



RESOLUCIÓN DEL CUERPO COLEGIADO PERMANENTE

Nº 042-2020-CCP/OSIPTEL

Lima, **23 de octubre de 2020**

EXPEDIENTE	001-2019-CCP-ST/LC
MATERIA	Libre Competencia
ADMINISTRADOS	Telefónica del Perú S.A.A Entel Perú S.A

SUMILLA: Se declara **INFUNDADA** la denuncia interpuesta por Entel Perú S.A. contra Telefónica del Perú S.A.A. por abuso de posición de dominio en la modalidad de ofrecer un descuento condicionado a la contratación de todos o casi todos sus servicios, a través de los planes “Movistar Total”, supuesto tipificado en el literal h) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA. En consecuencia, se dispone el ARCHIVO del presente procedimiento administrativo.

Se **ENCARGA** a la Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados efectuar una constante supervisión de las prácticas de descuentos multiproducto que puedan afectar la libre competencia en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones.

El Cuerpo Colegiado Permanente constituido mediante Resolución de Consejo Directivo Nº 072-2017-CD/OSIPTEL de fecha 1 de junio de 2017, y designado a través de las Resoluciones de Consejo Directivo Nº 126-2018-CD/OSIPTEL y Nº 169-2018- CD/OSIPTEL, de fechas 16 de mayo y 2 de agosto de 2018, respectivamente, a cargo de conocer y resolver los procedimientos de solución de controversias en materia de libre y leal competencia.

VISTO:

El Expediente Nº 001-2019-CCP-ST/LC, correspondiente al procedimiento administrativo sancionador iniciado por denuncia de Entel Perú S.A. (en adelante, ENTEL) contra Telefónica del Perú S.A.A (en adelante, TELEFÓNICA), por la presunta comisión de prácticas anticompetitivas al ofrecer un descuento condicionado a la contratación de todos (o casi todos) sus servicios (fijos y móviles), a través de los planes “Movistar Total”.

CONSIDERANDO:

I. ADMINISTRADOS

- **ENTEL** es una empresa operadora de servicios públicos de telecomunicaciones que participa, entre otros, en el mercado de telefonía móvil a nivel nacional al ser titular de las concesiones otorgadas por Resoluciones Ministeriales Nº 528-2016-MTC/01.03 de fecha 19 de julio de 2016, Nº 604-2013-MTC/03 de fecha 27 de setiembre de 2013 y Nº 525- 2007-MTC/03 del 17 de setiembre de 2007.
- **TELEFÓNICA** es una empresa operadora de servicios de telecomunicaciones que participa, entre otros, en los mercados de telefonía fija, telefonía móvil, conmutación de datos por paquete (en adelante, acceso a internet) y radiodifusión por cable (en adelante, televisión de paga o televisión por cable). Por Decreto Supremo Nº 11-94-TCC, de fecha 13 de mayo de 1994, obtuvo la concesión para prestar el servicio público de portador de larga distancia nacional y larga distancia internacional, además a través del referido Decreto Supremo se le otorgó la concesión para prestar el servicio de telefonía fija local. Asimismo, es titular de las concesiones otorgadas por Resoluciones Ministeriales Nº 672-2008-MTC/03 del 2 de setiembre de 2008 y Nº 794-2009-MTC/03 del 23 de noviembre de 2009, para la prestación del servicio de



televisión de paga a nivel nacional y se encuentra registrada como empresa prestadora de servicios de valor añadido con Registro N° 013-VA, para prestar el servicio de acceso a internet.

II. ANTECEDENTES

1. El 22 de mayo de 2019, ENTEL interpuso una denuncia contra TELEFÓNICA por la presunta comisión de acto de abuso de posición de dominio, consistente en ofrecer un descuento condicionado a la contratación de todos (o casi todos) sus servicios, a través de los planes de “Movistar Total”, imputándose la infracción prevista en el literal h) del artículo 10.2 del Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobado por Decreto Supremo N° 030-2019-PCM (en adelante, TUO de la LRCA).
2. El 23 de mayo de 2019, ENTEL solicitó al Cuerpo Colegiado Permanente que declare la confidencialidad de los Anexos incluidos en su escrito N° 1, así como de las secciones contenidas en su escrito de denuncia que se refieran a dichos Anexos.
3. A través de la Resolución N° 027-2019-CCP/OSIPTEL de fecha 10 de junio de 2019, el Cuerpo Colegiado Permanente desestimó el pedido de confidencialidad formulado por ENTEL al no haber observado los requisitos legales para su presentación; no obstante, declaró de oficio la confidencialidad de los Anexos 1-Y y 1-Z así como la información contenida en el escrito de denuncia que haga referencia a dichos Anexos, así como el párrafo 8.85 del escrito de denuncia¹.
4. Mediante Resolución N° 033-2019-CCP/OSIPTEL de fecha 19 de julio de 2019 (en adelante, la Resolución de Inicio), el Cuerpo Colegiado Permanente admitió a trámite la denuncia interpuesta por ENTEL dando inicio al procedimiento sancionador contra TELEFÓNICA por la presunta infracción al literal h) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA. Asimismo, levantó la confidencialidad de la información declarada por Resolución N° 027-2019-CCP/OSIPTEL para TELEFÓNICA al constituir prueba de cargo y suspendió el plazo para la presentación de sus descargos hasta que la decisión respecto al levantamiento de la confidencialidad quedase firme o consentida.
5. A través de los Oficios N° 440-STCCO/2019 y N° 456-STCCO/2019 remitidos el 26 de julio y 9 de agosto de 2019, la Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados (en adelante, STCCO) puso en conocimiento de TELEFÓNICA las pruebas de cargo públicas y confidenciales contenidas en la denuncia de ENTEL, en tanto dicha empresa no se opuso al levantamiento de la confidencialidad de su información.
6. El 3 de setiembre de 2019, TELEFÓNICA presentó sus descargos, planteando defensas de forma y de fondo a fin de contestar los argumentos planteados por ENTEL en el escrito de denuncia. Asimismo, solicitó que se declare la confidencialidad de parte de la información económica de la oferta comercial “Movistar Total” adjunta a su escrito, contenida en los Anexos 1-D, 1-E, 1-F y 1-G. Posteriormente, mediante escrito N° 2, de fecha 5 de setiembre de 2019, precisó su solicitud de confidencialidad².

¹ Por escrito N° 2 de fecha 5 de julio de 2019, ENTEL solicitó al Cuerpo Colegiado Permanente la aclaración de dicha resolución, debido a que no se detallaron los numerales del escrito de denuncia que fueron calificados como confidenciales.

El 9 de julio de 2019, el Cuerpo Colegiado Permanente, a través de la Resolución N° 029-2019-CCP/OSIPTEL, rechazó el pedido de aclaración formulado por ENTEL en tanto la resolución toda vez que no existía oscuridad o ambigüedad en la Resolución N° 027-2019-CCP/OSIPTEL, en tanto de su fundamento número 13 se desprendía que los párrafos 8.82, 8.83 y 8.84 eran los únicos que mostraban datos relacionados a los Anexos confidenciales 1-Y y 1-Z.

² Con fecha 5 de setiembre de 2019, TELEFÓNICA precisó los alcances de su pedido de confidencialidad, solicitando que se incluya en la evaluación, aquellas secciones de su escrito de descargos que hagan referencia a los Anexos confidenciales 1-D, 1-E, 1-F y 1-G, para lo cual adjuntó la versión pública de su escrito de descargos.



7. El 19 de setiembre de 2019, TELEFÓNICA presentó su escrito N° 3, a través del cual solicitó el uso de la palabra para exponer las defensas de forma expuestas en su escrito de denuncia.
8. Por escrito N° 4 de fecha 25 de setiembre de 2019, ENTEL absolvió las defensas de forma deducidas por TELEFÓNICA en sus descargos; asimismo, solicitó al Cuerpo Colegiado Permanente desestimar la solicitud de confidencialidad presentada por dicha empresa al no cumplir con fundamentar adecuadamente su solicitud y dado que una eventual declaratoria de confidencialidad afectaría su derecho de defensa en el presente procedimiento.
9. A través de la Resolución N° 052-2019-CCP/OSIPTEL del 26 de setiembre de 2019, el Cuerpo Colegiado Permanente estimó parcialmente la solicitud de confidencialidad de TELEFÓNICA, declarando la confidencialidad de parte de los Anexos 1-D, 1-F y 1-G, así como de los párrafos del escrito de denuncia que reproducen la información confidencial expresada en dichos anexos.
10. El 2 de octubre de 2019, a través de la Resolución N° 054-2019-CCP/OSIPTEL, el Cuerpo Colegiado Permanente denegó el pedido de informe oral formulado por TELEFÓNICA y tuvo por presentadas las excepciones deducidas por dicha empresa y por absuelto el traslado conferido por parte de ENTEL, disponiendo que las mismas sean resueltas al momento de emitir el pronunciamiento final que corresponda.
11. Mediante Resolución N° 055-2019-CCP/OSIPTEL de fecha 15 de octubre de 2019, el Cuerpo Colegiado Permanente dio inicio a la etapa de investigación a cargo de la STCCO, por un plazo máximo de ciento ochenta (180) días calendario.
12. Por escrito N° 4 de fecha 23 de octubre de 2019, subsanado por escrito N° 5 de fecha 24 de octubre de 2019, TELEFÓNICA interpuso recurso de apelación en contra de la Resolución N° 052-2019-CCP/OSIPTEL, a fin de que el Tribunal de Solución de Controversias declare la confidencialidad de parte de la información incluida en el Anexo 1-D, que contiene el Informe denominado "Evaluación económica de la presunta práctica anticompetitiva en el nuevo producto Movistar Total", para lo cual presentó las versiones públicas (tachadas) del mencionado Informe y de las secciones del escrito de descargos que reproducirían dicha información confidencial.
13. A través de la Resolución N° 029-2019-TSC/OSIPTEL de fecha 17 de diciembre de 2019, el Tribunal de Solución de Controversias declaró fundado en parte el recurso de apelación interpuesto por TELEFÓNICA contra la Resolución N° 052-2019-CCP/OSIPTEL, en el extremo que dispuso dar tratamiento público a ciertas secciones del Anexo 1-D.
14. Por medio del Oficio N° 020-STCCO/2020 remitido el 7 de enero de 2020, la STCCO requirió a TELEFÓNICA diversa información en versión digital en el marco de la etapa de investigación, otorgándole a dicha empresa cinco (5) y diez (10) días hábiles, respectivamente, para la presentación de la información.
15. Mediante Oficio N° 021-STCCO/2020 remitido el 7 de enero de 2020, la STCCO requirió a América Móvil Perú S.A.C. (en adelante, América Móvil) la siguiente información en versión digital, en un plazo de diez (10) días hábiles: (i) número mensual de empaquetamientos de doble oferta, triple oferta y plan MAX con beneficio Full Claro, desagregadas por tipo de beneficio y (ii) líneas móviles en servicio con beneficio Full Claro, desagregadas por tipo de beneficio.



16. A través de la Carta DMR/CE/N°140/20, de fecha 20 de enero de 2020, América Móvil presentó la información requerida por la STCCO. Asimismo, solicitó que se declare la confidencialidad de dicha información.
17. Mediante escrito N° 7 de fecha 22 de enero de 2020 y a través del escrito N° 8 presentado con fecha 3 de febrero de 2020, TELEFÓNICA remitió la información requerida por la STCCO, y solicitó la confidencialidad de parte de dicha información.
18. El Cuerpo Colegiado Permanente, mediante Resolución N° 006-2020-CCP/OSIPTEL de fecha 28 de febrero de 2020, declaró la confidencialidad de la información presentada por América Móvil.
19. Por Resolución N° 010-2020-CCP/OSIPTEL de fecha 4 de marzo de 2020, el Cuerpo Colegiado Permanente desestimó la solicitud de confidencialidad presentada por TELEFÓNICA a través de su escrito N° 7 de fecha 22 de enero de 2020. Asimismo, precisó que la información relacionada a la tasa *churn* mensual agregada de los planes de telefonía móvil sin “Movistar Total” y de los planes “Movistar Total”, correspondiente al periodo enero-diciembre 2019, ya había sido declarada previamente como confidencial a través de la Resolución N° 029-2019-TSC/OSIPTEL, por lo que no correspondía emitir un nuevo pronunciamiento sobre el particular.
20. A través de la Resolución N° 012-2020-CCP/OSIPTEL de fecha 1 de junio de 2020, el Cuerpo Colegiado Permanente estimó la solicitud de confidencialidad presentada por TELEFÓNICA a través de su escrito N° 8 de fecha 3 de febrero de 2020, declarando como confidencial la información materia de su solicitud.
21. Mediante Memorando N° 00047-STCCO/2020, de fecha 4 de junio de 2020, la STCCO solicitó a la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia (en adelante, GPRC) el acceso a la información relacionada con la Contabilidad Separada de las Empresas del Sector de Telecomunicaciones e información relacionada con los requerimientos de Información Periódica.
22. Mediante Carta N° 048-STCCO/2020 de fecha 19 de junio de 2020, la STCCO solicitó a la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de Libre Competencia del INDECOPI (en adelante, la STCLC) remitir un informe técnico no vinculante sobre los lineamientos, precedentes y criterios interpretativos para la generalidad de los mercados y agentes económicos respecto a la infracción prevista en el literal h) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA; en particular, para las prácticas de abuso de posición de dominio por el ofrecimiento de descuentos condicionados y descuentos multiproducto.
23. A través del escrito N° 11 de fecha 23 de junio de 2020, TELEFÓNICA solicitó a la STCCO que le habilite el acceso a la información confidencial remitida por América Móvil, en el marco de la etapa de investigación al constituir un medio de prueba. Cabe indicar que a través de la Carta N° 00065-STCCO/2020 del 6 de junio de 2020, la STCCO le comunicó que la información presentada por América Móvil venía siendo objeto de evaluación siendo que, de ser calificada como prueba de cargo y/o descargo, se procedería a realizar el trámite de levantamiento de la confidencialidad correspondiente de acuerdo a lo previsto en el artículo 35.7 del TUO de la LRCA.
24. Mediante Resolución N° 015-2020-CCP/OSIPTEL de fecha 8 de julio de 2020, el Cuerpo Colegiado Permanente, amplió por tres (3) meses adicionales el plazo para resolver el presente procedimiento administrativo sancionador, hasta el 28 de octubre de 2020.
25. El 9 de julio de 2020, TELEFÓNICA presentó el escrito N° 12, por medio del cual solicitó a la STCCO que le habilite el acceso a la información confidencial requerida a la



Gerencia General a través del Oficio N° 657-STCCO/2019 del 12 de noviembre de 2019, al constituir un medio de prueba. Cabe indicar que a través de Carta 00073-STCCO/2020, de fecha 13 de julio de 2020, la STCCO le comunicó que no correspondía realizar una calificación de prueba de cargo y/o descargo respecto de la información presentada por las empresas América Móvil, ENTEL y Viettel Perú S.A.C. (en adelante, Viettel) ni efectuar un levantamiento de la confidencialidad de dicha información en la medida que no sería utilizada para el análisis de la conducta imputada en su contra.

26. A través del escrito N° 13 de fecha 10 de julio de 2020, TELEFÓNICA realizó alegaciones complementarias en el marco del presente procedimiento sancionador, reiterando los argumentos expuestos en su escrito de descargos y formulando las siguientes pretensiones alternativas al Cuerpo Colegiado Permanente: (i) que declare la improcedencia de la imputación de cargos realizada en su contra; (ii) que declare que carece de objeto emitir un pronunciamiento por sustracción de la materia; o, (iii) que declare infundada la imputación de cargos.
27. Mediante escrito N° 14 de fecha 14 de julio de 2020, TELEFÓNICA solicitó que se le conceda una reunión con los funcionarios de la STCCO para discutir asuntos vinculados a la tramitación del procedimiento. Cabe indicar que a través de la Carta N° 00078-STCCO/2020 de fecha 15 de julio de 2020, la STCCO accedió al pedido de TELEFÓNICA, convocándola a una reunión virtual a través de la plataforma “*Microsoft Teams*” el día jueves 16 de julio a las 9:00 horas.
28. El 16 de julio de 2020, la STCCO emitió el Informe Instructivo N° 007-STCCO/2020 (en adelante, el Informe Instructivo), recomendando al Cuerpo Colegiado Permanente lo siguiente:
 - (i) Que el Cuerpo Colegiado Permanente declare infundada la denuncia presentada por ENTEL contra TELEFÓNICA en la medida que los hechos denunciados no se subsumen en una conducta de abuso de posición de dominio en la modalidad de descuentos por fidelidad, de acuerdo al literal h) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA. En atención a ello, se recomienda declarar fundadas las excepciones de falta de claridad del admisorio y contravención al principio de tipicidad formuladas por TELEFÓNICA y, de otro lado, declarar infundada la excepción de falta de competencia de los Cuerpos Colegiados para emitir un pronunciamiento de fondo en relación a la presente controversia, de acuerdo al análisis desarrollado en el correspondiente Informe Instructivo.
 - (ii) A consecuencia de la instrucción del procedimiento, se evaluó la existencia de indicios de la configuración de una posible práctica de abuso de posición de dominio en la modalidad de descuentos por empaquetamiento, de acuerdo con el literal h) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA, concluyendo que la conducta desarrollada por TELEFÓNICA no presenta efectos negativos para la competencia – o éstos se encuentran limitados – y advirtiendo la existencia de efectos positivos sobre el bienestar de los usuarios. En este sentido, esta STCCO considera que no corresponde ampliar la imputación de cargos contra TELEFÓNICA de acuerdo a las facultades previstas en los artículos 32° del TUO de la LRCA y 40° del Reglamento de Solución de Controversias, por lo que corresponde archivar la presente investigación.
29. Posteriormente, a través del Informe Técnico N° 0044-2020-CLC/INDECOPI, recibido el 4 de agosto de 2020, el Secretario Técnico de la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI, cumplió con poner en conocimiento de la STCCO el informe técnico no vinculante sobre los lineamientos, precedentes y criterios interpretativos para la



generalidad de los mercados la conducta tipificada en el literal h) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA.

30. El 19 de agosto de 2020, ENTEL presentó sus comentarios y alegatos al Informe Instructivo N° 007-STCCO/2020, solicitando el uso de la palabra y exponiendo los siguientes argumentos³:

- (i) La comercialización de “Movistar Total” no tiene eficiencias, en base a lo siguiente:
 - Sobre las sinergias de red: No existen sinergias en los costos de red pues TELEFÓNICA no ha demostrado contar con una red de núcleo de siguiente generación (*Next Generation Network*, por sus siglas en inglés: NGN) ni que esté usando actualmente una red integrada para prestar los servicios bajo “Movistar Total”.
 - Sobre la reducción de costos de operación comercial – Facturación Única: No existe un ahorro por facturación única o en caso se cumpliera dicho ahorro, este sería ínfimo y no justifica el otorgamiento de un descuento por la prestación de los cuatro servicios empaquetados.
 - Sobre la reducción de costos de operación comercial – Implementación de canal convergente: Tampoco se ha generado un ahorro de costos por la implementación de un solo canal de atención al cliente pues es usual que el personal de atención se encuentre capacitado para atender múltiples ofertas.
 - Sobre la reducción de costos de operación comercial – Ahorro en campañas comerciales: No se puede afirmar que existe una disminución del gasto total por concepto de campañas comerciales. De hecho, la campaña publicitaria se ha tornado mucho más intensa y agresiva desde fines de julio, y se ve un incremento.
 - Reducción de costos de operación comercial – Ahorro en comisiones: No existe disminución de gastos por el presunto ahorro de comisiones, pues estas se pagan sobre la base del precio de venta y no del número de servicios colocados.
- (ii) Existen efectos reales y potenciales de cierre del mercado derivados de la conducta imputada. En el Informe Instructivo, se indicó que el precio incremental de S/ 20 (sin IGV) se encuentra muy por debajo del LRAIC estimado por la STCCO de S/ [REDACTED] sin IGV, como respecto del LRAIC presentado por TELEFÓNICA de S/ [REDACTED] sin IGV para un plan de 12GB, por lo que sería imposible que un operador con el mismo grado de eficiencia pueda replicar la oferta de TELEFÓNICA.
- (iii) Existen indicios irrefutables de que los impactos anticompetitivos de los planes “Movistar Total” serán muy severos en los competidores. En efecto, en el Gráfico S/N (página 26 del escrito de ENTEL): “Posición neta mensual de líneas móviles portadas de origen postpago” del Informe Instructivo, se observa cómo la diferencia en la posición mensual de las líneas portadas entre los cuatro (4) operadores se reduce significativamente a partir de marzo de 2020, debido a la mejora sustancial en la posición de TELEFÓNICA. En el mes de julio, ENTEL ha

³ Cabe señalar que ENTEL presentó argumentos acerca de las defensas de forma planteadas por TELEFÓNICA. Dichos argumentos serán evaluados en la sección denominada “Cuestiones Previas”.

recibido 15,162 líneas de TELEFÓNICA y le ha cedido 14,255 líneas, es decir, una diferencia de solo 907 líneas.

- (iv) Esta brecha se acortaría aún más –a favor de TELEFÓNICA– en un escenario en donde se va estabilizando el mercado de servicios públicos móviles (sin restricciones a la portabilidad), todo ello derivado de la implementación de “Movistar Total”. Una evidencia de lo anterior es la encuesta diaria que el equipo de Experiencia al Cliente de ENTEL realiza a los clientes que deciden migrar a otro operador. Los resultados de esta encuesta muestran que un importante porcentaje (especialmente los que generan mayor valor) portan debido a la existencia de los planes “Movistar Total”.
- (v) De igual forma, corresponde resaltar que la oferta “Movistar Total” va dirigida al segmento postpago, segmento que genera la mayor cantidad de ingresos para la telefonía móvil, tal como se muestra a continuación. La modalidad postpago cuenta con el 35% de los abonados, pero generan el 73% de los ingresos de la telefonía móvil. Estos ingresos son utilizados por los operadores móviles para financiar sus inversiones y desplegar sus redes, introducir las nuevas tecnologías al mercado, entre otros.
- (vi) El Informe Instructivo no toma en cuenta la realidad de la industria móvil, donde la principal fuente de ingresos para la sostenibilidad financiera de las empresas, es el segmento de usuarios postpago, como lo ratifica el propio Organismo Regulador.
- (vii) El análisis no puede basarse en la cantidad de usuarios del mercado, sino en los segmentos que atacan la base de ingresos que aseguran la sostenibilidad financiera de las empresas. En un escenario de nueva normalidad, donde se vienen recuperando los niveles de morosidad, que alcanzaron picos nunca vistos, los segmentos que aportan los mayores ingresos para las empresas son clave, y por ello, una práctica anticompetitiva como la que representa “Movistar Total”, cobra mayor relevancia por su efecto en el mercado.
- (viii) Adicionalmente, el Informe Instructivo asume que el paquete de “Movistar Total” no va a afectar a todos los usuarios móviles de un hogar, ya que incluye solo dos líneas (o una línea recientemente). Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el usuario que contrata “Movistar Total” es el jefe/jefa del hogar por lo que, al migrar esa persona a “Movistar Total”, es probable que influya en el resto de miembros de su hogar para que también migren a Movistar (ya que existen beneficios especiales para comunicaciones dentro de la misma red).
- (ix) De otra parte, los hogares con servicios contratados individualmente o con 2Play podrían perfectamente migrar a “Movistar Total” debido a los precios anticompetitivos que ofrece. Adicionalmente, el componente de telefonía fija en los Planes “Movistar Total” tiene un precio de solo S/ 10 por lo que, inclusive los hogares que no tienen telefonía fija o no están interesados en telefonía fija, podrían decidir contratar “Movistar Total” debido a los precios anticompetitivos e irreplicables del paquete.
- (x) En conclusión, los efectos negativos de la conducta anticompetitiva desplegada por TELEFÓNICA pueden ser sustanciales en el mercado móvil. Lo anterior es aún más evidente si consideramos que los planes “Movistar Total” están dirigidos al segmento postpago que, como ya ha sido explicado, constituye la principal fuente de ingresos de la telefonía móvil (73%).

- (xi) Es necesario que el Cuerpo Colegiado Permanente observe que la conducta imputada presenta efectos negativos para la competencia, los cuales son mayores a las supuestas eficiencias y beneficios que ésta podría generar. Al respecto, es importante enfatizar que lo que corresponde evaluar es el daño potencial.
 - (xii) Debe recordarse que las consecuencias y daños reales no pueden ser correctamente medidos en las actuales circunstancias, en las que el país está afectado por la epidemia del COVID-19 y en las que el propio OSIPTEL restringió en gran medida las posibilidades de los usuarios de contratar nuevos servicios e incluso de ejercer su derecho a la portabilidad, por lo que no es posible medir en su real magnitud los efectos de la práctica desplegada por TELEFÓNICA.
31. Por su parte, el 20 de agosto de 2020, TELEFÓNICA presentó sus comentarios y alegatos contra el Informe Instructivo N° 007-STCCO/2020, solicitando el uso de la palabra y exponiendo los siguientes argumentos:

Sobre el mercado relevante

- (i) El Informe Instructivo no ha efectuado una definición precisa del mercado relevante de acuerdo con lo establecido en las normas de competencia y sus respectivos lineamientos.
- (ii) La STCCO comparó los tríos con paquetes que podrían ser “ensamblados” por el consumidor; por ello, los precios fueron artificialmente más altos, y no fue posible observar adecuadamente la sustituibilidad. De este modo, el Informe Instructivo concluyó que los dúos no generarían presión competitiva sobre el trío.
- (iii) El Informe Instructivo ha excluido del mercado todos aquellos productos que podrían configurar una alternativa a los productos originalmente comprendidos en el trío.
- (iv) El Informe Instructivo descarta la posibilidad de que los servicios OTT sean considerados sustitutos del servicio de TV Paga. Sin embargo, en este análisis no se evalúan factores que son cruciales para determinar la relación de competencia entre los productos: (i) las características mismas de estos servicios y (ii) el dinamismo de este mercado.
- (v) Con relación al primer punto, se debe notar que los servicios OTT se refieren a la distribución de video a través de internet hacia cualquier dispositivo conectado y que cuente con el aplicativo correcto para la reproducción de dicho contenido. Así, desde la perspectiva del consumidor, los servicios OTT satisfacen las mismas necesidades que la TV Paga.
- (vi) Respecto del segundo punto, un análisis adecuado de los servicios OTT que reconoce el dinamismo del mercado valora tanto las posibilidades de acceso a estos contenidos como las tendencias actuales del mercado. Así, el hecho de que los servicios OTT puedan ser accedidos a través de internet no representa un límite para que puedan ser sustitutos; sino que permite que cada vez una mayor parte de la población pueda acceder a este contenido sin tener una conexión de televisión por cable.
- (vii) Existen estudios de mercado que permiten observar el cambio en las tendencias de TV Paga y del servicio de OTT en internet fijo para el sector local. Además, los planes con servicio celular han empezado a incluir internet móvil con OTT seleccionadas. En general, la creciente penetración del servicio de internet, que

evoluciona del 40% en el 2014 al 73% en el 2018, ha venido acompañada de una reducción en la penetración de los servicios de TV paga, que se reduce de 44% en el 2014 al 41% en el 2012.

- (viii) Por otra parte, la STCCO descartó al internet inalámbrico como sustituto. Sin embargo, el hecho de que el internet inalámbrico y alámbrico tengan características diferentes no resulta suficiente para excluirlo del mercado relevante, sobre todo, si dichas características no impactan en la experiencia del consumidor al hacer uso de los servicios. Así, se debió analizar las potenciales diferencias que podría presentarse respecto de la experiencia de los usuarios.
- (ix) El Informe Instructivo indica que las conexiones inalámbricas presentan velocidades entre 10 y 20 Mbps, mientras que las conexiones alámbricas las velocidades ofrecidas van desde los 15 Mbps hasta 400 Mbps. Sin embargo, para concluir su exclusión a partir de esto, resulta pertinente evaluar la velocidad promedio contratada por los usuarios de servicios de acceso a internet en el Perú, o realizar encuestas que releven las preferencias de los usuarios respecto de los rangos de velocidad que podrían satisfacer sus necesidades. Sobre la base de dicho promedio, se podrá determinar si es que la tecnología alámbrica generaría o no un límite.
- (x) Así, siendo que en el Perú la oferta del servicio de internet fijo inalámbrico cuenta con velocidades hasta de 20 Mbps, esta tecnología podría satisfacer, de forma conservadora, la demanda del 43% de usuarios con conexión de internet fijo, siendo que las mismas tienen una velocidad de descarga menor a 16 Mbps, según el Gráfico No. 5 del Informe Instructivo. Este porcentaje de usuarios, en tanto la definición de sus preferencias a partir de su demanda por un tipo de conexión a internet, percibiría claramente al internet fijo alámbrico e internet fijo inalámbrico como sustitutos.
- (xi) Por otro lado, llama la atención que en el mercado del producto se mantengan tecnologías que presentan velocidades iguales o menores a las que se pueden obtener con el internet inalámbrico. A modo de ejemplo, se observa que el internet vía HFC cuenta con velocidades de, incluso, 10 Mbps; cuando la razón para excluir al internet inalámbrico era que la velocidad oscilaba entre los 10 y 20 Mbps.
- (xii) Además, el Informe Instructivo señala que las conexiones de internet fijo inalámbricas presentan topes de capacidad de descarga. Sin embargo, para poder arribar a la exclusión del internet inalámbrico a partir de esta diferencia, se debió calcular a cuánto asciende la descarga promedio del consumidor residencial; solo así se podría determinar si es que esta es o no una diferencia relevante de cara al consumidor.
- (xiii) El Informe Instructivo argumenta la exclusión del internet inalámbrico a partir de la existencia de zonas que solo tendrían cobertura inalámbrica. Sin embargo, este argumento, antes que comprobar la complementariedad de ambos servicios, muestra la existencia de sustitución. El hecho de que actualmente se ofrezcan tríos con internet inalámbrico permite comprobar que satisface la misma necesidad del consumidor.
- (xiv) En cuanto al mercado geográfico, el Informe Instructivo lo define en base a la cobertura regional de internet fijo sobre la base del número de centros poblados cubiertos. Al respecto, es importante observar que según la información de Cuadro No. 6 del Informe Instructivo, existen regiones donde América Móvil cuenta con mayor número de centros poblados con cobertura (Ucayali, Moquegua,

Ayacucho, Tacna, Callao, Cusco, Arequipa y Huancavelica) que TELEFÓNICA, lo que señala que las condiciones de competencia en dichas regiones son distintas y por ende deberían formar parte de otro mercado relevante.

Sobre el análisis de la competencia potencial

- (xv) El Informe Instructivo analiza inadecuadamente la competencia potencial decidiendo excluir a las potenciales alianzas y paquetes en colaboración que serían parte del mismo mercado de producto relevante. La razón esgrimida por el Informe Instructivo radica en que “ello sería difícil debido a las altas barreras de entrada al mercado”.
- (xvi) Sin embargo, un análisis adecuado del mercado revela que las presuntas barreras no se presentarían en la realidad -o al menos no con la magnitud descrita por el Informe Instructivo-. Para ello, es clave considerar la ratio de crecimiento y el dinamismo del mercado conforme a los argumentos expuestos sobre el mercado relevante y su correcta definición.
- (xvii) ENTEL y Viettel podrían implementar una oferta similar con: (i) una velocidad de internet $\geq$ a 30 Mbps con lo que, además, podrían brindar IPTV; y/o, (ii) establecer alianzas con algún servicio OTT o algún otro proveedor de TV Paga.
- (xviii) Con relación al primer punto, para ofrecer internet $\geq$ a 30 Mbps, las operadoras deben contar con fibra óptica, ya que esta permite alcanzar mayores velocidades. Al respecto, durante los últimos años, Viettel ha tendido fibra óptica apostando por el internet fijo para el hogar de alta velocidad. ENTEL, por su parte, si bien aún no ha invertido en el despliegue de fibra óptica y hoy en día ofrece internet fijo a través de la tecnología 4G LTE, dicha empresa ha optado por una estrategia de inversión de tendido de fibra en su matriz. En efecto, ENTEL Chile ofrece el servicio de internet por fibra óptica, e incluso lidera las ofertas de velocidades. Por lo tanto, ENTEL puede adoptar esta estrategia en el Perú.
- (xix) Con respecto al segundo punto, al reconocer que los servicios OTT forman parte del mercado relevante y sustituyen en componente de TV Paga de los paquetes, se concluye que Viettel y ENTEL podrían aliarse con un servicio OTT u otro operador de TV Paga para ofrecer servicios audiovisuales. Al respecto, es importante tomar en cuenta que las alianzas entre operadoras móviles y servicios OTT son una realidad en el mercado, tanto es así que ENTEL tiene una alianza con Netflix que permite ofrecer beneficios a los usuarios finales, como por ejemplo la facturación única.
- (xx) En esa línea, la dinámica de mercado ya viene generando incentivos a la innovación en la prestación de servicios empaquetados, a partir de nuevos modelos de negocio generados por alianzas comerciales como la existente entre DirecTV, operador de TV Paga, y WIN, operador de internet fijo. Mediante dicha alianza se brinda un paquete 2Play (TV Paga + Internet fijo) con un descuento, donde la TV Paga se brinda a través del servicio OTT de Video de DirecTV (DIRECTVGO), el cual es independiente y sustituto del primero.
- (xxi) Por otra parte, el Informe Instructivo considera la existencia de barreras de entrada a partir de: (i) la declaración de TELEFÓNICA como Proveedor Importante en el mercado de internet, y (ii) la consideración de este como Proveedor Importante en el proyecto de Resolución, para el mercado de TV Paga.

- (xxii) La declaración de un proveedor como importante no tiene un impacto únicamente nominal. Esta declaración implica, en cambio, la imposición de obligaciones en aras de la reducción de las barreras de entrada al mercado.
- (xxiii) En tal sentido, que TELEFÓNICA haya sido declarado Proveedor Importante demuestra la existencia de regulación orientada a reducir o eliminar dichas barreras. Como ya se ha mencionado, la declaración de TELEFÓNICA como Proveedor Importante en el Mercado N° 25: Acceso Mayorista para Internet y Transmisión de Datos, habilita que sus competidores tengan la posibilidad de contratar de esta empresa el acceso mayorista para, así, poder ofrecer a los consumidores el servicio. Esto, permite superar cualquier barrera y les da la posibilidad a las otras empresas de replicar los paquetes.

Sobre la competencia entre paquetes 4PLAY

- (xxiv) El Informe Instructivo concluye que “Movistar Total” no contaría con paquetes competidores, aun cuando se considera que Full Claro constituye un empaquetamiento 4Play que cuenta con exactamente los mismos componentes. No obstante, la exclusión de Full Claro como competidor no se ha efectuado sobre la base de criterios económicos y, por el contrario, se ha basado en criterios subjetivos que no permiten observar adecuadamente la dinámica competitiva entre los paquetes.
- (xxv) De acuerdo con la Comisión Europea y el Departamento de Justicia de Estados Unidos, para concluir que existe competencia entre paquetes bastará con constatar que los competidores de la empresa dominante ofrecen o pueden ofrecer los mismos productos del paquete analizado. De hecho, como se aprecia del criterio estadounidense, incluso bastaría con determinar que los competidores pueden unirse en alianzas con terceros para armar sus propios paquetes.
- (xxvi) América Móvil ofrece un paquete que cuenta con exactamente los mismos componentes que integran “Movistar Total”. Este producto se denomina Full Claro. En estricto, Full Claro ha sido concebido como un beneficio para los clientes de la empresa que cuentan con un paquete 3Play y el servicio de telefonía móvil. Sin embargo, en la medida de que el beneficio repercute en el precio de los productos, el Informe Instructivo ha concluido que Full Claro podrá ser considerado como un paquete 4Play, por lo que son productos que satisfacen las mismas necesidades de los consumidores.
- (xxvii) Si bien existen diferencias respecto de las parrillas de TELEFÓNICA y América Móvil, los contenidos de los servicios de TV Paga no deben ser exactamente iguales para que pertenezcan al mismo mercado. Muestra de ello es que el Informe Instructivo ha considerado que los tríos de TELEFÓNICA y América Móvil pertenecen al mismo mercado, a pesar de contar con parrillas diferentes.
- (xxviii) Además, el Informe Instructivo sostiene que la ausencia de competencia entre los paquetes se sustenta en que siempre habría existido una limitada competencia en el mercado de servicios fijos que le permitiría a TELEFÓNICA actuar con prescindencia de América Móvil en el mercado. Sin embargo, dicho criterio no permitiría concluir que los tríos de TELEFÓNICA y América Móvil pertenecen a un mismo mercado relevante. En efecto, carece de sentido concluir que las empresas compiten en el mercado 3Play, pero que no lo hacen en mercado 4Play.
- (xxix) Sin perjuicio de ello, es importante notar que, en el mercado de paquetes 4Play, TELEFÓNICA no habría incurrido en aumentos de precios que podrían denotar su poder de mercado.

- (xxx) Siendo ello así, incluso siguiendo el razonamiento del Informe Instructivo no es posible sostener que ello sea un indicador de la ausencia de competencia entre “Movistar Total” y Full Claro. En cualquier caso, lo que podría mostrar el hecho de que TELEFÓNICA pueda alzar precios sin reparar en la posible respuesta de sus competidores es que es una empresa que cuenta con posición de dominio, y no que se trataría de una empresa que comercializa productos que no cuentan con sustitutos o competidores en el mercado.
- (xxxi) El Informe Instructivo señaló que otro elemento que demostraría la ausencia de competencia entre los paquetes es que los planes “Movistar Total” habrían antecedido a Full Claro y que, por ello, no habrían sido concebidos con el objetivo de competir con dicho paquete.
- (xxxii) Sin embargo, el hecho de que “Movistar Total” haya sido un producto innovador (el primer paquete 4Play en el mercado peruano) no impide que, de forma posterior a su lanzamiento, hayan surgido ofertas competitivas similares. De hecho, la temporalidad de los lanzamientos nos permite apreciar que Full Claro fue lanzado al mercado como respuesta a “Movistar Total” con la intención de ser una alternativa competitiva a dicho paquete. Por ello, la temporalidad del lanzamiento de “Movistar Total” con relación a Full Claro tampoco descarta la existencia de competencia entre los paquetes.
- (xxxiii) Asimismo, no es posible descartar la existencia de competencia entre paquetes sobre la base de que existan algunas regiones en las que América Móvil no cuenta con cobertura de servicios fijos, pues el hecho de que América Móvil no cuente con cobertura en todas las regiones no descarta la existencia de competencia en las regiones en las que la empresa sí participa, especialmente, si dicha operadora cuenta con cobertura en regiones relevantes como la ciudad de Lima. En cualquier caso, las regiones en las que América Móvil no cuenta con cobertura podrían ser analizadas por separado bajo un criterio precio-costo distinto, tal y como ocurre en el caso de los mercados relevantes.

Sobre los planes Movistar total y el análisis precio - costo

- (xxxiv) El Informe Instructivo concluye que los planes “Movistar Total” lanzados por TELEFÓNICA en abril de 2020 no podrían ser replicables por las empresas competidoras. Esto, en la medida que la tarifa atribuible al componente móvil de dichos planes no cubriría adecuadamente el LRAIC de dicho elemento. Sin embargo, todos los planes “Movistar Total” cumplen con los criterios del análisis precio-costo.
- (xxxv) Tanto la innovación como la generación de eficiencias impacta en la estructura de costos y su nivel, en un contexto donde el mercado genera incentivos a los operadores para reducción de sus costos, a fin de obtener mayores retornos.
- (xxxvi) En ese sentido, la evaluación de la estructura de precios de los servicios de telecomunicaciones respecto a sus costos no se puede basar en un análisis estático, sino más bien reflejar una continua actualización de sus criterios a fin de estar más acorde a la realidad de mercado.

Sobre los efectos anticompetitivos de la conducta

- (xxxvii) Si bien el mercado de 3Play constituye un límite para la contratación de los paquetes “Movistar Total”, un aumento en el tamaño del mercado 3Play o el crecimiento del mercado de internet fijo en general no podrán ser considerados, en sí mismos, como una señal o indicio de que los descuentos 4Play puedan tener efectos anticompetitivos. En caso se produzca dicho crecimiento, se deberá contar

con elementos adicionales para determinar la existencia de efectos anticompetitivos.

- (xxxviii) Si bien TELEFÓNICA coincide con que la limitación de líneas disminuye la posibilidad de que se genere un efecto anticompetitivo en el mercado, es importante notar que, incluso retirándose la limitación, el hecho de que exista un mayor número de consumidores que podría beneficiarse de “Movistar Total”, tampoco genera, automáticamente, efectos anticompetitivos.
- (xxxix) Si bien dichos indicadores demuestran que, efectivamente, los Planes abril 2020 carecen de potencialidad para dañar el mercado, para que se acredite un potencial perjuicio a la competencia no bastará con demostrar que TELEFÓNICA ha aumentado su participación en el mercado, deteniendo sus pérdidas en el mercado móvil, o que ENTEL habría perdido un gran número de competidores ante TELEFÓNICA.
- (xl) Considerando las dimensiones del mercado de telefonía móvil y el alcance de la conducta, resulta improbable que el ofrecimiento de los Planes abril 2020 pueda tener la potencialidad de generar la exclusión de competidores.

Sobre las eficiencias de la conducta

- (xli) En el supuesto negado de que se considere que las tarifas de los Planes abril 2020 no cubren sus respectivos costos, “Movistar Total” se encuentra debidamente justificada en eficiencias, pues la totalidad del descuento otorgado en este caso tiene un respaldo económico que ha sido debidamente valorado por TELEFÓNICA de forma previa al lanzamiento de los planes. Ello se ve reflejado en la evaluación cuantitativa de eficiencias denominada “*customer lifetime value*” o CLV.
- 32. Asimismo, tanto ENTEL como TELEFÓNICA formularon pedidos de confidencialidad respecto de parte de la información adjunta a sus escritos de alegatos fecha 19 y 20 agosto de 2020, y solicitaron que se les conceda el uso de la palabra para que sus representantes puedan exponer oralmente sus argumentos de defensa.
 - 33. El 24 de agosto de 2020, a través de las Cartas N° 00149-STCCO/2020 y N° 00148-STCCO/2020, la STCCO cumplió con notificar a ENTEL y TELEFÓNICA respectivamente, las versiones públicas de los escritos de comentarios y alegatos al Informe Instructivo presentados por la parte contraria. Con relación al escrito de alegatos de TELEFÓNICA, se observó que este fue presentado de forma extemporánea el 20 de agosto de 2020, siendo que el plazo conferido por el Cuerpo Colegiado Permanente a través de la Resolución N° 017-2020-CCP/OSIPTEL venció el 19 de agosto de 2020.
 - 34. Mediante Resolución N° 022-2020-CCP/OSIPTEL de fecha 28 de agosto de 2020, el Cuerpo Colegiado Permanente, otorgó a ENTEL y TELEFÓNICA, el uso de la palabra en la Audiencia de Informe Oral realizada de manera virtual a través de la plataforma “*Microsoft Teams*”, el día 15 de setiembre de 2020, efectos de que expongan su posición sobre los temas materia de la presente controversia.
 - 35. Por medio de la Resolución N° 023-2020-CCP/OSIPTEL del 28 de agosto de 2020, el Cuerpo Colegiado Permanente estimó parcialmente la solicitud de confidencialidad presentada por ENTEL, en el escrito N° 6 de fecha 19 de agosto 2020.
 - 36. A través de la Resolución N° 026-2020-CCP/OSIPTEL del 4 de setiembre de 2020, el Cuerpo Colegiado Permanente estimó parcialmente la solicitud de confidencialidad presentada por TELEFÓNICA, en el escrito N° 16 de fecha 20 de agosto 2020.

37. Mediante escrito N° 7 de fecha 11 de setiembre de 2020, ENTEL actualizó la información presentada en el numeral 8.83 de su denuncia, en el que incluyó información sobre cuánto representa el motivo “Movistar Total” del total del *Port Out* hacía TELEFÓNICA, a efectos de acreditar los efectos anticompetitivos de los planes “Movistar Total”. En dicho escrito adjuntó el Anexo 7-A, que incluye el porcentaje que representa el motivo “Movistar Total” del total del *Port Out* hacía TELEFÓNICA para los meses enero, febrero, julio y agosto de 2020.
38. Con fecha 15 de setiembre de 2020, se llevó a cabo la Audiencia de Informe Oral, a través de la plataforma “*Microsoft Teams*”, en la cual TELEFÓNICA y ENTEL procedieron a hacer uso de la palabra, a través de sus representantes acreditados, exponiendo sus alegaciones y/o comentarios sobre la imputación de cargos y/o sobre el Informe Instructivo de la Secretaría Técnica previamente notificado.
39. Posteriormente, mediante escrito N° 8 de fecha 18 de setiembre de 2020, ENTEL solicitó la confidencialidad de la información presentada mediante el Anexo 7-A del escrito N° 7, referida a la actualización de los porcentajes sobre cuánto representa el motivo “Movistar Total” del total del *Port Out* hacia TELEFÓNICA, que se muestra en la diapositiva 20 de la presentación expuesta por los representantes del ENTEL en la Audiencia de Informe Oral, así como en el sustento del Anexo 8-B. Asimismo, ENTEL solicitó que se amplíe la investigación del presente procedimiento, a fin de que el Cuerpo Colegiado Permanente cuente con los elementos necesarios para apreciar los graves efectos que puede causar en el mercado la conducta anticompetitiva desplegada por TELEFÓNICA, cuyos efectos recién se están manifestando de manera más clara en los últimos meses.
40. Mediante Resolución N° 029-2020-CCP/OSIPTEL del 25 de setiembre de 2020, el Cuerpo Colegiado Permanente resolvió declarar como confidencial la información presentada por ENTEL mediante Escrito N° 7 y N° 8 de fecha 11 y 18 de setiembre de 2020. Asimismo, se levantó, excepcionalmente, la confidencialidad de la información para TELEFÓNICA.
41. A través del escrito N° 21 de fecha 28 de setiembre de 2020, TELEFÓNICA interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 026-2020-CCP/OSIPTEL, a fin de que el Tribunal de Solución de Controversias del OSIPTEL declare fundado su recurso y califique como confidencial la información cuestionada.
42. El 30 de setiembre de 2020, TELEFÓNICA presentó alegatos complementarios al Informe Instructivo N° 007-STCCO/2020, reiterando diversos argumentos.
43. Asimismo, TELEFÓNICA formuló un pedido de confidencialidad a través del escrito N° 22 de fecha 30 de setiembre de 2020, respecto de parte de la información adjunta a dicho escrito.
44. Por la Resolución N° 036-2020-CCP/OSIPTEL del 1 de octubre de 2020, el Cuerpo Colegiado Permanente, resolvió conceder el recurso de apelación interpuesto por TELEFÓNICA contra la Resolución del Cuerpo Colegiado Permanente N° 026-2020-CCP/OSIPTEL.
45. Mediante escrito N° 9 de fecha 8 de octubre de 2020, ENTEL presentó alegatos complementarios al Informe Instructivo N° 007-STCCO/2020, solicitando al Cuerpo Colegiado Permanente que declare fundada la imputación formulada contra TELEFÓNICA, bajo los siguientes argumentos:

Movistar Total es una oferta irreplicable mediante la cual Telefónica abusa de su posición de dominio

- (i) TELEFÓNICA ostenta una indiscutible posición de dominio en el mercado de servicios de internet fijo y en el mercado de TV de paga, toda vez que cuenta con ofertas irreplicables en dichos mercados.
- (ii) El Informe N° 0020-GPRC/2020, de febrero de este año, demuestra que la posición de dominio de TELEFÓNICA en el mercado de internet fijo le permite actuar de manera independiente a sus competidores, debido a la inercia en los usuarios, a raíz de la irreplicabilidad de sus servicios, tal como la cobertura y características técnicas que nadie más puede ofrecer.
- (iii) Por su parte, el Informe N° 148-GPRC/2019, de noviembre del 2019, concluye que TELEFÓNICA goza de una indiscutible posición de dominio en el servicio de TV de paga, vinculada a la infraestructura y contenidos nacionales exclusivos (sobre todo de deportes) que no pueden ser replicados por ningún otro operador.
- (iv) Siendo ello así, OSIPTEL ha reconocido expresamente que el empaquetamiento 4Play es irreplicable y genera una desventaja importante sobre aquellos operadores que comercializan el servicio sin empaquetar, pues estos últimos no están en capacidad de realizar los descuentos que otorga TELEFÓNICA.
- (v) Por tanto, de acuerdo con ENTEL, ha quedado acreditado que el objetivo de TELEFÓNICA, a través del otorgamiento de descuentos condicionados a la contratación de todos sus servicios, es valerse de la irreplicabilidad de su oferta en los mercados de servicios fijos para trasladar su posición de dominio al mercado móvil.
- (vi) Por otra parte, el cuestionamiento de ENTEL no se basa en los descuentos que TELEFÓNICA pueda ofrecer en los servicios fijos, sino en el condicionamiento de estos descuentos, originados en los servicios fijos, a la contratación de los servicios móviles. Es esta conducta la que tiene efectos de cierre de mercado y traslado de su posición de dominio al mercado móvil.

Los efectos anticompetitivos de la conducta de Telefónica

- (vii) La conducta desplegada por TELEFÓNICA genera, en sí misma, efectos negativos en el mercado, al condicionar la contratación de una oferta irreplicable al servicio móvil mediante el otorgamiento de un descuento significativo que tampoco puede ser ofrecido por otro agente económico.
- (viii) Los efectos de la conducta se han empezado a manifestar de manera más grave en los últimos meses, lo cual se manifiesta a través del crecimiento de las ventas móviles de TELEFÓNICA de manera apalancada a “Movistar Total”, pese al nivel de calidad y la reputación de dicha empresa.
- (ix) De acuerdo con ENTEL, la capacidad de atraer clientes de una compañía a otra obedece a diferentes factores, entre ellos: (i) la propuesta de valor que entrega la compañía en términos de productos y servicios; (ii) la atención y experiencia al cliente; y (iii) la reputación de marca. Sin embargo, el crecimiento de TELEFÓNICA en el mercado móvil no está basado en las referidas capacidades, sino en la oferta “Movistar Total”.
- (x) ENTEL sostiene que ha sido un operador relevante para la competencia en el mercado móvil desde su lanzamiento. La principal consideración para ENTEL es

poner al consumidor en el centro de la estrategia para construir relaciones de largo plazo. Esta visión ha traído excelentes resultados que se pueden comprobar en el crecimiento considerable de participación de mercado y en el flujo de clientes entre los diferentes operadores.

- (xi) A partir de lo anterior, no es coincidente que una empresa como TELEFÓNICA, con bajos ratios de calidad de servicio y atención, haya mejorado radicalmente sus ratios de *port out* relativos. Dicha mejora se basa en el aprovechamiento de su posición de dominio de los servicios fijos para atraer y no perder clientes en los servicios móviles.
- (xii) Permitir el traslado de la posición de dominio de TELEFÓNICA al mercado móvil implica un riesgo inminente de regreso a la monopolización vertical de la industria en conjunto. En dicho escenario, TELEFÓNICA incrementará sus precios, tal como ha venido realizando en el mercado de internet fijo.

La incorrecta propuesta de Telefónica

- (xiii) La metodología propuesta por TELEFÓNICA contiene evidentes distorsiones, lo cual ha sido analizado por la Secretaría Técnica en su Informe Instructivo al indicar que el LRAIC de los servicios móviles presentados por TELEFÓNICA presenta una serie de inconsistencias que no permitiría estimar correctamente el LRAIC de los servicios móviles de los planes “Movistar Total”.
 - (xiv) Adicionalmente, es importante considerar que TELEFÓNICA ha argumentado durante este procedimiento que APOYO Consultoría validó los planes de Movistar Total previos a su lanzamiento en el mercado. Sin embargo, los representantes de dicha consultora mencionaron durante el Informe Oral que esta evaluación se realizó sobre la base de la metodología establecida en la prueba de imputación del servicio de larga distancia, la cual contiene una serie de errores, por lo que no puede ser considerada como una metodología adecuada.
 - (xv) Por tanto, la metodología propuesta por TELEFÓNICA debe ser descartada y el Cuerpo Colegiado Permanente debe analizar la totalidad de efectos actuales y potenciales de la conducta imputada.
46. El 19 de octubre de 2020, TELEFÓNICA presentó alegatos complementarios al Informe Instructivo N° 007-STCCO/2020 indicando que la comercialización de los planes “Movistar Total” no constituye una conducta indebida, en tanto todos los descuentos implementados cumplen adecuadamente con el análisis precio-costo. Asimismo, señaló que las alegaciones presentadas por ENTEL no tienen sustento y, en consecuencia, la metodología utilizada por TELEFÓNICA para el análisis precio-costo debe ser acogida por el Cuerpo Colegiado Permanente.
47. Mediante Resolución N° 038-2020-CCP/OSIPTEL del 20 de octubre de 2020, el Cuerpo Colegiado Permanente estimó en parte la solicitud de confidencialidad presentada por TELEFÓNICA, en el escrito N° 22 de fecha 30 de setiembre 2020.

III. CUESTIONES PREVIAS

48. En su escrito de descargos, TELEFÓNICA presentó, bajo la denominación de excepciones, cuestionamientos relativos a los siguientes aspectos del presente procedimiento: (i) la falta de claridad de la Resolución de Inicio; (ii) la contravención al principio de tipicidad contenida en la Resolución de Inicio; y (iii) la falta de competencia del Cuerpo Colegiado Permanente para emitir un pronunciamiento de fondo.

49. Según Monroy Gálvez, las excepciones son instituciones procesales a través de las cuales el demandado ejerce su derecho de defensa alegando la existencia de una relación jurídica procesal inválida por la omisión o defecto de algún presupuesto procesal⁴. En ese sentido, las excepciones son defensas de forma, es decir, no se encuentran relacionadas con las cuestiones de fondo del proceso⁵.
50. El artículo 48° del Reglamento de Solución de Controversias admite la posibilidad de que el denunciado presente excepciones conjunta y únicamente con la contestación de la denuncia⁶. Sin embargo, el referido Reglamento no establece disposiciones relacionadas con las excepciones concretas que pueden ser presentadas. Asimismo, el TUO de la LRCA tampoco contempla disposiciones acerca de las excepciones.
51. La Primera Disposición Final del Reglamento de Solución de Controversias indica que, para todo lo no previsto expresamente por dicho reglamento, se aplicará, de ser pertinente, la Ley del Procedimiento Administrativo General y el Código Procesal Civil⁷.
52. Sobre las excepciones, el artículo 446° del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial N° 010-93-JUS, (en adelante, Código Procesal Civil) indica que el demandado sólo puede presentar las siguientes excepciones:

“Excepciones proponibles.-

Artículo 446.-El demandado sólo puede proponer las siguientes excepciones:

- 1. Incompetencia;*
- 2. Falta de capacidad de ejercicio del demandante o de su representante, de acuerdo al artículo 43 del Código Civil.*
- 3. Representación defectuosa o insuficiente del demandante o del demandado;*
- 4. Oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda;*
- 5. Falta de agotamiento de la vía administrativa;*
- 6. Falta de legitimidad para obrar del demandante o del demandado;*
- 7. Litispendencia;*
- 8. Cosa Juzgada;*
- 9. Desistimiento de la pretensión;*
- 10. Conclusión del proceso por conciliación o transacción;*
- 11. Caducidad;*
- 12. Prescripción extintiva; y,*
- 13. Convenio arbitral*
- 14. Falta de representación legal o de apoyo por capacidad de ejercicio restringida del demandante o de su representante, de acuerdo al artículo 44 del Código Civil.”*

⁴ Monroy Galvez, Juan. Temas de proceso civil, Studium, Lima, 1987, p.102-103.

⁵ En la misma línea, la Corte Suprema ha indicado que las excepciones son medios formales de defensa, a través de los cuales las partes denuncian la inexistencia o presencia defectuosa de un presupuesto procesal o una condición de la acción que determinan una relación jurídica procesal inválida o la imposibilidad de un pronunciamiento válido sobre el fondo (Casación de la Sala Civil de la Corte Suprema N° 795-98-Lima, publicada en el Peruano el 30 de marzo de 2001).

⁶ **Reglamento de Solución de Controversias**

“Artículo 48.- Réplicas y Excepciones.

El reclamado podrá presentar réplicas, observándose para tal efecto lo establecido en el numeral 223.4 del artículo 223 de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

Las excepciones se proponen conjunta y únicamente junto con la contestación de la reclamación y se resuelven en la resolución final o, excepcionalmente a criterio de la instancia de solución de controversias, podrán resolverse al inicio del procedimiento.”

Cabe indicar que, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 69° del Reglamento de Solución de Controversias, la presentación de excepciones como defensa de forma en el marco de los procedimientos de solución de controversias que involucran la comisión de infracciones, como es el caso de los procedimientos en materia de libre y leal competencia, se rigen supletoriamente por lo regulado en el artículo 48° de dicha norma.

⁷ **Reglamento de Solución de Controversias**

“DISPOSICIONES FINALES

PRIMERA.- Para todo lo no previsto expresamente por el presente reglamento se aplicará, de ser pertinente, la Ley del Procedimiento Administrativo General y el Código Procesal Civil.”

53. Como se aprecia, los cuestionamientos sobre la falta de claridad de la Resolución de Inicio y la contravención al principio de tipicidad no configuran instituciones procesales reconocidas como defensas de forma que el Código Procesal Civil permita proponer como excepciones. Asimismo, a criterio de este Cuerpo Colegiado Permanente, dichos cuestionamientos no se encuentran referidos a aspectos de forma o de la relación jurídico procedimental, sino que son en esencia alegaciones que se encuentran dirigidas a cuestionar directamente la calificación jurídica de la conducta imputada, realizada mediante la Resolución N° 033-2019-CCP/OSIPTEL.
54. En efecto, TELEFÓNICA fundamenta la presunta falta de claridad de la Resolución de Inicio en que la conducta imputada es un empaquetamiento de servicios; sin embargo, en la denuncia de ENTEL y en la Resolución de Inicio, se aludió a que tal conducta calificaba como una práctica de descuentos por fidelidad y, al respecto, no se brindaron las razones por las que se justifique tal calificación.
55. Acerca de la contravención al principio de tipicidad, TELEFÓNICA refiere que la conducta imputada, al ser un empaquetamiento de servicios, debe de ser analizada de acuerdo con el literal c) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA, y no debe ser analizada, por el contrario, bajo el literal h) de dicha norma; puesto que el referido literal c) prohíbe cualquier empaquetamiento que sea implementado por un agente que cuente con posición de dominio y que genere efectos anticompetitivos en el mercado.
56. Así, las alegaciones referidas no constituyen, en sí mismas, defensas de forma, pues no están relacionadas con los elementos de una relación jurídica procesal, tales como la legitimidad para obrar o la competencia. Los cuestionamientos indicados, por el contrario, están relacionados con la calificación de jurídica de la conducta imputada.
57. Por consiguiente, dichas alegaciones, presentadas con la denominación de excepciones, deben ser declaradas improcedentes, debido a que la alegada “falta de claridad de la Resolución de Inicio” y la “contravención al principio de tipicidad” no encuentran correlato en las figuras que están consideradas como excepciones en el Código Procesal Civil y porque sus fundamentos se encuentran más bien relacionados con aspectos sustantivos del presente procedimiento.
58. Sin perjuicio de lo anterior, el Cuerpo Colegiado Permanente analizará la existencia de los presuntos vicios de la Resolución de Inicio alegados por TELEFÓNICA y, asimismo, analizará la excepción de competencia planteada por dicha empresa.
- a. **Sobre la articulación referida a la presunta falta de claridad de la Resolución de Inicio**
59. TELEFÓNICA alegó que ENTEL cuestiona la oferta comercial denominada “Movistar Total”, la cual consiste en un empaquetamiento de servicios fijos y móviles. Sin embargo, según TELEFÓNICA, tanto la denuncia como la Resolución de Inicio señalan que dicha oferta califica como un descuento por fidelidad y, al respecto, no se han brindado las razones que justifiquen por qué una conducta que calificaría como un empaquetamiento ha sido calificada como un descuento por fidelidad. Dicha situación, de acuerdo con TELEFÓNICA, no permitió que ejerza adecuadamente su derecho de defensa.
60. ENTEL, por su parte, indicó que la Resolución de Inicio, sustentada en la denuncia, expresa claramente la práctica imputada a TELEFÓNICA; lo cual se aprecia en el hecho de que TELEFÓNICA identificó la conducta imputada, y señaló que los descuentos condicionados a la contratación de “Movistar Total” serían razonables, proporcionales y generarían eficiencias. ENTEL, asimismo, indicó que la Resolución de

Inicio satisface los requisitos previstos en el artículo 89 del Reglamento de Solución de Controversias.

61. En el Informe Instructivo, la STCCO indicó que, en la denuncia y en la parte expositiva de la Resolución de Inicio, se hicieron referencias a los descuentos por fidelidad y a los descuentos por empaquetamientos mixtos. De acuerdo con la STCCO, la práctica denominada descuentos por fidelidad y la práctica denominada descuentos por empaquetamiento son conductas diferentes, pues, entre otros aspectos, los descuentos por fidelidad implican el análisis de un único producto y, en cambio, los descuentos por empaquetamiento implican evaluar dos o más productos. En ese sentido, la STCCO indicó que las referencias a los descuentos por fidelidad implicarían una falta de claridad en la calificación jurídica de los hechos imputados.
62. En este sentido, corresponde a este Cuerpo Colegiado analizar si existió una falta de claridad en el admisorio que pudo haber afectado los derechos de TELEFÓNICA, en particular, su derecho de defensa.

Análisis del Cuerpo Colegiado Permanente

63. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 43° del Reglamento de Solución de Controversias⁸, en el procedimiento sancionador de investigación y sanción de conductas anticompetitivas promovido a instancia de parte, la denuncia que atribuye la realización de conductas anticompetitivas debe contener, entre otros requisitos, los datos generales de identificación del denunciante, la pretensión, los fundamentos y acompañar como anexos los medios probatorios de que disponga.
64. Asimismo, en aplicación del artículo 45° del Reglamento de Solución de Controversias⁹, el Cuerpo Colegiado Permanente deberá pronunciarse sobre la admisión a trámite de la denuncia de parte, luego de verificar el cumplimiento de los requisitos formales exigidos en el artículo 43° de dicha norma, además de su competencia para conocer la controversia planteada y la existencia de indicios razonables de infracciones a TUO de la LRCA.
65. En similar sentido, el numeral 1) del artículo 21° del TUO de la LRCA¹⁰ dispone que antes de la admisión a trámite de una denuncia de parte, se deberá verificar la

⁸ **Reglamento de Solución de Controversias**

Artículo 43.- Requisitos de la reclamación

La reclamación a que se refiere el artículo anterior y los escritos atinentes al procedimiento deberán presentarse en la mesa de partes del OSIPTEL, dirigidos al Cuerpo Colegiado. En el escrito que contenga la reclamación deben señalarse los datos generales de quien la presenta, su domicilio, dirección de correo electrónico válida en caso autorice la notificación electrónica, la pretensión, los fundamentos, ofrecerse los medios probatorios y acompañarse como anexos los medios probatorios de que se disponga.

De ser el caso, la representación procesal podrá acreditarse por declaración jurada o carta poder simple, a opción del administrado, conforme a lo establecido en la Ley del Procedimiento Administrativo General y sus modificatorias.

⁹ **Reglamento de Solución de Controversias**

Artículo 45.- Admisión de la reclamación

El Cuerpo Colegiado se pronunciará sobre la admisión de la reclamación dentro del plazo máximo de cinco (5) días hábiles luego de su designación o de haber sido informado del resultado de las actuaciones previas de acuerdo con lo mencionado en el artículo precedente, según sea el caso.

El Cuerpo Colegiado podrá declarar la inadmisibilidad de las reclamaciones que no sean presentadas con arreglo al artículo 43 del presente Reglamento, otorgando el plazo de cinco (5) días para subsanar.

Asimismo, el Cuerpo Colegiado podrá declarar improcedentes las reclamaciones (i) presentadas por o contra empresas que no tienen la calidad de operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones, salvo que se trate de controversias a las que se refiere el último párrafo del artículo 2 del presente Reglamento; (ii) que versen sobre temas que no son de competencia del OSIPTEL; o, (iii) por cualquier otra causal de improcedencia establecida en el Código Procesal Civil para el caso de las demandas, en lo que resultara aplicable”

¹⁰ **TUO DE LA LRCA**

Artículo 21.- Resolución de inicio del procedimiento 21.1. La Secretaría Técnica se pronunciará sobre la admisión a trámite de una denuncia de parte luego de verificar el cumplimiento de los requisitos formales exigidos en el Texto Único de Procedimientos Administrativos - TUPA del INDECOP, la competencia de la Comisión y la existencia de indicios razonables de infracción a la presente Ley.

existencia de indicios razonables de la infracción al TUO de la LRCA, además de corroborar la competencia del órgano y el cumplimiento de los requisitos formales para la presentación de denuncias ante el INDECOPI establecidos en el Texto Único de Procedimientos Administrativos – TUPA del INDECOPI.

66. Cabe indicar que la verificación de la competencia del Cuerpo Colegiado Permanente y la existencia de indicios razonables de una conducta anticompetitiva califican como requisitos de fondo antes de admitir a trámite una denuncia en el marco del TUO de la LRCA.
67. Sin embargo, tal como ha sido reconocido anteriormente por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI, el análisis de existencia de indicios razonables no puede ser tan exigente como el que se realiza al final del procedimiento para determinar la configuración de la infracción denunciada, toda vez que para admitir a trámite una denuncia de parte es necesario establecer una tesis creíble acerca de la configuración de la conducta anticompetitiva¹¹.
68. En este sentido, la primera actuación por parte de la autoridad de competencia implica evaluar si los hechos denunciados están en el ámbito de competencia de la autoridad. Además, la verificación preliminar de que al momento de presentar la denuncia existan indicios razonables de la infracción, implica determinar si, a partir de los medios de prueba presentados por la denunciante, se configura una tesis creíble de que podría haberse configurado la práctica anticompetitiva denunciada. En este caso, se efectúa una evaluación preliminar sobre el fondo de la materia controvertida en la denuncia¹².
69. Es preciso indicar que, la existencia de indicios razonables de la infracción se acredita con la denuncia, a través del sustento y material probatorio aportado por el denunciante, o también a través de la realización de actuaciones previas realizadas por la STCCO, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44° del Reglamento de Solución de Controversias¹³.
70. En atención a las normas previamente citadas, puede concluirse que, a diferencia de los requisitos formales exigidos en el artículo 43° del Reglamento de Solución de Controversias, cuya omisión dará lugar a la inadmisibilidad de la denuncia, la ausencia de indicios razonables de la práctica anticompetitiva denunciada, al vincularse con el fondo de la cuestión controvertida, tiene como consecuencia que aquella se declare improcedente.
71. En efecto, la exigencia de enunciar indicios razonables de la conducta anticompetitiva para admitir a trámite una denuncia de parte responde a la obligación de la

¹¹ Al respecto, revisar los siguientes pronunciamientos: (i) Fundamento 19 de la Resolución 003-2009/STCLC-INDECOPI de fecha 4 de marzo de 2009, recaída bajo Expediente N° 001-2008/CLC; (ii) Fundamentos 18 y 19 de la Resolución N° 010-2012/ST-CLC-INDECOPI de fecha 18 de junio de 2012, recaída bajo Expediente N° 001-2012/CLC; y, (iii) Fundamento 23 de la Resolución N° 010-2012/ST-CLC-INDECOPI de fecha 18 de junio de 2012, recaída bajo Expediente N° 001-2012/CLC.

¹² En la misma línea, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del INDECOPI ha advertido que la verificación de la competencia de la CLC del INDECOPI y la existencia de indicios razonables de una conducta anticompetitiva califican como requisitos de fondo antes de admitir a trámite una denuncia en el marco del TUO de la LRCA. Al respecto, revisar los Fundamentos 29 y 30 de la Resolución N° 0027-2019/SDC-INDECOPI de fecha 7 de febrero de 2019, recaída bajo Expediente N° 005-2017/CLC.

¹³ **Reglamento de Solución de Controversias**

Artículo 44.- Actuaciones previas a la admisión a trámite de la reclamación.

Presentada la reclamación y con anterioridad a la resolución de admisión a trámite, el Cuerpo Colegiado podrá disponer la realización de actuaciones previas a cargo de la Secretaría Técnica, dentro del plazo máximo de cinco (05) días hábiles luego de su designación. La fase de actuaciones previas se desarrollará en un plazo no mayor de veinte (20) días hábiles y tendrá como fin reunir información o identificar indicios razonables de contravenciones al marco normativo. La Secretaría Técnica pondrá en conocimiento del Cuerpo Colegiado, el resultado de las actuaciones previas realizadas, dentro de los cinco (5) días de finalizada la fase de actuaciones previas.

Administración Pública de no afectar el derecho al debido procedimiento y, en particular, el derecho de defensa de los administrados.

72. En este sentido, es preciso indicar que el Cuerpo Colegiado Permanente, a través de la Resolución N° 033-2019-CCP/OSIPTEL de 19 de julio de 2019, verificó el cumplimiento de los requisitos formales para admitir a trámite la denuncia presentada por ENTEL, conforme a las exigencias reguladas en el artículo 43° del Reglamento de Solución de Controversias.
73. De igual forma, dicho órgano colegiado verificó también, la existencia de indicios razonables de la práctica anticompetitiva denunciada a partir del material probatorio remitido por ENTEL, realizando una evaluación preliminar del fondo de la controversia en la cual la denunciante expuso una tesis creíble de la eventual configuración de la práctica anticompetitiva denunciada.
74. Por otra parte, el numeral 2) del artículo 21° del TUO de la LRCA, en concordancia con el numeral 3) del artículo 254.1 del TUO de la LPAG¹⁴, indica que la resolución de imputación de cargos o de inicio del procedimiento sancionador debe contener los siguientes requisitos:

“Artículo 21.- Resolución de inicio del procedimiento

(...)

21.2. La resolución de imputación de cargos o de inicio del procedimiento deberá contener:

- a) La identificación de agente o agentes económicos a los que se imputa la presunta infracción;
- b) Una sucinta exposición de los hechos que motivan la instauración del procedimiento, la calificación jurídica de la posible infracción y, en su caso, las sanciones que pudieran corresponder;
- c) La identificación del órgano competente para la resolución del caso, indicando la norma que le atribuya dicha competencia; y,
- d) La indicación del derecho a formular descargos y el plazo para su ejercicio. (...).”

75. Asimismo, el artículo 89° del Reglamento de Solución de Controversias señala que se debe comunicar al imputado lo siguiente: (i) los actos u omisiones constitutivos de la infracción; (ii) la o las normas que prevén los mismos como infracciones administrativas; y (iii) el plazo durante el cual podrá presentar sus descargos por escrito, no pudiendo ser este plazo inferior a cinco (5) días contados a partir del día siguiente a aquél en que se realice la notificación¹⁵.

¹⁴

TUO de la LPAG

“Artículo 254.- Caracteres del procedimiento sancionador

254.1 Para el ejercicio de la potestad sancionadora se requiere obligatoriamente haber seguido el procedimiento legal o reglamentario establecido caracterizado por:

(...)

3. Notificar a los administrados los hechos que se le imputen a título de cargo, la calificación de las infracciones que tales hechos pueden constituir y la expresión de las sanciones que, en su caso, se le pudiera imponer, así como la autoridad competente para imponer la sanción y la norma atribuya tal competencia.”

¹⁵

Reglamento de Solución de Controversias

“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 aquellas cuya existencia o calificación deba ser pronunciada en la Resolución Final. Previamente a la imposición de una sanción, la Secretaría Técnica comunicará al presunto infractor la intención de imponerle la sanción, indicándole: (i) los actos u omisiones constitutivos de la infracción; (ii) la o las normas que prevén los mismos como infracciones administrativas; y (iii) el plazo durante el cual podrá presentar sus descargos por escrito, no pudiendo ser este plazo inferior a cinco (5) días contados a partir del día siguiente a aquél en que se realice la notificación. (...).”

76. En el caso concreto, TELEFÓNICA cuestiona la validez de la Resolución N° 033-2019-CCP/OSIPTEL. Así, la denunciada indica que la calificación jurídica de los hechos expuestos en la denuncia no fue clara, debido que la práctica imputada califica como un descuento por empaquetamiento; sin embargo, en la denuncia y en la Resolución de Inicio se indicó que dicha práctica calificaba como un descuento por fidelidad. Dicha situación, según TELEFÓNICA, afectaría su derecho de defensa.
77. Si bien en la denuncia y en la parte expositiva de la Resolución de Inicio se hizo referencia a la práctica denominada descuentos por fidelidad, dicha referencia no constituye una falta de claridad de la calificación jurídica de los hechos. Al respecto, debe tenerse en cuenta que tanto en la denuncia como en la Resolución de Inicio se hace referencia a los hechos y las características que podría tener la conducta objeto de investigación, mencionándose en ambos documentos la referencia a descuentos por fidelidad y empaquetamiento.
78. En particular, si bien en la parte considerativa de la Resolución de Inicio se menciona lo alegado por ENTEL, en la parte resolutive de dicha resolución se menciona claramente los requisitos a los que hace alusión el artículo 21° del TUO de la LRCA. Así, respecto a la identificación de agente o agentes económicos a los que se imputa la infracción, la Resolución de Inicio señala lo siguiente:

*“Artículo Primero.- Admitir a trámite la denuncia interpuesta por Entel Perú S.A., dando inicio al respectivo procedimiento administrativo sancionador contra **Telefónica del Perú S.A.A.** (...).”* (Énfasis añadido).

79. Como se aprecia, la Resolución de Inicio determina claramente el agente económico al cual se imputa la infracción. Por otro lado, respecto a la sucinta exposición de los hechos y la calificación jurídica, en la Resolución de Inicio se indicó lo siguiente:

“El 22 de mayo de 2019, ENTEL interpuso una denuncia contra TELEFÓNICA, según la cual, desde enero del presente año, ésta última se encontraría abusando de su posición de dominio a través de una oferta de servicios empaquetados, denominada “Movistar Total”. Dicho paquete incluye los servicios de internet fijo, servicios móviles, telefonía fija, y televisión de paga.

De acuerdo a lo expresado por ENTEL, a través de dicha oferta, TELEFÓNICA estaría trasladando la posición de dominio que tiene en el mercado de servicios fijos (televisión e internet fijo) hacia otro mercado donde existe mucha competencia: el mercado de los servicios móviles.”

(...)

Artículo Primero.- Admitir a trámite la denuncia interpuesta por Entel Perú S.A., dando inicio al respectivo procedimiento administrativo sancionador contra Telefónica del Perú S.A.A., por la presunta infracción al literal h) del artículo 10.2° del Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, concediéndole un plazo de quince (15) días hábiles para la presentación de sus descargos. (Énfasis añadido).

80. De acuerdo con lo citado anteriormente, en la Resolución de Inicio se identificó los hechos que constituirían la conducta imputada y se determinó la calificación jurídica de los hechos: “la presunta infracción al literal h) del artículo 10.2 del Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitiva”. Así, dicho documento individualizó la conducta imputada a TELEFÓNICA y la calificó jurídicamente de acuerdo con los artículos 10.1 y 10.2 literal h) del TUO de la LRCA.
81. Asimismo, en la sección III de la Resolución de Inicio denominada “Competencia del Cuerpo Colegiado Permanente” se desarrolló ampliamente las razones por las cuales

este Cuerpo Colegiado es competente para resolver esta controversia, motivo por el cual se cumplió también con el inciso c) del artículo 21º del TUO de la LRCA.

82. Finalmente, sobre el derecho a presentar descargos y el plazo para ejercer este derecho, la Resolución de Inicio indicó lo siguiente en su parte resolutive:

“Artículo Primero.- Admitir a trámite la denuncia interpuesta por Entel Perú S.A., dando inicio al respectivo procedimiento administrativo sancionador contra Telefónica del Perú S.A.A., por la presunta infracción al literal h) del artículo 10.2º del Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, **concediéndole un plazo de quince (15) días hábiles para la presentación de sus descargos.**”(Énfasis añadido).

83. En este sentido, se han cumplido todos los requisitos establecidos en el artículo 21º del TUO la LRCA y en el artículo 89º del Reglamento de Solución de Controversias, por lo cual no existe la alegada falta de claridad sobre los requisitos necesarios para emitir una Resolución de Inicio del procedimiento.
84. Por otra parte, es importante analizar las condiciones establecidas en los artículos 10.1 y 10.2 inciso h) del TUO de la LRCA, en tanto la Resolución de Inicio determinó que la conducta de TELEFÓNICA se calificó jurídicamente de acuerdo con los referidos artículos.
85. Al respecto, el artículo 10.1 del TUO de la LRCA indica los elementos que deben evaluarse para establecer si una práctica constituye un acto de abuso de posición de dominio. Así, el artículo señala:

“Artículo 10.- El abuso de posición de dominio

10.1. Se considera que existe abuso cuando un agente económico que ostenta posición de 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.”

86. Además, el artículo 10.2 del TUO de la LRCA indica concretamente las conductas que pueden constituir actos de abuso de posición de dominio. Específicamente, el literal h) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA indica que el abuso de posición de dominio puede consistir, en general, en aquellas conductas de efecto exclusorio que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales, en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.
87. Así, para acreditar la existencia de una conducta de abuso de posición de dominio deben concurrir los siguientes elementos: (i) el agente imputado debe tener posición de dominio en el mercado relevante; (ii) el agente imputado debe restringir de manera indebida la competencia, mediante una de las conductas establecidas en el artículo 10.2 del TUO de la LRCA, por ejemplo, la conducta prevista en el literal h) del referido artículo; (iii) el agente económico debe obtener beneficios, y (iv) debe perjudicar el proceso competitivo.
88. En la denuncia, se señaló la descripción de la práctica, de conformidad con el artículo 10.2 del TUO de la LRCA, y se fundamentó a nivel indiciario la existencia de todos los elementos descritos en el artículo 10.1 del TUO de la LRCA. De esta manera, se indicó lo siguiente:

- (i) “Movistar Total” es una oferta comercial mediante la cual se ofrecen los servicios fijos relativos a la telefonía fija, internet fijo y Televisión paga

conjuntamente con los servicios móviles. TELEFÓNICA, asimismo, otorga descuentos a los usuarios que contraten los planes de “Movistar Total”.

- (ii) El mercado relevante está compuesto por los servicios de acceso a internet fijo, a través de medios alámbricos (XDSL, cable modem y fibra óptica) y los servicios de TV paga, a través de cable o satélite, y comprende el territorio nacional.
- (iii) TELEFÓNICA tiene posición de dominio en el mercado relevante, debido a que tiene una participación de 80.7% en el mercado de acceso a internet fijo y tiene una participación de 72.6% en el mercado de televisión paga. Además, el índice HHI fue de 6881.2 en el mercado de acceso a internet fijo para diciembre de 2018, y de 5679.9 en el mercado de televisión paga para la misma fecha. Asimismo, TELEFÓNICA es una empresa verticalmente integrada y tiene una red de acceso al usuario final que no puede ser replicada por un competidor, lo que constituyen barreras a la entrada del mercado relevante.
- (iv) Los descuentos otorgados por TELEFÓNICA, a través de “Movistar Total”, no se sustenta en eficiencias económicas. Dichos descuentos no involucran economías de ámbito entre la red fija alámbrica y la red móvil, debido a que los servicios fijos y los servicios móviles no utilizan la misma infraestructura. Además, no existirían ahorros en los costos de facturación por el servicio fijo y móvil, pues la facturación de “Movistar Total” se realiza mediante dos recibos, uno para cada tipo de servicio, respectivamente.
- (v) Los descuentos de “Movistar Total”, además, son desproporcionados en relación con los dúos y tríos de servicios fijos. Los dúos y tríos serían de S/S/ 35.00 (treinta y cinco soles) y, en cambio, los descuentos de “Movistar Total” podrían llegar hasta S/ 116.00 (ciento dieciséis soles).
- (vi) Por lo que se refiere a los beneficios de la conducta, TELEFÓNICA está experimentando una reducción significativa de pérdidas en líneas postpago, como consecuencia de la comercialización de “Movistar Total”.
- (vii) La conducta imputada a TELEFÓNICA perjudica a sus competidores en el mercado de servicios móviles, pues éstos no pueden igualar la oferta Movistar Total, debido a las ventajas que posee TELEFÓNICA para prestar eficientemente servicios fijos, derivadas del proceso de privatización. TELEFÓNICA se vale de su posición en el mercado de servicios fijos para ofrecer un precio mucho más bajo a los usuarios de los servicios móviles que contratan “Movistar Total”.
- (viii) “Movistar Total” no permite que los usuarios tomen decisiones informadas porque la combinación de servicios fijos y móviles implica que los usuarios deben analizar más información para contratar.
- (ix) “Movistar Total” puede afectar potencialmente a los consumidores, pues TELEFÓNICA tendrá el control del precio y calidad de los servicios que oferta en el mediano y largo plazo, y los consumidores no recibirán los beneficios de la dinámica competitiva en el mercado de servicios móviles.

89. Tomando en cuenta todo lo indicado en la denuncia, la Resolución de Inicio, identificó, a nivel indiciario, la práctica imputada y la calificó en el literal h) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA. Textualmente, la Resolución de Inicio indicó lo siguiente:

“41. En el presente caso, luego de la evaluación de la denuncia presentada por ENTEL, se advierte que la conducta presumiblemente desarrollada por TELEFÓNICA es susceptible de ser enmarcada como una práctica de abuso de posición de dominio contrario a la cláusula general, la cual se encuentra tipificada en el literal h) del artículo 10.2° de la LRCA.

42. Al respecto, ENTEL ha cumplido con señalar, siempre según la denuncia:

- (i) El mercado relevante, tanto en su dimensión de producto como en su dimensión geográfica, en el cual TELEFÓNICA estaría abusando de su posición de dominio.*
- (ii) Los elementos que considera permitirían a TELEFÓNICA gozar de posición dominante en el mercado relevante.*
- (iii) La conducta específica a través de la cual TELEFÓNICA estaría abusando de su posición dominante*
- (iv) Los efectos negativos para la competencia en el mercado de servicios móviles que se estarían generando a partir de la misma.”*

90. Por consiguiente, este Cuerpo Colegiado concluye que se realizó una correcta calificación de los hechos imputados, pues se identificaron los siguientes aspectos: la conducta denunciada consiste en ofrecer un descuento condicionado a la contratación de todos (o casi todos) los servicios de TELEFÓNICA, a través de los planes de “Movistar Total”; la empresa denunciada tendría posición de dominio en un mercado relevante; la empresa denunciada podría obtener beneficios de dicha conducta; y la empresa denunciada podría afectar a competidores reales o potenciales y al proceso competitivo.
91. En este sentido, las referencias a los descuentos por fidelidad que mencionó ENTEL en su denuncia, así como a las referencias a los empaquetamientos, no afectaron la imputación de cargos, pues TELEFÓNICA, a través del procedimiento, ejerció su derecho de defensa frente a la conducta imputada referida al supuesto acto de abuso de posición de dominio ejercida a través de descuentos condicionados a la contratación de paquetes de servicios, también denominado empaquetamiento mixto. De lo actuado se advierte que TELEFÓNICA mediante sus descargos y escritos posteriores ha podido ejercer sin restricción alguna y ampliamente su defensa sobre dichos aspectos.
92. Sobre este punto, TELEFÓNICA, desde su escrito de descargos, se refirió al empaquetamiento mixto de servicios. Incluso, al analizar de qué trata el caso en la segunda página de su escrito de descargos, señaló lo siguiente:

“I. ¿De qué trata el presente el caso?

*1. La Denuncia presentada por Entel busca cuestionar **un supuesto empaquetamiento mixto de servicios** que nuestra empresa ofrece en el mercado a través de su producto Movistar Total”¹⁶. (Énfasis agregado).*

93. Como se aprecia, TELEFÓNICA tuvo claro que la conducta analizada en la presente investigación era un empaquetamiento mixto y, en consecuencia, se defendió durante todo el procedimiento sobre dicha práctica¹⁷. Por lo tanto, es incongruente que la empresa imputada alegue que se ha vulnerado su derecho de defensa cuando desde el inicio del procedimiento ejerció su derecho al contradictorio respecto de dicha práctica y presentó sus argumentos indicando que no habría cometido la conducta anticompetitiva en dicha modalidad.

¹⁶ Escrito del 3 de septiembre de 2019 de Telefónica.

¹⁷ Incluso, en el escrito de descargos al que se hace referencia menciona la denominación “empaquetamiento” 94 veces y realiza su defensa legal sobre esta conducta desde la página 29 hasta la página 62 de su escrito de descargos.

94. Asimismo, en posteriores escritos presentados por TELEFÓNICA, la empresa continuó alegando respecto a la conducta de empaquetamiento mixto. En particular esto puede apreciarse en los escritos del 10 de julio y 30 de septiembre de 2020. Así, en este último escrito, la defensa de TELEFÓNICA argumenta desde la página 9 hasta la página 22 la inexistencia de una conducta de empaquetamiento mixto.
95. Finalmente, en el Informe Oral realizado el 15 de septiembre de 2020, TELEFÓNICA también hizo un extenso análisis del empaquetamiento mixto o multiproducto, defendiendo la licitud de su conducta. Así, solo a manera de ejemplo, citamos las siguientes referencias realizadas:

*“Representante de TELEFÓNICA: “Ejemplos de **empaquetamientos mixtos**, decía, hay muchos a nivel mundial, pero también en la región y es natural. Como decía hace un momento la propia Exposición de Motivos de los Lineamientos de Libre Competencia de Osiptel lo destacan así y me remito a ellos brevemente.*

*Cada vez es más común, dice la Exposición de Motivos, la venta **empaquetada de servicios** como manifestación de las mayores eficiencias que generan las empresas y como opción más económica para el usuario que desea adquirir más de un servicio del mismo proveedor. La tendencia natural es que compitan desarrollando servicios empaquetados. Cierro comillas. Nada impide, señores miembros del Cuerpo Colegiado, que Entel haga lo mismo. Nada, salvo su falta de disposición para competir en el mercado con sus pares y efectuar las inversiones que se requieren para dar a los consumidores lo que piden y necesitan”¹⁸*

(...)

*Representante de TELEFÓNICA: “A nivel de las autoridades de competencia la elección de la metodología para analizar los costos y los precios de un **paquete multiproducto** depende de si existe o no existe competencia. Es decir, en este caso, en el servicio que está siendo materia de evaluación es el Movistar Total que como saben tiene cuatro productos: telefonía fija, internet fijo, TV paga y servicio móvil. Lo que se tendría que haber consultado la Secretaría Técnica es, ¿existe algún otro competidor que ofrezca el mismo producto? Y creo que la respuesta la conocemos todos: sí existe (...)”¹⁹. (Énfasis agregado).*

96. Las referencias referidas son solo pequeños extractos de la defensa que fue realizada por la empresa denunciada en el Informe Oral sobre la conducta de empaquetamiento mixto. En dicho informe, TELEFÓNICA realizó puramente una defensa respecto a la práctica analizada por más de 10 minutos²⁰. Al respecto, no estamos tomando en cuenta sus argumentos sobre la falta de posición de dominio o efectos anticompetitivos, los cuales fueron desarrollados detenidamente en el Informe Oral.
97. Dada la amplitud de la defensa que ha realizado TELEFÓNICA al rebatir la conducta de empaquetamiento mixto, utilizando su derecho de defensa en diversos escritos con gran abundancia teórica y práctica, así como también lo ha realizado en el Informe Oral, carece de sustento su alegación referida a que se ha vulnerado su derecho de defensa pues es claro, de acuerdo con el análisis del expediente, que ese no ha sido el caso.

¹⁸ Audiencia de Informe Oral del 15 de septiembre de 2020. Minuto 41 al minuto 42 del Informe Oral.

¹⁹ Audiencia de Informe Oral del 15 de septiembre de 2020. Minuto 51 al minuto 52 del Informe Oral.

²⁰ Audiencia de Informe Oral del 15 de septiembre de 2020. Minuto 50 al minuto 62 del Informe Oral.

98. Sobre este punto, debemos tener en cuenta que el derecho de defensa ha sido desarrollado en diversa jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Al respecto, en el Expediente 6648-2006-PHC/TC²¹, se indicó lo siguiente:

“La Constitución, en su artículo 139, inciso 14, reconoce el derecho de defensa a; en virtud de dicho derecho se garantiza que los justiciables, en la protección de sus derechos y obligaciones, cualquiera sea su naturaleza (civil, mercantil, penal, laboral, etc.), no queden en estado de indefensión. El contenido esencial del derecho de defensa queda afectado cuando, en el seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impedida, por actos concretos de los órganos judiciales, de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos.”

(...)

Así, a juicio de este Colegiado, si bien el juez penal no tipificó de modo específico la modalidad dolosa en la parte resolutive de la sentencia, sí cumplió con expresar en forma clara, suficiente y proporcional dicha modalidad en su parte considerativa.

Por tanto se tiene de autos que no resulta razonable sostener que la conducta del demandado comporte una vulneración del derecho a la defensa del actor (...).” (Énfasis agregado).

99. Tomando en cuenta lo señalado por el Tribunal Constitucional en esta sentencia, a fin de que sea resguardado el derecho de defensa no es necesario que en la parte resolutive de la sentencia se establezca específicamente la modalidad a analizarse. En cambio, se debe realizar un análisis conjunto de lo determinado ambas partes. Así, en la parte considerativa de la Resolución de Inicio se precisaron los hechos que podrían constituir una práctica anticompetitiva.

100. En otra sentencia del Tribunal Constitucional respecto al derecho de defensa, se señaló lo siguiente:

El ejercicio del derecho de defensa, de especial relevancia en el proceso penal, tiene una doble dimensión: una material, referida al derecho del imputado de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento de que se le atribuye la comisión de determinado hecho delictivo; y otra formal, que supone el derecho a una defensa técnica; esto es, al asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso. Ambas dimensiones del derecho de defensa forman parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho en referencia. En ambos casos, se garantiza el derecho a no ser postrado a un estado de indefensión²². (Énfasis agregado).

101. Como podemos apreciar, el Tribunal Constitucional reconoce dos dimensiones bajo las cuales podemos determinar que se ha resguardado el derecho de defensa: una dimensión material y una dimensión formal. La dimensión material se refiere al derecho del imputado de ejercer su propia defensa desde el momento en el que toma conocimiento de la atribución de un hecho delictivo. La dimensión formal, por su parte, se refiere al derecho a una defensa técnica.

102. Sobre la dimensión material del derecho de defensa, desde su escrito de descargos, TELEFÓNICA tuvo pleno conocimiento de la imputación, las características de la conducta y ejerció su derecho de defensa de acuerdo con ello. En cuanto a la

²¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente 6648-2006-PHC/TC. En <https://bit.ly/3jeKa0U>. Fecha de última consulta: 14 de octubre de 2020.

²² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente 6220-2005-PHC/TC. En <https://bit.ly/3jeKa0U>. Fecha de última consulta: 14 de octubre de 2020.

dimensión formal, se puede apreciar a través del expediente que TELEFÓNICA siempre tuvo asesoría legal, como se aprecia en sus escritos y en el Informe Oral. En tal sentido, en este caso, se cumplen las dos dimensiones referidas al derecho de defensa, por lo cual este derecho no ha sido vulnerado en el presente procedimiento.

103. En este sentido, podemos concluir, de acuerdo con los argumentos presentados, que no existe la alegada una falta de claridad en el admisorio pues se cumplieron todos los requisitos legales para emitir la Resolución de Inicio conforme al TUO de la LRCA y al Reglamento de Solución de Controversias. Por otro lado, no existe vulneración alguna al derecho de defensa de TELEFÓNICA debido a que la empresa identificó claramente la imputación realizada y se defendió acorde con ello a través de todo el procedimiento. Por tanto, corresponde desestimar la cuestión previa de falta de claridad en el admisorio planteada por TELEFÓNICA.

b. Sobre la articulación referida a la contravención al principio de tipicidad

104. TELEFÓNICA indicó que la conducta investigada, al consistir en un empaquetamiento mixto, debe ser analizada de acuerdo con el inciso c) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA, y no bajo el literal h) de dicha norma; puesto que el referido literal c) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA prohíbe cualquier empaquetamiento que sea implementado por un agente que cuente con posición de dominio y que genere efectos anticompetitivos en el mercado; lo que incluye a los empaquetamientos mixtos.
105. ENTEL, por su parte, indicó que el principio de tipicidad exige que una norma con rango de ley sancione la conducta como infracción, y que el hecho denunciado se subsuma en el supuesto de hechos previsto en la norma. Al respecto, ENTEL indica que la conducta imputada consiste en ofrecer un descuento condicionado a la contratación de todos (o casi todos) los servicios ofrecidos por TELEFÓNICA, y se señaló que dicho supuesto se subsume en el literal h) del artículo 10.2 del TUO de LRCA, la que constituye una norma con rango de ley.
106. La STCCO indicó que los empaquetamientos mixtos no se subsumen en el literal c) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA, pues no tienen el elemento coercitivo de las ventas atadas y de los empaquetamientos puros. En ese sentido, la STCCO indicó que, al no estar regulados explícitamente en el artículo 10.2 del TUO de la LRCA, los empaquetamientos mixtos se subsumen en el tipo genérico contenido en el literal h) de la referida ley.

Análisis del Cuerpo Colegiado Permanente

107. El numeral 4) del artículo 248º del TUO de la LPAG indica que solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley, a través de su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analógica²³.
108. La mencionada disposición contiene un triple mandato que debe ser observado tanto en el proceso de emisión de aquellas normas que prevén sanciones como al momento de

23

TUO de la LPAG

“Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:
4. Tipicidad.- Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley o Decreto Legislativo permita tipificar infracciones por norma reglamentaria.
(...).”

su aplicación a casos concretos por parte de las autoridades administrativas correspondientes²⁴:

- i. la reserva de ley en la tipificación de conductas infractoras;
- ii. la suficiencia en la previsión de infracciones, y
- iii. la interdicción de la interpretación analógica o extensiva en la determinación de las conductas sancionables.

109. Por consiguiente, para que la tipificación de una infracción sea válida, la autoridad instructora debe subsumir la conducta en el tipo legalmente previsto, que contenga claramente los elementos objetivos y, de ser el caso, subjetivos de la conducta. La autoridad, por tanto, vulneraría el principio de tipicidad si subsumiera una conducta en un tipo determinado y la descripción normativa del ilícito en cuestión contuviera algún elemento objetivo o subjetivo no producido en el caso concreto, pues le está prohibida la interpretación analógica o extensiva en la determinación de las conductas sancionables²⁵.
110. En el presente caso, TELEFÓNICA indica que se ha vulnerado el principio de tipicidad, debido a que el Cuerpo Colegiado no ha subsumido adecuadamente los hechos al tipo administrativo correspondiente. Así, señala que los hechos imputados no se adecuan al literal h) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA, sino que dichos hechos se subsumen en el literal c) del referido artículo.
111. Como se refirió, ENTEL denunció a TELEFÓNICA por la presunta comisión de acto de abuso de posición de dominio en la modalidad de ofrecer un descuento condicionado a la contratación de todos (o casi todos) sus servicios, a través de los planes de “Movistar Total”. De acuerdo con la denuncia, “Movistar Total” es una oferta comercial mediante la cual se ofrecen los servicios fijos relativos a la telefonía fija, internet fijo y Televisión paga conjuntamente con los servicios móviles, es decir, dicha oferta es un empaquetamiento de servicios fijos y móviles.
112. Sobre el particular, el supuesto de hecho contenido en el literal c) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA es el siguiente:
- “10.2. El abuso de la posición de dominio en el mercado podrá consistir en conductas de efecto exclusorio tales como:[...]
c) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos.”*
113. El referido artículo prohíbe obligar a un cliente que compra un producto o servicio a comprar también otro producto. Dicha práctica comercial está vinculada a la venta por paquetes o empaquetamientos. Los empaquetamientos consisten en vender dos o más productos (o servicios) de manera conjunta. Existen tres tipos de empaquetamientos: las ventas atadas, los empaquetamientos puros y los empaquetamientos mixtos.
114. La venta atada consiste en la oferta de un producto (producto atante) bajo la condición de que se adquiera otro producto distinto (producto atado); así, sólo el producto atado

²⁴ MORÓN URBINA, JUAN CARLOS. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Décima edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2014. p. 766.

²⁵ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Op. Cit. p. 767.

La Sala Especializada en Defensa de la Competencia del INDECOPI también considera que el principio de tipicidad implica que el órgano instructor realice un juicio de tipicidad válido. De esta manera, indicó que *“para que la tipificación de una infracción sea válida, la autoridad instructora debe subsumir la conducta en el tipo legalmente previsto, que contenga claramente los elementos objetivos y, de ser el caso, subjetivos de la conducta.”* (Fundamento 62 de la Resolución 068-2018/SDC-INDECOPI de fecha 26 de marzo de 2018, emitida en el expediente 008-2012/CLC)

puede ser comprado independientemente del producto a parte. Por su parte, en el empaquetamiento puro, los productos solo se pueden adquirir conjuntamente: no existe la oferta de los productos de manera separada. Finalmente, en los empaquetamientos mixtos, los productos empaquetados pueden ser adquiridos, además, independientemente²⁶.

115. Asimismo, los Lineamientos Generales para la Aplicación de Normas de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobadas por Resolución N° 006-2016-TSC/OSIPTEL (en adelante, Lineamientos de Competencia), definen los empaquetamientos de la siguiente manera:

- La venta atada consiste en vender el paquete como un solo producto, pero existe la posibilidad de adquirir uno de los productos de forma separada.
- Los empaquetamientos puros consisten en vender los productos o servicios del paquete únicamente de forma conjunta, sin la posibilidad de adquirirlos de forma separada, e, incluso, los productos son vendidos en proporciones fijas.
- Los empaquetamientos mixtos consisten en vender el paquete como un solo producto; sin embargo, todos los productos que conforman el paquete se venden, además, de manera separada o independiente²⁷. Para hacer atractiva la adquisición del paquete para el consumidor, los empaquetamientos mixtos suelen estar acompañados de descuentos.

116. El literal c) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA prohíbe las ventas en paquetes que no dan la opción para comprar los productos que componen el paquete de manera individual, es decir, prohíbe los empaquetamientos que obligan al cliente que compra un producto a comprar también otro producto. Además, para configurar la prohibición de venta por paquetes, la norma requiere que la subordinación de la suscripción del contrato a alguna prestación adicional no guarde relación con el objeto del contrato, considerando la naturaleza del contrato y el uso comercial. Asimismo, cabe señalar que la venta por paquetes es una prohibición relativa, por lo que solo estarán prohibidos cuando se demuestren sus efectos anticompetitivos, reales o potenciales.

117. Los empaquetamientos mixtos no se encuentran prohibidos por el artículo 10.2., inciso c), del TUO de la LRCA, debido a que estos empaquetamientos ofrecen paquetes de productos y, a la vez, ofrecen los productos que componen ese paquete de manera independiente. Así, los empaquetamientos mixtos no tienen el elemento coercitivo de las ventas atadas y los empaquetamientos puros. Los empaquetamientos mixtos, pues, permiten elegir entre adquirir el paquete de productos y los productos individualmente. De este modo, **los empaquetamientos que se encuentran prohibidos por literal c) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA son los empaquetamientos puros y las ventas atadas**, porque dichas prácticas obligan a un cliente a comprar un producto y, además, otro producto que no tenía la intención de comprar necesariamente.

118. Los Lineamientos de Competencia reconocen esta diferencia entre los empaquetamientos mixtos y los demás empaquetamientos, por lo que solo señalan que las ventas atadas y los empaquetamientos puros se encuentran tipificados en el artículo literal c) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA. Textualmente, indican lo siguiente:

“En nuestra legislación las ventas atadas y los empaquetamientos puros se encuentran tipificados en el literal b) del artículo 10.2 de la LRCA, según el cual, recogiendo el

²⁶ Lorena Pavic y Juan Enrique Coeymans. “Descuentos Multiproducto (‘Bundled Discounts’) ¿práctica exclusiva o competencia agresiva?, p. 225. Dicho artículo fue publicado en el siguiente libro: Autores Varios. La libre Competencia en el Chile del Bicentenario, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Thomson Reuters Punto Lex, Santiago, 2011.

²⁷ Párrafo 7.3 de los Lineamientos de Competencia.

elemento coercitivo de dicha práctica, se considera como abuso de posición de dominio en el mercado la conducta con efecto exclusorio consistente en “la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos”. Las ventas atadas y los empaquetamientos puros pueden presentarse bajo distintas modalidades en el mercado de servicios de telecomunicaciones, tanto del segmento mayorista como el minorista”²⁸.

119. Así, de acuerdo con los lineamientos de Competencia, el elemento coercitivo de las ventas atadas y empaquetamientos puros se encuentran en el término subordinar recogido en el literal c) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA.

120. En la misma línea, la doctrina sostiene:

“En el caso la de venta atada, el carácter abusivo se explica fundamentalmente en que el comprador se ve obligado –ya sea contractualmente, ya sea técnicamente– a adquirir el producto atado para poder obtener el producto atante. Existe entonces un evidente elemento de coerción por parte del oferente con poder de mercado, quien amenaza a los compradores con privarlos del producto atante en caso de no aceptar el producto atado. En cambio, en la venta empaquetada mixta, considerando que el comprador siempre puede adquirir los productos por separado, el elemento de coerción es menos patente o evidente. En este sentido se ha señalado que un descuento multiproducto “no obliga, pero induce, a la compra conjunta”²⁹.

121. En cuanto al posible carácter anticompetitivo de los empaquetamientos mixtos, los Lineamientos de Competencia indican que tales ofertas podrían tener efectos anticompetitivos cuando las tarifas del paquete de servicios encubran subsidios cruzados o precios predatorios³⁰; por lo que el carácter anticompetitivo de los empaquetamientos mixtos se encuentra vinculados a posibles descuentos que se otorguen por comprar el paquete de servicios. Sin embargo, el literal c) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA no realiza ninguna referencia al precio de los paquetes de servicios o a posibles descuentos.

122. Así pues, las prácticas que se subsumen o adecuan al literal c) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA son las ventas atadas y los empaquetamientos puros y, en cambio, los empaquetamientos mixtos no se subsumen en el referido literal al faltarles el elemento coercitivo señalado.

123. Por su parte, el literal h) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA indica lo siguiente:

*“10.2. El abuso de la posición de dominio en el mercado podrá consistir en conductas de efecto exclusorio tales como:
(...)*

h) En general, aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica”.

124. Como se aprecia, el literal referido abarca diversas modalidades de abusos de posición de dominio no previstas explícitamente en la normativa de libre competencia. En ese sentido, al no estar regulados explícitamente en el artículo 10.2 del TUO de la LRCA,

²⁸ Numeral 7.3 de los Lineamientos de Competencia.

²⁹ PAVIK, Lorena; COEYMANS, Juan Enrique. Descuentos multiproducto (“bundled discounts”) ¿Práctica exclusoria o competencia agresiva? La Libre Competencia en Chile del Bicentenario, Thomson Reuters, 2011. p. 221-248.

³⁰ En el Numeral 7.3 de los Lineamientos de Competencia se señala lo siguiente: “De otro lado, los empaquetamientos mixtos también puede ser anticompetitivos, ya que las tarifas para la compra conjunto de dos (2) o más servicios pueden encubrir subsidios cruzados o precios predatorios, por ejemplo, al ofrecerse el paquete a un precio menor que la compra independiente de uno solo de los bienes.”

los empaquetamientos mixtos se subsumen en el tipo contenido en el literal h) de la referida ley.

125. En conclusión, este Cuerpo Colegiado Permanente no advierte contravención alguna al principio de tipicidad, por lo que corresponde desestimar el cuestionamiento efectuado por TELEFÓNICA.

c. Sobre la excepción de incompetencia del Cuerpo Colegiado Permanente

126. TELEFÓNICA alegó que el Cuerpo Colegiado Permanente no es competente para resolver el presente procedimiento sancionador, pues, en virtud del principio de supletoriedad, debe aplicarse la regulación sectorial del OSIPTEL en lugar de las normas de libre competencia. TELEFÓNICA indicó, en ese sentido, que la conducta imputada en este procedimiento se encuentra regulada también por el artículo 29-B del Reglamento de Tarifas del OSIPTEL. Según TELEFÓNICA, la regulación sectorial referida y las normas de libre competencia prohíben simultáneamente establecer tarifas que desincentiven la compra de productos comercializados de manera individual. Indicó, asimismo, que dichas normas tienen la misma finalidad: la protección y el fomento de la competencia entre operadoras.
127. Además, TELEFÓNICA señaló que, en cualquier caso, si se incumpliera el artículo 29-B del Reglamento de Tarifas, debería tramitarse el respectivo procedimiento sancionador por infringir dicha norma sectorial ante la autoridad competente. Si, por el contrario, se tramitase un procedimiento por infringir las normas generales de libre competencia, se vulneraría el principio *non bis in idem*, puesto que una misma conducta podría evaluarse y, potencialmente, sancionarse de manera simultánea por dos normas distintas.
128. ENTEL, por su parte, refirió que la aplicación del principio de supletoriedad no implica que el cumplimiento de la normativa sectorial, automáticamente, excluya la posibilidad de incurrir en una conducta prohibida por el TUO de la LRCA. Agregó, además, que las disposiciones del Reglamento de Tarifas no regulan la conducta imputada a TELEFÓNICA en el presente procedimiento; por lo que tampoco se viola el principio *non bis in idem*.
129. En el Informe Instructivo, la STCCO indicó que el supuesto de hecho imputado en el presente procedimiento es distinto al supuesto de hecho contenido en el artículo 29-B del Reglamento de Tarifas, por lo que el Cuerpo Colegiado Permanente es competente para resolver la imputación formulada contra TELEFÓNICA, de conformidad con el literal h) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA. Además, la STCCO señaló que no se afecta, ni real ni potencialmente, el principio *non bis in idem*, puesto que los hechos imputados en el presente procedimiento y los hechos descritos en el artículo 29-B del Reglamento de Tarifas son diferentes.
130. De acuerdo a ello, en primer lugar, se evaluará la aplicación del principio de supletoriedad al presente caso; en dicho análisis se expondrán las competencias del Cuerpo Colegiado y las normas más relevantes sobre el referido principio. Finalmente, se evaluará la posible violación del principio *non bis in idem*.

Análisis del Cuerpo Colegiado Permanente

La Competencia del Cuerpo Colegiado Permanente y el conflicto de normas de libre competencia con las normas regulatorias

131. El TUO de la LRCA prohíbe la realización de una serie de conductas anticompetitivas, estableciendo las sanciones correspondientes, con la finalidad de promover la eficiencia

económica en los diversos mercados y, con ello, el bienestar de los consumidores³¹. Según el artículo 17° del TUO de la LRCA, el OSIPTEL es competente para aplicar dicha norma en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones³². Asimismo, de acuerdo con el artículo 7° del Reglamento de Solución de Controversias, el Cuerpo Colegiado Permanente es el órgano encargado de evaluar y sancionar las referidas conductas en primera instancia³³.

132. Por otro parte, el artículo 77° del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 013-93-TCC (en adelante, el TUO de la Ley de Telecomunicaciones), indica que el OSIPTEL tiene la función de mantener y promover una competencia efectiva y justa entre los prestadores de servicios portadores, servicios finales, servicios de difusión y de valor añadido; asimismo, dicha norma señala que el OSIPTEL tiene la función de fijar las tarifas de servicios públicos de telecomunicaciones y establecer las reglas para su correcta aplicación³⁴.
133. En similar sentido, la Ley Marco de Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los servicios públicos, Ley N° 27332, indica que el OSIPTEL tiene, entre otras, la función reguladora que comprende la facultad de fijar las tarifas de los servicios públicos bajo su ámbito³⁵, así como la función normativa que comprende la facultad de dictar normas de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular,

³¹ **TUO de la LRCA**

“Artículo 1.- Finalidad de la presente Ley

La presente Ley prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.”

³² **TUO de la LRCA**

“Artículo 17.- Del OSIPTEL

La aplicación de la presente Ley al mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones estará a cargo del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL de conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL. En tal sentido, las instancias competentes, las facultades de éstas y los procedimientos que rigen su actuación serán los establecidos en su marco normativo.”

³³ **Reglamento de Solución de Controversias**

“Artículo 7.- Primera instancia

7.1 Los Cuerpos Colegiados del OSIPTEL son los órganos encargados de conocer y resolver en primera instancia administrativa las controversias a las que se refiere el artículo 2 del presente Reglamento.

7.2 El OSIPTEL contará con Cuerpos Colegiados Ad Hoc, que tendrán a su cargo las controversias relacionadas a las materias descritas en el artículo 2 del presente Reglamento, a excepción de aquellas referidas a los incumplimientos a la normativa de libre y leal competencia previstas en el literal a) del referido artículo.

7.3 El OSIPTEL, contará con hasta dos (2) Cuerpos Colegiados Permanentes que tendrán a su cargo de forma exclusiva, las controversias sobre incumplimientos a la normativa de libre y leal competencia, de acuerdo a lo señalado en el literal a) del artículo 2 del presente Reglamento.
(...)”

³⁴ **TUO de la Ley de Telecomunicaciones**

“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:*

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

(...)”

5) Fijar las tarifas de servicios públicos de telecomunicaciones y establecer las reglas para su correcta aplicación.
(...)”

Dicha disposición normativa concuerda con lo estipulado en el artículo 6 de la Ley de Telecomunicaciones, según el cual “El Estado fomenta la libre competencia en la prestación de los servicios de telecomunicaciones, regula el mercado de forma que se asegure su normal desenvolvimiento, se controle los efectos de situaciones de monopolio, se evite prácticas y acuerdos restrictivos derivados de la posición dominante de una empresa o empresas en el mercado.

Igualmente, el Estado fomenta la participación de los usuarios de servidores de telecomunicaciones, en el establecimiento de tarifas y en la prestación y control de estos servicios.”

³⁵ **Ley Marco de los Organismo Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 27332**

“Artículo 3.- Funciones

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

(...)”

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

relacionadas con los intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios, en el ámbito y materia de sus respectivas competencias.

134. La función normativa comprende, a su vez, la posibilidad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas en las normas legales, técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, bajo su ámbito, así como por el incumplimiento de las disposiciones regulatorias y normativas dictadas por el OSIPTEL³⁶.
135. Cabe señalar que, en el marco normativo del OSIPTEL, se han establecido los órganos encargados para aplicar las normas regulatorias emitidas por dicha entidad, así como de aplicar las sanciones correspondientes por la comisión de las infracciones tipificadas en el referido marco regulatorio³⁷.
136. En resumen, el OSIPTEL, como agencia de competencia, está encargado de sancionar las conductas que, bajo ciertas circunstancias, restringen o distorsionan las condiciones de competencia en los mercados de servicios públicos de telecomunicaciones, de manera ex post, de conformidad con el TUO de la LRCA³⁸. Como regulador, por otro lado, el OSIPTEL puede emitir normas que regulen directamente las condiciones de la oferta o de la demanda de los servicios públicos de telecomunicaciones. Las normas regulatorias emitidas por el OSIPTEL, en ese sentido, pueden prever remedios para prevenir la eventual comisión de prácticas anticompetitivas en el sector, o incluso tipificar ciertas prácticas de un modo distinto.
137. Esta interacción entre las normas de libre competencia y las normas regulatorias ha provocado diversos problemas interpretativos; pues, en ocasiones, ambas normas han regulado un mismo supuesto de hecho estableciendo consecuencias diferentes o, dichas normas, a la vez, han tipificado una misma conducta anticompetitiva. La referida situación no solo implica un problema en la determinación de cuál norma debe ser

³⁶

Ley Marco del Organismo Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 27332
"Artículo 3.- Funciones"

c) Función Normativa: comprende la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios;

Comprende, a su vez, la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales, normas técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, bajo su ámbito, así como por el incumplimiento de las disposiciones regulatorias y normas dictadas por ellos mismos. Asimismo, aprobarán su propia Escala de Sanciones dentro de los límites máximos establecidos mediante decreto supremo refrendado por el Presidente de Consejo de Ministros y el Ministro del Sector que pertenece el Organismo Regulador."

³⁷

Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM

"Artículo 24.- Órganos Competentes para ejercer la función normativa"

La función normativa se ejerce de manera exclusiva por el Consejo Directivo, a través de la expedición de Resoluciones debidamente sustentadas".

"Artículo 29.- Órgano Competente para el Ejercicio de la Función Reguladora."

La función reguladora es competencia del Consejo Directivo del OSIPTEL y se ejerce a través de Resoluciones".

"Artículo 41.- Órganos Competentes para el Ejercicio de la Función Fiscalizadora y Sancionadora."

La función fiscalizadora y sancionadora puede ser ejercida de oficio o por denuncia de parte. Dicha función es ejercida en primera instancia por la Gerencia General del OSIPTEL y en segunda instancia, en vía de apelación, por el Consejo Directivo.

Para el desarrollo de sus funciones la Gerencia General contará con el apoyo de una o más gerencias, que estarán a cargo de las acciones de investigación y análisis del caso".

³⁸

TUO de la LRCA

"Artículo 17.- Del OSIPTEL"

La aplicación de la presente Ley al mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones estará a cargo del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL de conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL. En tal sentido, las instancias competentes, las facultades de éstas y los procedimientos que rigen su actuación serán los establecidos en su marco normativo".

aplicada, sino que, además, afecta la competencia de los órganos encargados de aplicar las normas de libre competencia y las normas regulatorias, respectivamente³⁹.

138. Como criterio para resolver los referidos problemas interpretativos y determinar al órgano competente, las instancias de solución de controversias del OSIPTEL han aplicado el principio de supletoriedad. Dicho principio indica que cuando se presente un conflicto de aplicación entre las normas generales de libre competencia y las normas sectoriales, prevalecerán las normas específicas del sector.
139. Definido el contexto referido, a continuación, se expondrán las normas y los aspectos más relevantes del principio de supletoriedad en los mercados de servicios públicos de telecomunicaciones.

Marco normativo del principio de supletoriedad

140. El artículo 3° del TUO de la LRCA indica que las conductas que son consecuencia de lo dispuesto en una norma legal se encuentran fuera de la aplicación de dicha ley, y los cuestionamientos a la norma legal deben realizarse a través de las vías correspondientes y no ante las autoridades de competencia previstas en el TUO de la LRCA⁴⁰.
141. Además, las normas reglamentarias que regulan al principio de supletoriedad en los mercados de servicios públicos de telecomunicaciones proporcionan criterios interpretativos para resolver también otros conflictos normativos⁴¹.
142. Así, el artículo 250° del Texto Único Ordenado del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 20-2007-MTC (en adelante, TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones), señala que, en lo que no esté previsto por el TUO de la Ley de Telecomunicaciones y su Reglamento, acerca de la prohibición de prácticas comerciales anticompetitivas, se aplicarán las disposiciones legales vigentes sobre prácticas restrictivas de la libre competencia⁴².
143. Asimismo, el artículo 12° del Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, indica:

“Artículo 12.- 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.”

³⁹ Decidir qué norma debe aplicarse implica, a su vez, determinar el órgano competente en un caso concreto, puesto que el Cuerpo Colegiado Permanente es el encargado de aplicar las normas de libre competencia y, por su parte, los órganos respectivos del OSIPTEL son los competentes para aplicar el marco normativo regulatorio emitido por el organismo indicado.

⁴⁰ **TUO de la LRCA**

“Artículo 3.- Ámbito de aplicación objetivo

Se encuentra fuera de aplicación de la presente Ley aquella conducta que es consecuencia de lo dispuesto en una norma legal. El cuestionamiento a dicha norma se realizará mediante vías correspondientes y no ante la autoridad de competencia prevista en la presente Ley. El Estado podrá asumir las acciones que considere necesarias para contribuir a mejorar las condiciones de oferta de los productos en beneficio de los consumidores.

No obstante ello, discrecionalmente, la autoridad de competencia podrá emitir informes con relación a las conductas referidas en el párrafo anterior con el fin de evaluar sus efectos sobre la libre competencia y el bienestar de los consumidores”

⁴¹ Los conflictos que pueden existir entre las normas generales de libre competencia y las normas regulatorias tienen, además, otros matices relevantes. La norma regulatoria podría regular mecanismos completos para prevenir ciertas conductas anticompetitivas y, en tal caso, la aplicación del TUO de la LRCA sería redundante; o las normas regulatorias podrían tipificar una conducta tipificada, a su vez, por el TUO de la LRCA.

⁴² **Texto Único Ordenado del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 20-2007-MTC**

“Artículo 250.- Prohibición de las prácticas empresariales restrictivas de la libre competencia

En lo que no esté previsto en la Ley y el Reglamento (de Telecomunicaciones), 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.”

144. De acuerdo a las disposiciones citadas, si una determinada práctica está regulada o cubierta de manera expresa por la normativa del sector, se aplicará esta normativa en lugar de las normas generales de competencia. En sentido contrario, si la normativa sectorial ha previsto los mecanismos pertinentes para regular o tipificar la conducta, no corresponde aplicar la norma general de competencia.

145. Sobre el particular, el Tribunal de Solución de Controversias ha referido lo siguiente:

“(...) el principio de supletoriedad indica que el OSIPTEL aplicará las normas generales de libre competencia en el supuesto que una determinada práctica o conducta no esté tipificada o cubierta de manera expresa por la normatividad específica del sector, pero genere, sin embargo, efectos anticompetitivos.”⁴³

146. Por consiguiente, en el caso de que la legislación general de libre competencia y las disposiciones del OSIPTEL regulen el mismo supuesto, prevalecerán o tendrán prioridad las normas emitidas por el OSIPTEL.

Metodología de análisis del presente caso

147. Los conflictos que pueden existir entre las normas generales de libre competencia y las normas regulatorias tienen diversos matices. Los conflictos, entre otros, pueden ser los siguientes: una norma prohíbe el supuesto de hecho y la otra norma lo permite o lo faculta; o las dos normas prohíben o tipifican el mismo supuesto de hecho⁴⁴.

148. En el presente caso, TELEFÓNICA alega que los hechos imputados por infringir el literal h) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA se encuentran tipificados en el artículo 29-B del Reglamento de Tarifas del OSIPTEL. Específicamente, la empresa investigada señala lo siguiente:

“(...) ambas normas tipifican la práctica que es objeto de cuestionamiento en este procedimiento en este procedimiento; esto es, ambas normas prohíben el establecimiento de tarifas que desincentivan la compra de productos comercializados de manera individual y, para ello, determinan que el precio de un paquete deba ser menor al precio de adquisición individual de cualquiera de sus componentes.”⁴⁵

149. El literal h) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA prohíbe la realización de cualquier abuso de posición de dominio que impida o dificulte el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica. Por su parte, el artículo 29-B establece una obligación sobre la tarifa de los servicios empaquetados, cuyo incumplimiento, de acuerdo con el Anexo 1 del Reglamento de Tarifas, constituye infracción muy grave. En tal sentido, el conflicto normativo en el presente caso consistiría según TELEFÓNICA en la presunta existencia de dos normas (infracciones) que tipifican un mismo supuesto de hecho.

⁴³ Fundamento N° 168 de la Resolución del Tribunal de Solución de Controversias N° 004-2013-TSC/OSIPTEL, recaída bajo Expediente N° 005-2011-TSC/OSIPTEL.

⁴⁴ Cabe tomar en consideración que las normas del TUO de la LRCA son de carácter prohibitivo, pero algunas normas constituyen prohibiciones absolutas y otras, en cambio, prohibiciones relativas. Las normas de prohibición absoluta proscriben ciertas conductas con certeza, sin la obligación de realizar ningún análisis económico adicional de efectos anticompetitivos para la competencia y el bienestar de los consumidores. Por su parte, las normas de prohibición relativa proscriben las prácticas comerciales bajo ciertas condiciones: además de probar la existencia de la práctica, la autoridad de competencia debe realizar un análisis económico mediante el cual determine si la práctica tiene o no efectos negativos para la competencia⁴⁴. Esta situación implica que el análisis de la aplicación del principio de supletoriedad se realice caso por caso y de manera razonable, puesto que, cuando está involucrada una prohibición relativa, el conflicto entre normas podría no ser evidente.

⁴⁵ Numeral N° 85 del escrito de descargos de TELEFÓNICA, presentado el 3 de setiembre de 2019.

150. En este contexto, para determinar si debe aplicarse el principio de supletoriedad en el presente caso, se realiza en el siguiente análisis: (i) delimitar los hechos descritos en las infracciones que se encuentran en conflicto; (ii) comparar los supuestos descritos en ambas normas, para determinar si las circunstancias fácticas del literal h) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA y las del artículo 29-B del Reglamento de Tarifas son las mismas, y (iii) evaluar la identidad de los fundamentos o bienes jurídicos protegidos por cada norma, en el caso de que el análisis anterior indique que las dos normas regulan el mismo supuesto⁴⁶.

(i) Los hechos descritos en el literal h) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA

151. El tipo administrativo es la descripción de una conducta prohibida que se realiza en una norma, cuya realización ocasiona la imposición de una sanción administrativa. Así, el tipo administrativo reúne los hechos o circunstancias prohibidas que deben ser acreditadas en cada caso. Al respecto, el literal h) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA indica lo siguiente:

TUO de la LRCA

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

h) En general, aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica."

152. El literal referido contiene un tipo administrativo amplio o genérico. Este tipo abarca, pues, diversas modalidades de abusos de posición de dominio no previstas explícitamente en el artículo 10°, inciso 2, del TUO de la LRCA. Esta amplitud se justifica en la importancia de proteger la libre competencia y en la naturaleza particular de las conductas anticompetitivas. Con arreglo al principio de tipicidad, esta amplitud implica que, en cada caso concreto, la autoridad competente delimite el contenido del tipo administrativo, es decir, formule con un lenguaje claro las circunstancias de la conducta potencialmente anticompetitiva⁴⁷. Entonces, para aplicar el principio de supletoriedad en estos casos, la conducta anticompetitiva formulada en la imputación constituirá el tipo administrativo que se deberá comparar con la norma sectorial.
153. En el presente caso, el abuso de posición de dominio contenido en el literal h) del TUO de la LRCA se formuló de la siguiente manera: **el ofrecimiento de un descuento**

⁴⁶ En la Resolución N° 004-2013-TSC/OSIPTEL, de 31 de enero de 2013, emitida en el expediente N° 005-2011-TSC-ST/LC, el Tribunal de Solución de Controversias señaló ciertos criterios que deben considerarse para ponderar cuando resulta aplicable el principio de supletoriedad. Estos criterios, a su vez, se mencionan en los Lineamientos Generales para la aplicación de las Normas de Represión de Conductas Anticompetitivas en el ámbito de las Telecomunicaciones, aprobados por Resolución N° 006-2016-TSC/OSIPTEL. Los criterios referidos, plasmados en el fundamento 175 de la Resolución N° 004-2013-TSC/OSIPTEL, son los siguientes: "(i) si la conducta investigada ha sido compelida o aprobada por la agencia reguladora o si ésta ha sido el resultado de una conducta no supervisada, por ejemplo, una decisión comercial, (ii) cuál es el rol de la agencia de competencia en la supervisión o aprobación de la conducta conforme a las normas legales, y (iii) si la aplicación de las normas de libre competencia puede colisionar con las decisiones y políticas establecidas por el regulador para el sector."

Sin embargo, dichos criterios no son aplicables al presente caso porque los criterios referidos estuvieron dirigidos a evaluar un conflicto referido a una norma que prohíbe y una norma que permite (la norma sectorial). El Tribunal de Solución de Controversias expresamente reconoció tal situación en el fundamento 169 de la Resolución N° 004-2013-TSC/OSIPTEL: "En este caso, no está en discusión la tipificación de una conducta, sino más bien, se discute cuándo puede considerarse que una conducta está 'cubierta' por la regulación y, en consecuencia, no corresponde aplicar las normas de libre competencia."

⁴⁷ **TUO de la LPAG**

"Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:
(...)

4. Tipicidad.- Solo constituye conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analógica. (...)."

condicionado a la contratación de todos (o casi todos) los servicios de TELEFÓNICA, a través de los planes “Movistar Total” (los planes referidos consisten en empaquetamientos o paquetes de servicios fijos y móviles). Según la denuncia, dichos descuentos, condicionados a la contratación de los planes “Movistar Total”, dificultan la permanencia de competidores en el mercado de servicios móviles por razones distintas a una mayor eficiencia económica⁴⁸.

154. De acuerdo a lo anterior, en el presente caso, las circunstancias del literal h) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA son las siguientes:

- La existencia de empaquetamientos de servicios fijos y móviles.
- La existencia de descuentos condicionados a la contratación de los empaquetamientos referidos.
- Los descuentos indicados presuntamente perjudican a los competidores de TELEFÓNICA en el mercado de servicios móviles porque no se fundamentarían en razones de una mayor eficiencia económica.

155. Cabe señalar que, además de las premisas referidas, se requiere la acreditación de la posición de dominio de TELEFÓNICA en un determinado mercado, de acuerdo con el artículo 10.1 del TUO de la LRCA⁴⁹.

(ii) Los hechos descritos en el artículo 29-B del Reglamento de Tarifas

156. El Reglamento General de Tarifas del OSIPTEL establece las normas generales y principios para la aplicación de las tarifas, planes tarifarios y tarifas promocionales, con la finalidad de promover el desarrollo de las telecomunicaciones en condiciones tarifarias adecuadas para las empresas y en beneficio de los usuarios, así como la prestación de más y mejores servicios, en términos de calidad y eficiencia económica, dentro del marco de la libre y leal competencia y la apertura del mercado de telecomunicaciones⁵⁰.

157. Específicamente, el artículo 29-B del Reglamento de Tarifas establece la siguiente regla tarifaria a la que deben sujetarse los servicios comercializados en paquetes con otros servicios:

“(i) La tarifa individual que se aplique por la contratación y prestación de cada uno de los servicios en forma separada, siempre debe representar un menor pago respecto a la tarifa total del paquete del cual forma parte.”

⁴⁸ En el numeral 4.1 de la denuncia, se señaló textualmente lo siguiente: “Solicitamos que el Cuerpo Colegiado declare que TDP ha incurrido en una práctica de abuso posición de dominio consistente en el ofrecimiento de un descuento condicionado a la contratación de todos (o casi todos) sus servicios, a través de los Planes Movistar Total. Esta conducta se encuentra tipificada en el literal h) del artículo 10.2º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 1034 (en adelante, ‘Ley de Competencia’), por tratarse de una conducta realizada por un agente que tiene posición de dominio en el mercado de internet fijo alámbrico y TV paga, que distorsiona la competencia y que dificulta la permanencia de competidores en el mercado de servicios móviles por razones distintas a una mayor eficiencia económica.”

⁴⁹ **TUO de la LRCA**
“Artículo 10.- El abuso de la posición de dominio
10.1. Se considera que existe abuso cuando un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición.”

⁵⁰ **Reglamento de Tarifas**
“Artículo 1.- Objeto de la norma y fines de la regulación
El presente reglamento establece las normas generales y principios para la aplicación de las Tarifas Establecidas, planes tarifarios y Tarifas Promocionales, con el fin de promover el desarrollo de las telecomunicaciones en condiciones tarifarias adecuadas para las empresas y en beneficio de los usuarios, así como la prestación de más y mejores servicios, en términos de calidad y eficiencia económica, dentro del marco de la libre y leal competencia y la apertura del mercado de telecomunicaciones.”

158. Entre otras infracciones, el Anexo I del Reglamento de Tarifas establece que el incumplimiento de la regla tarifaria contenida en el artículo 29-B constituye una infracción muy grave⁵¹:

ANEXO N° 1		
REGIMEN DE INFRACCIÓN Y SANCIONES		
ITEM	INFRACCIÓN	SANCIÓN
30	La empresa operadora que aplique una tarifa individual por la contratación y prestación separada de alguno de los servicios que forman parte de un paquete, que sea superior a la tarifa total de dicho paquete (ARTÍCULO 29-B)	MUY GRAVE

Fuente: Reglamento General de Tarifas

159. Como se aprecia, la regla tarifaria del artículo 29-B del Reglamento de Tarifas establece que la tarifa individual de cada uno de los servicios vendidos de forma separada, en todos los casos, deba representar un menor pago respecto de la tarifa total del paquete al cual pertenece. Se incumple la regla, y se configura la infracción, cuando uno de los servicios del paquete tiene individualmente un precio mayor que el precio total del paquete de servicios.
160. En tal sentido, las circunstancias de la prohibición del artículo 29-B del Reglamento de Tarifas son las siguientes⁵²:
- La existencia de cualquier oferta de empaquetamientos de servicios (dúos, tríos o cuatro servicios).
 - La existencia de un precio total por el empaquetamiento, el cual comprende todos los precios individuales de los servicios que componen el empaquetamiento.
 - Un precio individual de uno de los servicios del empaquetamiento supera el precio total del empaquetamiento.

(iii) Comparación de las normas en conflicto

161. De acuerdo con lo anterior, las circunstancias que las normas en conflicto tipifican, respectivamente, son las siguientes:

Literal h) del artículo 10.2 de la LRCA	Artículo 29-B del Reglamento de Tarifas
• La existencia de empaquetamientos de servicios fijos y móviles. • La existencia de descuentos condicionados a la contratación de los empaquetamientos referidos. • Los descuentos condicionados a la contratación de los empaquetamientos	• La existencia de cualquier empaquetamiento de servicios (dúos, tríos o cuatro servicios). • La existencia de un precio total por el empaquetamiento, el cual comprende todos los precios individuales de los servicios que

51

Reglamento de Tarifas

"Artículo 43.- Infracciones

El Anexo N° 1, que forma parte de la presente norma, contiene el Régimen de Infracciones y Sanciones aplicable en el marco de la presente norma, sin perjuicio de la aplicación de las demás normas legales que tipifican infracciones y establecen sanciones.

Las empresas operadoras que incurran en infracción serán sancionadas por el OSIPTEL de acuerdo a lo establecido en el Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones aprobado por este organismo."

52

Sobre el particular, el Informe 157-GRPC/2013 del 6 de marzo de 2013, el cual sustentó la Resolución de Consejo Directivo N° 044-2013-CD/OSIPTEL que proponía la modificación del Reglamento General de Tarifas, señala lo siguiente respecto al Artículo 29-B del Reglamento General de Tarifas del OSIPTEL:

"No obstante, en la medida que lo dispuesto por las Condiciones de Uso puede complementarse a través del establecimiento de reglas para la aplicación de tarifas de servicios que se comercializan en paquetes, se propone incorporar al Reglamento una disposición que especifique que, en ningún caso la tarifa correspondiente a la oferta empaquetada puede ser inferior a la tarifa individual de cada uno de los servicios -que conforman el paquete- comercializados en forma independiente"

perjudican, presuntamente, a los competidores de TELEFÓNICA en el mercado de servicios móviles porque no se fundamentarían en razones de una mayor eficiencia económica.

componen el empaquetamiento.

- Un precio individual de uno de los servicios del empaquetamiento supera el precio total del empaquetamiento.

Elaboración: STCCO.

162. Las referidas normas involucran una misma circunstancia: ambas requieren la existencia de un empaquetamiento de servicios. **Sin embargo, dichas normas tipifican, además, circunstancias distintas.** Las demás circunstancias del literal h) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA no se adecuan a los hechos previstos en el artículo 29-B del Reglamento de Tarifas. En consecuencia, **la infracción imputada en el presente procedimiento no está comprendida en el ámbito de regulación de la norma sectorial invocada por TELEFÓNICA.**
163. En efecto, el artículo 29-B del Reglamento de Tarifas contiene una regla básica sobre el precio de los empaquetamientos de servicios. Dicha regla abarca un supuesto únicamente: el precio individual de cualquiera de los servicios debe ser menor que el precio total del paquete. Por ejemplo, si el precio total de un paquete de servicios es S/ 200, ninguno de los servicios vendidos individualmente (fuera del paquete) puede superar dicho precio. Dicho ejemplo se muestra, de una manera más completa, en el siguiente cuadro:

Cuadro N° 1: Comparación de precios individuales y mediante un paquete

Precios de servicios vendidos independientemente				Servicios vendidos en paquetes		
TV paga	Internet fijo	Telefonía fija	Telefonía móvil	Doble Play (TV paga e internet fijo)	Triple Play (los tres servicios fijos)	Cuádruple Play (los servicios fijos y los servicios móviles)
S/ 90	S/ 80	S/ 40	S/ 100	S/ 120	S/ 150	S/ 200

Elaboración: STCCO.

164. Como se aprecia, el supuesto de hecho contenido en el artículo 29-B del Reglamento de Tarifas se refiere a los empaquetamientos de servicios en los que el precio de uno de los servicios contratados individualmente supere el precio total del empaquetamiento del cual forma parte. Dicho artículo no incluye una prohibición relativa a otros descuentos ofrecidos mediante el empaquetamiento de servicios, es decir, a descuentos en los que el precio individual de los servicios represente un menor pago que el precio total del paquete de servicios.
165. Así, los descuentos que no implican que el precio de un servicio sea mayor al precio total del paquete no se encuentran en el ámbito de aplicación del artículo 29-B del Reglamento de Tarifas. Dicha situación es clara, pues el artículo 29-B del Reglamento de Tarifas no hace ninguna referencia a los diversos descuentos que pueden ser ofrecidos a través de un empaquetamiento de servicios.
166. Por su parte, los hechos investigados en el presente procedimiento no se refieren al incumplimiento de la regla tarifaria referida, sino que se refieren a los efectos anticompetitivos que podría tener el descuento de los planes “Movistar Total”, aun cuando cumple la regla tarifaria.
167. Así, según la denuncia, los descuentos de los planes “Movistar Total” no se justificarían en una mayor eficiencia económica, serían desproporcionados respecto de los descuentos que la propia TELEFÓNICA ofrece en paquetes de servicios compuestos

por dos o tres servicios fijos⁵³, y no podrían ser replicados por ENTEL u otras operadoras⁵⁴. Estas premisas sobre justificación de la conducta en base eficiencias tampoco se encuentran incluidas en el artículo 29-B del Reglamento de Tarifas⁵⁵.

168. Por consiguiente, los hechos descritos en el literal h) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA no son los mismos que los hechos descritos en el artículo 29-B del Reglamento de Tarifas; o, dicho de otro modo, las circunstancias fácticas concretas del literal h) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA no están contenidas en el artículo 29-B del Reglamento de Tarifas.
169. En atención a lo anterior, no es necesario evaluar si las normas involucradas en el problema interpretativo analizado tienen los mismos fundamentos o protegen los mismos bienes jurídicos, debido a que los supuestos de hechos regulados en dichas normas son diferentes.
170. Finalmente, por las razones expuestas, la excepción de incompetencia del Cuerpo Colegiado Permanente deducida por TELEFÓNICA debe ser declarada infundada, debido a que el principio de supletoriedad no es aplicable en el presente caso y, en consecuencia, el Cuerpo Colegiado Permanente es competente para resolver la imputación formulada contra TELEFÓNICA, de conformidad con el literal h) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA.

Sobre la eventual violación del principio non bis in idem

171. TELEFÓNICA señaló que, en cualquier caso, si se incumpliera el artículo 29-B del Reglamento de Tarifas, debería tramitarse el respectivo procedimiento sancionador por infringir dicha norma sectorial ante la autoridad competente. Si, por el contrario, se tramitase un procedimiento por infringir las normas generales de libre competencia, se vulneraría el principio *non bis in idem*, puesto que una misma conducta podría evaluarse y, potencialmente, sancionarse de manera simultánea por dos normas distintas.
172. El artículo 248, inciso 11, del TUO de la LPAG indica que no se podrán imponer de manera simultánea o sucesiva una sanción administrativa por el mismo supuesto, en

⁵³ En el numeral 6.15 de la denuncia se señaló textualmente lo siguiente: "(...), Incluye en los planes de Movistar Total descuentos sustanciales por la contratación conjunta de sus servicios móviles y fijos. Estos descuentos no se justifican en una mayor eficiencia económica (economías de ámbito) y además son absolutamente desproporcionados con los descuentos que la propia TdP brinda en otros paquetes de servicios como los dúos (telefonía fija e internet fijo) y tríos (Telefonía fija, internet fijo y cable).

⁵⁴ En el numeral 8.11 de la denuncia se refirió lo siguiente: "La conducta denunciada consiste en empaquetar los servicios móviles con los servicios fijos de TdP (internet fijo, telefonía fija, telefonía móvil y TV paga) y otorgar un descuento únicamente a aquellos usuarios que acepten contratar el mencionado paquete. Es decir, se trata de un empaquetamiento con un descuento condicionado, **que no puede ser replicado por Entel ni por otros operadores.**" (Énfasis agregado).

⁵⁵ Por ejemplo, en el numeral 8.50 de la denuncia, ENTEL indicó: "(...) mientras que la red alámbrica utiliza un medio alámbrico (medio físico) para llegar al usuario final y a través de ese cable transmite la voz fija, internet fijo y Tv paga; en el caso de la red móvil se usa el espectro radioeléctrico para llegar al usuario final a través del teléfono móvil. En consecuencia, no existen economías de ámbito (o éstas son mínimas) entre la red fija alámbrica y la red móvil."

Además, en el numeral 8.51 de la denuncia, ENTEL señaló que no existirían ahorros en los costos de facturación por el servicio fijo y móvil, pues la facturación de Movistar Total se realiza mediante dos recibos, uno para cada tipo de servicio, respectivamente.

Por otro lado, en el numeral 8.56 y en el numeral 8.57 de la denuncia, ENTEL sostuvo que los descuentos otorgados por TELEFÓNICA, a través de los dúos y tríos de servicios fijos, serían sustancialmente menores respecto de los descuentos otorgados mediante Movistar Total, a pesar de que los servicios fijos sí presentarían fuertes economías de ámbito.

En ese sentido, en el numeral 8.58 de la denuncia, ENTEL concluyó que el descuento otorgado por TELEFÓNICA, mediante "Movistar Total", respondería a la incorporación de los servicios móviles al paquete, lo cual implicaría que TELEFÓNICA pretende reducir la competencia en el mercado de servicios móviles, mediante el apalancamiento con el mercado de servicios fijos, donde tiene posición de dominio.

los casos que se aprecien la identidad del sujeto, hecho y fundamento, salvo que se aplique la concurrencia de infracciones⁵⁶.

173. El referido artículo reconoce al principio *non bis in idem*, según el cual está prohibido sancionar o juzgar dos veces a una persona por los mismos hechos y fundamentos. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha señalado que el mencionado principio tiene dos dimensiones: una material y una procesal.
174. El Tribunal Constitucional, en ese sentido, ha referido que la dimensión material se expresa en el enunciado nadie puede ser castigados dos veces por un mismo hecho; dicho enunciado implica la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción debido a que tal situación sería un exceso del poder sancionador.
175. En cuanto a la dimensión procesal, el Tribunal Constitucional ha referido que nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos, con lo cual se impide la dualidad de procedimientos, es decir, por un lado, se prohíbe dos procedimientos administrativos con el mismo objeto y, por otro lado, el inicio de un nuevo procedimiento⁵⁷.
176. Como se refirió en el punto anterior, los hechos de las normas en conflicto no son los mismos. Dichas normas no reúnen las mismas circunstancias. Por un lado, la infracción imputada en el presente procedimiento, en virtud del literal h) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA, se refiere a los posibles efectos anticompetitivos del descuento ofrecido por TELEFÓNICA mediante el empaquetamiento de sus servicios fijos y móviles, debido a que los referidos descuentos no estarían justificados en razones de una mayor eficiencia económica. Por otro lado, el artículo 29-B del Reglamento de Tarifas se refiere a los empaquetamientos de servicios en los que el precio de uno de los servicios adquiridos individualmente supere el precio total del empaquetamiento. Por consiguiente, con la tramitación del presente procedimiento, no se viola, ni real ni potencialmente, el principio *non bis in idem*.

IV. MARCO LEGAL APLICABLE AL ANÁLISIS DE LA CONDUCTA

177. La libertad de contratación se encuentra expresamente reconocida por el numeral 14 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú⁵⁸. De acuerdo con el Tribunal Constitucional, este derecho garantiza, por un lado, la autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir a la otra parte contratante y, por otro lado, la autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual⁵⁹.
178. No obstante, la libertad de contratación debe ejercerse en armonía con otros principios que rigen nuestro sistema económico. Uno de ellos es el principio de libre competencia, también reconocido por nuestra Constitución⁶⁰. Este principio ha sido desarrollado

⁵⁶ TUO de la LPAG

"Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa"

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

11. Non bis in idem. - No se pondrán imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento.

Dicha prohibición se extiende también a las sanciones administrativas, salvo la concurrencia del supuesto de continuación de infracciones a que se refiere el inciso 7."

⁵⁷ Fundamentos 5, 6 y 7 de la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 6 de febrero de 2009, emitida en el expediente N° 00286-2008-PHC/TC.

⁵⁸ Constitución Política del Estado

Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona

Toda persona tiene derecho:

14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.

⁵⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia del Tribunal Constitucional del 20 de diciembre de 2005, emitida en el Expediente 4788-2005/PA/TC. Fecha de última consulta: 13 de octubre de 2020.

⁶⁰ Constitución Política del Estado

Artículo 61.- Libre Competencia

legislativamente en el TUO de la LRCA. Por lo tanto, la libertad de contratación no es irrestricta, sino que debe ejercerse en armonía con la libre competencia.

179. Una de las limitaciones a la libertad de contratación establecidas en el TUO de la LRCA se encuentra, precisamente, en la realización de conductas de abuso de posición de dominio. En efecto, si bien nuestro ordenamiento jurídico reconoce como regla general que los agentes económicos tienen libertad de contratación, el TUO de la LRCA establece como excepción aquel supuesto en el que un agente económico goza de posición de dominio y realiza una conducta que restringe de manera indebida la competencia.
180. En particular, el artículo 10.1 del TUO de la LRCA establece que el abuso de posición de dominio se produce cuando un agente económico que goza de posición de dominio en el mercado relevante restringe de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y causando perjuicios a competidores reales o potenciales, directos o indirectos.
181. En similar sentido, el artículo 10.2 del mismo cuerpo normativo establece que los supuestos de abuso de posición de dominio únicamente podrán consistir en conductas de efecto exclusorio. Estas conductas son aquellas que afectan directamente la dinámica de la competencia, pues impide el acceso de competidores de la dominante al mercado o dificulta su permanencia en él⁶¹. En la misma línea, el artículo 10.5 establece que no constituye abuso de posición de dominio el simple ejercicio de dicha posición sin afectar a competidores reales o potenciales.
182. De acuerdo con lo anterior, los requisitos para que se configure un abuso de posición de dominio son los siguientes:
- i. Que el supuesto infractor ostente una posición de dominio en el mercado relevante.
 - ii. Que el supuesto infractor haya restringido indebidamente la competencia.
 - iii. Que la conducta del supuesto infractor haya producido un efecto exclusorio, obteniendo beneficios y causando perjuicios a sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos.
183. Con relación al primer requisito, para que se configure un abuso de posición de dominio, el supuesto infractor debe ostentar posición de dominio o, dicho de otro modo, debe tener la capacidad para afectar o distorsionar, unilateralmente y en forma sustancial, las condiciones de oferta o demanda del mercado, por razones tales como una importante participación de mercado, un alto nivel de concentración, la existencia de barreras de entrada y la ausencia de competencia potencial. Si no contara con posición de dominio, su conducta no podría constituir un abuso de posición de dominio.
184. El cumplimiento de este requisito no puede evaluarse en abstracto, sino que debe analizarse en relación con un mercado específico. En ese sentido, para determinar la existencia de posición de dominio, es necesario definir previamente el mercado relevante en el que el presunto infractor gozaría de dicha posición.

El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopolísticas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.
(...)

61

Las prácticas exclusorias o prácticas de exclusión son aquellas mediante las cuales un monopolista u operador dominante ejerce su poder monopolístico para disuadir la entrada de potenciales competidores al mercado o impedir que éstos incrementen su producción. Al respecto, Hovenkamp anota:

(...) El Juez Wyzanski sabiamente definió el "ejercicio" del poder de monopolio como una práctica "de exclusión" es decir, una práctica que disuade a los potenciales rivales de entrar en el mercado del monopolista, o a los rivales actuales de aumentar su producción en respuesta al incremento de los precios

185. En lo que se refiere al segundo requisito, las restricciones indebidas a la competencia son aquellas conductas que, conforme a lo señalado en el literal h) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA, «impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica».
186. Precisamente, el artículo 10.2 del Decreto Legislativo 1034 desarrolla ejemplos típicos de abuso de posición de dominio, como la negativa injustificada de trato (literal a), la discriminación indebida (literal b), las cláusulas de atadura (literal c), el abuso de procesos legales (literal f), entre otros. Sin embargo, al no poder tipificar todas las conductas posibles que constituirían una afectación al mercado producto del abuso de una posición dominante también es sancionable, como ha sido señalado anteriormente, cualquier conducta que impida o dificulte el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica (literal h).
187. En la calificación de este segundo requisito, si el presunto infractor demuestra que la conducta investigada se basa en una justificación comercial válida, no se configurará un abuso de posición de dominio. Así, si el presunto infractor demostrase la introducción de eficiencias, estas deberán ser contrastadas con los efectos restrictivos de la conducta observados en la siguiente etapa del análisis.
188. El tercer requisito establece que, para que se configure un abuso de posición de dominio, la conducta del presunto infractor debe haber producido un efecto exclusorio. Este requisito se refiere a la necesidad de verificar que la conducta investigada restringió o pudo restringir la competencia a favor del presunto infractor (o de alguna de sus empresas vinculadas) y en perjuicio de sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos, afectando de esta manera el proceso competitivo⁶².
189. En otras palabras, debe verificarse que la conducta investigada produjo o pudo producir: (i) el efecto de otorgar, mantener o incrementar el poder de mercado del presunto infractor o de alguna de sus empresas vinculadas (beneficio anticompetitivo) y, a la vez, (ii) el efecto de provocar la salida, dificultar la permanencia o restringir la entrada de uno o más competidores reales o potenciales, directos o indirectos, del presunto infractor (perjuicio anticompetitivo).
190. En la calificación de este requisito, debe verificarse una relación de competencia (real o potencial, directa o indirecta) entre el presunto infractor y los presuntos afectados; además de la capacidad de la conducta investigada para afectar el funcionamiento eficiente del proceso competitivo y el bienestar de los consumidores.
191. Cabe resaltar que, para que se configure un abuso de posición de dominio, es necesario que estos tres requisitos se presenten de modo concurrente. En tal sentido, bastará que falte uno de estos requisitos para que la conducta investigada no pueda constituir un abuso de posición de dominio.

V. MARCO TEÓRICO APLICABLE AL ANÁLISIS DE LA CONDUCTA

a. Las ofertas convergentes de servicios fijo-móvil

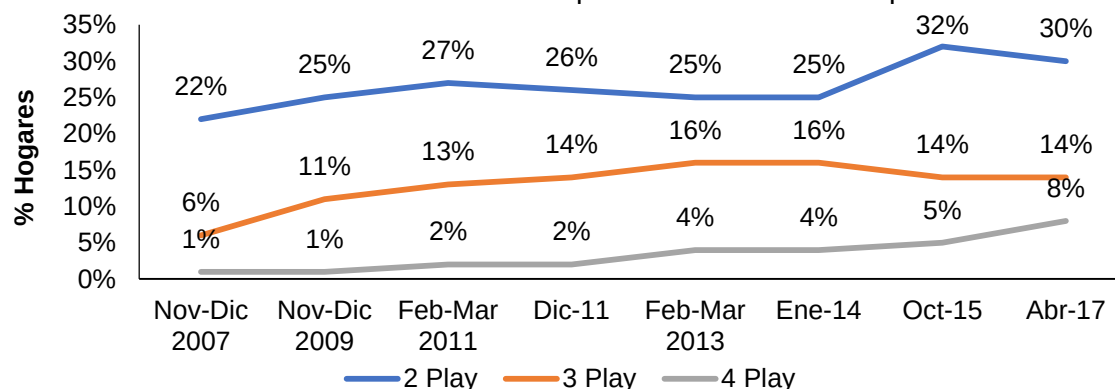
192. En los últimos años, la industria de las telecomunicaciones se ha caracterizado por una rápida evolución hacia los paquetes convergentes, que incluyen comunicaciones fijas y móviles, siendo una de sus manifestaciones los paquetes 4Play que agrupan los servicios fijos (voz fija, internet fijo y/o TV Paga) y los servicios móviles (telefonía móvil y/o internet móvil), las cuales han llegado a generalizarse en mercados con una

⁶² Al respecto, véase la Resolución 048-2013/CLC-INDECOPI del 27 de diciembre de 2013, considerando 65. En <https://bit.ly/31jaktx>. Fecha última de consulta: 14 de octubre de 2020.

industria de las telecomunicaciones más desarrollada⁶³ (Asia Pacífico, Europa y Norte América). Este cambio se ha debido tanto a la demanda de los usuarios finales como a la evolución de la tecnología.

193. Al respecto, la Asociación Especial de Grupos Móviles (en adelante, GSMA⁶⁴ por sus siglas en inglés) ha señalado⁶⁵ que en los últimos años existe una aceleración por parte de los operadores que cuentan con activos para la provisión de las cuatro categorías de servicios de telecomunicaciones (telefonía fija, internet fijo, TV Paga y telefonía móvil) por intentar obtener una ventaja competitiva en estos activos a través de los paquetes 4Play. Esto se ha producido, con el objetivo de que otros competidores que no poseen todos esos activos (v. g. operadores que solo ofrecen telefonía móvil) no puedan replicar las ofertas convergentes.
194. Así, los incumbentes y otros operadores convergentes, que proveen servicios fijos y móviles, ofrecen servicios empaquetados a un precio con descuento, los cuales en la mayoría de los casos se deben a las ventajas en el tamaño del negocio (economías de escala) y la mayor eficiencia en la red. En algunos casos los incumbentes utilizan su escala y ventaja tecnológica para introducir descuentos que rebajan los precios hacia niveles más competitivos con el objeto de tomar ventajas adicionales de una menor tasa de cancelación de clientes (*churn rate*), en áreas tales como la facturación y el servicio al cliente y así, incrementar o al menos proteger los ingresos totales por cliente.
195. Por otro lado, la GSMA, señaló que la aceleración de las ofertas convergentes se viene produciendo en mayor medida en los mercados desarrollados (Asia Pacífico, Europa y Norte América). A su vez, la convergencia está conllevando hacia una aceleración en la consolidación de los mercados de telecomunicaciones con el objetivo de adquirir compañías que agreguen nuevas capacidades de servicios, así como economías de escala en un mercado diferente de donde se viene participando.
196. Según se observa en el Gráfico N° 1, en los países que conforman la Unión Europea la proporción de hogares que contrataron paquetes 4Play se ha venido incrementando desde el año 2014, mientras que la proporción de hogares que contrataron paquetes 2Play y 3 Play disminuyeron ligeramente.

Gráfico N° 1: Evolución de la contratación de paquetes de servicios de telecomunicaciones en los países de la Unión Europea



Nota: Las fechas indican cuando fueron llevadas a cabo las encuestas.

Fuente: European Commission, *E-Communications and Digital Single Market 2017*, 2018.

Elaboración: STCCO.

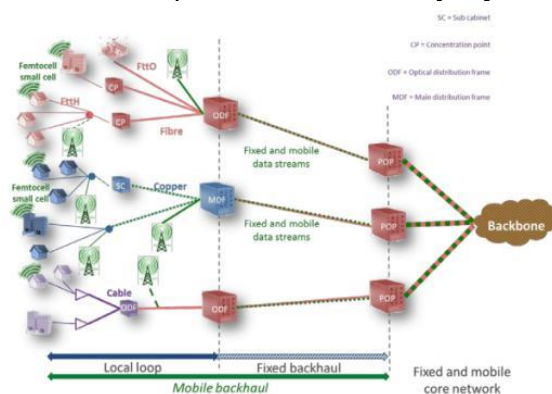
⁶³ Otra oferta convergente es el paquete 3Play de telefonía fija, internet fijo, telefonía móvil e internet móvil.

⁶⁴ La Asociación Groupe Speciale Mobile (GSMA) es una organización de operadores móviles y compañías relacionadas (fabricantes de dispositivos, compañías de software, proveedores de equipos, entre otros) que representa sus intereses a nivel mundial.

⁶⁵ GSMA, *Convergence through whatever means necessary*, 2015.

197. Frente a este escenario, la respuesta de los operadores que prestan solo servicios móviles ha consistido en ofrecer planes más atractivos, con mayores volúmenes de datos o capacidad de navegación (Gigabyte, en adelante GB). Asimismo, estos operadores han buscado alcanzar la consolidación en una empresa convergente, así como la prestación de servicios empaquetados fijos y móviles en conjunto con otras empresas⁶⁶.
198. Por otra parte, Fourneron y Lebourges⁶⁷ señalan que las sinergias obtenidas por los operadores de telecomunicaciones convergentes se encuentran relacionadas a los gastos en capital, los costos de operación de la red y los costos de operación comercial.
 - Respecto a las sinergias relacionadas con los gastos de capital, estas se encuentran reflejadas en los mejores retornos sobre la inversión, debido a un mejor aprovechamiento de la infraestructura por su utilización para la prestación de servicios fijos y móviles. Los retornos sobre la inversión de las empresas convergentes resultan ser mayores al obtenido por las empresas que solo ofrecen servicios móviles debido a que estas últimas solo utilizan su infraestructura para la prestación de servicios móviles.
 - Respecto a las sinergias relacionadas con los costos de operación de la red, estas se derivarían de la reducción de los costos de arrendamiento de los enlaces de la red de retorno (en inglés, *backhaul*), tales como los enlaces de fibra óptica o de microondas, de otros operadores.
 - Respecto de las sinergias en los costos de operación comercial, estas se encuentran relacionadas con la reducción de la tasa de cancelación de clientes⁶⁸, el incremento en los ingresos totales por cliente y el permitir a las empresas operadora realizar ventas adicionales de servicios complementarios.
199. Por otro lado, el Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas (en adelante BEREC, por sus siglas en inglés) presentó una gráfica de la arquitectura de las redes fijas y móviles, en donde se muestran las sinergias en costos de las empresas convergentes. Según se observa en el Gráfico N° 2, la red de retorno de la red móvil se traslapa con la red de retorno de la red fija, creando potenciales sinergias entre la implementación de una red de retorno para la prestación de servicios fijos y móviles⁶⁹.

Gráfico N° 2: Arquitectura de redes fijas y móviles



Fuente y elaboración: BEREC (2017)

⁶⁶ Barclays, *European Telecom Services, Make up or Break up*, 2018.

67 Fourneron v Lebourges. *Mobile-Only is Dead. Long Live Convergence!* 2017.

En el caso de los paquetes Cuádruple Play la tasa de cancelación de clientes puede llegar a acercarse o ser menor a la tasa de cancelación del componente del empaquetamiento con menor tasa de cancelación como el servicio de internet fijo. Arthur D Little, *Time to monetize fixed mobile convergence*. 2016.

69 Las redes fijas y móviles pueden ser subdivisiones en el núcleo de la red (en inglés Core Network), una red de retorno y una red de acceso o bucle local.

200. Por otro lado, según el estudio “Global mobile industry trends”⁷⁰, a mayo de 2019, la Comisión Europea no había necesitado de ninguna intervención en contra de los descuentos por empaquetamiento incluidos en las ofertas convergentes fijo-móvil, debido a que las empresas ofertantes de un solo producto (competidoras de las incumbentes) habían sido capaces de mantenerse competitivos. Ello, considerando los descuentos aplicados por las empresas convergentes y el gran desarrollo que han tenido los paquetes 4Play.
201. En ese sentido, de acuerdo a los estudios mencionados, existe una tendencia, evidenciada en países europeos, hacia la provisión de ofertas convergentes en los mercados de servicios de telecomunicaciones. Asimismo, las empresas que prestan servicios convergentes fijo-móvil presentarían eficiencias por la oferta conjunta de estos servicios, que les permite ofrecer descuentos por empaquetamiento con el objetivo de lograr una ventaja competitiva sobre los operadores que solo ofrecen servicios móviles.

b. Justificación de los empaquetamientos⁷¹

202. Desde el punto de vista de la eficiencia (justificación en base a la eficiencia), el empaquetamiento permite generar economías de alcance en el consumo⁷² y economías de alcance en la producción y distribución⁷³.
203. Desde el punto de vista de la discriminación de precios (justificación en base a la discriminación de precios), el empaquetamiento constituye una alternativa para la discriminación de precios debido a que las diferencias en las valoraciones de estos servicios por parte de los consumidores llegan a ser menos pronunciadas que las diferencias en las valoraciones de los productos individuales.

Así, el empaquetamiento podría representar una expansión pura del mercado, lo cual sucede cuando este atrae a nuevos consumidores, los cuales previamente no compraban ningún producto. Además, el empaquetamiento podría mejorar las ventas hacia los consumidores existentes quienes previamente solo compraban algunos de los componentes del paquete.

c. Teorías del daño

204. Las siguientes teorías corresponden a los casos donde una empresa dominante en un mercado enfrenta una real o potencial competencia en otro mercado, para lo cual recurre a prácticas de ventas atadas, empaquetamientos y/o descuentos por empaquetamiento.

La teoría del daño del apalancamiento de poder de mercado

205. El argumento tradicional de las ventas atadas o los empaquetamientos como una modalidad de apalancamiento de poder de mercado señala que estos constituyen un mecanismo por el cual una empresa con poder de mercado en el mercado del producto vinculante puede monopolizar o ganar poder de mercado en el producto vinculado mediante el desarrollo de estas prácticas comerciales, las cuales en algunos casos podrían ser anticompetitivas según las características desarrolladas por las empresas.

⁷⁰ Dehiri y Williams, *Global mobile industry trends, implications for New Zealand*, 2019.

⁷¹ Esta sección se basa en Fumagalli, Motta y Calcagno, *Exclusionary practices*, 2018.

⁷² La compra de un paquete de productos puede generar un mayor valor a los consumidores que la compra individual de sus componentes. Por ejemplo, la compra del paquete puede reducir los costos de identificar la combinación más apropiada que satisfaga una necesidad compleja.

⁷³ La producción de dos o más bienes juntos puede permitir a los productores beneficiarse de las economías de alcance. Como ejemplo tenemos la prestación de los servicios de internet de banda ancha y el servicio de TV Paga mediante tecnología cablemódem o el servicio de internet de banda ancha y la telefonía fija mediante la tecnología DSL. Las economías de alcance obtenidas al proveer múltiples servicios permiten a los operadores proveerlos con un descuento por empaquetamiento.

206. Respecto de lo anterior, la literatura económica ha desarrollado argumentos a favor y en contra en relación a este enfoque sobre las ventas atadas o empaquetamientos como una práctica anticompetitiva.
207. Los **argumentos en contra** de que esta práctica podría ser una práctica anticompetitiva vienen por el lado de un grupo de académicos asociados con la tradición de la Universidad de Chicago, conocidos colectivamente como la “Escuela de Chicago”⁷⁴, señaló que una empresa con poder de monopolio en un mercado (el mercado del producto vinculante) no podría incrementar sus beneficios por monopolizar el mercado de otro producto (el mercado del producto vinculado).
208. Según estos académicos, el monopolista puede tener la habilidad, pero no el incentivo, para extender o apalancar su poder de mercado hacia el mercado de un producto complementario por medio de las ataduras o empaquetamientos. Ello se debe a que al elegir de manera apropiada el precio de sus productos cuando los vende de manera independiente, el monopolista logrará extraer más rentas de sus consumidores. Respecto a los paquetes o ataduras observados en los mercados, bajo la lógica de la Escuela de Chicago, estos se encuentran motivados por consideraciones de eficiencia o calidad más que por intentos de monopolización.
209. Al respecto, la crítica de la Escuela de Chicago ha sido influyente en ayudar a las autoridades de la competencia y Cortes a entender la racionalidad que se encuentra detrás de las prácticas de los empaquetamientos y ataduras. Este argumento provee de un marco analítico comparativo: cuando los supuestos de la crítica de Chicago se mantienen, las ataduras o paquetes en cuestión probablemente no representan un problema⁷⁵.
210. Los **argumentos en favor** de que esta práctica podría ser una práctica anticompetitiva vienen dados por un grupo de académicos que han desarrollado enfoques teóricos para explicar por qué puede ser racional para un monopolista el participar en actividades potencialmente anticompetitivas tales como las ataduras o los empaquetamientos⁷⁶.
211. En primer lugar, está la **teoría del daño basada en la extracción imperfecta de la renta**, la cual señala que cuando la empresa infractora presenta restricciones en la elección del precio del producto vinculante⁷⁷, al no poder extraer las rentas de eficiencia de un rival más eficiente en la oferta del producto vinculado, tendrá un incentivo para excluir a su rival mediante la vinculación. En estos casos, es crucial explicarse por qué la empresa alegada es incapaz de extraer la renta de eficiencia de la rival.
212. Al encontrarse esta teoría del daño relacionada a las prácticas de vinculaciones o ataduras, no explicaría la conducta investigada y denunciada por ENTEL motivo por el cual no es posible considerarla en la presente investigación debido a que la práctica denunciada consiste en un empaquetamiento mixto.
213. En segundo lugar, se encuentra la **teoría del daño basada en el compromiso de una fijación agresiva de precios**, la cual señala que la vinculación o empaquetamiento se produce como un medio para comprometerse en una conducta agresiva de precios, con la finalidad de disuadir la entrada en el mercado del producto vinculado⁷⁸. Esta teoría considera que el mercado del producto vinculado se caracteriza por una competencia oligopolista con fuertes economías de escala. En este escenario, mediante el empaquetamiento se busca intensificar la competencia en precios en el mercado vinculado, previniendo que los entrantes lleguen a una escala eficiencia y limitando con ello los beneficios que esperarían ganar en este mercado.

⁷⁴ Fumagalli, Motta y Calcagno, *op. cit.*, 2018, p. 352.

⁷⁵ Niels, Jenkins y Kavanagh, *op. cit.*, 2016.

⁷⁶ Fumagalli, Motta y Calcagno, *op. cit.*, 2018, pp. 425-427.

⁷⁷ Esto puede darse porque el precio tiene que ser negociado con algún gobierno o cuerpo regulador.

⁷⁸ En principio, desarrollado sobre el modelo de Whinston, *Tying, Foreclosure and Exclusion*, 1990.

214. Un requerimiento para hacer uso de esta teoría del daño es mostrar que el compromiso para vincular o empaquetar de la empresa infractora alegada es creíble y que dicha decisión no se puede revertir. Un punto importante, es que el empaquetamiento será rentable solo en la medida en que ello resulte en una disuasión de la entrada. Así, la empresa dominante solo se comprometerá en el empaquetamiento cuando tiene un conocimiento bastante exacto acerca de la estructura de costos de su rival y los probables beneficios que obtendría si se comprometiera con el empaquetamiento.
215. Esta teoría del daño no explicaría la conducta denunciada por ENTEL debido a que la preocupación en la competencia es sobre una potencial exclusión de los actuales operadores del mercado de servicios móviles y no sobre la disuasión de la entrada de nuevos competidores en este mercado. En consecuencia, esta teoría no explicaría la conducta investigada y denunciada por ENTEL motivo por el cual no es posible considerarla para justificar porque un empaquetamiento mixto podría ser anticompetitivo para el presente caso.
216. En tercer lugar, se encuentra **la teoría del daño basada en la posibilidad de entrada en todos los mercados**, la cual considera que es posible la entrada en todos los mercados de manera simultánea. El modelo que lo sustenta se refiere a industrias dinámicas donde el modo de entrada es a través de la innovación, con un importante gasto inicial en investigación y desarrollo (R&D, por sus siglas en inglés). Las ataduras o empaquetamientos actúan como una forma de incrementar las barreras a la entrada en un contexto donde los entrantes necesitan invertir en cada mercado donde la empresa alegada infractora se encuentra activa y se tiene una baja probabilidad de que la inversión sea exitosa, poniendo a las empresas competidoras en una posición para desafiar al incumbente.
217. Bajo esta teoría del daño, el incumbente necesita comprometerse con el empaquetamiento antes de que los entrantes tomen su decisión de inversión. Según señala Motta *et al.*, esta teoría del daño resulta ser bastante específica y resultaría ser difícil demostrar que las ataduras fueron emprendidas con un motivo estratégico.
218. De forma similar a la anterior teoría, en el presente caso la preocupación en la competencia es sobre una exclusión de los actuales operadores del mercado de servicios móviles y no sobre la disuasión de la entrada de nuevos competidores en este mercado. En consecuencia, esta teoría no explicaría la conducta investigada y denunciada por ENTEL motivo por el cual no es posible considerarla para justificar porque un empaquetamiento mixto podría ser anticompetitivo para el presente caso.
219. Finalmente, tenemos **la teoría del daño basado en descuentos por empaquetamiento anticompetitivos**, la cual se aplica cuando el descuento por empaquetamiento es la fuente del efecto exclusorio⁷⁹. Este caso corresponde a una situación donde una empresa es dominante en un mercado y ofrece un descuento sobre la compra de un paquete de productos. Sea el caso de un incumbente que tiene un monopolio en el mercado A, ofreciéndolo a un precio de monopolio, y ofrece un descuento a los consumidores si además compran el producto B. En este caso, el descuento por empaquetamiento representa una forma de implementar un bajo precio del producto B. Como consecuencia, un comprador que compra el producto B de una empresa rival de la empresa dominante pierde el descuento otorgado por el monopolista. Así, la empresa rival necesita ofrecer un precio suficientemente menor del producto B para compensar al comprador por la pérdida del descuento.

⁷⁹

Al respecto, en las teorías del daño descritas previamente, los efectos anticompetitivos de la empresa dominante eran generados por la decisión de vender dos o más servicios juntos (empaquetamientos) o por la decisión de condicionar la compra de un producto a la venta de otro producto (ataduras). En estos casos, el empaquetamiento tiene la finalidad de generar un compromiso creíble para una competencia agresiva en precios ante el caso de entrada, donde el precio tiene un rol indirecto y no es la fuente del efecto exclusorio.

220. En este caso el precio del producto B (precio incremental) de la empresa dominante puede ser tan bajo que un rival más eficiente puede ser excluido del mercado. Las razones del descuento por empaquetamiento se pueden encontrar entre las teorías sobre prácticas predatorias. Al respecto, la empresa dominante podría establecer en principio un precio predatorio para el producto B, sin necesidad de recurrir a estrategias comerciales que involucren al producto A. En estos casos, según señala Motta *et al.*, la teoría económica no explica por qué una empresa cuyo objetivo sea excluir a un rival en el mercado B prefiera recurrir a un descuento por empaquetamiento en lugar de a una práctica predatoria.
221. Al respecto, esta teoría del daño explicaría la conducta investigada y denunciada por ENTEL, debido a que la preocupación en la competencia es sobre la exclusión de los actuales operadores del mercado de servicios móviles mediante un fuerte descuento por empaquetamiento en los planes “Movistar Total”, el cual implicará un precio incremental del componente de servicio móvil no replicable por otra empresa con el mismo grado de eficiencia.
222. En **conclusión**, considerar el empaquetamiento mixto como una posible práctica anticompetitiva, mediante la cual una empresa traslada su posición de dominio de un mercado (producto vinculante) a otro mercado (producto vinculado), se explicaría mediante la teoría del daño basado en descuentos por empaquetamiento anticompetitivos.

d. El estándar de la prueba

223. En la sección anterior se mostró que la **teoría del daño basado en descuentos por empaquetamiento anticompetitivos** es la pertinente para analizar la conducta investigada y denunciada por ENTEL. A continuación, se analizará la práctica desarrollada por las agencias de competencia internacional en relación a los metodos utilizados para evaluar un posible empaquetamiento anticompetitivo.

Estados Unidos

224. En las directrices para el cumplimiento de la Sección 2 de la Ley Sherman del año 2008⁸⁰, se señaló que pocas decisiones han sido abordadas bajo un análisis legal del descuento por empaquetamiento bajo dicha normativa. Así, los tribunales que han abordado el tema han empleado algún tipo de prueba basada en los costos para determinar si el precio del paquete está por debajo de alguna medida de costos. Sin embargo, debido a que no existe una forma particular para la aplicación de esta prueba, el Departamento de Justicia de EE.UU. (en adelante, DOJ por sus siglas en inglés) propone la aplicación de una serie de criterios *safe harbors*⁸¹ de precio-costo que deberían servir para el análisis de los descuentos por empaquetamiento.
225. Las directrices de competencia consideran dos teorías del daño aplicadas a los descuentos por empaquetamiento, para las cuales se aplican diferentes *safe harbor* dependiendo de si es posible o no una competencia entre paquetes. Estas medidas buscarían reducir los costos administrativos de los procedimientos por prácticas de monopolización, al reducir el riesgo de condenaciones erróneas de conductas y limitar el potencial *chilling effect*⁸² sobre los descuentos por empaquetamiento legítimos o procompetitivos.

⁸⁰ Department of Justice, *op. cit.*, 2008.

⁸¹ Los *safe harbors* consisten en reglas per se de legalidad, que especifican que cierta conducta no viola una norma.

⁸² El efecto de desaliento es entendido por la Corte Suprema de los Estados Unidos como un recurso “para declarar inconstitucionales normas que sancionaban conductas que pueden desalentar al conjunto de los ciudadanos del ejercicio en sus derechos ante el temor a ser sancionados por infringir una norma cuyo alcance resulta impreciso, ya sea por su excesiva amplitud o por su vaguedad con que aparece definido.” Cuerda, María, *Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto de desaliento*, 2007.

- Una primera teoría del daño a la competencia **aplica cuando es razonablemente posible**⁸³ **la competencia entre paquetes**. Esta teoría es similar a la teoría del daño de precios predatorios aplicados a todo el paquete y considera evaluar el precio del paquete de productos. En este caso, una fijación de precios por debajo de los costos podría forzar a los competidores a salir del mercado, posterior a ello, la empresa dominante podría elevar los precios por encima de los niveles de competencia. En caso contrario, sin precios por debajo de los costos, los competidores con igual grado de eficiencia podrían igualar el precio del paquete, sin verse afectada la competencia.
- Una segunda teoría del daño se **aplica cuando no es razonablemente posible una competencia entre paquetes**, el DOJ propone establecer un *safe harbor* basado en la asignación del descuento a un/unos servicios del paquete, mediante el cual el descuento por empaquetamiento del monopolista pase por una prueba donde se compare una medida apropiada de los costos del producto competitivo con el precio imputado del producto, conocida como la prueba de atribución del descuento. Este precio imputado es el resultante de asignar todos los descuentos y reembolsos atribuibles al empaquetamiento⁸⁴. Cuando el descuento por empaquetamiento se encuentre fuera del *safe harbor*, este será ilegal sólo cuando: i) no tenga beneficios procompetitivos, o ii) si en caso existan beneficios procompetitivos, el descuento produzca daños mayores a estos beneficios.

226. En conclusión, el DOJ considera que un desarrollo claro de los estándares administrativos para analizar los descuentos por empaquetamiento sería promovido mediante el uso de adecuadas pruebas de precio-costo (los *safe harbor*), las cuales según se ha mostrado varían dependiendo de si la competencia entre paquetes es o no razonablemente posible.

Comunidad Europea

227. La Guía de la Comisión Europea señala que los descuentos multiproducto aplicados por las empresas con posición de dominio pueden ser contrarios a la competencia en el mercado vinculado o vinculante⁸⁵ cuando el descuento es tan grande que los competidores con igual grado de eficiencia que solo ofertan una parte de los componentes no pueden competir contra el paquete objeto del descuento.

228. Al respecto, la Guía de la Comisión contempla dos pruebas alternativas para evaluar si un descuento multiproducto es anticompetitivo, la cual dependerá de si el descuento se trata de una competencia de un paquete contra otros paquetes o no, como se describe a continuación:

- Por un lado, cuando una competencia entre paquetes no es razonablemente posible, entonces se compara el precio incremental que los consumidores pagan por cada producto con el LRAIC de cada producto del paquete de la empresa dominante. La Comisión no intervendrá cuando el precio incremental

⁸³ Cuando un competidor individual puede proveer todos los productos del paquete, cuando múltiples competidores pueden formar un equipo para proveer su propio paquete, o cuando consumidores sofisticados pueden juntar sus propios paquetes.

⁸⁴ Sibley, Sibley y Stallings, *Tying and Bundled Discounts: An Equilibrium Analysis of Antitrust Liability Tests*, 2016. Esta prueba fue propuesta en el caso *PeaceHealth*

$$P_1^B - \frac{\text{descuento de A}}{\text{unidades de venta de B}} \geq C_1^B$$

Donde:

C_1^B : Costo variable promedio de producir el bien B de la empresa 1.

P_1^B : Costo variable promedio de producir el bien B de la empresa 1.

⁸⁵ Para ello se consideran dos mercados de productos vinculados por la relación de compra, un mercado del producto de la empresa dominante (producto vinculante) y otro producto del mercado donde se cuenta con competencia (producto vinculado).

de cada uno de los productos que conforman el paquete se encuentra por encima del LRAIC. Por otra parte, la Comisión señala que podrá proceder a un control de la conducta si el precio incremental se encuentra por debajo del LRAIC, debido a que la empresa con posición de dominio podrá impedir la expansión o la entrada al mercado incluso de un competidor con igual grado de eficiencia.

- Por otra parte, cuando una competencia entre paquetes sí es razonablemente posible se debe de comparar si el precio del paquete en su conjunto es predatorio⁸⁶.

229. Respecto a las eficiencias, la Comisión Europea examinará las alegaciones de la empresa dominante, sobre si las prácticas de venta por paquetes suponen un ahorro a la producción o la distribución en beneficio de los consumidores, también se analizarán si tales prácticas reducen los costos de transacción. Asimismo, examinará si la combinación de dos productos independientes en un único producto permite aumentar la capacidad de introducirlo en el mercado en beneficio de los consumidores, entre otros puntos.

230. Finalmente, es importante mencionar que, en lo referente a las conductas excluyentes basadas en el precio, la Comisión Europea ha señalado que en caso los datos sugieran que un competidor con igual grado de eficiencia pueda competir eficazmente en precios con la empresa dominante, en principio se deducirá que no es probable que el comportamiento de la empresa dominante tenga un efecto negativo en la competencia efectiva, ni sobre los consumidores y por lo tanto será improbable que intervenga. En caso contrario, cuando los precios aplicados por la empresa dominante puedan excluir a las empresas con igual grado de eficiencia, la Comisión incorporará este elemento en su evaluación general del cierre anticompetitivo del mercado. Asimismo, tendrá en cuenta otras pruebas cuantitativas y cualitativas que considere pertinente⁸⁷.

Los Lineamientos de Libre Competencia del OSIPTEL

231. Los Lineamientos de Competencia, en lo referente a los descuentos por empaquetamiento, contemplan el caso donde no es posible una competencia entre paquetes. Para este caso de abuso de posición de dominio, los lineamientos establecen una serie de criterios a seguir por las instancias de solución de controversias del OSIPTEL para su evaluación⁸⁸:

- Bienes diferentes, para que haya atadura o empaquetamiento los bienes deben ser diferentes desde el punto de vista de la demanda.
- Efectos de exclusión, la práctica debe estar destinada a excluir a los competidores ya sea en el mercado del bien vinculado o atado trasladando la posición de dominio.
- Ausencia de justificación objetiva, la conducta podría ser legítima si existe justificación objetiva para realizarla si se produjeran eficiencias que beneficien a los consumidores y compensen los efectos anticompetitivos.

⁸⁶ La Comisión ha señalado que “si las pruebas indican que los competidores de la empresa dominante están vendiendo paquetes idénticos, o podrían hacerlo en el momento adecuado sin que los costes adicionales les disuadieran de ello, la Comisión considerará generalmente que se trata de una competencia de un paquete contra otro paquete, en cuyo caso la pregunta pertinente no es si los ingresos incrementales cubren los costes incrementales de cada producto del paquete, sino más bien si el precio del paquete en su conjunto es predatorio”.

⁸⁷ Numeral 27 de la guía para la aplicación del artículo 102 a las prácticas exclusorias de la Comisión. Un precio individual de uno de los servicios del empaquetamiento supera el precio total del empaquetamiento. No se considera el elemento de coerción debido a que en los casos de empaquetamientos mixtos no es necesario demostrar que existe coerción explícita.

232. Respecto a los casos donde es posible una competencia entre paquetes los Lineamientos de Competencia no señalan como analizarlos. No obstante, siendo que las agencias de competencia internacionales lo evalúan como un caso de precio predatorio multiproducto, se toman en cuenta las recomendaciones que realizan los Lineamientos de Competencia sobre las prácticas de precios predatorios.
233. Al respecto, los Lineamientos de Competencia señalan que los precios predatorios se caracterizan por tener un efecto negativo en los competidores, originados por el depredador (empresa con posición de dominio) que cobra un precio lo suficientemente bajo, que impide o limita la presencia de competidores en el mercado. Los precios predatorios constituyen una conducta de prohibición relativa, por lo que son sancionados en aquellos casos que se demuestren que la misma podría tener efectos negativos en el bienestar de los consumidores en el largo plazo.
234. Asimismo, los Lineamientos de Competencia exigen un requisito de intencionalidad en la práctica. Entre los elementos de juicio para determinar la existencia de intencionalidad se tienen los siguientes:
- (i) Duración de la práctica.
 - (ii) Nivel de diferencias entre la tarifa y los costos.
 - (iii) Diferencia entre los precios establecidos por el dominante y los establecidos por los competidores.
 - (iv) Políticas de precios desarrolladas por el operador dominante en distintas zonas geográficas.
 - (v) Ausencia de oferta por parte de los competidores.
 - (vi) Resultados de la práctica en términos de incremento de la cuota de mercado por parte del operador dominante en detrimento de sus competidores.

Conclusiones sobre el estándar de la prueba

235. A partir de lo revisado, el estándar de la prueba empleado en los casos de descuentos por empaquetamiento varía en función de si los competidores de la empresa dominante estén o no vendiendo paquetes similares, o puedan hacerlo sin incurrir en costos adicionales que los disuadan de ello.
236. El tipo de análisis de precio costo a emplear en el presente caso dependerá de si es posible o no una competencia entre paquetes, por lo cual resulta clave precisar el escenario de competencia entre paquetes al cual se refieren los diferentes estándares de la prueba revisados (DOJ de EE. UU. y la Comisión Europea).
237. La competencia entre paquetes se encuentra relacionada a la teoría del daño de precios predatorios de una oferta multiproducto, donde la empresa con posición de dominio emplea un descuento por empaquetamiento tan grande como para excluir a otras empresas que ofrecen paquetes similares. Esta teoría resulta aplicable en aquellos casos donde se encuentre que las empresas afectadas son aquellas que ofrecen paquetes idénticos. En este escenario, el estándar de la prueba consiste en comparar si el precio del paquete en su conjunto es predatorio.
238. Por otro lado, cuando no hay competencia entre paquetes la teoría del daño aplicable es la del apalancamiento de poder de mercado donde la empresa con posición de dominio emplea un descuento por empaquetamiento que no tiene como efecto excluir del mercado a otro operador que ofrece un paquete similar, sino a empresas que ofrecen algunos componentes del paquete. En ese sentido, esta teoría resulta aplicable en aquellos casos donde se encuentre que las empresas afectadas son aquellas que ofrecen algunos componentes del paquete. En este escenario, el estándar de la prueba consiste en comparar el precio incremental (o precio imputado) con el costo incremental de proveer el producto (LRAIC en la Comisión Europea).
239. Finalmente, es importante destacar que la Guía de la Comisión Europea considera que en los casos donde un competidor con igual grado de eficiencia pueda competir

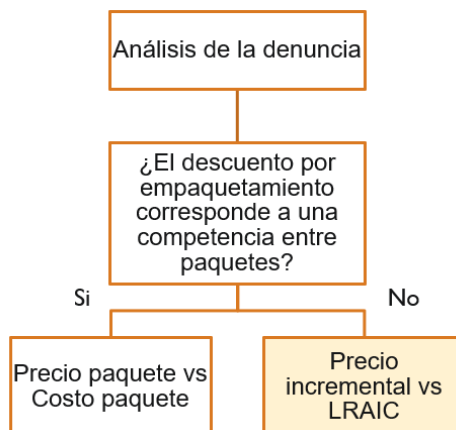
eficazmente en precios con la empresa dominante se considerara que en principio no es probable que el comportamiento de la empresa dominante tenga un efecto negativo en la competencia efectiva.

e. Metodología práctica para analizar el caso

240. La metodología seguida por el Cuerpo Colegiado Permanente servirá para evaluar y determinar si el descuento por empaquetamiento aplicado por la empresa investigada en sus planes “Movistar Total” debe ser considerado como una práctica anticompetitiva y si esta conducta debe ser sancionada. Para ello:

- (i) En primer lugar, se identificará el mercado relevante, para luego pasar a identificar si la empresa investigada cuenta con posición de dominio.
- (ii) Seguidamente, se procederá a evaluar la existencia de la conducta denunciada, para lo cual se determinará primero si el descuento ofrecido en los planes “Movistar Total” corresponde a una competencia entre paquetes o no. Posteriormente, se determinará el tipo de test precio-costo que deberá aplicarse, siguiendo los criterios señalados en el siguiente gráfico.

Gráfico N° 3: Definición



Elaboración: STCCO

- Si se determina que el descuento sí corresponde a una competencia entre paquetes entonces se evaluará si el precio del paquete se encuentra por encima de los costos del paquete.
 - Si se determina que el descuento no corresponde a una competencia entre paquetes entonces se evaluará si el precio incremental se encuentra por encima de su LRAIC.
- (iii) Posteriormente, se procederá a evaluar los efectos que la conducta tiene o podría tener en la competencia en el mercado afectado. Para ello, se evaluarán indicadores de competencia del mercado de servicios móviles, tales como cuotas de mercado y portabilidad. Finalmente, se evaluarán los posibles efectos de la conducta.

VI. ANÁLISIS DE LA CONDUCTA INVESTIGADA

VI.1 PLANTEAMIENTO DEL CASO

241. El presente procedimiento requiere de un análisis particular sobre el desarrollo de las ofertas convergentes toda vez que es la primera oferta lanzada al mercado peruano de telecomunicaciones de estas características. Asimismo, el mercado peruano no cuenta con ningún tipo de regulación sobre replicabilidad de ofertas como si existe en otros

países como España, en el cual, al agente con poder de mercado (Telefónica de España) se le establece como obligaciones el análisis *ex ante* de las ofertas lanzadas a fin de determinar potenciales efectos sobre el mercado de telecomunicaciones.

242. En el presente caso, la conducta objeto de imputación es una posible práctica de abuso de posición de dominio en la modalidad de descuentos por empaquetamiento, de acuerdo con el literal h) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA, a través de los planes “Movistar Total”, la cual se formuló de la siguiente forma:

El ofrecimiento de un descuento condicionado a la contratación de todos (o casi todos) los servicios de TELEFÓNICA, a través de los planes “Movistar Total” (los planes referidos consisten en empaquetamientos o paquetes de servicios fijos y móviles).

De este modo, la presunta práctica de abuso de posición de dominio se desarrolló a través de los servicios empaquetados, cuyo efecto es la reducción de la competencia en el mercado de telefonía móvil en beneficio de TELEFÓNICA, y perjudicando en el mediano y largo plazo a los usuarios de este último servicio.

243. Cabe precisar que el inicio de la conducta denunciada se habría producido con el lanzamiento de los planes “Movistar Total”, la cual se mantiene vigente hasta octubre de 2020 (fecha de emisión de la presente resolución).
244. El Cuerpo Colegiado Permanente evaluará si existen indicios razonables de un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de descuentos por empaquetamiento, de acuerdo con el literal h) del artículo 10.2 del TUO la LRCA. Específicamente, se analizará si existen indicios razonables de los siguientes requisitos:
- Que TELEFÓNICA ostente de posición de dominio en el mercado relevante.
 - Que TELEFÓNICA haya realizado una estrategia de descuentos por empaquetamiento (conducta investigada) que no supere el estándar de prueba aplicable.
 - Que, mediante su conducta, TELEFÓNICA ha producido un efecto excluyente, obteniendo beneficios y que haya causado perjuicios al mercado de forma directa o indirecta.
245. Cabe recordar que, para que se configure un abuso de posición de dominio, es necesario que estos tres requisitos se presenten de forma concurrente. En tal sentido, bastará que falte uno de ellos para que la conducta investigada no constituya un abuso de posición de dominio y, por tanto, no sea sancionable.
246. Con relación al primer requisito, para que se configure un abuso de posición de dominio, el supuesto infractor debe ostentar posición de dominio o, dicho de otro modo, debe tener la capacidad para influir de manera unilateral en las condiciones de oferta o demanda del mercado, por razones tales como su cuota de participación, el nivel de concentración, la presencia de barreras de entrada y la inexistencia de competencia potencial, entre otras.
247. El cumplimiento de este requisito no puede evaluarse en abstracto, sino que debe analizarse en relación con un mercado específico. En ese sentido, para determinar la existencia de posición de dominio, es necesario definir previamente el mercado relevante en el que el presunto infractor ostentaría esta posición.
248. En lo que se refiere al segundo requisito, para que se configure un abuso de posición de dominio, se debe verificar que el supuesto infractor realizó la conducta que se le atribuye en su calidad de dominante. Así, por ejemplo, de concluirse que no hubo una competencia entre paquetes, los descuentos injustificados por empaquetamiento se producen cuando los precios de los servicios se encuentran por debajo de los costos de provisión o cuando el precio incremental del servicio se encuentra por debajo del costo incremental (LRAIC).

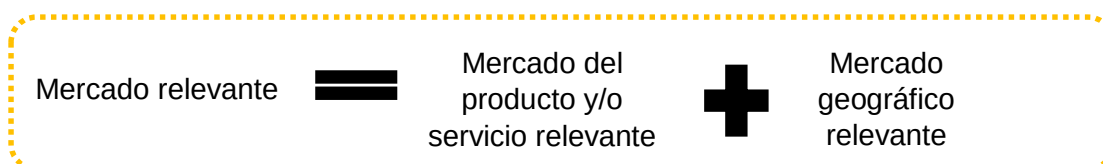
249. Con relación al tercer requisito, para que se configure un abuso de posición de dominio, el supuesto infractor debe obtener beneficios y causar perjuicios a partir de la conducta investigada. Este requisito se refiere a la necesidad de verificar que la infracción denunciada afectó la competencia a favor del presunto infractor (o de alguna empresa vinculada) y en detrimento de sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos, y, por ende, del bienestar de los consumidores.

VI.2. ANALISIS DE LA POSICIÓN DE DOMINIO

a. DEFINICIÓN DEL MERCADO RELEVANTE

250. El primer requisito para evaluar la conducta es definir el mercado relevante, la cual debe ceñirse a lo establecido en la normativa de libre competencia existente en el Perú. Por ello, la metodología seguida en el presente informe para determinar el mercado relevante va en línea con lo establecido por el TUO de la LRCA y los Lineamientos de Competencia, de modo que la delimitación del mercado relevante se realiza sobre la dimensión del producto relevante y la dimensión geográfica.

Gráfico N° 4: Definición del mercado relevante



Elaboración: OSIPTEL

251. Según el TUO de la LRCA⁸⁹, el mercado de producto relevante es el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Así, una vez identificado el producto de la conducta investigada deben determinarse aquellos productos que sean capaces de sustituirlo. Al respecto, el TUO de la LRCA señala que en el análisis de sustitución se deben evaluar las preferencias de los consumidores, las características usos y precios de los posibles sustitutos; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución.
252. De otro lado, la delimitación geográfica considera el área de concesión otorgada a los operadores para la prestación del servicio. Sin perjuicio de ello, teniendo en cuenta la sustituibilidad por el lado de la oferta, en algunos casos se podrá considerar que el ámbito geográfico de la delimitación del mercado relevante incluya distritos o zonas cercanas a aquella donde opera la empresa investigada, en la medida que las empresas que operan en las áreas cercanas podrían ingresar a la zona donde actúa la empresa investigada.
253. En el presente caso, la denuncia se refiere a un supuesto apalancamiento de poder de mercado por parte de TELEFÓNICA desde los mercados de servicios fijos hacia el mercado de servicios móviles a través de los paquetes 4Play. No obstante, en la medida en que los paquetes de servicios fijos pertenezcan a mercados distintos de los servicios individuales, y la empresa denunciada mantenga una posición de dominio en estos mercados, también resultaría posible que el apalancamiento de poder de mercado pueda realizarse desde los mercados de paquetes de servicios fijos (y no desde servicios fijos individuales).

⁸⁹

TUO de la LRCA

"Artículo 6.- El mercado relevante. -

6.1. El mercado relevante está integrado por el mercado de producto y el mercado geográfico.

6.2. El mercado de producto relevante es, por lo general, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución".

254. De esta manera, hay diversos productos que pueden ser considerados para la elección del producto focal⁹⁰, pudiendo existir incluso más de uno. Entre los productos a considerar como productos focales se encuentran los servicios individuales de telefonía fija, internet fijo y televisión de paga, los diferentes paquetes 2Play y los paquetes 3Play.

255. Por otra parte, respecto de los casos donde se intenta determinar si existe un problema de apalancamiento de poder de mercado, BEREC⁹¹ señala lo siguiente:

“87. More generally, it is important to consider what the focal product should be in a market definition exercise. For example, if the analysis is trying to determine whether there is a problem with leverage of market power, assessing whether there is a separate market for the bundle of services (i.e. taking the bundle as the focal product of the market definition exercise) may not be the appropriate test.

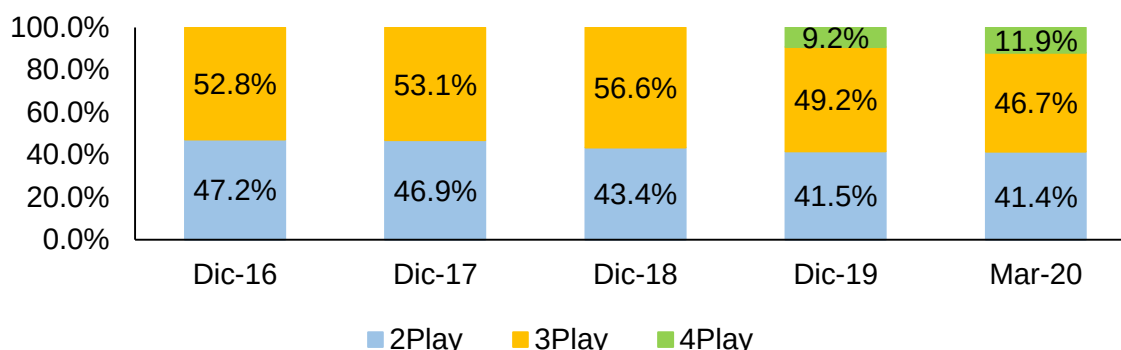
88. As discussed above, it is possible to define a market for the bundle of services, while still defining separate markets for the individual services. The presence of a separate market for the bundle of services, therefore, does not necessarily indicate that there is no problem with leverage. When assessing leverage of market power, therefore, it may make sense to focus on whether there are separate markets for the individual services.” (p.16) (El subrayado es nuestro)

256. Así, cuando se trata de determinar si existe un problema de apalancamiento de poder de mercado, resulta apropiado evaluar si existen mercados separados para los productos que conforman el paquete, de manera que se pueda identificar el producto o productos focales sobre el cual se produce el análisis del mercado relevante.

257. Para la elección del producto o los productos focales se debe evaluar las diferentes combinaciones de servicio a fin de evidenciar desde qué combinaciones de servicios se pueden crear los paquetes 4Play y desde los cuales se podría llevar adelante un posible apalancamiento de poder de mercado dado las facilidades de sustitución entre paquetes.

258. Según se observa en el siguiente gráfico previo a la aparición de los planes “Movistar Total” en el año 2019, la evolución de los paquetes de servicios se caracterizó por el continuo crecimiento de los paquetes 3Play y una evolución casi constante de los paquetes 2Play. Posteriormente, la introducción de los paquetes 4Play en el 2019 significó la reducción de los paquetes 3Play, mientras que la cantidad de paquetes 2Play no mostró mayores cambios.

Gráfico N° 5: Evolución de los paquetes de servicios según número de componentes



Fuente: Empresas operadoras

Elaboración: OSIPTEL

⁹⁰ El producto focal se define como el principal producto bajo investigación.

⁹¹ BEREC, *BEREC report on impact of bundled offers in retail and wholesale market definition*, 2010.

259. En ese sentido, se observa que los descuentos por empaquetamiento de los paquetes 4Play atraen principalmente a los usuarios que contratan los paquetes 3Play. Ello, debido a las mayores facilidades de sustitución (hacia el paquete 4Play) con la que cuentan los suscriptores con paquete 3Play, al solo requerir agregar al paquete 3Play los servicios móviles.
260. Por ello, de considerarse que TELEFÓNICA tiene poder mercado en paquetes 3Play, estos pueden servir de base para apalancar ese poder de mercado hacia los mercados de servicios móviles.
261. En relación a los paquetes 2Play se evaluará si los descuentos por empaquetamiento de los paquetes 4Play pueden tener la capacidad de atraer a estos usuarios. En caso de darse lo anterior, de existir poder de mercado, se puede entender que es posible un apalancamiento desde los paquetes 2Play hacia los mercados de servicios móviles.
262. En consecuencia, los productos focales sobre los cuales se realizará el análisis de apalancamiento de poder de mercado son los paquetes 3Play y 2Play.

a.1 Mercado del producto

263. De acuerdo a lo señalado en los Lineamientos de Libre Competencia, la definición del mercado de producto parte por determinar el nivel comercial en el que se brinda el producto o servicio materia de la conducta investigada. Al respecto, los servicios individuales de telefonía fija, internet fijo, TV paga y servicios móviles, y los paquetes de servicios 2Play, 3Play y 4Play pertenecen al mercado aguas abajo, al tratarse de servicios ofrecidos a los usuarios finales.
264. ENTEL señaló que el mercado relevante deberá incluir a todos los productos que resulten sustitutos desde el punto de vista de los usuarios (sustitución de la demanda), concluyendo que el mercado de producto está comprendido por los servicios de acceso a Internet fijo a través de medios alámbricos y el servicio de TV Paga. Al respecto, TELEFÓNICA señaló que el análisis de la denuncia presenta una serie de deficiencias metodológicas que distorsionan sus conclusiones, lo cual conllevaría a una reducción en el tamaño de los mercados en los que se desarrolla la conducta investigada y generaría la apariencia de que el poder de mercado de TELEFÓNICA es superior al real.
265. Entre las recomendaciones que TELEFÓNICA señaló se encuentran la utilidad de recurrir a herramientas como las encuestas o entrevistas a los demandantes del producto o servicio investigado para conocer su opinión sobre lo que consideran como sustitutos cercanos. Respecto a la selección de los mercados de acceso a Internet y de TV Paga para la definición del mercado relevante, TELEFÓNICA señaló que se ha desestimado la inclusión de ciertos servicios que sí podrían formar parte de los mercados respectivos. Entre estos productos alternativos se encontrarían los servicios de transmisión de contenidos audiovisuales por internet (OTT por sus siglas en inglés) por ser un potencial sustituto de la TV Paga, y los servicios de acceso a internet fijo inalámbrico e internet móvil por ser potenciales sustitutos del servicio de internet fijo alámbrico.
266. Asimismo, la empresa ha señalado en sus alegatos que se debería incluir los paquetes 2Play, particularmente los conformados por Internet fijo y TV Paga, toda vez que existe sustituibilidad con los paquetes 3Play.
267. Cabe señalar que TELEFÓNICA lanzó en enero de 2020 los planes “Movistar Total”⁹², los cuales ofrecen paquetes con servicios fijos (TV Paga + Internet fijo + Telefonía fija) y servicios móviles (telefonía móvil), siendo una primera aproximación a una oferta convergente.

Gráfico N° 6: Publicidad oferta “Movistar Total”



Fuente: Página web de la empresa operadora (recogido el 27/08/20)

Elaboración: OSIPTEL

268. Estos paquetes de servicios fijos y móviles ofrecen descuentos en la tarifa mensual respecto de la contratación separada de dichos servicios que, en promedio, fueron de 18% en la fecha de lanzamiento y de 13.4% en agosto de 2020, aproximadamente.

Cuadro N° 2: Descuentos ofrecidos en los paquetes “Movistar Total”⁹³

Descuento	Ene-19	Abr-19	Agos-20
Mínimo	-13.2%	-13.2%	-6.8%
Promedio	-18.0%	-16.3%	-13.4%
Máximo	-21.9%	-19.3%	-19.3%

Fuente: SIRT

Elaboración: OSIPTEL

269. La oferta “Movistar Total” se encuentra enfocada en la contratación de los principales servicios de telecomunicaciones a través de una única empresa (TELEFÓNICA) motivo por el cual, su publicidad y descuento se asocia sobre la contratación de los paquetes 3Play de redes fijas (TV Paga + Internet fijo + Telefonía fija).
270. En las siguientes secciones se evaluó lo señalado por ENTEL y TELEFÓNICA a fin de determinar el mercado relevante donde se evaluará la conducta denunciada.

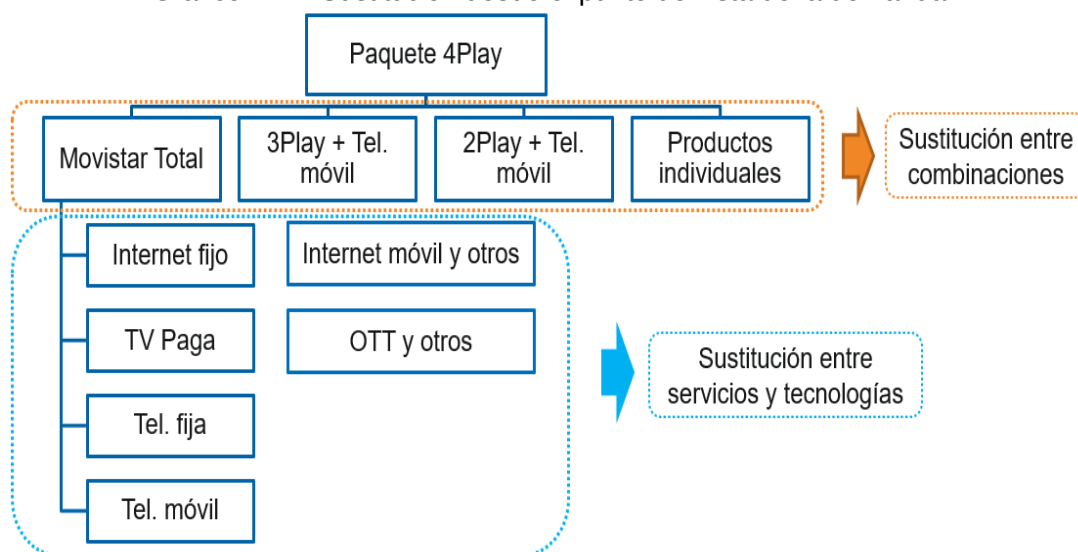
Sustitución por el lado de la demanda

271. Dado que los productos focales sobre los cuales se realizará el análisis de apalancamiento de poder son los paquetes 3Play y los paquetes 2Play, a continuación, se evalúa la existencia de sustitución entre estos paquetes y el servicio “Movistar Total”, así como la posible sustitución entre el servicio ofrecido a través de las diferentes tecnologías para el servicio de Internet fijo y TV Paga. Cabe señalar que adicionalmente se evaluó la sustitución entre productos individuales y la oferta “Movistar Total” a fin de evaluar lo señalado por ENTEL en relación con este tipo de sustitución.
272. El Gráfico N° 7 resume los posibles escenarios en función de las características que presentan⁹⁴.

⁹³ El descuento consideró la diferencia entre la tarifa por contratar el trio más el servicio móvil respecto de la tarifa de contratar el servicio mediante la oferta “Movistar Total”.

⁹⁴ De acuerdo con la sección 4.3 de la Metodología y Procedimiento, para determinar el mercado relevante se debe realizar un análisis previo de todos los servicios.

Gráfico N° 7: Sustitución desde el punto de vista de la demanda

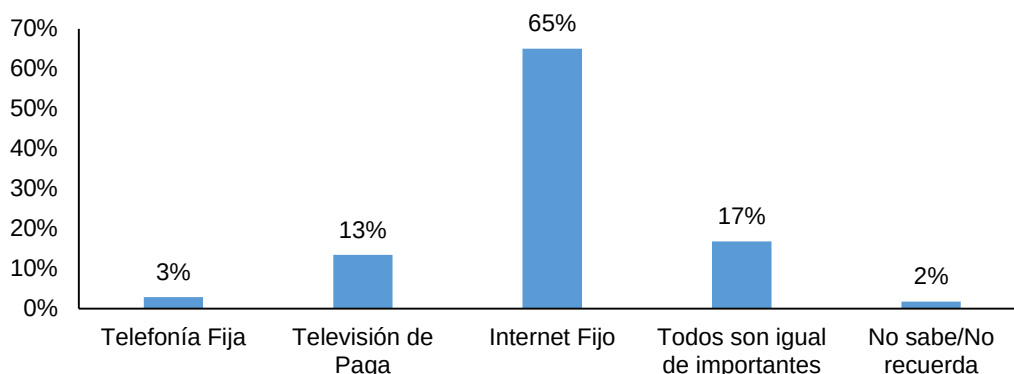


Elaboración: OSIPTEL

Sustitución entre combinaciones

273. En su Escrito N° 16, TELEFÓNICA señaló que la combinación de servicios 2Play conformado por Internet fijo más TV Paga formaría parte del mercado relevante bajo los siguientes criterios:
- (iv) La existencia de las ofertas 2Play que contienen los servicios “más populares” de los tríos (Internet fijo y TV Paga) y la constante caída de la demanda de telefonía fija.
274. Asimismo, la empresa señaló que un análisis de precios sobre dúos “ensamblados”, por los consumidores, de Internet fijo y OTT (por las iniciales en inglés de over the top) de contenidos serían sustitutos de los servicios 3Play
275. En relación a la sustitución de los paquetes 2Play (Internet fijo más TV Paga), el Cuerpo Colegiado Permanente realizó un análisis en esta sección referida a dicha combinación mientras que en secciones posteriores se realizó un análisis sobre la sustitución entre TV Paga y OTT de contenidos a fin de evaluar la segunda combinación planteada por TELEFÓNICA.
276. En su Escrito N° 6, ENTEL señaló que existen hogares que pueden tener los cuatro servicios de manera individual de diferentes operadores o tres servicios (Internet, TV Paga y móvil o 2Play, TV Paga y móvil) de diferentes operadores, los cuales podrían perfectamente migrar a “Movistar Total” debido a los precios anticompetitivos que ofrece. Adicionalmente, el componente de telefonía fija en los Planes “Movistar Total” tiene un precio de solo S/ 10 por lo que, inclusive los hogares que no tienen telefonía fija o no están interesados en telefonía fija, podrían decidir contratar “Movistar Total” debido a los precios anticompetitivos e irreplicables del paquete.
277. El Cuerpo Colegiado Permanente evaluó la sustitución entre de combinaciones a fin de determinar si los consumidores serían susceptibles de migrar hacia el producto “Movistar Total”.
278. La sustitución de servicios contratados de forma individual involucra comparar las contrataciones donde se encuentren los servicios de TV Paga e Internet fijo considerando que el servicio de telefonía fija es el menos valorado de los servicios empaquetados según la ERESTEL 2018 (ver Gráfico N° 8).

Gráfico N° 8: Si su hogar tuviera que elegir el servicio más importante de su paquete ¿Cuál sería?

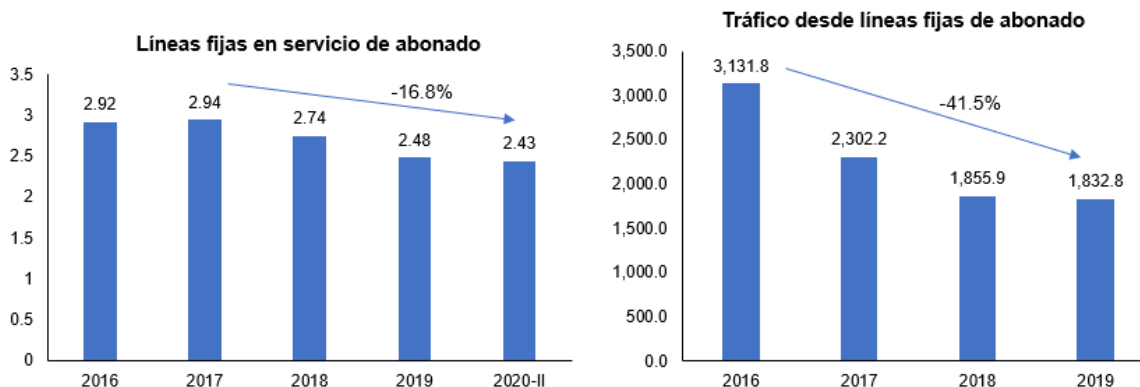


Fuente: ERESTEL 2018

Elaboración: OSIPTEL

279. Asimismo, este último servicio ha mostrado un decrecimiento en su uso (medido a través del tráfico originado) así como en su contratación (líneas en servicio) siendo el primero el que ha presentado mayor reducción (ver Gráfico N° 9), lo cual se explicaría debido a que los consumidores contratan el servicio de telefonía fija en los paquetes 3Play pero no lo usan dado que ahora utilizan otros medios de comunicación (redes sociales, videollamadas entre otros).

Gráfico N° 9: Indicadores de desempeño del servicio de Telefonía fija de abonado



Fuente: Empresas operadoras

Elaboración: OSIPTEL

280. En virtud de lo anterior, se evaluaron dos combinaciones de servicios individuales a fin de compararlos con el paquete "Movistar Total". Los criterios para analizar la sustitución consideran dos aspectos: i) aspectos relacionados a los precios y ii) aspectos relacionados a las preferencias por contratar servicios empaquetados. Los siguientes gráficos muestran las combinaciones evaluadas, las cuales se diferencian en relación a la contratación del servicio de telefonía fija de abonado.

Gráfico N° 10: Sustitución contratación individual vs. "Movistar Total" (agosto 2020)





Elaboración: OSIPTEL

281. Las combinaciones anteriores reflejan mayores tarifas que el servicio “Movistar Total” por lo cual desde el punto de vista de los precios resulta más atractivo contratar este servicio que una contratación individual de todos los servicios. Es decir, contratar un paquete 3Play o 2Play (Internet fijo + TV Paga) representan menores tarifas que contratarlos de forma desempaquetada. No obstante lo anterior, los consumidores que contratan estos servicios de forma desempaquetada revelan una preferencia por este tipo de contratación.
282. Esta preferencia por contratar de forma desempaquetada se explicaría por una preferencia por la calidad y/o alguna característica particular de un operador motivo por el cual, no resulta razonable considerar que la mayor proporción de los consumidores que contratan de forma individual los servicios evaluados preferirían migrar al paquete “Movistar Total”.
283. Otras combinaciones posibles la constituyen los paquetes de servicios 3Play y 2Play de Internet fijo más TV Paga con telefonía móvil. Los siguientes gráficos muestran las combinaciones evaluadas, las cuales se diferencian en relación a la contratación del servicio de telefonía fija de abonado.

Gráfico N° 11: Sustitución contratación empaquetada + telefonía móvil vs. “Movistar Total” (agosto 2020)



Elaboración: OSIPTEL

284. Las combinaciones anteriores reflejan mayores tarifas que el servicio “Movistar Total” por lo cual desde el punto de vista de los precios resulta más atractivo contratar este servicio empaquetado. Asimismo, los consumidores que contratan estos servicios de forma empaquetada revelan una preferencia por este tipo de contratación.
285. Por lo anterior, resulta razonable considerar que los consumidores que contratan por separado paquetes 3Play con telefonía móvil y/o 2Play (TV Paga + Internet fijo) con telefonía móvil podrían migrar al paquete “Movistar Total”. Por lo tanto, el producto focal

son los paquetes 3Play y 2Play y no la combinación de los servicios que los conforman contratados por separado.

286. En virtud de lo anterior, se estima lo alegado por TELEFÓNICA en relación a que los paquetes 2Play de Internet fijo y TV Paga podrían formar parte del mercado relevante a setiembre de 2020.

Sustitución entre servicios

TV Paga vs. OTT de contenidos (Netflix, Amazon Prime entre otros)

287. En su Escrito N° 16, TELEFÓNICA señaló que el servicio de los OTT (por las iniciales en inglés de *over the top*) de contenidos y el servicio de TV Paga formarían parte del mercado relevante bajo los siguientes criterios:

- (v) Las características mismas de estos servicios.
- (vi) El dinamismo del mercado de OTT de contenidos.

288. Asimismo, la empresa ha señalado que un análisis estático de la competencia en este mercado no permite entender a plenitud el funcionamiento de este. Los estudios mostrados permiten concluir la existencia de una tendencia a un mayor consumo de servicios OTT de contenidos, al mismo tiempo que existe una reducción del consumo de TV paga; lo cual permite concluir su condición de sustituto.

289. Al respecto, el OSIPTEL mediante informe N° 148-GPRC/2019 que sustenta la Resolución de Consejo Directivo N°159-2019-CD/OSIPTEL⁹⁵ que estableció “Aprobar la publicación para comentarios del Proyecto sobre la Determinación de Proveedores Importantes en el mercado N° 35; Acceso Mayorista al servicio de Televisión de Paga.” realizó un análisis sobre la sustituibilidad de estos servicios concluyendo lo siguiente:

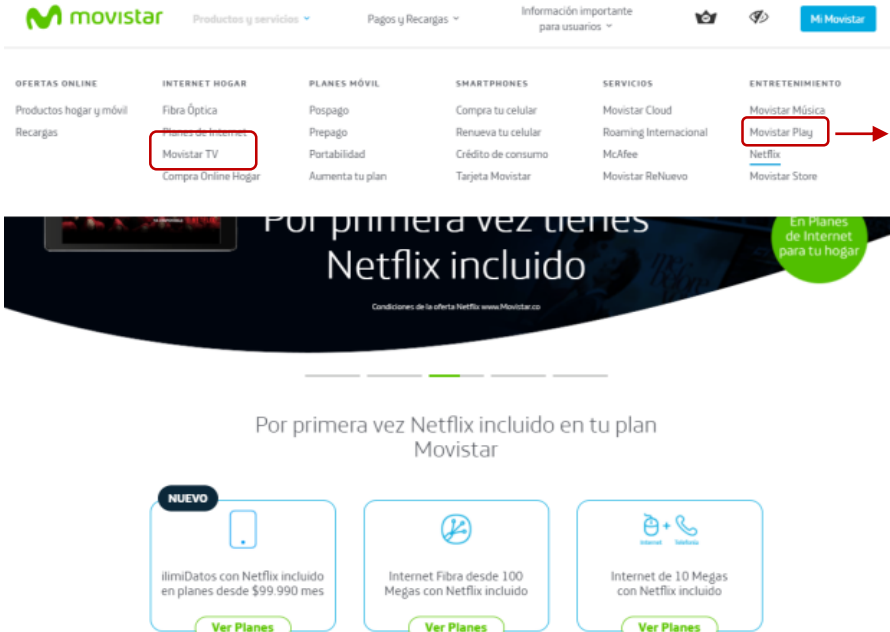
“En conclusión, el acceso a los contenidos mediante TV Paga y los OTT de contenidos pagados (Netflix, HBO GO, Primer Amazon entre otros) u OTT de contenidos gratuitos (por ejemplo You Tube) no se podrían considerar sustitutos a septiembre de 2019.” (subrayado propio).

290. Dicho informe realizó un análisis detallado de las cuotas de mercado y contenidos ofrecidos en ambos servicios (TV Paga y OTT de contenidos) encontrando que no se podrían considerar sustitutos como ha sido señalado por TELEFÓNICA.
291. Adicionalmente, el Cuerpo Colegiado Permanente realizó un análisis de la oferta comercial de las empresas encontrado que las propias empresas de telecomunicaciones ofrecen los servicios de TV Paga y OTT de contenidos de forma conjunta, lo cual no resulta razonable si estos fueran sustitutos pues estarían compitiendo consigo mismas. Al respecto, se ha observado que las empresas ofrecen este servicio como un complemento a su oferta de TV Paga como se puede apreciar a continuación:

⁹⁵

Publicado en el diario oficial *El Peruano* el día LUNES 02/12/19. Resolución que aprobó la publicación para comentarios del Proyecto sobre la Determinación de Proveedores Importantes en el mercado N° 35; Acceso Mayorista al servicio de Televisión de Paga.

Gráfico N° 12: Movistar Colombia



The screenshot shows the Movistar Colombia website. At the top, there's a navigation bar with the Movistar logo and links for 'Productos y servicios', 'Pagos y Recargas', and 'Información importante para usuarios'. Below this, there's a grid of service categories: OFERTAS ONLINE, INTERNET HOGAR, PLANES MÓVIL, SMARTPHONES, SERVICIOS, and ENTRETENIMIENTO. In the 'ENTRETENIMIENTO' section, 'Movistar Play' and 'Netflix' are highlighted with a red box and an arrow pointing to a callout box that says 'Ofrecido junto con TV Paga'. Below the grid, there's a large banner for 'Por primera vez tienes Netflix incluido' with a green circle indicating 'En Planes de Internet para tu hogar'. Underneath the banner, there's a section titled 'Por primera vez Netflix incluido en tu plan Movistar' with three cards: 'ilimiDatos con Netflix incluido en planes desde \$99.990 mes', 'Internet Fibra desde 100 Megs con Netflix incluido', and 'Internet de 10 Megs con Netflix incluido'. Each card has a 'Ver Planes' button.

Fuente: Página web de la empresa (recogido el 28/09/20). Ver <https://bit.ly/3icxmrJ>
 Elaboración: OSIPTEL

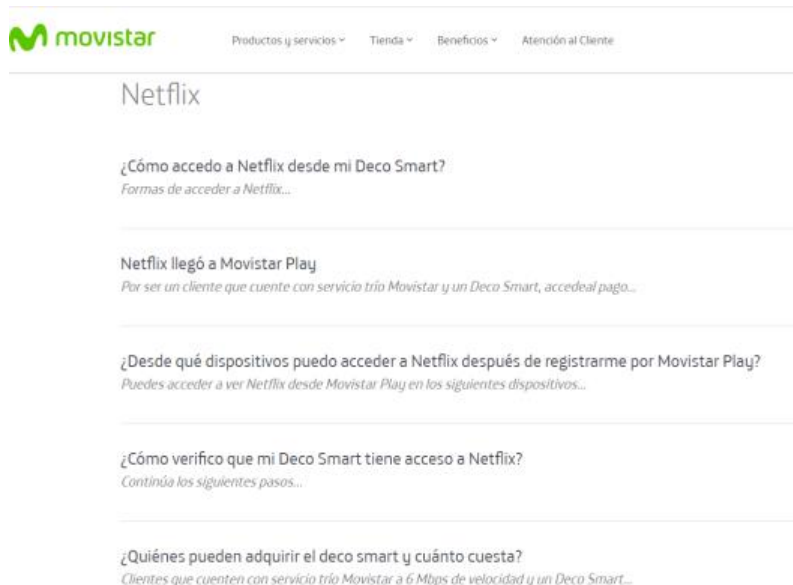
Gráfico N° 13: Movistar Chile



The screenshot shows the 'Más entretenimiento' section of the Movistar Chile website. It features a header with the title 'Más entretenimiento' and a subtitle 'Una sección completa para contratar servicios de video a través de Movistar Play, con cargo a tu boleta Movistar'. Below this, there are several service cards. The first row includes 'amazon prime video' (with a 'Ver más' button) and 'NETFLIX' (with a 'Ver más' button and a 'Suscríbete en Movistar Play' button showing a price of 'Desde \$5.940/mes'). The second row includes 'HBO GO' (with a 'Ver contenido incluido' button and a price of '\$7.490/mes'), 'FOX PREMIUM' (with a 'Ver contenido incluido' button and a price of '\$7.490/mes'), 'FOX SPORTS PREMIUM' (with a 'Ver contenido incluido' button and a price of '\$9.990/mes'), and 'CDF HD' (with a 'Ver contenido incluido' button and a price of '\$10.990/mes'). Each card has a 'Contratar' button.

Fuente: Página web de la empresa (recogido el 28/09/20). Ver <https://bit.ly/3jaZ1dS>
 Elaboración: OSIPTEL

Gráfico N° 14: Movistar Perú



Fuente: Página web de la empresa (recogido el 28/09/20). Ver <https://bit.ly/3kWlpH0>
Elaboración: OSIPTEL

Gráfico N° 15: Movistar España

¡DOBLE PROMO 3 MESES!	¡DOBLE PROMO 3 MESES!	¡DOBLE PROMO 3 MESES!
Fusión Inicia 600Mb X2	Fusión Inicia 100Mb X4	Fusión Inicia 600Mb X4
Televisión - Más de 80 canales #0, #vamos y TDT - Netflix Estándar (2xHD)	Televisión - Más de 80 canales #0, #vamos y TDT - Netflix Premium (4xUHD)	Televisión - Más de 80 canales #0, #vamos y TDT - Netflix Premium (4xUHD)
3 líneas móviles 1ª: Llamadas, SMS y GB ilimitados 2ª: 0 cts/min y 30cts/SMS 5GB 3ª: 0 cts/min y 30cts/SMS 200MB	3 líneas móviles 1ª: Llamadas, SMS y GB ilimitados 2ª: 0 cts/min y 30cts/SMS 5GB 3ª: 0 cts/min y 30cts/SMS 200MB	3 líneas móviles 1ª: Llamadas, SMS y GB ilimitados 2ª: 0 cts/min y 30cts/SMS 5GB 3ª: 0 cts/min y 30cts/SMS 200MB
Fijo e Internet - Llamadas ilimitadas a fijos - Fibra simétrica 600Mb	Fijo e Internet - Llamadas ilimitadas a fijos - Fibra simétrica 100Mb	Fijo e Internet - Llamadas ilimitadas a fijos - Fibra simétrica 600Mb
86€ 39,9€/mes	83€ 39,9€/mes	90€ 39,9€/mes
ME INTERESA	ME INTERESA	ME INTERESA

Fuente: Página web de la empresa (recogido el 28/09/20). Ver <https://bit.ly/3kWlpH0>
Elaboración: OSIPTEL

292. Por otro lado, existen algunos pronunciamientos internacionales de autoridades en materia de competencia y/o regulación que han emitido opinión sobre la relación de los OTT de contenidos y la TV Paga, así como la relación observada entre las empresas de telecomunicaciones y los OTT de contenidos:

- En Colombia, la Comisión de Regulación de Comunicaciones realizó un estudio sobre los OTTs denominado “*El rol de los servicios OTT en el sector de las telecomunicaciones en Colombia*”⁹⁶ en el cual encontró que no hay indicios para afirmar la existencia de *Cord-nevers*, *Cord-shaving* y *Cord-cutting* producto de la coexistencia de la TV Paga y los OTT al 2019. Lo anterior refleja que ambos servicios no pueden ser considerados como sustitutos.
- En México, el Instituto Federal de Telecomunicaciones señaló que los OTT de contenidos y los servicios de TV Paga no se pueden considerar dentro de un mismo mercado relevante⁹⁷. El estudio desarrollado por el regulador señaló lo siguiente en relación a la relación de los OTT y los Servicios de Televisión y Audio Restringido:

“Además, hay elementos que indican que los servicios OTT son complementarios al STAR. Corrobora lo anterior, la percepción de algunos proveedores de STAR que han incorporado a su oferta comercial el acceso a contenidos audiovisuales a través de Internet, algunos agentes económicos los reconocieron como complementos.

Si bien los OTT constituyen alternativas para que los usuarios finales accedan a contenidos audiovisuales, actualmente no es posible considerarlos como sustitutos o una restricción competitiva relevante al servicio STAR de acuerdo a las condiciones actuales del ambiente tecnológico y económico en México.” (subrayado propio).

293. En conclusión, el acceso a los contenidos mediante TV Paga y los OTT de contenidos pagados (Netflix, HBO GO, Primer Amazon entre otros) u OTT de contenidos gratuitos (por ejemplo, You Tube) no son sustitutos de la TV Paga y por ende no pueden formar parte del mismo mercado relevante a septiembre de 2020.
294. En virtud de lo anterior se desestima lo alegado por TELEFÓNICA en relación a que los servicios OTT de contenidos formarían parte del mercado relevante.

Internet fijo alámbrico vs. Internet fijo inalámbrico

295. En su Escrito N° 16, TELEFÓNICA señaló que el servicio de Internet fijo alámbrico y el servicio de Internet fijo inalámbrico formarían parte del mercado relevante bajo los siguientes criterios:
- i. Desde la perspectiva del consumidor, la velocidad de navegación y los topes de descarga no afectan la experiencia de éste, motivo por el cual se puede satisfacer la demanda con ambos servicios.
 - ii. Que ambos servicios tengan características diferentes no resulta suficiente para excluirlo del mercado relevante, sobre todo, si dichas características no impactan en la experiencia del consumidor al hacer uso de los servicios.
 - iii. El análisis de la cobertura geográfica antes que comprobar la complementariedad de ambos servicios, muestra que la existencia de sustitución. El hecho de que actualmente se ofrezcan tríos con internet inalámbrico permite comprobar que satisface la misma necesidad del consumidor. Ante lo cual, debería incluirse este dentro del mercado.

⁹⁶ Disponible en <http://bit.ly/2IV5osL>. Fecha de última consulta: 9 de octubre de 2020.

⁹⁷ Lo anterior se incluye en el acuerdo de pleno número P/IFT/240217/104, en el cual se determinó que Grupo Televisa S.A.B. de C.V. detenta poder sustancial en el mercado de la provisión del servicio de televisión y audio restringido. Mayor información ver página 405 del documento en el siguiente enlace <https://bit.ly/3gMh8VH>. Fecha de última consulta: 9 de octubre de 2020.

296. Al respecto, el OSIPTEL mediante Informe N° 147-GPRC/2019 que sustenta la Resolución de Consejo Directivo N°154-2019-CD/OSIPTEL⁹⁸ que dispone la “Determinación de Proveedores Importantes en el Mercado N° 25: Acceso Mayorista para Internet y Transmisión de Datos - Segunda Revisión.” realizó un análisis sobre la sustituibilidad de estos servicios concluyendo lo siguiente:

“Dado lo observado anteriormente, el servicio de Internet fijo comercializado a través de medios alámbricos e inalámbricos no podrían ser considerados, en este momento, como parte de un mismo mercado relevante dadas sus características diferenciadas (diferentes rangos de velocidades, diferentes precios, diferentes niveles de cobertura, diferencias tecnológicas y la existencia de topes de capacidad en el servicio inalámbrico). No obstante lo anterior, se debe evaluar a futuro la expansión del servicio así como el incremento de velocidades a fin de determinar si integran un mismo mercado”.

297. Posteriormente, el informe N° 020-GPRC/2020 que sustentó la Resolución de Consejo Directivo N° 026-2020-CD/OSIPTEL⁹⁹ denominado “Disponer la revisión del régimen tarifario aplicable al servicio de acceso a internet fijo prestado por la empresa operadora Telefónica del Perú S.A.A.” señaló lo siguiente en relación al poder de mercado de TELEFÓNICA en la provisión del servicio de Internet fijo:

*“Como se observa, los incrementos tarifarios se han dado de manera sostenida y han afectado a una gran cantidad de usuarios. **Ante esta capacidad de Telefónica de ejercer este poder de mercado, sin que las fuerzas competitivas puedan disciplinar su comportamiento**, se recomienda evaluar la aplicación de medidas asimétricas a Telefónica que puedan disciplinar su ejercicio de poder de mercado tales como: (i) incrementar el plazo para comunicar al OSIPTEL del incremento de tarifas, (ii) incrementar la cantidad de información a proveer al abonado, (iii) brindarle alternativas de migración de plan, (iv) regulación tarifaria, entre otras.” (énfasis agregado).*

298. De los informes señalados se deduce que ENTEL y América Móvil, que ofrecen el servicio de Internet fijo inalámbrico, no ejercen presión competitiva al servicio de Internet fijo alámbrico brindado por TELEFÓNICA. Es decir, no pueden ser considerados como sustitutos para los consumidores.
299. Finalmente, el Informe N° 048-GPRC/2020 que sustentó la Resolución de Consejo Directivo N° 059-2020-CD/OSIPTEL que establece las “Normas Especiales para la Prestación del Servicio de Acceso a Internet Fijo aplicables a Telefónica del Perú S.A.A.” ha señalado que los servicios de Internet fijo alámbrico e Internet fijo inalámbrico no podrían ser considerados como sustitutos toda vez que presentan diferentes características.
300. El Cuerpo Colegiado Permanente realizó un análisis de sustitución entre ambas modalidades de acceso (internet fijo alámbrico e inalámbrico) encontrando que el servicio de Internet fijo inalámbrico cuenta con tarifas mensuales por el servicio superiores y una capacidad de navegación (GB) inferior respecto del servicio de Internet fijo alámbrico como se observa en el siguiente cuadro.

⁹⁸ Publicado en el diario oficial *El Peruano* el día lunes 02/12/19. Resolución que aprobó la determinación de Proveedores Importantes en el Mercado N° 25: Acceso Mayorista para Internet y Transmisión de Datos - Segunda Revisión.

⁹⁹ Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 15/02/20.

Cuadro N° 3: Comparación de las tarifas entre servicios de Internet fijo alámbrico e inalámbrico

Internet fijo alámbrico		Internet fijo inalámbrico	
AMÉRICA MÓVIL (HFC y FTTx)		Entel (Internet inalámbrico)	
Características	Valores	Características	Valores
Tarifa mensual	S/50	Tarifa mensual	S/74
Velocidad de descarga (Mbps)	10	Velocidad de descarga (Mbps)	10
Tope de navegación (GB)	1,000	Tope de navegación (GB)	250

AMÉRICA MÓVIL (HFC y FTTx)		TELEFÓNICA (HFC y FTTx)	
Características	Valores	Características	Valores
Tarifa mensual	S/59	Tarifa mensual	S/59.9
Velocidad de descarga (Mbps)	20	Velocidad de descarga (Mbps)	20
Tope de navegación (GB)	1,000	Tope de navegación (GB)	Ilimitado

AMÉRICA MÓVIL (Internet inalámbrico)		Entel (Internet inalámbrico)	
Características	Valores	Características	Valores
Tarifa mensual	S/79	Tarifa mensual	S/79
Velocidad de descarga (Mbps)	20	Velocidad de descarga (Mbps)	20
Tope de navegación (GB)	400	Tope de navegación (GB)	1,024

AMÉRICA MÓVIL (Internet inalámbrico)	
Características	Valores
Tarifa mensual	S/90
Velocidad de descarga (Mbps)	20
Tope de navegación (GB)	550

Fuente: Empresas operadoras

Elaboración: OSIPTEL

301. A fin de evaluar la sustituibilidad de ambos servicios se homogenizó las características comerciales ofrecidas en ambos servicios considerando las características del servicio de Internet fijo alámbrico toda vez que este servicio es el comercializado en la oferta “Movistar Total”. El siguiente cuadro presenta ambas ofertas con características, aproximadamente, similares.

Cuadro N° 4: Comparación de las tarifas entre servicios de Internet fijo alámbrico e inalámbrico

Internet fijo alámbrico		Internet fijo inalámbrico	
AMÉRICA MÓVIL		Entel	
Características	Valores	Características	Valores
Tarifa mensual	S/50	Tarifa mensual	S/74
Velocidad de descarga (Mbps)	10	Velocidad de descarga (Mbps)	10
Tope de navegación (GB)	1,000	Tope de navegación (GB)	250

AMÉRICA MÓVIL		TELEFÓNICA	
Características	Valores	Características	Valores
Tarifa mensual	S/59	Tarifa mensual	S/59.9
Velocidad de descarga (Mbps)	20	Velocidad de descarga (Mbps)	20
Tope de navegación (GB)	1,000	Tope de navegación (GB)	Ilimitado

AMÉRICA MÓVIL		Entel	
Características	Valores	Características	Valores
Tarifa mensual	S/169	Tarifa mensual	S/79
Velocidad de descarga (Mbps)	20	Velocidad de descarga (Mbps)	20
Tope de navegación (GB)	1000	Tope de navegación (GB)	1,024

AMÉRICA MÓVIL	
Características	Valores
Tarifa mensual	S/90
Velocidad de descarga (Mbps)	20
Tope de navegación (GB)	550

Fuente: Empresas operadoras

Elaboración: OSIPTEL

Nota: Según registró SIRT TECN/202000110, América Móvil ofrece 100 GB por S/ 15 en su servicio de Internet fijo inalámbrico motivo por el cual 600 GB extras equivalen a S/ 90. No se encontró paquetes de recarga de datos en el servicio de Entel.

302. Si aplicamos un “pequeño pero significativo y no-transitorio” incremento de hasta 10% (Test del monopolista hipotético), los consumidores con el servicio de Internet fijo alámbrico no migrarían al servicio de Internet fijo inalámbrico, sino que aceptarían el

incremento dado que el primero representó una reducción promedio de 26.4% en la tarifa del servicio respecto del segundo. Esto aun considerando las diferencias en relación a la capacidad de navegación en el plan de 10 Mbps que ofrece un 75% menos de capacidad de navegación (GB) en Internet fijo inalámbrico respecto de Internet fijo alámbrico.

Cuadro N° 5: Comparación de tarifas entre Internet fijo alámbrico e Internet inalámbrico

Internet fijo alámbrico		Internet fijo inalámbrico		Variación
10 Mbps (América Móvil)	S/50.0	10 Mbps (Entel)	S/74.0	-32.4%
20 Mbps (América Móvil)	S/59.0			
20 Mbps (Telefónica)	S/59.9	20 Mbps (Entel)	S/79.0	-24.2%
Promedio	S/56.3	Promedio	S/76.5	-26.4%

Elaboración: OSIPTEL

Nota: No se consideró la tarifa del servicio de América Móvil dado que este representa valores uy superiores a los comercializados por su más cercano competidor Entel motivo por el cual, se esperaría que los consumidores migren a este operador ante incrementos tarifarios.

303. Adicionalmente, el servicio de Internet fijo alámbrico cuenta con una conexión directa al modem lo cual le permite ofrecer una mejor experiencia en relación al servicio de Internet fijo inalámbrico que cuenta con una conexión indirecta, lo cual puede generar mayores interrupciones en el servicio.
304. En virtud de lo anterior, no resulta razonable considerar que un consumidor que se enfrenta a ambos servicios sustituiría el servicio de Internet fijo alámbrico por el servicio de Internet fijo inalámbrico toda vez que el primero ofrece menores tarifas y mayores capacidades de navegación (GB) a septiembre de 2020.
305. Por tanto, se desestima lo alegado por TELEFÓNICA en relación a que el servicio de Internet fijo inalámbrico (considerado de manera individual) podría formar parte del mercado relevante.

Internet fijo alámbrico vs. Internet LTE

306. El Cuerpo Colegiado Permanente realizó un análisis de sustitución entre ambas modalidades de acceso encontrando que si bien a nivel de tarifas, el servicio de Internet LTE cuando tarifas similares al servicio de Internet fijo alámbrico este último cuando con mayores capacidades de navegación (+500 GB en América Móvil e ilimitado en TELEFÓNICA).

Cuadro N° 6: Comparación de las tarifas entre servicios de Internet fijo alámbrico e Internet LTE

Internet fijo alámbrico		Internet LTE	
AMÉRICA MÓVIL		AMÉRICA MÓVIL	
Características	Valores	Características	Valores
Tarifa mensual	S/50	Tarifa mensual	S/50.0
Velocidad de descarga (Mbps)	10	Velocidad de descarga (Mbps)	10
Tope de navegación (GB)	1,000	Tope de navegación (GB)	500
AMÉRICA MÓVIL		TELEFÓNICA	
Características	Valores	Características	Valores
Tarifa mensual	S/59.0	Tarifa mensual	S/59.9
Velocidad de descarga (Mbps)	20	Velocidad de descarga (Mbps)	20
Tope de navegación (GB)	1,000	Tope de navegación (GB)	Ilimitado
		AMÉRICA MÓVIL	
Características	Valores	Características	Valores
Tarifa mensual	S/59.0	Tarifa mensual	S/59.0
Velocidad de descarga (Mbps)	20	Velocidad de descarga (Mbps)	20
Tope de navegación (GB)	500	Tope de navegación (GB)	500

Elaboración: OSIPTEL

307. A fin de evaluar la sustituibilidad de ambos servicios se homogeneizaron las características comerciales ofrecidas en ambos servicios considerando las características del servicio de Internet fijo alámbrico toda vez que este servicio es el comercializado en la oferta “Movistar Total”. El siguiente cuadro presenta ambas ofertas con características, aproximadamente, similares.

Cuadro N° 7: Comparación de las tarifas entre servicios de Internet fijo alámbrico e Internet LTE

Internet fijo alámbrico		Internet LTE	
AMÉRICA MÓVIL		AMÉRICA MÓVIL	
Características	Valores	Características	Valores
Tarifa mensual	S/50	Tarifa mensual	S/125.0
Velocidad de descarga (Mbps)	10	Velocidad de descarga (Mbps)	10
Tope de navegación (GB)	1,000	Tope de navegación (GB)	1,000

AMÉRICA MÓVIL		TELEFÓNICA		AMÉRICA MÓVIL	
Características	Valores	Características	Valores	Características	Valores
Tarifa mensual	S/59.0	Tarifa mensual	S/59.9	Tarifa mensual	S/134.0
Velocidad de descarga (Mbps)	20	Velocidad de descarga (Mbps)	20	Velocidad de descarga (Mbps)	20
Tope de navegación (GB)	1,000	Tope de navegación (GB)	Ilimitado	Tope de navegación (GB)	1,000

Elaboración: OSIPTEL

Nota: Según registró SIRT TECN2020000110, América Móvil ofrece 100 GB por S/ 15 en su servicio de Internet fijo LTE motivo por el cual 500 GB extras equivalen a S/ 75.

308. Si aplicamos un “pequeño pero significativo y no-transitorio” incremento de hasta 10% (Test del monopolista hipotético), los consumidores con el servicio de Internet fijo alámbrico no migrarían al servicio de Internet LTE sino que aceptarían el incremento dado que el primero representó una reducción promedio de 57% en la tarifa del servicio respecto del segundo.

Cuadro N° 8: Comparación de tarifas entre Internet fijo alámbrico e Internet LTE

Internet fijo alámbrico		Internet LTE		Variación
10 Mbps (América Móvil)	S/50.0	10 Mbps (América Móvil)	S/125.0	-60.0%
20 Mbps (América Móvil)	S/59.0	20 Mbps (América Móvil)	S/134.0	-56.0%
20 Mbps (Telefónica)	S/59.9	20 Mbps (América Móvil)	S/134.0	-55.3%
Promedio	S/56.3	Promedio	S/131.0	-57.0%

Elaboración: OSIPTEL

309. Adicionalmente, el servicio de Internet fijo alámbrico cuenta con una conexión directa al modem lo cual le permite ofrecer una mejor experiencia en relación al servicio de Internet LTE que cuenta con una conexión indirecta, lo cual puede generar mayores interrupciones en el servicio.
310. En virtud de lo anterior no resulta razonable suponer que un consumidor que se enfrenta a ambos servicios considere sustituir el servicio de Internet fijo alámbrico por el servicio de Internet LTE toda vez que el primero ofrece menores tarifas y mayores capacidades de navegación (GB) a junio de 2020.
311. Por tanto, se desestima lo alegado por TELEFÓNICA en relación a que el servicio de Internet fijo LTE podría formar parte del mercado relevante a setiembre de 2020.

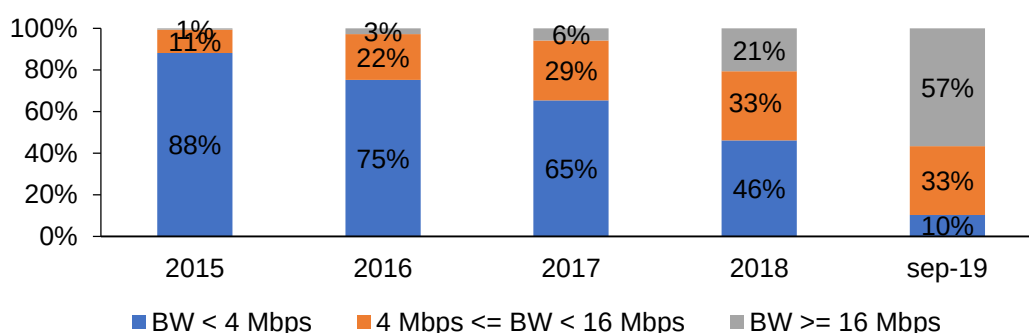
Sustitución entre planes según velocidades de descarga

312. Las diferentes ofertas tarifarias de paquetes que contengan Internet fijo presentes en el mercado se diferencian principalmente por la velocidad de descarga de este servicio. A agosto de 2020, es posible encontrar paquetes con velocidades de internet fijo desde

15 Mbps hasta los 400 Mbps. En ese sentido, corresponde evaluar la sustitución de los planes de paquetes según rango de velocidades a fin de determinar si estos forman parte de un mismo mercado o si por el contrario pertenecen a mercados distintos.

313. Para ello, se recurre al concepto de “cadena de sustitución”, el cual consiste en que dentro de un mercado relevante no es necesario que todos los productos sean sustitutos el uno con el otro, puede ser suficiente que algunos productos sean sustitutos indirectos de otros productos para ser incluidos en el mismo mercado¹⁰⁰.
314. Lo anterior sugiere que dos tipos de paquetes con grandes diferencias de velocidad de internet fijo, por ejemplo, una conexión con velocidad de descarga de 15 Mbps y otra conexión con velocidad de 50 Mbps, podrán ser sustitutos de manera indirecta, y así pertenecer al mismo mercado relevante, siempre que exista una cadena de sustitución entre ambos productos. Esta cadena de sustitución existirá cuando las tarifas de ambos paquetes se encuentren restringidas por la sustitución de ambos paquetes por un paquete intermedio (p.ej. un paquete de 30 Mbps).
315. Según se observa en el Gráfico N° 16 en los últimos años se ha venido produciendo una rápida sustitución en el servicio de internet fijo hacia conexiones de mayor velocidad de descarga. Así, mientras que en el año 2017 las conexiones con velocidades inferiores a los 4 Mbps representaban el 65% del total de conexiones, estas se redujeron a un 10% a setiembre de 2019. Por otra parte, las conexiones con velocidades superiores a los 16 Mbps se incrementaron significativamente, al pasar de representar el 6% en el 2017 a un 57% en setiembre de 2019.
316. En ese orden de ideas, en los últimos años se ha producido una rápida sustitución hacia mayores velocidades de conexión, con un 70% de conexiones con velocidades por debajo de los 20Mbps y un 21% de conexiones con velocidades entre 20-50Mbps¹⁰¹. En ese sentido, dada la rápida dinámica del mercado, se considera que en un mediano plazo los usuarios que contraten velocidades superiores a los 50 Mbps sean los usuarios que actualmente contratan velocidades entre 20-50 Mbps. Asimismo, el rápido aumento en la velocidad de conexión a internet no supondría un similar incremento en las necesidades de conexión por parte de los usuarios, por lo que estos podrían considerar como sustitutos las conexiones de menores velocidades.

Gráfico N° 16: Evolución de las conexiones de internet fijo según rangos de velocidad de descarga (Mbps)



Fuente: Empresas operadoras. Elaboración: STCCO.

317. En consecuencia, esta STCCO considera que existe una cadena de sustitución entre las diferentes velocidades de conexión a internet fijo, por lo cual, los diferentes paquetes de Internet fijo y TV Paga diferenciados por velocidad de conexión a internet fijo pertenecen a un mismo mercado relevante a setiembre de 2020.

¹⁰⁰

O' Donoghue y Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, 2013.

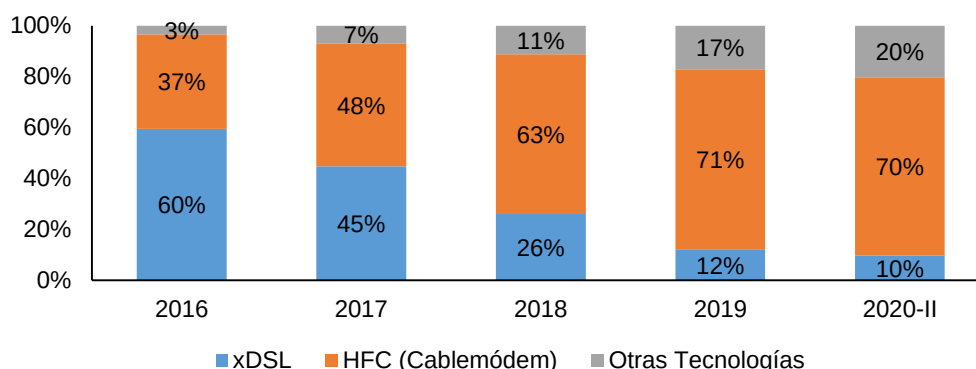
¹⁰¹

De acuerdo al estudio que determina el proveedor importante en el mercado N°25, a junio de 2019, el 21% de las conexiones de los principales operadores de internet fijo se encontraron entre 20-50 Mbps, mientras que un 9% de las conexiones se encontraron por encima de los 50 Mbps.

Sustitución entre tecnologías

318. Respecto a la sustitución entre tecnologías, a partir de la revisión de las ofertas tarifarias se encuentra que los paquetes que incluyen Internet fijo y TV Paga son comercializados mediante tecnologías HFC (cable coaxial) y FTTx (fibra óptica) por parte de TELEFÓNICA y América Móvil a septiembre de 2020.
319. En relación a las conexiones mediante tecnología xDSL, estas se han venido reduciendo de forma sostenida a lo largo del tiempo pero aún mantienen un 10% de las conexiones de Internet fijo comercializadas a junio de 2020, la cual es provista principalmente por TELEFÓNICA (ver Gráfico N° 17).

Gráfico N° 17: Evolución de la participación de las conexiones de Internet fijo por tecnología



Fuente: Empresas operadoras

Elaboración: OSIPTEL

320. Al respecto, el OSIPTEL mediante informe N° 147-GPRC/2019 que sustenta la Resolución de Consejo Directivo N°154-2019-CD/OSIPTEL¹⁰² que dispone la “Determinación de Proveedores Importantes en el Mercado N° 25: Acceso Mayorista para Internet y Transmisión de Datos - Segunda Revisión.” realizó un análisis sobre la sustituibilidad entre tecnologías de Internet fijo concluyendo lo siguiente¹⁰³:

*“En relación con las tarifas mensuales, en el Gráfico N° 40 se aprecia que los planes comercializados a través de las tecnologías HFC y FTTx presentaron las mismas tarifas. En tal sentido, ante un incremento de tarifas en alguna de las dos tecnologías, los consumidores podrían migrar a cual más les convenga. **En cuanto a los planes provistos mediante la tecnología xDSL, ante un incremento de tarifas, los consumidores podrían migrar hacia las otras tecnologías puesto que estas presentan tarifas menores o similares. Sin embargo, este cambio solo sería factible en este sentido dado que las conexiones provistas mediante HFC y FTTx presentan menores tarifas y mayores velocidades de descarga, no siendo factible la sustitución desde HFC y FTTx hacia xDSL sin reducir los atributos del servicio.**” (énfasis y subrayado propio).*

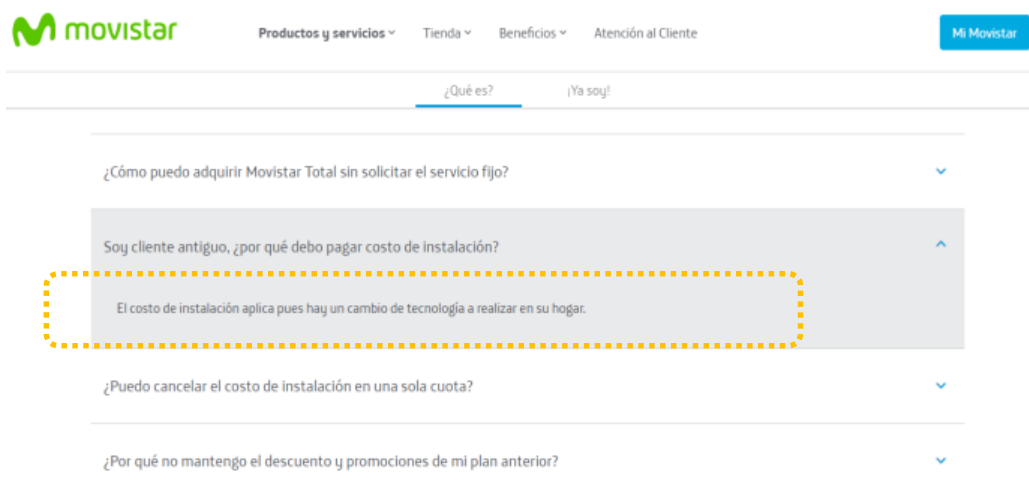
Lo anterior implica que para los hogares con Internet fijo las tecnologías HFC y FTTx serían considerar como sustitutos entre si mientras que para los hogares con tecnología xDSL, la sustitución serían en un sentido desde xDSL hacia HFC y FTTx.

321. Adicionalmente, la oferta comercial “Movistar Total” permite la migración tecnológica con lo cual hogares con tecnología xDSL pueden migrar a las tecnologías HFC y FTTx como señala la propia empresa en su página web.

¹⁰² Disponible en <https://bit.ly/2UsVaxq>

¹⁰³ Página 61 del informe N° 147-GPRC/2019.

Gráfico N° 18: Preguntas frecuentes “Movistar Total”



Fuente: Página web de la empresa (recogido el 29/09/20)

Elaboración: OSIPTEL

Lo anterior implica que estos hogares pueden sustituir su servicio obteniendo mejores atributos (mayor velocidad de descarga, mayor velocidad de subida entre otros) a una menor tarifa relativa.

322. Por lo anterior, resulta razonable considerar que los consumidores que contratan paquetes de Internet fijo (comercializados en tecnología xDSL, HFC y FTTx) más TV Paga pueden sustituir fácilmente su servicio por la oferta “Movistar Total”.
323. En relación a la tecnología inalámbrica (TV Paga DTH) y la tecnología alámbrica (TV Paga CATV) para proveer el servicio de TV Paga, el informe N° 148-GPRC/2019 mantiene las conclusiones del informe N° 076-GPRC/2019¹⁰⁴ respecto de que ambas tecnologías forman parte del mercado relevante del servicio de TV Paga a setiembre de 2020.

Conclusión mercado del producto

324. El análisis desarrollado previamente permite definir el mercado de producto relevante como los paquetes que contengan Internet fijo (comercializados en tecnología xDSL, HFC y/o FTTx y a través de todas sus velocidades de descarga) más TV Paga (comercializados en tecnología CATV y/o DTH). Lo anterior involucra los paquetes 2Play (Internet fijo + TV Paga), 3Play (Internet fijo + TV Paga + Telefonía fija) y 4Play (Internet fijo + TV Paga + Telefonía fija + Telefonía Móvil).

a.2 Mercado Geográfico

325. Habiendo definido el mercado de producto, se procede a determinar el mercado geográfico. De acuerdo con el artículo 6.3° del TUO de la LRCA, el mercado geográfico relevante es el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante.
326. TELEFÓNICA en sus alegatos señala que al tomar como criterio para definir el mercado geográfico la cobertura regional de internet fijo sobre la base del número de centros poblados cubiertos, es importante observar que existen regiones donde América Móvil cuenta con mayor número de centros poblados con cobertura que TELEFÓNICA, lo que

¹⁰⁴

Informe que sustenta la resolución de Consejo Directivo N° 044-2016-CD/OSIPTEL publicada en el diario oficial El Peruano el 20/04/2016.

señala que las condiciones de competencia en dichas regiones son distintas y por ende deberían formar parte de otro mercado relevante.

327. Al respecto, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual (en adelante, INDECOPI) hace mención en su Resolución 054-2017/ST-CLC-INDECOPI¹⁰⁵ a los criterios utilizados por otras agencias de competencia a nivel internacional en relación a la determinación del mercado geográfico. En esta breve recopilación se señaló que este mercado puede tener un ámbito local por el lado de la demanda y un ámbito nacional por el lado de la oferta. Lo anterior se manifiesta a continuación:

“La Comisión Nacional de la Competencia de España consideraba que, por el lado de la demanda, el mercado geográfico tendría una dimensión local, mientras que diversos factores del lado de la oferta (calidad, publicidad, niveles de precios, fuentes de aprovisionamiento, etc.) pueden definir al mercado geográfico a un nivel regional o incluso nacional. Al respecto, véase: Comisión Nacional de la Competencia. Expediente S/0369/11 (2012).

Por otra parte, la Comisión Europea ha considerado que, a pesar de que en anteriores resoluciones ha considerado el mercado geográfico a nivel nacional, la competencia en el mercado de combustibles a través de estaciones de servicio tiene muchos matices locales. Al respecto, véase: COMP/ M.7603 - Statoil fuel and retail / Dansk fuels (2016).

En algunos casos la Comisión Europea ha considerado que el mercado geográfico relevante para el mercado de distribución de combustibles podía ser local o nacional; sin embargo, cuando las conductas que se analizaban tenían efectos a un nivel nacional, entonces se escogía esa como la dimensión geográfica relevante. Al respecto, véase: Decisión de la Comisión de 12 de abril de 2006, relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 81 del Tratado CE (asunto COMP/B-1/38.348 – REPSOL C.P.P.) considerandos 17 a 18.” (énfasis y subrayado propio).

328. Por el lado de la demanda, el análisis podría considerar una desagregación de mercados relevantes por regiones mientras que por el lado de la oferta podría considerar un mercado relevante a nivel nacional dado que la política de precios, la publicidad, la calidad entre otros factores del producto denunciado son fijados a nivel nacional por TELEFÓNICA.
329. Tomando en cuenta que la conducta denunciada buscaría evitar que ENTEL se mantenga en el mercado de telefonía móvil siendo la operación de esta empresa a nivel nacional, el Cuerpo Colegiado Permanente consideró que el mercado geográfico relevante se encuentra delimitado a nivel nacional.
330. En virtud de lo anterior se desestima lo alegado por TELEFÓNICA en relación a que el mercado geográfico se debería desagregar por regiones.

a.3 Conclusión del mercado relevante

331. Tomando en consideración el análisis realizado en los puntos precedentes, el mercado relevante aplicable a la presente controversia quedaría compuesto por:
- El mercado de paquetes de Internet fijo (comercializados en tecnología xDSL, HFX y FTTx) y TV Paga (comercializados en tecnología CATV y Satelital) comercializados a nivel nacional.

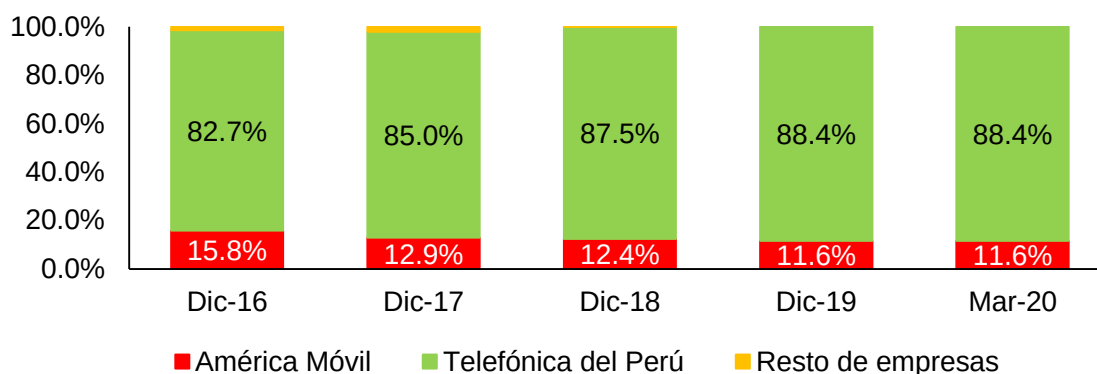
¹⁰⁵ La cual analiza un caso de abuso de procesos legales en el mercado de venta de combustibles en la ciudad de Huacho.

b. ANÁLISIS DE POSICIÓN DE DOMINIO

b.1 Indicadores de desempeño

332. En relación con las conexiones en servicio en el mercado relevante, TELEFÓNICA ha mantenido una cuota de mercado promedio superior al 85% en el período diciembre 2016 a marzo 2020, la cual representó, aproximadamente, 6.7 veces la cuota promedio de su más cercano competidor para el mismo período (ver Gráfico N° 19).

Gráfico N° 19: Evolución de la cuota de mercado en paquetes con Internet fijo y TV Paga (2Play, 3Play y 4Play)

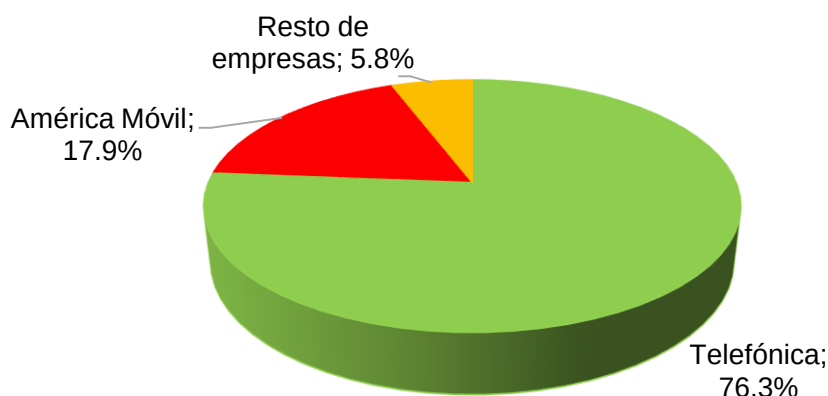


Fuente: Empresas operadoras

Elaboración: OSIPTEL

333. En relación al número de hogares que señalaron contar con paquetes que contengan Internet fijo y TV Paga, el 76.3% señalaron contratar con TELEFÓNICA, lo cual representó 4.3 veces la cuota de mercado del segundo competidor más cercano.

Gráfico N° 20: Participación en paquetes con Internet fijo y TV Paga (2Play, 3Play y 4Play) por empresa (2019)



Fuente: ERETEL 2019

Elaboración: OSIPTEL

334. En relación al nivel de concentración de las conexiones empaquetadas, se utilizó el Índice de Herfindahl-Hirschman¹⁰⁶ (en adelante, HHI), el cual es uno de los indicadores más usados por las agencias de competencia a nivel internacional y cuyos rangos según el departamento de justicia de los Estados Unidos son los siguientes a fin de medir el nivel de concentración de la industria¹⁰⁷:

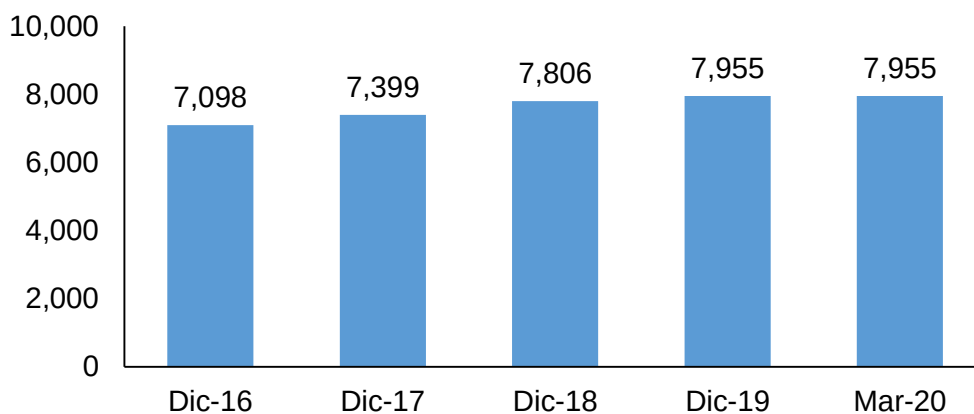
¹⁰⁶ Motta (2004) define el HHI como un índice que permite establecer que existe una relación directa entre el grado de concentración industrial y el grado promedio de poder de mercado. El índice HHI se calcula través de la siguiente expresión: $HHI = \sum_{i=1}^n \alpha_i^2$. De acuerdo con la fórmula, a mayor participación de un único operador, el índice crecerá a un mayor ritmo.

¹⁰⁷ Información tomada del siguiente enlace <http://bit.ly/2Dwi6Eq>. Fecha de última consulta: 9 de octubre de 2020.

- Mercado no concentrado : $HHI < 1500$.
- Moderada concentración : $1500 < HHI < 2500$.
- Alta concentración : $2500 < HHI$.

335. Al respecto, la evolución del HHI reflejó que este mercado ha presentado un alto nivel de concentración superando en casi tres veces el umbral señalado anteriormente.

Gráfico N° 21: Evolución del índice de concentración para paquetes con Internet fijo + TV Paga (2Play, 3Play y 4Play)



Fuente: Empresas operadoras

Elaboración: OSIPTEL

336. En relación a las tarifas de los servicios que componen los paquetes de Internet fijo y TV Paga, el informe N° 020-GPRC/2020108 denominado *“Disponer la revisión del régimen tarifario aplicable al servicio de acceso a internet fijo prestado por la empresa operadora Telefónica del Perú S.A.A.”* realizó una evaluación particular sobre el servicio de Internet fijo en virtud de los incrementos sostenidos que ha venido realizando TELEFÓNICA en los últimos años en este servicio. El citado el informe señaló¹⁰⁹ lo siguiente en relación al mercado de Internet fijo:

“Como se observa, los incrementos tarifarios se han dado de manera sostenida y han afectado a una gran cantidad de usuarios. Ante esta capacidad de Telefónica de ejercer este poder de mercado, se recomienda evaluar la aplicación de medidas adicionales a Telefónica que puedan disciplinar su ejercicio de poder de mercado tales como (i) incrementar el plazo para comunicar al OSIPTEL del incremento de tarifas, (ii) incrementar la cantidad de información a proveer al abonado, (iii) brindarle alternativas de migración de plan, (iv) regulación tarifaria entre otras.” (subrayado propio).

337. Adicionalmente, el citado informe señaló lo siguiente sobre el número de conexiones afectadas a incrementos tarifarios:

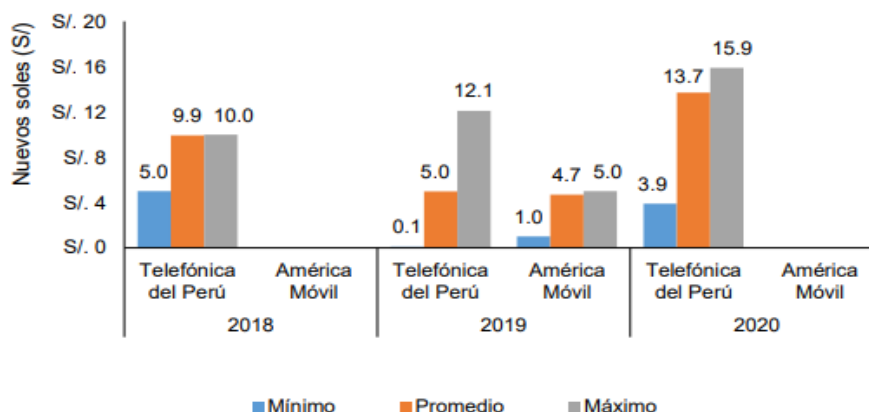
“El número de usuarios a quienes Telefónica incrementó la tarifa ha ido en aumento. Nuevamente, el mayor número de involucrados se registra con el aumento más reciente de esta empresa, que tocó a un total de 1.71 millones de conexiones de internet fijo en lo que va de 2020 (53.9% en tríos, 38.1% a dúos y 8 a monoproducto).”

338. Cabe señalar que estos incrementos se han dado de forma sostenida en el 2018, 2019 y primer trimestre de 2020 siendo de un mínimo de S/ 5 hasta un máximo de S/ 15.9 sin que esto haya afectado la cuota de mercado de TELEFÓNICA, la cual se ha mantenido por encima del 85% como se observó anteriormente.

¹⁰⁸ Informe que sustenta la resolución N° 026-2020-CD/OSIPTEL.

¹⁰⁹ Página 35 del citado informe.

Gráfico N° 22: Evolución de los incrementos en la tarifa del servicio de Internet fijo



Fuente: Informe N° 048-GPRC/2020

Elaboración: OSIPTEL

Nota: América Móvil no realizó incrementos tarifarios en 2018 y 2020.

b.2 Barreras a la Entrada

Barreras legales

339. Las barreras legales son un conjunto de elementos de orden normativo que regulan la entrada y el desarrollo de las empresas dentro del mercado con el objetivo de cumplir lo establecido en las leyes. Al respecto, el número de empresas que ofrecen paquetes con Internet fijo y TV Paga es variado resultando algunas empresas que ofrecen esta oferta comercial.

Gráfico N° 23: Empresas que ofrecen paquetes de Internet fijo más TV Paga



Fuente: Página de las empresas operadoras

Nota: Cable Red ofrece los servicios de Internet fijo y TV Paga de forma individual no de forma empaquetado pero dado que ofrece ambos servicios se espera que en un mediano plazo pueda ofrecer paquetes 2Play

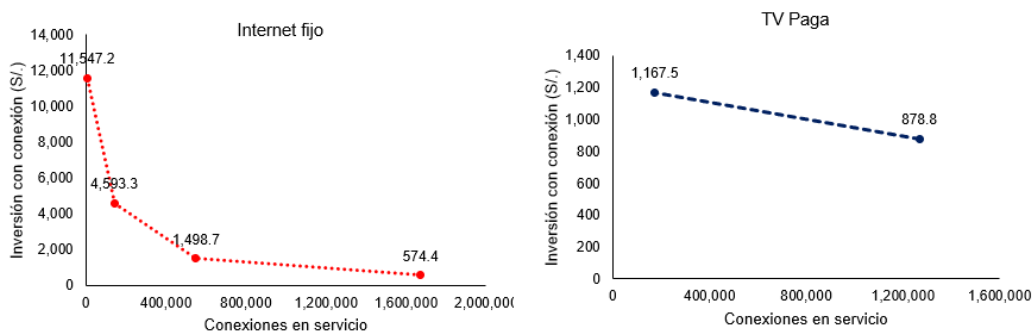
340. Lo anterior refleja que no existirían barreras legales significativas a la entrada en el mercado de internet fijo debido a que el actual marco normativo, que busca favorecer y agilizar el despliegue de infraestructura de telecomunicaciones, implicaría que los permisos del Ministerio de Transportes y Comunicaciones y de las municipalidades dejen de ser una barrera significativa a la entrada al mercado. En cuanto al servicio de

TV Paga, no se presentaría una barrera legal significativa al mercado considerando la gran cantidad de concesiones otorgadas.

Barreras naturales (estructurales)

341. Las barreras naturales son producto, principalmente, de la tecnología, los costos y del tamaño de la demanda. En ese sentido, las empresas establecidas pueden producir con costos menores que los de los potenciales entrantes debido a la existencia de sinergias operacionales, entre las cuales se pueden considerar como las más importantes a las economías de escala¹¹⁰, de ámbito¹¹¹ y de densidad¹¹².
342. **En relación con las economías de escala** y tomando la información reportada por la Contabilidad Separada para las empresas América Móvil, TELEFÓNICA, Americatel y ENTEL se estimó un valor referencial asociado a la inversión necesaria para desplegar el servicio de Internet fijo y TV Paga por conexión en servicio (inversión para instalación y prestación del servicio) a través de todas las tecnologías utilizadas por estas empresas para proveer el servicio (ver gráfico siguiente).

Gráfico N° 24: Inversión promedio anual por conexión al 2019 (estimación)



Fuente: Empresas operadoras

Elaboración: OSIPTEL

343. Lo anterior refleja que TELEFÓNICA al ser un operador con mayor escala (número de conexiones) superando en más del doble de planta de conexiones a su más cercano competidor (América Móvil) presenta Economías de Escala mucho más fuertes que le permite producir a menores costos y por ende, establecer tarifas mensuales más bajas que potenciales empresas competidoras. En tal sentido, potenciales competidores que ingresen al mercado tendrán que establecer tarifas mayores que no podrán disciplinar la conducta de esta empresa, lo cual se reflejaría en que a pesar del incremento de empresas que comercializan paquetes con Internet fijo, TELEFÓNICA ha realizado incrementos de forma sostenida en las tarifas del servicio de Internet fijo siendo incluso necesario que el regulador evalúa la posibilidad de modificar el régimen tarifario de tarifas supervisadas hacia un régimen tarifario de tarifas reguladas.
344. **En relación con las economías de ámbito**, TELEFÓNICA es una empresa multiproducto que ofrece servicios a través de redes fijas (Internet fijo, TV Paga, Telefonía fija) y redes móviles (telefonía móvil e internet móvil) por presentar este tipo de economías en su estructura de costos. Al respecto, la empresa ha señalado en sus alegatos que la comercialización conjunta de ambos servicios (servicios fijos y móviles)

¹¹⁰ **Economías de Escala:** Un operador tendrá costos unitarios y costos medios decrecientes a medida que tenga un mayor número de usuarios en su red, lo cual le permitirá obtener los márgenes de ganancia necesarios para reinvertir en expandir la cobertura de su servicio y/o hacer más atractiva su oferta comercial.

¹¹¹ **Economías de Ámbito:** A medida que un operador brinde un mayor número de servicios tendrá costos más reducidos debido al aprovechamiento de sus costos fijos, lo cual le permitirá generar economías de ámbito.

¹¹² **Economías de Densidad:** A medida que un operador brinde un servicio en zonas con mayor número poblacional, los costos de distribución del servicio se van reduciendo.

le permite generar ahorros respecto de la comercialización separada, lo cual se traslada al consumidor en forma de menores tarifas¹¹³.

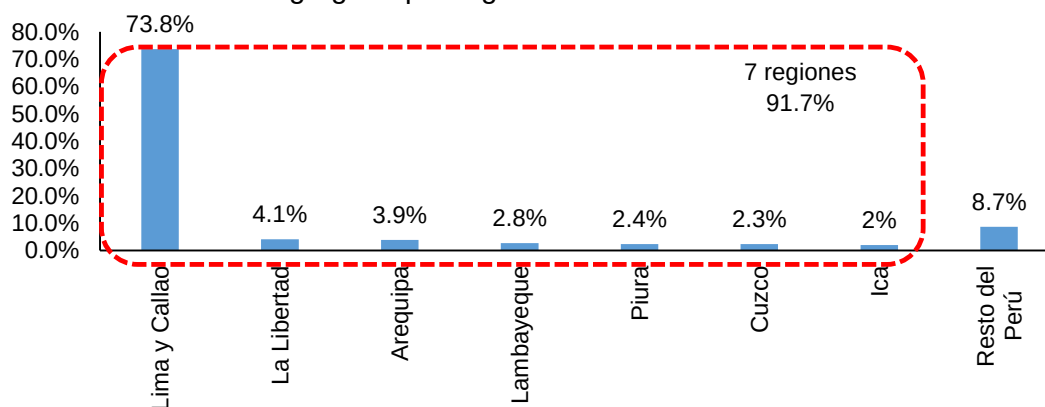
$$CT(\text{servicios fijos, servicios móviles}) < CT(\text{servicios fijos, 0}) + CT(0, \text{servicios móviles})$$

345. **En relación con las economías de densidad**, TELEFÓNICA, por ser el incumbente, ha distribuido su servicio desde zonas con mayor densidad poblacional hacia las periferias, lo que le ha permitido generar ahorros en distribución. Ello no es necesariamente cierto para los nuevos competidores, sobre todo los más recientes, que al momento de ingresar al mercado buscan atender la demanda residual o captar usuarios ya atendidos por el incumbente.

Al respecto, TELEFÓNICA concentró el 91.7% de sus conexiones empaquetadas con Internet fijo y TV Paga (2Play, 3Play y 4Play) en siete regiones de gran densidad al 2019, como se puede apreciar en el Gráfico N° 25, siendo Lima y Callao la región que concentró la mayor proporción, superando en 17.8 veces a la segunda región con mayor proporción de conexiones (La Libertad).

Cabe señalar que según la ERESTEL 2019, estas siete regiones concentraron el 61.4% de los hogares, lo cual reflejó la alta densidad que presentan.

Gráfico N° 25: Porcentaje de conexiones empaquetadas de Internet fijo y TV Paga desagregado por región al 2019 – TELEFÓNICA –



Fuente: Empresas operadoras

Elaboración: OSIPTEL

346. De acuerdo con lo expuesto, las barreras naturales sí serían significativas para el ingreso y permanencia de los operadores dentro del mercado de paquetes de Internet fijo y TV Paga, siendo TELEFÓNICA la empresa con mayor presencia de Economías de Escala, Economías de Ámbito y Economías de Densidad; las cuales no serían replicables en el corto plazo por algún otro operador.

Barreras estratégicas

347. Las barreras estratégicas son construidas por las propias empresas establecidas en el mercado a través de acciones destinadas a impedir el ingreso de nuevas empresas o hacer más costoso el ingreso de nuevas empresas¹¹⁴.

¹¹³ Escrito N° 16 presentado por Telefónica.

"164. Adicionalmente, el modelo LRIC+ solo dimensiona los costos de los servicios de telefonía móvil, asumiendo la construcción de una red desde cero, lo que resulta en un costo stand alone el cual debe ser ajustado tomando en cuenta las eficiencias (ahorros) que se generan a partir de la producción y comercialización de dichos servicios a través del empaquetamiento (economías de ámbito), las cuales, por ejemplo, a nivel de gastos de red podrían llegar hasta niveles de 39%, como se ha mencionado en el Informe Instructivo." (énfasis y subrayado agregado)

¹¹⁴ Tarjizán y Paredes. "Organización Industrial para la estrategia empresarial" segunda edición. Prentice Hall.

348. **Respecto a los precios del servicio como barrera estratégica**, TELEFÓNICA es una empresa que ofrece servicios fijos y móviles de forma masiva cuya estrategia principal en el último año viene siendo masificar su paquete convergente fijo-móvil denominado “Movistar Total”, lo cual se desprende de la campaña publicitaria que viene desarrollando la empresa en diversos medios de comunicaciones y/o redes sociales en relación a esta nueva oferta. A continuación, se detallan los principales efectos del empaquetamiento de su oferta convergente “Movistar Total” en los tres principales servicios que incluye (Internet fijo, TV Paga y Telefonía móvil).

- **En relación al servicio de Internet fijo**, TELEFÓNICA mediante su oferta “Movistar Total” puede ofrecer un descuento promedio de 26.9% sobre la tarifa del servicio de Internet fijo establecida en los paquetes fijos 2Play (Internet fijo + TV Paga) o 3Play. Cabe señalar que la tarifa mensual del servicio de Internet fijo en estos paquetes fijos señalados ya incluye un descuento, promedio, de 30.8% respecto de la tarifa individual del servicio.

Lo anterior refleja la capacidad que tiene TELEFÓNICA para reducir la tarifa mensual de su servicio mediante la oferta “Movistar Total”, la cual ofrecía a los planes de Internet fijo un descuento mínimo de 13.3% (en el plan “Movistar Total” Ilimitado HFC S/ 275) y máximo de 45.1% (en el plan “Movistar Total” Ilimitado HFC S/ 175) respecto de la tarifa establecida en los paquetes fijos.

Cuadro N° 9: Comparación de los descuentos ofrecidos por empaquetar el servicio de Internet fijo (agosto de 2020)

Plan	En monoproducto	En paquete fijo	En paquete fijo-móvil (Movistar Total)	Dcto	Dcto
				Monoproducto a paquete fijo	Paquete fijo a paquete fijo-móvil (Movistar Total)
30 Mbps	S/79.9	S/41.9	S/23.0	-47.56%	-71.21%
50 Mbps	S/100.9	S/61.9	S/43.0	-38.65%	-57.38%
100 Mbps	S/135.9	S/101.9	S/83.0	-25.02%	-38.93%
200 Mbps	S/160.9	S/141.9	S/123.0	-11.81%	-23.56%
Promedio				-30.76%	-47.77%

Fuente: SIRT

Elaboración: OSIPTEL

- **En relación al servicio TV Paga**, TELEFÓNICA presenta la misma tarifa por el servicio de TV Paga en su paquete fijo y en su paquete fijo-móvil. Así, no habría un descuento adicional por migrar al paquete “Movistar Total” como si se observó para el servicio de Internet fijo (ver Cuadro N° 10).

Cuadro N° 10: Comparación de los descuentos ofrecidos por empaquetar el servicio de TV Paga (agosto de 2020)

Plan	En monoproducto	En paquete fijo	En paquete fijo-móvil (Movistar Total)	Dcto	Dcto
				Monoproducto a paquete fijo	Paquete fijo a paquete fijo-móvil (Movistar Total)
Estándar + Bloque	S/125.9	S/99.0	S/99.0	-21.4%	No hay descuento adicional
Promedio				-21.4%	---

Fuente: SIRT

Elaboración: OSIPTEL

- **En relación al servicio de telefonía móvil**, TELEFÓNICA ofrece un descuento de S/ 22.9 (- 34.7%) por contratar el servicio en el plan “Movistar Ilimitado 13

GB” mediante el paquete fijo-móvil respecto de contratar el servicio de forma individual (ver Cuadro N° 11).

Cuadro N° 11: Comparación de los descuentos ofrecidos por empaquetar el servicio de Telefonía Móvil (agosto de 2020)

Plan	En monoproducto	En paquete fijo-móvil (Movistar Total)	Dcto Paquete fijo a paquete fijo-móvil (Movistar Total)
Movistar ilimitado 13 GB	S/65.90	S/43.00	-34.7%

Fuente: SIRT

Elaboración: OSIPTEL

349. Cabe señalar que, la oferta “Movistar Total” en su plan más económico (Movistar Total ilimitado 175 HFC) ofrece un descuento de S/ 41.8 (-19.3%) respecto de la contratación separada de ambos servicios como se aprecia en el siguiente gráfico. Este descuento total proviene de dos descuentos internos asociado al componente de Internet fijo que se reduce en S/ 18.3 (de S/ 41.9 a S/ 23) y al componente de telefonía móvil que se reduce en S/ 22.9 (de S/ 65.9 a S/ 43). Lo anterior implica que el descuento es atribuible en un 45.2% al componente de Internet fijo y en un 54.8% al componente de telefonía móvil (ver Cuadro N° 12).

Cuadro N° 12: Análisis de la oferta “Movistar Total” en su plan más económico

¿Por qué ahorro con Movistar Total?

¡Todo en combo es **más barato!**



Nuestros planes

Componentes	Trío	Movistar Total	Descuento
Telefonía fija	S/10.0	S/10.0	S/0.0
TV Paga (Estándar + Bloque HD)	S/99.0	S/99.0	S/0.0
Internet fijo (30 Mbps)	S/41.9	S/23.0	-S/18.9
Telefonía móvil (Movistar ilimitado 13 GB)	S/65.9	S/43.0	-S/22.9
Total	S/216.8	S/175.0	S/41.8

Fuente: SIRT

Elaboración: OSIPTEL

350. **Respecto de los contenidos exclusivos como barrera estratégica**, TELEFÓNICA cuenta con la exclusividad de contenidos exclusivos asociados a noticias, entrevistas y deportes. En particular, el contenido deportivo asociados al campeonato deportivo peruano denominado “Liga1 Movistar” es un contenido no replicable por otras empresas dado que los competidores no pueden crear otra liga deportiva para ofrecer el mismo contenido.

Gráfico N° 26: Liga 1 Movistar



Fuente: Página web de la Liga 1 (revisado el 3/09/20)

351. Este contenido es exclusivo de TELEFÓNICA, en su totalidad o para los principales equipos, desde hace aproximadamente 15 años. Cabe señalar que Directv adquirió los derechos de transmisión de algunos equipos deportivos nacionales entre 2008 y 2009 (Sporting Cristal, San Martín de Porres, Juan Aurich, Total Chalaco e Inti Gas ¹¹⁵) pero finalmente no fueron renovados.
352. Cabe señalar que, Directv cuenta con los derechos de cuatro equipos a septiembre de 2020 (Alianza Universidad de Huánuco, Atlético Grau, Deportivo Llacuabamba y Carlos Stein) dado que estos no llegaron a un acuerdo con el TELEFÓNICA para retransmitir su contenido¹¹⁶.

b.3 Obligaciones regulatorias

353. TELEFÓNICA ha señalado en su Escrito N° 16 que las empresas competidoras cuentan con la posibilidad de acceder a la infraestructura de TELEFÓNICA para prestar el servicio de internet fijo y TV Paga en mérito al mandato emitido en el procedimiento de determinación de Proveedores Importantes en el Mercado No. 25. Es así como, mediante un mecanismo regulatorio, se les ha brindado la posibilidad de beneficiarse de las inversiones de TELEFÓNICA y poder ofrecer servicios empaquetados. Así, resulta una opción igual de viable solicitar un acuerdo de servicios mayoristas a TELEFÓNICA para replicar la oferta en un plazo relativamente rápido.
354. Al respecto, el Cuerpo Colegiado Permanente evaluó las tarifas mayoristas registradas¹¹⁷ por la TELEFÓNICA encontrando que estas presentan un descuento promedio de 14% respecto de la tarifa minorista individual. No obstante, si se comparan las tarifas mayoristas respecto de las tarifas minoristas ofrecidas en los paquetes 2Play, 3Play y en “Movistar Total”, estas representaron, en promedio, un incremento de 133.6%.
355. Lo anterior implica que una empresa que adquiere el servicio de Internet mayorista de TELEFÓNICA mediante su oferta de reventa podría obtener un margen de ganancia respecto de la comercialización a nivel minorista individual pero no respecto de la comercialización empaquetada pues esta tarifa es mucho mayor a la comercializada por TELEFÓNICA en sus propios paquetes.

¹¹⁵ Nota de prensa de RPP. Disponible en <https://bit.ly/33XHdfg>. Fecha de última consulta: 9 de octubre de 2020.

¹¹⁶ Nota de prensa de Libero. Disponible en <https://bit.ly/2QSLajo>. Fecha de última consulta: 9 de octubre de 2020.

¹¹⁷ Tarifas registradas mediante código SIRT TEINT202000041

Cuadro N° 13: Tarifas mensuales minoristas y mayoristas así como descuentos

Velocidad de descarga (en Mbps)	Internet a nivel minorista (monoproducto)	Internet a nivel mayorista	Internet a nivel minorista (Trío)	Internet a nivel minorista (Movistar Total)	Descuento mayorista/minorista (monoproducto)	Descuento mayorista/minorista (trío)	Descuento mayorista/minorista (Movistar Total)
15 Mbps	S/65.9	S/55.6	No aplica	No aplica	-15.6%	-	-
20 Mbps	S/69.0	S/59.3	No aplica	No aplica	-14.1%	-	-
30 Mbps	S/79.9	S/70.0	S/43.0	S/23.0	-12.4%	62.8%	204.3%
					-14.0%	62.8%	204.3%

Fuente: SIRT

Elaboración: OSIPTEL

356. Si consideramos que el servicio de Internet fijo se contrata principalmente de forma empaquetada, un escenario en el cual una empresa contrata el servicio de Internet mayorista de TELEFÓNICA para empaquetarlo con su oferta de telefonía móvil no resulta económicamente viable.

b.4 Conclusión de la posición de dominio

357. En conclusión, para el período de estudio se puede afirmar que TELEFÓNICA cuenta con posición de dominio en el mercado relevante (paquetes que contengan Internet fijo, comercializado en tecnología xDSL, HFX y/o FTTx mediante todas sus velocidades de descarga) más TV Paga, comercializado en tecnología CATV y/o Satelital, comercializados a nivel nacional), debido al nivel de participación de mercado que ostenta, la capacidad para modificar tarifas sin ver afectada su participación de mercado, el nivel de concentración que exhibe este mercado; así como la presencia de importantes barreras a la entrada (naturales y estratégicas).
358. Por lo anterior, es posible afirmar que esta empresa puede afectar las condiciones de la oferta o demanda en los mercados relevantes, sin que competidores, proveedores o clientes tengan un poder de negociación que permita enfrentar y disciplinar a la empresa investigada.

VI.3. EXISTENCIA DE LA CONDUCTA DENUNCIADA

359. En su denuncia ENTEL señaló que TELEFÓNICA viene aplicando descuentos en el servicio de telefonía móvil que no estarían basados en eficiencias económicas que se justifiquen.
360. Al respecto, ENTEL ha señalado en su escrito N° 6 que esta práctica genera existe en el mercado y genera un efecto negativo sobre la competencia como se aprecia a continuación:

“71. Como se puede apreciar en la tabla siguiente, las presuntas eficiencias invocadas por TELEFÓNICA no son tales. Por el contrario, la comercialización continua y sostenida de los planes “Movistar Total” tiene un efecto pernicioso al restringir la competencia en el mercado de servicios móviles, sin que se haya demostrado que genera eficiencia alguna para el mercado.”

361. Asimismo, la empresa señaló que los descuentos por empaquetamiento de los planes “Movistar Total” no se encuentran justificados en eficiencias, debido a que estos descuentos serían superiores a los ofrecidos en los paquetes de servicios fijos donde sí existirían fuertes economías de ámbito. Así, el descuento de los planes “Movistar Total” tiene efectos de cierre de mercado y traslado de la posición de dominio de TELEFÓNICA de los servicios fijos a los servicios móviles.
362. TELEFÓNICA ha señalado que no es posible trasladar su posición de dominio en mercados rígidos, como los mercados de servicios fijos, a un mercado competitivo, como el de servicios de telefonía móvil debido a que ello sólo sería posible si no ofreciera los componentes de manera individual o si implementara precios más elevados en un componente frente a los planes “Movistar Total”.

363. Al respecto, como se ha venido señalando, este Cuerpo Colegiado considera que, de acuerdo al estándar de la prueba considerado para el presente caso, una empresa dominante en el mercado del producto vinculante podrá trasladar su posición de dominio al mercado del producto vinculado cuando el descuento por empaquetamiento sea tan grande que el precio incremental del producto vinculado no pueda ser replicado por una empresa con igual grado de eficiencia.
364. Adicionalmente, lo señalado por TELEFÓNICA ya se encuentra recogido en el Reglamento General de Tarifas motivo por lo cual su cumplimiento no implica que no se pueda estar generando una práctica anticompetitiva que afecta el mercado de telecomunicaciones.
365. El Cuerpo Colegiado Permanente realizó un análisis sobre si el descuento por empaquetamiento corresponde a una competencia entre paquetes (donde ya se ha probado la existencia de poder de mercado por parte de TELEFÓNICA) a fin de determinar el tipo de análisis precio-costo que debe efectuarse sobre la oferta “Movistar Total” (ver Gráfico N° 27).

Gráfico N° 27: Metodología de análisis de la conducta



Elaboración: OSIPTEL

a. Sobre una posible competencia entre paquetes

366. Los paquetes 4Play se introdujeron al mercado con los planes “Movistar Total”, en enero de 2019. Estos planes consisten en paquetes mixtos de servicios fijos (telefonía fija, internet fijo y TV Paga) y servicios móviles (telefonía e internet móvil), ofrecidos con un descuento por empaquetamiento.

Los planes “Movistar Total” se ofrecen como paquetes preestablecidos de servicios. En cuanto a la facturación, los usuarios reciben dos facturas, una para los servicios fijos y otra para los servicios móviles. Asimismo, los planes “Movistar Total” establecen como máximo dos líneas móviles a contratar, entre las cuales se comparten los gigabytes ofrecidos al mes (en adelante, GB) de internet móvil.

367. Posteriormente, en febrero de 2019, América Móvil empezó a ofrecer el beneficio Full Claro, mediante el cual los usuarios que contraten un paquete 2Play o un paquete 3Play y un plan móvil postpago, bajo ciertas condiciones, pueden beneficiarse de: i) una bonificación de GB para navegar en internet móvil, o ii) un bono de incremento de velocidad para el servicio de internet fijo.

El beneficio “Full Claro” presenta dos características importantes que lo distinguen de los planes “Movistar Total”. Este beneficio puede ser otorgado sobre diferentes combinaciones de servicios y puede ser otorgado hasta en 10 líneas móviles.

368. En el siguiente cuadro se muestra la comparación de las principales características de los planes “Movistar Total” y el beneficio Full Claro:

Cuadro N° 14: Comparación de las principales características de los planes “Movistar Total” y el beneficio Full Claro (septiembre 2020)

Categoría	Planes Movistar Total	Beneficio Full Claro
Condiciones para acceder al plan o beneficio	Todos pueden contratar el plan tarifario.	Contar con un plan MAX desde S/ 39.90 y un plan Claro Hogar con Internet Fijo HFC, ya sea en: - 2Play: Internet + Telefonía desde una determinada renta mensual. Internet + Televisión desde una determinada renta mensual. - 3Play desde S/ 120.
Beneficios	Descuento por empaquetamiento	Servicios adicionales, el usuario puede optar por: • Contar con un bono de hasta 50% GB adicionales para las líneas móviles. • Contar con un bono de incremento de velocidad para internet fijo.
Recibos	Se cuenta con recibos separados, uno para los servicios fijo y otro para los servicios móviles.	
Número máximo de beneficiarios en el servicio móvil	La capacidad de descarga de internet móvil de GB podrá ser otorgada en hasta 2 líneas móviles	El beneficio móvil de hasta 50% más de GB podrá ser otorgado hasta en un máximo de 10 líneas postpago activas con plan MAX (incluyendo la línea asociada a la categoría Full Claro).

Fuente: páginas web de las empresas operadoras. Elaboración: STCCO.

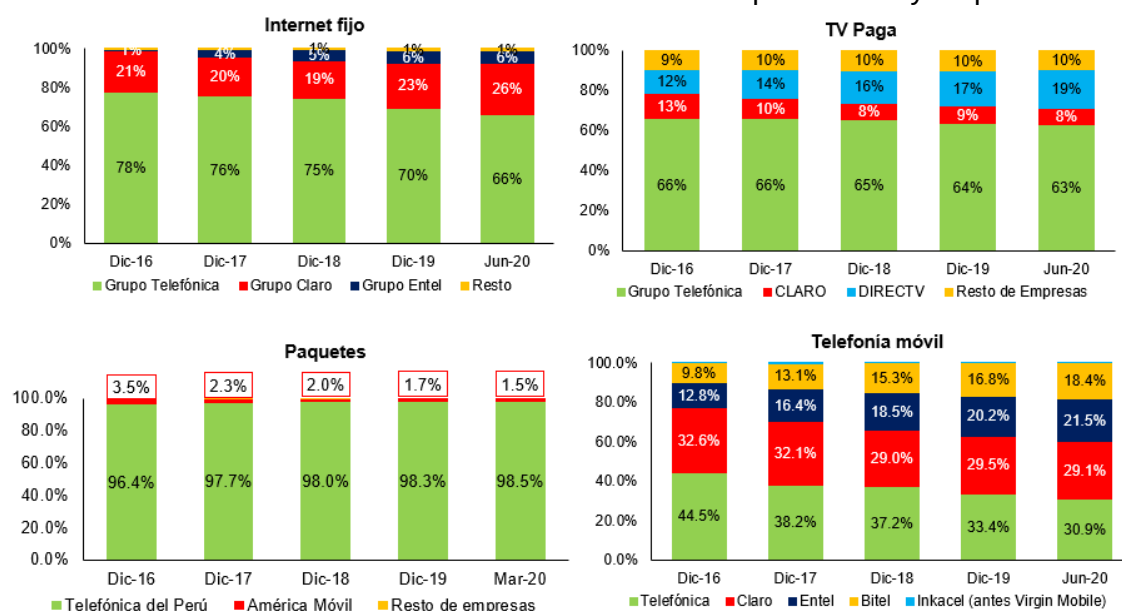
369. Al respecto, este Cuerpo Colegiado Permanente ha considerado en la sección “*Metodología práctica para analizar el caso*” que existen dos enfoques para evaluar la competencia entre paquetes, los cuales se resumen a continuación:

- Si las empresas afectadas, tanto real como potencialmente, por el descuento por empaquetamiento de los planes “Movistar Total” son aquellas que ofrecen paquetes idénticos o similares, entonces se considerará que la teoría del daño aplicable es la del precio predatorio, donde el descuento por empaquetamiento puede excluir a otra empresa que presta un paquete similar. En este escenario se considera que el descuento por empaquetamiento sí corresponde a una competencia entre paquetes.
- Si las empresas afectadas, tanto real como potencialmente, por el descuento por empaquetamiento de los planes “Movistar Total” son aquellas que ofrecen solo algunos de los componentes del paquete, entonces se considerará que la teoría del daño aplicable es la del apalancamiento de poder de mercado donde el descuento por empaquetamiento puede excluir a los competidores que solo ofertan una parte

de los componentes del paquete. En este escenario se considera que el descuento por empaquetamiento no corresponde a una competencia entre paquetes.

370. Lo anterior implica que determinar la elección de una determinada prueba de precio-costo no depende de si los competidores de la empresa dominante se encuentran vendiendo paquetes idénticos o similares, sino en cambio, si el descuento por empaquetamiento ofrecido por la empresa dominante afecta principalmente a estos competidores o, por el contrario, a aquellos que solo ofertan una parte de los componentes (por ejemplo, el componente de telefonía móvil).
371. Al respecto, ENTEL ha denunciado los descuentos de los planes “Movistar Total” señalando que estos buscarían afectar principalmente la competencia en el mercado de telefonía móvil debido a que son irreplicables por las empresas operadores de este mercado.
372. Cabe señalar que, la oferta de servicios empaquetados ha presentado un dinamismo mucho menor a lo largo del tiempo (reflejado en las pocas ofertas comerciales lanzadas, el incremento de precios de los servicios y el incremento en la cuota de instalación) respecto del dinamismo observado en el mercado de servicios móviles; motivo por el cual, los descuentos de los planes “Movistar Total” afectarían, principalmente, la competencia en este último servicio. Por ello, la teoría del daño del apalancamiento de poder de mercado es mucho más plausible.
373. Al respecto, el Cuerpo Colegiado Permanente realizó un análisis de la evolución de la cuota de mercado de TELEFÓNICA en sus servicios de internet fijo, TV Paga, paquetes y telefonía móvil a fin de identificar qué servicio se podría ver afectado por los descuentos de la oferta “Movistar Total”. Lo anterior permitió observar que la empresa ha reducido, principalmente, su cuota de mercado en Internet fijo (-12%) y telefonía móvil (-13.6%) entre diciembre 2016 y junio 2020.

Gráfico N° 28: Evolución de la cuota de mercado por servicio y empresas



Fuente: Empresas operadoras

Elaboración: OSIPTEL

374. En relación al mercado de Internet fijo, TELEFÓNICA ha reducido su cuota de mercado, pero la empresa aun cuenta con el 66% de participación en las conexiones de Internet fijo a junio de 2020, siendo América Móvil su principal competidor, la cual cuenta con una limitada cobertura.

375. En virtud de lo anterior, no resulta razonable considerar que el descuento por empaquetamiento ofrecido por TELEFÓNICA en su paquete “Movistar Total” busque competir en el mercado de servicios empaquetados. Asimismo, el análisis de la publicidad de “Movistar Total” refleja que esta oferta va dirigida, principalmente, a captar dentro del paquete a usuarios de servicios móviles, más que a captar a usuarios de otros paquetes.
376. Si atendemos a la dinámica competitiva en relación con el mercado de telefonía móvil, TELEFÓNICA ha reducido su cuota de mercado a un nivel de 30.9% estando apenas encima del segundo competidor América Móvil y con una mayor intensidad competitiva (mayores ofertas, reducción de precios, incrementos de atributos -minutos, SMS y GB-) que se refleja en el crecimiento de otros competidores como ENTEL y Viettel, los cuales incrementaron su cuota de mercado en el período diciembre 2016 a junio 2020 en 8.7% y 8.6%, respectivamente.
377. En virtud de lo anterior, sí resulta razonable considerar que TELEFÓNICA al ofrecer un descuento por empaquetamiento condicionado a la contratación de servicios fijos y móviles mediante sus paquetes 4Play busca competir en el mercado de servicios móviles, aprovechando la posición de dominio que tiene en el mercado de servicios empaquetados y en general el poder de mercado que mantiene en los servicios fijos, toda vez que en este mercado la empresa cuenta con una cuota de mercado que se viene reduciendo constantemente y una intensidad competitiva mayor a la observada en el mercado de servicios fijos.
378. Este Cuerpo Colegiado Permanente considera que el descuento por empaquetamiento de los planes “Movistar Total” le permite a TELEFÓNICA competir principalmente en el mercado de servicios móviles y no en el mercado de paquetes, lo cual puede afectar la intensidad competitiva en el primer mercado.
379. Por otra parte, TELEFÓNICA ha señalado que el OSIPTEL, como parte del procedimiento para la revisión del régimen tarifario aplicable al servicio de internet fijo publicó para comentarios el *proyecto “Normas Especiales para la prestación del Servicio de Acceso a Internet Fijo aplicables a Telefónica del Perú S.A.A.”*¹¹⁸ En este documento se repasa el esquema de empaquetamientos de TELEFÓNICA, incluido los planes “Movistar Total”, descartándose la necesidad de migrar el régimen tarifario (de supervisado a regulado) para la prestación del servicio de acceso a internet fijo minorista. Por ello, siendo que el Consejo Directivo ya ha determinado una intervención regulatoria para evitar supuestas distorsiones en el empaquetamiento de servicios incluida la oferta “Movistar Total”, correspondería declarar que la presente controversia carece de objeto por sustracción de la materia.
380. Al respecto, la evaluación que se realiza en la presente controversia respecto de las tarifas de los paquetes 4Play de TELEFÓNICA no tiene como finalidad regularla en caso se pruebe que esta conducta corresponde a una práctica anticompetitiva, entendiendo como regulación el establecimiento de tarifas tope mediante regulaciones tarifarias.
381. En cambio, lo que se busca con el presente procedimiento, es establecer si la conducta de TELEFÓNICA durante el período evaluado es sancionable de acuerdo con las normas de protección de la competencia. Esto implica que la empresa dominante puede establecer y/o modificar libremente las tarifas de sus paquetes 4play, sin estar sujeto a topes tarifarios, siempre que el descuento por empaquetamiento no sea tan grande como para que un operador con el mismo grado de eficiencia no pueda competir ofertando solo una parte de los componentes. Para que sea sancionable, además de

¹¹⁸

Mediante Resolución N°059-2020-CD/OSIPTEL.

verificar la existencia de la conducta, se deberá probar que ha tenido un efecto en el mercado.

382. En consecuencia, este Cuerpo Colegiado Permanente considera que el descuento por empaquetamiento del producto “Movistar Total” afecta principalmente a los operadores de telefonía móvil, por lo cual se procede a evaluar la replicabilidad del componente móvil en los planes “Movistar Total” por un operador con el mismo grado de eficiencia.

b. Análisis de tarifas y costos

383. En la sección anterior se observó que no se resulta razonable considerar que los paquetes “Movistar Total” y “Full Claro” compiten entre sí en el período de análisis motivo por el cual, el Cuerpo Colegiado Permanente consideró que el análisis precio-costo debe efectuarse bajo la metodología Precio Incremental vs. Costo Incremental (LRAIC).
384. Esta prueba consistirá en evaluar la replicabilidad de la oferta mediante la comparación del precio incremental y el LRAIC de los servicios móviles. En caso se encontrase que el precio incremental supera el LRAIC se considerará que un operador con el mismo grado de eficiencia podría replicar la oferta del operador dominante. Caso contrario, se entenderá que no es posible que un competidor con el mismo grado de eficiencia pueda replicar la oferta del operador dominante y, por lo tanto, podría ser excluido del mercado.
385. Al respecto, TELEFÓNICA en sus descargos analizó la replicabilidad de los servicios móviles utilizando dos test de precio-costo, el primer análisis compara los precios incrementales de los servicios móviles con los costos medios, mientras que en el segundo análisis los compara con el LRAIC.
386. En relación con el test de precio-costo medio, APOYO¹¹⁹ estima el costo medio de los servicios móviles de los planes “Movistar Total” partiendo de su contabilidad regulatoria del 2018. En primer lugar, estiman los costos medios de la primera y segunda línea a partir del costo total (de los centros de actividad red, comerciales y administrativos) atribuible a la telefonía móvil¹²⁰, sustrayendo en el caso de la segunda línea los costos compartidos por las eficiencias del centro de actividad comerciales.
387. Posteriormente, utilizando el modelo LRAIC+ del OSIPTEL del 2017, calcula el costo incremental del GB a partir de la división del costo incremental de red atribuible al servicio de telefonía móvil sobre el tráfico de GB que asume el propio modelo, obteniendo un costo incremental de S/ 1.0 por GB.
388. En base a lo señalado, TELEFÓNICA construye un paquete promedio “paquete 0” aproximando su costo a los S/ [REDACTED] de la primera y segunda línea de telefonía móvil. Se considera que este paquete promedio representa un consumo de 8 GB a partir de las estadísticas del OSIPTEL. Partiendo del “paquete 0” calculan los costos de los servicios móviles de los planes “Movistar Total” agregando el costo incremental del GB según el consumo efectivo de cada oferta tarifaria.
389. Los resultados del test con costo medio son mostrados en el Gráfico N° 29. Según los cálculos de Apoyo, los precios incrementales de los servicios móviles se encontrarían en todos los casos por encima a sus costos medios, presentando una diferencia promedio del [REDACTED]%. En consecuencia, según señala TELEFÓNICA, se descartaría la existencia de una potencial práctica anticompetitiva en los planes “Movistar Total”.

¹¹⁹ Apoyo Consultoría, *Evaluación económica de la Denuncia de Entel a OSIPTEL sobre la presunta práctica anticompetitiva del Movistar Total*, 2019.

¹²⁰ Consideran las líneas de negocio 15, 16, 17 y 18 correspondiente a “prestación de servicios de voz móvil por telefonía móvil”, “mensajes de texto de telefonía móvil”, “roaming internacional por telefonía móvil” y “prestación de internet móvil”, respectivamente.

390. En cuanto al análisis del Test con LRAIC+, Apoyo estima el costo incremental de la primera línea a partir del costo total incremental atribuible al servicio de telefonía móvil del centro de actividad de red del modelo LRAIC+ y el número de líneas móviles que asume el propio modelo. Además, agregan los costos comerciales y administrativos relacionados a la prestación del servicio al usuario final, como una proporción del OPEX de red, debido a que el modelo LRAIC+ no los contabiliza. En el caso de la segunda línea, se aplica el mismo procedimiento, pero sustrayendo los costos compartidos por ambas líneas en los costos comerciales. En base al costo incremental de las dos líneas, construyen un “paquete 0”, sobre el cual se agrega el costo incremental del GB según el consumo efectivo de cada oferta tarifaria.

Gráfico N° 29: Resultados del test con costo medio de TELEFÓNICA



Fuente: TELEFÓNICA.

391. Los resultados del Test con LRAIC+ son mostrados en el Gráfico N° 30. Según los cálculos de Apoyo, los precios incrementales de los servicios móviles se encuentran, en todos los casos, por encima del LRAIC, con una diferencia promedio del █%. En consecuencia, según señala TELEFÓNICA, ello mostraría que, en un escenario conservador, no estaría incurriendo en una práctica anticompetitiva en la comercialización de los planes “Movistar Total”, debido a que un operador convergente eficiente podría replicar estas ofertas.

Gráfico N° 30: Resultados del test con LRAIC+ de TELEFÓNICA



Fuente: TELEFÓNICA.

392. Al respecto, considerando que TELEFÓNICA es una empresa multiproducto que presentan economías de alcance por la prestación conjunta de los servicios, el LRAIC será la medida de costo utilizada para evaluar la replicabilidad del precio de los servicios móviles. El LRAIC a diferencia del costo medio total, solo considera los costos fijos y variables necesarios para producir un producto en particular, sin tomar en cuenta los costos comunes en la producción de diferentes productos¹²¹. En ese sentido, se procede a evaluar el LRAIC estimado por Apoyo.
393. El LRAIC de los servicios móviles presentados por TELEFÓNICA presenta una serie de inconsistencias que no permitiría estimar correctamente el LRAIC de los servicios móviles de los planes “Movistar Total”. Estas son: i) la aproximación del costo incremental del “paquete 0” se realiza en base al costo incremental del servicio de telefonía móvil para dos líneas, asumiendo un consumo promedio de GB por línea de 8 GB, cuando una mejor aproximación al LRAIC de un plan móvil es mediante la agregación del costo incremental de los servicios de voz y SMS por línea móvil y el costo incremental unitario de los datos por la cantidad de GB del plan móvil, sin asumir una cantidad de GB por línea¹²²; y ii) el costo incremental del GB es estimado a partir del costo incremental de red de telefonía móvil, cuando debería de considerarse el costo incremental de internet móvil que presenta el modelo. En consecuencia, el Cuerpo Colegiado Permanente procederá a estimar el LRAIC de los servicios móviles de los planes “Movistar Total”.
394. Cabe señalar que el modelo de costos más actualizado a la fecha de elaboración del presente informe es el que acompaña la Resolución N°160-2019-CD/OSIPTEL, por la cual se actualizaron los cargos de interconexión móvil, que rigen a partir del 1 de enero de 2020 hasta que se establezca un nuevo cargo. En dicha actualización del modelo de costos se utilizó la información del tráfico de la demanda del año 2018, siguiendo lo establecido en el Mecanismo de Actualización Anual del Valor del Cargo de Interconexión Tope (MAV)¹²³, el cual establece considerar la demanda del tráfico móvil de dos años previos.
395. Al respecto, el Cuerpo Colegiado Permanente considera que para el análisis de precio-costo, el LRAIC a estimar de los servicios móviles ofrecidos dentro de los planes “Movistar Total” debe de considerar el tráfico de la demanda de servicios móviles del año 2019. “Movistar Total” es únicamente una forma de comercialización de, en este caso, servicios móviles que se prestan empleando la infraestructura e insumos que TELEFÓNICA emplea en la producción de sus servicios móviles, con independencia de si se comercializan por separado de otros productos o en forma de paquete. Ello, a fin de aproximar de mejor manera los costos de un operador móvil durante el periodo de la presunta infracción, desde la comercialización de los planes “Movistar Total” en enero de 2019, considerando que en un entorno cambiante hacia el mayor consumo de datos se esperaba una reducción en los costos unitarios de los elementos de red.
396. Para la actualización del tráfico de la demanda del año 2019 se utiliza la información proporcionada por los operadores en el marco de la Norma de Requerimiento de Información Pública (NRIP), aprobada mediante Resolución de Consejo Directivo N°096-2015-CD/OSIPTEL¹²⁴. En cuanto a la información del tráfico de datos, al encontrarse ciertas inconsistencias en la información reportada, se realizaron las siguientes modificaciones a fin de reflejar el tráfico real para el caso bajo análisis:

¹²¹ Davis y Garces, Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis. 2009, p.27.

¹²² El modelo de costos considera los siguientes servicios: Tráfico de voz, tráfico de datos y Tráfico de SMS.

¹²³ Dispuesto en el Capítulo II de la Norma que establece el Cargo de Interconexión Tope por Terminación de Llamadas en las Redes de Servicios Públicos Móviles, aprobada mediante Resolución de Consejo Directivo N°021-2018-CD/OSIPTEL.

¹²⁴ En el caso de los tráficos por SMS se consideró la información del 2018, al no disponerse de la información del tráfico entrante off-net actualizada al 2019.

- En el caso del tráfico de datos reportado por TELEFÓNICA se encuentra que esta información no es consistente con la distribución de las líneas móviles que acceden a internet, encontrándose muy por debajo del tráfico reportado por América Móvil. Por ello, se utiliza el tráfico de datos móviles de los reportes trimestrales de la información financiera de TELEFÓNICA de España¹²⁵, los cuales guardan coherencia con la distribución de líneas móviles que acceden a internet.
- En el caso del tráfico de datos reportado por Viettel, al presentar inconsistencias, se aproximó mediante el tráfico promedio por línea móvil que accede a internet de TELEFÓNICA, al presentar el menor valor entre los tres operadores (TELEFÓNICA, América Móvil y ENTEL). A partir del tráfico promedio por línea móvil de TELEFÓNICA y el número de líneas móviles que accedieron a internet de Viettel se obtuvo una aproximación a su tráfico móvil del 2019.

397. La información del tráfico de internet móvil del 2019 según lo reportado por los operadores móviles en el marco de la NRIP y con las modificaciones antes señaladas es mostrada en el siguiente cuadro:

Cuadro N° 15: Demanda de datos 2019

Operador	Reporte NRIP		Modificado		Distribución de líneas móviles que acceden a internet 2019
	Tráfico de datos 2019 (millones de MB)	Distribución del tráfico %	Tráfico de datos 2019 (millones de MB)	Distribución del tráfico %	
América Móvil	551,034	41%	551,034	34%	33%
Entel	309,168	23%	309,168	19%	17%
Telefónica del Perú	386,323	29%	555,678	34%	35%
Viettel	85,307	6%	228,855	14%	15%
Total	1,331,833	100%	1,644,735	100%	100%

Elaboración: STCCO.

398. Finalmente, la información sobre los niveles de tráfico en el mercado móvil del 2019 es mostrada en el Cuadro N° 16. Esta información es utilizada en la actualización del modelo de costos de la red móvil.

Cuadro N° 16: Niveles de tráfico en el mercado móvil – año 2019

		Tráfico del mercado
Voz (Millones de minutos)	Tráfico Total	124,025
	On-net	36,553
	Saliente off-net	43,627
	hacia móviles	40,793
	hacia fijos	2,635
	internacional	200
	Entrante off-net	43,845
	desde móviles	42,099
	desde fijos	1,230
	internacional	516
SMS (Millones)	On-net	5,520
	Saliente off-net	5,548
	Entrante off-net	5,901
MMS (Miles)	On-net	917
	Saliente off-net	-
	Entrante off-net	-
Datos (Millones de MB)	Demanda Anual	1,644,735

Elaboración: STCCO.

¹²⁵

Disponible en <https://bit.ly/3jxmN3P>. Fecha de última consulta: 9 de octubre de 2020.

399. La estimación del LRAIC de los servicios móviles ofrecidos en los planes “Movistar Total” parte por estimar el costo incremental unitario de los servicios de voz y SMS (en adelante, servicio de telefonía móvil), sobre el cuál se agrega el costo incremental del servicio de internet móvil (servicio de datos) según oferta tarifaria, considerando la información del consumo efectivo de GB provista por TELEFÓNICA. El costo incremental de los servicios móviles se calcula como:

$$CI_{Plan} = CI_{1linea} + CI_{2linea} + CI_{GB} * C_{GB} \quad (2)$$

$$CI_{1linea} = CI_{RED} + RATIO1_{COM} * CI_{RED-OPEX} + RATIO_{ADM} * CI_{RED-OPEX} \quad (3)$$

$$CI_{2linea} = CI_{RED} + RATIO2_{COM} * CI_{RED-OPEX} + RATIO_{ADM} * CI_{RED-OPEX} \quad (4)$$

Donde:

CI_{Plan} : Costo incremental de los servicios móviles en los planes “Movistar Total”.

CI_{1linea} : Costo incremental del servicio de telefonía móvil de la primera línea.

CI_{2linea} : Costo incremental del servicio de telefonía móvil de la segunda línea.

CI_{GB} : Costo incremental del GB.

C_{GB} : Consumo efectivo de GB en los planes “Movistar Total”.

CI_{RED} : Costo incremental de Red del servicio de telefonía móvil.

$CI_{RED-OPEX}$: Costo incremental de red – Opex de telefonía móvil.

$RATIO1_{COM}$: Ratio costos comerciales / Opex de la primera línea.

$RATIO2_{COM}$: Ratio costos comerciales / Opex de la segunda línea.

$RATIO_{ADM}$: Ratio costos administrativos / Opex.

400. Según se muestra en el Cuadro N° 17, el costo incremental del servicio de telefonía móvil por línea se estima a partir de la división entre el costo incremental de los servicios de voz y SMS del modelo de costos, entre el número de líneas del modelo y el número de meses del año. A partir de ello, se obtiene un costo incremental (OPEX y CAPEX) de telefonía móvil de USD 0.63 por línea (a nivel mayorista).

Cuadro N° 17: Costos incrementales del servicio de telefonía móvil (voz y SMS)

Concepto		Valor
OPEX (millones de USD)	(a)	43.70
CAPEX (millones de USD)	(b)	43.55
CI Red (millones de USD)	(c) = (a) + (b)	87.25
Número de líneas del OHE (millones)	(d)	11.49
Número de meses	(e)	12.00
CI de Red – OPEX por línea (USD)	[(a) / (d)] / (e)	0.32
CI de Red – CAPEX por línea (USD)	[(b) / (d)] / (e)	0.32
CI Red (OPEX y CAPEX) por línea (USD)	[(c) / (d)] / (e)	0.63

Fuente: Modelo de costos de la Resolución N°160-2019-CD/OSIPTEL.

Elaboración: STCCO.

401. A partir del resultado previo, se estima el costo incremental del servicio de telefonía móvil ofrecido en los planes “Movistar Total”. Como se muestra en el Cuadro N° 18 al costo incremental unitario de telefonía móvil (a nivel mayorista) se le adicionan los costos comerciales y administrativos correspondientes a la prestación del servicio final, estimados por Apoyo como una proporción respecto de los costos incremental de red OPEX. Así, se estima un costo incremental unitario de los servicios de telefonía móvil (voz y SMS) por línea de USD [REDACTED] y USD [REDACTED] para la primera y segunda línea, respectivamente (se consideran los costos compartidos entre ambas líneas). En total, el costo incremental de telefonía móvil para ambas líneas es estimado en USD [REDACTED]

Cuadro N° 18: Estimación del costo incremental (LRAIC) de telefonía
móvil por línea**CONFIDENCIAL**

Nota: (*) Ratios estimados por TELEFÓNICA sobre el Costo Incremental de red OPEX.
Elaboración: STCCO.

402. En cuanto al costo incremental del servicio de internet móvil por GB, este se estima como una división del costo incremental de red de internet móvil y la demanda de datos en GB del modelo de costos (ver Cuadro N° 19). Se obtiene un costo incremental de USD 0.98 por GB¹²⁶.

Cuadro N° 19:: Estimación del LRAIC del GB de internet móvil

Concepto		Monto
CI de Red de internet móvil (millones de USD)	(a)	539
Demanda de datos (millones de MB)		548,245
Demanda de datos (millones de GB)	(b)	548
CI por GB en USD	(a) / (b)	0.983

Fuente: Modelo de costos de la Resolución N°160-2019-CD/OSIPTEL.
Elaboración: STCCO.

403. Al respecto, TELEFÓNICA en sus descargos señaló que la metodología empleada por la STCCO no permitiría reflejar el correcto valor del costo incremental de una línea móvil debido a que no se podrían utilizar los costos de voz y datos de manera independiente, pues al hacerlo se trasladarían una serie de imprecisiones hacia cada uno de los servicios.
404. Cabe mencionar que de acuerdo a lo señalado en el Informe N° 0016-GPRC/2018 que fija el cargo de interconexión móvil, el modelo de costos permite obtener los costos incrementales medios de cada uno de los servicios de red modelados:

“El modelo produce los costos incrementales promedio a largo plazo (LRAIC) para todos los servicios de red modelados. Los costos incrementales se obtienen aplicando factores de enrutamiento a los costos anualizados de cada elemento de red, teniendo en cuenta la producción total (Mbit/s, minutos, conexiones, etc.) que transporta el elemento de red en un año.”

(p. 169)

405. En ese sentido, es posible obtener el costo incremental medio de cada uno de los servicios de red modelados a partir del modelo de costos. Cabe señalar que, si bien para el modelado de los costos de red se consideran a todos los servicios con la finalidad de reflejar las economías de escala en la entrega de voz y tráfico de datos,

¹²⁶

Siguiendo el criterio empleado por Apoyo, no se contemplan costos adicionales de los centros de actividades comerciales ni administrativos debido a que (i) ampliar la capacidad solo requiere de gastos de red, y ii) los gastos comerciales y administrativos asociados al teléfono móvil ya han sido considerados en la estimación del costo incremental unitario de telefonía móvil.

éstas ya se encuentran reflejadas en los resultados LRAIC+, por lo cual sería posible utilizar los costos de manera independiente por cada servicio.

406. Por otra parte, de proceder con el criterio considerado por TELEFÓNICA de dividir el costo total de red del modelo de costos (incluye servicios de voz, SMS y datos) entre el total de líneas se subestimaría el costo incremental de una línea móvil que usa los servicios de voz y datos debido a que se imputaría el costo de red del servicio de datos a una mayor cantidad de líneas de las que hacen uso de internet, las cuales representan cerca del 49.4% del total de líneas¹²⁷ consideradas en el modelo de costos.
407. Respecto de los precios incrementales de los servicios móviles en los planes “Movistar Total”, estos se estiman mediante la diferencia entre las tarifas de los paquetes 4Play y los paquetes 3Play de TELEFÓNICA. Este criterio sigue lo señalado por la Comisión Europea¹²⁸ respecto a los cálculos de los precios incrementales:

“A bundle may be discounted in various ways. In the simplest case, a bundle AB consisting of two products A and B has a separate price that is lower than the sum of the stand-alone prices of A and B. In that case the incremental price of product B is measured as the price of the bundle AB less the stand-alone price of product A. Similarly, the incremental price of a product C sold in a discounted bundle ABC is the price of ABC less the sum of the stand-alone prices of A and B (or the price of AB if such an option exists).”

(European Commission, 2005, p. 57-58) (El subrayado es nuestro)

408. La representación matemática de la estimación del precio incremental de los servicios móviles es la siguiente:

$$PI_{SM} = P_{4Play} - P_{3Play} \quad (5)$$

Donde:

PI_{SM} : Precio incremental de los servicios móviles.

P_{4Play} : Tarifa de los paquetes 4Play.

P_{3Play} : Tarifa de los paquetes 3Play.

409. Siguiendo el procedimiento de cálculo, se estiman los precios incrementales de los servicios móviles de los planes “Movistar Total” para las ofertas tarifarias vigentes al 31 de marzo de 2019, al 31 de octubre de 2019, al 31 de marzo de 2020 y 20 de junio de 2020 (vigente desde el 15 de abril de 2020).
410. Cabe señalar que, resulta de especial interés la evaluación de la última actualización tarifaria de los planes “Movistar Total” del 15 de abril de 2020, mediante la cual TELEFÓNICA reduce las ocho variedades de internet móvil de los planes “Movistar Total” (desde 10GB hasta los 60GB) a una oferta de 13GB, debido a la gran reducción en el precio incremental de los servicios móviles. Ello, considerando que los planes “Movistar Total” más contratados son los que ofrecen las velocidades de 10GB y 16GB, representando cerca del 90% del total de planes “Movistar Total” a marzo de 2020.
411. Según se observa en el Gráfico N° 31, mientras que las tarifas de los planes “Mi Movistar” (solo servicios móviles) no variaron en el periodo enero-junio 2020, el precio incremental del componente móvil de los planes “Movistar Total” se redujo significativamente. Así, mientras que el precio incremental de un plan móvil 4Play de 10GB era de S/ 48.1 (inc. IGV) en marzo de 2020, el nuevo plan móvil 4Play de 13GB introducido en abril presenta un precio incremental de S/ 24.1 (inc. IGV), representando

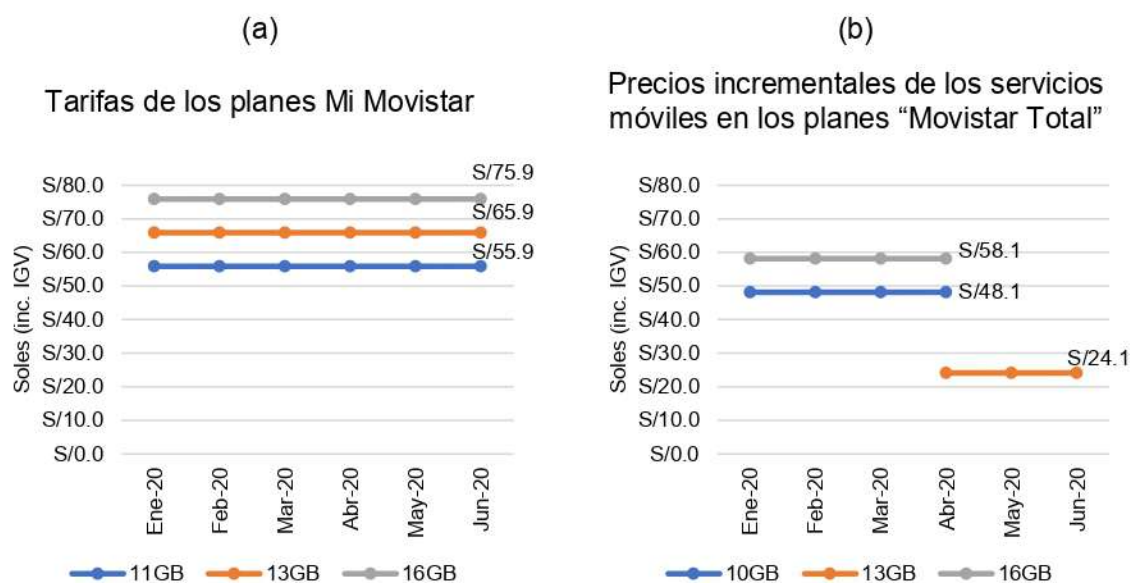
¹²⁷ De acuerdo al modelo de costos, el número de suscriptores del operador hipotético eficiente es de 11,487,706, de los cuales solo 5,671,667 son suscriptores de voz y datos.

¹²⁸ European Commission, *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, 2005.

una caída de más del 50%. Este accionar por parte de TELEFÓNICA indica que estaría intensificando sus esfuerzos para competir en el mercado de servicios móviles mediante los paquetes 4Play y no mediante sus planes de servicios móviles, aprovechando el poder de mercado que cuenta en los servicios fijos.

412. Asimismo, resulta difícil justificar la reducción en el precio incremental de su nueva oferta tarifaria en una mayor eficiencia económica, por la prestación conjunta de servicios, debido a lo significativo de la reducción en un corto periodo de tiempo.

Gráfico N° 31: Evolución de las tarifas de los planes Mi Movistar y los precios incrementales del componente móvil en los planes "Movistar Total"



Fuente: SIRT. Elaboración: STCCO.

413. La comparación de los precios incrementales y el LRAIC de los servicios móviles, mostrada en el Gráfico N° 32, indica que los precios incrementales mostrados como vigentes al 31 de marzo de 2019, al 31 de octubre de 2019 y 31 de marzo de 2020 se encontraron por encima del LRAIC y por lo tanto un operador con el mismo grado de eficiencia podría replicar estas ofertas. En consecuencia, la empresa investigada no habría incurrido en una práctica anticompetitiva por la comercialización de los planes "Movistar Total" vigentes en las fechas señaladas.
414. Sin embargo, en la última actualización tarifaria del 15 de abril de 2020, mostrada como vigente a junio de 2020, el precio incremental de los servicios móviles se encuentra muy por debajo del LRAIC, por lo cual un operador con el mismo grado de eficiencia no podría replicarla. En ese sentido, TELEFÓNICA estaría incurriendo en una práctica anticompetitiva a partir de la última actualización tarifaria.
415. Cabe señalar que, la conclusión sobre la no replicabilidad de la última actualización tarifaria de los planes "Movistar Total" se mantiene incluso considerado el método de cálculo del LRAIC presentado por TELEFÓNICA. Así, el precio incremental de S/ 20 sin IGV del plan móvil de 13 GB se encuentra muy por debajo del LRAIC estimado por la STCCO de S/ [] sin IGV, como respecto del LRAIC presentado por TELEFÓNICA de S/ [] sin IGV para un plan de 12GB.

Gráfico N° 32: Comparación de los precios incrementales y LRAIC de los servicios móviles incluidos en los planes “Movistar Total” (S/ sin IGV)

CONFIDENCIAL

Nota: Tipo de cambio 3.34 soles por dólar, promedio anual del 2019.

Elaboración: STCCO.

416. En conclusión, de acuerdo a la metodología práctica para analizar el caso, los resultados de la prueba de precio-costos aplicados sobre el componente móvil de los planes “Movistar Total” nos llevan a concluir que, el precio incremental del componente móvil de los planes “Movistar Total” no sería replicable por una empresa con el mismo grado de eficiencia a partir de su última actualización tarifaria del 15 de abril de 2020, al encontrarse el precio incremental por debajo del LRAIC. Ello, dependiendo del tamaño de los efectos, podría impedir la expansión o la entrada incluso de un operador con igual grado de eficiencia.
417. Por su parte, TELEFÓNICA en sus alegatos presentó una estimación actualizada del costo incremental utilizando la información de su contabilidad separada al 2019 y usando el modelo propuesto por el Instructivo. Lo anterior le permitió estimar valores que difieren de los estimados por el Cuerpo Colegiado Permanente en el modelo presentado en el Instructivo.

Cuadro N° 20: Precio promedio por 1GB (dólares)¹²⁹

Concepto	STCCO Metodología Instructivo	TELEFÓNICA Metodología Informe Instructivo (con datos de la Contabilidad Separada 2019)
Costo incremental por línea	Costo incremental de los servicios de voz y SMS (sin datos): S/ [REDACTED]	Costo incremental de los servicios de voz y SMS (sin datos): S/ [REDACTED]
Costo incremental por GB	S/ 3.28	S/ [REDACTED]

Fuente: Cable.co.uk

Elaboración: OSIPTEL

418. En relación al componente “Costo Incremental por línea”, este resulta ser un mayor valor al propuesto por el Instructivo ([REDACTED]%) motivo por el cual no resulta necesario evaluarlo toda vez que el estimado por la STCCO refleja una aproximación.

¹²⁹

<https://www.cable.co.uk/mobiles/worldwide-data-pricing/>. Fecha de última consulta: 9 de octubre de 2020.

419. En relación al componente “Costo incremental por GB”, este resulto ser inferior al valor propuesto por el Instructivo (■■■■%) motivo por el cual sí resulta necesario evaluarlo toda vez que el estimado por la STCCO reflejaría una aproximación pero difiere en gran medida del presentado por TELEFÓNICA.
420. Al respecto, este Cuerpo Colegiado Permanente considera que el costo por GB de S■■■■ estimado por TELEFÓNICA a partir de su Contabilidad Separada (2019) se encontraría subestimado debido a que para su estimación se consideró el costo por red neto de la depreciación, cuando una adecuada estimación del LRAIC debería de considerar los gastos por depreciación, según se viene haciendo en la estimación del LRAIC+ de interconexión del servicio de voz. Así, según se indica en el artículo 16 del Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión¹³⁰, se considera a la depreciación dentro de los principios básicos considerados para el cálculo del costo de interconexión:

“ (...)

- a) *Los costos de interconexión incluirán únicamente los costos asociados a las instalaciones y activos necesarios para la interconexión.*
- b) *Para calcular el valor de los activos se considerará su valor de adquisición utilizando las tecnologías más eficientes que puedan ser utilizadas para proveer la instalación necesaria para la interconexión.*
- c) *Para determinar los factores de depreciación, se utilizará la vida útil de los activos de acuerdo a los Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados en el Perú.*
- d) *Los costos de interconexión incluirán los de planeamiento, suministro, operación y conservación de la infraestructura necesaria. No se incluirán costos de modernización o mejoras de red, salvo que se hubiesen tenido que incurrir en ellos para efectuar la interconexión.*
- e) *No forman parte de los costos de interconexión aquellos en los que el concesionario u otros operadores vinculados directa o directamente incurran, o hayan incurrido, que no estén relacionados directamente con proporcionar el acceso a la instalación.*

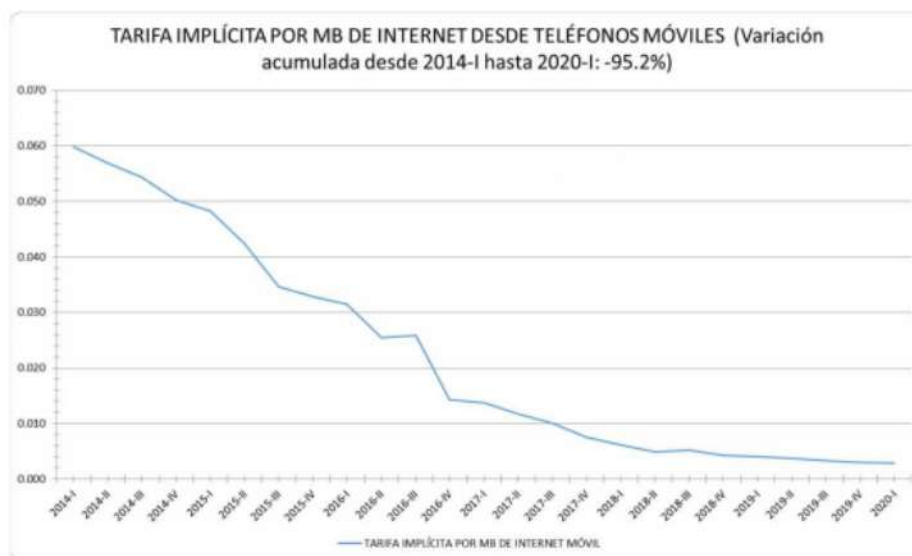
(...)” (El subrayado es nuestro)

421. Asimismo, es importante señalar que, en un contexto de elevada intensidad competitiva como el que se encuentra en el mercado de servicios móviles, la tarifa promedio por GB para la capacidad de navegación (GB) tendería en el largo plazo al LRAIC. Lo anterior es reconocido por TELEFÓNICA en su Escrito N° 22, en el cual señala lo siguiente:

*“73. Este resultado es además concordante con la realidad del mercado a nivel nacional e internacional. **Un proxy del reducido costo del GB puede apreciarse analizando los precios del GB.** El análisis a nivel internacional refleja precios (es decir, lo que es trasladado al consumidor) de hasta 0.09 centavos de dólar el mismo que es sustancialmente inferior al costo determinado por el Informe Instructivo¹⁷. A nivel nacional, esto también se ve reflejado en la información sobre la tarifa implícita del GB según lo reportado por el OSIPTEL. Como se puede apreciar del siguiente gráfico, la tarifa implícita del GB ha ido disminuyendo dramáticamente en los últimos años.*

¹³⁰

Aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 134-2012-CD/OSIPTEL.

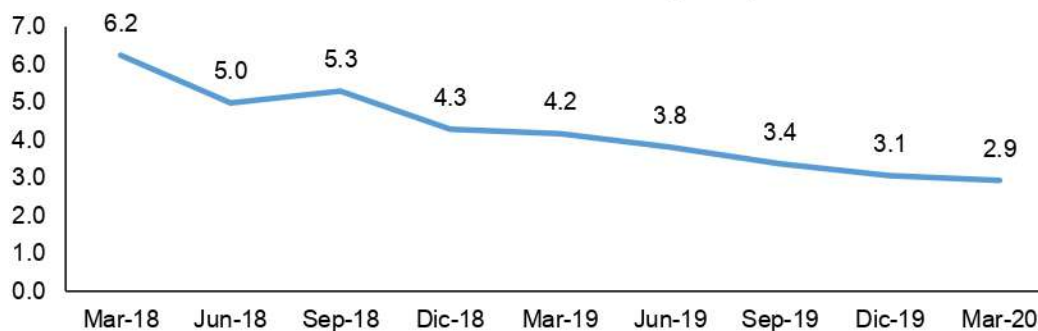


” (énfasis y subrayado propio).

422. En relación a las afirmaciones señaladas por TELEFÓNICA, este Cuerpo Colegiado Permanente presenta dos discrepancias:

- En primer lugar, la empresa presentó una evolución de la tarifa implícita por MB, la cual fue ajustada por el Cuerpo Colegiado Permanente para reflejar la evolución de la tarifa por GB, lo cual permitió observar que esta tarifa fue de, aproximadamente, S/ 2.9 (-11.7%) a marzo de 2020; el cual si bien es un valor inferior al estimado por el modelo del Instructivo se encontraría muy por encima de los valores señalados por TELEFÓNICA.

Gráfico N° 33: Evolución de la tarifa implícita por GB



Fuente: Portal Punku OSIPTEL

Elaboración: OSIPTEL

Nota: 1 GB equivale a 1024 MB.

Según se observa en el gráfico anterior, la tarifa promedio del GB viene disminuyendo, mostrando una tendencia decreciente producto de la mayor competencia en el mercado por parte de ENTEL y Viettel. En este contexto, el precio del GB se habría encontrado próximo al LRAIC, el cual habría venido disminuyendo conforme se incrementaba la competencia y se generaban mayores eficiencias por el mayor tráfico de datos. Por ello, cabría esperar que la tarifa promedio del GB en el año 2019 se encuentre muy cercana al LRAIC del servicio de internet móvil.

- En segundo lugar, la empresa mencionó que las tarifas por GB a nivel internacional se habrían reducido hasta 0.09 centavos de dólar, valor que es sustancialmente inferior al costo determinado en el Informe Instructivo y, el cual

sería cercano al valor estimado por TELEFÓNICA. No obstante, hay que señalar que dicha tarifa promedio referenciada corresponde a la INDIA, país con una estructura de mercado totalmente distinta a la del Perú. Al respecto, la misma fuente de donde se recogió esta información¹³¹ presentó la tarifa promedio de 1 GB para el Perú, la cual se encontró en USD 2.13 (S/ 7.5 considerando un tipo de cambio de S/ 3.5).

Cuadro N° 21: Precio promedio por 1GB (dólares)

Rank	Country	Average price of 1GB (USD)
1	India	9€
2	Israel	11€
3	Kyrgyzstan	21€
4	Italy	43€
5	Ukraine	46€
6	Kazakhstan	46€
7	Somalia	50€
8	Sri Lanka	51€
9	Russian Federation	52€
10	Vietnam	57€
71	Timor-Leste	\$2.08
72	Saudi Arabia	\$2.12
73	Burundi	\$2.12
74	Peru	\$2.13
75	Lesotho	\$2.13
76	Finland	\$2.14
77	Guatemala	\$2.17
78	Bulgaria	\$2.22
79	Bahrain	\$2.27

Fuente: Visual Capitalist

423. La misma información de la tarifa por 1 GB es recogida en el portal cable.co.uk, la cual estimó tres niveles de precios los cuales se encuentran cercanos al costo incremental estimado por el modelo del Instructivo y lejanos al estimado por TELEFÓNICA tanto usando su modelo como actualizando el modelo del Instructivo.

Cuadro N° 22: Precio promedio por 1GB (dólares)¹³²

Concepto	Tarifa (USD) por 1 GB	Tipo de cambio	Tarifa (S/) por 1 GB
Costo incremental TELEFÓNICA usando Instructivo	-	-	S/ [REDACTED]
Costo incremental STCCO usando Instructivo	USD 0.983	S/ 3.34	S/ 3.28
Precio más barato	USD 0.99	S/ 3.34	S/ 3.30
Precio promedio	USD 2.13	S/ 3.34	S/ 7.11
Precio más caro	USD 17.84	S/ 3.34	S/ 59.53

Fuente: Cable.co.uk

Elaboración: OSIPTEL

424. Por otro lado, TELEFÓNICA ha señalado en su Escrito N° 22 que los precios de la oferta comercial serían un reflejo del costo incremental por GB para lo cual presentó una evolución de las tarifas y la capacidad de navegación incluida por ENTEL y América Móvil en sus planes de S/ 65¹³³, la cual permite observar que las tarifas de los

¹³¹ <https://www.visualcapitalist.com/cost-of-mobile-data-worldwide/>. Fecha de última consulta: 9 de octubre de 2020.

¹³² <https://www.cable.co.uk/mobiles/worldwide-data-pricing/>. Fecha de última consulta: 9 de octubre de 2020.

¹³³ En particular, TELEFÓNICA ha señalado lo siguiente:

74. De la misma forma, los precios de la oferta comercial en el mercado móvil aportan un indicio relevante de cuál sería el costo incremental por GB al adicionar cada vez más GB en los planes móviles. Como se puede observar del siguiente cuadro, el incremento de cada vez más GB en los

planes no se habrían incrementado en el tiempo mientras que la capacidad de datos (GB) sí se habría incrementado concluyendo, en base a dicha información, que el costo incremental de los datos (GB) es cercana a cero.

425. Al respecto, el incremento de datos y no así de la tarifa mensual se explicaría por la mejora tecnológica y las eficiencias que las empresas pueden generar a lo largo del tiempo. No obstante, el Cuerpo Colegiado Permanente consideró que este indicador no refleja de forma apropiada el costo incremental en un determinado momento del tiempo toda vez que es una evolución y está siendo influenciado por factores tecnológicos. En tal sentido, un indicador más preciso que reflejaría el costo incremental en un determinado momento del tiempo sería la tarifa de los paquetes de datos (GB) que puede contratar el consumidor una vez agotada la capacidad de navegación contratada.
426. El Cuerpo Colegiado Permanente estimó que la tarifa por 1 GB adicional en un determinado momento del tiempo sería de, aproximadamente, S/ 6.1 lo cual reflejaría que el costo incremental de las empresas no sería nulo o cercano a cero como señaló TELEFONÍA (ver Cuadro N° 23).

Cuadro N° 23: Precio medio (S/ con IGV) de 1 GB adicional en base a los paquetes de datos comercializados por las empresas (septiembre 2020)

Empresa	Paquetes de datos (GB)	Duración	Tarifa S/ paquete	Tarifa S/ por GB
América Móvil	Paquete 1.5 GB	10 días	S/ 10	S/ 6.7
Entel	Paquete 1.2 GB	7 días	S/ 7	S/ 5.8
Telefónica	Paquete 1GB +WhatsApp	7 días	S/ 7	S/ 7.0
Viettel	Paquete 1 GB	5 días	S/ 5	S/ 5.0
-	Promedio	7.3 días	S/ 6.1	S/ 6.1

Fuente: Página web de las empresas operadoras

Elaboración: OSIPTEL

427. Los valores anteriores podrían estar subestimando el precio incremental dado que tienen una duración, promedio, de 7.3 días siendo que las empresas presentan una mayor tarifa cuando la vigencia de los datos tiene mayor duración (relación directa entre duración del paquete y tarifa del paquete). En tal sentido, si consideramos paquetes de datos (GB) cuya duración es de 30 días, el precio promedio por 1 GB es de S/ 8.3 a septiembre de 2020.

Cuadro N° 24: Precio medio (S/ con IGV) de 1 GB adicional en base a los paquetes de datos comercializados por las empresas (septiembre 2020)

Empresa	Paquetes de datos (GB)	Duración	Tarifa (S/ paquete)	Tarifa S/ por GB
América Móvil	Paquete 3 GB	30 días	S/ 30	S/ 10
Entel	No se identificó paquetes con duración de 30 días			
Telefónica	Paquete 3 GB	30 días	S/ 30	S/ 10
Viettel	Paquete 6 GB	30 días	S/ 30	S/ 5
-	Promedio	30 días	S/ 30	S/ 8.3

Fuente: Página web de las empresas operadoras

Elaboración: OSIPTEL

428. Los precios promedios de los paquetes de datos se encuentran muy por encima de los costos incrementales por GB estimados en S/ 3.28 por la STCCO en el informe Instructivo.
429. Adicionalmente, este Cuerpo Colegiado Permanente analizó la capacidad de navegación (GB) otorgada por los planes con renta mensual de TELEFÓNICA denominados “Mi Movistar ilimitado” encontrando que el precio incremental por 1 GB

planes móviles representaría un costo incremental nulo para los operadores móviles (de acuerdo a la capacidad de red con la que cuentan) o, en todo caso, muy cercano a cero:

fue, en promedio, de S/ 3.1, lo cual refuerza nuevamente lo señalado en líneas anteriores en relación a que el precio incremental por 1GB no sería cercano a cero como señaló TELEFÓNICA en sus alegatos y que por lo tanto, el costo incremental tampoco estaría en un nivel cercano a cero.

430. El siguiente cuadro permite observar que pasar del plan “Mi Movistar Ilimitado S/ 65.9 (13 GB) al plan Mi Movistar Ilimitado S/ 75.9 (18 GB) involucró un incremento de 5 GB por una tarifa adicional de S/ 10 considerando que el consumidor mantiene su velocidad de navegación, lo cual implica un precio incremental por GB de S/ 5 en este escenario.

Cuadro N° 25: Tarifa incremental (S/ con IGV) por 1GB en base a los planes “Mi Movistar Ilimitado” (septiembre de 2020)¹³⁴ – TELEFÓNICA -

Plan	Capacidad de navegación en alta velocidad (GB)	Tarifa mensual	GB adicionales	Tarifa adicional	Tarifa incremental por GB
Movistar S/ 65.90	13	S/ 65.9	-	-	-
Movistar S/ 75.90	18	S/ 75.9	5	S/ 10	S/ 2.0
Movistar S/ 79.90	19	S/ 79.9	1	S/ 4	S/ 4.0
Movistar S/ 89.90	22	S/ 89.9	3	S/ 10	S/ 3.3
Movistar S/ 99.90	25	S/ 99.9	3	S/ 10	S/ 3.3
Movistar S/ 109.90	28	S/ 109.9	3	S/ 10	S/ 3.3
Movistar S/ 129.90	35	S/ 129.9	7	S/ 20	S/ 2.9
Movistar S/ 149.90	40	S/ 149.9	5	S/ 20	S/ 4.0
Movistar S/ 169.90	50	S/ 169.9	10	S/ 20	S/ 2.0
Movistar S/ 199.90	60	S/ 199.9	10	S/ 30	S/ 3.0
Promedio					S/ 3.1

Fuente: SIRT

Elaboración: OSIPTEL

Nota: Los planes “Mi Movistar Ilimitado” desde S/ 65.9 ofrecen los mismos atributos en minutos de comunicación (voz), SMS y capacidad de navegación (ilimitados para los tres atributos señalados) diferenciándose únicamente en la capacidad de navegación (GB) en alta velocidad. Por lo anterior se asume que el incremento en la tarifa del plan corresponde únicamente al incremento en la capacidad de navegación (GB) de alta velocidad dado que lo demás se mantiene constante (*ceteris paribus*).

431. Cabe señalar que si bien los planes “Mi Movistar” desde S/ 65.9 ofrecen datos ilimitados (GB) una vez alcanzado el umbral de navegación establecido por el plan (capacidad de navegación en alta velocidad), los planes reducen su velocidad de navegación de 10 Mbps en red 4.5G, de 5 Mbps red 4G y de 1Mbps red 3G a 0.2 Mbps, lo cual involucra una reducción de aproximadamente el 98%, 96% y 80%, respectivamente, de la velocidad de navegación, limitando el acceso al consumidor. Por lo anterior, este Cuerpo Colegiado Permanente consideró que la capacidad de navegación (GB) ofrecida en alta velocidad refleja de forma más precisa el precio incremental por GB dado que esta permite la navegación sin restricciones al consumidor.
432. El precio incremental por GB observado anteriormente se encuentra en valores muy cercanos a los estimados por el informe instructivo y considerando la alta intensidad competitiva en el mercado de telefonía móvil este no debería estar muy alejado del costo incremental por GB.
433. Cabe señalar que, si consideramos lo señalado por TELEFÓNICA en relación a que el costo incremental sería nulo o cercano a cero este diferiría de los precios observado en el mercado reflejando un poder de mercado por parte de esta empresa, lo cual se contradice con la alta intensidad competitiva que se ha observado y que las propias empresas de telefonía móvil han señalado en diversos pronunciamientos.

¹³⁴ Planes registrados con código SIRT TECN2020000741.

434. TELEFÓNICA estimó en su Escrito N° 22 que el costo incremental por GB representó el 5.5% del costo incremental de la línea móvil mientras que el Cuerpo Colegiado Permanente lo estimó en 70.4% (costo considerando únicamente voz y SMS). Lo anterior implica que, si consideramos el análisis de TELEFÓNICA, el 94.5% del costo incremental de una línea móvil se atribuye a los otros servicios ofrecidos en ésta siendo estos principalmente minutos de comunicaciones (voz) y SMS los cuales se brindan de forma ilimitados sin restricciones.

Cuadro N° 26: Estimación del costo incremental presentado en el Instructivo

Concepto	INSTRUCTIVO	TELEFÓNICA
Costo incremental por línea	S/ [REDACTED]	S/ [REDACTED]
Servicios de voz y SMS (sin datos)	S/ [REDACTED]	S/ [REDACTED]
Costo incremental por GB	S/ 3.28	S/ [REDACTED]
% del costo incremental por GB respecto del costo incremental por línea (voz + SMS)	70.4%	5.5%

Elaboración: OSIPTEL

435. Al respecto, los datos de Contabilidad Separada por líneas de negocio remitidos por TELEFÓNICA para el año 2019 reflejan que el costo promedio atribuible al componente de datos (GB) representó aproximadamente el 69.4% del costo de los servicios de voz y SMS, los cuales son valores muy cercanos a los estimados por el Cuerpo Colegiado Permanente en el instructivo. Si bien estos valores son costos promedio y no costos incrementales, resulta razonable esperar que la proporción mantenga cierta consistencia al momento de evaluar los costos incrementales como se ha observado en el Instructivo.

Cuadro N° 27: Estimación de la proporción del costo promedio de internet móvil respecto del costo de voz y SMS

Concepto	Voz	SMS	Roaming Internacional	Internet Móvil
Total general - Anual	S/1,234,603,396	S/196,488	S/40,960,487	S/857,333,878
Total general - Mensual	S/102,883,616	S/16,374	S/3,413,374	S/71,444,490
Total líneas móviles a dic-19 (prepago, control y postpago)	13,323,375	13,323,375	13,323,375	13,323,375
Costo promedio	S/7.7	S/0.001	S/0.3	S/5.4

Concepto	Costo
Voz + SMS	S/7.7
Roaming Internacional	S/0.3
Internet Móvil	S/5.4
Costo promedio por línea	S/13.3

% del costo promedio de internet móvil respecto del costo promedio por línea (voz + SMS)	69.4%
--	-------

Fuente: Contabilidad Separada TELEFÓNICA para el 2019

Elaboración: OSIPTEL

436. Por lo anterior no resulta razonable considerar como señaló TELEFÓNICA que el costo incremental por GB represente el 5.5% del costo incremental de una línea considerando voz y SMS, lo cual es el resultado de incorporar los valores de la empresa en el modelo presentado por el Cuerpo Colegiado Permanente.
437. El Cuadro N° 28 presenta un resumen de los precios incrementales por 1 GB observados en el mercado (estimados por el Cuerpo Colegiado Permanente) y nivel internacional conjuntamente con los costos incrementales usando el modelo propuesto en el instructivo y estimado por TELEFÓNICA y la STCCO. El valor estimado por TELEFÓNICA dista mucho de los valores observados en el mercado mientras que el valor estimado por la STCCO sería el más cercano motivo por el cual, no resulta



razonable considerar el valor estimado por TELEFÓNICA para el análisis del test precio-costo.

Cuadro N° 28: Estimación de precios y costos por 1 GB

Concepto	Entidad que estima	Tarifa (S/) por GB
Costo incremental - TELEFÓNICA usando Instructivo	TELEFÓNICA	S/ [REDACTED]
Costo incremental - STCCO usando Instructivo	STCCO	S/3.28
Tarifa implícita	OSIPTEL	S/2.93
Tarifa más económica	cable.co.uk	S/3.31
Tarifa promedio	cable.co.uk	S/7.11
Tarifa por 1 GB en paquetes (vigencia días)	STCCO	S/6.11
Tarifa por 1 GB en paquetes (vigencia 1 mes)	STCCO	S/8.30
Tarifa incremental por 1 GB en planes (capacidad incluida) – sólo planes de TELEFÓNICA	STCCO	S/3.10

Fuente: Empresa operadoras y OSIPTEL

Elaboración: OSIPTEL

438. En virtud de lo visto anteriormente, este Cuerpo Colegiado Permanente considera que si bien la estimación del costo del GB de S/ 3.28 presentado en el Informe Instructivo pudiera encontrarse algo sobrestimado respecto del verdadero valor, resulta ser una mejor aproximación al verdadero valor del LRAIC que aquel estimado por TELEFÓNICA de S/ [REDACTED] por GB, por resultar muy subestimado al encontrarse muy por debajo de la tarifa promedio por GB de internet móvil observado en el mercado. **En consecuencia, se procederá a utilizar el costo del GB estimado de S/ 3.28 para el test de precio-costo.**
439. Asimismo, TELEFÓNICA en sus alegatos presentó una estimación actualizada del costo incremental del componente móvil de los planes “Movistar Total”, el cual llevaría a concluir que estos planes serían replicables por un operador con el mismo grado de eficiencia, al encontrarse el costo incremental por debajo del precio incremental. Para ello, considera un consumo efectivo de [REDACTED] GB por línea móvil, un costo incremental promedio por línea móvil de S/ [REDACTED] y un costo incremental por GB de S/ [REDACTED]
440. Al respecto, este Cuerpo Colegiado Permanente considera que existe una inconsistencia en el costo incremental por línea de S/ [REDACTED] presentada por TELEFÓNICA en sus alegatos, debido a que este valor difiere en gran cuantía respecto del valor presentado en sus [REDACTED] por el mismo concepto. Si bien una posible explicación habría sido el considerar un tráfico de la demanda del mercado móvil más actualizado, la cual al presentar un mayor tráfico de datos conllevaría a una reducción en el costo incremental de los datos por las mayores economías de escala y de alcance, TELEFÓNICA justifica esta disminución en el costo por línea en la identificación de mayores eficiencias en costos, referidas a los gastos administrativos y gastos de las áreas funcionales correspondientes a “Insolvencias de interconexión” y “Alquiler de última milla”.
441. En ese sentido, considerando que resulta difícil justificar una reducción significativa en el costo incremental promedio por línea del [REDACTED] % en base a eficiencias en costos no identificadas en su primera estimación del LRAIC del componente móvil de los planes “Movistar Total”, la cual conlleva a obtener un costo incremental de S/ [REDACTED] apenas por debajo del precio incremental de S/20, este Cuerpo Colegiado Permanente considera que el verdadero LRAIC se habría encontrado por encima del precio incremental. **Por consiguiente, se acepta que para el periodo bajo estudio el precio incremental del componente móvil de los planes “Movistar Total” se encuentra por debajo del LRAIC de una empresa con el mismo grado de eficiencia.**
442. Por otro lado, TELEFÓNICA señala que ENTEL, aunque no haya optado por ofrecer productos similares al paquete 4Play, ha llegado a ser capaz de seguir posicionándose e igualar el componente móvil de los planes “Movistar Total”. Para ello, hace referencia

a una promoción de ENTEL consistente en la contratación de dos líneas con internet móvil y llamadas ilimitadas a S/ 99.0¹³⁵, oferta que según TELEFÓNICA supera en atributos al servicio móvil de “Movistar Total” que por un valor individual de S/ 100, ofrece una línea móvil de 12GB, o dos líneas móviles de 6GB cada una. De igual manera, hace referencia a la oferta lanzada por América Móvil sobre dos líneas ilimitadas al precio de S/ 97.5¹³⁶.

443. A partir de ello, la denunciada concluye que los competidores de TELEFÓNICA se encuentran en la posibilidad de replicar y mejorar la oferta correspondiente al componente móvil de “Movistar Total” de forma individual.
444. Al respecto, debemos señalar que las ofertas de América Móvil y ENTEL a las cuales hace referencia TELEFÓNICA si bien podrían haber replicado el precio del componente móvil de los planes “Movistar Total”, esto solo se habría dado para las primeras ofertas tarifarias de los planes “Movistar Total”, no así para su última actualización tarifaria del 15 de abril de 2020, con oferta de internet móvil de 13GB.
445. Para ello, hay que señalar que el precio a considerar del componente móvil de los planes “Movistar Total” no es el precio de lista de S/ 100.0 sino el precio incremental que los usuarios pagan por comprar el componente móvil de S/ 59.0¹³⁷ para un plan de 12GB vigente a marzo de 2019 y el precio incremental de S/ 24.1 de un plan de 13GB vigente desde abril de 2020. Si consideramos dos líneas móviles “Movistar Total” con 12GB o 13GB cada una, el precio incremental sería de S/ 118.0 y S/ 48.2, respectivamente. En ese sentido, las ofertas móviles de ENTEL (S/ 99.0) y América Móvil (S/ 97.0) habrían replicado el precio del componente móvil de los planes “Movistar Total” vigentes a marzo de 2019 (S/ 118.0), pero no el precio incremental de la última actualización tarifaria de los planes “Movistar Total” (S/ 48.2).
446. Asimismo, América Móvil, mediante su beneficio Full Claro, no habría replicado el precio del componente móvil de los planes “Movistar Total” de su última actualización tarifaria. Por un lado, se tiene al plan Max 59.9 el cual brinda un total de 13 GB con beneficio Full Claro a S/ 59.9 y, por otro lado, al plan Max Ilimitado 85 el cual brinda un total de 27 GB a S/ 85.0¹³⁸. Ambos precios se encuentran por encima del precio incremental del componente móvil de los planes “Movistar Total” (una línea de 13GB a S/ 24.1 y dos líneas con 13GB cada una a S/ 48.2). En ese sentido, se verifica que América Móvil no habría replicado ni mejorado la oferta del componente móvil “Movistar Total” de la última actualización tarifaria mediante su beneficio Full Claro.
447. Finalmente, en el informe oral, TELEFÓNICA ha señalado que el modelo de costos del Informe Instructivo impide que compita en el mercado. Para ello, mostró la aplicación de los costos estimados por la STCCO a los planes Entel Chip de S/ 39.9 y S/ 49.9 de ENTEL, encontrando que los costos estimados se encontraban por encima de las tarifas.
448. Al respecto, este Cuerpo Colegiado Permanente considera que los descuentos promocionales no deben considerarse en el análisis sobre la eficiencia de los descuentos debido a su naturaleza temporal a diferencia de los descuentos permanentes¹³⁹ los cuales sí pueden terminar generando la exclusión de competidores del mercado. Por lo tanto, las ofertas que serán tomadas en cuenta para analizar una posible la denuncia son las relacionadas a los planes establecidos.

¹³⁵ Véase <https://bit.ly/3ljWi2d>. Fecha de última consulta: 9 de octubre de 2020.

¹³⁶ Véase <https://bit.ly/3jCaEuv>. Fecha de última consulta: 9 de octubre de 2020.

¹³⁷ Calculado como la diferencia ente la tarifa de un paquete “Movistar Total” de 12GB de internet móvil y 30 Mbps de internet fijo de S/ 229.0, menos la tarifa de un paquete 3Play de 30 Mbps de internet fijo de S/ 170.0.

¹³⁸ Véase: <https://www.claro.com.pe/personas/claro-club/fullclaro/>. Fecha de última consulta: 9 de octubre de 2020.

¹³⁹ Palau Ramírez, Felipe. 1998. Descuentos Promocionales. Un análisis desde el Derecho contra la Competencia Desleal y la Normativa de Ordenación del Comercio.

c. Otras cuestiones sobre la conducta

449. Respecto a la razonabilidad económica de los planes “Movistar Total” mostrada mediante la estimación y contraste del “customer lifetime value” (CLV por sus siglas en inglés) presentado por TELEFÓNICA, el Cuerpo Colegiado Permanente considera que si bien este análisis mostraría que le conviene, desde una perspectiva económica, vender los cuatro servicios de manera conjunta, esta conclusión no se pueden extender a todo el período analizado debido a que el CLV fue calculado utilizando las primeras ofertas tarifarias lanzadas al mercado.
450. Asimismo, independientemente de la razonabilidad económica que pudieran tener los planes “Movistar Total”, lo que resulta importante corroborar en una posible práctica anticompetitiva de descuentos por empaquetamiento es la replicabilidad del paquete o el precio incremental de sus componentes por parte de una empresa con el mismo grado de eficiencia.

d. Conclusión de la existencia de la conducta

451. Conforme a lo visto en la presente sección, se acredita la existencia de la conducta denunciada por Entel, a través del análisis del precio incremental y los costos incrementales (LRAIC), en el período comprendido entre abril hasta septiembre de 2020 (planes Movistar Total lanzados en abril de 2020), el cual forma parte del período de investigación comprendido desde enero de 2019 hasta septiembre de 2020. Por tanto, este Cuerpo Colegiado Permanente continuará su análisis evaluando los efectos de la conducta investigada.
452. En cualquier caso, este Cuerpo Colegiado Permanente quiere explicitar que los cálculos sobre el estándar de prueba para la existencia de la conducta realizados para este caso (precio incremental, costo del LRAIC etc.) han sido elaborados con la mejor información de costos y demanda disponible para el período de análisis y con los criterios que corresponden al caso bajo análisis.
453. En un mercado tan dinámico, los valores de costos y de demanda pueden cambiar sustancialmente en muy poco tiempo, por lo que el LRAIC también puede hacerlo. No son cálculos que puedan ser directamente empleados en eventuales casos de prácticas anticompetitivas (de empaquetamiento o de cualquier otro tipo) que pudieran suscitarse en el futuro, ya que han sido realizados específicamente en el contexto de este caso.
454. Cabe señalar que los costos estimados para realizar el análisis del test precio-costos realizado por la STCCO para evaluar la presente conducta denunciada por ENTEL únicamente se circunscriben al período materia de análisis, así como a las características comerciales de TELEFÓNICA. En tal sentido, estos costos pueden variar entre empresas según la dinámica comercial observada (oferta comercial, precios, indicadores de desempeño y otras variables de mercado) así como el período analizado.

VI.4. BALANCE DE LOS EFECTOS

455. La conducta desarrollada por TELEFÓNICA mediante su oferta “Movistar Total” se enfoca en ofrecer descuentos por la contratación de los servicios fijos y servicios de telefonía móvil con renta mensual.
456. Al respecto, ENTEL ha señalado en sus alegatos lo siguiente en relación al mercado afectado:

“89. En conclusión, los efectos negativos de la conducta anticompetitiva desplegada por TELEFÓNICA pueden ser sustanciales en el mercado móvil. Lo anterior es aún más evidente si consideramos que los planes Movistar Total están dirigidos al segmento postpago que, como ya ha sido explicado,

constituye la principal fuente de ingresos de la telefonía móvil (73%)".
(subrayado agregado).

457. Este Cuerpo Colegiado Permanente procedió a evaluar cuál sería el mercado afectado producto la conducta denunciada. Al respecto, los usuarios de TELEFÓNICA que deseen migrar de un 2Play (Internet fijo más TV Paga) o 3Play a un "Movistar Total" deberán abonar por el servicio de telefonía móvil una tarifa mensual adicional de S/ 34.1 o S/ 24.1, respectivamente. (ver Gráfico N° 29).

Cuadro N° 29: Migración de 2Play y 3Play a Movistar Total

Velocidad de Internet	2Play (Internet fijo + TV Paga)	3Play (Internet fijo + TV Paga + Telefonía fija)	Movistar Total	Incremento Migrar de 2Play a Movistar Total	Incremento Migrar de 3Play a Movistar Total
Plan con 40 Mbps	140.9	150.9	175	34.1	24.1
Plan con 80 Mbps	160.9	170.9	195	34.1	24.1
Plan con 150 Mbps	200.9	210.9	235	34.1	24.1
Plan con 200 Mbps	240.9	250.9	275	34.1	24.1

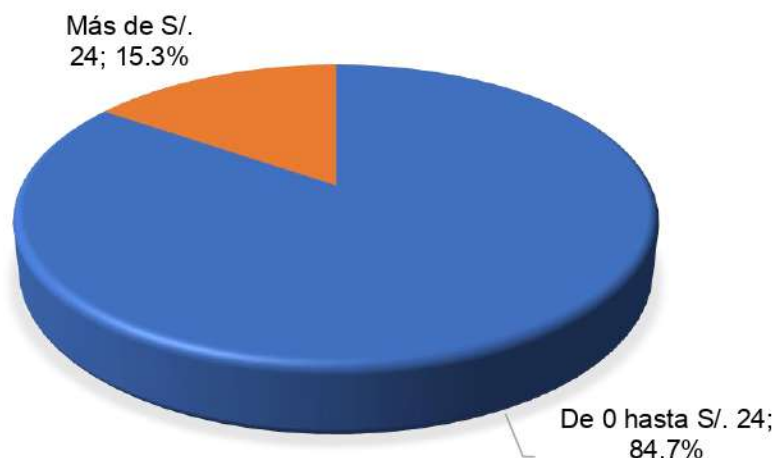
Fuente: Página web de las empresas operadoras

Elaboración: OSIPTEL

458. Según la ERETEL 2019, el 84.7% de los abonados con líneas prepago tiene un consumo de menos de S/ 24, lo cual refleja que estos usuarios tendrían pocos incentivos a migrar hacia la oferta Movistar Total (ver

459. Gráfico N° 34).

Gráfico N° 34: Distribución de las líneas prepago según gasto



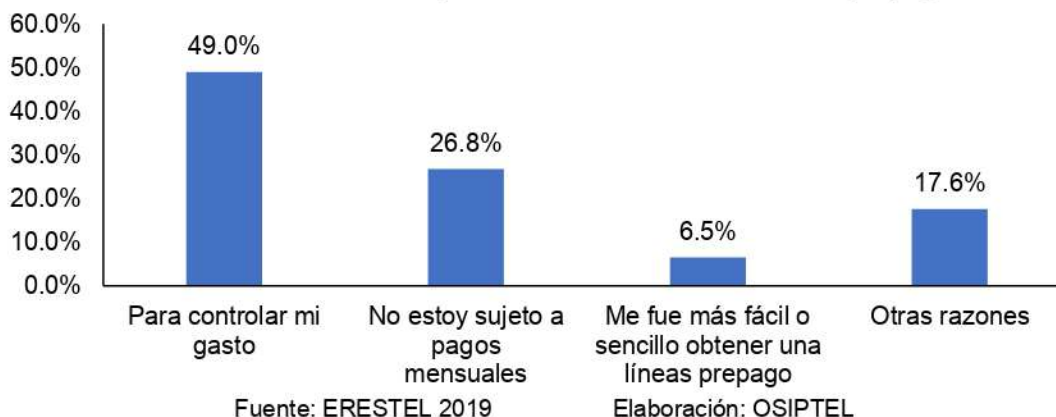
Fuente: ERETEL 2019

Elaboración: OSIPTEL

460. Adicionalmente, el 82.4% los usuarios en líneas de telefonía móvil prepago señalaron como principales razones para contratar esta modalidad comercial aspectos relacionados a control de gastos, no realizar pagos mensuales y la facilidad para obtener una línea prepago. Estos aspectos son totalmente distintos en la modalidad postpago dado que existen posibilidad de hacer consumos extras, involucra pagos mensuales y se requiere una evaluación para otorgar una línea postpago.

461. Por lo anterior, resulta poco razonable asumir que las líneas prepago podrían migrar hacia la oferta "Movistar Total".

Gráfico N° 35: Razones por las cuales contrato una línea prepago



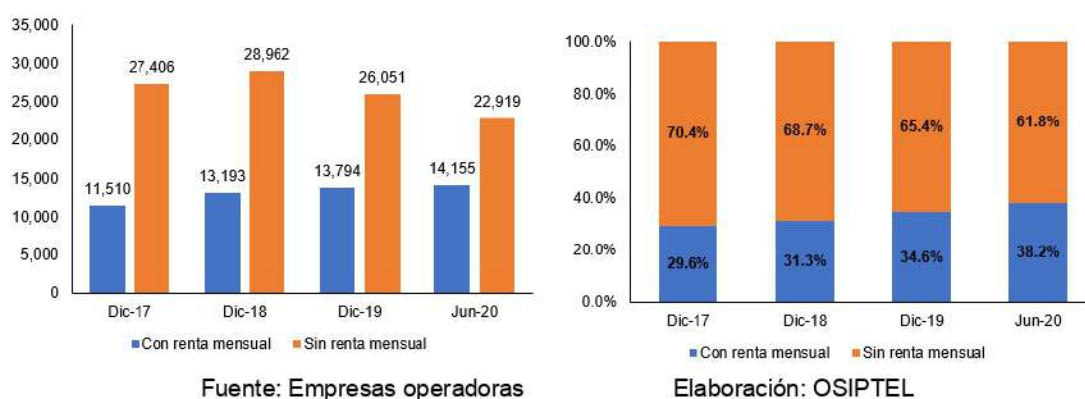
462. En consecuencia, el mercado afectado por la conducta denunciada sería el mercado de telefonía móvil con renta mensual (postpago y control) por lo cual, resulta necesario evaluar la evolución y dinámica de este segmento del mercado a fin de determinar los efectos de la conducta realizada por TELEFÓNICA.

a. Efectos sobre el mercado

a.1 Indicadores de desempeño

463. En relación a las líneas en servicio, las líneas con renta mensual crecieron en 7.3% (más de 962 000 de líneas) a junio de 2020 respecto de diciembre de 2018 (año previo a la comercialización de Movistar Total) mientras que las líneas sin renta mensual (prepago) se redujeron en 20.9% (6042 líneas menos) en el mismo período. Lo anterior permitió que la primera modalidad incrementó su participación en el total de líneas de telefonía móvil en 6.9 puntos porcentuales (en adelante, pp).

Gráfico N° 36: Evolución de las líneas y participación por modalidad contractual de las líneas de telefonía móvil en servicio



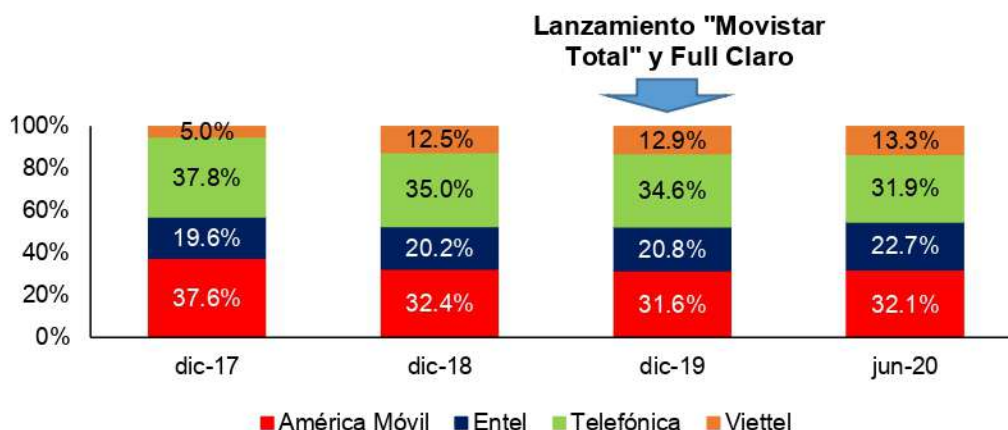
464. Lo anterior refleja que los consumidores vienen cambiando sus patrones de consumo migrando a planes con renta mensual. Es decir, el mercado de líneas con renta mensual viene creciendo de forma sostenida incluso a pesar de la pandemia de la COVID-19 que viene experimentando el Perú.

465. En relación a las cuotas de mercado de las líneas en servicio, TELEFÓNICA fue la única empresa que redujo su cuota de mercado (-2.7pp) mientras que el resto de empresas la incrementó a junio de 2020 respecto de diciembre de 2019. Al respecto,

ENTEL fue la empresa que captó la mayor cuota de mercado (+1.8pp) seguido de América Móvil (+0.5pp) y Viettel (+0.4pp) en dicho período.

466. Cabe destacar que, América Móvil desplazó a TELEFÓNICA como la empresa líder en el segmento de líneas con renta mensual a junio de 2020, lo cual podría reflejar la intensidad competitiva que viene experimentando este segmento del mercado tal que ha permitido un cambio en la estructura que durante los últimos cinco años había mantenido a TELEFÓNICA como la empresa con mayor cuota de mercado.

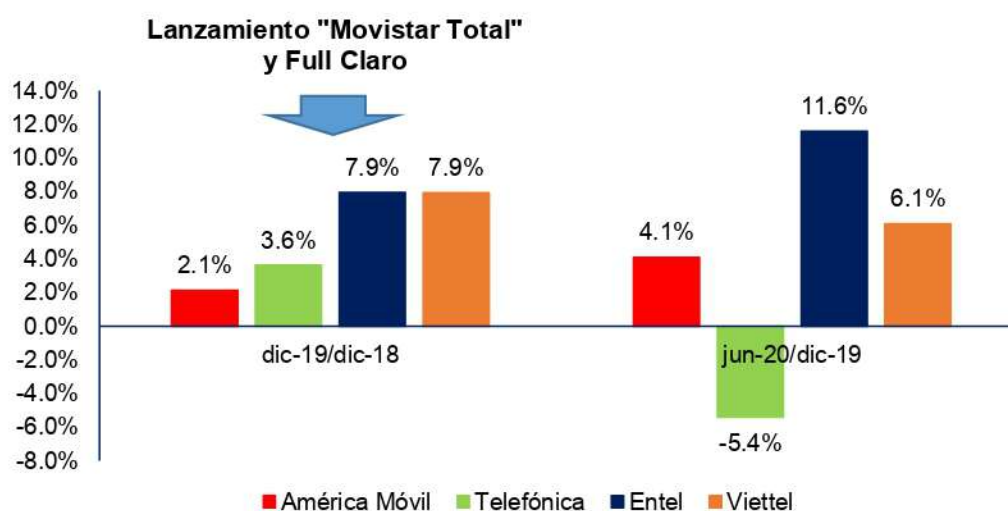
Gráfico N° 37: Evolución de las cuotas de mercado de las líneas móviles en servicio con renta mensual



Fuente: Portal Punku OSIPTEL Elaboración: OSIPTEL

467. Un análisis por empresa del crecimiento de las líneas con renta mensual reflejó que ENTEL creció a una tasa promedio anual de 9.8% y TELEFÓNICA lo hizo a una tasa promedio anual de -0.9% para el período junio 2020 a diciembre 2018 (ver Gráfico N° 38)

Gráfico N° 38: Tasa de crecimiento anual de las líneas con renta mensual

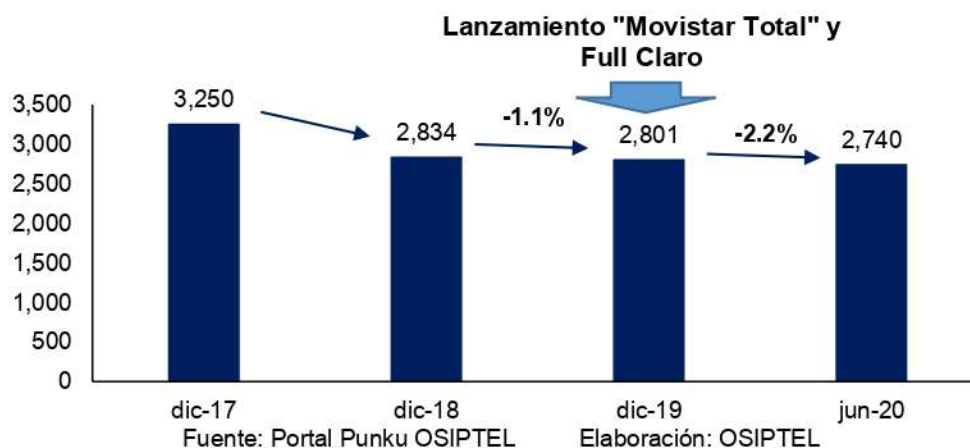


Fuente: Portal Punku OSIPTEL Elaboración: OSIPTEL

468. Lo anterior refleja que ENTEL fue la empresa que presentó mejores indicadores en relación con la cuota de mercado en el segmento de líneas con renta mensual en el período junio 2020 a diciembre 2018.

469. En relación con el nivel de concentración, este fue medido a través del HHI reflejando una reducción sostenida, incluso posterior al lanzamiento de los planes “Movistar Total”, lo cual se explicaría por la reducción en la cuota de mercado de TELEFÓNICA y el crecimiento de los competidores (en particular, ENTEL como ya se observó anteriormente).

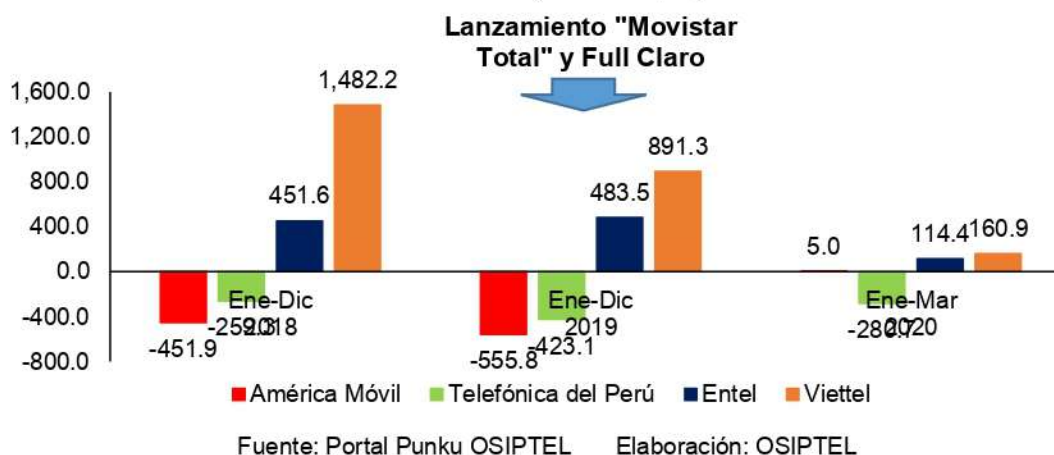
Gráfico N° 39: Evolución de la concentración (HHI) de las líneas con renta mensual



Si bien el nivel de concentración aún refleja un alto nivel ($HHI > 2500$) según los estándares del departamento de Justicia de EE.UU se debe considerar que las industrias de telecomunicaciones son generalmente concentradas debido a la escala necesaria para operar en condiciones eficientes.

470. En relación al saldo neto de líneas (altas – bajas), ENTEL presentó un saldo positivo para el período 2020 a 2018 (ver Gráfico N° 40) mientras que TELEFÓNICA presentó un saldo negativo para los tres años, siendo incluso mayor en el 2019 aun cuando en dicho período se lanzaron los planes Movistar Total.

Gráfico N° 40: Evolución del saldo neto (altas – bajas) de líneas con renta mensual



471. En relación con el ingreso mensual por líneas (ARPU), ENTEL presentó [REDACTED] el cual se ha reducido de forma sostenida en virtud de la intensidad competitiva que habría experimentado este mercado. Lo anterior implicaría que incluso posterior al lanzamiento de la oferta “Movistar Total” (enero de 2019) ENTEL [REDACTED] ingresos promedio por línea con renta mensual (ver Gráfico N° 41).

CONFIDENTIAL

Elaboración: OSIPTEL

472. En conclusión, los indicadores de desempeño para el segmento de líneas de telefonía móvil con renta mensual reflejaron que las líneas con renta crecieron, la concentración de mercado se redujo y se observó un cambio en la estructura de mercado siendo América Móvil la nueva empresa líder del mercado a junio de 2020. Adicionalmente, ENTEL presentó un incremento de la cuota de mercado, [REDACTED] ingreso promedio por línea y un saldo neto de altas y bajas positivo. Por ello, no se han observado efectos negativos para la competencia en este producto durante el periodo considerado.

473. Nuevas empresas ingresaron al mercado en 2019 (Cuy Mobile) y 2020 (Flash mobile), las cuales si bien se enfocan principalmente en el segmento de líneas sin renta mensual (prepago) tuvieron impacto en el número de líneas postpago cedidas mediante la portabilidad. Al respecto, Flash Mobile obtuvo, en promedio, el 4.5% de las líneas postpago cedidas por TELEFÓNICA mediante portabilidad en el período de julio a septiembre de 2020.

The top screenshot shows a mobile service advertisement for 'Cuy Móvil (OMV)'. It features a man wearing sunglasses and holding a phone. The text includes 'PLAN PREPAGO', 'RECARGA Y DIS', '1 GB 10 DÍAS', and 'x 5/ 7.90'. There are also social media icons for WhatsApp, Telegram, and Facebook.

The bottom screenshot shows a mobile service advertisement for 'Flash (OMV)'. It features a man wearing headphones and holding a phone. The text includes 'Con Flash siempre estarás conectado' and '¡los planes personalizados!'. There are also social media icons for WhatsApp, Telegram, and Facebook.

Elaboración: OSIPTEL

- 110 | 117

competitiva por parte de los otros operadores móviles así como otros operadores de red fija que comercializan paquetes de Internet fijo más TV Paga. Estos nuevos servicios permitirían incrementar la competitividad de estas empresas

Gráfico N° 43: Lanzamiento de nuevos servicios



Fuente: Empresas operadoras

Elaboración: OSIPTEL

475. A septiembre de 2020, los operadores móviles incrementaron la capacidad de navegación de sus planes con renta mensual comercializados lo cual refleja una mayor intensidad competitiva en este segmento.

Gráfico N° 44: Incremento de la capacidad de navegación (GB)



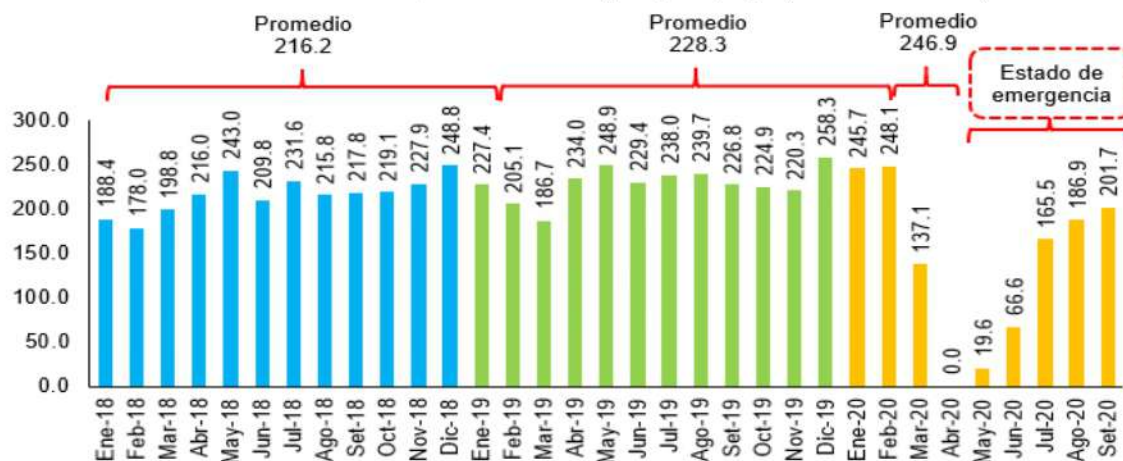
Fuente: Empresas operadoras

Elaboración: OSIPTEL

a.3 Portabilidad

476. Las líneas de telefonía móvil postpago mantuvieron una tendencia creciente en el 2019 e inicios del 2020 previo a la pandemia de la COVID-19. Posteriormente, la cuarentena y la situación experimentada por el Perú generó una reducción del número de líneas portadas.
477. A septiembre de 2019, las líneas portadas de origen postpago representaron el 81.7% de las líneas promedio registradas entre enero y febrero de 2020. La portabilidad se viene recuperando pero aún se mantiene por niveles debajo de lo observado previo al estado de emergencia.

Gráfico N° 45: Líneas portados de origen postpago (miles de líneas)



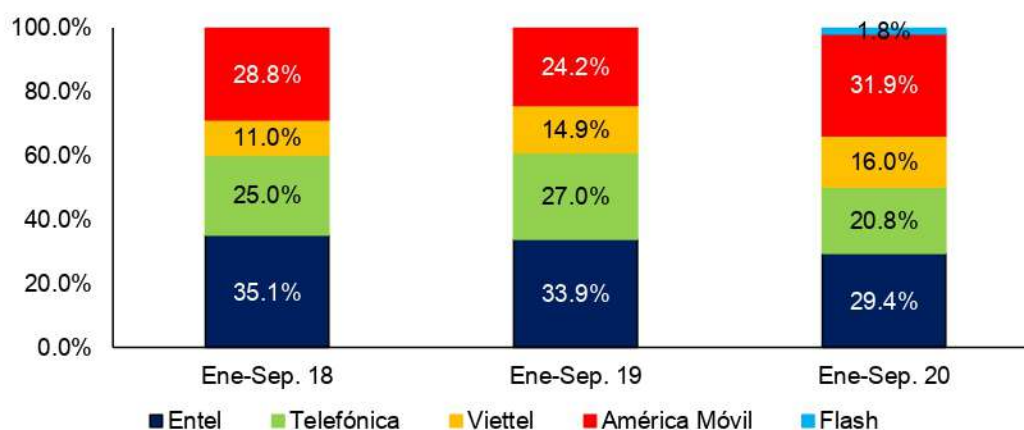
Fuente: Empresas operadoras

Elaboración: OSIPTEL

478. En relación a la cuota de mercado de las líneas postpago recibidas, ENTEL y TELEFÓNICA redujeron su cuota de mercado en 4.5pp y 6.2pp, respectivamente mientras que América Móvil y Viettel la incrementaron en 7.7pp y 1.1pp, respectivamente, en el período de enero a septiembre de 2020 respecto del año anterior.

Lo anterior implica que América Móvil y ENTEL fueron las dos empresas que más líneas recibieron en el mercado mientras que TELEFÓNICA fue la tercera empresa que más líneas recibió durante el 2020.

Cabe resaltar el ingreso de Flash (operador móvil virtual), empresa que captó el 1.8% de las líneas portadas en este segmento en el 2020.

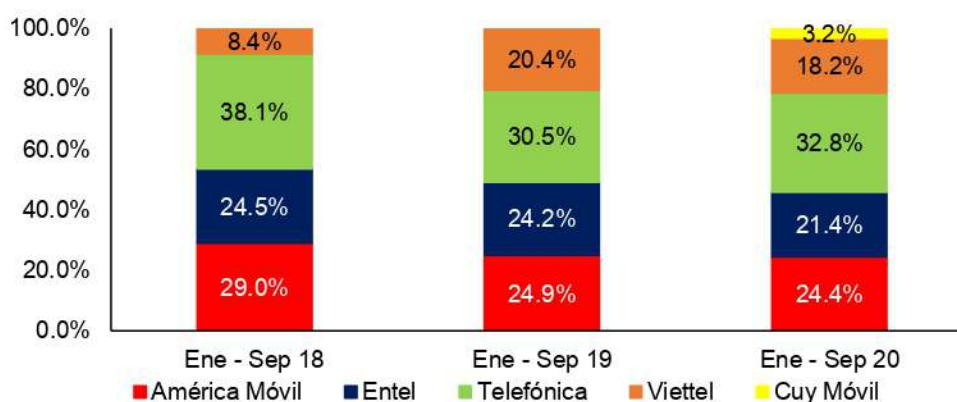
 Gráfico N° 46: Evolución de la participación de las líneas portados recibidas de origen postpago por empresa


Fuente: Portal Punku OSIPTEL

Elaboración: OSIPTEL

479. En relación con la cuota de mercado de las líneas postpago cedidas, América Móvil, ENTEL y Viettel redujeron su cuota de mercado en 0.5pp, 2.8pp y 2.2pp, respectivamente mientras que TELEFÓNICA la incrementó en 2.3pp en el período de enero a septiembre de 2020 respecto del año anterior.
480. Lo anterior implica que Viettel y ENTEL fueron las empresas que menos líneas cedieron en el mercado mientras que TELEFÓNICA fue la empresa que más líneas cedió al 2020.

Gráfico N° 47: Evolución de la participación de las líneas portados cedidas de origen postpago por empresa

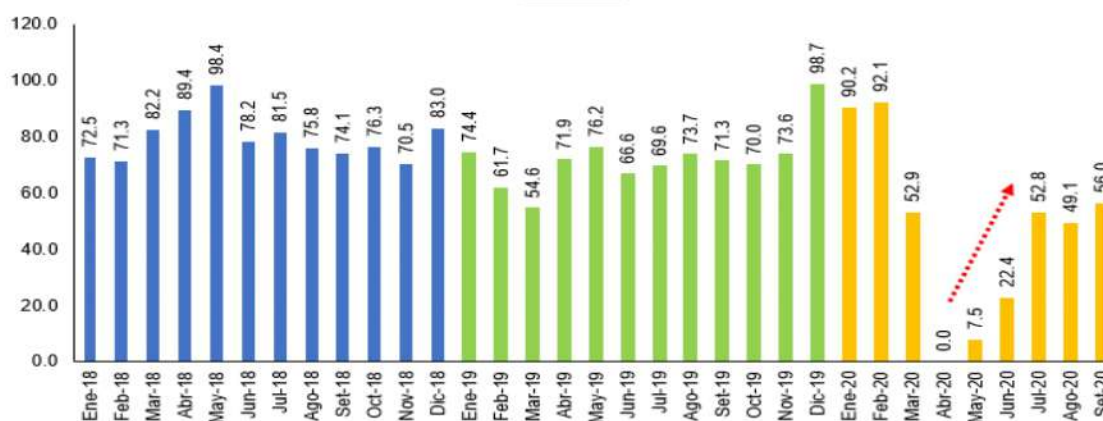


Fuente: Portal Punku OSIPTEL

Elaboración: OSIPTEL

481. Cabe señalar que el número de líneas cedidas de TELEFÓNICA se ha venido incrementando a septiembre de 2020 aunque aún no recupera los niveles vistos previo al estado de emergencia. La abrupta reducción en el número de líneas cedidas se explicaría principalmente por el contexto económico que afronta la economía peruana producto de la pandemia de la COVID-19.

Gráfico N° 48: Evolución de las líneas cedidas de origen postpago – TELEFÓNICA

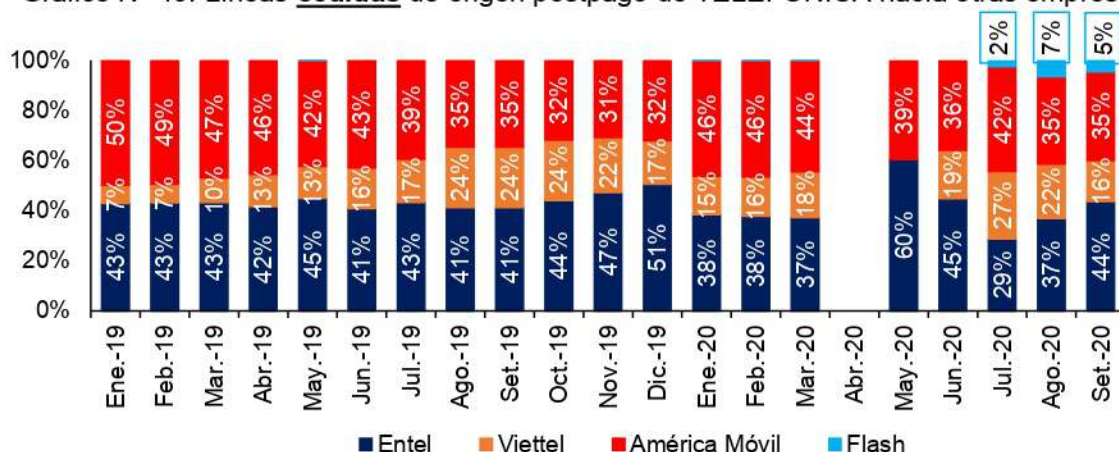


Fuente: Portal Punku OSIPTEL

Elaboración: OSIPTEL

482. Las líneas cedidas por TELEFÓNICA fueron captadas principalmente por ENTEL en agosto (37%) y septiembre de 2020 (44%), la cual incrementó su cuota de captura respecto del promedio observado a inicios de año (38%) y previo al estado de emergencia. Lo anterior implica que las líneas cedidas van principalmente a ENTEL y en segundo lugar hacía América Móvil.

483. Adicionalmente se observó que Flash (nuevo operador móvil virtual) capturó parte de las líneas postpago que TELEFÓNICA cedió (5% a septiembre de 2020). Así, las líneas cedidas de TELEFÓNICA que a inicios de año se repartían entre 3 operadores ahora se reparten entre 4 operadores a septiembre de 2020, lo cual generó que algunos operadores reciban un menor número de líneas.

 Gráfico N° 49: Líneas cedidas de origen postpago de TELEFÓNICA hacia otras empresas


Fuente: Portal Punku OSIPTEL

Elaboración: OSIPTEL

484. Un análisis particular del saldo neto de líneas portadas (líneas cedidas de TELEFÓNICA a ENTEL y líneas cedidas de ENTEL a TELEFÓNICA) reflejó que entre enero y febrero de 2020, ENTEL recibió de TELEFÓNICA, en promedio, 14,311 líneas más de las que cedió a esta empresa (saldo positivo). Esta diferencia se redujo en el periodo abril a agosto de 2020 pero se incrementó a septiembre de 2020, periodo en el cual se observó que ENTEL recibió de TELEFÓNICA un monto de 6,011 líneas más de las que cedió a esta empresa.
485. Este incremento en las líneas recibidas de ENTEL se explicaría por el incremento en la oferta de GB que incluyen sus planes de telefonía móvil postpago en agosto de 2020.

 Gráfico N° 50: Evolución del saldo neto entre ENTEL y TELEFÓNICA
(líneas cedidas de TELEFÓNICA a ENTEL - líneas cedidas de ENTEL a TELEFÓNICA)


Fuente: Portal Punku OSIPTEL

Elaboración: OSIPTEL

a.4 Líneas de telefonía móvil en planes “Movistar Total”

486. Las líneas en planes “Movistar Total” presentaron una tasa de crecimiento [REDACTED] llegando a ser esta incluso [REDACTED] en mayo de 2020, lo cual reflejó que estos planes [REDACTED]

Gráfico N° 51: Tasa de crecimiento de las líneas móviles en planes “Movistar Total”

CONFIDENCIAL

Fuente: Empresas operadoras

Elaboración: OSIPTEL

b. Efectos sobre el consumidor

487. Los consumidores se vieron beneficiados por el lanzamiento de la oferta “Movistar Total” dado que les permitió acceder a menores tarifas y a nuevas ofertas como la lanzada por América Móvil denominada “Full Claro”. Cabe recordar que la oferta “Movistar Total” se lanzó en enero de 2020 mientras que la oferta “Full Claro” se lanzó en febrero de 2020, lo cual puede entenderse como una respuesta de la segunda ante una nueva oferta de la primera.
488. Adicionalmente se ha observado los siguientes cambios en la oferta comercial a septiembre de 2020:
- Un incremento de la cantidad de GB de los operadores móviles, lo cual puede ser una respuesta de las empresas ante la oferta “Movistar Total” y “Full Claro” para no perder competitividad en el mercado de telefonía móvil con renta mensual.
 - Lanzamiento y renovaciones de promociones para acceder a equipos en cuotas.

Gráfico N° 52: Publicidad sobre oferta de equipos móviles



Fuente: Empresas operadoras

Elaboración: OSIPTEL

- Reducción de las tarifas mensuales en los planes de Internet fijo así como incremento en la velocidad de descarga (en Mbps) por parte de TELEFÓNICA¹⁴⁰.

489. Finalmente, no se puede descartar que a futuro las condiciones de mercado puedan cambiar requiriendo un nuevo análisis desde el punto de vista del consumidor y de los competidores. Lo anterior considerando el alto dinamismo que viene experimentando el mercado de telecomunicaciones producto de las mejoras tecnológicas que se vienen dando de forma constante y en menores tiempo cada vez.

c. Conclusión sobre el balance de efectos

490. Conforme a lo expuesto, este Cuerpo Colegiado Permanente concuerda con el análisis señalado en el Informe Instructivo en cuanto a la no existencia de efectos en el periodo comprendido entre enero 2019 y julio de 2020. Adicionalmente, este Órgano Colegiado complementó el análisis del Informe Instructivo con información pública que se ha recopilado en relación a estadísticas de mercado, indicadores de portabilidad e información comercial a septiembre de 2020, en función de la disponibilidad de la misma, lo cual ha permitido observar que la no existencia de efectos se ha mantenido en este periodo adicional (agosto y septiembre de 2020).

491. En ese sentido, si bien la conducta imputada en el caso concreto no generó efectos anticompetitivos, no se descarta la posibilidad de que conductas similares puedan dañar la competencia en el futuro. Hay que tener en cuenta que, por un lado, los descuentos ofrecidos por empresas con posición de dominio pueden beneficiar a los consumidores en el corto plazo, debido a que incentivan una reducción del precio de los productos o servicios; por otro lado, sin embargo, pueden eliminar o dañar a la competencia bajo ciertas condiciones; lo que implica que el análisis de los efectos de dichas prácticas se realice caso por caso.

492. Por ello, la STCCO, como órgano instructor, y el Cuerpo Colegiado Permanente, como órgano resolutorio, pueden evaluar nuevos procedimientos referidos a prácticas de descuento multiproducto que puedan afectar la libre competencia en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones.

493. Por los fundamentos expuestos en la presente resolución, el Cuerpo Colegiado Permanente;

RESUELVE:

Artículo Primero.- Declarar IMPROCEDENTE la articulación relativa a la falta de claridad de la Resolución de Inicio, deducida por Telefónica del Perú S.A.A en su escrito de descargos del 3 de setiembre de 2019.

Artículo Segundo.- Declarar IMPROCEDENTE la articulación relativa a la contravención al principio de tipicidad, deducida por Telefónica del Perú S.A.A en su escrito de descargos del 3 de setiembre de 2019.

Artículo Tercero.- Declarar INFUNDADA la excepción de incompetencia del Cuerpo Colegiado Permanente, deducida por Telefónica del Perú S.A.A en su escrito de descargos del 3 de setiembre de 2019.

Artículo Cuarto.- Declarar INFUNDADA la denuncia presentada por Entel Perú S.A. en contra de Telefónica S.A.A., por la comisión de un acto de abuso de posición de dominio en la modalidad de ofrecer descuentos condicionados a la contratación de todos (o casi todos) sus servicios, a través de los planes “Movistar Total”, supuesto tipificado en el literal h) del artículo

¹⁴⁰ Tarifa registrada mediante código SIRT TEINT2020000333. Vigente desde agosto de 2019.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

10.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, y, en consecuencia, se dispone el archivo del presente procedimiento.

Artículo Quinto.- Encargar a la Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados efectuar una constante supervisión de las prácticas de descuentos multiproducto que puedan afectar la libre competencia en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones.

Artículo Sexto.- Poner en conocimiento de Entel Perú S.A, en su calidad de denunciante, y de Telefónica del Perú S.A.A, en su calidad de denunciado, la presente resolución

REGÍSTRESE Y COMUNÍQUESE.-

Con la intervención de los señores miembros del Cuerpo Colegiado Permanente, Rodolfo Ernesto Castellanos Salazar, Abel Rodríguez González, Lorena Alcázar Valdivia y Teresa Guadalupe Ramírez Pequeño.

Firmado digitalmente
por: CASTELLANOS SALAZAR
Rodolfo Ernesto FAU 20216072155
soft

RODOLFO ERNESTO CASTELLANOS SALAZAR
PRESIDENTE DEL CUERPO COLEGIADO
PERMANENTE