria

136. En su apelación, TELEFÓNICA ha señalado que la carga de la prueba respecto a la vulneración del marco regulatorio en materia de la libre competencia sería de cargo del Cuerpo Colegiado, sobre todo considerando que se está ante un procedimiento iniciado de oficio. Consecuentemente, el Cuerpo Colegiado no debería haber declarado fundada la denuncia de oficio si antes "*no se encontraba premunido del más elemental material probatorio*". En consecuencia, de acuerdo con TELEFÓNICA, se habría vulnerado el principio de oficialidad de la prueba.
137. El artículo 235.5º de la LPAG, sobre el procedimiento administrativo sancionador, señala que en caso de que la estructura del procedimiento contemple la existencia diferenciada de órganos de instrucción y órganos de resolución, concluida la recolección de pruebas, la autoridad instructora formulará propuesta de resolución en la que se determinará, de manera motivada, las conductas que se consideren probadas constitutivas de infracción, la norma que prevé la imposición de sanción para dicha conducta y la sanción que se propone que se imponga y, recibida la propuesta de resolución, el órgano competente para decidir la aplicación de la sanción podrá disponer la realización de actuaciones complementarias, siempre que sean indispensables para resolver el procedimiento⁵⁰.

⁵⁰ Ley del Procedimiento Administrativo General
Artículo 235º.- Procedimiento Sancionador

138. Por su parte, el artículo 14° del Reglamento de Solución de Controversias señala que, en los casos de procedimientos que versan sobre la comisión de infracciones, la Secretaría Técnica actúa, además, como órgano instructor⁵¹. Adicionalmente, el artículo 15° de dicho Reglamento, sobre las funciones de la Secretaría Técnica, indica en su acápite h) que son funciones de la Secretaría Técnica realizar indagaciones e investigaciones, en su calidad de órgano instructor en los procedimientos que involucren la comisión de una infracción, ya sea de oficio o por el mérito de una denuncia, utilizando para ello las facultades y competencias que tienen las instancias de resolución de conflictos del OSIPTEL⁵².
139. De la lectura de las mencionadas normas se desprende, con relación a los roles que corresponden a la Secretaría Técnica y los Cuerpos Colegiados del OSIPTEL en los procedimientos sancionadores iniciados de oficio, lo siguiente:
- (i) La **Secretaría Técnica** es el órgano instructor y, por lo tanto, sobre ella recae la carga de la prueba, debiendo recabar los medios probatorios pertinentes para, de ser el caso, formular una propuesta de sanción.
 - (ii) El **Cuerpo Colegiado** es el órgano competente para decidir la aplicación de la sanción, para lo que debe valorar los medios probatorios recabados por la Secretaría Técnica. Adicionalmente, puede disponer la realización de actuaciones complementarias si es que lo considera pertinente y si es que son necesarias para poder resolver el procedimiento.
140. Por lo tanto, no es cierto que la carga de la prueba recaiga sobre el Cuerpo Colegiado, es la Secretaría Técnica, en su rol instructor, quien debe recabar los medios probatorios que considere pertinentes para acreditar, ante el Cuerpo Colegiado, la realización de la conducta imputada al denunciado. Sin perjuicio de lo cual, el Cuerpo Colegiado puede ordenar la actuación de medios probatorios, si lo considera necesario.

5. Concluida, de ser el caso, la recolección de pruebas, la autoridad instructora del procedimiento resuelve la imposición de una sanción o la no existencia de infracción. En caso de que la estructura del procedimiento contemple la existencia diferenciada de órganos de instrucción y órganos de resolución concluida la recolección de pruebas, la autoridad instructora formulará propuesta de resolución en la que se determinará, de manera motivada, las conductas que se consideren probadas constitutivas de infracción, la norma que prevé la imposición de sanción para dicha conducta y la sanción que se propone que se imponga; o bien se propondrá la declaración de no existencia de infracción. Recibida la propuesta de resolución, el órgano competente para decidir la aplicación de la sanción podrá disponer la realización de actuaciones complementarias, siempre que sean indispensables para resolver el procedimiento.

51 Reglamento General del Osiptel para la Solución de Controversias entre Empresas:

Artículo 14.- Secretaría Técnica. La Secretaría Técnica es el órgano de apoyo del Cuerpo Colegiado y hace las veces de órgano de enlace entre la estructura orgánica de OSIPTEL y los Cuerpos Colegiados que se constituyan para cada controversia. La Secretaría Técnica es permanente y tiene a su cargo el desarrollo de las funciones contempladas en el presente Reglamento. En los casos de procedimientos que versan sobre la comisión de infracciones, la Secretaría Técnica actúa, además, como órgano instructor.

La Gerencia de Relaciones Empresariales actúa como Secretaría Técnica de los Cuerpos Colegiados que se constituyan para resolver las controversias que se susciten entre empresas. Excepcionalmente, la Gerencia General del OSIPTEL podrá designar otras Secretarías Técnicas, además de la mencionada en el párrafo anterior.

52 Reglamento General del Osiptel para la Solución de Controversias entre Empresas:

Artículo 15.- Funciones. Son funciones de la Secretaría Técnica:

h) Realizar indagaciones e investigaciones, en su calidad de órgano instructor en los procedimientos que involucren la comisión de una infracción, ya sea de oficio o por el mérito de una denuncia, utilizando para ello las facultades y competencias que tienen las instancias de resolución de conflictos de OSIPTEL.

141. Adicionalmente, TELEFÓNICA alega que el Cuerpo Colegiado podía haber acudido a sus amplias potestades en materia probatoria y haber recabado todo el material sustentatorio para respaldar las conclusiones de su investigación, sin embargo, no habría agotado todos los medios probatorios a su alcance, en razón del principio de oficialidad de la prueba consagrado por el derecho administrativo, para dotar a su decisión final del mayor grado de seguridad. De acuerdo con TELEFÓNICA, lejos de proceder investigando, el Cuerpo Colegiado habría preferido estimar de oficio el procedimiento iniciado contra TELEFÓNICA sobre la base de evidencia claramente insuficiente.
142. En el informe oral de fecha 14 de enero de 2013, TELEFÓNICA señaló que, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, el principio de presunción de licitud garantiza que toda persona no sea sancionada si es que no existe prueba plena y, en su opinión, en este caso no habría habido prueba plena de la infracción cometida por TELEFÓNICA.
143. Al respecto, debe indicarse que el procedimiento de solución de controversias se rige supletoriamente por lo establecido en el Código Procesal Civil⁵³, conforme al cual el material probatorio es evaluado por el juzgador conforme al sistema de la libre valoración de la prueba⁵⁴. De acuerdo a este sistema, *"el juzgador tiene libertad para valorar los medios de prueba, es decir, ya no está sujeto a reglas abstractas preestablecidas por la ley, pero su valoración debe ser efectuada de una manera razonada, crítica, basada en las reglas de la lógica, la psicología, la técnica, la ciencia, el derecho y las máximas de la experiencia aplicables al caso"*⁵⁵.
144. En consecuencia, los argumentos sobre un sistema de prueba tasada en el procedimiento de solución de controversias, dentro del cual se requeriría de la existencia de pruebas que puedan calificarse como plenas, deben desestimarse.
145. Ahora bien, en el presente caso, de la revisión del expediente se aprecia que obran los siguiente medios probatorios que fueron actuados a lo largo del procedimiento, fundamentalmente:
- (i) Acciones de supervisión realizadas en diversas ciudades por la Gerencia de Fiscalización y Supervisión a pedido de la Secretaría Técnica.
 - (ii) Información solicitada a TELEFÓNICA i) Formatos 1 y 2: altas y bajas del servicio de telefonía fija (alámbrica), con periodicidad mensual, desagregada por paquetes y por segmento comercial; ii) Formatos 3 y 4: altas y bajas del servicio de Internet ADSL, con periodicidad mensual, desagregada por paquetes y por segmento comercial; iii) Formato 5: stock

⁵³ **Reglamento General del Ositel para la Solución de Controversias entre Empresas:**

SEGUNDA DISPOSICIÓN FINAL.- Para todo lo no previsto expresamente por el presente reglamento se aplicará, de ser pertinente, la Ley del Procedimiento Administrativo General y el Código Procesal Civil.

⁵⁴ **Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial N° 10-93-JUS**

Artículo 197.- Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión.

⁵⁵ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. Apuntes sobre la valoración de los medios de prueba. Lima: Revista Peruana de Derecho Procesal, Mayo 1998, Tomo II, pág. 57.

del servicio de telefonía fija (alámbrica), con periodicidad mensual, desagregada por paquetes y por segmento comercial; y, iv) Formato 5: stock del servicio de Internet ADSL, con periodicidad mensual, desagregada por paquetes y por segmento comercial.

(iii) Requerimientos de información a Convergía Perú S.A., Infoductos y Telecomunicaciones del Perú S.A., y Perusat S.A.

(iv) Información solicitada al MTC.

146. El Cuerpo Colegiado consideró que dichos medios probatorios le generaban convicción suficiente, no "*abdicando de sus funciones en materia probatoria*", ya que a su criterio las pruebas presentadas sí acreditaron la existencia de la conducta y sus efectos exclusorios. El cuestionamiento en este punto es de fondo y se refiere a si el nivel de certeza generado por los medios probatorios presentadas era suficiente para acreditar la existencia de la conducta y de sus efectos.

147. En consecuencia, el Cuerpo Colegiado, en ejercicio de la libre determinación de la prueba, tenía la facultad para determinar si es que los medios probatorios presentados por la Secretaría Técnica fueron suficientes o si es que era necesario y pertinente que se actuaran nuevas pruebas. En consecuencia, el argumento de TELEFÓNICA sobre la vulneración al principio de oficialidad debe ser desestimado.

1.6 La supuesta vulneración de la presunción de licitud de la práctica investigada

148. TELEFÓNICA ha afirmado que el Cuerpo Colegiado habría despojado a la conducta de venta conjunta realizada por TELEFÓNICA de cualquier presunción de licitud, al considerarla antijurídica sin un mínimo nivel probatorio, desde que, sin aportar mayor evidencia de daño al mercado, se les habría obligado a tener que demostrar, más allá de lo razonable, cuáles habrían sido los efectos positivos de la conducta.

149. Al respecto, se debe precisar que de conformidad con el artículo 10.4º del Decreto Legislativo N° 1034⁵⁶, citado por TELEFÓNICA, las conductas de abuso de posición de dominio, en tanto pueden tener efectos positivos como negativos sobre el mercado, se analizan de acuerdo con la "regla de la razón". En consecuencia, no basta con demostrar la existencia de la conducta sino que, además, es preciso probar que la misma ha generado efectos exclusorios en el mercado, afectando el proceso competitivo, y que los mismos sobrepasan los posibles efectos positivos (eficiencias) provocados por la conducta.

150. El Cuerpo Colegiado sí cumplió con valorar una serie de medios probatorios (enumeradas en el punto anterior) para medir los efectos negativos de la práctica de ataduras sobre la competencia y llegó a la conclusión de la existencia de la práctica y sus efectos exclusorios. Una vez más, debe señalarse que si la valoración realizada por el Cuerpo Colegiado fue la adecuada, es un tema de fondo que será posteriormente analizado.

⁵⁶Decreto Legislativo N° 1034

Artículo 10.- El abuso de la posición de dominio.-

(...)

10.4. Las conductas de abuso de posición de dominio constituyen prohibiciones relativas.

1.7 La supuesta aplicación de la regla per se para el análisis de la existencia de la infracción

151. En su apelación, TELEFÓNICA ha señalado que al parecer el Cuerpo Colegiado no habría empleado la regla de la razón para determinar la existencia de la infracción investigada contraviniendo lo expresamente establecido en el artículo 10.4 del Decreto Legislativo N°1034. En tal sentido, TELEFÓNICA sostiene que en un procedimiento irregular, el Cuerpo Colegiado habría empleado una variación de la regla per se denominada "regla per se modificada" o "regla de la razón trunca"⁵⁷, en la cual el análisis de la determinación del mercado relevante o del impacto negativo de la práctica no es tan profundo como el que corresponde a un análisis bajo la regla de la razón.
152. De acuerdo a TELEFÓNICA, el Cuerpo Colegiado habría aplicado dicha variante de la regla per se puesto que (i) se habría realizado un escaso esfuerzo para determinar el mercado relevante de forma acertada, (ii) la labor probatoria desplegada para determinar la existencia de la infracción habría sido inexistente, y (iii) no se habría ponderado las justificaciones alegadas por TELEFÓNICA, descartándolas de plano sin mayor motivación.

⁵⁷ La regla de la razón trunca llamada "*truncated rule of reason*" o "*structured rule of reason*" es una estándar de análisis que ha sido empleado en algunos casos por las cortes norteamericanas para evaluar la existencia de prácticas de ventas atadas y empaquetamientos. El rótulo de per se sigue empleándose para identificar esta regla trunca o estructurada, pese a que el análisis difiere en gran medida del análisis per se que se emplea por ejemplo, para los acuerdos horizontales de fijación de precios. En efecto, la regla de la razón trunca o estructurada no se aplica de la manera en que tradicionalmente se entiende la regla per se, bajo la cual el poder de mercado es irrelevante en la determinación de la existencia de la infracción. En su lugar, la regla de la razón trunca implica un análisis legal que emplea indicadores estructurales para determinar la existencia de la infracción (por ejemplo, el requisito de que el infractor tenga posición de dominio en el mercado del bien atante).

Cabe señalar que los primeros casos sobre ataduras fueron analizados en las cortes norteamericanas bajo el estándar per se, al considerar que éstas posean un inaceptable riesgo de afectación al proceso competitivo y por tanto son ilegales per se. Posteriormente, en casos como *Jefferson Parish Hosp. Dist No. 2 v Hyde*, (468 U.S. 2, 104 S.Ct. 1551, 80 L. Ed 2d 2 1984) y *Eastman Kodak Co. v Image Technical Services Inc.* (504 U.S. 451, 112, S.Ct. 2072, 119 L. Ed 265 1992), se desarrolló la mencionada regla de la razón trunca, bajo la cual el demandante tiene que probar que (i) hay dos productos separados, (ii) el vendedor ha exigido al comprador la adquisición del producto atante como condición para adquirir el producto atado, (iii) el vendedor tiene un apreciable poder económico en el mercado del bien atante; y (iv) la atadura afecta a una parte sustancial del comercio en el mercado del bien atado.

Posteriormente, en el caso *Microsoft Corp., United States v.*, (253 F. 3d 34, 346 U.S. App. D.C. 330 (D.C. Cir. 2001)), la Corte sostuvo que la regla de la razón debía ser aplicada a la venta conjunta por parte de Microsoft del sistema operativo Windows y el programa Internet Explorer, aun cuando era evidente que Microsoft tenía poder de mercado en el mercado del producto atante (Windows) y que estaba involucrado un "no insustancial" volumen del comercio. La Corte concluyó que en la industria del *software*, la integración que involucrara sistemas operativos informáticos implicaba eficiencias significativas, por lo que la regla per se resultaba inapropiada.

Estos esquemas de análisis legal se condicen con la evolución de las aproximaciones al análisis económico de las ventas atadas. En efecto, en un primer momento, se desarrolló la aproximación clásica a las ataduras, conforme a la cual se consideraba que las ataduras eran casi siempre anticompetitivas y no tenían legítimos propósitos de negocio, pues la empresa denunciada pretendía, a través de la atadura, extender su dominancia del mercado del bien atante al mercado del bien atado. En un segundo momento, se desarrolló la aproximación de la Escuela de Chicago, conforme a la cual, las ataduras son casi siempre benignas, pues se reconocen las eficiencias que las mismas generan en la reducción de los costos de distribución y producción, en la mejora del producto, en el aseguramiento de la calidad y el precio. Dicha aproximación, considera que un monopolista en el mercado del bien atante tiene limitados incentivos para trasladar su posición de dominio al mercado del bien atado. Finalmente, se tiene la aproximación de la Escuela Post – Chicago conforme a la cual se considera que las ataduras son en la mayoría de los casos benignos, pero pueden tener efectos anticompetitivos bajo ciertas circunstancias. Dicho enfoque señala que la aproximación de la Escuela de Chicago no alcanza a analizar las situaciones que se generan en los mercados oligopólicos, en los cuales las ventas conjuntas pueden generar efectos anticompetitivos como cerrar el mercado del bien atado o proteger el monopolio existente en el mercado del bien atante.

153. En opinión de TELEFÓNICA, sustentada en los Informes de Alterna y del Estudio Miranda & Amado, el Cuerpo Colegiado no habría sido capaz de identificar un solo efecto exclusivo así como tampoco habría realizado una ponderación de efectos, vaciando con ello de contenido el procedimiento de análisis bajo la regla de la razón exigido por el Decreto Legislativo N°1034.
154. Al respecto, cabe precisar que la resolución apelada aplicó la regla de la razón para la determinación de la existencia de la infracción materia del caso conforme a lo establecido en el artículo 10.4° del Decreto Legislativo N° 1034 y los Lineamientos de Libre Competencia en Telecomunicaciones, tal como se aprecia de lo señalado por dicha resolución a fojas 21 de la resolución apelada. Bajo este estándar de análisis, se evaluó el material probatorio que el Cuerpo Colegiado consideró pertinente y que le generaba convicción respecto a la determinación del mercado relevante y la existencia de los elementos configurantes de la infracción.
155. En particular, en cuanto a la determinación de los efectos exclusivos de la práctica y tal como se ha explicado precedentemente, el Cuerpo Colegiado analizó principalmente, la (i) participación de las empresas en el mercado de telefonía fija, (ii) barreras de acceso, (iii) correlación entre las altas y bajas del servicio de ADSL, (iv) stock de dúos de ADSL y telefonía fija versus las línea telefonía fija no empacquetada, y (v) desempeño de competidores. De otro lado, tal como se ha expuesto previamente, el Cuerpo Colegiado sí analizó las justificaciones técnicas y legales presentadas por TELEFÓNICA.
156. En consecuencia, este Tribunal considera que no se ha acreditado una vulneración del artículo 10.4° del Decreto Legislativo N°1034, el cual establece que las prácticas de abuso de posición de dominio, como es el caso de las ventas atadas, deben analizarse bajo el estándar de regla de la razón.
157. En este orden de ideas, los argumentos de TELEFÓNICA, tal como se señaló para el caso de otros supuestos de nulidad alegados dicha empresa, están orientados a discutir el grado de convicción que generan los medios probatorios actuados en el procedimiento respecto de la existencia de la infracción investigada. En este sentido, las afirmaciones de TELEFÓNICA no constituyen argumentos de nulidad de la resolución apelada, sino que las mismas cuestionan el fondo de la cuestión discutida en dicho procedimiento y serán analizados en la parte pertinente del presente pronunciamiento.
158. Por lo expuesto, deben desestimarse los argumentos de TELEFÓNICA respecto a una supuesta aplicación de la regla per se por parte del Cuerpo Colegiado, en la determinación de la existencia de la infracción investigada.
- 2. La supuesta falta de competencia de las instancias de solución de controversias en atención a los principios de supletoriedad y predictibilidad**
159. En su escrito de apelación, TELEFÓNICA ha señalado que no corresponde que las instancias de solución de controversias se pronuncien sobre una práctica comercial que ha sido revisada con anterioridad por el OSIPTEL y que nunca ha sido cuestionada. A fin de sustentar sus afirmaciones, TELEFÓNICA ha invocado, fundamentalmente, la aplicación de los principios de supletoriedad y predictibilidad al caso.

160. Seguidamente, se procederá a analizar los argumentos formulados por TELEFÓNICA en su apelación.

2.1 Marco general de análisis del principio de supletoriedad en los mercados de los servicios públicos de telecomunicaciones

161. A fin de analizar los argumentos expuestos por TELEFÓNICA, se procederá a esbozar algunos alcances sobre el principio de supletoriedad, para luego determinar sus implicancias en el presente caso.

2.1.1 Marco Legal

162. De conformidad con la normativa vigente, el OSIPTEL es el encargado de la aplicación en el sector de las telecomunicaciones de las normas que velan por la libre competencia, Decreto Legislativo N° 1034. Por tanto, el OSIPTEL tiene la función de investigar y sancionar las infracciones a dicho cuerpo normativo y, en el cumplimiento de dicha labor, debe tomar en consideración el principio de supletoriedad, recogido en diversas normas, conforme se detalla a continuación.

163. El artículo 3° del Decreto Legislativo N° 1034 señala que aquella conducta que es consecuencia de lo dispuesto en una norma legal se encuentra fuera de su ámbito de aplicación, por lo que el cuestionamiento a dicha norma se realizará mediante las vías correspondientes y no ante la autoridad de competencia⁵⁸.

164. Por su parte, el artículo 250° del Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por el Decreto Supremo N° 020-2007-MTC, aclara que en lo que no esté previsto en la Ley y el Reglamento, en lo referido a la prohibición de las prácticas empresariales restrictivas de la libre competencia, se aplicarán las disposiciones legales vigentes sobre prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia⁵⁹.

165. Por otra parte, el artículo 12° del Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por DS N° 020-2007-MTC, indica que las normas de libre competencia son supletorias a las disposiciones normativas y/o regulatorias que dicte el OSIPTEL en el ámbito de su competencia y que, en caso de conflicto, primarán las disposiciones dictadas por el OSIPTEL⁶⁰.

⁵⁸Decreto Legislativo N° 1034

Artículo 3°.- Ámbito de aplicación objetivo.-

Se encuentra fuera de aplicación de la presente Ley aquella conducta que es consecuencia de lo dispuesto en una norma legal. El cuestionamiento a dicha norma se realizará mediante las vías correspondientes y no ante la autoridad de competencia prevista en la presente Ley. El Estado podrá asumir las acciones que considere necesarias para contribuir a mejorar las condiciones de oferta de los productos en beneficio de los consumidores.

No obstante ello, discrecionalmente, la autoridad de competencia podrá emitir informes con relación a las conductas referidas en el párrafo anterior con el fin de evaluar sus efectos sobre la libre competencia y el bienestar del consumidor.

⁵⁹Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones

Artículo 250.- Prohibición de las prácticas empresariales restrictivas de la libre competencia

En lo que no esté previsto en la Ley y el Reglamento, en lo referido a la prohibición de las prácticas empresariales restrictivas de la libre competencia, se aplicarán las disposiciones legales vigentes sobre prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia.

⁶⁰Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL

Artículo 12.- Principio de Supletoriedad

166. Los Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones del Perú, aprobados por el Decreto Supremo N° 020-98-MTC, señalan que para la promoción y preservación de la libre competencia en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, los órganos competentes del sector aplicarán la normativa sectorial específica y, supletoriamente, en cuanto sean pertinentes, las disposiciones del Decreto Legislativo N°. 701 (hoy Decreto Legislativo N° 1034)⁶¹.
167. De otro lado, los Lineamientos de Libre Competencia en Telecomunicaciones precisan de manera más específica los alcances del principio de supletoriedad. Al respecto, los Lineamientos señalan que, dado que existen dos marcos normativos, uno específico del sector de las Telecomunicaciones y otro de aplicación general, el OSIPTEL ha optado por compatibilizar la aplicación de los mismos, entendiendo que para la promoción y preservación de la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones, se aplicará la normativa específica del sector y de manera supletoria la normativa general de libre competencia⁶².
168. Como ha sido indicado por el Tribunal de Solución de Controversias en un anterior pronunciamiento⁶³, a partir de la legislación citada, se concluye que el principio de

Las normas de libre competencia son supletorias a las disposiciones normativas y/o regulatorias que dicte el OSIPTEL en el ámbito de su competencia.

En caso de conflicto primarán las disposiciones dictadas por el OSIPTEL.

⁶¹Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones del Perú

111. Para la promoción y preservación de la libre y leal competencia en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, los órganos competentes del Sector aplicarán la normativa sectorial específica y, supletoriamente, en cuanto sean pertinentes, las disposiciones de los Decretos Legislativos N°s. 701 y 807, las del Decreto Ley N° 26122 y disposiciones modificatorias, complementarias, ampliatorias y conexas.

⁶²Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Libre Competencia en el Ámbito de las Telecomunicaciones

2.1. La Función de OSIPTEL en el Mercado respecto de la Libre Competencia

Las normas generales de libre competencia están concebidas, en principio, en el marco de mercados no regulados de manera específica. Tanto la Ley de Libre Competencia, Decreto Legislativo N° 701, como los artículos pertinentes a las normas de libre competencia de la Ley de Telecomunicaciones, cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por el Decreto Supremo N° 013-93-TCC, tienen como punto de partida la existencia de un mercado abierto, en el que la libertad de acción y elección del proveedor y del consumidor son la regla.

En el mercado de las telecomunicaciones, el marco regulatorio existente desarrolla los principios de libre competencia consagrados por la Constitución Política del Perú, entendiéndose, por tanto, que la aplicación del marco regulatorio del sector constituye una manera de hacer cumplir los principios de libre competencia. En los mercados regulados decisiones básicas como las tarifas, calidad de servicio o condiciones de comercialización son establecidas, con el objetivo de emular un mercado competitivo.

Teniendo en cuenta la existencia de dos marcos normativos, uno específico del sector de las Telecomunicaciones y otro de aplicación general, resulta necesario que los presentes lineamientos establezcan cómo OSIPTEL va a compatibilizar la aplicación de los mismos.

La posición que acoge OSIPTEL refleja la tendencia que se puede apreciar en otros países donde existen situaciones similares. OSIPTEL entiende que para la promoción y preservación de la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones, se aplicará la normativa específica del sector y de manera supletoria la normativa general de libre competencia.

(...)

Esto implica que OSIPTEL aplicará las normas generales de libre competencia en el supuesto que una determinada práctica o conducta no esté tipificada o cubierta de manera expresa por la normatividad específica del sector, pero genere, sin embargo, efectos anticompetitivos.

(...)

Esto no impide que OSIPTEL aplique las normas de libre competencia en aquellos casos que no estén expresamente prohibidos o en aquellos casos en los que los principios de interpretación permitan una más adecuada aplicación de la referida normativa.

⁶³Al respecto, ver la Resolución N° 008-2005-CCO/OSIPTEL de fecha 11 de marzo de 2005, emitida en el Expediente 001-2005-CCO/ST/LC, seguido en la controversia entre Nextel del Perú S.A. contra Telefónica del Perú S.A.A.

supletoriedad indica que el OSIPTEL aplicará las normas generales de libre competencia en el supuesto que una determinada práctica o conducta no esté tipificada o cubierta de manera expresa por la normatividad específica del sector, pero genere, sin embargo, efectos anticompetitivos.

169. En este caso, no está en discusión la tipificación de una conducta, sino más bien, se discute cuándo puede considerarse que una conducta está "cubierta" por la regulación y, en consecuencia, no corresponde aplicar las normas de libre competencia. Por tanto, es pertinente tratar de esbozar los alcances de este término en atención a los hechos y materias controvertidas en el presente procedimiento.

2.1.2 Marco conceptual y experiencia internacional

170. Hovenkamp y otros autores han subrayado la necesidad de que las normas de libre competencia sean de aplicación incluso en sectores intensamente regulados⁶⁴. Al respecto, consideran que la naturaleza de las normas de libre competencia permite un grado de análisis "ex post" de la actividad de una empresa que ni el más incisivo esquema regulatorio podría prever⁶⁵.
171. Hovenkamp indica que la idea de que la aplicación de las normas sobre libre competencia sea rechazada simplemente porque existe cualquier tipo de regulación o supervisión, está desapareciendo del análisis a la luz de las más recientes resoluciones emitidas por las cortes de los Estados Unidos de América⁶⁶.
172. En este sentido y sobre la base de dichos pronunciamientos judiciales, Hovenkamp plantea como criterio para definir cuándo deben aplicarse las normas de libre competencia a una industria regulada, que: si el regulador ha escrutado cuidadosamente la conducta de las empresas en el mercado y ha aprobado una actividad luego de haber evaluado su posible impacto en la competencia, entonces normalmente debe estarse a lo decidido por el regulador. Sin embargo, si la aprobación del regulador fue solo formal, con poca consideración de las consecuencias sobre la competencia, entonces si hay espacio para la aplicación de las normas de libre competencia, siempre que no exista una abierta incompatibilidad entre la supervisión ejercida por el regulador y la supervisión de las normas de libre competencia o se frustre el proceso regulatorio^{67 y 68}.

⁶⁴HOVENKAMP, Herbert. Antitrust. Quinta Edición. St. Paul, MN. West Publishing Co, 2011, pág. 342.

⁶⁵SULLIVAN, E. Thomas, HOVENKAMP, Herbert y SHELANSKI, Howard A. *Antitrust Law, Policy and Procedure: Cases, Materials, Problems*. Sexta Edición. Lexis Nexis, 2009, pág. 960.

⁶⁶SULLIVAN, E. Thomas, HOVENKAMP, Herbert y SHELANSKI, Howard A. Op. cit. pág. 979.

⁶⁷SULLIVAN, E. Thomas, HOVENKAMP, Herbert y SHELANSKI, Howard A. Idem.

⁶⁸ Al respecto, conviene precisar que en los Estados Unidos de América es común que las empresas reguladas que son denunciadas por actos contrarios a la libre competencia en casos en los cuales no es claro que la ley haya ordenado la primacía de la regulación, invoquen la defensa denominada "inmunidad implícita". Conforme a dicha doctrina se entiende que las normas regulatorias ya abarcan aspectos de competencia, por lo cual sería redundante la aplicación de normas de competencia. Frente a esta doctrina, las cortes americanas se han pronunciado por dejar cada vez más espacio para la aplicación de las normas de libre competencia. Así por ejemplo en el caso *MCI Communications Corp. v AT&T*, (706 F 2d 1061 (7th Cir. 1983)), la Corte señaló que la mera omnipresencia de la regulación no genera o crea una inmunidad frente a las normas de libre competencia, respecto de las conductas voluntariamente iniciadas por una empresa. Lo que determina la existencia de dicha inmunidad es que la conducta haya sido compellida o aprobada por el regulador, en ejercicio de su mandato legal, en una forma que resulte incompatible con la aplicación de las normas de libre competencia. En la misma línea se puede revisar el caso *Credit Suisse Securities (USA) LLC. v. Billing*, (551 U.S. 264, 127 S. Ct. 2383, 168 L.Ed. 2d 145 (2008)).

173. Adicionalmente al caso de los Estados Unidos de América, cabe mencionar que en otros países, la idea de que las normas de competencia son aplicables incluso en industrias altamente reguladas, ha prevalecido, especialmente en los casos en que las prácticas son resultado de una iniciativa propia de la empresa no compelida por una norma en particular o sujeta a aprobaciones meramente formales.
174. Por otra parte, un importante sector de la doctrina nacional ha recalcado que se debe ser muy cuidadoso con la aplicación del principio de supletoriedad, puesto que una interpretación extensiva de los alcances de la regulación podría generar la inaplicación de normas de libre competencia en el sector de las telecomunicaciones, pese a la importancia del objetivo de fortalecer las condiciones de competencia en dicho sector⁶⁹.
175. En consecuencia, por lo expuesto, es posible afirmar que, entre los aspectos claves que se deben ponderar a fin de determinar cuándo resultan de aplicación las normas de libre competencia a una industria regulada, deben considerarse: (i) si la conducta investigada ha sido compelida o aprobada por la agencia regulatoria o si ésta ha sido el resultado de una conducta no supervisada, por ejemplo, una decisión comercial, (ii) cuál es el rol de la agencia de competencia en la supervisión o aprobación de la conducta conforme a las normas legales, y (iii) si la aplicación de las normas de libre competencia puede colisionar con las decisiones y políticas establecidas por el regulador para el sector.

2.1.3 La aplicación del principio de supletoriedad en el caso concreto

176. Teniendo en cuenta lo establecido en las normas antes descritas sobre el principio de supletoriedad en telecomunicaciones y los Lineamientos de Libre Competencia en Telecomunicaciones, así como los desarrollos de la doctrina nacional y la experiencia internacional, el Tribunal considera que para determinar si la normativa de libre competencia resulta de aplicación en el presente caso, se deben distinguir dos situaciones.
177. En primer lugar, se tienen aquellas situaciones en las que la regulación sectorial sólo constata que una conducta es realizada en el mercado o no emite opinión alguna sobre la misma. En estos casos, no resulta posible entender que ha operado una convalidación tácita que ha inmunizado dicha conducta de la aplicación de la normas de libre competencia. Por el contrario, en estos casos debe entenderse que, se trata de una materia sujeta al acuerdo de voluntades entre las partes y a las reglas del mercado, por lo que le son aplicables las normas de libre competencia.
178. En segundo lugar, se tienen aquellas situaciones en las cuales la regulación sectorial aprueba o impone una conducta a los operadores, conforme a las disposiciones regulatorias respectivas. En estos casos, debe entenderse que, en principio, que a dichas conductas no se les aplica normas de libre competencia. Sin embargo, es necesario analizar con detalle los alcances de la aprobación establecida en las normas regulatorias, a fin de evaluar si dicha aprobación ha sido

⁶⁹ QUINTANA SÁNCHEZ, Eduardo. "¿Es la política de competencia supletoria de la regulación de telecomunicaciones?". Lima: *Ius Et Veritas*, 2003, N° 27. pág. 21 y siguientes. En el mismo sentido ver Cáceres, Fernando. "La agencia de competencia frente a las regulaciones sectoriales". En: *Revista de Derecho Administrativo*, Año 5, N° 10, Parte 1 (Nov. 2011). Lima, págs. 50 y 51.

(i) sólo "formal", con poca consideración de las consecuencias sobre la competencia, o (ii) si ha implicado un proceso de revisión exhaustivo. En el supuesto (i) se debe aplicar la normativa de libre competencia, en el supuesto (ii) debe ser descartada.

179. En consecuencia, en el presente caso, a fin de determinar si corresponde aplicar la normativa de libre competencia a la práctica de venta atada materia de investigación, debe determinarse lo siguiente:

- a) si la práctica ha sido aprobada o impuesta por la regulación de una forma que resulte incompatible la aplicación de las normas de libre competencia, en cuyo caso se aplicará la regulación y no las normas de libre competencia;
o
- b) si la regulación sectorial sólo ha constatado el hecho de que la práctica es realizada en el mercado o no ha emitido opinión, al tratarse de una iniciativa empresarial privada, en cuyo caso aplicarán las normas de libre competencia.

En dicho análisis, es necesario tener en cuenta los hechos del caso y los alcances de las disposiciones regulatorias y legales materia de discusión.

2.1.3.1 La regulación ATM con acceso ADSL

180. TELEFÓNICA ha señalado en su apelación que la regulación ATM con acceso ADSL emitida por el OSIPTEL reconoció explícitamente que los operadores alternativos a TELEFÓNICA únicamente podían proveer una conexión ADSL a un abonado de telefonía fija, por lo que resultaría contradictorio que un Cuerpo Colegiado considere que esta medida es injustificada y obligue a TELEFÓNICA a actuar de modo contrario.

181. A fin de determinar si corresponde aplicar la normativa de libre competencia a la práctica de venta atada materia de investigación, debe determinarse, en primer lugar, cuál es la conducta objeto de la regulación ATM con acceso ADSL y cuál es la conducta que fue investigada en el marco del presente procedimiento, para luego aplicar los criterios de análisis esbozados.

La conducta materia de la regulación ATM con acceso ADSL

182. Se trata de una regulación de tarifas del servicio indirecto o *bitstream*, que constituye un acceso a nivel mayorista que provee de capacidad de transmisión entre el usuario final con conexión telefónica y el punto de interconexión disponible para el nuevo entrante. En este sentido, se regularon las tarifas tope que cobraría TELEFÓNICA por el servicio de acceso ADSL utilizado por sus usuarios de telefonía fija, cuando éstos deseen contar con el servicio de acceso a internet mediante la tecnología ADSL con un operador distinto a TELEFÓNICA.

183. Con dicha medida regulatoria se esperó una mayor competencia en el mercado de internet mediante el acceso ADSL, enfocado en la provisión de conectividad en el corto plazo vía la reducción de barreras a la entrada de nuevos competidores que usen los accesos mayoristas de TELEFÓNICA y el logro de mejores condiciones.

184. Por su parte, con relación a la conducta impuesta por esta regulación, en la Resolución N° 036-2000-CD/OSIPTTEL se resolvió establecer las tarifas máximas aplicables a las prestaciones de transmisión de datos mediante circuitos virtuales ATM con acceso ADSL (acceso digital asimétrico por línea telefónica), que brindara TELEFÓNICA. Se fijaron las tarifas máximas por:
- (i) El acceso digital asimétrico (cargo único de instalación y suscripción mensual según velocidad de transmisión), aplicables a los abonados que cuenten con una línea telefónica fija contratada y aplicables de manera adicional e independiente a las tarifas por conexión de la red, instalación y renta básica mensual correspondientes al respectivo servicio telefónico fijo, así como por
 - (ii) La utilización de la red ATM, aplicables a toda empresa prestadora de servicios que desee contratarlas para conectarse con sus respectivos usuarios a través del acceso digital asimétrico.
185. De igual manera, en las Resoluciones N° 010-2007-CD/OSIPTTEL y N° 039-2008-CD/OSIPTTEL, se revisaron las tarifas y, nuevamente, se señaló que las tarifas correspondientes por el ADSL eran aplicables a los abonados que cuenten con una línea telefónica fija contratada con la empresa TELEFÓNICA y que las tarifas correspondientes por la red ATM eran aplicables a toda empresa prestadora de servicios públicos o privados de telecomunicaciones que desee contratarlas para conectarse con sus respectivos usuarios a través del acceso digital asimétrico.
186. En resumen, en dichas resoluciones se obligó a TELEFÓNICA a ofertar una tarifa determinada por dos servicios portadores, el acceso digital asimétrico (ADSL) y el uso de la red ATM, que permiten a otros proveedores proveer el servicio de internet a sus usuarios de telefonía fija (los de TELEFÓNICA), tarifa a ser pagada de forma adicional a otros conceptos relacionados con el servicio de telefonía fija de dicha empresa.
187. TELEFÓNICA ha cuestionado que se use el término ATM con acceso ADSL para denominar a la regulación comentada. Al respecto, se considera que tal denominación se ajusta a los alcances y objeto de dicha normatividad, los cuales han sido descritos precedentemente.

La conducta materia de investigación

188. La práctica materia de investigación está constituida por los actos de abuso de posición de dominio en la modalidad de venta atada, consistentes en condicionar la venta del servicio de internet fijo vía ADSL a la contratación del servicio de telefonía fija, con posibles efectos de exclusión en el mercado de telefonía fija, conducta tipificada en el literal c) del artículo 10.2 del Decreto Ley N° 1034.
189. Luego, siguiendo la metodología de análisis establecida, se procede a determinar lo siguiente:
- (a) Si la práctica ha sido aprobada o impuesta por la regulación de una forma que resulte incompatible la aplicación de las normas de libre competencia en el

mercado minorista: para lo cual, en el presente caso, corresponde determinar si es que la regulación ATM con acceso ADSL ha aprobado o impuesto la realización de ventas atadas en el mercado minorista, consistentes en el condicionamiento de la adquisición del servicio de provisión de internet fijo via ADSL a la contratación del servicio de telefonía fija de TELEFÓNICA.

- De acuerdo con lo señalado en los párrafos precedentes, lo que se reguló fue una modalidad de acceso mayorista, fijando tarifas para dos prestaciones, acceso digital asimétrico por línea telefónica y red ATM, para que los nuevos entrantes pudieran brindar sus servicios a los usuarios del servicio de telefonía fija de TELEFÓNICA. No se regula la forma en la que TELEFÓNICA debe ofrecer el servicio de internet por ADSL a los usuarios finales, es decir, en el mercado minorista.
- En tal sentido, se puede afirmar que dicha regulación no aprobó ni impuso la conducta de TELEFÓNICA, consistente en condicionar la provisión del servicio de internet fijo via ADSL a la contratación del servicio de telefonía fija.
- TELEFÓNICA ha alegado que no sería correcto afirmar que la regulación existente del ADSL sea sólo del tipo mayorista ya que al incluir regulación expresa respecto del acceso ADSL a un abonado de TELEFÓNICA por parte de un operador alternativo, la lógica indicaría que el estándar de comercialización no debería ser en esencia distinto que el diseñado por la regulación. Al respecto, se debe precisar que, si bien en dicha regulación existen referencias a algunos aspectos del mercado minorista, como es el hecho de señalar que las tarifas reguladas resultan aplicables a los abonados que cuenten con una línea telefónica fija contratada, se trata de la constatación de la realización de una práctica en el mercado y no de la aprobación o imposición de la misma.
- El Tribunal considera que la extrapolación que TELEFÓNICA hace de dicha regulación, al interpretar que la misma se debe aplicar en el mercado minorista estando dirigida y limitándose a regular al mercado mayorista, no resulta razonable, e implicaría que cualquier mención o descripción de una determinada conducta en una norma regulatoria la inmunizaría de la aplicación de las normas de libre competencia.
- En tal sentido, dicha extrapolación llevaría a que se desvirtúe el principio de supletoriedad, dejando fuera del alcance de la supervisión de la agencia de competencia a una serie de conductas producto de la libre iniciativa de las empresas que participan en sectores regulados y que, de no ser investigadas y sancionadas, podrían generar graves perjuicios al proceso competitivo.

En consecuencia, la conducta materia del presente procedimiento (las ventas atadas en el mercado minorista), no ha sido aprobada o impuesta por la regulación, por lo que debe continuarse con el siguiente paso del análisis.

- (b) Si la regulación sectorial sólo ha constatado que la práctica es realizada en el mercado o no ha emitido opinión, al tratarse de una iniciativa empresarial

privada; para lo cual, en el presente caso, corresponde determinar si es que la regulación ATM con acceso ADSL sólo ha constatado que la práctica, consistente en el condicionamiento de la adquisición del servicio de provisión de internet fijo vía ADSL a la contratación del servicio de telefonía fija de TELEFÓNICA, existe en el mercado, o no ha emitido una opinión sobre la misma, al tratarse de una iniciativa empresarial privada.

- De conformidad con lo señalado en el análisis del punto (a), al indicar que las tarifas reguladas resultaban aplicables a los abonados que contaran con una línea telefónica fija contratada, la regulación ATM con acceso ADSL se limitó a constatar una situación que era realizada en el mercado. Ello no implicó una opinión sobre la legalidad de dicha práctica en el mercado minorista.

190. En consecuencia, la práctica llevada a cabo por TELEFÓNICA, consistente en condicionar la venta de su servicio de internet fijo vía ADSL a la contratación de su servicio de telefonía fija, es producto de la libre iniciativa empresarial de TELEFÓNICA y no ha sido ni impuesta ni autorizada por la regulación ATM con acceso ADSL, por lo que sí corresponde que sea analizada desde la perspectiva de la normativa de libre competencia.
191. TELEFÓNICA ha alegado en su apelación que el OSIPTEL habría decidido mantener la venta conjunta también en las regulaciones que emitió en los años 2007 y 2008, cuando el contexto inicial al que hace referencia el Cuerpo Colegiado ya había sido ampliamente superado.
192. Al respecto, de conformidad con el análisis realizado, se debe reiterar que en ninguna de las resoluciones sobre ATM con acceso ADSL se aprobó o impuso la conducta consistente en condicionar la provisión del servicio de internet fijo vía ADSL a la contratación del servicio de telefonía fija y que, al señalar que las tarifas reguladas resultaban aplicables a los abonados que contaran con una línea telefónica fija contratada, la regulación ATM con acceso ADSL se limitó a constatar que dicha práctica era realizada en dicho mercado, sin que lo anterior implique la emisión de una opinión o un análisis de la legalidad de la misma bajo las normas de libre competencia.
193. Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que si bien las cuotas de mercado de TELEFÓNICA en el mercado de telefonía fija variaron desde el año en que se emitió la primera de las resoluciones sobre ATM con acceso ADSL, dicha empresa aún mantiene una importante cuota en el mercado de telefonía fija.
194. En consecuencia, al tratarse de una conducta distinta al supuesto regulado por la normativa ATM con acceso ADSL, las normas de libre competencia resultan de aplicación a la práctica investigada en el presente procedimiento.

2.1.3.2 La conformidad a los modelos de contrato de abonado

195. En su apelación, TELEFÓNICA ha señalado que los contratos de abonado del servicio Speedy (ADSL) que contienen una cláusula expresa en la que se establecía la necesidad de contar con una línea fija para adquirir dicho servicio, fueron aprobados reiteradamente por el OSIPTEL, por lo cual debía entenderse que no se

encontraban dentro de la prohibición absoluta de realizar cualquier tipo de venta atada, contenida en el artículo 17° de las Condiciones de Uso. En tal sentido, de acuerdo con TELEFÓNICA, a partir de dicha aprobación debería entenderse que (i) la práctica estipulada no constituye una venta atada, (ii) no afecta el bienestar de los consumidores, (iii) está justificada y (iv) el análisis de su racionalidad ya se efectuó en el marco de otros procedimientos regulatorios.

196. A fin de determinar si corresponde aplicar las normas de libre competencia y, en consecuencia, si las instancias de solución de controversias resultan competentes para pronunciarse sobre el procedimiento, es pertinente definir, en primer lugar, cuál fue el alcance de las cartas de conformidad del OSIPTEL a los contratos de abonado de TELEFÓNICA y cuál es la conducta que fue investigada en el marco del presente procedimiento, para luego aplicar los criterios de análisis antes esbozados.

La conducta materia de regulación y los alcances de las cartas de conformidad del OSIPTEL a los contratos de abonado

197. En el artículo 1° de las Condiciones de Uso, sobre el "Objeto de la Norma", se señala que ésta establece las obligaciones y derechos de las empresas operadoras, abonados y usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones, y constituye el marco normativo general dentro del cual se desenvolverán las relaciones entre ellos⁷⁰.
198. Por su parte, en el artículo 11° de dicha norma " Cláusulas generales y adicionales de contratación", artículo en vigencia desde el 19 de diciembre de 2003, señala que la operadora deberá remitir al OSIPTEL copia del modelo de contrato de abonado, con anterioridad a la fecha de inicio de la comercialización del servicio, en los siguientes términos:

"Artículo 11.-Cláusulas generales y adicionales de contratación

El contrato de abonado estará compuesto por las Cláusulas Generales de Contratación aprobadas por OSIPTEL y por aquellas cláusulas adicionales en las que el abonado consigne su opción respecto de cualquiera de las alternativas de adquisición, arrendamiento y otra modalidad de utilización de equipos, su mantenimiento y otras condiciones inherentes al servicio. (...)

Los contratos de abonado deberá constar expresamente, como mínimo, la información a que se refieren los numerales (i), (iv), (v), (vi), (viii) y (ix) del artículo 6.

La empresa operadora deberá remitir a OSIPTEL una copia del modelo de contrato de abonado, con anterioridad a la fecha de inicio de la comercialización del servicio"^{71 y 72}.

⁷⁰ Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones

Artículo 1.- Objeto de la Norma

La presente norma establece las obligaciones y derechos de las empresas operadoras, abonados y usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones, y constituye el marco normativo general dentro del cual se desenvolverán las relaciones entre ellos.

⁷¹ Sobre el particular y tal como fue precisado en la resolución apelada, debe tenerse en consideración que el segundo párrafo transcrito tuvo vigencia desde el 1 de abril de 2007 con la Resolución N° 084-2006-CD/OSIPTEL. Por otra parte, el párrafo del artículo 6° que se cita seguidamente, corresponde al mismo tiempo de vigencia del artículo 11° objeto del presente pie de página:

Artículo 6.- (...)

199. De las normas antes citadas se desprende que las Condiciones de Uso tienen por objeto regular los derechos, obligaciones y relaciones entre las empresas operadoras y los abonados y usuarios de los servicios públicos de telecomunicaciones. Dentro de los alcances de este marco regulador de protección a los derechos de los usuarios, toda operadora tiene la obligación de poner en conocimiento del OSIPTEL sus contratos de abonados antes de la comercialización del servicio. Dichos contratos deben contener cierta información mínima (características, modalidad, periodicidad de la facturación, plazo de contratación, entre otros). Los contratos de abonados incluyen cláusulas generales de contratación y cláusulas adicionales, siendo que son las cláusulas generales de contratación las que son materia de aprobación del OSIPTEL.
200. Atendiendo a este marco legal, es claro que la obligación de poner en conocimiento los contratos de abonado contenida en el texto del artículo 11° entonces vigente, tenía como finalidad detectar ex ante disposiciones contractuales que pudieran perjudicar a los abonados desde la perspectiva del derecho de protección al consumidor. En consecuencia, el alcance de la revisión que correspondía al OSIPTEL, en el marco de dicha norma, se circunscribía a la normativa de usuarios, verificándose que el contenido de los contratos de abonado presentados no la contradiga. Es más, tal como ha sido señalado en la resolución apelada, ninguna de las normas de las Condiciones de Uso contemplaba una aprobación de los modelos de contrato en los términos sugeridos por TELEFÓNICA en su apelación.
201. Ahora bien, las cartas presentados por TELEFÓNICA remitiendo modelos de sus contratos de abonado, contienen fundamentalmente el siguiente texto:

La empresa operadora está obligada a brindar, previamente a la contratación y en cualquier momento en que le sea solicitada, Información clara, veraz, desarrolladas y precisa, como mínimo sobre:

- (i) El servicio ofrecido; (...)
- (iv) Las características, modalidades y limitaciones del servicio ofrecido;
- (v) La periodicidad de la facturación;
- (vi) El plazo de contratación, causales de resolución anticipada, penalidades, si las hubiera y sus consecuencias o alcances económicas; (...)
- (viii) El procedimiento para dar de baja el servicio prepago a que se refiere el artículo 8;
- (ix) La velocidad de transmisión contratada y velocidad de transmisión mínima garantizada en Kilobits por segundo (Kbps), para el servicio de acceso a Internet;(...).

⁷² Tal como ha sido acotado por la resolución apelada, el 1 de octubre de 2012, entró en vigencia una modificación del artículo 11°, que incluye la necesidad de que el OSIPTEL otorgue su conformidad a los contratos de abonados dentro los alcances de las normas de Condiciones de Uso:

Artículo 11.- Cláusulas generales y adicionales de contratación

(...)

La empresa operadora deberá remitir al OSIPTEL una copia del modelo de contrato de abonado y su(s) anexo(s) si lo(s) hubiere, independientemente de la modalidad de contratación utilizada, con anterioridad a la fecha de inicio de la comercialización del servicio, así como cualquier modificación al contenido del mismo, a efectos que dentro del plazo de treinta (30) días siguientes a la referida remisión, el OSIPTEL otorgue la conformidad a los mismos, o requiera a la empresa operadora la modificación de su contenido en caso dichos modelos de contrato y su(s) anexo(s) si lo(s) hubiere no se ajusten a lo establecido en la normativa vigente o establezcan disposiciones que ocasionen un desequilibrio importante e injustificado en perjuicio de los abonados.

En caso se requiera la modificación del contenido del modelo de contrato de abonado, el plazo a que hace referencia el párrafo precedente se reiniciará a partir de la fecha en que la empresa operadora realice las modificaciones en virtud al requerimiento efectuado. En ningún caso, las empresas operadoras podrán emplear el referido modelo y su(s) anexo(s) si lo(s) hubiere, si el OSIPTEL no hubiera otorgado su conformidad al mismo.

El OSIPTEL publicará en su página web institucional, los modelos de contrato de abonado y su(s) anexo(s) si lo(s) hubiere, a los cuales haya otorgado su conformidad. (el subrayado es nuestro).

"Nos dirigimos a usted con la finalidad de (...) referirnos al artículo 11° de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, que establece en su último párrafo que la empresa operadora debe remitir al OSIPTEL una copia del modelo de contrato (...).

Sobre el particular, le hacemos llegar las copias de los modelos de los contratos de Speedy (...)" (El resaltado es nuestro).

202. De lo anterior se desprende que la solicitud de TELEFÓNICA se formuló dentro de los alcances de lo establecido en las Condiciones de Uso. En este sentido, en las cartas C.082-GG.GUS/2009 y C. 489-GG.GUS/2009, por las cuales el OSIPTEL manifiesta la conformidad del OSIPTEL a los contratos de abonado presentados, la Gerencia General del OSIPTEL señaló lo siguiente:

"(...) le manifestamos que este Organismo ha procedido a la evaluación del referido documento, habiéndose advertido que el mismo se ajusta a lo dispuesto en la normativa vigente. En ese sentido, ponemos en su conocimiento nuestra conformidad con el contenido del mismo." (El resaltado es nuestro).

203. Consecuentemente, en la misma línea de lo indicado en la resolución apelada, se entiende que la conformidad dada por el OSIPTEL se encuentra referida a las normas contenidas en las Condiciones de Uso. En tal sentido, cuando en dichas cartas se hace referencia a "normativa vigente", es claro que se aludía a la normativa de usuarios, bajo la cual se formuló el pedido.
204. Al estar ante una obligación de puesta en conocimiento de los contratos de abonado recogida en las normas de Condiciones de Uso y considerando el alcance de las obligaciones del OSIPTEL contenidos en dicha norma, no resulta razonable entender que el OSIPTEL debía efectuar un análisis ex ante omnicompreensivo que debía incorporar aspectos relacionados a la libre competencia, cuya consecuencia sería "inmunizar" a una práctica comercial de venta atada de toda investigación y eventual sanción por infracciones a las normas de libre competencia⁷³.
205. TELEFÓNICA ha señalado en su apelación que si la Gerencia General recurrió a la opinión de la Gerencia de Usuarios para verificar la validez de los contratos presentados por TELEFÓNICA, podría hacer lo mismo recurriendo a la Gerencia de Políticas Regulatorias y de Competencia, por lo que, dada la fórmula extensa aplicada por el OSIPTEL para referirse a la validez de estos contratos, nada habría hecho prever que dicho pronunciamiento tuviera un carácter restringido. Por lo tanto, no sería aceptable que se pretenda que TELEFÓNICA dé una interpretación distinta a lo expresado textualmente en las comunicaciones del OSIPTEL.
206. Al respecto, este Tribunal considera que, incluso cuando, para los efectos del presente caso, no es un elemento decisivo cuál es la Gerencia encargada de la revisión de los contratos de abonado, pues lo relevante es que se está en el marco de la normativa de usuarios y que, por ende, la revisión se circunscribe a las

⁷³ Adicionalmente, en la Carta 489-GG.GUS/2009, la Gerencia General señala:

"En ese sentido, contando con la opinión favorable de la Gerencia de Usuarios contenida en el informe N° 161-GUS/2009, ponemos en su conocimiento nuestra conformidad con el contenido del modelo de contrato en referencia".

Condiciones de Uso; debe mencionarse que en muchos casos, adjunto a las cartas de conformidad del OSIPTEL, se mencionaba que el órgano de línea encargado de esta revisión era la Gerencia de Usuarios.

Prohibición de Ventas Atadas contenida en el artículo 17° de las Condiciones de Uso

207. Adicionalmente, el artículo 17° de las Condiciones de Uso, subtítulo "Prohibición de ventas atadas", señala que:

"Toda persona tiene derecho a contratar por separado cualquiera de los servicios que ofrece la empresa operadora, quedando prohibido que la contratación se condicione a la adquisición, arrendamiento o cualquier otra forma de utilización, de los materiales y/o equipos de propiedad de la empresa operadora y/o a la contratación de otros servicios públicos de telecomunicaciones; sin perjuicio que la empresa operadora pueda ofrecer planes tarifarios, ofertas o promociones, en los cuales se incluya dichos componentes adicionales."

208. La "prohibición de ventas atadas" contenida en las Condiciones de Uso puede considerarse como una modalidad de método comercial coercitivo, semejante a la tipificada en el artículo 56° de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, para la generalidad de los mercados⁷⁴.
209. Al respecto, es necesario distinguir entre el supuesto de ventas atadas contenido en las normas de protección al consumidor y las prácticas de ventas atadas tipificadas como actos de abuso de posición de dominio en el Decreto Legislativo N° 1034, por tratarse de infracciones diferentes, que protegen bienes jurídicos distintos.
210. La normativa de libre competencia tiene por finalidad promover la eficiencia económica para el bienestar de los consumidores, a través de la protección del proceso competitivo, mientras que las normas de protección al consumidor están dirigidas a la protección directa de los derechos de los consumidores a fin de que accedan a productos idóneos, reduciendo la asimetría informativa y eliminando prácticas que afecten sus legítimos intereses.
211. En este sentido, las normas de protección al consumidor prohíben aquellos métodos comerciales ilegítimos que impliquen obligar al consumidor a asumir prestaciones no pactadas, condicionarlo a la adquisición de productos no requeridos o modificar sin su consentimiento las condiciones y términos en los que los servicios se contratan, salvo que por su naturaleza o con arreglo al uso comercial, sean complementarios⁷⁵.

⁷⁴ El artículo 56° de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, prohíbe las ventas atadas en la generalidad de los mercados, bajo el subtítulo de "Métodos Comerciales Coercitivos", en los siguientes términos:
"(...) el derecho de todo consumidor a la protección contra los métodos comerciales coercitivos implica que los proveedores no pueden.

a. En los contratos de duración continuada o de tracto sucesivo, condicionar la venta de un producto o la prestación de un servicio a la adquisición de otro, salvo que, por su naturaleza o con arreglo al uso comercial, sean complementarios. La oferta de productos o servicios no complementarios debe garantizar que puedan ofrecerse por separado."

⁷⁵ Al respecto, cabe señalar que en la Resolución 0259-2012/SC2-INDECOPI de la Sala de Defensa de la Competencia N° 2 del INDECOPI, precisa, con relación a un caso de protección al consumidor, que:

El bien jurídico tutelado en este caso es el derecho de cada consumidor a decidir qué productos adquiere y qué servicios contrata en el mercado. Ello, dado que el único sujeto que puede juzgar qué es lo que más le conviene al consumidor es él mismo, no estando ningún proveedor autorizado para tomar tal decisión⁷⁶.

212. Por otro lado, la infracción tipificada como actos de abuso de posición de dominio en la modalidad de ventas atadas, contenida en el Decreto Legislativo N°1034, busca proteger el proceso competitivo, promoviendo la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores. En ese sentido, para que se configure un supuesto de venta atada tipificado en las normas de libre competencia, no solo es necesario que se verifique la existencia de una venta atada, en tanto coerción para el comprador, sino que es necesario que se acredite que dicha conducta ha generado efectos exclusorios en el mercado que superen las eficiencias que podría haber producido. Es por ello que el bien jurídico protegido en este caso es el proceso competitivo⁷⁷.
213. Ahora bien, en el presente caso, el OSIPTEL dio su conformidad a los contratos de abonado porque consideró que los mismos se adecuaban a la normativa sobre usuarios, de conformidad con lo solicitado por TELEFÓNICA en sus cartas y evaluando que éstos no implicaran ex ante afectaciones a los legítimos intereses de los consumidores, en tanto bien jurídico protegido por las Condiciones de Uso. Ese es el alcance del visto bueno dado por el OSIPTEL.
214. TELEFÓNICA ha alegado que el Cuerpo Colegiado recién llegó a la conclusión de que dicho pronunciamiento se circunscribía a la normativa de usuarios luego de recabar una serie de documentos de los órganos de línea del OSIPTEL, la Gerencia de Usuarios y la Gerencia General, información que TELEFÓNICA recién conoció al

"Nuestro sistema de protección al consumidor busca tutelar los derechos de los consumidores, mediante la proscripción de aquellos métodos comerciales ilegítimos que impliquen, entre otras cosas, obligar al consumidor a asumir prestaciones no pactadas, condicionarlos a la adquisición de productos no requeridos o modificar sin su consentimiento las condiciones y términos en los que los servicios se contratan.

Por ello, el artículo 56.1° literal a) del Código prohíbe a los proveedores condicionar la venta de un producto o la prestación de un servicio a la adquisición de otros, salvo que por su naturaleza o con arreglo al uso comercial, sean complementarios. Asimismo, dispone que los productos o servicios no complementarios deben ofrecerse por separado." (El resaltado es nuestro)

Más aún, en dicha resolución se aclara que la venta atada de la normativa de protección al consumidor no es la misma venta atada tipificada en las normas de libre competencia:

"Un concepto similar (al contenido en el artículo 56.1° literal a)) se puede encontrar en el marco del Derecho a la Libre Competencia. Así, de acuerdo a lo establecido por el artículo 10.2 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, las ventas atadas pueden considerarse una modalidad de abuso de posición de dominio al "subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos".

⁷⁶ Al respecto, ver la Resolución N° 068-2002/TDC-INDECOPI, de la Sala de Defensa de la Competencia del INDECOPI.

⁷⁷ Decreto Legislativo N° 1034

Artículo 1.- Finalidad de la presente Ley.-

La presente Ley prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.

Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Libre Competencia en el ámbito de las Telecomunicaciones

2. Fines de la legislación de libre competencia en telecomunicaciones

La legislación de libre competencia vela por el proceso competitivo a través del comportamiento de los agentes que interactúan en el mercado, siendo el fin último de la misma que la libre iniciativa privada se desenvuelva procurando el mayor beneficio de los usuarios o consumidores. En ese sentido OSIPTEL asume que la finalidad de la legislación de promoción y protección de la competencia tiene efectos en el bienestar del consumidor y por ello orienta su actuación a cumplir con dicho objetivo.

ser notificada con la resolución apelada. Al respecto, de conformidad con lo señalado en los párrafos precedentes, este Tribunal considera que dicha conclusión no se desprende de los mencionados documentos de los órganos de línea del OSIPTEL, sino que brota de la lectura de las Condiciones de Uso, de las cartas presentadas por TELEFÓNICA y de las cartas de conformidad del OSIPTEL.

La conducta materia de investigación

215. Como se ha establecido, la presunta práctica anticompetitiva realizada por TELEFÓNICA consistiría en la comisión de abuso de posición de dominio en la modalidad de venta atada, consistente en condicionar la venta de su servicio de internet fijo vía ADSL a la contratación de su servicio de telefonía fija, con posibles efectos de exclusión en el mercado de telefonía fija, conducta tipificada en el literal c) del artículo 10.2 del Decreto Legislativo N° 1034.
216. Luego, siguiendo la metodología de análisis establecida, se debe determinar:
- (a) Si la práctica ha sido aprobada o impuesta por la regulación de una forma que resulte incompatible la aplicación de las normas de libre competencia en el mercado; para lo cual, en el presente caso, corresponde determinar si es que las cartas de conformidad del OSIPTEL a los contratos de abonado de TELEFÓNICA han aprobado o impuesto la realización de ventas atadas, consistentes en el condicionamiento de la adquisición del servicio final de provisión de internet fijo vía ADSL a la contratación del servicio final de telefonía fija de TELEFÓNICA.
- De acuerdo con lo señalado en los párrafos precedentes, se entiende que la conformidad dada por el OSIPTEL se encuentra referida a las normas contenidas en las Condiciones de Uso. En consecuencia, al estar ante una obligación de puesta en conocimiento de los contratos de abonado recogida en las normas de Condiciones de Uso y considerando el alcance de las obligaciones del OSIPTEL contenidas en dicha norma, no resulta razonable entender que el OSIPTEL debía efectuar un análisis ex ante omnicomprendivo que incorporase aspectos relacionados a la libre competencia.
 - Por tanto, no es posible interpretar que el visto bueno dado por el OSIPTEL a dichos contratos implicara la imposición o la aprobación de la práctica comercial de venta atada, en el sentido de "inmunizarla" de toda investigación y eventual sanción por infracciones a las normas de libre competencia⁷⁸.
 - En este sentido, es claro que no resulta razonable interpretar que la conformidad del OSIPTEL haya implicado que la atadura implementada por TELEFÓNICA, así como cualquier otra práctica relacionada de alguna forma a los contratos de abonado, no podía ser objeto de investigación y sanción bajo las normas de libre competencia como un acto de abuso de posición de

⁷⁸ Adicionalmente, en la Carta 489-GG.GUS/2009, la Gerencia General señala:

"En ese sentido, contando con la opinión favorable de la Gerencia de Usuarios contenida en el Informe N° 161-GUS/2009, ponemos en su conocimiento nuestra conformidad con el contenido del modelo de contrato en referencia". (El resaltado es nuestro)

dominio en la modalidad de ventas atadas, cuyo bien jurídico protegido, requisitos configurantes del tipo administrativo y metodología de evaluación son diferentes a los empleados por las normas de protección al consumidor.

(b) Si la regulación sectorial sólo ha constatado que la práctica es realizada en el mercado o no ha emitido opinión, al tratarse de una iniciativa empresarial privada; para lo cual, en el presente caso, corresponde determinar si es que las cartas de conformidad del OSIPTEL a los contratos de abonado sólo han reconocido que la práctica, consistente en el condicionamiento de la adquisición del servicio final de provisión de internet fijo vía ADSL a la contratación del servicio final de telefonía fija de TELEFÓNICA, existe en el mercado o no han emitido una opinión sobre la misma, al tratarse de una iniciativa empresarial privada.

- En línea con lo señalado en el análisis del punto (a), el OSIPTEL dio su conformidad a los contratos de abonado porque consideró que los mismos se adecuaban a la normativa sobre usuarios, de conformidad con lo solicitado por TELEFÓNICA en sus cartas y evaluando que éstos no implicaran ex ante afectaciones a los legítimos intereses de los consumidores.
- Dado que las Condiciones de Uso no establecieron que el OSIPTEL debía hacer un análisis ex ante omnicompreensivo, que incorporara aspectos relacionados a la libre competencia, en las cartas de conformidad del OSIPTEL no se emitió algún tipo de opinión sobre la licitud ex ante de las ventas atadas bajo las normas de libre competencia.
- Por tanto, no resulta admisible argumentar que la conformidad dada a los contratos de abonados bajo las Condiciones de Uso, haya implicado que el OSIPTEL eximía ex ante a la práctica comercial de ventas atadas, de la aplicación de las normas de libre competencia.

217. En consecuencia, la práctica llevada a cabo por TELEFÓNICA, consistente en condicionar la venta de su servicio de internet fijo vía ADSL a la contratación de su servicio de telefonía fija, es producto de la libre iniciativa empresarial de TELEFÓNICA, por lo que sí corresponde que sea analizada desde la perspectiva de la normativa de libre competencia.

2.1.3.3 Los pronunciamientos previos de las instancias de solución de controversias sobre los alcances del principio de supletoriedad

218. De acuerdo con TELEFÓNICA, el Cuerpo Colegiado ha dejado inmotivadamente de lado su propia experiencia ya que las instancias de solución de controversias entre empresas del OSIPTEL han definido los alcances del principio de supletoriedad, según el cual, donde existe intervención regulatoria se desaconseja abiertamente la imposición de remedios a partir de la aplicación de las normas de libre competencia.

219. TELEFÓNICA cita la Resolución N° 052-2002-CCO/OSIPTEL de fecha 16 de julio de 2002, emitida en el Expediente 003-2001, seguido en la controversia entre AT&T contra Telefónica del Perú S.A.A., la Resolución N° 002-2004-CCO/OSIPTEL de fecha 13 de agosto de 2004, emitida en el Expediente 006-2004-CCO-ST/LC,

seguido en la controversia entre Red Privada Virtual S.A. contra Telefónica del Perú S.A.A., la Resolución N° 008-2005-CCO/OSIPTEL de fecha 11 de marzo de 2005 y la Resolución N° 006-2005-TSC/OSIPTEL de fecha 21 de abril del año 2005, emitidas en el Expediente 001-2005-CCO/ST/LC, seguido en la controversia entre Nextel del Perú S.A. contra Telefónica del Perú S.A.A.

220. Seguidamente, se explican las razones por las cuales no se considera que, en el presente caso, se han dejado de lado la experiencia de las instancias de solución de controversias en cuanto a los alcances del principio de supletoriedad.

2.1.3.3.1 AT&T contra TELEFÓNICA

221. En este caso, AT&T denunció a TELEFÓNICA por actos de abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato. TELEFÓNICA se negaba a programar en su red la numeración "133" como medio para que AT&T pudiera ofrecer el servicio de llamadas telefónicas locales y de larga distancia mediante el uso de tarjetas prepago, lo que, de acuerdo con AT&T, habría puesto su tarjeta de pago identificada con la numeración "133" en desventaja frente a la tarjeta de pago identificada con la numeración "147", ofrecida por TELEFÓNICA para prestar servicios locales y de larga distancia.
222. El Cuerpo Colegiado entendió que, de acuerdo con las normas del Ministerio de Transportes y Comunicaciones y la regulación posterior del OSIPTEL, la única posibilidad de que un operador de larga distancia preste servicios con un código de tres dígitos era utilizando el código asignado al concesionario local de la red a cuyos usuarios se pretendía ofrecer los servicios, por lo que TELEFÓNICA sólo se encontraba obligada a otorgar acceso a su red mediante el código "147".
223. Por tanto, el Cuerpo Colegiado concluyó que, debido a que la programación del código de tres dígitos asignado a un concesionario local en la red de otro concesionario local no había sido contemplada como una alternativa de acceso por la regulación, la negativa de TELEFÓNICA no podía ser evaluada como una infracción bajo la normativa de libre competencia y, por tanto, no podía ser calificada como una negativa injustificada de trato.
224. Al respecto, debe precisarse que dicho caso no fue materia de un pronunciamiento de fondo de este Tribunal, sin perjuicio de lo cual cabe señalar que se trata de una situación distinta a la discutida en el presente procedimiento, pues se estaba ante una posible infracción que, a juicio del Cuerpo Colegiado, debía evaluarse en el marco de la regulación sectorial y no en el marco de las normas sobre libre competencia. En el presente caso, la discusión no se centra en la existencia de una posible infracción a la regulación, sino en si la conducta investigada habría sido de alguna manera evaluada ex ante y legitimada por la regulación, por lo cual no correspondería aplicar las normas de libre competencia.

2.1.3.3.2 Nextel contra Telefónica Móviles

225. En este caso Nextel denunció a Telefónica Móviles por la supuesta comisión de actos de abuso de posición de dominio en la modalidad de incremento de costos del rival, consistentes en cobrar a sus competidores un cargo de terminación de llamadas en su red significativamente mayor a la tarifa que dicha empresa cobraba

a sus usuarios para las comunicaciones dentro de su red (*on-net*), con el propósito de elevar indebidamente los costos de sus rivales.

226. De acuerdo con el razonamiento esbozado por el Cuerpo Colegiado, debido a que el cargo de terminación, sobre cuyo valor hubiera tenido que pronunciarse para determinar si es que se elevaba indebidamente los costos del rival, había sido acordado entre Nextel y Telefónica Móviles en la adenda del contrato de Interconexión celebrado entre ambas partes, aprobada por el OSIPTEL, dicho cargo se encontraba cubierto por la regulación sectorial y, por tanto, no correspondía que emitiera un pronunciamiento al respecto.
227. Por su parte, en la Resolución N° 006-2005-TSC/OSIPTEL de fecha 21 de abril del año 2005, el Tribunal de Solución de Controversias señaló que la negociación de los contratos de interconexión era una materia que se encontraba cubierta por la regulación del sector que, a su vez, asumía que la operadora propietaria de la red dominante se encontraría en una posición ventajosa sobre sus contrapartes al momento de negociar dichos contratos. Por tanto, de acuerdo con el análisis del Tribunal, el supuesto ejercicio abusivo del poder de negociación y la imposición de cláusulas contractuales, es decir, la supuesta práctica anticompetitiva, se encontraban previstos y regulados en el marco de las disposiciones legales que promovían y supervisaban la negociación de las partes en los términos de un contrato de interconexión.
228. En dicho caso, la regulación del sector había establecido expresamente las reglas aplicables para la negociación del contrato de interconexión entre las partes, en cuyo marco había sido aprobado el cuestionado cargo de terminación. En ese sentido, se trata de un supuesto de aprobación expresa en función de lo dispuesto por la normativa sectorial, por lo que se entendió que, a diferencia de lo que sucede en el presente caso, el asunto ya estaba expresamente cubierto por la regulación y, por ende, no correspondía aplicar las normas de libre competencia. En dicha medida, no hay contradicción entre la aplicación del principio de supletoriedad desarrollada en el presente caso y aquella empleada en el caso Nextel contra Telefónica Móviles.

2.1.3.3.3 Red Privada Virtual contra TELEFÓNICA

229. La práctica denunciada por Red Privada Virtual consistía en que TELEFÓNICA, valiéndose de su posición dominante, había creado el plan tarifario denominado Línea Premium considerando únicamente la posibilidad de que los proveedores de internet (ISPs) conectados a su red de telefonía fija local participen en dicho plan, excluyendo la posibilidad de que participen en él otros ISPs que conectaban a sus usuarios a través de otros operadores de telefonía fija.
230. El Cuerpo Colegiado señaló que la aprobación de los planes tarifarios era un acto administrativo del OSIPTEL, emitido en ejercicio de una facultad asignada en el Reglamento de Tarifas, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 060-2000-CD-OSIPTEL, y en cuya aprobación se tenían en cuenta las normas sobre libre y leal competencia. Por tanto, debido a que la Línea Premium había sido materia de una aprobación administrativa a cargo del OSIPTEL, dicho acto administrativo no era susceptible de ser analizado vía un procedimiento de solución de controversias.

231. Cabe señalar que dicho caso que nunca llegó a tramitarse ante el Tribunal de Solución de Controversias, por lo que no existió un pronunciamiento sobre el mismo. El Cuerpo Colegiado consideró que, en dicho caso, la aprobación de la Línea Premium había sido expresa, en atención a su interpretación de lo dispuesto por el Reglamento de Tarifas, de acuerdo con el cual, en la aprobación de los planes tarifarios, se deben tomar en consideración las normas de libre competencia. En el presente caso, se está ante un supuesto distinto puesto que no se ha verificado la existencia de una aprobación expresa, siguiendo los criterios desarrollados para la aplicación del principio de supletoriedad.

2.1.3.4 La regulación sobre Proveedores Importantes

232. Durante la tramitación del presente procedimiento se publicó el proyecto de resolución sobre "Determinación de Proveedores Importantes en el Mercado N° 25: Acceso Mayorista para Internet y Transmisión de Datos".

233. Al respecto, TELEFÓNICA ha señalado en su escrito de apelación que el OSIPTEL venía impulsando un procedimiento para determinar a los proveedores importantes de los servicios públicos de telecomunicaciones, regulación que será aplicable tanto en lo relativo a las obligaciones de compartición de infraestructura como a la reventa de tráfico y/o servicios públicos de telecomunicaciones. El OSIPTEL ha establecido como prioritario el mercado mayorista para internet y transmisión de datos.

234. En este orden de ideas, TELEFÓNICA ha expresado que el principio de supletoriedad busca que las decisiones de la autoridad de competencia no interfieran en las políticas diseñadas por el regulador sectorial.

235. Al respecto, este Tribunal coincide con el Cuerpo Colegiado, en que conforme al marco legal que establece el principio de supletoriedad, la facultad de solución de controversias se inhibe ante la existencia de regulación vigente y aplicable a los hechos materia del procedimiento y no ante regulaciones en desarrollo que en el momento de tramitación del procedimiento en primera instancia, no se encontraban vigentes.

236. Sin perjuicio de lo anterior, corresponde desarrollar algunos alcances de la mencionada regulación, teniendo en consideración que mediante Resolución N° 132-2012-CD/OSIPTEL de fecha 13 de setiembre de 2012, durante la tramitación del presente procedimiento en segunda instancia, se aprobó la Determinación de Proveedores Importantes en el Mercado N° 25: Acceso Mayorista para Internet y Transmisión de Datos.

237. En la Exposición de Motivos de dicha Resolución se señala que el objetivo previsto por la normativa vigente aplicable a los Proveedores Importantes consiste en establecer un marco legal que permita reducir la brecha en infraestructura y promover la competencia en la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones, estableciendo obligaciones específicas a los operadores que ostenten la categoría de Proveedor Importante en el mercado.

238. También se señala que las empresas identificadas como Proveedor Importante quedarán sujetas a las siguientes obligaciones en su respectivo mercado relevante: (i) compartir su infraestructura con otras empresas operadoras de servicios públicos

de telecomunicaciones y a (ii) otorgar la reventa mayorista de su tráfico y/o servicios públicos de telecomunicaciones en condiciones no discriminatorias y que no impliquen prácticas anticompetitivas⁷⁹.

239. Asimismo, dicha regulación estableció "El mercado de acceso mayorista para Internet y transmisión de datos", como mercado prioritario a ser analizado.
240. Sin embargo, se debe precisar que la regulación en cuestión nada tiene que ver con la forma en la que TELEFÓNICA ofrece su servicio de Internet por ADSL a sus usuarios. Como se señala en su Exposición de Motivos, dicha regulación tiene por objetivo reducir la brecha de infraestructura y promover la competencia en el mercado determinado como relevante.
241. Con miras a lo anterior se establece la obligación de otorgar el acceso y uso compartido de la infraestructura de telecomunicaciones utilizada para proveer el acceso mayorista para el servicio de internet fijo vía ADSL y la obligación ofrecer a otros proveedores la comercialización o reventa del servicio de internet fijo vía ADSL que provean en Lima y el resto del país. No se hace ningún tipo de referencia a la forma en la que TELEFÓNICA debe diseñar su oferta comercial minorista.
242. Por su parte, la decisión del Cuerpo Colegiado, que dispone que TELEFÓNICA ofrezca en el mercado minorista la venta del servicio de internet ADSL "solo", no interfiere ni con los objetivos de la regulación ni con las mencionadas obligaciones.
243. Por lo tanto, la materia discutida en el presente procedimiento y decisión que la autoridad de competencia adopte sobre el particular, no está interfiriendo con la política diseñada por el regulador.

2.1.3.5 El internet "solo" y las supuestas pretensiones regulatorias del Cuerpo Colegiado

244. En su apelación, TELEFÓNICA ha señalado que a pesar de que en la resolución apelada se afirma que la legislación comparada contempla la provisión del acceso a internet por ADSL desnudo, en todos los casos presentados, la implementación del ADSL desnudo ocurrió únicamente o por una decisión comercial o por impulso de la autoridad competente, básicamente como una regulación del mercado mayorista.
245. Al respecto, debe señalarse que la resolución apelada, el Cuerpo Colegiado no se adjudicó facultades regulatorias, el Cuerpo Colegiado analizó si las prácticas de ventas atadas implementadas por TELEFÓNICA constituían infracciones a la libre competencia. Luego de actuados los medios probatorios respectivos, determinó que

⁷⁹ En línea con lo anterior, el artículo 1º de la Resolución N° 132-2012-CD/OSIPTEL determina que los mercados relevantes en el Mercado N° 25: Acceso Mayorista para Internet y Transmisión de Datos están constituidos por: (i) el mercado de acceso mayorista para el servicio de internet fijo vía ADSL en la región Lima y la Provincia Constitucional del Callao, y (ii) el mercado de acceso mayorista para el servicio de internet fijo vía ADSL en el resto de regiones del país. Adicionalmente, en el artículo 2º se declaró que la empresa Telefónica del Perú S.A.A. y sus vinculadas son Proveedores Importantes en dicho mercado relevante.

Por otro lado, en el artículo 3º se indica que se encuentran obligadas a otorgar el acceso y uso compartido de la infraestructura de telecomunicaciones que utilizan o puedan utilizar para proveer el acceso mayorista para el servicio de Internet fijo vía ADSL y, finalmente, en el artículo 5º se señala que se encuentran obligadas a ofrecer a otros proveedores – concesionarios o comercializadores puros-, la comercialización o reventa del servicio de internet fijo vía ADSL que proveen o puedan proveer en la región Lima y la Provincia Constitucional del Callao, así como en el resto de regiones del país.

en efecto, dicha empresa había incurrido en prácticas anticompetitivas generando perjuicios en el mercado mayores a los beneficios de dicha práctica. Por ello, decidió establecer una sanción e imponer una medida correctiva a fin de que TELEFÓNICA también ofrezca al público la posibilidad de adquirir el internet "solo".

246. La medida correctiva impuesta, cuya pertinencia será analizada más adelante, no tiene pretensiones regulatorias o intenciones de modelar el mercado. Dicha medida correctiva se dio en ejercicio de las facultades que asisten a toda autoridad de competencia para corregir una conducta infractora y restablecer el proceso competitivo. Tales facultades de imposición de medidas correctivas son propias de toda agencia de competencia y sin ellas, una decisión que declara infractora a una empresa no podría ser verdaderamente eficiente a fin de restablecer el proceso competitivo.
247. En este sentido, la imposición de la medida correctiva tiene que ser analizada en el particular contexto de un procedimiento de solución de controversias, como un medio para restablecer el proceso competitivo y no un fin en sí mismo.
248. En consecuencia, los argumentos de TELEFÓNICA respecto de una supuesta pretensión regulatoria deben ser desestimados.

2.1.4 Conclusión

249. Por todo lo expuesto, este Tribunal considera que, en el presente caso, no se está frente a un escenario que esté cubierto por la regulación, en consecuencia, sí procede la aplicación de las normas de libre competencia, de conformidad con los alcances del principio de supletoriedad y, por ello, los órganos de solución de controversias no deben inhibirse de conocer el presente caso.

2.2 La supuesta vulneración a los principios de predictibilidad y confianza legítima

2.2.1 Marco legal y conceptual de los principios de predictibilidad, seguridad jurídica y protección de la confianza legítima

250. El artículo IV.1.15 de la LPAG contempla el principio de predictibilidad⁸⁰, conforme al cual la autoridad administrativa deberá brindar a los administrados información veraz, completa y confiable sobre cada trámite, de forma tal que desde su inicio, el administrado pueda tener certeza de cuál será el resultado final que se obtendrá⁸¹.

⁸⁰ Este principio se origina en el sistema del Derecho Anglosajón (*Common Law*) y se le conoce dentro de la doctrina del Derecho Administrativo Continental como el Principio de Seguridad Jurídica y como el Principio de Certeza. Al respecto, ver PAREDES INFANZÓN, Jelio. *La Predictibilidad Jurídica y el Precedente*. Lima: Ed. San Marcos, 2008, págs.17 y 18.

⁸¹ **Ley del Procedimiento Administrativo General:**

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

(...)

1.12. Principio de participación.- Las entidades deben brindar las condiciones necesarias a todos los administrados para acceder a la información que administren, sin expresión de causa, salvo aquellas que afectan la intimidad personal, las vinculadas a la seguridad nacional o las que expresamente sean excluidas por ley; y extender las posibilidades de participación de los administrados y de sus representantes, en aquellas decisiones públicas que les puedan afectar, mediante cualquier sistema que permita la difusión, el servicio de acceso a la información y la presentación de opinión.

251. Conforme a la doctrina nacional, el principio de predictibilidad exige que las autoridades suministren información sobre la secuencia del procedimiento administrativo, competencias administrativas, criterios administrativos, entre otros, con el objetivo de que los ciudadanos tengan una expectativa razonablemente justificada sobre cuál ha de ser la actuación de la administración en la aplicación del derecho y se les permita, en consecuencia, planificar sus actividades. Este principio constituye el reflejo en el ámbito de las relaciones administrativas del principio de seguridad jurídica⁸².
252. Con relación a la seguridad jurídica, la doctrina extranjera señala que aquella es una garantía frente a la incertidumbre, la imprevisibilidad, la arbitrariedad y la ineficacia⁸³ y⁸⁴. Asimismo, se entiende que el principio de protección de la confianza legítima es un reflejo de la seguridad jurídica aplicada a la defensa de los intereses legítimos de los ciudadanos en las relaciones jurídicas con la Administración y su límite es la buena fe del administrado.
253. El principio de protección a la confianza legítima se activa cuando la confianza suscitada por una actuación anterior de la Administración debe ser necesaria y legítimamente frustrada, por ejemplo, cuando dicha actuación resultó siendo finalmente ilegal o debe cambiarse en atención a una alteración de las circunstancias. En estos casos, se hace necesario restaurar la legalidad y al mismo tiempo atender en alguna medida a la confianza depositada por el particular⁸⁵.
254. De esta forma, el principio de protección de la confianza obliga a los poderes públicos a dispensar algún grado de protección a la confianza que razonablemente se ha generado en los particulares⁸⁶. Sin embargo, como se advierte, ello no supone que la Administración se encuentre imposibilitada de cambiar de criterio, si así puede cumplir mejor sus funciones y proteger el interés público.
255. Conforme a la doctrina, para determinar si es que nos encontramos frente a un supuesto de protección de la confianza se deben cumplir los siguientes requisitos sucesivos:
- a) **Existencia de una actuación previa generadora de confianza:** Se debe verificar si la actuación previa de la administración era razonablemente

⁸²MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Novena Edición, Lima, Gaceta Jurídica, 2011, pág.92.

⁸³ ARCOS RAMÍREZ, Federico. La Seguridad Jurídica: Una Teoría Formal. Madrid: Ed. Dykinson S.L., 2000, págs. 34.

⁸⁴El Tribunal Constitucional señala, en la Sentencia recaída sobre el Expediente Nº 0016-2002-AI/TC, que el principio de seguridad jurídica forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho. La predictibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad. Tal como estableciera el Tribunal Constitucional español, la seguridad jurídica supone "la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho" (STCE 36/1991, FJ 5).

⁸⁵ DÍEZ SASTRE, Silvia. Op. cit. pág. 374.

⁸⁶ DÍEZ SASTRE, Silvia. Op. cit. pág. 382.

capaz de generar confianza en el administrado sobre la forma en que se resolvería un asunto determinado⁸⁷.

Adicionalmente, en este análisis, se debe tomar en consideración que la actuación de un órgano puede hacer creer al particular que otro órgano de la misma organización resolverá en igual sentido. Lo determinante es, pues, la efectiva generación de una confianza que después debe vulnerarse⁸⁸.

- b) **Carácter objetivo de esa confianza:** Se debe determinar si atendiendo a la claridad y carácter unívoco de la actuación administrativa, se podía generar objetivamente confianza en el administrado sobre futuras actuaciones de la administración.
- c) **Haber defraudado la confianza suscitada:** Se debe verificar si la Administración ha vulnerado la confianza creada en ejercicio legítimo de una de sus potestades, bien para reparar la ilegalidad o incorrección de una actuación, bien para adecuar su actuación a las cambiantes circunstancias⁸⁹.

Finalmente, existe una excepción: cuando una determinada norma no ha sido aplicada durante algún tiempo, se entiende que no se produce una confianza digna de protección en cuanto que el particular conoce la posibilidad de la Administración de actuar sobre la base de dicha norma.

2.2.2 Aplicación de los criterios antes definidos al caso concreto

256. TELEFÓNICA ha señalado que la resolución apelada al pretender "regular determinada forma la provisión del servicio de acceso a Internet de TELEFÓNICA" implicaría en la práctica desconocer la validez de los diversos pronunciamientos del OSIPTEL contenidos en: (i) las resoluciones que aprobaron la regulación ATM con acceso ADSL, (ii) informes debidamente sustentados de la entonces Gerencia de Relaciones Empresariales; y (iii) declaratorias de conformidad de los contratos de abonado de Speedy. De acuerdo a TELEFÓNICA, el OSIPTEL ya había analizado con anterioridad la validez de la provisión de un acceso ADSL con una línea telefónica, encontrándola conforme al ordenamiento jurídico nacional; razón por la cual el desconocer mediante una resolución del Cuerpo Colegiado dicha validación, suponía una vulneración al principio de confianza legítima.
257. De manera previa, debe recalarse que en el presente procedimiento, las instancias de solución de controversias de modo alguno se están irrogando facultades regulatorias, sino que han analizado (i) los alcances de una práctica de abuso de posición de dominio en la modalidad de ventas atadas tipificada en el Decreto Legislativo N° 1034 y (ii) los alcances de una sanción y medida correctiva conforme a las facultades establecidas en la normativa aplicable. En consecuencia, las

⁸⁷ Así por ejemplo, se evalúa si se transmitió una información precisa y razonable que comunicaba el futuro otorgamiento de un bien, si la respuesta a la consulta era unívoca y tenía apariencia legal, etc. Lo más importante es que existan signos externos suficientemente concluyentes que induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de la actuación administrativa. El acto de la administración debe ser capaz de provocar en el administrado la confianza de que la actuación es correcta y de que sus expectativas son razonables.

⁸⁸ DÍEZ SASTRE, Silvia. Op. cit. pág. 388.

⁸⁹ DÍEZ SASTRE, Silvia. Op. cit. págs. 383 a 385.

afirmaciones de TELEFÓNICA respecto de supuestas pretensiones regulatorias por parte de las instancias de solución de controversias deben ser desestimadas.

258. De otro lado y, sin perjuicio de lo anteriormente señalado, seguidamente, se procederá a aplicar los criterios previamente definidos, a fin de determinar si en el presente caso se ha vulnerado el principio de protección a la confianza legítima invocado por TELEFÓNICA.

2.2.2.1 Resoluciones que aprobaron la regulación ATM con acceso ADSL

259. De acuerdo con TELEFÓNICA, las resoluciones que aprobaron la regulación ATM con acceso ADSL son actos administrativos plenamente válidos, en los cuales el OSIPTEL evaluó la racionalidad de la provisión conjunta del internet fijo vía ADSL y el servicio de telefonía fija, encontrándola arreglada a derecho. Conforme a TELEFÓNICA, la autoridad ha tenido hasta tres momentos (la emisión de la norma original y las posteriores modificaciones) para realizar dicha evaluación y en todas ellas optó por la misma decisión.
260. El primer requisito que debe verificarse para que opere el principio de confianza es la existencia de una actuación previa generadora de confianza. En consecuencia, se debe analizar si las resoluciones referidas pudieron razonablemente generar en TELEFÓNICA la confianza legítima de que el OSIPTEL ya había analizado ex ante la práctica de atadura en el mercado minorista desde el punto de vista de las normas de libre competencia, y por tanto, si TELEFÓNICA podía confiar en que el OSIPTEL no investigaría o sancionaría dichas ataduras como actos de abuso de posición de dominio en el mercado de servicios finales.
261. Al respecto, como ya se precisó en párrafos precedentes, mediante dichas resoluciones se establecieron las tarifas tope aplicables a las prestaciones de transmisión de datos mediante circuitos virtuales ATM con acceso ADSL ofrecidas por TELEFÓNICA, con la finalidad de generar una mayor competencia en el mercado de banda ancha mediante acceso ADSL, regulándose el mercado mayorista y no el minorista.
262. Mediante las resoluciones referidas no se evaluó la racionalidad de la provisión de un acceso ADSL con una línea telefónica a fin de determinar ex ante que dicha atadura no podía ser materia de una investigación y sanción por infracciones a las normas de libre competencia en el mercado minorista. Como ya se ha mencionado, la práctica comercial de atar el internet ADSL al servicio de telefonía fija en el mercado minorista fue una decisión comercial privada de TELEFÓNICA y, como tal, TELEFÓNICA sabía que estaba sujeta a la normas de libre competencia, como lo están otras actividades comerciales en nuestro país.
263. Así, no resulta razonable que el solo reconocimiento de una forma de proveer un servicio dentro de una norma dirigida a promover competencia en el mercado mayorista, pueda haber generado en TELEFÓNICA la confianza en que dichas ventas atadas estaban eximidas de la aplicación de las normas de libre competencia y, en consecuencia, diseñar una oferta comercial para el mercado minorista asumiendo que la misma era inmune a cualquier investigación y sanción bajo las normas de libre competencia.

264. A mayor abundamiento, tampoco pudo haberse generado dicha confianza por el hecho de que no existían antecedentes de procedimientos por actos anticompetitivos en la modalidad de ataduras ante las instancias de solución de controversias del OSIPTEL, puesto que, tal como la doctrina reconoce, en este caso no se configura una confianza digna de protección toda vez que el administrado conocía de la posibilidad de la Administración de actuar sobre la base de dicha norma⁹⁰.
265. Así, la regulación ATM con acceso ADSL no podía generar razonablemente la creencia de una política o una decisión del OSIPTEL de no investigar o sancionar las ventas atadas como actos anticompetitivos en el mercado minorista.
266. En consecuencia, dado que el análisis del primer requisito para que opere el principio de confianza legítima no se ha verificado, no corresponde continuar con el análisis de los demás requisitos.
267. Por tanto, este Tribunal concluye que no se ha activado el principio de confianza legítima sobre la base de la regulación ATM con acceso ADSL, debiendo desestimarse los argumentos de TELEFÓNICA sobre el particular.

2.2.2.2 Informes previos

268. En su apelación, TELEFÓNICA ha señalado que la resolución apelada contravenía diversos informes en los cuales ya se había analizado la racionalidad de su oferta comercial, encontrándola arreglada a derecho. En particular, menciona el informe "Situación del mercado de televisión por cable" elaborado por la entonces Gerencia de Relaciones Empresariales del OSIPTEL, en el año 2002.
269. De la revisión del informe "Situación del mercado de televisión por cable" mencionado por TELEFÓNICA, se aprecia que este señala lo siguiente:
- "No se ha podido identificar que la venta atada realizada por Cable Mágico tenga el objeto o el efecto de disminuir los niveles de rivalidad o competencia existentes en el mercado de televisión por cable."*
270. Dicho informe fue elaborado en el año 2002, hace más de 10 años y se trataba de otro contexto y de otro mercado. De hecho, como se señala en la cita, la venta atada, evaluada en ese momento, no tenía el efecto de disminuir los niveles de competencia en el mercado de televisión por cable, no se hace mención del mercado de telefonía fija que es el que se está evaluando en este caso.
271. En consecuencia, el primer requisito para que opere el principio de confianza legítima no se ha configurado, puesto que el informe aludido no podía generar razonablemente la creencia de que existía una política o una decisión del OSIPTEL de no investigar o sancionar las ventas atadas como actos anticompetitivos. Dado que el análisis del primer requisito para que opere el principio de confianza legítima no se ha verificado, no corresponde continuar con el análisis de los demás requisitos.

⁹⁰DIEZ SASTRE, Silvia. Op. cit. pág. 390.

2.2.2.3 Conformidad del OSIPTEL a los contratos de abonado de Speedy

272. Tal como ha sido señalado previamente, la conformidad del OSIPTEL a los contratos de abonado se efectuó en el marco de la normativa de usuarios contenida en las Condiciones de Uso, sin que se involucraran aspectos relacionados con las normas de libre competencia.
273. Como se ha expuesto, el primer requisito que debe verificarse para que opere el principio de protección de la confianza, es la existencia de una actuación previa generadora de confianza. Aplicando este criterio al caso, se tiene que no resulta razonable que TELEFÓNICA interprete que un acto administrativo emitido en virtud de la normativa de usuarios puede inmunizarla de la aplicación de las normas de libre competencia ya que, como se ha señalado, se trata de dos distintos cuerpos normativos con objetivos, bienes jurídicos protegidos y metodologías de análisis diferentes.
274. Conforme se ha señalado en acápites precedentes, la Gerencia General del OSIPTEL expresó su conformidad a los modelos de contratos de abonado de TELEFÓNICA señalando que éstos *"se ajustan a lo dispuesto en la normatividad vigente"*. Al respecto, la doctrina reconoce que hay supuestos en los cuales la actuación de un órgano puede hacer creer al particular que otro órgano de la misma organización resolverá en igual sentido. Sin embargo, es claro que esta situación no se presenta en el caso.
275. En efecto, no es razonable que TELEFÓNICA entendiera de buena fe que la conformidad dada por la Gerencia General del OSIPTEL, en el marco de las Condiciones de Uso, era también la opinión de las instancias de solución de controversias (autónomas e independientes de la estructura funcional del OSIPTEL) y, en dicha medida, que estas se inhibirían ex ante de iniciar cualquier procedimiento destinado a investigar esta oferta comercial en tanto acto anticompetitivo. El contexto en el cual fue emitida la conformidad a los modelos de contratos de abonados es contundente en dicho aspecto, como ya ha sido explicado. La diferencia entre los objetivos, bienes jurídicos protegidos y metodologías de análisis era de pleno conocimiento de TELEFÓNICA.

2.2.3 Conclusión

276. Por todo lo expuesto, este Tribunal considera que en el presente caso no se presentan los requisitos necesarios para que opere el principio de protección a la confianza legítima, por lo cual los argumentos de TELEFÓNICA deben ser desestimados.

3. La práctica materia de investigación

277. Tal como se ha señalado previamente, la infracción imputada a TELEFÓNICA, por la supuesta comisión de actos de abuso de posición de dominio en la modalidad de ventas atadas, con posibles efectos de exclusión en el mercado de telefonía fija, conducta tipificada en el literal c) del artículo 10.2° del Decreto Legislativo N°1034, está constituida por el condicionamiento de la venta del servicio Speedy (acceso a internet a través de la tecnología ADSL) a la compra de su servicio de telefonía fija.

278. Conforme a la metodología general de análisis para supuestos de abuso de posición de dominio, corresponde determinar el mercado relevante para los alcances del presente pronunciamiento, la existencia de posición de dominio en dicho mercado y la existencia de los elementos específicos configurantes de la práctica de venta atada. Seguidamente, se procede con dicho análisis.

3.1 Definición del mercado relevante

279. De acuerdo con el artículo 6.1° del Decreto Legislativo N° 1034, el mercado relevante está integrado por el mercado de producto y el mercado geográfico⁸¹. Adicionalmente, el numeral 3.2.c) de los Lineamientos de Libre Competencia en Telecomunicaciones dispone que se debe incluir en el análisis del mercado relevante a la delimitación del nivel comercial. En consecuencia, en el presente caso se procederá a determinar el mercado relevante en función de dichas variables.

3.1.1 El mercado de producto

280. El artículo 6.2° del Decreto Legislativo N° 1034 define al mercado de producto relevante como el servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Señala que para el análisis de sustitución, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución⁸².
281. En la misma línea, del numeral 3.2.a) de los Lineamientos de Libre Competencia en Telecomunicaciones se desprende que la delimitación del mercado producto se define en base al criterio de sustitución, por el cual se determina qué servicio compite con el servicio analizado, considerando que los consumidores no tendrían que verse afectados en su nivel de bienestar al utilizar un servicio alternativo. Para ello, se debe tomar en consideración las características similares de los servicios y el factor de los precios.
282. En el presente caso, el servicio de internet, servicio involucrado en la práctica investigada, que servirá como servicio focal a partir del cual se hará el análisis de sustitución, se define como un conjunto descentralizado de redes de comunicación y computadores, interconectados entre sí mediante un mismo protocolo de comunicación (IP, de la arquitectura TCP/IP⁸³), que forman una red internacional de alcance mundial públicamente accesible. A través de esta red se proporcionan servicios de información y comunicación de diversa índole, como son los servicios de contenido, el correo electrónico, la voz sobre IP, las redes sociales, entre otros.

⁸¹ Decreto Legislativo N° 1034

Artículo 6.- El mercado relevante.-

6.1. El mercado relevante está integrado por el mercado de producto y el mercado geográfico.

⁸² Decreto Legislativo N° 1034

Artículo 6.- El mercado relevante.-

6.2. El mercado de producto relevante es, por lo general, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución.

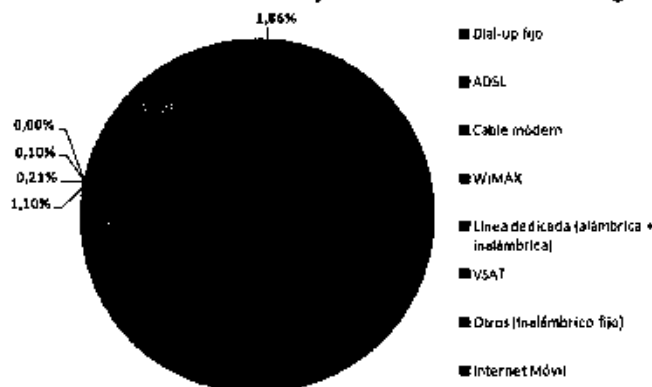
⁸³ TCP/IP son las siglas de Protocolo de Control de Transmisión/Protocolo de Internet (en Inglés **Transmission Control Protocol/Internet Protocol**), un sistema de protocolos que hacen posibles servicios Telnet, FTP, E-mail, y otros entre ordenadores que no pertenecen a la misma red.

283. A la fecha, se han desarrollado diversas plataformas tecnológicas por las cuales se provee el servicio de internet. Estas se pueden dividir, en primer lugar, según los medios por los cuales se puede proveer el servicio, en alámbricas e inalámbricas.

- Entre las tecnologías alámbricas se encuentran aquellas que utilizan un medio de acceso óptico como la fibra óptica (es el caso de la fibra hacia el hogar, GPON) y aquellas que usan un medio de acceso eléctrico, como el par de cobre (dial up, ADSL), el cable coaxial (DOCSIS ó cable módem) y las líneas dedicadas. El cable módem utiliza tanto la fibra óptica como el cable coaxial
- Entre las tecnologías inalámbricas se tiene a las tecnologías que emplean redes terrestres por un lado, como las líneas dedicadas, WiMax, UMTS y HSPA, y aquellas que utilizan redes satelitales por el otro, como es el caso del VSAT.

284. En el siguiente gráfico se observa la distribución de las conexiones y/o suscriptores por cada modalidad tecnológica presente en el mercado nacional, a junio de 2011. De dicho gráfico se desprende que la principal modalidad de las conexiones de acceso es el internet fijo vía ADSL (medio alámbrico), que cuenta con el 69.36%, seguida por el internet móvil (medio inalámbrico), con el 21.53%.

Gráfico N° 01: Conexiones de internet por modalidad tecnológica - a junio 2011



Fuente: Empresas Operadoras. Elaboración: OSIPTEL.

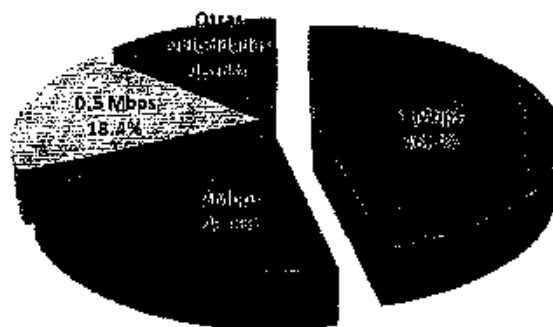
285. El análisis de sustitución busca determinar qué productos pueden ejercer presión competitiva sobre el internet fijo vía ADSL, y deberán, por tanto, incluirse en el mismo mercado relevante. Por tanto, será necesario definir, en primer lugar, qué otras modalidades de acceso a internet pueden considerarse como potenciales sustitutos del internet ADSL y, en segundo lugar, en qué grupo de productos ADSL se focalizará el análisis de potenciales sustitutos.

286. En cuanto a los potenciales sustitutos del internet fijo vía ADSL, de acuerdo al Gráfico N° 01, el primer candidato será el internet móvil (medio inalámbrico), que cuenta con el 21.53% del mercado, cuya inclusión dentro del mercado relevante ha sido solicitada por TELEFÓNICA en su recurso de apelación, así como en los informes orales y en posteriores escritos presentados ante esta instancia. El segundo servicio que podría ejercer presión competitiva sobre el internet fijo vía

ADSL es el internet provisto a través de cable módem (medio alámbrico), el cual fue incluido en la resolución apelada, que cuenta con el 5.83% del mercado.

287. Respecto a los productos tipo de internet ADSL en el mercado nacional, en el siguiente gráfico se aprecia que la mayor parte de los suscriptores del servicio de acceso a internet a través de medios fijos⁵⁴ lo realizan en las velocidades de 1 Mbps, 2 Mbps y 0.5 Mbps respectivamente. Luego, serán los productos ADSL de estas velocidades el punto focal del análisis de sustitución.

Gráfico N° 02: Participación de mercado por velocidad de transmisión de internet fijo - a diciembre 2011



Fuente: Empresas Operadoras. Elaboración: OSIPTEL.

288. Por tanto, a continuación, se determinará si existe sustituibilidad entre el internet fijo vía ADSL y el internet móvil, para luego proceder a analizar la pertinencia de incluir dentro del mercado de producto el servicio proporcionado vía cable módem. Es importante señalar que el análisis debe hacerse no sólo desde el punto de vista de la demanda, sino también desde el lado de la oferta, conforme a lo señalado en el Decreto Legislativo N° 1034 y en los Lineamientos de Libre Competencia en Telecomunicaciones:

- Desde el punto de vista de la demanda, se busca a aquellos productos que pueden ser percibidos como sustitutos por el consumidor. Cabe señalar que, para el usuario, las características más relevantes del servicio de acceso a internet fijo son la velocidad de navegación y el precio⁵⁵, y no la modalidad tecnológica a través de la cual este se provee⁵⁶.
- Desde el punto de vista de la oferta, se buscará determinar si es posible que productores de otros servicios sean capaces de cambiar su tecnología

⁵⁴El acceso a través de medios fijos concentró el 78.47% del mercado total de acceso a internet.

⁵⁵Si bien el usuario que contrata el servicio paga no solo una renta mensual, sino que incurre también en un costo de instalación y/o conexión, y debe pagar por el equipo (módem) necesario para contar con el servicio, la única variable que se ha utilizado para realizar una comparación a lo largo del tiempo es la correspondiente a la renta mensual. Ello responde a que los demás costos asociados corresponden a un concepto a pagarse por única vez o de manera transitoria, y las empresas operadoras pueden realizar promociones que otorguen la instalación de manera gratuita o que permitan financiar la instalación y los equipos en un número determinado de meses, entre otros. No obstante, el único pago que el usuario de internet hará de forma permanente mientras cuente con el servicio será el correspondiente a la renta mensual.

⁵⁶ De acuerdo con la lógica económica, dado que de cara al usuario, las características observables del internet fijo son la velocidad y el precio, puede no interesarse por si el internet le es provisto vía cable módem o vía ADSL. Si ambos productos tienen igual velocidad y precio, será indiferente en contratar uno u otro.

en un período corto de tiempo, ante un cambio en el precio del producto focal, y empezar a proveerlo⁹⁷.

3.1.1.1 Análisis de sustitución entre el internet fijo vía ADSL y el internet móvil

3.1.1.1.1 Análisis de sustitución por el lado de la demanda

289. Se debe iniciar el análisis señalando que la evaluación de la sustitución fijo-móvil debe ser vista en un contexto de sustitución asimétrica, teniendo en consideración que, para el presente caso, el internet fijo provisto vía ADSL es el producto focal. Así, el internet móvil podría constituirse como un sustituto del internet fijo vía ADSL, mientras que lo opuesto no es posible, debido a que el internet fijo vía ADSL carece del atributo de la movilidad, atributo principal del internet móvil.
290. El internet móvil es provisto ya sea a través de un teléfono celular o vía módem USB. Luego, el primer paso en el análisis de sustitución consiste en determinar qué productos de internet móvil pueden constituir sustitutos del internet fijo vía ADSL. Al respecto, desde el punto de vista de la demanda, el único potencial sustituto móvil del internet fijo vía ADSL es el que se provee a través de módems o dispositivos USB, que son conectados a computadoras de escritorio o *laptops*.
291. Así, en la línea de lo señalado en la resolución apelada, otros dispositivos móviles que proveen acceso a internet, como teléfonos inteligentes, *tablets* y similares cuentan con características como el tamaño de la pantalla, la memoria RAM, la ausencia de un teclado adecuado para una mayor productividad, entre otros, que hacen significativas las diferencias en las prestaciones que estos ofrecen, en comparación con el acceso a internet desde una computadora.
292. Al respecto, en un análisis y conclusión que este Tribunal comparte, un estudio realizado por el Grupo de Reguladores Europeos de Telecomunicaciones⁹⁸ sobre el impacto de la sustitución fijo-móvil en la definición de mercados relevantes indica que, en la experiencia de las 27 agencias de regulación que agrupa, se considera que las conexiones vía USB podrían potencialmente constituir sustitutos de una línea fija de internet de banda ancha, pero las conexiones desde *smartphones* (teléfonos inteligentes) se dirigen a atender necesidades mucho más específicas⁹⁹.
293. Asimismo, la evidencia existente para los consumidores peruanos respalda el hecho de que los *smartphones* tengan significativas diferencias en comparación con el acceso a internet a través de una computadora. Así, en un estudio de Ipsos Apoyo¹⁰⁰, se observa que, a julio de 2011, el 75% de los encuestados a nivel nacional contaba con celular, de los cuales el 26% poseía un equipo o dispositivo que permitía la conexión a internet, y sólo el 12% de éstos habría navegado alguna

⁹⁷MOTTA, M. «*Competition Policy. Theory and Practice*». Cambridge University Press, Novena Edición. 2009. Pág. 103 y ss.

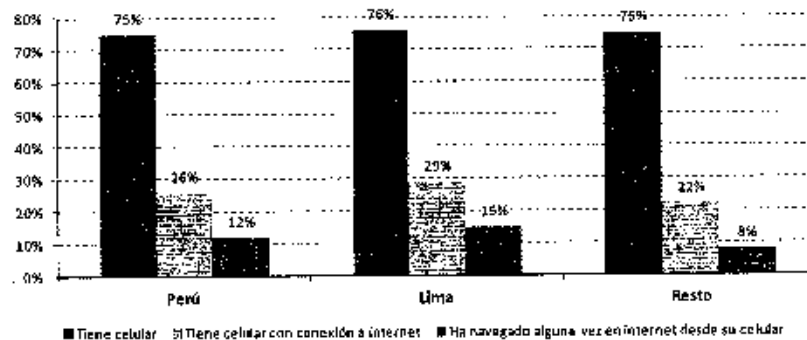
⁹⁸Bureau of European Regulators of Electronic Telecommunications – BEREC (2011). «*Berec Report on Impact of Fixed-Mobile Substitution in Market Definition*». Diciembre 2011. Disponible en: berec.europa.eu

⁹⁹El reporte, de diciembre de 2011, se basa en una encuesta formulada a los 27 países miembros de la Unión Europea, en la que se consultó a las Autoridades Nacionales de Regulación de cada país si, en los estudios y/o análisis realizados a lo largo del tiempo consideraban los servicios móviles y fijos dentro del mismo mercado relevante.

¹⁰⁰Usos y actitudes hacia Internet:
http://www.ipsos-apoyo.com.pe/sites/default/files/marketing_data/MKT_data_%20Internet_2011.pdf

vez en internet. En consecuencia, se desprende que, en el Perú, la mayoría de usuarios de internet accede a él a través de una computadora.

Gráfico N° 03: Uso y tenencia del celular



Fuente: Ipsos Apoyo (2011). Elaboración: OSIPTEL

294. En consecuencia, tanto por las tendencias internacionales como por la evidencia provista por los consumidores peruanos, este Tribunal estima que, en el presente caso, los accesos a través de teléfonos inteligentes, *tablets* o similares no deben ser considerados como potenciales sustitutos del internet fijo vía ADSL. Por tanto, el análisis de sustitución por el lado de la demanda debe ser realizado entre el servicio de internet fijo vía ADSL y el internet móvil provisto a través de dispositivos USB.
295. De otro lado, y como se observó previamente en el Gráfico N° 02, a diciembre de 2011, el 86.5% de la población que accedía al servicio de internet a través de medios fijos lo hacía con velocidades de 0.5 Mbps¹⁰¹, 1 Mbps, 2 Mbps. Teniendo en cuenta que el 69.36% de la población accede a internet fijo vía la tecnología ADSL, se tomarán dichas velocidades como punto de partida para determinar si los usuarios estarían potencialmente dispuestos a sustituir sus productos de internet fijo vía ADSL por uno de internet móvil vía dispositivos USB, con similar velocidad y precio.

Diferencias en las características del internet fijo vía ADSL y el internet móvil vía USB

296. Al observar la oferta comercial de internet móvil vía dispositivos USB se observa que todos estos productos cuentan con límites de descarga. Como se aprecia en el siguiente cuadro, la mayoría de los límites de descarga, asociados a las velocidades que podrían constituir potenciales sustitutos a los productos de internet con los que cuenta la mayoría de la población, son relativamente bajos y aquellos con topes de descarga mayores (15 GB) tienen precios mayores¹⁰². Por ello, no hay evidencia que constate que una empresa que brinde el servicio vía internet móvil pueda estar en la capacidad de brindarlo en igualdad de condiciones que la empresa que lo provee a través del internet fijo vía ADSL.

¹⁰¹Megabits por segundo.

¹⁰²A diciembre de 2011, el producto ofrecido vía internet móvil de 2 Mbps de velocidad con 15 GB de límite de descarga costaba S/.279, mientras que el internet fijo vía ADSL ofrecido por TELEFÓNICA costaba S/.227.

Cuadro N° 01: Velocidades ofrecidas vía internet móvil - a diciembre 2011

Velocidad de Navegación	Límite de descarga
512 kbps	500MB
700 kbps	1GB
1000 kbps	500 MB/ 1GB / 1.5 GB / 2GB / 3GB / 5GB
2000 kbps	2 GB, 5GB* / 15 GB
3000 kbps	500 Mb / 1GB / 2GB / 3GB / 5GB / 10GB
5000 kbps (**)	500 Mb / 1GB / 2GB / 3GB / 5GB / 10GB

(*) Por los primeros 3 meses, se duplica la capacidad máxima de descarga

(**) Velocidad de navegación alcanzable sólo desde un equipo terminal 4G (tecnología HSPA+) y en zona de cobertura 4G¹⁰³.

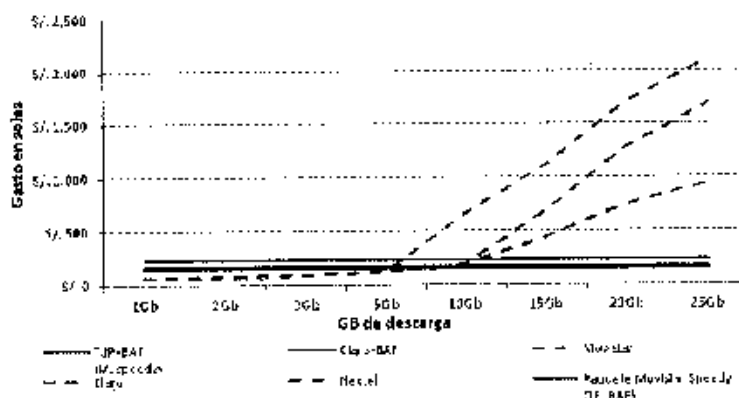
Fuente: SIRT - OSIPTEL. Elaboración: OSIPTEL.

297. En la misma línea de lo señalado en la resolución apelada, los mencionados límites de descarga hacen que la decisión del consumidor que adquiere el internet fijo por medios alámbricos (ya sea vía ADSL como via cable módem) se tome en base a factores distintos a los que tiene en cuenta el consumidor que adquiere productos de internet móvil. Ello porque los límites de descarga a los que están sujetos los consumidores de internet móvil hacen que, una vez alcanzado el límite, el precio del GB adicional aumente.
298. Así, el siguiente gráfico muestra que el gasto en el servicio del internet por medios alámbricos (ya sea via ADSL o vía cable módem) sigue siendo el mismo sin importar el número de GB descargados¹⁰⁴. Sin embargo, si se evalúa el gasto en el caso del internet móvil, se aprecia que éste aumenta conforme aumenta el número de GB de descarga. Ello hace que el consumidor del internet móvil deba estar permanentemente atento al consumo de GB que realiza, mientras que ello no es relevante para el consumidor del internet fijo.

¹⁰³De acuerdo con la información proporcionada por las empresas operadoras a diciembre 2011.

¹⁰⁴Se ha tomado la velocidad de 3 Mbps a modo de ejemplo; no obstante, se puede replicar el mismo ejercicio para otras velocidades obteniendo resultados similares: el gasto del internet móvil dependerá de la cantidad de GB descargados.

Gráfico N° 04: Gasto según descarga (3 Mbps): Internet móvil comparado con internet fijo - a diciembre 2011



*La tarifa considerada es la del paquete "Dúo Plano Nacional 3 Mbps", que incluye los servicios de telefonía fija en su plan de "Tarifa Plan Nacional" y el servicio de internet "Speedy de 3 Mbps)

Fuente: SIRT y páginas web de las empresas operadoras. Elaboración: OSIPTEL

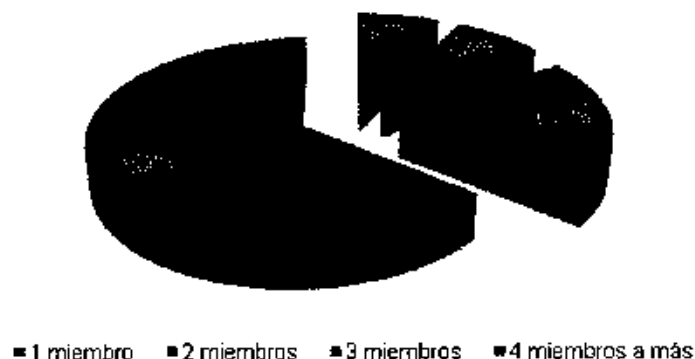
299. Es importante señalar que este patrón es independiente de la empresa móvil que provea el servicio. Por tanto, desde el punto de vista de la demanda, no resulta posible considerar a ambas tecnologías como sustitutas, ya que la función de demanda de un usuario es diferente entre uno y otro servicio. Es decir, el usuario de internet fijo no tiene en cuenta la cantidad de datos descargados, mientras que para el usuario de internet móvil vigilar dicha cantidad es primordial, pues su gasto depende de ello.
300. Al respecto, es necesario tener en cuenta, como otro elemento de análisis para identificar las diferencias entre el internet fijo vía ADSL y el internet móvil por USB, la composición de los hogares peruanos y el número de computadoras por hogar. Así, si los hogares se encuentran compuestos por varios miembros y cuentan sólo con una computadora para acceder a internet, ello quiere decir que estos usuarios comparten una única conexión. Si la conexión es realizada vía internet fijo, el que los miembros del hogar compartan la conexión no será particularmente relevante.
301. Sin embargo, si la conexión se realiza con internet móvil vía USB, al sumar el uso realizado por cada uno de los miembros del hogar, los límites de descarga que este servicio presenta se hacen más restrictivos y serán alcanzados con mayor facilidad. Es decir, aún en el caso de que los internautas de un hogar sean poco intensivos en el uso de internet, el Jefe o la Jefa del Hogar deberá tener en cuenta la suma de las descargas de cada miembro del hogar para no sobrepasar los límites de descarga del internet móvil vía USB.
302. De acuerdo a un Informe Técnico del INEI (2012)¹⁰⁵, elaborado sobre la base de los datos de la Encuesta Nacional de hogares 2011 (ENAHOG 2011), el 86.7% de los hogares peruanos cuenta con 3 o más miembros. Además, dicho informe muestra que el 84.7% de hogares que cuenta con computadora, cuenta con una sola. Estos

¹⁰⁵Informe Técnico N° 02 Junio 2012 "Las Tecnologías de Información y Comunicación en los Hogares". Disponible en: [www.inei.gob.pe \(http://www.inei.gob.pe/web/Boletin/Attach/14531.pdf\)](http://www.inei.gob.pe/web/Boletin/Attach/14531.pdf)

datos confirman la hipótesis de que el acceso a internet en el hogar es compartido entre los diferentes miembros del mismo.

303. En consecuencia, este Tribunal considera que, a partir de los datos analizados, en este punto se puede concluir con claridad que el volumen de datos consumidos se ha de cuantificar tomando como referencia el número de potenciales consumidores al interior del hogar, pues cada uno de estos genera una demanda individual. Por tanto, si bien puede darse que el consumo de un usuario por sí solo no supere los límites de descarga que la oferta de internet móvil presenta, es altamente probable que el consumo acumulado de 2 o 3 miembros del hogar sí lo supere.
304. Adicionalmente, esta conclusión se ve corroborada por los datos obtenidos en la Encuesta del OSIPTEL (2012)¹⁰⁶. El siguiente gráfico, elaborado sobre la base de los datos de dicha encuesta, muestra que de los 119,599 hogares peruanos que acceden a internet vía módem USB, el 84.2% cuenta con un número de miembros mayor o igual a 3, sólo un porcentaje menor (7.5%) está conformado por hogares unipersonales.

Gráfico N° 05: Miembros por hogar -Hogares que sólo acceden a internet vía modem USB a nivel nacional



Fuente: Encuesta de OSIPTEL (2012). Elaboración: OSIPTEL

305. En su apelación, TELEFÓNICA ha señalado que un 34% de los internautas se conectaría a internet desde una computadora fija (*desktop*), adicionalmente, la mayoría de los abonados del internet móvil se conectaría desde el hogar (54%) y desde el trabajo (23%), mientras que sólo un número menor lo haría desde un

¹⁰⁶ Es preciso mencionar que el levantamiento de información se realizó desde el 21 de marzo al 22 de abril de 2012. Los principales resultados de la encuesta fueron publicados por el OSIPTEL el día 19 de diciembre de 2012: http://www.osiptel.gob.pe/WebSiteAjax/WebFormGeneral/Publicaciones/wfrm_Consulta_Informacion_publicaciones.aspx?CodInfo=0&CodiCat=3&CodiSubcat=546&TituloInformacion=Publicaciones%20T%C3%A9cnicas
Por Oficio N° 027 -STTSC/2012 de fecha 26 de diciembre de 2012 se solicitó a GPRC las partes pertinentes de dicha encuesta que contuvieran información sobre:

1. Porcentaje de hogares en los que sólo se accede a internet vía módem USB (de ser posible, especificando el número de miembros por hogar).
2. Medio de acceso a internet de los hogares que cuentan con dicho servicio.
3. Porcentaje de la población nacional dispuesta a reemplazar el internet fijo por el internet móvil.
4. Porcentaje de usuarios del servicio de telefonía móvil dispuestos a contratar el servicio de telefonía fija.
5. Monto que los usuarios están dispuestos a pagar por el servicio de internet fijo.
6. Cualquier otro dato que resulte pertinente para analizar la demanda y las preferencias de los usuarios de los servicios de internet fijo, internet móvil y telefonía fija, contenido en la mencionada encuesta.

Mediante Resolución N° 015-2012-TSC/OSIPTEL dicha información fue puesta en conocimiento de TELEFÓNICA.

centro educativo (10%) o en espacios públicos abiertos o cerrados (11%), por lo que nos encontraríamos frente a un bien complementario (internet móvil) a la banda ancha fija¹⁰⁷.

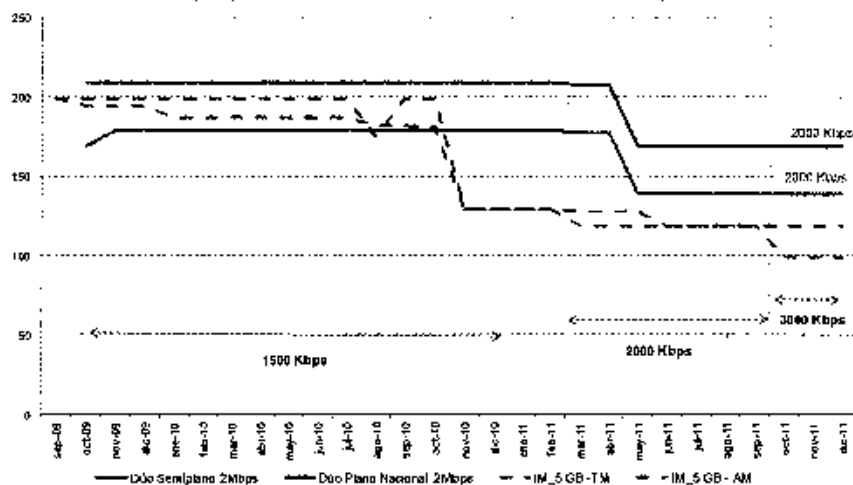
306. Al respecto, este Tribunal considera que dicho argumento no resulta atendible debido a que, como ha sido determinado, el usuario de internet móvil vía módem USB deberá vigilar la descarga total de datos que efectúa, al margen de que se conecte vía *desktop*, vía *laptop*, desde locaciones fijas o desde espacios públicos abiertos o cerrados, características que lo diferencian claramente del internet fijo.

Inexistencia de presión competitiva del internet móvil sobre el internet fijo vía ADSL

307. Conforme a la literatura económica, lo más importante cuando se determina si dos productos forman parte del mismo mercado relevante es el grado de presión competitiva que uno puede ejercer sobre el otro. Si el internet móvil ejerciera presión competitiva sobre el internet fijo vía ADSL, las reducciones de precio del primero deberían "empujar" los precios del segundo a la baja. De no ser así, los consumidores migrarían automáticamente hacia productos de internet móvil vía USB, por ser estos supuestos sustitutos del internet fijo vía ADSL. No obstante, los gráficos siguientes muestran que, al comparar la evolución del precio del internet móvil con la del precio del internet fijo vía ADSL, estos siguen tendencias diferentes.
308. Cabe señalar que el análisis se ha realizado para los productos provistos vía internet móvil por Telefónica Móviles S.A. y América Móvil Perú S.A.C., quienes son las principales operadoras que ofrecen dicho servicio en la actualidad. En particular, se toma aquellos productos con capacidades de descarga altas (mayores a 5 GB) de modo que puedan asemejarse con el internet fijo vía ADSL, que no cuenta con límites de descarga.
309. En el caso del internet fijo vía ADSL, se ha tomado los productos de TELEFÓNICA. Dado que TELEFÓNICA no provee el producto ADSL "solo", para esta comparación se ha considerado:
- El precio del internet fijo vía ADSL cuando es vendido como parte de los llamados dúos de internet fijo vía ADSL con telefonía fija –los cuales sólo se forman con 4 planes de telefonía fija–.
 - El precio del internet fijo vía ADSL cuando es vendido junto con cualquier otro plan de telefonía fija alámbrica.
310. Para el caso de los dúos con internet fijo, se observa que los únicos disponibles a diciembre de 2011 corresponden a aquellos con internet fijo vía ADSL de 2 Mbps, presentados en el Gráfico N° 06. En dicho cuadro se aprecia que no existe aparente relación entre el precio de los dúos de internet fijo vía ADSL y el precio del internet móvil.

¹⁰⁷TELEFÓNICA recoge dichos argumentos del Informe Análisis Económico- Regulatorio del Informe Instructivo N° 020-STTCCO/2012 respecto al Supuesto Abuso de Posición de Dominio en la Modalidad de Venta Atada, elaborado por Apoyo Consultoría. Los referidos datos fueron extraídos de la encuesta elaborada por IPSOS Apoyo (2012) "Perfil del Internauta Peruano – 2011".

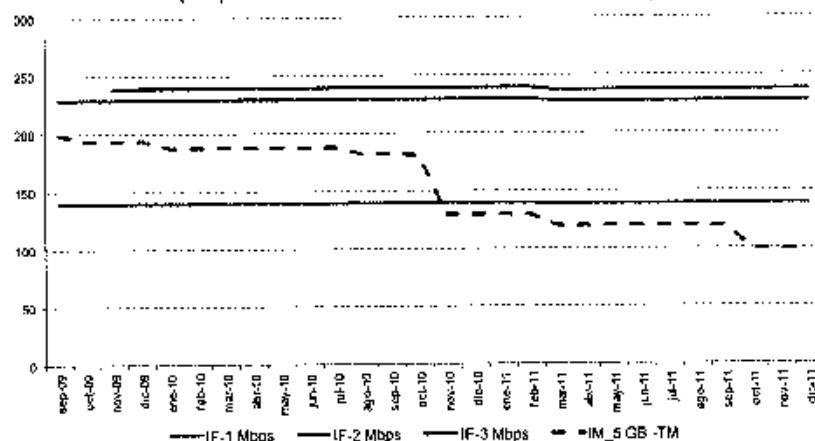
Gráfico N° 06: Evolución de la renta mensual internet fijo vía ADSL (Paquetes, 2 Mbps) vs internet móvil (Telefónica Móviles S.A. – América Móviles, 5 GB) (Expresado en Nuevos Soles, con IGV)



Fuente: SIRT-OSIPTEL. Elaboración: OSIPTEL.

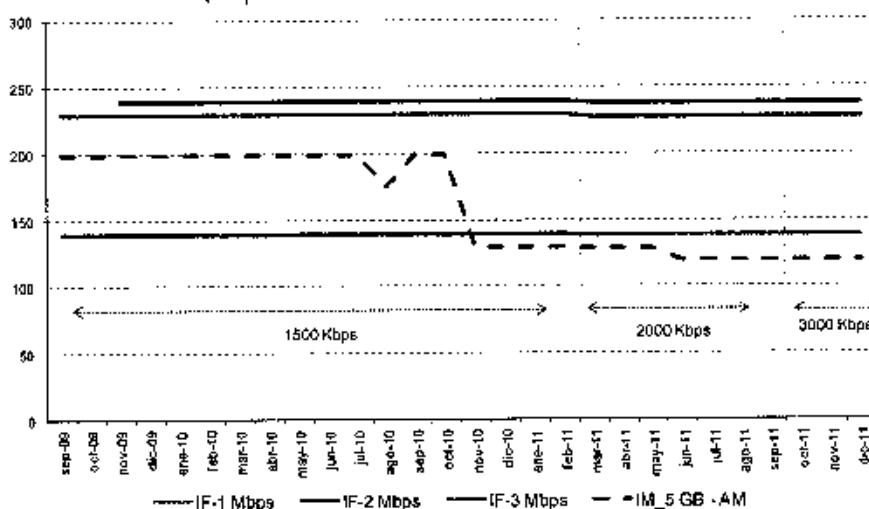
311. En los Gráficos N° 07 y N° 08 se muestra la evolución del precio del internet fijo vía ADSL cuando es vendido junto con el resto de planes de telefonía fija y del precio del internet móvil. En estos gráficos se observa que, mientras el precio de los diversos productos de internet móvil se ha ido reduciendo en el tiempo, el precio del internet fijo vía ADSL casi no ha sufrido variación alguna.
312. Estos gráficos muestran que no existe paralelismo entre los precios del internet fijo vía ADSL y los del internet móvil. Si los usuarios consideraran al internet móvil como sustituto del internet fijo vía ADSL, como señala TELEFÓNICA en su apelación, la presión competitiva motivada por la reducción constante de precios del internet móvil, observada en los referidos gráficos, llevaría a que los precios del internet fijo vía ADSL se reduzcan. Lo anterior debido a que los usuarios del internet fijo vía ADSL migrarían al internet móvil, pues este se constituiría como un sustituto más barato, obligando a TELEFÓNICA a reducir el precio del internet fijo vía ADSL para retenerlos. Por tanto, los Gráficos N° 06 y N° 07 muestran que el internet móvil no puede ser considerado como un sustituto del internet fijo vía ADSL, al no ejercer presión competitiva sobre el mismo.

Gráfico N° 07: Evolución de la renta mensual de internet fijo vía ADSL vs internet móvil (Telefónica Móviles S.A.)
(Expresado en Nuevos Soles, con IGV)



Nota: Desde Setiembre 2009 a Octubre de 2010 se tomó como referencia el Plan Speedy Móvil ilimitado. En adelante, se toma en cuenta planes con capacidad de descarga de 5 GB (entre Noviembre de 2010 a Marzo de 2011, el Plan Multimedia; de abril a Diciembre 2011, el Plan Multimedia Plus)
Fuente: SIRT-OSIPTEL. Elaboración: OSIPTEL.

Gráfico N° 08: Evolución de la renta mensual de internet fijo vía ADSL vs Internet móvil (Claro)
(Expresado en Nuevos Soles, con IGV)



Nota: Desde Setiembre 2009 a Octubre de 2010 se tomó como referencia el Plan Internet Claro Ilimitado. En adelante, se utiliza el Plan Internet limitado 5GB, con capacidad de descarga de 5 GB.
Fuente: SIRT-OSIPTEL. Elaboración: OSIPTEL.

Oferta comercial muestra que operadores móviles consideran internet móvil e internet fijo vía ADSL como complementarios

313. En su apelación, TELEFÓNICA ha sostenido que el argumento del Cuerpo Colegiado, respecto de que existiría un incentivo económico para que TELEFÓNICA y Claro presenten una oferta de internet de banda ancha móvil complementaria,

quedaría completamente desvirtuado si se toma en cuenta que estos dos grupos empresariales compiten de forma muy agresiva en el mercado peruano.

314. Conforme al Informe de Alterna, que TELEFÓNICA ha presentado adjunto a su apelación, se trataría de dos grupos económicos de gran rivalidad y no existirían incentivos para que Claro evite persuadir a los clientes de TELEFÓNICA de contratar un servicio de banda ancha móvil, como un sustituto de su ADSL, por lo que la oferta comercial de Claro estaría diseñada como sustituta y no como complementaria a la de TELEFÓNICA.
315. TELEFÓNICA ha argumentado que si la complementariedad Claro-Telmex o Telefónica Móviles-TELEFÓNICA, alegada por el Cuerpo Colegiado, fuera cierta, debería existir una relación entre la empresa con mayor número de conexiones de banda ancha fija y el operador con mayor éxito en la venta de conexiones de banda ancha móvil. A juicio de TELEFÓNICA, que esto no ocurra denotaría un nivel de sustituibilidad y no de complementariedad.
316. Al respecto, cabe señalar que, dentro de la oferta comercial existente en el mercado peruano durante el período de evaluación del presente caso, el Grupo Telefónica ofreció productos de internet móvil con descuentos especiales para aquellos usuarios que contaran con el internet fijo vía ADSL de sus empresas afiliadas. Así, por ejemplo, el Cuadro N° 02 muestra la oferta de internet móvil de Telefónica Móviles S.A. dirigida a los usuarios de TELEFÓNICA que contaran con el servicio de internet fijo vía ADSL. La existencia de estos productos evidenciaría que el mismo Grupo Telefónica no considera a ambos productos como sustitutos sino, más bien, como complementarios¹⁰⁸, al ofrecerlos juntos.

Cuadro N° 02: Oferta de internet móvil para clientes con internet fijo vía ADSL de TELEFÓNICA - a diciembre 2011

Plan	Velocidad	Fecha de Inicio	Fecha de Cese
Plan Internet Móvil Control S/.49	1000 Kbps	jul-11	jul-11
Plan Internet Móvil Control S/.69	1500 Kbps	jul-11	jul-11
Plan Internet Móvil para Int. Fija	2000 KBPS	mar-11	may-11
Plan Internet Móvil control Especial		may-11	may-11
Plan Internet Móvil para Int. Fija	3000 KBPS	oct-11	dic-11
Plan Internet Móvil para Int. Fija II		oct-11	dic-11

Fuente: SIRT-OSIPTTEL. Elaboración: OSIPTTEL.

317. Para este Tribunal, a partir de la información contenida en el Cuadro N° 02 y para los alcances del presente procedimiento, queda demostrado que TELEFÓNICA considera al servicio de internet móvil y al servicio de internet fijo vía ADSL como complementarios y no como sustitutos, quedando desvirtuados sus argumentos, en el sentido de que su oferta de internet fijo e internet móvil no sería complementaria, sino sustituta.

¹⁰⁸Es necesario agregar que desde marzo del 2012, América Móvil también ofrece productos de internet móvil a precio especial para usuarios que cuenten con telefonía fija de la misma empresa.

Las autoridades internacionales no se adhieren a la hipótesis de sustitución

318. Adicionalmente, es importante señalar que la experiencia de diversas autoridades de regulación indica que el internet fijo vía ADSL y el internet móvil no son sustitutos. Así, se tiene que diversas Autoridades Nacionales de Regulación miembros del Grupo de Reguladores Europeos de Telecomunicaciones (BEREC)¹⁰⁹, resaltan lo siguiente:
- La existencia de características diferentes entre las ofertas fijas y móviles.
 - La existencia de precios distintos en la oferta de los servicios fijos y móviles.
 - La existencia de preferencias y patrones de uso diferentes entre los usuarios de los servicios fijos y móviles.
 - Que la oferta fija no permite movilidad en el uso de los servicios.
319. Como se ha expresado en párrafos precedentes, estas características están presentes en nuestro mercado. Otras razones para la insuficiencia en la sustitución de los servicios fijos y móviles citados por dicho grupo son: la diferencia en la cobertura, la existencia de sustitución asimétrica (los usuarios podrían migrar de fijo a móvil pero no de móvil a fijo) y la existencia de poca información sobre el cambio o intento de migración de fijo a móvil. Por ello, en opinión del BEREC, los servicios fijos y móviles son complementarios y no sustitutos.
320. Asimismo, la experiencia internacional referida a la determinación de mercados relevantes muestra que los servicios fijos y móviles no suelen considerarse como parte de un mismo mercado relevante. Así, por ejemplo, la evidencia es contundente en el reporte realizado por el BEREC¹¹⁰ que resume el impacto de la sustitución fijo-móvil en lo actuado por las agencias nacionales de regulación de los países miembros de la Unión Europea en materia de definición de mercados relevantes. Dicho reporte indica que, si bien las agencias de todos los países miembros consideran que existen distintos grados de sustitución entre los servicios (de voz y de datos) fijos y móviles, 21 de los 22 países que han efectuado un análisis a nivel de mercado final estiman que el grado de sustitución es insuficiente para considerar a ambos servicios en un mismo mercado relevante¹¹¹.
321. Más aún, desde un punto de vista dinámico, resulta cuestionable que ambos productos puedan llegar a ser sustitutos. Por ejemplo, reciente literatura económica indica que la diferencia entre los atributos de ambas tecnologías –economías de escala en el aumento de velocidad en líneas fijas y las deseconomías existentes para la tecnología inalámbrica- es crucial pues implica que, mientras más alta sea la velocidad, es más difícil para el internet inalámbrico constituirse en un sustituto del internet alámbrico en locaciones fijas (como hogares y oficinas)¹¹².

¹⁰⁹Bureau of European Regulators of Electronic Telecommunications – BEREC (2011). Op. cit. Págs. 18 y ss.

¹¹⁰Bureau of European Regulators of Electronic Telecommunications – BEREC (2011). Op. cit.

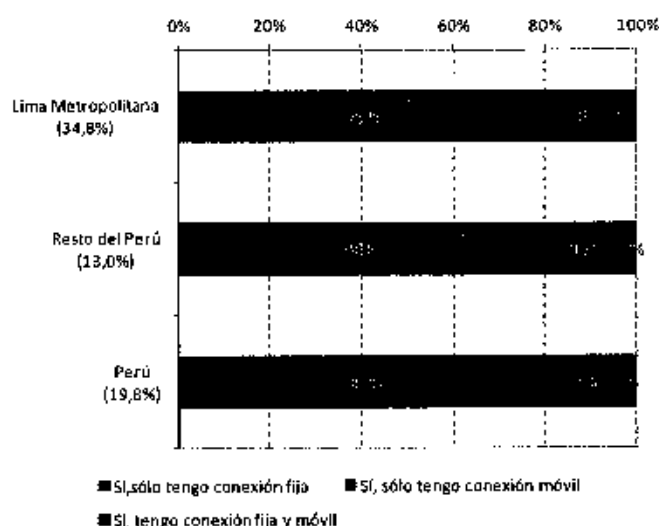
¹¹¹La única excepción fue Austria, para el caso del mercado de datos, aunque es importante agregar que la decisión del organismo regulador de este país de considerar a los servicios de datos fijos y móviles dentro del mismo mercado relevante fue seriamente cuestionada por la Comisión Europea.

¹¹²NOAM, E. "Let them eat cellphones: Why mobile wireless is no solution for broadband". En : Journal of information policy 1 (2011) Págs. 470-485.

La información obtenida de los usuarios no evidencia que consideren al internet móvil como sustituto del internet fijo vía ADSL

322. Por su parte, al observar los resultados obtenidos en la Encuesta del OSIPTEL (2012) se tiene que, del 19.8% de hogares que accede a internet a nivel nacional, la mayoría accede a internet a través de un medio fijo (81%) en lugar de uno móvil (5%). Ello va claramente en contra de la afirmación realizada por TELEFÓNICA en su recurso de apelación, en el que ha aseverado que las tendencias de adopción de internet móvil observadas en el 2010 indicarían que el ADSL se encontraría perdiendo preponderancia como medio de acceso a internet¹¹³.

Gráfico N° 09: Medio de acceso a internet



Fuente: Encuesta OSIPTEL 2012. Elaboración: OSIPTEL.

323. En el Gráfico N° 10 se observa que un 95% de la población encuestada no reemplazaría el internet fijo por el internet móvil. Asimismo, en Lima Metropolitana dicha proporción se incrementa al 97%. Este hecho hace evidente que los usuarios de internet fijo vía ADSL no migrarían al servicio de internet móvil, por no considerarlo un sustituto¹¹⁴.

¹¹³Argumento incluido en el Informe Alterna 1.

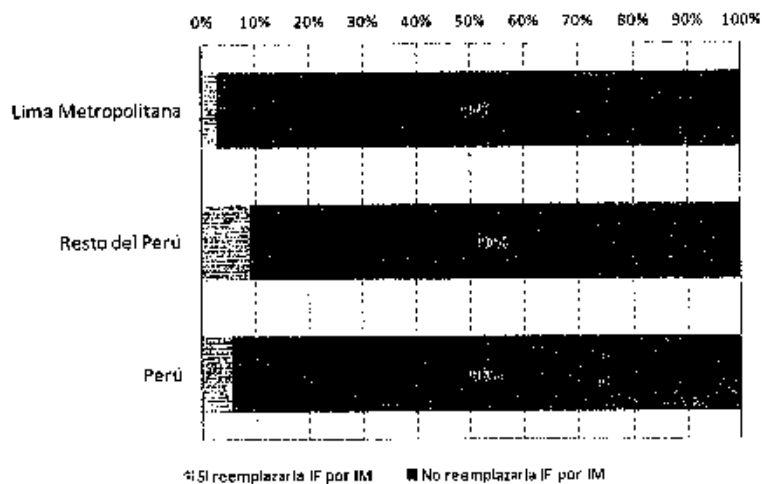
¹¹⁴Adicionalmente, a fin de comparar dichas preferencias reflejadas en la encuesta, y a título meramente referencial, se ha buscado información sobre reclamos de usuarios en el sistema de Atención a Usuarios (ATUS). Se ha encontrado múltiples quejas de usuarios de internet móvil USB a nivel nacional, quienes indican que su servicio es intermitente; muchos de estos usuarios además, solicitaron información sobre cómo dar de baja al servicio. Así se tienen las siguientes quejas a título de ejemplo:

Orientación N° SAO1106068298: La usuaria indica que tiene constantes problemas con la calidad del servicio de internet inalámbrico por desconexión intermitente injustificada, motivo por el cual le quiere dar de baja al servicio, pero aún se encuentra dentro del plazo forzoso.

Orientación N° SAO1106066594: Usuaria refiere que ha contratado el servicio de internet inalámbrico USB MODEM el 09.04.2011, sin embargo, desde el momento contratado ha tenido problemas de velocidad con su servicio, no puede navegar en internet, la señal se pierde constantemente, refiere haberse apersonado en reiteradas ocasiones a formular su reclamo al centro de atención al cliente, sin que se le haya generado código de reporte ó reclamo, pese a ello el problema persiste.

Orientación N° SAO1106066684: Refiere continuos problemas de calidad de servicio referido a intermitencia en el mismo que no le permite usar con normalidad el servicio de internet móvil.

Gráfico N° 10: Disposición de migración al internet móvil



Fuente: Encuesta OSIPTEL 2012. Elaboración: OSIPTEL

Conclusión sobre el análisis de sustitución por el lado de la demanda

324. Por las características particulares que presenta la oferta de internet móvil (límite de descarga), la ausencia de paralelismo de precios entre los productos de internet móvil USB y fijo ADSL, la existencia de una oferta comercial complementaria entre ambos, y los datos de la Encuesta del OSIPTEL (2012), este Tribunal concluye que, para efectos del presente procedimiento, desde el punto de vista de la demanda, no existe una sustitución entre el internet fijo y el internet móvil. Dicha conclusión es reforzada por la experiencia internacional en materia de definición de mercados relevantes y un análisis técnico de la diferencia tecnológica entre ambos. Por ello, para el presente caso, no se incluirá dentro de la definición del mercado relevante al servicio de acceso a internet móvil, y en consecuencia, los argumentos formulados por TELEFÓNICA, en el sentido de que el internet móvil debía ser incluido en el mercado relevante, deben desestimarse.
325. Cabe mencionar que, mediante escrito de fecha 24 de enero de 2013, complementado con el escrito de fecha 25 de enero de 2013, TELEFÓNICA remitió el informe "Comentarios al Documento Principales Resultados de la Encuesta de Demanda de Servicios de Telecomunicaciones", elaborado por el Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico. En dicho informe se ha señalado que la Encuesta del OSIPTEL (2012) sería inadecuada para evaluar la sustituibilidad del servicio de internet fijo e internet móvil, en tanto una encuesta de percepción por sí sola no podría ser utilizada para definir un mercado relevante, y, por tanto, no permitiría obtener conclusiones robustas sobre el mercado relevante ni ofrecería argumentos contundentes para descartar la sustituibilidad entre el internet fijo y el internet móvil.
326. Al respecto, es conveniente señalar que los datos de la Encuesta del OSIPTEL (2012) están siendo utilizados en la medida en que aportan un elemento de juicio adicional en el análisis de sustitución por el lado de la demanda entre el internet fijo

vía ADSL y el internet móvil. En efecto, la conclusión a la que ha llegado el Tribunal en este extremo es el resultado del análisis de una serie de elementos, tales como:

- Las diferencias en las características del internet fijo vía ADSL y el internet móvil vía USB (capacidades de descarga),
- El estudio de Ipsos Apoyo "Usos y actitudes hacia internet",
- El Informe Técnico del INEI (2012) elaborado sobre la base de los datos de la Encuesta Nacional de hogares 2011 (ENAHO 2011),
- La inexistencia de presión competitiva del internet móvil sobre el internet fijo vía ADSL,
- El hecho de que la oferta comercial muestre que operadores móviles consideran al internet móvil y al internet fijo vía ADSL como complementarios y
- El hecho de que las autoridades internacionales no se adhieran a la hipótesis de sustitución.

327. Adicionalmente, se debe precisar que el objetivo de la Encuesta del OSIPTEL (2012) no fue medir el grado de sustituibilidad del servicio de internet fijo vía ADSL y del servicio de internet móvil teniendo al precio como referente, sino obtener información sobre la demanda y los patrones de uso de los servicios de telecomunicaciones. Sin perjuicio de lo anterior, el tamaño de la muestra y la representatividad a nivel nacional de la misma permiten aportar indicios en cuanto a la priorización entre los servicios de telecomunicaciones, así como sobre su posible sustitución o complementariedad, en función de distintas características socioeconómicas y demográficas.

3.1.1.1.2 Análisis de sustitución por el lado de la oferta

328. Este Tribunal considera que, desde el punto de vista de la oferta, se aprecia con claridad que la tecnología celular a través de la cual se provee el internet móvil y las redes de cobre, necesarias para brindar internet fijo vía ADSL, son notablemente diferentes. Los montos necesarios de inversión y el amplio despliegue de red que debería realizar una empresa móvil que desee empezar a brindar el servicio de internet fijo vía ADSL, hacen que sea poco probable que, ante un aumento en el precio del internet fijo, las empresas que ofrecen el servicio de internet móvil estén dispuestas a migrar a la tecnología fija, al menos en el corto plazo.

3.1.1.2 Análisis de Sustitución entre el internet fijo vía ADSL y el internet vía cable módem

329. TELEFÓNICA ha señalado en su apelación que el Cuerpo Colegiado habría obviado efectuar el análisis de monopolista hipotético. Dicha empresa señala que no se habría evaluado por qué un consumidor que utiliza su servicio *Speedy* no optaría por utilizar un servicio de banda ancha móvil, ante un escenario de aumento del precio del mismo.

330. Este Tribunal ha determinado que los servicios de internet móvil no constituyen sustitutos del internet fijo vía ADSL. No obstante, como se determinará en el siguiente punto, el internet vía cable módem presenta una oferta comercial con características similares al internet fijo vía ADSL (ver cuadro N° 03), por lo que resulta pertinente realizar el análisis del monopolista hipotético para determinar si

dicho servicio efectivamente podría constituirse como un sustituto del servicio de internet fijo vía ADSL.

3.1.1.2.1 Análisis de sustitución por el lado de la demanda

331. A diferencia de lo que ocurre entre el internet fijo vía ADSL y el internet móvil, el internet vía cable módem presenta una oferta comercial con características similares (precio, velocidades, no cuenta con límites de descarga) a las del internet fijo vía ADSL (ver cuadro N° 03), por lo que, aparentemente, desde el punto de vista de la demanda, podrían ser considerados sustitutos.

Cuadro N° 03: Oferta comercial residencial de las principales empresas - a diciembre 2011

TELEFÓNICA		AMÉRICA MÓVIL	
INTERNET COMERCIALIZADO SÓLO			
Velocidades	En Total 9 200 Kbps, 400 Kbps, 500 Kbps, 1 Mbps, 1.5 Mbps, 2 Mbps, 2.5 Mbps, 3 Mbps, 4 Mbps	En Total 10 200 Kbps, 400 Kbps, 500 Kbps, 600 Kbps, 1 Mbps, 2 Mbps, 3 Mbps, 4 Mbps, 10 Mbps y 20 Mbps.	
Tecnología de Acceso	ADSL	Cable Módem (HFC)	
Tarifas	Establecidas: S/. 103 a S/. 1,562 Promocionales: S/. 50 a S/. 415	S/. 39 a S/. 470	
Cobertura	Nacional - Arequipa, Cajamarca, Chiclayo, Chimbote, Huanuco, Ica, Lima, Piura, Tarma y Trujillo.	Principales distritos de las ciudades de Lima(*), Chiclayo, Piura, Trujillo, Ica, Arequipa, Chimbote, Lambayeque y Tacna (*) Cobertura válida sólo para los distritos de Ate, Barranco, Bellavista, Breña, Callao, Carmen de la Legua, Chorrillos, Comas, Jesús María, La Molina, La Perla, La Victoria, Lima Cercado, Lince, Los Olivos, Magdalena, Miraflores, Pueblo Libre, San Borja, San Isidro, San Juan de Lurigancho, San Martín de Porres, San Miguel y Surco El servicio Internet Fijo de 10 Mbps y 20 Mbps, sólo está disponible en Lima para los distritos de La Molina, San Borja, San Isidro, Surco y Miraflores.	

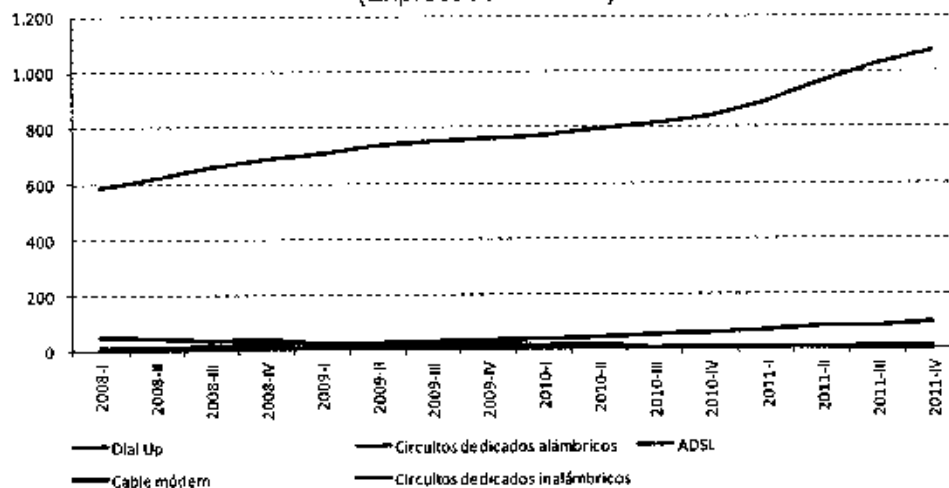
INTERNET COMERCIALIZADO CON OTROS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES			
Elementos	4 tipos de líneas:		9 tipos de líneas:
		Línea Premium-Tarifa Plana Nacional, línea libre al segundo 3 = Tarifa Semiplana. Línea Control al segundo y línea Control 3D.	Control 50, Control 250, Control 550, Control 1000, Control 2000, Abierto 250, Abierto 550, Abierto 1000 y Abierto 2000.
	5 velocidades de Internet:		7 velocidades de Internet:
		512 Kbps, 1Mbps, 2Mbps, 3Mbps, 4Mbps	600 Kbps, 1Mbps, 2Mbps, 3Mbps, 4Mbps, 10Mbps(**) y 20 Mbps (**).
	Canales de TV por Cable:		Canales de TV por Cable:
	68 (señal analógica)		134 (señal digital)
	162 (señal digital)		136 (señal digital + 2HD)
	39 (señal satelital)		169 (señal digital)
			171 (señal digital + 2HD)
Rango de Precios de Dólares	Telefonía + Internet ADSL	S/. 69 a S/. 209	--
	Telefonía + Internet Coaxial	--	S/. 66 a S/. 504
	TV Cable + Internet Coaxial	--	S/. 130 a S/. 561
Rango de Precios de Tríos	con Internet ADSL	S/. 118 a S/. 309	S/. 119 a S/. 550
	con Internet Coaxial (*)	Plan Libre: S/. 850 a S/. 1,399	--
		Plan Control: S/. 419 a S/. 699	--
Cobertura	Para paquetes con Internet ADSL, cobertura nacional		(Sobre los paquetes) La empresa ofrece sus servicios en: Callao, Pueblo Libre, San Borja, San Isidro, La Molina, Miraflores, Santiago de Surco, Jesús María, Magdalena, San Miguel, Los Olivos, San Martín de Porres, Bella Barranca, San Juan de Lurigancho, Cercado y Comas (**) Para paquetes con Internet de 10 Mbps y 20 Mbps la cobertura es válida solo para los distritos de Miraflores, San Isidro, San Borja, La Molina y Surco

Nota: Se debe precisar que en el caso de TELEFÓNICA, el servicio de Internet que es comercializado sólo cuenta con la restricción de contar con una línea telefónica activa (el servicio atado)

Fuente: SIRT - OSIPTEL. Elaboración: OSIPTEL

332. Adicionalmente, el siguiente gráfico nos muestra que, entre los años 2001 y 2011, y pese al crecimiento sostenido que tiene el acceso a internet fijo vía ADSL, se ha registrado un ligero incremento de los usuarios de acceso a internet fijo vía cable módem.

Gráfico N° 11: Evolución del número de suscriptores por medio de acceso fijo (Expresado en miles)



Fuente: Empresas Operadoras. Elaboración: OSIPTEL

333. Por tanto, se compararán los precios de ambos productos para analizar si los usuarios de internet fijo vía ADSL migrarían a los productos de internet vía cable módem si se diera un incremento ligero en el precio del producto de TELEFÓNICA, digamos del 5%. Si bien existen otros factores que pueden afectar la decisión de contratar el servicio, tales como el costo de instalación, el costo de los equipos, entre otros, lo más relevante para el usuario a lo largo del tiempo es la renta mensual y la velocidad.
334. Cabe señalar que en este análisis se tomará en cuenta el servicio de acceso a internet fijo vía ADSL de la oferta comercial de TELEFÓNICA cuando es vendido junto con otros planes de telefonía fija alámbrica y cuando es vendido como parte de los llamados dúos y tríos.

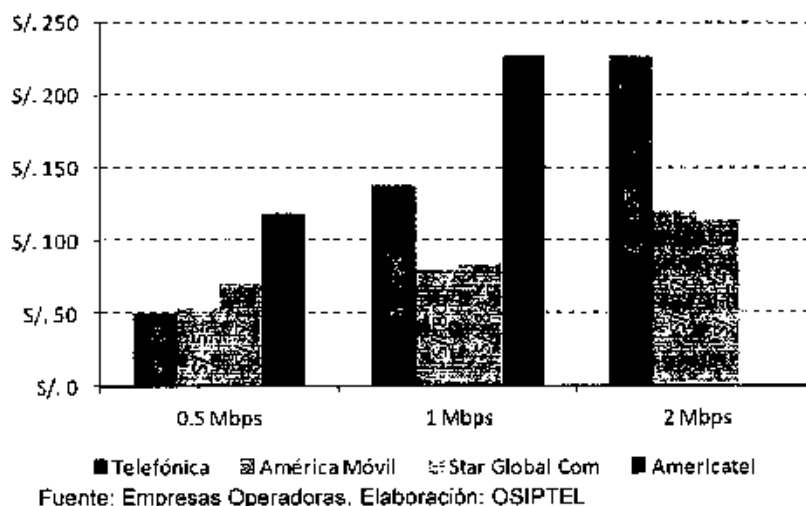
Análisis del internet fijo vía ADSL vendido junto con los servicios de telefonía fija

335. En este caso se tomará en cuenta aquellos productos de acceso a internet fijo vía ADSL que TELEFÓNICA vende junto con sus planes de telefonía fija.
336. En el Gráfico N° 12 se observa las tarifas por velocidad de transmisión que ofrecen las principales empresas del mercado, a diciembre de 2011. Para la velocidad correspondiente a 0.5 Mbps se puede ver, al comparar las tarifas de las principales empresas del mercado, que la que ofrece el servicio a una menor tarifa es TELEFÓNICA, con su producto Internet 50¹¹⁵, brindado a través de la tecnología ADSL. Por su parte, América Móvil Perú S.A.C. brinda el servicio a una velocidad de 600 Kbps por un precio de S/.54 vía la tecnología cable módem. Luego, el producto de América Móvil Perú S.A.C. se presenta como una alternativa a la cual los usuarios podrían migrar ante un ligero aumento en la tarifa por parte de TELEFÓNICA.
337. Sin embargo, cabe señalar que el producto Internet 50 es un producto particular, diseñado para poder proporcionar el servicio a sectores económicos de bajos recursos, por lo que es el único plan de internet fijo que ha sido autorizado por el OSIPTEL para contar con un tope de descarga¹¹⁶. En ese caso, los productos no son estrictamente comparables, pues el de América Móvil Perú S.A.C. no presenta límites de descarga y está dirigido a un público más general.
338. Para el caso de 1 Mbps de velocidad, América Móvil Perú S.A.C. es la que cuenta con la menor tarifa del mercado (S/. 80) seguida de cerca por Star Global Com (S/.84), empresa perteneciente al Grupo Telefónica que provee el servicio vía cable módem. No obstante, se debe mencionar que Star Global Com proporciona el servicio sólo en las regiones de Arequipa y Tacna. Una situación similar se observa en el caso de la velocidad de 2 Mbps, en la cual TELEFÓNICA ofrece la mayor tarifa.

¹¹⁵Es importante que este producto es un caso excepcional ya que este plan fue diseñado para poder proporcionar el servicio a sectores económicos de bajos recursos. Es el único que cuenta con reducción de velocidad al alcanzar los 6 GB de transmisión de datos.

¹¹⁶Una vez alcanzados los 6 GB de datos descargados, la velocidad se reduce de 512 Kbps a 256 Kbps, hasta iniciar el siguiente ciclo de facturación.

Gráfico N° 12: Tarifas por velocidad de transmisión a diciembre 2011

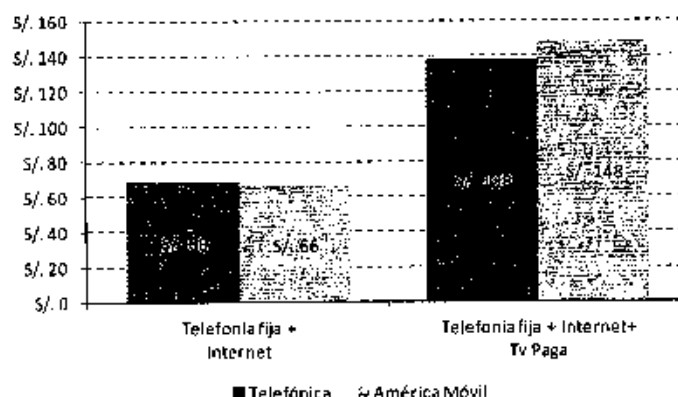


339. Cabe señalar que, en el caso de las tarifas registradas por Americatel, se observa que las velocidades ofrecidas son mayores a las de sus competidores. Esta gran diferencia radica básicamente en el nivel de velocidad mínima garantizada que ofrece la empresa (25%), mientras que el ofrecido por sus principales competidores está entre el 5% y 10%. Ello se relaciona con el hecho de que el servicio de acceso a internet de Americatel y, por tanto, su esfuerzo comercial, se orientan básicamente al segmento comercial (sobre todo a las PYMES).
340. Adicionalmente, si bien en el mercado hay otras empresas, como Global Crossing e Infoductos y Telecomunicaciones, que prestan el servicio de acceso a internet fijo a través de la tecnología ADSL, no resulta pertinente considerarlas al momento de realizar la comparación tarifaria, debido a que el nicho de mercado al cual dirigen sus productos es el segmento comercial. Es importante destacar, además, que las referidas empresas no concentran ni el 0.01% del total de suscriptores de acceso a internet fijo vía ADSL.
341. La comparación de precios de productos similares ofrecidos por ambas empresas ha evidenciado que las tarifas del servicio de acceso a internet fijo vía ADSL, cuando este no se vende como parte de los llamados dúos o tríos, no corresponden a las más bajas del mercado. No obstante, los usuarios acceden al servicio predominantemente a través de esta tecnología por medio de los productos de TELEFÓNICA. En el caso particular del internet de 1Mbps y de 2Mbps, llama la atención que los usuarios de TELEFÓNICA no hayan migrado al producto de América Móvil Perú S.A.C., que ofrece un servicio de similares velocidades a precios menores.
342. Ahora bien, este Tribunal considera que una variable a tener en cuenta, al realizar el presente análisis de sustituibilidad, es la cobertura efectiva de ambas empresas y, por tanto, de las redes a través de las cuales estas brindan sus servicios, tema que será posteriormente analizado.

Análisis de internet fijo vía ADSL en los dúos o tríos

343. Ahora se tomará en consideración los productos que TELEFÓNICA ofrece como parte de sus denominados dúos y tríos, para la velocidades de 0.5 Mbps, 1 Mbps y 2 Mbps, en comparación con los productos ofrecidos por su principal competidora, América Móvil Perú S.A.C., que ofrece el servicio de internet como parte de sus denominados "Arma tu Play"¹¹⁷ bajo la tecnología cable módem.
344. En el Gráfico N° 13 se aprecia que, para el caso de las tarifas del dúo conformado por el servicio de acceso a internet fijo de 0.5 Mbps y telefonía fija, el producto de América Móvil Perú S.A.C. es 4% más barato¹¹⁸. Sin embargo, en el caso del trío conformado por los tres servicios, a la velocidad referida, la tarifa de TELEFÓNICA es 7% más barata. Luego, se esperaría que, ante un incremento del 5% en el precio de las promociones de TELEFÓNICA, sólo el usuario del dúo migre al producto ofrecido por América Móvil Perú S.A.C. a través de la tecnología cable módem, allí donde esta tecnología esté disponible.

Gráfico N° 13: Comparación de tarifas – 0.5 Mbps
(a diciembre 2011 – incluye IGV)



Nota:

En el caso de TELEFÓNICA se considera el Dúo Internet 50 (Línea fija que incluye 30 minutos) y el Trío Internet 50 (Línea fija que incluye 30 minutos y TV de Paga que incluye 68 canales). En el caso de América Móvil Perú S.A.C., se considera el plan de telefonía fija Control 50 (50 minutos), el Internet 600 (velocidad de 600 Kbps) y el paquete Básico Digital (134 canales)

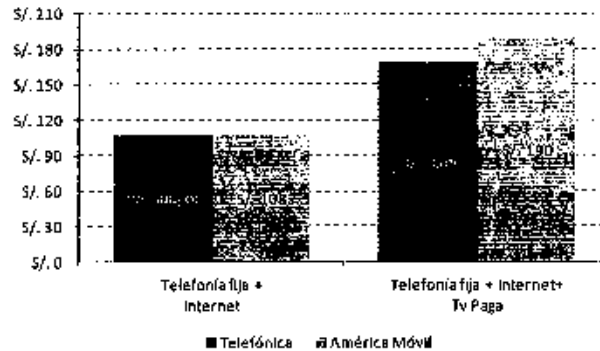
Fuente: Empresas Operadoras. Elaboración: OSIPTEL

345. En el caso del dúo conformado por el servicio de acceso a internet fijo de 1 Mbps y el servicio de telefonía fija mostrado en el Gráfico N° 14, la velocidad y el precio ofrecidos por cada empresa son similares. En el caso de la oferta comercial que incluye los 3 servicios, se contempla una diferencia del 12% entre las tarifas de ambas empresas, siendo TELEFÓNICA la empresa que brinda el trío con menor tarifa.

¹¹⁷Lanzados al mercado en junio de 2008.

¹¹⁸Es importante señalar que en el caso de esta empresa se está tomando en consideración la velocidad de 600 Kbps, ya que no brindan la de 512 Kbps como es el caso de TELEFÓNICA.

**Gráfico N° 14: Comparación de tarifas– 1 Mbps
(a diciembre 2011 – incluye IGV)**



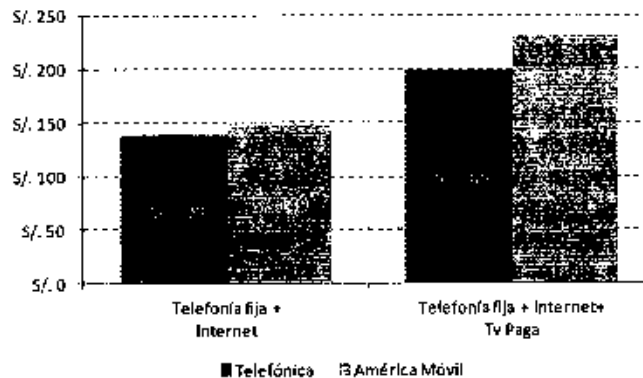
Nota:

En el caso de TELEFÓNICA se considera el Dúo Movistar Speedy Control al Segundo 1 Mb y el Trío Control al Segundo 1 Mb Estándar (Línea fija que incluye 130 minutos y TV de Paga que incluye 69 canales). Mientras que en el caso de América Móvil Perú S.A.C. se considera el plan de telefonía fija Abierto 250 (250 minutos) y el paquete Básico Digital (134 canales)

Fuente: Empresas Operadoras. Elaboración: OSIPTEL

346. Finalmente, observando las tarifas del Gráfico N° 15, al realizar el mismo análisis para el caso de los dúos, conformados por el servicio de acceso a internet fijo de 2 Mbps y el servicio de telefonía fija, se aprecia que la menor tarifa es proporcionada por TELEFÓNICA (7% más barata). Lo mismo ocurre en el caso de la oferta comercial conformada por los tres servicios, en el que la diferencia de precios equivale a un 16%. Luego, si TELEFÓNICA aumentara el precio de estas promociones en 5%, es de esperar que el usuario no migre a la tecnología cable módem.

**Gráfico N° 15: Comparación de Tarifas– 2 Mbps
(a diciembre 2011 – incluye IGV)**



Nota:

En el caso de TELEFÓNICA se considera el Dúo Semiplano 2 Mb y el Trío Semiplano 2 Mb Estándar (Línea fija que incluye 500 minutos y TV de Paga que incluye 69 canales). Mientras que en el caso de América Móvil Perú S.A.C. se considera el plan de telefonía fija Abierto 550 (550 minutos) y el paquete Básico Digital (134 canales)

Fuente: Empresas Operadoras. Elaboración: OSIPTEL

347. De todo lo expuesto en esta sección, este Tribunal considera que lo primero que se evidencia de los gráficos mostrados es que, en la mayoría de los casos, el producto de TELEFÓNICA es más barato en un valor de entre el 7% y el 16%. Luego, ante un incremento del 5% en los precios del producto de TELEFÓNICA, se esperaría que el usuario no migre al producto ofrecido por América Móvil Perú S.A.C. y, por tanto, a la otra tecnología. Cabe indicar que no debe desprenderse automáticamente que TELEFÓNICA no ostente poder de mercado por cobrar un precio más barato, puesto que la existencia de poder de mercado y el abuso del mismo pueden manifestarse por medio de variables diferentes al precio, como se verá en el punto 3 de la presente resolución.
348. Asimismo, más allá del diferencial de precios que existe con los productos de América Móvil Perú S.A.C., este Tribunal considera que existen otras variables que pueden afectar el costo de la migración de los productos de TELEFÓNICA a los ofrecidos por América Móvil Perú S.A.C., directa o indirectamente. Estas variables podrían impedir que, ante incrementos de precios mayores, el usuario migre a la otra tecnología. Así, existen costos directos tales como el costo de instalación a pagar por nuevos servicios o la existencia de plazos forzosos, que obligan al usuario a pagar por adelantado los equipos amortizados normalmente a lo largo de dicho plazo si desea cancelar su contrato con anticipación. Asimismo, se debe tener en cuenta la valoración otorgada por el usuario a los otros servicios brindados como parte de la promoción.
349. Luego, ante un posible aumento del precio de una promoción con acceso a internet fijo vía ADSL, la migración hacia la tecnología cable módem dependerá en gran medida del nivel del aumento en el precio, del valor proporcionado por el usuario a los canales exclusivos y/o al número asociado a la línea telefónica, y a la facilidad proporcionada por la empresa competidora al momento del cambio. Esto último se refleja en la disponibilidad efectiva de los servicios en las zonas por parte de la empresa competidora. Por ello, y aún en el caso en el que el aumento sea suficiente para incitar a un usuario a cambiar de proveedor, este podría encontrar limitaciones en cuanto a la cobertura y a las facilidades técnicas del operador.

Problemas de cobertura de la red de cable módem

350. La red de cable módem de América Móvil Perú S.A.C. cuenta con cobertura sólo en los principales distritos de Lima y en las principales ciudades de la costa, aunque la evidencia comprueba que existe una falta de facilidades técnicas para brindar el servicio a nuevos usuarios, aún en zonas donde en teoría cuenta con cobertura, y que, por tanto, la empresa no llega a cubrir todas las zonas de los referidos distritos¹¹⁹. Dicha situación dificulta que suscriptores de la tecnología ADSL migren hacia el cable módem y lleva a la conclusión de que, de momento, y dentro de los alcances del presente procedimiento, no existe un sustituto viable a la tecnología ADSL en el mercado peruano.
351. Asimismo, es importante resaltar que la referida limitada cobertura no es propia de una sola empresa sino más bien de la red de cable módem en general. A título de

¹¹⁹De acuerdo al Sistema de Atención a Usuarios del OSIPTEL, se evidencia la existencia de solicitudes de instalación y/o activación no atendidas por parte de la empresa operadora para el caso del servicio de acceso a internet fijo.

ejemplo se puede apreciar el caso del internet fijo vía cable módem de Telefónica Multimedia S.A.C., de reciente lanzamiento. Este servicio cuenta con una cobertura limitada a sólo algunos distritos de Lima Metropolitana.

352. La aparente dificultad de las empresas entrantes como América Móvil Perú S.A.C. para poder expandir sus redes fijas y, por tanto, su cobertura, ha sido ya manifestada en diversas oportunidades ante diferentes foros e instancias. La problemática asociada ha sido recogida en el Plan Nacional para el Desarrollo de la Banda Ancha en el Perú, donde se hace una descripción de las barreras de acceso existentes¹²⁰.

Conclusión

353. Por todo lo expuesto en los puntos precedentes, a partir de los medios probatorios que obran en el expediente y dentro de los alcances del presente procedimiento, a diferencia de lo señalado en la resolución apelada, este Tribunal considera que, desde el punto de vista del análisis de sustituibilidad desde el lado de la demanda, el servicio de acceso a internet fijo vía cable módem no puede ser incluido en el mercado relevante.
354. Ello debido a que si ante aumentos en el precio del internet fijo vía ADSL, el servicio de acceso a internet fijo vía cable módem pudiese generar una alternativa de sustitución, por contar con velocidades y otras características similares, sus limitaciones de cobertura, la incertidumbre en cuanto a su expansión y los eventuales costos de cambio que enfrentarían los usuarios al migrar a esta tecnología constituyen factores que descartan que este pueda ser considerado como un producto que pueda ejercer una presión competitiva sobre el servicio de internet fijo vía ADSL.

3.1.1.2.2 Análisis de sustituibilidad por el lado de la oferta

355. En esta sección corresponde analizar la posibilidad de que, ante un aumento ligero pero significativo y no transitorio en el precio del internet fijo vía ADSL, el principal proveedor de internet vía cable módem, América Móvil Perú S.A.C., esté en capacidad de empezar a proveer dicho servicio. Para ello, tendría dos opciones: solicitar a TELEFÓNICA el acceso a su infraestructura o desplegar una red alternativa de cobre. Seguidamente, se procederá a analizar la viabilidad de dichas alternativas en el contexto del presente procedimiento.

Alternativa I: Compartir la infraestructura de cobre existente

356. En el caso de la Alternativa I, América Móvil Perú S.A.C. tendría las siguientes opciones: (i) hacer uso de la planta externa (infraestructura pasiva) de otro operador, (ii) hacer uso de los conductores de red tradicionalmente tendida para el servicio telefónico de cobre (servicios de desagregación de bucle) y (iii) realizar una conexión entre su red y la red activa de otro operador para obtener acceso a los usuarios (acceso bitstream).

¹²⁰Ver Segunda Parte referida a las Barreras que limitan el desarrollo de la banda ancha en el Perú (Sección 5) del Plan Nacional para el Desarrollo de la Banda Ancha en el Perú, disponible en https://www.mtc.gob.pe/porta/proyecto_banda_ancha/Plan%20Banda%20Ancha%20yf.pdf

- **Hacer uso de la planta externa (infraestructura pasiva) de otro operador:** La compartición de infraestructura en lo referido a la planta de cobre es factible y se viene dando para ciertos elementos de red. No obstante, a la fecha no se han evidenciado negociaciones entre empresas operadoras que se refieran a la compartición de infraestructura pasiva para la provisión del servicio de internet fijo vía ADSL a nivel final.

Asimismo, cabe mencionar que, independientemente de lo señalado en la Resolución N° 132-2012-CD/OSIPTEL, por la cual se determinan Proveedores Importantes en el Mercado de Acceso Mayorista para Internet y Transmisión de datos (que no estuvo vigente durante la tramitación del presente procedimiento)¹²¹, las empresas operadoras tienen la potestad de solicitar la compartición de infraestructura a los operadores dueños de esta, en el marco de la Ley 28295, Ley que regula el Acceso y Uso compartido de Infraestructura de Uso Público para la prestación de Servicios Públicos de Telecomunicaciones¹²².

Sin embargo, es preciso mencionar que el procedimiento para atender una solicitud de compartición de infraestructura puede tomar como mínimo nueve meses desde que se inician las negociaciones entre las empresas operadoras. Este es el periodo para que se concreten las negociaciones¹²³, al que hay que

¹²¹Resolución N° 132-2012-CD/OSIPTEL:

Artículo 3.- Del acceso y uso compartido de la Infraestructura de telecomunicaciones de los Proveedores Importantes

Las empresas operadoras identificadas como Proveedores Importantes conforme al artículo 2 de la presente resolución, se encuentran obligadas a otorgar el acceso y uso compartido de la infraestructura de telecomunicaciones que utilizan o puedan utilizar para proveer el acceso mayorista para el servicio de internet fijo vía ADSL en la región Lima y la Provincia Constitucional del Callao así como en el resto de regiones del país.

Dicha compartición de infraestructura, que incluye la coubicación, deberá ser otorgada a favor de todo concesionario que requiera de dicha infraestructura para prestar sus servicios públicos de telecomunicaciones, sujetándose a lo establecido en el Decreto Legislativo N° 1019 y en las demás normas legales de la materia.

Conforme al artículo 5 del Decreto Legislativo N° 1019, se considera como infraestructura de telecomunicaciones a aquella constituida por los postes, ductos, conductos, poliductos, cámaras, torres y otros elementos de red, así como derechos de paso relacionados directamente con la prestación de un servicio público de telecomunicaciones. Esta infraestructura puede estar instalada en áreas de dominio público o de dominio privado.

¹²²Ley N° 28295:

Artículo 4.- Ámbito de aplicación

El acceso y uso compartido a que se refiere la presente Ley, será de aplicación obligatoria a los titulares de infraestructura de uso público, sea que ésta se encuentre instalada en áreas de dominio público, áreas de acceso público y/o de dominio privado, con independencia de su uso.

El acceso y uso compartido incluye a la coubicación.

Artículo 5.- Procedencia del acceso y uso

Se podrá disponer el uso compartido obligatorio de infraestructura de uso público en caso de presentarse restricción a la construcción y/o instalación de dicha infraestructura de uso público declarada por la autoridad administrativa competente, por cualquiera de las siguientes razones:

- a) Medio ambiente.
- b) Salud pública.
- c) Seguridad.
- d) Ordenamiento territorial.

Sin perjuicio de estos supuestos, el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL podrá imponer el acceso compartido de infraestructura en aplicación de lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 701, sus normas complementarias o por las normas vinculadas a la Interconexión de servicios de telecomunicaciones.

¹²³Para la contabilización del plazo mencionado se toma en cuenta que:

- i. De acuerdo al artículo 12° del Decreto Legislativo N° 1019, el periodo de negociación para la suscripción del contrato de compartición de Infraestructura de telecomunicaciones asciende a 60 días calendarios.

agregar el tiempo previo de planificación del proyecto y el tiempo necesario para implementar la puesta en operaciones de los servicios que se prestarán sobre la infraestructura compartida, luego de concluir las negociaciones.

De acuerdo con la literatura económica, para considerarse que existe sustitución por el lado de la oferta, el cambio de la producción debe darse en un periodo corto de tiempo (entre seis meses y un año)¹²⁴. Este hecho descarta que la compartición de infraestructura pueda ser una opción viable para considerar que existe sustituibilidad por el lado de la oferta entre el internet vía cable módem y el internet fijo vía ADSL.

- **Hacer uso de los conductores de red tradicionalmente tendida para el servicio telefónico de cobre (servicios de desagregación de bucle), red formada por los bucles y subbucles metálicos que conectan los repartidores (en centrales y nodos) con los puntos de terminación de la red telefónica.**

Este es el caso de los operadores que hacen uso de la oferta mayorista de acceso al bucle de abonado (Local Loop Unbundling – desagregación de bucle de abonado).

Sin embargo, los servicios de desagregación del bucle aún no han sido implementados en el mercado peruano. En consecuencia, en el contexto del presente procedimiento, esta opción no sería viable para América Móvil Perú S.A.C.

- **Realizar una conexión entre su red y la red activa de otro operador para obtener acceso a los usuarios (acceso bitstream).** Existe también la alternativa de acceso bitstream, que corresponde a la conexión entre la red de un operador entrante y la red activa de otro operador. Esta opción está regulada en el mercado desde el año 2000, ha sido expuesta y descrita en las partes pertinentes de la presente resolución y se conoce como el Servicio Mayorista de Transmisión de Datos mediante Circuitos Virtuales ATM con acceso ADSL, comercializado bajo el nombre de "GigADSL".

De acuerdo a la información con la que cuenta el OSIPTEL, este servicio mayorista ha sido contratado sólo por dos empresas: Rural Telecom S.A.C, con la finalidad de extender el servicio de acceso a internet a localidades rurales en el marco de proyectos financiados por el FITEL; y Yachay Telecomunicaciones S.A.C., dirigida a dar soluciones tecnológicas a empresas. La oferta de servicios

-
- ii. En el artículo 27° de la Resolución de Consejo Directivo N° 020-2008-CD/OSIPTEL, por el cual se aprueban las Disposiciones Complementarias de la Ley de Acceso a la Infraestructura de los Proveedores Importantes de Servicios Públicos de Telecomunicaciones, se establece un plazo máximo de 10 días hábiles para la notificación de la emisión de mandato de compartición.
 - iii. Asimismo, en el artículo 28° otorga al OSIPTEL un plazo de 30 días calendario para la emisión del mandato de compartición. Del mismo modo, establece un periodo de 10 días calendario como plazo para comentarios.
 - iv. El plazo mencionado en los puntos ii) y iii) pueden ser ampliados excepcionalmente hasta por el doble de tiempo adicional fijado en los referidos artículos.
 - v. De acuerdo al artículo 207° de la LPAG, el término para la interposición de recurso de reconsideración es de 15 días hábiles. El mismo que debe ser resuelto en un plazo máximo de 30 días hábiles.

¹²⁴MOTTA, M. Op. cit. Pág. 103.

de estas empresas no está enfocada en competir en el mercado minorista con el internet fijo vía ADSL de TELEFÓNICA.

Conclusión

357. Por todo lo expuesto, este Tribunal considera que, de todas las opciones presentadas para la compartición de infraestructura de cobre existente, se aprecia que es poco probable que, en el corto plazo, ante un aumento de precio final de internet fijo vía ADSL, América Móvil Perú S.A.C. recurra a esta alternativa para empezar a brindar dicho servicio.

Alternativa II: Posibilidad de despliegue de una red ADSL alternativa

358. Es poco probable que en la práctica se dé el caso hipotético de que un nuevo competidor en el servicio ADSL decida desplegar una red alternativa totalmente nueva y que no dependa de las redes ya establecidas. El escenario más probable es aquel en el que el operador entrante despliegue la nueva red optimizando costos, mediante el aprovechamiento del uso compartido, la sinergia y la reutilización de componentes de red ya instalados por el incumbente y/u otras empresas ya establecidas. Ello se conoce como un despliegue *brownfield*¹²⁵.
359. No obstante, aun en el escenario donde se optimicen los costos mediante el uso compartido de infraestructura, el CAPEX¹²⁶ total requerido para desplegar una nueva red ADSL (cobre) implica altas inversiones, debido principalmente a los componentes de obras civiles, planta externa y cableado. Los montos involucrados se incrementan de manera significativa si se considera una cobertura a nivel nacional de dichas redes y un alcance con el mismo nivel de capilaridad que la que ostenta actualmente TELEFÓNICA. Dichos montos se incrementan aún más si se toma en cuenta otras barreras que actualmente enfrentan los operadores para el despliegue de nueva infraestructura¹²⁷.

Conclusión

360. Por lo expuesto, este Tribunal considera que, en el corto y mediano plazo, resulta poco probable y práctico que la empresa que provee internet vía cable módem decida sustituir su red HFC por una red ADSL (cobre) y que ésta alcance similares niveles de cobertura y capilaridad que la del operador dominante, como para poder ejercer una verdadera presión competitiva.

3.1.2 El mercado geográfico

361. Luego de haber definido el servicio relevante, el siguiente paso es determinar el mercado geográfico. De acuerdo con el artículo 6.3° del Decreto Legislativo N° 1034, el mercado geográfico relevante es el conjunto de zonas geográficas donde

¹²⁵El despliegue 'brownfield' se da cuando un nuevo competidor despliega una red alternativa en un escenario donde ya existen redes establecidas, y por lo tanto, dicho nuevo despliegue aprovecha el uso compartido, la sinergia y la reutilización de componentes de red ya desplegados.

¹²⁶El CAPEX, o *Capital Expenditure* por sus siglas en inglés, es el total de gastos que una empresa realiza para adquirir o mejorar sus activos físicos tales como edificios o equipos.

¹²⁷Las cuales serán evaluadas posteriormente al analizar las barreras de entrada al mercado bajo análisis.

están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, los costos de transporte y las barreras al comercio existentes¹²⁸.

362. El ámbito geográfico se refiere al lugar en el cual los consumidores acceden al servicio y al cual podrían acudir en caso el servicio se viera afectado por un incremento de precio, considerando los costos adicionales de traslado.
363. No obstante lo señalado, el servicio relevante ya definido es uno de naturaleza fija, se consume con su uso, por lo que requiere que la conexión a internet sea efectuada en el lugar de residencia del usuario. Los usuarios sólo dispondrán de la oferta que se brinde en el distrito donde habiten, pues no cambiarían de domicilio únicamente con la finalidad de poder acceder al servicio de otro operador.
364. En tal sentido, el mercado geográfico está conformado por los distritos a nivel nacional cubiertos por el servicio de acceso a Internet por ADSL. De acuerdo con la información proporcionada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, los distritos que cuentan con cobertura del servicio de internet a través de las tecnologías antes mencionadas ascienden a un total de 380 en todo el territorio peruano¹²⁹.
365. Adicionalmente, en el presente caso se definirá si es que las condiciones de competencia que enfrentan los operadores que ofrecen el servicio de acceso a internet fijo via ADSL son homogéneas a nivel nacional o si estas difieren significativamente entre zonas geográficas.
366. En el siguiente gráfico se puede observar la distribución regional de los usuarios del servicio de acceso a internet fijo via ADSL. Al respecto, se aprecia que existe un fuerte contraste entre el número de usuarios en la región Lima¹³⁰ respecto al resto de regiones. Básicamente, en Lima se cuenta con la presencia de las principales operadoras que brindan el servicio via ADSL que son TELEFÓNICA, Telmex y Americatel; mientras que, en la mayor parte de provincias, sólo TELEFÓNICA provee el servicio.
367. Por ello, el Tribunal considera que es correcto separar el mercado geográfico relevante en dos segmentos, de acuerdo al nivel de concentración que se presenta: Lima por un lado y el resto de regiones del país por otro.

¹²⁸ Decreto Legislativo N° 1034

Artículo 6.- El mercado relevante.-

6.3. El mercado geográfico relevante es el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, los costos de transporte y las barreras al comercio existentes.

¹²⁹ Solo en la región Madre de Dios no se han reportado distritos que cuenten con el servicio de Internet por ADSL y/o cable módem.

¹³⁰ Incluye la Provincia Constitucional del Callao.

Gráfico N° 16: Distribución regional de usuarios de Internet fijo vía ADSL (a diciembre 2011)



Fuente: Empresas Operadoras Elaboración: OSIPTEL

3.1.3 Conclusión

368. Por lo expuesto, se ha determinado que el servicio de internet móvil no puede ser considerado como sustituto del internet fijo vía ADSL. En el caso del internet vía cable módem, si bien por el lado de la demanda el servicio prestado a través del cable módem podría ejercer presión competitiva en ciertas velocidades de transmisión, ésta no se generaría de manera definitiva por la limitante que este producto tiene respecto a su cobertura efectiva.
369. Análogamente, por el lado de la oferta, resulta muy difícil que el proveedor de internet vía cable módem pueda transformar su red o desplegar una red alternativa ADSL para ofrecer un servicio de acceso a internet fijo vía ADSL. Por tanto, de los medios probatorios que obran en el expediente y para los alcances del presente procedimiento, este Tribunal considera que el mercado de producto está constituido por el servicio de acceso a internet fijo vía ADSL.
370. Asimismo, por lo expuesto en los párrafos precedentes, las condiciones de competencia diferentes existentes en Lima frente al resto de provincias hacen que el mercado geográfico deba ser separado en dos segmentos.
371. En consecuencia, este Tribunal considera que el mercado relevante a ser analizado se encuentra compuesto por:

- (i) El segmento de acceso a internet fijo vía ADSL en la región Lima y la Provincia Constitucional del Callao y
- (ii) El segmento de acceso a internet fijo vía ADSL en el resto de regiones del país.

3.2 Determinación de posición de dominio

372. Luego de haber definido el mercado relevante, corresponde efectuar la determinación de la posición de dominio en dicho mercado relevante, para los alcances del presente procedimiento.
373. De acuerdo al artículo 7.1° del Decreto Legislativo N° 1034, se entiende que un agente económico goza de posición de dominio en el mercado relevante cuando tiene la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que sus competidores, proveedores o clientes puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad, debido a factores tales como: una participación significativa en el mercado relevante; las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios; el desarrollo tecnológico o servicios involucrados; el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministro así como a redes de distribución; la existencia de barreras a la entrada de tipo legal, económica o estratégica; la existencia de proveedores, clientes o competidores y el poder de negociación de éstos¹³¹.
374. Por su parte, en el numeral 4.1.1. de los Lineamientos de Libre Competencia en Telecomunicaciones se establece que algunas de las variables que el OSIPTEL podrá tomar en consideración para determinar si una empresa exhibe posición de dominio, son: porcentaje de participación de la empresa en el mercado, nivel de concentración del mercado, control de recursos esenciales, el grado de integración vertical, barreras a la entrada, posibilidad de utilizar infraestructura propia para proveer otros servicios, otros factores que permitan evaluar el nivel de independencia con el que una empresa está en capacidad de actuar con relación a sus competidores o clientes.
375. La posición de dominio se determinará en el mercado del servicio principal o servicio atante, debido a que la conducta del investigado solo podría generar una restricción a la competencia en la medida en que utilice su posición dominante en este mercado para obtener una ventaja anticompetitiva en el mercado del servicio atado.

¹³¹ Decreto Legislativo N° 1034:

Artículo 7.- De la posición de dominio en el mercado.-

7.1. Se entiende que un agente económico goza de posición de dominio en un mercado relevante cuando tiene la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que sus competidores, proveedores o clientes puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad, debido a factores tales como:

- (a) Una participación significativa en el mercado relevante.
- (b) Las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios.
- (c) El desarrollo tecnológico o servicios involucrados.
- (d) El acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministro así como a redes de distribución.
- (e) La existencia de barreras a la entrada de tipo legal, económica o estratégica.
- (f) La existencia de proveedores, clientes o competidores y el poder de negociación de éstos.

376. En tal sentido, la identificación de posición de dominio se realizará en el mercado relevante del servicio de internet previamente definido, iniciándose con la descripción de la estructura de mercado, donde se analizará tanto la participación de mercado que ostenta TELEFÓNICA como el nivel de concentración del mismo. Asimismo, se procederá con la evaluación de las barreras a la entrada existentes en el mercado relevante.

3.2.1 Descripción de la estructura de mercado

377. En el Gráfico N° 11 se ha observado que la mayor concentración de usuarios que acceden a internet utiliza el ADSL, tecnología que se ha ido expandiendo a lo largo del tiempo. Es importante resaltar la relevancia que ocupa esta modalidad de acceso ya que, a diciembre de 2011, representa el 89.65% del total de conexiones realizadas mediante un medio fijo.
378. En el Cuadro N° 04 se observa claramente que, en esta modalidad de acceso, los usuarios se encuentran concentrados por una sola empresa operadora y, como puede apreciarse, este hecho no ha sufrido variaciones significativas entre los años 2007 y 2011.

Cuadro N° 04: Participación de suscriptores del servicio de internet fijo vía ADSL a nivel nacional

Empresa	2007	2008	2009	2010	2011
Telefónica del Perú	99,96%	99,97%	99,98%	99,99%	99,97%
Otros	0,04%	0,03%	0,02%	0,01%	0,03%

Fuente: Empresas Operadoras Elaboración: OSIPTEL

379. Si se evalúa la distribución de la participación de mercado de acuerdo a las zonas geográficas que se han definido previamente, se evidencia que en ambas zonas TELEFÓNICA mantiene una concentración muy cercana al 100% del total de suscriptores. Es importante señalar que el número de empresas que compiten con TELEFÓNICA en Lima y Callao (Americatel, Global Crossing y América Móvil Perú S.A.C.) es mayor que en el resto de Provincias, donde se observa sólo la presencia de América Móvil Perú S.A.C. en algunas zonas de la costa.

Cuadro N° 05: Participación de suscriptores del servicio de internet fijo via ADSL por segmento geográfico (a diciembre 2011)

Zona	Telefónica del Perú	Otros
Lima y Callao	99,96%	0,04%
Resto de Provincias	99,98%	0,02%

Fuente: Empresas Operadoras Elaboración: OSIPTEL

380. Adicionalmente, uno de los principales indicadores empleados para analizar el nivel de concentración de una industria es el denominado Índice Herfindahl-Hirschman (HHI, por sus siglas en inglés). Dicho indicador se calcula a partir de la suma de los cuadrados de las participaciones de mercado de las empresas competidoras en una industria. El valor calculado de este indicador varía entre 0 y 10.000; mientras más alto sea éste, más alta y/o desigual es la concentración de una industria

381. En línea con ello, de acuerdo con los *Horizontal Merger Guidelines* del Departamento de Justicia de Estados Unidos (DOJ), las agencias de competencia suelen clasificar a los mercados en tres categorías: mercados no concentrados (HHI por debajo de 1500), moderadamente concentrados (HHI entre 1500 y 2500) y altamente concentrados (HHI superior a 2500)¹³².
382. Si se realiza el cálculo de este indicador para los mercados relevantes definidos, se obtiene una tendencia constante y sin variaciones significativas para el periodo 2007 a 2011. Así, a diciembre de 2011, el HHI asciende a 9994, lo que indica que el mercado se ha mantenido altamente concentrado.
383. En resumen, de acuerdo a la información evaluada y dentro de los alcances del presente procedimiento, el Tribunal concluye que, el mercado relevante, en sus dos sectores, exhibe una alta participación por parte de TELEFÓNICA y está altamente concentrado, con indicadores de que dicha situación se ha mantenido a lo largo del periodo evaluado.

3.2.2 Barreras a la entrada

384. De acuerdo con el artículo 7.1° e) del Decreto Legislativo N° 1034, la existencia de barreras a la entrada de tipo legal, económica o estratégica constituye uno de los factores por los cuales un agente económico puede gozar de posición de dominio en el mercado¹³³.
385. Adicionalmente, el numeral 4.1.1.e) de los Lineamientos de Libre Competencia en Telecomunicaciones dispone que una de las variables que el OSIPTEL podrá tomar en consideración, para determinar si una firma exhibe posición de dominio en un mercado relevante determinado, es la existencia de barreras para la entrada de competidores, evaluada con relación a los antecedentes de entrada y salida de competidores en el mercado relevante. Más aún, en dichos Lineamientos se señala que las barreras a la entrada son costos en los que incurre un entrante y en los que no incurre la firma establecida.
386. En línea con lo anterior, las barreras a la entrada se pueden definir como factores que brindan a las firmas dominantes una ventaja sobre los competidores potenciales, permitiendo al dominante ejercer poder de mercado. Por su naturaleza, la existencia de barreras a la entrada dificulta que la intensidad competitiva de un mercado aumente.

¹³²SULLIVAN, E. Thomas, HOVENKAMP, Herbert, SHELANSKI, Howard A. Op. cit. Pág. 62.

¹³³Decreto Legislativo N° 1034:

Artículo 7.- De la posición de dominio en el mercado.-

7.1. Se entiende que un agente económico goza de posición de dominio en un mercado relevante cuando tiene la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que sus competidores, proveedores o clientes puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad, debido a factores tales como:

- (a) Una participación significativa en el mercado relevante.
- (b) Las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios.
- (c) El desarrollo tecnológico o servicios involucrados.
- (d) El acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministro así como a redes de distribución.
- (e) La existencia de barreras a la entrada de tipo legal, económica o estratégica.
- (f) La existencia de proveedores, clientes o competidores y el poder de negociación de éstos.

7.2. La sola tenencia de posición de dominio no constituye una conducta ilícita.

387. Las barreras a la entrada pueden clasificarse en estructurales, legales o estratégicas. A continuación, se describe cada una de estas y se analiza si están presentes en el mercado relevante bajo análisis.

3.2.2.1 Barreras estructurales

388. Las barreras estructurales son aquellas específicas a las características de un mercado y, por lo tanto, exógenas al actuar de las empresas, creando condiciones asimétricas entre la firma dominante y los potenciales entrantes. Las barreras estructurales están asociadas a la tecnología (y por ende, a los costos) o a la demanda. Así, la existencia de economías de escala y de ámbito sustanciales, los altos costos hundidos, así como las ventajas de costo absolutas, constituyen barreras estructurales.
389. En la experiencia de la Comisión Europea, se considera como barreras a la entrada existentes en los mercados de telecomunicaciones a las economías de escala y de ámbito, al control del incumbente de una red crítica de distribución o venta, a las externalidades de red, al requerimiento de inversiones significativas para entrar al mercado, al acceso a tecnologías importantes, entre otras¹³⁴.
390. Tal como se indica en la resolución apelada, TELEFÓNICA cuenta con la red de acceso al usuario final o acceso al bucle local que brinda la infraestructura necesaria que viabiliza la prestación del servicio de internet fijo vía ADSL, por lo que no tiene que duplicar el bucle local. Dicha infraestructura es de tal envergadura que difícilmente podría ser replicada por un competidor en el corto plazo. Adicionalmente, cuenta con la ventaja de haber sido el primer agente en entrar al mercado y los años de concurrencia limitada de los que disfrutó le han permitido amortizar parte de la inversión efectuada, antes de que entraran otros competidores al mercado.
391. TELEFÓNICA se encuentra presente en todos los escalones de la cadena de valor del servicio de internet fijo vía ADSL, incluidos el transporte, acceso y distribución. Dado que esta es la única red de cobertura nacional, ello la coloca en una posición ventajosa frente al resto de competidores de dicho mercado. Adicionalmente, se encuentra horizontalmente integrada, pues está presente en todos los mercados de telecomunicaciones (fijo, móvil, larga distancia, TV de Paga, etc.). Ello le permite tener sinergias de las que no gozan los operadores alternativos no integrados.
392. Asimismo, se debe tomar en consideración que, si bien existe un proceso formal de fusión en curso¹³⁵, la fusión comercial de todos los productos del Grupo Telefónica bajo la marca Movistar ya se ha dado y, en la práctica, opera de manera integrada. Se debe indicar que, hasta que un operador entrante no logre captar una masa crítica de suscriptores, no podrá disfrutar de las economías de red antes

¹³⁴Comisión Europea. "Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings". 2004/C 31/03. Págs. 71 y ss.

¹³⁵TELEFÓNICA ha solicitado la transferencia de concesiones y registros de Valor Añadido de sus filiales Telefónica Móviles, Telefónica Multimedia y Star Global Com a su nombre. Ello fue comunicado al OSIPTEL mediante Oficio N° 32038-2011-MTC, del Ministerio de Transportes y Comunicaciones por el cual se informa sobre la solicitud (Expedientes N° 2011-048621, 2011-048623, y 2011-048624 de fecha 12 de octubre de 2011).

mencionadas y se encontrará, por tanto, en desventaja frente a la empresa dominante.

393. En particular, TELEFÓNICA se beneficia de economías de red en la prestación del servicio de telefonía fija, derivados del tamaño de su red y de la cantidad de usuarios que posee. Así, basta con analizar la distribución de los dos principales componentes de la planta de cobre/DSL de TELEFÓNICA (a saber, el número de DSLAM¹³⁶ y el número de MDF¹³⁷ y/o URA¹³⁸), que determinan el nivel de despliegue y alcance de la red de cobre para poder brindar el servicio de banda ancha vía ADSL. A junio de 2011, TELEFÓNICA contaba con más del 90% de la distribución de ambos componentes, siendo su participación muy cercana o igual al 100% en provincias.
394. Como será analizado posteriormente, TELEFÓNICA posee el 71.89% de las líneas fijas en servicio, mientras que Telefónica Móviles S.A. el 14.33% (telefonía fija inalámbrica). TELEFÓNICA cuenta con ofertas para sus abonados que efectúen llamadas dentro de la red del Grupo tales como tarifas planas o llamadas a precios preferenciales (llamadas fijo-fijo –locales y de larga distancia nacional, llamadas fijo-móvil)¹³⁹. Ello genera un efecto club¹⁴⁰, el mismo que, dado el reducido tamaño de las redes alternativas, no puede ser replicado, pues, si los operadores alternativos pudiesen ofrecer tarifas y ofertas similares, el tener redes de mucha menor cobertura y contar con un número mucho menor de usuarios las haría menos atractivas.
395. Igualmente, la amplia base de clientes de TELEFÓNICA le permite no solo contar con menores costos medios (economías de escala), sino que también le permite tener un amplio conocimiento de los consumidores y aprovechar las complementariedades en la producción y distribución de los servicios que ofrece (economías de ámbito).

3.2.2.2 Barreras legales

396. Las barreras legales son producto de disposiciones legislativas o regulatorias que afectan las condiciones de entrada o la posición de los operadores en un mercado. Así, pueden existir disposiciones que limitan el número de participantes de un mercado o patentes que brindan un monopolio legal temporal.

¹³⁶Multiplexor de línea de acceso digital del abonado.

¹³⁷Acceso múltiple por división de frecuencia.

¹³⁸Unidad remota de abonado.

¹³⁹Así, por ejemplo, en agosto 2008, TELEFÓNICA empezó a comercializar el Plan Familia, el mismo que por un precio fijo mensual, otorgaba la posibilidad de hablar ilimitadamente a 10 destinos fijos a nivel nacional, dentro de la red de TELEFÓNICA. Asimismo, en abril del 2009, TELEFÓNICA lanzó la "Promoción Línea Premium Tarifa Plana Nacional" – válida para ser adquirida sola o de forma empaquetada- la cual permite realizar llamadas ilimitadas de larga distancia nacional a 30 destinos, dentro de la red de TELEFÓNICA.

¹⁴⁰El efecto club o externalidades de red se dan cuando la utilidad de cada usuario de la red depende positivamente del número de usuarios de la misma. Así, cada usuario de la red genera una externalidad positiva sobre los otros usuarios. Ello se da evidentemente en las redes de telecomunicaciones: ningún usuario querrá ingresar a una red si esta no cuenta con otros usuarios con los cuales comunicarse y mientras más usuarios pertenezcan a una red, más útil se hace pertenecer a la misma. Al respecto, ver Molta, M. Op. cit. Pág. 82.

397. En línea con ello, en el mercado relevante bajo análisis existen una serie de barreras administrativas, las cuales se encuentran asociadas a vacíos en el marco normativo vigente, a trabas impuestas por las municipalidades y gobiernos regionales, entre otras entidades, que dificultan el despliegue de nuevas redes o que limitan la expansión de las empresas ya existentes en el mercado. Tal como se indicó en el Informe de la Comisión de Banda Ancha y para los efectos del presente caso, este Tribunal considera que existen dificultades que se dan tanto a nivel de transporte como a nivel de acceso, entre ellas se menciona:

- Las limitaciones en la aplicación del Decreto Supremo N° 034-2010-MTC, que establece como política nacional la implementación de una red dorsal de fibra óptica para facilitar a la población el acceso a Internet de banda ancha y promover la competencia en la prestación de este servicio.
- Las limitaciones del marco normativo que regula el uso compartido de infraestructura de otros sectores para el desarrollo de servicios de telecomunicaciones.
- Las barreras de ámbito municipal.

398. Por lo expuesto, este Tribunal considera que dichas limitaciones representan una barrera a la entrada relevante en este mercado, ya que le otorgan mayor poder de mercado a la empresa dominante, que ya desplegó gran parte de su red de acceso.

3.2.2.3 Barreras Estratégicas

399. Las barreras estratégicas tienen su origen en el comportamiento de las empresas, ya que inhiben la entrada de nuevos competidores. Entre estas podemos incluir estrategias como la publicidad y las ventas conjuntas (empaquetamientos y ventas atadas), entre otras. La literatura económica señala, además, que la existencia de barreras estructurales a la entrada permite al dominante contar con poder de mercado, más no con beneficios económicos. Es más bien vía comportamientos estratégicos que pueden realmente aprovechar dichas barreras para lograrlo¹⁴¹.

400. Los empaquetamientos o ventas conjuntas de servicios constituyen una práctica común en el sector de las telecomunicaciones y su uso ha crecido en los últimos años. El empaquetamiento y la venta atada (como caso específico) pueden ser de tipo técnico o económico. A continuación se describen ambos y se señalan las razones que pueden estar detrás de cada uno.

- Los empaquetamientos técnicos se dan cuando una firma diseña su producto de forma tal que sólo pueda ser utilizado con un producto complementario determinado, producido por la misma firma; en consecuencia, se trata de un empaquetamiento físico que también es conocido como empaquetamiento de producto. Así, por ejemplo, se puede hablar del *hardware* y el *software* de una computadora, el sistema operativo de un teléfono móvil inteligente (*smartphone*) y el aparato telefónico en sí, etc. Esta atadura puede deberse a la necesidad de diseñar un mejor

¹⁴¹Church, J. y R.Ware "Industrial Organization. A strategic Approach", Irwin Mc Graw Hill, 2000. Pág. 517.

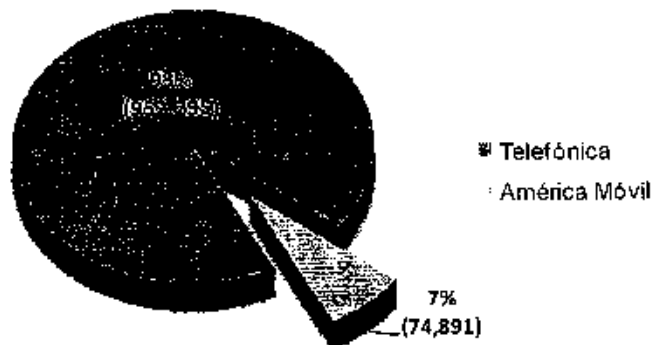
producto, o puede representar el intento del productor para restringir la competencia.

- Los empaquetamientos económicos se dan cuando dos productos se venden de forma empaquetada comercialmente, sin una razón tecnológica en particular, y el consumidor paga un precio por el paquete menor a la suma de los precios individuales de los productos en este incluidos. Es decir, se trata de un empaquetamiento o atadura contractual. Dicha figura es también conocida por la literatura económica como empaquetamiento de precios.

401. Entre las razones económicas que pueden llevar a empaquetar o atar bienes tenemos las siguientes: i) la creación de economías de escala y alcance, tanto en la producción como en la distribución de bienes y servicios; ii) la reducción de los costos de búsqueda en lo relativo a la combinación más adecuada de bienes o servicios que satisfacen una necesidad compleja, iii) la creación de servicios y productos nuevos o mejorados, iv) la necesidad de los fabricantes de asegurar la calidad de los productos o servicios vendidos de forma conjunta; y, v) una reducción de precios cuando los productos o servicios del mercado son complementarios.
402. Sin embargo, también pueden existir motivaciones anticompetitivas implementadas por una firma dominante para reducir la competencia en el mercado del bien atado¹⁴². Así, las ventas conjuntas pueden entenderse como una práctica de la firma dominante dirigida a crear barreras estratégicas de forma anticompetitiva, con el objetivo de aprovechar los beneficios económicos producto de su posición dominante. Las barreras se crean dado que la firma tiene poder de mercado para un bien A, y ata a él el producto B, dificultando así que un rival igual de eficiente que sólo produce el bien B compita con él. Así, la venta conjunta genera un escudo contra los competidores –reales o potenciales- en el mercado del bien B.
403. En nuestro país, el inicio de la comercialización del servicio de acceso a internet fijo via ADSL como producto promocional se da a fines de julio de 2007 cuando TELEFÓNICA lanzó su oferta denominada "Trío Telefónica". Asimismo, su principal empresa competidora, América Móvil Perú S.A.C. (antes Telmex), le siguió en junio de 2008. Ambas empresas ofrecen sus productos bajo la forma de paquetes promocionales y, como se aprecia en el resumen de la Oferta Comercial del Cuadro N° 03, los productos ofrecidos por ambas empresas presentan características similares (precios y velocidades de internet). No obstante, como se indicó previamente, la cobertura efectiva de América Móvil Perú S.A.C. es limitada, lo que se traduce en la sustancial menor cantidad de usuarios que se han suscrito a los servicios de América Móvil Perú S.A.C. (ver gráfico N° 17).

¹⁴²O' Donoghue, R. y J. Padilla Op. cit. Pág. 481 y ss.

Gráfico N° 17: Distribución de participación de mercado por empresa – Paquetes Promocionales (a diciembre 2011)



Fuente: Empresas Operadoras Elaboración: OSIPTEL

404. Adicionalmente a la cobertura, desde el punto de vista del usuario, existen dos diferencias principales en la oferta comercial de paquetes de ambas empresas. En primer lugar, América Móvil Perú S.A.C. ofrece el servicio de acceso a internet fijo dando la opción a los usuarios de elegir entre paquetes preestablecidos o a que éstos mismos conformen su propia combinación. Para ello, América Móvil Perú S.A.C. permite a sus usuarios conocer la tarifa del servicio cuando este es adquirido de forma empaquetada, y el precio del paquete es menor a la suma total de los precios individuales de sus componentes. TELEFÓNICA, por su parte, brinda el servicio solo en paquetes de servicios preestablecidos.
405. En consecuencia, la figura comercial que mantiene TELEFÓNICA al momento de proporcionar el servicio de Internet fijo via ADSL condicionando su acceso a la tenencia del servicio de telefonía fija (venta atada), en conjunto con la alta concentración de mercado evaluada previamente, constituye una barrera estratégica a la entrada.

3.2.3 Conclusión

406. Por todo lo expuesto y dentro de los alcances del presente pronunciamiento, este Tribunal considera que TELEFÓNICA cuenta con posición de dominio en el mercado relevante debido al nivel de participación que ostenta en dicho mercado relevante y al nivel de concentración que el mismo exhibe; así como por la presencia de importantes barreras a la entrada -estructurales, legales y estratégicas- de nuevos competidores, así como para el desarrollo de los operadores alternativos existentes.
407. Adicionalmente, es importante resaltar que, de acuerdo con el numeral 4.1.1.d) de los Lineamientos de Libre Competencia en Telecomunicaciones, la integración vertical por sí misma no otorga posición de dominio a una empresa, sin embargo, una firma que es dominante en un mercado y se integra verticalmente en mercados hacia adelante o hacia atrás alrededor de ese mercado, puede tener la capacidad de afectar la competencia en estos otros mercados.

408. En el presente caso, la integración vertical se presta para facilitar la existencia de posición de dominio, puesto que TELEFÓNICA es una empresa integrada que es titular de la red y hace uso de dicha infraestructura para proveer el servicio de internet fijo via ADSL. Es el caso que, producto de su presencia en los mercados aguas arriba (transporte) y aguas abajo (red de acceso - ISP), esta empresa goza de ventajas difícilmente replicables por otras empresas competidoras.
409. En consecuencia, es claro que TELEFÓNICA tiene la posibilidad de afectar las condiciones de la oferta o demanda en el mercado relevante, sin que competidores, proveedores o clientes tengan un poder de negociación que permita enfrentarla y disciplinarla.

3.3 Abuso de posición de dominio y efectos

410. Habiéndose determinado que TELEFÓNICA ostenta posición de dominio en el mercado relevante materia del presente procedimiento, corresponde analizar si el condicionamiento por parte de TELEFÓNICA de la adquisición de su servicio de internet fijo via ADSL a la contratación de su servicio de telefonía fija, constituye una conducta restrictiva de la competencia.

3.3.1 Determinación de la metodología de análisis

411. Para poder determinar la metodología de análisis a ser aplicada en el presente caso, se describirá primero cuál es el tratamiento que la legislación nacional y la experiencia internacional dan a la práctica de venta atada.

3.3.1.1 Marco normativo para el análisis de abuso de posición de dominio en la modalidad de venta atada

412. El artículo 10.1° del Decreto Legislativo N° 1034 señala que se considera que existe abuso de posición de dominio cuando un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición.
413. Por su parte, de acuerdo con el artículo 10.2°c) del Decreto Legislativo N° 1034, el abuso de la posición de dominio podrá consistir en conductas de efecto exclusorio como la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos¹⁴⁵.

¹⁴⁵Decreto Legislativo N° 1034:

Artículo 10.- El abuso de la posición de dominio.-

10.1. Se considera que existe abuso cuando un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición.

10.2. El abuso de la posición de dominio en el mercado podrá consistir en conductas de efecto exclusorio tales como:

(...)

c) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;

(...)

414. De acuerdo con el numeral 4.2 de los Lineamientos de Libre Competencia en Telecomunicaciones, los requisitos considerados por el OSIPTEL para la determinación de la posición de dominio son: que exista posición de dominio; que se actúe de manera indebida aún cuando ello no conlleve intencionalidad; y que exista la posibilidad de obtener beneficios o de causar perjuicios que no se podrían producir de no tener posición de dominio, bastando con que éstos sean consecuencia potencial de la conducta.
415. Por su parte, el numeral 4.3.3 de los Lineamientos de Libre Competencia en Telecomunicaciones señala que, para que una práctica de venta atada tenga efectos anticompetitivos, es necesario que la realice una empresa con posición de dominio, que sea una práctica injustificada y que muestre el intento de restringir la competencia.

3.3.1.2 Experiencia Internacional en materia de ventas conjuntas

416. Tanto en los informes orales ante esta instancia, así como en otros escritos presentados, TELEFÓNICA ha cuestionado el hecho de que el presente procedimiento haya sido iniciado de oficio, en su opinión, sin existir elementos de juicio mínimos que ameritaran su apertura y en contradicción con la experiencia internacional que considera que los empaquetamientos no resultan perjudiciales para la competencia en la gran mayoría de los casos.
417. De igual manera, en el informe oral de fecha 14 de enero de 2013, TELEFÓNICA cuestionó el hecho de que en una década ninguna de las empresas que está participando en el mercado haya efectuado algún tipo de reclamo relacionado con la práctica llevada a cabo por TELEFÓNICA¹⁴⁴.
418. Al respecto, el artículo 89º del Reglamento de Controversias reconoce que es facultad del Cuerpo Colegiado iniciar procedimientos de oficio, debiendo motivar dicha decisión en el interés de los usuarios o de las empresas operadoras, en ese sentido, no es necesario que existan denuncias de una empresa para que el Cuerpo Colegiado pueda dar inicio a un procedimiento de este tipo¹⁴⁵, en resguardo del interés público involucrado en las investigaciones sobre prácticas anticompetitivas. En consecuencia, los argumentos de TELEFÓNICA sobre la inexistencia de denuncias de parte como elemento deslegitimador para el inicio de oficio del presente procedimiento deben ser desestimadas.

¹⁴⁴ Al respecto, el doctor Dante Mendoza Antonilli, en respaldo a la posición de TELEFÓNICA, señaló: "Hay algo que es muy cierto, cualquiera que haga empresa en el Perú y se vea perjudicado por una conducta de alguna otra empresa, sabe que hoy día tiene abiertas las puertas del OSIPTEL, del INDECOPI y de otras instituciones más, para poder defender sus derechos. Si hubiera habido alguna actitud incorrecta por parte de TELEFÓNICA en este caso, en una década alguno de los que están participando en el mercado hubieran ya dicho algo, aunque sea a través de un Twitter, porque ni a ese nivel se ha llegado, ni siquiera en el nivel de la prensa paralela, ni en la prensa oficial, ni en la prensa económica, ni en la prensa paralela y, mucho menos, en los conductos oficiales."

¹⁴⁵ **Reglamento de Controversias**

Artículo 89º.- Resolución que da inicio a un procedimiento de oficio. Si el procedimiento se inicia de oficio, la resolución del Cuerpo Colegiado en los casos que corresponda, mediante la cual se dé por iniciado el procedimiento, deberá ser puntualmente motivada en el interés de los usuarios o de las empresas operadoras y deberá definir los términos de la controversia a ser resuelta.

419. A fin de analizar los argumentos de TELEFÓNICA, corresponde revisar brevemente la experiencia internacional y la literatura económica para determinar en qué situaciones las ventas conjuntas han sido consideradas anticompetitivas.
420. La literatura económica y la experiencia internacional reconocen las eficiencias y el efecto dinamizador que la práctica de empaquetamiento puede generar. El empaquetamiento puede llevar a la creación de economías de escala y ámbito en la producción y distribución, reducir los costos de búsqueda por la combinación más adecuada de productos, llevar a la creación de nuevos productos o versiones mejoradas de estos, ayudar a los productores a asegurar la calidad y evitar problemas de doble marginalización.
421. En la práctica, las autoridades de competencia tanto de Estados Unidos como de Europa, distinguen entre una atadura tecnológica -caso en el que dos productos se encuentran físicamente atados- de una atadura contractual -en la que son obligaciones contractuales las que obligan a su adquisición conjunta. A pesar de que ambos tipos de atadura pueden generar similares efectos anticompetitivos, la atadura tecnológica puede a su vez acarrear eficiencias; estas pueden a su vez generar beneficios para los consumidores, beneficios que no podrían generarse de otra manera. Sin embargo, ello es menos probable en el caso de ataduras contractuales (como las que han sido materia del presente procedimiento), razón por la cual estas generan posturas más estrictas por parte de la Comisión Europea¹⁴⁶.
422. Hovenkamp señala que son dos las teorías más comunes usadas para determinar cuándo una venta conjunta puede ser nociva para la competencia. La primera teoría es la del traslado de posición de dominio (*Leverage Theory*) bajo la cual las ventas conjuntas pueden ser dañinas si sirven para que un monopolista en el mercado del bien atante extienda su posición de dominio al mercado del bien atado. Bajo esta teoría, las ventas atadas pueden ser negativas en dos sentidos: (i) al crear dos monopolios en donde antes había uno, el vendedor puede obtener una doble ganancia monopólica y obligar a los consumidores a pagar más por productos sujetos a una venta atada¹⁴⁷, y (ii) cuando una empresa monopólica ata las ventas de un segundo producto en cuyo mercado no ostenta una posición monopólica, el monopolista efectivamente "monopoliza" el segundo mercado, dificultando el ingreso de vendedores alternativos.
423. La segunda teoría más usada, de acuerdo a Hovenkamp, es la teoría de las barreras de entrada (*Entry Barrier Theory*), bajo la cual los empaquetamientos son anticompetitivos cuando el monopolista crea barreras de entrada, obligando a un competidor a entrar a dos niveles de mercado. Se señala que hay más probabilidades de que los empaquetamientos sean anticompetitivos cuando existen economías de escala u otros impedimentos que impiden o dificultan la entrada al mercado, lo cual puede ocurrir especialmente en los mercados regulados¹⁴⁸.

¹⁴⁶O' Donoghue, R. y J. Padilla Op. cit. Pág.478.

¹⁴⁷HOVENKAMP, Herbert, *Federal Antitrust Policy The Law of Competition and Its Practice*. Cuarta Edición. St. Paul, MN: Thomson Reuters, 2011. Pág. 459.

¹⁴⁸HOVENKAMP, Herbert. Op. cit. Pág. 462.

424. Por su parte, O' Donoghue, R. y J. Padilla¹⁴⁹ indican que existen diversas teorías y modelos post Escuela de Chicago, especialmente la teoría del cierre del mercado (*Foreclosure Theory*), que muestran cómo una firma que cuenta con posición de dominio en el mercado del bien atado puede tener incentivos para atar a través de la exclusión de competidores -reales y potenciales- del mercado del bien atado¹⁵⁰. Ello se consigue debido a que la atadura permite al monopolista evitar que sus competidores adquieran una adecuada escala de operaciones en el mercado del bien atado, lo que los lleva a ver sus beneficios disminuir, por debajo del nivel necesario para permanecer en él, lo mismo que puede también desincentivar la entrada al mercado¹⁵¹.
425. En el mismo sentido, la teoría del portafolio señala que la probabilidad de que un empaquetamiento sea dañino se incrementa ante la presencia de (i) poder de mercado elevado en alguno de los productos del paquete; (ii) usuarios mayormente interesados en comprar alguno(s) de los componentes del paquete; (iii) rivales que encuentran imposible o no rentable replicar la estrategia de empaquetamiento; y (iv) complementariedad de los productos del paquete¹⁵².
426. Por su parte, la *International Competition Network* (ICN), que agrupa a 319 agencias de competencia emitió, en el 2009, un documento en el que sintetiza el enfoque de sus miembros respecto a las prácticas de atadura y empaquetamiento¹⁵³. En dicho documento, las agencias de competencia sostienen, respecto a la práctica específica de venta atada, que la principal preocupación que ésta genera es que puede permitir a una firma dominante extender su poder de mercado a otro, lo que a su vez puede aumentar las barreras a la entrada y limitar la competencia en el mercado¹⁵⁴. Entre los efectos que se evalúa para determinar si una práctica de atadura es anticompetitiva, las agencias de competencia señalaron que se busca establecer si la misma dañó a la competencia y llevó a un mantenimiento o fortalecimiento del poder de mercado.

¹⁴⁹O' Donoghue, R. y J. Padilla Op. cit. Págs. 482 y ss.

¹⁵⁰La "*Foreclosure Theory*" (exclusión del mercado) se refiere tanto a la exclusión de las empresas existentes como de las potenciales entrantes. Según esta teoría, el verdadero riesgo de "exclusión" está en que la venta atada pueda facilitar el dominio de un mercado por parte de una sola empresa, al denegar acceso a este mercado a competidores más agresivos o a potenciales entrantes.

De acuerdo con lo ya señalado, debe haber algún tipo de economía de escala u otro impedimento que restrinja el ingreso a uno de los mercados y que, por ende, pueda restringir la competencia en el segundo mercado si es que ambos están unidos por una venta atada.

Una venta atada no es anticompetitiva si es que la entrada a ambos mercados es fácil. Sin embargo, si el ingreso es difícil, es posible que se produzcan efectos anticompetitivos. Consecuentemente, esta teoría señala que se debe evaluar, por un lado, si es que existen barreras de entrada significativas a al menos uno de los mercados involucrados en la venta atada y, por el otro, el porcentaje del mercado del producto atado que se puede ver afectado por la práctica de venta atada.

(HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy The Law of Competition and its Practice*. Cuarta Edición. St. Paul, MN: Thomson Reuters, 2011. Pág. 463).

¹⁵¹O' Donoghue, R. y J. Padilla, Idem.

¹⁵²Gerencia de Relaciones Empresariales-OSIPTEL. Documento de Trabajo N° 001-2007: Metodología de análisis para la evaluación del impacto de transferencias de concesiones y asignaciones de espectro sobre las condiciones de competencia en los servicios públicos de telecomunicaciones.

¹⁵³International Competition Network-ICN (2009). "*Report on Tying and Bundled Discounting. Prepared by The Unilateral Conduct Working Group*". Disponible en : www.internationalcompetitionnetwork.org

¹⁵⁴ICN 2009. Pág.10

427. En ese mismo sentido, la Comisión de Competencia de Australia- ACCC¹⁵⁵ elaboró un estudio en el que informa sobre el enfoque que aplica para evaluar prácticas de empaquetamiento potencialmente anticompetitivas en el mercado de telecomunicaciones. En dicho documento, indica que los elementos clave a tener en cuenta en dicha evaluación, en cuanto a efectos en variables no relacionadas al precio, son: (i) analizar si la conducta tiene efectos anticompetitivos, tales como el apalancamiento de poder de mercado desde un mercado no competitivo a otro que sí lo es; y (ii) analizar si la conducta incrementa las barreras a la entrada.
428. Asimismo, si el operador que ofrece los servicios empaquetados tiene poder de mercado sustancial, por lo menos en uno de los mercados afectados, la ACCC puede decidir iniciar una investigación. Al respecto, señala:
- "(...) la competencia puede reducirse si el operador tiene poder de mercado y (...) solo provee el servicio en el que posee poder de mercado sustancial de forma empaquetada, 'capturando' así las ventas del resto de servicios en el paquete para los cuales sí enfrenta competencia"*¹⁵⁶.
429. Finalmente, los citados O' Donoghue y Padilla¹⁵⁷ indican que, en el caso de la Comunidad Europea, la mayoría de decisiones en las que se ha sancionado la práctica de atadura corresponden a los casos de atadura contractual, que es el tipo de atadura materia del presente caso, tal como se analizará más adelante. Más aún, de la evidencia, los autores señalan que queda claro que puede existir abuso incluso cuando los productos involucrados se encuentren vinculados por su naturaleza o común uso comercial.
430. Como puede apreciarse, tanto la literatura económica como la experiencia internacional reconocen que hay ciertas condiciones bajo las cuales los empaquetamientos pueden tener efectos dañinos para la competencia, como, por ejemplo, que se trate de un mercado altamente concentrado, que existan numerosas barreras de entrada en el mercado, que no existan o existan muy pocas firmas en el mercado con ventajas comparables a las del dominante, y que los productos que integran la venta conjunta sean complementarios. Asimismo, la experiencia internacional indica que el análisis de la práctica de atadura implica un estudio caso por caso, para determinar si existen o no efectos anticompetitivos.
431. TELEFÓNICA ha sostenido que en el caso no se encontraban presentes elementos de juicio mínimos, ni siquiera suficientes para abrir el procedimiento de oficio y mucho menos para continuarlo y sancionar. A fin de evaluar dichas afirmaciones, resulta útil aplicar al caso el test diseñado por O' Donoghue y Padilla¹⁵⁸, según el cual es posible decidir el inicio de una investigación cuando existen los siguientes elementos concurrentes que hacen probable que una práctica de atadura tenga efectos anticompetitivos:

¹⁵⁵Australian Competition and Consumer Commission-ACCC (2003). "Bundling in Telecommunications Markets. An ACCC Information paper". Disponible en : www.accc.gov.au

¹⁵⁶ACCC 2003. Pág. 14

¹⁵⁷ O' Donoghue, R. y J. Padilla Op. cit. Págs. 491 y ss.

¹⁵⁸O' Donoghue, R. y J. Padilla Op. cit. Págs. 514 y ss.

- (i) Que la empresa que efectúa la práctica tenga poder de mercado.
- (ii) Que exista competencia imperfecta en el mercado del bien atado.
- (iii) Que exista compromiso a atar.
- (iv) Que los competidores no puedan replicar la atadura.
- (v) Factibilidad de que los competidores salgan del mercado.
- (vi) Existencia de barreras a la entrada, que impidan que terceros entren.
- (vii) Ausencia de poder de mercado por parte de los compradores.

432. Aplicando esta parte del test de O' Donoghue y Padilla a los hechos que sustentaron la decisión del Cuerpo Colegiado de iniciar el presente procedimiento, se tiene lo siguiente:

- **Poder de Mercado:** Se ha determinado que TELEFÓNICA cuenta con posición de dominio en el mercado relevante definido.
- **Competencia imperfecta en bien atado (telefonía fija):** TELEFÓNICA concentra el 91.97% de líneas en servicio fijas alámbricas. Por su parte, su principal competidor América Móvil cuenta con 5.71%, seguido por Americatel que cuenta con el 1.51%. El 0.81% restante se encuentra repartido entre varias empresas competidoras. Dicha distribución de la participación de mercado evidencia la existencia de competencia imperfecta en el mercado de telefonía fija¹⁵⁹.
- **Compromiso de Atar:** El condicionamiento es incluido por TELEFÓNICA en los contratos de acceso al servicio de Internet fijo vía ADSL, donde obliga a los usuarios a contratar el servicio de telefonía fija de la misma empresa.
- **Competidores no pueden replicar atadura:** La oferta comercial de América Móvil presenta características similares a la de TELEFÓNICA, que le permitirían replicar la atadura realizada por la empresa dominante. Sin embargo, América Móvil provee el servicio a través de otra tecnología (cable módem), la misma que cuenta con limitaciones de cobertura y/o facilidades técnicas para instalar el servicio. Luego, no existe otra empresa en el mercado que pueda replicar la venta atada de internet ADSL con telefonía fija. Aún si se independizara el análisis de la tecnología, la reducida cobertura de América Móvil impide que pueda ofrecer un producto atado con el mismo impacto que TELEFÓNICA.
- **Factibilidad de que competidores salgan de mercado:** Ni en el mercado de internet ni en el de telefonía fija existe algún tipo de barrera a la salida, por lo que es factible que los competidores que no perciben la rentabilidad esperada se retiren del mercado¹⁶⁰.

¹⁵⁹Es importante señalar que la estructura mencionada no varía si se toma en cuenta el mercado de telefonía fija inalámbrico. Si se toma en cuenta el mercado de telefonía fija total, incluyendo las líneas inalámbricas, se tiene que Telefónica cuenta con el 71.89%, seguido por Telefónica Móviles y América Móvil con 14.33% y 11.95% respectivamente. Se debe precisar que, del 11.95% de AM, el 7.49% corresponde a líneas inalámbricas. Finalmente, Americatel cuenta con el 1.18% y el 0.65% restante se encuentra repartido por el resto de empresas competidoras.

¹⁶⁰De acuerdo al artículo 189º del TUO del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones aprobado por Decreto Supremo N° 020-2007-MTC: "La instalación, operación y prestación de los servicios de valor añadido no requiere de autorización previa del Ministerio (...)". Asimismo, el artículo 190º de la referida norma establece que las personas naturales o jurídicas que deseen prestar servicios de valor añadido, deberán inscribirse en un registro que para tal fin llevará el órgano competente del Ministerio. Luego, a diferencia de lo que ocurre en otros servicios como el móvil o la telefonía fija, la prestación de servicios de Internet no exige cumplimiento de planes mínimos de expansión o inversión que podrían constituirse en barreras a la salida del mercado.

- **Barreras a la Entrada:** Existen barreras estructurales, originadas fundamentalmente en las economías de escala y ámbito presentes en el mercado; barreras legales, que impiden el despliegue de nuevas redes, y barreras estratégicas que responden a la práctica de venta atada desarrollada por la empresa incumbente.
 - **Ausencia de poder de compra:** No se ha evidenciado la existencia de algún usuario o grupo de usuarios que cuente con poder de mercado, ya que los usuarios de estos servicios son mayoritariamente residenciales.
433. Como puede apreciarse, los factores clave que otras agencias de competencia tienen en cuenta para investigar ciertas prácticas de empaquetamiento como una eventual práctica anticompetitiva se encuentran presentes en el caso materia del procedimiento y fueron expuestas en la resolución que dio inicio al procedimiento.
434. En ese sentido, no resulta fuera de lo común que el OSIPTEL a través de su STCCO, en su rol como agencia de competencia en el mercado de las telecomunicaciones y en resguardo del interés público, conforme a lo señalado en el artículo 78° del Reglamento de Controversias, haya decidido investigar preliminarmente la práctica de venta atada de telefonía fija al internet fijo vía ADSL de TELEFÓNICA, operador con posición de dominio en los mercados relevantes definidos y con amplia participación en el mercado de telefonía fija (bien atado). Cabe además señalar que estos factores se encuentran en la misma línea de lo que establecen los Lineamientos de Libre Competencia en Telecomunicaciones, en su numeral 4.3.3, previamente citado.
435. De igual manera, no resulta extraño que, luego de la revisión de la "Investigación Preliminar de Oficio: Supuesta Práctica de Atadura en el Mercado Peruano de Servicios Públicos de Telecomunicaciones", el Cuerpo Colegiado haya decidido dar inicio a un procedimiento de oficio.
436. De acuerdo con TELEFÓNICA¹⁶¹, se dio inicio a un procedimiento de oficio por un tema muy complejo técnicamente, a tan solo dos días hábiles de haberse designado al Cuerpo Colegiado, sin que existieran pruebas que ameritaran el inicio de una investigación de oficio en contra de TELEFÓNICA.
437. Al respecto, conforme al Reglamento de Controversias, el Cuerpo Colegiado contaba con solo 3 días hábiles para pronunciarse sobre el inicio del procedimiento de oficio¹⁶², por lo que resulta razonable y conforme con el marco legal aplicable, que la decisión de dar inicio al procedimiento de oficio contra TELEFÓNICA haya tenido lugar dentro del plazo legal correspondiente.
438. Adicionalmente, debe recalcar que la STCCO había realizado una Investigación Preliminar durante un periodo de casi 5 meses, identificando una serie de elementos

¹⁶¹Informe presentado por TELEFÓNICA el 27 de noviembre de 2012.

¹⁶²Reglamento de Solución de Controversias

Artículo 24.- Emisión de resoluciones. Todas las decisiones tomadas por las instancias que participan en la solución de las controversias reguladas por la presente norma deben estar contenidas en resoluciones.

Las resoluciones deberán ser expedidas en un plazo no mayor a los tres (3) días siguientes computados desde la fecha en que el asunto se encuentra expedito para ser resuelto, salvo en los casos en que el presente Reglamento establezca algo distinto.

de juicio que fueron recogidos en el Informe N° 004-CCO/2011 y posteriormente valorados por el Cuerpo Colegiado, elementos que llevaron a la convicción de que había mérito suficiente para disponer el inicio de un procedimiento de oficio contra TELEFÓNICA.

439. Por tanto, este Tribunal considera que el argumento de TELEFÓNICA, en el sentido de que se habría dado inicio a un procedimiento de oficio por un tema muy complejo técnicamente, a tan solo dos días hábiles de haberse designado al Cuerpo Colegiado, sin que existieran pruebas que ameritaran el inicio de una investigación de oficio en contra de TELEFÓNICA, queda desvirtuado.
440. Por otro lado, cabe resaltar que, luego de la revisión de la literatura económica y de la experiencia internacional en materia de ventas conjuntas, se tienen una serie de elementos que deben analizarse en profundidad a fin de determinar la existencia de la práctica. Dichos elementos han sido incorporados y desarrollados en el siguiente acápite.

3.3.1.3 Metodología de análisis

441. A partir de la legislación nacional, los Lineamientos de Libre Competencia en Telecomunicaciones y la experiencia internacional, este Tribunal considera que, en la misma línea de lo señalado por el Cuerpo Colegiado, para determinar la existencia de la práctica anticompetitiva materia del procedimiento se requiere el análisis de los siguientes elementos: la existencia de servicios diferenciados, coerción, suficiente poder de mercado del proveedor en el mercado del servicio principal, afectación en el mercado del servicio atado y que las eficiencias generadas por la práctica bajo análisis no superen dicha afectación¹⁶³.

¹⁶³ Estos requisitos son consistentes con el Test diseñado sobre la base de la experiencia de la Comunidad Europea (cuyo primer paso ha sido analizado en la parte de considerandos del presente pronunciamiento), el cual contempla un enfoque de tres pasos para analizar si una práctica de empaquetamientos es anticompetitiva:

Paso 1: Determinar, de manera preliminar, si existen elementos de juicio que hagan probable que una práctica de atadura tenga efectos anticompetitivos. Algunos elementos necesarios, pero no suficientes, para que ello ocurra son:

- Que la empresa que efectúa la práctica tenga **poder de mercado**.
- Que exista **competencia imperfecta** en el mercado del bien atado.
- Que exista **compromiso a atar**.
- Que los competidores no puedan replicar la atadura.
- Facilidad de que los **competidores salgan del mercado**.
- Existencia de **barreras a la entrada**, que impidan que terceros entren.
- **Ausencia de poder de mercado** por parte de los compradores.

Si se observa que un conjunto de estos elementos no están presentes, se deriva que la práctica en cuestión no puede generar efectos anticompetitivos, y se descarta.

Paso 2: Detectada la presencia de los elementos de juicio mencionados en el Paso 1, se debe continuar y profundizar el análisis para determinar si la atadura bajo evaluación tiene efectos anticompetitivos. Si una práctica de atadura pasa este paso, debe ser evaluada bajo el siguiente paso.

Paso 3: Una vez determinada la existencia de efectos anticompetitivos, evaluar si existen beneficios derivados de eficiencias, que contrapesen dichos efectos anticompetitivos. Asimismo, de existir estas eficiencias, deben ser menores a los efectos anticompetitivos para que la práctica de venta atada bajo análisis pueda ser considerada como anticompetitiva.

Adicionalmente, la evaluación de estos requisitos son también consistentes con el empleado en los recientes pronunciamientos de la Cortes Americanas:

- **Productos Separados:** ¿Existen dos productos separados: el atante o vinculante y el atado o vinculado?
- **Posición de dominio en el mercado del bien atante:** ¿El denunciado debe tener Posición de Dominio en el mercado del producto atante?
- **Coerción:** ¿Existe evidencia actual por parte del vendedor que en efecto fuerza al comprador a aceptar el producto atado?

442. En respaldo de su posición, TELEFÓNICA señaló, en el informe oral de fecha 14 de enero de 2013, que el derecho de la competencia y el derecho administrativo casi se equiparan al derecho penal cuando dicen que tiene que haber dolo para determinar que existe una infracción a la normativa de libre competencia y, por tanto, debe haber una prueba de la intención de querer restringir de manera indebida la competencia.
443. Al respecto, debe señalarse que, para la determinación de la existencia de una infracción, debe cumplirse con demostrar la existencia de los elementos incluidos en la norma que tipifica el hecho como tal, en dicha medida, la metodología descrita responde estrictamente a lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 1034, el cual no contempla el dolo como elemento configurante de una infracción a la normativa de libre competencia.

3.3.2 Aplicación de la metodología al caso concreto

3.3.2.1 Servicios Diferenciados

444. Para establecer si es que nos encontramos frente a dos servicios diferenciados se debe determinar, en primer lugar, si es que es técnica y económicamente factible brindar el servicio atante, el servicio de internet fijo vía ADSL, separado del servicio atado, el servicio de telefonía fija. Adicionalmente, se debe determinar si es que existe una demanda independiente por el servicio atante, es decir, si es que en ausencia de la atadura los compradores adquirirían el servicio de internet fijo vía ADSL por separado del servicio de telefonía fija de TELEFÓNICA.

3.3.2.1.1 Factibilidad Técnica y Económica

445. En su apelación, TELEFÓNICA ha señalado que es claro que el acceso a internet fijo vía ADSL es dependiente, no independiente, de la red de telefonía fija. Adicionalmente, ha alegado que en la resolución apelada se afirmaría que el acceso a internet fijo vía ADSL no hace uso de las centrales de comunicación de la red fija, pero sí utiliza la par de cobre o bucle de abonado que "constituye parte de la red de telefonía fija", por lo que, de acuerdo con TELEFÓNICA, incluso para el Cuerpo Colegiado estaría claro que casi toda la red de acceso de la telefonía fija es utilizada por la tecnología ADSL.
446. Al respecto, es preciso aclarar que, desde el punto de vista técnico, tal como se indicó en la resolución apelada, no hay razón para exigir a un usuario contar con el servicio telefónico para que pueda adquirir el servicio de ADSL. Ello porque, si bien el internet fijo vía ADSL se soporta sobre la red de telefonía fija convencional, ambos son independientes. En particular, funcionan en diferentes frecuencias (bajas para el transporte de voz y altas para los datos ADSL), por lo que el tráfico es filtrado con *splitters*, de modo que cada elemento a transportarse sea asignado a su frecuencia correspondiente.

-
- **Efectos Anticompetitivos:** ¿Existen efectos anticompetitivos reales o potenciales en el mercado del producto atado? La atadura es ilegal solo cuando (i) no hay efectos procompetitivos o (ii) hay efectos procompetitivos pero el daño causado es mayor que los efectos procompetitivos que se producen.
 - **Justificaciones:** ¿Existen posibles justificaciones o eficiencias de la práctica presentadas por la empresa?.

447. Además, el acceso ADSL usa solo el bucle o par de cobre de conexión desde la central hacia el usuario, pero no requiere de las facilidades ni de conmutación ni de transporte de la red telefónica. En consecuencia, no es necesario contar con el servicio de telefonía fija para poder acceder al servicio de internet fijo vía ADSL.
448. Por tanto, este Tribunal considera que debe desvirtuarse el argumento de TELEFÓNICA, de acuerdo con el cual el acceso a internet fijo vía ADSL sería dependiente, y no independiente, de la red de telefonía fija.
449. Adicionalmente, desde el punto de vista económico, no existe ninguna imposibilidad para poder prestar el servicio de internet fijo vía ADSL de manera individual. En particular, lo único que se requeriría para brindar el servicio de internet fijo vía ADSL "solo", es incluir los costos de instalación, operación y mantenimiento del bucle de abonado en la tarifa de instalación y/o renta mensual, para que estos costos sean recuperados¹⁶⁴.
450. Es importante agregar que la provisión del servicio de internet fijo vía ADSL "solo" es, además, recomendable por sus efectos en el nivel de competencia del mercado. Así, de acuerdo con la literatura económica, la provisión del internet fijo vía ADSL "solo" promovería el ingreso de operadores alternativos al mercado de servicios minoristas. Dichos operadores, al acceder a la infraestructura del operador dominante, podrían brindar servicios finales de telecomunicaciones soportados sobre la infraestructura de banda ancha (voz sobre IP, televisión sobre IP, entre otros), lo que generaría un mayor grado de competencia en los mercados de servicios finales involucrados¹⁶⁵.

3.3.2.1.2 Experiencia Internacional

451. Prueba adicional de la razonabilidad de la provisión del servicio de internet "solo" y de sus efectos positivos en la competencia es la experiencia internacional. En efecto, un estudio de la OECD, realizado sobre una muestra de 30 países miembros de dicha organización, indica que el 77% de los 90 operadores encuestados permiten a sus usuarios adquirir internet de banda ancha como producto individual. Además, dicho informe constató que una misma empresa puede proveer el servicio de banda ancha de forma individual en un país y hacerlo en forma de empaquetamiento puro en otro¹⁶⁶.
452. Ello sugiere que el condicionamiento por parte de TELEFÓNICA de la adquisición de su servicio de internet fijo vía ADSL a la contratación de su servicio de telefonía fija obedece más a una estrategia comercial que a una imposibilidad económica o tecnológica (la cual al generar más perjuicios que beneficios, como se analizará más adelante, podría afectar al proceso competitivo).

¹⁶⁴Tal como lo hacen países como México o Estados Unidos en América del Norte, Francia, Reino Unido o Alemania en la Comunidad Europea, Australia o Corea, entre otros. La lista entera de países, y los mínimos precios que ofrecen por el servicio de "internet solo" figuran en la figura 8 del documento de la OECD (2011).

¹⁶⁵Analysys Mason (2009) "*Diseño de Políticas Óptimas en un entorno de convergencia de los medios de comunicación y las telecomunicaciones*". Reporta preparado para el OSIPTEL. Disponible en: www.osiptel.gob.pe

¹⁶⁶OECD (2011), "*Broadband Bundling: Trends and Policy Implications*". OECD Digital Economy Papers, No. 175, OECD Publishing, 2011. Pág. 12. <http://dx.doi.org/10.1787/5kghtc8zgnnbx-en>

453. De acuerdo con TELEFÓNICA, el Cuerpo Colegiado habría estimado que la experiencia internacional es un buen elemento para determinar si existe una demanda de internet "solo" al haber citado un informe de la OECD que señala que el 77% de los operadores de una de sus muestras permite comprar el internet de banda ancha de forma independiente. Sin embargo, TELEFÓNICA alega que el Cuerpo Colegiado omitiría señalar que dicho informe también indicaría que los suscriptores preferían en gran medida los servicios "paquetizados" cuando estaban disponibles.
454. Al respecto, este Tribunal considera que la referencia al informe de la OECD permite demostrar que es técnica y económicamente viable ofrecer el servicio de acceso a internet fijo vía ADSL "solo". Adicionalmente, permite ver que, efectivamente, sí existe una demanda por el internet fijo vía ADSL "solo" en el mercado de un número considerable de países, al margen de la magnitud de la misma. El hecho de que dicha demanda por el internet fijo vía ADSL "solo" exista o no en el mercado peruano será determinado a continuación.

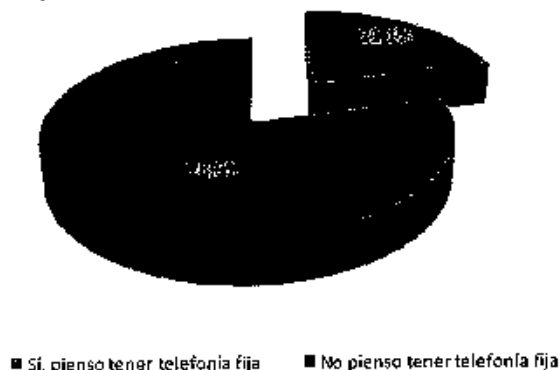
3.3.2.1.3 Demanda actual y potencial del servicio del internet Fijo vía ADSL "solo"

455. Dado que ya se estableció que es técnica y económicamente factible brindar el servicio de internet separado del de telefonía fija, para que ambos puedan ser considerados servicios diferenciados queda demostrar que existe una demanda por el servicio de internet fijo vía ADSL "solo".
456. TELEFÓNICA ha afirmado en su apelación que la resolución apelada señalaría que no hay evidencia suficiente que permita concluir que existe un mercado de ADSL "solo", por lo que la conclusión del Cuerpo Colegiado debería haberse decantado por considerar al internet fijo vía ADSL y a la telefonía fija como parte del mercado de servicios empaquetados de telecomunicaciones.
457. Con relación a este punto, este Tribunal considera que sí existe una demanda del servicio del internet fijo vía ADSL "solo". Dicha demanda viene constituida por:
- o Los actuales suscriptores del servicio de internet fijo de América Móvil Perú S.A.C., que adquieren el servicio sin ningún otro servicio de telecomunicaciones. A diciembre de 2011, estos usuarios representaron un 24% del total de usuarios de internet fijo de América Móvil Perú S.A.C., lo que da un total de 105.442 suscriptores. Si se traslada dicho porcentaje de usuarios al total de usuarios con los que cuenta TELEFÓNICA, éstos ascenderían a 258.626 suscriptores.
 - o La fracción de los usuarios de internet fijo vía ADSL de TELEFÓNICA que no desean contar con el servicio de telefonía fija pero se ven obligados a adquirirlo de manera atada al de ADSL¹⁶⁷.

¹⁶⁷A fin de ilustrar esta idea, podría señalarse que diciembre de 2011, el número de suscriptores que contrató el servicio de internet fijo atado al servicio de telefonía fija de TELEFÓNICA asciende a 125.312 suscriptores. Estos son los usuarios que cuentan con una línea de telefonía fija que no es susceptible de ser integrada con otros servicios para formar los llamados Dúos y Tríos de TELEFÓNICA. Como se indicó previamente, los llamados Dúos y Tríos solo se forman con 4 tipos de líneas, mientras que TELEFÓNICA cuenta con más de 30 planes de telefonía fija que se atan al servicio de internet ADSL (planes postpago y control). Luego, puede señalarse que los usuarios de estas otras líneas que además cuentan con internet ADSL serán quienes necesariamente han adquirido un empaquetamiento en la forma de venta atada.

- o Los usuarios de los paquetes de América Móvil Perú S.A.C. conformados por los servicios de telefonía fija y televisión de paga que eventualmente podrían requerir el servicio de internet de TELEFÓNICA. Estos representan el 2% de sus usuarios de paquetes, los cuales ascienden a 1,664. No obstante, se debe resaltar la imposibilidad que tienen los usuarios de América Móvil Perú S.A.C. para adquirir el servicio de internet fijo vía ADSL de TELEFÓNICA de manera individual sin tener que adquirir o migrar hacia el servicio de telefonía fija de la empresa dominante.
- o Los usuarios del servicio de telefonía móvil que deseen contar con internet fijo vía ADSL. Una parte de estos usuarios puede desear contratar el servicio de internet fijo vía ADSL, y no desear contratar la línea de telefonía fija, por considerarla sustituta del servicio de telefonía móvil con el que ya cuentan¹⁶⁸. Esta es la fracción más importante de la demanda potencial de internet fijo vía ADSL "solo" pues, a diciembre de 2011, se tenía 32 millones de usuarios de líneas móviles a nivel nacional.

Gráfico N° 18: Disposición de usuarios móviles a contratar telefonía fija



Fuente: Encuesta OSIPTEL 2012. Elaboración: OSIPTEL.

458. En tal sentido, dado que sí se ha demostrado que existe una demanda diferenciada por el servicio de internet fijo ADSL "solo", este Tribunal considera que debe desvirtuarse el argumento de TELEFÓNICA, de acuerdo con el cual el Cuerpo Colegiado debería haber considerado al internet fijo vía ADSL y a la telefonía fija como parte del mismo mercado de servicios empaquetados de telecomunicaciones.

3.3.2.1.4 Conclusión

459. Por todo lo expuesto, el Tribunal considera que el internet fijo vía ADSL y la telefonía fija son servicios independientes y que existe una demanda real y potencial por el servicio de internet fijo vía ADSL "solo". En consecuencia, dentro de los

¹⁶⁸Si bien anteriormente se ha mencionado que el servicio de internet móvil no es considerado sustituto del Internet fijo por parte de los usuarios, sí existe una sustitución de telefonía fija por telefonía móvil. Así, de la Encuesta del OSIPTEL (2012) se obtiene que, de los usuarios que sólo cuentan con el servicio de telefonía móvil, el 78.9% respondió que no piensa tener un teléfono fijo en los próximos 6 meses. El 37.4% de estos respondió que la razón por la cual no contrataría el servicio de telefonía fija es porque cuenta con el servicio móvil, mientras que 37.39% dio como razón que el servicio de telefonía fija no le era necesario. Luego, para estos usuarios, el servicio móvil con el que cuentan sustituye al servicio de telefonía fija.

alcances del presente procedimiento, se debe considerar que existen dos servicios diferenciados.

3.3.2.2 Coerción

460. Una vez comprobada la existencia de servicios diferenciados, se debe verificar si la venta del servicio de acceso a internet fijo vía ADSL viene siendo condicionada o subordinada a la compra del servicio de telefonía fija de TELEFÓNICA.
461. En la misma línea de lo señalado en la resolución apelada, la acreditación del nivel de coerción implica la comprobación de que el vendedor imponga la compra de un servicio como condición de la venta de otro, forzando la voluntad del consumidor. Es decir, debe verificarse que, en los contratos y, en general, en las condiciones de venta ofrecidas, el servicio principal no puede ser adquirido por separado; es decir, que no existe la posibilidad de adquirir el servicio principal sin adquirir el servicio atado.
462. Conforme a ello, se requiere que, en la práctica bajo análisis, el comprador sea forzado a adquirir el servicio de telefonía fija, aún cuando no lo desee y solo quiera adquirir el servicio de internet fijo vía ADSL.

3.3.2.2.1 Acciones de supervisión del OSIPTEL y Contratos de acceso al servicio de internet fijo vía ADSL¹⁶⁹

463. Para determinar la existencia de coerción en la venta atada de los servicios de acceso a internet fijo vía ADSL y telefonía fija, se efectuaron acciones de supervisión, dentro del marco de las facultades atribuidas por la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones, Ley N° 27336, y por el Reglamento General de Acciones de Supervisión del Cumplimiento de la normativa aplicable a los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado por Resolución N° 034-97-CD/OSIPTEL, en las que se registraron las respuestas de los vendedores de TELEFÓNICA, ante la simulación de intención de compra del servicio de internet fijo vía ADSL "solo".
464. Tal como se señaló en la resolución apelada, se realizaron una serie de llamadas al Servicio de Telegestión Comercial de TELEFÓNICA (número 104) de diversas localidades del Perú. En dichas llamadas se solicitó información acerca de las condiciones aplicables a la adquisición del servicio de acceso a internet en diferentes modalidades. A continuación, se detallan algunos de los resultados, los que están incluidos en la resolución apelada:

¹⁶⁹ Es preciso indicar que las acciones y transcripciones correspondientes a la supervisión se encuentran en el expediente de la controversia, encontrándose a disposición de la empresa TELEFÓNICA.

Acciones de Supervisión del OSIPTEL

Funcionario de OSIPTEL preguntando por el servicio Speedy¹⁷⁰:

Funcionario del OSIPTEL: Por favor, quisiera saber ¿cuáles son los requisitos para adquirir internet, por favor?

Telefónica: ¿Cuál es número telefónico, por favor?

Funcionario del OSIPTEL: No, no tengo número telefónico.

Telefónica: Esto lo desea ¿en qué distrito?

Funcionario del OSIPTEL: Eso es en la victoria

Telefónica: Ya mire, para que usted tenga internet, debe tener una línea telefónica, ahora estamos dando un paquete

(...)

Funcionario del OSIPTEL: Ah ok entiendo, pero ¿en cualquiera de esos casos igual tiene que ser con la línea telefónica fija de ustedes?

Telefónica: Exactamente.

Funcionario de OSIPTEL preguntando por el servicio Speedy Negocios¹⁷¹:

Funcionario OD Huancayo: No señorita yo tengo una línea telefónica pero de otra empresa

Telefónica: El primer requisito para adquirir un Speedy tendría que tener una línea con Telefónica

Funcionario OD Huancayo: ¿Quiere decir para el servicio de internet de Speedy negocios necesariamente debo contar con una línea telefónica?

Telefónica: Si

Funcionario de OSIPTEL preguntando por el servicio Internet 50¹⁷²:

Telefónica: Tiene que tener línea de teléfono fija, ¿Ud. Cuenta con línea de teléfono?

Funcionario OD Huancayo: No

Telefónica: Tiene que tener una línea fija si no, no va a poder acceder a ese servicio, la línea para que zona es para que distrito

(...)

Funcionario OD Huancayo: ¿cuenta con algún plan de internet para el cual no sea necesario la contratación del servicio de telefonía?

Telefónica: No existe.

Funcionario OD Huancayo: ¿No existe?

Telefónica: Nosotros usamos la línea telefónica para acceder a internet pero no lo ocupamos puede navegar por internet puede hablar por teléfono a la vez,

Funcionario OD Huancayo. Quiere decir si yo no tengo la línea telefónica no voy a poder contratar el servicio de internet.

Telefónica: Correcto.

465. Las llamadas realizadas durante la acción de supervisión también incluyeron consultas en torno a las posibilidades de acceso al servicio de internet por parte de un cliente que cuente con un servicio de telefonía fija de una empresa diferente de TELEFÓNICA. A continuación se detallan algunas de las conversaciones:

¹⁷⁰Acción de supervisión llevada a cabo el 2 de diciembre a las 16: 19 horas por un funcionario del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones en la ciudad de Lima.

¹⁷¹Acción de supervisión llevada a cabo el 29 de noviembre a las 18:16 horas por un funcionario del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones en la ciudad de Huancayo.

¹⁷²Acción de supervisión llevada a cabo el 2 de diciembre a las 16: 24 horas por un funcionario del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones en la ciudad de Lima.

Acciones de Supervisión del OSIPTEL

Funcionario de OSIPTEL preguntando por el servicio Speedy¹⁷³:

Funcionario del OSIPTEL Lima: Sí, disculpe quería información con respecto al servicio de internet que brindan

Operador 104: ¿Cuenta usted con teléfono en casa, señor?

Funcionario del OSIPTEL: Tengo un teléfono pero de Telmex.

Operador 104: ah correcto, pero en todo caso, para contratar el servicio de internet de Telefónica es importante contar con un teléfono fijo, lo que podemos brindarle en todo caso es una línea básica, una línea control con 130 minutos para llamadas locales y un internet de capacidad de un mega. El costo de este servicio es de 109 soles, la instalación de la línea tiene un costo de 150 que va a ser fraccionado en 15 meses de 10 soles y la instalación de la internet el cual incluye un router inalámbrico, tiene un costo de un sol que es un pago que se genera por única vez.

Funcionario del OSIPTEL: Y, ¿necesariamente tengo que contratar un servicio de telefonía fija con Telefónica?

Operador 104. Exacto, el servicio que nosotros le facilitamos es a través de la línea.

Funcionario del OSIPTEL Lima: Ya, y ¿tiene que ser un servicio de TELEFÓNICA, un servicio de Telefónica fija? ¿No puede ser inalámbrica?

Operador 104: No, tiene que ser un teléfono fijo

(...)

Funcionario del OSIPTEL Lima: Ah pero ¿no tienen un servicio de internet, el cual puedan brindar sin contratar el teléfono fijo?

Operador 104: No, todos los servicios que brindamos es a través de la línea.

Funcionario de OSIPTEL preguntando por el servicio Speedy Negoclos¹⁷⁴:

Funcionario OD Huancayo: bueno tengo una línea telefónica pero no telefónica es de otra empresa operadora

Telefónica: Para tener el servicio de Speedy es necesario contar con la línea telefónica...

(...)

Funcionario OD Huancayo: Ok, y cuenta Ud con algún plan de internet para el cual no sea necesario la contratación del servicio de telefonía.

Telefónica: No

Telefónica: Para tener un Speedy con Telefónica tendría que contratar una línea telefónica.

Funcionario de OSIPTEL preguntando por el servicio Internet 50¹⁷⁵:

Funcionario del OSIPTEL: (...) como es el servicio de internet 50 para adquirirlo, ¿cuáles son los requisitos?

Telefónica: (...) ¿Cuál es su número telefónico?

Funcionario del OSIPTEL: Bueno tengo un teléfono de Telmex

Telefónica: Bueno lo que pasa que este Internet 50 se maneja directamente para los clientes residenciales que tengan un número de teléfono fijo con TELEFÓNICA.

(...)

Telefónica: Bueno puede tener una línea libre, puede tener una línea controlada y no hay ningún problema.

Funcionario del OSIPTEL: Y línea prepago si puede tener ¿o no?

Telefónica: No, las prepago no, porque no se emite recibo electrónico.

466. De las supervisiones realizadas a través de llamadas al número 104, se observa que las condiciones ofrecidas a los usuarios para adquirir el servicio de acceso a internet requieren necesariamente la contratación de un línea telefónica fija, ya sea para el caso de una oferta regular o promocional (dúo).

467. A estos efectos, cabe añadir que la coerción realizada por TELEFÓNICA es evidente, considerando que esta empresa cuenta con una participación de mercado

¹⁷³Acción de supervisión llevada a cabo el 30 de noviembre de 2010 a las 18:21 horas por un funcionario del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones en la ciudad de Chiclayo.

¹⁷⁴Acción de supervisión llevada a cabo el 2 de diciembre a las 18: 16 horas por un funcionario del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones en la ciudad de Lima.

¹⁷⁵Acción de supervisión llevada a cabo el 2 de diciembre de 2010 a las 15:59 horas por un funcionario del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones en la ciudad de Lima.

muy cercana al 100% en el mercado relevante, definido en los términos del presente pronunciamiento.

468. Adicionalmente, obra en el expediente otro medio de prueba contundente que acredita el elemento coerción: los contratos de acceso al servicio de internet fijo vía ADSL. De la lectura de dichos contratos se puede observar que TELEFÓNICA obliga a los usuarios a contratar el servicio de telefonía fija de la misma empresa¹⁷⁶, evidenciándose la existencia del elemento coerción.

3.3.2.2.2 Argumentos de TELEFÓNICA en contra de los medios probatorios que acreditan la coerción

469. De acuerdo con el informe elaborado por el Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, las "llamadas ficticias" realizadas en las acciones de supervisión no pueden ser consideradas como una prueba absoluta de la coerción. Al respecto, se sostiene que no habría evidencia de que los usuarios hayan protestado por la oferta empaquetada de la empresa y que no se habría tomado en cuenta que estos clientes podrían estar haciendo llamadas para obtener la información necesaria a fin de compararla con la que reciban de otras empresas operadoras proveedoras del mismo servicio y así tomar una decisión de compra. De igual manera, no se consideraría que si un cliente acepta la oferta empaquetada es porque ésta le reporta mayores beneficios que las que le ofrecen otras empresas.
470. A partir de la lectura de la resolución apelada, se puede afirmar que lo que se buscó acreditar por medio de las acciones de supervisión del OSIPTEL ("llamadas ficticias") fue "el nivel de coerción"¹⁷⁷, es decir, que TELEFÓNICA efectivamente condicionó o subordinó la venta del servicio de acceso a internet fijo vía ADSL a la compra de su servicio de telefonía fija.
471. Sin embargo, parece ser que la interpretación que el Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico hace del "nivel de coerción" se referiría más bien a las preferencias de los usuarios, en el sentido de que los mismos efectivamente lleguen a contratar el servicio de internet fijo vía ADSL, a pesar del mencionado condicionamiento, y a si estos efectivamente se ven beneficiados por la práctica, es decir, a las eficiencias que esta podría generar y que los consumidores podrían buscar al contratar el paquete.
472. Como ya se señaló, de la revisión de la transcripción de las llamadas, llevadas a cabo como parte de las Acciones de Supervisión del OSIPTEL, siguiendo las formalidades legales correspondientes, resulta evidente que no existe la posibilidad de adquirir el servicio de internet fijo vía ADSL de TELEFÓNICA sin contar con el

¹⁷⁶Así, en la cláusula N°4 del contrato de acceso al servicio "Speedy", aparece como una de las condiciones del servicio que el cliente cuente con "una línea telefónica fija de su titularidad contratada con TdP (no líneas prepago)".

De igual manera, en la cláusula N° 4 del contrato de acceso al servicio "Speedy Negocios", aparece como una de las condiciones del servicio que el cliente cuente con "una línea telefónica fija de su titularidad contratada con TdP (no líneas prepago)".

¹⁷⁷"[...] que el vendedor imponga la compra de un servicio como condición de la venta de otro, forzando la voluntad del consumidor. Es decir, debe verificarse en los contratos y, en general, en las condiciones de venta ofrecidas, que el servicio principal no puede ser adquirido por separado; es decir, que no existe la posibilidad de adquirir el servicio principal sin adquirir el servicio afado". (Página 39 de la resolución apelada)

servicio de telefonía fija ofrecido por esta misma compañía¹⁷⁸. Adicionalmente, como ya ha sido señalado, obran en el expediente los contratos de acceso al servicio de internet fijo vía ADSL en los que la existencia de la coerción es evidente.

473. De otro lado, debe puntualizarse que TELEFÓNICA no ha cuestionado la existencia de coerción hasta antes de la remisión del Informe elaborado por el Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico. En efecto, ni en sus descargos, ni en sus alegatos, ni en su apelación, TELEFÓNICA ha negado la existencia de la venta conjunta entre sus servicios de telefonía fija e internet fijo vía ADSL.

474. En consecuencia y por lo expuesto, los argumentos de TELEFÓNICA respecto de que no existiría coerción, no resultan atendibles.

3.3.2.2.3 Conclusión

475. Por tanto, sobre la base de los resultados de las acciones de supervisión y de la revisión de los contratos de acceso al servicio de internet fijo vía ADSL, este Tribunal concluye que TELEFÓNICA no ofrece la posibilidad de compra del servicio internet fijo vía ADSL "solo", sino que lo sujeta a la adquisición del servicio de telefonía fija, evidenciándose un apreciable nivel de coerción que imposibilita la adquisición independiente del servicio atante.

3.3.2.3 Efectos de la práctica

476. Siguiendo la metodología de análisis previamente expuesta, para que se acrediten los efectos negativos de la práctica investigada, actuales o potenciales, se debe demostrar la existencia del traslado de una posición de dominio en el mercado del bien principal al mercado del bien atado; el acaparamiento o cierre de los canales de distribución, impidiendo a los rivales la posibilidad de acceder a ellos; y la creación o elevación de barreras a la entrada estratégicas.

3.3.2.3.1 Factibilidad de que la práctica genere efectos anticompetitivos

477. De los medios probatorios que obran en el expediente, se aprecia que, a diciembre de 2011, TELEFÓNICA concentra el 91.97% de líneas en servicio fijas alámbricas. Por su parte, su principal competidor, América Móvil Perú S.A.C., cuenta con el 5.71%, seguido por Americatel, que cuenta con el 1.51%. El 0.81% restante se encuentra repartido entre varias empresas competidoras. Dicha distribución de la participación de mercado evidencia la existencia de cierto nivel de competencia en el mercado de telefonía fija. Es importante señalar que la estructura mencionada no varía si se toma en cuenta el mercado de telefonía fija inalámbrico¹⁷⁹.

¹⁷⁸-Funcionario de OSIPTEL preguntando por el servicio Speedy Negocios
Funcionario OD Huancayo: No señorita yo tengo una línea telefónica pero de otra empresa
Telefónica: El primer requisito para adquirir un Speedy tendría que tener una línea con Telefónica
Funcionario OD Huancayo: ¿Quiere decir para el servicio de internet de Speedy negocios necesariamente debo contar con una línea telefónica?
Telefónica: Sí
(RA página40)

¹⁷⁹Si se toma en cuenta el mercado de telefonía fija total, incluyendo las líneas inalámbricas, se tiene que TELEFÓNICA cuenta con el 71.89%, seguido por Telefónica Móviles y AM con 14.33% y 11.95% respectivamente. Se debe precisar que,

478. Por otro lado, como ya ha sido señalado, se ha observado que la oferta comercial de América Móvil Perú S.A.C. presenta características similares a la de TELEFÓNICA que aparentemente le permitirían replicar la atadura realizada por la empresa dominante. No obstante, se debe precisar que América Móvil Perú S.A.C. provee el servicio a través de otra tecnología (cable módem), la misma que cuenta con limitaciones de cobertura y/o facilidades técnicas para instalar el servicio. Luego, no existe otra empresa en el mercado que pueda replicar la venta atada de internet fijo vía ADSL con telefonía fija. Aún si se independizara el análisis de la tecnología, la reducida cobertura de América Móvil Perú S.A.C. impide que pueda ofrecer un producto atado con el mismo impacto que TELEFÓNICA.
479. Adicionalmente, ni en el mercado de internet fijo vía ADSL ni en el de telefonía fija existe algún tipo de barrera a la salida, por lo que es factible que los competidores que no perciben la rentabilidad esperada se retiren del mercado¹⁸⁰.
480. En consecuencia, este Tribunal considera que es posible inferir que la práctica en cuestión efectivamente puede generar efectos anticompetitivos¹⁸¹.

3.3.2.3.2 Lógica económica detrás de la práctica

481. Dado que, como ya se determinó previamente, es técnica y económicamente factible brindar el servicio de internet fijo vía ADSL "solo" y, sin embargo, TELEFÓNICA no lo ofrece, este Tribunal considera que es necesario analizar las razones que pueden estar detrás de este hecho. En ese sentido, de determinarse que TELEFÓNICA podría obtener mayores ganancias en el mercado de ADSL ofreciendo el servicio de forma desempaquetada pero opta por no hacerlo, se deduciría que la práctica de atadura se realiza con fines anticompetitivos. En este caso, se hace necesario determinar cuál sería el efecto que permitiría a TELEFÓNICA recuperar las ganancias que viene sacrificando por no proveer el internet fijo vía ADSL "solo" y si es que este es anticompetitivo.
482. Al respecto, el gráfico N° 19 compara la demanda actual del servicio de internet fijo vía ADSL con la demanda potencial de este servicio si TELEFÓNICA lo ofreciera "solo". El gráfico muestra que la demanda actual del servicio de internet fijo vía ADSL de TELEFÓNICA está compuesta por (i) aquellos usuarios que desean y contratan ambos servicios y (ii) por aquellos usuarios que contratan el servicio de internet fijo vía ADSL de manera atada al de telefonía fija, por no tener mayor opción. Por su parte, la demanda efectiva o potencial de internet fijo vía ADSL se compone de estos dos grupos y, adicionalmente, (iii) de aquellos usuarios que,

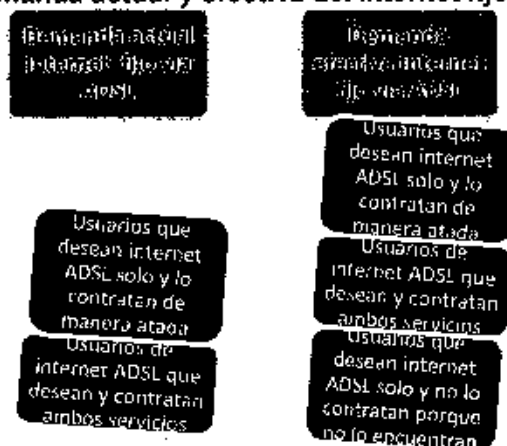
del 11.95% de AM, al 7.49% corresponde a líneas inalámbricas. Finalmente, Americatel cuenta con el 1.18% y el 0.65% restante se encuentra repartido por el resto de empresas competidoras.

¹⁸⁰De acuerdo al artículo 189° del TUO del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones aprobado por Decreto Supremo N° 020-2007-MTC: "La instalación, operación y prestación de los servicios de valor añadido no requiere de autorización previa del Ministerio (...)". Asimismo, el artículo 190° de la referida norma establece que las personas naturales o jurídicas que deseen prestar servicios de valor añadido, deberán inscribirse en un registro que para tal fin llevará el órgano competente del Ministerio. Luego, a diferencia de lo que ocurre en otros servicios como el Móvil o la telefonía fija, la prestación de servicios de internet no exige cumplimiento de planes mínimos de expansión o inversión que podrían constituirse en barreras a la salida del mercado.

¹⁸¹Competencia imperfecta en el mercado del bien atado, competidores no pueden replicar la atadura y es factible que los competidores salgan del mercado.

desean adquirir el internet fijo vía ADSL "solo" pero que no lo adquieren por no encontrarlo disponible sin tener que verse obligados a adquirir el servicio de telefonía fija que se ata a él.

Gráfico N° 19: Demanda actual y efectiva del internet fijo vía ADSL



Elaboración: OSIPTEL.

483. En consecuencia, en línea con lo señalado respecto del traslado de posición de dominio de un mercado a otro, se observa que TELEFÓNICA podría contar con un mayor número de usuarios si ofreciera el internet fijo vía ADSL sin atarlo, obteniendo con ello mayores ganancias, al aumentar el tamaño de su mercado. Pese a ello, TELEFÓNICA prefiere sacrificar las ganancias derivadas de la venta de internet fijo vía ADSL "solo". La lógica económica nos dice que estas ganancias deben estar siendo recuperadas por otros medios, presumiblemente en el mercado directamente afectado por esta práctica: el mercado de telefonía fija. De acuerdo a la teoría económica post Escuela de Chicago, antes referida, por medio de la práctica de venta atada TELEFÓNICA puede conseguir excluir a sus competidores del mercado del servicio de telefonía fija (servicio atado), el cual presenta una intensidad competitiva más alta que el del internet fijo vía ADSL.
484. En esta línea, la venta atada de TELEFÓNICA puede tener fines anticompetitivos: la empresa sacrifica ganancias en el mercado de internet fijo vía ADSL, al tener menos usuarios de los posibles, con el objetivo de recuperar dichos ingresos en el mercado de telefonía fija (servicio atado), a través de la reducción de la demanda de los competidores que pertenecen a este mercado. En acápite posteriores se evaluará el daño que ocasiona esta práctica de atadura en los competidores del mercado de telefonía fija.
485. Para analizar los efectos que esta práctica tiene en el mercado de telefonía fija (servicio atado), se pondrá especial énfasis en el efecto de la práctica sobre los competidores de la empresa dominante. Adicionalmente, se analizará cómo esta práctica tiene, a su vez, un efecto indirecto en el bienestar de los consumidores o usuarios finales, en los términos definidos en el Decreto Legislativo N°1034.

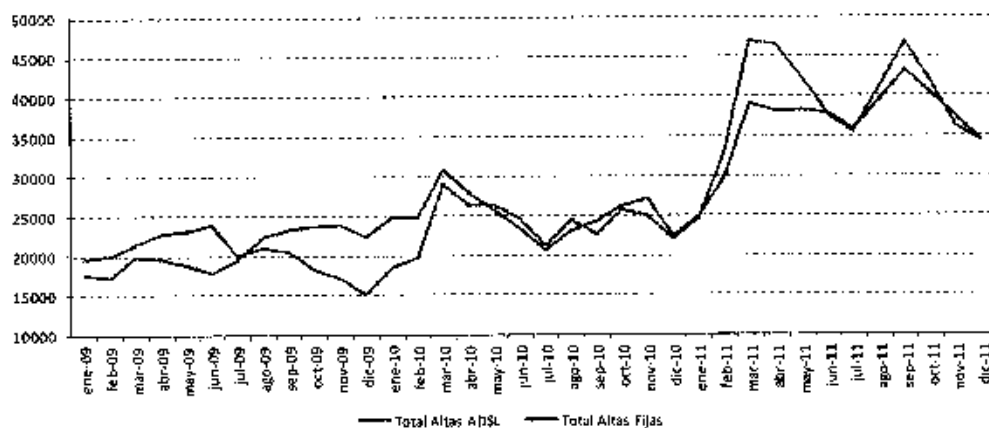
3.3.2.3.3 Efectos en el mercado de telefonía fija

486. Un primer aspecto a analizar es la relación existente entre el servicio de acceso a internet fijo vía ADSL y el servicio de telefonía fija. A partir de la relación existente se explicara cómo, vía las externalidades de red, un mercado puede afectar otro. Luego, se analizarán los principales indicadores de desempeño del mercado de telefonía fija que muestran el efecto ocasionado por la práctica de venta atada en cuestión. Finalmente, se expondrá el escenario que se hubiera alcanzado de no existir la práctica.

Relación entre internet fijo vía ADSL y telefonía fija

487. Un primer paso para analizar el efecto ocasionado sobre el mercado producto de la práctica de venta atada, parte por evaluar la relación existente entre el servicio atante, el servicio de internet fijo vía ADSL, y el servicio atado, el servicio de telefonía fija. Ello con el objetivo de identificar si la práctica realizada en un mercado puede afectar el otro.

Gráfico N° 20: TELEFÓNICA-Evolución de altas en internet ADSL y telefonía fija (a diciembre 2011)



Fuente: TELEFÓNICA Elaboración: OSIPTEL

488. Así, en el Gráfico N° 20 se puede observar que la correlación entre las altas de ambos servicios para la empresa dominante es sumamente elevada; lo cual se comprueba al realizar el cálculo del coeficiente de correlación¹⁸², que asciende a 0.92. Dicho índice nos indica que las altas en el mercado de telefonía fija guardan una estrecha relación con las altas de internet fijo vía ADSL.

489. Como se analizó previamente, el mercado de acceso a internet fijo vía ADSL se encuentra altamente concentrado y cuenta con un número muy reducido de competidores. Este hecho, sumado a las barreras a la entrada existentes, llevó a determinar que TELEFÓNICA cuenta con posición de dominio en dicho mercado.

¹⁸² El coeficiente de correlación expresa el grado de asociación lineal que existe entre dos variables. Un valor cercano a 1 indica una asociación fuerte.

490. Nuevamente, como en el caso del servicio de internet fijo vía ADSL, la región Lima muestra una estructura distinta al contar con 15 empresas competidoras en el mercado de telefonía fija. En el resto de provincias el número de empresas varía entre 6 y 9, dependiendo de su cercanía a la costa. Asimismo, los índices HHI de este mercado, pese a indicar que se trata de mercados concentrados, son menores a los observados en el mercado del servicio de internet fijo vía ADSL.

Cuadro N° 06: Distribución regional del número de empresas de telefonía fija- a diciembre 2011

Número de empresas*	HHI promedio	Regiones
6	4.642	Amazonas
7	5.128	Apurímac, Ayacucho, Cajamarca, Huancavelica, Madre de Dios, Tumbes y Ucayali
8	5.684	Cusco, Huánuco, Junín, Loreto, Moquegua, San Martín y Tacna
9	5.761	Ancash, Arequipa, Ica, La Libertad Lambayeque, Pasco, Piura y Puno
15	5.394	Lima

(*) Nota: Se cuenta a Telefónica Móviles S.A. como una empresa diferente de TELEFÓNICA, dado que aquella brinda el servicio de Telefonía fija Inalámbrica, que difiere del servicio de telefonía fija tradicional brindado por TELEFÓNICA.

Fuente: Empresas Operadoras Elaboración: OSIPTEL

491. Así, en el mercado de telefonía fija existen alternativas de sustitución en cada región. Adicionalmente, otra alternativa que tienen los usuarios es el empleo de la telefonía móvil, el mismo que cuenta con una cobertura de más del 90% a nivel nacional.
492. De lo antes expuesto, se puede concluir que el servicio de internet fijo vía ADSL de TELEFÓNICA no es influenciado por presiones competitivas de otros agentes, mientras que el mercado de telefonía fija sí enfrenta este tipo de presiones. En dicho mercado, TELEFÓNICA enfrenta a diferentes empresas competidoras que, aunque pequeñas, ofrecen alternativas de sustitución al servicio fijo de TELEFÓNICA. De lo actuado en el expediente, este Tribunal considera que este hecho sería el principal motivo que tendría la empresa dominante para intentar extender la amplia posición de dominio con la que cuenta en un mercado, el de internet fijo vía ADSL, a otro donde existe mayor presión competitiva, en este caso el de telefonía fija.

Externalidades de red

493. Las empresas utilizan diversos mecanismos para diferenciarse de la competencia y maximizar sus beneficios. Uno de ellos es diferenciar la tarifa que cobran por las comunicaciones que se dan entre sus usuarios (tarifa *on-net*) y la tarifa que cobran por la comunicación realizada a los usuarios de otra red (tarifa *off-net*). La diferenciación entre las tarifas *on-net* y *off-net* es una estrategia ampliamente practicada por los operadores de telecomunicaciones a nivel mundial para competir.
494. En línea con ello, TELEFÓNICA ha orientado su estrategia comercial en el mercado de telefonía fija al ofrecimiento de menores tarifas *on-net*, o incluso de tarifas planas a nivel local y nacional dentro de su red. Ello le ha permitido aprovechar las

economías de red con las que cuenta, por ser el operador con mayor participación en el mercado de telefonía fija.

495. Al respecto, a diciembre de 2011, los competidores no se encontraban en posibilidad de replicar dicha oferta de la tarifa *on-net*. Ello debido fundamentalmente al tamaño de sus redes. Así, dado que TELEFÓNICA cuenta con un 71.89% de participación de mercado en telefonía fija¹⁸³, tarifas bajas *on-net* permiten ampliamente explotar las economías de red. Sin embargo, el ofrecer menores tarifas para llamadas *on-net* no es tan atractivo para América Móvil Perú S.A.C., segundo competidor más importante de TELEFÓNICA en el mercado de telefonía fija, pues su red fija sólo cuenta con el 7.49% de participación de mercado¹⁸⁴.
496. A menos que la mayoría de contactos de un usuario cuente con teléfonos del mismo operador, el contar con una línea de telefonía fija de un competidor pequeño resulta poco atractivo para él, pues deberá pagar una tarifa más alta para llamarlos. Adicionalmente, dado que el terminar llamadas fuera de la red propia implica que los operadores deben pagar un cargo de terminación por minuto a la red que recibe la llamada, los operadores de menor tamaño no pueden ofrecer tarifas *off-net* menores que las *on-net* para compensar las menores externalidades de red con las que cuentan.
497. Por tanto, un operador de tamaño pequeño puede entrar en un círculo vicioso pues, el contar con pocos usuarios le genera reducidas externalidades de red, lo que a su vez hace a su red poco atractiva. Luego, tendrá dificultades para atraer a nuevos usuarios a su red, reforzando el efecto de sus reducidas externalidades. A esto debe sumarse la menor posibilidad que tienen estas redes pequeñas de explotar sus economías de escala, justamente debido a su tamaño.
498. En este sentido, si bien la diferenciación de precios entre *on-net/off-net* por parte de los operadores de servicios de telefonía es una estrategia relativamente aceptada, en las circunstancias del caso concreto y dentro de los alcances del presente procedimiento, la venta atada no lo es. En el caso concreto, la estrategia anticompetitiva de venta atada de su servicio de telefonía fija al internet fijo via ADSL implementada por TELEFÓNICA, la ha llevado a evitar ilícitamente la reducción del tamaño de su red fija, permitiéndole a su vez explotar sus externalidades de red en mayor medida, en perjuicio de los competidores. Al impedir que las redes de los competidores se desarrollen como hubiesen podido, en ausencia de la práctica anticompetitiva, estos se ven imposibilitados de explotar sus externalidades de red en la medida adecuada.
499. Dado que una red de mayor tamaño permite a sus usuarios gozar de mayores externalidades (por ejemplo, más usuarios a quienes llamar por una tarifa *on-net* más baja), la red se vuelve más atractiva, por lo que atrae a más usuarios. En el caso bajo análisis, el problema intrínseco es que el tamaño de la red fija de TELEFÓNICA se ha mantenido por medio de una práctica anticompetitiva, en este caso, la venta atada. En consecuencia, los competidores en el mercado de telefonía

¹⁸³Es seguido por su empresa subsidiaria que provee el servicio a través de tecnología fija inalámbrica, Telefónica Móviles que cuenta con 14.33%.

¹⁸⁴Corresponde a la participación de líneas en servicio de América Móvil que cuenta con la segunda red más grande en el país.

fija se han visto perjudicados por esta práctica, al no poder ampliar su número de usuarios como hubiesen podido en ausencia de la misma y, por lo tanto, contar con mayores economías de red.

500. Es importante mencionar que, por contar con la red más grande, TELEFÓNICA se beneficia adicionalmente de los ingresos que obtiene por la interconexión, ya sea por la terminación de llamadas de otros operadores de telefonía fija en su red o por aquellas llamadas con origen móvil. Por tanto, el evitar que los competidores de telefonía fija cuenten con el número de usuarios con el que hubiesen podido contar en ausencia de la práctica de atadura bajo análisis, lleva a TELEFÓNICA a beneficiarse indirectamente por medio de mayores ingresos de interconexión.

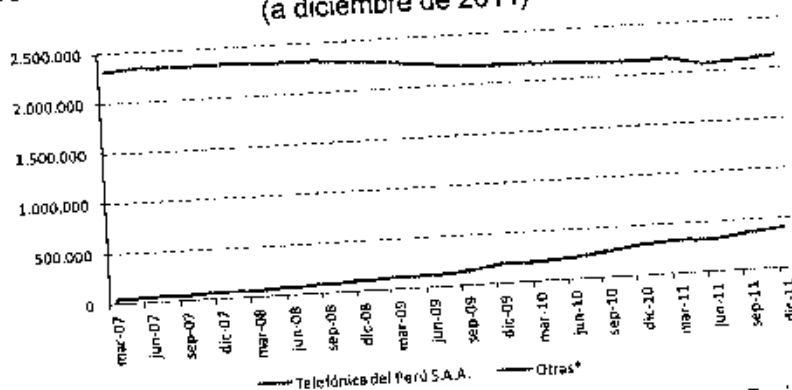
Desempeño de los principales indicadores del mercado

501. En su apelación, TELEFÓNICA ha cuestionado el hecho de que el Gráfico N° 06 de la resolución apelada sólo presente información del primer trimestre del año 2011. TELEFÓNICA ha afirmado que si se incluyera información para todo el año se podría apreciar que el desempeño de los competidores incluso se acelera.
502. De otro lado, TELEFÓNICA ha señalado que si no se tomara en cuenta a Telefónica Móviles S.A., se podría observar que los reales competidores de TELEFÓNICA siguen creciendo de una forma más que importante durante todo el periodo investigado ya que, de 2008 a 2011, habrían cuadruplicado su participación de mercado. Así, de acuerdo con TELEFÓNICA, la ralentización de la caída de cuota de mercado advertida por el Cuerpo Colegiado no tendría ningún efecto de cara a la performance de sus reales competidores.
503. Asimismo, TELEFÓNICA ha alegado que el análisis del Cuerpo Colegiado para evidenciar el daño al mercado es incorrecto, ya que hace creer que la pérdida de cuota de mercado de TELEFÓNICA se habría ralentizado o incluso recuperado a costa de sus competidores. Más aún, TELEFÓNICA ha señalado que el Cuerpo Colegiado circunscribiría su estudio a la oferta de servicios de acceso a internet, antes que en analizar el real desempeño de los competidores, centrándose en determinar el desempeño de TELEFÓNICA, lo cual sería inconsistente con un adecuado análisis de daño exclusivo.
504. Según lo que ha afirmado TELEFÓNICA en su apelación, el Cuerpo Colegiado habría señalado que el supuesto freno en la caída de cuota de TELEFÓNICA se habría producido a partir de un crecimiento de sus ofertas empaquetadas, sin embargo, no quedaría claro cómo es que eso es posible si las ofertas del tipo dúo y trío de TELEFÓNICA se lanzaron recién en el año 2007, mientras que su participación siguió cayendo hasta bien entrado el año 2009.
505. Al respecto, este Tribunal considera que el punto central para el análisis de los efectos de la práctica de venta atada en las empresas que compiten con TELEFÓNICA en el mercado de telefonía fija recae en los principales indicadores de mercado. Cabe resaltar que la referida evaluación se realizará distinguiendo a TELEFÓNICA del resto de empresas que operan en el mercado (los competidores), y excluyendo de éste grupo a sus vinculadas: Telefónica Móviles S.A. y Telefónica Multimedia S.A.C. Asimismo, se incluirá datos para todo el año 2011 y el análisis se centrará tanto en el desempeño de TELEFÓNICA como en el de sus competidores

en el mercado de telefonía fija. Adicionalmente, se debe tomar en consideración que, el hecho de que el periodo de investigación haya sido delimitado entre los años 2001 al 2011, no implica que los efectos negativos de la conducta necesariamente se tengan que haber desplegado durante todo ese periodo.

506. En el siguiente gráfico se observa la evolución del nivel de líneas en servicio en el mercado de telefonía fija a diciembre de 2011¹⁸⁵. Así, se aprecia que la evolución del número de líneas de TELEFÓNICA iba en descenso hasta que se presentan dos quiebres: un primer quiebre en setiembre de 2009, cuando se reduce la tasa de decrecimiento (de alrededor de -1.5% a 0.5%); y un segundo quiebre en el tercer trimestre del 2011, periodo en el cual se observa un aumento en el nivel de líneas.

Gráfico N° 21: Evolución del número de líneas en servicio- telefonía fija (a diciembre de 2011)



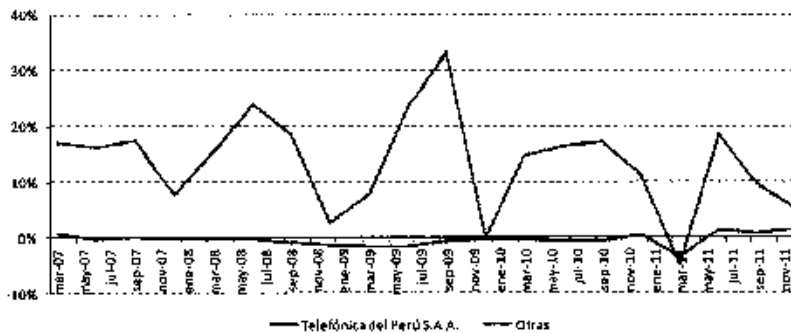
*Otras incluye a Americatel Perú S.A, América Móvil Perú S.A.C, Convergencia Perú S.A, Digital Way S.A, Gamacom S.A.C, Gilat to Home Perú S.A, Global Crossing, Infoductos y Telecomunicaciones, Nextel del Perú S.A, Perusat S.A, Rural Telecom S.A.C, Telmex Perú S.A, y Valtron E.I.R.L.

Fuente: Empresas Operadoras Elaboración: OSIPTEL

507. Adicionalmente, se aprecia que TELEFÓNICA no presenta mayor variación en su tasa de crecimiento trimestral e incluso experimenta un ligero incremento en los últimos trimestres. De otro lado, el escenario del resto de empresas competidoras es opuesto al de TELEFÓNICA ya que, a pesar de la volatilidad en la evolución de la tasa de crecimiento, se observa una tendencia negativa posterior al cuarto trimestre de 2009. Se debe señalar que la tasa de crecimiento promedio trimestral de las empresas competidoras previa al cuarto trimestre de 2009 era de 16.65%; mientras que la tasa posterior a dicho trimestre fue de 10.28% en promedio, lo que reflejaría un menor crecimiento por parte de los competidores a partir del primer trimestre de 2010.

¹⁸⁵ Se consideran tanto las líneas en servicio alámbricas con las inalámbricas. Es importante señalar que la inclusión de las líneas inalámbricas responde a que éste mercado es igualmente afectado por la práctica de venta atada al reducirsele artificialmente su demanda potencial.

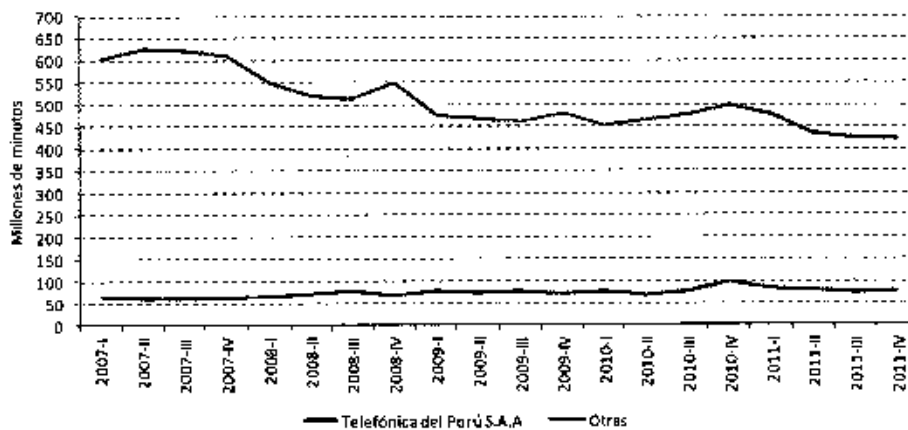
Gráfico N° 22: Evolución de la tasa de crecimiento de las líneas en servicio-telefonía fija (a diciembre de 2011)



Fuente: Empresas Operadoras Elaboración: OSIPTEL

508. Si se toma en consideración el tráfico generado por las empresas operadoras, otro de los principales indicadores de mercado, se observa que la tendencia de las empresas competidoras se ha mantenido relativamente constante a lo largo del tiempo. Así, el nivel de tráfico originado por las empresas competidoras de TELEFÓNICA presentaba ligeros incrementos hasta el tercer trimestre del año 2009, fecha a partir de la cual el nivel de tráfico se reduce, salvo los dos últimos trimestres del 2010, en los que tanto la empresa dominante como los competidores presentaron un ligero incremento.

Gráfico N° 23: Evolución del Tráfico Originado en Líneas Fijas (a diciembre de 2011)

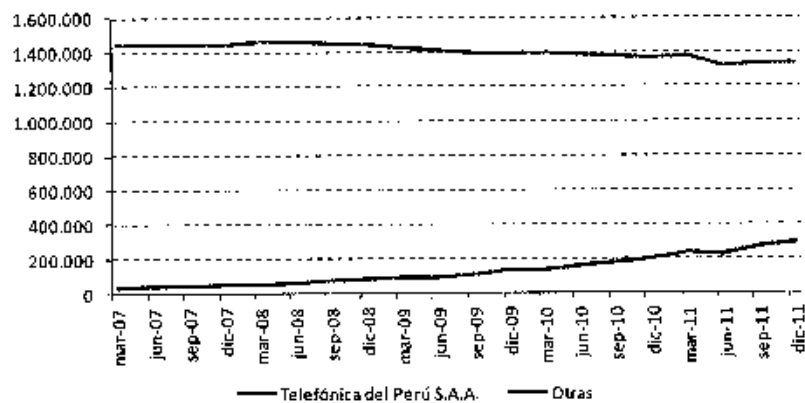


Fuente: Empresas Operadoras Elaboración: OSIPTEL

509. Tanto del desempeño del nivel de líneas en servicio como del tráfico originado, se evidencia que el crecimiento de los operadores que compiten en el mercado de telefonía fija presenta un estancamiento en el nivel de crecimiento que venían desarrollando en ambos indicadores a finales de 2009. La estrategia de TELEFÓNICA evitó que los competidores crezcan de acuerdo con la tendencia que habían venido siguiendo.

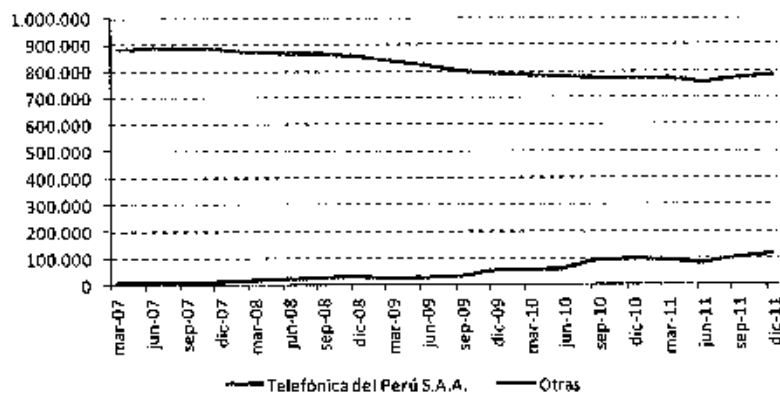
510. Asimismo, lo descrito previamente se confirma si se evalúa el desempeño del mercado relevante definido en sus dos sectores, tal como se detalló al determinar el mercado relevante: Lima y Callao por un lado, y el resto de provincias por otro. De acuerdo a los gráficos N° 24 y N° 25, se observa que el efecto es ligeramente más acentuado en las provincias que en Lima. Así, en las provincias se evidencia que el nivel de crecimiento de los competidores es menor al que hubieran obtenido de no haberse ejecutado la venta atada. De otro lado, el nivel de reducción del crecimiento de TELEFÓNICA es menor en Lima.

Gráfico N° 24: Evolución del número de líneas en servicio en Lima (a diciembre de 2011)



Fuente: Empresas Operadoras Elaboración: OSIPTEL

Gráfico N° 25: Evolución del número de líneas en servicio en provincias (a diciembre de 2011)



Fuente: Empresas Operadoras Elaboración: OSIPTEL

511. TELEFÓNICA ha señalado que dicha caída en su participación de mercado se debería en gran parte al crecimiento de la telefonía fija inalámbrica, en particular, al crecimiento de la telefonía fija inalámbrica de Telefónica Móviles S.A. (su vinculada). Así, según TELEFÓNICA, dado que ésta y Telefónica Móviles S.A. pertenecen al mismo grupo empresarial, deberían ser consideradas como un mismo agente, teniendo que evaluarse la participación conjunta y no solo la de TELEFÓNICA.

512. Al respecto, debe señalarse que, de acuerdo con lo señalado por el Cuerpo Colegiado en la resolución apelada, se evalúa solo la participación de TELEFÓNICA, debido a que las líneas fijas que se encuentran involucradas en la atadura son las líneas fijas alámbricas de esta empresa. Por lo tanto, el beneficio obtenido por el agente económico se refleja solo en las líneas alámbricas (al detener la drástica caída en su número de líneas en servicio que comenzó a experimentar a partir del año 2007). Adicionalmente, los planes del servicio de telefonía fija inalámbrica de Telefónica Móviles S.A. están orientados a otro segmento del mercado, el de bajos ingresos, el cual no necesariamente le garantiza al Grupo la misma rentabilidad de las líneas fijas alámbricas. Sin perjuicio de ello, este Tribunal ha realizado la ponderación de los efectos de la práctica en los competidores sin considerar a Telefónica Móviles S.A. y Telefónica Multimedia S.A.C., al ser parte del mismo grupo económico.

Argumento de TELEFÓNICA sobre la inexistencia de un daño sustancial

513. TELEFÓNICA ha afirmado que, en el supuesto negado de que los competidores pequeños hubieran sido afectados por la conducta, ello de manera alguna constituiría un efecto exclusorio, ya que la norma de competencia exigiría no sólo la exclusión de un competidor del mercado, sino que se "involucre una parte no insustancial del mercado". Agrega que la exclusión de los "pequeños" no implicaría un fortalecimiento de la posición de mercado de TELEFÓNICA, ya que al 2011 representaban el 0.69% del mercado. A fin de sustentar sus afirmaciones, TELEFÓNICA ha citado jurisprudencia del INDECOPÍ que habría señalado que para sancionar una práctica, ésta debe involucrar una parte no insustancial del mercado¹⁸⁸.
514. El requisito consistente en que la práctica debe involucrar "una parte no insustancial del mercado" recogido en pronunciamientos de agencias de competencia, se deriva de lo establecido en la legislación de los Estados Unidos de América (*Sherman Act* y *Clayton Act*). En efecto, dichas leyes señalan que se encuentran prohibidas aquellas prácticas anticompetitivas que puedan afectar sustancialmente la competencia o el comercio interestatal.
515. Ahora bien, el mencionado requisito es interpretado erróneamente por TELEFÓNICA como un componente del efecto exclusorio de la práctica anticompetitiva en el mercado del producto atado, cuando, en realidad, dicho elemento se encuentra referido a que el incumbente debe tener suficiente poder de

¹⁸⁸TELEFÓNICA ha hecho mención del caso Aero Servicios contra Petróleos del Perú (expediente N° 002-2005/CLC – Res. N° 009-2010/CLC-Indecopi) y al caso de Distribuidora Norte Pacasmayo – DINO (expedientes N°001-2001-CLC y 002-2001-CLC), transcribiendo los siguientes párrafos de pronunciamientos del INDECOPÍ sobre tales casos:

Aero Servicios contra Petróleos del Perú, transcribiendo lo siguiente:

"110. En el presente caso, aún asumiendo que la negativa de Petroperú hubiera estado dirigida a obtener la operación de la Planta de Abastecimiento de Aerosservicios en el Aeropuerto de Piura, las ventas "minoristas" de Turbo A1 en Piura sólo representan el 0.2% del mercado presuntamente afectado, porcentaje de participación que, desde ningún punto de vista, podría haber producido el efecto de otorgar poder de mercado a Petroperú.

111. Finalmente, cabe resaltar que, si bien la negativa de Petroperú tenía la capacidad para dañar a un competidor en Piura (en este caso, Aerosservicios), no tenía la capacidad para afectar la competencia en el mercado de venta "minorista" de Turbo A1 en el Perú (...)."

DINO:

"Un requisito para verificar una práctica anticompetitiva, es la evidencia de una afectación a una parte "no insustancial" del mercado, requerimiento formal que trata de cuantificar la porción de mercado que resulta afectado con la atadura investigada."

mercado en el mercado del producto principal para que pueda restringir la competencia en el mercado del producto atado. Así, si un agente cuenta con posición de dominio en el mercado principal, se habrá cumplido con el requisito de afectación no sustancial del mercado¹⁶⁷. En la misma línea de interpretación se pronuncia el Informe N° 048-2011/ST-CLC-INDECOPI, remitido por el INDECOPI en el presente procedimiento, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 78° del Reglamento de Controversias¹⁶⁸.

516. Por tanto, es claro que el elemento consistente en que se afecte a una parte "no insustancial" del mercado" no se refiere a la relevancia de los efectos anticompetitivos en el mercado del producto atado, sino, en realidad, al poder de mercado de la empresa denunciada, situación que se ha acreditado en el presente caso, puesto que TELEFÓNICA cuenta con posición de dominio en el mercado de internet fijo vía ADSL.
517. Conforme a lo establecido en el Decreto Legislativo N° 1034, si la conducta provoca la salida, impide la entrada o dificulta la permanencia de competidores y permite a la empresa mantener o incrementar su poder de mercado, se entiende que se ha configurado el efecto exclusorio de la conducta, luego de lo cual se tendrán que evaluar las posibles justificaciones de eficiencia a dicha práctica para determinar si existe una infracción.
518. No existe una disposición normativa en materia de libre competencia que establezca una cuantificación mínima del daño (es decir, una regla de *minimis*) por debajo de la cual se eximiría de responsabilidad a una empresa cuya conducta haya generado o pueda generar efectos anticompetitivos en el mercado. Por ello, los actos de abuso de posición de dominio, como las ventas atadas en el sector de telecomunicaciones nacional, deben ser analizados caso por caso, evaluando las particularidades del mercado afectado (como el alto nivel de concentración e integración vertical) y considerando factores no solo estáticos o de estructura, sino también dinámicos. En el extremo, el adoptar una regla de *minimis* en mercados altamente concentrados, en los que existen pocos competidores, podría llevar a descartar la aplicación de las normas de libre competencia en dichos mercados, dejando impunes prácticas anticompetitivas.

¹⁶⁷ Al respecto, Howenkamp menciona que el requisito de afectación a una parte no insustancial del mercado se analizaba como un requisito configurante de la práctica anticompetitiva de ventas atadas cuando se empleaba la regla per se para el análisis de dichos casos:

"Con la 'leverage theory', (...) si se demostraba que el denunciado poseía suficiente poder de mercado en el producto afante como para forzar la adquisición del producto atado y una parte 'no insustancial' del comercio interestatal se veía afectada, el estándar probatorio se consideraba alcanzado y la atadura era declarada ilegal per se. No se requería de la existencia de efectos anticompetitivos". En: HOVENKAMP, Herbert, SULLIVAN, E. Thomas y SHELANSKI, Howard A. Op.cit. Págs. 440-1.

¹⁶⁸ **Reglamento de Solución de Controversias**

Artículo 78.- Informe de INDECOPI. En las controversias relativas al incumplimiento de obligaciones relacionadas con la libre y leal competencia, la Secretaría Técnica solicitará al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI, un Informe Técnico no vinculante sobre los lineamientos, precedentes y criterios interpretativos que vienen aplicando en materia de libre y leal competencia para la generalidad de los mercados y agentes económicos.

519. En tal sentido, debe desestimarse el argumento de TELEFÓNICA de acuerdo con el cual el efecto exclusorio tendría que ser cuantificado o considerado como "relevante" o no "insustancial" para que se configure una infracción anticompetitiva.

Escenario contra fáctico

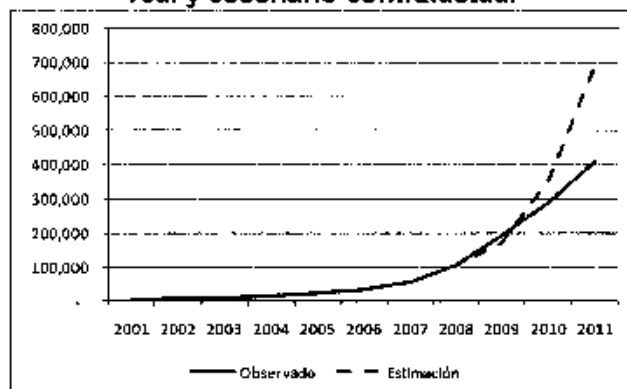
520. En su apelación, TELEFÓNICA ha señalado que el resultado neto de los competidores habría sido muy superior al de TELEFÓNICA. Así, mientras que en los últimos años TELEFÓNICA habría perdido más de 200 mil abonados en telefonía fija, sus competidores habrían logrado atesorar poco más de 350 mil, una diferencia de 564 mil líneas.
521. Asimismo, TELEFÓNICA ha afirmado que sus competidores crecerían a tasas espectaculares (37% en el 2011, 56% en el 2010 y 82% en el 2009) en un contexto difícil para la telefonía fija. De acuerdo con TELEFÓNICA, el año en el que supuestamente los efectos perversos de la práctica se comenzaron a notar, el 2009, los competidores habrían crecido a una tasa de 82%, robustez que descompondría cualquier indicio de posible conducta anticompetitiva.
522. Adicionalmente, TELEFÓNICA ha alegado que la práctica investigada no ha afectado a los competidores menos importantes del mercado. Según lo afirmado por TELEFÓNICA, entre el 2007 y el 2011, estos competidores habrían pasado de una cuota de mercado de 0,34% a una de 0,69% e incluso los operadores más pequeños habrían logrado duplicar su cuota de participación, lo que desmentiría de plano cualquier posible problema anticompetitivo explotativo originado por la práctica investigada y, menos aún, que haya podido ralentizar de alguna manera el crecimiento de los competidores.
523. Finalmente, TELEFÓNICA ha afirmado que no sólo no se habría producido ningún nivel de daño exclusorio al mercado, sino que la performance de sus competidores durante el período investigado habría sido considerablemente superior a la de TELEFÓNICA.
524. Al respecto, los efectos de la práctica de la venta atada realizada por TELEFÓNICA se han evidenciado a lo largo de la presente sección. Es así que se comprobó que existe una estrecha relación entre las altas nuevas de TELEFÓNICA en ambos mercados. Ello quiere decir que la mayoría de personas adquiere una línea telefónica ya sea como parte de un dúo o trío, o conjuntamente con el internet fijo vía ADSL.
525. Asimismo, la posibilidad de aplicar tarifas *on-net/off-net* diferenciadas refuerza el efecto que TELEFÓNICA consigue por medio de su práctica de venta atada, al evitar artificialmente que el número de líneas fijas de la competencia aumente. Ello porque le permite aprovechar las externalidades de red para la captación de usuarios en el mercado de telefonía fija, mercado en el cual enfrenta mayor presión competitiva que en el mercado de internet fijo vía ADSL. Así, como se vio, TELEFÓNICA ha logrado, por medio de esta práctica, detener la tendencia positiva de crecimiento de las empresas competidoras a partir del tercer trimestre, impidiéndoles así gozar de mayores externalidades de red.

526. No obstante, la interrogante pendiente está referida al escenario que hubiera tenido lugar de no haberse realizado la venta atada. Para responder a ello, se realizó la estimación de un modelo que permite pronosticar, a partir de la información referida a líneas en servicio, el comportamiento del mercado sin la distorsión de la práctica anticompetitiva.
527. La construcción del escenario contrafactual busca estimar cuál hubiera sido el crecimiento del número de líneas de los competidores si TELEFÓNICA no hubiese implementado la práctica bajo evaluación. Para ello, se realizó un ejercicio de proyección que tomó en cuenta dos variables: la primera trata de recoger la dinámica poblacional y de externalidades de red a través de la introducción del número rezagado de líneas, mientras que la segunda recoge el ingreso, medido a través del Producto Bruto Interno (PBI).
528. El análisis de la evolución del número de líneas de los competidores parecería mostrar dos tendencias claras. En el primer periodo, del 2001 al 2005, se aprecia un crecimiento relativamente lento. Sin embargo, a partir del 2006, se muestra un crecimiento más acelerado, el cual habría sido interrumpido por la conducta del operador dominante. Este comportamiento en la evolución del número de líneas podría asemejarse al de un proceso de difusión de un nuevo producto en el mercado. Las formas funcionales utilizadas para modelizar dicho proceso y sus resultados se presentan en el Anexo¹⁸⁹.
529. El Gráfico N° 26 presenta una estimación razonable del crecimiento del número de líneas de los competidores obtenido de la modelización efectuada. En él se observa que el crecimiento de líneas de los competidores hubiese sido significativamente mayor (líneas punteadas del gráfico) al que se dio efectivamente. Más precisamente, partiendo del dato histórico de 104,377 líneas a finales del 2008, la existencia de externalidades de red, sumadas a la evolución del PBI, hubieran llevado a que éstas lleguen a alrededor de 692,862 líneas a diciembre del 2011¹⁹⁰.

¹⁸⁹Tal como se explica con mayor detalle en el anexo, se estimaron dos modelos. El primero de ellos fue un modelo lineal que explica la evolución del número de líneas fijas de la competencia n_t (expresado en millones) con una tendencia lineal (f) y el PBI (y_t), además de un término de error. Una segunda ecuación se basa en la función acumulada de densidad de una distribución Gompertz, que toma la variable dependiente como el número de líneas como porcentaje de la población. Para mayor precisión de los resultados, se realiza una combinación de las predicciones de ambos modelos. Los resultados de cada modelo individual y de la combinación de ambos se muestran en el Cuadro A2 del Anexo.

¹⁹⁰La disponibilidad de datos hará que se emplee el PBI anual en millones de soles de 1994, cuya fuente es el Banco Central de Reserva del Perú: www.bcrp.gob.pe

Gráfico N° 26: Crecimiento del número de líneas de los competidores– escenario real y escenario contrafactual



Fuente: Estimaciones propias.

530. La variación en la tendencia del crecimiento del número de líneas en servicio responde al efecto causado en el resto de empresas operadoras por la aplicación de la estrategia de venta atada realizada por TELEFÓNICA. Es importante señalar que el coeficiente de determinación o bondad de ajuste de las estimaciones realizadas superó el 0.99, lo cual indica que los modelos especificados predicen el comportamiento del mercado de manera casi exacta¹⁹¹.
531. De esta manera, este Tribunal considera que queda demostrado que, contrario a lo que ha señalado TELEFÓNICA en su apelación, la práctica investigada sí afectó negativamente el desempeño de los competidores de TELEFÓNICA.

Conclusión

532. Por todo lo expuesto en el presente acápite, este Tribunal concluye que:
- (i) TELEFÓNICA ostenta posición de dominio en el mercado relevante definido como el mercado de acceso a internet fijo vía ADSL en la región Lima y la Provincia Constitucional del Callao y el mercado de acceso a internet fijo vía ADSL en el resto de regiones del país, al contar con una participación del 99.97%, al encontrarse el mismo altamente concentrado con un HHI de 9994, y al existir barreras a la entrada estructurales, legales y estratégicas;
 - (ii) Existen una serie de elementos que permiten inferir que es posible que la práctica en cuestión efectivamente pueda generar efectos anticompetitivos,
 - (iii) La lógica económica indica que la venta atada de TELEFÓNICA puede tener fines anticompetitivos, en tanto la empresa sacrifica ganancias en el mercado de internet fijo vía ADSL, al tener menos usuarios de los posibles, con el objetivo de recuperar dichos ingresos en el mercado de telefonía fija, a través de la reducción de la demanda de los competidores que pertenecen a este mercado,

¹⁹¹El coeficiente de ajuste de un modelo indica el porcentaje de la variación de la variable dependiente Y, que se explica a través del comportamiento de X con la especificación funcional diseñada, y tiene un valor de 0 a 1. Mientras más cercano a 1 es el coeficiente de ajuste, mejor es el modelo estimado para predecir el comportamiento de la variable dependiente.

- (iv) El servicio de internet fijo vía ADSL de TELEFÓNICA no es influenciado por presiones competitivas de otros agentes, mientras que el mercado de telefonía fija sí enfrenta este tipo de presiones,
 - (v) La estrategia anticompetitiva de venta atada de su servicio de telefonía fija al internet fijo vía ADSL implementada por TELEFÓNICA la ha llevado a evitar ilícitamente la reducción del tamaño de su red fija, permitiéndole a su vez explotar sus externalidades de red en mayor medida, en perjuicio de los competidores, y, al contar TELEFÓNICA con la red más grande, se beneficia, adicionalmente, de los ingresos que obtiene por cargos de interconexión.
533. Los indicadores y el escenario contra fáctico analizados previamente dan clara muestra, tomados en cuenta conjuntamente con los factores previamente enumerados, de los actuales y potenciales efectos anticompetitivos de la práctica en cuestión.
534. Por tanto, este Tribunal considera que los argumentos de TELEFÓNICA, respecto a que no se habría acreditado la existencia de efectos anticompetitivos, quedan desvirtuados.

3.3.2.3.4 Efectos sobre el bienestar de los consumidores

535. Si bien se ha identificado que la práctica anticompetitiva se encuentra enfocada primordialmente en afectar el crecimiento y/o expansión de los competidores, es importante señalar que la misma afecta de manera final, a su vez, el bienestar de los consumidores.
536. Al respecto, el Decreto Legislativo N° 1034 se encuentra dentro del grupo de normas de libre competencia que contemplan la maximización del bienestar del consumidor como su objetivo. Sobre este último punto, en la exposición de motivos se indica de forma explícita que la ley no busca proteger directamente a los consumidores, sino indirectamente, promoviendo el bienestar del consumidor a través de la eliminación de conductas anticompetitivas¹⁹².
537. En el presente caso se ha acreditado que la práctica investigada ha generado efectos exclusorios en el mercado de telefonía fija, por tanto, este Tribunal considera que la misma ha afectado el bienestar de los consumidores, al haber tenido una incidencia negativa en el debido funcionamiento del proceso competitivo.

¹⁹²QUINTANA, Eduardo. Op. cit. Pág.32.

En el mismo sentido, en la Resolución N°052-2007-INDECOPI/CLC de la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI, se ha señalado lo siguiente:

"(...) las normas de libre competencia deben encargarse de velar por el correcto funcionamiento del proceso competitivo, con el fin de promover el uso eficiente de los recursos logrando como resultado el bienestar de la sociedad (social welfare). La finalidad última de una política de competencia será mejorar el bienestar del consumidor pero ello deberá ser fruto de la promoción y protección del proceso competitivo. (...) la protección de los consumidores a través de la aplicación de las normas de libre competencia se da precisamente a través de la protección del proceso competitivo, debido a que éste redundará en beneficio de los primeros. Es decir, la protección que brindan las normas de libre competencia a los consumidores se da de manera indirecta a través de su incidencia en el debido funcionamiento del proceso competitivo".

3.3.2.4 Eficiencias

538. Como se mencionó anteriormente, la legislación nacional y la experiencia internacional reconocen las eficiencias (reducción de costos, creación de nuevos servicios, entre otros) y el efecto dinamizador que las ventas conjuntas generan en el mercado.
539. TELEFÓNICA ha indicado que, desde una perspectiva económica, la oferta conjunta del servicio de acceso a internet a través de la tecnología ADSL y del servicio de telefonía fija genera una serie de costos comunes representados por el uso de par de cobre como el elemento más importante.
540. De otro lado, TELEFÓNICA ha mencionado que de la venta atada de servicios de acceso a internet fijo vía ADSL y la telefonía fija, el ahorro de costos se produce en beneficio del usuario. Este ahorro provendría de la generación de una economía de ámbito. Como ejemplos indicó el ahorro en la administración de los servicios ofrecidos sobre una sola plataforma y lo referido a la comercialización del servicio, ya que existen una serie de labores compartidas en la gestión comercial de los diferentes productos, lo que implicaría una disminución en costos asociados a promoción y publicidad, entre otros.
541. TELEFÓNICA ha señalado que, entre los beneficios de la práctica investigada, la vinculación conduciría a un ahorro de costos de producción y distribución y, por lo tanto a precios eficientes y a productos nuevos o mejorados. Así, TELEFÓNICA ha manifestado que el ahorro de costos derivado de la atadura justificaría la práctica.
542. Al respecto, en la misma línea de lo señalado en la resolución apelada, se debe anotar que no basta que una determinada práctica suponga un ahorro de costos en beneficio del usuario, sino que además este debe ser suficiente en modo tal que supere los perjuicios ocasionados por el efecto excluyente de la práctica.
543. Así, si bien en el corto plazo la práctica habría generado un beneficio a nivel tarifario para un grupo de usuarios, se ha demostrado que la estrategia de comercialización de TELEFÓNICA estaría afectando a sus competidores del mercado de telefonía, causando con esto un perjuicio reflejado en la disminución de eficiencia en la asignación de recursos, con un impacto desfavorable a la libre competencia que ha sido analizado en los puntos precedentes.
544. Adicionalmente, TELEFÓNICA ha alegado que el Cuerpo Colegiado no ha seguido ningún test con el mínimo de rigor que permita la ponderación de los efectos positivos y negativos de la práctica.
545. Al respecto, en el presente pronunciamiento, este Tribunal ha empleado distintos indicadores y elementos de lógica económica para poder determinar que los perjuicios son mayores a los beneficios obtenidos. En tal sentido, correspondería que TELEFÓNICA acredite cuáles son esas eficiencias mayores que los perjuicios resultantes de la práctica investigada¹⁹³. Sin embargo, TELEFÓNICA no ha

¹⁹³De acuerdo con la decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el Caso Microsoft -253 F.3d 34 (D.C. Cir.), cert. denied, 534 U.S. 952 (2001)- Una serie de principios surgen luego de más de un siglo de aplicación de Sección 2 del Sherman Act.

acreditado en su apelación que efectivamente se hayan generado eficiencias que generen ahorros superiores a la cifra calculada y que, además, dichas eficiencias se hayan trasladado a los consumidores.

546. En conclusión, los beneficios asociados a la práctica de TELEFÓNICA no justifican la realización de la práctica investigada, dado que no se ha acreditado la existencia de beneficios al bienestar del consumidor derivados de eficiencias que contrapesen, en suficiente medida, los efectos anticompetitivos de la práctica.

3.3.2.5 Argumentos adicionales

3.3.2.5.1 Supuesto pronunciamiento previo por parte de la Gerencia de Relaciones Empresariales

547. Como ya se ha mencionado, TELEFÓNICA ha sostenido en su apelación que, en el año 2002, el OSIPTEL presentó el Informe "Situación del mercado de televisión por cable", en el cual se indicó que el producto "CableNet" ofrecido por MULTIMEDIA, mediante el cual se brindaba conjuntamente el servicio de internet con el de televisión por cable, si bien representaba un supuesto de venta atada, no tenía efectos anticompetitivos ni generaba perjuicios a los consumidores.
548. Como ya ha sido expuesto en el presente pronunciamiento, este informe fue elaborado en el año 2002, se trataba de otro contexto y de otro mercado. De hecho, como se señala en la cita, la venta atada evaluada en ese momento no tenía el efecto de disminuir los niveles de competencia en el mercado de televisión por cable, no se hace mención del mercado de telefonía fija que es el que se está evaluando en el presente caso.
549. Por lo tanto, este Tribunal reitera que deben descartarse los argumentos de TELEFÓNICA sobre este punto.

3.3.2.5.2 Supuesta justificación legal aducida por TELEFÓNICA

550. TELEFÓNICA ha señalado en su apelación que el internet fijo via tecnología ADSL es un servicio de conmutación de datos por paquetes (lo que se aprecia en las "Cláusulas Generales de Contratación de los Servicios Públicos de Difusión y de Servicios de Valor Añadido para Acceso a Internet"). Se trataría de un servicio de valor añadido que, de acuerdo con lo señalado en el artículo 99° del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, son aquellos que utilizan como soporte servicios portadores o finales de difusión para añadir alguna característica o facilidad al servicio portador o final que les sirve de base.

En primer lugar, para ser sancionada como exclusionaria, la práctica del monopolista debe generar un efecto anticompetitivo, es decir, debe generar un daño al proceso competitivo y, por ende, a los consumidores. En segundo lugar, la autoridad es quien debe demostrar que la práctica del monopolista generó un daño al proceso competitivo. En tercer lugar, si la autoridad logra establecer un caso *prima facie*, al haber demostrado los efectos anticompetitivos de la conducta del monopolista, entonces esta puede demostrar una justificación "procompetitiva" para su conducta, es decir, que su conducta es, sin duda, una forma de competencia, debido a que la misma genera una mayor eficiencia o mejora el bienestar del consumidor. En este caso, la carga de responder a dicha justificación recaerá sobre la autoridad, quien deberá demostrar que el efecto anticompetitivo de la conducta sobrepasa sus beneficios procompetitivos.

(En: HOVENKAMP, Herbert, SULLIVAN, E. Thomas y SHELANSKI, Howard A. Antitrust Law, Policy and Procedure: Cases, Materials, Problems. Sexta Edición. San Francisco, CA: LexisNexis, 2009. Pág. 642.)

551. Dado que el servicio de acceso a Internet vía ADSL es uno de valor añadido, TELEFÓNICA ha argumentado que no existiría nada de irregular si se brinda de forma conjunta con el servicio portador o final que le sirve de soporte.
552. Al respecto, este Tribunal recoge el análisis del Cuerpo Colegiado, en el sentido de que, en atención a la aludida justificación legal, debe precisarse que, en esta controversia no se encuentra en discusión la calificación del servicio de Internet como uno de valor añadido efectuada por el MTC. En tal sentido, lo que deberá evaluarse en el presente caso será si la sola determinación de un servicio como de valor añadido implica que dicho producto pueda ser comercializado únicamente con el servicio portador o final sobre el cual se soporta, de forma conjunta.
553. Al respecto, tenemos que de acuerdo al artículo 29º de la Ley de Telecomunicaciones, un servicio de valor añadido es aquél *"que utilizando como soporte servicios portadores o finales o de difusión, añaden alguna característica o facilidad al servicio que les sirve de base"*.
554. En la misma línea de la resolución apelada, de la revisión del marco regulatorio pertinente para los servicios de valor añadido se ha verificado que no existe ninguna restricción normativa que imponga su venta conjunta con los servicios portadores o finales sobre los que se soportan. A modo de ejemplo, tenemos que el servicio de acceso a Internet es provisto por otras empresas tales como Telmex y Americatel, quienes además de la oferta empaquetada, brindan el servicio de acceso a Internet sin condicionarlo a la contratación del servicio telefónico fijo o a cualquier otro servicio.
555. Asimismo, en el Registro de Empresas de Servicio de Valor Añadido, administrado por el MTC existen otros servicios de valor añadido, que se prestan separadamente de los servicios portadores o finales sobre los cuales se soportan, tales como el teleproceso y procesamiento de datos, mensajería interpersonal, entre otros.
556. En virtud a lo anterior puede concluirse que la determinación de un servicio como valor añadido no implica que su prestación únicamente pueda realizarse conjuntamente con el servicio final o portador sobre el cual se presta, siendo que por el contrario conforme se ha señalado en los párrafos precedentes, los servicios de valor añadido son ofrecidos en el mercado de forma individual.
557. Finalmente, debe señalarse que los demás argumentos presentados por TELEFÓNICA para demostrar que la práctica no tiene efectos anticompetitivos los cuales han sido analizados como "justificaciones" en la resolución apelada, han sido evaluados en las secciones precedentes del presente pronunciamiento, toda vez que este Tribunal considera que en realidad las posibles justificaciones que puede presentar una empresa se encuentran vinculadas más bien a aspectos de eficiencia o beneficios que la práctica investigada puede generar.
558. En conclusión, por los fundamentos expuestos en la presente resolución, este Tribunal concluye que TELEFÓNICA ha incurrido en una práctica anticompetitiva en la modalidad de ventas atadas, conducta tipificada en el artículo 10º del Decreto Legislativo N° 1034.

4. Multa

4.1 Criterios para la determinación de la sanción

559. El artículo 26.1° de la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL establece que para la aplicación de sanciones a la libre competencia, se aplicarán los montos y criterios de graduación establecidos en el Decreto Legislativo N° 1034¹⁹⁴.
560. El artículo 43.1° del Decreto Legislativo N° 1034 considera que la realización de actos de libre competencia constituye una infracción a las disposiciones de la Ley y será sancionada bajo los siguientes parámetros: de leve, grave y muy grave¹⁹⁵.
561. Por su parte, el artículo 44° del Decreto Legislativo N° 1034 establece que, para determinar la gravedad de la sanción, la autoridad podrá tomar en consideración diversos criterios, tales como el beneficio ilícito resultante de la comisión de la infracción, la probabilidad de la detección de la infracción, la modalidad y el alcance de la restricción de la competencia, la dimensión del mercado afectado, la cuota de mercado del infractor, los efectos sobre el mercado, la duración de la restricción de la competencia, la reincidencia de la conducta, la actuación procedimental de parte, entre otros factores¹⁹⁶.
562. Adicionalmente, conviene tener presente que la potestad sancionadora de todas las entidades de la Administración Pública se encuentra regida por el principio de

¹⁹⁴Ley N° 27336. Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL.

Artículo 26.1 Se exceptúa del artículo anterior las infracciones relacionadas con la libre o legal competencia, a las cuales se aplicarán los montos establecidos por el Decreto Legislativo N° 701, el Decreto Ley N° 26122 y aquellas que las modifiquen o sustituyan. Se aplicarán asimismo los criterios de graduación de sanciones establecidos en dicha legislación.

¹⁹⁵Decreto Legislativo N° 1034

Artículo 43.- El monto de las multas.-

43.1. Las conductas anticompetitivas serán sancionadas por la Comisión, sobre la base de Unidades Impositivas Tributarias (UIT), con las siguientes multas:

a) Si la infracción fuera calificada como leve, una multa de hasta quinientas (500) UIT, siempre que dicha multa no supere el ocho por ciento (8%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión;

b) Si la infracción fuera calificada como grave, una multa de hasta mil (1 000) UIT, siempre que dicha multa no supere el diez por ciento (10%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la Comisión; o,

c) Si la infracción fuera calificada como muy grave, una multa superior a mil (1 000) UIT, siempre que dicha multa no supere el doce por ciento (12%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la Comisión.

¹⁹⁶Decreto Legislativo N° 1034

Artículo 44.- Criterios para determinar la gravedad de la infracción y graduar la multa.-

La Comisión tendrá en consideración para determinar la gravedad de la infracción y la aplicación de las multas correspondientes, entre otros, los siguientes criterios:

(a) El beneficio ilícito esperado por la realización de la infracción;

(b) La probabilidad de detección de la infracción;

(c) La modalidad y el alcance de la restricción de la competencia;

(d) La dimensión del mercado afectado;

(e) La cuota de mercado del infractor;

(f) El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores;

(g) La duración de la restricción de la competencia;

(h) La reincidencia de las conductas prohibidas; o,

(i) La actuación procesal de la parte.

razonabilidad¹⁹⁷. Este principio prevé que la comisión de la conducta sancionable no debe resultar más ventajosa para el infractor que cumplir con las normas infringidas o asumir la sanción, por lo que presupone una función disuasiva de la sanción.

563. Asimismo, conforme a dicho principio, la sanción debe ser proporcional al incumplimiento calificado como infracción, estando la Administración facultada para graduar la sanción, incrementándola o reduciéndola, en función de los criterios agravantes o atenuantes que, dependiendo del caso concreto, se considere adecuado aplicar.

564. A la luz del marco legal antes descrito, una vez determinado el monto base de la multa (calculado teniendo en consideración el beneficio ilícito obtenido por el infractor y la probabilidad de detección), la autoridad administrativa podrá tener en cuenta otros factores como los efectos reales o potenciales de la conducta infractora en el mercado, la conducta procedimental y la reincidencia de la denunciada, entre otros criterios establecidos legalmente, para agravar o atenuar la magnitud de la sanción a ser impuesta.

565. En el presente caso y en la misma línea de la resolución apelada, para el cálculo de la multa base, se ha considerado el beneficio ilícito¹⁹⁸ (B_{Ext}) y la probabilidad de detección (P_{det}) de modo que, a mayor beneficio extraordinario, mayor será el beneficio esperado y, por lo tanto, mayor deberá ser la multa. Por otro lado, a menor probabilidad de detección, mayor será el beneficio esperado y, en consecuencia, mayor deberá ser la multa. El cálculo de la multa se realizará aplicando la siguiente fórmula¹⁹⁹:

¹⁹⁷ Ley del Procedimiento administrativo General

Artículo N° 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora administrativa de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales: (...)

3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observar los siguientes criterios que en orden de prelación se señalan a efectos de su graduación:

- a) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
- b) El perjuicio económico causado;
- c) La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción;
- d) Las circunstancias de la comisión de la infracción;
- e) El beneficio ilegalmente obtenido; y
- f) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

¹⁹⁸ El beneficio ilícito es entendido como la ganancia ilícita que obtuvo el infractor como consecuencia de cometer la conducta ilícita, es decir, aquel beneficio que no se hubiese registrado bajo las condiciones normales, en caso no se hubiera cometido la falta.

¹⁹⁹ Formalmente se llega a ese resultado de la siguiente manera:

$$BE^{NL} = (B^{NL} - Multa)(P_{det}) + (B^{NL})(1 - P_{det})$$

$$BE^{NL} = B^{NL}P_{det} - MultaP_{det} + B^{NL} - B^{NL}P_{det}$$

$$BE^{NL} = B^{NL} - MultaP_{det} \leq B^L$$

$$(B^{NL} - B^L) - MultaP_{det} \leq 0$$

$$B_{Ext} \leq MultaP_{det} \frac{B_{Ext}}{P_{det}} \leq Multa$$

Donde:

BE^{NL} = Beneficio esperado de no cumplir la ley.

B^{NL} = Beneficio de no cumplir la ley

B^L = Beneficio de cumplir la ley

P_{det} = Probabilidad de detección

B_{Ext} = Beneficio extraordinario

$$\frac{B_{Ext}}{P_{det}} = \text{Beneficio Ilícito Extraordinario} \leq \text{Multa}$$

566. Dado que la probabilidad de detección de la venta atada es igual al 100 por ciento, en el presente caso el cálculo de la sanción será determinado, en primer lugar, sobre la base de la determinación del monto del beneficio ilícito obtenido por TELEFÓNICA.
567. En puntos precedentes del presente pronunciamiento se demostró que, en el escenario contrafactual, el crecimiento de líneas de los competidores hubiese sido significativamente mayor al que se dio efectivamente. Sin embargo, se observa una variación en la tendencia del crecimiento del número de líneas, a partir de septiembre 2009, que responde al efecto causado por la aplicación de la estrategia de venta atada realizada por TELEFÓNICA. La construcción de dicho escenario constituye el primer paso para estimar el beneficio ilícito obtenido por TELEFÓNICA mediante la práctica bajo evaluación.
568. Un segundo paso consiste en valorizar la diferencia entre el número de líneas efectivamente observado y el que se hubiera presentado de no existir dicha práctica. Si bien un escenario ideal hubiera consistido en tener la facturación por cada línea afectada, a falta de información de ingresos, se realizará dicha valorización bajo un supuesto bastante conservador. En particular, se asumirá que todas las líneas que hubieran sido suministradas por TELEFÓNICA tendrían un precio igual a la línea más económica ofrecida en el mercado. Un análisis de la oferta comercial vigente en ese entonces mostró que dicho valor correspondía a un precio de S/. 25 por línea²⁰⁰.
569. En tal sentido, el beneficio ilícito obtenido por TELEFÓNICA debería ser igual a la diferencia entre el número de líneas proyectadas con las observadas, multiplicadas por el valor de cada línea. Esta diferencia se multiplicará por el valor más económico que un usuario podría pagar por dicha línea en el mercado, a fin de construir una cota inferior del beneficio ilícito. Dado que en realidad existe un componente de heterogeneidad en la tenencia de líneas de los competidores, es importante resaltar lo conservador del cálculo; el beneficio podría ser incluso mayor si los usuarios tuvieran preferencias por líneas de mayores precios.
570. TELEFÓNICA ha señalado en su apelación que, para el cálculo del beneficio ilícito de la supuesta conducta anticompetitiva, debía restarse de los ingresos percibidos por dicha conducta los costos que supone brindar el servicio de telefonía fija. Al respecto, debe precisarse que el cálculo propuesto por TELEFÓNICA correspondería al beneficio obtenido por la realización de una práctica comercial lícita, sin embargo, dicho razonamiento no aplica en el presente caso, debido a que se está calculando el beneficio obtenido por la comisión de una infracción, entendido como aquella ganancia que no se hubiese registrado bajo condiciones normales, en caso no se hubiera cometido la falta.

²⁰⁰Esta línea telefónica correspondería a la tarifa más económica publicada por la operadora Convergla Perú S.A., línea que registró el menor precio para todo el período en el que se observa el daño (Septiembre 2009 a Diciembre del 2011).

Cuadro N° 08: Beneficio ilícito estimado - valores sin actualizar

Año	Número de Líneas	Número de Líneas	Beneficio Ilícito Total (Nuevos Soles)
	Estimadas	Observadas	
2009*	56,787	63,296	-162,729
2010	351,764	288,526	1,580,948
2011	692,862	406,522	7,158,510
Total (Nuevos Soles)			8,576,729
Total (UIT 2012)			2,350

Notas:

- 1) El beneficio ilícito correspondiente al año 2009 concierne al último cuatrimestre del año. El reparto se realizó asumiendo una tasa constante de crecimiento de líneas.
- 2) La proyección fue realizada en base a la combinación de predicciones de un modelo lineal con un modelo no lineal basado en la distribución Gompertz y otro basado en la función exponencial.

Fuente: Estimaciones propias, INEI, BCRP. Elaboración: OSIPTEL.

571. Una segunda aproximación al cálculo de la sanción consistió en actualizar los valores mediante el Índice de Precios al Consumidor (IPC) con año base 1994. El procedimiento es exactamente igual al anterior, con la diferencia que los valores correspondientes al daño del 2009 como 2010 fueron actualizados con el IPC de esos mismos años. El Cuadro N° 09 muestra los resultados obtenidos.

Cuadro N° 09: Beneficio ilícito estimado - valores actualizados con IPC

Año	Número de Líneas	Número de Líneas	Beneficio Ilícito Total (Soles 2011)
	Estimadas	Observadas	
2009*	56,787	63,296	-166,479
2010	351,764	288,526	1,614,148
2011	692,862	406,522	7,158,510
Total (Nuevos Soles)			8,606,180
Total (UIT 2012)			2,358

Nota: Las notas metodológicas son las mencionadas en el Cuadro N° 08.

Fuente: Estimaciones propias, INEI, BCRP. Elaboración: OSIPTEL.

572. En consecuencia, de acuerdo al marco teórico planteado y a los supuestos realizados para calcular el beneficio ilícito originado por TELEFÓNICA por la práctica de venta atada, el beneficio total obtenido por dicha empresa por la probabilidad de detección, arroja un total valor de S/. 8'606,180 (2358 Unidades Impositivas Tributarias).
573. No obstante lo anterior, es necesario considerar otros elementos que tienen incidencia en el cálculo de la multa.
574. Teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad que rige la imposición de sanciones en sede administrativa, este Tribunal, considera que debe atenuarse el monto de la multa considerando que si bien la práctica implementada por TELEFÓNICA ha presentado una duración considerable, desde el año 2001, los efectos anticompetitivos se han concentrado a partir del 2009. Adicionalmente, debe tenerse en consideración que esta es la primera ocasión en la que se sanciona una

práctica de ventas atadas en el sector telecomunicaciones. En consecuencia, este Tribunal considera que la multa debe atenuarse en un 75% del monto base.

575. Otro criterio atenuante a considerar, en la misma línea de lo señalado por la resolución apelada, está referido a que la práctica desplegada por TELEFÓNICA califica como una práctica relativa que ha generado ciertos beneficios de corto plazo para un grupo de consumidores, y en consecuencia, no se encontraría bajo el ámbito de mayor gravedad de las prácticas contrarias a la libre competencia. En tal sentido, corresponde atenuar la multa en un 30% adicional.

4.2 Conclusión

576. En atención a los criterios esbozados, este Tribunal considera que, dado el beneficio ilícito obtenido y dadas las circunstancias particulares en las que se presentó la comisión de la infracción, la multa establecida a TELEFÓNICA sería de 407 UIT, debiendo considerarse como una infracción LEVE. En consecuencia, corresponde reducir el monto de la sanción impuesta en la resolución apelada.

5. La medida correctiva

577. En el caso, se ha determinado que TELEFÓNICA incurrió en actos de abuso de posición de dominio en la modalidad de venta atada con efectos de exclusión en el mercado de telefonía fija, consistentes en brindar únicamente el servicio de acceso a internet fijo vía ADSL a todo aquel usuario que contrate o mantenga el servicio de telefonía fija de TELEFÓNICA.
578. El marco legal vigente faculta al OSIPTEL a aplicar medidas correctivas en las materias que son de su competencia, entre ellas, las infracciones a las normas sobre libre competencia²⁰¹, a fin de poder revertir los efectos derivados de las conductas ilícitas detectadas.
579. Teniendo en consideración que resulta necesario revertir los efectos anticompetitivos de la práctica, este Tribunal coincide con la resolución apelada en

²⁰¹Decreto Supremo 013-93-TCC. Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones:

"Artículo 69.- Se encuentran prohibidas las prácticas empresariales restrictivas de la leal competencia, entendiéndose por tales los acuerdos, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia. Estas prácticas dan lugar a la adopción de medidas correctivas por parte del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, de cumplimiento obligatorio por las empresas infractoras".

"Artículo 77°.- El Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, es un organismo público dependiente directamente del Presidente de la República, con autonomía administrativa, económica, financiera, cuyas funciones fundamentales son las siguientes: (...) 9. Adoptar las medidas correctivas sobre las materias que son de su competencia o que le han sido delegadas". (énfasis agregado).

LEY Nº 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL. Artículo 23.- Medidas específicas

23.1 OSIPTEL, mediante resolución de sus instancias competentes, podrá aplicar medidas cautelares y correctivas para evitar que un daño se tome irreparable, para asegurar el cumplimiento de sus futuras resoluciones o para corregir una conducta infractora. Las medidas correctivas incluyen la posibilidad de que los funcionarios de OSIPTEL accedan directamente a las instalaciones o equipos de las entidades supervisadas para realizar todas las acciones conducentes a hacer efectivas las disposiciones que este organismo hubiera dictado y que la entidad supervisada se hubiese resistido a cumplir reiteradamente.

23.2 Para efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, OSIPTEL podrá recurrir al apoyo de la fuerza pública, conforme lo establece el Artículo 17 de la presente norma. De ser necesario, OSIPTEL podrá recurrir al Juez especializado en lo penal para que éste emita la orden respectiva en un plazo de 24 (veinticuatro) horas, bajo responsabilidad.

que corresponde imponer a TELEFÓNICA como medida correctiva que oferte el servicio de internet fijo vía ADSL "solo", de forma independiente a la contratación de su servicio de telefonía fija, es decir, sin condicionarlo al mantenimiento o contratación de un servicio telefónico de esta misma empresa. Asimismo, TELEFÓNICA tampoco podría aprovechar su posición de dominio en el servicio de internet para que realice una práctica con efectos similares a los de una venta atada, por ejemplo, a través de su estructura de precios y/o través de otra tecnología²⁰².

580. En su apelación, TELEFÓNICA ha señalado que todo parecería indicar que la medida correctiva derivaría en realidad de una sanción por precios predatorios que no han sido investigados en el marco de un proceso regular por abuso de posición de dominio y que lo que pareciera estarse generando es una regulación de precios indirecta, obviando los mecanismos necesarios para ello.
581. Al respecto, se debe resaltar que el objetivo de incluir la precisión de que *"TELEFÓNICA tampoco podría aprovechar su posición de dominio en el servicio de internet para que realice una práctica con efectos similares al de una venta atada"*, es evitar que la infractora pueda incurrir en prácticas elusivas de la medida correctiva que ha sido dada por el Cuerpo Colegiado y que es ahora confirmada por este Tribunal. En consecuencia, dicha precisión no apunta a establecer un control de precios sino a garantizar que, en estricto cumplimiento del principio de legalidad y en atención al interés público que se encuentra en juego, TELEFÓNICA efectivamente cumpla con la medida correctiva.
582. De otro lado, en la misma línea de lo señalado en la resolución apelada, este Tribunal considera que, en cumplimiento de la referida medida correctiva, TELEFÓNICA deberá informar a sus abonados y/o usuarios respecto de la posibilidad de mantener y/o adquirir su servicio de internet sin necesidad de contar necesariamente con el servicio de telefonía fija de esta misma empresa. Esta obligación deberá hacerse efectiva cada vez que TELEFÓNICA difunda - ya sea por medio impreso, digital, radial, televisivo u otro análogo - su oferta del servicio de internet ADSL "solo".
583. La presente medida correctiva deberá hacerse efectiva dentro del plazo de siete (7) meses contados a partir del día siguiente de notificada la presente resolución, tiempo dentro del cual TELEFÓNICA podrá realizar las diferentes actividades que, de acuerdo con lo que ha señalado en su escrito de fecha 23 de agosto de 2012²⁰³,

²⁰² Tal como ha sido señalado en la resolución de primera instancia, debe señalarse que un razonamiento similar se siguió en el caso Microsoft (asunto COMP/C-3/37.792 - Microsoft) en el cual la Comisión Europea ordenó a la referida empresa que cesara con la práctica de atadura detectada, debiendo por ello evitar cualquier conducta que tenga efectos análogos a los de la vinculación de productos y que por tanto restrinja en los hechos la libertad de los consumidores.

En esta misma línea, en el caso Voissnet, el Tribunal de Defensa de la Competencia de Chile ordenó a la Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. mantener una oferta de banda ancha desnuda o *naked* (Sentencia N° 97/2010).

²⁰³ De acuerdo con lo señalado por el empresa en dicho escrito, TELEFÓNICA se vería obligada a ejecutar una medida correctiva que implicaría realizar una serie de actividades para lo cual el plazo de tres meses establecido por la resolución impugnada resulta insuficiente:

- Revisión de todas las tarifas de todos los planes del servicio de acceso a internet ADSL para incorporar costos que tienen que ser retribuidos como el costo del bucle del abonado, la instalación, las adecuaciones técnicas, los gastos de mantenimiento y operación y los gastos comerciales. Costos que deberán trasladarse a las tarifas de instalación del servicio y a las rentas mensuales.

sean necesarias para una correcta provisión del servicio de internet ADSL "solo", en el mercado minorista. En consecuencia, corresponde ampliar el plazo concedido para el cumplimiento de la referida medida correctiva.

584. De otro lado, TELEFÓNICA ha señalado que en caso de obligarla a ofrecer ADSL sin atar dicho servicio a la telefonía fija, se produciría un efecto negativo sobre la competencia en el mercado de internet para quienes hayan accedido a su oferta GigADSL (la cual se basa en la regulación de Circuitos Virtuales ATM con acceso ADSL), ya que no podrían competir en los mismos términos con TELEFÓNICA, al no poder ofrecer el internet "solo".
585. Al respecto, tal como ha sido mencionado precedentemente, el referido servicio mayorista sólo ha sido acogido por dos empresas: Rural Telecom S.A.C, con la finalidad de extender el servicio de acceso a internet a localidades rurales en el marco de proyectos financiados por el FITEL; y Yachay Telecomunicaciones S.A.C., dirigida a dar soluciones tecnológicas a empresas. La oferta de servicios de estas empresas no está enfocada en competir en el mercado minorista, con el internet fijo vía ADSL de TELEFÓNICA, que es uno de los sectores involucrados en la práctica ilícita cuyos efectos negativos buscan ser revertidos con la medida correctiva ordenada. En este sentido, no corresponde pronunciarse sobre el impacto que la medida podría tener sobre un mercado mayorista no involucrado en el procedimiento, lo relevante son los perjuicios que se busca revertir con la medida correctiva.
586. Por último, TELEFÓNICA ha indicado que a través de la presente controversia se adoptaría una decisión que contraviene la competencia por plataformas. Sobre este punto, este Tribunal coincide con lo señalado por el Cuerpo Colegiado en la resolución apleada, en el sentido de que es necesario aclarar que, como producto de esta controversia, no se prohíbe a TELEFÓNICA empaquetar servicios (incluso el internet ADSL con la telefonía fija), lo que se le prohíbe es atarlos y obligar a su compra conjunta como única posibilidad.
587. Por los argumentos expuestos, corresponde imponer a TELEFÓNICA como medida correctiva que oferte en el mercado minorista el servicio de internet fijo via ADSL "solo", de forma independiente a la contratación de su servicio de telefonía fija, evitando cualquier conducta que tenga efectos equivalentes a la atadura de los servicios. Dicha medida deberá hacerse efectiva dentro del plazo de siete (7) meses contados a partir del día siguiente de notificada la presente resolución, para lo cual deberá informar a sus abonados y/o usuarios respecto de la posibilidad de mantener y/o adquirir su servicio de internet sin necesidad de contar necesariamente con su servicio de telefonía fija.

-
- Modificar e implementar nuevos procedimientos para la provisión en red del servicio de acceso a internet –Speedy- sin la necesidad de tener el servicio básico telefónico habilitado.
 - Modificar e implementar nuevos procedimientos para la atención de averías, reclamos, quejas, soporte técnico, entre otros. La medida afectaría la calidad de atención e incrementaría las quejas de los clientes.
 - Modificar y adecuar los módulos del sistema ATIS los cuales sirven de soporte a las áreas técnicas, comerciales, postventa, cobranza y recaudación. Replantear, diseñar y evaluar una nueva oferta comercial, que deberá previamente sustentarse en un estudio de mercado.
 - Modificar todos los contratos que han sido aprobados por OSIPTEL, procedimiento que actualmente dura un periodo no menor de tres meses.
 - Modificar las relaciones contractuales que actualmente TELEFÓNICA ya mantiene con sus usuarios
 - Desarrollar una campaña de información de las nuevas condiciones de prestación del servicio.

588. Adicionalmente, dicha medida correctiva debe ser puesta en conocimiento de las autoridades competentes del OSIPTEL para que, de ser el caso, adopten las medidas pertinentes que coadyuven al cumplimiento de la misma, en el marco de sus funciones.

6. El inicio de un procedimiento sancionador

589. En la resolución apelada, el Cuerpo Colegiado ordenó a la Secretaría Técnica el inicio de un procedimiento sancionador por la supuesta comisión de la infracción tipificada en el artículo 17° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones del OSIPTEL, consistente en haber entregado información discordante durante el procedimiento.

590. Al respecto, TELEFÓNICA ha señalado que habría mostrado la mayor disposición para colaborar con la investigación. De acuerdo con TELEFÓNICA, desde la primera absolución del requerimiento de información realizada por la Secretaría Técnica, se puso a disposición para colaborar con la investigación. TELEFÓNICA ha alegado que efectivamente habría dado cuenta de las imposibilidades de recopilar información tan antigua, informando a la Secretaría Técnica de los problemas que se le presentaban para cumplir con lo solicitado inicialmente.

591. De acuerdo con el artículo 25° del Reglamento para la Solución de Controversias, sólo cabe apelación en los casos indicados en el artículo 206.2° de la LPAG²⁰⁴ y en aquéllos expresamente indicados en el reglamento. El artículo 206.2° de la LPAG señala que sólo son impugnables los actos definitivos que ponen fin a la instancia y los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión.

592. Al respecto, el pronunciamiento del Cuerpo Colegiado, por el que ordena a la Secretaría Técnica dar inicio a un procedimiento sancionador²⁰⁵, no es un acto impugnabile, dado que no se encuentra dentro del supuesto del artículo 206.2° de la LPAG, en tanto no pone fin a la instancia, no impide continuar el procedimiento ni produce indefensión. TELEFÓNICA podrá, en su debido momento y de conformidad con lo señalado en el Reglamento de Solución de Controversias, presentar los descargos y medios impugnatorios que considere pertinentes.

593. En consecuencia, este extremo de la apelación formulada por TELEFÓNICA resulta improcedente.

594. Sin perjuicio de lo anterior, es preciso formular algunas precisiones sobre cuál es la estructura del procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones cometidas dentro del procedimiento, regulado por el Reglamento de Solución de Controversias.

²⁰⁴Reglamento General de OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas

Artículo 25.- Apelaciones. Sólo cabe apelación en los casos indicados en el Artículo 206 numeral 2 de la Ley del Procedimiento Administrativo General y en aquéllos expresamente indicados en el presente Reglamento. Sólo cabe reconsideración en los casos en que proceda apelación, salvo disposición distinta en el presente Reglamento.

²⁰⁵Pronunciamiento que, como ya se aclaró, debió limitarse a solicitar a la Secretaría Técnica la realización de las indagaciones necesarias a efectos de determinar si concurren circunstancias que justifiquen el inicio de un procedimiento sancionador.

595. De acuerdo con el artículo 93° del Reglamento para la Solución de Controversias, en el supuesto de que existan elementos de juicio de posibles infracciones cometidas con ocasión de la tramitación de los procedimientos a los que se refiere dicho reglamento y que sean distintas de aquéllas cuya existencia o calificación deba ser pronunciada en la resolución final, la Secretaría Técnica debe realizar las indagaciones necesarias a efectos de determinar si concurren circunstancias que justifiquen el inicio de un procedimiento sancionador²⁰⁶.
596. Por su parte, el artículo 88° de dicho reglamento señala que, de ser este el caso, la Secretaría Técnica debe solicitar al Consejo Directivo la conformación de un Cuerpo Colegiado, a efectos de que evalúe el inicio del procedimiento. Para tal efecto la Secretaría Técnica emite un informe debidamente fundamentado, el cual debe ser presentado ante el Cuerpo Colegiado a efectos de que tome una decisión sobre la mencionada solicitud²⁰⁷.
597. A su vez, el artículo 90° precisa que, en el supuesto de que el Cuerpo Colegiado disponga el inicio del procedimiento sancionador, dicha resolución será puesta en conocimiento de las partes involucradas, otorgándoseles un plazo común e improrrogable de diez (10) días para que definan mediante un escrito sus pretensiones y posiciones, así como para que ofrezcan los medios probatorios pertinentes^{208 209}.
598. En tal sentido, correspondía, en sentido estricto, que el Cuerpo Colegiado dispusiera que la Secretaría Técnica que realice las indagaciones necesarias a efectos de determinar si es que efectivamente concurren circunstancias que justifiquen el inicio de un procedimiento sancionador contra TELEFÓNICA por supuestas infracciones al artículo 17° del Reglamento de Infracciones y Sanciones²¹⁰ y que, de ser el caso, se procediese con el trámite para dar inicio formal al procedimiento sancionador

²⁰⁶**Reglamento General de OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas**
Artículo 93°.- Procedimiento. El presente procedimiento rige para efectos de la investigación de infracciones cometidas con ocasión de la tramitación de los procedimientos a que se refieren los capítulos anteriores, y que sean distintas de aquéllas cuya existencia o calificación deba ser pronunciada en la Resolución Final.
 (...)

²⁰⁷**Reglamento General de OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas**
Artículo 88°.- Solicitud de inicio de un procedimiento de oficio. En aquellos casos en los que la Secretaría Técnica considere necesario el inicio de un procedimiento de oficio solicitará al Consejo Directivo la conformación de un Cuerpo Colegiado a efectos de que evalúe el inicio de una controversia. Para tal efecto la Secretaría emitirá un informe debidamente fundamentado el cual será presentado ante el Cuerpo Colegiado a efectos de que tome una decisión sobre la mencionada solicitud.

²⁰⁸**Reglamento General de OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas**
Artículo 90°.- Traslado de la Resolución que da inicio al Procedimiento. La resolución a que se refiere el artículo anterior será puesta en conocimiento de las partes involucradas a través de los medios de notificación previstos por el presente Reglamento. En ella se otorgará un plazo común e improrrogable de diez (10) días para que las partes definan mediante un escrito sus pretensiones y posiciones, así como para que ofrezcan los medios probatorios pertinentes.

²⁰⁹El equivalente de dichas normas en el nuevo Reglamento General del OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 136-2011-CD-OSIPTEL, serían los artículos 89°, 84° y 86°. De ser el caso, dicho reglamento resultaría de aplicación al mencionado procedimiento sancionador.

²¹⁰**Reglamento General de Infracciones y Sanciones**
Artículo 17.- La empresa que haga entrega de información inexacta a OSIPTEL, incurrirá en infracción grave, sin perjuicio de la obligación de la empresa de presentar la información en los términos establecidos.

reseñado en los párrafos precedentes. En consecuencia, corresponde de oficio, precisar dicho extremo de la resolución apelada.

RESUELVE:

Artículo Primero.- Declarar INFUNDADO el Recurso de Apelación presentado por la empresa Telefónica del Perú S.A.A. contra la Resolución N° 017-2012-CCO/OSIPTEL emitida por el Cuerpo Colegiado el 20 de julio de 2012 en el extremo que declaró FUNDADO el procedimiento de oficio iniciado contra Telefónica del Perú S.A.A. por la comisión de una infracción tipificada en el artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas; y, en consecuencia, confirmar dicha resolución en tal extremo, en virtud de las razones expuestas en la parte considerativa del presente pronunciamiento.

Artículo Segundo.- Declarar FUNDADO en parte el Recurso de Apelación presentado por la empresa Telefónica del Perú S.A.A. contra la Resolución N° 017-2012-CCO/OSIPTEL emitida por el Cuerpo Colegiado el 20 de julio de 2012 en el extremo que sancionó a dicha empresa por la comisión de una infracción tipificada en el artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1034; y, en consecuencia, modificar el monto de la multa impuesta, el cual queda establecido en cuatrocientas siete (407) UIT, en virtud de las razones expuestas en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo Tercero.- Declarar INFUNDADO el Recurso de Apelación presentado por la empresa Telefónica del Perú S.A.A. contra la Resolución N° 017-2012-CCO/OSIPTEL emitida por el Cuerpo Colegiado el 20 de julio de 2012 en el extremo que impuso a dicha empresa una medida correctiva de cese del abuso de posición de dominio, consistente en ofrecer en el mercado minorista la venta del servicio de internet ADSL "solo", evitando cualquier conducta que tenga efectos equivalentes a la atadura de los servicios; y, en consecuencia, confirmar dicha resolución en tal extremo, modificándose el plazo dentro del cual dicha medida deberá hacerse efectiva, el cual queda establecido en siete (7) meses computados desde el día siguiente de notificada la presente resolución, para lo cual deberá informar a sus abonados y/o usuarios respecto de la posibilidad de mantener y/o adquirir su servicio de internet sin necesidad de contar necesariamente con su servicio de telefonía fija.

Artículo Cuarto.- Declarar IMPROCEDENTE el Recurso de Apelación presentado por la empresa Telefónica del Perú S.A.A. contra la Resolución N° 017-2012-CCO/OSIPTEL emitida por el Cuerpo Colegiado el 20 de julio de 2012 en el extremo que ordenó a la Secretaría Técnica el inicio de un procedimiento sancionador a Telefónica del Perú S.A.A. por la supuesta comisión de la infracción prevista en el artículo 17° de la Resolución N° 002-99-CD-OSIPTEL, Reglamento General de Infracciones y Sanciones, modificándose dicho extremo de la resolución en el sentido que corresponde que la Secretaría Técnica realice las indagaciones necesarias a efectos de determinar si es que efectivamente concurren circunstancias que justifiquen el inicio de un procedimiento sancionador contra TELEFÓNICA y que, de ser el caso, se proceda con el trámite para dar inicio a dicho procedimiento sancionador.

Artículo Quinto.- Poner en conocimiento de la Gerencia General, la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia, la Gerencia de Protección y Servicio al Usuario, la Gerencia de Fiscalización y Supervisión del OSIPTEL el presente pronunciamiento así como la

Resolución N° 017-2012-CCO/OSIPTEL, para que adopten las medidas pertinentes que coadyuven al cumplimiento de la medida correctiva, en el marco de sus funciones.

Artículo Sexto.- Levantar la suspensión de los efectos de los Artículos Tercero y Quinto de la Resolución N° 017-2012-CCO/OSIPTEL, dispuesta por la Resolución N° 008-2012-TSC/OSIPTEL del 3 de setiembre de 2012, en vista de lo resuelto en la presente resolución.

REGÍSTRESE Y COMUNÍQUESE.-

Con el voto favorable de los señores vocales: Hebert Tassano Velaochaga, Humberto Ramírez Trucíos y Juan Carlos Valderrama Cueva.

HEBERT TASSANO VELAOCHAGA
Presidente

Anexo

Modelos Empleados para realizar las proyecciones de número de líneas y el cálculo del Beneficio Ilícito.

Tal como fue señalado en el cuerpo del informe, se tiene que la trayectoria del número de líneas de los competidores había mostrado una tendencia creciente moderada hacia el año 2007, iniciando, a partir de dicho período, con una tendencia creciente más pronunciada que habría sido interrumpida por la práctica de venta atada.

Para poder recuperar apropiadamente la tendencia creciente, es preciso emplear un modelo que sea consistente con la introducción de un nuevo producto en el mercado que posee externalidades de red: en una primera etapa (presente en los datos analizados), la adopción muestra tasas relativamente bajas de crecimiento. Dicha etapa está relacionada con un período en el que se produce una adopción bastante limitada del producto. Posteriormente, en una segunda etapa, se da una rápida adopción del bien o servicio. Esta etapa se relaciona con la entrada en acción de las externalidades de red y se caracteriza por altas tasas de crecimiento en el número de suscriptores. Finalmente, la tercera etapa es una de estabilización, que presenta nuevamente tasas similares a las de la primera etapa.

La dinámica de crecimiento en el número de líneas no depende únicamente del tiempo. En un contexto de alto crecimiento económico, parece ser también razonable suponer que el número de suscriptores tendrá una relación positiva con alguna medida de ingreso. En este caso, la disponibilidad de datos hará que se emplee el PBI anual en millones de soles de 1994, cuya fuente es el Banco Central de Reserva del Perú.

En tal sentido, se estimaron tres modelos. El primero de ellos fue un modelo lineal que explica la evolución del número de líneas fijas de la competencia n_t (expresado en millones) con las líneas del período anterior (n_{t-1}) y el PBI (y_t), además de un término de error ε_t :

$$n_t = \alpha_0 + \beta_1 n_{t-1} + \beta_2 y_t + \varepsilon_t$$

Una segunda ecuación se basará en la función acumulada de densidad de una distribución Gompertz. Sin embargo, para poder estimar este modelo, la variable dependiente debe estar expresada en términos de porcentajes. Por esta razón, se expresó la variable dependiente como el número de líneas como porcentaje de la población, a la cual se denotará por N_t . Así, la función a estimar será:

$$\frac{n_t}{N_t} = \exp\left(-\exp\left(\alpha_0 + \beta_1 \frac{n_{t-1}}{N_{t-1}} + \beta_2 y_t\right)\right) + \varepsilon_t$$

Un tercer modelo que se utilizó fue uno basado en la distribución exponencial, que viene dado por la siguiente expresión:

$$n_t = \alpha_0 \exp(\beta_1 n_{t-1} + \beta_2 y_t) + \varepsilon_t$$

Los resultados de los tres modelos se muestran en el Cuadro A1.

Cuadro A1: Resultados de las Estimaciones

Coefficiente	Contrafactual lineal Autoreg + PBI	Contrafactual Gompertz Autoreg + PBI	Contrafactual Exponencial Autoreg + PBI
α_0	37152.5800	2.8366	21.6870
β_1	2.2459	2.5797	0.0000
β_2	-321.6733	-0.0059	0.0471
R2 ajust	0.9973	0.9995	0.9992
Raíz ECM	1817.3000	0.0000	1351.0920

Fuente: Estimaciones propias.
Elaboración: OSIPTEL.

Ambos modelos serán utilizados para efectuar predicciones y luego compararlas con los valores históricos, a fin de obtener la magnitud de la brecha. Los resultados de cada modelo se muestran en el Cuadro A2. Cabe señalar que en el modelo Gompertz, para poder obtener el número de líneas, se multiplicó la variable dependiente $\frac{nt}{N_t}$ por la población estimada del Perú en cada año, la cual fue obtenida del INEI.

Cuadro A2: Proyecciones Elaboradas

Año	Observado	Contrafactual lineal Autoreg + PBI	Contrafactual Gompertz Autoreg + PBI	Contrafactual Exponencial Autoreg + PBI	Contrafactual Promedio de Modelos
Año	Observado	Contrafactual 1	Contrafactual 2	Contrafactual 3	Contrafactual Promedio
2001	4,747	4,747	4,747	4,747	4,747
2002	7,138	7,138	7,138	7,138	7,138
2003	9,139	9,139	9,139	9,139	9,139
2004	13,938	13,938	13,938	13,938	13,938
2005	22,525	22,525	22,525	22,525	22,525
2006	33,722	33,722	33,722	33,722	33,722
2007	57,254	57,254	57,254	57,254	57,254
2008	104,377	104,377	104,377	104,377	104,377
2009	189,888	209,440	108,806	192,836	170,360
2010	288,526	439,936	186,324	429,032	351,764
2011	406,522	952,934	275,567	850,085	692,862

Fuente: Estimaciones propias.
Elaboración: OSIPTEL.

Como puede verse, las tres predicciones, al emplear distintas especificaciones, tienden a dar resultados diferentes. En este sentido, una posible salida consiste en obtener una

combinación de predicciones, en la que el valor final de la predicción es una suma ponderada de dos o más predicciones. En este caso, el ponderador más simple consiste en asignar pesos iguales, lo que equivale a promediar el resultado obtenido en los tres escenarios. Es preciso mencionar que la combinación de predicciones utilizando este método está ampliamente documentada y su empleo es sugerido en casos de cálculo de daño por prácticas anticompetitivas²¹¹. Dicho cálculo se encuentra presentado en la última columna del Cuadro A2.

²¹¹Oxera (2008). "Quantifying Antitrust Damages: Towards non-binding guidance for courts". Reporte preparado para la Comisión Europea.

