



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones - OSIPTEL

RESOLUCIÓN DEL CUERPO COLEGIADO Nº 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 Nº 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 Nº 005-2011-CCO-ST/LC

CONSIDERANDO:

I. EMPRESA INVESTIGADA

TELEFÓNICA es una empresa privada dedicada a brindar servicios de telecomunicaciones. Por Decreto Supremo Nº 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 Nº 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 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.

- 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 analizado 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 correspondan”.

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 sí 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 N° 14, TELEFÓNICA señaló que remitía adjunto los siguientes informes de parte que sustentaban su posición: Consultora Alterna, 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 N° 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 exclusorio.
- 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 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 de la misma empresa.

Con fecha 31 de diciembre de 2010, mediante Memorándum 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 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.

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 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, 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: Convergencia 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 INDECOPI

Mediante Oficio N° 209-ST/2011, de fecha 16 de noviembre de 2011, la 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 la 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.

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 vía 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 vía 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 aquellas 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 posea 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 10° 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 10° 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).

“10.2. El abuso de posición de dominio en el mercado podrá consistir en conductas de efecto exclusorio 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”.

¹⁸ 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.

¹⁹ 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 (\$/.)
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
AMERICATEL	Promoción Internet ADSL	Ilimitada	Lima	3072*	25%	436.29
				5120*		991.59
				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.

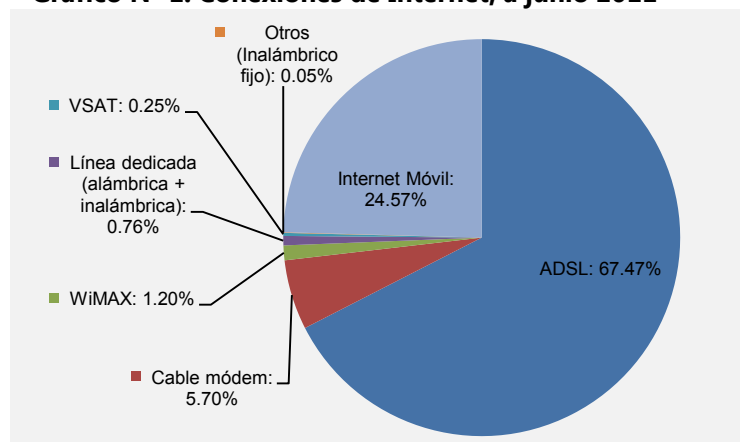
En principio, es necesario considerar que en nuestro país, las tecnologías utilizadas para el acceso al Internet pueden ser alámbricas e inalámbricas.

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.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 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 (\$/.)
TELMEX	Postpago	Internet Fijo Residencial	Ilimitada	30 días	Distritos de: Chiclayo, Lima, Lambayeque, Piura, Arequipa, Trujillo, Ica y Chimbote	1000	10%	80
						2000		120
						3000		150
						4000		200
						10 000		350
						20 000		470
	Postpago	Planes Claro Empresas	Ilimitada	30 días	Distritos de: Chiclayo, Lima, Lambayeque, Piura, Arequipa, Trujillo, Ica y Chimbote	1000	10%	83
						2000		123
						4000		210
						6000		309
STAR GLOBAL COM	Postpago	Planes Residenciales	Ilimitada	30 días	Distritos de Arequipa y Tacna	10 000	10%	399
						20 000		529
						500		71.54
						1000		85.3
						2000		115.57
		PLANES BRONCE AL 30% (Segmento Comercial)	Ilimitada	30 días	Distritos de Arequipa y Tacna	3000	30%	165.1
						4000		261.41
						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	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 S/.59	1.0	30	Distritos a nivel nacional	3072*	10%	59
		Plan Navega	2.0			3072*		79
		Plan Multimedia	3.0			3072*		99
		Plan Multimedia Plus	5.0			3072*		119
		Plan Internet Móvil para Int. Fija	2.0			3072*		79
		Plan Internet Móvil para Int. Fija II	1.0			3072*		69
NEXTEL	Prepago	Guinda (E173)	1.0	15	Distritos a nivel nacional	1536	10%	199
	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		123.2
		IN Control 10GB	10.0			3072		198.8
	Postpago**	IN i/500	0.5	30	Distritos a nivel nacional	512	10%	93.25
		IN i/1000	2.0			1024		121.52
		IN i/1500	3.0			1536		149.77
		IN i/1500 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

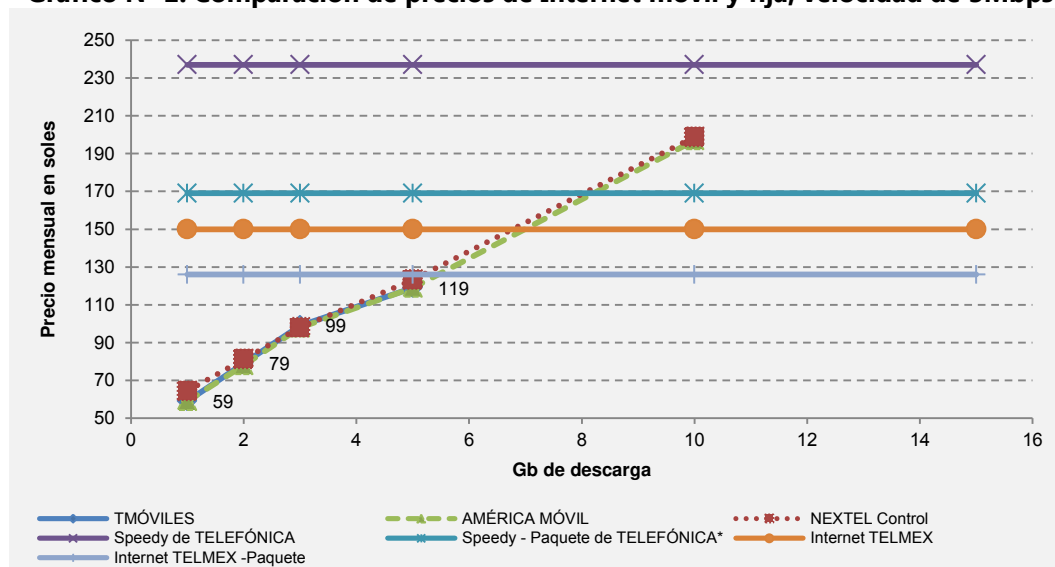
Sin embargo, como se observa en el Gráfico N° 2, cuando los precios de Internet móvil²⁸ se comparan con los precios de Internet fijo de TELEFÓNICA y/o TELMEX, se observa

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

²⁸ 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 del 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.

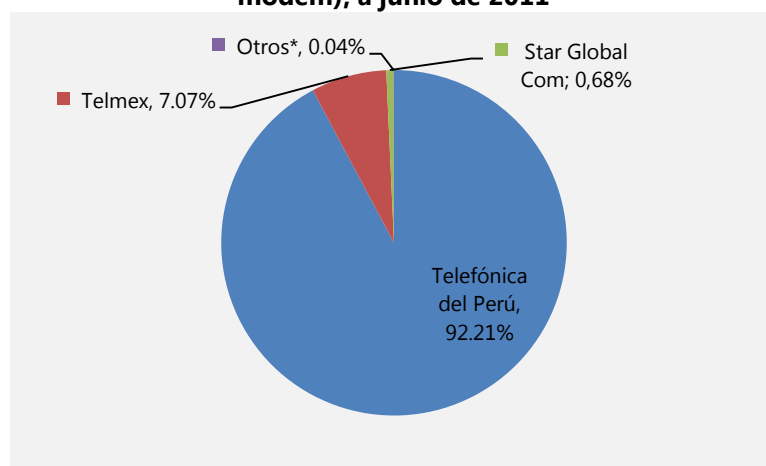
En la presente controversia, se tomará en cuenta la cantidad de conexiones de acceso al Internet por ADSL y cable módem respecto de la cantidad de conexiones que poseen todas las demás empresas que participan en el mercado relevante.

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 TELEFONICA 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 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/10.1787/5kghtc8znnbx-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: Sí

- 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 Chiclayo.

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 una 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 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 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.

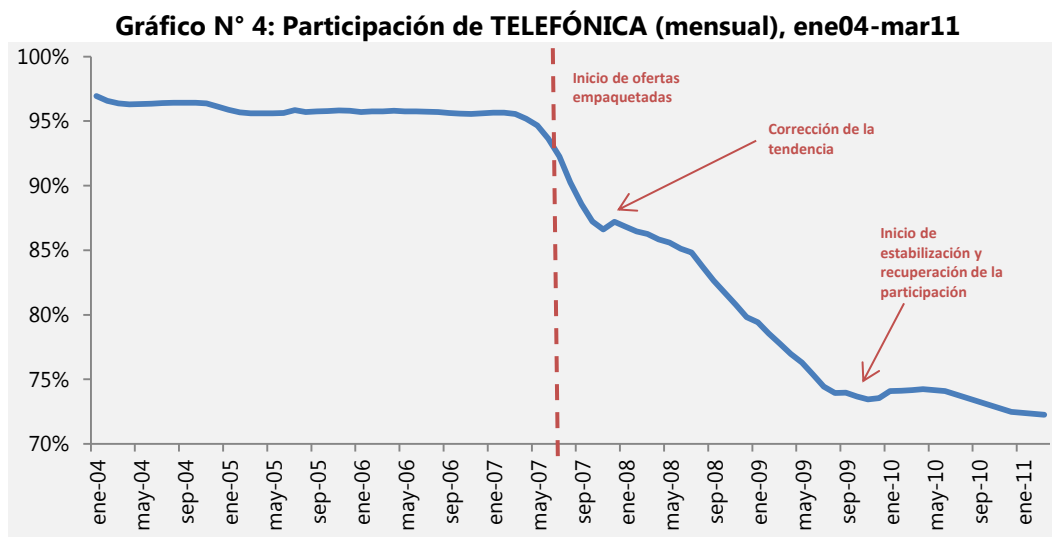
En el presente caso, sucede que TELEFÓNICA, al atar el servicio de Internet al servicio de telefonía fija, imposibilita la contratación del servicio de telefonía fija ofrecido por empresas distintas a TELEFÓNICA. La atadura de estos dos servicios es especialmente importante porque el servicio de Internet 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

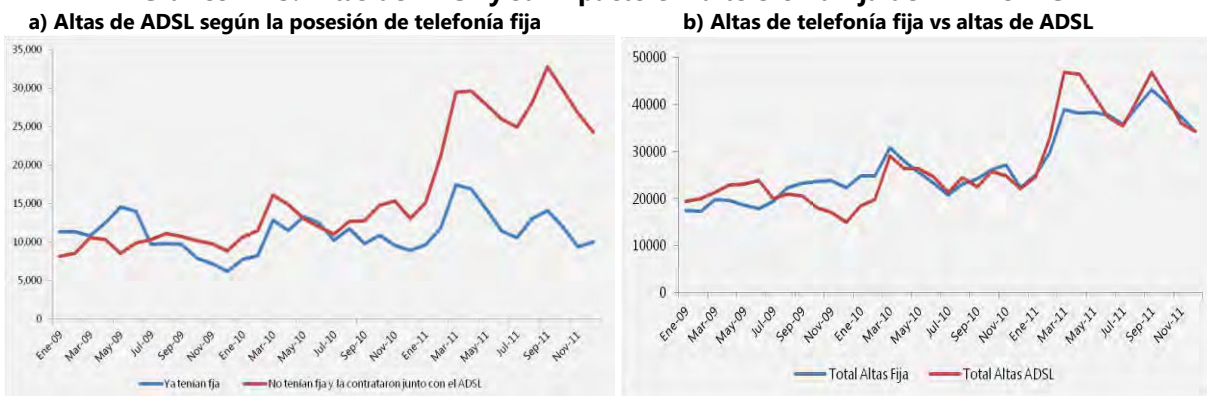
La explicación para que la caída de la participación de TELEFÓNICA en el mercado de telefonía fija se haya detenido sería el importante crecimiento de la venta conjunta del servicio de acceso a internet ADSL y el servicio de telefonía fija que realiza esta empresa, ya que la mayoría de altas de accesos 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.

Gráfico N° 5: Altas de ADSL y su impacto en la telefonía fija de TELEFÓNICA



Fuente: TELEFÓNICA

Elaboración: Secretaría Técnica - OSIPTEL

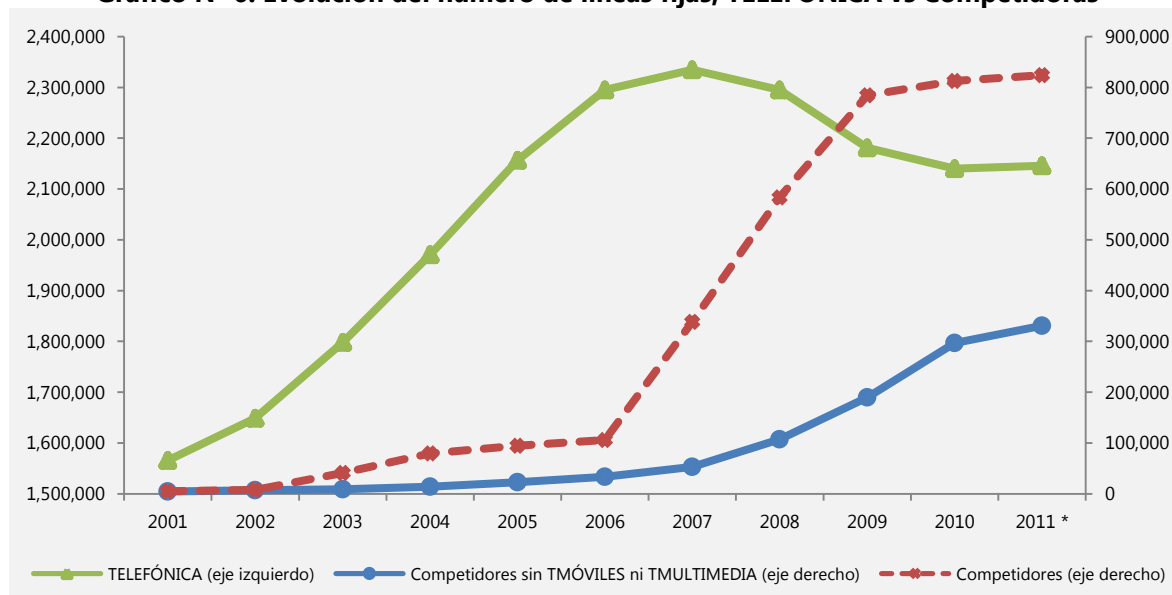
Lo anteriormente mostrado podría ser un indicador de la relación directa existente entre el servicio de telefonía fija de TELEFÓNICA y su servicio de Internet por ADSL. Otro indicio adicional lo encontramos en el panel b) del Gráfico N° 5, ya que en dicho gráfico se puede ver que existe una clara relación 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 0.97⁵².

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 solo 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 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).

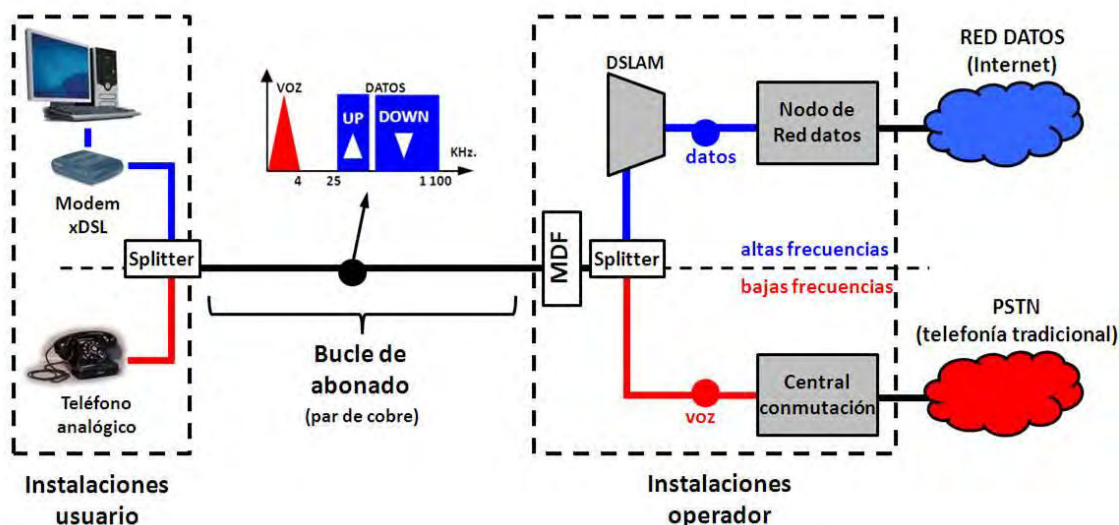
En concreto, la posibilidad que tanto los servicios de voz como los de datos funcionen independientemente se debe a que ambos funcionan en distintas frecuencias: el transporte de voz se realiza en frecuencias bajas (menores a 4 KHz) y el transporte de datos con tecnología ADSL en frecuencias altas (desde 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/adt/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 exclusorio 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 remplace 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 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”. (énfasis agregado).

procedente que este Organismo otorgue su conformidad al contenido del contrato en mención” (énfasis agregado)⁵⁸.

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.

⁵⁸ 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 Conducta 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/CLC, 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:

$$\frac{B_{Ext}}{P_{det}} = Beneficio Esperado \leq Multa$$

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

$$B_T = \frac{\sum P_{TF} \times Q_{ADSL} \times S}{P_{det}} \leq Multa$$

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	961,360	48,068.00	961,360.00
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/c/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 44° 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 graduación. 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 17° 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 Muentz Schwarz y Manuel Yrigoyen Quintanilla.