



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones - OSIPTEL

RESOLUCIÓN DEL CUERPO COLEGIADO N° 003-2014-CCO-PAS/OSIPTEL

Lima, 24 de octubre de 2014

EXPEDIENTE	005-2011-CCO-ST/LC- Procedimiento Sancionador
MATERIA	Sancionador
ADMINISTRADO	Telefónica del Perú S.A.A.

SUMILLA: Se declara fundado el procedimiento administrativo sancionador iniciado de oficio contra Telefónica del Perú S.A.A. por el incumplimiento de la medida correctiva impuesta con ocasión de la tramitación de un procedimiento de solución de controversias, infracción tipificada en el artículo 25° de la Resolución N° 087-2013-CD-OSIPTEL, Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones.

En consecuencia, se dispone sancionar a Telefónica del Perú S.A.A. con una multa ascendente a trescientas (300) Unidades Impositivas Tributarias, por la comisión de una infracción muy grave, en la medida que se ha observado que la empresa operadora incumplió los dos extremos de la medida correctiva impuesta por este Cuerpo Colegiado mediante Resolución N° 017-2012-CCO/OSIPTEL, la misma que fuere posteriormente confirmada por la Resolución del Tribunal de Solución de Controversias N° 004-2013-TSC/OSIPTEL.

El Cuerpo Colegiado a cargo del procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones cometidas en el marco de la controversia tramitada en el Expediente N° 005-2011-CCO-ST/LC, por el supuesto incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 25° del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 087-2013-CD/OSIPTEL.

VISTO:

El expediente N° 005-2011-CCO-ST/LC- Cuaderno de Ejecución, correspondiente al procedimiento administrativo sancionador iniciado contra Telefónica del Perú S.A.A.

CONSIDERANDO:

I. EMPRESA INVESTIGADA

Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante, TELEFÓNICA) es una empresa privada dedicada a brindar servicios de telecomunicaciones. Por Decreto Supremo N° 11-94-TC, de 13 de mayo de 1994, obtuvo la concesión para prestar el servicio público de portador de larga distancia nacional y larga distancia internacional. Asimismo, mediante el referido Decreto Supremo, se le otorgó la concesión para prestar el servicio de telefonía fija local.

TELEFÓNICA está registrada como empresa prestadora de servicios de valor añadido con Registro N° 013-VA, para prestar los servicios de conmutación de datos por paquete (Internet), consulta, facsímil en la forma de almacenamiento y retransmisión de fax,

mensajería interpersonal en la modalidad de correo electrónico de voz, buscapersonas, almacenamiento y retransmisión de datos.

II. ANTECEDENTES

1. Mediante Resolución N° 017-2012-CCO/OSIPTEL del 20 de julio de 2012, el Cuerpo Colegiado (en adelante, CCO) declaró fundado el procedimiento de oficio iniciado contra TELEFÓNICA por la comisión de actos contrarios a la libre competencia en la modalidad de ventas atadas, infracción tipificada en el artículo 10° de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, y en consecuencia, sancionó a dicha empresa con una multa leve de cuatrocientos noventa y dos con 21 décimas (492.21) UIT. Asimismo, el CCO impuso a TELEFÓNICA como medida correctiva que cese el abuso de posición de dominio, consistente en ofrecer en el mercado minorista la venta del servicio de Internet ADSL “solo”, evitando cualquier conducta que tenga efectos equivalentes a la atadura de los servicios, debiendo hacerse efectiva dentro del plazo de tres (03) meses, para lo cual debía informar a sus abonados y/o usuarios respecto de la posibilidad de mantener y/o adquirir su servicio de Internet sin necesidad de contar necesariamente con su servicio de telefonía fija¹.
2. El 09 de agosto de 2012, TELEFÓNICA presentó un Recurso de Apelación contra la Resolución del CCO N° 017-2012-CCO/OSIPTEL. Asimismo, solicitó se le conceda el uso de la palabra y la suspensión de la ejecución del Artículo Tercero de la Resolución Final en cuanto dispuso como medida correctiva que ofrezca en el mercado la venta del servicio de “Internet ADSL solo”, así como la suspensión de cualquier otro efecto que se derivase del mandato contenido en el mencionado Artículo Tercero. Cabe indicar que, respecto a la medida correctiva argumentó que ésta era una suerte de control de precios en el mercado ADSL, pues sin mayor sustento legal se determinó que la estructura de precios de TELEFÓNICA sería per se ilegal y afectaría al proceso competitivo, adicionalmente, indicó que el CCO pretendía intervenir en el diseño de las políticas comerciales de la empresa, siendo que la determinación del modelo de competencia más idóneo en el mercado de acceso a Internet no es una facultad que deba estar reservada al CCO.
3. Mediante Resolución N° 018-2012-CCO/OSIPTEL del 10 de agosto de 2012, el CCO resolvió conceder el Recurso de Apelación interpuesto por TELEFÓNICA contra la Resolución N° 017-2012-CCO/OSIPTEL y elevar el expediente a la segunda instancia administrativa.

¹ Adicionalmente, este CCO dispuso lo siguiente:

“Artículo Cuarto.- Ordenar a la Secretaría Técnica el inicio de un procedimiento sancionador a Telefónica del Perú S.A.A. por la supuesta comisión de la infracción prevista en el artículo 17° de la Resolución N° 002-99-CD-OSIPTEL, Reglamento General de Infracciones y Sanciones.

Artículo Quinto.- Poner en conocimiento de la Gerencia General, la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia, la Gerencia de Protección y Servicio al Usuario, la Gerencia de Fiscalización y Supervisión del OSIPTEL la presente Resolución, para que adopten las medidas pertinentes que coadyuven al cumplimiento de la medida correctiva, en el marco de sus funciones.

Artículo Sexto.- Poner en conocimiento de Telefónica del Perú S.A.A. el Informe N° 018-GUS/2009 de fecha 09 de febrero de 2009 emitido por la Gerencia de Protección y Servicio al Usuario del OSIPTEL en atención a la carta N° DR-107-C-0132/DF-09 presentada por la referida empresa operadora y el Informe N° 161-GUS/2009 de fecha 31 de julio de 2009 emitido por la Gerencia de Protección y Servicio al Usuario del OSIPTEL en atención a la carta N° DR-107-C-0778/DF-09 presentada por la mencionada empresa”.

4. Mediante Resolución N° 008-2012-TSC/OSIPTEL de fecha 03 de setiembre de 2012, el Tribunal de Solución de Controversias (en adelante, TSC) decidió suspender los efectos del Artículo Tercero de la Resolución N° 017-2012-CCO/OSIPTEL, referido a la medida correctiva ordenada por el CCO, y, suspender adicionalmente, los efectos del Artículo Quinto de dicha resolución que se encontrasen vinculados con la ejecución de la medida correctiva; en tanto se emita y notifique la Resolución Final del TSC. Ello, en atención a los perjuicios de imposible o difícil reparación que podrían generarse a los usuarios, inversionistas y competidores en caso la medida correctiva fuese revocada.
5. Por medio de la Resolución N° 004-2013-TSC/OSIPTEL de fecha 31 de enero de 2013, el TSC resolvió lo siguiente: i) declarar infundado el Recurso de Apelación presentado por TELEFÓNICA contra la Resolución del CCO N° 017-2012-CCO/OSIPTEL en el extremo que declaró fundado el procedimiento de oficio iniciado contra dicha empresa y, en consecuencia, confirmar dicha resolución en tal extremo; ii) declarar fundado en parte el Recurso de Apelación presentado contra la resolución del CCO anteriormente referida, en el extremo que sancionó a dicha empresa por la comisión de una infracción tipificada en el artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1034 y, en consecuencia, modificar el monto de la multa impuesta, el cual queda establecido en cuatrocientos siete (407) UIT, y ; iii) declarar infundado el recurso de apelación contra la resolución anteriormente mencionada, en el extremo que impuso a dicha empresa una medida correctiva de cese del abuso de posición de dominio, consistente en ofrecer en el mercado minorista la venta del servicio de Internet ADSL “solo”, evitando cualquier conducta que tenga efectos equivalentes a la atadura de los servicios; y, en consecuencia confirmar dicha resolución en tal extremo, modificándose el plazo dentro del cual dicha medida deberá hacerse efectiva, el cual queda establecido en siete (07) meses computados desde el día siguiente de notificada la resolución, para lo cual deberá informar a sus abonados y/o usuarios respecto de la posibilidad de mantener y/o adquirir su servicio de Internet sin necesidad de contar necesariamente con su servicio de telefonía fija².
6. Con el objeto de efectuar el seguimiento a la medida correctiva, el 04 de setiembre de 2013, la STCCO remitió a TELEFÓNICA el Oficio N° 091-STCCO/2013, por medio del cual le solicitó presentar los documentos e información necesaria a fin de corroborar el

² Adicionalmente, el TSC, dispuso lo siguiente:

“Artículo Cuarto.- Declarar IMPROCEDENTE el Recurso de Apelación presentado por la empresa Telefónica del Perú S.A.A. contra la Resolución N° 017-2012-CCO/OSIPTEL emitida por el Cuerpo Colegiado el 20 de julio de 2012 en el extremo que ordenó a la Secretaría Técnica el inicio de un procedimiento sancionador a Telefónica del Perú S.A.A. por la supuesta comisión de la infracción prevista en el artículo 17° de la Resolución N° 002-99-CD-OSIPTEL, Reglamento General de Infracciones y Sanciones, modificándose dicho extremo de la resolución en el sentido que corresponde que la Secretaría Técnica realice las indagaciones necesarias a efectos de determinar si es que efectivamente concurren circunstancias que justifiquen el inicio de un procedimiento sancionador contra TELEFÓNICA y que, de ser el caso, se proceda con el trámite para dar inicio a dicho procedimiento sancionador.

Artículo Quinto.- Poner en conocimiento de la Gerencia General, la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia, la Gerencia de Protección y Servicio al Usuario, la Gerencia de Fiscalización y Supervisión del OSIPTEL el presente pronunciamiento así como la Resolución N° 017-2012-CCO/OSIPTEL, para que adopten las medidas pertinentes que coadyuven al cumplimiento de la medida correctiva, en el marco de sus funciones.

Artículo Sexto.- Levantar la suspensión de los efectos de los Artículos Tercero y Quinto de la Resolución N° 017-2012-CCO/OSIPTEL, dispuesta por la Resolución N° 008-2012-TSC/OSIPTEL del 3 de setiembre de 2012, en vista de lo resuelto en la presente resolución”.

cumplimiento de la medida correctiva (en sus dos extremos) en un plazo de tres (03) días hábiles.

7. Mediante escrito recibido el 09 de setiembre de 2013, TELEFÓNICA absolvió el requerimiento efectuado por la STCCO mediante Oficio N° 091-STCCO/2013, adjuntando diversa información.
8. Con fecha 19 de setiembre de 2013, la STCCO solicitó a la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia (en adelante, GPRC) y a la Gerencia de Fiscalización y Supervisión (en adelante, GFS), mediante Oficios N° 110-STCCO/2013 y N° 111-STCCO/2013, respectivamente, brindar su opinión técnica respecto a la actuación de TELEFÓNICA en relación a ciertos extremos de la medida correctiva, conforme a sus competencias.
9. Por medio del Oficio N° 116-STCCO/2013 remitido el 19 de setiembre de 2013, la STCCO le requirió a TELEFÓNICA información complementaria y precisiones respecto a lo indicado en su escrito de fecha 09 de setiembre de 2013, otorgándole para tal efecto, un plazo de cinco (05) días hábiles.
10. Mediante comunicación N° GGR-127-A-056-13 recibida con fecha 27 de setiembre de 2013, TELEFÓNICA solicitó una prórroga del plazo conferido con el objeto de dar respuesta al requerimiento de información efectuado.
11. El 30 de setiembre de 2013, la STCCO remitió el Oficio N° 124-STCCO/2013 a TELEFÓNICA concediéndole una prórroga máxima de tres (03) días hábiles a efectos que cumpla con proporcionar la información solicitada.
12. Con fecha 02 de octubre de 2013, TELEFÓNICA remitió la comunicación N° GGR-127-A-059-13 dando respuesta al requerimiento formulado por la STCCO mediante Oficio N° 116-STCCO/2013 del 19 de setiembre de 2013. Al respecto, cabe indicar que mediante Oficio N° 130-STCCO/2013 cursado el 14 de octubre de 2013, la STCCO le remitió a la GPRC, copia de la referida comunicación, a efectos que tome conocimiento de la información proporcionada por la mencionada empresa, en la medida que podría ser relevante al momento de analizar lo solicitado por la STCCO.
13. Con fecha 28 de noviembre de 2013, mediante comunicación C.037-GPRC/2013, la GPRC cumplió con proporcionar la opinión solicitada por la Secretaría Técnica a través del Oficio N° 110-STCCO/2013.
14. Por su parte, mediante Memorando N° 024-GFS/2014 de fecha 09 de enero de 2014, la GFS remitió el Informe N° 038-GFS/2014, a través del cual informó acerca de las acciones de supervisión solicitadas por este Órgano Instructor, a fin de poder cumplir con la evaluación de la medida correctiva bajo análisis.

15. Con fecha 19 de febrero de 2014, la GPRC remitió a la STCCO la Carta N° 044-GPRC mediante la cual realizó una actualización a su primer análisis sobre el cumplimiento del primer extremo de la medida correctiva impuesta a TELEFÓNICA, conforme a los nuevos hechos ocurridos.

III. PROCEDIMIENTO DE OFICIO Y HECHOS RELEVANTES

16. Luego de las indagaciones efectuadas por la STCCO, mediante Oficio N° 055-STCCO/2014 notificado el 31 de marzo de 2014, se puso en conocimiento de TELEFÓNICA el inicio del procedimiento administrativo sancionador iniciado en su contra por la supuesta comisión de la infracción prevista en el artículo 25° del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones (en adelante, RFIS), consistente en haber incumplido con la medida correctiva impuesta mediante Resolución N° 017-2012-CCO/OSIPTEL y confirmada por Resolución N° 004-2013-TSC/OSIPTEL, en los dos extremos dispuestos por este Colegiado, por lo que se le remitió el Informe N° 024-STCCO/2014, otorgándosele un plazo de diez (10) días hábiles para la presentación de sus descargos.
17. Posteriormente, con fecha 08 de abril de 2014, TELEFÓNICA remitió la comunicación N° GGR-127-A-030-14, a través de la cual indicó entre otros aspectos³, que no se encontraba en capacidad de desarrollar adecuadamente su derecho de defensa toda vez que no le habían sido notificados los Informes y demás actuaciones solicitadas por la STCCO a otras áreas del OSIPTEL, los cuales sirvieron de sustento para la imputación de cargos en su contra. En tal sentido, la empresa operadora solicitó que dicha información sea puesta en su conocimiento en el más breve plazo, a fin de poder ejercer adecuadamente su derecho de defensa, aduciendo que, mientras ello no sucediese, la notificación del Oficio de Intento de Sanción N° 055-STCCO/2014 no habría surtido sus efectos.
18. En atención a dicha comunicación, a través del Oficio N° 077-STCCO/2014 recibido el día 11 de abril de 2014, la STCCO le indicó a TELEFÓNICA que la notificación del Oficio de Intento de Sanción N° 055-STCCO/2014 conjuntamente con el Informe N° 024-STCCO/2014 se realizó de conformidad con lo establecido en el artículo 89° del Reglamento General del OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas⁴ (en adelante, Reglamento de Solución de Controversias) y el artículo 24° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG). Asimismo, la STCCO le recordó a TELEFÓNICA que, conforme a lo establecido en los artículos 160° de la LPAG y 36° del Reglamento de Solución de Controversias, respectivamente; las partes, sus abogados y sus representantes debidamente autorizados, pueden examinar el expediente de la controversia en el local del OSIPTEL en el que se conserva, pudiendo

³ Al respecto, cabe indicar que, las otras cuestiones planteadas en la carta de la referencia por TELEFÓNICA, serán analizadas por este CCO al momento de evaluar los argumentos de defensa desarrollados por la mencionada empresa en su escrito de descargos del 29 de abril de 2014 y su escrito de comentarios y alegatos al Informe Instructivo N°029-STCCO/2014 del 27 de agosto de 2014.

⁴ Reglamento General del OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 136-2011-CD/OSIPTEL.

tomar nota de su contenido y obtener, a su costo, reproducciones fotostáticas de todo o parte de lo actuado. Sin perjuicio de ello, la STCCO puso a disposición de la empresa TELEFÓNICA copia de los actuados en el expediente sancionador⁵, otorgándole por iniciativa propia, un plazo de diez (10) días hábiles adicionales, a fin de que pueda proporcionar sus descargos por escrito a lo señalado en el Oficio N° 055-STCCO/2014.

19. Con fecha 29 de abril de 2014, TELEFÓNICA presentó su escrito de descargos en relación a lo argumentado por la STCCO en el Informe N° 024-STCCO/2014.
20. El 07 de agosto de 2014, la STCCO emitió el Informe Instructivo N° 029-STCCO/2014 (en adelante, Informe Instructivo) mediante el cual se dan a conocer los resultados de la investigación y análisis realizados en el procedimiento administrativo sancionador seguido contra TELEFÓNICA por la presunta infracción a lo dispuesto en el artículo 25° del RFIS.
21. Mediante Oficio N° 177-STCCO/2014 recibido el 13 de agosto de 2014, se notificó a TELEFÓNICA la Resolución N° 001-2014-CCO-PAS/OSIPTEL de fecha 11 de agosto de 2014, a través de la cual este CCO estimó conveniente poner en conocimiento de la mencionada empresa, el Informe Instructivo emitido por la STCCO a fin que, de así considerarlo, presente sus alegatos y comentarios por escrito en un plazo de diez (10) días hábiles.
22. Con fecha 27 de agosto de 2014, TELEFÓNICA presentó sus alegatos y comentarios al Informe Instructivo, solicitando además el uso de la palabra para exponer sus argumentos al CCO.
23. Mediante Oficio N° 191-STCCO/2014 notificado el 02 de setiembre de 2014, la STCCO informó a TELEFÓNICA que, estando a lo dispuesto por la Resolución N° 002-2014-CCO-PAS/OSIPTEL emitida por este CCO el 01 de setiembre de 2014, se le otorgaba el uso de la palabra.
24. El 12 de setiembre de 2014 a las 16:00 horas, se llevó a cabo la Audiencia de Informe Oral solicitada por TELEFÓNICA.
25. Con fecha 18 de setiembre de 2014, TELEFÓNICA presentó un escrito mediante el cual adjuntó la presentación expuesta en la Audiencia de Informe Oral.

IV. INFORMACIÓN PRESENTADA POR TELEFÓNICA Y DILIGENCIAS A CARGO DE LA SECRETARÍA TÉCNICA

Con relación a la información presentada por TELEFÓNICA durante la Etapa de Actuaciones Previas al inicio del presente procedimiento sancionador, así como a las opiniones solicitadas a otras áreas del OSIPTEL, este CCO ha tomado conocimiento de lo

⁵ La STCCO proporcionó a TELEFÓNICA copia simple de los siguientes documentos solicitados: i) Oficio N° 110-STCCO/2013 dirigido a la GPRC; ii) Oficio N° 111-STCCO/2013 dirigido a la GFS; iii) Carta C.037-GPRC/2013 y documentos adjuntos; iv) Memorando N° 024-GFS/2014; v) Informe de Supervisión N° 038-GFS/2014 y anexos, y; vi) Carta C.044-GPRC/2014.

señalado sobre el particular en los numerales III y IV del Informe Instructivo.

V. SOBRE LA INFRACCIÓN IMPUTADA

En el Informe Preliminar N° 024-STCCO/2014, que sustenta el inicio del presente procedimiento sancionador, se imputó a TELEFÓNICA el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 25° del RFIS, al no haber observado los dos extremos de la medida correctiva impuesta por este CCO mediante Resolución N° 017-2012-CCO/OSIPTEL y confirmada por Resolución N° 004-2013-TSC/OSIPTEL. Al respecto, la STCCO concluyó lo siguiente en relación con los hechos materia de análisis:

- (i) De una evaluación de la ofertas de TELEFÓNICA con posterioridad al 01 de setiembre de 2013, se observó que no habría cumplido con ofrecer el servicio de Internet ADSL “solo” sin vincularlo a la telefonía fija, incluso hasta la fecha actual, sin ninguna justificación para ello.

Así, de una evaluación de las ofertas de TELEFÓNICA con posterioridad al vencimiento del plazo para el cumplimiento de la medida correctiva, la STCCO observó que la referida empresa operadora no habría cumplido con ofrecer el Internet ADSL “solo” sin vincularlo a la telefonía fija en todas las velocidades que ofrecía en el mercado, sin existir justificación técnica y/o económica que imposibilitara la comercialización del acceso a Internet “solo” en las velocidades de 0.4, 0.5, 2, 3, 8, 10 y 15 Mbps en el primer periodo (de setiembre de 2013 a diciembre de 2014) y de 0.5 y 10 Mbps en el segundo periodo (hasta febrero de 2014 para la velocidad de 0.5 Mbps y hasta la fecha para la velocidad de 10 Mbps), habiendo incumplido con ello, lo ordenado en el primer extremo de la medida correctiva dispuesta por este CCO.

Del mismo modo, la STCCO concluyó que TELEFÓNICA estaría realizando una conducta de efectos equivalentes a la “atadura” sancionada en el Expediente N° 005-2011-CCO-ST/LC, consistente en sus condiciones de contratación, un sistema de tarifas mensuales y un costo de instalación que, en conjunto, generaban una “atadura implícita” que podría producir los mismos efectos que la venta atada por la cual se le sancionó en el procedimiento principal.

- (ii) Dentro del Primer período inmediatamente posterior al vencimiento del plazo de cumplimiento de la medida correctiva (las supervisiones se realizaron entre octubre y diciembre del 2013), TELEFÓNICA no habría cumplido en reiteradas oportunidades con informar a sus abonados y/o usuarios sobre la posibilidad de mantener y/o adquirir el servicio de Internet sin la necesidad de contar necesariamente con el servicio de telefonía fija de su empresa, al momento en que estos recurrieron a los canales regulares de contratación con la empresa, para el caso de las llamadas telefónicas y los centros de atención al cliente de la empresa, generando barreras a la contratación y elevando los costos de transacción a los usuarios, pudiendo desincentivar la contratación del servicio de Internet ADSL “solo”. Ello se pudo evidenciar al momento de revisar, las acciones de supervisión realizadas mediante llamadas de prueba al Call Center de TELEFÓNICA, advirtiéndose que en diez (10) de treinta y cinco (35) llamadas, los representantes de la empresa operadora negaron la posibilidad de

contratar el servicio de Internet ADSL sin línea fija asociada, para las siguientes localidades: Junín, Puno, Moquegua, Huancavelica, Madre de Dios, Lambayeque y Ucayali, y en una (01) de las diecinueve (19) supervisiones efectuadas a las instalaciones de la empresa, en Santa Anita, por lo que en este sentido, no habría dejado de condicionar la contratación del servicio de acceso a Internet a la contratación del servicio de telefonía fija, desde la perspectiva del usuario.

Adicionalmente, en relación a la difusión de la oferta del servicio de Internet fijo vía ADSL “solo”, a través de cualquiera de los canales con los que cuente la empresa, se advirtió que, para el Primer Periodo inmediatamente posterior al vencimiento del plazo de cumplimiento de la medida correctiva, la empresa no habría cumplido con informar al público en general sobre la posibilidad de contratar dicho servicio indicando adecuadamente las condiciones técnicas del servicio (velocidades ofrecidas en el mercado), lo cual pudo ser contrastado con el análisis efectuado al primer extremo de la medida correctiva anteriormente expuesto y al momento de revisar la información consignada en su página web para el primer período de evaluación.

Finalmente, la STCCO indicó que incluso, el personal de la empresa que brindaba atención al usuario y/o abonado, no se encontraba debidamente informado respecto a la posibilidad de contratar el servicio de Internet ADSL “solo”, así como de sus condiciones y características, por lo que difícilmente podría brindarse una información adecuada al usuario.

VI.POSICIÓN DE LA EMPRESA INVESTIGADA

En su escrito de descargos del 29 de abril de 2014 al Informe Preliminar, TELEFÓNICA manifestó como principales argumentos, los siguientes:

6.1 Respetto a la nulidad del inicio del presente procedimiento sancionador

- TELEFÓNICA ha demostrado una actuación transparente y de abierta colaboración, en tanto tuvo el cuidado de comunicar a los diversos órganos del OSIPTEL -incluida la STCCO- la forma en que venía cumpliendo con la medida correctiva, incluso antes del vencimiento del plazo concedido por el CCO. Asimismo, TELEFÓNICA solicitó reunirse con la STCCO a fin de coordinar cualquier posible modificación que debiera efectuar a la forma como venía dando cumplimiento a la medida correctiva, sin embargo la respuesta de la STCCO fue un rechazo y después, un silencio prolongado que se mantuvo hasta el inicio del presente procedimiento sancionador.
- La STCCO habría vulnerado el *Principio de Razonabilidad o Proporcionalidad* previsto en el numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG, el cual debe regir en su actuación como Autoridad Administrativa en materia de instrucción y fiscalización en la ejecución de medidas correctivas que imponen las instancias de solución de controversias; en tanto no habría privilegiado mecanismos preventivos antes de decidir dar inicio al presente procedimiento administrativo sancionador, esto es, no habría comprobado que el inicio del presente procedimiento constituye la opción menos lesiva

para los derechos de los agentes involucrados, en virtud del *Principio de Intervención mínima*.

- La STCCO habría vulnerado el *Principio de Conducta Procedimental* reconocido en el numeral 1.8 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG, al dar inicio al presente procedimiento administrativo sancionador sin otorgarle la posibilidad de expresar su posición y coadyuvar al entendimiento de los alcances de la medida correctiva, teniendo particularmente en consideración, que TELEFÓNICA siempre expresó su mayor disposición por dar cumplimiento a dicho mandato sin obtener respuesta alguna de la STCCO, y que, dado el carácter genérico de la medida correctiva, resultaba importante mantener una coordinación constante.
- La decisión de la STCCO de iniciar el presente procedimiento administrativo sancionador es nula, al haber vulnerado el *Principio de Confianza Legítima*, reconocido a nivel doctrinario y jurisprudencial, en tanto habría transcurrido un largo período de tiempo -aproximadamente 07 meses- sin que TELEFÓNICA reciba comentario alguno por parte de la STCCO o respuesta a las solicitudes de coordinación formuladas, pese a haber informado sobre las acciones desarrolladas y haber cumplido con absolver los requerimientos de información solicitados, por lo que era razonable que considerase que no existía ningún problema con la actuación que venía desarrollando. En tal sentido, la actuación de la STCCO creó un marco de confianza legítima que llevó a TELEFÓNICA a entender que su comportamiento no conllevaba ningún incumplimiento de la medida correctiva, lo cual constituye un supuesto de error inducido por la Administración Pública (*Hechos de la Autoridad Pública*), configurando una causal de ruptura del nexo causal que elimina la responsabilidad administrativa.
- La STCCO ha calificado la estructura de precios de las promociones “Dúos” de TELEFÓNICA como una forma encubierta de atadura o “*atadura implícita*”, sin tomar en consideración que carece de facultades para regular, directa o indirectamente, los precios en el mercado de telecomunicaciones. Por tanto, no resulta posible que, el CCO fije el “precio minorista aceptable”, por debajo del cual no sea posible interactuar en el mercado. Asimismo, la Propuesta de Modificación del Reglamento General de Tarifas, Informe N° 086-GPRC/2014, constituye la regulación sectorial específica que incluye mecanismos para eliminar aspectos excluyentes desfavorables de los empaquetamientos de servicios, por lo que, de acuerdo al Principio de Supletoriedad, no corresponde analizar este aspecto de la medida correctiva en aplicación de las normas de libre competencia.

6.2 Respecto a la interpretación de la medida correctiva impuesta a TELEFÓNICA

- El primer extremo de la medida correctiva no indicaba que éste debía aplicarse para todas las velocidades de Internet ofrecidas por TELEFÓNICA, es más, una interpretación en dicho sentido resultaría contraria a lo dispuesto por el CCO y el TSC en la controversia principal, ya que en dicho procedimiento las instancias de solución de controversias se limitaron a analizar aquellas velocidades que resultaban más importantes en función a la cantidad de usuarios vinculados -aquellas que constituyen una parte importante en la participación de TELEFÓNICA- debido a que el efecto excluyente se presentaba sólo cuando las velocidades bajo análisis representaban un importante porcentaje de usuarios, de manera tal que cualquier efecto de la conducta fuera un efecto relevante. En virtud de ello, TELEFÓNICA interpretó válidamente que sólo aquellos empaquetamientos de Internet ADSL y telefonía fija que sean

susceptibles de generar efectos anticompetitivos o excluyentes y que, a la vez sean percibidos por los consumidores como consecuencia de una coerción, estarían prohibidos bajo los alcances de la medida correctiva.

- Si la STCCO optase por una interpretación amplia y no literal de la medida correctiva -en el sentido que ésta ordena la apertura de las velocidades donde no se produce efecto excluyentes-, TELEFÓNICA vería limitados sus derechos a la libre iniciativa privada y libertad de empresa, por lo que, debe seguirse una interpretación menos restrictiva de derechos, conforme al Principio *Pro Homine*. No obstante, aún en el supuesto negado que el CCO optase por considerar que el desempaquetamiento debería alcanzar a toda la planta de servicios de Internet ADSL, operaría una causal de exención de responsabilidad, ya que existiría duda razonable sobre la aplicación e interpretación de una norma, debiendo aplicarse el principio constitucional *"In dubio pro reo"*.
- El escrutinio al cual es sometida la estructura de precios para tratar de explicar una supuesta *"atadura en los hechos"*, en realidad estaría analizando una conducta maximizadora de ganancias que esconde una regulación indirecta de precios para imponer a TELEFÓNICA, el precio al cual debería de comercializar su servicio de Internet "Naked", aspecto que escapa del ámbito de las normas de libre competencia y no fue materia de investigación durante el procedimiento principal.

6.3 Sobre el cumplimiento de la medida correctiva impuesta a TELEFÓNICA

(i) En relación al cumplimiento del primer extremo de la medida correctiva

- TELEFÓNICA cumplió con implementar el servicio de Internet ADSL "Naked" en todas las velocidades que, por su volumen de usuarios, podrían generar el riesgo de un posible efecto excluyente, siendo el caso que dichas velocidades coincidían inicialmente - durante el Primer Período de investigación- con aquellas que fueron materia de análisis por el TSC en el procedimiento principal, no obstante, con posterioridad y pese a no estar obligados por representar un volumen bastante reducido, dichas velocidades fueron ampliadas a su totalidad después de los cambios comerciales informados, implementándose el Internet "Naked" en las velocidades de 3Mbps, 8Mbps y 15 Mbps.
- Los motivos por los cuales otras velocidades no fueron ofrecidas en condiciones "Naked" se relacionan con aspectos netamente comerciales y económicos, como su progresivo retiro de la parrilla de TELEFÓNICA, que haría carente de racionalidad la necesidad de invertir en implementar un servicio "Naked" temporal, pues implicaría incurrir en un costo irracional desde el punto de vista comercial dada su próxima desaparición.
- El calificar la estructura de precios de las promociones *"Dúos"* de TELEFÓNICA como una forma encubierta de atadura o *"atadura implícita"* implica, en el fondo, un intento por generar un control indirecto de precios. Bajo esta misma línea, mientras la estructura de precios no sea predatoria – aspecto que no ha sido imputado- no existe un efecto excluyente, por lo que cualquier esquema de

diferenciales que pueda adoptar TELEFÓNICA en sus ofertas empaquetadas, resulta perfectamente lícito.

- La STCCO ha valorado incorrectamente las ofertas “Dúos”, habiendo tomado datos errados con relación a los precios promocionales y omitiendo considerar las diversas eficiencias que justifican la forma en que TELEFÓNICA ha asignado los precios a la instalación y a la renta mensual así como el hecho que su oferta se mueve bajo los parámetros adoptados por la competencia en el segmento.

(ii) En relación al segundo extremo de la medida correctiva

- La STCCO ha realizado un análisis por separado de cada medio informativo, exigiendo un alto nivel de exhaustividad en cada uno de ellos, en lugar de evaluar la amplitud de los medios utilizados para poner a disposición de los clientes la información, elaborando un análisis del contenido y corrección de esta información que supera el mandato de la medida correctiva.
- La medida correctiva sólo exigía informar sobre la posibilidad de adquirir el servicio de Internet “Naked”, más no ordenó que se precise en que velocidades se ofrecía ni el detalle de la información indicada por la STCCO, además, dicha información podía ser proporcionada por otros medios de información a los usuarios.
- La STCCO hace un análisis selectivo e incompleto cuando considera erróneamente como incumplimiento el hecho que, en solo una (01) de las diecinueve (19) inspecciones realizadas en los locales de venta de TELEFÓNICA, no se había informado sobre el servicio de Internet ADSL “solo”, siendo que, para este caso en concreto, las omisiones de los empleados no pueden imputársele a la empresa, más aún cuando esta cumplió con brindarles la capacitación adecuada, por lo que no puede pretenderse que sea responsable por el actuar indebido de sus empleados, ya que ello configura un supuesto de ruptura del nexo causal de responsabilidad.
- En relación a las supervisiones efectuadas a través de llamadas telefónicas, la GFS no siguió protocolos que permitan garantizar con certeza absoluta que el número de treinta y cinco (35) llamadas corresponda al total de llamadas realizadas, ya que los funcionarios encargados nunca procedieron a identificarse ni a mencionar a los trabajadores de TELEFÓNICA que se encontraban realizando una inspección. Asimismo, la GFS utilizó la línea telefónica regular sin realizar las llamadas a través de la línea de consulta (número *2020) que TELEFÓNICA habilitó especialmente para la venta del Internet ADSL “solo”, lo cual resulta tendencioso por parte del OSIPTEL. Finalmente, las inspecciones efectuadas por la vía telefónica se encuentran completamente atenuadas si se tiene en cuenta que dicho medio representa un medio secundario, frente al mecanismo de tipo presencial.

VII. INFORME INSTRUCTIVO N° 029-STCCO/2014 del 07 de agosto de 2014

Luego de efectuado el análisis a la información que obra bajo el expediente así como de la evaluación a los descargos presentados por TELEFÓNICA, la STCCO concluyó que la

mencionada empresa incumplió con los dos extremos de la medida correctiva impuesta con ocasión de la tramitación del procedimiento de solución de controversias recaído bajo expediente N° 005-2011-CCO-ST/LC-Cuaderno Principal, configurándose el supuesto de la infracción tipificada en el artículo 25° del RFIS, confirmando los mismos argumentos expuestos en el Informe Preliminar N° 024-STCCO/2014.

En virtud a tales consideraciones, la STCCO recomendó a este CCO, sancionar a TELEFÓNICA por dicho incumplimiento con la aplicación de una multa entre ciento cincuenta y un (151) y trescientos cincuenta (350) UITs, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 25° de la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL⁶.

VIII. COMENTARIOS DE TELEFÓNICA AL INFORME INSTRUCTIVO

Conforme fue expresado previamente por este CCO, el 27 de agosto de 2014, TELEFÓNICA presentó sus alegatos y comentarios al Informe Instructivo emitido por la STCCO, entre los cuales destacan principalmente los siguientes:

8.1 Respecto a la conducta de TELEFÓNICA y su relación con la STCCO

- TELEFÓNICA siempre ha mostrado su mayor disposición para cumplir con lo ordenado por el CCO, actuando de manera transparente y prestando su total colaboración para el cumplimiento y supervisión de la medida correctiva ordenada, sin embargo, la STCCO entendería que su relación con las empresas operadoras debe limitarse a la recomendación de sanción de conductas, no debiendo desarrollar ningún tipo de actividad preventiva que permita evitar perjuicios para el mercado.

8.2 Sobre los vicios de nulidad en el inicio del procedimiento sancionador

- La intervención del CCO constituye una forma de regulación indirecta de la estructura de precios de TELEFÓNICA, aspecto fuera de sus competencias y que implica una vulneración al *Principio de Supletoriedad* y al artículo 8° del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil⁷ (en adelante, CPC), toda vez que, a efectos de determinar la competencia del CCO en lo referido al primer extremo de la medida correctiva, correspondía verificar previamente que, a la fecha de apertura del procedimiento en contra de la empresa, no existiera alguna regulación sectorial que fuese específica para abordar el mismo problema de ataduras vía empaquetamiento de velocidades de Internet ADSL y telefonía fija. Asimismo, ni la propia la regulación sectorial a través del

⁶ Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL, Ley N° 27336

“Artículo 25°.- Calificación de infracciones y niveles de multa

25.1. Las infracciones administrativas serán calificadas como muy graves, graves y leves, de acuerdo a los criterios contenidos en las normas sobre infracciones y sanciones que OSIPTEL haya emitido o emita. Los límites mínimos y máximos de las multas correspondientes serán los siguientes:

Infracción	Multa mínima	Multa máxima
Leve	0.5 UIT	50 UIT
Grave	51 UIT	150 UIT
Muy grave	151 UIT	350 UIT

Las multas que se establezcan no podrán exceder el 10% (diez por ciento) de los ingresos brutos del infractor percibidos durante el ejercicio anterior al acto de supervisión”.

⁷ Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado mediante Resolución Ministerial N° 010-93-JUS.

artículo 29-B del Reglamento General de Tarifas⁸, ha cuestionado que podría someterse a escrutinio una estructura de tarifas que no tuviese diferenciales de precios negativos, por tanto, al tratarse de una estructura de precios que no tiene un componente predatorio, el CCO no debe asumir una función de revisión de la imputación tarifaria respecto de los precios de TELEFÓNICA, ya que ello excedería las facultades que tiene otorgadas.

- La STCCO ha vulnerado el *Principio de Razonabilidad y la Regla de Intervención Mínima* al iniciar el presente procedimiento sancionador y decidir no conceder un espacio de interacción previo donde se podían proporcionar alcances sobre el cumplimiento de la medida correctiva, siendo el caso que, la concesión de una reunión se justificaba si se tenía en cuenta que: i) a través de ella se podía generar un espacio de interacción que evite de forma pronta cualquier eventual daño al mercado; ii) TELEFÓNICA tuvo una actitud de buena fe al efectuar el pedido, y; iii) conceder una reunión para coordinar el cumplimiento de la medida correctiva se encontraba dentro de las competencias razonablemente implícitas de la STCCO. Finalmente, argumentó que, si la STCCO tenía la interpretación de que los planteamientos de TELEFÓNICA requerían ser precisados dado que la empresa evidenciaba un escenario de incertidumbre jurídica, el Órgano Instructor se encontraba obligado a canalizar su pedido en la vía de aclaración, o al menos, a requerirle a la empresa si quería hacer uso de dicho instrumento, encausando de oficio el procedimiento, de acuerdo a lo establecido en el numeral 3 del artículo 75° de la LPAG.
- La STCCO ha violado el Principio de Confianza Legítima al iniciar el presente procedimiento sancionador, ya que se mantuvo durante varios meses en una situación que generaba la percepción de que no existía una irregularidad que debía ser corregida, ahora bien, si TELEFÓNICA no hubiese cursado sus requerimientos de reunión, la situación sería distinta y habría menos margen para sustentar que existía un clima de buena fe, pero al no darse una imputación durante un período prolongado de tiempo y mantenerse una respuesta negativa de conceder la reunión, la posición de OSIPTEL era válidamente interpretable como la permisividad a la que se refiere el principio aludido. Asimismo argumentó que, los requerimientos de información efectuados en setiembre de 2013 por la STCCO no demuestran necesariamente, que la ejecución de la medida correctiva por TELEFÓNICA se encontraba sometida a entredicho o que era incorrecta, de hecho, estos requerimientos deben interpretarse como evidencias de la actividad de supervisión aplicable a todos los operadores, actividad que, cuando se realiza, no es necesariamente sinónimo de que se produce una ilegalidad, y por tanto, no debería variar la expectativa fundada adquirida por la empresa.

⁸ Reglamento General de Tarifas, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 060-2000-CD/OSIPTEL y modificatorias.

8.3 Sobre el cumplimiento de la medida correctiva ordenada por el CCO

(i) Respecto al cumplimiento del Primer Extremo de la medida correctiva

- Las competencias funcionales de la STCCO y los alcances de la presente investigación no deberían permitir revisar estructuras tarifarias que no se encuentran por debajo de los costos, lo cual debería impulsarse en un procedimiento principal de precios predatorios, ya que, calificar la estructura de precios de los “Dúos” de TELEFÓNICA como una forma encubierta de atadura o atadura implícita, implica un intento por generar un control indirecto de precios.
- No resulta relevante determinar si TELEFÓNICA ofreció en condiciones Naked todas o solo algunas de sus velocidades, lo sustancial es determinar si, por su importancia y cuota de mercado, las velocidades no ofrecidas eran susceptibles de generar un impacto negativo en el mercado y, de manera específica, permitir la exclusión de competidores. De este modo, si la velocidad o velocidades ofrecidas en condiciones Naked se vinculan a porcentajes mínimos del total de consumidores, las posibilidades de que la conducta de TELEFÓNICA tenga un efecto excluyente, y por ende, sean consideradas ilegales, son inexistentes.
- Al implementar la política de desempaquetamiento de su servicio de Internet ADSL, la empresa nunca adoptó una posición arbitraria para elegir las velocidades ni tampoco implementó la medida a su conveniencia, sino que fue sustentada en base a criterios comerciales válidos, cuidando siempre que cualquier decisión que se adoptara no pudiese ser considerada como una que afectase la competencia. Así, desde el 01 de setiembre de 2013, se implementó el desempaquetamiento progresivo de cuatro (04) velocidades que en total cubrían más del 80% de los usuarios de Internet ADSL, de otro lado, no se implementó el desempaquetamiento de las demás velocidades pues no solo representaban porcentajes residuales respecto de su planta total, sino que la expectativa de la empresa en dicho momento era la de proceder con su retiro de la parrilla, por lo que no tenía sentido crear una velocidad Naked por el breve plazo en que la velocidad se mantendría dentro de su oferta.
- En el Informe Instructivo la STCCO determina que un consumidor siempre va preferir un costo de entrada bajo frente a un ahorro a largo plazo, sin embargo, ello no se basa en ninguna evidencia, por el contrario, pagar un mayor costo de entrada para contratar solo el servicio de Internet ADSL Naked podría ser una inversión que el consumidor prefiera asumir para tener la libertad de vincularse con otro operador de telefonía fija u optar por un Dúo de teléfono y cable además, los pequeños ahorros mensuales que se producen con las tarifas no pueden descartarse frente una inversión inicial fuerte porque ello dependerá de la permanencia promedio de un usuario, de otro lado, las tarifas mensuales tienden a bajar y el ahorro mensual puede ir aumentando a lo largo del tiempo.
- TELEFÓNICA tiene importantes incentivos comerciales para cobrar más por la instalación del Internet solo, ya que cuando se vende un Dúo y se contrata un

servicio de telefonía fija, la empresa puede obtener ingresos adicionales a través de otros servicios que compensan el menor precio de instalación cobrado.

- Desde diciembre de 2013 al menos en Cusco y Trujillo, se decidió implementar progresivamente un cobro por cuota de instalación de aproximadamente S/. 60.00 Nuevos Soles, con posterioridad, esta política fue implementándose en otras localidades y a partir del 13 de marzo de 2014, se replica en Ica, Chiclayo y Chimbote.
- TELEFÓNICA ha explicado que no ofrece las velocidades de 1 y 2 Mbps bajo la estructura descrita por la STCCO en el Informe Instructivo, en realidad la oferta de la empresa corresponde a velocidades de 0.5 Mbps y 1 Mbps que, en virtud a una promoción vigente desde el 01 de marzo de 2014, se ofrece al doble de velocidad, de tal modo, considerando que la empresa acotó desde un principio su promoción a una vigencia que es coincidente con el plazo máximo legal permitido, no sería válido el argumento según el cual las velocidades ofrecidas que se contratan serían las velocidades que se brindan temporalmente en virtud de la duplicación promocional, por tanto no existe diferencial negativo. Asimismo, si consideramos que las velocidades que supuestamente presentarían este problema son solo 2 y que no representan un porcentaje relevante de su planta, la posibilidad de obtener un supuesto beneficio anticompetitivo resulta inexistente.
- El CCO no debe perder de vista que, incluso en escenarios de diferenciales negativos, mientras no se acredite que se ha producido una predación, no se debería calificar la estructura de precios como equivalente a una atadura.

(ii) Respecto al cumplimiento del segundo extremo de la medida correctiva

- Al efectuar la lectura del segundo extremo de la medida correctiva, la STCCO va más allá del texto y adopta una interpretación extensiva, contraria al *Principio Pro Homine*, ya que el mandato ordenado no establecía detalle sobre el contenido y alcances del tipo de información que debía ser puesta a disposición de los usuarios al ser genérico y establecer únicamente la carga de informar acerca de la disponibilidad de ofertas desempaquetadas, sin precisar que existiese la obligación adicional de detallar ciertos aspectos vinculados, como lo podrían ser la cobertura, requisitos para acceder al Internet Naked, planes tarifarios, entre otros, ya que ello apunta a la protección del consumidor y no a la protección de la competencia.
- Aún en el escenario donde se acepte que el CCO está en capacidad de asumir la fiscalización del artículo 6° del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los servicios públicos de telecomunicaciones⁹ (en adelante, TUO de las Condiciones de Uso) vía sanción de las medidas correctivas de libre competencia es de notar que, TELEFÓNICA no se encontraba obligada a brindar de forma espontánea toda la información descrita en los catorce numerales que conforman dicha disposición ya que, cualquier información insuficiente o que se omita en el

⁹ Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los servicios públicos de telecomunicaciones, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 138-2012-CD/OSIPTEL.

período previo a la contratación, no configura en estricto una violación al artículo en mención, dado que ésta puede ser completada al momento en que el usuario efectúa la adquisición del servicio.

- La STCCO se fija únicamente en la excepción para sancionar a TELEFÓNICA, como si se tratara de una política sistemática de desinformación, siendo que, en aplicación del *Principio de Razonabilidad*, cuando se dan casos residuales o de complejo control del administrado, debe interpretarse como un supuesto esporádico dentro de una política general de cumplimiento, es así que, el error de un empleado de manera alguna puede ser considerado como una estrategia de incumplimiento, ya que TELEFÓNICA fue cuidadosa de cambiar su política y adoptó medidas bajo la voluntad corporativa de cumplir adecuadamente con el segundo extremo de la medida correctiva.
- Las llamadas telefónicas de supervisión se realizaron a la línea telefónica regular (*104) y no se empleó la línea de consulta (número *2020) que TELEFÓNICA habilitó especialmente para la venta del Internet ADSL solo.

8.4 Sobre la imposición de una multa a TELEFÓNICA

- En el supuesto negado que se decida declarar la responsabilidad de TELEFÓNICA, el CCO en aplicación del *Principio de Razonabilidad*, debe reparar en la desproporción de estas consecuencias, considerando que, a la fecha no se está produciendo efecto excluyente alguno en el mercado, habiéndose dinamizado la competencia con sus competidores, quienes también concurren en el mercado con paquetes, por lo que no debería aplicarse una sanción de entre ciento cincuenta y uno (151) y trescientos cincuenta (350) UIT.

IX. CUESTIONES PROCESALES PREVIAS

9.1 Sobre la conducta desarrollada por TELEFÓNICA y el rol de la STCCO en un procedimiento de ejecución de medida correctiva

Durante la tramitación del presente procedimiento sancionador, TELEFÓNICA ha argumentado que tuvo el cuidado de comunicar a los diversos órganos del OSIPTEL - incluida la STCCO- la forma en que venía cumpliendo la medida correctiva, incluso antes del vencimiento del plazo concedido por este CCO. En tal sentido, indicó que solicitó reuniones, en diversas oportunidades, con el objeto de coordinar cualquier posible modificación que debiera efectuar a la forma como venía dando cumplimiento a la medida correctiva, sin embargo la STCCO rechazó sus solicitudes de reunión y después mantuvo un silencio prolongado hasta el inicio del presente procedimiento sancionador.

Ahora bien, de la revisión de los documentos que obran en el expediente, se advierte que efectivamente, TELEFÓNICA habría presentado comunicaciones solicitando “*reuniones de coordinación*” a distintos órganos del OSIPTEL- incluida la Secretaría Técnica-, no obstante, conforme se demostrará, resulta inexacto afirmar que la STCCO mantuvo un constante silencio respecto de sus solicitudes hasta esperar que la empresa incumpla con la medida correctiva, para luego iniciar un procedimiento sancionador en su contra.

Por tanto, con el objeto de desvirtuar los argumentos de TELEFÓNICA, este CCO evaluará los pedidos especiales de reunión formulados por la empresa operadora, en dos períodos en el tiempo: (i) el anterior al vencimiento del plazo de cumplimiento de la medida correctiva, que abarca los meses de febrero hasta setiembre de 2013, (en adelante, Primer Período), y; (ii) el posterior al vencimiento del plazo de cumplimiento de la medida correctiva, computado a partir del mes de setiembre de 2013, (en adelante, Segundo Período). Esta delimitación temporal adquiere especial importancia para evaluar la “supuesta intención de cumplimiento de la empresa y la presunta inducción a error” que habría ocasionado la STCCO a TELEFÓNICA, al hacer caso omiso a sus comunicaciones, lo que habría generado que la empresa realice una interpretación propia de la medida correctiva, que consideró como correcta.

Dentro del Primer Período, se advierte que TELEFÓNICA presentó la carta GGR-127-A-030-13 del 09 de julio de 2013, dirigida a la Secretaría Técnica de los Órganos Colegiados del OSIPTEL (en adelante, Secretaría Técnica), a través de la cual solicitó una reunión para exponer el lanzamiento del servicio de Internet ADSL “solo”, a fin de contar con las recomendaciones de dicho Órgano para ejecutar el cumplimiento de lo ordenado por el CCO y el TSC en el procedimiento seguido en el Expediente N° 005-2011-CCO-ST/LC.

En dicha comunicación TELEFÓNICA indicó expresamente lo siguiente:

*“Aprovechamos la presente para remitirle nuestros más cordiales saludos y, a su vez, dirigirnos a usted en relación al procedimiento seguido bajo el expediente de la referencia, toda vez que Telefónica del Perú S.A.A., en fiel cumplimiento de lo ordenado por el Tribunal de Solución de Controversias de OSIPTEL, así como por el Cuerpo Colegiado Ordinario, **ha procedido a elaborar una parrilla de velocidades del servicio de Internet ADSL que estará próxima a comercializar en el mercado.***

*En este sentido, **siendo muy importante para nuestra representada contar con sus recomendaciones para ejecutar dicho cumplimiento, le solicitamos concedernos una reunión a la brevedad para poder exponerle el lanzamiento de nuestro servicio de Internet ADSL solo.** (Énfasis agregado)*

En atención a dicha solicitud, mediante carta C.018-ST/2013 del 18 de julio de 2013, la Secretaría Técnica respondió la comunicación remitida por TELEFÓNICA, indicándole que **no es función de dicho Órgano brindar recomendaciones a las empresas operadoras para el cumplimiento de las resoluciones que emitan las instancias de solución de controversias.** Sin perjuicio de ello, le recordó lo siguiente:

- (i) La medida correctiva dada por el CCO, y confirmada por el TSC es clara al señalar que TELEFÓNICA debe ofrecer en el mercado minorista la venta del servicio de Internet ADSL “solo”, es decir, sin condicionarlo al mantenimiento o contratación de un servicio telefónico de esta misma empresa.
- (ii) La medida correctiva señala también que TELEFÓNICA **debe evitar cualquier conducta que tenga efectos equivalentes a los de la atadura sancionada, por ejemplo, a través de su estructura de precios** y/o través de otra tecnología.
- (iii) TELEFÓNICA deberá informar a sus abonados y/o usuarios respecto de la posibilidad de mantener y/o adquirir su servicio de Internet sin necesidad de contar necesariamente con su servicio de telefonía fija.

Ante la negativa de la Secretaría Técnica de aceptar la reunión de coordinación propuesta, y a escasos días antes del vencimiento del plazo de cumplimiento de la medida correctiva (Primer período descrito)¹⁰, TELEFÓNICA cursó la comunicación DR-107-C-1131/DF-13 del 23 de agosto de 2013, a través de la cual informó a la Gerencia General del OSIPTEL que, la implementación del servicio de Internet ADSL “Naked” en las velocidades de 200 K, 1M, 4M y 6M, se basaba en las necesidades y preferencias de los usuarios, detallando las supuestas razones por las cuales no había implementado las velocidades de 2M, 3M, 10M, 400K y 500K, respectivamente. Asimismo a través de dicha comunicación, la empresa volvió a solicitar otra “reunión de coordinación”, esta vez a la Gerencia General, bajo los siguientes términos; *“teniendo en consideración las complejidades comerciales y administrativas que conlleva el establecimiento de este nuevo esquema de servicios de Internet, **solicitamos se sirva concedernos una reunión a efectos de poder explicarle con el mayor detalle respecto de la apertura de los nuevos servicios de Internet “Naked” y, con ello, poder absolver cualquier duda que sobre el particular se pueda generar.** Dado que la implementación de los nuevos servicios “Naked” se realizará el 01 de setiembre, les solicitamos se sirvan concedernos la referida reunión en una fecha anterior”*. (Énfasis agregado).

Así, conforme se advierte de dicha comunicación, TELEFÓNICA informó a la Gerencia General del OSIPTEL –a escasos días del vencimiento del plazo otorgado-, respecto de las acciones que implementaría a partir de setiembre del 2013 para dar cumplimiento a la medida correctiva ordenada por las instancias de solución de controversias, siendo el caso que, contrariamente a lo indicado por la empresa, la Gerencia General le concedió la reunión solicitada, la cual se llevó a cabo el día 11 de setiembre de 2013 con funcionarios del OSIPTEL¹¹.

Ahora bien, del contenido de ambas comunicaciones se evidencia que TELEFÓNICA solicitó al OSIPTEL reuniones de coordinación –primero a la Secretaría Técnica y posteriormente a la Gerencia General- poco antes del vencimiento del plazo de siete (07) meses otorgado.

En tal sentido, queda claro que, desde un primer momento, la Secretaría Técnica respondió la comunicación indicando expresamente que no se encontraba facultada a conceder reuniones de coordinación durante la etapa de cumplimiento de la medida correctiva, y que la Gerencia General aceptó reunirse con la empresa para que exponga el contenido de su comunicación, por lo que incluso se le permitió exponer el contenido de sus comunicaciones. El detalle de estos hechos puede apreciarse en el siguiente esquema.

¹⁰ Recordemos que el plazo de la medida correctiva vencía el 02 de setiembre de 2013.

¹¹ Conforme a lo solicitado, en dicha reunión TELEFÓNICA expuso al detalle la información contenida en la comunicación remitida a la Gerencia General.

Esquema N° 1: La conducta de TELEFÓNICA durante el plazo de cumplimiento de la Medida Correctiva



En principio, conforme es de conocimiento de la empresa TELEFÓNICA, los Órganos competentes para el ejercicio de la función de solución de controversias entre empresas ante este Organismo Regulador, son en primera instancia los Cuerpos Colegiados del OSIPTEL, y en segunda instancia el TSC, con lo que queda agotada la vía administrativa¹².

Asimismo, conforme lo indicado en el artículo 7° del Reglamento de Solución de Controversias¹³, los Cuerpos Colegiados mantienen competencia en lo que se refiere a la ejecución y cumplimiento de sus resoluciones, calificación de infracciones por el incumplimiento de sus resoluciones y aplicación de las sanciones correspondientes, incluso cuando las resoluciones de primera instancia no han sido impugnadas o cuando dichas resoluciones han concluido su trámite en segunda instancia, de ser el caso.

Es así que, para el caso de los procedimientos sometidos a su cargo, las instancias de solución de controversias deben pronunciarse entre otros aspectos, sobre; la admisión o trámite de la demanda o inicio del procedimiento de oficio; otorgamiento, denegatoria y modificación de medidas cautelares; la emisión de la Resolución Final; emisión de Resoluciones No Finales; la concesión o denegación de recursos impugnativos; los pedidos de aclaración que formulen las partes, entre otros aspectos que puedan suscitarse

¹² Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM

“Artículo 51.- Órganos Competentes para el Ejercicio de la Función de Solución de Controversias

Los Cuerpos Colegiados resolverán en primera instancia las controversias que se encuentren bajo la competencia de OSIPTEL. Las apelaciones serán resueltas por el TRIBUNAL, con lo que quedará agotada la vía administrativa”.

Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL, Ley N° 27336

“Artículo 36.- Procedimiento de solución de controversias en la vía administrativa

Son competentes para resolver controversias:

a) En primera instancia: el Cuerpo Colegiado.

b) En segunda instancia: el Tribunal Administrativo, de acuerdo a la legislación aplicable”.

Reglamento de Solución de Controversias

“Artículo 7.- Primera instancia. La primera instancia está constituida por un cuerpo colegiado compuesto por personas designadas por OSIPTEL al que se le denomina Cuerpo Colegiado del OSIPTEL (...).

Artículo 10.- Segunda instancia. La segunda instancia en el procedimiento administrativo a que se refiere el presente Reglamento la ejerce el TSC, de acuerdo con lo señalado en el Reglamento del OSIPTEL”.

¹³ Reglamento de Solución de Controversias

“Artículo 7.- Primera instancia.

(...)

Resuelta la controversia, los miembros del Cuerpo Colegiado cesarán en sus funciones. Sin embargo, el Cuerpo Colegiado mantiene competencia en lo que se refiere a la ejecución y cumplimiento de sus resoluciones, calificación de infracciones por el incumplimiento de aquellas y aplicación de las sanciones correspondientes, incluso cuando las resoluciones no han sido impugnadas o cuando dichas resoluciones han concluido su trámite en segunda instancia”.

durante la tramitación de un procedimiento de solución de controversias que involucra o no involucra la comisión de una infracción¹⁴.

De otro lado, contribuyen a la función de solución de controversias las Secretarías Técnicas Adjuntas a la primera y segunda instancia, las cuales son órganos de apoyo a los Cuerpos Colegiados y al TSC, órganos de enlace en la estructura orgánica de OSIPTEL y órgano instructor en los procedimientos que involucran la comisión de una infracción y procedimientos sancionadores por infracciones cometidas con ocasión de dichos procedimientos, aparte de ser un órgano permanente¹⁵.

Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto en la Primera Disposición Final del Reglamento de Solución de Controversias¹⁶, en todo lo no previsto expresamente por esta norma se aplica supletoriamente la LPAG y el Código Procesal Civil. Es así que, conforme a lo establecido en el artículo 406° del Código Procesal Civil¹⁷, el Juez no puede alterar las resoluciones después de notificadas, sin embargo, antes que la resolución cause ejecutoria, de oficio o a pedido de parte, puede aclarar algún concepto oscuro o dudoso expresado en la parte decisoria de la resolución o que influya en ella. La aclaración no puede alterar el contenido sustancial de la decisión.

¹⁴ Exposición de Motivos del Reglamento de Solución de Controversias, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 136-2011-CD/OSIPTEL

"II.1.6 FACULTADES DE LAS SECRETARÍAS TÉCNICAS PARA LA TRAMITACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS

(...)

En tal sentido, cabe precisar que los Cuerpos Colegiados continuarán pronunciándose sobre, entre otros, los siguientes aspectos referidos al trámite de la controversia:

- * Admisión a trámite de la demanda o inicio del procedimiento de oficio.
- * Otorgamiento, denegatoria y modificación de medidas cautelares.
- * Resolución final.
- * Resolución no Final que imponga sanciones.
- * Concesión o denegación de recursos impugnatorios.
- * Aclaración".

¹⁵ Reglamento de Solución de Controversias

"Artículo 14.- Secretaría Técnica y Secretarías Técnicas Adjuntas. La Secretaría Técnica es el órgano de apoyo técnico y administrativo de los órganos colegiados del OSIPTEL, dentro de los cuales se incluye a los Cuerpos Colegiados y al Tribunal de Solución de Controversias del OSIPTEL, y hace las veces de órgano de enlace entre estos y la estructura orgánica del OSIPTEL.

Para efectos de cumplir la función de apoyo a las instancias de solución de controversias, la Secretaría Técnica cuenta con dos Secretarías Adjuntas: (i) La Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados; y (ii) La Secretaría Técnica Adjunta del Tribunal de Solución de Controversias.

Las Secretarías Técnicas Adjuntas son permanentes y tienen a su cargo el desarrollo de las funciones contempladas en el presente Reglamento. En los casos de procedimiento que versan sobre la comisión de infracciones, las Secretarías Técnicas Adjuntas actúan, además, como órgano instructor".

RFIS

"Artículo 19.- Órganos de Instrucción

Son órganos de instrucción:

(...)

(iii) La Secretaría Técnica Adjunta del Cuerpo Colegiado, en los casos en los que el Reglamento de Solución de Controversias entre Empresas establezca la aplicación de las normas del Procedimiento Sancionador y en aquellos no regulados por el mismo; y,

(iv) La Secretaría Técnica Adjunta del Tribunal de Solución de Controversias, en los casos en los que el Reglamento de Solución de Controversias entre Empresas establezca la aplicación de las normas del Procedimiento Sancionador y en aquellos no regulados por el mismo".

¹⁶ 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".

¹⁷ **CÓDIGO PROCESAL CIVIL**

"Artículo 406.- El Juez no puede alterar las resoluciones después de notificadas. Sin embargo, antes que la resolución cause ejecutoria, de oficio o a pedido de parte, puede aclarar algún concepto oscuro o dudoso expresado en la parte decisoria de la resolución o que influya en ella. La aclaración no puede alterar el contenido sustancial de la decisión. El pedido de aclaración será resuelto sin dar trámite. La resolución que lo rechaza es inimpugnable".

De acuerdo a la doctrina autorizada, dicha figura consiste básicamente en “una petición en cuya virtud se solicita al órgano administrativo que emitió un acto, la aclaración de conceptos oscuros, ambiguos o contradictorios, así como también que se expida respecto de cuestiones que han sido omitidas en el acto de que se trata¹⁸”.

Cabe indicar que TELEFÓNICA es una empresa especializada en el sector de telecomunicaciones en virtud de un título habilitante conferido por el Estado, la cual, desde décadas atrás, ha intervenido activamente en los procedimientos de solución de controversias tramitados ante el OSIPTEL, ya sea como empresa denunciada, denunciante, reclamante o reclamada, por lo que tiene perfecto conocimiento de la aplicación del artículo 406° del Código Procesal Civil en el marco de los procedimientos de solución de controversias, esto es, la empresa operadora no es un lego en el derecho y conocía perfectamente que conforme a lo dispuesto por la normativa procesal, se encontraba facultada a dirigir un pedido de aclaración al TSC, antes del vencimiento del plazo de ejecución de la medida correctiva, a fin de esclarecer cualquier concepto que, a su criterio, le resultase oscuro o dudoso de la parte decisoria de la Resolución N° 004-2013-TSC/OSIPTEL.

Sobre el particular, cabe remarcar que , en varias oportunidades, TELEFÓNICA ha presentado solicitudes de aclaración a los Pronunciamientos Finales de las instancias de solución de controversias, cuando consideraba que dichos actos administrativos contenían, en su parte decisoria, conceptos oscuros y ambiguos con relación a lo que era materia del proceso, y respecto de los cuales requería expresamente una aclaración donde se precise los alcances la decisión que había adoptado el CCO, a fin de poder cumplir cabalmente con sus obligaciones¹⁹. A manera de ejemplo, se puede mencionar los siguientes casos donde TELEFÓNICA presentó solicitudes de aclaración respecto a Pronunciamientos Finales del CCO:

- En el marco del expediente N° 002-2000-CCO en la controversia entre Compañía Telefónica Andina (Teleandina) contra Telefónica del Perú S.A.A. (TELEFÓNICA), su representada solicitó mediante escrito debidamente fundamentado²⁰, la aclaración del artículo 4° de la Resolución del CCO N° 033-CCO-2000, el cual le impuso la ejecución de una medida correctiva, conforme lo establecido en el artículo 406° del Código Procesal Civil²¹.

¹⁸ MOSÉ MEDRANO, María Camila. Queja, aclaratoria y rectificación de errores materiales. En: Procedimiento Administrativo. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2009, 1° ed., Pág. 456.

¹⁹ De otro lado, es preciso recordar que, TELEFÓNICA ha solicitado en diversos procedimientos de solución de controversias, numerosos pedidos de aclaración respecto de Resoluciones No Finales de las instancias de solución de controversias, por ejemplo; respecto a los alcances de medidas cautelares o resoluciones admisorias. De otro lado, TELEFÓNICA tuvo conocimiento que las otras partes procesales de los procedimientos administrativos en los cuales participó ante el OSIPTEL, solicitaron pedidos de aclaración a las instancias de solución de controversias. A manera de ejemplo, puede revisarse lo actuado en el Expediente N° 003-2000 en la controversia entre Bellsouth Perú S.A. y Compañía Telefónica Andina S.A.; Expediente N° 004-2002 en la controversia entre Nortek Communications S.A.C. y TELEFÓNICA, entre otros.

²⁰ TELEFÓNICA presentó escrito de fecha 08 de noviembre de 2000, solicitando la aclaración de la Resolución N° 0033-CCO-2000 del CCO.

²¹ El artículo 4° de la Resolución del CCO N° 033-CCO-2000 indicaba lo siguiente:

“Artículo 4°.- Ordénese a Telefónica del Perú S.A.A. a que restituya el servicio de transporte conmutado hacia la red móvil de Bellsouth Perú S.A. a Compañía Telefónica Andina S.A. en el plazo de diez (10) días calendario de acuerdo con los términos expuestos en la sección de considerandos de la presente Resolución, a fin de que ésta pueda terminar sus llamadas en la red móvil de Bellsouth Perú S.A. aplicándose el mismo cargo que Telefónica del Perú S.A.A. paga a esta última por el mismo concepto, bajo apercibimiento de imponerse multas coercitivas, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 34° de la Ley N° 27336”.

- En el marco del expediente N° 003-2004-CCO-ST/IX en la controversia recaída entre System One World Communication Perú S.A. (System One) contra Telefónica del Perú S.A.A. (TELEFÓNICA), su representada presentó un escrito de fecha 10 de noviembre de 2004, a través del cual, en virtud de lo dispuesto por el artículo 406° del Código Procesal Civil, solicitó al CCO aclarar el artículo primero de la Resolución Final N° 022-2004-CCO/OSIPTEL²².

En la misma línea que lo indicado por la STCCO, se puede concluir que, si TELEFÓNICA efectivamente hubiese presentado dudas respecto de los alcances e interpretación del artículo Tercero de la Resolución del TSC N° 004-2013-TSC/OSIPTEL, pudo haber empleado la vía legal idónea para absolver tales cuestionamientos, conforme lo ha venido haciendo en la mayoría de procedimientos en los que ha participado ante el OSIPTEL. Por tanto, la empresa se encontraba facultada a dirigir un pedido de aclaración a las instancias de solución de controversias antes del vencimiento del plazo de cumplimiento de la medida correctiva para que se le precise, de considerarlo necesario, el alcance de las obligaciones impuestas en el marco de la controversia principal, sin embargo, lejos de actuar diligentemente, optó por asumir una postura propia de antemano (la cual, conforme se analizará era contraria a la adoptada por el OSIPTEL), a efectos de ejecutar las obligaciones contenidas en la medida correctiva.

Es preciso tener en cuenta que, TELEFÓNICA tuvo un período de siete (07) meses computados a partir del día 01 de febrero de 2013 -fecha en la que fue notificada con la Resolución Final del TSC- para pedir la aclaración de cualquier cuestión que, a su criterio, fuese oscura o ambigua con relación a lo que sería objeto de evaluación en el presente procedimiento sancionador.

Sin embargo, llama la atención que durante la tramitación de la controversia principal o una vez que la medida correctiva quedó consentida por el TSC, la empresa operadora no haya solicitado un pedido de aclaración del artículo tercero de la Resolución N° 004-2013-TSC/OSIPTEL, optando por permanecer en un supuesto estado de “incertidumbre jurídica”, como lo indica en sus argumentos de defensa, lo cual la habría obligado a darle una interpretación propia al contenido de los pronunciamientos de las instancias de solución de controversias.

No obstante ello, cabe indicar que la empresa varió su línea argumentativa conforme el transcurso del presente procedimiento, toda vez que, con posterioridad a la emisión del Informe Instructivo de la STCCO, indicó que no se encontraba en una situación de “incertidumbre jurídica”, sino que habría tenido una interpretación propia acerca de los alcances de las obligaciones expuestas en la medida correctiva, aspecto que resulta aún más preocupante para este CCO, ya que estaría reconociendo expresamente que habría actuado sin la diligencia mínima exigible al asumir una postura propia de un pronunciamiento del CCO sin cuestionarse si su interpretación era la adoptada por las instancias de solución de controversias, más aún cuando era previsible para la empresa, conforme se demostrará en las secciones posteriores, que su postura era contraria a la del OSIPTEL.

²² Al respecto, el artículo 1° de la Resolución del CCO N° 022-2004-CCO/OSIPTEL señaló lo siguiente:

“Artículo Primero.- Declarar INFUNDADA en todos sus extremos la demanda interpuesta por System One World Communication Perú S.A. De acuerdo a ello, declarar que los procedimientos establecidos en la Resolución N° 113-2003-CD/OSIPTEL son aplicables a la relación de Interconexión entre System One World Communication Perú S.A y Telefónica del Perú S.A.A. desde la fecha señalada en la parte considerativa de la presente Resolución”.

Asimismo, debe quedar claro que, no es función de la STCCO recordarle a las partes de un procedimiento de solución de controversias –mucho menos a empresas altamente especializadas como TELEFÓNICA- la forma en la cual deben proceder en caso tuviesen algún tipo de duda respecto de lo ordenado por las instancias de solución de controversias, o en todo caso, cual es el estándar de diligencia mínimo que deben mostrar al momento de cumplir con sus obligaciones para el caso de las medidas correctivas, puesto que, resulta evidente, que con independencia de lo dispuesto por el artículo 406° del CPC, un administrado que actuase con la diligencia debida, requeriría al órgano emisor del acto cuestionado, la absolución de las dudas o consultas respecto a su pronunciamiento, o en todo caso consultaría si la interpretación adoptada de la medida correctiva era la correcta, antes de proceder a ejecutar sus actividades. Es importante mencionar que los pedidos de reunión de TELEFÓNICA nunca manifestaron dudas respecto al alcance de la medida correctiva que pudiesen ser encausadas de oficio por la STCCO a través del mecanismo procesal correspondiente, sino que, se limitaron casi al vencimiento del plazo otorgado, a informar acerca de las acciones que vendría desarrollando en el mercado y las justificaciones para no implementar todas las velocidades del servicio Internet ADSL “solo”²³.

Posteriormente, TELEFÓNICA expuso en la Audiencia de Informe Oral del 12 de setiembre de 2014 que, *“nunca manifestó tener dudas respecto al alcance de la medida correctiva, por lo cual no solicitó aclaración alguna”*, quedando acreditados con ello dos hechos trascendentales: i) que la empresa no pudo encontrarse en una situación de incertidumbre jurídica y; ii) que TELEFÓNICA efectuó una interpretación propia de la medida correctiva, que resultó contraria a la adoptada por el OSIPTEL, obviando actuar diligentemente al solicitar al TSC la aclaración de su pronunciamiento (para al menos contrastarlo con el asumido por la empresa operadora) antes de proceder a ejecutar sus obligaciones.

Asimismo, los argumentos expuestos por TELEFÓNICA parecerían sostener que las comunicaciones remitidas al OSIPTEL a través de las cuales solicitó reuniones de coordinación a la STCCO y la Gerencia General del OSIPTEL, serían una suerte de evidencia que acreditaría -en un principio su supuesto estado de incertidumbre jurídica- su buena fe al cumplir la medida correctiva conforme a su interpretación propia, y que, al no reunirse con la STCCO, habría asumido que su conducta era correcta.

No obstante, conforme ha sido demostrado previamente, ha queda acreditado que la empresa operadora, lejos de utilizar el mecanismo legal establecido para solicitar una aclaración de algún concepto que considerase dudoso del contenido del artículo tercero de la Resolución del TSC N° 004-2013-TSC/OSIPTEL, o al menos, contrastar su interpretación antes de proceder a ejecutar sus actividades; utilizó a su conveniencia, las comunicaciones remitidas a la Gerencia General y a la Secretaría Técnica poco antes del vencimiento del plazo de cumplimiento otorgado por el TSC, en las cuales solicitaba reuniones de coordinación del cumplimiento de la medida correctiva, a fin de excluirse de la responsabilidad que le asiste.

De otro lado, llama la atención que, TELEFÓNICA haya insistido en requerir reuniones de coordinación poco antes del vencimiento del plazo otorgado, y cuando ya había empezado

²³ Además, el brindar justificaciones para el cumplimiento del primer extremo de la medida correctiva, sin mediar ningún requerimiento de información por parte de la STCCO, sería contradictorio con lo expresado por la empresa, en el sentido de que habría interpretado que la obligación de ofrecer el servicio de Internet ADSL “solo”, implicaba desatar las velocidades de acuerdo a un determinado porcentaje del total de clientes de TELEFÓNICA.

a ejecutar sus actividades sobre la base de su propia interpretación, pese a que la Secretaría Técnica le dejó en claro que no correspondía efectuar dicho tipo de reuniones con la empresa investigada. Es más, TELEFÓNICA tenía conocimiento que para el caso en concreto, la Gerencia General del OSIPTEL no es el órgano encargado de hacer valer los pronunciamientos de las instancias de solución de controversias, en tanto la emisión de la Resolución N° 004-2013-TSC/OSIPTEL estuvo a cargo del TSC en el marco de un procedimiento de solución de controversias.

Ahora bien, con motivo de la emisión del Informe Instructivo, la STCCO le dejó en claro a TELEFÓNICA que no resultaba razonable ni exigible que los Órganos de Instrucción de los procedimientos sancionadores se reúnan con el administrado de manera previa al vencimiento del plazo otorgado para ejecutar sus obligaciones, a fin de hacerle “recomendaciones” acerca de cómo debería corregir su conducta para evitar que incumpla dichas obligaciones, más aún cuando el administrado tiene pleno conocimiento de las acciones que debe desplegar para ejecutarlas.

Cabe remarcar, asimismo, que en su escrito del 23 de agosto de 2012, TELEFÓNICA argumentó ante el TSC que se *“vería obligada a ejecutar una medida correctiva que implicaría realizar una serie de actividades para lo cual el plazo de tres meses establecido por la resolución impugnada resultaba insuficiente”*, enumerando las siguientes; *“i) revisión de todas las tarifas de todos los planes del servicio de acceso a Internet ADSL para incorporar costos que tienen que ser retribuidos como el costo del bucle de abonado, la instalación, las adecuaciones técnicas, los gastos de mantenimiento y operación y los gastos comerciales, los costos que deberán trasladarse a las tarifas de instalación del servicio y a las rentas mensuales; ii) modificar e implementar nuevos procedimientos para la provisión en red del servicio de acceso a Internet –Speedy- sin la necesidad de tener el servicio básico telefónico habilitado; iii) modificar e implementar nuevos procedimientos para la atención de averías, reclamos, quejas, soporte técnico, entre otros, ya que la medida afectaría la calidad de atención e incrementaría las quejas de los clientes; iv) modificar y adecuar los módulos del sistema ATIS los cuales sirven de soporte a las áreas técnicas, comerciales, postventa, cobranza y recaudación, así como replantear, diseñar y evaluar una nueva oferta comercial, que deberá previamente sustentarse en un estudio de mercado; v) modificar todos los contratos que han sido aprobados por OSIPTEL, procedimiento que actualmente dura un periodo no menor de tres meses; vi) modificar las relaciones contractuales que actualmente TELEFÓNICA ya mantiene con sus usuarios; vii) desarrollar una campaña de información de las nuevas condiciones de prestación del servicio”*.

Queda acreditado, por lo tanto, que TELEFÓNICA tenía pleno conocimiento de las actividades que debía desarrollar para dar cumplimiento a los dos extremos de la medida correctiva, al ser una empresa altamente especializada en el sector telecomunicaciones; asimismo, debe tenerse en cuenta que, las dos solicitudes de “coordinación” fueron presentadas casi al finalizar el Primer Período, siendo el caso que la empresa no manifestó dudas acerca de los pronunciamientos de las instancias de solución de controversias, sino que había adoptado de antemano una interpretación propia de la medida correctiva, y que incluso, la STCCO aún no podía intervenir en dicho período al encontrarnos aún en el plazo de ejecución de la medida.

Al respecto, cabe recordar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 20° del RFIS, el supuesto que habilita al Órgano Instructor para el inicio de un procedimiento administrativo es la detección de indicios de la comisión de una infracción pasible de sanción, lo cual es

concordante con lo dispuesto en el artículo 235° de la LPAG, de acuerdo al cual con anterioridad a la iniciación formal del procedimiento se podrán realizar actuaciones previas de investigación, averiguación e inspección con el objeto de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen su iniciación. Así, es importante mencionar que nos encontrábamos dentro del plazo de cumplimiento de la medida correctiva, esto es, la STCCO no había siquiera empezado a realizar las actuaciones previas de investigación o averiguación de las acciones desarrolladas por la empresa, ni evaluado las supuestas justificaciones presentadas para no implementar el servicio de Internet ADSL “solo” en todas sus velocidades.

Por tanto, de acuerdo al encargo encomendado por el TSC, una vez vencido el plazo otorgado, la STCCO procedió a realizar una etapa de Actuaciones Previas a la incoacción formal del procedimiento, a efectos de llevar a cabo las investigaciones que resultasen necesarias con la finalidad única de determinar el cumplimiento o no de la medida correctiva, detectando así, la existencia de circunstancias justificativas del inicio formal del procedimiento administrativo sancionador, evaluando para ello, el efectivo cumplimiento de los dos extremos de la medida correctiva impuesta por este CCO. Es así que, con posterioridad al vencimiento de la medida correctiva (Segundo Período), la STCCO llevó a cabo la etapa de Actuaciones Previas o supervisión de la medida correctiva, recabando la información necesaria a efectos de verificar si TELEFÓNICA habría cumplido o no, con la medida correctiva impuesta por el CCO y posteriormente confirmada por el TSC.

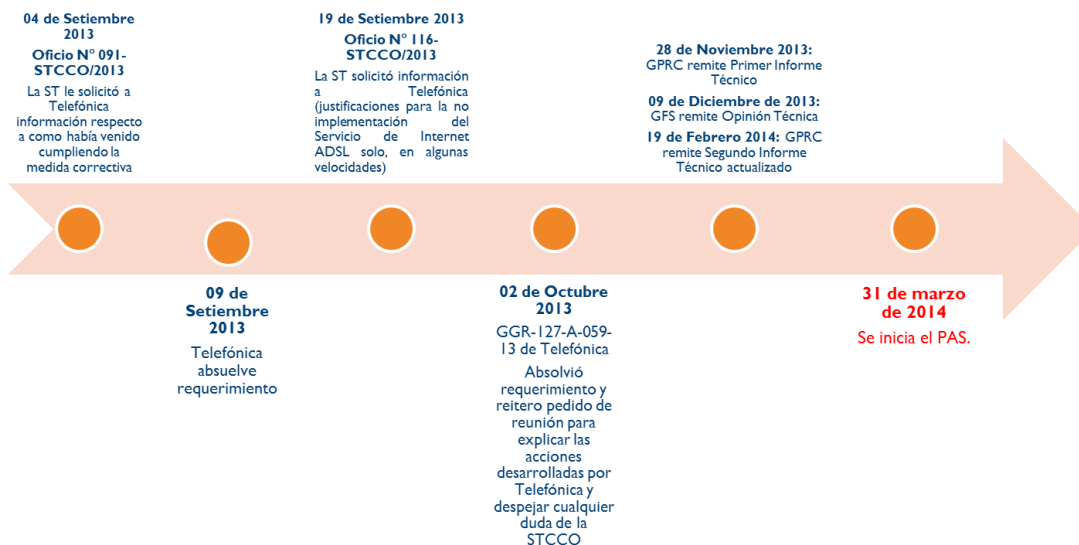
Durante el curso de este Segundo Período (Etapa de Actuaciones Previas), la STCCO en su calidad de Órgano Instructor, le solicitó a TELEFÓNICA presentar los documentos e información necesaria a fin de corroborar el cumplimiento de la medida correctiva en sus dos extremos, así como precisar, entre otros aspectos, los motivos por los cuales no estaría brindando el servicio de Internet ADSL “solo” en todas las velocidades ofrecidas en el mercado, de acuerdo a lo informado por la propia empresa²⁴.

En respuesta a dichos pedidos, TELEFÓNICA remitió la comunicación GGR-127-A-059-13 del 02 de octubre de 2013, a través de la cual, absolvió las preguntas efectuadas por la STCCO y reiteró su pedido de reunión con la STCCO, señalando lo siguiente: *“reiteramos el pedido formulado a la Secretaría Técnica el 09 de julio de 2013, a fin que nos conceda una reunión con el CCO en la que podamos explicar los alcances de las acciones desarrolladas por Telefónica y podamos despejar cualquier duda que pudieran tener respecto del cumplimiento de la Medida Correctiva. Estamos seguros que dicha reunión permitirá a Telefónica colaborar adecuadamente con las funciones de la Secretaría y las competencias del CCO”*.

El detalle de los escritos remitidos por la empresa y los pedidos de información de la STCCO, se pueden observar en el siguiente Esquema:

²⁴ Estos pedidos de información fueron efectuados mediante Oficios N° 091-STCCO/2013 y N° 116-STCCO/2013 del 04.09.13 y 19.09.13, respectivamente.

Esquema N° 2: La conducta de TELEFÓNICA durante la Etapa de Actuaciones Previas



Es así que, para el caso materia de evaluación, la STCCO solicitó a TELEFÓNICA la precisión de sus argumentos por escrito y la presentación de información adicional, no considerando necesario citar a la empresa operadora para cumplir con su labor de investigación preliminar, ya que, como bien admite la propia empresa operadora, la facultad de reunirse con el administrado durante la etapa de supervisión o actuaciones previas, es un acto discrecional de la administración, y para el presente caso, la STCCO consideró que sus consultas podían ser absueltas a través del medio escrito. La STCCO en el marco la etapa de Actuaciones Previas, evaluó la información que obraba en el expediente analizando la existencia de elementos que determinen su cumplimiento o incumplimiento, efectuando pedidos de precisión del contenido de los escritos de TELEFÓNICA, debido a que debía recabar la información relativa a las posibles razones que TELEFÓNICA podría alegar para justificar su incumplimiento.

Finalmente, cabe reiterar que, las solicitudes de reunión de TELEFÓNICA siempre estuvieron orientadas a “coordinar su cumplimiento” una vez que la empresa ya había empezado a desarrollar sus actividades poco antes del vencimiento del plazo otorgado, sin embargo, **nunca manifestó tener ninguna duda respecto a los alcances de la medida correctiva ni formuló ningún tipo de pedido de aclaración del pronunciamiento del TSC que pudiese ser encauzado a través de la vía correspondiente**, por el contrario, ha indicado expresamente que, desde un primer momento, adoptó una postura propia al momento de interpretar la medida correctiva, que no consideró necesario contrastar con el TSC a través del medio procesal correspondiente.

Asimismo, las solicitudes de reunión formuladas por TELEFÓNICA fueron solicitadas poco antes del vencimiento del plazo de cumplimiento de la medida correctiva, esto es, julio y fines de agosto de 2013, cuando la medida correctiva vencía el 02 de setiembre del mismo año. De otro lado, cabe precisar además, que la comunicación GGR-127-A-059-13 del 02 de octubre de 2013 – a través de la cual reitera otro pedido de reunión- fue remitida a consecuencia de los requerimientos de información realizados por la STCCO en el marco de la etapa de Actuaciones Previas, esto es, corresponde al Segundo Período posterior al

vencimiento del plazo de cumplimiento de la medida correctiva, en el cual, TELEFÓNICA ya tenía conocimiento que la STCCO se encontraba supervisando el cumplimiento de sus obligaciones, lo cual, como señala la propia empresa no era una señal de cumplimiento o de incumplimiento de sus obligaciones

9.2 Sobre la supuesta nulidad del presente procedimiento sancionador por la contravención a los principios reconocidos en la LPAG

Sobre la base de la argumentación expuesta previamente, la empresa operadora ha señalado en sus comentarios al Informe Instructivo que la STCCO habría vulnerado el *Principio de Razonabilidad o Proporcionalidad* previsto en el artículo IV.1.4 de la LPAG, el cual debe regir en su actuación como Autoridad Administrativa en materia de instrucción y fiscalización en la ejecución de medidas correctivas que imponen las instancias de solución de controversias, en tanto no se habría privilegiado mecanismos preventivos antes de decidir dar inicio al presente procedimiento administrativo sancionador. De acuerdo a lo argüido por TELEFÓNICA, la STCCO no habría comprobado que el inicio del presente procedimiento constituye la opción menos lesiva para los derechos de los agentes involucrados, en virtud del *Principio de Intervención mínima*.

Al respecto, cabe indicar que la potestad sancionadora de la Administración se enmarca en principios propios del campo penal, pero con particularidades o matices especiales que integra la actividad realizada por la Administración. De esta manera, la potestad sancionadora de la Administración se encuentra delimitada por una serie de principios, entre ellos, el Principio de Razonabilidad, en virtud del cual, los actos de gravamen deben adoptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los fines públicos que deba tutelar, a fin que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

Así, el numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG, indica lo siguiente:

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. *El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:*

(...)

1.4. Principio de razonabilidad.- *Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.*

De lo expresado en el artículo previamente citado, se advierte que el numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG, desarrolla una regla para las decisiones de gravamen sobre los administrados (por ejemplo, una sanción administrativa, la ejecución de un acto, la limitación de un derecho), ya que se entiende que estas medidas convergen en afectaciones admitidas sobre los derechos y bienes de los administrados. Así, la norma contempla que dichos actos deben cumplir con: i) adoptarse dentro de los límites de la facultad atribuida, y; ii) mantener la proporción entre los medios y fines²⁵.

En relación al primer requisito, conforme se indicó previamente, el CCO mantiene la competencia para la ejecución de sus resoluciones, por lo que el acto de inicio del presente

²⁵ MORON URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima: Gaceta Jurídica. Novena Edición. Pág.70.

procedimiento sancionador se encuentra dentro de los límites de la facultad atribuida a este órgano, cuya finalidad para el caso en concreto, busca hacer valer sus pronunciamientos en beneficio de la competencia y los usuarios de los servicios públicos de telecomunicaciones. De otro lado, en relación al criterio de mantener la proporción entre los medios y fines, cabe indicar que, al momento de decidir el tipo de gravamen que eventualmente se impondrá a la empresa, se optará por aquella que sea proporcional a la finalidad perseguida por el artículo 25° del RFIS.

No obstante, cabe precisar que la intervención administrativa sancionadora se rige por criterios de eficiencia en la protección del concreto aspecto del bien jurídico que se pretende tutelar, lo cual hace necesario que el legislador plantee tal defensa del bien jurídico, a través de una estrategia coherente e integral. Por tanto, el Principio de Ultima Ratio, permite al legislador diseñar su estrategia preventiva de la lesión al bien jurídico, empleando los mecanismos sancionadores que tiene a su disposición, teniendo en cuenta su utilidad, eficacia, los fines de la pena, la gravedad del ataque, la intensidad de la afectación al bien jurídico, así como la necesidad de su protección²⁶.

En relación al fundamento de la prohibición contenida en el artículo 25° del RFIS (protección del interés jurídico tutelado), cabe precisar que el legislador ya ha planteado la defensa del bien jurídico tutelado diseñando una estrategia represiva para sancionar su vulneración, al establecer que el incumplimiento de lo dispuesto en una medida correctiva dictada por el OSIPTEL constituye una infracción muy grave, ante lo cual corresponde iniciar el procedimiento administrativo sancionador respectivo.

En concordancia con lo señalado previamente, el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador se encuentra enmarcado dentro del principio de legalidad y de los límites de la facultad atribuida a este Organismo, dado que la infracción que se atribuye se encuentra tipificada en el artículo 25° del RFIS en concordancia con el artículo 89° del Reglamento de Solución de Controversias, por lo que, la STCCO se encuentra plenamente facultada para dar inicio al presente procedimiento. Asimismo, la decisión de iniciar el presente procedimiento administrativo sancionador por el incumplimiento de los dos extremos de la medida correctiva, ha ponderado no sólo los aspectos legales, sino también los antecedentes y consecuencias que con carácter preliminar la justificaron, considerando circunstancias como el tiempo transcurrido, los requerimientos efectuados por la STCCO, el comportamiento de la empresa operadora durante el proceso de verificación de la medida correctiva, de modo que esta decisión no sólo se enmarca dentro de los límites de la facultad atribuida a la STCCO, sino que además, mantiene la debida proporción entre los medios y los fines públicos objeto de tutela, siendo la estrictamente necesaria para la satisfacción de su cometido, por lo que de ninguna manera se ha vulnerado el Principio de Intervención mínima.

De otro lado, TELEFÓNICA parece entender que, el principio anteriormente descrito obliga al Órgano Instructor a desplegar mecanismos y acciones preventivas para evitar que éste incumpla con los mandatos a los cuales se encuentra obligado, no obstante, contrariamente a lo indicado por la empresa, el Principio de Razonabilidad se encuentra enfocado a reducir la discrecionalidad en la apreciación de ilícitos y la imposición de sanciones, esto es, dicha exigencia hace que en el derecho administrativo sancionador, la Autoridad no solo tenga que motivar la probanza de la falta, sino también ponderar la

²⁶ Schünemann, Bernd. Protección de bienes jurídicos, Última Ratio y victimodogmática. Sobre los límites inviolables del Derecho Penal en un Estado de Derecho liberal. En: Hirsh, Andrew von y Otros. Límites al Derecho Penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo. Barcelona: Atelier, 2012. Pág. 63 y sig.

conducta y demás criterios atinentes para seleccionar la sanción a imponer, aspecto que será desarrollado en su oportunidad, por este CCO.

Se debe tener en cuenta, además, que los indicios plasmados en el Informe Preliminar N° 024-STCCO/2014 de la STCCO, no estuvieron dirigidos ni desembocaron en una resolución sancionatoria o condenatoria, sino que buscaron constatar la apariencia de la realización de una conducta ilícita, cuya investigación continua durante la tramitación del presente procedimiento sancionador.

En efecto, dentro del presente procedimiento, TELEFÓNICA ha contado con todas las garantías inherentes al debido procedimiento; ha sido informada oportunamente sobre las imputaciones formuladas en su contra y ha tenido expedito su derecho a acceder al expediente en todo momento. Asimismo, la empresa ha tenido la oportunidad de presentar sus descargos y realizar toda la actividad probatoria que ha considerado conveniente, teniendo la posibilidad de presentar su posición respecto de la investigación desarrollada por la STCCO en su Informe instructivo, y en la etapa pertinente, podrá impugnar la Resolución Final que emita el CCO si no la considera acorde con sus intereses.

De otro lado, la empresa aduce que la STCCO habría vulnerado el *Principio de Conducta Procedimental* reconocido en el numeral 1.8 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG, en tanto el Órgano Instructor habría dado inicio al presente procedimiento administrativo sancionador sin otorgarle la posibilidad de expresar su posición y coadyuvar al entendimiento de los alcances de la medida correctiva, teniendo particularmente en consideración, que la empresa siempre expresó su mayor disposición por dar cumplimiento a dicho mandato sin obtener respuesta alguna de la STCCO, y que, dado el carácter genérico de la medida correctiva, resultaba importante mantener una coordinación constante.

El Principio de Conducta Procedimental, contemplado el numeral 1.8 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG, establece una directriz de conducta recíproca para todos los partícipes del procedimiento, en el sentido de que sus actos procesales deben responder al respeto mutuo, colaboración y la buena fe; el mencionado principio indica lo siguiente:

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

(...)

1.8 Principio de conducta procedimental.- La autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los partícipes del procedimiento, realizan sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe. Ninguna regulación del procedimiento administrativo puede interpretarse de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe procesal.

Al respecto, le reiteramos a TELEFÓNICA que, conforme lo indicado por la doctrina autorizada, la etapa de Actuaciones previas durante la cual se efectuó la supervisión a la medida correctiva, se lleva a cabo *inaudita parte* (sin oír al interesado), y no puede servir de fundamento para la sanción, salvo que se reproduzca en el expediente sancionador propiamente dicho, con audiencia y participación del interesado, esto es, por su propia

naturaleza, tienen carácter reservado por lo que el posteriormente imputado no puede exigir intervenir en ellas²⁷.

De esta manera, con motivo de la actuación de instrucción preventiva, la STCCO actuó la evidencia necesaria a efectos de precisar con mayor exactitud los hechos susceptibles de motivar el procedimiento, la identificación del presunto involucrado, las circunstancias relevantes del caso, y la evidencia que será necesario actuar dentro del procedimiento sancionador en sí. Conforme se expresó previamente, la etapa de instrucción preventiva, no constituye una instrucción completa del caso, sino solo una indagación con efecto de delimitar mejor los contornos del caso y que la sustanciación del procedimiento en sí sea más breve, por lo que no forman parte del procedimiento administrativo sancionador²⁸.

En esa misma línea, TELEFÓNICA argumenta en sus comentarios al Informe Instructivo que, la decisión de la STCCO de iniciar el presente procedimiento administrativo sancionador es nula, al haber vulnerado el **Principio de Confianza Legítima**, reconocido a nivel doctrinario y jurisprudencial, en tanto habría transcurrido un largo período de tiempo -aproximadamente 07 meses- sin que TELEFÓNICA reciba comentario alguno por parte de la STCCO o respuesta a las solicitudes de coordinación formuladas, pese a haber informado sobre las acciones desarrolladas y de haber cumplido con absolver los requerimientos de información solicitados, por lo que era razonable que TELEFÓNICA considerase que no existía ningún problema con la actuación que venía desarrollando. En tal sentido, la actuación de la STCCO creó un marco de confianza legítima que llevó a TELEFÓNICA a entender que su comportamiento no conllevaba ningún incumplimiento de la medida correctiva, lo cual constituye un supuesto de error inducido por la Administración Pública (Hechos de la Autoridad Pública), configurando una causal de ruptura del nexo causal que elimina la responsabilidad administrativa.

La regla de confianza legítima, recogida en el numeral 1.8 del artículo IV de la LPAG, establece que, la Administración no puede actuar contra quien confió en la apariencia legítima creada sobre su status, esto es, la relevancia del error del administrado es consecuencia de la aplicación del principio de culpabilidad y, en concreto, de la exigencia del elemento subjetivo del dolo o la culpa en las infracciones administrativas.

Ahora bien, pese a que ha quedado acreditado que TELEFÓNICA nunca manifestó tener dudas respecto a los alcances de la medida correctiva al haber reconocido que efectuó una interpretación propia de la misma, y no haber activado los mecanismos procesales para verificar de manera previa al desarrollo de sus actividades, si la interpretación adoptada era acorde con lo dispuesto por las instancias de solución de controversias; debe tenerse en cuenta que, nos encontramos ante un error vencible, ya que hubiera podido ser fácilmente superado si hubiese observado el deber de cuidado al solicitar un pedido de aclaración al órgano competente.

Asimismo, conforme lo indica la doctrina autorizada, TELEFÓNICA debe tener en cuenta, que a la hora de determinar la relevancia del error, en muchos casos las normas administrativas sancionadoras se dirigen a personas que desarrollan una actividad para la cual se exigen unos conocimientos técnicos precisos e incluso para el presente caso, un título habilitante, por lo que ello comporta la obligación de desarrollar dicha actividad de

²⁷ GÓMEZ TOMILLO, Manuel e Ignacio Sanz Rubiales. Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Thomson- Aranzadi, Pamplona. 2010. PP. 456-457

²⁸ MORON URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima: Gaceta Jurídica. Novena Edición. 2011. Pp.746.

forma responsable. En tal sentido, el grado de diligencia exigible es mayor y por tanto el deber de conocimiento, por lo que en estos supuestos el campo del error exculpante se reduce²⁹.

En sus comentarios al Informe Instructivo, TELEFÓNICA argumenta que la STCCO se mantuvo durante varios meses en una situación que generaba la percepción de que no existía una irregularidad que deba ser corregida, siendo que, si TELEFÓNICA no hubiese cursado sus requerimientos de reunión, la situación sería distinta y habría menos margen para sustentar que existía un clima de buena fe, pero al no darse una imputación y mantenerse una respuesta negativa de conceder la reunión, la posición de OSIPTEL era válidamente interpretable como la permisividad a la que se refiere el Principio aludido.

Al respecto, no es posible afirmar que la STCCO haya consentido durante tiempo, el ejercicio de la actividad ilícita, de forma que la empresa creía actuar de forma legítima, ya que conforme se evidencia en los hechos, la empresa tenía un plazo de cumplimiento de siete (07) meses, siendo que a partir del vencimiento de dicho plazo en setiembre de 2013, la STCCO desplegó las acciones de supervisión y evaluación; solicitando la elaboración de Informes Técnicos a la GPRC, solicitando a la GFS la realización de acciones de supervisión a nivel nacional y requiriendo diversa información a la empresa, para evaluar el efectivo cumplimiento de la medida correctiva en el marco de la Etapa de Actuaciones Previas. Por tanto, la empresa tenía conocimiento desde el Oficio N° 091-STCCO/2013 del 04 de setiembre de 2013 que, la medida correctiva estaba siendo supervisada por la STCCO. Es más, conforme se desprende del Esquema N° 02, mediante Oficio N° 116-STCCO/2013 del 19 de setiembre de 2013, la STCCO le consultó acerca de las justificaciones para la no implementación del Internet ADSL en todas las velocidades.

Sin embargo, en sus comentarios al Informe Instructivo, la empresa indica que los requerimientos de información efectuados en setiembre de 2013 por la STCCO no demostrarían, necesariamente, que la ejecución de la medida correctiva se encontraba sometida a entredicho o que era incorrecta, de hecho, ya que estos requerimientos **deben interpretarse como evidencias de la actividad de supervisión aplicable a todos los operadores, actividad que, cuando se realiza, no es necesariamente sinónimo de que se produce una ilegalidad, y por tanto, no debería variar la expectativa fundada adquirida por la empresa.**

Al respecto, el CCO coincide en lo señalado por TELEFÓNICA, ya que efectivamente, durante esta etapa de supervisión de la medida correctiva, la STCCO se encontraba evaluando su efectivo cumplimiento en sus dos extremos, siendo que sus requerimientos de información tenían como objetivo, precisamente, recabar la información necesaria a efectos de obtener indicios de su cumplimiento o incumplimiento. Por tanto, esta etapa de supervisión no puede ser entendida como una prueba de ilegalidad y tampoco de cumplimiento de las obligaciones de TELEFÓNICA, como la propia empresa ha indicado en sus comentarios al Informe Instructivo.

Finalmente, conforme lo indicado por la STCCO, en ningún momento se le ha comunicado que se haya cumplido con la medida correctiva impuesta por las instancias de solución de controversias, ni tampoco se ha generado apariencia de aquello, y por ende, es incorrecta la interpretación en relación a este extremo de sus argumentos de defensa. Por el

²⁹ DE PALMA DEL TESO, Ángeles. La Culpabilidad. En: Justicia Administrativa. Revista de Derecho Administrativo, Editorial Lex Nova, N° 1, 2001. Pp.46-47.

contrario, la STCCO, conforme a sus facultades de órgano de instrucción, ha tenido un período de investigación y análisis del cumplimiento de la medida correctiva a fin de verificar si se encontraban o no indicios suficientes para el inicio de un procedimiento en su contra, los cuales se encuentran contenidos en el Informe Preliminar N° 024-STCCO/2014.

9.3 Sobre la supuesta falta de competencia de las instancias de solución de controversias por aplicación del Principio de Supletoriedad

En sus comentarios al Informe Instructivo, TELEFÓNICA señaló que, sólo cuando los empaquetamientos se manifiesten en estructuras de precios donde el precio de un solo servicio es más alto que el del paquete, pueden tener un efecto anticompetitivo potencial, y ello, en tanto se acredite que son precios predatorios. Asimismo, indicó que ni la propia la regulación sectorial a través del artículo 29-B del Reglamento General de Tarifas, ha cuestionado que podría someterse a escrutinio una estructura de tarifas que no tuviese diferenciales de precios negativos, por lo que, al tratarse de una estructura de precios que no tiene un componente predatorio, el CCO no debe asumir una función de revisión de la imputación tarifaria respecto de los precios de TELEFÓNICA, ya que ello excedería las facultades que tiene otorgadas.

Es de entender que, la argumentación planteada por TELEFÓNICA cuestiona la competencia de las instancias de solución de controversias del OSIPTEL para conocer el primer extremo de la medida correctiva en lo referido a la obligación de abstenerse de realizar conductas con efectos equivalentes a la venta atada, principalmente, a través de su estructura de precios.

Debe señalarse que, en el procedimiento principal, el CCO analizó si las prácticas de ventas atadas implementadas por TELEFÓNICA constituían infracciones a la libre competencia, siendo que luego de actuados los medios probatorios respectivos, determinó que en efecto, dicha empresa había incurrido en prácticas anticompetitivas generando perjuicios en el mercado mayores a los beneficios de dicha práctica. Por ello, decidió establecer una sanción e imponer una medida correctiva a fin de que TELEFÓNICA también ofrezca al público la posibilidad de adquirir el Internet “solo”.

De acuerdo a lo determinado por este CCO en la Resolución N° 017-2012-CCO/OSIPTEL, la estructura de precios del servicio de Internet que presentaba TELEFÓNICA, no era coherente con la racionalidad económica de los empaquetamientos, según la cual, el precio del paquete de servicios debería incluir el costo del servicio de acceso a Internet más el costo del servicio de telefonía fija, teniendo en cuenta que en alguno de esos costos se incluye el costo de la planta externa que comparten ambos servicios. Por lo tanto, este CCO determinó que para el caso en concreto, el precio del paquete debía ser mayor que el precio del servicio de Internet, sin embargo, ello no se daba en los hechos³⁰. En tal sentido, de acuerdo al CCO, los ejercicios realizados con los precios de los servicios de telefonía fija y de Internet respecto del empaquetamiento (Dúo) de ambos servicios, evidenciarían un refuerzo de la estrategia anticompetitiva de TELEFÓNICA, afianzando la adquisición conjunta de los servicios, en el marco de la venta atada.

³⁰ Cabe indicar que en la referida Resolución, el CCO concluyó que la estructura de precios que ofrecía TELEFÓNICA evidenciaría una situación en la que; i) establece precios para los servicios empaquetados que están por debajo del precio implícito del servicio de Internet y; ii) que contrastando el precio implícito del Internet con el precio del paquete, se obtiene un precio implícito negativo del servicio de telefonía fija.

Cabe indicar que con motivo de la impugnación de la Resolución N° 017-2012-CCO/OSIPTEL, TELEFÓNICA formuló los mismos argumentos de defensa que los expuestos en el presente procedimiento sancionador, no obstante, en dicha oportunidad, el TSC indicó que la medida correctiva impuesta no tenía pretensiones regulatorias o intenciones de modelar el mercado, siendo que; *“dicha medida correctiva se dio en ejercicio de las facultades que asisten a toda autoridad de competencia para corregir una conducta infractora y restablecer el proceso competitivo”*³¹. Tales facultades de imposición de medidas correctivas son propias de toda agencia de competencia y sin ellas, una decisión que declara infractora a una empresa no podría ser verdaderamente eficiente a fin de restablecer el proceso competitivo.

En este sentido, la imposición de la medida correctiva en el extremo anteriormente referido, tiene que ser analizada en el particular contexto de un procedimiento de solución de controversias, como un medio para restablecer el proceso competitivo y no un fin en sí mismo.

Asimismo, es preciso indicar que, el Reglamento General del OSIPTEL ha recogido el principio de supletoriedad, indicando lo siguiente:

“Artículo 12.- Principio de Supletoriedad

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

Asimismo, los Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones establecieron el principio de supletoriedad, indicando que para proteger el proceso competitivo en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones se aplica la normativa sectorial específica y, supletoriamente, las normas de libre y leal competencia, así como sus disposiciones modificatorias, complementarias, ampliatorias y conexas, en cuanto sea pertinente³².

Así, en ningún momento la STCCO ha afirmado que las tarifas de los servicios empaquetados son muy bajas, o que las tarifas de los servicios “Naked” son muy altas; lo que se ha señalado es que la estructura tarifaria de los servicios empaquetados y el Internet “Naked”, sesgan las decisiones de los consumidores a favor de los primeros, debido a que al establecerse un diferencial muy pequeño o negativo entre la tarifa de un paquete de servicios y la tarifa del servicio de Internet Naked, el consumidor se ve inducido a contratar el paquete debido a su menor costo con respecto a lo que le costaría contratar el Internet “Naked” de TELEFÓNICA y el servicio telefónico de otro operador, sin que exista una justificación económica en base a los costos de los servicios proporcionados. Por otro lado, dicha estructura también tiene efectos excluyentes porque no promueve el acceso de un mayor número de consumidores que solo desean el servicio de internet puesto que no necesitan el servicio de telefonía fija. Tampoco promueve la mejor combinación de servicios por parte de los consumidores, especialmente para aquellos que tienen una débil preferencia por los servicios de telefonía fija.

³¹ Fundamento 246 de la Resolución N° 004-2013-TSC/OSIPTEL.

³² 111. *“Para la promoción y preservación de la libre y leal competencia en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, los órganos competentes del Sector aplicarán la normativa sectorial específica y, supletoriamente, en cuanto sean pertinentes, las disposiciones de los Decretos Legislativos Nos. 701 y 807, las del Decreto Ley 26122 y disposiciones modificatorias, complementarias, ampliatorias y conexas”.*

Conforme ha sido mencionado previamente, el sustento de la obligación anteriormente referida, ha sido evaluado y desarrollado por este CCO y TSC en sus respectivos pronunciamientos, siendo el caso que TELEFÓNICA tuvo la oportunidad de discutir dichos argumentos durante el desarrollo del procedimiento principal, correspondiendo que en el presente procedimiento sancionador la empresa ejecute lo dispuesto por las instancias de solución de controversias.

Cabe recordarle a TELEFÓNICA que, conforme lo indicado por este CCO en la Resolución N° 017-2012-CCO/OSIPTEL, el establecimiento de tarifas, ofertas y planes en general debe resultar acorde a las normas protectoras de la libre y leal competencia, motivo por el cual al momento de determinar sus ofertas y promociones, las empresas operadoras no podrán imponer condiciones comerciales que resulten lesivas al proceso competitivo³³.

Finalmente, es preciso indicar que, el 17 de febrero de 2014, se publicó la Resolución de Consejo Directivo N° 024-2014-CD-OSIPTEL, que incorporó el artículo 29-B al Reglamento de Tarifas, estableciendo la obligatoriedad de comercializar servicios individuales al mismo tiempo que los servicios empaquetados sin condicionar su contratación a la adquisición de otro servicio público de telecomunicaciones, fijando además, una regla para la aplicación de tarifas de servicios comercializados en paquete y por separado, al señalar que 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 parte³⁴.

“Artículo 29°-B.- Regla para la aplicación de tarifas de servicios comercializados en paquete y por separado

La comercialización de servicios en paquete con otros servicios que, conforme a las reglas sobre ventas atadas, establecidas en las Condiciones de Uso aprobadas por el OSIPTEL, implica la obligación de la empresa operadora de comercializar al mismo tiempo dichos servicios por separado y sin condicionar su contratación a la contratación de otro servicio público de telecomunicaciones, se sujetará además a la siguiente regla tarifaria:

(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.”

En tal sentido, se desprende que la regulación sectorial vigente ha previsto prohibir la misma conducta por la que fuera sancionada TELEFÓNICA en el procedimiento principal recaído bajo Expediente N° 005-2011-CCO-ST/LC, advirtiéndose un mismo criterio interpretativo para la conducta desarrollada por TELEFÓNICA, en lo referido al primer extremo de la medida correctiva, esto es, el ofrecer el servicio de Internet ADSL “solo” y evitar conductas de efectos equivalentes a través de su estructura de precios.

³³ Reglamento General de Tarifas y su Exposición de Motivos, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 060-2000-CD/OSIPTEL y modificatorias.

“Artículo 6.- Sujeción a normas sobre libre y leal competencia

En la fijación y aplicación de Tarifas Establecidas, Planes Tarifarios y Tarifas Promocionales, las empresas operadoras deberán sujetarse a las normas sobre libre y leal competencia establecidas en las normas de telecomunicaciones así como en el Decreto Legislativo N° 1034 y el Decreto Legislativo N° 1044.”

³⁴ Reglamento General de Tarifas

“Artículo 29-B.- Regla para la aplicación de tarifas de servicios comercializados en paquete y por separado

(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.”()*

() Artículo incorporado por el Artículo Segundo de la Resolución de Consejo Directivo N° 024-2014-CD-OSIPTEL, publicada el 17 febrero 2014.*

Al respecto, TELEFÓNICA argumenta en sus comentarios al Informe Instructivo que, en aplicación del Principio de Supletoriedad y del artículo 8° del Código Procesal Civil, a efectos de determinar la competencia del CCO en lo referido al primer extremo de la medida correctiva, correspondía verificar que, a la fecha de apertura del procedimiento en contra de la empresa, existiera una alguna regulación sectorial que fuese específica para abordar el mismo problema de ataduras vía empaquetamiento de velocidades de Internet ADSL y telefonía fija.

Sobre el particular, es preciso indicarle a TELEFÓNICA que no nos encontramos en una situación de conflicto entre lo dispuesto por el CCO en el procedimiento principal y lo tipificado en el artículo 29-B° del Reglamento General de Tarifas, ya que, conforme se expuso previamente, la regulación vigente tipifica la misma conducta ordenada por el CCO a través de la medida correctiva impuesta en el marco del procedimiento principal.

De otro lado, es preciso indicar que, no nos encontrábamos ante el inicio de una investigación por prácticas anticompetitivas la cual se encuentra supeditada al cumplimiento del principio de supletoriedad, sino que nos encontramos ante un procedimiento sancionador derivado de un procedimiento de represión de conductas anticompetitivas que busca evaluar la ejecución de una medida correctiva impuesta por las instancias de solución de controversias, por lo que no resulta atendible el argumento planteado por la empresa.

Asimismo, es preciso indicarle que, de conformidad con lo dispuesto en la Primera Disposición Final del Reglamento de Solución de Controversias³⁵, en todo lo no previsto expresamente por esta norma se aplica supletoriamente la LPAG y el Código Procesal Civil.

Es así que, el artículo 7° del Reglamento de Solución de Controversias³⁶ dispone expresamente que, **los Cuerpos Colegiados mantienen competencia en lo que se refiere a la ejecución y cumplimiento de sus resoluciones, calificación de infracciones por el incumplimiento de sus resoluciones y aplicación de las sanciones correspondientes**, incluso cuando las resoluciones de primera instancia no han sido impugnadas o cuando dichas resoluciones han concluido su trámite en segunda instancia, de ser el caso.

Por tanto, no resulta atendible la argumentación de TELEFÓNICA referida a la aplicación del Principio de Supletoriedad en este extremo de la medida correctiva, toda vez que nos encontramos en un procedimiento sancionador que busca evaluar la ejecución de la medida correctiva impuesta por las instancias de solución de controversias en el marco de un procedimiento de represión de conductas anticompetitivas, y además, el Reglamento de Solución de Controversias otorga competencia expresa al CCO para evaluar la ejecución de sus pronunciamientos. .

³⁵ **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”.

³⁶ **Reglamento de Solución de Controversias**
“Artículo 7.- Primera instancia.

“(...

Resuelta la controversia, los miembros del Cuerpo Colegiado cesarán en sus funciones. Sin embargo, el Cuerpo Colegiado mantiene competencia en lo que se refiere a la ejecución y cumplimiento de sus resoluciones, calificación de infracciones por el incumplimiento de aquellas y aplicación de las sanciones correspondientes, incluso cuando las resoluciones no han sido impugnadas o cuando dichas resoluciones han concluido su trámite en segunda instancia”.

X. MARCO LEGAL APLICABLE

Conforme a lo indicado por la STCCO en su Informe Instructivo, antes de entrar al análisis de fondo respecto de la comisión de la infracción imputada, debe señalarse que, mediante Resolución N° 136-2011-CD/OSIPTEL de fecha 27 de octubre de 2011, se aprobó el nuevo Reglamento de Solución de Controversias, el cual entró en vigencia el 18 de noviembre de 2011 y sustituyó al Reglamento anterior, aprobado mediante Resolución N° 010-2002-CD/OSIPTEL.

De otro lado, mediante Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL publicada el 04 de julio de 2013, se aprobó el nuevo RFIS, el cual entró en vigencia el 05 de julio del 2013 y derogó al Reglamento General de Infracciones y Sanciones del OSIPTEL, aprobado con Resolución N° 002-99-CD/OSIPTEL (en adelante, anterior RGIS).

Por tal motivo, y tomando en consideración que el procedimiento principal iniciado de oficio contra TELEFÓNICA -en cuyo marco se impuso la medida correctiva materia de evaluación del presente procedimiento sancionador- se tramitó bajo las disposiciones del Reglamento de Controversias anterior, y que además, la infracción que constituye objeto del presente procedimiento sancionador se encontraba prevista en el anterior RGIS, corresponde, como aspecto previo al análisis de fondo, determinar cuál es la normativa aplicable tanto en los aspectos procedimentales, como respecto a la infracción y sanción correspondiente.

10.1 Normativa legal aplicable en materia procedimental

La Disposición Transitoria Única del nuevo Reglamento de Solución de Controversias, establece que: *“Los procedimientos en curso que se refieran a controversias entre empresas continuarán su tramitación de conformidad con lo previsto por las normas vigentes al momento en que se iniciaron”*.

En ese sentido, corresponde que las controversias iniciadas a partir del 18 de noviembre de 2011 fijen su tramitación conforme a las normas procedimentales establecidas en el nuevo Reglamento de Solución de Controversias.

En el presente caso se tiene que, de acuerdo a lo dispuesto en la Resolución N° 004-2013-TSC/OSIPTEL de fecha 31 de enero de 2013, el TSC confirmó la Resolución N° 017-2012-CCO/OSIPTEL emitida por este CCO el 20 de julio de 2012, en el extremo que dispuso imponer a TELEFÓNICA una medida correctiva, con el objeto de revertir los efectos derivados de la práctica anticompetitiva de abuso de posición de dominio en la modalidad de venta atada, por la que fuere sancionada en la controversia principal, al haber brindado únicamente el servicio de acceso a Internet fijo vía ADSL a todo aquel usuario que contratase o mantuviese el servicio de telefonía fija de TELEFÓNICA.

Por su parte, conforme a sus facultades de Órgano de Instrucción³⁷, la STCCO tuvo un período de investigación y análisis preliminar del cumplimiento de la medida

³⁷ Reglamento de Solución de Controversias

“Artículo 15.- Funciones de la Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados. Son funciones de la Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados:
(...)

correctiva a fin de verificar si se encontraban o no indicios suficientes para el inicio de un procedimiento administrativo sancionador en contra de TELEFÓNICA, los cuales se encuentran debidamente fundamentados en el Informe N° 024-STCCO/2014 de fecha 27 de marzo de 2014.

De acuerdo a lo establecido por el numeral 3 del artículo 234° de la LPAG, el procedimiento sancionador se inicia con la notificación del cargo al posible sancionado. En el presente caso, TELEFONICA fue notificada sobre el inicio del presente procedimiento sancionador, mediante Oficio N° 055-STCCO/2014 cursado el día 31 de marzo de 2014³⁸.

Conforme a lo previamente expuesto, las normas procedimentales que regirán la tramitación del presente procedimiento sancionador contra TELEFÓNICA son aquellas contenidas en el nuevo Reglamento de Solución de Controversias.

10.2 Normativa legal aplicable en materia de sanciones

La Disposición Complementaria Transitoria Única del nuevo RFIS, indica que: *“Los procedimientos en trámite a la fecha de entrada en vigencia del presente Reglamento, continuarán rigiéndose por las disposiciones bajo las cuales se iniciaron, salvo en lo que les sea más favorable”*.

En ese sentido, corresponde que los procedimientos administrativos sancionadores iniciados a partir del 05 de julio del 2013, fijen su tramitación conforme a las normas materiales establecidas en el RFIS.

A diferencia de las normas procedimentales, en la aplicación de las normas materiales como son las que establecen una regla de conducta y/o una sanción- se debe tener presente los principios de la potestad sancionadora administrativa, establecidos en el artículo 230° de la LPAG. Entre dichos principios figura el de irretroactividad de las normas sancionadoras, según el cual las infracciones se rigen por las normas vigentes al momento en que el administrado incurre en la conducta infractora, salvo que las normas posteriores le resulten más favorables, es decir, la legislación actual garantiza

-
- i. *Recomendar el inicio de controversias de oficio cuando del resultado de las investigaciones realizadas por ésta, considere que ello se justifique. (...)”*

“Artículo 89.- Procedimiento.

El presente procedimiento rige para efectos de la investigación de infracciones cometidas con ocasión de la tramitación de los procedimientos a que se refieren los capítulos anteriores, y que sean distintas de aquéllas cuya existencia o calificación deba ser pronunciada en la Resolución Final.

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. (...)”

RFIS

“Artículo 19.- Órganos de Instrucción

Son órganos de instrucción

(...)

(iii) La Secretaría Técnica Adjunta del Cuerpo Colegiado, en los casos en los que el Reglamento de Solución de Controversias entre Empresas establezca la aplicación de las normas del Procedimiento Sancionador y en aquellos no regulados por el mismo; (...)”

³⁸ Sin embargo, como fuere mencionado en el numeral III “Procedimiento de oficio y hechos relevantes” de la presente Resolución, ante la alegada incapacidad de TELEFÓNICA de desarrollar sus argumentos de defensa debido a que no le habían sido notificados los Informes y actuaciones solicitadas por la STCCO a otras áreas del OSIPTEL, la STCCO por iniciativa propia, le otorgó un plazo de diez (10) días hábiles adicionales para que pueda efectuar sus descargos por escrito a lo señalado en el Oficio N° 055-STCCO/2014.

que la potestad sancionadora sólo será válida para aplicar sanciones cuando hayan entrado en vigencia con anterioridad a la comisión de la infracción, siempre que sigan vigentes al momento de su calificación por la autoridad o hayan sido modificadas por normas posteriores más aflictivas para el administrado³⁹.

Sobre el particular, es preciso indicar que, la Resolución del TSC N° 004-2013-TSC/OSIPTEL, al confirmar la medida correctiva ordenada por la Resolución del CCO N° 017-2012-CCO/OSIPTEL, determinó el obligatorio cumplimiento de la misma en un plazo de siete (07) meses, contados a partir del día siguiente de notificada la Resolución del TSC a TELEFÓNICA. Es así que, en el presente caso, la Resolución del TSC del 31 de enero de 2013, fue notificada el día 01 de febrero de 2013, por lo que el plazo otorgado a TELEFÓNICA para que diera cumplimiento a la medida correctiva ordenada, venció el día 02 de setiembre de 2013.

Por tanto, tenemos que la infracción imputada respecto del incumplimiento de la medida correctiva impuesta a TELEFÓNICA, se encuentra tipificada, desde el momento de la realización de la conducta infractora, por el artículo 25° del RFIS, por lo que esta sería la norma aplicable en materia de sanciones⁴⁰.

10.3 Sobre la infracción prevista en el artículo 25° del RFIS

Por medio del Oficio N° 055-STCCO/2014 notificado el día 31 de marzo de 2014, se le comunicó a TELEFÓNICA el procedimiento administrativo sancionador iniciado en su contra, al imputársele la presunta comisión de la infracción tipificada en el artículo 25° del RFIS, el mismo que establece lo siguiente:

“Artículo 25.- Incumplimiento de las medidas correctivas

El incumplimiento de lo dispuesto en una medida correctiva dictada por el OSIPTEL, constituye infracción muy grave, salvo que en la misma se establezca una calificación menor. Ante dicho incumplimiento corresponderá iniciar el respectivo procedimiento administrativo sancionador”.

El artículo 25° del RFIS prescribe como infracción muy grave el incumplimiento de una medida correctiva dispuesta por cualquier órgano del OSIPTEL, siempre que en dicha medida no se establezca una calificación distinta, siendo que, para la imposición de la sanción respectiva, deberá seguirse el procedimiento administrativo sancionador respectivo⁴¹.

³⁹ LPAG

Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

5. Irretroactividad.- *Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.*

⁴⁰ En el mismo sentido que la disposición prevista en el artículo 25° del RFIS, el anterior RGIS establecía en su artículo 62° que el incumplimiento de una medida correctiva dictada por el OSIPTEL, constituía una infracción muy grave.

“RGIS

Artículo 62.- *El incumplimiento a lo dispuesto por una medida correctiva dictada por OSIPTEL constituye infracción muy grave, salvo que el órgano competente para dictarla establezca una calificación menor”.*

⁴¹ **Exposición de motivos del Reglamento de Fiscalización Infracciones y Sanciones, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 087-2013-CD/OSIPTEL:**

“Adicionalmente, en el artículo 25 del Reglamento se tipifica el incumplimiento de lo dispuesto en la medida correctiva, como infracción muy grave, salvo que en dicha medida se señale una calificación distinta; siendo que, para la imposición de la sanción deberá seguirse el procedimiento administrativo sancionador regulado en el presente Reglamento”.

Al respecto, es preciso señalar que, este CCO con motivo de la emisión de la Resolución N° 017-2012-CCO/OSIPTEL del 20 de julio de 2012 no determinó una calificación menor para el incumplimiento de la disposición prevista en el artículo 25° del RFIS, por lo que, de ser encontrada TELEFÓNICA responsable del incumplimiento de la medida correctiva, correspondería que sea sancionada según la escala de infracciones muy graves.

Conviene precisar que, los límites mínimos y máximos de las multas se encuentran previstos en el artículo 25° de la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL, aprobada por Ley N° 27336, por lo que de ser encontrada responsable del incumplimiento de la medida correctiva, correspondería la imposición de una sanción consistente en una (01) multa entre (151) y (350) UITs, de ser éste el caso.

Ahora bien, en el presente caso, se puede advertir que durante la etapa de instrucción del presente procedimiento, la STCCO verificó lo siguiente: i) que con posterioridad al 01 de setiembre de 2013, no habría cumplido con ofrecer el Internet ADSL “solo” sin vincularlo a la telefonía fija, incluso hasta la fecha actual, sin ninguna justificación para ello, y que asimismo, estaría realizando una conducta de efectos equivalentes a la atadura sancionada en el Expediente N° 005-2011-CCO-ST/LC, consistente en sus condiciones de contratación, un sistema de tarifas mensuales y un costo de instalación que, en su conjunto, generan una “atadura implícita” que produciría los mismos efectos que la venta atada por la cual se sancionó a TELEFÓNICA, y; ii) que, dentro del primer período inmediatamente posterior al vencimiento del plazo de cumplimiento de la medida correctiva, no habría cumplido en reiteradas oportunidades con informar a sus abonados y/o usuarios sobre la posibilidad de mantener y/o adquirir el servicio de Internet sin la necesidad de contar necesariamente con el servicio de telefonía fija de su empresa, al momento en que estos recurren a los canales regulares de contratación de la empresa, para el caso de las llamadas telefónicas y los centros de atención al cliente de la empresa, generando barreras a la contratación y elevando los costos de transacción a los usuarios, pudiendo desincentivar la contratación del servicio de Internet ADSL “solo”.

Finalmente, es preciso señalar que, las empresas sujetas a un procedimiento de solución de controversias son responsables del cumplimiento de las obligaciones impuestas por las instancias de solución de controversias a través de mandatos correctivos, exigiéndoseles un estándar de diligencia tal, que les ordene a verificar previamente a su implementación, el alcance de dichas obligaciones a través de los mecanismos procesales previstos en la normativa vigente, más aún cuando ello servirá para que los órganos encargados de su ejecución, evalúen su efectivo cumplimiento.

XI. ANÁLISIS DE LA INFRACCIÓN IMPUTADA

Conforme se expuso precedentemente, de acuerdo al Principio de Presunción de Licitud previsto en el numeral 9) del artículo 230° de la LPAG, la Autoridad Administrativa debe presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario, en consecuencia, como una derivación del deber de oficialidad que rige en el procedimiento administrativo, le corresponde a la Autoridad la carga de la prueba de los elementos de hecho integrantes del tipo de la infracción administrativa y la consecuente acreditación de forma razonada que la conducta constitutiva de infracción es atribuible al sujeto infractor a título de dolo o culpa, a efectos de destruir la citada presunción. No obstante, ello no ocurrirá en los casos en los que su ejercicio no resulte

materialmente posible de ejecutar a esta última, por corresponder a actuaciones materiales que únicamente el administrado se encontraría en capacidad de realizar como es el caso de la acreditación de la diligencia debida, de los elementos cognoscitivos o volitivos que determinen la falta de voluntariedad del infractor o de los hechos impeditivos o extintivos que lo exoneren de responsabilidad⁴².

En relación a lo expuesto, este CCO considera que durante el desarrollo del presente procedimiento sancionador se ha podido identificar la existencia de dos momentos diferenciados: i) la constatación de los hechos sustantivo o materiales que corresponden a una obligación infringida por parte de TELEFÓNICA; y, ii) la atribución de reprochabilidad o responsabilidad a esta empresa por la realización de tales hechos.

De tal forma, en lo que se refiere al presente procedimiento, se ha cumplido con acreditar los hechos que sirven de sustento a la infracción imputada consistente en el incumplimiento de los dos extremos de la medida correctiva impuesta por este CCO, conducta que resulta atribuible a la empresa TELEFÓNICA, por tanto, corresponde a la mencionada empresa, la carga de la prueba respecto de la acreditación de la diligencia debida, la alegación respecto de posibles causas excluyentes o liberatorias de responsabilidad, entre otros aspectos adicionales, que puedan desvirtuar la imputación de responsabilidad por los hechos que son objeto del presente procedimiento o que, en todo caso permitan al CCO, graduar el monto de la sanción a ser impuesta, de ser éste el caso.

En virtud de las consideraciones previamente expuestas, corresponde a este CCO analizar la supuesta comisión de la infracción prevista en el artículo 25° del RFIS, por el incumplimiento de la medida correctiva impuesta con ocasión de la tramitación de un procedimiento de solución de controversias, analizando para ello, los descargos presentados por TELEFÓNICA respecto a la imputación de cargos formulada por la STCCO, así como los comentarios y alegatos aducidos contra el Informe Instructivo.

11.1 Sobre la medida correctiva ordenada por este CCO con ocasión de la tramitación del procedimiento principal

De forma preliminar, resulta necesario que este CCO se refiera al contenido y alcance de las obligaciones impuestas a TELEFÓNICA a través de la medida correctiva ordenada en el marco de la controversia principal tramitada en su contra, dado que ello permitirá establecer el marco general que servirá para evaluar las actividades desarrolladas por la referida empresa operadora para dar cumplimiento a lo ordenado por este Colegiado, facilitando la labor al momento de analizar sus argumentos de defensa.

En principio, es preciso mencionar que la finalidad de las medidas correctivas, es precisamente el evitar que la infracción se siga cometiendo y la de reponer la situación al estado anterior a la comisión de la infracción; razón por la cual si bien es un acto administrativo de gravamen, no tiene una finalidad represiva. Es así que, el artículo

⁴² Doctrinariamente se ha reconocido que corresponde al presunto infractor desvirtuar la alegación de culpabilidad argüida por la Administración, demostrando que su actuación se ha debido a un hecho no imputable a aquel: *"No puede seriamente pretenderse que sea la Administración pública la que proceda en todos y cada uno de los expedientes sancionadores abiertos a acreditar cualquiera de las potenciales causas de exclusión de la antijuridicidad que existen en el ordenamiento jurídico, pues se trataría de una auténtica probatio diabólica que excluiría la posibilidad misma de sancionar, toda vez que la Administración debería acreditar hechos negativos"*. GOMEZ TOMILLO, Manuel e Iñigo Sanz. Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Thomson- Aranzadi, Pamplona. 2010. PP. 456-457.

232.1 de la LPAG contempla la aplicación de éstas en lo que respecta a la determinación de la responsabilidad, señalando lo siguiente:

“Artículo 232.- Determinación de la responsabilidad

232.1 Las sanciones administrativas que se impongan al administrado son compatibles con la exigencia de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado anterior, así como con la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, los que serán determinados en el proceso judicial correspondiente”.

En atención a ello, los Cuerpos Colegiados del OSIPTEL se encuentran facultados a aplicar las medidas correctivas en las materias que son de su competencia, entre ellas, las infracciones a las normas sobre libre competencia⁴³, a fin de poder revertir los efectos derivados de las conductas ilícitas detectadas en los procedimientos sometidos bajo su cargo.

En tal sentido, es preciso recordar que la Resolución del TSC del OSIPTEL N° 004-2013-TSC/OSIPTEL, que confirmó la medida correctiva impuesta a TELEFÓNICA por este CCO a través de la Resolución N° 017-2012-CCO/OSIPTEL en el marco de la tramitación del expediente N° 005-2011-CCO-ST/LC, dispuso lo siguiente:

“(...) imponer a TELEFONICA como medida correctiva que oferte en el mercado minorista el servicio de Internet fijo vía ADSL “solo”, de forma independiente a la contratación de su servicio de telefonía fija, evitando cualquier conducta que tenga efectos equivalentes a la atadura de los servicios. Dicha medida deberá hacerse efectiva dentro del plazo de siete (7) meses contados a partir del día siguiente de notificada la presente resolución, para lo cual deberá informar a sus abonados y/o usuarios respecto de la posibilidad de mantener y/o adquirir su servicio de Internet sin necesidad de contar necesariamente con su servicio de telefonía fija”.

Es así que, la medida correctiva impuesta por este CCO y posteriormente confirmada por el TSC, ordenó que TELEFÓNICA debía desarrollar las acciones que fueran necesarias a efectos de cumplir con dos obligaciones principales; i) que TELEFÓNICA cese el abuso de posición de dominio, consistente en ofrecer en el mercado minorista la venta del servicio de “Internet ADSL solo”, evitando cualquier conducta que tenga efectos equivalentes a la atadura de los servicios, y; ii) que TELEFÓNICA informe a sus abonados y/o usuarios respecto de la posibilidad de mantener y/o adquirir su servicio de Internet sin necesidad de contar necesariamente con su servicio de telefonía fija.

Al respecto, resulta preciso indicar que, durante la tramitación del procedimiento principal, este CCO mediante Resolución N° 017-2012-CCO/OSIPTEL, determinó que

⁴³ **Decreto Supremo 013-93-TCC. Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones:**

“Artículo 69.- Se encuentran prohibidas las prácticas empresariales restrictivas de la leal competencia, entendiéndose por tales los acuerdos, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia. Estas prácticas dan lugar a la adopción de medidas correctivas por parte del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, de cumplimiento obligatorio por las empresas infractoras”.

“Artículo 77°.- El Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, es un organismo público dependiente directamente del Presidente de la República, con autonomía administrativa, económica, financiera, cuyas funciones fundamentales son las siguientes: (...) 9. Adoptar las medidas correctivas sobre las materias que son de su competencia o que le han sido delegadas”. (énfasis agregado).

correspondía imponer a la referida empresa como medida correctiva que: *“oferte el servicio de Internet ADSL solo, de forma independiente a la contratación de su servicio de telefonía fija, es decir, sin condicionarlo al mantenimiento o contratación de un servicio de esta misma empresa. Resulta preciso indicar que TELEFÓNICA tampoco podría aprovechar su posición de dominio en el servicio de Internet para que, por ejemplo, a través de su estructura de precios y/o a través de otra tecnología, realice una práctica con efectos similares al de una venta atada”.*

De otro lado, en la mencionada Resolución, este CCO determinó que TELEFÓNICA *“debía informar a sus abonados y/o usuarios respecto de la posibilidad de mantener y/o adquirir su servicio de Internet sin necesidad de contar necesariamente con el servicio de telefonía fija de esta misma empresa. Esta obligación deberá hacerse efectiva cada vez que TELEFÓNICA difunda –ya sea por medio impreso, digital, radial, televisivo u otro análogo- su oferta del servicio de Internet ADSL”.*

Posteriormente, con motivo del recurso de apelación interpuesto por TELEFÓNICA en el marco del procedimiento principal, el TSC coincidió con la Resolución N° 017-2012-CCO/OSIPTEL en que correspondía imponer a dicha empresa la mencionada medida correctiva en los términos descritos por este CCO, modificando únicamente el extremo referido al plazo de ejecución de la misma, de tres (03) a siete (07) meses.

Asimismo, es preciso recordar que, con motivo de su recurso de apelación en el procedimiento principal, TELEFÓNICA argumentó que el primer extremo de la medida correctiva derivaría en realidad en una sanción por precios predatorios que no habían sido investigados en el marco de un proceso regular de abuso de posición de dominio y que, lo que pareciera estarse generando es una regulación de precios indirecta, obviando los mecanismos para ello.

En respuesta a dichos argumentos, el TSC en el fundamento 581 de la Resolución N° 004-2013-TSC/OSIPTEL le indicó a TELEFÓNICA que *“el objetivo de incluir la precisión de que TELEFÓNICA tampoco podría aprovechar su posición de dominio en el servicio de Internet para que realice una práctica con efectos similares al de una venta atada, era el evitar que la conducta infractora pueda incurrir en prácticas elusivas de la medida correctiva que había sido dada por el Cuerpo Colegiado, en consecuencia, dicha precisión no apunta a establecer un control de precios, sino a garantizar que, en estricto cumplimiento del principio de legalidad y en atención al interés público que se encuentra en juego, TELEFÓNICA efectivamente cumpla con la medida correctiva”.* (Énfasis agregado).

Las precisiones anteriormente descritas, resultan relevantes ya que, durante el curso del presente procedimiento sancionador, TELEFÓNICA argumentó que la STCCO no efectuó ningún análisis ni interpretación de la medida correctiva o de sus alcances, pese a su contenido genérico, limitándose a señalar que resultaba claro e incuestionable que el primer extremo de la medida correctiva implica que todas las velocidades de Internet ofrecidas por TELEFÓNICA debían ser brindadas también en su versión “Naked”, y que,

respecto al segundo extremo, TELEFÓNICA tenía la obligación de informar sobre la existencia de las ofertas “Naked” en todas y cada una de las comunicaciones que efectúe en el futuro, sin establecer un límite temporal claro.

Ahora bien, conforme fue indicado por la STCCO en el Informe Instructivo, los Órganos competentes para el ejercicio de la función de solución de controversias entre empresas, son en primera instancia los Cuerpos Colegiados del OSIPTEL, y en segunda instancia el TSC, con lo que queda agotada la vía administrativa.

Es así que, para el caso de los procedimientos sometidos bajo su cargo, dichos Órganos deben pronunciarse sobre; la admisión o trámite de la demanda o inicio del procedimiento de oficio; otorgamiento, denegatoria y modificación de medidas cautelares; la emisión de la Resolución Final; emisión de Resoluciones No Finales; la concesión o denegación de recursos impugnativos; los pedidos de aclaración que formulen las partes, entre otros aspectos que puedan suscitarse durante la tramitación de un procedimiento de solución de controversias que involucra o no involucra la comisión de una infracción.

Además de ello, contribuyen a la función de solución de controversias las Secretarías Técnicas Adjuntas a la primera y segunda instancia, las cuales son órganos de apoyo a los Cuerpos Colegiados y al TSC, órganos de enlace en la estructura orgánica de OSIPTEL y órgano instructor en los procedimientos que involucran la comisión de una infracción y procedimientos sancionadores, aparte de ser un órgano permanente.

En virtud de ello, la STCCO, en su calidad de Órgano Instructor no se encuentra facultada a realizar ningún tipo de esclarecimiento o interpretación de las medidas correctivas impuestas por el CCO o el TSC, dado que dicha función corresponde en estricto, a los Órganos que ordenan las obligaciones contenidas en tales medidas, al ser los encargados de resolver las controversias en primera y segunda instancia administrativa, respectivamente.

Por tanto, de los acontecimientos descritos previamente, se advierte que TELEFÓNICA tuvo conocimiento de los alcances de la medida correctiva impuesta durante la tramitación del procedimiento de oficio seguido en su contra, tanto en primera como en segunda instancia, y que, incluso argumentos similares a los expuestos en su escrito de descargos y a los comentarios al Informe Instructivo, correspondientes al presente procedimiento sancionador, fueron desvirtuados por las instancias de solución de controversias inclusive durante la tramitación del procedimiento principal, por lo que, de haber presentado cualquier duda respecto a los alcances de la medida correctiva ordenada, la empresa operadora se encontraba facultada a dirigir un pedido de aclaración a las instancias de solución de controversias, antes del vencimiento del plazo de ejecución de la medida correctiva, solicitando el esclarecimiento de cualquier concepto que, a su criterio, fuese oscuro o dudoso de la parte decisoria de la resolución del CCO o del TSC.

Ahora bien, resulta conveniente detenernos en el contenido de las dos obligaciones impuestas por este CCO con motivo de la tramitación del procedimiento principal, a efectos de determinar con posterioridad, la acreditación del cumplimiento de dicho mandato por parte de la mencionada empresa operadora.

Respecto al primer extremo de la medida correctiva, es necesario indicar que ésta se refería en términos generales a que TELEFÓNICA debía ofrecer y permitir la contratación de forma individual del servicio de acceso a Internet, sin especificar que esta medida debía ejecutarse solo en ciertos segmentos del mercado, esto es, quedo establecido desde un principio que la medida correctiva no permitía mayor discusión en relación a si algunas velocidades podrían venderse de manera atada al servicio telefónico, toda vez que se encontraba dirigida a que TELEFÓNICA “desate” los servicio de Internet ADSL y el de telefonía fija.

Sin embargo, de la lectura de los argumentos de defensa planteados por TELEFÓNICA se desprende una interpretación en contrario, en el sentido que la empresa entendía que se encontraba obligada a “*ofrecer Internet “Naked”*” cuando menos respecto de todas aquellas velocidades que garantizaran, según sus criterios, “*revertir los efectos anticompetitivos de la práctica*”.

Sobre el particular, corresponde señalar que esta interpretación no solo resulta contraria a lo dispuesto por este CCO y posteriormente por el TSC en su resolución N° 004-2013-TSC/OSIPTEL, sino que incluso una interpretación en este sentido no resulta sostenible, tomando en consideración los alcances en la ejecución de las medidas correctivas impuestas en el marco de los procedimientos en materia libre competencia⁴⁴.

En efecto, conforme fue indicado de manera previa, el objeto de las medidas correctivas en el marco de un procedimiento en materia de libre competencia es revertir los daños producidos por la práctica anticompetitiva detectada, por lo que su ejecución debe ser total y no limitarse sólo hasta donde la empresa infractora considere que ya no se producirían efectos.

Asimismo, debe señalarse que, en general las medidas correctivas se aplican de manera tal que cese la conducta anticompetitiva sancionada, siendo que el cese de la conducta anticompetitiva debe ser total y no parcial, toda vez que, ejecutar una medida correctiva de la forma que pretende TELEFÓNICA resultaría irracional en la medida que los costos de su supervisión serían muy elevados, pues la agencia de competencia que dicta la medida correctiva, tendría que monitorear constantemente que aquellas velocidades que no se han desatado representen siempre un porcentaje pequeño del mercado. Así, debido a la dinámica con la cual se mueven las velocidades del servicio de acceso a internet, la supervisión de la ejecución de la medida correctiva en los

⁴⁴ En el caso Voissnet, el Tribunal de Defensa de la Competencia de Chile ordenó a la Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. mantener una oferta de banda ancha desnuda o *naked*, sin hacer distinción alguna en función a velocidades (Sentencia N° 97/2010).

términos planteados por TELEFÓNICA demandaría muchos esfuerzos y sería muy costosa, tanto para la administración pública como para la propia empresa.

Asimismo, TELEFÓNICA tampoco ha demostrado que la implementación de la medida correctiva en todas las velocidades resulta más costosa que el cumplimiento de la misma en forma parcial, tal como la ha implementado. Ello probablemente debido a que en efecto la implementación de la medida correctiva en todas las velocidades no debe generar costos adicionales a la implementación parcial que ha realizado. Dicha situación es fácil de entender al observar todas las medidas que tomó TELEFÓNICA para la implementación de la medida correctiva: adecuación de sistemas, banner en página web, supuesta capacitación a fuerza de ventas, mensaje en los recibos del servicio, publicación de ofertas en el SIRT, etc.; ya que ninguna de estas medidas hubiera presentado costos de implementación más elevados si en lugar de desatar algunas velocidades se hubieran desatado todas.

Si bien una medida correctiva busca que el abuso de posición de dominio cese, esto no significa que la empresa sancionada deba ser quien determina hasta qué punto sus acciones dejan de ser dañinas para la competencia. En ese sentido, TELEFÓNICA no tiene la facultad de decidir si al desatar solo algunas velocidades, deja de generar efectos sobre el mercado. Ante esto cabe preguntarse ¿bajo qué criterios TELEFÓNICA determinó cuál era porcentaje mínimo necesario para no lesionar el proceso competitivo?, Por qué fue el 86% y no 88%, o el 90%, o por qué no era suficiente con el 60%. Asimismo, debe preguntarse qué hacía suponer a TELEFÓNICA que dichos porcentajes se iban a mantener en el futuro. Es decir, por qué no pensar que ese 14% de conexiones no desatadas podía convertirse en el 50%, o en el 80% del total de conexiones, como resultado de los cambios en las necesidades de conexión de los consumidores. Nada de esto ha sido mencionado por TELEFÓNICA. Sin duda, una interpretación de la medida correctiva tal como TELEFÓNICA ha pretendido imponer no resulta razonable. En ese sentido, debe tenerse en cuenta que de acuerdo al Principio de Razonabilidad, cuando se establece una medida correctiva ésta debe estar justificada en el hecho de que los beneficios sobre el proceso competitivo sean superiores al costo de implementación y supervisión.⁴⁵

Por tanto, si TELEFÓNICA hubiera desatado todas las velocidades de acceso a internet por ADSL, no se hubieran incrementado los costos de implementación y supervisión de la medida correctiva y se habrían incrementado los beneficios para los consumidores y el proceso competitivo; mientras que, por el contrario, una aplicación de la medida correctiva tal como la pretende hacer TELEFÓNICA, sí incrementa dichos costos y reduce los beneficios para los consumidores y la competencia.

De otro lado, debe señalarse que el plazo otorgado por el TSC para la implementación de la medida correctiva ha sido razonable. Así, en el plazo de siete (07) meses que se

⁴⁵ Las medidas correctivas y la defensa de la Competencia: La experiencia peruana. ENRIQUE A. PALACIOS PAREJA Y MIGUEL ANGEL LUQUE OYARCE

le otorgó a TELEFÓNICA, ésta pudo implementar la medida correctiva en todas las velocidades, y no solo limitarse a algunas. Si TELEFÓNICA hubiera tenido la voluntad de cumplir con la medida correctiva en su totalidad, tal como lo ha señalado, no se hubiera tardado más de 07 meses en hacerlo (plazo de cumplimiento otorgado por el TSC). De hecho, apenas unos días después de que el TSC confirmara la resolución del CCO ya se habían observado las primeras ofertas con tarifas establecidas para el servicio de acceso a internet sin vinculación a la telefonía fija de TELEFÓNICA, lo cual evidencia que la empresa estaba en capacidad de implementar la medida correctiva en todas las velocidades de forma inmediata.

Asimismo, otro argumento de defensa que emplea TELEFÓNICA para justificar el no haber implementado todas las velocidades de su servicio de acceso a Internet en la modalidad “Naked” se basa en el análisis realizado por el TSC, respecto a la sustituibilidad del acceso a Internet fijo versus el acceso a Internet móvil. Al respecto, TELEFÓNICA argumenta que en dicho análisis de sustitución, el TSC no evaluó todas las velocidades de Internet ofrecidas por la empresa operadora, limitándose a analizar únicamente aquellas que resultaban las más importantes en función a la cantidad de usuarios vinculados. Así, TELEFÓNICA indica que dado que el TSC solo analizó las velocidades de 0.5 Mbps, 1 Mbps, y 2 Mbps, para determinar la sustituibilidad del acceso a Internet fijo con respecto al Internet móvil, dicho Órgano *“fijó la lista de velocidades respecto de las cuales, por su importancia en relación al porcentaje total de usuarios vinculados, podía generarse un efecto excluyente como consecuencia de la atadura”*. Por tanto, TELEFÓNICA señala que *“si el tribunal consideró que su análisis del periodo investigado debía concentrarse en dichas velocidades es porque el efecto excluyente se representaría solo cuando las velocidades bajo análisis representaban un importante porcentaje de usuarios”*.

Sobre este punto, debe señalarse que si bien en el análisis de sustitución del acceso a Internet fijo con respecto al Internet móvil realizado por el TSC consideró solo las velocidades de acceso a Internet de 0.5 Mbps, 1 Mbps y 2 Mbps, señalando que estas representan el 86.5% de las conexiones a Internet, eso no quiere decir que se haya declarado que solo esa parte del mercado era la afectada, y que por lo tanto la medida correctiva aplicaba solo a ésta. Por el contrario, el análisis de sustitución se hizo únicamente con respecto a esas velocidades porque, a criterio del propio TSC, bastaba con realizar la evaluación solo con las velocidades representativas para descartar que el acceso a Internet móvil era sustituto del acceso a Internet por DSL. Asimismo, cabe recordarle a TELEFÓNICA que ni el TSC ni este CCO señalaron, en algún momento de la tramitación de la controversia principal, que la medida correctiva debía ceñirse únicamente a las velocidades consideradas para el análisis de sustitución entre el acceso a Internet fijo y acceso móvil y/o que estas se tomaron para dicho análisis porque los efectos anticompetitivos se presentaban solo con respecto a estas velocidades.

Con los argumentos anteriormente expuestos, TELEFÓNICA parece desconocer que, en el análisis de este CCO como del TSC, se estableció que el mercado relevante, en

el cual se determinaría la posición de dominio, estaba conformado por todo el mercado de acceso a Internet fijo, diferenciándose únicamente porque para el CCO el acceso a Internet por Cable Modem sí formaba parte del mercado relevante, mientras que para el TSC dicha tecnología no debía formar parte del mismo. Así, este CCO definió el mercado relevante de la siguiente manera⁴⁶:

“... el mercado relevante aplicable a la presente controversia es el de provisión del servicio de Internet por ADSL y cable módem a usuarios finales, tanto residenciales como comerciales, en los 380 distritos a nivel nacional en los que existe cobertura de este servicio.”

Mientras que el TSC definió el mercado relevante como sigue⁴⁷:

“... este Tribunal considera que el mercado relevante a ser analizado se encuentra compuesto por:

- (i) El segmento de acceso a Internet fijo vía ADSL en la región Lima y la Provincia Constitucional del Callao y*
- (ii) El segmento de acceso a Internet fijo vía ADSL en el resto de regiones del país.”*

Conforme se advierte de lo anteriormente expuesto, ni este CCO ni el TSC dividieron el mercado relevante según velocidades, ni mucho menos delimitaron al mercado relevante en base a un grupo determinado de conexiones de acceso a Internet elegido en base a las velocidades. Por el contrario, tanto este CCO como el TSC señalaron que TELEFÓNICA tiene posición de dominio en el mercado relevante, sin hacer ninguna distinción respecto a velocidades en particular o algún porcentaje de conexiones de acuerdo a las velocidades ofertadas.

Es así que, en el procedimiento principal, este CCO indicó lo siguiente⁴⁸:

“... TELEFÓNICA cuenta con posición de dominio en el mercado relevante, debido al nivel de participación de mercado que ostenta en el mercado relevante y al nivel de concentración que exhibe este mercado; así como por la presencia de importantes barreras a la entrada. Por lo que, es posible afirmar que esta empresa tendría la posibilidad de afectar las condiciones de la oferta o demanda en el mercado relevante, sin que competidores, proveedores o clientes tengan un poder de negociación que permita enfrentar y disciplinar a la empresa investigada.”

En la misma línea interpretativa, el TSC, señaló lo siguiente⁴⁹:

“...este Tribunal considera que TELEFÓNICA cuenta con posición de dominio en el mercado relevante debido al nivel de participación que ostenta en dicho mercado relevante y al nivel de concentración que el mismo exhibe; así como por la presencia de importantes barreras a la entrada -estructurales, legales y estratégicas- de nuevos competidores, así como para el desarrollo de los operadores alternativos existentes.

(...)

⁴⁶ Al respecto, remitirse el numeral 6.2.1.4 de la Resolución del CCO N° 017-2012-CCO/OSIPTEL del 20 de julio de 2012, recaída bajo el Expediente N° 005-2011-CCO-ST/LC-Cuaderno Principal.

⁴⁷ Al respecto, revisar el Fundamento 371 de la Resolución del TSC N° 004-2013-TSC/OSIPTEL del 31 de enero de 2013, recaída bajo el Expediente N° 005-2011-CCO-ST/LC-Cuaderno Principal.

⁴⁸ Sobre el particular, revisar el numeral 6.2.2.3 de la Resolución del CCO N° 017-2012-CCO/OSIPTEL del 20 de julio de 2012, recaída bajo el Expediente N° 005-2011-CCO-ST/LC-Cuaderno Principal.

⁴⁹ Sobre el particular, revisar el Fundamento 406 y siguientes de la Resolución del TSC N° 004-2013-TSC/OSIPTEL del 31 de enero de 2013, recaída bajo el Expediente N° 005-2011-CCO-ST/LC-Cuaderno Principal.

En consecuencia, es claro que TELEFÓNICA tiene la posibilidad de afectar las condiciones de la oferta o demanda en el mercado relevante, sin que competidores, proveedores o clientes tengan un poder de negociación que permita enfrentarla y disciplinarla.”

Es así que, en el procedimiento principal quedó plenamente establecido que las instancias de solución de controversias del OSIPTEL determinaron que TELEFÓNICA tenía posición de dominio en el mercado relevante en su totalidad, el cual no estaba diferenciado según velocidades, de esta manera, resultaba evidente que a través de la medida correctiva se pretendía que TELEFÓNICA deje de abusar de su posición dominante en todo el mercado relevante definido, y no solo en una parte del mismo.

De otro lado, un aspecto que merece ser especialmente mencionado es que, con motivo de la impugnación de la Resolución N° 004-2013-TSC/OSIPTEL en sede judicial, TELEFÓNICA insistió en el mismo argumento desarrollado en sede administrativa, según el cual, para acreditar el efecto excluyente de la conducta, la Autoridad no deberá probar necesariamente la expulsión efectiva del competidor, sino que su exclusión sea *“relevante en términos de competencia”*.

Tal como fuere indicado por el TSC, en dicha oportunidad, el OSIPTEL contestó la apelación de TELEFÓNICA⁵⁰ indicándole que; *“no existe una disposición normativa en materia de libre competencia que establezca una cuantificación mínima del daño (es decir, una regla de minimis) por debajo de la cual se eximiría de responsabilidad a una empresa cuya conducta haya generado o pueda generar efectos anticompetitivos en el mercado. Por ello, los actos de abuso de posición de dominio, como las ventas atadas en el sector de telecomunicaciones, deben ser analizados caso por caso, evaluando las particularidades del mercado afectado (como el alto nivel de concentración e integración vertical) y considerando factores no solo estáticos o de estructura, sino también dinámicos”*.

En ese extremo, se le indicó expresamente que, el adoptar una regla de *minimis* en mercados altamente concentrados, en los que existen pocos competidores, podría llevar a descartar la aplicación de las normas de libre competencia en dichos mercados, dejando impunes prácticas anticompetitivas. Asimismo, se le reiteró que: *“el efecto excluyente se acredita no sólo con la comprobación de la expulsión efectiva de competidores, sino con la afectación del proceso competitivo o la eliminación o reducción de la eficiencia económica, lo cual se configura a través de la limitación de actividades o del crecimiento de los competidores”*⁵¹.

La referencia a este argumento de defensa desarrollado por TELEFÓNICA en sede judicial, **es importante toda vez que demuestra que, no solo en sede administrativa, sino que incluso desde el inicio del proceso contencioso administrativo, la empresa tuvo perfecto conocimiento, en todo momento, que la postura asumida para la ejecución de la medida correctiva, era contraria a la adoptada por el OSIPTEL, sin embargo, pese a ello, optó por asumir el riesgo y mantenerla al momento de ejecutar sus obligaciones.**

Finalmente, cabe indicar que la Resolución del TSC N° 004-2013-TSC/OSIPTEL recaída bajo el expediente N° 005-2011-CCO-ST/LC, que analizó todos estos factores

⁵⁰ Cabe mencionar que la contestación de la apelación a la Resolución N° 004-2013-TSC/OSIPTEL ante el Poder Judicial, fue presentada en el mes de junio de 2013, esto es, antes del vencimiento del plazo de ejecución de la medida correctiva.

⁵¹ Al respecto, revisar Resoluciones N° 0611-2013/SDC-INDECOPI, 1348-2010/SC1-INDECOPI, 1351-2011/SC1-INDECOPI, 0708-2011/SC1-INDECOPI.

en el procedimiento iniciado de oficio contra Telefónica del Perú por la venta atada del servicio de Internet fijo vía ADSL junto con el servicio de telefonía fija, fue confirmada en todos sus extremos, mediante Resolución N° 08 del 30 de enero de 2014 por el Octavo Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima.

Por tanto, este CCO no encuentra sustento en los argumentos expuestos por TELEFÓNICA, ya que una interpretación en ese sentido resulta contraria al análisis realizado por las instancias de solución de controversias en sus respectivos pronunciamientos, e incluso lo previamente expuesto, sirve para acreditar fehacientemente que, la empresa operadora tuvo conocimiento desde la tramitación del procedimiento principal en sede administrativa e incluso durante la tramitación del proceso contencioso administrativo en primera instancia judicial, pues recordemos que la contestación del OSIPTEL se efectuó al mes de junio de 2013 –etapa previa al vencimiento del plazo de cumplimiento de la medida correctiva- de la postura asumida por este Organismo Regulador respecto de los alcances del artículo tercero de la Resolución N° 004-2013-TSC/OSIPTEL.

Asimismo, cabe indicar que, desde febrero del 2013 -fecha en la que TELEFÓNICA fue debidamente notificada con la Resolución Final del TSC- hasta setiembre de 2013 -vencimiento del plazo otorgado para cumplir con la medida correctiva- la empresa nunca manifestó tener dudas respecto a los alcances del pronunciamiento emitido por el TSC, ni presentó un pedido de aclaración, por el contrario, se limitó a informar el supuesto cumplimiento de la medida correctiva sobre la base de una interpretación que sabía de antemano, era contraria a la postura adoptada por el OSIPTEL, requiriendo de manera reiterativa que la STCCO le conceda reuniones, a fin de “coordinar” el supuesto cumplimiento de la misma, lo cual como ya se indicó, escapaba del ámbito de las funciones conferidas a este Órgano Instructor.

Asimismo, TELEFÓNICA indica que, si se optase por una interpretación amplia y no literal de la medida correctiva -en el sentido que ésta ordena la apertura de las velocidades donde no se produce efecto excluyente-, la empresa verá limitados sus derechos a la libre iniciativa privada y libertad de empresa por lo que, debería seguirse una interpretación menos restrictiva de derechos, conforme al *Principio Pro Homine*. De otro lado, en el supuesto negado que el CCO optase por considerar que el desempaquetamiento debería alcanzar a toda la planta de servicios de Internet ADSL, operaría una causal de exención de responsabilidad ya que existiría duda razonable sobre la aplicación e interpretación de una norma, debiendo aplicarse el principio constitucional *“In dubio pro reo”*.

En relación a la primera obligación contenida en el primer extremo de la medida correctiva, este CCO concluye que no resulta válido que un administrado sancionado en un procedimiento de solución de controversias interprete libremente los pronunciamientos de los Cuerpos Colegiados y TSC, respectivamente, más aún cuando existen vías legales idóneas que permiten al administrado esclarecer cualquier concepto oscuro o dudoso, que a su criterio, podría presentarse en una Resolución Final de un Órgano Resolutivo, debiendo para ello, presentar una solicitud de aclaración dirigida al órgano que emitió el acto administrativo cuestionado, conforme lo dispuesto en el artículo 406° del CPC, conforme ha hecho TELEFÓNICA en anteriores oportunidades.

Sin embargo, tal como argumenta TELEFÓNICA en sus comentarios al Informe Instructivo, ésta partió de una interpretación que de antemano sabía era contraria a la adoptada por el OSIPTEL, ya que, desde la tramitación del procedimiento principal en sede administrativa, e incluso ante el Poder Judicial, se le habían manifestado los alcances de la interpretación del artículo tercero de la Resolución N° 004-2013-TSC/OSIPTEL y la empresa habría demostrado tener pleno conocimiento de lo actuado al punto contradecir los argumentos del TSC, sin obtener una respuesta favorable por parte del Órgano Judicial.

Ahora bien, conforme la Resolución del CCO N° 017-2012-CCO/OSIPTEL, el primer extremo de la medida correctiva implica una obligación adicional consistente en no realizar conductas con efectos equivalentes a la venta atada, por ejemplo a través de su estructura de precios y/o a través de otra tecnología.

Al respecto, de acuerdo a lo indicado por TELEFÓNICA, el análisis al cual es sometida la estructura de precios para tratar de explicar una supuesta atadura en los hechos, en realidad estaría analizando una conducta explotativa que pretendería esconder una regulación indirecta de precios para imponer a TELEFÓNICA el precio al cual debería de comercializar su servicio de Internet “Naked”, aspecto que escapa del ámbito de las normas de libre competencia y no fue materia de investigación durante el procedimiento principal.

En los párrafos previos, se ha indicado que, tanto este CCO como el TSC se pronunciaron respecto de este mismo argumento durante la tramitación del procedimiento principal, descartándolo al señalar que dicha precisión tenía como objeto evitar conductas elusivas del cumplimiento de la medida correctiva impuesta a TELEFÓNICA y se encontraba enmarcada en el principio de legalidad.

Cabe recordar que, en respuesta a la solicitud de reunión contenida en la carta GGR-127-A-030-13 del 09 de julio de 2013 cursada por TELEFÓNICA, la Secretaría Técnica le respondió a través de la Carta C.018-ST/2013, recordándole que; la medida correctiva señalaba también que debía evitar cualquier conducta que tenga efectos equivalentes a los de la atadura sancionada, por ejemplo, a través de su estructura de precios y/o a través de otra tecnología.

Por tanto, TELEFÓNICA vuelve a desarrollar los mismos argumentos de fondo que fueron descartados en el marco del procedimiento principal en el cual se le impuso la medida correctiva, siendo que la empresa ejerció su derecho de defensa durante todo el procedimiento para rebatir los alcances de la medida correctiva, los mismos que fueron descartados de plano por el propio TSC.

Es así que, de la revisión de los comentarios al Informe Instructivo, se advierte que la empresa analiza el presente procedimiento, como si nos encontrásemos ante un procedimiento sancionador de represión de conductas anticompetitivas, sin embargo, **es preciso indicarle que, nos encontramos ante un procedimiento administrativo sancionador en el que el CCO evaluará la ejecución de la medida correctiva ordenada, en los términos impuestos en el procedimiento principal, por lo que en este estado, no cabe cuestionamiento alguna acerca de las obligaciones ordenadas.**

Sin perjuicio de ello, conforme lo indicado por la STCCO se estima dejar en claro a TELEFÓNICA que, a lo largo del presente procedimiento sancionador, no se ha señalado que las tarifas de los servicios de telefonía fija deban o no regularse o incluirse o no en el cálculo de las tarifas tope, por el contrario, lo que se ha señalado es que la tarifa de los paquetes de servicios y la tarifa del acceso a Internet “Naked”, en las distintas velocidades que comercialice TELEFÓNICA, no permiten que la competencia en el mercado de telefonía fija se logre de forma eficiente, aspecto por el cual, fue sancionada en el procedimiento principal.

Finalmente, cabe indicar que TELEFÓNICA no sustentó adecuadamente sus argumentos referidos al cuestionamiento sobre el segundo extremo de la medida correctiva; sin embargo, conforme lo indicado por la STCCO, parecería que la empresa aduciría un defecto de motivación en la Resolución N° 004-2013-TSC, ya que no se habría establecido un límite temporal claro en el cual estaría obligada a informar sobre la existencia de las ofertas “Naked” en todas y cada una de las comunicaciones que efectúe a sus usuarios.

Al respecto, es preciso indicarle a la empresa operadora que, parte de un razonamiento errado, toda vez que al lanzar el servicio de Internet ADSL “solo” al mercado, se encuentra obligada a brindar, previamente a la contratación y en cualquier momento que le sea solicitada, información clara, veraz detallada y precisa sobre las condiciones, requisitos y otros aspectos indicados en el artículo 6° del TUO de las Condiciones de Uso, por lo que, no resulta razonable que la medida correctiva fije un plazo a partir del cual, la empresa no se encuentre obligada a cumplir con el deber de información a los usuarios y/o abonados, de cara a la normativa regulatoria.

En virtud de las consideraciones previamente expuestas, este CCO considera que no corresponde atender los argumentos expuestos por TELEFÓNICA en relación a este extremo.

Por tanto, a efectos de evaluar el efectivo cumplimiento de la medida correctiva impuesta a TELEFÓNICA, corresponderá analizar las obligaciones impuestas por este CCO, teniendo en cuenta los siguientes aspectos:

- (i) TELEFÓNICA debe tener ofertas de acceso a “Internet ADSL solo” para todas las velocidades que comercializa vinculadas a su servicio de telefonía fija.
- (ii) TELEFÓNICA no debe realizar conductas con efectos equivalentes a la venta atada. Principalmente, TELEFÓNICA no debe imponer una estructura tarifaria que genere una atadura económica, al obligar, ya sea a través de las tarifas mensuales o del cargo de instalación, a la contratación del acceso a Internet vinculado a su servicio de telefonía fija.
- (iii) TELEFÓNICA debe informar a sus abonados y/o usuarios, previamente a la contratación del servicio y en cualquier momento en que le sea solicitado, respecto de la posibilidad de mantener y/o adquirir su servicio de Internet sin necesidad de contar necesariamente con el servicio de telefonía fija de esta misma empresa. Asimismo, la obligación de difusión de la disponibilidad del servicio de Internet ADSL “solo” se hará efectiva cada vez que TELEFÓNICA transmita esa información -a través de cualquiera de los canales que decida utilizar para tal efecto-, siempre que se cumpla con brindar la información

necesaria para que el usuario y/o abonado tome una decisión o realice una elección adecuadamente informado.

11.2 Sobre las acciones realizadas por TELEFÓNICA para dar cumplimiento al primer extremo de la medida correctiva

Es preciso indicar de manera preliminar que, conforme a lo dispuesto en la Resolución N° 017-2012-CCO/OSIPTEL del 20 de julio de 2012, este CCO se pronunció respecto de la existencia del efecto excluyente y la caída de la participación de TELEFÓNICA en el mercado de telefonía fija; y en particular, se tomó en consideración las justificaciones técnicas, legales y económicas presentadas por TELEFÓNICA, analizándolas y descartándolas una por una, en los términos exigidos por la LPAG, la doctrina y los precedentes constitucionales⁵².

Asimismo, conforme se indicó de manera previa, las instancias de solución de controversias ordenaron que la obligación impuesta en la medida correctiva, en lo que respecta a este primer extremo, se cumpla en todas las velocidades que ofrece la empresa operadora, toda vez que el objetivo de dicha disposición pretendía que TELEFÓNICA deje de abusar de su posición dominante en todo el mercado relevante previamente definido, y no sólo en una parte del mismo.

De otro lado, debe agregarse que, de acuerdo a la acción punitiva de la Administración, se considera que mientras que la Autoridad Administrativa debe probar los hechos que han de servir de soporte a la posible infracción, al imputado le incumbe acreditar los hechos que puedan resultar excluyentes de su responsabilidad, esto es; la determinación de responsabilidad como consecuencia de los actos u omisiones que constituyen la infracción, será verificada en el presente procedimiento sancionador, correspondiendo a TELEFÓNICA acreditar que tales incumplimientos se produjeron aún a pesar que actuó con la diligencia debida o, en todo caso, la existencia de algún eximente de responsabilidad (causa externa o justificable).

Por tanto, únicamente en la medida que TELEFÓNICA acredite razonablemente la existencia de algún eximente de responsabilidad, causa externa o justificación; técnica, económica o de otra índole, que imposibilite la comercialización del acceso a Internet ADSL “solo” en alguna de las velocidades ofrecidas en el mercado, correspondería a este CCO evaluar el sustento de dicha justificación, a efectos de determinar la exclusión de dicha velocidad de la obligación prevista en la medida correctiva ordenada.

⁵² Sobre el particular, revisar la sección c), “Justificaciones a la realización de la venta atada”, de punto 6.2.3.3 de la Resolución del CCO N° 017-2012-CCO/OSIPTEL del 20 de julio de 2012, recaída bajo el Expediente N° 005-2011-CCO-ST/LC-Cuaderno Principal.

11.2.1 Respetto a la obligación de brindar el servicio de Internet ADSL “solo” en todas las velocidades

Con motivo del recurso de apelación interpuesto por TELEFÓNICA contra la Resolución N° 017-2012-CCO/OSIPTEL, el TSC a través de la Resolución N° 004-2013-TSC/OSIPTEL de fecha 31 de enero de 2013, confirmó la medida correctiva impuesta por el CCO, estableciendo que el plazo para que la referida empresa operadora cumpla con la misma, sería de siete (07) meses, contados a partir del día siguiente de notificada la Resolución del TSC⁵³. Así, el plazo para que TELEFÓNICA ofrezca el servicio de Internet ADSL “solo” en todas las velocidades ofertadas en el mercado, venció el día 02 de setiembre de 2013, esto es, a partir del día 03 de setiembre de 2013, la referida empresa operadora debía haber cumplido con ejecutar este primer extremo de la medida correctiva.

Asimismo, es importante indicar que, días después de la fecha en que la Resolución del TSC le fuere notificada, el día 07 de febrero de 2013, esto es, antes del vencimiento del plazo otorgado por el TSC, la referida empresa operadora publicó en el SIRT las primeras tarifas para el acceso a Internet sin telefonía fija, aunque estas ofertas correspondían solo a tarifas establecidas.

Ahora bien, resulta necesario que este CCO efectúe algunas precisiones respecto a la oferta comercial de TELEFÓNICA. En principio, a partir de que la medida correctiva fue confirmada por el TSC, en la oferta comercial de TELEFÓNICA se encuentran hasta tres (03) modalidades de contratación para el servicio de acceso a Internet; i) las ofertas empaquetadas, conocidas como dúos y tríos en las cuales se pueden adquirir dos o tres servicios ofrecidos por TELEFÓNICA (telefonía fija, acceso a Internet y televisión de paga) por una tarifa que incluye un descuento respecto de la suma de tarifas individuales; ii) el acceso a Internet se puede adquirir vinculado o asociado al servicio telefónico, teniendo en cuenta que en esta forma de contratación no existe un descuento en las tarifas por la compra de ambos servicios, y finalmente; iii) el acceso a Internet de TELEFÓNICA se puede contratar también (aunque no en todas las velocidades como se verá más adelante) de forma individual, llamándosele Internet “solo”, “Naked”, no vinculado, o no asociado al servicio telefónico.

Posteriormente, conforme se expone en el siguiente cuadro, en un principio TELEFÓNICA solo publicó ofertas para el servicio de acceso a Internet ADSL “solo” en las velocidades de 1, 4 y 6 Mbps. Sin embargo, la empresa operadora no publicó tarifas promocionales para las conexiones a Internet sin telefonía fija, mientras que sí existían tarifas promocionales para las conexiones a Internet vinculadas al servicio de telefonía fija, y ofertas empaquetadas. Esto provocaba que contratar una conexión a Internet sin telefonía fija resultara excesivamente caro en comparación a la contratación de dicha conexión vinculada a una línea telefónica fija, principalmente a través de las tarifas promocionales de servicios empaquetados. Es necesario señalar, que a dicha fecha la oferta comercial de TELEFÓNICA en cuanto a velocidades era mucho más amplia; sin embargo, las velocidades 0.5, 2, 4 y 10 Mbps no tenían oferta tarifaria, ni establecida ni promocional, para su compra desvinculada del servicio de telefonía fija.

⁵³ La Resolución del TSC N° 004-2013-TSC/OSIPTEL fue emitida el 31 de enero de 2013 y posteriormente notificada a TELEFÓNICA el 01 de febrero de 2013.

Cuadro N°1: Primeras tarifas para el acceso a Internet “solo”

Código	Servicio ^(a)	Movistar Internet Básico		Cuota de instalación (S/. incluido IGV)	Cuota Mensual (S/. incluido IGV)	
		Velocidad de Transmisión	Velocidad Mínima Garantizada		Con servicio telefónico asociado	Sin servicio telefónico asociado
MIB-0	Movistar Internet Básico 1 Mbps	Red a Usuario hasta: 1024 kilobits/seg. (b)	Red a Usuario: 102.4 kilobits/seg.	197.33	115	125
		Usuario a red hasta: 128 kilobits/seg. (c)	Usuario a red: 12.8 kilobits/seg.			
MI-01	Movistar Internet 4 Mbps	Red a usuario hasta: 4000 kilobits/seg. (b) Usuario a red hasta: 512 kilobits/seg. (c)	Red a usuario 400 kilobits/seg. Usuario a red 51.2 kilobits/seg.	197.33	475	485
MI-02	Movistar Internet 6 Mbps	Red a usuario hasta: 6000 kilobits/seg. (b) Usuario a red hasta: 600 kilobits/seg. (c)	Red a usuario 600 kilobits/seg. Usuario a red 60.0 kilobits/seg.	197.33	715	725

Fuente: SIRT (TEINT201300007)

Elaboración: STCCO - OSIPTEL

Cabe indicar que, con motivo de las acciones de indagación efectuadas por la STCCO, se consideró conveniente dividir el período objeto de la presente investigación, en dos momentos en el tiempo: (i) el inmediatamente posterior al vencimiento de la medida correctiva, comprendido entre los meses de setiembre hasta diciembre del 2013 (en adelante, Primer Período) y; (ii) el período actual, computado a partir del mes de diciembre del 2014 (en adelante, Período Actual). Asimismo, la STCCO efectuó comparaciones referenciales con el período anterior al vencimiento del plazo de cumplimiento de la medida correctiva, que comprende los meses de febrero hasta setiembre del 2013, toda vez que dichos meses se encontraban enmarcados en el plazo otorgado por el TSC, para dar cumplimiento a la obligación ordenada.

Ahora bien, dentro del Primer Período, comprendido entre los meses de setiembre a diciembre del 2013, TELEFÓNICA modificó las velocidades de su parrilla; sin embargo, de la misma manera que en la etapa anterior a setiembre de 2013 (etapa previa al vencimiento del plazo de cumplimiento de la medida correctiva), no todas las velocidades eran comercializadas de forma individual. Así, tal como lo señaló la GPRC en su opinión contenida en la comunicación C.037-GPRC/2013, a noviembre del 2013, TELEFÓNICA brindaba el servicio de Internet ADSL “solo” en 4 velocidades (las velocidades 0.2, 1, 4 y 6 Mbps); mientras que las velocidades de 0.4, 0.5, 2, 3, 8, 10 y 15 Mbps no eran comercializadas sin estar vinculadas a un teléfono fijo.

Ahora bien, es importante señalar que las justificaciones de TELEFÓNICA para no comercializar algunas velocidades señalaban que éstas se dejarían de comercializar (sin especificar cuándo), que no representan una parte importante del total de clientes, o que se beneficiaban de una mayor velocidad promocional respecto de la cual existe un servicio “Naked” (esto respecto a los clientes que tenían contratada la velocidad de 0.5 Mbps pero que por promoción en algunos casos recibían la velocidad de 1 Mbps).

Al respecto, cabe resaltar que en el procedimiento principal este CCO analizó las supuestas justificaciones técnicas, económicas y legales de la venta atada realizada por TELEFÓNICA. Dicho análisis arrojó como resultado que no existía ningún tipo de justificación para que la contratación del servicio de acceso a internet por ADSL de TELEFÓNICA sea condicionada a la contratación del servicio de telefonía fija de dicha empresa. En ese sentido, esta conclusión fue general, y en ningún momento se señaló

que para alguna velocidad podría existir alguna justificación, rebatiéndose todos los argumentos presentados por TELEFÓNICA.

Sin embargo, tanto en las consultas hechas por la STCCO a la GPRC, como a la propia TELEFÓNICA, se indagó sobre la posibilidad de que existieran justificaciones, no consideradas antes por las instancias de solución de controversias, para que en alguna velocidad en particular se encuentre justificada la venta atada.

En cuanto a la respuesta de la GPRC, es claro que dicha gerencia no ha encontrado justificación alguna para que TELEFÓNICA continúe vendiendo sus servicios de forma atada, ni siquiera las justificaciones esbozadas por la propia empresa investigada. Precisamente, respecto a estas justificaciones, debe señalarse que todas ellas se basan en un supuesto cambio de la parrilla de las velocidades del servicio de acceso a internet por ADSL que ofrece TELEFÓNICA, ya que según esta, las velocidades que no desató iban a ser retiradas del mercado y/o representaban un porcentaje muy bajo de la planta de abonados de TELEFÓNICA.

Así por ejemplo, la primera justificación que TELEFÓNICA alega es que la oferta comercial que empezó a ofrecer en setiembre de 2013 responde a las necesidades y preferencias de los usuarios. No obstante, no especifica cuáles, a su entender, serían las necesidades y preferencias de los usuarios que justifique que sólo se ofrezcan de manera individual las velocidades 0.2 Mbps, 1 Mbps, 4 Mbps y 6 Mbps, y no el resto de velocidades de su parrilla, con lo cual se presume que TELEFÓNICA entiende por preferencias al porcentaje de usuarios que habían contratado dicha velocidad. Es decir, si los usuarios revelan sus preferencias con respecto a algunas velocidades por sobre otras, esto no indicaría que respecto al resto de velocidades los usuarios prefieran obtener el servicio de internet por ADSL conjuntamente con el servicio de telefonía fija, y mucho menos que para que puedan obtener el servicio de internet sea necesaria la adquisición del servicio telefónico.

Por tanto, los argumentos señalados por TELEFÓNICA no pudieron justificar el hecho que algunas velocidades no se comercialicen sin estar vinculadas al servicio de telefonía fija. En primer lugar, debe tenerse en consideración que la empresa se encontraba obligada a establecer ofertas de acceso a Internet ADSL “solo” para las velocidades que se dejarían de comercializar hasta el momento en que efectivamente dichas velocidades salieran de la parrilla comercial de TELEFÓNICA, ello es especialmente importante debido a que en un principio, dicha empresa no señaló una fecha exacta para realizar los cambios en su parrilla de velocidades. Como aspecto adicional, cabe recordar que la empresa operadora tuvo **un plazo de ejecución de hasta 07 meses** para dar cumplimiento a la medida correctiva, el cual representó un período lo suficientemente extenso para que cumpla con dicha medida en su totalidad⁵⁴.

De otro lado, conforme a lo dispuesto por este CCO, la medida correctiva ordenada no contempla que la misma deba aplicarse a algunas velocidades, ni mucho menos que únicamente deban establecerse ofertas de Internet ADSL “solo” para aquellas

⁵⁴ Cabe indicar que el plazo inicial otorgado por este CCO para que TELEFÓNICA diera cumplimiento a la medida correctiva, fue de (03) meses, sin embargo, con motivo de la interposición de su recurso de apelación, el TSC amplió el plazo inicial concedido, a siete (07 meses), el cual daba tiempo suficiente a la empresa para realizar las diferentes actividades que, de acuerdo con lo señalado en su escrito de fecha 23 de agosto de 2012, eran necesarias para una correcta provisión del servicio de Internet ADSL “solo” en el mercado minorista. Al respecto ver fundamento 583 de la Resolución del TSC N° 004-2013-TSC/OSIPTel.

velocidades que representen un determinado porcentaje del total de clientes de TELEFÓNICA.

Cabe indicar que, respecto a la velocidad de 0.5 Mbps,⁵⁵ la justificación de TELEFÓNICA se basa en que la oferta de esta velocidad condicionada a la adquisición del servicio telefónico ofrece la promoción de brindar al usuario 1 Mbps, y que ésta última velocidad sí empezó a ofrecerse de manera independiente. Sin embargo, si existe una tarifa correspondiente a esta velocidad atada a la adquisición del servicio telefónico, entonces, debiera existir también su oferta individual. Ahora bien, que exista la promoción antes mencionada no quiere decir que esta sea permanente, esto es, existe la posibilidad de que en algún momento el usuario recibirá la velocidad por la cual contrato el servicio. En ese sentido, dado que se ofertaba el Internet de velocidad 0.5 Mbps atado al teléfono fijo (independientemente de que bajo alguna promoción en particular se termine ofreciendo una velocidad mayor cuya oferta no se condicione a la adquisición del servicio telefónico), es necesario que la oferta de internet de velocidad 0.5 Mbps “solo” también forme parte de la oferta comercial de internet de TELEFÓNICA.

Respecto a la justificación que TELEFÓNICA ofrece sobre la negativa de desatar la velocidad de 2 Mbps, debe señalarse que no se especificó la fecha en que ésta velocidad dejaría de ofrecerse en el mercado. Luego, si bien la empresa asegura que los usuarios de ésta velocidad serán migrados hacia velocidades mayores, a saber, 4 Mbps y 6 Mbps (las mismas que si han sido desatadas), TELEFÓNICA también menciona que habrían usuarios que no podrían realizar esta migración debido a la falta de factibilidad técnica.

TELEFÓNICA debió, por lo tanto, ofrecer el servicio de internet con velocidad 2 Mbps de manera independiente durante el tiempo que se comercializó la misma de forma empaquetada o atada, de modo tal que no se hayan visto perjudicados aquellos usuarios que tuvieron la intención de adquirir el servicio independiente del servicio de telefonía fija durante dicho tiempo. Asimismo, la necesidad de la oferta del servicio de internet con la velocidad de 2 Mbps de manera individual responde también a que aun cuando ésta oferta ya no se comercialice y la mayoría de los usuarios sean migrados a otras velocidades, existirán algunos que no podrán hacerlo. En ese sentido, es necesario que en caso algún usuario que cuente con esta velocidad exprese el deseo de prescindir del servicio de telefonía fija, TELEFÓNICA no puede restringirle ese derecho.

Este mismo razonamiento es aplicable a las velocidades de 3 y 10 Mbps, que en su momento TELEFÓNICA señaló que dejaría de comercializar, pero que se siguen comercializando hasta la fecha.

Por tanto, en el mismo sentido que lo expresado por la STCCO, este CCO es de la opinión que, a la fecha, TELEFÓNICA no ha brindado justificaciones válidas para excluir la obligación impuesta en la medida correctiva, en las velocidades en las que no ofrecía el servicio de Internet ADSL “solo. De esta manera, para el Primer período -etapa inmediatamente posterior al vencimiento del plazo para hacer efectiva la medida correctiva-, se concluye que TELEFÓNICA no cumplió con el primer extremo de dicha

⁵⁵ Cuando se señale la velocidad de 0.5 Mbps se hará referencia tanto a ofertas con la velocidad de 500 Kbps como a ofertas con la velocidad de 512 Kbps.

medida, ya que la empresa solo comercializaba cuatro (04) velocidades sin vincular a la telefonía fija, mientras que su oferta comercial vinculada a la telefonía fija se encontraba compuesta por nueve (09) velocidades.

Respecto al Segundo Período, denominado “período actual”, computado a partir del mes de diciembre de 2014, se advierte que de acuerdo a lo indicado por la STCCO, TELEFÓNICA tampoco cumplió con brindar ofertas del servicio de acceso a Internet ADSL “solo” para todas sus velocidades vigentes, conforme se desprende del Cuadro N° 04, elaborado a marzo del 2014.

Sobre el particular, cabe destacar que este análisis difiere del realizado por la GPRC, debido a que su evaluación se realiza a febrero de 2014, mientras que en la presente sección el análisis se realizó a marzo de 2014.

Cuadro N° 2: Velocidades Ofrecidas por Alternativa de Contratación

Velocidad	¿Vigente?	Alternativa de contratación a marzo de 2014		
		"Solo" o "Naked"	Asociado a teléfono fijo	Dúo o Trío
0.2 Mbps	Si	Si	Si	No
0.4 Mbps	No ^{1/}	No	No	No
0.5 Mbps	Si ^{2/}	Si	Si	No
1 Mbps	Si	Si	Si	Si
2 Mbps	Si	Si	Si	Si
3 Mbps	Si ^{3/}	Si	Si	Si
4 Mbps	Si	Si	Si	Si
6 Mbps	Si	Si	Si	No
8 Mbps	Si ^{4/}	Si	Si	No
10 Mbps	Si	No	No	Si
15 Mbps	Si ^{4/}	Si	Si	Si

Fuente: SIRT.

Elaboración: STCCO– OSIPTEL

1/ Cese de comercialización a partir del 01 de enero de 2014

2/ Velocidad relanzada a partir del 01 de marzo de 2013. Cabe destacar que por promoción la velocidad de 0.5 Mbps se duplica en los últimos dúos promocionados por TELEFÓNICA (Promoción “Dúo Control 30 500 promo 1 Mbps” establecida en el registro SIRT TPTF201400232)

3/ Velocidad relanzada a partir del 01 de noviembre de 2013

4/ Vigente a partir del 01 de noviembre de 2013

Así, en el caso de la velocidad de 10 Mbps, no se encuentra una oferta de contratación individual, mientras que a esa fecha existían ofertas de contratación empaquetada, tal como se observa en la página web de TELEFÓNICA. En tal sentido, un usuario que desee contratar la velocidad de 10 Mbps de forma individual (porque por ejemplo desea el servicio telefónico del otro operador) no lo podrá hacer, y se verá obligado a contratar la oferta empaquetada, o la velocidad inmediatamente superior con una tarifa más alta, o una velocidad inferior, viéndose afectado en todos los casos su bienestar.

Asimismo, respecto a la velocidad de 10 Mbps, debe señalarse que TELEFÓNICA argumenta en sus comentarios al Informe Instructivo que, a la fecha esta velocidad no se comercializa. Sin embargo, en la web de la empresa se observa como velocidad a contratar en los dúos y tríos la velocidad de 10 Mbps.

Dúos

Estás en... Internet » Dúos

Promociones Internet | **Dúos** | Tríos | Completa tu Trío | Arma tu Plan | Beneficios

Ponte Dúo Internet en casa y mantente siempre conectado.
Si ya tienes un Dúo Movistar, descubre las ofertas que tenemos para ti ingresando [aquí](#).

Velocidad	Precio	Detalles	Botón
4Mbps	S/. 69	el primer mes* precio regular S/. 89	Comprar
8Mbps	S/. 99	el primer mes* precio regular S/. 129	Comprar
10Mbps	S/. 99	el primer mes* precio regular S/. 159	Comprar
15Mbps	S/. 199	al mes	Comprar

Fuente: Página web de TELEFÓNICA (Consultada el 20/10/2014)

Asimismo, cuando se busca la velocidad de 10 Mbps de forma individual no se observa en la oferta comercial. Cabe destacar que si bien por promoción la velocidad de 8 Mbps contratada por el usuario de forma individual es elevada hasta los 10 Mbps, esta promoción podría dejar de brindarse sin que el usuario tenga la certeza del tiempo en el cual se mantendrá, ya que dicha información no es brindada a través de la web de TELEFÓNICA. En todo caso, según el registro TPINT201400367 del SIRT, esta promoción tiene vigencia solo por 3 meses, luego de los cuales tendrá nuevamente la velocidad contratada. Además, debe señalarse que según lo indicado en el registro SIRT antes señalado, esta oferta está dirigida a clientes que soliciten por primera vez su servicio. Finalmente, según se señala en la web y en el SIRT, el beneficio promocional de contar con una velocidad de 10 Mbps en lugar de 8 Mbps está sujeta a la existencia de facilidades técnicas. Así, nada garantiza que los usuarios que contratan la velocidad de 8 Mbps reciban efectivamente 10 Mbps.

Movistar Internet

Velocidad	Precio con servicio telefónico asociado (1)		Precio sin servicio telefónico asociado (2)
500 Kbps	-	-	S/. 59.00 ⁽⁴⁾
1 Mbps	S/. 59.58	Comprar	S/. 79.00 ⁽⁴⁾
3 Mbps	S/. 99.00	-	S/. 99.00 ⁽⁴⁾
4 Mbps	S/. 109.00	Comprar	S/. 119.00 ⁽⁴⁾
4 Mbps ⁽⁵⁾	-	-	S/. 119.00
8 Mbps	S/. 139.00	Comprar	S/. 149.00 ⁽⁴⁾
8 Mbps ⁽⁵⁾	-	-	S/. 149.00
15 Mbps	S/. 179.00	-	S/. 189.00
15 Mbps ⁽⁵⁾	-	-	S/. 189.00

Fuente: Página web de TELEFÓNICA (Consultada el 20/10/2014)

Por último, cabe resaltar que el análisis realizado se ciñe a las justificaciones que la empresa alegó en su momento. No obstante, bien pudimos decir que, a nuestro entender, la medida correctiva en ningún momento permitió que la empresa interprete que puede aplicarla según un criterio comercial y preferencias de los consumidores. Además, debe quedar claro que la aplicación de la medida correctiva por TELEFÓNICA no debió distinguir entre velocidades según si han sido adquiridas por muchos o pocos usuarios, tal como lo hizo TELEFÓNICA en la mayoría de sus justificaciones.

De otro lado, debe señalarse que incluso hasta el mes de marzo de 2014 no existían ofertas de Internet “solo” para la velocidad de 0.5 Mbps, mientras que en todo el periodo previo a dicho mes esa velocidad sí podía ser contratada a través de ofertas empaquetadas. En concreto, en el mes de noviembre de 2013, a través del registro SIRT TEOS201300016, se dio de baja el servicio “Movistar Internet Básico 500 Kbps” en su modalidad con vinculación al servicio telefónico (a esa fecha no existía oferta de dicha velocidad sin vinculación al servicio telefónico), mientras que se mantuvieron ofertas empaquetadas a través del servicio “Internet 50 512” en los paquetes “Dúo Control 30 Internet 50”, los cuales se pueden ver en los registros SIRT TPTF201300692, TPTF201300814, TPTF201300853, TPTF201400111 de noviembre y diciembre de 2013 y enero y febrero de 2014, respectivamente⁵⁶.

De esta manera, en lo que respecta a este primer extremo de la medida correctiva, para el Período Actual este CCO coincide con lo expuesto por la STCCO en su Informe Instructivo, al señalar que TELEFÓNICA también incumplió con dicha medida, ya que no ofreció a sus usuarios y/o abonados la posibilidad de contratar la velocidad de 10 Mbps de forma individual. Asimismo, hasta febrero de 2014 se evidenció que esta empresa ofrecía la velocidad de 0.5 Mbps de forma empaquetada o vinculada al servicio telefónico, pero no de forma individual.

Finalmente, cabe reiterar que TELEFÓNICA no ha presentado una justificación válida para que actualmente no brinde la velocidad de 10 Mbps para su contratación individual, incluso, si se toma en cuenta la justificación planteada por la empresa en el primer periodo materia de evaluación, referida a que dejaría de comercializar dicha velocidad en el mes de noviembre de 2013, se evidencia aún más no sólo el incumplimiento del primer extremo de la medida correctiva, sino incluso la inexactitud de sus afirmaciones durante el trámite del presente procedimiento administrativo sancionador.

En conclusión, de una evaluación de las ofertas de TELEFÓNICA con posterioridad al vencimiento del plazo para el cumplimiento de la medida correctiva, este CCO considera que ha quedado fehacientemente acreditado que la referida empresa operadora incumplió con la obligación impuesta por las instancias de solución de controversias, al no ofrecer el servicio de Internet ADSL “solo” sin vincularlo a la telefonía fija en todas las velocidades que ofrece en el mercado, sin existir justificación técnica y/o económica que imposibilite la comercialización del acceso a Internet “solo” en las velocidades de 0.4, 0.5, 2, 3, 8, 10 y 15 Mbps en el primer periodo y de 0.5 y 10

⁵⁶ Cabe destacar que como beneficio promocional, los servicios empaquetados que contienen conexiones a internet con velocidad de 0.5Mbps tenían el doble de velocidad.

Mbps para el segundo periodo, habiendo incumplido con ello, lo dispuesto en el primer extremo de la medida correctiva dispuesta por este CCO y confirmada por el TSC.

11.2.2 Respetto a la prohibición de realizar cualquier conducta que tenga efectos equivalentes a la atadura de los servicios

Hasta este punto se ha demostrado que la empresa TELEFÓNICA no ha cumplido con el primer extremo de la medida correctiva ordenada por las instancias de solución de controversias, ya que no ha ofrecido todas las velocidades de su servicio de acceso a Internet en ofertas sin vinculación al servicio de telefonía fija.

No obstante, como ya se ha señalado, el cumplimiento del primer extremo de la medida correctiva implicaba una obligación adicional, consistente en que la empresa operadora no realice conductas que tengan, en los hechos, el mismo efecto que la venta atada por la cual se le sancionó en el procedimiento principal, es decir, que a través de la realización de otras acciones, se condicione la contratación del servicio de acceso a Internet al servicio telefónico.

En relación a este aspecto del primer extremo de la medida correctiva, a través de la Resolución N° 017-2012-CCO/OSIPTEL, este CCO determinó que *“TELEFÓNICA tampoco podría aprovechar su posición de dominio en el servicio de Internet para que, por ejemplo, a través de su estructura de precios y/o a través de otra tecnología, realice una práctica con efectos similares al de una venta atada”*⁵⁷.

Posteriormente, con motivo del recurso de apelación formulado por TELEFÓNICA, en el fundamento 581 de la Resolución N° 004-2013-TSC/OSIPTEL del TSC, se le indicó expresamente que el objetivo de incluir dicha precisión era *“evitar que la infractora pueda incurrir en prácticas elusivas de la medida correctiva que ha sido dada por el Cuerpo Colegiado y que es ahora confirmada por este Tribunal. En consecuencia, dicha precisión no apunta a establecer un control de precios sino a garantizar que, en estricto cumplimiento del principio de legalidad y en atención al interés público que se encuentra en juego, TELEFÓNICA efectivamente cumpla con la medida correctiva”*.

Asimismo, a través de la Resolución N° 017-2012-CCO/OSIPTEL, el CCO señaló a TELEFÓNICA que, conforme al Reglamento General de Tarifas, el establecimiento de tarifas, ofertas y planes en general debía resultar acorde a las normas protectoras de la libre y leal competencia, motivo por el cual, al momento de determinar sus ofertas y promociones, no podría imponer condiciones comerciales que resultasen lesivas al proceso competitivo⁵⁸.

Con posterioridad a ello, como es de conocimiento de TELEFÓNICA, la Secretaría Técnica de los Órganos Colegiados del OSIPTEL le remitió la comunicación C.018-ST/2013, a través de la cual dio respuesta a la Carta GGR-127-A-030-13 indicándole que el primer extremo de la medida correctiva *“señala también que TELEFÓNICA debe evitar cualquier conducta que tenga efectos equivalentes a los de la atadura sancionada, por ejemplo, a través de su estructura de precios y/o a través de otra tecnología”*.

⁵⁷ Al respecto, revisar numeral 7.2 de la Resolución del CCO N° 017-2012-CCO/OSIPTEL del 20 de julio de 2012.

⁵⁸ Al respecto, revisar numeral 7.2 de la Resolución del CCO N° 017-2012-CCO/OSIPTEL del 20 de julio de 2012.

Por tanto, conforme lo indicado, TELEFÓNICA tuvo conocimiento incluso antes del vencimiento del plazo de cumplimiento de la medida correctiva que, si a efectos de este procedimiento sancionador, se acreditaba la existencia de una conducta derivada de las condiciones de contratación que producía este condicionamiento para el usuario, sería considerada como una “atadura implícita” pasible de producir efectos equivalentes a la conducta sancionada por las instancias de solución de controversias.

En tal virtud, a través del pronunciamiento de este CCO, se determinó que, para los paquetes de servicios y para las velocidades “Naked”, TELEFÓNICA no debía establecer una estructura de pagos carente de lógica económica que genere una vinculación entre los servicios de telefonía fija e Internet.

Ahora bien, dado que todo pago que el usuario y/o abonado deba hacer en relación a los servicios que contrata es parte muy importante en su toma de decisiones; la STCCO analizó durante la etapa de instrucción del presente procedimiento si, a través de las condiciones económicas establecidas por TELEFÓNICA, se estaría induciendo a que los consumidores contraten el servicio de acceso a Internet vinculado a su servicio telefónico, aunque no deseen contar con este último servicio ofrecido por TELEFÓNICA.

En principio, se tuvo en cuenta que en la contratación del servicio de acceso a Internet existen dos tarifas relevantes; (i) el costo de instalación, y; (ii) la tarifa mensual. El costo de instalación hace referencia al cobro que hace la empresa operadora para instalar y poner en funcionamiento el servicio demandado, dicho cobro solo se realiza una vez y representa una especie de “costo de entrada”. De otro lado, la tarifa mensual representa los costos del uso periódico del servicio.

Es así que, en el Informe Instructivo, la STCCO concluyó que, a través de los costos de instalación y la tarifa mensual, la referida empresa operadora podría tratar de desviar la demanda por Internet “solo” hacia la contratación de paquetes que incluyan el servicio de telefonía fija. Ahora bien, teniendo en cuenta lo indicado en dicho Informe, a continuación este CCO analizará si, de manera conjunta, los costos de instalación y la tarifa mensual generarían el mismo efecto de la venta atada sancionada a TELEFÓNICA, conforme lo dispuesto por las instancias de solución de controversias en sus respectivos pronunciamientos.⁵⁹

Para realizar dicho análisis, se separaron dos tipos de usuarios que desean contratar solo el servicio de acceso a Internet de TELEFÓNICA. En primer lugar, tendremos a un grupo de usuarios que solo desea el servicio de acceso a Internet de TELEFÓNICA y no desea el servicio de telefonía fija ni de este ni de ningún otro operador, debido a que por ejemplo satisface sus necesidades de comunicación a través de su teléfono móvil (en adelante, Primer Grupo). De otro lado, tendremos un grupo de usuarios que solo quiere contratar el servicio de acceso a Internet de TELEFÓNICA pero desea el servicio de telefonía fija de otro operador (en adelante, Segundo Grupo).

Respecto al Primer Grupo, debe señalarse que la vinculación del servicio de acceso a Internet de TELEFÓNICA y su servicio de telefonía fija podría también afectar la competencia, ya que existe la posibilidad de que, debido a diferencias en los costos de instalación y/o la tarifa mensual, los usuarios prefieran contratar el acceso a Internet

⁵⁹ Cabe destacar que en el análisis se consideran las tarifas y costos promocionales, ya que estos se renuevan constantemente a lo largo del tiempo, siendo las tarifas que finalmente pagan los usuarios.

de TELEFÓNICA vinculado a su servicio de telefonía fija, aunque no quieran este servicio de ningún operador. De esta manera, forzando la contratación del servicio telefónico a usuarios que no lo desean, TELEFÓNICA podría reforzar su participación en el mercado de telefonía fija donde enfrenta mayor competencia, ya que tendría más líneas de telefonía fija en servicio de las que tendría si no existiera la vinculación forzosa; es decir, estaría trasladando su posición de dominio en el mercado de acceso a Internet. Así, de manera anticompetitiva TELEFÓNICA estaría buscando incrementar sus externalidades de red.

En cuanto al Segundo Grupo, el nivel de las tarifas podría hacer que los usuarios prefieran contratar un Dúo o Trío de TELEFÓNICA, en lugar de contratar solo el servicio de acceso a Internet de este operador y el servicio telefónico de un competidor.

Para darnos una idea de la magnitud de este Segundo Grupo de consumidores, la STCCO empleó la información de la “Encuesta Residencial de Servicios de Telecomunicaciones (ERESTEL) 2013” del OSIPTEL.⁶⁰ De acuerdo con la ERESTEL, en el año 2013 en el Perú existían 1 482 712 hogares que disponían de conexión a Internet fijo y tenían también telefonía fija, de los cuales el 59.61% tienen solo conexión fija a Internet, mientras que el 40.39% tienen conexión fija y móvil a Internet.

Cuadro N° 3: Disponibilidad de conexión a Internet y telefonía fija, número de hogares

Disponibilidad de conexión a Internet	Tiene teléfono fijo	No tiene teléfono fijo
Solo tienen conexión fija	883 795	260 031
Solo tienen conexión móvil	206 397	491 523
Tienen conexión fija y móvil	598 917	94 650
No tienen	835 311	4 155 407

Fuente: ERESTEL 2013

Luego, si se analizan las formas de contratación del servicio de acceso a Internet vemos que 1 272 122 hogares tienen contratado este servicio junto con el de telefonía fija en la modalidad empaquetada (ya sea en un Dúo o en un Trío). De esta manera, considerando que 1 482 712 hogares tienen los servicios de telefonía fija e Internet a la vez, se observa que 210 590 hogares tienen ambos servicios sin haberlos contratado de forma empaquetada, esto es 14.20% del total de hogares con acceso a Internet fijo y el 8.34% del total de hogares que tienen el servicio de telefonía fija.

⁶⁰ Las bases de datos de esta encuesta están disponibles en la web del OSIPTEL. Ver: http://www.osiptel.gob.pe/WebsiteAjax/WebFormgeneral/sector/wfrm_Consulta_Informacion_Estadisticas.aspx?CodInfo=99062&CodSubCat=864&TituloInformacion=A%c3%b1o%202013&DescripcionInformacion=

Cuadro N° 4: Forma de contratación del acceso a Internet fijo

Forma de contratación	Hogares
De manera individual	495 195
Como parte de un dúo (Internet + telefonía)	738 287
Como parte de un dúo (Internet + cable)	70 076
Como parte de un trío (Internet + cable + telefonía)	533 835
Total	1 837 393

Fuente: ERETEL 2013

Ahora, dentro del grupo de hogares que tienen los servicios de telefonía fija y de acceso a Internet, si cruzamos la información de las empresas que brindan cada uno de estos servicios podemos tener una idea del impacto que podría generar una venta atada o una conducta de efectos equivalentes. Por ejemplo, en el caso de TELEFÓNICA, observamos que el 18% de los hogares que han contratado el acceso a Internet con esta empresa y tienen también el servicio telefónico, contrataron este último servicio con otro operador. Asimismo, en el caso de Claro, se observa que el 31% de los que han contratado el acceso a Internet con ellos y tienen también teléfono fijo, contrataron este último servicio con otro operador. Los resultados obtenidos para estos operadores son importantes, ya que estos son los principales proveedores de servicios empaquetados en el Perú. De esta manera, podemos ver que sí existe una importante cantidad de hogares que no contratan servicios empaquetados, y que, es más, contratan los servicios con operadores distintos, probablemente debido a que consideran que las ofertas empaquetadas no se adaptan a sus necesidades.

Cuadro N° 5: Proveedores de telefonía fija e Internet fijo

Proveedor de Internet	Proveedor de telefonía fija					
	Telefónica del Perú	Telefónica móviles	Claro	Level 3 (antes Global Crossing)	Fitel	Total
No indica	298	-	-	-	-	298
Telefónica del Perú	999 990	212 819	11 689	447	-	1 224 945
Claro	41 677	28 076	155 523	-	-	225 276
Americatel	3 051	1 062	-	-	-	4 113
Star Global Com	2 283	-	1 416	-	-	3 699
Conexión compartida	8 841	3 643	924	-	-	13 408
Vecino/informal	5 972	-	829	-	-	6 801
Cable Mas	740	-	-	-	394	1 135
Otros*	3 037					3 037
Total	1 065 890	245 600	170 381	447	394	1 482 712

* Incluye a System Com, Ameria SAC, Tele sistema e Internet santana.

Fuente: ERETEL 2013

Así, teniendo una idea de la magnitud del grupo de usuarios que podrían contratar el servicio de acceso a internet con TELEFÓNICA, y el servicio de telefonía fija de otro operador, puede analizarse como los costos directamente derivados de la contratación

del servicio de acceso a internet de TELEFÓNICA pueden generar de forma artificial que las preferencias de los usuarios se desvíen a la compra de los servicios vinculados.

En el Informe Instructivo, la STCCO analizó el costo de instalación, que es uno de los principales costos involucrados en la contratación del servicio de acceso a Internet, y que constituye básicamente, un costo de entrada al servicio. Ahora, si bien este pago es realizado solo una vez por el usuario, de existir grandes diferencias entre las formas de contratación, se puede condicionar la elección del usuario, conforme demostró el Órgano Instructor.

En el presente caso, la STCCO analizó si el cargo de instalación en la contratación del Internet “solo” era significativamente superior al cargo de instalación cobrado cuando el acceso a Internet estaba vinculado al servicio telefónico.

Para ello, empleó el caso de un usuario que debía elegir entre mantener el servicio telefónico de la empresa TELEFÓNICA al contratar el servicio de acceso a Internet, o contratar este último servicio “solo. Este sería el Primer Grupo de usuario que hemos señalado anteriormente, en el que se afectaría la competencia debido a que TELEFÓNICA aseguraría conexiones de telefonía fija activas que le permitirían mantener una alta participación en dicho mercado, restando demanda a sus competidores.

En la oferta comercial vigente a la fecha de inicio del presente procedimiento administrativo sancionador, se pudo apreciar que el costo promocional por instalación + modem para las velocidades de 200 Kbps, 1, 2, 3, 4, 6, 8 y 15 Mbps del servicio de acceso a Internet vinculado a la telefonía fija era de S/. 1⁶¹. De otro lado, se observó que los clientes nuevos del servicio de Internet sin telefonía fija tendrían un costo promocional de instalación + modem de S/. 199⁶².

A simple vista, estas diferencias parecen ser muy grandes, sin embargo, conforme indicó la STCCO, es necesario considerar que cuando un usuario contrata el servicio de acceso a Internet vinculado a un teléfono fijo⁶³ este ya ha pagado o pagará un costo de instalación de S/.148.74⁶⁴ por este último servicio. El detalle de los pagos fue resumido en el cuadro expuesto a continuación.

⁶¹ Al mes de julio de 2014 el costo de instalación del servicio de acceso a Internet sin vínculo al servicio de telefonía fija es de S/. 59.

⁶² Hay que tener en cuenta que, los que provienen de un Dúo o Trío no pagan, pero se quedan sin servicio siete (07) días cuando realizan el cambio. Al mes de julio de 2014 el costo de instalación del servicio de acceso a Internet con vínculo al servicio de telefonía es de S/. 148.5.

⁶³ Se entiende que no existe una contratación empaquetada, sino que por ejemplo, el usuario ya tiene un plan de telefonía fija que quiere mantener sin pasar a un dúo.

⁶⁴ Se toma el costo vigente en la web de Telefónica al 17 de febrero de 2014. Al mes de julio de 2014, el costo de instalación promocional del servicio de telefonía fija es de S/. 60.

Cuadro N° 6: Costos de instalación del acceso a Internet según su contratación en relación al servicio de telefonía fija

Costos	Con teléfono fijo asociado (A)	Sin teléfono fijo asociado (B)
Teléfono fijo: Costo instalación	S/.148.74	S/. 0.00
Internet: Instalación + modem	S/. 1.00	S/. 199
Total	S/. 149.74	S/. 199
Diferencia (B-A)	S/. 49.26	

Fuente: Página web de TELEFÓNICA. Vista 17/02/2014
Elaboración: STCCO – OSIPTEL

Si bien es cierto que, al considerar el costo de instalación del servicio de telefonía fija, la diferencia entre la contratación del servicio de acceso a Internet con y sin vínculo al servicio telefónico se ha reducido, todavía se observa una diferencia de S/. 49.26 que podría ser injustificada. Asimismo, esta diferencia aparentemente injustificada todavía podría condicionar a que en algunos casos se prefiera contratar el servicio vinculado a la telefonía fija. De esta manera, TELEFÓNICA puede asegurar una demanda por el servicio de telefonía fija que no tendría de no ser por la ventaja que genera con los costos de instalación en favor de la contratación del acceso a Internet vinculado al servicio telefónico.

Sin embargo, más importante es la diferencia que se observó entre la contratación del acceso a Internet “solo” y un paquete de servicios que lo incluye. Este sería el caso del Segundo Grupo de usuarios que hemos definido anteriormente, en el cual un usuario que desee el acceso a Internet de TELEFÓNICA, tenga que elegir entre el servicio telefónico de esta misma empresa y el servicio telefónico de un competidor. Al respecto, se observó que cuando un usuario contrata un Dúo de teléfono fijo y acceso a Internet por ADSL de TELEFÓNICA pagaba como costo de instalación S/.1 por cada servicio (que en el caso del internet incluye el módem), mientras que si contrataba solo el servicio de Internet pagaba S/. 199 por la instalación y el modem.

Cuadro N° 7: Costos de instalación Internet solo (incluye modem) vs. Dúos

Costos	En Dúo	Sin teléfono fijo asociado
Teléfono fijo: Costo instalación	S/.1.00	S/. 0.00
Internet: Instalación + modem	S/. 1.00	S/. 199
Total	S/. 2.00	S/. 199
Diferencia	S/. 197	

Fuente: Página web de TELEFÓNICA. Vista 17/02/2014
Elaboración: STCCO - OSIPTEL

En ese sentido, se observó que esta diferencia entre los costos de instalación puede perfectamente generar que los usuarios contraten las ofertas de Dúos incluso aunque no deseen el teléfono fijo de TELEFÓNICA y tengan preferencia por el servicio telefónico de un operador alternativo.

De otro lado, en el siguiente cuadro se observan las diferencias entre **las tarifas mensuales del servicio de acceso a Internet “solo” y de los Dúos que ofrece TELEFÓNICA**. Conforme se puede advertir, el costo mensual del servicio de Internet “solo” resulta más barato que el de un Dúo, en algunas de las velocidades mostradas;

sin embargo, estas diferencias son muy reducidas, llegando a S/. 10 en las velocidades de 4, y 15 Mbps, y a S/. 5 en la velocidad de 3 Mbps. Por el contrario, un escenario distinto, que es especialmente evaluado por este CCO es que el Dúo con velocidad de 1 Mbps cueste S/. 15 menos que el internet “solo” de esta velocidad, y que el Dúo con velocidad de 2 Mbps cueste S/. 5 menos que dicha velocidad contratada de forma individual.⁶⁵

Cuadro N° 8: Diferencias entre las tarifas establecidas de acceso a internet según su contratación sin teléfono fijo o en dúo

Velocidad	Precio Internet sin fijo (S/.)	Precio Dúo (S/.)	Diferencia (S/.)
1 Mbps	84	69	-15
2 Mbps	94	89	-5
3 Mbps	104	108.99	4.99
4 Mbps	119	128.99	9.99
15 Mbps	189	199	10

Nota: Solo se analizan las velocidades que tienen tanto tarifas sin teléfono fijo vinculado como tarifas en dúo.

Para los dúos se consideran las tarifas publicadas vigentes en el SIRT a partir del 01/03/2014 (Código TPTF201400232) y la información disponible en la web de TELEFÓNICA (última visita 19 de marzo de 2014): <http://www.movistar.com.pe/internet/arma-tu-plan>. Para el Internet sin teléfono fijo asociado se consideran las tarifas promocionales publicadas vigentes en el SIRT a partir del 01/03/2014 (Código TPINT201400083)

Fuente: SIRT.

Elaboración: STCCO - OSIPTEL

Precisamente, respecto a las dos velocidades antes señaladas (de 1 y 2 Mbps), en su escrito de descargos y en sus comentarios al Informe Instructivo, TELEFÓNICA argumentó que la STCCO “erradamente” asignó una tarifa de S/. 69 y S/. 89 al “Dúo” en las velocidades de 1 y 2 Mbps, respectivamente, señalando que dicho error se debe a que en realidad, la empresa ofrecía: (i) un “Dúo” de 500 Kbps a S/. 68.99, que venía acompañado de una promoción que duplicaba la velocidad hasta 1 Mbps, y (ii) un “Dúo” de 1 Mbps a S/. 89.00 que venía también acompañado de una promoción de duplicación que otorgaba una velocidad de 2 Mbps. Por tanto, de acuerdo a lo expuesto por TELEFÓNICA, la STCCO cometería un error al considerar en el análisis, ofertas promocionales que duplicaban la velocidad.

Al respecto, debe considerarse que, tal como se observa en el SIRT del OSIPTEL, todas las tarifas y ofertas de servicios empaquetados son promocionales. En ese sentido, las tarifas tomadas por la STCCO tienen la misma categoría que el resto de tarifas promocionales que TELEFÓNICA genera para sus servicios empaquetados. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que, tanto la tarifa de S/. 68.99 para el “Dúo” de Internet de 500 Kbps con velocidad promocional de 1 Mbps, y de S/. 89 para el “Dúo” con Internet de 1Mbps y velocidad promocional de 2 Mbps, se han repetido, desde el mes de marzo de 2014, 7 veces en el SIRT del OSIPTEL, a través de los códigos “TPTF201400232”, “TPTF201400285”, “PTF201400359”, “TPINT201400150”, “TPINT201400201” y “TPINT201400221”, incluso estando vigente a la fecha.

⁶⁵ Estas tarifas se pueden corroborar en la web de TELEFÓNICA (última visita 19 de marzo de 2014): <http://www.movistar.com.pe/internet/arma-tu-plan>

En ese sentido, al ser tarifas con la misma categoría que el resto (promocionales) que se han repetido incluso después de la fecha en la que Informe Preliminar N° 024-STCCO/2014 se realizó, es válida su inclusión en el análisis, ya que terminan siendo tarifas que han permanecido invariables durante al menos un período de 06 meses, para ser contratadas por los usuarios.

Asimismo, TELEFÓNICA señala que las promociones consignadas son temporales y con una duración menor al máximo de 180 días que establece el Reglamento General de Tarifas para considerar que una tarifa es promocional. Sin embargo, del análisis de las promociones registradas en el SIRT del OSIPTEL, se observa que lo afirmado por TELEFÓNICA no es correcto.

TELEFÓNICA sustenta su defensa en la oferta de código TPTF201400232 registrada en el SIRT para entrar en vigencia desde el 31 de marzo de 2014, en la cual se señala que las tarifas promocionales se aplicarán solo hasta el 31 de agosto de 2014. Asimismo, se señala que luego de ese periodo, *“se aplicarán las tarifas que se encuentren vigentes en cada momento”*. No obstante, se ha observado que posteriormente se han registrado ofertas que alargan las promociones hasta el mes de diciembre de 2014. Así, la oferta registrada en el SIRT con el código TPTF201400593 extiende las tarifas promocionales de S/. 89 y S/. 68.99 por los dúos que incluyen los servicios de telefonía fija y acceso a internet de 2 y 1 Mbps, respectivamente, hasta diciembre de 2014. Con ello, las tarifas promocionales que duplican las velocidades de 500 Kbps a 1 Mbps y de 1 a 2 Mbps se extienden desde el 31 de marzo hasta el 31 de diciembre de 2014, lo cual supera lo que se debería considerar como una tarifa promocional.

En ese sentido, la STCCO no se equivocó al tomar las tarifas supuestamente promocionales de TELEFÓNICA para el análisis que arrojó diferenciales negativos, ya que en efecto las tarifas que generan los diferenciales negativos se mantienen incluso hasta por nueve (09) meses.

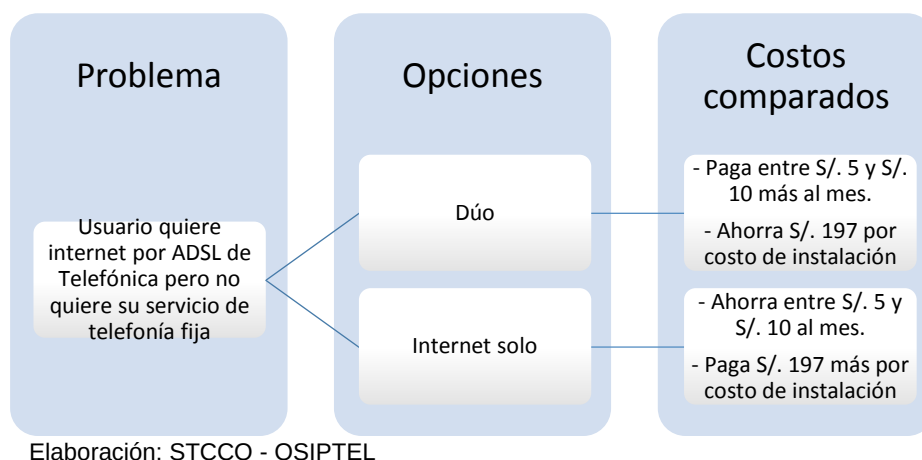
Asimismo, es importante señalar que si bien no hay una oferta específica para la velocidad de 2 Mbps que pueda ser contratada por los consumidores de forma empaquetada, en la práctica sí hay usuarios que pueden contratar esta velocidad, solo de forma empaquetada y no individual, disfrazada por una velocidad de 1 Mbps según la oferta comercial de Telefónica.

En ese sentido, dado que el usuario debe elegir teniendo en cuenta los costos que va a asumir en la contratación del servicio de acceso a Internet -en el escenario que no quiera el servicio de telefonía fija de TELEFÓNICA-, buscará el menor costo. Cabe destacar que en relación a la contratación de las velocidades de 1 y 2 Mbps, al ser el Dúo más barato que el Internet “solo”, el usuario optaría por contratar el paquete sin necesidad de evaluar el costo de instalación, en ese sentido, la elección del usuario claramente será la de elegir el Dúo (en estos casos, la atadura implícita es evidente).

De otro lado, la STCCO analizó la elección del usuario para el caso de las velocidades de 3, 4 y 15 Mbps. Cabe indicar que, de acuerdo a la información obtenida en el inicio de este procedimiento sancionador, se observó que si el usuario contrataba el Internet “solo” ahorra mensualmente entre S/. 5 y S/. 10, en las velocidades de 3, 4 y 15 Mbps, con respecto a la contratación del Dúo, pero pagaría S/. 197 soles más por instalación y modem. De otro lado, si contrataba un Dúo pagaría entre S/. 5 y S/. 10

más al mes, en las velocidades antes señaladas, pero ahorraría S/. 197 por costo de instalación y modem.

Gráfico N° 1: Elección del Consumidor



Al comparar los distintos ahorros que se logran en estas formas de contratación, la STCCO advirtió, el ahorro en los costos de instalación de contratar un Dúo representaba entre 20 (para las velocidades de 4 y 15 Mbps) y 40 (para la velocidad de 3 Mbps) meses de ahorro en la tarifa mensual cuando se contrataba el Internet “solo”, como se puede advertir del siguiente cuadro.

Cuadro N° 9: Equivalencia de ahorros por contratar Internet “solo” vs contratar Dúos

Velocidad	Ahorro en renta mensual de contratar Internet “solo” (S/.) (A)	Ahorro en costos de instalación de contratar un Dúo(S/.) (B)	Meses equivalentes (B/A)
3Mbps	5	197	39.4
4Mbps	10	197	19.7
15Mbps	10	197	19.7

Elaboración: STCCO - OSIPTEL

Asimismo, en el Informe Instructivo, la STCCO señaló que, desde la perspectiva del usuario pudo ser más importante un ahorro grande de S/. 197 en el costo de instalación cuando se contrataba un Dúo, que un ahorro mensual de S/. 5 o S/. 10 por mes cuando se contrataba el Internet “solo”. En ese sentido, la STCCO consideró que un desembolso grande (en este caso el costo de instalación y módem) podría desincentivar a un grupo de consumidores respecto a la contratación del Internet “solo”, pese a que el usuario podía tener pequeños ahorros mensuales en dicha forma de contratación. Por tanto, para la STCCO resultaba evidente que los costos de instalación y módem pueden condicionar a que los usuarios contraten el servicio de acceso a Internet vinculado al servicio de telefonía fija a través de Dúos, teniendo el mismo efecto que una atadura contractual.

Al respecto, TELEFÓNICA señala que la STCCO no se basó en ninguna evidencia (encuesta, focus group, etc.) para determinar que *“un consumidor siempre va a preferir un costo de entrada bajo frente a un ahorro a largo plazo.”*

En ese sentido, TELEFÓNICA señala que *“los pequeños ahorros mensuales que se producen con las tarifas no pueden descartarse frente a una inversión inicial fuerte, porque todo ello dependerá de la permanencia promedio de un usuario. Asimismo, se pierde de vista que el usuario podría evaluar que como en el tiempo los precios de las tarifas mensuales tienden a bajar, el ahorro mensual también puede ir aumentando a lo largo del tiempo y permitir una recuperación más acelerada que la señalada en el informe”*.

Sin embargo, TELEFÓNICA, tampoco sustenta sus afirmaciones en base a medios probatorios. Así, para este Cuerpo Colegiado, pueden existir consumidores para los cuales lo señalado por la STCCO sea lo correcto, y también pueden existir consumidores para los que lo señalado por TELEFÓNICA sea lo correcto. De esta manera, en los consumidores para los que aplica una lógica como la planteada por la STCCO existen efectos equivalentes a la venta atada por la que se sancionó a TELEFÓNICA, los cuales se podrían evitar si dicha empresa tuviera una estructura tarifaria que no genere incentivos artificiales a la contratación de servicios empaquetados.

Sin perjuicio de ello, este Cuerpo Colegiado considera que es poco común que un usuario que va a contratar servicios realice una proyección de su tiempo de permanencia con la empresa operadora que contrata, y menos común es que el usuario evalúe en cuanto tiempo recuperará el fuerte pago por instalación y módem con los pequeños ahorros mensuales que tendrá si contrata los servicios de forma empaquetada. Entonces, este Cuerpo Colegiado considera que un costo de instalación muy elevado para la contratación del internet solo, con respecto al costo de instalación de un dúo, puede ser un desincentivo para la primera forma de contratación.

De otro lado, TELEFÓNICA argumentó que desde diciembre de 2013 (al menos en Cusco y Trujillo) implementó progresivamente un cobro por cuota de instalación de aproximadamente S/. 60, extendiendo luego esta política a otras localidades, como algunas zonas de Ica, Chiclayo y Chimbote. Así, según la empresa esta política se implementó para cobrar un precio de entrada que desincentive a los clientes morosos.

Al respecto, debe señalarse que TELEFÓNICA utiliza criterios distintos para argumentar porque no desempaquetó todas las velocidades del servicio de acceso a internet y la implementación del costo de instalación de S/. 60. Así, con respecto a lo primero, TELEFÓNICA señala que en tanto el porcentaje de conexiones no desempaquetadas (según la velocidad) sea pequeño no habrán riesgos de efectos anticompetitivos, por lo cual sí habría cumplido con la medida correctiva. Sin embargo, respecto a la proporción que representan, en términos de conexiones, las zonas en las que se cobra por instalación de servicios empaquetados S/. 60 en vez de S/. 2, TELEFÓNICA no tiene en cuenta que son poco representativas las zonas donde tiene el costo de instalación de S/. 60. En ese sentido, si TELEFÓNICA considera que un alto porcentaje de conexiones no atadas elimina los riesgos para la competencia, entonces debería considerar también que un alto porcentaje de usuarios pagando un costo de instalación por el paquete de solo S/. 2 sí genera efectos anticompetitivos.

De otro lado, tanto la STCCO como la GPRC, constataron, de acuerdo a la información publicada en la página web de TELEFÓNICA, como en los registros del SIRT del OSIPTEL, que efectivamente al vencimiento del plazo de cumplimiento de la medida correctiva otorgado por las instancias de solución de controversias, la cuota de

instalación de los Dúos de telefonía fija e Internet por ADSL era de S/. 2. Por el contrario, llama la atención que, precisamente luego de que TELEFÓNICA fuera notificada de este procedimiento sancionador, cambiara la información referente a la cuota de instalación de sus servicios empaquetados de acuerdo a lo que ha señalado. De igual forma, la STCCO analizó si a través del cargo fijo mensual, TELEFÓNICA generaba un incentivo artificial para la contratación del acceso a Internet individual.

En primer lugar, la STCCO analizó qué sucede si un usuario evalúa si contrata el acceso a Internet “solo” o lo contrata asociado al servicio telefónico de TELEFÓNICA. En este caso, debido a que para contratar el acceso a Internet vinculado al servicio telefónico es necesario que el plan de este último servicio no sea prepago, se consideró que el usuario contratara el plan control más barato, que es el plan Control 30 que tiene una tarifa mensual de S/. 20. Luego, se comparó el costo mensual en el que incurrirá un usuario con acceso a Internet vinculado al servicio de telefonía fija en plan Control 30, respecto del costo en el que incurrirá si solo contrata el acceso a Internet de TELEFÓNICA. Así, como se observa en el siguiente Cuadro, para casi todas las velocidades de acceso a Internet, resulta menos costoso adquirir este servicio de forma individual en comparación a contratarlo vinculado al plan control de telefonía fija más barato, con excepción de la velocidad de 1 Mbps. En ese sentido, para un usuario que requiera contratar el servicio de acceso a Internet de TELEFÓNICA con velocidad de 1 Mbps, resultará más económico contratarlo vinculado al servicio de telefonía fija en plan control más barato, por lo que en principio, se concluyó que para esta velocidad TELEFÓNICA estaría incumpliendo con la medida correctiva.

Cuadro N° 10: Diferencia en costo mensual por contratar Internet con y sin teléfono fijo asociado

Velocidad	Pagos de usuario con teléfono fijo		Precio Internet sin servicio telefónico (C)	Diferencia (C-B)
	Precio Internet “solo” vinculado al servicio telefónico (A)	Precio Internet + teléfono fijo en plan Control 30 (S/. 20) (B)		
200 Kbps	S/. 98.16	S/. 118.16	S/. 109.00	S/. -9.16
500 Kbps	S/. 55.00	S/. 75.00	S/. 64.00	S/. -11.00
1 Mbps	S/. 59.58	S/. 79.58	S/. 84.00	S/. 4.42
2 Mbps	S/. 89.00	S/. 109.00	S/. 94.00	S/. -15.00
3 Mbps	S/. 99.00	S/. 119.00	S/. 104.00	S/. -15.00
4 Mbps	S/. 109.00	S/. 129.00	S/. 119.00	S/. -10.00
8 Mbps	S/. 139.00	S/. 159.00	S/. 149.00	S/. -10.00
15 Mbps	S/. 179.00	S/. 199.00	S/. 189.00	S/. -10.00

Nota: En todos los casos se utilizan tarifas promocionales para el servicio de Internet, excepto en el caso del Internet 500 que solo tiene tarifas establecidas.

Fuente: SIRT y página web de Movistar.

Elaboración: STCCO - OSIPTEL

Sin embargo, el usuario podría buscar en las ofertas de Dúos su alternativa más barata para contratar el acceso a Internet de TELEFÓNICA, ya sea que no desee servicio telefónico de ningún operador, o que tenga preferencias por el servicio de un competidor, simplemente guiado por su búsqueda de menores costos.

En caso el usuario no quiera servicio telefónico, el análisis sería el mismo que se ha elaborado líneas arriba, a partir del Cuadro N° 10, en el cual se demostró que, para las

velocidades de 1 y 2 Mbps el usuario optaría por contratar el Dúo aunque no desee el servicio de telefonía fija, ya que dicha opción resulta ser más económica.

De este modo, la STCCO concluyó que se podría generar el mismo efecto de una venta atada si la estructura tarifaria de las ofertas empaquetadas y las ofertas de acceso a Internet “solo” generan incentivos para que los usuarios contraten el paquete de servicios, aunque solo deseen el acceso a Internet o quieran el servicio telefónico de un competidor. Esto es, una estructura tarifaria que muestre el paquete de servicios como una alternativa más económica frente a la contratación del acceso a Internet individual, aunque esto carezca de lógica económica. Así, TELEFÓNICA podría seguir vinculando su servicio de telefonía fija al servicio de acceso a Internet.

En relación a este aspecto es necesario indicar que, tal como determinó este CCO en la Resolución N° 017-2012-CCO/OSIPTEL, TELEFÓNICA aplicaba un esquema tarifario tal que, además de obligar de forma contractual a la compra conjunta del acceso a Internet con el servicio de telefonía fija, también hacía ilógica la compra del acceso a Internet “solo” (que contractualmente estaba atado a la telefonía fija), pues resultaba más caro que el paquete de servicios que incluía la telefonía fija⁶⁶. Así, la STCCO ha evaluado en el Informe Instructivo que la misma situación viene ocurriendo actualmente con las velocidades de 1 y 2 Mbps.

De esta manera, de acuerdo a lo determinado por la STCCO en su Informe Instructivo, si la tarifa del servicio de Internet “solo” se incrementa artificialmente, o el precio del paquete se reduce por debajo de sus costos, constituiría claramente una estrategia excluyente y anticompetitiva para hacer más atractivo el paquete del servicio y lograr el mismo efecto de la venta atada sancionada en el presente procedimiento, ya que este último resulta más barato que la contratación por separado de cada uno de los servicios.

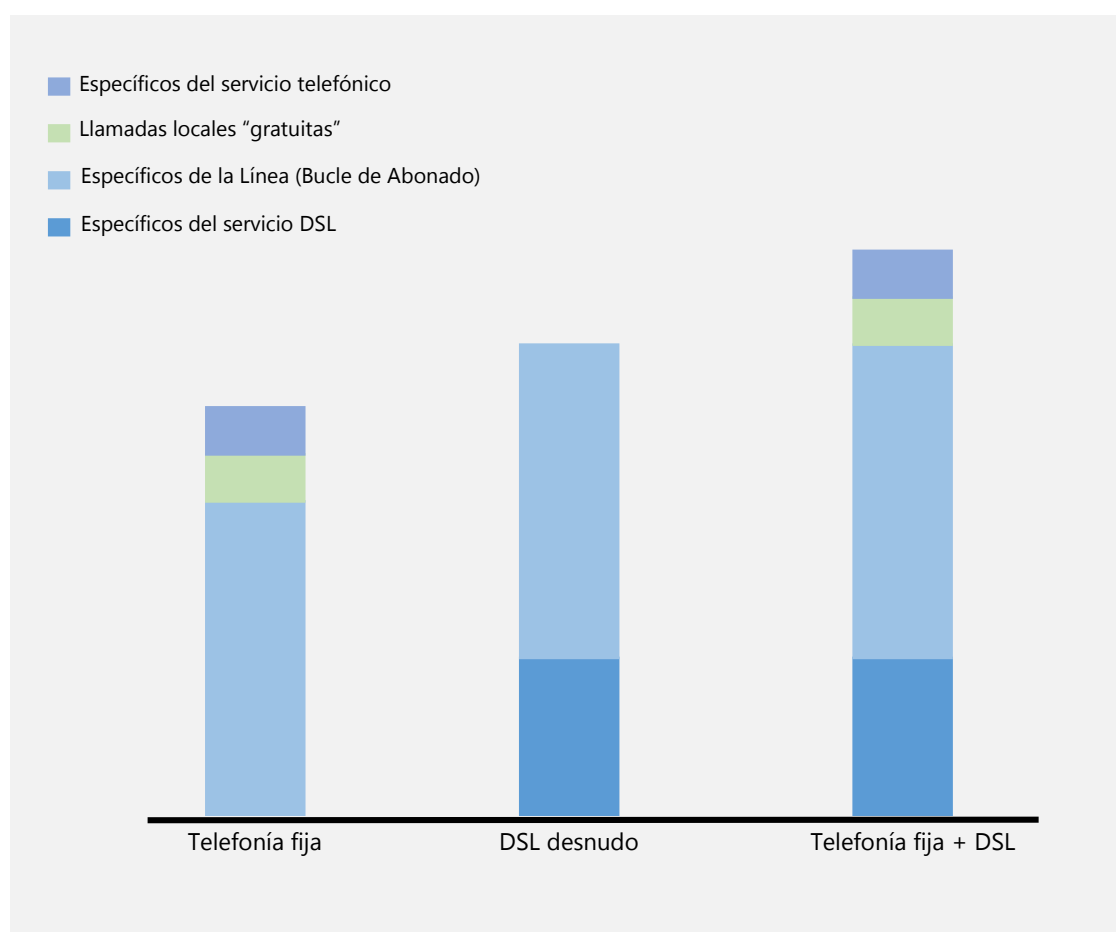
En tal sentido, aunque la obligación contractual establecida por la empresa investigada (venta atada) sea eliminada, el sistema de precios establecido por TELEFÓNICA puede llevar a que los usuarios adquieran el paquete de servicios, aunque no deseen el servicio de telefonía fija de TELEFÓNICA, ya que desean contratar el de otra empresa, o porque prefieren tener el Internet “solo”, resultando ser una “atadura implícita”, en la opinión de la STCCO. De acuerdo a la STCCO, este sistema de precios podría tener no solo un efecto excluyente en los usuarios, sino que también podría tener un efecto anticompetitivo equivalente a la venta atada sancionada en el procedimiento.

Por tanto, se determinó si las diferencias existentes entre las tarifas de las ofertas empaquetadas y las tarifas del servicio de Internet “solo” eran suficientes para permitir que el usuario libremente pueda optar por contratar el acceso a Internet sin estar vinculado al servicio de telefonía fija de TELEFÓNICA. Para ello, se partió de los costos de los servicios de telefonía fija y de acceso a Internet, ya que esto permitía determinar, a través de la lógica económica, lo que en última instancia debería pasar con las tarifas para que no sean anticompetitivas.

⁶⁶ Al respecto, revisar el literal C “Justificaciones a la realización de la venta atada” del numeral 6.2.3.3 de la Resolución N° 017-2012-CCO/OSIPTEL.

En el Gráfico N° 4 se muestra una comparación entre los costos de proveer los servicios de telefonía fija e Internet por ADSL de forma individual, así como cuando se hace de forma conjunta, como un paquete de servicios (con la respectiva ganancia de eficiencia representada en el descuento hecho al usuario).⁶⁷ Como se observa en el gráfico, cuando las tarifas de los servicios guardan relación con sus costos, el servicio de ADSL desnudo o “Naked” debería ser más barato que una oferta de servicios empaquetada, ya que el costo del paquete es mayor que el del ADSL desnudo, pues el paquete de servicios incluye costos del servicio de telefonía fija que no se debe incluir en el costo del acceso a Internet. Así, resultaba ilógico que un paquete de servicios tenga una tarifa menor al servicio de acceso a Internet “solo”, ya que eso significaría, tal como ya se ha señalado, que la tarifa del paquete no permite recuperar todos los costos, o que la tarifa del acceso a Internet “solo” se ha incrementado artificialmente, logrando cualquiera de estas dos situaciones que se genere una venta atada implícita, es decir, llevar al consumidor a adquirir el paquete de servicios aunque no desee el servicio telefónico del operador.

Gráfico N° 2: Estructura de costos en la comercialización de ADSL y telefonía fija



Nota: El gráfico no representa la escala real de los costos de los elementos específicos.

⁶⁷ Respecto a lo mostrado en el Gráfico N° 6, en primer lugar debe tenerse en cuenta que cada elemento de costo no necesariamente esté representado en su escala real. A pesar de ello, los resultados de la comparación de la suma de costos según el servicio son totalmente válidos, pudiendo ser la excepción la comparación entre el costo total de la telefonía fija y el costo total del ADSL desnudo. Es decir, la escala de cada elemento de costos no es importante al comparar los costos de cada servicio individual, pero sí es importante al comparar los costos de cada servicio individual contra los costos de la venta conjunta (ya sea venta empaquetada que incluye un descuento, o venta atada sin descuento).

Así, tal como señaló este CCO en la Resolución N° 017-2012-CCO/OSIPTEL, en este caso en particular, la racionalidad económica de una estructura de precios del “servicio de Internet por ADSL empaquetado con el servicio de telefonía fija alámbrica” y del “servicio de Internet por ADSL solo” implica que:

- (i) El precio del servicio telefónico incluya todos los costos relacionados con la provisión de este servicio.
- (ii) El precio del servicio DSL incluya todos los costos relacionados con la provisión de este servicio.
- (iii) Existen costos comunes entre el servicio telefónico y el ADSL. Estos costos están relacionados al bucle de abonado
- (iv) Cuando se compran ambos servicios de forma conjunta el costo del bucle de abonado solo debe ser cargado una vez. Esto justifica que el precio de un paquete de servicios sea menor a la suma de los precios individuales.
- (v) La compra del DSL desnudo debe ser más barata que la compra de este servicio empaquetado con el de telefonía fija, ya que se evitan los costos específicos del servicio telefónico y las llamadas incluidas en el plan.

Luego, si bien la lógica económica indicaba que el servicio de acceso a Internet debería ser más barato que un paquete de servicios, debe determinarse qué diferencia entre estas tarifas de los Dúos y el Internet “solo” no generará los mismos efectos que la venta atada, esto es, la vinculación con el servicio telefónico.

Al respecto, Nalebuff (2005) señala que en las tarifas de servicios empaquetados se pueden generar efectos excluyentes, similares a los de una venta atada, cuando el precio incremental de un paquete A-B sobre el precio del producto A en forma individual es menor que los costos medios variables de largo plazo de B. Para ello además es necesario que la empresa tenga poder de mercado en el producto A y enfrente competencia en el producto B.

En ese sentido, la STCCO analizó si los diferenciales de S/. 5 y S/. 10 en las tarifas de los servicios empaquetados (dúos) con respecto a la contratación del servicio de acceso a internet de forma individual, podrían tener un efecto anticompetitivo al no cubrir los costos específicos del tráfico de llamadas otorgado en los planes de telefonía fija empaquetados.⁶⁸

De esta manera se observó que la diferencia entre el precio de los Dúos de TELEFÓNICA y el precio del Internet “solo” podría no ser suficiente para cubrir los costos del tráfico que se cursaría a través de los planes de telefonía fija incluida en los paquetes.

Asimismo, si se revisaba la oferta comercial de los operadores alternativos se puede ver que lo máximo que se ofrece por un plan de S/. 5 son 30 minutos, en el caso del plan “Prepago promoción al paquete 2” de TELEFÓNICA MÓVILES. Otros planes que ofrecen llamadas ilimitadas como los de TELEFÓNICA tienen precios más elevados. A manera de ejemplo, el plan “Abierto 250” de AMÉRICA MÓVIL ofrece

⁶⁸ Ver páginas 79 a 84 del Informe Instructivo.

llamadas ilimitadas on-net y 250 minutos multidestino a un costo mensual de S/. 44 (hay que considerar también que la red on-net de AMÉRICA MÓVIL es mucho más reducida que la de TELEFÓNICA).

Cabe destacar que si bien muchos planes de la competencia pueden tener ciertas características atractivas para algunos tipos de consumidores (en el caso de los planes prepago, inalámbricos, o de voz por IP), estas características pueden pasar a un segundo plano cuando solo deben pagarse S/. 5 o S/. 10 para acceder a un plan telefónico con llamadas locales ilimitadas, o cuando el precio implícito de la telefonía fija es negativo, como en los paquetes con velocidades de 1 y 2 Mbps. En ese sentido, una diferencia de apenas S/. 5 o S/. 10 no parece obedecer a razones de eficiencia sino más bien a la búsqueda de generar una vinculación entre el servicio de acceso a Internet y el servicio telefónico, con los mismos efectos de una venta atada. Por lo tanto, la STCCO consideró que la estructura tarifaria de las rentas mensuales de los servicios empaquetados podría estar generando los mismos efectos que la venta atada por la cual se sancionó a TELEFÓNICA, lo cual es mucho más evidente en las velocidades de 1 y 2 Mbps. Por ello, si a dicha estrategia le adicionamos el costo de instalación establecido por Telefónica para la contratación de su servicio de Internet ADSL “solo”, la STCCO consideró que claramente estaría incurriendo en una conducta de efectos equivalentes a la atadura sancionada en el procedimiento principal.

En sus comentarios al Informe Instructivo, TELEFÓNICA señala que las tarifas que aplican no son anticompetitivas, sino que responden a la competencia por paquetes que existe en el mercado y a las estrategias de sus principales competidores.

Al respecto, debe señalarse que en el procedimiento principal ya se había demostrado que mientras TELEFÓNICA vendía sus servicios empaquetados a tarifas mucho menores que las del servicio de acceso a internet (que estaba atado), AMÉRICA MÓVIL, su principal competidor tenía otra estrategia, que sería más adecuada, ya que vendía los servicios individuales a tarifas menores que las del paquete. Asimismo, si se considera la dominancia demostrada de TELEFÓNICA, queda en evidencia que más bien son los competidores quienes tratan de responder a las estrategias de TELEFÓNICA, ello con la finalidad de no perder su presencia en el mercado.

De otro lado, en su defensa, TELEFÓNICA señaló que el análisis realizado por la STCCO parece ser el de una conducta explotativa, ya que aparentemente se estaría afirmando que el precio del servicio “Naked” es muy caro. De esta manera, en opinión de TELEFÓNICA, se pretendería, de forma indirecta, imponer una regulación de precios, imponiéndole el precio al que debería comercializar su servicio “Naked”. Asimismo, la empresa imputada señala que la STCCO pretende que *“Telefónica vaya contra la lógica comercial de cualquier empaquetamiento y aumente los precios ofrecidos a los consumidores”*.

Al respecto, conforme lo indicado previamente, es preciso indicarle a TELEFÓNICA que el primer extremo de la medida correctiva no busca, ni directa ni indirectamente, ninguno de los propósitos señalados por TELEFÓNICA. Conforme fue expresado de manera previa, las facultades conferidas a las instancias de solución de controversias del OSIPTEL se encuentran establecidas en el marco jurídico vigente, siendo que, por ningún motivo pretende realizar una regulación tarifaria ni de los paquetes de

servicios ni de los servicios “Naked”. Asimismo, cabe recordarle a TELEFÓNICA que, el TSC ya se ha pronunciado respecto de este mismo argumento en el fundamento N° 581 de la Resolución N°004-2013-TSC/OSIPTEL, con motivo de su recurso de apelación durante el trámite del procedimiento principal.

En tal sentido, debe quedar en claro que el primer extremo de la medida correctiva, busca proteger y salvaguardar el proceso competitivo en los mercados de telecomunicaciones, siendo el caso que, en ningún momento el Órgano Instructor ha afirmado que las tarifas de los servicios empaquetados son muy bajas, o que las tarifas de los servicios “Naked” son muy altas. Por el contrario, lo que ha señalado en su Informe Instructivo, es que la estructura tarifaria de los servicios empaquetados y el Internet “Naked”, contribuye a generar preferencias artificiales a favor de los primeros, siendo el caso que estas preferencias artificiales se generan debido a que al establecerse un diferencial muy pequeño o negativo entre la tarifa de un paquete de servicios y la tarifa del servicio de Internet “Naked”, el consumidor podría optar por contratar el paquete debido a su menor costo con respecto a lo que le costaría contratar el Internet “Naked” de TELEFÓNICA y el servicio telefónico de otro operador, sin que exista racionalidad económica en dichas tarifas y/o porque se incurre en una conducta de efectos excluyentes.

Asimismo, debe señalarse también que, la STCCO nunca ha negado la existencia de efectos positivos y beneficios de los empaquetamientos por ello, nunca se ha intentado prohibirlos per sé, por el contrario, TELEFÓNICA debe recordar que, tanto en el Informe Instructivo N° 020-STCCO/2012 y en la Resolución de este CCO N° 017-2012-CCO/OSIPTEL, correspondientes al procedimiento principal, así como en el Informe Instructivo correspondiente al presente procedimiento sancionador, se han reconocido expresamente las eficiencias que se pueden generar cuando se realiza una venta conjunta. Sin embargo, debe reconocerse también que estas sinergias y eficiencias, como las llama TELEFÓNICA, solo pueden aprovecharse cuando el usuario desea realmente contratar un paquete de servicios de un mismo operador, y no debe buscarse imponerlas a los usuarios, con lo cual desplaza la demanda de los competidores.

Asimismo, la empresa operadora no ha podido sustentar la evidente falta de lógica económica en el hecho de que un servicio termine costando más caro que dos que se brindan sobre la misma infraestructura.

Finalmente, respecto al análisis de las tarifas de TELEFÓNICA, debe señalarse que no se ha realizado un análisis de precios predatorios, ni se ha imputado dicha conducta debido a que, como es de conocimiento de la propia empresa, dicho análisis escapa del marco del presente procedimiento sancionador, el mismo que se encuentra referido a evaluar el cumplimiento de la medida correctiva por parte de la empresa. En esta misma línea, en relación al primer extremo de la medida correctiva, este CCO se ha limitado a evaluar la persistencia de la venta atada ya sancionada durante el procedimiento principal o, si se viene produciendo una conducta que tenga el mismo efecto que la venta atada realizada en el marco de dicho procedimiento.

De otro lado en sus comentarios al Informe Instructivo, TELEFÓNICA señala que *“si los diferenciales de precios son muy pequeños o incluso negativos (en tanto no sean predatorios), no se trata de una conducta de efectos equivalentes”*. Al respecto, este CCO debe señalar que este procedimiento de ejecución no busca sancionar

conductas diferentes a la sancionada en el procedimiento principal (ventas atadas), sino que busca determinar si TELEFÓNICA cumplió con la media correctiva dictada por este CCO. En ese sentido, no se debe profundizar en el análisis de una conducta de precios predatorios producto de la estructura tarifaria de TELEFÓNICA.

Según los Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Libre Competencia en el Ámbito de las Telecomunicaciones⁶⁹ (en adelante, Los Lineamientos), los precios predatorios son *“aquéllos que resultan inferiores a un nivel determinado de costos, establecidos con la intención de eliminar del mercado a uno o varios de los competidores.”* En ese sentido, este procedimiento no ha buscado determinar si TELEFÓNICA vende sus paquetes de servicios a precios inferiores a sus costos. Lo que este procedimiento ha buscado determinar es si a través de su estructura tarifaria TELEFÓNICA induce de manera indebida a la contratación de sus servicios empaquetados a usuarios que solo quieren contratar el servicio de acceso a internet con ella.

Cabe destacar que, el que el hecho de que la STCCO no haya señalado la existencia de una conducta de precios predatorios no significa que dicha conducta no pueda existir eventualmente, sino que la misma no se ha evaluado, ya que no forma parte de este procedimiento. Asimismo, debe señalarse que, una estructura tarifaria como la establecida por TELEFÓNICA no solo podría encubrir una conducta de predios predatorios, sino que también podría esconder una conducta de subsidios cruzados⁷⁰ o de discriminación de precios. En efecto, la estructura de precios de la empresa podría estar discriminando en contra de los consumidores que solo desean obtener el servicio de internet fijo.

La STCCO realizó un análisis con respecto a si los diferenciales de S/. 5 y S/. 10 que tienen algunos dúos de servicios de acceso a internet y telefonía fija con respecto a la tarifa individual del primero de ellos son suficientes para cubrir los costos específicos del segundo. Dicho análisis demostró que dependiendo del perfil de consumo del servicio de telefonía fija de los usuarios, estos diferenciales no serían suficientes para cubrir los costos de los minutos otorgados en los planes de tarifa plana (24 horas al día) y semiplana (en horario reducido) que ofrecen minutos ilimitados dentro de la red de TELEFÓNICA.

A su vez, este análisis permite señalar que la estructura tarifaria en la que los dúos de internet y telefonía fija de TELEFÓNICA son solo S/. 5 y S/. 10 más caros que la conexión individual del servicio de acceso a internet, tiene un importante potencial anticompetitivo. Esta afirmación se basa en que por ejemplo, si un usuario quiere contratar el servicio de acceso a internet de TELEFÓNICA, pero quiere el servicio telefónico de otro operador, porque por ejemplo le ofrece la posibilidad de que sea

⁶⁹ Aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 020...

⁷⁰ Según los Lineamientos, una conducta de subsidios cruzados es aquella *“en la que los precios que determina una empresa para un producto en un mercado relevante determinado no reflejan sus costos y un margen de ganancia razonable, sino que más bien son el reflejo de precios de transferencia provenientes de ingresos resultantes de precios fijados en otros mercados relevantes por la misma empresa o una empresa relacionada a ésta.”*

inalámbrico y prepago, se verá incentivado a contratar el dúo de TELEFÓNICA, que solo le cuesta S/. 5 o S/. 10 más. Así, si por solo S/. 5 más puede contratar un plan como los que ofrece TELEFÓNICA, con minutos ilimitados, no habrá un plan de algún competidor, que puede ser preferido por el usuario, que tenga una tarifa de S/. 5 o menos, ni siquiera considerando características distintas de servicio prepago e inalámbrico.

En ese sentido, tanto la STCCO como este CCO consideran que los diferenciales de S/. 5 y S/. 10 podrían generar los mismos efectos anticompetitivos que la venta atada por la que TELEFÓNICA fue sancionada.

Sin embargo, este CCO considera también que, así como lo ha señalado TELEFÓNICA, la propia regulación sectorial, a través del Reglamento General de Tarifas, solo sanciona que la tarifa individual de cada uno de los servicios en forma separada sea mayor que el pago respecto a la tarifa total del paquete del cual forma parte. En ese sentido, la regulación sectorial dictada por el OSIPTEL no establece un diferencial mínimo entre la tarifa del servicio individual y cada uno de los servicios que lo componen, solo basta que la tarifa del paquete sea mayor que los servicios contratados de forma individual.

Por tanto, este CCO no podría declarar la ilegalidad de los diferenciales de S/. 5 y S/. 10, ya que en la actualidad, esta conducta se encontraría permitida por la regulación sectorial vigente.

De otro lado, cabe destacar que en su escrito de descargos, la propia TELEFÓNICA ha revelado cuáles son sus incentivos para mantener una vinculación de los servicios de acceso a Internet y telefonía fija. En primer lugar TELEFÓNICA reconoce que busca ampliar su base de teléfonos fijos debido a que esto le generará un beneficio por el incremento de las externalidades de red, es decir, a la empresa operadora le interesa tener más abonados de telefonía fija porque esto generará que su red sea más valorada por los usuarios, ya que de esta manera, a través de las externalidades de red, los usuarios verán que perteneciendo a la red de TELEFÓNICA podrán tener una mayor red de contactos con los cuales comunicarse, esto especialmente aprovechando sus planes de telefonía fija con llamadas ilimitadas on-net (tarifas plana y semiplana).

Asimismo, la propia TELEFÓNICA reconoce que la telefonía fija le permite tener mayores ingresos variables, ya que si un usuario supera los minutos que le asigna su plan, se verá en la necesidad de adquirir o consumir minutos adicionales. Estos ingresos extras son atractivos para TELEFÓNICA y no se los permite el servicio de acceso a Internet, pues éste tiene una tarifa fija. Así, TELEFÓNICA reconoce que una mayor red de telefonía fija le permite maximizar su utilidad neta global.

En virtud de las consideraciones expuestas, este CCO concluye que, **TELEFÓNICA ha incumplido con el primer extremo de la medida correctiva al aplicar una estrategia en la que, a través de las condiciones de contratación, los cargos de instalación y el cargo fijo mensual (para el caso de las velocidades de 1 y 2 Mbps, donde se advierten diferenciales negativos), viene generando efectos equivalentes a los de la venta atada**, en la medida que a través de los conceptos económicos antes expuestos TELEFÓNICA incentiva de forma artificial y anticompetitiva la contratación del servicio de acceso a Internet vinculado con el

servicio de telefonía fija, por lo cual no estaría cumpliendo con la medida correctiva ordenada por este CCO y confirmada por el TSC, en su primer extremo.

11.3 Análisis del cumplimiento del Segundo Extremo de la medida correctiva

En la misma línea de lo expresado por la STCCO en su Informe Instructivo, el análisis del cumplimiento del Segundo Extremo de la medida correctiva, deberá ser analizado, conforme a lo ordenado por el TSC a través de la Resolución N° 004-2013-TSC/OSIPTEL, a la luz del Principio de Razonabilidad.

Por tanto, partiendo de una lectura del fundamento 582 de la referida Resolución del TSC, se advierte que previamente a la contratación del servicio y en cualquier momento en que le sea solicitado *“TELEFÓNICA deberá informar a sus abonados y/o usuarios respecto de la posibilidad de mantener y/o adquirir su servicio de Internet sin necesidad de contar necesariamente con el servicio de telefonía fija de esta misma empresa”*. Asimismo, el TSC indicó respecto a la difusión de la disponibilidad de dicho servicio que, *“esta obligación deberá hacerse efectiva cada vez que TELEFÓNICA difunda –ya sea por medio impreso, digital, radial, televisivo u otro análogo- su oferta del servicio de Internet ADSL “solo”*.

Ahora bien, de la lectura del texto previamente citado y en aplicación del Principio de Razonabilidad, este CCO es de la opinión que, al momento de difundir la mencionada información a los usuarios y/o abonados, la empresa operadora podía emplear cualquiera de los medios que decida utilizar para tal efecto, sin que sea necesario que emplee absolutamente todas las vías de información con las que cuente siempre que sea un mecanismo de difusión accesible y que se cumpla con proporcionar la información necesaria para que el usuario y/o abonado tome una decisión o realice una elección adecuadamente informada, o efectúe un uso o consumo adecuado de dicho servicio⁷¹.

En sus comentarios al Informe Instructivo, la empresa argumenta que el mandato ordenado no establecía detalle sobre el contenido y alcances del tipo de información que debía ser puesta a disposición de los usuarios, ya que era genérico y establecía la carga de informar acerca de la disponibilidad de oferta desempaquetadas, sin precisar que existiese la obligación adicional de detallar ciertos aspectos vinculados, como lo podrían ser la cobertura, requisitos para acceder al Internet Naked, planes tarifarios, entre otros, siendo que ello apunta a la protección del consumidor y no a la protección de la competencia. Por tanto, de acuerdo a la empresa, al efectuar la interpretación del segundo extremo de la medida correctiva, la STCCO habría ido más allá del texto, adoptando una interpretación extensiva, contraria al Principio Pro Homine.

Al respecto, este CCO considera que no resulta razonable sostener que el segundo extremo de la medida correctiva ordenada únicamente exigía a la empresa operadora informar respecto de la disponibilidad del servicio de Internet ADSL “solo”, más no de las características de dicho servicio o de sus condiciones de contratación, ya que ello

⁷¹ Recordemos que la GFS a través del Informe de Supervisión N° 038-GFS/2014 del 09 de enero de 2014 fue de la opinión que, la obligación de difusión de la información sobre la disponibilidad del servicio de Internet ADSL solo, *“debería ser cumplida a través de todas las vías de información al usuario con las que cuente la empresa operadora”*. Sin embargo, la STCCO indicó que, la Resolución N° 004-2013-TSC/OSIPTEL del TSC no contempló que el cumplimiento de dicha obligación se ejecute en absolutamente todos los canales de difusión que tenga la empresa operadora, pues existen numerosos medios de difusión a su alcance, entre ellos; el medio impreso, digital, radial, televisivo, entre otros, los cuales son mecanismos accesibles a los usuarios.

vulneraría el derecho a la información de los usuarios a recibir de la empresa operadora la información necesaria para tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada en la contratación de los servicios públicos de telecomunicaciones, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de dichos servicios. Incluso, el sostener una postura como la indicada por TELEFÓNICA constituye una infracción a la obligación de brindar información clara, veraz, detallada y precisa, previamente a la contratación y en cualquier momento en que le sea solicitada por los usuarios y/o abonados, la cual resulta exigible a las empresas operadoras de servicios públicos, en aplicación del artículo 6° del TUO de las Condiciones de Uso⁷².

Asimismo, es conveniente precisarle a TELEFÓNICA, que el CCO no se encuentra evaluando un procedimiento sancionador por el incumplimiento del artículo 6° del TUO de Condiciones de Uso, sino que el contenido de dicha disposición constituye el parámetro referencial que servirá para evaluar si TELEFÓNICA ha cumplido con: i) brindar información a los usuarios y/o abonados respecto a la disponibilidad del servicio de Internet ADSL “solo”, cada vez que esta información es solicitada y; ii) brindar la información suficiente, relevante y necesaria acerca de las características y condiciones del servicio que permitirán al usuario y/o abonado tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada en la contratación del mencionado servicio, así como efectuar un uso o consumo adecuado del mismo.

De otro lado, en sus comentarios al Informe Instructivo, la empresa operadora indica que aún en el escenario que se estime que el CCO puede asumir la fiscalización del artículo 6° del TUO de las Condiciones de Uso vía sanción de las medidas correctivas de libre competencia, TELEFÓNICA no se encontraba obligada a brindar de forma espontánea toda la información descrita en los catorce numerales que conforman dicha disposición, toda vez que, cualquier información insuficiente o que se omita en el período previo a la contratación, no configuraría en estricto una violación del artículo 6° en mención ya que, solo si verifica que al momento mismo de efectuar la adquisición la información inicialmente entregada no sea completa, se habrá vulnerado lo dispuesto por dicho artículo.

Sobre el particular, este CCO ha dejado en claro que no se encuentra asumiendo la fiscalización del artículo 6° del TUO de las Condiciones de Uso, ya que la referencia a dicho texto normativo es únicamente referencial y tiene como objetivo, establecer un parámetro para evaluar el nivel de análisis expuesto en el numeral ii) previamente descrito, siendo que, la fiscalización del incumplimiento de dicha norma escapa del ámbito de las competencias de este CCO. Sin embargo, como se demostrará más adelante, no resultaría necesario efectuar el análisis expuesto en el numeral ii), ya que éste parte del supuesto que TELEFÓNICA informe que el servicio de Internet ADSL

⁷² TUO de las Condiciones de Uso de los servicios públicos de telecomunicaciones, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 138-2012-CD/OSIPTEL.

“Artículo 6°.- Información básica a ser proporcionada por la empresa operadora

Toda persona tiene derecho a recibir de la empresa operadora la información necesaria para tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada en la contratación de los servicios públicos de telecomunicaciones, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de dichos servicios.

La empresa operadora está obligada a brindar, previamente a la contratación y en cualquier momento en que le sea solicitada, información clara, veraz, detallada y precisa, como mínimo sobre:

- (i) *El servicio ofrecido;*
- (ii) *Las diversas opciones de planes tarifarios;*
- (iii) *Los requisitos para acceder al servicio;*
- (iv) *La cobertura o alcance del servicio;*
- (v) *Las características, modalidades y limitaciones del servicio ofrecido;*
- (...).”

“solo” se encuentra disponible, sin embargo, conforme será posteriormente detallado, la empresa operadora ni siquiera cumplió con el primer nivel de análisis, esto es, no informó que el mencionado servicio se encontraba disponible en el mercado afectando con ello, los derechos de los usuarios y/o abonados.

De otro lado, es preciso indicarle a TELEFÓNICA que el mencionado artículo 6° del TUO de las Condiciones de Uso indica de manera expresa que **la empresa operadora se encuentra obligada a brindar, previamente a la contratación y en cualquier momento en que le sea solicitada**, información clara, veraz, detallada y precisa, como mínimo sobre el servicio ofrecido, las diversas opciones de planes tarifarios, requisitos para acceder al servicio, características, modalidades y limitaciones del servicio, entre otras condiciones establecidas en el mencionado artículo. Por tanto, la norma es clara al indicar que la información con los parámetros descritos, debe ser proporcionada previamente a la contratación y en cualquier momento que el usuario y/o abonado se lo solicite, no pudiendo ser subsanada de manera posterior a través de la celebración del contrato, ya que precisamente de ser éste el caso, nos encontraríamos en el supuesto en el cual el usuario habría tomado una decisión de consumo sin contar con información completa y relevante para efectuar dicha decisión.

Asimismo, llama la atención de este CCO que TELEFÓNICA alegue la aplicación del Principio de Razonabilidad únicamente en ciertos extremos de la medida correctiva, y en otros, como se da en este caso, alegue una interpretación literal de la misma, que devendría en inútil el objetivo que se buscó salvaguardar con este segundo extremo de la medida correctiva.

Por tanto, de acuerdo al Principio de Razonabilidad, en este segundo extremo de la medida correctiva corresponderá analizar, si de las acciones de supervisión realizadas por este Organismo Regulador, así como de la información solicitada a la empresa operadora; se advierten indicios de que TELEFÓNICA estuviese condicionando la contratación del servicio de acceso a Internet a la contratación de su servicio de telefonía fija, visto desde la perspectiva del usuario, por lo que resulta necesario efectuar el nivel de análisis previamente descrito.

Ahora bien, en sus argumentos de defensa, TELEFÓNICA señala que la STCCO ha realizado un análisis separado de cada medio informativo, exigiendo un alto nivel de exhaustividad en cada uno de ellos, en lugar de evaluar la amplitud de los medios utilizados por TELEFÓNICA para poner a disposición de los clientes la información, elaborando un análisis del contenido y corrección de esta información que supera el mandato de la medida correctiva.

Al respecto, debe indicarse que, el presente procedimiento se rige supletoriamente por lo establecido en el Código Procesal Civil⁷³, conforme al cual el material probatorio es evaluado por el juzgador conforme al sistema de libre valoración de la prueba⁷⁴. De acuerdo a este sistema, *“el juzgador tiene libertad para valorar los medios de prueba,*

⁷³ 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.

⁷⁴ Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial N° 10-93-JUS

Artículo 197.- Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión.

es decir, ya no está sujeto a reglas abstractas preestablecidas por la ley, pero su valoración debe ser efectuada de una manera razonada, crítica, basada en las reglas de la lógica, la sicología, la técnica, la ciencia, el derecho y las máximas de la experiencia aplicables al caso”⁷⁵.

Por tanto, en el presente caso, de la revisión del expediente se aprecia que la STCCO ha valorado todos los medios probatorios actuados a lo largo de la etapa de instrucción preventiva en su conjunto, en especial al contenido del Informe de Supervisión N° 038-GFS/2014, así como de las Actas de Levantamiento de Información; Actas de Supervisión, transcripciones y/o audios a las supervisiones realizadas mediante llamadas de prueba al Call Center de TELEFÓNICA y la información remitida por la propia empresa operadora.

Al respecto, es preciso indicar que el segundo extremo de la medida correctiva ordenada por este CCO, esto es, a través de los medios probatorios actuados se analizó si TELEFÓNICA informaba a sus usuarios y/o abonados respecto a la posibilidad de contratar el servicio de Internet ADSL “solo”, al momento en que estos recurrían a los canales regulares de contratación con la empresa, permitiendo con ello que se realice dicha contratación sin mayores dificultades.

En virtud de las consideraciones expuestas, este CCO ha considerado conveniente efectuar un análisis integral de la información presentada por la empresa operadora así como del Informe de Supervisión N° 038-GFS/2014, el mismo que contiene el resultado de las acciones de supervisión llevadas a cabo en las instalaciones de la empresa operadora, las llamadas de prueba al Call Center de dicha empresa y demás información relevante obtenida por la GFS a efectos de cumplir con el encargo requerido por la STCCO.

Finalmente, cabe indicar que, las acciones de supervisión realizadas por la GFS fueron realizadas durante el transcurso del Primer Período inmediatamente posterior al vencimiento del plazo de cumplimiento de la medida correctiva, esto es, entre los meses de octubre a diciembre del 2013.

11.3.1 Sobre las acciones realizadas por TELEFÓNICA para dar cumplimiento al segundo extremo de la medida correctiva

Del análisis efectuado por la STCCO en su Informe Instructivo, se concluyó que, de la información remitida por la GFS con motivo de las diversas acciones de supervisión realizadas, quedaría acreditado que TELEFÓNICA no cumplió con el segundo extremo de la medida correctiva, conforme lo dispuesto por este CCO.

En particular, la STCCO advirtió la existencia de medios probatorios suficientes que acreditarían que TELEFÓNICA no había cumplido con la obligación de informar a sus usuarios y/o abonados respecto a la posibilidad de contratar el servicio de Internet ADSL “solo”, al momento en que estos recurrieron a los canales regulares de contratación con la empresa, para el caso a través de llamadas telefónicas y de los

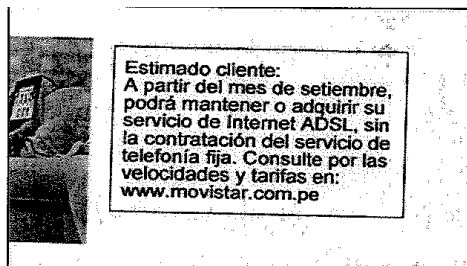
⁷⁵ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. Apuntes sobre la valoración de los medios de prueba. Lima: Revista Peruana de Derecho Procesal, Mayo1998, Tomo II, pág. 57.

centros de atención al cliente de la empresa, permitiendo con ello que estos efectúen dicha contratación sin mayores dificultades y que la información proporcionada por la empresa operadora guarde los parámetros establecidos en el artículo 6° del TUO de las Condiciones de Uso de los servicios públicos de telecomunicaciones.

Al respecto cabe indicar que a efectos de cumplir con el segundo extremo de la medida correctiva impuesta por este CCO, TELEFÓNICA sólo realizó las siguientes acciones:

- Emitió recibos en el mes de setiembre de 2013, a través de los cuales, la empresa operadora colocó en la parte inferior derecha de la página número 1, un comunicado indicando que, a partir del mes de setiembre los usuarios podrán adquirir y/o mantener el servicio de internet ADSL, sin contratar el servicio de telefonía fija. Asimismo, de la revisión del Informe de Supervisión N° 038-GFS/2014, la GFS concluyó que los abonados que se encontraron en situación de corte de servicio y por ende, no recibieron facturación en el mes de setiembre, no habrían sido comunicados sobre el servicio de Internet ADSL “solo” a través de dicho medio.

A continuación, se adjunta la imagen de los recibos telefónicos que contiene el aviso a los abonados de la empresa operadora:



- Información brindada a través de su portal web, mediante la cual la empresa operadora comunicó la posibilidad de mantener o adquirir, desde el 01 de setiembre de 2013, el servicio de Internet ADSL sin la contratación del servicio de telefonía fija, conforme se advierte de las siguientes imágenes obtenidas al 01 de octubre de 2013:

Personas Negocios Empresas

productos tienda promos ayuda

Internet Fijo

Beneficios

A partir del 1 de setiembre podrá mantener o adquirir su servicio de Internet ADSL, sin la contratación del servicio de telefonía fija, bajo nuevas tarifas promocionales.

Consulta aquí

¿Qué es el servicio de Internet de Movistar?

Es la conexión permanente a Internet de alta velocidad y con tarifa plana basada en la tecnología de línea Ancho ADSL. Esta tecnología transmite a mayor la velocidad de descarga e recepción de información, haciéndola superior a la velocidad de ancho de información.

Beneficios:

Protección mayor al uso de Internet

Servicio a medida disponible

Personalización personalizada

A partir del 1 de setiembre podrá mantener o adquirir su servicio de Internet ADSL, sin la contratación del servicio de telefonía fija, bajo nuevas tarifas promocionales.

Consulta aquí

Movistar Internet

Velocidad	Precio con servicio telefónico asociado (1)	Precio sin servicio telefónico asociado (2)
200 Kbps	S/. 98.16 Comprar	S/. 109.00
400 Kbps	S/. 118.00 Comprar	-
500 Kbps	S/. 55.00	-
1 Mbps	S/. 59.58 Comprar	S/. 84.00
2 Mbps	S/. 89.00	-
4 Mbps	S/. 109.00 Comprar	S/. 119.00
6 Mbps	S/. 139.00 Comprar	S/. 149.00
10 Mbps	S/. 169.00	-

(2) Internet ADSL sin Línea Fija asociada. Clientes nuevos tendrán un costo promocional de instalación + módem: S/. 199. Disponible en Multicentros Movistar y a través del *2020 (desde cualquier Movistar) o 080016253 (desde cualquier operador). No disponible en Tienda Online. Clientes que cuenten con algún Trio, Duo Internet o Monoproducto y deseen migrar a este servicio, no pagan costo de instalación y no contarán con servicio durante 7 días hábiles desde solicitada la migración.

Sin embargo, como indicó la GFS se verificó que la empresa operadora ofrecía el Internet ADSL "solo" únicamente en las velocidades de 200 kbps, 1, 4 y 6 mbps, a través de su página web.

Asimismo, por su parte, a efectos de supervisar el cumplimiento del segundo extremo de la medida correctiva, a solicitud de la STCCO, la GFS realizó una serie de acciones de supervisión cuyos resultados se encuentran plasmados en el Informe Instructivo:

- En relación a dichas acciones, en el mes de octubre de 2013, la GFS realizó una serie de acciones de supervisión mediante llamadas de prueba al Call Center de TELEFÓNICA (104), en diversos departamentos del país; Amazonas, Junín, Puno, Moquegua, Huancavelica, Madre de Dios, Tacna, Lambayeque, Ucayali y San Martín.
- Con fechas 19 y 29 de noviembre, los supervisores de GFS realizaron una serie de acciones de supervisión a las instalaciones de TELEFÓNICA, en la ciudad de Lima, en particular en los distritos de; Los Olivos, San Juan de Miraflores, Santa Anita, Santiago de Surco, San Isidro, y en los departamentos de Ancash, Cusco, Huánuco, Ica, Junín, La Libertad, Lambayeque, Madre de Dios, Puno, San Martín, Tacna, Tumbes y Ucayali.

Para el presente caso, se observó que, en diez (10) de las llamadas efectuadas a través del Call Center de la empresa y de una (01) de las supervisiones realizadas a sus instalaciones, se advirtió que la empresa operadora negó la posibilidad de contratar el servicio de Internet ADSL “solo”, al momento que esta información le fue consultada. Incluso, para algunos casos, se observó que en la práctica TELEFÓNICA dificultaría la contratación de dicho tipo de servicio, generando barreras a la contratación y elevando los costos de transacción para los usuarios, por lo que, no habría dejado de condicionar la contratación del servicio de acceso a Internet a la contratación de su servicio de telefonía fija, desde la perspectiva del usuario.

Asimismo, en relación a las acciones de supervisión realizadas mediante llamadas de prueba al Call Center de TELEFÓNICA, se advirtió que en diez (10) de treinta y cinco (35) llamadas, los representantes de la empresa operadora no informaron acerca de la posibilidad de contratar el servicio de Internet ADSL sin línea fija asociada, para las siguientes localidades: Junín, Puno, Moquegua, Huancavelica, Madre de Dios, Lambayeque y Ucayali. Al respecto, la STCCO concluyó que, pese a que las llamadas en cuestión no fueron efectuadas al número *2020 que figuraba en la Nota 2 de la Sección de Internet Movistar de la página web de la empresa, todo el personal que brinda atención al usuario, debería encontrarse informado acerca de todos los productos que ofrece la empresa, a efectos de no inducir a error al usuario al momento de efectuar la contratación de un servicio. Incluso, para el caso de estas diez (10) llamadas, los representantes de la empresa negaron la posibilidad de contratar el servicio de Internet ADSL “solo” sin proporcionar el número *2020, a través del cual supuestamente se efectuarían este tipo de contrataciones.

Por otro lado, de las supervisiones efectuadas a los centros de atención al cliente de la empresa, no sólo se concluyó que la empresa negó la posibilidad de contratar el servicio de Internet ADSL “solo”, sino que incluso proporcionó información distinta (en cuanto a las condiciones técnicas) para cada departamento o distrito, en el cual se le consultó, por lo que ésta no habría sido proporcionada de manera clara y precisa, a efectos que los usuarios y/o abonados puedan tomar una decisión de consumo adecuada.

En relación a la difusión de la oferta del servicio de Internet fijo vía ADSL “solo” de forma independiente a la contratación del servicio de telefonía fija, a través de cualquiera de los canales con los que cuente la empresa, se advirtió que, para el Primer periodo inmediatamente posterior al vencimiento del plazo de cumplimiento de la medida correctiva, la empresa no habría cumplido con informar al público en general respecto de la posibilidad de contratar dicho servicio indicando las todas las condiciones técnicas del servicio (todas las velocidades ofrecidas en el mercado), lo cual pudo ser contrastado con el análisis efectuado al primer extremo de la medida correctiva anteriormente expuesto y con el detalle de la información brindada a través de su página web y recibos telefónicos.

En relación a las conclusiones arribadas por la STCCO, TELEFÓNICA ha aducido que la STCCO habría efectuado un análisis selectivo e incompleto cuando consideró erróneamente como incumplimiento el hecho que en solo una (01) de las diecinueve (19) inspecciones realizadas en los locales de venta, no se había informado sobre el servicio de Internet ADSL “solo”, ya que, para este caso en concreto, las omisiones de los empleados no pueden imputársele a TELEFÓNICA, más aún cuando esta cumplió con brindarles la capacitación adecuada, por lo que no puede pretenderse que sea responsable por el actuar indebido de sus empleados, en tanto existiría un caso de ruptura del nexo causal de responsabilidad.

Asimismo, TELEFÓNICA argumenta en su escrito de comentarios al Informe Instructivo que, la STCCO se fija únicamente en la excepción para sancionar a la empresa, como si se tratara de una política sistemática de desinformación, siendo que, en aplicación del principio de razonabilidad, cuando se dan casos residuales o de complejo control del administrado, debe interpretarse como un supuesto esporádico dentro de una política general de cumplimiento, es así que, el error de un empleado de manera alguna puede ser considerado como una estrategia de incumplimiento, ya que TELEFÓNICA fue cuidadosa de cambiar su política y adoptó medidas bajo la voluntad corporativa de cumplir adecuadamente con el segundo extremo de la medida correctiva.

Sobre el particular, cabe indicar que las conclusiones arribadas por la STCCO en su Informe Instructivo, parten de un análisis integral de todos los medios probatorios actuados en el expediente, por lo que es inexacto afirmar que la STCCO haya determinado el incumplimiento del segundo extremo de la medida correctiva, sólo sobre la base del incumplimiento detectado en el establecimiento comercial de Santa Anita.

Conforme lo descrito en el Informe Instructivo, la STCCO advirtió que, para el caso de la supervisión efectuada en el centro de atención al cliente ubicado en Santa Anita, TELEFÓNICA no cumplió con informar respecto de la disponibilidad del servicio de Internet ADSL “solo”. Asimismo, de la revisión del Acta de Supervisión, llevada a cabo el día 19 de noviembre de 2013, en el centro de atención al cliente, ubicado en Av. Carretera Central 111, Tda. I-3ª P.2, Centro Comercial Mall Aventura Plaza del distrito de Santa Anita, se dejó constancia de lo siguiente:

*“Solo realizan la venta de Internet como “dúo” o “trío”, no es posible comercializar la venta del servicio de Internet como monoprodueto. Por este motivo se insistió en que solo se deseaba adquirir el servicio de Internet pero la asesora de **Telefónica indicó nuevamente que***

no era posible, puesto que sólo ofrecían el servicio empaquetado
y nos adjuntó un folleto indicando que si deseábamos podíamos adquirir cualquiera de los paquetes “dúos” o “tríos” que figuran en el mismo.

Así, en relación a este aspecto, nos encontramos ante una situación que pudo haber sido fácilmente superada por TELEFÓNICA de haber actuado con la diligencia debida al momento de instruir a los Asesores Comerciales del establecimiento de Santa Anita y, al propio Jefe de la Tienda, respecto de la información que debían proporcionar a los usuarios y/o abonados, en este sentido, le era exigible un deber mínimo de cuidado, consistente en extremar las medidas de diligencia a fin de verificar la información que proporciona a los trabajadores de dicho establecimiento comercial, más aún, TELEFÓNICA no ha aportado medio probatorio alguno que acredite que extremó las medidas de diligencia en dicho establecimiento comercial, para que sus trabajadores estuvieran adecuadamente informados.

Al parecer, TELEFÓNICA estaría tratando de minimizar el resultado de esta supervisión por el hecho que no representaría una muestra significativa respecto de todas las supervisiones realizadas por la GFS, sin embargo, si analizamos lo descrito por la propia TELEFÓNICA en su escrito de descargos al momento de rebatir los resultados de las supervisiones efectuadas a través de llamadas al Call Center; el mecanismo de contratación presencial representa casi el 75% de las contrataciones de sus servicios. En palabras de TELEFÓNICA; *“las contrataciones de los servicios de Internet ADSL que ofrecemos se concentran, en su mayoría, en los establecimientos y locales comerciales. (..)Es en dicho lugar, en el marco de una negociación de mucho mayor detenimiento y que, por esta naturaleza, proporciona mayor detalle, que los usuarios potenciales reciben la información necesaria sobre el servicio de Internet ADSL”.*

Por tanto, al no haber extremado las medidas de diligencia en dicho establecimiento, los usuarios y/o abonados que acudieron al establecimiento comercial de Santa Anita, han visto limitadas sus opciones al momento de consultar respecto de la disponibilidad de contratar el servicio de Internet ADSL “solo”. Además, conforme a lo indicado por la propia TELEFÓNICA, los establecimientos comerciales constituyen el mecanismo de mayor concentración de usuarios que requieren información para contratar con la empresa, por lo que se puede estimar que un número significativo de estos pudo ver afectados sus derechos a la información.

Un aspecto que llama especialmente la atención de este CCO es que, para el caso de la supervisión efectuada al establecimiento comercial de Los Olivos, el Acta de Supervisión dejó constancia que en la primera pregunta efectuada por el supervisor, la Asesora Comercial de la empresa negó enfáticamente la posibilidad de contratar el servicio de Internet ADSL “solo”; sin embargo, ante la repregunta del supervisor, indicó que si era posible adquirir dicho servicio pero resultaba costoso. En el Acta se dejó constancia que el asesor informó lo siguiente:

“Que para adquirir el servicio de Internet fijo en casa, era necesario adquirir el servicio Dúo que incluye necesariamente el servicio de Internet fijo y el servicio de telefonía fija. Al respecto, el supervisor consultó si no era posible adquirir el servicio de Internet fijo sin contar con el servicio de telefonía fija, dado que no desea adquirir la

telefonía fija. Al respecto, la asesora comercial indicó que si era posible adquirir el servicio de Internet fijo solo, pero que dicho servicio es más costoso (...)

Por tanto, si bien esta Acta ha sido considerada en el Cuadro previamente expuesto, como cumplimiento debido a que la empresa respondió la repregunta adecuadamente, cabe indicar que cuando se le formuló la misma pregunta por primera vez, respondió de manera equivocada, lo cual evidencia que los trabajadores de la empresa habrían dudado al momento de responder dicha información.

En tal sentido, TELEFÓNICA no podría afirmar que habría sido lo suficientemente diligente para informar a sus trabajadores, ya que incluso, para este caso, se advierte que los trabajadores no habrían estado seguros de la información que proporcionarían al usuario, tomando en cuenta además que resulta poco probable que en la realidad, un usuario haga varias repreguntas al momento que le consulta información a la empresa⁷⁶.

De otro lado, para todas las Actas evaluadas, se advirtió que, si bien TELEFÓNICA informó respecto de la posibilidad de contratar el servicio de Internet “solo”, al momento que los supervisores efectuaron la consulta respectiva durante las supervisiones en los centros de atención al cliente descritos previamente; las condiciones del servicio (velocidades) informadas a los usuarios variaban dependiendo de cada departamento o incluso, distrito a nivel de Lima. En dicho escenario, de la información brindada por la empresa, en el Primer Período inmediatamente posterior al plazo de vencimiento para el cumplimiento de la medida correctiva, se puede advertir que la empresa operadora no brindaba las velocidades de; 10 mbps, 3 mbps, 500 kbps, 2 mbps, 8mbps, 15 mbps y 5 mbps, y que incluso, las velocidades ofrecidas dentro de cada departamento o distrito eran diferentes.

En tal sentido, este CCO coincide con lo expresado por la STCCO en su Informe Instructivo, quedando acreditado que TELEFÓNICA no cumplió con informar a través de sus centros de atención al cliente, respecto de la disponibilidad del servicio en cuestión, de acuerdo al primer nivel de análisis expuesto, advirtiéndose incluso que en los casos en los cuales si brindó dicha información, ésta no fue clara y precisa para el usuario, más aún cuando difería (en cuanto a características técnicas, por ejemplo), dependiendo de cada centro de atención. Incluso, como cuestión adicional, se observó que, en ninguna de las supervisiones efectuadas, la empresa operadora adjuntó publicidad (folletos publicitarios) respecto a este servicio de Internet “solo”, por el contrario, sólo se adjuntaron modelos de contratos e impresiones de la página web, además de ello, los representantes de la empresa, utilizaron otros folletos (de los servicios dúos y tríos) para apuntar a mano la información respecto a este nuevo servicio de Internet ADSL, lo cual demostraría que no habría desarrollado folletos publicitarios para este tipo de servicios, al momento que sus usuarios y/o abonados requerían la información en sus establecimientos.

⁷⁶ Recordemos que en la mayoría de las supervisiones, los funcionarios de la GFS realizaron repreguntas ante la negativa de TELEFÓNICA de informar sobre la posibilidad de contratar el servicio de Internet ADSL “solo”, indicándole si estaba seguro de la respuesta o que incluso, tenían conocimiento previo de la existencia de este servicio. No obstante, resulta poco probable que, ante la negativa de TELEFÓNICA, un usuario real repregunte a la empresa empleando dichas preguntas, que de antemano, denotan un conocimiento previo sobre la disponibilidad del servicio.

Por tanto, este CCO concluye que TELEFÓNICA no cumplió con informar respecto de la posibilidad de contratar el servicio de Internet “solo” en el centro de atención al cliente ubicado en Santa Anita, siendo que para las demás supervisiones efectuadas, se advierten deficiencias en la atención a los usuarios y abonados, que podrían influir de manera negativa en la toma de decisiones al momento de contratar. De otro lado, TELEFÓNICA no ha presentado medio probatorio alguno que acredite que extremó las medidas de diligencia exigidas para capacitar adecuadamente a sus trabajadores del establecimiento de Santa Anita, y que éstas personas desobedecieron las órdenes expresas de la empresa.

Ahora bien, en un primer momento, respecto a las llamadas telefónicas efectuadas, TELEFÓNICA argumentó que la GFS no siguió protocolos que permitan garantizar con certeza absoluta que el número de treinta y cinco (35) llamadas corresponda al total de llamadas efectuadas, ya que los funcionarios encargados nunca procedieron a identificarse y mencionar a los trabajadores de TELEFÓNICA que realizan una inspección. Asimismo, en sus comentarios al Informe Instructivo indica que la GFS utilizó la línea telefónica regular sin realizar las llamadas a través de la línea de consulta (número *2020) que TELEFÓNICA habilitó especialmente para la venta del Internet ADSL “solo”, lo cual resulta tendencioso por parte del OSIPTEL. Asimismo, argumenta las inspecciones efectuadas por la vía telefónica se encuentran completamente atenuados si se tiene en cuenta que dicho medio representa un instrumento informativo de segundo plano, frente al instrumento de tipo presencial.

En relación a este aspecto, es importante reiterar que, de acuerdo al artículo 14° de la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL, el OSIPTEL podrá realizar acciones de supervisión sin previo aviso, en las cuales los funcionarios o especialistas instruidos pueden comportarse como usuarios o potenciales clientes a fin de lograr el cumplimiento del objeto de la acción supervisora, siendo que, en este caso, no resulta exigible, por la naturaleza de la propia supervisión, que los funcionarios presenten una identificación que los acredite como tales⁷⁷.

Asimismo, conforme se advierte de los actuados del expediente, todas las grabaciones de las declaraciones realizadas durante la acción de supervisión fueron certificadas por un funcionario del OSIPTEL, por lo que, de acuerdo a lo dispuesto por el numeral 1) del artículo 21° de la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL⁷⁸, constituyen instrumentos públicos.

⁷⁷ Artículo 14.- Acción de la supervisión sin previo aviso

Los funcionarios de OSIPTEL o los especialistas instruidos para efectos de realizar una acción de supervisión pueden comportarse como usuarios, potenciales clientes o terceros, entre otros, a fin de lograr el cumplimiento del objeto de la acción supervisora, dentro de los límites establecidos en el Artículo 4 de la presente Ley. En tales casos su acción no tiene que restringirse al trato o información que se les brinda a ellos directamente, sino que puede incluir información respecto del trato e información que se brinda a otras personas.

Artículo 10.- Titular de la supervisión y funcionarios autorizados

(...)

10.2 Para realizar una acción de supervisión, los funcionarios presentarán la identificación que los acredite como tales, salvo que se trate de una solicitud de información formulada por una gerencia o instancia competente de OSIPTEL, o de los casos previstos en el Artículo 14.

⁷⁸ Artículo 21.- Transcripción de las grabaciones

21.1 Las transcripciones de las grabaciones de las declaraciones realizadas durante una acción de supervisión requiere ser certificada por un funcionario de OSIPTEL para ser considerados instrumentos públicos.

Por consiguiente, lo que correspondía a TELEFÓNICA era desvirtuar la imputación formulada por el OSIPTEL, aportando los medios probatorios tendientes a tal propósito; sin embargo, las afirmaciones indicadas por TELEFÓNICA poco aportan a los fines de extinguir o atenuar la responsabilidad de la empresa, puesto que en nada alteran lo constatado en las acciones de supervisión a través de llamadas al Call Center realizadas por la GFS, que finalmente constituyen, conjuntamente con las demás actuaciones previamente indicadas, el sustento de la imputación formulada en su contra, en lo referido al incumplimiento del segundo extremo de la medida correctiva.

Asimismo, al afirmar que la contratación a través del Call Center representa el segundo mecanismo más importante a través del cual los usuarios y/o abonados requieren información para la contratación del servicio, ello sólo permitiría confirmar el hecho que este supuesto 17% de usuarios que recurren a este canal, no habrían sido debidamente informados respecto de la disponibilidad del servicio de Internet ADSL “solo” y las condiciones de contratación.

Conforme fue mencionado, con motivo de la supervisión mediante llamadas telefónicas, quedo acreditado que, de las treinta y cinco (35) llamadas efectuadas por los supervisores de GFS, en diez (10) oportunidades los representantes de la referida empresa operadora han negado la posibilidad de adquirir o mantener el servicio de internet ADSL “solo”.

En relación a estas diez (10) llamadas se observó que, la empresa operadora no habría cumplido con informar debidamente acerca de la disponibilidad del mencionado servicio, para las siguientes localidades: Junín (en la primera llamada); Puno (en la segunda llamada); Moquegua (en la quinta llamada); Huancavelica (en la tercera y cuarta llamada); Madre de Dios (en la tercera y cuarta llamada); Lambayeque (en la segunda y tercera llamada) y Ucayali (en la tercera llamada).

Así, los asesores de TELEFÓNICA, al ser preguntados por la posibilidad de contratar el acceso a Internet de forma individual mencionan frases como las siguientes, en las que incluso señala que es imposible técnicamente que el servicio de acceso a Internet se brinde sin estar vinculado a una línea telefónica fija:

- *“... lo que sucede es que para instalar el servicio de Speedy necesitamos la línea telefónica”.*
- *“puede darle la baja a... al internet pero no a la línea o sea si usted desea darle de baja a la línea tiene que... le daría de baja a los dos servicios”.*
- *“... no teneos todavía el servicio para la zona donde está llamando, el internet independiente, solamente como Dúo y el que se le está indicando...”*
- *“En este caso lo que sucede es caballero que la línea de internet es compartida con la línea de teléfono, si usted anula en este caso la línea de teléfono también estaría anulando por ende el servicio de internet”.*
- *“No caballero en este caso no hay planes con tan solo internet caballero”.*
- *“... no puede dar de baja al servicio, o sea, al teléfono fijo y mantener la línea, eh, perdón el internet, ya que la conexión, sí, la conexión la señal es a través del teléfono para que pueda tener el servicio de internet, así que o bien da de baja al servicio de internet o bien da de baja a ambos”*
- *“... para poder anular el teléfono fijo si lo podemos hacer pero al anular el teléfono también se anula el internet, lo que sucede es que el internet funciona a través del teléfono fijo”*
- *“no hay forma caballero, si se anula el teléfono también se anula el internet”*
- *“... para poder mantener activo el servicio de internet tendría que tener la línea activa también sino no podría tener el internet”*
- *“lo que pasa es que recién estamos haciendo un estudio de mercado para lo que es internet solo pero todavía no está en promoción todavía no está saliendo al mercado ese servicio”*

- "... la instalación del internet depende de una línea fija, si no tiene línea fija no se podría instalar el servicio de internet, por lo tanto necesitaría contratar la línea fija con el internet, si desea contar con el internet"
- "como le vuelvo a repetir, el internet necesita del teléfono fijo para que funcione el internet"
- "... recuerde que su internet, viaja por la línea telefónica, recuerde que su línea telefónica va a facturar su servicio de internet..."
- "... un requisito de telefónica es que usted tenga lo que es línea fija en casa"
- "Ahora lo que sucede es que si anula la línea del teléfono, la línea del teléfono tiene un funcionamiento directo con el internet, ¿correcto? Es el canal por donde pasa el internet. En ese caso, si anula la línea, no va a tener servicio de internet"
- "no vendemos solo internet, vendemos Dúos"

Adicionalmente, se observó que si bien en algunos casos luego de que los supervisores del OSIPTEL insisten en que quieren contratar el Internet "solo", los asesores comerciales de TELEFÓNICA terminan informando que sí existe dicha posibilidad. En algunos casos, los asesores comerciales de TELEFÓNICA piden a los supervisores que llamen a otro número diferente, ya sea al 104, al *2020, al 0-800-16-523, el 1222, o el *1212, dependiendo del número al que se comunique primero el usuario:

- "... si usted desea saber sobre el servicio de internet sin línea puede comunicarse al número 2020 que es para información de internet sin línea..."
- "... aparte le indico que también comercializamos lo que es el internet solo, pero usted tendría que comunicarse al *1212"
- "... se va a comunicar al *2020 o al 0-800-16-523 a estos números se comunica y usted genera en este caso hacer la consulta cuanto le cuesta solo el servicio de internet sin contar con línea de teléfono..."
- "... en estos momento usted está en un área de ventas, para que puedan ayudarlo en esa consulta tiene que marcar al 104, opción 1 y el anexo 4, no lo ve por esta área de ventas"
- "... puede hacer usted pero comunicándose al 1221, si asterisco 1212"
- "Si es posible que usted solamente pueda tener uno de los servicios, pero para mayor información tiene que marcar el 104 opción 1 y luego la opción 4, área comercial. De preferencia comuníquese ya a partir de las 7, entre las 7 a 8 de la noche, para que le puedan brindar información."
- "... solicitar un servicio solamente internet que ahora ya hay, en el 1222, hay servicios de solamente internet..."
- "... si lo que usted necesita es información de lo que vendría ser solo internet, tiene que llamar al *2020, para que le informen en que consiste el servicio y pueda usted tener referencia de ello"

Así, se observa que en muchos casos, cuando el usuario (supervisor) quiere contratar el servicio de Internet "solo" se le pide que llame a otro número. Por ejemplo, en algunas llamadas al 104 sí se le brinda información a los usuarios sobre las ofertas de Internet "solo", mientras que en otras ocasiones se les pide que llamen a otros números, como el *2020. De la misma manera, en otro caso, un supervisor llamó al 104 para requerir información y se le pidió que llame al *2020, no obstante, al llamar a este último número se le dice que tiene que llamar al 104:

"(...)

Asesor de TELEFÓNICA: bien, para verificar en este caso acerca de las opciones de solamente internet, tiene que marcar el asterisco 2020.

Supervisor del OSIPTEL: he marcado hace un momento el asterisco 2020, y me dicen que ellos solamente dan contratación de servicios nuevos, y me dijeron que nuevamente me comunique a la opción 4, por eso estoy llamando nuevamente.

Asesor de TELEFÓNICA: No, en todo caso ingresaría como una contratación nueva.

Al respecto, cabe precisar que, contrariamente a lo indicado por TELEFÓNICA en sus comentarios al Informe Instructivo, no resulta “tendencioso” que las llamadas efectuadas por los supervisores fueran al Call Center de TELEFÓNICA (104), **ya que, de acuerdo a lo informado en su comunicación DR-107-C-1599/FA-13 y a lo indicado en sus comunicaciones a la STCCO; “los abonados y el público en general podían informarse de dicho servicio llamando al 104”**. Asimismo, debe tenerse en cuenta que este es el canal frecuente a través del cual los usuarios consultan y requieren información a la empresa operadora. No obstante, de forma contraria a lo indicado en su comunicación, en la página web de la empresa operadora, en la sección referida a Internet Fijo, se lee en letra pequeña, que mayor información podría ser consultada a través del número *2020. Por tanto, **se advertiría que la propia empresa operadora no habría establecido un canal apropiado para que el usuario y/o abonado pueda informarse adecuadamente a través de la vía telefónica, incluso TELEFÓNICA ha informado a la STCCO información contradictoria respecto al número que pueden utilizar los usuarios; en un principio indicó que era el 104 y posteriormente el *2020, sin contar con la información discordante que han proporcionado sus propios representantes en las supervisiones realizadas en ambos números**.

Por tanto, aun en el supuesto que los representantes de la empresa operadora que atienden al usuario a través del número 104, no efectuasen contrataciones en relación al servicio de Internet ADSL “solo”, estos si deberían encontrarse informados acerca de todos los productos que ofrece la empresa. Es así que, en estas diez (10) llamadas, si bien el supervisor se comunicó al número 104⁷⁹ y no al *2020, los representantes de la empresa no debieron negar enfáticamente la posibilidad de contratar el servicio de Internet ADSL “solo”, sino que debieron explicar que existía dicha posibilidad y comunicar a los usuarios al número indicado para hacer tales consultas.

De hecho, al derivarse a los usuarios de un número a otro se elevan los costos de transacción de los usuarios, hablando específicamente del tiempo ya que las llamadas son gratuitas, desincentivándose la contratación del Internet “solo”. Asimismo, se observa que en la mayoría de los casos los asesores comerciales de la empresa operadora generan barreras para la contratación de este tipo de servicio haciendo que el usuario se comunique con otros números diferentes a su canal de comercialización normal.

De otro lado, se advierte que, en los casos en los que se les consultó acerca de las velocidades ofrecidas para el servicio en cuestión, estos respondieron de manera diferente dependiendo de cada departamento del país. Es así que, se obtuvieron respuestas muy diferentes: i) para el caso de Junín, se indicó que las velocidades disponibles eran las de 1, 4 y 6 mbps; ii) para el caso de Puno en la primera llamada se indicó que la única velocidad disponible era la de 4 mbps, no obstante en la tercera llamada se indicó que las velocidades disponibles eran las de 1, 4 y 6 mbps; iii) para el caso de Moquegua en la primera llamada se indicó que la única velocidad disponible era la de 4mbps, en la segunda llamada se indicó que las velocidades disponibles eran las de 200 kbps, 1 y 4 mbps, y en la cuarta llamada se indicó que las velocidades disponibles eran las de 1 y 4 mbps; iv) para el caso de Huancavelica se indicó que las velocidades disponibles eran las de 1, 4 y 6 mbps; v) para el caso de Tacna se indicó

⁷⁹ De acuerdo a lo indicado por los representantes de la empresa operadora, el número 104 sería únicamente para contratar los servicios de Internet asociado a una línea telefónica, a través de un Dúo o Trío.

que la única velocidad disponible era la de 4 mbps; vi) para el caso de Ucayali se indicó que las velocidades disponibles serían a partir de 4 mbps, y; vii) para el caso de San Martín se indicó en la primera llamada que las velocidades disponibles eran de 4 y 6 mbps, para la segunda llamada de 1 y 4 mbps y en la tercera llamada de 200 kbps, 1, 4 y 6 mbps.

Ahora bien, en sus comentarios al Informe Instructivo, TELEFÓNICA argumenta que la STCCO se fijaría únicamente en la excepción para sancionar a TELEFÓNICA, como si se tratara de una política sistemática de desinformación, siendo que, en aplicación del principio de razonabilidad, cuando se dan casos residuales o de complejo control del administrado, debe interpretarse como un supuesto esporádico dentro de una política general de cumplimiento, es así que, el error de un empleado de manera alguna puede ser considerada como una estrategia de incumplimiento, ya que TELEFÓNICA fue cuidadosa de cambiar su política y adoptó medidas bajo la voluntad corporativa de cumplir adecuadamente con el segundo extremo de la medida correctiva.

En relación a dicha argumentación, es preciso indicar que la STCCO no ha señalado que TELEFÓNICA ha desarrollado una política sistemática de desinformación, sino que ha acreditado mediante la valoración conjunta de todos los medios probatorios que obran en el expediente, que la empresa operadora no ha cumplido con el estándar de diligencia exigible para dar un cumplimiento adecuado a las obligaciones impuestas por este CCO, ya que no nos encontramos ante supuestos aislados, sino que incluso se ha evidenciado que todos los medios empleados por la empresa para difundir la información han presentado errores en su implementación, e incluso, de las supervisiones se ha constatado que objetivamente, no cumplió con el mandato de la medida correctiva.

En el presente caso, no resulta sostenible el supuesto de exclusión de responsabilidad por el error aislado de un empleado, toda vez que la diversidad de medios probatorios que obran en el expediente, denotan incumplimientos en un número significativo de supervisiones y la información presentada por la empresa acredita errores relevantes en la implementación de la medida, que implican afectaciones a los usuarios y/o abonados. Asimismo, es importante indicar que, si bien TELEFÓNICA ha adjuntado una presentación dirigida a sus trabajadores, con la cual supuestamente acreditaría que fue diligente al capacitarlos, este CCO es de la opinión que dicho documento no es un medio de prueba suficiente que acredite que llevó a cabo alguna capacitación a cada uno de sus trabajadores a nivel nacional, ni tampoco que extremó las medidas necesarias de acuerdo al estándar de diligencia exigido por este CCO, para evitar una posible situación de incumplimiento.

Del mismo modo, cabe indicar que el pronunciamiento N° 1332-2009-SCI1-INDECOPI de la Sala de Defensa de la Competencia del INDECOPI, citado por la empresa operadora para validar que se encuentra ante un supuesto de exclusión de responsabilidad, hace referencia a un supuesto en el cual, el sancionado no puede cumplir con el objeto de un mandato correctivo (recuperar todos aquellos anuncios puestos en el mercado), ya que estos se encontraban en manos de terceros distribuidores finales, sobre los cuales no tiene poder de dirección. Para el presente caso, nos encontramos ante una obligación que se encuentra dentro de la esfera de dominio de la empresa, no se trata de terceros o distribuidores finales, sino de las acciones desarrolladas por la propia empresa a través de sus trabajadores, sobre los

cuales si tiene poder de dirección, una interpretación en contrario, avalaría que TELEFÓNICA incumpla con todas sus obligaciones regulatorias e incluso con la ordenada a través del mandato correctivo, al no poder supervisar a sus propios trabajadores.

Finalmente, un aspecto que debe ser especialmente considerado es que, la ERESTEL 2013 de OSIPTEL muestra también que una parte importante de hogares que tenían contratado paquetes de servicios con TELEFÓNICA (19%) señala que contrata los servicios de esta forma debido a que no se pueden contratar de forma individual. Esta información es importante ya que además de permitir tener una estimación de los hogares que contratan paquetes de servicios por verse forzados a hacerlo, demuestra también que parte importante de los usuarios no están bien informado respecto a la posibilidad de contratar de forma individual. Considerando que, esta encuesta se aplicó entre el 28 de setiembre y el 04 de noviembre del 2013, fecha en la que ya se había vencido el plazo para cumplir con la medida correctiva, se acredita que la empresa operadora no ha cumplido con la finalidad plasmada en el segundo extremo de la medida correctiva, ya que un porcentaje significativo de usuarios y/o abonados no habrían recibido ningún tipo de información acerca de la disponibilidad del servicio de Internet ADSL solo o habrían sido mal informados por la empresa.

Por tanto, ha quedado plenamente acreditado que TELEFÓNICA no ha cumplido con la obligación de informar a sus usuarios y/o abonados respecto a la posibilidad de contratar el servicio de Internet ADSL “solo”, al momento en que estos recurrieron a los canales regulares de contratación con la empresa, para el caso, a través de llamadas telefónicas y las supervisiones a sus establecimientos comerciales e incluso, se advierte que los medios empleados por TELEFÓNICA para difundir la mencionada información al público en general, presentan defectos en su implementación, todo lo cual impide que los usuarios y/o abonados tengan acceso a esta información y efectúen contrataciones sin dificultades, por lo cual no ha dejado de condicionar la contratación del servicio de acceso a Internet a la contratación de su servicio de telefonía fija, desde la perspectiva del usuario.

11.4 Sobre la Responsabilidad de TELEFÓNICA respecto de la infracción imputada

De acuerdo al Principio de Causalidad recogido en el numeral 8) del artículo 230° de la LPAG, la responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable y, para que la conducta sea calificada como infracción es necesario que sea idónea y tenga la aptitud suficiente para producir la lesión que comporta la contravención al ordenamiento, debiendo descartarse los supuestos de caso fortuito, fuerza mayor, hecho de tercero o la propia conducta del perjudicado, que pudiera exonerarla de responsabilidad.

De otro lado, es importante señalar que, la imputabilidad de una conducta sancionable puede serlo a título de dolo o culpa, requiriéndose la existencia de dolo –o intencionalidad- en la comisión de una infracción cuando expresamente el tipo administrativo así lo requiera. En caso no se requiera el dolo, será suficiente la culpabilidad o falta de diligencia consistente en no dar cumplimiento a determinadas disposiciones, lo que equivale a una infracción del deber de cuidado.

Tal como se desprende del análisis efectuado, el tipo previsto en el artículo 25° del RFIS no establece una condición subjetiva para la configuración de la infracción

administrativa, esto es, no exige necesariamente la concurrencia de dolo en el incumplimiento para que se configure la infracción, siendo en consecuencia suficiente, la negligencia consistente en no dar cumplimiento a las disposiciones ordenadas en una medida correctiva dictada por el OSIPTEL, lo que equivale a una infracción del deber de cuidado que le era exigible y cuyo resultado podría haber sido previsto. En conclusión, para la aplicación del mencionado artículo 25° del RFIS, no se requiere acreditar la intencionalidad o dolo para determinar la comisión de la infracción, sino tan solo la culpa o falta de diligencia debida al cumplir con la disposición establecida en la medida correctiva impuesta.

Es importante mencionar que, para efectos de configurar una causa no imputable al administrado, el evento que determina la inejecución de la obligación a cargo de éste último, deberá ser extraordinario, imprevisible e irresistible, es decir, de una naturaleza tal, que en la misma situación, ningún otro administrado hubiera podido cumplir con una idéntica o similar prestación a su cargo. Por tal motivo, conforme fue detallado previamente, en el caso de la evaluación del error como factor excluyente de responsabilidad administrativa, debe analizarse el carácter vencible o invencible del mismo, pues de ello dependerá la atribución de responsabilidad de la empresa operadora o su exclusión, por tratarse de circunstancias que se encontraban fuera de su esfera de dominio y control.

Conforme al análisis anterior, los hechos constitutivos de la infracción, esto es, el incumplimiento de los dos extremos de la medida correctiva impuesta con ocasión de la tramitación de un procedimiento de solución de controversias, ha sido debidamente acreditado por este CCO, constatándose la infracción prevista en el artículo 25° del RFIS, por lo que correspondía a TELEFÓNICA la acreditación de la diligencia debida, o de los hechos impeditivos o extintivos que le exonerasen de responsabilidad, por la comisión de dicha infracción.

Cabe indicar que, la diligencia debe medirse en función de las circunstancias particulares del hecho y del autor, siendo que, para agentes con características similares a las que ostenta TELEFÓNICA en el mercado, el estándar de diligencia exigido debe ser alto, puesto que se trata de una empresa especializada en la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones que desarrolla una actividad que le ha sido encargada a través de un título habilitante otorgado por el Estado, siendo que, de haber presentado dudas respecto a los alcances de la medida correctiva impuesta, se encontraba facultada a solicitar por escrito al TSC, la aclaración del artículo tercero de la Resolución N° 004-2013-TSC/OSIPTEL, esto es, se trataba de una actuación que se encontraba dentro del marco de actuación de la empresa, y que ha venido siendo realizada por ésta en anteriores oportunidades.

En relación a la diligencia debida al momento de cumplir con el segundo extremo de la medida correctiva, este CCO es de la opinión que, el estándar exigido en el artículo 25° del RFIS implica el cuidado de actuar para evitar consecuencias perjudiciales, esto es, la conducta diligente esta dirigida a evadir futuros incidentes a menos que se trate de un caso fortuito o fuerza mayor, o alguna otra situación que no permitiera a la empresa realizar la actuación debida, circunstancias que no han sido acreditadas en este caso, ya que la empresa no ha aportado medio probatorio para desvirtuar la imputación efectuada por la STCCO.

En tal sentido, en el presente caso nos encontramos ante situaciones que pudieron haber sido fácilmente superadas por TELEFÓNICA de haber actuado con la diligencia debida, al momento de verificar previamente a la ejecución de sus actividades, el alcance de los pronunciamientos de las instancias de solución de controversias o, en su defecto, de haber solicitado un pedido de aclaración ante cualquier duda que tuviese respecto de la ejecución de dicha medida, por lo que le es exigible un deber mínimo de cuidado, consistente en extremar las medidas de diligencia a fin de ejecutar la medida correctiva impuesta por el CCO.

Por tanto, un pronunciamiento que excluyera de responsabilidad a la empresa TELEFÓNICA en el presente caso, privilegiaría el relajamiento del deber mínimo de cuidado exigible a las empresas operadoras al momento de cumplir con los pronunciamientos de las instancias de solución de controversias.

Por las consideraciones expuestas, este CCO es de la opinión que, la empresa TELEFÓNICA ha incumplido con lo dispuesto en el artículo 25° del RFIS, al haber accionado negligentemente, inobservado los dos extremos de la medida correctiva impuesta en su contra, con motivo de la tramitación de un procedimiento de solución de controversias.

XII. GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN

La facultad del OSIPTEL para imponer sanciones en el sector de los servicios públicos de las telecomunicaciones se encuentra establecida en el artículo 24° de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de Funciones y Facultades de OSIPTEL (en adelante, LDFF)⁸⁰.

De otro lado, el RFIS establece el régimen de infracciones y sanciones aplicable por el OSIPTEL en ejercicio de su potestad sancionadora, siendo el caso que dicho dispositivo legal califica el incumplimiento del artículo 25° como una infracción muy grave.

De acuerdo con ello, y conforme a la escala de multas establecida en el artículo 25° de la LDFF, a las infracciones muy graves les correspondería la aplicación de una multa entre ciento cincuenta y un (151) y trescientos cincuenta (350) UITs⁸¹.

Al respecto, conviene mencionar que en su escrito de descargos, TELEFÓNICA solicita que, en el supuesto negado que se decida declarar su responsabilidad, el CCO en aplicación del Principio de Razonabilidad, debe reparar en la desproporción de estas

⁸⁰ Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL, Ley N° 27336.-

“Artículo 24°.- Facultad sancionadora y de tipificación

24.1. OSIPTEL se encuentra facultado a tipificar los hechos u omisiones que configuran infracciones administrativas y a imponer sanciones en el sector de servicios públicos de telecomunicaciones, en el ámbito de su competencia y con las limitaciones contenidas en esta Ley”.

⁸¹ Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL, Ley N° 27336

“Artículo 25°.- Calificación de infracciones y niveles de multa

25.1. Las infracciones administrativas serán calificadas como muy graves, graves y leves, de acuerdo a los criterios contenidos en las normas sobre infracciones y sanciones que OSIPTEL haya emitido o emita. Los límites mínimos y máximos de las multas correspondientes serán los siguientes:

Infracción	Multa mínima	Multa máxima
Leve	0.5 UIT	50 UIT
Grave	51 UIT	150 UIT
Muy grave	151 UIT	350 UIT

Las multas que se establezcan no podrán exceder el 10% (diez por ciento) de los ingresos brutos del infractor percibidos durante el ejercicio anterior al acto de supervisión”.

consecuencias, considerando que, a la fecha no se está produciendo efecto excluyente alguno en el mercado, habiéndose dinamizado la competencia con sus competidores, quienes también concurren en el mercado con paquetes y no debería aplicarse una sanción entre el rango previsto en el artículo 25° de la LDFF.

Asimismo,, cabe indicar que, habiéndose determinado la existencia de la infracción por parte de TELEFÓNICA, y a fin de determinar la graduación de la multa, se debe tomar en cuenta los criterios establecidos en el artículo 230° de la LPAG⁸², en el artículo 30° de la LDFF⁸³, así como el Principio de razonabilidad⁸⁴, según el cual las decisiones de la autoridad administrativa, cuando impongan sanciones a los administrados, deben adoptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

Con relación a este principio, el artículo 230° de la LPAG establece que, la autoridad administrativa debe prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir con las normas infringidas; asimismo, se deben observar los siguientes criterios en orden de prelación a efectos de la determinación de la multa: gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido, perjuicio económico causado, la repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción, las circunstancias de la comisión de la infracción; el beneficio ilegalmente obtenido, y la existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

Conforme a lo expuesto, se procede al siguiente análisis:

⁸² LPAG

“Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observar los siguientes criterios que en orden de prelación se señalan a efectos de su graduación:

- a) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
- b) El perjuicio económico causado;
- c) La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción;
- d) Las circunstancias de la comisión de la infracción;
- e) El beneficio ilegalmente obtenido; y
- f) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.”

⁸³ LDFF

“Artículo 30.- Gradación de la multa

Para la gradación de la multa a imponerse se tomarán en cuenta los siguientes criterios:

- a) Naturaleza y gravedad de la infracción.
- b) Daño causado.
- c) Reincidencia.
- d) Capacidad económica del sancionado.
- e) Comportamiento posterior del sancionado, especialmente la disposición para reparar el daño o mitigar sus efectos.
- f) El beneficio obtenido por la comisión de la infracción, a fin de evitar, en lo posible, que dicho beneficio sea superior al monto de la sanción”.

⁸⁴ LPAG

“Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo.

(...)

1.4 Principio de razonabilidad.- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido”.

(i) Naturaleza y gravedad de la infracción, daño causado al interés público y/o bien jurídico protegido

En cuanto a la naturaleza y gravedad de la infracción cometida por TELEFÓNICA -según se ha explicado anteriormente-, el incumplimiento de una medida correctiva dictada por un órgano competente del OSIPTEL es calificada como muy grave, correspondiéndole una multa de entre ciento cincuenta y un (151) y trescientos cincuenta (350) UITs, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 25° de la LDFF.

En ese sentido, el daño causado por la conducta de la infractora, se encuentra representado, principalmente, por lo siguiente:

- El incumplimiento de medidas correctivas impuestas por las instancias de solución de controversias resulta en una contravención a la forma correcta de actuar que deberían tener los administrados en los procedimientos de solución de controversias, la cual debe caracterizarse por la buena fe, veracidad y debida diligencia, y;
- Asimismo, dado que las medidas correctivas impuestas por las instancias de solución de controversias tienen por finalidad restablecer el proceso competitivo, al no aplicarse estas de manera correcta o de forma parcial, se produce una afectación real y potencial a la competencia, tal como se ha explicado a lo largo de la presente resolución.
- Finalmente, al mantenerse algunas velocidades del servicio de acceso a internet atadas al servicio de telefonía fija y no haber informado de manera correcta a los consumidores, se produce una afectación al bienestar social.

(ii) Perjuicio económico causado

El cálculo del perjuicio económico considera el perjuicio económico que la acción infractora genera en cada uno de los agentes que conforman el espacio regulatorio, en este caso; los abonados, las empresas y el Estado.

Ahora bien, para el caso en concreto, aun cuando no existen elementos objetivos que permitan determinar de forma exacta el perjuicio económico causado, resulta claro que TELEFÓNICA no ha cumplido con las obligaciones establecidas en la medida correctiva impuesta por este Cuerpo Colegiado, vinculadas al cese de abuso de posición de dominio, consistente en ofrecer en el mercado minorista la venta del servicio de Internet ADSL “solo”, evitando cualquier conducta de efectos equivalentes a la atadura de servicios por la cual se le sancionó en el procedimiento principal, y de la difusión de la información al usuario y/o abonado sobre la posibilidad de adquirir dicho servicio.

En cuanto al incumplimiento de ambas obligaciones, se puede afirmar que se ha visto afectado el interés público y el bien jurídico protegido que con dicha medida correctiva se deseaba restablecer. En efecto, se puede afirmar que los usuarios y/o abonados han visto afectado el bien jurídico protegido que con dicha medida se deseaba tutelar a su favor. En efecto, a través de la medida correctiva, se buscó impedir que TELEFÓNICA continuase atando el servicio de Internet al servicio de telefonía fija, imposibilitando con ello la contratación del servicio de telefonía fija ofrecido por empresas distintas a TELEFÓNICA y ocasionando que un gran grupo

de consumidores se vieran forzados a comprar un servicio adicional como el servicio de telefonía fija, que en realidad no deseaban, o que con base en sus particulares necesidades deseaban contratar con otra empresa. Asimismo, la mencionada medida buscó garantizar, a través de su adecuada difusión, el derecho de los usuarios a tener conocimiento sobre la posibilidad de mantener y/o adquirir su servicio de Internet sin necesidad de contar necesariamente con su servicio de telefonía fija. En la sección correspondiente al Beneficio ilícito obtenido se incluye el perjuicio económico causado a los competidores y a los usuarios, ya que estos son parte fundamental de los beneficios ilícitamente obtenidos por TELEFÓNICA.

En segundo lugar, la conducta infractora ha originado que OSIPTEL tenga que asumir costos adicionales de supervisión del cumplimiento de la medida correctiva a través de acciones de supervisión en todo el territorio nacional; contraste de la información entregada a lo largo de los escritos de la infractora; y tramitación del presente procedimiento sancionador, en la medida que la empresa habría presentado diversa información a fin de excluirse de la responsabilidad por el incumplimiento de la medida correctiva, conllevando a que la STCCO desperdicie tiempo y recursos valiosos en las verificaciones a la información presentada por TELEFÓNICA, impidiendo con ello que dicho Órgano pueda avocarse a otras de las funciones encomendadas, lo cual eventualmente podría perjudicar al mercado de telecomunicaciones y a las empresas operadoras sujetas a los procedimientos de solución de controversias.

(iii) Repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción

El término “repetición” hace referencia a una nueva vulneración de la norma, independientemente del periodo de tiempo en el cual estas repeticiones se verifican. Por otro lado, el término “continuidad” se refiere a la comisión de la infracción haciendo énfasis a su permanencia en el tiempo, sea porque la comisión de la infracción continúa o porque los efectos desplegados por ésta no cesan.

Al respecto, no se ha configurado la figura de la repetición en cuanto a la vulneración de la norma por parte de la empresa TELEFÓNICA. No obstante, puede determinarse que existe continuidad en la infracción y en sus efectos, en la medida que ésta se cometió desde el 03 de setiembre del 2013 y continúa hasta la actualidad, pese a haber sido detectada por el OSIPTEL en marzo de 2014.

(iv) Las circunstancias de la comisión de la infracción

En cuanto a este criterio, se debe tomar en cuenta si la normativa incumplida es clara y precisa, o se pudo generar alguna confusión al respecto. De tal forma, se tomará en cuenta si las circunstancias fueron adversas al infractor, en el sentido que la disposición incumplida no se encontraba claramente definida, o si éste procedió a la subsanación de la conducta de manera voluntaria antes del inicio del procedimiento sancionador; o si, por el contrario, las circunstancias le fueron favorables y pese a ello se cometió la infracción.

Sobre el particular, del análisis efectuado a la información que obra en el expediente, se advierte que la empresa operadora no actuó con la diligencia requerida para cumplir con la medida correctiva impuesta por este CCO, máxime

cuando no constituía una situación imprevisible el hecho que la interpretación propia adoptada por la empresa, era contrataria a la asumida por las instancias de solución de controversias, conforme era de conocimiento de TELEFÓNICA incluso durante el procedimiento principal.

Finalmente, cabe indicar que TELEFÓNICA es una empresa especializada en la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones que desarrolla una actividad que le ha sido encargada a través de un título habilitante otorgado por el Estado, por lo que, el cumplimiento de las obligaciones impuestas por las instancias de solución de controversias a través de medidas correctivas, se encuentra dentro de la esfera de dominio de la empresa, inclusive, tomando en consideración que TELEFÓNICA es una empresa que a lo largo de los años de su participación en diversos procedimientos de solución de controversias en el OSIPTEL, se ha visto obligada a cumplir con lo ordenado en las medidas correctivas impuestas en su contra, siendo el caso que, incluso de encontrarse en una situación de incertidumbre bien pudo haber actuado diligentemente al solicitar una aclaración al TSC respecto al contenido de las obligaciones que debía cumplir.

(v) Beneficio ilícito obtenido

Este criterio de gradación tiene como objetivo evitar en lo posible, que el beneficio ilícitamente obtenido por el infractor, sea superior al monto de la sanción impuesta por la Autoridad.

Sobre el particular, no existen suficientes elementos objetivos que faciliten la cuantificación exacta de la totalidad del beneficio obtenido por TELEFÓNICA como consecuencia de la comisión de la infracción. No obstante, debe indicarse que éste se encuentra representado, entre otros conceptos, por el beneficio obtenido por la empresa al seguir comercializando el servicio de telefonía fija vinculado al servicio de Internet desde setiembre del 2013 hasta la fecha y el ahorro de costos en que debió incurrir en capacitar adecuadamente a su personal así como en difundir adecuadamente la información a sus usuarios y/o abonados.

Respecto al beneficio obtenido por TELEFÓNICA puede hacerse una aproximación del mismo observando la demanda por servicios de acceso a internet de forma individual que afrontan otras empresas operadoras que también comercializan servicios empaquetados.

Como se puede ver en el siguiente cuadro, respecto al número de conexiones de acceso a internet de TELEFÓNICA y de AMÉRICA MÓVIL entre el tercer trimestre de 2013 y el segundo trimestre de 2014, mientras que la primera tiene en promedio solo el 5% de conexiones contratadas de forma individual; su principal competidor, AMÉRICA MÓVIL, tiene en promedio el 13% de sus conexiones contratadas de forma individual. Así, bajo el supuesto de que ambas empresas comercializan sus servicios de forma empaquetada y de forma individual en igualdad de condiciones, debería esperarse que la proporción de conexiones contratadas de forma individual sea similar entre ambas empresas. Sin embargo, el que las conexiones individuales de AMÉRICA MÓVIL sean más del doble de las conexiones individuales de TELEFÓNICA, son un indicio importante del incumplimiento de la medida correctiva.

Trimestre	Conexiones a Internet fijo de TELEFÓNICA			Conexiones a Internet fijo de AMÉRICA MÓVIL		
	Total	Individual	Porcentaje	Total	Individual	Porcentaje
2013-III	1,383,588	73,585	5%	181,299	27,188	15%
2013-IV	1,395,267	68,913	5%	206,506	27,603	13%
2014-I	1,416,440	70,016	5%	215,124	23,613	11%
2014-II	1,452,962	60,884	4%	239,689	25,872	11%

Fuente: Empresas Operadoras a través de los requerimientos de información periódicos, Resolución de Consejo Directivo N° 050-2012-CD/OSIPTEL.

Nota: Los datos corresponden al último día del trimestre.

En tal sentido, puede suponerse que si TELEFÓNICA hubiera cumplido con la medida correctiva el porcentaje de conexiones individuales sería similar al de AMÉRICA MÓVIL. Es decir, tendríamos un panorama como el siguiente:

Trimestre	Conexiones a Internet fijo de TELEFÓNICA			
	Total	Individual Estimado* (A)	Individual Real (B)	Diferencia (A-B)
2013-III	1,383,588	207,486	73,585	133,901
2013-IV	1,395,267	186,501	68,913	117,588
2014-I	1,416,440	155,475	70,016	85,459
2014-II	1,452,962	156,833	60,884	95,949

* Usando los porcentajes de AMÉRICA MÓVIL.

Otra idea del beneficio ilícito que pudo haber obtenido TELEFÓNICA por lo haber cumplido con la medida correctiva se observa en el hecho ya mencionado de que el 18% de los hogares que han contratado el acceso a Internet con TELEFÓNICA y tienen también el servicio telefónico, contrataron este último servicio con otro operador. Mientras que en el caso de Claro, se observa que el 31% de los que han contratado el acceso a Internet con ellos y tienen también teléfono fijo, contrataron este último servicio con otro operador.

De esta manera, se puede observar que la cantidad de conexiones individuales que pudieron haberse forzado a su contratación vinculada a la telefonía fija de TELEFÓNICA pudo ser muy elevada. Más aun, considerando que en la información reportada como conexiones individuales se consideran a aquellas que no forman parte de paquetes de servicios, pero no necesariamente se excluyen aquellas conexiones que no forman parte de paquetes de servicios pero que pudieran permanecer vinculadas al servicio telefónico por cláusulas de atadura vigentes incluso a la fecha de inicio de este procedimiento.

Así, si se considera que las conexiones vinculadas al servicio telefónico pueden generar ingresos no solo por la renta mensual sino por el consumo de servicios adicionales derivados del servicio telefónico, los beneficios ilícitos obtenidos por TELEFÓNICA pudieron ser considerablemente elevados.⁸⁵

⁸⁵ Por ejemplo, si solo se considera que por cada conexión del servicio telefónico vinculada al servicio de acceso a internet de TELEFÓNICA comercializada producto del incumplimiento de la medida correctiva esta empresa obtuvo un beneficio ilícito de S/. 1 por mes, el beneficio ilícito obtenido entre el tercer trimestre de 2013 y el segundo trimestre de 2014 ascendería a más de S/. 1.2 millones.

(vi) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor

En este acápite se deberá verificar si se pone de manifiesto la voluntad de la empresa en cometer la infracción, o si, por el contrario, su comportamiento, pese a haber incurrido en la infracción, pone en evidencia que no tuvo por finalidad incumplir la normativa.

En el presente procedimiento, no se ha evidenciado la intencionalidad de la comisión de la infracción, pudiéndose advertir únicamente, la falta de diligencia por parte de TELEFÓNICA, ya que ésta es responsable de establecer los procedimientos internos correspondientes, a fin de cumplir con las obligaciones impuestas por las instancias de solución de controversias, en el marco de los procedimientos sometidos a su cargo.

Por tanto, en este caso, no se ha evidenciado la existencia de intencionalidad en la comisión de la infracción.

(vii) Capacidad económica del sancionado

El artículo 25° de la LDFF señala que las multas que se establezcan no podrán exceder el 10% de los ingresos brutos del infractor percibidos durante el ejercicio anterior al acto de supervisión. En el presente caso, la infracción cometida por TELEFÓNICA se produjo en el año 2013, en tal sentido, la multa a imponerse a TELEFÓNICA no podrá exceder del 10% de los ingresos brutos obtenidos en el año 2012.

En consecuencia, de acuerdo con los límites a la imposición de multas establecidos por la normativa vigente, así como a los criterios para la graduación de la sanción desarrollados en los párrafos precedentes y el Principio de Razonabilidad; el Cuerpo Colegiado ha llegado a la conclusión que corresponde sancionar a TELEFÓNICA por el incumplimiento de la medida correctiva impuesta con ocasión de la tramitación de un procedimiento de solución de controversias, con una multa equivalente a trescientas (300) UIT por la infracción al artículo 25° de la Resolución de Consejo Directivo N° 087-2013-CD-OSIPTEL, Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones. Cabe destacar que de acuerdo a la información financiera de TELEFÓNICA⁸⁶, esta multa no excede su capacidad económica.

Finalmente, en la medida que en este caso la infracción cometida por TELEFÓNICA es muy grave, el Cuerpo Colegiado considera que, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 33° de la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL, Ley N° 27336⁸⁷, debe ordenarse la publicación de esta resolución, una vez que la misma quede consentida o, en su caso, sea confirmada por el Tribunal de Solución de Controversias del OSIPTEL.

⁸⁶ De acuerdo a los estados de resultados auditados de TELEFÓNICA publicados en: <http://www.smv.gob.pe/ConsultasP8/temp/EY%20TdP%20Informe%20Dic13%20individual.pdf>

⁸⁷ LDFF

“Artículo 33°.- Publicación

Las resoluciones que impongan sanciones por la comisión de infracciones graves o muy graves serán publicadas en el diario oficial “El Peruano”, cuando hayan quedado firmes, o se haya causado estado en el procedimiento administrativo”.

RESUELVE:

Artículo Primero.- Declarar FUNDADO el procedimiento administrativo sancionador iniciado de oficio contra Telefónica del Perú S.A.A. por el incumplimiento de la medida correctiva impuesta con ocasión de la tramitación de un procedimiento de solución de controversias, infracción tipificada en el artículo 25° del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 087-2013-CD-OSIPTEL, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo Segundo.- Sancionar a Telefónica del Perú S.A.A., con una multa de trescientas (300) Unidades Impositivas Tributarias (UITs), por la comisión de una infracción muy grave consistente en el incumplimiento de los dos extremos de la medida correctiva ordenada por este Cuerpo Colegiado con ocasión de la tramitación del procedimiento de solución de controversias recaído bajo expediente N° 005-2011-CCO-ST/LC; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo Tercero.- Ordenar la publicación de la presente Resolución, una vez que la misma quede consentida o, en su caso, sea confirmada por el Tribunal de Solución de Controversias del OSIPTEL, de conformidad con lo establecido por el artículo 33° de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL.

REGÍSTRESE Y COMUNÍQUESE.-

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