



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones - OSIPTEL

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE CONTROVERSIAS N° 004-2013-TSC/OSIPTEL

TRIBUNAL DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS

Resolución N° 004-2013-TSC/OSIPTEL

EXPEDIENTE : 005-2011-CCO-ST/LC
ADMINISTRADO: Telefónica del Perú S.A.A.
MATERIA : Libre Competencia
APELACIÓN : Resolución N° 017-2012-CCO/OSIPTEL

SUMILLA: Se declara INFUNDADO el Recurso de Apelación presentado por la empresa Telefónica del Perú S.A.A. contra la Resolución N° 017-2012-CCO/OSIPTEL emitida por el Cuerpo Colegiado el 20 de julio de 2012 en el extremo que declaró FUNDADO el procedimiento de oficio iniciado contra Telefónica del Perú S.A.A. por la comisión de una infracción tipificada en el artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas; y, en consecuencia, se confirma dicha resolución en tal extremo, en virtud de las razones expuestas en la parte considerativa del presente pronunciamiento.

Se declara FUNDADO en parte el Recurso de Apelación presentado por la empresa Telefónica del Perú S.A.A. contra la Resolución N° 017-2012-CCO/OSIPTEL emitida por el Cuerpo Colegiado el 20 de julio de 2012 en el extremo que sancionó a dicha empresa por la comisión de una infracción tipificada en el artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1034; y, en consecuencia, se modifica el monto de la multa impuesta, el cual queda establecido en cuatrocientas siete (407) UIT, en virtud de las razones expuestas en la parte considerativa de la presente Resolución.

Se declara INFUNDADO el Recurso de Apelación presentado por la empresa Telefónica del Perú S.A.A. contra la Resolución N° 017-2012-CCO/OSIPTEL emitida por el Cuerpo Colegiado el 20 de julio de 2012 en el extremo que impuso a dicha empresa una medida correctiva de cese del abuso de posición de dominio, consistente en ofrecer en el mercado minorista la venta del servicio de internet ADSL "solo", evitando cualquier conducta que tenga efectos equivalentes a la atadura de los servicios; y, en consecuencia, se confirma dicha resolución en tal extremo, modificándose el plazo dentro del cual dicha medida deberá hacerse efectiva, el cual queda establecido en siete (7) meses computados desde el día siguiente de notificada la presente resolución, para lo cual deberá informar a sus abonados y/o usuarios respecto de la posibilidad de mantener y/o adquirir su servicio de internet sin necesidad de contar necesariamente con su servicio de telefonía fija.

Se declara IMPROCEDENTE el Recurso de Apelación presentado por la empresa Telefónica del Perú S.A.A. contra la Resolución N° 017-2012-CCO/OSIPTEL emitida por el Cuerpo Colegiado el 20 de julio de 2012 en el extremo que ordenó a la Secretaría Técnica el inicio de un procedimiento sancionador a Telefónica del Perú S.A.A. por la supuesta comisión de la infracción prevista en el artículo 17° de la Resolución N° 002-99-

CD-OSIPTEL, Reglamento General de Infracciones y Sanciones, modificándose dicho extremo de la resolución en el sentido que corresponde que la Secretaría Técnica realice las indagaciones necesarias a efectos de determinar si es que efectivamente concurren circunstancias que justifiquen el inicio de un procedimiento sancionador contra TELEFÓNICA y que, de ser el caso, se proceda con el trámite para dar inicio a dicho procedimiento sancionador.

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

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

Lima, 31 de enero de 2013

VISTOS:

- (i) El Expediente N° 005-2011-CCO-ST/LC.
- (ii) El Recurso de Apelación presentado por Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante, TELEFÓNICA) contra la Resolución N° 017-2012-CCO/OSIPTEL.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. Mediante Resolución N° 001-2011-CCO/OSIPTEL de 13 de setiembre de 2011, el Cuerpo Colegiado resolvió disponer del inicio de un procedimiento de oficio contra TELEFÓNICA, por la presunta comisión de abuso de posición de dominio en la modalidad de venta atada, con posibles efectos de exclusión en el mercado de telefonía fija, conducta tipificada en el literal c) del artículo 10.2° del Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (en adelante, Decreto Legislativo N° 1034). El hecho constitutivo de la infracción era la venta condicionada de su producto Speedy (acceso a internet a través de la tecnología ADSL), mercado en el cual dicha empresa tiene una presunta posición de dominio, a la compra del servicio de telefonía fija.
2. Luego de recibidos los descargos de TELEFÓNICA y una vez culminada la etapa de investigación, con fecha 18 de abril de 2012, la Secretaría Técnica de los Cuerpos Colegiados (en adelante, STCCO), en su calidad de órgano instructor, emitió el Informe Instructivo N°020-STCCO/2012, en el cual concluyó que se había demostrado la existencia de la práctica investigada y sus efectos exclusorios, por lo cual recomendó la imposición de una sanción a TELEFÓNICA y una medida correctiva consistente en establecer la obligación de dicha empresa de ofertar su servicio de acceso a internet sin condicionarlo a la contratación o mantenimiento de una línea telefónica.

3. Mediante Resolución N° 017-2012-CCO/OSIPTTEL del 20 de julio de 2012, el Cuerpo Colegiado emitió su decisión final en el procedimiento en el siguiente sentido:
- Declarar FUNDADO el procedimiento de oficio iniciado contra TELEFÓNICA por la comisión de actos contrarios a la libre competencia en la modalidad de ventas atadas tipificadas en el artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1034.
 - Sancionar a TELEFÓNICA con una multa LEVE de cuatrocientos noventa y dos con 21 décimas (492.21) UIT.
 - Imponer a TELEFÓNICA como medida correctiva que cese el abuso de posición de dominio, consistente en ofrecer en el mercado minorista la venta del servicio de internet ADSL “solo”, evitando cualquier conducta que tenga efectos equivalentes a la atadura de los servicios. Dicha medida deberá hacerse efectiva dentro del plazo de tres (3) meses, para lo cual deberá informar a sus abonados y/o usuarios respecto de la posibilidad de mantener y/o adquirir su servicio de Internet sin necesidad de contar necesariamente con su servicio de telefonía fija.
 - Disponer el inicio de un procedimiento sancionador a TELEFÓNICA por la supuesta comisión de la infracción prevista en el artículo 17° de la Resolución N° 002-99-CD-OSIPTTEL, Reglamento General de Infracciones y Sanciones (en adelante, Reglamento de Infracciones y Sanciones)¹.
4. Los fundamentos de la Resolución N° 017-2012-CCO/OSIPTTEL por medio de la cual el Cuerpo Colegiado declaró FUNDADO el presente procedimiento de oficio fueron principalmente los siguientes:
- De la revisión de la regulación ATM con acceso ADSL, no es posible interpretar que al haber obligado a TELEFÓNICA a ofertar una determinada tarifa de ADSL para otros proveedores de internet, ello haya implicado una autorización para atar su servicio de internet y servicio de telefonía fija en el mercado final. En consecuencia, no se trata de un supuesto de inhibición del ejercicio de la facultad de solución de controversias por aplicación del principio de supletoriedad.
 - El mercado relevante se encuentra constituido por la provisión del servicio de internet por ADSL y cable módem a usuarios finales, tanto residenciales como comerciales, en los 380 distritos a nivel nacional en los que existe cobertura de este servicio.
 - TELEFÓNICA cuenta con posición de dominio en el mercado relevante puesto que tiene el 92,21% de las conexiones, existe un alto índice de concentración en el mercado del bien atante, según el Índice Herfindahl-Hirschman (HHI, por sus siglas en inglés); y porque hay grandes barreras de entrada al controlar

¹ Adicionalmente, la resolución apelada dispuso lo siguiente:

“Artículo Quinto.- Poner en conocimiento de la Gerencia General, la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia, la Gerencia de Protección y Servicio al Usuario, la Gerencia de Fiscalización y Supervisión del OSIPTTEL 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 OSIPTTEL 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 OSIPTTEL en atención a la carta N° DR-107-C-0778/DF-09 presentada por la mencionada empresa”

TELEFÓNICA la red fija, contar con economías de alcance, integración vertical y utilización de infraestructura propia.

- En cuanto a la existencia del abuso de posición de dominio en la modalidad de atadura, se señaló que se encontraban presentes los elementos configurantes de dicha práctica, conforme a lo siguiente:
 - **Servicios Diferenciados:** Internet y telefonía fija, sí son productos diferenciados.
 - **Coerción:** Se comprobó que TELEFÓNICA tiene poder de coerción toda vez que ésta es la operadora con en el 84.7% del mercado relevante y con amplia cobertura; y porque los descuentos que perciben los usuarios de los dúos de TELEFÓNICA frente a las tarifas de contratación individual constituyen una estrategia de refuerzo de la venta atada.
 - **Los efectos anticompetitivos de la práctica:**
 - La caída de la participación de TELEFÓNICA en el mercado fijo se detiene cuando salen al mercado los dúos, incluso dicha empresa experimenta una recuperación. La explicación para que la caída se haya detenido es el crecimiento de la venta conjunta de internet y telefonía fija.
 - TELEFÓNICA, a través de la venta atada, eleva y fortalece las barreras a la entrada del mercado de telefonía fija, puesto que durante el periodo investigado ha imposibilitado la contratación del servicio de telefonía fija ofrecido por empresas distintas de TELEFÓNICA, lo cual resulta grave porque el internet tiene una demanda fuerte mientras que la telefonía no la tiene y porque en las zonas donde TELEFÓNICA es la única que ofrece internet, el usuario se ve obligado a comprar telefonía fija a dicha empresa, aunque no lo quiera.
 - Si bien hay un crecimiento de otros operadores del mercado de telefonía fija: America Móvil S.A., Americatel Perú S.A., Telmex Perú S.A.; el resto de competidores sí se vieron afectados por la venta atada de TELEFÓNICA.
 - Se limita la libertad de los consumidores en un contexto en el que se viene dando la sustitución entre telefonía fija y telefonía móvil y la valoración del servicio de telefonía fija ha caído.
 - Los beneficios de la práctica no se presentan cuando el usuario no desea ambos servicios y a corto plazo hay un beneficio a nivel tarifario para un grupo de usuarios, pero la práctica está afectando al menos a los competidores de telefonía fija, y obligando a usuarios a adquirir servicios no sobre la base de la calidad.

- **Las justificaciones de TELEFÓNICA para demostrar la legalidad de la práctica no resultan atendibles:**
 - El hecho de que internet mediante ADSL sea un servicio de valor añadido que se soporta tanto en la red portadora como en el servicio final de telefonía fija, no determina que ambos productos deben ser comercializados de manera conjunta.
 - La conformidad a los contratos de abonados dada por el OSIPTEL de acuerdo con las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobadas por la Resolución de Consejo Directivo N° 116-2003-CD-OSIPTEL, (en adelante, las Condiciones de Uso) no exime a TELEFÓNICA de ser sujeto de investigaciones por prácticas anticompetitivas, pues dicha aprobación se circunscribió a aspectos relacionados a la protección de los usuarios.
5. El 9 de agosto de 2012, TELEFÓNICA presentó un recurso de apelación contra la Resolución N° 017-2012-CCO/OSIPTEL². Asimismo, solicitó se le conceda el uso de la palabra. Finalmente, solicitó la suspensión de la ejecución del Artículo Tercero de la Resolución Final en cuanto dispuso como medida correctiva que ofrezca en el mercado la venta del servicio de “Internet ADSL solo”, así como la suspensión de cualquier otro efecto que se derive del mandato contenido en el mencionado Artículo Tercero. Los argumentos de la apelación de TELEFÓNICA son fundamentalmente los siguientes:
- La resolución apelada debe ser declarada nula por ser el resultado de un procedimiento administrativo irregular, al no haberse cumplido con las reglas para su generación, y por no haber sido debidamente motivada.
 - No corresponde que los organismos de solución de controversias sancionen a TELEFÓNICA por una práctica aceptada por la regulación, revisada con anterioridad por el OSIPTEL y que nunca ha sido cuestionada, por lo cual el Cuerpo Colegiado estaba ejerciendo potestades regulatorias en el marco de un procedimiento de solución de controversias.
 - El Cuerpo Colegiado ha errado al determinar el mercado relevante, pues no hace un análisis adecuado de la demanda para determinarlo, excluyendo injustificadamente a la banda ancha móvil como sustituto de la banda ancha fija.
 - Respecto a los efectos anticompetitivos de la práctica en el mercado, señaló lo siguiente:

² TELEFÓNICA adjuntó a su apelación copia de los siguientes informes: Informe sobre “Paquetes-ADSL y telefonía fija” e Informe de Comentarios al Informe Instructivo del Expediente 005-2011-CCO-ST/LC, elaborados por Consultora Alterna, Análisis Económico-Regulatorio del Informe Instructivo N° 020-STTCCO/2012 respecto al supuesto abuso de posición de dominio en la modalidad de venta atada, elaborado por Apoyo Consultoría, informe legal “Informe Instructivo N° 020-STCCO/2012 emitido en relación venta conjunta del servicio Speedy (servicio de acceso a internet a través de la tecnología ADSL) y del servicio de telefonía fija por parte de Telefónica del Perú S.A.A.”, elaborado por Estudio Miranda & Amado Abogados, e Informe legal “Análisis sobre legalidad del Informe Instructivo 020-STCCO/2012, emitido por la Secretaría Técnica de los Cuerpos Colegiados del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, OSIPTEL”, elaborado por Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman & Olaya.

- El análisis de daño al mercado es incorrecto y se centra casi exclusivamente en el desempeño de TELEFÓNICA.
- La participación de los competidores de TELEFÓNICA en el mercado de telefonía fija crece constantemente.
- Los dúos y tríos han vigorizado al mercado puesto que en el periodo diciembre de 2007 a diciembre de 2011, los competidores avanzaron de forma vigorosa hasta alcanzar un 14% de cuota de mercado.
- Entre el año 2007 y 2011, los competidores más pequeños han logrado duplicar su cuota global de participación, pasando de una cuota de mercado de 0.34% a una de 0.69%.
- Se pretende sancionar a TELEFÓNICA por una supuesta práctica explotativa, actuando de forma contraria al parámetro válido de evaluación de daño contemplado en el Decreto Legislativo N° 1034, así como por la jurisprudencia y la doctrina.
- No se ha ponderado los efectos positivos de la práctica con sus nulos efectos negativos, por lo cual, la intervención del Cuerpo Colegiado podría generar una distorsión importante al proceso competitivo.
- No se ha seguido ningún test, con el mínimo rigor, para inferir la existencia de un mercado de Internet *naked*, por el contrario, la determinación de esta demanda en el orden del 5% pareciera darle la razón a TELEFÓNICA.
- Como justificaciones a la práctica, reiteró que el servicio de acceso a internet tiene la calificación de un servicio de valor añadido en la legislación, por lo cual es razonable que se comercialice de forma conjunta con el servicio fijo que le sirve de soporte y que la venta conjunta es razonable ya que el ADSL emplea como red de acceso la línea fija.
- Respecto de la multa impuesta, indicó lo siguiente:
 - El Cuerpo Colegiado debió calcular el daño tomando en cuenta si el supuesto daño era relevante en términos de competencia.
 - El daño al mercado sólo puede ser calculado teniendo en cuenta, no la demanda del ADSL como ha hecho el Cuerpo Colegiado, sino el número de los abonados que hubieran estado en la posibilidad de contratar el servicio de telefonía fija de un competidor de TELEFÓNICA.
 - Para el cálculo del beneficio ilícito de la supuesta conducta anticompetitiva, debía restarse de los ingresos percibidos por dicha conducta, los costos que supone brindar el servicio de telefonía fija.
 - TELEFÓNICA ha colaborado en todo momento con la instrucción, por lo cual dicha conducta debía considerarse en la graduación de la sanción.

- Respecto de la medida correctiva señaló que ésta era una suerte de control de precios en el mercado ADSL, pues sin mayor sustento legal se determinó que la estructura de precios de TELEFÓNICA sería per se ilegal y afectaría al proceso competitivo. Adicionalmente, indicó que el Cuerpo Colegiado pretendía intervenir en el diseño de las políticas comerciales de TELEFÓNICA, siendo que la determinación del modelo de competencia más idóneo en el mercado de acceso a internet no es una facultad que deba estar reservada al Cuerpo Colegiado.
 - Respecto al inicio de un procedimiento sancionador por la comisión de la infracción tipificada en el artículo 17° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones, señaló que no corresponde el inicio del mismo porque ha colaborado en todo momento con la instrucción.
6. Mediante Resolución N° 018-2012-CCO/OSIPTEL del 10 de agosto de 2012, el Cuerpo Colegiado resolvió conceder el recurso de apelación interpuesto por TELEFÓNICA contra la Resolución N° 017-2012-CCO/OSIPTEL y elevar el expediente a la segunda instancia administrativa.
 7. Mediante Resolución N° 006-2012-CCO/OSIPTEL de fecha 17 de agosto de 2012, el Tribunal de Solución de Controversias concedió a TELEFÓNICA el uso de la palabra. Asimismo, requirió a TELEFÓNICA para que, en un plazo no mayor de tres (3) días hábiles precise y sustente los alcances de su pedido de suspensión.
 8. Luego de presentada la sustentación correspondiente, mediante Resolución N° 008-2012-TSC/OSIPTEL de fecha 3 de setiembre de 2012, el Tribunal de Solución de Controversias decidió suspender los efectos del Artículo Tercero de la Resolución N° 017-2012-CCO/OSIPTEL, referido a la medida correctiva ordenada por el Cuerpo Colegiado, y, en ese sentido suspender, adicionalmente, los efectos del Artículo Quinto de dicha resolución que se encontrasen vinculados con la ejecución de la medida correctiva; en tanto se emita y notifique la resolución final del Tribunal de Solución de Controversias. Ello, en atención a los perjuicios de imposible o difícil reparación que podrían generarse a los usuarios, inversionistas y competidores en caso la medida correctiva fuese revocada.
 9. El 4 de setiembre de 2012 se llevó a cabo el informe oral ante el Tribunal de Solución de Controversias. En dicho informe, TELEFÓNICA reiteró los argumentos expresados contra la resolución apelada, haciendo énfasis en la inexistencia de efectos anticompetitivos producto de la oferta comercial materia de investigación.
 10. El 7 de setiembre de 2012, TELEFÓNICA presentó un escrito reiterando varios de los argumentos señalados con anterioridad ante el Tribunal de Solución de Controversias y, adicionalmente, agregando que en el supuesto negado de que los competidores “pequeños” hayan sido afectados por la conducta investigada, ello de manera alguna constituiría un efecto exclusorio, ya que la norma de competencia exigiría no solo la exclusión de un competidor del mercado sino, adicionalmente, que la misma sea relevante en términos de competencia.
 11. Mediante Resolución N° 011-2012-TSC/OSIPTEL de fecha 13 de setiembre de 2012, el Tribunal de Solución de Controversias amplió el plazo para la expedición de

la resolución final por un periodo de noventa (90) días calendario conforme a lo establecido en el Reglamento de Controversias.

12. Mediante escrito de fecha 27 de noviembre de 2012, TELEFÓNICA remitió el informe legal elaborado por el doctor Dante Mendoza. En dicho informe se señaló que la resolución apelada contravendría una serie de requisitos indispensables para la validez del acto jurídico, así como lo dispuesto en la normativa de libre competencia.
13. Adicionalmente, mediante escrito de fecha 6 de diciembre de 2012, TELEFÓNICA remitió el informe económico elaborado por el Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico. En el mismo, se argumentó que las conclusiones a las que arribó el Cuerpo Colegiado no estarían debidamente sustentadas, en la medida que constituirían dichos claramente especulativos o circunstanciales, que habrían sido determinados con poco rigor económico. Asimismo, se planteó una metodología respecto de cómo es que debería evaluarse el daño al mercado.
14. Mediante Resolución N° 014-2012-TSC/OSIPTTEL de fecha 17 de diciembre de 2012, el Tribunal de Solución de Controversias amplió el plazo para la expedición de la resolución final por un periodo de cuarenta y cinco (45) días calendario conforme a lo establecido en el Reglamento de Controversias.
15. Por Oficio N° 027 -STTSC/2012 de fecha 26 de diciembre de 2012, se solicitó a la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia las partes pertinentes de la Encuesta Sectorial sobre la Demanda de Servicios de Telecomunicaciones y Caracterización de los Usuarios a nivel nacional, efectuada por el Instituto Cuanto por encargo del OSIPTTEL (cuyos principales resultados fueron publicados en la página web del OSIPTTEL el día 19 de diciembre de 2012³), que contuvieran información sobre una serie de temas vinculados al presente procedimiento⁴.
16. Por medio del Memorándum N° 286-GPRC/2012 de fecha 28 de diciembre de 2012, la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia remitió los datos solicitados sobre la Encuesta Sectorial sobre la Demanda de Servicios de Telecomunicaciones y Caracterización de los Usuarios a nivel nacional, efectuada por el Instituto Cuanto por encargo del OSIPTTEL, en adelante, Encuesta del OSIPTTEL (2012).
17. Mediante Resolución N° 015-2012-TSC/OSIPTTEL de fecha 28 de diciembre de 2012, la información referida a la Encuesta del OSIPTTEL (2012) fue puesta en conocimiento de TELEFÓNICA⁵.

³Información disponible en:

http://www.osiptel.gob.pe/WebSiteAjax/WebFormGeneral/Publicaciones/wfrm_Consulta_Informacion_publicaciones.aspx?CodInfo=0&CodiCat=3&CodiSubcat=546&TituloInformacion=Publicaciones%20T%C3%A9cnicas

⁴Se solicitó la siguiente información:

- Porcentaje de hogares en los que sólo se accede a internet vía modem USB (de ser posible, especificando el número de miembros por hogar).
- Medio de acceso a internet de los hogares que cuentan con dicho servicio.
- Porcentaje de la población nacional dispuesta a reemplazar el internet fijo por el internet móvil.
- Porcentaje de usuarios del servicio de telefonía móvil dispuestos a contratar el servicio de telefonía fija.
- Monto que los usuarios están dispuestos a pagar por el servicio de internet fijo.
- Cualquier otro dato que resulte pertinente para analizar la demanda y las preferencias de los usuarios de los servicios de internet fijo, internet móvil y telefonía fija, contenido en la mencionada encuesta.

⁵Por medio del Oficio N° 001-STTSC/2013 de fecha 9 de enero de 2013, se remitió a TELEFÓNICA copia legalizada de dicha información en formato Excel, de conformidad con lo solicitado por la mencionada empresa.

18. En atención a un pedido formulado por TELEFÓNICA, de manera excepcional y por única vez, el Tribunal de Solución de Controversias concedió un segundo informe oral, el cual se llevó a cabo el día 14 de enero de 2013 y en el que el doctor Dante Mendoza y el señor José Luis Bonifaz, este último representante del Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, expusieron los principales alcances de los informes previamente remitidos a esta instancia junto con los escritos de TELEFÓNICA de fecha 24 y 25 de enero de 2013.
19. Mediante escrito de fecha 24 de enero de 2013, complementado con el escrito de fecha 25 de enero de 2013, TELEFÓNICA remitió el informe “Comentarios al Documento Principales Resultados de la Encuesta de Demanda de Servicios de Telecomunicaciones”, elaborado por el Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico. En dicho informe se señaló que la Encuesta del OSIPTEL 2012 sería inadecuada para evaluar la sustituibilidad de los servicios de internet fijo e internet móvil, pues carecería de las características básicas de las mejores metodologías para evaluar mercados relevantes.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

20. Las cuestiones en discusión en el presente procedimiento son las siguientes:
 - (i) Determinar si la Resolución N° 017-2012-CCO/OSIPTEL es nula al haber afectado el debido proceso y el derecho de defensa de TELEFÓNICA.
 - (ii) De ser el caso, determinar si TELEFÓNICA ha incurrido en actos contrarios a la libre competencia en la modalidad de ventas atadas tipificados en el inciso c) del artículo 10.2° del Decreto Legislativo N°1034 consistentes en condicionar la venta de su producto Speedy (acceso a internet a través de la tecnología ADSL), a la compra del servicio de telefonía fija.
 - (iii) De ser el caso, determinar si corresponde imponer una multa a TELEFÓNICA por la comisión de actos contrarios a la libre competencia.
 - (iv) De ser el caso, determinar si corresponde imponer a TELEFÓNICA una medida correctiva de cese el abuso de posición de dominio, consistente en ofrecer en el mercado minorista la venta del servicio de “internet ADSL solo”.
 - (v) Determinar si corresponde que el Tribunal de Solución de Controversias se pronuncie sobre el inicio de un procedimiento sancionador a TELEFÓNICA por la supuesta comisión de la infracción prevista en el artículo 17° del Reglamento de Infracciones y Sanciones, por existir indicios de que dicha empresa habría entregado información discordante durante el procedimiento.

III. ANÁLISIS

- 1. La Nulidad de la resolución apelada por supuesta afectación al debido proceso y al derecho de defensa de TELEFÓNICA**
21. En su recurso de apelación, TELEFÓNICA ha señalado que en el presente procedimiento se han producido una serie de violaciones al debido proceso y al

derecho de defensa que implican la nulidad de la resolución final:

- Se ha ampliado de forma irregular las imputaciones contenidas en el pliego de cargos, tanto en lo que corresponde a los hechos constitutivos de la infracción investigada inicialmente como en lo que respecta a su calificación, sin haberle notificado del nuevo pliego de cargos de forma oportuna, contraviniendo con ello lo dispuesto en el artículo 30° Decreto Legislativo N°1034⁶, en el Reglamento General del OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas⁷ (en adelante, Reglamento de Controversias), y en la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG).
- La resolución apelada ha diseñado una metodología arbitraria únicamente para resolver el presente caso, apartándose de anteriores precedentes administrativos sobre análisis de prácticas anticompetitivas, sin haber motivado su decisión con el mínimo rigor necesario.
- La resolución apelada adolece de un defecto de motivación aparente en la medida que la misma no se encuentra sustentada sobre la base de mínimos criterios fácticos y lógicos, particularmente en cuanto a la determinación del mercado relevante y a la existencia de efectos exclusorios.
- El Cuerpo Colegiado ha realizado un análisis insuficiente de la prueba indiciaria, lo cual constituye una vulneración al derecho de defensa de TELEFÓNICA.
- El Cuerpo Colegiado ha abdicado de sus obligaciones en materia probatoria y ha impuesto a TELEFÓNICA una sanción sin el mínimo rigor exigido por la legislación y sin mayor evidencia, con lo cual se ha vulnerado el principio del debido procedimiento administrativo, el principio de impulso de oficio y el principio de verdad material.

22. Como puede apreciarse, los vicios de nulidad alegados por TELEFÓNICA se refieren a que la resolución (i) ha sido resultado de un procedimiento administrativo irregular al no haberse cumplido con las reglas para su generación; y (ii) no ha sido debidamente motivada en proporción a su contenido y conforme al ordenamiento jurídico. Dichas situaciones, de acuerdo a TELEFÓNICA, han afectado su derecho al debido proceso y su derecho de defensa, por lo cual la resolución apelada debe ser declarada nula por este Tribunal.

23. El artículo 3.4° de la LPAG señala que la motivación es un requisito de validez de

⁶ **Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, DECRETO LEGISLATIVO N° 1034**

Artículo 30.- Actuaciones de instrucción.-

30.2. Si, como consecuencia de la instrucción del procedimiento, resultase modificada la determinación inicial de los hechos o de su posible calificación, la Secretaría Técnica emitirá una nueva resolución de imputación que sustituirá como pliego de cargos a la resolución de inicio del procedimiento, informando de ello a la Comisión y notificando a las personas imputadas, así como a las personas que hayan presentado la denuncia de parte, si fuera el caso. En caso de emitirse esta nueva resolución, se inicia un nuevo cómputo de plazos para la formulación de los descargos y un nuevo cómputo del plazo legal que corresponde a la tramitación del procedimiento.

⁷El presente procedimiento se rige por el Reglamento para la Solución de Controversias entre Empresas, aprobado mediante Resolución N° 010-2002-CD/OSIPTEL, de conformidad con lo señalado en la Única Disposición Transitoria de la Resolución N° 136-2011-CD/OSIPTEL.

los actos administrativos⁸. Asimismo, el artículo 3.5º de dicha norma señala que también constituye un requisito de validez del acto administrativo, el procedimiento regular dentro del cual dicho acto ha sido generado⁹.

24. Por su parte, el artículo 10º de la LPAG establece que *“el defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14º”* constituye un vicio del acto administrativo que causa su nulidad¹⁰.
25. En atención a lo señalado por TELEFÓNICA en su recurso de apelación, corresponde determinar si en el presente caso existe algún vicio que acarree la nulidad de la resolución final emitida por el Cuerpo Colegiado, como consecuencia de afectaciones al derecho al debido proceso y el derecho de defensa de dicha empresa.

1.1 Supuesta nulidad por ampliación irregular del pliego de cargos

26. En su apelación, TELEFÓNICA ha señalado que, en un inicio, los cargos formulados por el Cuerpo Colegiado establecieron que la práctica materia de investigación era el condicionamiento de la contratación del servicio ADSL al servicio de telefonía fija. Sin embargo, el Informe Instructivo y la resolución apelada, apartándose del pliego de cargos inicial, habrían incorporado la comercialización de paquetes del tipo dúos y tríos de TELEFÓNICA, como una agravante de la supuesta conducta investigada.
27. Asimismo, se ha señalado que la resolución apelada habría incorporado la existencia de una supuesta estructura de precios no competitiva como una agravante de la conducta sancionada o como una nueva imputación.
28. Seguidamente, se procede a analizar este extremo de la apelación presentada por TELEFÓNICA.

1.1.1 Marco legal y doctrinario

29. Tal como ha sido señalado en la parte introductoria del presente acápite, uno de los requisitos de validez de los actos administrativos es el que estos se emitan habiéndose cumplido previamente el procedimiento administrativo regular para su generación. El acto administrativo es emitido cumpliendo el procedimiento regular si es que se siguen las normas esenciales del mismo, normas vinculadas con el

⁸ Ley del Procedimiento Administrativo General

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

Son requisitos de validez de los actos administrativos: (...)

4. Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

⁹ Ley del Procedimiento Administrativo General

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

Son requisitos de validez de los actos administrativos: (...)

5. Procedimiento regular.- Antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación.

¹⁰ Ley del Procedimiento Administrativo General

Artículo 10º.- Causales de nulidad

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

2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.

debido procedimiento. En ese sentido, uno de los supuestos en que se afecta el procedimiento regular es cuando se priva del derecho al debido proceso.

30. De acuerdo con la doctrina, el debido proceso puede ser definido “*como el conjunto mínimo de elementos que deben estar presentes en cualquier clase de proceso para hacer posible la aplicación de la concepción de justicia en el caso concreto*”¹¹.
31. El debido proceso está integrado, entre otros, por los siguientes elementos: el derecho de contradicción o de defensa, que incluye el derecho a disponer del tiempo adecuado para preparar la defensa, el derecho a que las resoluciones se encuentren adecuadamente motivadas, el derecho a ser informado sin demora, en forma detallada y en un idioma que comprenda la persona, sobre la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella (formulación y notificación previa de los cargos), el derecho a probar o a producir prueba¹².
32. El principio del debido procedimiento garantiza el ejercicio del derecho de defensa protegiendo al administrado de cualquier estado de indefensión frente a los órganos administrativos¹³. Asimismo, el principio del debido procedimiento administrativo, aplicable al presente caso por tratarse de un procedimiento de oficio que involucra una sanción, implica la garantía de defensa como efectiva posibilidad de participación en el procedimiento, que comprende, como mínimo, ser notificado previamente de los hechos y tipificación legal de los actos materia del procedimiento (formulación y notificación previa de los cargos), el derecho a exponer sus argumentos, ofrecer y producir pruebas, obtener una decisión motivada y fundamentada en derecho e impugnar dicha decisión^{14 y 15}.
33. Como puede apreciarse, dentro de las instituciones procesales que cautelan el debido procedimiento y el derecho de defensa se encuentra el deber de la Administración de notificar a los administrados sobre los hechos e infracciones por los cuales serán investigados dentro de los procedimientos sancionadores. Esta institución procesal se denomina en doctrina “notificación previa de los cargos” y se encuentra recogida en el artículo 234.3º de la LPAG¹⁶.
34. Contrariamente a lo señalado por TELEFÓNICA en su escrito de apelación, es necesario indicar que las normas procedimentales contenidas en el Decreto

¹¹DE BERNARDIS, Luis Marcelo. La Garantía Procesal del Debido Proceso. Cultural Cuzco S.A. Lima 1995, pág. 393.

¹²Resolución N° 007-2004-TSC/OSIPTEL, de fecha 22 de marzo de 2004, emitida en la controversia seguida por Telefónica Multimedia S.A.C. (Multimedia) contra Boga Comunicaciones S.A. (Boga), bajo el Expediente N°013-2003-CCO-ST/CD.

¹³ **Ley del Procedimiento Administrativo General**

Artículo 230º.- Principios de la potestad sancionadora administrativa.-

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

(...)

2. Debido procedimiento.- Las entidades aplicarán sanciones sujetándose al procedimiento establecido respetando las garantías del debido proceso.

¹⁴ DROMI, Roberto. Derecho Administrativo. Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1995, pags.767-768.

¹⁵Resolución N° 004-2009-TSC/OSIPTEL de fecha 15 de abril de 2009.

¹⁶ **Ley del Procedimiento Administrativo General**

“Artículo 234º.- Caracteres del Procedimiento Sancionador

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

Legislativo N° 1034 para la tramitación de los procedimientos sancionadores por infracciones a las normas de libre competencia, no resultan aplicables a los procedimientos de solución de controversias tramitados ante los Cuerpos Colegiados del OSIPTEL, en primera instancia, y el Tribunal de Solución de Controversias, en segunda instancia, conforme a lo establecido en el texto del propio Decreto Legislativo N° 1034.

35. En efecto, el artículo 17° del Decreto Legislativo N° 1034 señala que la aplicación de dicha ley al mercado de servicios públicos de telecomunicaciones, como es el caso del presente procedimiento, estará a cargo del OSIPTEL de conformidad con la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Facultades y Funciones del OSIPTEL, por lo cual las instancias competentes, las facultades de éstas y los procedimientos que rigen su actuación serán los establecidos en su marco normativo¹⁷.
36. Sin perjuicio de ello, la institución de la notificación previa de los cargos se encuentra recogida en las normas específicas del OSIPTEL aplicables al presente procedimiento.
37. El artículo 27° de la Ley N° 27336¹⁸ establece que:

“Toda acción administrativa deberá ser impuesta previo procedimiento administrativo sancionador, en el cual registran las siguientes reglas mínimas:

- a) Se deberá otorgar al potencial sancionado la posibilidad de presentar descargos por escrito (...)*
- b) Se notificará por escrito al posible sancionado, señalando:*

¹⁷ **Decreto Legislativo N° 1034**

Artículo 17.- Del OSIPTEL.-

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

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES, PRIMERA.- Competencia primaria.-

El control de las conductas anticompetitivas se encuentra regido por el principio de competencia primaria, el cual corresponde al INDECOPI y al OSIPTEL, según lo establecido en las leyes respectivas. No podrá recurrirse al Poder Judicial sin antes haber agotado las instancias administrativas ante dichos organismos”.

Por su parte, la Ley 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL, también establece al OSIPTEL como la autoridad competente para sancionar conductas anticompetitivas en los mercados de servicios públicos de telecomunicaciones”.

Artículo 26.- Régimen de infracciones relacionadas con competencia y sanciones personales

26.2 OSIPTEL podrá sancionar a las personas naturales o jurídicas que no tengan la condición de operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones, por incumplimiento de las normas de libre y leal competencia, en los casos a que se refiere el último párrafo del Artículo 36 de la presente Ley, así como por incumplimiento de las resoluciones emitidas en el procedimiento correspondiente”.

¹⁸En el mismo sentido, el artículo 234° de la LPAG establece que:

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

(...)

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

4. Otorgar al administrado un plazo de cinco días para formular sus alegaciones y utilizar los medios de defensa admitidos por el ordenamiento jurídico conforme al numeral 162.2 del artículo 162°, sin que la abstención del ejercicio de este derecho pueda considerarse elemento de juicio en contrario a su situación.

- I. Los actos constitutivos de la instrucción;*
 - II. La o las normas que prevén los mismos como infracciones administrativas;*
 - III. El propósito de emitir una resolución que imponga una sanción; y*
 - IV. El plazo durante el cual podrá presentar sus descargos por escrito.*
- (...)”*

38. Asimismo, el artículo 93° del Reglamento de Controversias aplicable a los procedimientos de oficio por remisión normativa de los artículos 91° y 74° de dicho Reglamento¹⁹, regula la institución de la notificación previa de los cargos señalando que previamente a la imposición de una sanción, la STCCO comunicará al presunto infractor la intención de imponerle la sanción, indicándole: (i) los actos u omisiones constitutivos de la infracción; (ii) la o las normas que prevén los mismos como infracciones administrativas; y (iii) el plazo durante el cual podrá presentar sus descargos por escrito.
39. En consecuencia, el análisis de la causal de nulidad invocada por TELEFÓNICA se efectuará a la luz de dicha normativa y de la doctrina aplicable.
40. Conforme a la doctrina, los cargos deben ser formulados de manera inmutable, es decir, no pueden ser variados por la administración sin notificación previa y dando la oportunidad al administrado para ejercer su derecho de defensa²⁰.
41. En ese sentido, la doctrina considera que el contenido de la imputación dirigida a los sujetos pasivos del procedimiento administrativo sancionador vincula la actividad de la autoridad decisor, la cual habrá de fundamentar la resolución definitiva del procedimiento en la misma imputación, sin que resulte posible imponer al inculpado una sanción sobre la base de otros hechos distintos o de un título de condena heterogéneo²¹.
42. Frente a la pregunta sobre cuándo se infringiría el derecho a conocer de la acusación formulada, la doctrina señala que el concepto que debe tenerse siempre presente es el de la existencia o no de indefensión pues sólo en este caso se vulnera el derecho fundamental protegido, al no haberse dado oportunidad al

¹⁹ **Reglamento General del OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas**

Artículo 91°.- Aplicación supletoria. Al procedimiento iniciado de oficio le serán aplicables las normas del presente Reglamento que regulan el procedimiento que involucra la comisión de infracciones a solicitud de parte en cuanto resulten pertinentes.

Artículo 74°.- Resolución que corre traslado de la denuncia. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 73°, la Resolución que contenga el traslado de la denuncia, deberá precisar lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 93°.

Artículo 93°.- Procedimiento. (...)

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

²⁰MORON URBINA, JUAN CARLOS. Comentarios a la Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General, Lima. Novena Edición. 2011, Gaceta Jurídica, pág. 743-744.

²¹GARBERÍ LLOBREGAT, José y BUITRÓN RAMÍREZ, Guadalupe, El Procedimiento Administrativo Sancionador, Valencia, 2001, Tirant Lo Blanch, pág. 228.

De igual manera, dicho autor señala que la doctrina indica que el contenido esencial del derecho “a ser informado de la acusación” se descompone, en primer término, en el derecho a conocer los términos de la imputación, y, en segundo lugar, en la vinculación a la misma de la autoridad decisor a la hora de dictar la resolución definitiva del procedimiento. GARBERÍ LLOBREGAT. Ídem, pág. 230.

administrado de defenderse de las imputaciones de manera idónea y eficiente²².

43. Por lo tanto, en el presente caso, para determinar si la Resolución N° 017-2012-CCO/OSIPTEL se encuentra afectada por el vicio de nulidad alegado por TELEFÓNICA, debe verificarse si el Cuerpo Colegiado ha fundamentado dicha resolución final en la misma imputación con la que se dio inicio al procedimiento o si, por el contrario, se ha impuesto a TELEFÓNICA una sanción sobre la base de hechos o calificación distintos de los formulados y notificados al inicio del procedimiento²³, generando con ello indefensión para TELEFÓNICA, en el sentido de no estar en capacidad de responder a los cargos de manera idónea y efectiva²⁴.
44. En específico se analizará si se incorporó la comercialización de los paquetes promocionales del tipo dúos y tríos de TELEFÓNICA y la existencia de una supuesta estructura de precios no competitiva como agravantes de la conducta sancionada o como una nueva imputación.

1.1.2 Análisis

45. En su apelación, TELEFÓNICA ha sostenido que los paquetes promocionales (dúos y tríos) fueron indebidamente incluidos como materia de sanción en la resolución apelada, toda vez que los mismos no califican como ventas atadas. Ello, teniendo en cuenta que no existe en ellos el elemento de coerción, al ser los dúos y tríos paquetes promocionales que se ofrecen a los consumidores que voluntariamente optan por contratar conjuntamente la telefonía fija e internet por ADSL. En consecuencia, TELEFÓNICA ha señalado que la resolución apelada resulta nula²⁵.

²² TRAYTER JIMÉNEZ, José Manuel. El procedimiento Administrativo Sancionador. En: Revisa de Justicia Administrativa. Año 2001, Número Extraordinario 1. Dedicado a Infracciones, Sanciones y Procedimiento Administrativo Sancionador. Lex Nova: 2001, pág. 87.

Más aún, de acuerdo con la doctrina, el derecho a conocer la acusación es el primer elemento del derecho de defensa, condiciona la efectividad del resto de sus manifestaciones y es instrumental del mismo. Al respecto, ver GARBERÍ LLOBREGAT. Ídem, pág.230. y GARBERÍ LLOBREGAT, José y BUITRÓN RAMÍREZ, Guadalupe, El Procedimiento Administrativo Sancionador, Valencia, 2001, Tirant Lo Blanch, pág. 228.

²³El Tribunal de Solución de Controversias analizó la nulidad por irregularidades en la notificación de los cargos en la Resolución N° 032-2003-TSC/OSIPTEL, emitida en la controversia seguida por AT&T Perú S.A. (AT&T) contra Telefónica del Perú S.A.A. (Telefónica), bajo el Expediente N° 003-2001, y en la Resolución N° 007-2004-TSC/OSIPTEL, de fecha 22 de marzo de 2004, emitida en la controversia seguida por Telefónica Multimedia S.A.C. (Multimedia) contra Boga Comunicaciones S.A. (Boga), bajo el Expediente N°013-2003-CCO-ST/CD.

²⁴ En la Sentencia recaída sobre el Expediente N° 1003-1998-AA/TC, el Tribunal Constitucional ha establecido la necesidad de la plenitud del cargo, de cara al efectivo ejercicio del derecho de defensa por parte del administrado, en los siguientes términos:

“El derecho de defensa constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma el ámbito del debido proceso. En cuanto derecho fundamental se proyecta como principio de interdicción de ocasionarse indefensión y como principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes de un proceso o de un tercero con interés.

En el presente caso, el Tribunal Constitucional estima que se ha lesionado el derecho de defensa en la medida en que la omisión de proveer el informe de la comisión que sustentaba la sanción propuesta no permitió que el demandante conociera los exactos términos de la forma en que el órgano investigador había analizado los cargos atribuidos y su responsabilidad en las infracciones imputadas. Sólo conociendo estos aspectos, el demandante podía ejercer su derecho de defensa de manera idónea y eficaz. Idónea en cuanto era la forma apropiada o indicada, no existiendo otra a través de la cual podía ilustrar al órgano que debía imponer la sanción y, así, controvertir o contradecir ante aquél –en cuanto órgano decisorio– los cargos efectuados por el órgano que se hizo del procedimiento de investigación. Y, eficaz, por cuanto el propósito de impedir indefensión frente al criterio asumido por el órgano investigador (Comisión y Jefe de la Oficina General de Control Interno del Poder Judicial) se alcanzaba sólo conociendo la conclusión final que aquél asumía en el citado informe.” (El resaltado es nuestro).

²⁵ En dicha línea en el Informe de Estudio Miranda & Amado Abogados que TELEFÓNICA ha presentado adjunto a su apelación, se señala que, el ofrecimiento de condiciones más favorables en caso el consumidor opte voluntariamente por

46. En atención a ello, a fin de determinar si los paquetes promocionales (dúos y tríos) han sido incluidos indebidamente como actos materia de investigación y sanción, corresponde efectuar algunas precisiones sobre los conceptos de empaquetamientos y ventas atadas.

1.1.2.1 Ventas atadas y empaquetamientos

47. El **empaquetamiento** es una práctica que consiste en la venta de dos o más bienes de forma conjunta, como si se tratase de uno solo²⁶. Dentro de esta categoría genérica tenemos las siguientes especies²⁷:
- **Empaquetamiento puro:** En este caso la empresa vende los productos del paquete únicamente de forma conjunta, sin que sea posible adquirir cada bien que lo compone de forma separada. Más aún, estos son vendidos en proporciones fijas.
 - **Empaquetamiento mixto:** En este caso la empresa además de vender el paquete como un solo producto ofrece la posibilidad de adquirir cada uno de los bienes que lo compone de forma separada. Sin embargo, y para hacerlo interesante para el consumidor, el precio del paquete es menor que la suma de los precios individuales de los productos que lo componen.
 - **Venta atada:** Situación en la que algunos de los bienes contenidos en un paquete son ofrecidos por separado (bienes atados) mientras que otros no son ofrecidos de forma individual (bienes atantes). Así, los consumidores de estos últimos (bienes atantes) son obligados a adquirir los primeros (bien atado). En dicha medida, sólo el producto atado y no el atante puede adquirirse de forma independiente²⁸. Si se tienen dos productos, A y B, si el producto A está atado al producto B, un cliente que quiera adquirir el producto A tendrá que comprar el producto B, sin embargo, sí será posible que adquiera el producto B sin comprar el producto A²⁹.
48. La doctrina señala que la diferencia entre las ataduras y los empaquetamientos puros está en que, mientras en las primeras el producto atado se puede comprar por separado, en los empaquetamientos puros no se pueden comprar por separado ninguno de los productos que forman parte del paquete³⁰.

contratar conjuntamente los servicios de fija y ADSL no es susceptible de ser cuestionado porque (i) la propia Secretaría Técnica de los Cuerpos Colegiados ha reconocido que la contratación conjunta de ambos servicios constituiría la forma más eficiente de contratación; y (ii) se estaría ante una práctica que en ningún supuesto calificaría como venta atada porque no estaría presente el elemento de coerción pues los paquetes dúos y tríos son paquetes promocionales que se ofrecen a los consumidores que voluntariamente optan por contratar conjuntamente la telefonía fija e internet por ADSL. Los dúos y tríos, en tanto estrategias de venta, no han sido cuestionados.

²⁶O' Donoghue, R. y J. Padilla "The Law and Economics of Article 82". Hart Publishing : Oxford, 2006. pág. 477.

²⁷Cabe señalar que dichas distinciones se encuentran recogidas en el Informe Nº 004-CCO/2011 que obra en el expediente.

²⁸ODRIOZOLA ALÉN, MIGUEL. y BARRANTES DÍAZ, Begonia. La Vinculación de Productos. Referencia al Asunto Microsoft; en: El Abuso de la Posición de Dominio, Martínez Lage y Petitbó, editores, Madrid, Marcial Pons, 2006, pág. 368.

²⁹ O' Donoghue, R. y J. Padilla Op. cit.

³⁰TIOLE, Jean. The Analysis of Tying Cases: A Primer; en: Competition Policy International, Vol. 1 Nº 1 Spring 2005; págs.7 y 8.

49. En nuestra legislación las ventas atadas se encuentran tipificadas en el literal b) del artículo 10.2º del Decreto Legislativo N° 1034, según el cual, recogiendo el elemento coercitivo de dicha práctica, se considera como abuso de posición de dominio en el mercado la conducta con efecto exclusorio consistente en *“la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos”*.

1.1.2.2 Paquetes como parte de la práctica investigada

1.1.2.2.1 Investigación Preliminar y Resolución de Inicio del Procedimiento de Oficio

50. La existencia de presuntos actos anticompetitivos en la modalidad de venta atada fue analizada en la investigación preliminar que dio origen al presente procedimiento, mediante el examen de la oferta comercial de TELEFÓNICA, la cual estaba integrada tanto por los productos y multiproductos con precios regulares así como por paquetes promocionales. Ello resulta evidente a partir de la lectura de los requerimientos de información, acciones de supervisión y análisis realizados por la STCCO como parte de la investigación preliminar, los cuales obran en el expediente y a los que TELEFÓNICA tuvo acceso durante el procedimiento³¹.
51. En dicha investigación preliminar, a partir de la revisión de los contratos de servicios que TELEFÓNICA oferta al público en general así como de las acciones de supervisión llevadas a cabo por el OSIPTEL en diversas ciudades del país, se concluyó que TELEFÓNICA no ofrecía ninguna oferta de acceso a Internet sin la contratación previa o simultánea de una línea fija con dicha empresa por parte del titular interesado en la contratación del servicio de acceso a Internet. En atención a ello, se determinó preliminarmente que existía el elemento de coerción, el cual (junto con la existencia de posición de dominio en el mercado del bien atante y la existencia de efectos anticompetitivos), es configurante de la práctica de ventas atadas, según lo establecido en el Decreto Legislativo N°1034.
52. Al respecto, es claro que los paquetes denominados dúos y tríos, al ser parte de la oferta comercial de TELEFÓNICA, constituían materia de investigación como posibles prácticas de ventas atadas, siendo que el ofrecimiento de mejores condiciones económicas, resultaba un elemento accesorio a la presencia de coerción (imposibilidad de adquirir internet solo), identificado en la oferta comercial de TELEFÓNICA.
53. De acuerdo con la definición de atadura descrita en el acápite precedente y teniendo en cuenta los resultados de la investigación preliminar realizada por la STCCO, mediante Resolución N°001-2011-CCO/OSIPTEL, el presente caso fue abierto por la existencia de elementos de juicio de una supuesta práctica de atadura. Dicha resolución, así como el Informe Preliminar, fueron debidamente notificados a TELEFÓNICA, habiéndose otorgado a dicha empresa todos los plazos legales para formular sus descargos.

³¹ El Informe N° 004-CCO/2011, Informe Preliminar de Oficio: Supuesta práctica de atadura en el mercado peruano de servicios públicos de telecomunicaciones, fue notificado con fecha 16 de setiembre de 2011 a TELEFÓNICA tal como consta en el expediente.

54. En efecto, en el caso se está ante un supuesto de atadura, donde el acto constitutivo de la infracción es el condicionamiento de la adquisición del servicio de ADSL a la contratación de una línea fija de TELEFÓNICA. Lo que se condiciona es la adquisición del servicio de Internet por ADSL (bien atante) a la contratación del servicio de telefonía fija (bien atado), existiendo la posibilidad de adquirir el bien vinculado por separado. Ello coincide con la definición que da la doctrina y la literatura económica sobre el concepto de “ataadura” esbozada en el acápite precedente.
55. En dicha línea, en la mencionada Resolución N°001-2011-CCO/OSIPTEL se señaló con toda claridad que se disponía el inicio del procedimiento de oficio contra TELEFÓNICA por:

“(…) la presunta comisión de abuso de posición de dominio en la modalidad de ventas atadas, con posibles efectos de exclusión en el mercado de telefonía fija, conducta tipificada en el literal c) del artículo 10.2 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas por los hechos a los cuales se hace referencia en la sección Considerando de la Resolución(…)”.(El subrayado es nuestro).

56. A su vez, en la parte considerativa de la Resolución N°001-2011-CCO/OSIPTEL se explicó en detalle los hechos materia de investigación en los siguientes términos:

“(…) el Cuerpo Colegiado considera que el acto constitutivo de la presunta infracción en la que habría incurrido Telefónica consistiría en la implementación de prácticas de ventas atadas con relación a los servicios de telefonía fija y los servicios de internet a través de la tecnología ADSL brindados por parte de Telefónica; mediante lo cual la referida empresa podría estar perjudicando a sus competidores en el mercado de telefonía fija y reduciendo el bienestar de los consumidores (…)”. (El subrayado es nuestro).

57. Como puede apreciarse, los cargos en virtud de los cuales se inicio el presente procedimiento fueron exactamente los mismos cargos materia de la investigación preliminar a cargo de la STCCO³².

1.1.2.2.2 Etapa de Investigación e Informe Instructivo

58. Durante la etapa de investigación del presente procedimiento, la STCCO formuló diversos requerimientos de información a fin de explorar los alcances de la oferta comercial de la empresa investigada y detectar los actos de atadura tal como fueron definidos en la resolución de inicio del procedimiento. Dichos requerimientos incluyeron pedidos de información sobre dúos y tríos, en tanto parte de la oferta

³² Al respecto, la Resolución N°001-2011-CCO/OSIPTEL, recoge lo expuesto en el Informe N° 004-CCO/2011 en los siguientes términos:

*“(…) En su investigación preliminar, la Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados ha analizado la provisión conjunta del servicio ADSL (conocido con el nombre comercial de Speedy) con el servicio de telefonía fija por parte de Telefónica, la misma que constituiría **una atadura** en la medida que el usuario que desee adquirir el ADSL tiene la obligación de contar con una línea de telefonía fija o, caso contrario, adquirir una. En ese sentido, se estaría constituyendo un empaquetamiento forzoso de los servicios de acceso a Internet y de telefonía fija, sin que exista la posibilidad de contratar el servicio de Internet por separado (…)*”.

(El resaltado es nuestro).

comercial de TELEFÓNICA³³. Sin embargo, es necesario precisar que los tríos no fueron materia de sanción en la resolución apelada.

59. En este sentido, los cargos resultaban claros y precisos, pues TELEFÓNICA siempre tuvo la posibilidad real de entender los hechos y la calificación que los mismos ameritaban, lo cual queda demostrado a partir de la lectura de los diversos escritos presentados por esta empresa a lo largo del procedimiento.
60. En efecto, en el Escrito N° 1 presentado con fecha 30 de setiembre de 2011, TELEFÓNICA señala que, de acuerdo con el Cuerpo Colegiado:

*“(...) el acto constitutivo de la presunta infracción consistiría en la provisión conjunta del servicio de ADSL con el servicio de telefonía, la misma que constituiría **una atadura** en la medida que el usuario que desee adquirir el servicio de ADSL tiene la obligación de contar con una línea de telefonía fija o, en caso contrario, adquirir una. En este sentido, se estaría constituyendo un empaquetamiento forzoso de los servicios de acceso a Internet y telefonía fija, sin que exista la posibilidad de contratar el servicio de Internet por separado”. (El resaltado es nuestro).*

61. Como puede apreciarse, desde un primer momento TELEFÓNICA tenía claro que toda provisión conjunta forzosa del servicio de ADSL con el servicio de telefonía formaba parte de la conducta por la que se la estaba investigando.
62. De igual manera, en el Escrito N° 2 presentado con fecha 1 de diciembre de 2011, mediante el cual remite información que fue solicitada en el marco de la investigación, TELEFÓNICA incluye datos sobre “la venta de **paquetes dúos y tríos**”. En el Escrito N° 3 de fecha 12 de diciembre de 2011, presenta nueva información indicando el “Número de altas del servicio de telefonía fija (y de acceso a Internet mediante ADSL, nacional, **especificando dúos y tríos y no empaquetados**: Altas de ADSL con telefonía fija (dúos, tríos y sin dúos o tríos) más altas con ADSL que contrata el servicio al mismo tiempo que la fija (dúos y tríos y sin dúos o tríos)”. Para TELEFÓNICA estaba claro que los dúos eran parte de la práctica investigada. (El resaltado es nuestro).
63. En los Escritos N° 4 y 5, de fechas 5 y 16 de enero de 2012 respectivamente, TELEFÓNICA vuelve a remitir información nuevamente desagregada en dúos, tríos y no empaquetados. En el Escrito N° 6 de fecha 16 de enero de 2012, TELEFÓNICA presenta las razones por las cuales considera que existen dificultades para la presentación de información, y precisa “que los **dúos y tríos** fueron lanzados en el mes de agosto de 2007, por lo que no existe información relativa a nuestros multiproductos con anterioridad a esa fecha.” (El resaltado es nuestro).
64. En el Informe Instructivo que dio cuenta de la investigación realizada y de las conclusiones a las que llegó la STCCO, se determinó que se había demostrado la existencia de la práctica investigada y sus efectos exclusorios en los términos

³³ Al respecto, ver C.047-ST/2011 (Solicitud de información a TELEFÓNICA)

*“(...) por el presente le solicito se sirva informar lo siguiente en relación con el segmento residencial de usuarios:
1. Número mensual de altas del servicio de telefonía fija, a nivel nacional, especificando **si éstas se dan por las ofertas dúos y tríos o no**. Utilizar el formato N° 1. Número mensual de bajas del servicio de telefonía fija, a nivel nacional, especificando **si éstas se dan por las ofertas dúos y tríos o no**. Utilizar el formato N° 1.” (El resaltado es nuestro).*

definidos en la resolución de inicio (en cuanto a los actos y su calificación legal), sin variación alguna. Dicho Informe Instructivo fue notificado a TELEFÓNICA otorgándosele los plazos legales para presentar sus alegatos y ejercer su derecho de defensa.

65. Si bien en los alegatos al Informe Instructivo TELEFÓNICA afirmó que recién a partir de la emisión de dicho Informe tuvo conocimiento de una supuesta “ampliación irregular de los cargos”, al haberse incluido indebidamente los dúos y tríos dentro de los alcances de la investigación; dos de los informes que TELEFÓNICA adjunto tanto a su propios alegatos así como a su apelación contradicen dicha afirmación.
66. Por un lado, el Informe sobre “Paquetes internet-ADSL y telefonía fija” de Alterna Perú señala que la imputación de práctica anticompetitiva a TELEFÓNICA se refiere “a la venta del paquete **‘Duo: Speedy-Telefonía fija’**”, por lo que *“resulta necesario analizar, en primer término, si el empaquetamiento del servicio de acceso a Internet vía ADSL subordinado a la contratación del servicio de telefonía fija, tiene o no justificación.”* (El resaltado es nuestro).
67. Por su parte, el Informe elaborado por Apoyo Consultoría denominado “Análisis Económico-Regulatorio del Informe Instructivo N° 020-STTCCO/2012 respecto al supuesto abuso de posición de dominio en la modalidad de venta atada” elaborado por Apoyo Consultoría indica que *“(…) en un primer escenario (año 2008 frente al 2007), cuando se iniciaron las ofertas empaquetadas, los consumidores que valoraban tanto la telefonía fija como el Internet percibieron dichas ofertas empaquetadas como un descuento por consumir el ‘servicio total’”*. (El resaltado es nuestro).
68. Ambas consultoras entendieron que la venta de los paquetes era parte de la práctica investigada. Más aún, Alterna precisa claramente que la práctica investigada consistía en la venta del paquete “Duo: Speedy-Telefonía fija”.

1.1.2.2.3 Resolución apelada

69. Igualmente, en la resolución apelada, los cargos no fueron variados, puesto que, tal como puede apreciarse de la revisión del expediente, dicha resolución se pronuncia respecto de los mismos hechos y calificación legal contemplados en la resolución de inicio del procedimiento y en el Informe Instructivo.
70. Por todo lo expuesto en los acápites precedentes, es posible concluir en este extremo que los cargos han sido inmutables a lo largo del procedimiento, ya que no fueron variados para incluir los paquetes promocionales del tipo dúos y tríos, lo cual queda demostrado en tanto los hechos investigados y su calificación legal inicial son los mismos que sustentaron la resolución final del Cuerpo Colegiado.
71. TELEFÓNICA ha alegado que en un inicio se iba a investigar una práctica de ataduras y que, inesperadamente, en el Informe Instructivo y en la resolución final se incluyó a los “paquetes dúos y tríos”, sin embargo, se han citado diversos escritos y resoluciones que demuestran que, desde un primer momento, TELEFÓNICA tenía conocimiento de que la conducta investigada eran las ventas atadas en toda su oferta comercial, lo cual incluía a los paquetes promocionales del tipo dúos y tríos. En dicha medida, es claro que TELEFÓNICA conoció desde el

inicio los exactos términos de la forma en que el órgano resolutorio definió y decidió la controversia y en que el órgano instructor condujo la investigación, por lo cual tuvo oportunidad de ejercer su derecho de defensa frente a dichos cargos a lo largo del procedimiento, como efectivamente ha hecho.

72. De otro lado, cabe indicar que TELEFÓNICA ha señalado que la STCCO incorporó en su Informe Instructivo, como un hecho adicional que no correspondía directamente a la práctica materia de imputación, la ocurrencia de un dudoso daño al mercado de voz por IP.
73. Al respecto, cabe señalar que en el Informe Instructivo se incluyó una referencia a que la estrategia comercial de TELEFÓNICA podría constituir una traba para que los usuarios que no desean tener el servicio telefónico tradicional de TELEFÓNICA puedan satisfacer sus necesidades de comunicación a través de la voz por IP. Sin embargo, la resolución final no acogió este extremo del Informe Instructivo, por lo cual no corresponde efectuar mayor análisis sobre dicho extremo en este punto del procedimiento, al tener el Informe Instructivo la calidad de opinión del órgano instructor y no del órgano resolutorio del procedimiento.

1.1.2.3 La supuesta estructura de precios como parte de la conducta investigada

74. En su apelación, TELEFÓNICA también ha señalado en su apelación que el presente procedimiento se inició por la presunta comisión de una práctica de ataduras y que en la resolución apelada se habría incorporado la existencia de una supuesta estructura de precios no competitiva como un agravante de la conducta antijurídica sancionada.
75. Al respecto, de la revisión de la resolución apelada, no se aprecia que haya incluido la existencia de una supuesta estructura de precios no competitiva como un agravante de la conducta sancionada o como una nueva imputación, tal como ha sido indicado por TELEFÓNICA.
76. En la resolución apelada, el Cuerpo Colegiado describió la mencionada estructura de precios para demostrar que la misma constituiría un elemento de coerción utilizado por TELEFÓNICA para forzar a los consumidores a adquirir conjuntamente el servicio de ADSL y el de telefonía fija³⁴.
77. De esta manera, en el punto 6.2.3.2 de la resolución apelada, “Nivel de Coerción”, se señala que se debe verificar si la venta del servicio de acceso a Internet viene siendo condicionada o subordinada a la compra del servicio de telefonía fija de TELEFÓNICA. A continuación, en la sección b) de este punto, “Estructura de precios de la oferta de Internet de TELEFÓNICA” se indica que *“los ejercicios realizados con los precios de los servicios de telefonía fija y de Internet respecto del empaquetamiento (dúo) de ambos servicios, evidencian un refuerzo de la estrategia anticompetitiva de TELEFÓNICA, afianzando la adquisición conjunta de los servicios, en el marco de la venta atada”*.

³⁴En esta sección también se señala que *“(…) en la medida en que la estrategia de esta empresa no se agotaría en que no ofrezca el servicio de Internet por separado, sino que además, su estructura de precios no debiera encubrir una práctica con efectos equivalentes o similares a la venta atada.”* Dicha afirmación constituye un comentario adicional y aislado que no configura de modo alguno una nueva imputación o agravante, en los términos descritos por TELEFÓNICA, y que no vuelve a ser mencionada en ninguna otra parte de la resolución apelada.

78. En consecuencia, por lo expuesto, los argumentos de TELEFÓNICA respecto a que se habría incluido a la estructura de precios como un nuevo cargo, deben ser desestimados.

1.1.3 Conclusión

79. Por tanto, de la revisión del expediente ha quedado acreditado que los cargos no fueron modificados a lo largo del procedimiento. TELEFÓNICA fue debidamente notificada con precisión y claridad desde un inicio sobre los actos materia de investigación y su calificación legal. A mayor abundamiento, desde el momento en que presentó sus primeros descargos tuvo oportunidad de ejercer su derecho de defensa y dejó en claro que conocía con precisión cuál era la conducta que iba a ser investigada y, consecuentemente, desde un inicio tuvo la posibilidad de diseñar y organizar su estrategia de defensa de manera oportuna y eficiente, en función de esta acusación.
80. En virtud de los argumentos antes expuestos, el Tribunal de Solución de Controversias considera que no se ha vulnerado la institución procesal de la notificación previa de los cargos, por lo cual los argumentos de TELEFÓNICA respecto a la nulidad de la resolución por una supuesta ampliación indebida de cargos deben ser desestimados.

1.2 Supuesta nulidad por defecto de motivación aparente

81. TELEFÓNICA ha señalado que la resolución apelada sería nula por adolecer de un defecto de motivación aparente. Al respecto, TELEFÓNICA ha indicado que la resolución apelada presentaría un relato de hechos circunstanciales a los cuales el Cuerpo Colegiado habría dotado de un contenido fáctico incongruente a través de argumentos de carácter meramente especulativo, que no podrían ser calificados como una adecuada motivación.

1.2.1 Normativa aplicable

82. Tal como ha sido señalado en acápites precedentes, el artículo 10.2º de la LPAG dispone que el defecto u omisión de alguno de los requisitos de validez del acto administrativo constituye un vicio que causa su nulidad de pleno derecho. A su vez, el artículo 3.4º de la LPAG establece como uno de los requisitos de validez del acto administrativo que este deba estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico, por lo que la falta de motivación del acto administrativo hace que éste adolezca de un vicio que acarrea su nulidad.
83. Por otro lado, con relación a la motivación del acto administrativo, el artículo 6.1º de la LPAG indica que la motivación del acto administrativo debe ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado³⁵.

³⁵ Ley del Procedimiento Administrativo General
Artículo 6º.- Motivación del acto administrativo

84. Por su parte, el artículo 6.3° aclara que no son admisibles como motivación la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto³⁶.

1.2.2 Marco teórico para el análisis de la falta de motivación como causal de nulidad del acto administrativo

85. De acuerdo con la doctrina, la motivación es una declaración de cuáles son las circunstancias de hecho y de derecho que han inducido a la emisión del acto, y está contenida dentro de lo que usualmente se denomina “los considerandos”. Constituye por tanto, los “presupuestos” o “razones” del acto, la fundamentación fáctica y jurídica, con que la Administración entiende sostener la legitimidad y oportunidad de su decisión³⁷.
86. Asimismo, la doctrina señala que, al ser la motivación un medio de control de la causa del acto, no se cumple con cualquier fórmula convencional, sino que por el contrario, ha de ser suficiente, es decir, ha de dar razón plena del proceso lógico y jurídico que ha determinado la situación. Sin embargo, no es necesaria una motivación extraordinariamente prolija o extensa³⁸. En la misma línea, se precisa que la motivación puede ser también amplia o sucinta, pero en cualquier caso ha de ser *suficiente* para que se puedan conocer los motivos³⁹.
87. El Tribunal Constitucional ha precisado, en la sentencia recaída sobre el expediente N.º 00728-2008-PHC/TC, que el contenido constitucionalmente garantizado del derecho a la debida motivación determina que son nulos los actos administrativos cuando:

*“(...) la motivación es inexistente o cuando la misma es solo aparente, en el sentido de que **no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico**”⁴⁰. (El resaltado es nuestro)*

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

³⁶ **Ley del Procedimiento Administrativo General**

Artículo 6º.- Motivación del acto administrativo

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

³⁷ DROMI, Roberto. “El Procedimiento Administrativo”, Editorial Ciudad Argentina, 1º Edición, Buenos Aires, 1999, pág. 133.

³⁸ ZEGARRA VALDIVIA, Diego. La Motivación del Acto Administrativo en la Ley N° 27444. En: Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Buenos Lima, 2003, Ara Editores, págs. 207 y 208.

³⁹ GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio. Los Actos Administrativos. Madrid, 1986, Editorial Civitas, S.A., pág. 148.

⁴⁰ Con relación al derecho a la debida motivación de las resoluciones administrativas, el Tribunal Constitucional ha señalado, en la sentencia recaída sobre el Expediente N.º 00728-2008-PHC/TC, que “(...) *motivar una decisión no sólo significa expresar únicamente bajo qué norma legal se expide el acto administrativo, sino, fundamentalmente, exponer en forma sucinta –pero suficiente– las razones de hecho y el sustento jurídico que justifican la decisión tomada*”

88. Por su parte, en el Fundamento 11 de la sentencia recaída sobre el Expediente N° 1230-2002-HC/TC, el Tribunal Constitucional ha precisado que el derecho a la motivación debida no supone una determinada extensión de la motivación sino congruencia y suficiencia de la decisión adoptada⁴¹.
89. Por tanto, a partir de lo dispuesto en la LPAG, en la doctrina y en las sentencias constitucionales antes citadas, en el presente caso, para que se configure un supuesto de motivación aparente que haga nula la resolución apelada, tendría que estarse en alguno de los siguientes supuestos:
- a) No dar cuenta de forma clara y suficiente de las razones mínimas fácticas y jurídicas que sustentan la decisión⁴². En tal sentido, la motivación del acto administrativo puede ser amplia o sucinta, siempre que contenga:
 - Fundamentación de aspectos jurídicos: la expresión del sentido y manera en que se estima que la norma legal aplica al caso.
 - Fundamentación de los hechos: la relación de los hechos probados relevantes del caso específico.
 - b) No responder a las alegaciones de las partes del proceso.
 - c) Solo intentar dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico. En tal sentido, para motivar un acto administrativo no resultan suficientes las fórmulas vagas, de contenido declarativo o genérico.

1.2.3 Análisis

90. En su apelación, TELEFÓNICA ha señalado que la resolución apelada apenas dedicaría algún espacio a explicar el aspecto más importante a determinar en una investigación por un supuesto abuso de posición de dominio, es decir, la existencia del efecto exclusorio derivado de la práctica. De acuerdo a TELEFÓNICA, incluso las líneas que el Cuerpo Colegiado emplea para determinar la existencia de daño adolecerían de vicios de motivación sustanciales pues serían incongruentes, carecerían de sustento fáctico y contravendrían la máxima de la experiencia. Los defectos de motivación más importantes, de acuerdo a TELEFÓNICA, serían los siguientes:
- El Cuerpo Colegiado no niega que durante el periodo objeto de investigación TELEFÓNICA perdió participación en el mercado de telefonía fija sino que cuestiona que no haya perdido aún más y entiende que esto constituiría evidencia de daño al mercado, pese a que la experiencia del OSIPTEL y del

⁴¹ Al respecto, la sentencia recaída sobre el Expediente N° 1230-2002-HC/TC señala que:

“La Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión”.

⁴² Al respecto, ver Resolución N° 012-2011-TSC/OSIPTEL, emitida en la controversia seguida por Cable TV Maxuy S.A.C. (Maxuy) contra Televisión del Valle S.A.C. (Televalle) bajo el Expediente N°001-2011-CCO-ST/CD-LC. En dicha Resolución el Tribunal de Solución de Controversias analizó un alegado supuesto de nulidad por falta de motivación.

INDECOPI niegan que la ralentización de la caída de la cuota de una empresa en el mercado sea suficiente para materializar la existencia de un efecto exclusorio.

- Sin embargo, no se ha señalado quiénes son los competidores (el 5% del mercado alternativo de TELEFÓNICA) o cómo es que habrían sido afectados. Dado que la legislación y la jurisprudencia exigen para sancionar una práctica anticompetitiva que el daño sea sustancial, se debió fundamentar por qué una posible afectación al 5% del mercado cumple con el requisito de materialidad.
- El Cuerpo Colegiado no habría demostrado el supuesto traslado de la posición de dominio de TELEFÓNICA del mercado de acceso a Internet al de telefonía fija.
- La existencia de daño exclusorio sólo se podía determinar con la valoración de pruebas adicionales, que el Cuerpo Colegiado renunció a actuar.
- La evidencia que acompaña la resolución apelada no ha logrado demostrar la posibilidad de que exista una política empresarial diseñada por TELEFÓNICA dirigida a excluir a sus competidores del mercado de telefonía fija, que la práctica fuera plausible o que hubiere generado efectos perversos en el mercado.
- No se habrían ponderado los efectos positivos de la práctica investigada con sus nulos efectos negativos.
- El Cuerpo Colegiado no habría aportado ningún elemento de juicio que permita rebatir los argumentos realizados por TELEFÓNICA, en el sentido de que la banda ancha móvil constituye un sustituto posible de la banda ancha fija.

91. En el presente caso, para determinar si existe un defecto de motivación que acarree la nulidad de la resolución apelada, siguiendo lo expuesto en el acápite precedente, se procederá a determinar si ésta (a) no dio cuenta de las razones mínimas fácticas y jurídicas que sustentan la decisión, o (b) si no respondió a las alegaciones de TELEFÓNICA en el proceso, o (c) si solo intentó dar un cumplimiento formal al mandato de motivación.

1.2.3.1 Supuesto defecto de falta de motivación por no dar cuenta de forma clara y suficiente de las razones mínimas fácticas y jurídicas que sustentan la decisión

92. De la revisión de la resolución apelada, se aprecia que el Cuerpo Colegiado determinó que la práctica investigada tenía efectos anticompetitivos, conforme a los siguientes argumentos fácticos y jurídicos:
- El Cuerpo Colegiado describió las normas que exigen la existencia de daño al mercado para calificar a una práctica como anticompetitiva: el Decreto Legislativo N° 1034 y los Lineamientos de Libre Competencia en Telecomunicaciones.
 - De acuerdo a las normas antes mencionadas, desarrolló una metodología de análisis de competencia para determinar si la conducta investigada generaba

efectos negativos, examinando (i) efectos en los competidores, (ii) efectos en los usuarios, (iii) posibles justificaciones a la realización de la venta atada y posibles eficiencias económicas.

- Siguiendo la metodología descrita, el Cuerpo Colegiado determinó sobre la base de los siguientes hechos verificados y argumentos que:
 - Existían efectos negativos para los competidores: El Cuerpo Colegiado llegó a esta conclusión, luego de procesar estadísticamente, relacionar y analizar la información de enero de 2004 a junio de 2010 reportada al OSIPTEL por las empresas operadoras en forma mensual. Asimismo, tuvo en consideración la información posterior a junio de 2010 (meses de diciembre de 2010 y marzo de 2011) tomada de la página web del Ministerio de Transportes y Comunicaciones. Dicho análisis consta a fojas 47 a 51 de la resolución apelada, en donde adicionalmente se incluyen gráficos y cuadros que reflejan el análisis. La argumentación lógico-jurídica seguida por el Cuerpo Colegiado se describe a continuación:
 - El Cuerpo Colegiado sostuvo que TELEFÓNICA, al atar el servicio de internet al servicio de telefonía fija, imposibilita la contratación del servicio de telefonía fija ofrecido por empresas distintas a TELEFÓNICA.
 - Estableció, como hecho probado, que existía una importante pérdida de participación en el mercado de telefonía fija por parte de TELEFÓNICA, que pasó de aproximadamente 96% durante el año 2006 a 87% en noviembre de 2007. Adicionalmente, señaló que dicha caída se redujo luego del lanzamiento de los paquetes⁴³.
 - Para acreditar que la causa de la venta atada como estrategia exclusoria en el mercado de telefonía fija era la caída de la participación de TELEFÓNICA en dicho mercado, el Cuerpo Colegiado analizó la correlación entre las altas de los accesos ADSL y las altas de las líneas en servicio de telefonía fija de TELEFÓNICA, considerando si el abonado ya tenía el servicio de telefonía fija o si éste lo contrataba al momento de adquirir el servicio de internet, llegando a la conclusión de que en los últimos dos años el crecimiento de las conexiones por ADSL impulsó el crecimiento de las líneas fijas de TELEFÓNICA⁴⁴.

⁴³ Al respecto, la resolución apelada señala lo siguiente:

“(…) a partir de esta última fecha (noviembre 2007), unos meses después del inicio de las ofertas empaquetadas, a través de descuentos la caída de la tasa de participación de TELEFÓNICA se redujo, continuando la disminución del número de líneas en servicio y la participación pero a un ritmo más lento hasta julio de 2009. Desde entonces se ha observado una ligera recuperación en la participación de TELEFÓNICA”.

⁴⁴ Al respecto, la resolución apelada señala lo siguiente:

“(…) si bien durante los años 2009 y 2010 las altas en ambas categorías eran similares, a partir del año 2011 la mayor parte de las altas corresponden a usuarios que no tenían servicio telefónico de TELEFÓNICA, pero que lo contrataron junto con el acceso a Internet. Esta última categoría incluye tanto las altas a través de empaquetamiento como a través de ofertas regulares y ofertas promocionales (dúos). Es decir, en los últimos dos años el crecimiento de las conexiones por ADSL habría impulsado con mayor fuerza al crecimiento en el número de líneas fijas de TELEFÓNICA.”

- Asimismo, otro factor que el Cuerpo Colegiado consideró para acreditar que la causa de la venta atada era la caída de la participación de TELEFÓNICA, fue la comprobación de que los stocks de dúos de ADSL y telefonía fija crecieron en forma importante en los últimos años y que se apreciaba una caída en las líneas de telefonía fija en servicio que no están empaquetadas con ningún servicio (Gráficos 5a y 5b “Altas de ADSL y su impacto en la telefonía fija de TELEFÓNICA” a fojas 48 de la resolución apelada).
 - Adicionalmente, otro factor analizado para determinar que la causa de la venta atada era la caída de la participación de TELEFÓNICA, fue la coincidencia entre el momento en el que se detuvo la caída del número de líneas en servicio de TELEFÓNICA y una desaceleración en el crecimiento del número de líneas de las empresas competidoras (Gráfico 6 “Evolución del número de líneas fijas, TELEFÓNICA vs Competidoras” a fojas 49 de la resolución apelada).
 - Sobre la base del análisis de esta evidencia, el Cuerpo Colegiado concluyó que lo que causa la práctica de venta atada de TELEFÓNICA es privar a sus competidores en el mercado del servicio de telefonía fija (servicio atado) de acceder a parte importante de los compradores. Es decir, frente a sus competidores en el mercado de telefonía fija, lo que hace TELEFÓNICA a través de la venta atada es elevar y fortalecer las barreras a la entrada del mercado de telefonía fija.
- Existían efectos negativos para los usuarios: El Cuerpo Colegiado consideró que se había limitado la libertad de los consumidores en un contexto en el que se viene dando la sustitución entre telefonía fija y telefonía móvil y la valoración del servicio de telefonía fija ha caído.
- No existían justificaciones técnicas o legales para la práctica: El Cuerpo Colegiado descartó la justificación técnica aducida por TELEFÓNICA porque el hecho de que internet mediante ADSL sea un servicio de valor añadido que se soporta tanto en la red portadora como en el servicio final de telefonía fija, no determina que ambos productos deben ser comercializados de manera conjunta. Adicionalmente, descartó la justificación legal expuesta por TELEFÓNICA, explicando que anteriores pronunciamientos de distintos órganos e instancias del OSIPTEL no resultaban vinculantes para el presente caso. (Sección c), “Justificaciones a la realización de la venta atada”, del punto 6.2.3.3. de la resolución apelada, “Efectos anticompetitivos y eficiencias procompetitivas”).
- Las supuestas eficiencias generadas por la práctica no justificaban la práctica: Para sustentar esta conclusión, el Cuerpo Colegiado expresó la siguiente fundamentación lógica: si bien en el corto plazo la práctica había generado un beneficio a nivel tarifario para un grupo de usuarios, la práctica estaría afectando al menos a sus competidores del mercado de telefonía fija y obligando a los usuarios a adquirir o contratar servicios, no en base a la calidad, precio o complementariedad de los productos, sino basados en la necesidad de contratar únicamente uno de los componentes atados, causando con esto una distorsión en las preferencias y un perjuicio

reflejado en la disminución de eficiencia en la asignación de recursos, con un impacto desfavorable a la libre competencia. (Sección c), “Justificaciones a la realización de la venta atada”, del punto 6.2.3.3. de la resolución apelada, “Efectos anticompetitivos y eficiencias procompetitivas”).

93. De lo expuesto en el numeral anterior se aprecia que:

- A lo largo de la resolución apelada y de acuerdo a la metodología de análisis establecida por la legislación vigente, el Cuerpo Colegiado desarrolló argumentos dirigidos a demostrar la existencia del efecto excluyente en el mercado de telefonía fija, evaluando las consecuencias de dicha práctica y sustentado sus conclusiones en una serie de datos estadísticos recogidos en diferentes cuadros y gráficos construidos a partir de la información brindada, en parte, por la propia TELEFÓNICA.
- El Cuerpo Colegiado también desarrolló una fundamentación lógica sobre la existencia de una fuerte correlación entre las altas netas de los servicios de telefonía fija e internet por ADSL de TELEFÓNICA, evidencia que se encuentra recogida en los Gráficos N° 5 y 6 de la resolución apelada, describiendo la pérdida de la participación de los competidores de TELEFÓNICA, e interpretando la información contenida en el mismo como un indicador más de los efectos excluyentes de la práctica investigada.
- El Cuerpo Colegiado ponderó los efectos positivos de la práctica investigada con sus efectos negativos, pronunciándose sobre las justificaciones a la práctica presentadas por TELEFÓNICA.

94. Por todo lo expuesto, este Tribunal considera que el Cuerpo Colegiado ha expuesto una fundamentación lógico jurídica que da cuenta de las razones que sustentan sus conclusiones. En efecto, de la revisión de la resolución apelada y de los medios probatorios actuados en el expediente, se aprecia que el Cuerpo Colegiado argumentó de manera clara y suficiente su decisión sustentándola en evidencia actuada en el procedimiento. La cuestión sobre si dicha evidencia basta para demostrar el efecto excluyente de la práctica, constituye un tema de fondo que deberá ser discutido en la parte pertinente de esta resolución, pero que no constituye una causal de nulidad por falta de motivación o motivación aparente.

1.2.3.2 Supuesto defecto de falta de motivación por no responder a las alegaciones de las partes del proceso

95. TELEFÓNICA ha señalado que sus argumentos respecto de inexistencia de un daño al mercado no habrían sido analizados por el Cuerpo Colegiado, pues sólo habrían merecido afirmaciones especulativas y subjetivas. TELEFÓNICA ha alegado que (i) habría una falta de magnitud del daño al mercado, pues en la hipótesis del Cuerpo Colegiado se estaría dañando sólo a un 5% del mercado de telefonía fija alternativo; (ii) se estaría sancionando a TELEFÓNICA pese a que dicha empresa estaría disminuyendo su participación en el mercado de telefonía fija; y, (iii) se estaría afirmando la existencia de daño sobre la base de un solo elemento de juicio y con carencia de medios probatorios que acrediten dicha situación y en contra de pronunciamientos administrativos previos sobre casos por infracciones

anticompetitivas.

96. Al respecto, es necesario mencionar que, de acuerdo con la doctrina, la motivación de las resoluciones debe incluir la cita de las principales argumentaciones del (o los) administrado(s) y la forma en que se han tenido en cuenta al momento de resolver, tanto en forma desestimatoria como estimatoria⁴⁵. Sobre este tema, el Tribunal Constitucional aclara que el derecho a la debida motivación *“Tampoco garantiza que, de manera pormenorizada, todas las alegaciones que las partes puedan formular dentro del proceso sean objeto de un pronunciamiento expreso y detallado.”* (Fundamento 11, Exp. N° 1230-2002-HC/TC).
97. Tal como se ha apreciado en el literal precedente, el Cuerpo Colegiado desarrolló una argumentación lógico jurídica sustentada sobre la base de medios probatorios que obran en el expediente para determinar la existencia de los efectos anticompetitivos de la práctica, exponiendo sus razones sobre la existencia de dicho daño y considerando las especiales características del mercado de un telefonía fija, en el cual la participación de TELEFÓNICA estaría disminuyendo, pero cuya caída se habría detenido a partir del lanzamiento de los paquetes.
98. En dicho esquema de argumentación lógico jurídica, el Cuerpo Colegiado se pronunció sobre las alegaciones formuladas por TELEFÓNICA respecto a la existencia del daño exclusorio y los efectos de la caída de su participación en el mercado. En particular, cabe mencionar que en la sección c), “Justificaciones a la realización de la venta atada”, del punto 6.2.3.3. de la resolución apelada, “Efectos anticompetitivos y eficiencias procompetitivas”, el Cuerpo Colegiado tomó en cuenta las justificaciones técnicas, legales y económicas presentadas por TELEFÓNICA, analizándolas y descartándolas una por una en los términos exigidos por la LPAG, la doctrina y los precedentes constitucionales.
99. En línea con lo señalado anteriormente, la cuestión sobre la suficiencia de los medios probatorios actuados en el expediente para generar convicción sobre la existencia del efecto anticompetitivo y la interpretación sobre las consecuencias de otros precedentes administrativos sobre prácticas anticompetitivas en el caso concreto, constituyen temas de fondo que no son materia de una declaración de nulidad.
100. Este Tribunal considera que lo relevante para analizar el pedido de nulidad de TELEFÓNICA es que el Cuerpo Colegiado sí analizó los argumentos de dicha empresa exponiendo fundamentos claros y suficientes basados en sustento fáctico que obra en el expediente y que a su juicio demostraban la existencia de la práctica anticompetitiva. En consecuencia, no se está ante un defecto de motivación en los términos alegados por TELEFÓNICA.
101. En otras partes de su apelación, TELEFÓNICA ha sostenido que el Cuerpo Colegiado no habría aportado ningún elemento de juicio que permita rebatir los argumentos de TELEFÓNICA respecto al mercado relevante, en el sentido de que la banda ancha móvil constituye un sustituto de la banda ancha fija.
102. Al respecto, cabe señalar que, con relación al mercado relevante, el Cuerpo

⁴⁵ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Op. cit. pág.159.

Colegiado analizó las alegaciones de TELEFÓNICA sobre la inclusión de la banda ancha móvil en el mercado relevante. Entre otros argumentos, el Cuerpo Colegiado señaló que, cuando TELEFÓNICA afirma que se obvió realizar el test del monopolista hipotético para determinar el mercado relevante, test que demostraría que la banda ancha móvil integraba el mercado relevante, parte del supuesto inexacto de que todas las tecnologías de internet ofrecen condiciones equivalentes a las del ADSL.

103. Igualmente, con relación a lo señalado por TELEFÓNICA en el sentido de que el volumen de descarga del internet móvil no era un elemento decisivo para no considerar a la banda ancha móvil en el mercado relevante, el Cuerpo Colegiado señaló que se debe tomar en cuenta que muchos de los usuarios del servicio de acceso a internet por ADSL utilizan el servicio de internet móvil de manera complementaria, por lo que no se ven afectados por la limitada capacidad de descarga del segundo.
104. En consecuencia, se puede apreciar que el Cuerpo Colegiado sí tuvo en cuenta y analizó las argumentaciones expuestas por TELEFÓNICA para pronunciarse sobre la determinación del mercado relevante, por lo cual no se está ante un supuesto de nulidad por falta de motivación en este extremo.

1.2.3.3 Supuesto defecto de motivación por sólo intentar dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico

105. Por todo lo expuesto en los acápites precedentes, este Tribunal considera que no puede afirmarse que el Cuerpo Colegiado se haya amparado en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico y se haya limitado a dar un cumplimiento formal a su obligación de motivar la resolución apelada.
106. En consecuencia, el Tribunal de Solución de Controversias considera que en el presente caso no se ha configurado ninguno de los supuestos que la LPAG, la doctrina administrativa y los precedentes constitucionales, recogen para la declaración de nulidad de un acto administrativo por falta de motivación. En tal sentido, los argumentos vertidos por TELEFÓNICA en su apelación sobre este punto deben ser desestimados. Sin perjuicio de ello, cabe reiterar que tales argumentos, al cuestionar aspectos de fondo de la resolución apelada, serán analizados en las partes pertinentes de la presente resolución.

1.3 El supuesto uso de una metodología arbitraria para determinar la existencia de la práctica investigada

107. De acuerdo con TELEFÓNICA, la resolución apelada contradice de manera arbitraria e inmotivada expresos pronunciamientos de los Cuerpos Colegiados del OSIPTEL en cuanto a la metodología que debe emplearse para determinar la existencia de un acto de abuso de posición de dominio. En concreto, TELEFÓNICA ha señalado que no se siguió la metodología establecida en el caso BOGA, en el cual, de acuerdo con lo afirmado por TELEFÓNICA, se habría especificado que para determinar la existencia de una práctica con efectos exclusorios, debía realizarse un análisis consistente **“en una serie de etapas, consecutivas y excluyentes”** y que describió en los siguientes términos:

- “(1) Evaluar la existencia de una estrategia de la empresa investigada **dirigida a excluir a su competencia del mercado**; es decir, que los hechos denunciados fueran ciertos y verificables y **que no respondieran o no tuvieran otra racionalidad** más que la intención expresa de eliminar a un competidor.*
- (2) Determinar si el mercado presenta las condiciones requeridas para que la práctica investigada sea exitosa, evaluando si existen elevadas barreras de acceso para potenciales competidores y si la demanda es lo suficientemente inelástica como para que los usuarios continúen comprando el servicio de la empresa a pesar de que impusiera mayores precios.*
- (3) Por último, definir los efectos perjudiciales que habrían tenido las conductas denunciadas por la demandante sobre el mercado, es decir, sobre el usuario como sobre el competidores”.* (El resaltado es nuestro).

108. Al respecto, cabe precisar que el pronunciamiento aludido por TELEFÓNICA es la Resolución N° 021-2002-CCO/OSIPTTEL emitida en la controversia seguida por Boga Comunicaciones S.A. (en adelante BOGA) y Telefónica Multimedia S.A.C. sobre la supuesta comisión de actos de abuso de posición de dominio en las modalidades de discriminación de precios y precios predatorios. En primer lugar, debe señalarse que de la lectura de la Resolución N° 021-2002-CCO/OSIPTTEL se puede desprender que TELEFÓNICA no ha parafraseado con precisión la metodología desarrollada por el Cuerpo Colegiado para resolver dicho caso.

109. En efecto, en el acápite 5.1.2 “Prácticas Predatorios” de la Resolución N° 021-2002-CCO/OSIPTTEL se señala que *“el análisis de las conductas denunciadas por BOGA (...) se realizará considerando las siguientes etapas consecutivas y, en principio, excluyentes:”* (El resaltado es nuestro).

- a) Determinar si existen las condiciones básicas requeridas para la existencia de una discriminación y si en los hechos se produjo efectivamente un comportamiento diferenciado por parte de MULTIMEDIA en los mercados donde compite con BOGA y en los mercados en que no compite con ella.*
- b) Determinar si de haberse producido dicho comportamiento diferenciado, el mismo podría encontrarse justificado por la naturaleza y características de la transacción o de lo contrario constituía una discriminación ilegal según lo dispuesto por el DL 701.*
- c) Determinar si el mercado presenta las condiciones requeridas para que la práctica investigada sea exitosa, evaluando si existen elevadas barreras de acceso para potenciales competidores y si la demanda es lo suficientemente inelástica como para que los usuarios continúen comprando el servicio de MULTIMEDIA a pesar de que impusiera mayores precios.*
- d) Sólo de comprobarse lo anterior, determinar si MULTIMEDIA incurrió en pérdidas de corto plazo de manera no esporádica para eliminar a BOGA del mercado.*

- e) *Por último, definir los efectos perjudiciales que habrían tenido las conductas denunciadas por la demandante sobre el mercado, es decir, sobre el usuario como sobre el competidor.*

110. Como puede advertirse de la lectura de la Resolución N° 021-2002-CCO/OSIPTEL, el requisito “1)”, sobre la existencia de una estrategia dirigida a excluir a los competidores del mercado, descrito por TELEFÓNICA en su apelación, no se encuentra incluido en la metodología esbozada en dicha parte de la citada Resolución. De una lectura detallada, puede apreciarse que el mencionado requisito “1)”, aludido por TELEFÓNICA, constituye un elemento a analizar en la estrategia predatoria materia de denuncia en el caso concreto de BOGA, tal como puede verse de la siguiente cita de la Resolución N° 021-2002-CCO/OSIPTEL:

“(...) Los precios predatorios son el supuesto más conocido de este tipo de prácticas. Consisten en establecer un precio debajo de costos de manera sostenida con el fin de eliminar o disciplinar a sus competidores y así, mantener o hacerse de poder monopólico. Cuando esta estrategia es exitosa, los competidores salen del mercado o le ceden el liderazgo en precios al predador (...). Sobre el particular, los Lineamientos de libre Competencia del OSIPTEL señalan que:

Se puede definir los precios depredadores como aquéllos que resultan inferiores a un nivel determinado de costos, establecidos con la intención de eliminar del mercado a uno o varios de los competidores(...)”

111. En consecuencia, resulta claro que TELEFÓNICA no ha parafraseado con precisión los criterios de análisis para determinar la existencia de los actos anticompetitivos en las modalidades de trato discriminatorio y prácticas predatorias materia de denuncia en el caso BOGA.
112. De otro lado, TELEFÓNICA ha señalado que la resolución apelada habría considerado como justificaciones, para descartar lo señalado en el caso BOGA, los siguientes argumentos: (i) que dicho pronunciamiento no constituiría un precedente de observancia obligatoria y (ii) que el fraseo del caso en cuestión no permite aseverar que el criterio empleado en aquella oportunidad hubiera sido de carácter general. De acuerdo con TELEFÓNICA, dichos argumentos no cumplirían con el estándar de debida motivación, por lo que la decisión sería arbitraria y la opción metodológica empleada habría sido construida ad-hoc.
113. Al respecto, cabe señalar que las metodologías (en tanto pasos que deben seguirse para determinar la existencia de una determinada práctica anticompetitiva) fueron esbozadas en la Resolución N° 021-2002-CCO/OSIPTEL a fin de analizar los supuestos específicos materia de investigación en dicho caso, a saber, prácticas predatorias y/o discriminación, tal como se desprende de la revisión de los puntos a) (*si existen las condiciones básicas requeridas para la existencia de una discriminación*) y d) (*incurrió en pérdidas de corto plazo de manera no esporádica*) de dicha resolución. En consecuencia, es claro que éstas no constituyen metodologías generales para el análisis de cualquier supuesto anticompetitivo.
114. En el presente caso, se está ante una investigación por actos anticompetitivos en la modalidad de ventas atadas, cuyos requisitos constitutivos se encuentran

establecidos en el Decreto Legislativo N° 1034. Adicionalmente, a modo de guía, se tienen los criterios interpretativos esbozados en los Lineamientos de Libre Competencia en Telecomunicaciones.

115. En el caso, el Cuerpo Colegiado analizó los aspectos establecidos tanto en el Decreto Legislativo N° 1034 y en los Lineamientos de Libre Competencia en Telecomunicaciones para conducir su investigación y análisis. Al respecto, no se advierte un cambio de criterio respecto a lo señalado en los referidos Lineamientos, que si bien no son vinculantes, sí establecen criterios generales sobre la interpretación de las normas de libre competencia y por tanto, contribuyen a la predictibilidad de los pronunciamientos de las instancias de solución de controversias.
116. En efecto, la resolución apelada ha tomado en cuenta lo señalado en el numeral 4.3.3 de los Lineamientos de Libre Competencia en Telecomunicaciones, conforme a los cuales, para que una práctica de venta atada tenga efectos anticompetitivos es necesario que la realice una empresa con posición de dominio y sea una práctica injustificada que restrinja la competencia:

*“Estando a lo señalado y **de acuerdo con la metodología de análisis de competencia**, en primer lugar se debe **identificar el servicio relevante o servicio materia de la conducta investigada y el mercado relevante**. (...)*

En la determinación de la conducta restrictiva o práctica injustificada en la modalidad de venta atada se deben considerar los elementos específicos contenidos en el referido artículo 10º de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, a saber: debe tratarse de **servicios diferenciados, debe existir coerción, el proveedor debe tener suficiente poder de mercado en el mercado del producto principal y debe existir una afectación en el mercado del producto atado.**

*Finalmente, es importante precisar que la referida Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas ha calificado esta conducta como una prohibición relativa. En ese sentido, para que se pruebe la existencia de una infracción administrativa, primero debe **probarse la existencia de la venta atada** y posteriormente, debe **probarse que la misma tenga efectos negativos para la competencia y el bienestar del consumidor**; es decir la venta atada se debe analizar conforme a la regla de la razón.”* (El resaltado es nuestro).

117. La resolución apelada desarrolla punto por punto el análisis anteriormente reseñado y concluye que efectivamente TELEFÓNICA incurrió en una práctica de abuso de posición de dominio en la modalidad de ventas atadas.
118. Adicionalmente, TELEFÓNICA ha señalado en su recurso de apelación que el Cuerpo Colegiado no habría sido capaz de dotar de contenido objetivo a una serie de elementos imprescindibles para configurar la infracción por violación a las normas de libre competencia, por ejemplo, no habría señalado cómo es que la conducta de TELEFÓNICA habría tenido como efecto la exclusión de competidores en el mercado. De acuerdo con TELEFÓNICA, una de las principales ventajas del análisis del caso BOGA fue la incorporación de diversos elementos de racionalidad

económica, por lo que no sería plausible una sanción si antes no se lograra demostrar:

- (i) Que la conducta anticompetitiva ha logrado incrementar indebidamente las ganancias de la empresa investigada.
- (ii) Que la estructura del mercado permite que la estrategia exclusoria impulsada sea creíble en el largo plazo.

119. Al respecto, sin perjuicio de que se ha indicado que las metodologías diseñadas en BOGA se referían a supuestos de actos anticompetitivos distintos a las ventas atadas, debe indicarse que un elemento que debe ser definido en estos casos es la existencia de efectos exclusorios, lo cual debe ser determinado de forma objetiva y teniendo en consideración las particulares características del de mercado o mercados afectados.
120. En este sentido, los elementos aludidos por TELEFÓNICA tales como la racionalidad de la práctica, el examen de los indicadores de desempeño de los competidores y las posibles eficiencias y justificaciones presentadas por la empresa denunciada, fueron materia de análisis en la resolución apelada, tal como se ha expuesto en el acápite precedente del presente pronunciamiento.
121. Una vez más, la discusión sobre si existen argumentos lo suficientemente sólidos como para poder probar fehacientemente la práctica investigada y sus efectos, no constituye un tema de nulidad, sino un asunto de fondo que será discutido en la parte pertinente de la presente resolución.
122. En consecuencia, los argumentos de TELEFÓNICA sobre la aplicación de una metodología arbitraria para el análisis del presente caso como causal de nulidad de la resolución apelada deben ser desestimados.

1.4 El supuesto análisis insuficiente de la prueba indiciaria

123. De acuerdo con TELEFÓNICA, para poder evaluar la existencia de un daño al mercado el Cuerpo Colegiado habría recurrido a la prueba indiciaria. Sin embargo, según señala TELEFÓNICA, ninguno de los indicios mencionados en la resolución apelada habría sido desarrollado con el mínimo de rigor para ser considerado como válido a efectos de demostrar la existencia de efectos exclusorios. En opinión de TELEFÓNICA, ello habría implicado un “adelgazamiento” de su derecho de defensa.
124. En la prueba circunstancial o indiciaria, en tanto sucedáneo de los medios probatorios, se tiene un hecho que puede ser utilizado para inferir otro hecho⁴⁶. El análisis bajo el esquema de la prueba indiciaria implicaría la evaluación de dos elementos: (i) la existencia de un “hecho indicador”, es decir una base de hecho cierta y comprobada; y (ii) la verosimilitud del “hecho indicado”. De esta forma, a través de un razonamiento lógico se presume o infiere desde el “hecho indicador” la existencia de la consecuencia indicada como algo posible. De esta forma, las conclusiones a las que se llegaría mediante un esfuerzo o razonamiento excesivo a

⁴⁶DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. La Teoría de la Prueba Indiciaria. En: Doxa Tendencias Modernas del Derecho. Trujillo: Normas Legales Editora, 2004, pág. 18.

partir del hecho indicador deben ser descartadas. A tales efectos, se deben evaluar todas las pruebas en conjunto, incluyendo los posibles contraindicios existentes.

125. La prueba indiciaria es utilizada únicamente en los casos en los que es estrictamente necesaria, debido a la inviabilidad de probar los hechos a través de una prueba directa de los mismos.
126. Al ser un tipo de esquema de prueba que exige un enfoque de análisis distinto al usual (prueba directa), las instancias de solución de controversias han sido claras en señalar expresamente que están aplicando dicho esquema en su evaluación de la existencia de una infracción. Tal es el caso de la Resolución N°052-2002-CCO/OSIPTEL⁴⁷, en la que se señaló que la conducta denunciada se caracterizaba por ser una práctica disimulada, por lo que el Cuerpo Colegiado consideró que dicho tipo de práctica podía ser demostrada a través de la prueba de indicios y presunciones.
127. De igual manera, en la Resolución N° 001-2003-CCO/OSIPTEL⁴⁸, caso en el que se evaluó el inicio de una investigación para determinar si es que ciertas empresas que prestaban servicios de telefonía móvil llegaron a un acuerdo para retrasar el ingreso a la facturación al segundo y se indicó que las concertaciones entre competidores son un tipo de prácticas anticompetitivas que se demuestran a través de la prueba indirecta (indicios y presunciones) y que los Lineamientos de Libre Competencia en Telecomunicaciones reconocen tal hecho cuando señalan que las concertaciones suelen comprobarse vía la prueba de indicios y presunciones en tanto que los infractores eliminan las pruebas directas que demuestran el acuerdo.
128. Es preciso aclarar que, en este tipo de casos, la prueba indiciaria es utilizada para poder inferir o demostrar la existencia de la conducta en cuestión y no de sus efectos exclusorios. De igual manera, en la Resolución N° 276-97-TDC⁴⁹, el INDECOPI señala que la comprobación de la existencia de prácticas restrictivas de la competencia y de otras prácticas ilegales similares, generalmente se producirá sobre la base de pruebas circunstanciales e indicios contingentes, que deben ser apreciados en conjunto por el juzgador para poder extraer presunciones que lo lleven a formar una convicción respecto de los hechos investigados. La prueba de la existencia de la conducta acredita la comisión de la infracción.
129. En los casos de abuso de posición de dominio se lleva a cabo un doble nivel de análisis, el de la conducta llevada a cabo por las empresas y el de los efectos exclusorios generados por estas conductas, consistiendo el segundo en un “balanceo” entre los perjuicios de la práctica y las eficiencias generadas por la misma, así como las posibles justificaciones a la práctica presentada por las empresa denunciadas.

⁴⁷Resolución N°052-2002-CCO/OSIPTEL, emitida en la controversia seguida por AT&T Perú S.A. (AT&T) contra Telefónica del Perú S.A.A. (Telefónica) bajo el Expediente N°003-2001.

⁴⁸Resolución N° 001-2003-CCO/OSIPTEL, por la que el Cuerpo Colegiado declaró que no correspondía iniciar un procedimiento de oficio sobre supuestas infracciones a la libre competencia en el mercado de la telefonía móvil al no existir indicios suficientes sobre un presunto acuerdo entre las empresas operadoras de telefonía móvil Telefónica del Perú S.A.A. (Telefónica), Bellsouth Perú S.A.A. (Bellsouth), Nextel del Perú S.A. (Nextel), Telefónica Italia Mobile Perú S.A.C. (TIM) y Telefónica Móviles S.A.C. (TMóviles), bajo el expediente N° 001-2003-CCO-ST/LC

⁴⁹Resolución N° 276-97-TDC, emitida en el procedimiento de Oficio seguido contra la Asociación Peruana de Avicultura y Otras (Las Empresas Avícolas), bajo el Expediente N° 029-96-CLC.

130. En el presente caso, los hechos que demuestran la comisión de la conducta imputada a TELEFÓNICA, las prácticas de atadura consistentes en el condicionamiento de la adquisición del servicio de internet ADSL Speedy a la contratación del servicio de telefonía fija ofrecido por TELEFÓNICA, están claros y han sido acreditados a través del esquema de prueba directas (contratos de abonados, acciones de supervisión) e, incluso, no han sido cuestionados por la propia TELEFÓNICA en primera instancia.
131. Por su parte, los efectos anticompetitivos de la práctica han sido determinados sobre la base del análisis de medios probatorios consistentes en datos de desempeño y configuración del mercado, entre otra información, los cuales a criterio del Cuerpo Colegiado habrían acreditado la existencia de dicha práctica. En este contexto, este Tribunal considera que no se está ante un caso que haya ameritado el uso de prueba indiciaria, en tanto sucedáneo de los medios probatorios. En este sentido, no resultan correctas las alusiones hechas en la resolución apelada a indicios o prueba indiciaria. A juicio de este Tribunal, tales frases deben ser entendidas como referidas a elementos de juicio o evidencias, pero no a la prueba indiciaria, como se analizará seguidamente.
132. TELEFÓNICA ha mencionado una serie de citas de la resolución apelada para intentar acreditar que el Cuerpo Colegiado habría hecho un uso indebido de la prueba indiciaria para acreditar los efectos exclusorios, las cuales se transcriben a continuación:
- (1) *“(...) los ejercicios realizados con los precios de los servicios de telefonía fija y de Internet respecto del empaquetamiento (dúo) de ambos servicios, **evidencian** un refuerzo de la estrategia anticompetitiva de TELEFÓNICA, afianzando la adquisición conjunta de los servicios, en el marco de la venta atada.”*
 - (2) *“La explicación **para que la caída de la participación de TELEFÓNICA en el mercado de telefonía fija se haya detenido sería el importante crecimiento de la venta conjunta del servicio de acceso a internet ADSL y el servicio de telefonía fija que realiza esta empresa**, ya que la mayoría de altas de accesos ADSL corresponden a altas atadas al servicio de telefonía fija, principalmente dúos de telefonía fija e Internet.”*
 - (3) *“Lo anteriormente mostrado podría ser un **indicador** de la relación directa existente entre el servicio de telefonía fija de TELEFÓNICA y su servicio de Internet por ADSL. Otro indicio adicional lo encontramos en el panel b) del Gráfico N° 5, ya que en dicho gráfico se puede ver que existe una clara relación directa entre las altas de líneas fijas en servicio y las altas de accesos ADSL (altas reales y no altas netas).”*
133. De la lectura de las citas mencionadas en el contexto de la resolución apelada, se aprecia lo siguiente:
- a. En el caso de la primera cita, no se señala que se trate de un indicio en el sentido de prueba indiciaria, sino que se analiza la estructura de precios como una prueba directa de la estrategia anticompetitiva de TELEFÓNICA.

- b. En la segunda cita, no se afirma que se esté evaluando un indicio, por el contrario, se hace referencia a un medio probatorio de los efectos exclusorios de la práctica investigada.
 - c. En la tercera cita es evidente que se utiliza el término “indicio” de una forma coloquial, para referirse a los indicadores como elementos que llevarían a una conclusión. Nuevamente, estos indicadores constituirían medios probatorios de los efectos de la práctica anticompetitiva, no sucedáneos de los medios probatorios como la prueba indiciaria. La cita ha sido presentada fuera de contexto, pues en ningún otro lugar de la resolución apelada del Cuerpo Colegiado se utiliza el término “indicio” y, menos aún, se señala que se esté haciendo algún tipo de uso de la prueba indiciaria.
134. Finalmente, respecto a este punto, TELEFÓNICA alega que el Cuerpo Colegiado ha obviado que la prueba indiciaria exige a quien la práctica la selección de una serie de elementos indispensables para su validez. De acuerdo con lo señalado en la apelación, TELEFÓNICA habría presentado una serie de contra indicios que el Cuerpo Colegiado, aún cuando habría reconocido que lo alegado por TELEFÓNICA era cierto, habría descartado sin realizar el análisis contra fáctico al que estaría obligado.
135. Al respecto, en la medida que en este caso no correspondía aplicar y no se aplicó la prueba indiciaria, no es necesario que se seleccionen una serie de elementos indispensables para su validez. Lo que TELEFÓNICA denomina “contra indicios” son en realidad elementos de juicio o factores que cuestionan el fondo de la cuestión controvertida, si la valoración de los mismos fue adecuada es un tema de fondo que, de conformidad con lo ya señalado, será posteriormente analizado.

1.5 El Cuerpo Colegiado habría abdicado de sus funciones en materia probatoria

136. En su apelación, TELEFÓNICA ha señalado que la carga de la prueba respecto a la vulneración del marco regulatorio en materia de la libre competencia sería de cargo del Cuerpo Colegiado, sobre todo considerando que se está ante un procedimiento iniciado de oficio. Consecuentemente, el Cuerpo Colegiado no debería haber declarado fundada la denuncia de oficio si antes *“no se encontraba premunido del más elemental material probatorio”*. En consecuencia, de acuerdo con TELEFÓNICA, se habría vulnerado el principio de oficialidad de la prueba.
137. El artículo 235.5º de la LPAG, sobre el procedimiento administrativo sancionador, señala que en caso de que la estructura del procedimiento contemple la existencia diferenciada de órganos de instrucción y órganos de resolución, concluida la recolección de pruebas, la autoridad instructora formulará propuesta de resolución en la que se determinará, de manera motivada, las conductas que se consideren probadas constitutivas de infracción, la norma que prevé la imposición de sanción para dicha conducta y la sanción que se propone que se imponga y, recibida la propuesta de resolución, el órgano competente para decidir la aplicación de la sanción podrá disponer la realización de actuaciones complementarias, siempre que sean indispensables para resolver el procedimiento⁵⁰.

⁵⁰ Ley del Procedimiento Administrativo General
Artículo 235º.- Procedimiento Sancionador

138. Por su parte, el artículo 14° del Reglamento de Solución de Controversias señala que, en los casos de procedimientos que versan sobre la comisión de infracciones, la Secretaría Técnica actúa, además, como órgano instructor⁵¹. Adicionalmente, el artículo 15° de dicho Reglamento, sobre las funciones de la Secretaría Técnica, indica en su acápite h) que son funciones de la Secretaría Técnica realizar indagaciones e investigaciones, en su calidad de órgano instructor en los procedimientos que involucren la comisión de una infracción, ya sea de oficio o por el mérito de una denuncia, utilizando para ello las facultades y competencias que tienen las instancias de resolución de conflictos del OSIPTEL⁵².
139. De la lectura de las mencionadas normas se desprende, con relación a los roles que corresponden a la Secretaría Técnica y los Cuerpos Colegiados del OSIPTEL en los procedimientos sancionadores iniciados de oficio, lo siguiente:
- (i) La **Secretaría Técnica** es el órgano instructor y, por lo tanto, sobre ella recae la carga de la prueba, debiendo recabar los medios probatorios pertinentes para, de ser el caso, formular una propuesta de sanción.
 - (ii) **El Cuerpo Colegiado** es el órgano competente para decidir la aplicación de la sanción, para lo que debe valorar los medios probatorios recabados por la Secretaría Técnica. Adicionalmente, puede disponer la realización de actuaciones complementarias si es que lo considera pertinente y si es que son necesarias para poder resolver el procedimiento.
140. Por lo tanto, no es cierto que la carga de la prueba recaiga sobre el Cuerpo Colegiado, es la Secretaría Técnica, en su rol instructor, quien debe recabar los medios probatorios que considere pertinentes para acreditar, ante el Cuerpo Colegiado, la realización de la conducta imputada al denunciado. Sin perjuicio de lo cual, el Cuerpo Colegiado puede ordenar la actuación de medios probatorios, si lo considera necesario.

5. Concluida, de ser el caso, la recolección de pruebas, la autoridad instructora del procedimiento resuelve la imposición de una sanción o la no existencia de infracción. En caso de que la estructura del procedimiento contemple la existencia diferenciada de órganos de instrucción y órganos de resolución concluida la recolección de pruebas, la autoridad instructora formulará propuesta de resolución en la que se determinará, de manera motivada, las conductas que se consideren probadas constitutivas de infracción, la norma que prevé la imposición de sanción para dicha conducta y la sanción que se propone que se imponga; o bien se propondrá la declaración de no existencia de infracción. Recibida la propuesta de resolución, el órgano competente para decidir la aplicación de la sanción podrá disponer la realización de actuaciones complementarias, siempre que sean indispensables para resolver el procedimiento.

⁵¹ **Reglamento General del Osipitel para la Solución de Controversias entre Empresas:**

Artículo 14.- Secretaría Técnica. La Secretaría Técnica es el órgano de apoyo del Cuerpo Colegiado y hace las veces de órgano de enlace entre la estructura orgánica de OSIPTEL y los Cuerpos Colegiados que se constituyan para cada controversia. La Secretaría Técnica es permanente y tiene a su cargo el desarrollo de las funciones contempladas en el presente Reglamento. En los casos de procedimientos que versan sobre la comisión de infracciones, la Secretaría Técnica actúa, además, como órgano instructor.

La Gerencia de Relaciones Empresariales actúa como Secretaría Técnica de los Cuerpos Colegiados que se constituyan para resolver las controversias que se susciten entre empresas. Excepcionalmente, la Gerencia General del OSIPTEL podrá designar otras Secretarías Técnicas, además de la mencionada en el párrafo anterior.

⁵² **Reglamento General del Osipitel para la Solución de Controversias entre Empresas:**

Artículo 15.- Funciones. Son funciones de la Secretaría Técnica:

h) Realizar indagaciones e investigaciones, en su calidad de órgano instructor en los procedimientos que involucren la comisión de una infracción, ya sea de oficio o por el mérito de una denuncia, utilizando para ello las facultades y competencias que tienen las instancias de resolución de conflictos de OSIPTEL.

141. Adicionalmente, TELEFÓNICA alega que el Cuerpo Colegiado podía haber acudido a sus amplias potestades en materia probatoria y haber recabado todo el material sustentatorio para respaldar las conclusiones de su investigación, sin embargo, no habría agotado todos los medios probatorios a su alcance, en razón del principio de oficialidad de la prueba consagrado por el derecho administrativo, para dotar a su decisión final del mayor grado de seguridad. De acuerdo con TELEFÓNICA, lejos de proceder investigando, el Cuerpo Colegiado habría preferido estimar de oficio el procedimiento iniciado contra TELEFÓNICA sobre la base de evidencia claramente insuficiente.
142. En el informe oral de fecha 14 de enero de 2013, TELEFÓNICA señaló que, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, el principio de presunción de licitud garantiza que toda persona no sea sancionada si es que no existe prueba plena y, en su opinión, en este caso no habría habido prueba plena de la infracción cometida por TELEFÓNICA.
143. Al respecto, debe indicarse que el procedimiento de solución de controversias se rige supletoriamente por lo establecido en el Código Procesal Civil⁵³, conforme al cual el material probatorio es evaluado por el juzgador conforme al sistema de la libre valoración de la prueba⁵⁴. De acuerdo a este sistema, *“el juzgador tiene libertad para valorar los medios de prueba, es decir, ya no está sujeto a reglas abstractas preestablecidas por la ley, pero su valoración debe ser efectuada de una manera razonada, crítica, basada en las reglas de la lógica, la sicología, la técnica, la ciencia, el derecho y las máximas de la experiencia aplicables al caso”*⁵⁵.
144. En consecuencia, los argumentos sobre un sistema de prueba tasada en el procedimiento de solución de controversias, dentro del cual se requeriría de la existencia de pruebas que puedan calificarse como plenas, deben desestimarse.
145. Ahora bien, en el presente caso, de la revisión del expediente se aprecia que obran los siguiente medios probatorios que fueron actuados a lo largo del procedimiento, fundamentalmente:
- (i) Acciones de supervisión realizadas en diversas ciudades por la Gerencia de Fiscalización y Supervisión a pedido de la Secretaría Técnica.
 - (ii) Información solicitada a TELEFÓNICA i) Formatos 1 y 2: altas y bajas del servicio de telefonía fija (alámbrica), con periodicidad mensual, desagregada por paquetes y por segmento comercial; ii) Formatos 3 y 4: altas y bajas del servicio de Internet ADSL, con periodicidad mensual, desagregada por paquetes y por segmento comercial; iii) Formato 5: stock

⁵³ **Reglamento General del Osiptel para la Solución de Controversias entre Empresas:**

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

⁵⁴ **Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial N° 10-93-JUS**

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

⁵⁵ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. Apuntes sobre la valoración de los medios de prueba. Lima: Revista Peruana de Derecho Procesal, Mayo 1998, Tomo II, pág. 57.

del servicio de telefonía fija (alámbrica), con periodicidad mensual, desagregada por paquetes y por segmento comercial; y, iv) Formato 5: stock del servicio de Internet ADSL, con periodicidad mensual, desagregada por paquetes y por segmento comercial.

(iii) Requerimientos de información a Convergencia Perú S.A., Infoductos y Telecomunicaciones del Perú S.A., y Perusat S.A.

(iv) Información solicitada al MTC.

146. El Cuerpo Colegiado consideró que dichos medios probatorios le generaban convicción suficiente, no “*abdicando de sus funciones en materia probatoria*”, ya que a su criterio las pruebas presentadas sí acreditaron la existencia de la conducta y sus efectos exclusorios. El cuestionamiento en este punto es de fondo y se refiere a si el nivel de certeza generado por los medios probatorios presentadas era suficiente para acreditar la existencia de la conducta y de sus efectos.

147. En consecuencia, el Cuerpo Colegiado, en ejercicio de la libre determinación de la prueba, tenía la facultad para determinar si es que los medios probatorios presentados por la Secretaría Técnica fueron suficientes o si es que era necesario y pertinente que se actuaran nuevas pruebas. En consecuencia, el argumento de TELEFÓNICA sobre la vulneración al principio de oficialidad debe ser desestimado.

1.6 La supuesta vulneración de la presunción de licitud de la práctica investigada

148. TELEFÓNICA ha afirmado que el Cuerpo Colegiado habría despojado a la conducta de venta conjunta realizada por TELEFÓNICA de cualquier presunción de licitud, al considerarla antijurídica sin un mínimo nivel probatorio, desde que, sin aportar mayor evidencia de daño al mercado, se les habría obligado a tener que demostrar, más allá de lo razonable, cuáles habrían sido los efectos positivos de la conducta.

149. Al respecto, se debe precisar que de conformidad con el artículo 10.4º del Decreto Legislativo N° 1034⁵⁶, citado por TELEFÓNICA, las conductas de abuso de posición de dominio, en tanto pueden tener efectos positivos como negativos sobre el mercado, se analizan de acuerdo con la “regla de la razón”. En consecuencia, no basta con demostrar la existencia de la conducta sino que, además, es preciso probar que la misma ha generado efectos exclusorios en el mercado, afectando el proceso competitivo, y que los mismos sobrepasan los posibles efectos positivos (eficiencias) provocados por la conducta.

150. El Cuerpo Colegiado sí cumplió con valorar una serie de medios probatorios (enumeradas en el punto anterior) para medir los efectos negativos de la práctica de ataduras sobre la competencia y llegó a la conclusión de la existencia de la práctica y sus efectos exclusorios. Una vez más, debe señalarse que si la valoración realizada por el Cuerpo Colegiado fue la adecuada, es un tema de fondo que será posteriormente analizado.

⁵⁶Decreto Legislativo N° 1034

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

(...)

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

1.7 La supuesta aplicación de la regla *per se* para el análisis de la existencia de la infracción

151. En su apelación, TELEFÓNICA ha señalado que al parecer el Cuerpo Colegiado no habría empleado la regla de la razón para determinar la existencia de la infracción investigada contraviniendo lo expresamente establecido en el artículo 10.4 del Decreto Legislativo N°1034. En tal sentido, TELEFÓNICA sostiene que en un procedimiento irregular, el Cuerpo Colegiado habría empleado una variación de la regla *per se* denominada “regla *per se* modificada” o “regla de la razón trunca”⁵⁷, en la cual el análisis de la determinación del mercado relevante o del impacto negativo de la práctica no es tan profundo como el que corresponde a un análisis bajo la regla de la razón.
152. De acuerdo a TELEFÓNICA, el Cuerpo Colegiado habría aplicado dicha variante de la regla *per se* puesto que (i) se habría realizado un escaso esfuerzo para determinar el mercado relevante de forma acertada, (ii) la labor probatoria desplegada para determinar la existencia de la infracción habría sido inexistente, y (iii) no se habría ponderado las justificaciones alegadas por TELEFÓNICA, descartándolas de plano sin mayor motivación.

⁵⁷ La regla de la razón trunca llamada “*truncated rule of reason*” o “*structured rule of reason*” es una estándar de análisis que ha sido empleado en algunos casos por las cortes norteamericanas para evaluar la existencia de prácticas de ventas atadas y empaquetamientos. El rótulo de *per se* sigue empleándose para identificar esta regla trunca o estructurada, pese a que el análisis difiere en gran medida del análisis *per se* que se emplea por ejemplo, para los acuerdos horizontales de fijación de precios. En efecto, la regla de la razón trunca o estructurada no se aplica de la manera en que tradicionalmente se entiende la regla *per se*, bajo la cual el poder de mercado es irrelevante en la determinación de la existencia de la infracción. En su lugar, la regla de la razón trunca implica un análisis legal que emplea indicadores estructurales para determinar la existencia de la infracción (por ejemplo, el requisito de que el infractor tenga posición de dominio en el mercado del bien atante).

Cabe señalar que los primeros casos sobre ataduras fueron analizados en las cortes norteamericanas bajo el estándar *per se*, al considerar que éstas poseen un inaceptable riesgo de afectación al proceso competitivo y por tanto son ilegales *per se*. Posteriormente, en casos como **Jefferson Parish Hosp. Dist No. 2 v Hyde**, (466 U.S. 2, 104 S.Ct. 1551, 80 L. Ed 2d 2 1984) y **Eastman Kodak Co. v Image Technical Services Inc.** (504 U.S. 451, 112, S.Ct. 2072, 119 L. Ed 265 1992), se desarrolló la mencionada regla de la razón trunca, bajo la cual el demandante tiene que probar que (i) hay dos productos separados, (ii) el vendedor ha exigido al comprador la adquisición del producto atante como condición para adquirir el producto atado, (iii) el vendedor tiene un apreciable poder económico en el mercado del bien atante; y (iv) la atadura afecta a una parte sustancial del comercio en el mercado del bien atado.

Posteriormente, en el caso **Microsoft Corp., United States v.**, (253 F. 3d 34, 346 U.S. App. D.C. 330 (D.C. Cir. 2001)), la Corte sostuvo que la regla de la razón debía ser aplicada a la venta conjunta por parte de Microsoft del sistema operativo Windows y el programa Internet Explorer, aún cuando era evidente que Microsoft tenía poder de mercado en el mercado del producto atante (Windows) y que estaba involucrado un “no insustancial” volumen del comercio. La Corte concluyó que en la industria del *software*, la integración que involucrara sistemas operativos informáticos implicaba eficiencias significativas, por lo que la regla *per se* resultaba inapropiada.

Estos esquemas de análisis legal se condicen con la evolución de las aproximaciones al análisis económico de las ventas atadas. En efecto, en un primer momento, se desarrolló la aproximación clásica a las ataduras, conforme a la cual se consideraba que las ataduras eran casi siempre anticompetitivas y no tenían legítimos propósitos de negocio, pues la empresa denunciada pretendía, a través de la atadura, extender su dominancia del mercado del bien atante al mercado del bien atado. En un segundo momento, se desarrolló la aproximación de la Escuela de Chicago, conforme a la cual, las ataduras son casi siempre benignas, pues se reconocen las eficiencias que las mismas generan en la reducción de los costos de distribución y producción, en la mejora del producto, en el aseguramiento de la calidad y el precio. Dicha aproximación, considera que un monopolista en el mercado del bien atante tiene limitados incentivos para trasladar su posición de dominio al mercado del bien atado. Finalmente, se tiene la aproximación de la Escuela Post – Chicago conforme a la cual se considera que las ataduras son en la mayoría de los casos benignos, pero pueden tener efectos anticompetitivos bajo ciertas circunstancias. Dicho enfoque señala que la aproximación de la Escuela de Chicago no alcanza a analizar las situaciones que se generan en los mercados oligopólicos, en los cuales las ventas conjuntas pueden generar efectos anticompetitivos como cerrar el mercado del bien atado o proteger el monopolio existente en el mercado del bien atante.

153. En opinión de TELEFÓNICA, sustentada en los Informes de Alterna y del Estudio Miranda & Amado, el Cuerpo Colegiado no habría sido capaz de identificar un solo efecto exclusorio así como tampoco habría realizado una ponderación de efectos, vaciando con ello de contenido el procedimiento de análisis bajo la regla de la razón exigido por el Decreto Legislativo N°1034.
154. Al respecto, cabe precisar que la resolución apelada aplicó la regla de la razón para la determinación de la existencia de la infracción materia del caso conforme a lo establecido en el artículo 10.4° del Decreto Legislativo N° 1034 y los Lineamientos de Libre Competencia en Telecomunicaciones, tal como se aprecia de lo señalado por dicha resolución a fojas 21 de la resolución apelada. Bajo este estándar de análisis, se evaluó el material probatorio que el Cuerpo Colegiado consideró pertinente y que le generaba convicción respecto a la determinación del mercado relevante y la existencia de los elementos configurantes de la infracción.
155. En particular, en cuanto a la determinación de los efectos excluyentes de la práctica y tal como se ha explicado precedentemente, el Cuerpo Colegiado analizó principalmente, la (i) participación de las empresas en el mercado de telefonía fija, (ii) barreras de acceso, (iii) correlación entre las altas y bajas del servicio de ADSL, (iv) stock de dúos de ADSL y telefonía fija versus las línea telefonía fija no empaquetada, y (v) desempeño de competidores. De otro lado, tal como se ha expuesto previamente, el Cuerpo Colegiado sí analizó las justificaciones técnicas y legales presentadas por TELEFÓNICA.
156. En consecuencia, este Tribunal considera que no se ha acreditado una vulneración del artículo 10.4° del Decreto Legislativo N°1034, el cual establece que las prácticas de abuso de posición de dominio, como es el caso de las ventas atadas, deben analizarse bajo el estándar de regla de la razón.
157. En este orden de ideas, los argumentos de TELEFÓNICA, tal como se señaló para el caso de otros supuestos de nulidad alegados dicha empresa, están orientados a discutir el grado de convicción que generan los medios probatorios actuados en el procedimiento respecto de la existencia de la infracción investigada. En este sentido, las afirmaciones de TELEFÓNICA no constituyen argumentos de nulidad de la resolución apelada, sino que las mismas cuestionan el fondo de la cuestión discutida en dicho procedimiento y serán analizados en la parte pertinente del presente pronunciamiento.
158. Por lo expuesto, deben desestimarse los argumentos de TELEFÓNICA respecto a una supuesta aplicación de la regla per se por parte del Cuerpo Colegiado, en la determinación de la existencia de la infracción investigada.

2. La supuesta falta de competencia de las instancias de solución de controversias en atención a los principios de supletoriedad y predictibilidad

159. En su escrito de apelación, TELEFÓNICA ha señalado que no corresponde que las instancias de solución de controversias se pronuncien sobre una práctica comercial que ha sido revisada con anterioridad por el OSIPTEL y que nunca ha sido cuestionada. A fin de sustentar sus afirmaciones, TELEFÓNICA ha invocado, fundamentalmente, la aplicación de los principios de supletoriedad y predictibilidad al caso.

160. Seguidamente, se procederá a analizar los argumentos formulados por TELEFÓNICA en su apelación.

2.1 Marco general de análisis del principio de supletoriedad en los mercados de los servicios públicos de telecomunicaciones

161. A fin de analizar los argumentos expuestos por TELEFÓNICA, se procederá a esbozar algunos alcances sobre el principio de supletoriedad, para luego determinar sus implicancias en el presente caso.

2.1.1 Marco Legal

162. De conformidad con la normativa vigente, el OSIPTEL es el encargado de la aplicación en el sector de las telecomunicaciones de las normas que velan por la libre competencia, Decreto Legislativo N° 1034. Por tanto, el OSIPTEL tiene la función de investigar y sancionar las infracciones a dicho cuerpo normativo y, en el cumplimiento de dicha labor, debe tomar en consideración el principio de supletoriedad, recogido en diversas normas, conforme se detalla a continuación.

163. El artículo 3° del Decreto Legislativo N° 1034 señala que aquella conducta que es consecuencia de lo dispuesto en una norma legal se encuentra fuera de su ámbito de aplicación, por lo que el cuestionamiento a dicha norma se realizará mediante las vías correspondientes y no ante la autoridad de competencia⁵⁸.

164. Por su parte, el artículo 250° del Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por el Decreto Supremo N° 020-2007-MTC, aclara que en lo que no esté previsto en la Ley y el Reglamento, en lo referido a la prohibición de las prácticas empresariales restrictivas de la libre competencia, se aplicarán las disposiciones legales vigentes sobre prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia⁵⁹.

165. Por otra parte, el artículo 12° del Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por DS N° 020-2007-MTC, indica que las normas de libre competencia son supletorias a las disposiciones normativas y/o regulatorias que dicte el OSIPTEL en el ámbito de su competencia y que, en caso de conflicto, primarán las disposiciones dictadas por el OSIPTEL⁶⁰.

⁵⁸Decreto Legislativo N° 1034

Artículo 3°.- Ámbito de aplicación objetivo.-

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

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

⁵⁹Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones

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

En lo que no esté previsto en la Ley y el Reglamento, en lo referido a la prohibición de las prácticas empresariales restrictivas de la libre competencia, se aplicarán las disposiciones legales vigentes sobre prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia.

⁶⁰Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL

Artículo 12.- Principio de Supletoriedad

166. Los Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones del Perú, aprobados por el Decreto Supremo N° 020-98-MTC, señalan que para la promoción y preservación de la libre competencia en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, los órganos competentes del sector aplicarán la normativa sectorial específica y, supletoriamente, en cuanto sean pertinentes, las disposiciones del Decreto Legislativo N°. 701 (hoy Decreto Legislativo N° 1034)⁶¹.
167. De otro lado, los Lineamientos de Libre Competencia en Telecomunicaciones precisan de manera más específica los alcances del principio de supletoriedad. Al respecto, los Lineamientos señalan que, dado que existen dos marcos normativos, uno específico del sector de las Telecomunicaciones y otro de aplicación general, el OSIPTEL ha optado por compatibilizar la aplicación de los mismos, entendiendo que para la promoción y preservación de la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones, se aplicará la normativa específica del sector y de manera supletoria la normativa general de libre competencia⁶².
168. Como ha sido indicado por el Tribunal de Solución de Controversias en un anterior pronunciamiento⁶³, a partir de la legislación citada, se concluye que el principio de

Las normas de libre competencia son supletorias a las disposiciones normativas y/o regulatorias que dicte el OSIPTEL en el ámbito de su competencia.

En caso de conflicto primarán las disposiciones dictadas por el OSIPTEL.

⁶¹Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones del Perú

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

⁶²Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Libre Competencia en el Ámbito de las Telecomunicaciones

2.1. La Función de OSIPTEL en el Mercado respecto de la Libre Competencia

Las normas generales de libre competencia están concebidas, en principio, en el marco de mercados no regulados de manera específica. Tanto la Ley de Libre Competencia, Decreto Legislativo N° 701, como los artículos pertinentes a las normas de libre competencia de la Ley de Telecomunicaciones, cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por el Decreto Supremo N° 013-93-TCC, tienen como punto de partida la existencia de un mercado abierto, en el que la libertad de acción y elección del proveedor y del consumidor son la regla.

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

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

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

(...)

Esto implica que OSIPTEL aplicará las normas generales de libre competencia en el supuesto que una determinada práctica o conducta no esté tipificada o cubierta de manera expresa por la normatividad específica del sector, pero genere, sin embargo, efectos anticompetitivos.

(...)

Esto no impide que OSIPTEL aplique las normas de libre competencia en aquellos casos que no estén expresamente prohibidos o en aquellos casos en los que los principios de interpretación permitan una más adecuada aplicación de la referida normativa.

⁶³Al respecto, ver la Resolución N° 008-2005-CCO/OSIPTEL de fecha 11 de marzo de 2005, emitida en el Expediente 001-2005-CCO/ST/LC, seguido en la controversia entre Nextel del Perú S.A. contra Telefónica del Perú S.A.A.

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

169. En este caso, no está en discusión la tipificación de una conducta, sino más bien, se discute cuándo puede considerarse que una conducta está “cubierta” por la regulación y, en consecuencia, no corresponde aplicar las normas de libre competencia. Por tanto, es pertinente tratar de esbozar los alcances de este término en atención a los hechos y materias controvertidas en el presente procedimiento.

2.1.2 Marco conceptual y experiencia internacional

170. Hovenkamp y otros autores han subrayado la necesidad de que las normas de libre competencia sean de aplicación incluso en sectores intensamente regulados⁶⁴. Al respecto, consideran que la naturaleza de las normas de libre competencia permite un grado de análisis “ex post” de la actividad de una empresa que ni el más incisivo esquema regulatorio podría prever⁶⁵.
171. Hovenkamp indica que la idea de que la aplicación de las normas sobre libre competencia sea rechazada simplemente porque existe cualquier tipo de regulación o supervisión, está desapareciendo del análisis a la luz de las más recientes resoluciones emitidas por las cortes de los Estados Unidos de América⁶⁶.
172. En este sentido y sobre la base de dichos pronunciamientos judiciales, Hovenkamp plantea como criterio para definir cuándo deben aplicarse las normas de libre competencia a una industria regulada, que: si el regulador ha escrutado cuidadosamente la conducta de las empresas en el mercado y ha aprobado una actividad luego de haber evaluado su posible impacto en la competencia, entonces normalmente debe estarse a lo decidido por el regulador. Sin embargo, si la aprobación del regulador fue solo formal, con poca consideración de las consecuencias sobre la competencia, entonces sí hay espacio para la aplicación de las normas de libre competencia, siempre que no exista una abierta incompatibilidad entre la supervisión ejercida por el regulador y la supervisión de las normas de libre competencia o se frustre el proceso regulatorio^{67 y 68}.

⁶⁴HOVENKAMP, Herbert. *Antitrust*. Quinta Edición. St. Paul, MN. West Publishing Co, 2011, pág. 342.

⁶⁵SULLIVAN, E. Thomas, HOVENKAMP, Herbert y SHELANSKI, Howard A. *Antitrust Law, Policy and Procedure: Cases, Materials, Problems*. Sexta Edición. Lexis Nexis, 2009, pág. 960.

⁶⁶SULLIVAN, E. Thomas, HOVENKAMP, Herbert y SHELANSKI, Howard A. Op. cit. pág. 979.

⁶⁷SULLIVAN, E. Thomas, HOVENKAMP, Herbert y SHELANSKI, Howard A. Idem.

⁶⁸ Al respecto, conviene precisar que en los Estados Unidos de América es común que las empresas reguladas que son denunciados por actos contrarios a la libre competencia en casos en los cuales no es claro que la ley haya ordenado la primacía de la regulación, invoquen la defensa denominada “inmunidad implícita”. Conforme a dicha doctrina se entiende que las normas regulatorias ya abarcan aspectos de competencia, por lo cual sería redundante la aplicación de normas de competencia. Frente a esta doctrina, las cortes americanas se han pronunciado por dejar cada vez más espacio para la aplicación de las normas de libre competencia. Así por ejemplo en el caso *MCI Communications Corp. v AT&T*, (708 F 2d 1081 (7th Cir. 1983)), la Corte señaló que la mera omnipresencia de la regulación no genera o crea una inmunidad frente a las normas de libre competencia, respecto de las conductas voluntariamente iniciadas por una empresa. Lo que determina la existencia de dicha inmunidad es que la conducta haya sido compelida o aprobada por el regulador, en ejercicio de su mandato legal, en una forma que resulta incompatible con la aplicación de las normas de libre competencia. En la misma línea se puede revisar el caso *Credit Suisse Securities (USA) LLC. v. Billing*, (551 U.S. 264, 127 S. Ct. 2383, 168 L.Ed. 2d 145 (2008)).

173. Adicionalmente al caso de los Estados Unidos de América, cabe mencionar que en otros países, la idea de que las normas de competencia son aplicables incluso en industrias altamente reguladas, ha prevalecido, especialmente en los casos en que las prácticas son resultado de una iniciativa propia de la empresa no compelida por una norma en particular o sujeta a aprobaciones meramente formales.
174. Por otra parte, un importante sector de la doctrina nacional ha recalcado que se debe ser muy cuidadoso con la aplicación del principio de supletoriedad, puesto que una interpretación extensiva de los alcances de la regulación podría generar la inaplicación de normas de libre competencia en el sector de las telecomunicaciones, pese a la importancia del objetivo de fortalecer las condiciones de competencia en dicho sector⁶⁹.
175. En consecuencia, por lo expuesto, es posible afirmar que, entre los aspectos claves que se deben ponderar a fin de determinar cuándo resultan de aplicación las normas de libre competencia a una industria regulada, deben considerarse: (i) si la conducta investigada ha sido compelida o aprobada por la agencia regulatoria o si ésta ha sido el resultado de una conducta no supervisada, por ejemplo, una decisión comercial, (ii) cuál es el rol de la agencia de competencia en la supervisión o aprobación de la conducta conforme a las normas legales, y (iii) si la aplicación de las normas de libre competencia puede colisionar con las decisiones y políticas establecidas por el regulador para el sector.

2.1.3 La aplicación del principio de supletoriedad en el caso concreto

176. Teniendo en cuenta lo establecido en las normas antes descritas sobre el principio de supletoriedad en telecomunicaciones y los Lineamientos de Libre Competencia en Telecomunicaciones, así como los desarrollos de la doctrina nacional y la experiencia internacional, el Tribunal considera que para determinar si la normativa de libre competencia resulta de aplicación en el presente caso, se deben distinguir dos situaciones.
177. En primer lugar, se tienen aquellas situaciones en las que la regulación sectorial sólo constata que una conducta es realizada en el mercado o no emite opinión alguna sobre la misma. En estos casos, no resulta posible entender que ha operado una convalidación tácita que ha inmunizado dicha conducta de la aplicación de las normas de libre competencia. Por el contrario, en estos casos debe entenderse que, se trata de una materia sujeta al acuerdo de voluntades entre las partes y a las reglas del mercado, por lo que le son aplicables las normas de libre competencia.
178. En segundo lugar, se tienen aquellas situaciones en las cuales la regulación sectorial aprueba o impone una conducta a los operadores, conforme a las disposiciones regulatorias respectivas. En estos casos, debe entenderse que, en principio, que a dichas conductas no se les aplica normas de libre competencia. Sin embargo, es necesario analizar con detalle los alcances de la aprobación establecida en las normas regulatorias, a fin de evaluar si dicha aprobación ha sido

⁶⁹ QUINTANA SÁNCHEZ, Eduardo. “¿Es la política de competencia supletoria de la regulación de telecomunicaciones?”. Lima: Ius Et Veritas, 2003, N° 27. pág. 21 y siguientes. En el mismo sentido ver Cáceres, Fernando. “La agencia de competencia frente a las regulaciones sectoriales”. En: Revista de Derecho Administrativo, Año 5, N° 10, Parte 1 (Nov. 2011). Lima, págs. 50 y 51.

(i) sólo “formal”, con poca consideración de las consecuencias sobre la competencia, o (ii) si ha implicado un proceso de revisión exhaustivo. En el supuesto (i) se debe aplicar la normativa de libre competencia, en el supuesto (ii) debe ser descartada.

179. En consecuencia, en el presente caso, a fin de determinar si corresponde aplicar la normativa de libre competencia a la práctica de venta atada materia de investigación, debe determinarse lo siguiente:

- a) si la práctica ha sido aprobada o impuesta por la regulación de una forma que resulte incompatible la aplicación de las normas de libre competencia, en cuyo caso se aplicará la regulación y no las normas de libre competencia; o
- b) si la regulación sectorial sólo ha constatado el hecho de que la práctica es realizada en el mercado o no ha emitido opinión, al tratarse de una iniciativa empresarial privada, en cuyo caso aplicarán las normas de libre competencia.

En dicho análisis, es necesario tener en cuenta los hechos del caso y los alcances de las disposiciones regulatorias y legales materia de discusión.

2.1.3.1 La regulación ATM con acceso ADSL

180. TELEFÓNICA ha señalado en su apelación que la regulación ATM con acceso ADSL emitida por el OSIPTEL reconoció explícitamente que los operadores alternativos a TELEFÓNICA únicamente podían proveer una conexión ADSL a un abonado de telefonía fija, por lo que resultaría contradictorio que un Cuerpo Colegiado considere que esta medida es injustificada y obligue a TELEFÓNICA a actuar de modo contrario.

181. A fin de determinar si corresponde aplicar la normativa de libre competencia a la práctica de venta atada materia de investigación, debe determinarse, en primer lugar, cuál es la conducta objeto de la regulación ATM con acceso ADSL y cuál es la conducta que fue investigada en el marco del presente procedimiento, para luego aplicar los criterios de análisis esbozados.

La conducta materia de la regulación ATM con acceso ADSL

182. Se trata de una regulación de tarifas del servicio indirecto o *bitstream*, que constituye un acceso a nivel mayorista que provee de capacidad de transmisión entre el usuario final con conexión telefónica y el punto de interconexión disponible para el nuevo entrante. En este sentido, se regularon las tarifas tope que cobraría TELEFÓNICA por el servicio de acceso ADSL utilizado por sus usuarios de telefonía fija, cuando éstos deseen contar con el servicio de acceso a internet mediante la tecnología ADSL con un operador distinto a TELEFÓNICA.

183. Con dicha medida regulatoria se esperó una mayor competencia en el mercado de internet mediante el acceso ADSL, enfocado en la provisión de conectividad en el corto plazo vía la reducción de barreras a la entrada de nuevos competidores que usen los accesos mayoristas de TELEFÓNICA y el logro de mejores condiciones.

184. Por su parte, con relación a la conducta impuesta por esta regulación, en la Resolución N° 036-2000-CD/OSIPTTEL se resolvió establecer las tarifas máximas aplicables a las prestaciones de transmisión de datos mediante circuitos virtuales ATM con acceso ADSL (acceso digital asimétrico por línea telefónica), que brindara TELEFÓNICA. Se fijaron las tarifas máximas por:
- (i) El acceso digital asimétrico (cargo único de instalación y suscripción mensual según velocidad de transmisión), aplicables a los abonados que cuenten con una línea telefónica fija contratada y aplicables de manera adicional e independiente a las tarifas por conexión de la red, instalación y renta básica mensual correspondientes al respectivo servicio telefónico fijo, así como por
 - (ii) La utilización de la red ATM, aplicables a toda empresa prestadora de servicios que desee contratarlas para conectarse con sus respectivos usuarios a través del acceso digital asimétrico.
185. De igual manera, en las Resoluciones N° 010-2007-CD/OSIPTTEL y N° 039-2008-CD/OSIPTTEL, se revisaron las tarifas y, nuevamente, se señaló que las tarifas correspondientes por el ADSL eran aplicables a los abonados que cuenten con una línea telefónica fija contratada con la empresa TELEFÓNICA y que las tarifas correspondientes por la red ATM eran aplicables a toda empresa prestadora de servicios públicos o privados de telecomunicaciones que desee contratarlas para conectarse con sus respectivos usuarios a través del acceso digital asimétrico.
186. En resumen, en dichas resoluciones se obligó a TELEFÓNICA a ofertar una tarifa determinada por dos servicios portadores, el acceso digital asimétrico (ADSL) y el uso de la red ATM, que permiten a otros proveedores proveer el servicio de internet a sus usuarios de telefonía fija (los de TELEFÓNICA), tarifa a ser pagada de forma adicional a otros conceptos relacionados con el servicio de telefonía fija de dicha empresa.
187. TELEFÓNICA ha cuestionado que se use el término ATM con acceso ADSL para denominar a la regulación comentada. Al respecto, se considera que tal denominación se ajusta a los alcances y objeto de dicha normatividad, los cuales han sido descritos precedentemente.

La conducta materia de investigación

188. La práctica materia de investigación está constituida por los actos de abuso de posición de dominio en la modalidad de venta atada, consistentes en condicionar la venta del servicio de internet fijo vía ADSL a la contratación del servicio de telefonía fija, con posibles efectos de exclusión en el mercado de telefonía fija, conducta tipificada en el literal c) del artículo 10.2 del Decreto Ley N° 1034.
189. Luego, siguiendo la metodología de análisis establecida, se procede a determinar lo siguiente:
- (a) Si la práctica ha sido aprobada o impuesta por la regulación de una forma que resulte incompatible la aplicación de las normas de libre competencia en el

mercado minorista: para lo cual, en el presente caso, corresponde determinar si es que la regulación ATM con acceso ADSL ha aprobado o impuesto la realización de ventas atadas en el mercado minorista, consistentes en el condicionamiento de la adquisición del servicio de provisión de internet fijo vía ADSL a la contratación del servicio de telefonía fija de TELEFÓNICA.

- De acuerdo con lo señalado en los párrafos precedentes, lo que se reguló fue una modalidad de acceso mayorista, fijando tarifas para dos prestaciones, acceso digital asimétrico por línea telefónica y red ATM, para que los nuevos entrantes pudieran brindar sus servicios a los usuarios del servicio de telefonía fija de TELEFÓNICA. No se regula la forma en la que TELEFÓNICA debe ofrecer el servicio de internet por ADSL a los usuarios finales, es decir, en el mercado minorista.
- En tal sentido, se puede afirmar que dicha regulación no aprobó ni impuso la conducta de TELEFÓNICA, consistente en condicionar la provisión del servicio de internet fijo vía ADSL a la contratación del servicio de telefonía fija.
- TELEFÓNICA ha alegado que no sería correcto afirmar que la regulación existente del ADSL sea sólo del tipo mayorista ya que al incluir regulación expresa respecto del acceso ADSL a un abonado de TELEFÓNICA por parte de un operador alternativo, la lógica indicaría que el estándar de comercialización no debería ser en esencia distinto que el diseñado por la regulación. Al respecto, se debe precisar que, si bien en dicha regulación existen referencias a algunos aspectos del mercado minorista, como es el hecho de señalar que las tarifas reguladas resultan aplicables a los abonados que cuenten con una línea telefónica fija contratada, se trata de la constatación de la realización de una práctica en el mercado y no de la aprobación o imposición de la misma.
- El Tribunal considera que la extrapolación que TELEFÓNICA hace de dicha regulación, al interpretar que la misma se debe aplicar en el mercado minorista estando dirigida y limitándose a regular al mercado mayorista, no resulta razonable, e implicaría que cualquier mención o descripción de una determinada conducta en una norma regulatoria la inmunizaría de la aplicación de las normas de libre competencia.
- En tal sentido, dicha extrapolación llevaría a que se desvirtúe el principio de supletoriedad, dejando fuera del alcance de la supervisión de la agencia de competencia a una serie de conductas producto de la libre iniciativa de las empresas que participan en sectores regulados y que, de no ser investigadas y sancionadas, podrían generar graves perjuicios al proceso competitivo.

En consecuencia, la conducta materia del presente procedimiento (las ventas atadas en el mercado minorista), no ha sido aprobada o impuesta por la regulación, por lo que debe continuarse con el siguiente paso del análisis.

- (b)** Si la regulación sectorial sólo ha constatado que la práctica es realizada en el mercado o no ha emitido opinión, al tratarse de una iniciativa empresarial

privada; para lo cual, en el presente caso, corresponde determinar si es que la regulación ATM con acceso ADSL sólo ha constatado que la práctica, consistente en el condicionamiento de la adquisición del servicio de provisión de internet fijo vía ADSL a la contratación del servicio de telefonía fija de TELEFÓNICA, existe en el mercado, o no ha emitido una opinión sobre la misma, al tratarse de una iniciativa empresarial privada.

- De conformidad con lo señalado en el análisis del punto (a), al indicar que las tarifas reguladas resultaban aplicables a los abonados que contaran con una línea telefónica fija contratada, la regulación ATM con acceso ADSL se limitó a constatar una situación que era realizada en el mercado. Ello no implicó una opinión sobre la legalidad de dicha práctica en el mercado minorista.

190. En consecuencia, la práctica llevada a cabo por TELEFÓNICA, consistente en condicionar la venta de su servicio de internet fijo vía ADSL a la contratación de su servicio de telefonía fija, es producto de la libre iniciativa empresarial de TELEFÓNICA y no ha sido ni impuesta ni autorizada por la regulación ATM con acceso ADSL, por lo que sí corresponde que sea analizada desde la perspectiva de la normativa de libre competencia.
191. TELEFÓNICA ha alegado en su apelación que el OSIPTEL habría decidido mantener la venta conjunta también en las regulaciones que emitió en los años 2007 y 2008, cuando el contexto inicial al que hace referencia el Cuerpo Colegiado ya había sido ampliamente superado.
192. Al respecto, de conformidad con el análisis realizado, se debe reiterar que en ninguna de las resoluciones sobre ATM con acceso ADSL se aprobó o impuso la conducta consistente en condicionar la provisión del servicio de internet fijo vía ADSL a la contratación del servicio de telefonía fija y que, al señalar que las tarifas reguladas resultaban aplicables a los abonados que contaran con una línea telefónica fija contratada, la regulación ATM con acceso ADSL se limitó a constatar que dicha práctica era realizada en dicho mercado, sin que lo anterior implique la emisión de una opinión o un análisis de la legalidad de la misma bajo las normas de libre competencia.
193. Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que si bien las cuotas de mercado de TELEFÓNICA en el mercado de telefonía fija variaron desde el año en que se emitió la primera de las resoluciones sobre ATM con acceso ADSL, dicha empresa aún mantiene una importante cuota en el mercado de telefonía fija.
194. En consecuencia, al tratarse de una conducta distinta al supuesto regulado por la normativa ATM con acceso ADSL, las normas de libre competencia resultan de aplicación a la práctica investigada en el presente procedimiento.

2.1.3.2 La conformidad a los modelos de contrato de abonado

195. En su apelación, TELEFÓNICA ha señalado que los contratos de abonado del servicio Speedy (ADSL) que contienen una cláusula expresa en la que se establecía la necesidad de contar con una línea fija para adquirir dicho servicio, fueron aprobados reiteradamente por el OSIPTEL, por lo cual debía entenderse que no se

encontraban dentro de la prohibición absoluta de realizar cualquier tipo de venta atada, contenida en el artículo 17° de las Condiciones de Uso. En tal sentido, de acuerdo con TELEFÓNICA, a partir de dicha aprobación debería entenderse que (i) la práctica estipulada no constituye una venta atada, (ii) no afecta el bienestar de los consumidores, (iii) está justificada y (iv) el análisis de su racionalidad ya se efectuó en el marco de otros procedimientos regulatorios.

196. A fin de determinar si corresponde aplicar las normas de libre competencia y, en consecuencia, si las instancias de solución de controversias resultan competentes para pronunciarse sobre el procedimiento, es pertinente definir, en primer lugar, cuál fue el alcance de las cartas de conformidad del OSIPTEL a los contratos de abonado de TELEFÓNICA y cuál es la conducta que fue investigada en el marco del presente procedimiento, para luego aplicar los criterios de análisis antes esbozados.

La conducta materia de regulación y los alcances de las cartas de conformidad del OSIPTEL a los contratos de abonado

197. En el artículo 1° de las Condiciones de Uso, sobre el “Objeto de la Norma”, se señala que ésta establece las obligaciones y derechos de las empresas operadoras, abonados y usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones, y constituye el marco normativo general dentro del cual se desarrollarán las relaciones entre ellos⁷⁰.
198. Por su parte, en el artículo 11° de dicha norma “ Cláusulas generales y adicionales de contratación”, artículo en vigencia desde el 19 de diciembre de 2003, señala que la operadora deberá remitir al OSIPTEL copia del modelo de contrato de abonado, con anterioridad a la fecha de inicio de la comercialización del servicio, en los siguientes términos:

“Artículo 11.-Cláusulas generales y adicionales de contratación

El contrato de abonado estará compuesto por las Cláusulas Generales de Contratación aprobadas por OSIPTEL y por aquellas cláusulas adicionales en las que el abonado consigne su opción respecto de cualquiera de las alternativas de adquisición, arrendamiento y otra modalidad de utilización de equipos, su mantenimiento y otras condiciones inherentes al servicio. (...)

Los contratos de abonado deberá constar expresamente, como mínimo, la información a que se refieren los numerales (i), (iv), (v), (vi), (viii) y (ix) del artículo 6.

La empresa operadora deberá remitir a OSIPTEL una copia del modelo de contrato de abonado, con anterioridad a la fecha de inicio de la comercialización del servicio”⁷¹ y ⁷².

⁷⁰ **Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones**

Artículo 1.- Objeto de la Norma

La presente norma establece las obligaciones y derechos de las empresas operadoras, abonados y usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones, y constituye el marco normativo general dentro del cual se desarrollarán las relaciones entre ellos.

⁷¹ Sobre el particular y tal como fue precisado en la resolución apelada, debe tenerse en consideración que el segundo párrafo transcrito tuvo vigencia desde el 1 de abril de 2007 con la Resolución N° 084-2006-CD/OSIPTEL. Por otra parte, el párrafo del artículo 6° que se cita seguidamente, corresponde al mismo tiempo de vigencia del artículo 11° objeto del presente *pie de página*:

Artículo 6.- (...)

199. De las normas antes citadas se desprende que las Condiciones de Uso tienen por objeto regular los derechos, obligaciones y relaciones entre las empresas operadoras y los abonados y usuarios de los servicios públicos de telecomunicaciones. Dentro de los alcances de este marco regulador de protección a los derechos de los usuarios, toda operadora tiene la obligación de poner en conocimiento del OSIPTEL sus contratos de abonados antes de la comercialización del servicio. Dichos contratos deben contener cierta información mínima (características, modalidad, periodicidad de la facturación, plazo de contratación, entre otros). Los contratos de abonados incluyen cláusulas generales de contratación y cláusulas adicionales, siendo que son las cláusulas generales de contratación las que son materia de aprobación del OSIPTEL.
200. Atendiendo a este marco legal, es claro que la obligación de poner en conocimiento los contratos de abonado contenida en el texto del artículo 11° entonces vigente, tenía como finalidad detectar ex ante disposiciones contractuales que pudieran perjudicar a los abonados desde la perspectiva del derecho de protección al consumidor. En consecuencia, el alcance de la revisión que correspondía al OSIPTEL, en el marco de dicha norma, se circunscribía a la normativa de usuarios, verificándose que el contenido de los contratos de abonado presentados no la contradiga. Es más, tal como ha sido señalado en la resolución apelada, ninguna de las normas de las Condiciones de Uso contemplaba una aprobación de los modelos de contrato en los términos sugeridos por TELEFÓNICA en su apelación.
201. Ahora bien, las cartas presentados por TELEFÓNICA remitiendo modelos de sus contratos de abonado, contienen fundamentalmente el siguiente texto:

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

- (i) El servicio ofrecido; (...)
- (iv) Las características, modalidades y limitaciones del servicio ofrecido;
- (v) La periodicidad de la facturación;
- (vi) El plazo de contratación, causales de resolución anticipada, penalidades, si las hubiera y sus consecuencias o alcances económicos; (...)
- (viii) El procedimiento para dar de baja el servicio prepago a que se refiere el artículo 8;
- (ix) La velocidad de transmisión contratada y velocidad de transmisión mínima garantizada en Kilobits por segundo (Kbps), para el servicio de acceso a Internet;(...).

⁷² Tal como ha sido acotado por la resolución apelada, el 1 de octubre de 2012, entró en vigencia una modificación del artículo 11°, que incluye la necesidad de que el OSIPTEL otorgue su conformidad a los contratos de abonados dentro los alcances de las normas de Condiciones de Uso:

Artículo 11.- Cláusulas generales y adicionales de contratación

(...)

La empresa operadora deberá remitir al OSIPTEL una copia del modelo de contrato de abonado y su(s) anexo(s) si lo(s) hubiere, independientemente de la modalidad de contratación utilizada, con anterioridad a la fecha de inicio de la comercialización del servicio, así como cualquier modificación al contenido del mismo, a efectos que dentro del plazo de treinta (30) días siguientes a la referida remisión, el OSIPTEL otorgue la conformidad a los mismos, o requiera a la empresa operadora la modificación de su contenido en caso dichos modelos de contrato y su(s) anexo(s) si lo(s) hubiere no se ajusten a lo establecido en la normativa vigente o establezcan disposiciones que ocasionen un desequilibrio importante e injustificado en perjuicio de los abonados.

En caso se requiera la modificación del contenido del modelo de contrato de abonado, el plazo a que hace referencia el párrafo precedente se reiniciará a partir de la fecha en que la empresa operadora realice las modificaciones en virtud al requerimiento efectuado. En ningún caso, las empresas operadoras podrán emplear el referido modelo y su(s) anexo(s) si lo(s) hubiere, si el OSIPTEL no hubiera otorgado su conformidad al mismo.

El OSIPTEL publicará en su página web institucional, los modelos de contrato de abonado y su(s) anexo(s) si lo(s) hubiere, a los cuales haya otorgado su conformidad. (el subrayado es nuestro).

*“Nos dirigimos a usted con la finalidad de (...) referirnos **al artículo 11° de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones**, que establece en su último párrafo que la empresa operadora debe remitir al OSIPTEL una copia del modelo de contrato (...).*

Sobre el particular, le hacemos llegar las copias de los modelos de los contratos de Speedy (...). (El resaltado es nuestro).

202. De lo anterior se desprende que la solicitud de TELEFÓNICA se formuló dentro de los alcances de lo establecido en las Condiciones de Uso. En este sentido, en las cartas C.082-GG.GUS/2009 y C. 489-GG.GUS/2009, por las cuales el OSIPTEL manifiesta la conformidad del OSIPTEL a los contratos de abonado presentados, la Gerencia General del OSIPTEL señaló lo siguiente:

*“(...) le manifestamos que este Organismo ha procedido a la evaluación del referido documento, habiéndose advertido que el mismo **se ajusta a lo dispuesto en la normativa vigente**. En ese sentido, ponemos en su conocimiento nuestra conformidad con el contenido del mismo.” (El resaltado es nuestro).*

203. Consecuentemente, en la misma línea de lo indicado en la resolución apelada, se entiende que la conformidad dada por el OSIPTEL se encuentra referida a las normas contenidas en las Condiciones de Uso. En tal sentido, cuando en dichas cartas se hace referencia a “*normativa vigente*”, es claro que se aludía a la normativa de usuarios, bajo la cual se formuló el pedido.
204. Al estar ante una obligación de puesta en conocimiento de los contratos de abonado recogida en las normas de Condiciones de Uso y considerando el alcance de las obligaciones del OSIPTEL contenidos en dicha norma, no resulta razonable entender que el OSIPTEL debía efectuar un análisis ex ante omnicomprendivo que debía incorporar aspectos relacionados a la libre competencia, cuya consecuencia sería “inmunizar” a una práctica comercial de venta atada de toda investigación y eventual sanción por infracciones a las normas de libre competencia⁷³.
205. TELEFÓNICA ha señalado en su apelación que si la Gerencia General recurrió a la opinión de la Gerencia de Usuarios para verificar la validez de los contratos presentados por TELEFÓNICA, podría hacer lo mismo recurriendo a la Gerencia de Políticas Regulatorias y de Competencia, por lo que, dada la fórmula extensa aplicada por el OSIPTEL para referirse a la validez de estos contratos, nada habría hecho prever que dicho pronunciamiento tuviera un carácter restringido. Por lo tanto, no sería aceptable que se pretenda que TELEFÓNICA dé una interpretación distinta a lo expresado textualmente en las comunicaciones del OSIPTEL.
206. Al respecto, este Tribunal considera que, incluso cuando, para los efectos del presente caso, no es un elemento decisivo cuál es la Gerencia encargada de la revisión de los contratos de abonado, pues lo relevante es que se está en el marco de la normativa de usuarios y que, por ende, la revisión se circunscribe a las

⁷³ Adicionalmente, en la Carta 489-GG.GUS/2009, la Gerencia General señala:

*“En ese sentido, **contando con la opinión favorable de la Gerencia de Usuarios** contenida en el Informe N° 161-GUS/2009, ponemos en su conocimiento nuestra conformidad con el contenido del modelo de contrato en referencia”.*

Condiciones de Uso; debe mencionarse que en muchos casos, adjunto a las cartas de conformidad del OSIPTEL, se mencionaba que el órgano de línea encargado de esta revisión era la Gerencia de Usuarios.

Prohibición de Ventas Atadas contenida en el artículo 17° de las Condiciones de Uso

207. Adicionalmente, el artículo 17° de las Condiciones de Uso, subtítulo “Prohibición de ventas atadas”, señala que:

“Toda persona tiene derecho a contratar por separado cualquiera de los servicios que ofrece la empresa operadora, quedando prohibido que la contratación se condicione a la adquisición, arrendamiento o cualquier otra forma de utilización, de los materiales y/o equipos de propiedad de la empresa operadora y/o a la contratación de otros servicios públicos de telecomunicaciones; sin perjuicio que la empresa operadora pueda ofrecer planes tarifarios, ofertas o promociones, en los cuales se incluya dichos componentes adicionales.”

208. La “prohibición de ventas atadas” contenida en las Condiciones de Uso puede considerarse como una modalidad de método comercial coercitivo, semejante a la tipificada en el artículo 56° de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, para la generalidad de los mercados⁷⁴.

209. Al respecto, es necesario distinguir entre el supuesto de ventas atadas contenido en las normas de protección al consumidor y las prácticas de ventas atadas tipificadas como actos de abuso de posición de dominio en el Decreto Legislativo N°1034, por tratarse de infracciones diferentes, que protegen bienes jurídicos distintos.

210. La normativa de libre competencia tiene por finalidad promover la eficiencia económica para el bienestar de los consumidores, a través de la protección del proceso competitivo, mientras que las normas de protección al consumidor están dirigidas a la protección directa de los derechos de los consumidores a fin de que accedan a productos idóneos, reduciendo la asimetría informativa y eliminando prácticas que afecten sus legítimos intereses.

211. En este sentido, las normas de protección al consumidor prohíben aquellos métodos comerciales ilegítimos que impliquen obligar al consumidor a asumir prestaciones no pactadas, condicionarlo a la adquisición de productos no requeridos o modificar sin su consentimiento las condiciones y términos en los que los servicios se contratan, salvo que por su naturaleza o con arreglo al uso comercial, sean complementarios⁷⁵.

⁷⁴ El artículo 56° de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, prohíbe las ventas atadas en la generalidad de los mercados, bajo el subtítulo de “Métodos Comerciales Coercitivos”, en los siguientes términos: “(...) el derecho de todo consumidor a la protección contra los métodos comerciales coercitivos implica que los proveedores no pueden:

a. En los contratos de duración continuada o de tracto sucesivo, **condicionar la venta de un producto o la prestación de un servicio a la adquisición de otro, salvo que, por su naturaleza o con arreglo al uso comercial, sean complementarios.** La oferta de productos o servicios no complementarios debe garantizar que puedan ofrecerse por separado.”

⁷⁵ Al respecto, cabe señalar que en la Resolución 0259-2012/SC2-INDECOPI de la Sala de Defensa de la Competencia N° 2 del INDECOPI, precisa, con relación a un caso de protección al consumidor, que:

El bien jurídico tutelado en este caso es el derecho de cada consumidor a decidir qué productos adquiere y qué servicios contrata en el mercado. Ello, dado que el único sujeto que puede juzgar qué es lo que más le conviene al consumidor es él mismo, no estando ningún proveedor autorizado para tomar tal decisión⁷⁶.

212. Por otro lado, la infracción tipificada como actos de abuso de posición de dominio en la modalidad de ventas atadas, contenida en el Decreto Legislativo N°1034, busca proteger el proceso competitivo, promoviendo la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores. En ese sentido, para que se configure un supuesto de venta atada tipificado en las normas de libre competencia, no solo es necesario que se verifique la existencia de una venta atada, en tanto coerción para el comprador, sino que es necesario que se acredite que dicha conducta ha generado efectos exclusorios en el mercado que superen las eficiencias que podría haber producido. Es por ello que el bien jurídico protegido en este caso es el proceso competitivo⁷⁷.
213. Ahora bien, en el presente caso, el OSIPTEL dio su conformidad a los contratos de abonado porque consideró que los mismos se adecuaban a la normativa sobre usuarios, de conformidad con lo solicitado por TELEFÓNICA en sus cartas y evaluando que éstos no implicaran ex ante afectaciones a los legítimos intereses de los consumidores, en tanto bien jurídico protegido por las Condiciones de Uso. Ese es el alcance del visto bueno dado por el OSIPTEL.
214. TELEFÓNICA ha alegado que el Cuerpo Colegiado recién llegó a la conclusión de que dicho pronunciamiento se circunscribía a la normativa de usuarios luego de recabar una serie de documentos de los órganos de línea del OSIPTEL, la Gerencia de Usuarios y la Gerencia General, información que TELEFÓNICA recién conoció al

*“Nuestro sistema de protección al consumidor busca tutelar los derechos de los consumidores, mediante la proscripción de aquellos métodos comerciales ilegítimos que impliquen, entre otras cosas, obligar al consumidor a asumir prestaciones no pactadas, **condicionarlos a la adquisición de productos no requeridos** o modificar sin su consentimiento las condiciones y términos en los que los servicios se contratan.*

Por ello, el artículo 56.1º literal a) del Código prohíbe a los proveedores condicionar la venta de un producto o la prestación de un servicio a la adquisición de otros, salvo que por su naturaleza o con arreglo al uso comercial, sean complementarios. Asimismo, dispone que los productos o servicios no complementarios deben ofrecerse por separado.” (El resaltado es nuestro)

Más aún, en dicha resolución se aclara que la venta atada de la normativa de protección al consumidor no es la misma venta atada tipificada en las normas de libre competencia:

“Un concepto similar (al contenido en el artículo 56.1º literal a)) se puede encontrar en el marco del Derecho a la Libre Competencia. Así, de acuerdo a lo establecido por el artículo 10.2 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, las ventas atadas pueden considerarse una modalidad de abuso de posición de dominio al “subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos”.

⁷⁶ Al respecto, ver la Resolución N° 068-2002/TDC-INDECOPI, de la Sala de Defensa de la Competencia del INDECOPI.

⁷⁷ Decreto Legislativo N° 1034

Artículo 1.- Finalidad de la presente Ley.-

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

Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Libre Competencia en el ámbito de las Telecomunicaciones

2. Fines de la legislación de libre competencia en telecomunicaciones

La legislación de libre competencia vela por el proceso competitivo a través del comportamiento de los agentes que interactúan en el mercado, siendo el fin último de la misma que la libre iniciativa privada se desenvuelva procurando el mayor beneficio de los usuarios o consumidores. En ese sentido OSIPTEL asume que la finalidad de la legislación de promoción y protección de la competencia tiene efectos en el bienestar del consumidor y por ello orienta su actuación a cumplir con dicho objetivo.

ser notificada con la resolución apelada. Al respecto, de conformidad con lo señalado en los párrafos precedentes, este Tribunal considera que dicha conclusión no se desprende de los mencionados documentos de los órganos de línea del OSIPTEL, sino que brota de la lectura de las Condiciones de Uso, de las cartas presentadas por TELEFÓNICA y de las cartas de conformidad del OSIPTEL.

La conducta materia de investigación

215. Como se ha establecido, la presunta práctica anticompetitiva realizada por TELEFÓNICA consistiría en la comisión de abuso de posición de dominio en la modalidad de venta atada, consistente en condicionar la venta de su servicio de internet fijo vía ADSL a la contratación de su servicio de telefonía fija, con posibles efectos de exclusión en el mercado de telefonía fija, conducta tipificada en el literal c) del artículo 10.2 del Decreto Legislativo N° 1034.
216. Luego, siguiendo la metodología de análisis establecida, se debe determinar:
- (a) Si la práctica ha sido aprobada o impuesta por la regulación de una forma que resulte incompatible la aplicación de las normas de libre competencia en el mercado; para lo cual, en el presente caso, corresponde determinar si es que las cartas de conformidad del OSIPTEL a los contratos de abonado de TELEFÓNICA han aprobado o impuesto la realización de ventas atadas, consistentes en el condicionamiento de la adquisición del servicio final de provisión de internet fijo vía ADSL a la contratación del servicio final de telefonía fija de TELEFÓNICA.
- De acuerdo con lo señalado en los párrafos precedentes, se entiende que la conformidad dada por el OSIPTEL se encuentra referida a las normas contenidas en las Condiciones de Uso. En consecuencia, al estar ante una obligación de puesta en conocimiento de los contratos de abonado recogida en las normas de Condiciones de Uso y considerando el alcance de las obligaciones del OSIPTEL contenidas en dicha norma, no resulta razonable entender que el OSIPTEL debía efectuar un análisis ex ante omnicompreensivo que incorporase aspectos relacionados a la libre competencia.
 - Por tanto, no es posible interpretar que el visto bueno dado por el OSIPTEL a dichos contratos implicara la imposición o la aprobación de la práctica comercial de venta atada, en el sentido de “inmunizarla” de toda investigación y eventual sanción por infracciones a las normas de libre competencia⁷⁸.
 - En este sentido, es claro que no resulta razonable interpretar que la conformidad del OSIPTEL haya implicado que la atadura implementada por TELEFÓNICA, así como cualquier otra práctica relacionada de alguna forma a los contratos de abonado, no podía ser objeto de investigación y sanción bajo las normas de libre competencia como un acto de abuso de posición de

⁷⁸ Adicionalmente, en la Carta 489-GG.GUS/2009, la Gerencia General señala: *“En ese sentido, contando con la opinión favorable de la Gerencia de Usuarios contenida en el Informe N° 161-GUS/2009, ponemos en su conocimiento nuestra conformidad con el contenido del modelo de contrato en referencia”.* (El resaltado es nuestro)

dominio en la modalidad de ventas atadas, cuyo bien jurídico protegido, requisitos configurantes del tipo administrativo y metodología de evaluación son diferentes a los empleados por las normas de protección al consumidor.

(b) Si la regulación sectorial sólo ha constatado que la práctica es realizada en el mercado o no ha emitido opinión, al tratarse de una iniciativa empresarial privada; para lo cual, en el presente caso, corresponde determinar si es que las cartas de conformidad del OSIPTEL a los contratos de abonado sólo han reconocido que la práctica, consistente en el condicionamiento de la adquisición del servicio final de provisión de internet fijo vía ADSL a la contratación del servicio final de telefonía fija de TELEFÓNICA, existe en el mercado o no han emitido una opinión sobre la misma, al tratarse de una iniciativa empresarial privada.

- En línea con lo señalado en el análisis del punto (a), el OSIPTEL dio su conformidad a los contratos de abonado porque consideró que los mismos se adecuaban a la normativa sobre usuarios, de conformidad con lo solicitado por TELEFÓNICA en sus cartas y evaluando que éstos no implicaran ex ante afectaciones a los legítimos intereses de los consumidores.
- Dado que las Condiciones de Uso no establecieron que el OSIPTEL debía hacer un análisis ex ante omnicompreensivo, que incorporara aspectos relacionados a la libre competencia, en las cartas de conformidad del OSIPTEL no se emitió algún tipo de opinión sobre la licitud ex ante de las ventas atadas bajo las normas de libre competencia.
- Por tanto, no resulta admisible argumentar que la conformidad dada a los contratos de abonados bajo las Condiciones de Uso, haya implicado que el OSIPTEL eximía ex ante a la práctica comercial de ventas atadas, de la aplicación de las normas de libre competencia.

217. En consecuencia, la práctica llevada a cabo por TELEFÓNICA, consistente en condicionar la venta de su servicio de internet fijo vía ADSL a la contratación de su servicio de telefonía fija, es producto de la libre iniciativa empresarial de TELEFÓNICA, por lo que sí corresponde que sea analizada desde la perspectiva de la normativa de libre competencia.

2.1.3.3 Los pronunciamientos previos de las instancias de solución de controversias sobre los alcances del principio de supletoriedad

218. De acuerdo con TELEFÓNICA, el Cuerpo Colegiado ha dejado inmotivadamente de lado su propia experiencia ya que las instancias de solución de controversias entre empresas del OSIPTEL han definido los alcances del principio de supletoriedad, según el cual, donde existe intervención regulatoria se desaconseja abiertamente la imposición de remedios a partir de la aplicación de las normas de libre competencia.

219. TELEFÓNICA cita la Resolución N° 052-2002-CCO/OSIPTEL de fecha 16 de julio de 2002, emitida en el Expediente 003-2001, seguido en la controversia entre AT&T contra Telefónica del Perú S.A.A., la Resolución N° 002-2004-CCO/OSIPTEL de fecha 13 de agosto de 2004, emitida en el Expediente 006-2004-CCO-ST/LC,

seguido en la controversia entre Red Privada Virtual S.A. contra Telefónica del Perú S.A.A., la Resolución N° 008-2005-CCO/OSIPTEL de fecha 11 de marzo de 2005 y la Resolución N° 006-2005-TSC/OSIPTEL de fecha 21 de abril del año 2005, emitidas en el Expediente 001-2005-CCO/ST/LC, seguido en la controversia entre Nextel del Perú S.A. contra Telefónica del Perú S.A.A.

220. Seguidamente, se explican las razones por las cuales no se considera que, en el presente caso, se han dejado de lado la experiencia de las instancias de solución de controversias en cuanto a los alcances del principio de supletoriedad.

2.1.3.3.1 AT&T contra TELEFÓNICA

221. En este caso, AT&T denunció a TELEFÓNICA por actos de abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato. TELEFÓNICA se negaba a programar en su red la numeración “133” como medio para que AT&T pudiera ofrecer el servicio de llamadas telefónicas locales y de larga distancia mediante el uso de tarjetas prepago, lo que, de acuerdo con AT&T, habría puesto su tarjeta de pago identificada con la numeración “133” en desventaja frente a la tarjeta de pago identificada con la numeración “147”, ofrecida por TELEFÓNICA para prestar servicios locales y de larga distancia.
222. El Cuerpo Colegiado entendió que, de acuerdo con las normas del Ministerio de Transportes y Comunicaciones y la regulación posterior del OSIPTEL, la única posibilidad de que un operador de larga distancia preste servicios con un código de tres dígitos era utilizando el código asignado al concesionario local de la red a cuyos usuarios se pretendía ofrecer los servicios, por lo que TELEFÓNICA sólo se encontraba obligada a otorgar acceso a su red mediante el código “147”.
223. Por tanto, el Cuerpo Colegiado concluyó que, debido a que la programación del código de tres dígitos asignado a un concesionario local en la red de otro concesionario local no había sido contemplada como una alternativa de acceso por la regulación, la negativa de TELEFÓNICA no podía ser evaluada como una infracción bajo la normativa de libre competencia y, por tanto, no podía ser calificada como una negativa injustificada de trato.
224. Al respecto, debe precisarse que dicho caso no fue materia de un pronunciamiento de fondo de este Tribunal, sin perjuicio de lo cual cabe señalar que se trata de una situación distinta a la discutida en el presente procedimiento, pues se estaba ante una posible infracción que, a juicio del Cuerpo Colegiado, debía evaluarse en el marco de la regulación sectorial y no en el marco de las normas sobre libre competencia. En el presente caso, la discusión no se centra en la existencia de una posible infracción a la regulación, sino en si la conducta investigada habría sido de alguna manera evaluada ex ante y legitimada por la regulación, por lo cual no correspondería aplicar las normas de libre competencia.

2.1.3.3.2 Nextel contra Telefónica Móviles

225. En este caso Nextel denunció a Telefónica Móviles por la supuesta comisión de actos de abuso de posición de dominio en la modalidad de incremento de costos del rival, consistentes en cobrar a sus competidores un cargo de terminación de llamadas en su red significativamente mayor a la tarifa que dicha empresa cobraba

a sus usuarios para las comunicaciones dentro de su red (*on-net*), con el propósito de elevar indebidamente los costos de sus rivales.

226. De acuerdo con el razonamiento esbozado por el Cuerpo Colegiado, debido a que el cargo de terminación, sobre cuyo valor hubiera tenido que pronunciarse para determinar si es que se elevaba indebidamente los costos del rival, había sido acordado entre Nextel y Telefónica Móviles en la adenda del contrato de Interconexión celebrado entre ambas partes, aprobada por el OSIPTEL, dicho cargo se encontraba cubierto por la regulación sectorial y, por tanto, no correspondía que emitiera un pronunciamiento al respecto.
227. Por su parte, en la Resolución N° 006-2005-TSC/OSIPTEL de fecha 21 de abril del año 2005, el Tribunal de Solución de Controversias señaló que la negociación de los contratos de interconexión era una materia que se encontraba cubierta por la regulación del sector que, a su vez, asumía que la operadora propietaria de la red dominante se encontraría en una posición ventajosa sobre sus contrapartes al momento de negociar dichos contratos. Por tanto, de acuerdo con el análisis del Tribunal, el supuesto ejercicio abusivo del poder de negociación y la imposición de cláusulas contractuales, es decir, la supuesta práctica anticompetitiva, se encontraban previstos y regulados en el marco de las disposiciones legales que promovían y supervisaban la negociación de las partes en los términos de un contrato de interconexión.
228. En dicho caso, la regulación del sector había establecido expresamente las reglas aplicables para la negociación del contrato de interconexión entre las partes, en cuyo marco había sido aprobado el cuestionado cargo de terminación. En ese sentido, se trata de un supuesto de aprobación expresa en función de lo dispuesto por la normativa sectorial, por lo que se entendió que, a diferencia de lo que sucede en el presente caso, el asunto ya estaba expresamente cubierto por la regulación y, por ende, no correspondía aplicar las normas de libre competencia. En dicha medida, no hay contradicción entre la aplicación del principio de supletoriedad desarrollada en el presente caso y aquella empleada en el caso Nextel contra Telefónica Móviles.

2.1.3.3.3 Red Privada Virtual contra TELEFÓNICA

229. La práctica denunciada por Red Privada Virtual consistía en que TELEFÓNICA, valiéndose de su posición dominante, había creado el plan tarifario denominado Línea Premium considerando únicamente la posibilidad de que los proveedores de internet (ISPs) conectados a su red de telefonía fija local participen en dicho plan, excluyendo la posibilidad de que participen en él otros ISPs que conectaban a sus usuarios a través de otros operadores de telefonía fija.
230. El Cuerpo Colegiado señaló que la aprobación de los planes tarifarios era un acto administrativo del OSIPTEL, emitido en ejercicio de una facultad asignada en el Reglamento de Tarifas, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 060-2000-CD-OSIPTEL, y en cuya aprobación se tenían en cuenta las normas sobre libre y leal competencia. Por tanto, debido a que la Línea Premium había sido materia de una aprobación administrativa a cargo del OSIPTEL, dicho acto administrativo no era susceptible de ser analizado vía un procedimiento de solución de controversias.

231. Cabe señalar que dicho caso que nunca llegó a tramitarse ante el Tribunal de Solución de Controversias, por lo que no existió un pronunciamiento sobre el mismo. El Cuerpo Colegiado consideró que, en dicho caso, la aprobación de la Línea Premium había sido expresa, en atención a su interpretación de lo dispuesto por el Reglamento de Tarifas, de acuerdo con el cual, en la aprobación de los planes tarifarios, se deben tomar en consideración las normas de libre competencia. En el presente caso, se está ante un supuesto distinto puesto que no se ha verificado la existencia de una aprobación expresa, siguiendo los criterios desarrollados para la aplicación del principio de supletoriedad.

2.1.3.4 La regulación sobre Proveedores Importantes

232. Durante la tramitación del presente procedimiento se publicó el proyecto de resolución sobre “Determinación de Proveedores Importantes en el Mercado N° 25: Acceso Mayorista para Internet y Transmisión de Datos”.

233. Al respecto, TELEFÓNICA ha señalado en su escrito de apelación que el OSIPTEL venía impulsando un procedimiento para determinar a los proveedores importantes de los servicios públicos de telecomunicaciones, regulación que será aplicable tanto en lo relativo a las obligaciones de compartición de infraestructura como a la reventa de tráfico y/o servicios públicos de telecomunicaciones. El OSIPTEL ha establecido como prioritario el mercado mayorista para internet y transmisión de datos.

234. En este orden de ideas, TELEFÓNICA ha expresado que el principio de supletoriedad busca que las decisiones de la autoridad de competencia no interfieran en las políticas diseñadas por el regulador sectorial.

235. Al respecto, este Tribunal coincide con el Cuerpo Colegiado, en que conforme al marco legal que establece el principio de supletoriedad, la facultad de solución de controversias se inhibe ante la existencia de regulación vigente y aplicable a los hechos materia del procedimiento y no ante regulaciones en desarrollo que en el momento de tramitación del procedimiento en primera instancia, no se encontraban vigentes.

236. Sin perjuicio de lo anterior, corresponde desarrollar algunos alcances de la mencionada regulación, teniendo en consideración que mediante Resolución N° 132-2012-CD/OSIPTEL de fecha 13 de setiembre de 2012, durante la tramitación del presente procedimiento en segunda instancia, se aprobó la Determinación de Proveedores Importantes en el Mercado N° 25: Acceso Mayorista para Internet y Transmisión de Datos.

237. En la Exposición de Motivos de dicha Resolución se señala que el objetivo previsto por la normativa vigente aplicable a los Proveedores Importantes consiste en establecer un marco legal que permita reducir la brecha en infraestructura y promover la competencia en la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones, estableciendo obligaciones específicas a los operadores que ostenten la categoría de Proveedor Importante en el mercado.

238. También se señala que las empresas identificadas como Proveedor Importante quedarán sujetas a las siguientes obligaciones en su respectivo mercado relevante: **(i)** compartir su infraestructura con otras empresas operadoras de servicios públicos

de telecomunicaciones y a **(ii)** otorgar la reventa mayorista de su tráfico y/o servicios públicos de telecomunicaciones en condiciones no discriminatorias y que no impliquen prácticas anticompetitivas⁷⁹.

239. Asimismo, dicha regulación estableció “El mercado de acceso mayorista para Internet y transmisión de datos”, como mercado prioritario a ser analizado.
240. Sin embargo, se debe precisar que la regulación en cuestión nada tiene que ver con la forma en la que TELEFÓNICA ofrece su servicio de Internet por ADSL a sus usuarios. Como se señala en su Exposición de Motivos, dicha regulación tiene por objetivo reducir la brecha de infraestructura y promover la competencia en el mercado determinado como relevante.
241. Con miras a lo anterior se establece la obligación de otorgar el acceso y uso compartido de la infraestructura de telecomunicaciones utilizada para proveer el acceso mayorista para el servicio de internet fijo vía ADSL y la obligación ofrecer a otros proveedores la comercialización o reventa del servicio de internet fijo vía ADSL que provean en Lima y el resto del país. No se hace ningún tipo de referencia a la forma en la que TELEFÓNICA debe diseñar su oferta comercial minorista.
242. Por su parte, la decisión del Cuerpo Colegiado, que dispone que TELEFÓNICA ofrezca en el mercado minorista la venta del servicio de internet ADSL “solo”, no interfiere ni con los objetivos de la regulación ni con las mencionadas obligaciones.
243. Por lo tanto, la materia discutida en el presente procedimiento y decisión que la autoridad de competencia adopte sobre el particular, no está interfiriendo con la política diseñada por el regulador.

2.1.3.5 El internet “solo” y las supuestas pretensiones regulatorias del Cuerpo Colegiado

244. En su apelación, TELEFÓNICA ha señalado que a pesar de que en la resolución apelada se afirma que la legislación comparada contempla la provisión del acceso a internet por ADSL desnudo, en todos los casos presentados, la implementación del ADSL desnudo ocurrió únicamente o por una decisión comercial o por impulso de la autoridad competente, básicamente como una regulación del mercado mayorista.
245. Al respecto, debe señalarse que la resolución apelada, el Cuerpo Colegiado no se adjudicó facultades regulatorias, el Cuerpo Colegiado analizó si las prácticas de ventas atadas implementadas por TELEFÓNICA constituían infracciones a la libre competencia. Luego de actuados los medios probatorios respectivos, determinó que

⁷⁹ En línea con lo anterior, el artículo 1º de la Resolución N° 132-2012-CD/OSIPTTEL determina que los mercados relevantes en el Mercado N° 25: Acceso Mayorista para Internet y Transmisión de Datos están constituidos por: (i) el mercado de acceso mayorista para el servicio de internet fijo vía ADSL en la región Lima y la Provincia Constitucional del Callao, y (ii) el mercado de acceso mayorista para el servicio de internet fijo vía ADSL en el resto de regiones del país. Adicionalmente, en el artículo 2º se declara que la empresa Telefónica del Perú S.A.A. y sus vinculadas son Proveedores Importantes en dicho mercado relevante.

Por otro lado, en el artículo 3º se indica que se encuentran obligadas a otorgar el acceso y uso compartido de la infraestructura de telecomunicaciones que utilizan o puedan utilizar para proveer el acceso mayorista para el servicio de internet fijo vía ADSL y, finalmente, en el artículo 5º se señala que se encuentran obligadas a ofrecer a otros proveedores – concesionarios o comercializadores puros-, la comercialización o reventa del servicio de internet fijo vía ADSL que proveen o puedan proveer en la región Lima y la Provincia Constitucional del Callao, así como en el resto de regiones del país.

en efecto, dicha empresa había incurrido en prácticas anticompetitivas generando perjuicios en el mercado mayores a los beneficios de dicha práctica. Por ello, decidió establecer una sanción e imponer una medida correctiva a fin de que TELEFÓNICA también ofrezca al público la posibilidad de adquirir el internet “solo”.

246. La medida correctiva impuesta, cuya pertinencia será analizada más adelante, no tiene pretensiones regulatorios o intenciones de modelar el mercado. Dicha medida correctiva se dio en ejercicio de las facultades que asisten a toda autoridad de competencia para corregir una conducta infractora y restablecer el proceso competitivo. Tales facultades de imposición de medidas correctivas son propias de toda agencia de competencia y sin ellas, una decisión que declara infractora a una empresa no podría ser verdaderamente eficiente a fin de restablecer el proceso competitivo.
247. En este sentido, la imposición de la medida correctiva tiene que ser analizada en el particular contexto de un procedimiento de solución de controversias, como un medio para restablecer el proceso competitivo y no un fin en sí mismo.
248. En consecuencia, los argumentos de TELEFÓNICA respecto de una supuesta pretensión regulatoria deben ser desestimados.

2.1.4 Conclusión

249. Por todo lo expuesto, este Tribunal considera que, en el presente caso, no se está frente a un escenario que esté cubierto por la regulación, en consecuencia, sí procede la aplicación de las normas de libre competencia, de conformidad con los alcances del principio de supletoriedad y, por ello, los órganos de solución de controversias no deben inhibirse de conocer el presente caso.

2.2 La supuesta vulneración a los principios de predictibilidad y confianza legítima

2.2.1 Marco legal y conceptual de los principios de predictibilidad, seguridad jurídica y protección de la confianza legítima

250. El artículo IV.1.15 de la LPAG contempla el principio de predictibilidad⁸⁰, conforme al cual la autoridad administrativa deberá brindar a los administrados información veraz, completa y confiable sobre cada trámite, de forma tal que desde su inicio, el administrado pueda tener certeza de cuál será el resultado final que se obtendrá⁸¹.

⁸⁰ Este principio se origina en el sistema del Derecho Anglosajón (*Common Law*) y se le conoce dentro de la doctrina del Derecho Administrativo Continental como el Principio de Seguridad Jurídica y como el Principio de Certeza. Al respecto, ver PAREDES INFANZÓN, Jelio. *La Predictibilidad Jurídica y el Precedente*. Lima: Ed. San Marcos, 2008, págs.17 y 18.

⁸¹ **Ley del Procedimiento Administrativo General:**

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

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

(...)

1.12. Principio de participación.- Las entidades deben brindar las condiciones necesarias a todos los administrados para acceder a la información que administren, sin expresión de causa, salvo aquellas que afectan la intimidad personal, las vinculadas a la seguridad nacional o las que expresamente sean excluidas por ley; y extender las posibilidades de participación de los administrados y de sus representantes, en aquellas decisiones públicas que les puedan afectar, mediante cualquier sistema que permita la difusión, el servicio de acceso a la información y la presentación de opinión.

251. Conforme a la doctrina nacional, el principio de predictibilidad exige que las autoridades suministren información sobre la secuencia del procedimiento administrativo, competencias administrativas, criterios administrativos, entre otros, con el objetivo de que los ciudadanos tengan una expectativa razonablemente justificada sobre cuál ha de ser la actuación de la administración en la aplicación del derecho y se les permita, en consecuencia, planificar sus actividades. Este principio constituye el reflejo en el ámbito de las relaciones administrativas del principio de seguridad jurídica⁸².
252. Con relación a la seguridad jurídica, la doctrina extranjera señala que aquélla es una garantía frente a la incertidumbre, la imprevisibilidad, la arbitrariedad y la ineficacia⁸³ y⁸⁴. Asimismo, se entiende que el principio de protección de la confianza legítima es un reflejo de la seguridad jurídica aplicada a la defensa de los intereses legítimos de los ciudadanos en las relaciones jurídicas con la Administración y su límite es la buena fe del administrado.
253. El principio de protección a la confianza legítima se activa cuando la confianza suscitada por una actuación anterior de la Administración debe ser necesaria y legítimamente frustrada, por ejemplo, cuando dicha actuación resultó siendo finalmente ilegal o debe cambiarse en atención a una alteración de las circunstancias. En estos casos, se hace necesario restaurar la legalidad y al mismo tiempo atender en alguna medida a la confianza depositada por el particular⁸⁵.
254. De esta forma, el principio de protección de la confianza obliga a los poderes públicos a dispensar algún grado de protección a la confianza que razonablemente se ha generado en los particulares⁸⁶. Sin embargo, como se advierte, ello no supone que la Administración se encuentre imposibilitada de cambiar de criterio, si así puede cumplir mejor sus funciones y proteger el interés público.
255. Conforme a la doctrina, para determinar si es que nos encontramos frente a un supuesto de protección de la confianza se deben cumplir los siguientes requisitos sucesivos:
- a) **Existencia de una actuación previa generadora de confianza:** Se debe verificar si la actuación previa de la administración era razonablemente

⁸²MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Novena Edición. Lima. Gaceta Jurídica, 2011, pág.92.

⁸³ ARCOS RAMÍREZ, Federico. La Seguridad Jurídica: Una Teoría Formal. Madrid: Ed. Dykinson S.L., 2000, págs. 34.

⁸⁴El Tribunal Constitucional señala, en la Sentencia recaída sobre el Expediente Nº 0016-2002-AI/TC, que el principio de seguridad jurídica forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho. La predictibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad. Tal como estableciera el Tribunal Constitucional español, la seguridad jurídica supone "la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho" (STCE 36/1991, FJ 5).

⁸⁵ DÍEZ SASTRE, Silvia. Op. cit. pág. 374.

⁸⁶ DÍEZ SASTRE, Silvia. Op. cit, pág. 382.

capaz de generar confianza en el administrado sobre la forma en que se resolvería un asunto determinado⁸⁷.

Adicionalmente, en este análisis, se debe tomar en consideración que la actuación de un órgano puede hacer creer al particular que otro órgano de la misma organización resolverá en igual sentido. Lo determinante es, pues, la efectiva generación de una confianza que después debe vulnerarse⁸⁸.

- b) **Carácter objetivo de esa confianza:** Se debe determinar si atendiendo a la claridad y carácter unívoco de la actuación administrativa, se podía generar objetivamente confianza en el administrado sobre futuras actuaciones de la administración.
- c) **Haber defraudado la confianza suscitada:** Se debe verificar si la Administración ha vulnerado la confianza creada en ejercicio legítimo de una de sus potestades, bien para reparar la ilegalidad o incorrección de una actuación, bien para adecuar su actuación a las cambiantes circunstancias⁸⁹.

Finalmente, existe una excepción: cuando una determinada norma no ha sido aplicada durante algún tiempo, se entiende que no se produce una confianza digna de protección en cuanto que el particular conoce la posibilidad de la Administración de actuar sobre la base de dicha norma.

2.2.2 Aplicación de los criterios antes definidos al caso concreto

256. TELEFÓNICA ha señalado que la resolución apelada al pretender “*regular determinada forma la provisión del servicio de acceso a Internet de TELEFÓNICA*” implicaría en la práctica desconocer la validez de los diversos pronunciamientos del OSIPTEL contenidos en: (i) las resoluciones que aprobaron la regulación ATM con acceso ADSL, (ii) informes debidamente sustentados de la entonces Gerencia de Relaciones Empresariales; y (iii) declaratorias de conformidad de los contratos de abonado de Speedy. De acuerdo a TELEFÓNICA, el OSIPTEL ya había analizado con anterioridad la validez de la provisión de un acceso ADSL con una línea telefónica, encontrándola conforme al ordenamiento jurídico nacional; razón por la cual el desconocer mediante una resolución del Cuerpo Colegiado dicha validación, suponía una vulneración al principio de confianza legítima.

257. De manera previa, debe recalcar que en el presente procedimiento, las instancias de solución de controversias de modo alguno se están irrogando facultades regulatorias, sino que han analizado (i) los alcances de una práctica de abuso de posición de dominio en la modalidad de ventas atadas tipificada en el Decreto Legislativo N° 1034 y (ii) los alcances de una sanción y medida correctiva conforme a las facultades establecidas en la normativa aplicable. En consecuencia, las

⁸⁷ Así por ejemplo, se evalúa si se transmitió una información precisa y razonable que comunicaba el futuro otorgamiento de un bien, si la respuesta a la consulta era unívoca y tenía apariencia legal, etc. Lo más importante es que existan signos externos suficientemente concluyentes que induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de la actuación administrativa. El acto de la administración debe ser capaz de provocar en el administrado la confianza de que la actuación es correcta y de que sus expectativas son razonables.

⁸⁸ DÍEZ SASTRE, Silvia. Op. cit. pág. 388.

⁸⁹ DÍEZ SASTRE, Silvia. Op. cit. págs. 383 a 385.

afirmaciones de TELEFÓNICA respecto de supuestas pretensiones regulatorias por parte de las instancias de solución de controversias deben ser desestimadas.

258. De otro lado y, sin perjuicio de lo anteriormente señalado, seguidamente, se procederá a aplicar los criterios previamente definidos, a fin de determinar si en el presente caso se ha vulnerado el principio de protección a la confianza legítima invocado por TELEFÓNICA.

2.2.2.1 Resoluciones que aprobaron la regulación ATM con acceso ADSL

259. De acuerdo con TELEFÓNICA, las resoluciones que aprobaron la regulación ATM con acceso ADSL son actos administrativos plenamente válidos, en los cuales el OSIPTEL evaluó la racionalidad de la provisión conjunta del internet fijo vía ADSL y el servicio de telefonía fija, encontrándola arreglada a derecho. Conforme a TELEFÓNICA, la autoridad ha tenido hasta tres momentos (la emisión de la norma original y las posteriores modificaciones) para realizar dicha evaluación y en todas ellas optó por la misma decisión.
260. El primer requisito que debe verificarse para que opere el principio de confianza es la existencia de una actuación previa generadora de confianza. En consecuencia, se debe analizar si las resoluciones referidas pudieron razonablemente generar en TELEFÓNICA la confianza legítima de que el OSIPTEL ya había analizado ex ante la práctica de atadura en el mercado minorista desde el punto de vista de las normas de libre competencia, y por tanto, si TELEFÓNICA podía confiar en que el OSIPTEL no investigaría o sancionaría dichas ataduras como actos de abuso de posición de dominio en el mercado de servicios finales.
261. Al respecto, como ya se precisó en párrafos precedentes, mediante dichas resoluciones se establecieron las tarifas tope aplicables a las prestaciones de transmisión de datos mediante circuitos virtuales ATM con acceso ADSL ofrecidas por TELEFÓNICA, con la finalidad de generar una mayor competencia en el mercado de banda ancha mediante acceso ADSL, regulándose el mercado mayorista y no el minorista.
262. Mediante las resoluciones referidas no se evaluó la racionalidad de la provisión de un acceso ADSL con una línea telefónica a fin de determinar ex ante que dicha atadura no podía ser materia de una investigación y sanción por infracciones a las normas de libre competencia en el mercado minorista. Como ya se ha mencionado, la práctica comercial de atar el internet ADSL al servicio de telefonía fija en el mercado minorista fue una decisión comercial privada de TELEFÓNICA y, como tal, TELEFÓNICA sabía que estaba sujeta a las normas de libre competencia, como lo están otras actividades comerciales en nuestro país.
263. Así, no resulta razonable que el solo reconocimiento de una forma de proveer un servicio dentro de una norma dirigida a promover competencia en el mercado mayorista, pueda haber generado en TELEFÓNICA la confianza en que dichas ventas atadas estaban eximidas de la aplicación de las normas de libre competencia y, en consecuencia, diseñar una oferta comercial para el mercado minorista asumiendo que la misma era inmune a cualquier investigación y sanción bajo las normas de libre competencia.

264. A mayor abundamiento, tampoco pudo haberse generado dicha confianza por el hecho de que no existían antecedentes de procedimientos por actos anticompetitivos en la modalidad de ataduras ante las instancias de solución de controversias del OSIPTEL, puesto que, tal como la doctrina reconoce, en este caso no se configura una confianza digna de protección toda vez que el administrado conocía de la posibilidad de la Administración de actuar sobre la base de dicha norma⁹⁰.
265. Así, la regulación ATM con acceso ADSL no podía generar razonablemente la creencia de una política o una decisión del OSIPTEL de no investigar o sancionar las ventas atadas como actos anticompetitivos en el mercado minorista.
266. En consecuencia, dado que el análisis del primer requisito para que opere el principio de confianza legítima no se ha verificado, no corresponde continuar con el análisis de los demás requisitos.
267. Por tanto, este Tribunal concluye que no se ha activado el principio de confianza legítima sobre la base de la regulación ATM con acceso ADSL, debiendo desestimarse los argumentos de TELEFÓNICA sobre el particular.

2.2.2.2 Informes previos

268. En su apelación, TELEFÓNICA ha señalado que la resolución apelada contravenía diversos informes en los cuales ya se había analizado la racionalidad de su oferta comercial, encontrándola arreglada a derecho. En particular, menciona el informe “Situación del mercado de televisión por cable” elaborado por la entonces Gerencia de Relaciones Empresariales del OSIPTEL, en el año 2002.
269. De la revisión del informe “Situación del mercado de televisión por cable” mencionado por TELEFÓNICA, se aprecia que este señala lo siguiente:
- “No se ha podido identificar que la venta atada realizada por Cable Mágico tenga el objeto o el efecto de disminuir los niveles de rivalidad o competencia existentes en el mercado de televisión por cable.”*
270. Dicho informe fue elaborado en el año 2002, hace más de 10 años y se trataba de otro contexto y de otro mercado. De hecho, como se señala en la cita, la venta atada, evaluada en ese momento, no tenía el efecto de disminuir los niveles de competencia en el mercado de televisión por cable, no se hace mención del mercado de telefonía fija que es el que se está evaluando en este caso.
271. En consecuencia, el primer requisito para que opere el principio de confianza legítima no se ha configurado, puesto que el informe aludido no podía generar razonablemente la creencia de que existía una política o una decisión del OSIPTEL de no investigar o sancionar las ventas atadas como actos anticompetitivos. Dado que el análisis del primer requisito para que opere el principio de confianza legítima no se ha verificado, no corresponde continuar con el análisis de los demás requisitos.

⁹⁰DÍEZ SASTRE, Silvia.Op. cit. pág. 390.

2.2.2.3 Conformidad del OSIPTEL a los contratos de abonado de Speedy

272. Tal como ha sido señalado previamente, la conformidad del OSIPTEL a los contratos de abonado se efectuó en el marco de la normativa de usuarios contenida en las Condiciones de Uso, sin que se involucraran aspectos relacionados con las normas de libre competencia.
273. Como se ha expuesto, el primer requisito que debe verificarse para que opere el principio de protección de la confianza, es la existencia de una actuación previa generadora de confianza. Aplicando este criterio al caso, se tiene que no resulta razonable que TELEFÓNICA interprete que un acto administrativo emitido en virtud de la normativa de usuarios puede inmunizarla de la aplicación de las normas de libre competencia ya que, como se ha señalado, se trata de dos distintos cuerpos normativos con objetivos, bienes jurídicos protegidos y metodologías de análisis diferentes.
274. Conforme se ha señalado en acápites precedentes, la Gerencia General del OSIPTEL expresó su conformidad a los modelos de contratos de abonado de TELEFÓNICA señalando que éstos “*se ajustan a lo dispuesto en la normatividad vigente*”. Al respecto, la doctrina reconoce que hay supuestos en los cuales la actuación de un órgano puede hacer creer al particular que otro órgano de la misma organización resolverá en igual sentido. Sin embargo, es claro que esta situación no se presenta en el caso.
275. En efecto, no es razonable que TELEFÓNICA entendiera de buena fe que la conformidad dada por la Gerencia General del OSIPTEL, en el marco de las Condiciones de Uso, era también la opinión de las instancias de solución de controversias (autónomas e independientes de la estructura funcional del OSIPTEL) y, en dicha medida, que estas se inhibirían ex ante de iniciar cualquier procedimiento destinado a investigar esta oferta comercial en tanto acto anticompetitivo. El contexto en el cual fue emitida la conformidad a los modelos de contratos de abonados es contundente en dicho aspecto, como ya ha sido explicado. La diferencia entre los objetivos, bienes jurídicos protegidos y metodologías de análisis era de pleno conocimiento de TELEFÓNICA.

2.2.3 Conclusión

276. Por todo lo expuesto, este Tribunal considera que en el presente caso no se presentan los requisitos necesarios para que opere el principio de protección a la confianza legítima, por lo cual los argumentos de TELEFÓNICA deben ser desestimados.

3. La práctica materia de investigación

277. Tal como se ha señalado previamente, la infracción imputada a TELEFÓNICA, por la supuesta comisión de actos de abuso de posición de dominio en la modalidad de ventas atadas, con posibles efectos de exclusión en el mercado de telefonía fija, conducta tipificada en el literal c) del artículo 10.2° del Decreto Legislativo N°1034, está constituida por el condicionamiento de la venta del servicio Speedy (acceso a internet a través de la tecnología ADSL) a la compra de su servicio de telefonía fija.

278. Conforme a la metodología general de análisis para supuestos de abuso de posición de dominio, corresponde determinar el mercado relevante para los alcances del presente pronunciamiento, la existencia de posición de dominio en dicho mercado y la existencia de los elementos específicos configurantes de la práctica de venta atada. Seguidamente, se procede con dicho análisis.

3.1 Definición del mercado relevante

279. De acuerdo con el artículo 6.1° del Decreto Legislativo N° 1034, el mercado relevante está integrado por el mercado de producto y el mercado geográfico⁹¹. Adicionalmente, el numeral 3.2.c) de los Lineamientos de Libre Competencia en Telecomunicaciones dispone que se debe incluir en el análisis del mercado relevante a la delimitación del nivel comercial. En consecuencia, en el presente caso se procederá a determinar el mercado relevante en función de dichas variables.

3.1.1 El mercado de producto

280. El artículo 6.2° del Decreto Legislativo N° 1034 define al mercado de producto relevante como el servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Señala que para el análisis de sustitución, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución⁹².

281. En la misma línea, del numeral 3.2.a) de los Lineamientos de Libre Competencia en Telecomunicaciones se desprende que la delimitación del mercado producto se define en base al criterio de sustitución, por el cual se determina qué servicio compite con el servicio analizado, considerando que los consumidores no tendrían que verse afectados en su nivel de bienestar al utilizar un servicio alternativo. Para ello, se debe tomar en consideración las características similares de los servicios y el factor de los precios.

282. En el presente caso, el servicio de internet, servicio involucrado en la práctica investigada, que servirá como servicio focal a partir del cual se hará el análisis de sustitución, se define como un conjunto descentralizado de redes de comunicación y computadores, interconectados entre sí mediante un mismo protocolo de comunicación (IP, de la arquitectura TCP/IP⁹³), que forman una red internacional de alcance mundial públicamente accesible. A través de esta red se proporcionan servicios de información y comunicación de diversa índole, como son los servicios de contenido, el correo electrónico, la voz sobre IP, las redes sociales, entre otros.

⁹¹ **Decreto Legislativo N° 1034**

Artículo 6.- El mercado relevante.-

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

⁹² **Decreto Legislativo N° 1034**

Artículo 6.- El mercado relevante.-

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

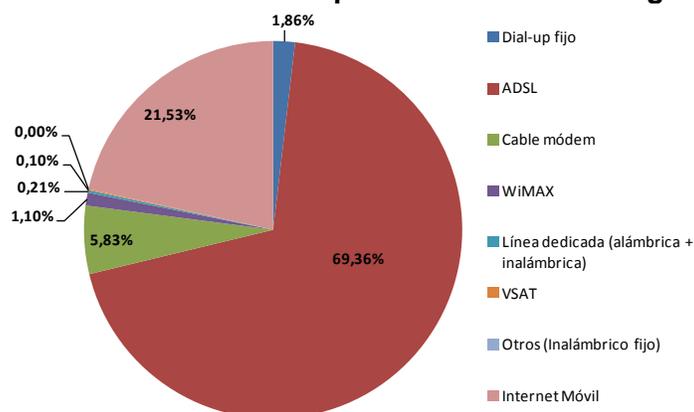
⁹³ **TCP/IP** son las siglas de Protocolo de Control de Transmisión/Protocolo de Internet (en inglés **Transmission Control Protocol/Internet Protocol**), un sistema de protocolos que hacen posibles servicios Telnet, FTP, E-mail, y otros entre ordenadores que no pertenecen a la misma red.

283. A la fecha, se han desarrollado diversas plataformas tecnológicas por las cuales se provee el servicio de internet. Estas se pueden dividir, en primer lugar, según los medios por los cuales se puede proveer el servicio, en alámbricas e inalámbricas.

- Entre las tecnologías alámbricas se encuentran aquéllas que utilizan un medio de acceso óptico como la fibra óptica (es el caso de la fibra hacia el hogar, GPON) y aquéllas que usan un medio de acceso eléctrico, como el par de cobre (dial up, ADSL), el cable coaxial (DOCSIS ó cable módem) y las líneas dedicadas. El cable módem utiliza tanto la fibra óptica como el cable coaxial
- Entre las tecnologías inalámbricas se tiene a las tecnologías que emplean redes terrestres por un lado, como las líneas dedicadas, WiMax, UMTS y HSPA, y aquéllas que utilizan redes satelitales por el otro, como es el caso del VSAT.

284. En el siguiente gráfico se observa la distribución de las conexiones y/o suscriptores por cada modalidad tecnológica presente en el mercado nacional, a junio de 2011. De dicho gráfico se desprende que la principal modalidad de las conexiones de acceso es el internet fijo vía ADSL (medio alámbrico), que cuenta con el 69.36%, seguida por el internet móvil (medio inalámbrico), con el 21.53%.

Gráfico N° 01: Conexiones de internet por modalidad tecnológica - a junio 2011



Fuente: Empresas Operadoras. Elaboración: OSIPTEL.

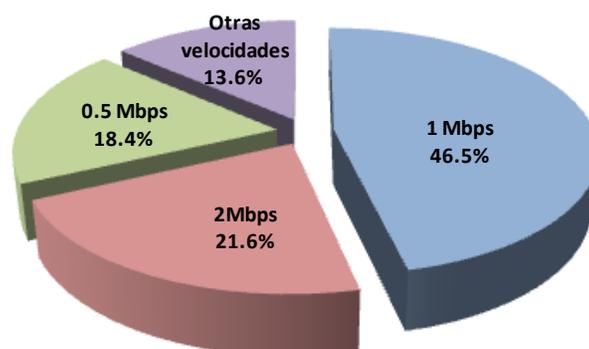
285. El análisis de sustitución busca determinar qué productos pueden ejercer presión competitiva sobre el internet fijo vía ADSL, y deberán, por tanto, incluirse en el mismo mercado relevante. Por tanto, será necesario definir, en primer lugar, qué otras modalidades de acceso a internet pueden considerarse como potenciales sustitutos del internet ADSL y, en segundo lugar, en qué grupo de productos ADSL se focalizará el análisis de potenciales sustitutos.

286. En cuanto a los potenciales sustitutos del internet fijo vía ADSL, de acuerdo al Gráfico N° 01, el primer candidato será el internet móvil (medio inalámbrico), que cuenta con el 21.53% del mercado, cuya inclusión dentro del mercado relevante ha sido solicitada por TELEFÓNICA en su recurso de apelación, así como en los informes orales y en posteriores escritos presentados ante esta instancia. El segundo servicio que podría ejercer presión competitiva sobre el internet fijo vía

ADSL es el internet provisto a través de cable módem (medio alámbrico), el cual fue incluido en la resolución apelada, que cuenta con el 5.83% del mercado.

287. Respecto a los productos tipo de internet ADSL en el mercado nacional, en el siguiente gráfico se aprecia que la mayor parte de los suscriptores del servicio de acceso a internet a través de medios fijos⁹⁴ lo realizan en las velocidades de 1 Mbps, 2 Mbps y 0.5 Mbps respectivamente. Luego, serán los productos ADSL de estas velocidades el punto focal del análisis de sustitución.

Gráfico N° 02: Participación de mercado por velocidad de transmisión de internet fijo - a diciembre 2011



Fuente: Empresas Operadoras. Elaboración: OSIPTEL.

288. Por tanto, a continuación, se determinará si existe sustituibilidad entre el internet fijo vía ADSL y el internet móvil, para luego proceder a analizar la pertinencia de incluir dentro del mercado de producto el servicio proporcionado vía cable módem. Es importante señalar que el análisis debe hacerse no sólo desde el punto de vista de la demanda, sino también desde el lado de la oferta, conforme a lo señalado en el Decreto Legislativo N° 1034 y en los Lineamientos de Libre Competencia en Telecomunicaciones:

- Desde el punto de vista de la demanda, se busca a aquellos productos que pueden ser percibidos como sustitutos por el consumidor. Cabe señalar que, para el usuario, las características más relevantes del servicio de acceso a internet fijo son la velocidad de navegación y el precio⁹⁵, y no la modalidad tecnológica a través de la cual este se provee⁹⁶.
- Desde el punto de vista de la oferta, se buscará determinar si es posible que productores de otros servicios sean capaces de cambiar su tecnología

⁹⁴El acceso a través de medios fijos concentró el 78.47% del mercado total de acceso a internet.

⁹⁵Si bien el usuario que contrata el servicio paga no solo una renta mensual, sino que incurre también en un costo de instalación y/o conexión, y debe pagar por el equipo (módem) necesario para contar con el servicio, la única variable que se ha utilizado para realizar una comparación a lo largo del tiempo es la correspondiente a la renta mensual. Ello responde a que los demás costos asociados corresponden a un concepto a pagarse por única vez o de manera transitoria, y las empresas operadoras pueden realizar promociones que otorguen la instalación de manera gratuita o que permitan financiar la instalación y los equipos en un número determinado de meses, entre otros. No obstante, el único pago que el usuario de internet hará de forma permanente mientras cuente con el servicio será el correspondiente a la renta mensual.

⁹⁶ De acuerdo con la lógica económica, dado que de cara al usuario, las características observables del internet fijo son la velocidad y el precio, puede no interesarse por si el internet le es provisto vía cable módem o vía ADSL. Si ambos productos tienen igual velocidad y precio, será indiferente en contratar uno u otro.

en un período corto de tiempo, ante un cambio en el precio del producto focal, y empezar a proveerlo⁹⁷.

3.1.1.1 Análisis de sustitución entre el internet fijo vía ADSL y el internet móvil

3.1.1.1.1 Análisis de sustitución por el lado de la demanda

289. Se debe iniciar el análisis señalando que la evaluación de la sustitución fijo-móvil debe ser vista en un contexto de sustitución asimétrica, teniendo en consideración que, para el presente caso, el internet fijo provisto vía ADSL es el producto focal. Así, el internet móvil podría constituirse como un sustituto del internet fijo vía ADSL, mientras que lo opuesto no es posible, debido a que el internet fijo vía ADSL carece del atributo de la movilidad, atributo principal del internet móvil.
290. El internet móvil es provisto ya sea a través de un teléfono celular o vía módem USB. Luego, el primer paso en el análisis de sustitución consiste en determinar qué productos de internet móvil pueden constituir sustitutos del internet fijo vía ADSL. Al respecto, desde el punto de vista de la demanda, el único potencial sustituto móvil del internet fijo vía ADSL es el que se provee a través de módems o dispositivos USB, que son conectados a computadoras de escritorio o *laptops*.
291. Así, en la línea de lo señalado en la resolución apelada, otros dispositivos móviles que proveen acceso a internet, como teléfonos inteligentes, *tablets* y similares cuentan con características como el tamaño de la pantalla, la memoria RAM, la ausencia de un teclado adecuado para una mayor productividad, entre otros, que hacen significativas las diferencias en las prestaciones que estos ofrecen, en comparación con el acceso a internet desde una computadora.
292. Al respecto, en un análisis y conclusión que este Tribunal comparte, un estudio realizado por el Grupo de Reguladores Europeos de Telecomunicaciones⁹⁸ sobre el impacto de la sustitución fijo-móvil en la definición de mercados relevantes indica que, en la experiencia de las 27 agencias de regulación que agrupa, se considera que las conexiones vía USB podrían potencialmente constituir sustitutos de una línea fija de internet de banda ancha, pero las conexiones desde *smartphones* (teléfonos inteligentes) se dirigen a atender necesidades mucho más específicas⁹⁹.
293. Asimismo, la evidencia existente para los consumidores peruanos respalda el hecho de que los *smartphones* tengan significativas diferencias en comparación con el acceso a internet a través de una computadora. Así, en un estudio de Ipsos Apoyo¹⁰⁰, se observa que, a julio de 2011, el 75% de los encuestados a nivel nacional contaba con celular, de los cuales el 26% poseía un equipo o dispositivo que permitía la conexión a internet, y sólo el 12% de éstos habría navegado alguna

⁹⁷MOTTA, M. “*Competition Policy. Theory and Practice*». Cambridge University Press. Novena Edición. 2009. Pág. 103 y ss.

⁹⁸Bureau of European Regulators of Electronic Telecommunications – BEREC (2011). “*Berec Report on Impact of Fixed-Mobile Substitution in Market Definition*”. Diciembre 2011. Disponible en: berec.europa.eu

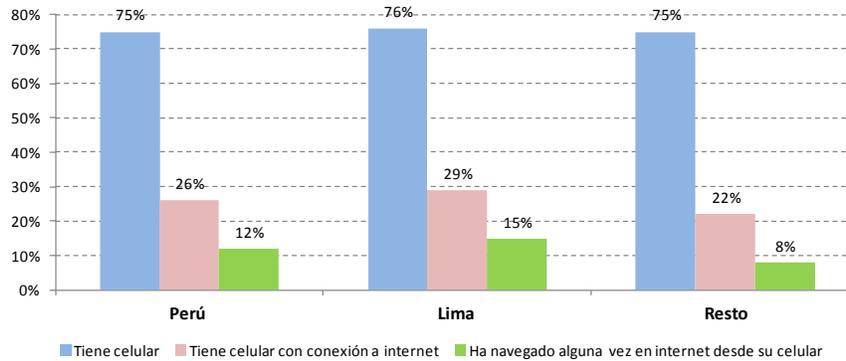
⁹⁹El reporte, de diciembre de 2011, se basa en una encuesta formulada a los 27 países miembros de la Unión Europea, en la que se consultó a las Autoridades Nacionales de Regulación de cada país si, en los estudios y/o análisis realizados a lo largo del tiempo consideraban los servicios móviles y fijos dentro del mismo mercado relevante.

¹⁰⁰Usos y actitudes hacia Internet:

http://www.ipsos-apoyo.com.pe/sites/default/files/marketing_data/MKT_data_%20Internet_2011.pdf

vez en internet. En consecuencia, se desprende que, en el Perú, la mayoría de usuarios de internet accede a él a través de una computadora.

Gráfico N° 03: Uso y tenencia del celular



Fuente: Ipsos Apoyo (2011). Elaboración: OSIPTEL

294. En consecuencia, tanto por las tendencias internacionales como por la evidencia provista por los consumidores peruanos, este Tribunal estima que, en el presente caso, los accesos a través de teléfonos inteligentes, *tablets* o similares no deben ser considerados como potenciales sustitutos del internet fijo vía ADSL. Por tanto, el análisis de sustitución por el lado de la demanda debe ser realizado entre el servicio de internet fijo vía ADSL y el internet móvil provisto a través de dispositivos USB.
295. De otro lado, y como se observó previamente en el Gráfico N° 02, a diciembre de 2011, el 86.5% de la población que accedía al servicio de internet a través de medios fijos lo hacía con velocidades de 0.5 Mbps¹⁰¹, 1 Mbps, 2 Mbps. Teniendo en cuenta que el 69.36% de la población accede a internet fijo vía la tecnología ADSL, se tomarán dichas velocidades como punto de partida para determinar si los usuarios estarían potencialmente dispuestos a sustituir sus productos de internet fijo vía ADSL por uno de internet móvil vía dispositivos USB, con similar velocidad y precio.

Diferencias en las características del internet fijo vía ADSL y el internet móvil vía USB

296. Al observar la oferta comercial de internet móvil vía dispositivos USB se observa que todos estos productos cuentan con límites de descarga. Como se aprecia en el siguiente cuadro, la mayoría de los límites de descarga, asociados a las velocidades que podrían constituir potenciales sustitutos a los productos de internet con los que cuenta la mayoría de la población, son relativamente bajos y aquellos con topes de descarga mayores (15 GB) tienen precios mayores¹⁰². Por ello, no hay evidencia que constate que una empresa que brinde el servicio vía internet móvil pueda estar en la capacidad de brindarlo en igualdad de condiciones que la empresa que lo provee a través del internet fijo vía ADSL.

¹⁰¹Megabits por segundo.

¹⁰²A diciembre de 2011, el producto ofrecido vía internet móvil de 2 Mbps de velocidad con 15 GB de límite de descarga costaba S/.279, mientras que el internet fijo vía ADSL ofrecido por TELEFÓNICA costaba S/.227.

Cuadro N° 01: Velocidades ofrecidas vía internet móvil - a diciembre 2011

| Velocidad de Navegación | Límite de descarga |
|-------------------------|--|
| 512 kbps | 500MB |
| 700 kbps | 1GB |
| 1000 kbps | 500 MB/ 1GB / 1.5 GB / 2GB / 3GB / 5GB |
| 2000 kbps | 2 GB, 5GB* / 15 GB |
| 3000 kbps | 500 Mb / 1GB / 2GB / 3GB / 5GB / 10GB |
| 5000 kbps (**) | 500 Mb / 1GB / 2GB / 3GB / 5GB / 10GB |

(*) Por los primeros 3 meses, se duplica la capacidad máxima de descarga

(**) Velocidad de navegación alcanzable sólo desde un equipo terminal 4G (tecnología HSPA+) y en zona de cobertura 4G¹⁰³

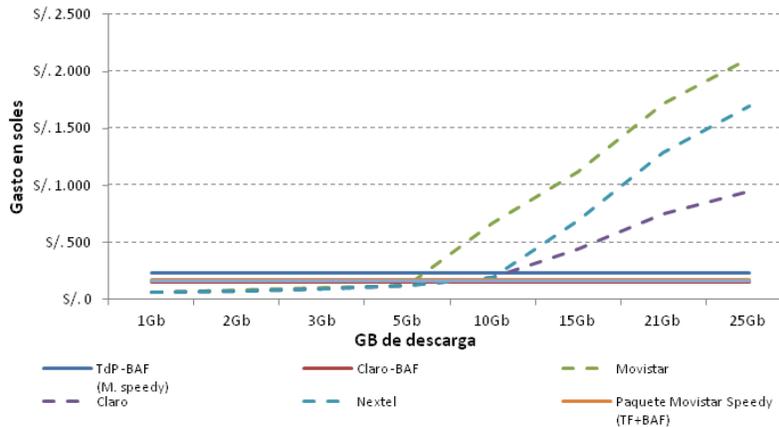
Fuente: SIRT - OSIPTEL. Elaboración: OSIPTEL.

297. En la misma línea de lo señalado en la resolución apelada, los mencionados límites de descarga hacen que la decisión del consumidor que adquiere el internet fijo por medios alámbricos (ya sea vía ADSL como vía cable módem) se tome en base a factores distintos a los que tiene en cuenta el consumidor que adquiere productos de internet móvil. Ello porque los límites de descarga a los que están sujetos los consumidores de internet móvil hacen que, una vez alcanzado el límite, el precio del GB adicional aumente.
298. Así, el siguiente gráfico muestra que el gasto en el servicio del internet por medios alámbricos (ya sea vía ADSL o vía cable módem) sigue siendo el mismo sin importar el número de GB descargados¹⁰⁴. Sin embargo, si se evalúa el gasto en el caso del internet móvil, se aprecia que éste aumenta conforme aumenta el número de GB de descarga. Ello hace que el consumidor del internet móvil deba estar permanentemente atento al consumo de GB que realiza, mientras que ello no es relevante para el consumidor del internet fijo.

¹⁰³De acuerdo con la información proporcionada por las empresas operadoras a diciembre 2011.

¹⁰⁴Se ha tomado la velocidad de 3 Mbps a modo de ejemplo; no obstante, se puede replicar el mismo ejercicio para otras velocidades obteniendo resultados similares: el gasto del internet móvil dependerá de la cantidad de GB descargados.

Gráfico N° 04: Gasto según descarga (3 Mbps): Internet móvil comparado con internet fijo - a diciembre 2011



*La tarifa considerada es la del paquete “Dúo Plano Nacional 3 Mbps”, que incluye los servicios de telefonía fija en su plan de “Tarifa Plan Nacional” y el servicio de internet “Speedy de 3 Mbps)

Fuente: SIRT y páginas web de las empresas operadoras. Elaboración: OSIPTEL

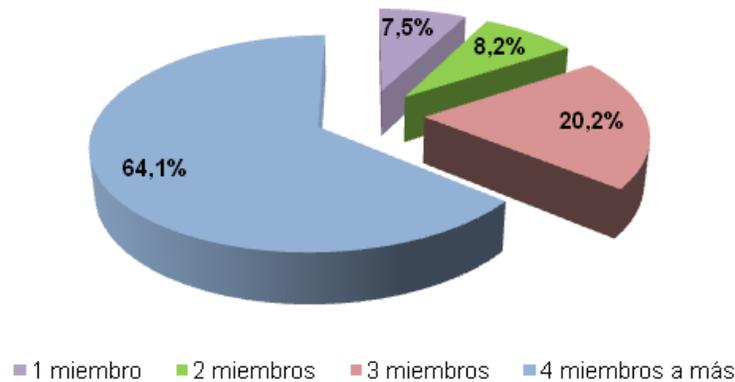
299. Es importante señalar que este patrón es independiente de la empresa móvil que provea el servicio. Por tanto, desde el punto de vista de la demanda, no resulta posible considerar a ambas tecnologías como sustitutas, ya que la función de demanda de un usuario es diferente entre uno y otro servicio. Es decir, el usuario de internet fijo no tiene en cuenta la cantidad de datos descargados, mientras que para el usuario de internet móvil vigilar dicha cantidad es primordial, pues su gasto depende de ello.
300. Al respecto, es necesario tener en cuenta, como otro elemento de análisis para identificar las diferencias entre el internet fijo vía ADSL y el internet móvil por USB, la composición de los hogares peruanos y el número de computadoras por hogar. Así, si los hogares se encuentran compuestos por varios miembros y cuentan sólo con una computadora para acceder a internet, ello quiere decir que estos usuarios comparten una única conexión. Si la conexión es realizada vía internet fijo, el que los miembros del hogar compartan la conexión no será particularmente relevante.
301. Sin embargo, si la conexión se realiza con internet móvil vía USB, al sumar el uso realizado por cada uno de los miembros del hogar, los límites de descarga que este servicio presenta se hacen más restrictivos y serán alcanzados con mayor facilidad. Es decir, aún en el caso de que los internautas de un hogar sean poco intensivos en el uso de internet, el Jefe o la Jefa del Hogar deberá tener en cuenta la suma de las descargas de cada miembro del hogar para no sobrepasar los límites de descarga del internet móvil vía USB.
302. De acuerdo a un Informe Técnico del INEI (2012)¹⁰⁵, elaborado sobre la base de los datos de la Encuesta Nacional de hogares 2011 (ENAHO 2011), el 86.7% de los hogares peruanos cuenta con 3 o más miembros. Además, dicho informe muestra que el 84.7% de hogares que cuenta con computadora, cuenta con una sola. Estos

¹⁰⁵Informe Técnico N° 02 Junio 2012 “Las Tecnologías de Información y Comunicación en los Hogares”. Disponible en: [www.inei.gob.pe \(http://www.inei.gob.pe/web/Boletin/Attach/14531.pdf\)](http://www.inei.gob.pe/web/Boletin/Attach/14531.pdf)

datos confirman la hipótesis de que el acceso a internet en el hogar es compartido entre los diferentes miembros del mismo.

303. En consecuencia, este Tribunal considera que, a partir de los datos analizados, en este punto se puede concluir con claridad que el volumen de datos consumidos se ha de cuantificar tomando como referencia el número de potenciales consumidores al interior del hogar, pues cada uno de estos genera una demanda individual. Por tanto, si bien puede darse que el consumo de un usuario por sí solo no supere los límites de descarga que la oferta de internet móvil presenta, es altamente probable que el consumo acumulado de 2 o 3 miembros del hogar sí lo supere.
304. Adicionalmente, esta conclusión se ve corroborada por los datos obtenidos en la Encuesta del OSIPTEL (2012)¹⁰⁶. El siguiente gráfico, elaborado sobre la base de los datos de dicha encuesta, muestra que de los 119,599 hogares peruanos que acceden a internet vía módem USB, el 84.2% cuenta con un número de miembros mayor o igual a 3, sólo un porcentaje menor (7.5%) está conformado por hogares unipersonales.

Gráfico N° 05: Miembros por hogar -Hogares que sólo acceden a internet vía modem USB a nivel nacional



Fuente: Encuesta de OSIPTEL (2012). Elaboración: OSIPTEL

305. En su apelación, TELEFÓNICA ha señalado que un 34% de los internautas se conectaría a internet desde una computadora fija (*desktop*), adicionalmente, la mayoría de los abonados del internet móvil se conectaría desde el hogar (54%) y desde el trabajo (23%), mientras que sólo un número menor lo haría desde un

¹⁰⁶ Es preciso mencionar que el levantamiento de información se realizó desde el 21 de marzo al 22 de abril de 2012. Los principales resultados de la encuesta fueron publicados por el OSIPTEL el día 19 de diciembre de 2012: http://www.osiptel.gob.pe/WebSiteAjax/WebFormGeneral/Publicaciones/wfrm_Consulta_Informacion_publicaciones.aspx?CodInfo=0&CodiCat=3&CodiSubcat=546&TituloInformacion=Publicaciones%20T%C3%A9cnicas
Por Oficio N° 027 -STTSC/2012 de fecha 26 de diciembre de 2012 se solicitó a GPRC las partes pertinentes de dicha encuesta que contuvieran información sobre:

1. Porcentaje de hogares en los que sólo se accede a internet vía modem USB (de ser posible, especificando el número de miembros por hogar).
2. Medio de acceso a internet de los hogares que cuentan con dicho servicio.
3. Porcentaje de la población nacional dispuesta a reemplazar el internet fijo por el internet móvil.
4. Porcentaje de usuarios del servicio de telefonía móvil dispuestos a contratar el servicio de telefonía fija.
5. Monto que los usuarios están dispuestos a pagar por el servicio de internet fijo.
6. Cualquier otro dato que resulte pertinente para analizar la demanda y las preferencias de los usuarios de los servicios de internet fijo, internet móvil y telefonía fija, contenido en la mencionada encuesta.

Mediante Resolución N° 015-2012-TSC/OSIPTEL dicha información fue puesta en conocimiento de TELEFÓNICA.

centro educativo (10%) o en espacios públicos abiertos o cerrados (11%), por lo que nos encontraríamos frente a un bien complementario (internet móvil) a la banda ancha fija¹⁰⁷.

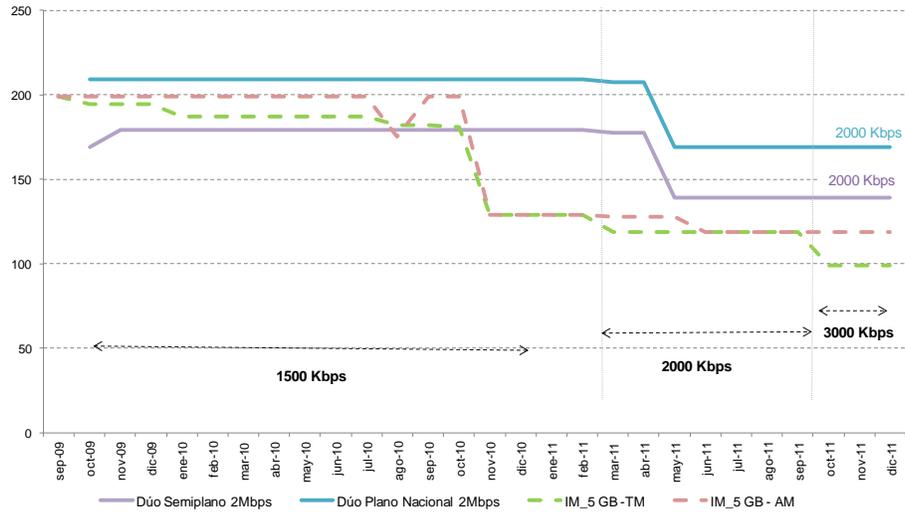
306. Al respecto, este Tribunal considera que dicho argumento no resulta atendible debido a que, como ha sido determinado, el usuario de internet móvil vía módem USB deberá vigilar la descarga total de datos que efectúa, al margen de que se conecte vía *desktop*, vía *laptop*, desde locaciones fijas o desde espacios públicos abiertos o cerrados, características que lo diferencian claramente del internet fijo.

Inexistencia de presión competitiva del internet móvil sobre el internet fijo vía ADSL

307. Conforme a la literatura económica, lo más importante cuando se determina si dos productos forman parte del mismo mercado relevante es el grado de presión competitiva que uno puede ejercer sobre el otro. Si el internet móvil ejerciera presión competitiva sobre el internet fijo vía ADSL, las reducciones de precio del primero deberían “empujar” los precios del segundo a la baja. De no ser así, los consumidores migrarían automáticamente hacia productos de internet móvil vía USB, por ser estos supuestos sustitutos del internet fijo vía ADSL. No obstante, los gráficos siguientes muestran que, al comparar la evolución del precio del internet móvil con la del precio del internet fijo vía ADSL, estos siguen tendencias diferentes.
308. Cabe señalar que el análisis se ha realizado para los productos provistos vía internet móvil por Telefónica Móviles S.A. y América Móvil Perú S.A.C., quienes son las principales operadoras que ofrecen dicho servicio en la actualidad. En particular, se toma aquellos productos con capacidades de descarga altas (mayores a 5 GB) de modo que puedan asemejarse con el internet fijo vía ADSL, que no cuenta con límites de descarga.
309. En el caso del internet fijo vía ADSL, se ha tomado los productos de TELEFÓNICA. Dado que TELEFÓNICA no provee el producto ADSL “solo”, para esta comparación se ha considerado:
- El precio del internet fijo vía ADSL cuando es vendido como parte de los llamados dúos de internet fijo vía ADSL con telefonía fija –los cuales sólo se forman con 4 planes de telefonía fija-.
 - El precio del internet fijo vía ADSL cuando es vendido junto con cualquier otro plan de telefonía fija alámbrica.
310. Para el caso de los dúos con internet fijo, se observa que los únicos disponibles a diciembre de 2011 corresponden a aquellos con internet fijo vía ADSL de 2 Mbps, presentados en el Gráfico N° 06. En dicho cuadro se aprecia que no existe aparente relación entre el precio de los dúos de internet fijo vía ADSL y el precio del internet móvil.

¹⁰⁷TELEFÓNICA recoge dichos argumentos del Informe Análisis Económico- Regulatorio del Informe Instructivo N° 020-STTCCO/2012 respecto al Supuesto Abuso de Posición de Dominio en la Modalidad de Venta Atada, elaborado por Apoyo Consultoría. Los referidos datos fueron extraídos de la encuesta elaborada por IPSOS Apoyo (2012) “Perfil del Internauta Peruano – 2011”.

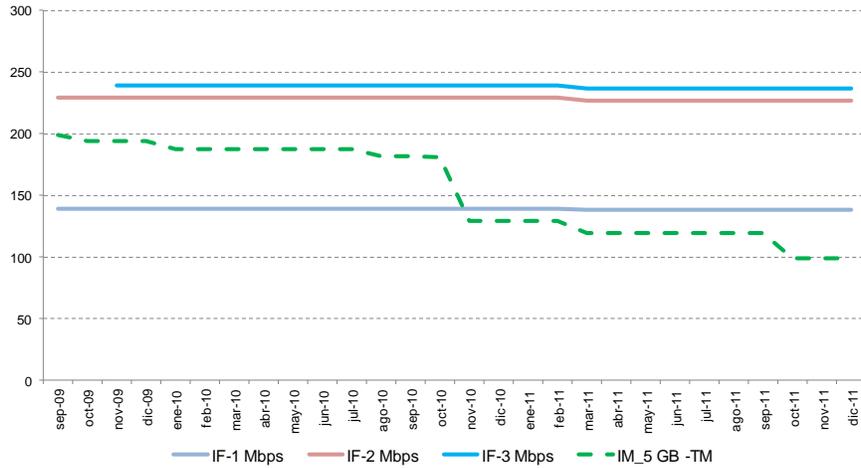
Gráfico N° 06: Evolución de la renta mensual internet fijo vía ADSL (Paquetes, 2 Mbps) vs internet móvil (Telefónica Móviles S.A. – América Móviles, 5 GB) (Expresado en Nuevos Soles, con IGV)



Fuente: SIRT-OSIPTEL. Elaboración: OSIPTEL.

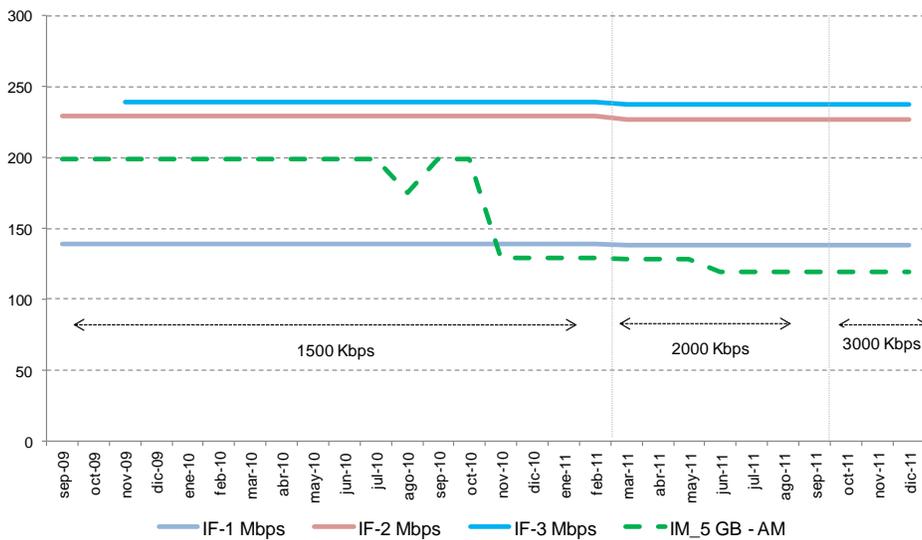
311. En los Gráficos N° 07 y N° 08 se muestra la evolución del precio del internet fijo vía ADSL cuando es vendido junto con el resto de planes de telefonía fija y del precio del internet móvil. En estos gráficos se observa que, mientras el precio de los diversos productos de internet móvil se ha ido reduciendo en el tiempo, el precio del internet fijo vía ADSL casi no ha sufrido variación alguna.
312. Estos gráficos muestran que no existe paralelismo entre los precios del internet fijo vía ADSL y los del internet móvil. Si los usuarios consideraran al internet móvil como sustituto del internet fijo vía ADSL, como señala TELEFÓNICA en su apelación, la presión competitiva motivada por la reducción constante de precios del internet móvil, observada en los referidos gráficos, llevaría a que los precios del internet fijo vía ADSL se reduzcan. Lo anterior debido a que los usuarios del internet fijo vía ADSL migrarían al internet móvil, pues este se constituiría como un sustituto más barato, obligando a TELEFÓNICA a reducir el precio del internet fijo vía ADSL para retenerlos. Por tanto, los Gráficos N° 06 y N° 07 muestran que el internet móvil no puede ser considerado como un sustituto del internet fijo vía ADSL, al no ejercer presión competitiva sobre el mismo.

Gráfico N° 07: Evolución de la renta mensual de internet fijo vía ADSL vs internet móvil (Telefónica Móviles S.A.)
(Expresado en Nuevos Soles, con IGV)



Nota: Desde Setiembre 2009 a Octubre de 2010 se tomó como referencia el Plan Speedy Móvil ilimitado. En adelante, se toma en cuenta planes con capacidad de descarga de 5 GB (entre Noviembre de 2010 a Marzo de 2011, el Plan Multimedia; de abril a Diciembre 2011, el Plan Multimedia Plus)
Fuente: SIRT-OSIPEL. Elaboración: OSIPEL.

Gráfico N° 08: Evolución de la renta mensual de internet fijo vía ADSL vs internet móvil (Claro)
(Expresado en Nuevos Soles, con IGV)



Nota: Desde Setiembre 2009 a Octubre de 2010 se tomó como referencia el Plan Internet Claro ilimitado. En adelante, se utiliza el Plan Internet limitado 5GB, con capacidad de descarga de 5 GB.
Fuente: SIRT-OSIPEL. Elaboración: OSIPEL.

Oferta comercial muestra que operadores móviles consideran internet móvil e internet fijo vía ADSL como complementarios

313. En su apelación, TELEFÓNICA ha sostenido que el argumento del Cuerpo Colegiado, respecto de que existiría un incentivo económico para que TELEFÓNICA y Claro presenten una oferta de internet de banda ancha móvil complementaria,

quedaría completamente desvirtuado si se toma en cuenta que estos dos grupos empresariales compiten de forma muy agresiva en el mercado peruano.

314. Conforme al Informe de Alterna, que TELEFÓNICA ha presentado adjunto a su apelación, se trataría de dos grupos económicos de gran rivalidad y no existirían incentivos para que Claro evite persuadir a los clientes de TELEFÓNICA de contratar un servicio de banda ancha móvil, como un sustituto de su ADSL, por lo que la oferta comercial de Claro estaría diseñada como sustituta y no como complementaria a la de TELEFÓNICA.
315. TELEFÓNICA ha argumentado que si la complementariedad Claro-Telmex o Telefónica Móviles-TELEFÓNICA, alegada por el Cuerpo Colegiado, fuera cierta, debería existir una relación entre la empresa con mayor número de conexiones de banda ancha fija y el operador con mayor éxito en la venta de conexiones de banda ancha móvil. A juicio de TELEFÓNICA, que esto no ocurra denotaría un nivel de sustituibilidad y no de complementariedad.
316. Al respecto, cabe señalar que, dentro de la oferta comercial existente en el mercado peruano durante el período de evaluación del presente caso, el Grupo Telefónica ofreció productos de internet móvil con descuentos especiales para aquellos usuarios que contaran con el internet fijo vía ADSL de sus empresas afiliadas. Así, por ejemplo, el Cuadro N° 02 muestra la oferta de internet móvil de Telefónica Móviles S.A. dirigida a los usuarios de TELEFÓNICA que contaran con el servicio de internet fijo vía ADSL. La existencia de estos productos evidenciaría que el mismo Grupo Telefónica no considera a ambos productos como sustitutos sino, más bien, como complementarios¹⁰⁸, al ofrecerlos juntos.

Cuadro N° 02: Oferta de internet móvil para clientes con internet fijo vía ADSL de TELEFÓNICA - a diciembre 2011

| Plan | Velocidad | Fecha de Inicio | Fecha de Cese |
|---------------------------------------|-----------|-----------------|---------------|
| Plan Internet Móvil Control S/.49 | 1000 Kbps | jul-11 | jul-11 |
| Plan Internet Móvil Control S/.69 | 1500 Kbps | jul-11 | jul-11 |
| Plan Internet Móvil para Int. Fija | 2000 KBPS | mar-11 | may-11 |
| Plan Internet Móvil control Especial | | may-11 | may-11 |
| Plan Internet Móvil para Int. Fija | 3000 KBPS | oct-11 | dic-11 |
| Plan Internet Móvil para Int. Fija II | | oct-11 | dic-11 |

Fuente: SIRT-OSIPTEL. Elaboración: OSIPTEL.

317. Para este Tribunal, a partir de la información contenida en el Cuadro N° 02 y para los alcances del presente procedimiento, queda demostrado que TELEFÓNICA considera al servicio de internet móvil y al servicio de internet fijo vía ADSL como complementarios y no como sustitutos, quedando desvirtuados sus argumentos, en el sentido de que su oferta de internet fijo e internet móvil no sería complementaria, sino sustituta.

¹⁰⁸Es necesario agregar que desde marzo del 2012, América Móvil también ofrece productos de internet móvil a precio especial para usuarios que cuenten con telefonía fija de la misma empresa.

Las autoridades internacionales no se adhieren a la hipótesis de sustitución

318. Adicionalmente, es importante señalar que la experiencia de diversas autoridades de regulación indica que el internet fijo vía ADSL y el internet móvil no son sustitutos. Así, se tiene que diversas Autoridades Nacionales de Regulación miembros del Grupo de Reguladores Europeos de Telecomunicaciones (BEREC)¹⁰⁹, resaltan lo siguiente:
- La existencia de características diferentes entre las ofertas fijas y móviles.
 - La existencia de precios distintos en la oferta de los servicios fijos y móviles.
 - La existencia de preferencias y patrones de uso diferentes entre los usuarios de los servicios fijos y móviles.
 - Que la oferta fija no permite movilidad en el uso de los servicios.
319. Como se ha expresado en párrafos precedentes, estas características están presentes en nuestro mercado. Otras razones para la insuficiencia en la sustitución de los servicios fijos y móviles citados por dicho grupo son: la diferencia en la cobertura, la existencia de sustitución asimétrica (los usuarios podrían migrar de fijo a móvil pero no de móvil a fijo) y la existencia de poca información sobre el cambio o intento de migración de fijo a móvil. Por ello, en opinión del BEREC, los servicios fijos y móviles son complementarios y no sustitutos.
320. Asimismo, la experiencia internacional referida a la determinación de mercados relevantes muestra que los servicios fijos y móviles no suelen considerarse como parte de un mismo mercado relevante. Así, por ejemplo, la evidencia es contundente en el reporte realizado por el BEREC¹¹⁰ que resume el impacto de la sustitución fijo-móvil en lo actuado por las agencias nacionales de regulación de los países miembros de la Unión Europea en materia de definición de mercados relevantes. Dicho reporte indica que, si bien las agencias de todos los países miembros consideran que existen distintos grados de sustitución entre los servicios (de voz y de datos) fijos y móviles, 21 de los 22 países que han efectuado un análisis a nivel de mercado final estiman que el grado de sustitución es insuficiente para considerar a ambos servicios en un mismo mercado relevante¹¹¹.
321. Más aún, desde un punto de vista dinámico, resulta cuestionable que ambos productos puedan llegar a ser sustitutos. Por ejemplo, reciente literatura económica indica que la diferencia entre los atributos de ambas tecnologías –economías de escala en el aumento de velocidad en líneas fijas y las deseconomías existentes para la tecnología inalámbrica- es crucial pues implica que, mientras más alta sea la velocidad, es más difícil para el internet inalámbrico constituirse en un sustituto del internet alámbrico en locaciones fijas (como hogares y oficinas)¹¹².

¹⁰⁹Bureau of European Regulators of Electronic Telecommunications – BEREC (2011). Op. cit. Págs. 18 y ss.

¹¹⁰Bureau of European Regulators of Electronic Telecommunications – BEREC (2011). Op. cit.

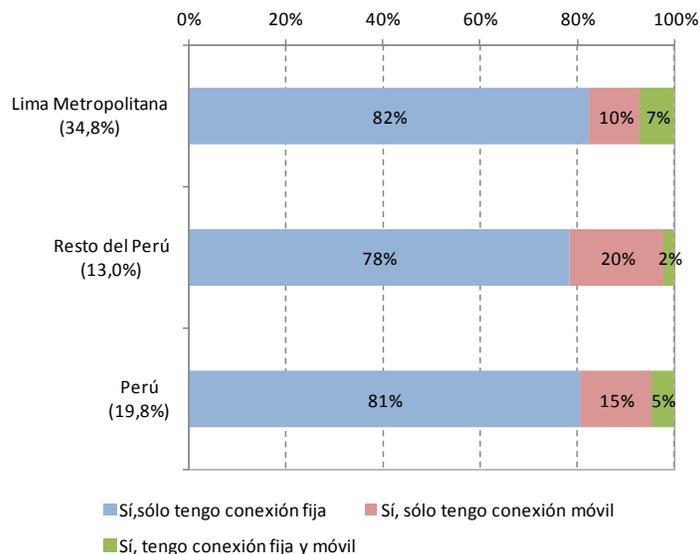
¹¹¹La única excepción fue Austria, para el caso del mercado de datos, aunque es importante agregar que la decisión del organismo regulador de este país de considerar a los servicios de datos fijos y móviles dentro del mismo mercado relevante fue seriamente cuestionada por la Comisión Europea.

¹¹²NOAM, E. "Let them eat cellphones: Why mobile wireless is no solution for broadband". En : Journal of information policy 1 (2011) Págs. 470-485.

La información obtenida de los usuarios no evidencia que consideren al internet móvil como sustituto del internet fijo vía ADSL

322. Por su parte, al observar los resultados obtenidos en la Encuesta del OSIPTEL (2012) se tiene que, del 19.8% de hogares que accede a internet a nivel nacional, la mayoría accede a internet a través de un medio fijo (81%) en lugar de uno móvil (5%). Ello va claramente en contra de la afirmación realizada por TELEFÓNICA en su recurso de apelación, en el que ha aseverado que las tendencias de adopción de internet móvil observadas en el 2010 indicarían que el ADSL se encontraría perdiendo preponderancia como medio de acceso a internet¹¹³.

Gráfico N° 09: Medio de acceso a internet



Fuente: Encuesta OSIPTEL 2012. Elaboración: OSIPTEL.

323. En el Gráfico N° 10 se observa que un 95% de la población encuestada no reemplazaría el internet fijo por el internet móvil. Asimismo, en Lima Metropolitana dicha proporción se incrementa al 97%. Este hecho hace evidente que los usuarios de internet fijo vía ADSL no migrarían al servicio de internet móvil, por no considerarlo un sustituto¹¹⁴.

¹¹³Argumento incluido en el Informe Alterna 1.

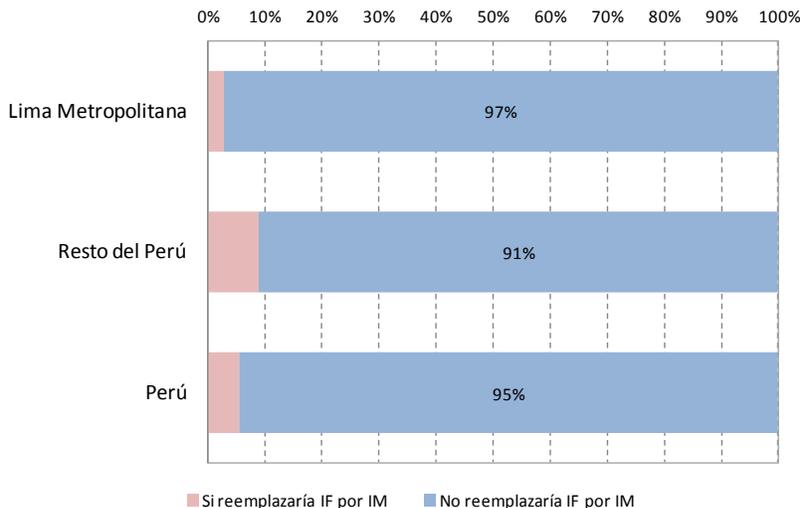
¹¹⁴Adicionalmente, a fin de comparar dichas preferencias reflejadas en la encuesta, y a título meramente referencial, se ha buscado información sobre reclamos de usuarios en el sistema de Atención a Usuarios (ATUS). Se ha encontrado múltiples quejas de usuarios de internet móvil USB a nivel nacional, quienes indican que su servicio es intermitente; muchos de estos usuarios además, solicitaron información sobre cómo dar de baja al servicio. Así se tienen las siguientes quejas a título de ejemplo:

Orientación N° SAO1106068298: La usuaria indica que tiene constantes problemas con la calidad del servicio de internet inalámbrico por desconexión intermitente injustificada, motivo por el cual le quiere dar de baja al servicio, pero aún se encuentra dentro del plazo forzoso.

Orientación N° SAO1106066594: Usuaria refiere que ha contratado el servicio de internet inalámbrico USB MODEM el 09.04.2011, sin embargo, desde el momento contratado ha tenido problemas de velocidad con su servicio, no puede navegar en internet, la señal se pierde constantemente, refiere haberse apersonado en reiteradas ocasiones a formular su reclamo al centro de atención al cliente, sin que se le haya generado código de reporte ó reclamo, pese a ello el problema persiste.

Orientación N° SAO1106065684: Refiere continuos problemas de calidad de servicio referido a intermitencia en el mismo que no le permite usar con normalidad el servicio de internet móvil.

Gráfico N° 10: Disposición de migración al internet móvil



Fuente: Encuesta OSIPTEL 2012. Elaboración: OSIPTEL

Conclusión sobre el análisis de sustitución por el lado de la demanda

324. Por las características particulares que presenta la oferta de internet móvil (límite de descarga), la ausencia de paralelismo de precios entre los productos de internet móvil USB y fijo ADSL, la existencia de una oferta comercial complementaria entre ambos, y los datos de la Encuesta del OSIPTEL (2012), este Tribunal concluye que, para efectos del presente procedimiento, desde el punto de vista de la demanda, no existe una sustitución entre el internet fijo y el internet móvil. Dicha conclusión es reforzada por la experiencia internacional en materia de definición de mercados relevantes y un análisis técnico de la diferencia tecnológica entre ambos. Por ello, para el presente caso, no se incluirá dentro de la definición del mercado relevante al servicio de acceso a internet móvil, y en consecuencia, los argumentos formulados por TELEFÓNICA, en el sentido de que el internet móvil debía ser incluido en el mercado relevante, deben desestimarse.
325. Cabe mencionar que, mediante escrito de fecha 24 de enero de 2013, complementado con el escrito de fecha 25 de enero de 2013, TELEFÓNICA remitió el informe “Comentarios al Documento Principales Resultados de la Encuesta de Demanda de Servicios de Telecomunicaciones”, elaborado por el Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico. En dicho informe se ha señalado que la Encuesta del OSIPTEL (2012) sería inadecuada para evaluar la sustituibilidad del servicio de internet fijo e internet móvil, en tanto una encuesta de percepción por sí sola no podría ser utilizada para definir un mercado relevante, y, por tanto, no permitiría obtener conclusiones robustas sobre el mercado relevante ni ofrecería argumentos contundentes para descartar la sustituibilidad entre el internet fijo y el internet móvil.
326. Al respecto, es conveniente señalar que los datos de la Encuesta del OSIPTEL (2012) están siendo utilizados en la medida en que aportan un elemento de juicio adicional en el análisis de sustitución por el lado de la demanda entre el internet fijo

vía ADSL y el internet móvil. En efecto, la conclusión a la que ha llegado el Tribunal en este extremo es el resultado del análisis de una serie de elementos, tales como:

- Las diferencias en las características del internet fijo vía ADSL y el internet móvil vía USB (capacidades de descarga),
- El estudio de Ipsos Apoyo “Usos y actitudes hacia internet”,
- El Informe Técnico del INEI (2012) elaborado sobre la base de los datos de la Encuesta Nacional de hogares 2011 (ENAHO 2011),
- La inexistencia de presión competitiva del internet móvil sobre el internet fijo vía ADSL,
- El hecho de que la oferta comercial muestre que operadores móviles consideran al internet móvil y al internet fijo vía ADSL como complementarios y
- El hecho de que las autoridades internacionales no se adhieran a la hipótesis de sustitución.

327. Adicionalmente, se debe precisar que el objetivo de la Encuesta del OSIPTEL (2012) no fue medir el grado de sustituibilidad del servicio de internet fijo vía ADSL y del servicio de internet móvil teniendo al precio como referente, sino obtener información sobre la demanda y los patrones de uso de los servicios de telecomunicaciones. Sin perjuicio de lo anterior, el tamaño de la muestra y la representatividad a nivel nacional de la misma permiten aportar indicios en cuanto a la priorización entre los servicios de telecomunicaciones, así como sobre su posible sustitución o complementariedad, en función de distintas características socioeconómicas y demográficas.

3.1.1.1.2 Análisis de sustitución por el lado de la oferta

328. Este Tribunal considera que, desde el punto de vista de la oferta, se aprecia con claridad que la tecnología celular a través de la cual se provee el internet móvil y las redes de cobre, necesarias para brindar internet fijo vía ADSL, son notablemente diferentes. Los montos necesarios de inversión y el amplio despliegue de red que debería realizar una empresa móvil que desee empezar a brindar el servicio de internet fijo vía ADSL, hacen que sea poco probable que, ante un aumento en el precio del internet fijo, las empresas que ofrecen el servicio de internet móvil estén dispuestas a migrar a la tecnología fija, al menos en el corto plazo.

3.1.1.2 Análisis de Sustitución entre el internet fijo vía ADSL y el internet vía cable módem

329. TELEFÓNICA ha señalado en su apelación que el Cuerpo Colegiado habría obviado efectuar el análisis de monopolista hipotético. Dicha empresa señala que no se habría evaluado por qué un consumidor que utiliza su servicio *Speedy* no optaría por utilizar un servicio de banda ancha móvil, ante un escenario de aumento del precio del mismo.

330. Este Tribunal ha determinado que los servicios de internet móvil no constituyen sustitutos del internet fijo vía ADSL. No obstante, como se determinará en el siguiente punto, el internet vía cable módem presenta una oferta comercial con características similares al internet fijo vía ADSL (ver cuadro N° 03), por lo que resulta pertinente realizar el análisis del monopolista hipotético para determinar si

dicho servicio efectivamente podría constituirse como un sustituto del servicio de internet fijo vía ADSL.

3.1.1.2.1 Análisis de sustitución por el lado de la demanda

331. A diferencia de lo que ocurre entre el internet fijo vía ADSL y el internet móvil, el internet vía cable módem presenta una oferta comercial con características similares (precio, velocidades, no cuenta con límites de descarga) a las del internet fijo vía ADSL (ver cuadro N° 03), por lo que, aparentemente, desde el punto de vista de la demanda, podrían ser considerados sustitutos.

Cuadro N° 03: Oferta comercial residencial de las principales empresas - a diciembre 2011

| | | TELEFÓNICA | AMÉRICA MÓVIL |
|-------------------------------------|---|--|---|
| INTERNET COMERCIALIZADO SÓLO | | | |
| Velocidades | En Total 9 | 200 Kbps, 400 Kbps, 500 Kbps, 1 Mbps, 1.5 Mbps, 2 Mbps, 2.5 Mbps, 3 Mbps, 4 Mbps | En Total 10 200 Kbps, 400 Kbps, 500 Kbps, 600 Kbps, 1 Mbps, 2 Mbps, 3 Mbps, 4 Mbps, 10 Mbps y 20 Mbps. |
| Tecnología de Acceso | ADSL | | Cable Módem (HFC) |
| Tarifas | Establecidas: S/. 103 a S/. 1,562 Promocionales: S/. 50 a S/. 415 | | S/. 39 a S/. 470 |
| Cobertura | Nacional - Arequipa, Cajamarca, Chiclayo, Chimbote, Huancayo, Ica, Lima, Piura, Tacna y Trujillo. | | Principales distritos de las ciudades de: Lima(*), Chiclayo, Piura, Trujillo, Ica, Arequipa, Chimbote, Lambayeque y Tacna (*) Cobertura válida sólo para los distritos de Ate, Barranco, Bellavista, Breña, Callao, Carmen de la Legua, Chorrillos, Comas, Jesus Maria, La Molina, La Perla, La Victoria, Lima Cercado, Lince, Los Olivos, Magdalena, Miraflores, Pueblo Libre, San Borja, San Isidro, San Juan de Lurigancho, San Martin de Porres, San Miguel y Surco El servicio Internet Fijo de 10 Mbps y 20 Mbps, sólo está disponible en Lima para los distritos de La Molina, San Borja, San Isidro, Surco y Miraflores |

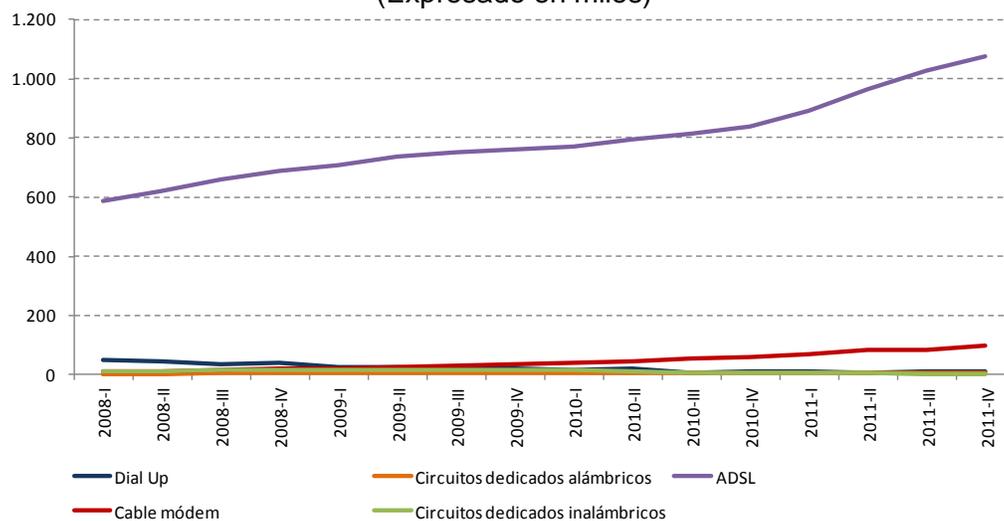
| INTERNET COMERCIALIZADO CON OTROS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES | | | |
|---|---|---|--|
| Elementos | 4 tipos de líneas: | | 9 tipos de líneas: |
| | | Línea Premium –Tarifa Plana Nacional, Línea libre al segundo 3 – Tarifa Semiplana ,Línea Control al segundo y Línea Control 30. | Control 50, Control 250, Control 550, Control 1000, Control 2000, Abierto 250, Abierto 550, Abierto 1000 y Abierto 2000. |
| | 5 velocidades de internet: | | 7 velocidades de internet: |
| | | 512 Kbps, 1Mbps, 2Mbps, 3Mbps, 4Mbps | 600 Kbps, 1Mbps, 2Mbps, 3Mbps, 4Mbps, 10Mb(**) y 20 Mbps (**). |
| | Canales de TV por Cable: | | Canales de TV por Cable: |
| | 68 (señal analógica) | 134 (señal digital) | |
| | 162 (señal digital) | 136 (señal digital + 2HD) | |
| | 39 (señal satelital) | 169 (señal digital) | |
| | | 171 (señal digital + 2HD) | |
| Rango de Precios de Dúos | Telefonía + Internet ADSL | S/. 69 a S/. 209 | -- |
| | Telefonía + Internet Coaxial | -- | S/. 66 a S/. 504 |
| | TV Cable + Internet Coaxial | -- | S/. 130 a S/. 561 |
| Rango de Precios de Tríos | con Internet ADSL | S/. 118 a S/. 309 | S/. 119 a S/. 550 |
| | con Internet Coaxial (*) | Plan Libre: S/. 850 a S/. 1,399 | -- |
| | | Plan Control: S/. 419 a S/. 699 | |
| Cobertura | Para paquetes con Internet ADSL, cobertura nacional | (Sobre los paquetes) La empresa ofrece sus servicios en: Callao, Pueblo Libre, San Borja, San Isidro, La Molina, Miraflores, Santiago de Surco, Jesús María, Magdalena, San Miguel, Los Olivos, San Martín de Porres, Breña Barranco, San Juan de Lurigancho, Cercado y Comas (**). Para paquetes con Internet de 10 Mbps y 20 Mbps la cobertura es válida solo para los distritos de Miraflores, San Isidro, San Borja, La Molina y Surco. | |

Nota: Se debe precisar que en el caso de TELEFÓNICA, el servicio de Internet que es comercializado sólo cuenta con la restricción de contar con una línea telefónica activa (el servicio atado)

Fuente: SIRT - OSIPTEL. Elaboración: OSIPTEL

332. Adicionalmente, el siguiente gráfico nos muestra que, entre los años 2001 y 2011, y pese al crecimiento sostenido que tiene el acceso a internet fijo vía ADSL, se ha registrado un ligero incremento de los usuarios de acceso a internet fijo vía cable módem.

Gráfico N° 11: Evolución del número de suscriptores por medio de acceso fijo (Expresado en miles)



Fuente: Empresas Operadoras. Elaboración: OSIPTEL

333. Por tanto, se compararán los precios de ambos productos para analizar si los usuarios de internet fijo vía ADSL migrarían a los productos de internet vía cable módem si se diera un incremento ligero en el precio del producto de TELEFÓNICA, digamos del 5%. Si bien existen otros factores que pueden afectar la decisión de contratar el servicio, tales como el costo de instalación, el costo de los equipos, entre otros, lo más relevante para el usuario a lo largo del tiempo es la renta mensual y la velocidad.
334. Cabe señalar que en este análisis se tomará en cuenta el servicio de acceso a internet fijo vía ADSL de la oferta comercial de TELEFÓNICA cuando es vendido junto con otros planes de telefonía fija alámbrica y cuando es vendido como parte de los llamados dúos y tríos.

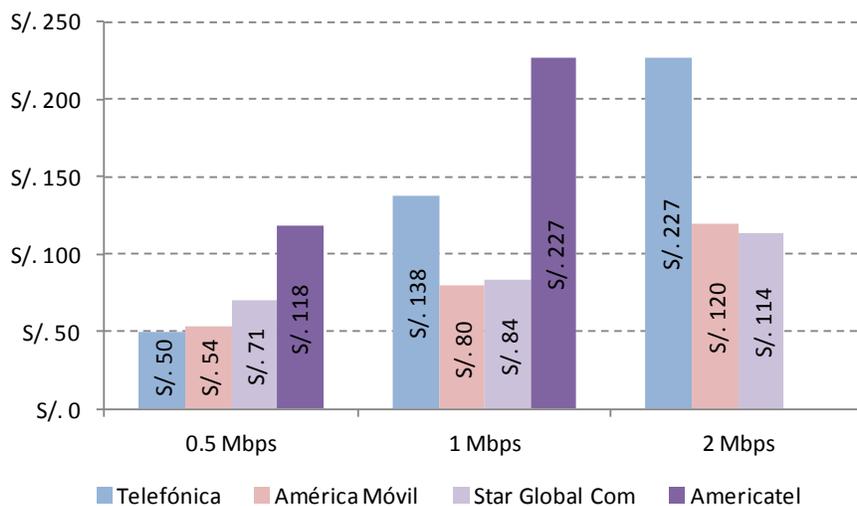
Análisis del internet fijo vía ADSL vendido junto con los servicios de telefonía fija

335. En este caso se tomará en cuenta aquellos productos de acceso a internet fijo vía ADSL que TELEFÓNICA vende junto con sus planes de telefonía fija.
336. En el Gráfico N° 12 se observa las tarifas por velocidad de transmisión que ofrecen las principales empresas del mercado, a diciembre de 2011. Para la velocidad correspondiente a 0.5 Mbps se puede ver, al comparar las tarifas de las principales empresas del mercado, que la que ofrece el servicio a una menor tarifa es TELEFÓNICA, con su producto Internet 50¹¹⁵, brindado a través de la tecnología ADSL. Por su parte, América Móvil Perú S.A.C. brinda el servicio a una velocidad de 600 Kbps por un precio de S/.54 vía la tecnología cable módem. Luego, el producto de América Móvil Perú S.A.C. se presenta como una alternativa a la cual los usuarios podrían migrar ante un ligero aumento en la tarifa por parte de TELEFÓNICA.
337. Sin embargo, cabe señalar que el producto Internet 50 es un producto particular, diseñado para poder proporcionar el servicio a sectores económicos de bajos recursos, por lo que es el único plan de internet fijo que ha sido autorizado por el OSIPTEL para contar con un tope de descarga¹¹⁶. En ese caso, los productos no son estrictamente comparables, pues el de América Móvil Perú S.A.C. no presenta límites de descarga y está dirigido a un público más general.
338. Para el caso de 1 Mbps de velocidad, América Móvil Perú S.A.C. es la que cuenta con la menor tarifa del mercado (S/. 80) seguida de cerca por Star Global Com (S/.84), empresa perteneciente al Grupo Telefónica que provee el servicio vía cable módem. No obstante, se debe mencionar que Star Global Com proporciona el servicio sólo en las regiones de Arequipa y Tacna. Una situación similar se observa en el caso de la velocidad de 2 Mbps, en la cual TELEFÓNICA ofrece la mayor tarifa.

¹¹⁵Es importante que este producto es un caso excepcional ya que este plan fue diseñado para poder proporcionar el servicio a sectores económicos de bajos recursos. Es el único que cuenta con reducción de velocidad al alcanzar los 6 GB de transmisión de datos.

¹¹⁶Una vez alcanzados los 6 GB de datos descargados, la velocidad se reduce de 512 Kbps a 256 Kbps, hasta iniciar el siguiente ciclo de facturación.

Gráfico N° 12: Tarifas por velocidad de transmisión a diciembre 2011



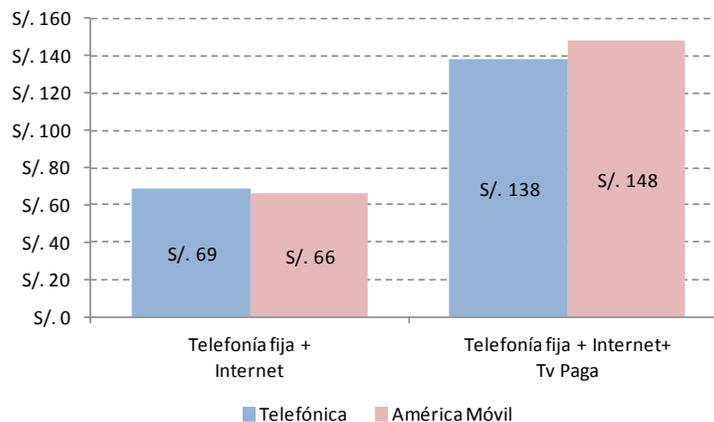
Fuente: Empresas Operadoras. Elaboración: OSIPTEL

339. Cabe señalar que, en el caso de las tarifas registradas por Americatel, se observa que las velocidades ofrecidas son mayores a las de sus competidores. Esta gran diferencia radica básicamente en el nivel de velocidad mínima garantizada que ofrece la empresa (25%), mientras que el ofrecido por sus principales competidores está entre el 5% y 10%. Ello se relaciona con el hecho de que el servicio de acceso a internet de Americatel y, por tanto, su esfuerzo comercial, se orientan básicamente al segmento comercial (sobre todo a las PYMES).
340. Adicionalmente, si bien en el mercado hay otras empresas, como Global Crossing e Infoductos y Telecomunicaciones, que prestan el servicio de acceso a internet fijo a través de la tecnología ADSL, no resulta pertinente considerarlas al momento de realizar la comparación tarifaria, debido a que el nicho de mercado al cual dirigen sus productos es el segmento comercial. Es importante destacar, además, que las referidas empresas no concentran ni el 0.01% del total de suscriptores de acceso a internet fijo vía ADSL.
341. La comparación de precios de productos similares ofrecidos por ambas empresas ha evidenciado que las tarifas del servicio de acceso a internet fijo vía ADSL, cuando este no se vende como parte de los llamados dúos o tríos, no corresponden a las más bajas del mercado. No obstante, los usuarios acceden al servicio predominantemente a través de esta tecnología por medio de los productos de TELEFÓNICA. En el caso particular del internet de 1Mbps y de 2Mbps, llama la atención que los usuarios de TELEFÓNICA no hayan migrado al producto de América Móvil Perú S.A.C., que ofrece un servicio de similares velocidades a precios menores.
342. Ahora bien, este Tribunal considera que una variable a tener en cuenta, al realizar el presente análisis de sustituibilidad, es la cobertura efectiva de ambas empresas y, por tanto, de las redes a través de las cuales estas brindan sus servicios, tema que será posteriormente analizado.

Análisis de internet fijo vía ADSL en los dúos o tríos

343. Ahora se tomará en consideración los productos que TELEFÓNICA ofrece como parte de sus denominados dúos y tríos, para la velocidades de 0.5 Mbps, 1 Mbps y 2 Mbps, en comparación con los productos ofrecidos por su principal competidora, América Móvil Perú S.A.C., que ofrece el servicio de internet como parte de sus denominados “Arma tu Play”¹¹⁷ bajo la tecnología cable módem.
344. En el Gráfico N° 13 se aprecia que, para el caso de las tarifas del dúo conformado por el servicio de acceso a internet fijo de 0.5 Mbps y telefonía fija, el producto de América Móvil Perú S.A.C. es 4% más barato¹¹⁸. Sin embargo, en el caso del trío conformado por los tres servicios, a la velocidad referida, la tarifa de TELEFÓNICA es 7% más barata. Luego, se esperaría que, ante un incremento del 5% en el precio de las promociones de TELEFÓNICA, sólo el usuario del dúo migre al producto ofrecido por América Móvil Perú S.A.C. a través de la tecnología cable módem, allí donde esta tecnología esté disponible.

Gráfico N° 13: Comparación de tarifas – 0.5 Mbps
(a diciembre 2011 – incluye IGV)



Nota:

En el caso de TELEFÓNICA se considera el Dúo Internet 50 (Línea fija que incluye 30 minutos) y el Trío Internet 50 (Línea fija que incluye 30 minutos y TV de Paga que incluye 69 canales). En el caso de América Móvil Perú S.A.C., se considera el plan de telefonía fija Control 50 (50 minutos), el Internet 600 (velocidad de 600 Kbps) y el paquete Básico Digital (134 canales)

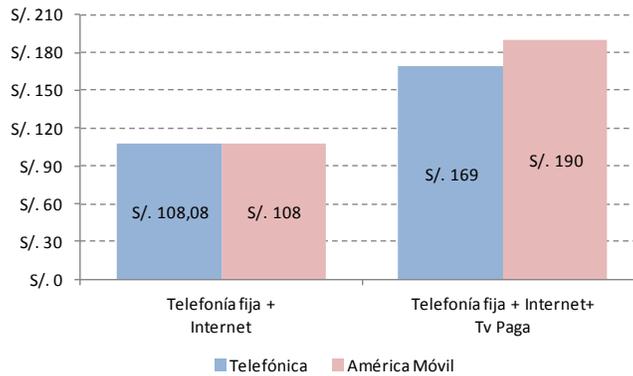
Fuente: Empresas Operadoras. Elaboración: OSIPTEL

345. En el caso del dúo conformado por el servicio de acceso a internet fijo de 1 Mbps y el servicio de telefonía fija mostrado en el Gráfico N° 14, la velocidad y el precio ofrecidos por cada empresa son similares. En el caso de la oferta comercial que incluye los 3 servicios, se contempla una diferencia del 12% entre las tarifas de ambas empresas, siendo TELEFÓNICA la empresa que brinda el trío con menor tarifa.

¹¹⁷Lanzados al mercado en junio de 2008.

¹¹⁸Es importante señalar que en el caso de esta empresa se está tomando en consideración la velocidad de 600 Kbps, ya que no brindan la de 512 Kbps como es el caso de TELEFÓNICA.

Gráfico N° 14: Comparación de tarifas– 1 Mbps
(a diciembre 2011 – incluye IGV)



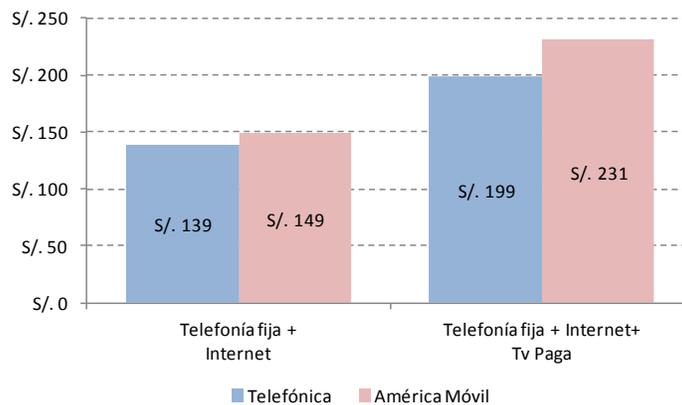
Nota:

En el caso de TELEFÓNICA se considera el Dúo Movistar Speedy Control al Segundo 1 Mb y el Trío Control al Segundo 1 Mb Estándar (Línea fija que incluye 130 minutos y TV de Paga que incluye 69 canales). Mientras que en el caso de América Móvil Perú S.A.C. se considera el plan de telefonía fija Abierto 250 (250 minutos) y el paquete Básico Digital (134 canales)

Fuente: Empresas Operadoras. Elaboración: OSIPTEL

346. Finalmente, observando las tarifas del Gráfico N° 15, al realizar el mismo análisis para el caso de los dúos, conformados por el servicio de acceso a internet fijo de 2 Mbps y el servicio de telefonía fija, se aprecia que la menor tarifa es proporcionada por TELEFÓNICA (7% más barata). Lo mismo ocurre en el caso de la oferta comercial conformada por los tres servicios, en el que la diferencia de precios equivale a un 16%. Luego, si TELEFÓNICA aumentara el precio de estas promociones en 5%, es de esperar que el usuario no migre a la tecnología cable módem.

Gráfico N° 15: Comparación de Tarifas– 2 Mbps
(a diciembre 2011 – incluye IGV)



Nota:

En el caso de TELEFÓNICA se considera el Dúo Semiplano 2 Mb y el Trío Semiplano 2 Mb Estándar (Línea fija que incluye 500 minutos y TV de Paga que incluye 69 canales). Mientras que en el caso de América Móvil Perú S.A.C. se considera el plan de telefonía fija Abierto 550 (550 minutos) y el paquete Básico Digital (134 canales)

Fuente: Empresas Operadoras. Elaboración: OSIPTEL

347. De todo lo expuesto en esta sección, este Tribunal considera que lo primero que se evidencia de los gráficos mostrados es que, en la mayoría de los casos, el producto de TELEFÓNICA es más barato en un valor de entre el 7% y el 16%. Luego, ante un incremento del 5% en los precios del producto de TELEFÓNICA, se esperaría que el usuario no migre al producto ofrecido por América Móvil Perú S.A.C. y, por tanto, a la otra tecnología. Cabe indicar que no debe desprenderse automáticamente que TELEFÓNICA no ostente poder de mercado por cobrar un precio más barato, puesto que la existencia de poder de mercado y el abuso del mismo pueden manifestarse por medio de variables diferentes al precio, como se verá en el punto 3 de la presente resolución.
348. Asimismo, más allá del diferencial de precios que existe con los productos de América Móvil Perú S.A.C., este Tribunal considera que existen otras variables que pueden afectar el costo de la migración de los productos de TELEFÓNICA a los ofrecidos por América Móvil Perú S.A.C., directa o indirectamente. Estas variables podrían impedir que, ante incrementos de precios mayores, el usuario migre a la otra tecnología. Así, existen costos directos tales como el costo de instalación a pagar por nuevos servicios o la existencia de plazos forzosos, que obligan al usuario a pagar por adelantado los equipos amortizados normalmente a lo largo de dicho plazo si desea cancelar su contrato con anticipación. Asimismo, se debe tener en cuenta la valoración otorgada por el usuario a los otros servicios brindados como parte de la promoción.
349. Luego, ante un posible aumento del precio de una promoción con acceso a internet fijo vía ADSL, la migración hacia la tecnología cable módem dependerá en gran medida del nivel del aumento en el precio, del valor proporcionado por el usuario a los canales exclusivos y/o al número asociado a la línea telefónica, y a la facilidad proporcionada por la empresa competidora al momento del cambio. Esto último se refleja en la disponibilidad efectiva de los servicios en las zonas por parte de la empresa competidora. Por ello, y aún en el caso en el que el aumento sea suficiente para incitar a un usuario a cambiar de proveedor, este podría encontrar limitaciones en cuanto a la cobertura y a las facilidades técnicas del operador.

Problemas de cobertura de la red de cable módem

350. La red de cable módem de América Móvil Perú S.A.C. cuenta con cobertura sólo en los principales distritos de Lima y en las principales ciudades de la costa, aunque la evidencia comprueba que existe una falta de facilidades técnicas para brindar el servicio a nuevos usuarios, aún en zonas donde en teoría cuenta con cobertura, y que, por tanto, la empresa no llega a cubrir todas las zonas de los referidos distritos¹¹⁹. Dicha situación dificulta que suscriptores de la tecnología ADSL migren hacia el cable módem y lleva a la conclusión de que, de momento, y dentro de los alcances del presente procedimiento, no existe un sustituto viable a la tecnología ADSL en el mercado peruano.
351. Asimismo, es importante resaltar que la referida limitada cobertura no es propia de una sola empresa sino más bien de la red de cable módem en general. A título de

¹¹⁹De acuerdo al Sistema de Atención a Usuarios del OSIPTEL, se evidencia la existencia de solicitudes de instalación y/o activación no atendidas por parte de la empresa operadora para el caso del servicio de acceso a internet fijo.

ejemplo se puede apreciar el caso del internet fijo vía cable módem de Telefónica Multimedia S.A.C., de reciente lanzamiento. Este servicio cuenta con una cobertura limitada a sólo algunos distritos de Lima Metropolitana.

352. La aparente dificultad de las empresas entrantes como América Móvil Perú S.A.C. para poder expandir sus redes fijas y, por tanto, su cobertura, ha sido ya manifestada en diversas oportunidades ante diferentes foros e instancias. La problemática asociada ha sido recogida en el Plan Nacional para el Desarrollo de la Banda Ancha en el Perú, donde se hace una descripción de las barreras de acceso existentes¹²⁰.

Conclusión

353. Por todo lo expuesto en los puntos precedentes, a partir de los medios probatorios que obran en el expediente y dentro de los alcances del presente procedimiento, a diferencia de lo señalado en la resolución apelada, este Tribunal considera que, desde el punto de vista del análisis de sustituibilidad desde el lado de la demanda, el servicio de acceso a internet fijo vía cable módem no puede ser incluido en el mercado relevante.
354. Ello debido a que si ante aumentos en el precio del internet fijo vía ADSL, el servicio de acceso a internet fijo vía cable módem pudiese generar una alternativa de sustitución, por contar con velocidades y otras características similares, sus limitaciones de cobertura, la incertidumbre en cuanto a su expansión y los eventuales costos de cambio que enfrentarían los usuarios al migrar a esta tecnología constituyen factores que descartan que este pueda ser considerado como un producto que pueda ejercer una presión competitiva sobre el servicio de internet fijo vía ADSL.

3.1.1.2.2 Análisis de sustituibilidad por el lado de la oferta

355. En esta sección corresponde analizar la posibilidad de que, ante un aumento ligero pero significativo y no transitorio en el precio del internet fijo vía ADSL, el principal proveedor de internet vía cable módem, América Móvil Perú S.A.C., esté en capacidad de empezar a proveer dicho servicio. Para ello, tendría dos opciones: solicitar a TELEFÓNICA el acceso a su infraestructura o desplegar una red alternativa de cobre. Seguidamente, se procederá a analizar la viabilidad de dichas alternativas en el contexto del presente procedimiento.

Alternativa I: Compartir la infraestructura de cobre existente

356. En el caso de la Alternativa I, América Móvil Perú S.A.C. tendría las siguientes opciones: (i) hacer uso de la planta externa (infraestructura pasiva) de otro operador, (ii) hacer uso de los conductores de red tradicionalmente tendida para el servicio telefónico de cobre (servicios de desagregación de bucle) y (iii) realizar una conexión entre su red y la red activa de otro operador para obtener acceso a los usuarios (acceso bitstream).

¹²⁰Ver Segunda Parte referida a las Barreras que limitan el desarrollo de la banda ancha en el Perú (Sección 5) del Plan Nacional para el Desarrollo de la Banda Ancha en el Perú, disponible en https://www.mtc.gob.pe/portal/proyecto_banda_ancha/Plan%20Banda%20Ancha%20vf.pdf

- **Hacer uso de la planta externa (infraestructura pasiva) de otro operador:**
La compartición de infraestructura en lo referido a la planta de cobre es factible y se viene dando para ciertos elementos de red. No obstante, a la fecha no se han evidenciado negociaciones entre empresas operadoras que se refieran a la compartición de infraestructura pasiva para la provisión del servicio de internet fijo vía ADSL a nivel final.

Asimismo, cabe mencionar que, independientemente de lo señalado en la Resolución N° 132-2012-CD/OSIPTEL, por la cual se determinan Proveedores Importantes en el Mercado de Acceso Mayorista para Internet y Transmisión de datos (que no estuvo vigente durante la tramitación del presente procedimiento)¹²¹, las empresas operadoras tienen la potestad de solicitar la compartición de infraestructura a los operadores dueños de esta, en el marco de la Ley 28295, Ley que regula el Acceso y Uso compartido de Infraestructura de Uso Público para la prestación de Servicios Públicos de Telecomunicaciones¹²².

Sin embargo, es preciso mencionar que el procedimiento para atender una solicitud de compartición de infraestructura puede tomar como mínimo nueve meses desde que se inician las negociaciones entre las empresas operadoras. Este es el período para que se concreten las negociaciones¹²³, al que hay que

¹²¹**Resolución N° 132-2012-CD-OSIPTEL:**

Artículo 3.- Del acceso y uso compartido de la infraestructura de telecomunicaciones de los Proveedores Importantes

Las empresas operadoras identificadas como Proveedores Importantes conforme al artículo 2 de la presente resolución, se encuentran obligadas a otorgar el acceso y uso compartido de la infraestructura de telecomunicaciones que utilizan o puedan utilizar para proveer el acceso mayorista para el servicio de internet fijo vía ADSL en la región Lima y la Provincia Constitucional del Callao así como en el resto de regiones del país.

Dicha compartición de infraestructura, que incluye la coubicación, deberá ser otorgada a favor de todo concesionario que requiera de dicha infraestructura para prestar sus servicios públicos de telecomunicaciones, sujetándose a lo establecido en el Decreto Legislativo N° 1019 y en las demás normas legales de la materia.

Conforme al artículo 5 del Decreto Legislativo N° 1019, se considera como infraestructura de telecomunicaciones a aquella constituida por los postes, ductos, conductos, poliductos, cámaras, torres y otros elementos de red, así como derechos de paso relacionados directamente con la prestación de un servicio público de telecomunicaciones. Esta infraestructura puede estar instalada en áreas de dominio público o de dominio privado.

¹²²**Ley N° 28295:**

Artículo 4.- Ámbito de aplicación

El acceso y uso compartido a que se refiere la presente Ley, será de aplicación obligatoria a los titulares de infraestructura de uso público, sea que ésta se encuentre instalada en áreas de dominio público, áreas de acceso público y/o de dominio privado, con independencia de su uso.

El acceso y uso compartido incluye a la coubicación.

Artículo 5.- Procedencia del acceso y uso

Se podrá disponer el uso compartido obligatorio de infraestructura de uso público en caso de presentarse restricción a la construcción y/o instalación de dicha infraestructura de uso público declarada por la autoridad administrativa competente, por cualquiera de las siguientes razones:

- a) Medio ambiente.
- b) Salud pública.
- c) Seguridad.
- d) Ordenamiento territorial.

Sin perjuicio de estos supuestos, el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL podrá imponer el acceso compartido de infraestructura en aplicación de lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 701, sus normas complementarias o por las normas vinculadas a la interconexión de servicios de telecomunicaciones.

¹²³Para la contabilización del plazo mencionado se tomo en cuenta que:

- i. De acuerdo al artículo 12° del Decreto Legislativo N° 1019, el periodo de negociación para la suscripción del contrato de compartición de infraestructura de telecomunicaciones asciende a 60 días calendarios.

agregar el tiempo previo de planificación del proyecto y el tiempo necesario para implementar la puesta en operaciones de los servicios que se prestarán sobre la infraestructura compartida, luego de concluir las negociaciones.

De acuerdo con la literatura económica, para considerarse que existe sustitución por el lado de la oferta, el cambio de la producción debe darse en un periodo corto de tiempo (entre seis meses y un año)¹²⁴. Este hecho descarta que la compartición de infraestructura pueda ser una opción viable para considerar que existe sustituibilidad por el lado de la oferta entre el internet vía cable módem y el internet fijo vía ADSL.

- **Hacer uso de los conductores de red tradicionalmente tendida para el servicio telefónico de cobre (servicios de desagregación de bucle)**, red formada por los bucles y subbucles metálicos que conectan los repartidores (en centrales y nodos) con los puntos de terminación de la red telefónica.

Este es el caso de los operadores que hacen uso de la oferta mayorista de acceso al bucle de abonado (Local Loop Unbundling – desagregación de bucle de abonado).

Sin embargo, los servicios de desagregación del bucle aún no han sido implementados en el mercado peruano. En consecuencia, en el contexto del presente procedimiento, esta opción no sería viable para América Móvil Perú S.A.C.

- **Realizar una conexión entre su red y la red activa de otro operador para obtener acceso a los usuarios (acceso bitstream)**. Existe también la alternativa de acceso bitstream, que corresponde a la conexión entre la red de un operador entrante y la red activa de otro operador. Esta opción está regulada en el mercado desde el año 2000, ha sido expuesta y descrita en las partes pertinentes de la presente resolución y se conoce como el Servicio Mayorista de Transmisión de Datos mediante Circuitos Virtuales ATM con acceso ADSL, comercializado bajo el nombre de “GigADSL”.

De acuerdo a la información con la que cuenta el OSIPTEL, este servicio mayorista ha sido contratado sólo por dos empresas: Rural Telecom S.A.C, con la finalidad de extender el servicio de acceso a internet a localidades rurales en el marco de proyectos financiados por el FITEL; y Yachay Telecomunicaciones S.A.C., dirigida a dar soluciones tecnológicas a empresas. La oferta de servicios

-
- ii. En el artículo 27º de la Resolución de Consejo Directivo N° 020-2008-CD/OSIPTEL, por el cual se aprueban las Disposiciones Complementarias de la Ley de Acceso a la Infraestructura de los Proveedores Importantes de Servicios Públicos de Telecomunicaciones, se establece un plazo máximo de 10 días hábiles para la notificación de la emisión de mandato de compartición.
 - iii. Asimismo, en el artículo 28º otorga al OSIPTEL un plazo de 30 días calendario para la emisión del mandato de compartición. Del mismo modo, establece un periodo de 10 días calendario como plazo para comentarios.
 - iv. El plazo mencionado en los puntos ii) y iii) pueden ser ampliados excepcionalmente hasta por el doble de tiempo adicional fijado en los referidos artículos.
 - v. De acuerdo al artículo 207º de la LPAG, el término para la interposición de recurso de reconsideración es de 15 días hábiles. El mismo que debe ser resuelto en un plazo máximo de 30 días hábiles.

¹²⁴MOTTA, M. Op. cit. Pág. 103.

de estas empresas no está enfocada en competir en el mercado minorista con el internet fijo vía ADSL de TELEFÓNICA.

Conclusión

357. Por todo lo expuesto, este Tribunal considera que, de todas las opciones presentadas para la compartición de infraestructura de cobre existente, se aprecia que es poco probable que, en el corto plazo, ante un aumento de precio final de internet fijo vía ADSL, América Móvil Perú S.A.C. recurra a esta alternativa para empezar a brindar dicho servicio.

Alternativa II: Posibilidad de despliegue de una red ADSL alternativa

358. Es poco probable que en la práctica se dé el caso hipotético de que un nuevo competidor en el servicio ADSL decida desplegar una red alternativa totalmente nueva y que no dependa de las redes ya establecidas. El escenario más probable es aquel en el que el operador entrante despliegue la nueva red optimizando costos, mediante el aprovechamiento del uso compartido, la sinergia y la reutilización de componentes de red ya instalados por el incumbente y/u otras empresas ya establecidas. Ello se conoce como un despliegue *brownfield*¹²⁵.
359. No obstante, aun en el escenario donde se optimicen los costos mediante el uso compartido de infraestructura, el CAPEX¹²⁶ total requerido para desplegar una nueva red ADSL (cobre) implica altas inversiones, debido principalmente a los componentes de obras civiles, planta externa y cableado. Los montos involucrados se incrementan de manera significativa si se considera una cobertura a nivel nacional de dichas redes y un alcance con el mismo nivel de capilaridad que la que ostenta actualmente TELEFÓNICA. Dichos montos se incrementan aún más si se toma en cuenta otras barreras que actualmente enfrentan los operadores para el despliegue de nueva infraestructura¹²⁷.

Conclusión

360. Por lo expuesto, este Tribunal considera que, en el corto y mediano plazo, resulta poco probable y práctico que la empresa que provee internet vía cable módem decida sustituir su red HFC por una red ADSL (cobre) y que ésta alcance similares niveles de cobertura y capilaridad que la del operador dominante, como para poder ejercer una verdadera presión competitiva.

3.1.2 El mercado geográfico

361. Luego de haber definido el servicio relevante, el siguiente paso es determinar el mercado geográfico. De acuerdo con el artículo 6.3° del Decreto Legislativo N° 1034, el mercado geográfico relevante es el conjunto de zonas geográficas donde

¹²⁵El despliegue 'brownfield' se da cuando un nuevo competidor despliega una red alternativa en un escenario donde ya existen redes establecidas, y por lo tanto, dicho nuevo despliegue aprovecha el uso compartido, la sinergia y la reutilización de componentes de red ya desplegados.

¹²⁶El CAPEX, o *Capital Expenditure* por sus siglas en inglés, es el total de gastos que una empresa realiza para adquirir o mejorar sus activos físicos tales como edificios o equipos.

¹²⁷Las cuales serán evaluadas posteriormente al analizar las barreras de entrada al mercado bajo análisis.

están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, los costos de transporte y las barreras al comercio existentes¹²⁸.

362. El ámbito geográfico se refiere al lugar en el cual los consumidores acceden al servicio y al cual podrían acudir en caso el servicio se viera afectado por un incremento de precio, considerando los costos adicionales de traslado.
363. No obstante lo señalado, el servicio relevante ya definido es uno de naturaleza fija, se consume con su uso, por lo que requiere que la conexión a internet sea efectuada en el lugar de residencia del usuario. Los usuarios sólo dispondrán de la oferta que se brinde en el distrito donde habiten, pues no cambiarían de domicilio únicamente con la finalidad de poder acceder al servicio de otro operador.
364. En tal sentido, el mercado geográfico está conformado por los distritos a nivel nacional cubiertos por el servicio de acceso a Internet por ADSL. De acuerdo con la información proporcionada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, los distritos que cuentan con cobertura del servicio de internet a través de las tecnologías antes mencionadas ascienden a un total de 380 en todo el territorio peruano¹²⁹.
365. Adicionalmente, en el presente caso se definirá si es que las condiciones de competencia que enfrentan los operadores que ofrecen el servicio de acceso a internet fijo vía ADSL son homogéneas a nivel nacional o si estas difieren significativamente entre zonas geográficas.
366. En el siguiente gráfico se puede observar la distribución regional de los usuarios del servicio de acceso a internet fijo vía ADSL. Al respecto, se aprecia que existe un fuerte contraste entre el número de usuarios en la región Lima¹³⁰ respecto al resto de regiones. Básicamente, en Lima se cuenta con la presencia de las principales operadoras que brindan el servicio vía ADSL que son TELEFÓNICA, Telmex y Americatel; mientras que, en la mayor parte de provincias, sólo TELEFÓNICA provee el servicio.
367. Por ello, el Tribunal considera que es correcto separar el mercado geográfico relevante en dos segmentos, de acuerdo al nivel de concentración que se presenta: Lima por un lado y el resto de regiones del país por otro.

¹²⁸ Decreto Legislativo N° 1034

Artículo 6.- El mercado relevante.-

6.3. El mercado geográfico relevante es el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, los costos de transporte y las barreras al comercio existentes.

¹²⁹Solo en la región Madre de Dios no se han reportado distritos que cuenten con el servicio de Internet por ADSL y/o cable módem.

¹³⁰Incluye la Provincia Constitucional del Callao.

**Gráfico N° 16: Distribución regional de usuarios de Internet fijo vía ADSL
(a diciembre 2011)**



Fuente: Empresas Operadoras Elaboración: OSIPTEL

3.1.3 Conclusión

368. Por lo expuesto, se ha determinado que el servicio de internet móvil no puede ser considerado como sustituto del internet fijo vía ADSL. En el caso del internet vía cable módem, si bien por el lado de la demanda el servicio prestado a través del cable módem podría ejercer presión competitiva en ciertas velocidades de transmisión, ésta no se generaría de manera definitiva por la limitante que este producto tiene respecto a su cobertura efectiva.
369. Análogamente, por el lado de la oferta, resulta muy difícil que el proveedor de internet vía cable módem pueda transformar su red o desplegar una red alternativa ADSL para ofrecer un servicio de acceso a internet fijo vía ADSL. Por tanto, de los medios probatorios que obran en el expediente y para los alcances del presente procedimiento, este Tribunal considera que el mercado de producto está constituido por el servicio de acceso a internet fijo vía ADSL.
370. Asimismo, por lo expuesto en los párrafos precedentes, las condiciones de competencia diferentes existentes en Lima frente al resto de provincias hacen que el mercado geográfico deba ser separado en dos segmentos.
371. En consecuencia, este Tribunal considera que el mercado relevante a ser analizado se encuentra compuesto por:

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

3.2 Determinación de posición de dominio

372. Luego de haber definido el mercado relevante, corresponde efectuar la determinación de la posición de dominio en dicho mercado relevante, para los alcances del presente procedimiento.
373. De acuerdo al artículo 7.1° del Decreto Legislativo N° 1034, se entiende que un agente económico goza de posición de dominio en el mercado relevante cuando tiene la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que sus competidores, proveedores o clientes puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad, debido a factores tales como: una participación significativa en el mercado relevante; las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios; el desarrollo tecnológico o servicios involucrados; el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministro así como a redes de distribución; la existencia de barreras a la entrada de tipo legal, económica o estratégica; la existencia de proveedores, clientes o competidores y el poder de negociación de éstos¹³¹.
374. Por su parte, en el numeral 4.1.1. de los Lineamientos de Libre Competencia en Telecomunicaciones se establece que algunas de las variables que el OSIPTEL podrá tomar en consideración para determinar si una empresa exhibe posición de dominio, son: porcentaje de participación de la empresa en el mercado, nivel de concentración del mercado, control de recursos esenciales, el grado de integración vertical, barreras a la entrada, posibilidad de utilizar infraestructura propia para proveer otros servicios, otros factores que permitan evaluar el nivel de independencia con el que una empresa está en capacidad de actuar con relación a sus competidores o clientes.
375. La posición de dominio se determinará en el mercado del servicio principal o servicio atante, debido a que la conducta del investigado solo podría generar una restricción a la competencia en la medida en que utilice su posición dominante en este mercado para obtener una ventaja anticompetitiva en el mercado del servicio atado.

¹³¹ **Decreto Legislativo N° 1034:**

Artículo 7.- De la posición de dominio en el mercado.-

7.1. Se entiende que un agente económico goza de posición de dominio en un mercado relevante cuando tiene la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que sus competidores, proveedores o clientes puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad, debido a factores tales como:

- (a) Una participación significativa en el mercado relevante.
- (b) Las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios.
- (c) El desarrollo tecnológico o servicios involucrados.
- (d) El acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministro así como a redes de distribución.
- (e) La existencia de barreras a la entrada de tipo legal, económica o estratégica.
- (f) La existencia de proveedores, clientes o competidores y el poder de negociación de éstos.

376. En tal sentido, la identificación de posición de dominio se realizará en el mercado relevante del servicio de internet previamente definido, iniciándose con la descripción de la estructura de mercado, donde se analizará tanto la participación de mercado que ostenta TELEFÓNICA como el nivel de concentración del mismo. Asimismo, se procederá con la evaluación de las barreras a la entrada existentes en el mercado relevante.

3.2.1 Descripción de la estructura de mercado

377. En el Gráfico N° 11 se ha observado que la mayor concentración de usuarios que acceden a internet utiliza el ADSL, tecnología que se ha ido expandiendo a lo largo del tiempo. Es importante resaltar la relevancia que ocupa esta modalidad de acceso ya que, a diciembre de 2011, representa el 89.65% del total de conexiones realizadas mediante un medio fijo.

378. En el Cuadro N° 04 se observa claramente que, en esta modalidad de acceso, los usuarios se encuentran concentrados por una sola empresa operadora y, como puede apreciarse, este hecho no ha sufrido variaciones significativas entre los años 2007 y 2011.

Cuadro N° 04: Participación de suscriptores del servicio de internet fijo vía ADSL a nivel nacional

| Empresa | 2007 | 2008 | 2009 | 2010 | 2011 |
|---------------------|--------|--------|--------|--------|--------|
| Telefónica del Perú | 99,96% | 99,97% | 99,98% | 99,99% | 99,97% |
| Otros | 0,04% | 0,03% | 0,02% | 0,01% | 0,03% |

Fuente: Empresas Operadoras Elaboración: OSIPTEL

379. Si se evalúa la distribución de la participación de mercado de acuerdo a las zonas geográficas que se han definido previamente, se evidencia que en ambas zonas TELEFÓNICA mantiene una concentración muy cercana al 100% del total de suscriptores. Es importante señalar que el número de empresas que compiten con TELEFÓNICA en Lima y Callao (Americatel, Global Crossing y América Móvil Perú S.A.C.) es mayor que en el resto de Provincias, donde se observa sólo la presencia de América Móvil Perú S.A.C. en algunas zonas de la costa.

Cuadro N° 05: Participación de suscriptores del servicio de internet fijo vía ADSL por segmento geográfico

(a diciembre 2011)

| Zona | Telefónica del Perú | Otros |
|---------------------|---------------------|-------|
| Lima y Callao | 99,96% | 0,04% |
| Resto de Provincias | 99,98% | 0,02% |

Fuente: Empresas Operadoras Elaboración: OSIPTEL

380. Adicionalmente, uno de los principales indicadores empleados para analizar el nivel de concentración de una industria es el denominado Índice Herfindahl-Hirschman (HHI, por sus siglas en inglés). Dicho indicador se calcula a partir de la suma de los cuadrados de las participaciones de mercado de las empresas competidoras en una industria. El valor calculado de este indicador varía entre 0 y 10.000; mientras más alto sea éste, más alta y/o desigual es la concentración de una industria

381. En línea con ello, de acuerdo con los *Horizontal Merger Guidelines* del Departamento de Justicia de Estados Unidos (DOJ), las agencias de competencia suelen clasificar a los mercados en tres categorías: mercados no concentrados (HHI por debajo de 1500), moderadamente concentrados (HHI entre 1500 y 2500) y altamente concentrados (HHI superior a 2500)¹³².
382. Si se realiza el cálculo de este indicador para los mercados relevantes definidos, se obtiene una tendencia constante y sin variaciones significativas para el periodo 2007 a 2011. Así, a diciembre de 2011, el HHI asciende a 9994, lo que indica que el mercado se ha mantenido altamente concentrado.
383. En resumen, de acuerdo a la información evaluada y dentro de los alcances del presente procedimiento, el Tribunal concluye que, el mercado relevante, en sus dos sectores, exhibe una alta participación por parte de TELEFÓNICA y está altamente concentrado, con indicadores de que dicha situación se ha mantenido a lo largo del periodo evaluado.

3.2.2 Barreras a la entrada

384. De acuerdo con el artículo 7.1° e) del Decreto Legislativo N° 1034, la existencia de barreras a la entrada de tipo legal, económica o estratégica constituye uno de los factores por los cuales un agente económico puede gozar de posición de dominio en el mercado¹³³.
385. Adicionalmente, el numeral 4.1.1.e) de los Lineamientos de Libre Competencia en Telecomunicaciones dispone que una de las variables que el OSIPTEL podrá tomar en consideración, para determinar si una firma exhibe posición de dominio en un mercado relevante determinado, es la existencia de barreras para la entrada de competidores, evaluada con relación a los antecedentes de entrada y salida de competidores en el mercado relevante. Más aún, en dichos Lineamientos se señala que las barreras a la entrada son costos en los que incurre un entrante y en los que no incurre la firma establecida.
386. En línea con lo anterior, las barreras a la entrada se pueden definir como factores que brindan a las firmas dominantes una ventaja sobre los competidores potenciales, permitiendo al dominante ejercer poder de mercado. Por su naturaleza, la existencia de barreras a la entrada dificulta que la intensidad competitiva de un mercado aumente.

¹³²SULLIVAN, E. Thomas, HOVENKAMP, Herbert, SHELANSKI, Howard A. Op. cit. Pág. 62.

¹³³**Decreto Legislativo N° 1034:**

Artículo 7.- De la posición de dominio en el mercado.-

7.1. Se entiende que un agente económico goza de posición de dominio en un mercado relevante cuando tiene la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que sus competidores, proveedores o clientes puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad, debido a factores tales como:

- (a) Una participación significativa en el mercado relevante.
- (b) Las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios.
- (c) El desarrollo tecnológico o servicios involucrados.
- (d) El acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministro así como a redes de distribución.
- (e) La existencia de barreras a la entrada de tipo legal, económica o estratégica.
- (f) La existencia de proveedores, clientes o competidores y el poder de negociación de éstos.

7.2. La sola tenencia de posición de dominio no constituye una conducta ilícita.

387. Las barreras a la entrada pueden clasificarse en estructurales, legales o estratégicas. A continuación, se describe cada una de estas y se analiza si están presentes en el mercado relevante bajo análisis.

3.2.2.1 Barreras estructurales

388. Las barreras estructurales son aquellas específicas a las características de un mercado y, por lo tanto, exógenas al actuar de las empresas, creando condiciones asimétricas entre la firma dominante y los potenciales entrantes. Las barreras estructurales están asociadas a la tecnología (y por ende, a los costos) o a la demanda. Así, la existencia de economías de escala y de ámbito sustanciales, los altos costos hundidos, así como las ventajas de costo absolutas, constituyen barreras estructurales.
389. En la experiencia de la Comisión Europea, se considera como barreras a la entrada existentes en los mercados de telecomunicaciones a las economías de escala y de ámbito, al control del incumbente de una red crítica de distribución o venta, a las externalidades de red, al requerimiento de inversiones significativas para entrar al mercado, al acceso a tecnologías importantes, entre otras¹³⁴.
390. Tal como se indica en la resolución apelada, TELEFÓNICA cuenta con la red de acceso al usuario final o acceso al bucle local que brinda la infraestructura necesaria que viabiliza la prestación del servicio de internet fijo vía ADSL, por lo que no tiene que duplicar el bucle local. Dicha infraestructura es de tal envergadura que difícilmente podría ser replicada por un competidor en el corto plazo. Adicionalmente, cuenta con la ventaja de haber sido el primer agente en entrar al mercado y los años de concurrencia limitada de los que disfrutó le han permitido amortizar parte de la inversión efectuada, antes de que entraran otros competidores al mercado.
391. TELEFÓNICA se encuentra presente en todos los escalones de la cadena de valor del servicio de internet fijo vía ADSL, incluidos el transporte, acceso y distribución. Dado que esta es la única red de cobertura nacional, ello la coloca en una posición ventajosa frente al resto de competidores de dicho mercado. Adicionalmente, se encuentra horizontalmente integrada, pues está presente en todos los mercados de telecomunicaciones (fijo, móvil, larga distancia, TV de Paga, etc.). Ello le permite tener sinergias de las que no gozan los operadores alternativos no integrados.
392. Asimismo, se debe tomar en consideración que, si bien existe un proceso formal de fusión en curso¹³⁵, la fusión comercial de todos los productos del Grupo Telefónica bajo la marca Movistar ya se ha dado y, en la práctica, opera de manera integrada. Se debe indicar que, hasta que un operador entrante no logre captar una masa crítica de suscriptores, no podrá disfrutar de las economías de red antes

¹³⁴Comisión Europea. "Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings". 2004/C 31/03. Págs. 71 y ss.

¹³⁵TELEFÓNICA ha solicitado la transferencia de concesiones y registros de Valor Añadido de sus filiales Telefónica Móviles, Telefónica Multimedia y Star Global Com a su nombre. Ello fue comunicado al OSIPTEL mediante Oficio N° 32038-2011-MTC, del Ministerio de Transportes y Comunicaciones por el cual se informa sobre la solicitud (Expedientes N° 2011-048621, 2011-048623, y 2011-048624 de fecha 12 de octubre de 2011).

mencionadas y se encontrará, por tanto, en desventaja frente a la empresa dominante.

393. En particular, TELEFÓNICA se beneficia de economías de red en la prestación del servicio de telefonía fija, derivados del tamaño de su red y de la cantidad de usuarios que posee. Así, basta con analizar la distribución de los dos principales componentes de la planta de cobre/DSL de TELEFÓNICA (a saber, el número de DSLAM¹³⁶ y el número de MDF¹³⁷ y/o URA¹³⁸), que determinan el nivel de despliegue y alcance de la red de cobre para poder brindar el servicio de banda ancha vía ADSL. A junio de 2011, TELEFÓNICA contaba con más del 90% de la distribución de ambos componentes, siendo su participación muy cercana o igual al 100% en provincias.
394. Como será analizado posteriormente, TELEFÓNICA posee el 71.89% de las líneas fijas en servicio, mientras que Telefónica Móviles S.A. el 14.33% (telefonía fija inalámbrica). TELEFÓNICA cuenta con ofertas para sus abonados que efectúen llamadas dentro de la red del Grupo tales como tarifas planas o llamadas a precios preferenciales (llamadas fijo-fijo –locales y de larga distancia nacional, llamadas fijo-móvil)¹³⁹. Ello genera un efecto club¹⁴⁰, el mismo que, dado el reducido tamaño de las redes alternativas, no puede ser replicado, pues, si los operadores alternativos pudiesen ofrecer tarifas y ofertas similares, el tener redes de mucha menor cobertura y contar con un número mucho menor de usuarios las haría menos atractivas.
395. Igualmente, la amplia base de clientes de TELEFÓNICA le permite no solo contar con menores costos medios (economías de escala), sino que también le permite tener un amplio conocimiento de los consumidores y aprovechar las complementariedades en la producción y distribución de los servicios que ofrece (economías de ámbito).

3.2.2.2 Barreras legales

396. Las barreras legales son producto de disposiciones legislativas o regulatorias que afectan las condiciones de entrada o la posición de los operadores en un mercado. Así, pueden existir disposiciones que limitan el número de participantes de un mercado o patentes que brindan un monopolio legal temporal.

¹³⁶Multiplexor de línea de acceso digital del abonado.

¹³⁷Acceso múltiple por división de frecuencia.

¹³⁸Unidad remota de abonado.

¹³⁹Así, por ejemplo, en agosto 2008, TELEFÓNICA empezó a comercializar el Plan Familia, el mismo que por un precio fijo mensual, otorgaba la posibilidad de hablar ilimitadamente a 10 destinos fijos a nivel nacional, dentro de la red de TELEFÓNICA. Asimismo, en abril del 2009, TELEFÓNICA lanzó la “Promoción Línea Premium Tarifa Plana Nacional” – válida para ser adquirida sola o de forma empaquetada- la cual permite realizar llamadas ilimitadas de larga distancia nacional a 30 destinos, dentro de la red de TELEFÓNICA.

¹⁴⁰El efecto club o externalidades de red se dan cuando la utilidad de cada usuario de la red depende positivamente del número de usuarios de la misma. Así, cada usuario de la red genera una externalidad positiva sobre los otros usuarios. Ello se da evidentemente en las redes de telecomunicaciones: ningún usuario querrá ingresar a una red si esta no cuenta con otros usuarios con los cuales comunicarse y mientras más usuarios pertenezcan a una red, más útil se hace pertenecer a la misma. Al respecto, ver Motta, M. Op. cit. Pág. 82.

397. En línea con ello, en el mercado relevante bajo análisis existen una serie de barreras administrativas, las cuales se encuentran asociadas a vacíos en el marco normativo vigente, a trabas impuestas por las municipalidades y gobiernos regionales, entre otras entidades, que dificultan el despliegue de nuevas redes o que limitan la expansión de las empresas ya existentes en el mercado. Tal como se indicó en el Informe de la Comisión de Banda Ancha y para los efectos del presente caso, este Tribunal considera que existen dificultades que se dan tanto a nivel de transporte como a nivel de acceso, entre ellas se menciona:

- Las limitaciones en la aplicación del Decreto Supremo N° 034-2010-MTC, que establece como política nacional la implementación de una red dorsal de fibra óptica para facilitar a la población el acceso a Internet de banda ancha y promover la competencia en la prestación de este servicio.
- Las limitaciones del marco normativo que regula el uso compartido de infraestructura de otros sectores para el desarrollo de servicios de telecomunicaciones.
- Las barreras de ámbito municipal.

398. Por lo expuesto, este Tribunal considera que dichas limitaciones representan una barrera a la entrada relevante en este mercado, ya que le otorgan mayor poder de mercado a la empresa dominante, que ya desplegó gran parte de su red de acceso.

3.2.2.3 Barreras Estratégicas

399. Las barreras estratégicas tienen su origen en el comportamiento de las empresas, ya que inhiben la entrada de nuevos competidores. Entre estas podemos incluir estrategias como la publicidad y las ventas conjuntas (empaquetamientos y ventas atadas), entre otras. La literatura económica señala, además, que la existencia de barreras estructurales a la entrada permite al dominante contar con poder de mercado, más no con beneficios económicos. Es más bien vía comportamientos estratégicos que pueden realmente aprovechar dichas barreras para lograrlo¹⁴¹.

400. Los empaquetamientos o ventas conjuntas de servicios constituyen una práctica común en el sector de las telecomunicaciones y su uso ha crecido en los últimos años. El empaquetamiento y la venta atada (como caso específico) pueden ser de tipo técnico o económico. A continuación se describen ambos y se señalan las razones que pueden estar detrás de cada uno.

- Los empaquetamientos técnicos se dan cuando una firma diseña su producto de forma tal que sólo pueda ser utilizado con un producto complementario determinado, producido por la misma firma; en consecuencia, se trata de un empaquetamiento físico que también es conocido como empaquetamiento de producto. Así, por ejemplo, se puede hablar del *hardware* y el *software* de una computadora, el sistema operativo de un teléfono móvil inteligente (*smartphone*) y el aparato telefónico en sí, etc. Esta atadura puede deberse a la necesidad de diseñar un mejor

¹⁴¹Church, J. y R.Ware "Industrial Organization. A strategic Approach". Irwin Mc Graw Hill. 2000. Pág. 517.

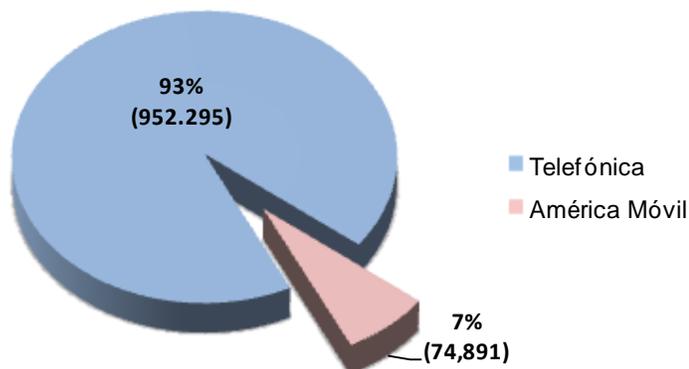
producto, o puede representar el intento del productor para restringir la competencia.

- Los empaquetamientos económicos se dan cuando dos productos se venden de forma empaquetada comercialmente, sin una razón tecnológica en particular, y el consumidor paga un precio por el paquete menor a la suma de los precios individuales de los productos en este incluidos. Es decir, se trata de un empaquetamiento o atadura contractual. Dicha figura es también conocida por la literatura económica como empaquetamiento de precios.

401. Entre las razones económicas que pueden llevar a empaquetar o atar bienes tenemos las siguientes: i) la creación de economías de escala y alcance, tanto en la producción como en la distribución de bienes y servicios; ii) la reducción de los costos de búsqueda en lo relativo a la combinación más adecuada de bienes o servicios que satisfacen una necesidad compleja, iii) la creación de servicios y productos nuevos o mejorados, iv) la necesidad de los fabricantes de asegurar la calidad de los productos o servicios vendidos de forma conjunta; y, v) una reducción de precios cuando los productos o servicios del mercado son complementarios.
402. Sin embargo, también pueden existir motivaciones anticompetitivas implementadas por una firma dominante para reducir la competencia en el mercado del bien atado¹⁴². Así, las ventas conjuntas pueden entenderse como una práctica de la firma dominante dirigida a crear barreras estratégicas de forma anticompetitiva, con el objetivo de aprovechar los beneficios económicos producto de su posición dominante. Las barreras se crean dado que la firma tiene poder de mercado para un bien A, y ata a él el producto B, dificultando así que un rival igual de eficiente que sólo produce el bien B compita con él. Así, la venta conjunta genera un escudo contra los competidores –reales o potenciales- en el mercado del bien B.
403. En nuestro país, el inicio de la comercialización del servicio de acceso a internet fijo vía ADSL como producto promocional se da a fines de julio de 2007 cuando TELEFÓNICA lanzó su oferta denominada “Trío Telefónica”. Asimismo, su principal empresa competidora, América Móvil Perú S.A.C. (antes Telmex), le siguió en junio de 2008. Ambas empresas ofrecen sus productos bajo la forma de paquetes promocionales y, como se aprecia en el resumen de la Oferta Comercial del Cuadro N° 03, los productos ofrecidos por ambas empresas presentan características similares (precios y velocidades de internet). No obstante, como se indicó previamente, la cobertura efectiva de América Móvil Perú S.A.C. es limitada, lo que se traduce en la sustancial menor cantidad de usuarios que se han suscrito a los servicios de América Móvil Perú S.A.C. (ver gráfico N° 17).

¹⁴²O’ Donoghue, R. y J. Padilla Op. cit. Pág. 481 y ss.

Gráfico N° 17: Distribución de participación de mercado por empresa – Paquetes Promocionales
(a diciembre 2011)



Fuente: Empresas Operadoras Elaboración: OSIPTEL

404. Adicionalmente a la cobertura, desde el punto de vista del usuario, existen dos diferencias principales en la oferta comercial de paquetes de ambas empresas. En primer lugar, América Móvil Perú S.A.C. ofrece el servicio de acceso a internet fijo dando la opción a los usuarios de elegir entre paquetes preestablecidos o a que éstos mismos conformen su propia combinación. Para ello, América Móvil Perú S.A.C. permite a sus usuarios conocer la tarifa del servicio cuando este es adquirido de forma empaquetada, y el precio del paquete es menor a la suma total de los precios individuales de sus componentes. TELEFÓNICA, por su parte, brinda el servicio solo en paquetes de servicios preestablecidos.
405. En consecuencia, la figura comercial que mantiene TELEFÓNICA al momento de proporcionar el servicio de Internet fijo vía ADSL condicionando su acceso a la tenencia del servicio de telefonía fija (venta atada), en conjunto con la alta concentración de mercado evaluada previamente, constituye una barrera estratégica a la entrada.

3.2.3 Conclusión

406. Por todo lo expuesto y dentro de los alcances del presente pronunciamiento, este Tribunal considera que TELEFÓNICA cuenta con posición de dominio en el mercado relevante debido al nivel de participación que ostenta en dicho mercado relevante y al nivel de concentración que el mismo exhibe; así como por la presencia de importantes barreras a la entrada -estructurales, legales y estratégicas- de nuevos competidores, así como para el desarrollo de los operadores alternativos existentes.
407. Adicionalmente, es importante resaltar que, de acuerdo con el numeral 4.1.1.d) de los Lineamientos de Libre Competencia en Telecomunicaciones, la integración vertical por sí misma no otorga posición de dominio a una empresa, sin embargo, una firma que es dominante en un mercado y se integra verticalmente en mercados hacia adelante o hacia atrás alrededor de ese mercado, puede tener la capacidad de afectar la competencia en estos otros mercados.

408. En el presente caso, la integración vertical se presta para facilitar la existencia de posición de dominio, puesto que TELEFÓNICA es una empresa integrada que es titular de la red y hace uso de dicha infraestructura para proveer el servicio de internet fijo vía ADSL. Es el caso que, producto de su presencia en los mercados aguas arriba (transporte) y aguas abajo (red de acceso - ISP), esta empresa goza de ventajas difícilmente replicables por otras empresas competidoras.
409. En consecuencia, es claro que TELEFÓNICA tiene la posibilidad de afectar las condiciones de la oferta o demanda en el mercado relevante, sin que competidores, proveedores o clientes tengan un poder de negociación que permita enfrentarla y disciplinarla.

3.3 Abuso de posición de dominio y efectos

410. Habiéndose determinado que TELEFÓNICA ostenta posición de dominio en el mercado relevante materia del presente procedimiento, corresponde analizar si el condicionamiento por parte de TELEFÓNICA de la adquisición de su servicio de internet fijo vía ADSL a la contratación de su servicio de telefonía fija, constituye una conducta restrictiva de la competencia.

3.3.1 Determinación de la metodología de análisis

411. Para poder determinar la metodología de análisis a ser aplicada en el presente caso, se describirá primero cuál es el tratamiento que la legislación nacional y la experiencia internacional dan a la práctica de venta atada.

3.3.1.1 Marco normativo para el análisis de abuso de posición de dominio en la modalidad de venta atada

412. El artículo 10.1° del Decreto Legislativo N° 1034 señala que se considera que existe abuso de posición de dominio cuando un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición.
413. Por su parte, de acuerdo con el artículo 10.2°c) del Decreto Legislativo N° 1034, el abuso de la posición de dominio podrá consistir en conductas de efecto exclutorio como la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos¹⁴³.

¹⁴³**Decreto Legislativo N° 1034:**

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

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

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

(...)

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

(...)

414. De acuerdo con el numeral 4.2 de los Lineamientos de Libre Competencia en Telecomunicaciones, los requisitos considerados por el OSIPTEL para la determinación de la posición de dominio son: que exista posición de dominio; que se actúe de manera indebida aún cuando ello no conlleve intencionalidad; y que exista la posibilidad de obtener beneficios o de causar perjuicios que no se podrían producir de no tener posición de dominio, bastando con que éstos sean consecuencia potencial de la conducta.
415. Por su parte, el numeral 4.3.3 de los Lineamientos de Libre Competencia en Telecomunicaciones señala que, para que una práctica de venta atada tenga efectos anticompetitivos, es necesario que la realice una empresa con posición de dominio, que sea una práctica injustificada y que muestre el intento de restringir la competencia.

3.3.1.2 Experiencia Internacional en materia de ventas conjuntas

416. Tanto en los informes orales ante esta instancia, así como en otros escritos presentados, TELEFÓNICA ha cuestionado el hecho de que el presente procedimiento haya sido iniciado de oficio, en su opinión, sin existir elementos de juicio mínimos que ameritaran su apertura y en contradicción con la experiencia internacional que considera que los empaquetamientos no resultan perjudiciales para la competencia en la gran mayoría de los casos.
417. De igual manera, en el informe oral de fecha 14 de enero de 2013, TELEFÓNICA cuestionó el hecho de que en una década ninguna de las empresas que está participando en el mercado haya efectuado algún tipo de reclamo relacionado con la práctica llevada a cabo por TELEFÓNICA¹⁴⁴.
418. Al respecto, el artículo 89º del Reglamento de Controversias reconoce que es facultad del Cuerpo Colegiado iniciar procedimientos de oficio, debiendo motivar dicha decisión en el interés de los usuarios o de las empresas operadoras, en ese sentido, no es necesario que existan denuncias de una empresa para que el Cuerpo Colegiado pueda dar inicio a un procedimiento de este tipo¹⁴⁵, en resguardo del interés público involucrado en las investigaciones sobre prácticas anticompetitivas. En consecuencia, los argumentos de TELEFÓNICA sobre la inexistencia de denuncias de parte como elemento deslegitimador para el inicio de oficio del presente procedimiento deben ser desestimadas.

¹⁴⁴ Al respecto, el doctor Dante Mendoza Antonioli, en respaldo a la posición de TELEFÓNICA, señaló: *“Hay algo que es muy cierto, cualquiera que haga empresa en el Perú y se vea perjudicado por una conducta de alguna otra empresa, sabe que hoy día tiene abiertas las puertas del OSIPTEL, del INDECOPI y de otras instituciones más, para poder defender sus derechos. Si hubiera habido alguna actitud incorrecta por parte de TELEFÓNICA en este caso, en una década alguno de los que están participando en el mercado hubieran ya dicho algo, aunque sea a través de un Twitter, porque ni a ese nivel se ha llegado, ni siquiera en el nivel de la prensa paralela, ni en la prensa oficial, ni en la prensa económica, ni en la prensa paralela y, mucho menos, en los conductos oficiales.”*

¹⁴⁵ **Reglamento de Controversias**

Artículo 89º.- Resolución que da inicio a un procedimiento de oficio. Si el procedimiento se inicia de oficio, la resolución del Cuerpo Colegiado en los casos que corresponda, mediante la cual se dé por iniciado el procedimiento, deberá ser puntualmente motivada en el interés de los usuarios o de las empresas operadoras y deberá definir los términos de la controversia a ser resuelta.

419. A fin de analizar los argumentos de TELEFÓNICA, corresponde revisar brevemente la experiencia internacional y la literatura económica para determinar en qué situaciones las ventas conjuntas han sido consideradas anticompetitivas.
420. La literatura económica y la experiencia internacional reconocen las eficiencias y el efecto dinamizador que la práctica de empaquetamiento puede generar. El empaquetamiento puede llevar a la creación de economías de escala y ámbito en la producción y distribución, reducir los costos de búsqueda por la combinación más adecuada de productos, llevar a la creación de nuevos productos o versiones mejoradas de estos, ayudar a los productores a asegurar la calidad y evitar problemas de doble marginalización.
421. En la práctica, las autoridades de competencia tanto de Estados Unidos como de Europa, distinguen entre una atadura tecnológica -caso en el que dos productos se encuentran físicamente atados- de una atadura contractual -en la que son obligaciones contractuales las que obligan a su adquisición conjunta. A pesar de que ambos tipos de atadura pueden generar similares efectos anticompetitivos, la atadura tecnológica puede a su vez acarrear eficiencias; estas pueden a su vez generar beneficios para los consumidores, beneficios que no podrían generarse de otra manera. Sin embargo, ello es menos probable en el caso de ataduras contractuales (como las que han sido materia del presente procedimiento), razón por la cual estas generan posturas más estrictas por parte de la Comisión Europea¹⁴⁶.
422. Hovenkamp señala que son dos las teorías más comunes usadas para determinar cuándo una venta conjunta puede ser nociva para la competencia. La primera teoría es la del traslado de posición de dominio (*Leverage Theory*) bajo la cual las ventas conjuntas pueden ser dañinas si sirven para que un monopolista en el mercado del bien atante extienda su posición de dominio al mercado del bien atado. Bajo esta teoría, las ventas atadas pueden ser negativas en dos sentidos: (i) al crear dos monopolios en donde antes había uno, el vendedor puede obtener una doble ganancia monopólica y obligar a los consumidores a pagar más por productos sujetos a una venta atada¹⁴⁷, y (ii) cuando una empresa monopólica ata las ventas de un segundo producto en cuyo mercado no ostenta una posición monopólica, el monopolista efectivamente “monopoliza” el segundo mercado, dificultando el ingreso de vendedores alternativos.
423. La segunda teoría más usada, de acuerdo a Hovenkamp, es la teoría de las barreras de entrada (*Entry Barrier Theory*), bajo la cual los empaquetamientos son anticompetitivos cuando el monopolista crea barreras de entrada, obligando a un competidor a entrar a dos niveles de mercado. Se señala que hay más probabilidades de que los empaquetamientos sean anticompetitivos cuando existen economías de escala u otros impedimentos que impiden o dificultan la entrada al mercado, lo cual puede ocurrir especialmente en los mercados regulados¹⁴⁸.

¹⁴⁶O’ Donoghue, R. y J. Padilla Op. cit. Pág.478.

¹⁴⁷HOVENKAMP, Herbert. Federal Antitrust Policy The Law of Competition and its Practice. Cuarta Edición. St. Paul, MN: Thomson Reuters, 2011. Pág. 459.

¹⁴⁸HOVENKAMP, Herbert. Op. cit. Pág. 462.

424. Por su parte, O' Donoghue, R. y J. Padilla¹⁴⁹ indican que existen diversas teorías y modelos post Escuela de Chicago, especialmente la teoría del cierre del mercado (*Foreclosure Theory*), que muestran cómo una firma que cuenta con posición de dominio en el mercado del bien atado puede tener incentivos para atar a través de la exclusión de competidores -reales y potenciales- del mercado del bien atado¹⁵⁰. Ello se consigue debido a que la atadura permite al monopolista evitar que sus competidores adquieran una adecuada escala de operaciones en el mercado del bien atado, lo que los lleva a ver sus beneficios disminuir, por debajo del nivel necesario para permanecer en él, lo mismo que puede también desincentivar la entrada al mercado¹⁵¹.
425. En el mismo sentido, la teoría del portafolio señala que la probabilidad de que un empaquetamiento sea dañino se incrementa ante la presencia de (i) poder de mercado elevado en alguno de los productos del paquete; (ii) usuarios mayormente interesados en comprar alguno(s) de los componentes del paquete; (iii) rivales que encuentran imposible o no rentable replicar la estrategia de empaquetamiento; y (iv) complementariedad de los productos del paquete¹⁵².
426. Por su parte, la *International Competition Network* (ICN), que agrupa a 319 agencias de competencia emitió, en el 2009, un documento en el que sintetiza el enfoque de sus miembros respecto a las prácticas de atadura y empaquetamiento¹⁵³. En dicho documento, las agencias de competencia sostienen, respecto a la práctica específica de venta atada, que la principal preocupación que ésta genera es que puede permitir a una firma dominante extender su poder de mercado a otro, lo que a su vez puede aumentar las barreras a la entrada y limitar la competencia en el mercado¹⁵⁴. Entre los efectos que se evalúa para determinar si una práctica de atadura es anticompetitiva, las agencias de competencia señalaron que se busca establecer si la misma dañó a la competencia y llevó a un mantenimiento o fortalecimiento del poder de mercado.

¹⁴⁹O' Donoghue, R. y J. Padilla Op. cit. Págs. 482 y ss.

¹⁵⁰La "*Foreclosure Theory*" (exclusión del mercado) se refiere tanto a la exclusión de las empresas existentes como de las potenciales entrantes. Según esta teoría, el verdadero riesgo de "exclusión" está en que la venta atada pueda facilitar el dominio de un mercado por parte de una sola empresa, al denegar acceso a este mercado a competidores más agresivos o a potenciales entrantes.

De acuerdo con lo ya señalado, debe haber algún tipo de economía de escala u otro impedimento que restrinja el ingreso a uno de los mercados y que, por ende, pueda restringir la competencia en el segundo mercado si es que ambos están unidos por una venta atada.

Una venta atada no es anticompetitiva si es que la entrada a ambos mercados es fácil. Sin embargo, si el ingreso es difícil, es posible que se produzcan efectos anticompetitivos. Consecuentemente, esta teoría señala que se debe evaluar, por un lado, si es que existen barreras de entrada significativas a al menos uno de los mercados involucrados en la venta atada y, por el otro, el porcentaje del mercado del producto atado que se puede ver afectado por la práctica de venta atada.

(HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy The Law of Competition and its Practice*. Cuarta Edición. St. Paul, MN: Thomson Reuters, 2011. Pág. 463).

¹⁵¹O' Donoghue, R. y J. Padilla, Idem.

¹⁵²Gerencia de Relaciones Empresariales-OSIPTEL. Documento de Trabajo N° 001-2007: Metodología de análisis para la evaluación del impacto de transferencias de concesiones y asignaciones de espectro sobre las condiciones de competencia en los servicios públicos de telecomunicaciones.

¹⁵³International Competition Network-ICN (2009). "*Report on Tying and Bundled Discounting. Prepared by The Unilateral Conduct Working Group*". Disponible en : www.internationalcompetitionnetwork.org

¹⁵⁴ICN 2009. Pág.10

427. En ese mismo sentido, la Comisión de Competencia de Australia- ACCC¹⁵⁵ elaboró un estudio en el que informa sobre el enfoque que aplica para evaluar prácticas de empaquetamiento potencialmente anticompetitivas en el mercado de telecomunicaciones. En dicho documento, indica que los elementos clave a tener en cuenta en dicha evaluación, en cuanto a efectos en variables no relacionadas al precio, son: (i) analizar si la conducta tiene efectos anticompetitivos, tales como el apalancamiento de poder de mercado desde un mercado no competitivo a otro que sí lo es; y (ii) analizar si la conducta incrementa las barreras a la entrada.

428. Asimismo, si el operador que ofrece los servicios empaquetados tiene poder de mercado sustancial, por lo menos en uno de los mercados afectados, la ACCC puede decidir iniciar una investigación. Al respecto, señala:

“(...) la competencia puede reducirse si el operador tiene poder de mercado y (...) solo provee el servicio en el que posee poder de mercado sustancial de forma empaquetada, ‘capturando’ así las ventas del resto de servicios en el paquete para los cuales sí enfrenta competencia”¹⁵⁶.

429. Finalmente, los citados O’ Donoghue y Padilla¹⁵⁷ indican que, en el caso de la Comunidad Europea, la mayoría de decisiones en las que se ha sancionado la práctica de atadura corresponden a los casos de atadura contractual, que es el tipo de atadura materia del presente caso, tal como se analizará más adelante. Más aún, de la evidencia, los autores señalan que queda claro que puede existir abuso incluso cuando los productos involucrados se encuentren vinculados por su naturaleza o común uso comercial.

430. Como puede apreciarse, tanto la literatura económica como la experiencia internacional reconocen que hay ciertas condiciones bajo las cuales los empaquetamientos pueden tener efectos dañinos para la competencia, como, por ejemplo, que se trate de un mercado altamente concentrado, que existan numerosas barreras de entrada en el mercado, que no existan o existan muy pocas firmas en el mercado con ventajas comparables a las del dominante, y que los productos que integran la venta conjunta sean complementarios. Asimismo, la experiencia internacional indica que el análisis de la práctica de atadura implica un estudio caso por caso, para determinar si existen o no efectos anticompetitivos.

431. TELEFÓNICA ha sostenido que en el caso no se encontraban presentes elementos de juicio mínimos, ni siquiera suficientes para abrir el procedimiento de oficio y mucho menos para continuarlo y sancionar. A fin de evaluar dichas afirmaciones, resulta útil aplicar al caso el test diseñado por O’ Donoghue y Padilla¹⁵⁸, según el cual es posible decidir el inicio de una investigación cuando existen los siguientes elementos concurrentes que hacen probable que una práctica de atadura tenga efectos anticompetitivos:

¹⁵⁵ Australian Competition and Consumer Commission-ACCC (2003). “*Bundling in Telecommunications Markets. An ACCC Information paper*”. Disponible en : www.accc.gov.au

¹⁵⁶ ACCC 2003. Pág. 14

¹⁵⁷ O’ Donoghue, R. y J. Padilla Op. cit. Págs. 491 y ss.

¹⁵⁸ O’ Donoghue, R. y J. Padilla Op. cit. Págs. 514 y ss.

- (i) Que la empresa que efectúa la práctica tenga poder de mercado.
- (ii) Que exista competencia imperfecta en el mercado del bien atado.
- (iii) Que exista compromiso a atar.
- (iv) Que los competidores no puedan replicar la atadura.
- (v) Factibilidad de que los competidores salgan del mercado.
- (vi) Existencia de barreras a la entrada, que impidan que terceros entren.
- (vii) Ausencia de poder de mercado por parte de los compradores.

432. Aplicando esta parte del test de O' Donoghue y Padilla a los hechos que sustentaron la decisión del Cuerpo Colegiado de iniciar el presente procedimiento, se tiene lo siguiente:

- **Poder de Mercado:** Se ha determinado que TELEFÓNICA cuenta con posición de dominio en el mercado relevante definido.
- **Competencia imperfecta en bien atado** (telefonía fija): TELEFÓNICA concentra el 91.97% de líneas en servicio fijas alámbricas. Por su parte, su principal competidor América Móvil cuenta con 5.71%, seguido por Americatel que cuenta con el 1.51%. El 0.81% restante se encuentra repartido entre varias empresas competidoras. Dicha distribución de la participación de mercado evidencia la existencia de competencia imperfecta en el mercado de telefonía fija¹⁵⁹.
- **Compromiso de Atar:** El condicionamiento es incluido por TELEFÓNICA en los contratos de acceso al servicio de Internet fijo vía ADSL, donde obliga a los usuarios a contratar el servicio de telefonía fija de la misma empresa.
- **Competidores no pueden replicar atadura:** La oferta comercial de América Móvil presenta características similares a la de TELEFÓNICA, que le permitirían replicar la atadura realizada por la empresa dominante. Sin embargo, América Móvil provee el servicio a través de otra tecnología (cable módem), la misma que cuenta con limitaciones de cobertura y/o facilidades técnicas para instalar el servicio. Luego, no existe otra empresa en el mercado que pueda replicar la venta atada de internet ADSL con telefonía fija. Aún si se independizara el análisis de la tecnología, la reducida cobertura de América Móvil impide que pueda ofrecer un producto atado con el mismo impacto que TELEFÓNICA.
- **Factibilidad de que competidores salgan de mercado:** Ni en el mercado de internet ni en el de telefonía fija existe algún tipo de barrera a la salida, por lo que es factible que los competidores que no perciben la rentabilidad esperada se retiren del mercado¹⁶⁰.

¹⁵⁹Es importante señalar que la estructura mencionada no varía si se toma en cuenta el mercado de telefonía fija inalámbrico. Si se toma en cuenta el mercado de telefonía fija total, incluyendo las líneas inalámbricas, se tiene que Telefónica cuenta con el 71.89%, seguido por Telefónica Móviles y América Móvil con 14.33% y 11.95% respectivamente. Se debe precisar que, del 11.95% de AM, el 7.49% corresponde a líneas inalámbricas. Finalmente, Americatel cuenta con el 1.18% y el 0.65% restante se encuentra repartido por el resto de empresas competidores.

¹⁶⁰De acuerdo al artículo 189º del TUO del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones aprobado por Decreto Supremo N° 020-2007-MTC: *“La instalación, operación y prestación de los servicios de valor añadido no requiere de autorización previa del Ministerio (...).”* Asimismo, el artículo 190º de la referida norma establece que las personas naturales o jurídicas que deseen prestar servicios de valor añadido, deberán inscribirse en un registro que para tal fin llevará el órgano competente del Ministerio.

Luego, a diferencia de lo que ocurre en otros servicios como el móvil o la telefonía fija, la prestación de servicios de Internet no exige cumplimiento de planes mínimos de expansión o inversión que podrían constituirse en barreras a la salida del mercado.

- **Barreras a la Entrada:** Existen barreras estructurales, originadas fundamentalmente en las economías de escala y ámbito presentes en el mercado; barreras legales, que impiden el despliegue de nuevas redes, y barreras estratégicas que responden a la práctica de venta atada desarrollada por la empresa incumbente.
 - **Ausencia de poder de compra:** No se ha evidenciado la existencia de algún usuario o grupo de usuarios que cuente con poder de mercado, ya que los usuarios de estos servicios son mayoritariamente residenciales.
433. Como puede apreciarse, los factores clave que otras agencias de competencia tienen en cuenta para investigar ciertas prácticas de empaquetamiento como una eventual práctica anticompetitiva se encuentran presentes en el caso materia del procedimiento y fueron expuestas en la resolución que dio inicio al procedimiento.
434. En ese sentido, no resulta fuera de lo común que el OSIPTEL a través de su STCCO, en su rol como agencia de competencia en el mercado de las telecomunicaciones y en resguardo del interés público, conforme a lo señalado en el artículo 78° del Reglamento de Controversias, haya decidido investigar preliminarmente la práctica de venta atada de telefonía fija al internet fijo vía ADSL de TELEFÓNICA, operador con posición de dominio en los mercados relevantes definidos y con amplia participación en el mercado de telefonía fija (bien atado). Cabe además señalar que estos factores se encuentran en la misma línea de lo que establecen los Lineamientos de Libre Competencia en Telecomunicaciones, en su numeral 4.3.3, previamente citado.
435. De igual manera, no resulta extraño que, luego de la revisión de la “Investigación Preliminar de Oficio: Supuesta Práctica de Atadura en el Mercado Peruano de Servicios Públicos de Telecomunicaciones”, el Cuerpo Colegiado haya decidido dar inicio a un procedimiento de oficio.
436. De acuerdo con TELEFÓNICA¹⁶¹, se dio inicio a un procedimiento de oficio por un tema muy complejo técnicamente, a tan solo dos días hábiles de haberse designado al Cuerpo Colegiado, sin que existieran pruebas que ameritaran el inicio de una investigación de oficio en contra de TELEFÓNICA.
437. Al respecto, conforme al Reglamento de Controversias, el Cuerpo Colegiado contaba con solo 3 días hábiles para pronunciarse sobre el inicio del procedimiento de oficio¹⁶², por lo que resulta razonable y conforme con el marco legal aplicable, que la decisión de dar inicio al procedimiento de oficio contra TELEFÓNICA haya tenido lugar dentro del plazo legal correspondiente.
438. Adicionalmente, debe recalcar que la STCCO había realizado una Investigación Preliminar durante un periodo de casi 5 meses, identificando una serie de elementos

¹⁶¹Informe presentado por TELEFÓNICA el 27 de noviembre de 2012.

¹⁶²**Reglamento de Solución de Controversias**

Artículo 24.- Emisión de resoluciones. Todas las decisiones tomadas por las instancias que participan en la solución de las controversias reguladas por la presente norma deben estar contenidas en resoluciones.

Las resoluciones deberán ser expedidas en un plazo no mayor a los tres (3) días siguientes computados desde la fecha en que el asunto se encuentra expedito para ser resuelto, salvo en los casos en que el presente Reglamento establezca algo distinto.

de juicio que fueron recogidos en el Informe N° 004-CCO/2011 y posteriormente valorados por el Cuerpo Colegiado, elementos que llevaron a la convicción de que había mérito suficiente para disponer el inicio de un procedimiento de oficio contra TELEFÓNICA.

439. Por tanto, este Tribunal considera que el argumento de TELEFÓNICA, en el sentido de que se habría dado inicio a un procedimiento de oficio por un tema muy complejo técnicamente, a tan solo dos días hábiles de haberse designado al Cuerpo Colegiado, sin que existieran pruebas que ameritaran el inicio de una investigación de oficio en contra de TELEFÓNICA, queda desvirtuado.
440. Por otro lado, cabe resaltar que, luego de la revisión de la literatura económica y de la experiencia internacional en materia de ventas conjuntas, se tienen una serie de elementos que deben analizarse en profundidad a fin de determinar la existencia de la práctica. Dichos elementos han sido incorporados y desarrollados en el siguiente acápite.

3.3.1.3 Metodología de análisis

441. A partir de la legislación nacional, los Lineamientos de Libre Competencia en Telecomunicaciones y la experiencia internacional, este Tribunal considera que, en la misma línea de lo señalado por el Cuerpo Colegiado, para determinar la existencia de la práctica anticompetitiva materia del procedimiento se requiere el análisis de los siguientes elementos: la existencia de servicios diferenciados, coerción, suficiente poder de mercado del proveedor en el mercado del servicio principal, afectación en el mercado del servicio atado y que las eficiencias generadas por la práctica bajo análisis no superen dicha afectación¹⁶³.

¹⁶³ Estos requisitos son consistentes con el Test diseñado sobre la base de la experiencia de la Comunidad Europea (cuyo primer paso ha sido analizado en la parte de considerandos del presente pronunciamiento), el cual contempla un enfoque de tres pasos para analizar si una práctica de empaquetamientos es anticompetitiva:

Paso 1: Determinar, de manera preliminar, si existen elementos de juicio que hagan probable que una práctica de atadura tenga efectos anticompetitivos. Algunos elementos necesarios, pero no suficientes, para que ello ocurra son:

- Que la empresa que efectúa la práctica tenga **poder de mercado**.
- Que exista **competencia imperfecta** en el mercado del bien atado.
- Que exista **compromiso a atar**.
- Que los competidores no puedan replicar la atadura.
- Factibilidad de que los **competidores salgan del mercado**.
- Existencia de **barreras a la entrada**, que impidan que terceros entren.
- Ausencia de poder de mercado por parte de los compradores.

Si se observa que un conjunto de estos elementos no están presentes, se deriva que la práctica en cuestión no puede generar efectos anticompetitivos, y se descarta.

Paso 2: Detectada la presencia de los elementos de juicio mencionados en el Paso 1, se debe continuar y profundizar el análisis para determinar si la atadura bajo evaluación tiene efectos anticompetitivos. Si una práctica de atadura pasa este paso, deber ser evaluada bajo el siguiente paso.

Paso 3: Una vez determinada la existencia de efectos anticompetitivos, evaluar si existen beneficios derivados de eficiencias, que contrapesen dichos efectos anticompetitivos. Asimismo, de existir estas eficiencias, deben ser menores a los efectos anticompetitivos para que la práctica de venta atada bajo análisis pueda ser considerada como anticompetitiva.

Adicionalmente, la evaluación de estos requisitos son también consistentes con el empleado en los recientes pronunciamientos de la Cortes Americanas:

- **Productos Separados:** ¿Existen dos productos separados: el atante o vinculante y el atado o vinculado?
- **Posición de dominio en el mercado del bien atante:** ¿El denunciado debe tener Posición de Dominio en el mercado del producto atante?
- **Coerción:** ¿Existe evidencia actual por parte del vendedor que en efecto fuerce al comprador a aceptar el producto atado?

442. En respaldo de su posición, TELEFÓNICA señaló, en el informe oral de fecha 14 de enero de 2013, que el derecho de la competencia y el derecho administrativo casi se equiparan al derecho penal cuando dicen que tiene que haber dolo para determinar que existe una infracción a la normativa de libre competencia y, por tanto, debe haber una prueba de la intención de querer restringir de manera indebida la competencia.
443. Al respecto, debe señalarse que, para la determinación de la existencia de una infracción, debe cumplirse con demostrar la existencia de los elementos incluidos en la norma que tipifica el hecho como tal, en dicha medida, la metodología descrita responde estrictamente a lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 1034, el cual no contempla el dolo como elemento configurante de una infracción a la normativa de libre competencia.

3.3.2 Aplicación de la metodología al caso concreto

3.3.2.1 Servicios Diferenciados

444. Para establecer si es que nos encontramos frente a dos servicios diferenciados se debe determinar, en primer lugar, si es que es técnica y económicamente factible brindar el servicio atante, el servicio de internet fijo vía ADSL, separado del servicio atado, el servicio de telefonía fija. Adicionalmente, se debe determinar si es que existe una demanda independiente por el servicio atante, es decir, si es que en ausencia de la atadura los compradores adquirirían el servicio de internet fijo vía ADSL por separado del servicio de telefonía fija de TELEFÓNICA.

3.3.2.1.1 Factibilidad Técnica y Económica

445. En su apelación, TELEFÓNICA ha señalado que es claro que el acceso a internet fijo vía ADSL es dependiente, no independiente, de la red de telefonía fija. Adicionalmente, ha alegado que en la resolución apelada se afirmaría que el acceso a internet fijo vía ADSL no hace uso de las centrales de comunicación de la red fija, pero sí utiliza la par de cobre o bucle de abonado que “constituye parte de la red de telefonía fija”, por lo que, de acuerdo con TELEFÓNICA, incluso para el Cuerpo Colegiado estaría claro que casi toda la red de acceso de la telefonía fija es utilizada por la tecnología ADSL.
446. Al respecto, es preciso aclarar que, desde el punto de vista técnico, tal como se indicó en la resolución apelada, no hay razón para exigir a un usuario contar con el servicio telefónico para que pueda adquirir el servicio de ADSL. Ello porque, si bien el internet fijo vía ADSL se soporta sobre la red de telefonía fija convencional, ambos son independientes. En particular, funcionan en diferentes frecuencias (bajas para el transporte de voz y altas para los datos ADSL), por lo que el tráfico es filtrado con *splitters*, de modo que cada elemento a transportarse sea asignado a su frecuencia correspondiente.

-
- **Efectos Anticompetitivos:** ¿Existen efectos anticompetitivos reales o potenciales en el mercado del producto atado? La atadura es ilegal solo cuando (i) no hay efectos procompetitivos o (ii) hay efectos procompetitivos pero el daño causado es mayor que los efectos procompetitivos que se producen.
 - **Justificaciones:** ¿Existen posibles justificaciones o eficiencias de la práctica presentadas por la empresa?.

447. Además, el acceso ADSL usa solo el bucle o par de cobre de conexión desde la central hacia el usuario, pero no requiere de las facilidades ni de conmutación ni de transporte de la red telefónica. En consecuencia, no es necesario contar con el servicio de telefonía fija para poder acceder al servicio de internet fijo vía ADSL.
448. Por tanto, este Tribunal considera que debe desvirtuarse el argumento de TELEFÓNICA, de acuerdo con el cual el acceso a internet fijo vía ADSL sería dependiente, y no independiente, de la red de telefonía fija.
449. Adicionalmente, desde el punto de vista económico, no existe ninguna imposibilidad para poder prestar el servicio de internet fijo vía ADSL de manera individual. En particular, lo único que se requeriría para brindar el servicio de internet fijo vía ADSL “solo”, es incluir los costos de instalación, operación y mantenimiento del bucle de abonado en la tarifa de instalación y/o renta mensual, para que estos costos sean recuperados¹⁶⁴.
450. Es importante agregar que la provisión del servicio de internet fijo vía ADSL “solo” es, además, recomendable por sus efectos en el nivel de competencia del mercado. Así, de acuerdo con la literatura económica, la provisión del internet fijo vía ADSL “solo” promovería el ingreso de operadores alternativos al mercado de servicios minoristas. Dichos operadores, al acceder a la infraestructura del operador dominante, podrían brindar servicios finales de telecomunicaciones soportados sobre la infraestructura de banda ancha (voz sobre IP, televisión sobre IP, entre otros), lo que generaría un mayor grado de competencia en los mercados de servicios finales involucrados¹⁶⁵.

3.3.2.1.2 Experiencia Internacional

451. Prueba adicional de la razonabilidad de la provisión del servicio de internet “solo” y de sus efectos positivos en la competencia es la experiencia internacional. En efecto, un estudio de la OECD, realizado sobre una muestra de 30 países miembros de dicha organización, indica que el 77% de los 90 operadores encuestados permiten a sus usuarios adquirir internet de banda ancha como producto individual. Además, dicho informe constató que una misma empresa puede proveer el servicio de banda ancha de forma individual en un país y hacerlo en forma de empaquetamiento puro en otro¹⁶⁶.
452. Ello sugiere que el condicionamiento por parte de TELEFÓNICA de la adquisición de su servicio de internet fijo vía ADSL a la contratación de su servicio de telefonía fija obedece más a una estrategia comercial que a una imposibilidad económica o tecnológica (la cual al generar más perjuicios que beneficios, como se analizará más adelante, podría afectar al proceso competitivo).

¹⁶⁴Tal como lo hacen países como México o Estados Unidos en América del Norte, Francia, Reino Unido o Alemania en la Comunidad Europea, Australia o Corea, entre otros. La lista entera de países, y los mínimos precios que ofrecen por el servicio de “internet solo” figuran en la figura 8 del documento de la OECD (2011).

¹⁶⁵Analysys Mason (2009) “*Diseño de Políticas Óptimas en un entorno de convergencia de los medios de comunicación y las telecomunicaciones*”. Reporte preparado para el OSIPTEL. Disponible en: www.osiptel.gob.pe

¹⁶⁶OECD (2011), “*Broadband Bundling: Trends and Policy Implications*”, OECD Digital Economy Papers, No. 175, OECD Publishing, 2011. Pág. 12. <http://dx.doi.org/10.1787/5kqhtc8znnbx-en>

453. De acuerdo con TELEFÓNICA, el Cuerpo Colegiado habría estimado que la experiencia internacional es un buen elemento para determinar si existe una demanda de internet “solo” al haber citado un informe de la OECD que señala que el 77% de los operadores de una de sus muestras permite comprar el internet de banda ancha de forma independiente. Sin embargo, TELEFÓNICA alega que el Cuerpo Colegiado omitiría señalar que dicho informe también indicaría que los suscriptores preferían en gran medida los servicios “paquetizados” cuando estaban disponibles.
454. Al respecto, este Tribunal considera que la referencia al informe de la OECD permite demostrar que es técnica y económicamente viable ofrecer el servicio de acceso a internet fijo vía ADSL “solo”. Adicionalmente, permite ver que, efectivamente, sí existe una demanda por el internet fijo vía ADSL “solo” en el mercado de un número considerable de países, al margen de la magnitud de la misma. El hecho de que dicha demanda por el internet fijo vía ADSL “solo” exista o no en el mercado peruano será determinado a continuación.

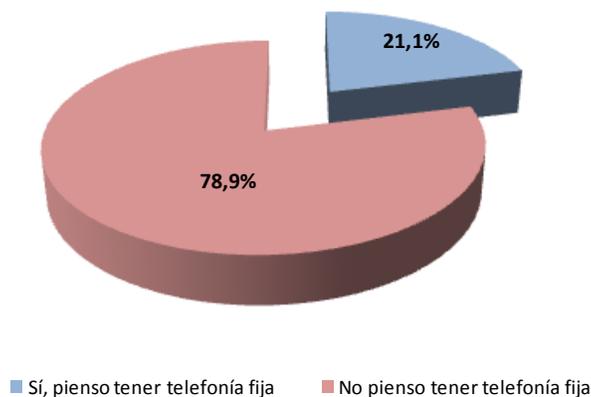
3.3.2.1.3 Demanda actual y potencial del servicio del internet Fijo vía ADSL “solo”

455. Dado que ya se estableció que es técnica y económicamente factible brindar el servicio de internet separado del de telefonía fija, para que ambos puedan ser considerados servicios diferenciados queda demostrar que existe una demanda por el servicio de internet fijo vía ADSL “solo”.
456. TELEFÓNICA ha afirmado en su apelación que la resolución apelada señalaría que no hay evidencia suficiente que permita concluir que existe un mercado de ADSL “solo”, por lo que la conclusión del Cuerpo Colegiado debería haberse decantado por considerar al internet fijo vía ADSL y a la telefonía fija como parte del mercado de servicios empaquetados de telecomunicaciones.
457. Con relación a este punto, este Tribunal considera que sí existe una demanda del servicio del internet fijo vía ADSL “solo”. Dicha demanda viene constituida por:
- Los actuales suscriptores del servicio de internet fijo de América Móvil Perú S.A.C., que adquieren el servicio sin ningún otro servicio de telecomunicaciones. A diciembre de 2011, estos usuarios representaron un 24% del total de usuarios de internet fijo de América Móvil Perú S.A.C., lo que da un total de 105.442 suscriptores. Si se traslada dicho porcentaje de usuarios al total de usuarios con los que cuenta TELEFÓNICA, éstos ascenderían a 258.626 suscriptores.
 - La fracción de los usuarios de internet fijo vía ADSL de TELEFÓNICA que no desean contar con el servicio de telefonía fija pero se ven obligados a adquirirlo de manera atada al de ADSL¹⁶⁷.

¹⁶⁷A fin de ilustrar esta idea, podría señalarse que diciembre de 2011, el número de suscriptores que contrató el servicio de internet fijo atado al servicio de telefonía fija de TELEFÓNICA asciende a 125.312 suscriptores. Estos son los usuarios que cuentan con una línea de telefonía fija que no es susceptible de ser integrada con otros servicios para formar los llamados Dúos y Tríos de TELEFÓNICA. Como se indicó previamente, los llamados Dúos y Tríos solo se forman con 4 tipos de líneas, mientras que TELEFÓNICA cuenta con más de 30 planes de telefonía fija que se atan al servicio de internet ADSL (planes postpago y control). Luego, puede señalarse que los usuarios de estas otras líneas que además cuentan con internet ADSL serán quienes necesariamente han adquirido un empaquetamiento en la forma de venta atada.

- Los usuarios de los paquetes de América Móvil Perú S.A.C. conformados por los servicios de telefonía fija y televisión de paga que eventualmente podrían requerir el servicio de internet de TELEFÓNICA. Estos representan el 2% de sus usuarios de paquetes, los cuales ascienden a 1,664. No obstante, se debe resaltar la imposibilidad que tienen los usuarios de América Móvil Perú S.A.C. para adquirir el servicio de internet fijo vía ADSL de TELEFÓNICA de manera individual sin tener que adquirir o migrar hacia el servicio de telefonía fija de la empresa dominante.
- Los usuarios del servicio de telefonía móvil que deseen contar con internet fijo vía ADSL. Una parte de estos usuarios puede desear contratar el servicio de internet fijo vía ADSL, y no desear contratar la línea de telefonía fija, por considerarla sustituta del servicio de telefonía móvil con el que ya cuentan¹⁶⁸. Esta es la fracción más importante de la demanda potencial de internet fijo vía ADSL “solo” pues, a diciembre de 2011, se tenía 32 millones de usuarios de líneas móviles a nivel nacional.

Gráfico N° 18: Disposición de usuarios móviles a contratar telefonía fija



Fuente: Encuesta OSIPTEL 2012. Elaboración: OSIPTEL.

458. En tal sentido, dado que sí se ha demostrado que existe una demanda diferenciada por el servicio de internet fijo ADSL “solo”, este Tribunal considera que debe desvirtuarse el argumento de TELEFÓNICA, de acuerdo con el cual el Cuerpo Colegiado debería haber considerado al internet fijo vía ADSL y a la telefonía fija como parte del mismo mercado de servicios empaquetados de telecomunicaciones.

3.3.2.1.4 Conclusión

459. Por todo lo expuesto, el Tribunal considera que el internet fijo vía ADSL y la telefonía fija son servicios independientes y que existe una demanda real y potencial por el servicio de internet fijo vía ADSL “solo”. En consecuencia, dentro de los

¹⁶⁸Si bien anteriormente se ha mencionado que el servicio de internet móvil no es considerado sustituto del internet fijo por parte de los usuarios, sí existe una sustitución de telefonía fija por telefonía móvil. Así, de la Encuesta del OSIPTEL (2012) se obtiene que, de los usuarios que sólo cuentan con el servicio de telefonía móvil, el 78.9% respondió que no piensa tener un teléfono fijo en los próximos 6 meses. El 37.4% de estos respondió que la razón por la cual no contrataría el servicio de telefonía fija es porque cuenta con el servicio móvil, mientras que 37.39% dio como razón que el servicio de telefonía fija no le era necesario. Luego, para estos usuarios, el servicio móvil con el que cuentan sustituye al servicio de telefonía fija.

alcances del presente procedimiento, se debe considerar que existen dos servicios diferenciados.

3.3.2.2 Coerción

460. Una vez comprobada la existencia de servicios diferenciados, se debe verificar si la venta del servicio de acceso a internet fijo vía ADSL viene siendo condicionada o subordinada a la compra del servicio de telefonía fija de TELEFÓNICA.
461. En la misma línea de lo señalado en la resolución apelada, la acreditación del nivel de coerción implica la comprobación de que el vendedor imponga la compra de un servicio como condición de la venta de otro, forzando la voluntad del consumidor. Es decir, debe verificarse que, en los contratos y, en general, en las condiciones de venta ofrecidas, el servicio principal no puede ser adquirido por separado; es decir, que no existe la posibilidad de adquirir el servicio principal sin adquirir el servicio atado.
462. Conforme a ello, se requiere que, en la práctica bajo análisis, el comprador sea forzado a adquirir el servicio de telefonía fija, aún cuando no lo desee y solo quiera adquirir el servicio de internet fijo vía ADSL.

3.3.2.2.1 Acciones de supervisión del OSIPTEL y Contratos de acceso al servicio de internet fijo vía ADSL¹⁶⁹

463. Para determinar la existencia de coerción en la venta atada de los servicios de acceso a internet fijo vía ADSL y telefonía fija, se efectuaron acciones de supervisión, dentro del marco de las facultades atribuidas por la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones, Ley N° 27336, y por el Reglamento General de Acciones de Supervisión del Cumplimiento de la normativa aplicable a los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado por Resolución N° 034-97-CD/OSIPTEL, en las que se registraron las respuestas de los vendedores de TELEFÓNICA, ante la simulación de intención de compra del servicio de internet fijo vía ADSL “solo”.
464. Tal como se señaló en la resolución apelada, se realizaron una serie de llamadas al Servicio de Telegestión Comercial de TELEFÓNICA (número 104) de diversas localidades del Perú. En dichas llamadas se solicitó información acerca de las condiciones aplicables a la adquisición del servicio de acceso a internet en diferentes modalidades. A continuación, se detallan algunos de los resultados, los que están incluidos en la resolución apelada:

¹⁶⁹ Es preciso indicar que las acciones y transcripciones correspondientes a la supervisión se encuentran en el expediente de la controversia, encontrándose a disposición de la empresa TELEFÓNICA.

Acciones de Supervisión del OSIPTEL

Funcionario de OSIPTEL preguntando por el servicio Speedy¹⁷⁰:

Funcionario del OSIPTEL: Por favor, quisiera saber ¿cuáles son los requisitos para adquirir internet, por favor?

Telefónica: ¿Cuál es número telefónico, por favor?

Funcionario del OSIPTEL: No, no tengo número telefónico.

Telefónica: Esto lo desea ¿en qué distrito?

Funcionario del OSIPTEL: Eso es en la victoria

Telefónica: Ya mire, para que usted tenga internet, debe tener una línea telefónica, ahorita estamos dando un paquete (...)

Funcionario del OSIPTEL: Ah ok entiendo, pero ¿en cualquiera de esos casos igual tiene que ser con la línea telefónica fija de ustedes?

Telefónica: Exactamente.

Funcionario de OSIPTEL preguntando por el servicio Speedy Negocios¹⁷¹:

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

Telefónica: El primer requisito para adquirir un Speedy tendría que tener una línea con Telefónica

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

Telefónica: Sí

Funcionario de OSIPTEL preguntando por el servicio Internet 50¹⁷²:

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

Funcionario OD Huancayo: No

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

(...)

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

Telefónica: No existe,

Funcionario OD Huancayo: ¿No existe?

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

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

Telefónica: Correcto.

465. Las llamadas realizadas durante la acción de supervisión también incluyeron consultas en torno a las posibilidades de acceso al servicio de internet por parte de un cliente que cuente con un servicio de telefonía fija de una empresa diferente de TELEFÓNICA. A continuación se detallan algunas de las conversaciones:

¹⁷⁰Acción de supervisión llevada a cabo el 2 de diciembre a las 16: 19 horas por un funcionario del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones en la ciudad de Lima.

¹⁷¹Acción de supervisión llevada a cabo el 29 de noviembre a las 18:16 horas por un funcionario del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones en la ciudad de Huancayo.

¹⁷²Acción de supervisión llevada a cabo el 2 de diciembre a las 16: 24 horas por un funcionario del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones en la ciudad de Lima.

Acciones de Supervisión del OSIPTEL

Funcionario de OSIPTEL preguntando por el servicio Speedy¹⁷³:

Funcionario del OSIPTEL Lima: Sí, disculpe quería información con respecto al servicio de internet que brindan Operador 104: ¿Cuenta usted con teléfono en casa, señor?
Funcionario del OSIPTEL: Tengo un teléfono pero de Telmex.
Operador 104: ah correcto, pero en todo caso, para contratar el servicio de internet de Telefónica es importante contar con un teléfono fijo, lo que podemos brindarle en todo caso es una línea básica, una línea control con 130 minutos para llamadas locales y un internet de capacidad de un mega. El costo de este servicio es de 109 soles, la instalación de la línea tiene un costo de 150 que va a ser fraccionado en 15 meses de 10 soles y la instalación de la internet el cual incluye un router inalámbrico, tiene un costo de un sol que es un pago que se genera por única vez.
Funcionario del OSIPTEL: Y, ¿necesariamente tengo que contratar un servicio de telefonía fija con Telefónica?
Operador 104: Exacto, el servicio que nosotros le facilitamos es a través de la línea.
Funcionario del OSIPTEL Lima: Ya, y ¿tiene que ser un servicio de TELEFÓNICA, un servicio de Telefónica fija? ¿No puede ser inalámbrica?
Operador 104: No, tiene que ser un teléfono fijo
 (...)
Funcionario del OSIPTEL Lima: Ah pero ¿no tienen un servicio de internet, el cual puedan brindar sin contratar el teléfono fijo?
Operador 104: No, todos los servicios que brindamos es a través de la línea.

Funcionario de OSIPTEL preguntando por el servicio Speedy Negocios¹⁷⁴:

Funcionario OD Huancayo: bueno tengo una línea telefónica pero no telefónica es de otra empresa operadora Telefónica: Para tener el servicio de Speedy es necesario contar con la línea telefónica...
 (...)
Funcionario OD Huancayo: Ok, y cuenta Ud con algún plan de internet para el cual no sea necesario la contratación del servicio de telefonía.
Telefónica: No
Telefónica: Para tener un Speedy con Telefónica tendría que contratar una línea telefónica.

Funcionario de OSIPTEL preguntando por el servicio Internet 50¹⁷⁵:

Funcionario del OSIPTEL: (...) como es el servicio de internet 50 para adquirirlo, ¿cuáles son los requisitos?
Telefónica: (...) ¿Cuál es su número telefónico?
Funcionario del OSIPTEL: Bueno tengo un teléfono de Telmex
Telefónica: Bueno lo que pasa que este Internet 50 se maneja directamente para los clientes residenciales que tengan un número de teléfono fijo con TELEFÓNICA.
 (...)
Telefónica: Bueno puede tener una línea libre, puede tener una línea controlada y no hay ningún problema.
Funcionario del OSIPTEL: Y línea prepago si puede tener ¿o no?
Telefónica: No, las prepago no, porque no se emite recibo electrónico.

466. De las supervisiones realizadas a través de llamadas al número 104, se observa que las condiciones ofrecidas a los usuarios para adquirir el servicio de acceso a internet requieren necesariamente la contratación de un línea telefónica fija, ya sea para el caso de una oferta regular o promocional (dúo).

467. A estos efectos, cabe añadir que la coerción realizada por TELEFÓNICA es evidente, considerando que esta empresa cuenta con una participación de mercado

¹⁷³Acción de supervisión llevada a cabo el 30 de noviembre de 2010 a las 18:21 horas por un funcionario del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones en la ciudad de Chiclayo.

¹⁷⁴Acción de supervisión llevada a cabo el 2 de diciembre a las 18: 16 horas por un funcionario del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones en la ciudad de Lima.

¹⁷⁵Acción de supervisión llevada a cabo el 2 de diciembre de 2010 a las 15:59 horas por un funcionario del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones en la ciudad de Lima.

muy cercana al 100% en el mercado relevante, definido en los términos del presente pronunciamiento.

468. Adicionalmente, obra en el expediente otro medio de prueba contundente que acredita el elemento coerción: los contratos de acceso al servicio de internet fijo vía ADSL. De la lectura de dichos contratos se puede observar que TELEFÓNICA obliga a los usuarios a contratar el servicio de telefonía fija de la misma empresa¹⁷⁶, evidenciándose la existencia del elemento coerción.

3.3.2.2.2 Argumentos de TELEFÓNICA en contra de los medios probatorios que acreditan la coerción

469. De acuerdo con el informe elaborado por el Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, las “llamadas ficticias” realizadas en las acciones de supervisión no pueden ser consideradas como una prueba absoluta de la coerción. Al respecto, se sostiene que no habría evidencia de que los usuarios hayan protestado por la oferta empaquetada de la empresa y que no se habría tomado en cuenta que estos clientes podrían estar haciendo llamadas para obtener la información necesaria a fin de compararla con la que reciban de otras empresas operadoras proveedoras del mismo servicio y así tomar una decisión de compra. De igual manera, no se consideraría que si un cliente acepta la oferta empaquetada es porque ésta le reporta mayores beneficios que las que le ofrecen otras empresas.
470. A partir de la lectura de la resolución apelada, se puede afirmar que lo que se buscó acreditar por medio de las acciones de supervisión del OSIPTEL (“llamadas ficticias”) fue “el nivel de coerción”¹⁷⁷, es decir, que TELEFÓNICA efectivamente condicionó o subordinó la venta del servicio de acceso a internet fijo vía ADSL a la compra de su servicio de telefonía fija.
471. Sin embargo, parece ser que la interpretación que el Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico hace del “nivel de coerción” se referiría más bien a las preferencias de los usuarios, en el sentido de que los mismos efectivamente lleguen a contratar el servicio de internet fijo vía ADSL, a pesar del mencionado condicionamiento, y a si estos efectivamente se ven beneficiados por la práctica, es decir, a las eficiencias que esta podría generar y que los consumidores podrían buscar al contratar el paquete.
472. Como ya se señaló, de la revisión de la transcripción de las llamadas, llevadas a cabo como parte de las Acciones de Supervisión del OSIPTEL, siguiendo las formalidades legales correspondientes, resulta evidente que no existe la posibilidad de adquirir el servicio de internet fijo vía ADSL de TELEFÓNICA sin contar con el

¹⁷⁶ Así, en la cláusula N°4 del contrato de acceso al servicio “Speedy”, aparece como una de las condiciones del servicio que el cliente cuente con “una línea telefónica fija de su titularidad contratada con TdP (no líneas prepago)”.

De igual manera, en la cláusula N° 4 del contrato de acceso al servicio “Speedy Negocios”, aparece como una de las condiciones del servicio que el cliente cuente con “una línea telefónica fija de su titularidad contratada con TdP (no líneas prepago)”.

¹⁷⁷ “(...) que el vendedor imponga la compra de un servicio como condición de la venta de otro, forzando la voluntad del consumidor. Es decir, debe verificarse en los contratos y, en general, en las condiciones de venta ofrecidas, que el servicio principal no puede ser adquirido por separado; es decir, que no existe la posibilidad de adquirir el servicio principal sin adquirir el servicio atado”. (Página 39 de la resolución apelada)

servicio de telefonía fija ofrecido por esta misma compañía¹⁷⁸. Adicionalmente, como ya ha sido señalado, obran en el expediente los contratos de acceso al servicio de internet fijo vía ADSL en los que la existencia de la coerción es evidente.

473. De otro lado, debe puntualizarse que TELEFÓNICA no ha cuestionado la existencia de coerción hasta antes de la remisión del Informe elaborado por el Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico. En efecto, ni en sus descargos, ni en sus alegatos, ni en su apelación, TELEFÓNICA ha negado la existencia de la venta conjunta entre sus servicios de telefonía fija e internet fijo vía ADSL.
474. En consecuencia y por lo expuesto, los argumentos de TELEFÓNICA respecto de que no existiría coerción, no resultan atendibles.

3.3.2.2.3 Conclusión

475. Por tanto, sobre la base de los resultados de las acciones de supervisión y de la revisión de los contratos de acceso al servicio de internet fijo vía ADSL, este Tribunal concluye que TELEFÓNICA no ofrece la posibilidad de compra del servicio internet fijo vía ADSL “solo”, sino que lo sujeta a la adquisición del servicio de telefonía fija, evidenciándose un apreciable nivel de coerción que imposibilita la adquisición independiente del servicio atante.

3.3.2.3 Efectos de la práctica

476. Siguiendo la metodología de análisis previamente expuesta, para que se acrediten los efectos negativos de la práctica investigada, actuales o potenciales, se debe demostrar la existencia del traslado de una posición de dominio en el mercado del bien principal al mercado del bien atado; el acaparamiento o cierre de los canales de distribución, impidiendo a los rivales la posibilidad de acceder a ellos; y la creación o elevación de barreras a la entrada estratégicas.

3.3.2.3.1 Factibilidad de que la práctica genere efectos anticompetitivos

477. De los medios probatorios que obran en el expediente, se aprecia que, a diciembre de 2011, TELEFÓNICA concentra el 91.97% de líneas en servicio fijas alámbricas. Por su parte, su principal competidor, América Móvil Perú S.A.C., cuenta con el 5.71%, seguido por Americatel, que cuenta con el 1.51%. El 0.81% restante se encuentra repartido entre varias empresas competidoras. Dicha distribución de la participación de mercado evidencia la existencia de cierto nivel de competencia en el mercado de telefonía fija. Es importante señalar que la estructura mencionada no varía si se toma en cuenta el mercado de telefonía fija inalámbrico¹⁷⁹.

¹⁷⁸-Funcionario de OSIPTEL preguntando por el servicio Speedy Negocios
Funcionario OD Huancayo: *No señorita yo tengo una línea telefónica pero de otra empresa*
Telefónica: *El primer requisito para adquirir un Speedy tendría que tener una línea con Telefónica*
Funcionario OD Huancayo: *¿Quiere decir para el servicio de internet de Speedy negocios necesariamente debo contar con una línea telefónica?*
Telefónica: *Sí*
(RA página40)

¹⁷⁹Si se toma en cuenta el mercado de telefonía fija total, incluyendo las líneas inalámbricas, se tiene que TELEFÓNICA cuenta con el 71.89%, seguido por Telefónica Móviles y AM con 14.33% y 11.95% respectivamente. Se debe precisar que,

478. Por otro lado, como ya ha sido señalado, se ha observado que la oferta comercial de América Móvil Perú S.A.C. presenta características similares a la de TELEFÓNICA que aparentemente le permitirían replicar la atadura realizada por la empresa dominante. No obstante, se debe precisar que América Móvil Perú S.A.C. provee el servicio a través de otra tecnología (cable módem), la misma que cuenta con limitaciones de cobertura y/o facilidades técnicas para instalar el servicio. Luego, no existe otra empresa en el mercado que pueda replicar la venta atada de internet fijo vía ADSL con telefonía fija. Aún si se independizara el análisis de la tecnología, la reducida cobertura de América Móvil Perú S.A.C. impide que pueda ofrecer un producto atado con el mismo impacto que TELEFÓNICA.
479. Adicionalmente, ni en el mercado de internet fijo vía ADSL ni en el de telefonía fija existe algún tipo de barrera a la salida, por lo que es factible que los competidores que no perciben la rentabilidad esperada se retiren del mercado¹⁸⁰.
480. En consecuencia, este Tribunal considera que es posible inferir que la práctica en cuestión efectivamente puede generar efectos anticompetitivos¹⁸¹.

3.3.2.3.2 Lógica económica detrás de la práctica

481. Dado que, como ya se determinó previamente, es técnica y económicamente factible brindar el servicio de internet fijo vía ADSL “solo” y, sin embargo, TELEFÓNICA no lo ofrece, este Tribunal considera que es necesario analizar las razones que pueden estar detrás de este hecho. En ese sentido, de determinarse que TELEFÓNICA podría obtener mayores ganancias en el mercado de ADSL ofreciendo el servicio de forma desempaquetada pero opta por no hacerlo, se deduciría que la práctica de atadura se realiza con fines anticompetitivos. En este caso, se hace necesario determinar cuál sería el efecto que permitiría a TELEFÓNICA recuperar las ganancias que viene sacrificando por no proveer el internet fijo vía ADSL “solo” y si es que este es anticompetitivo.
482. Al respecto, el gráfico N° 19 compara la demanda actual del servicio de internet fijo vía ADSL con la demanda potencial de este servicio si TELEFÓNICA lo ofreciera “solo”. El gráfico muestra que la demanda actual del servicio de internet fijo vía ADSL de TELEFÓNICA está compuesta por (i) aquellos usuarios que desean y contratan ambos servicios y (ii) por aquellos usuarios que contratan el servicio de internet fijo vía ADSL de manera atada al de telefonía fija, por no tener mayor opción. Por su parte, la demanda efectiva o potencial de internet fijo vía ADSL se compone de estos dos grupos y, adicionalmente, (iii) de aquellos usuarios que,

del 11.95% de AM, el 7.49% corresponde a líneas inalámbricas. Finalmente, Americatel cuenta con el 1.18% y el 0.65% restante se encuentra repartido por el resto de empresas competidores.

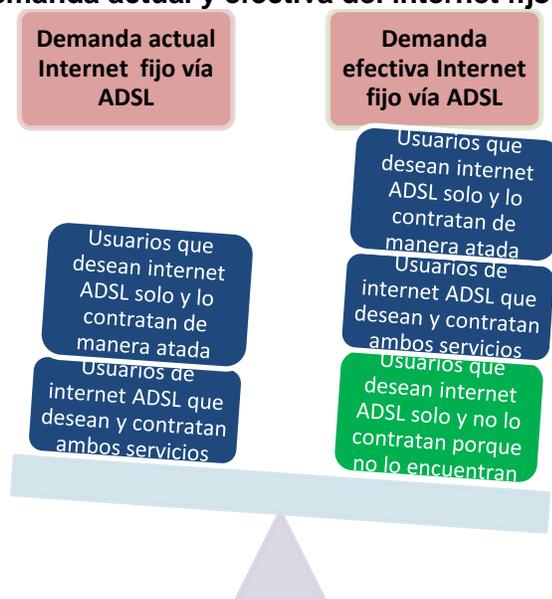
¹⁸⁰De acuerdo al artículo 189° del TUO del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones aprobado por Decreto Supremo N° 020-2007-MTC: “La instalación, operación y prestación de los servicios de valor añadido no requiere de autorización previa del Ministerio (...)”. Asimismo, el artículo 190° de la referida norma establece que las personas naturales o jurídicas que deseen prestar servicios de valor añadido, deberán inscribirse en un registro que para tal fin llevará el órgano competente del Ministerio.

Luego, a diferencia de lo que ocurre en otros servicios como el Móvil o la telefonía fija, la prestación de servicios de internet no exige cumplimiento de planes mínimos de expansión o inversión que podrían constituirse en barreras a la salida del mercado.

¹⁸¹Competencia imperfecta en el mercado del bien atado, competidores no pueden replicar la atadura y es factible que los competidores salgan del mercado.

desean adquirir el internet fijo vía ADSL “solo” pero que no lo adquieren por no encontrarlo disponible sin tener que verse obligados a adquirir el servicio de telefonía fija que se ata a él.

Gráfico N° 19: Demanda actual y efectiva del internet fijo vía ADSL



Elaboración: OSIPTEL.

483. En consecuencia, en línea con lo señalado respecto del traslado de posición de dominio de un mercado a otro, se observa que TELEFÓNICA podría contar con un mayor número de usuarios si ofreciera el internet fijo vía ADSL sin atarlo, obteniendo con ello mayores ganancias, al aumentar el tamaño de su mercado. Pese a ello, TELEFÓNICA prefiere sacrificar las ganancias derivadas de la venta de internet fijo vía ADSL “solo”. La lógica económica nos dice que estas ganancias deben estar siendo recuperadas por otros medios, presumiblemente en el mercado directamente afectado por esta práctica: el mercado de telefonía fija. De acuerdo a la teoría económica post Escuela de Chicago, antes referida, por medio de la práctica de venta atada TELEFÓNICA puede conseguir excluir a sus competidores del mercado del servicio de telefonía fija (servicio atado), el cual presenta una intensidad competitiva más alta que el del internet fijo vía ADSL.
484. En esta línea, la venta atada de TELEFÓNICA puede tener fines anticompetitivos: la empresa sacrifica ganancias en el mercado de internet fijo vía ADSL, al tener menos usuarios de los posibles, con el objetivo de recuperar dichos ingresos en el mercado de telefonía fija (servicio atado), a través de la reducción de la demanda de los competidores que pertenecen a este mercado. En acápite posteriores se evaluará el daño que ocasiona esta práctica de atadura en los competidores del mercado de telefonía fija.
485. Para analizar los efectos que esta práctica tiene en el mercado de telefonía fija (servicio atado), se pondrá especial énfasis en el efecto de la práctica sobre los competidores de la empresa dominante. Adicionalmente, se analizará cómo esta práctica tiene, a su vez, un efecto indirecto en el bienestar de los consumidores o usuarios finales, en los términos definidos en el Decreto Legislativo N°1034.

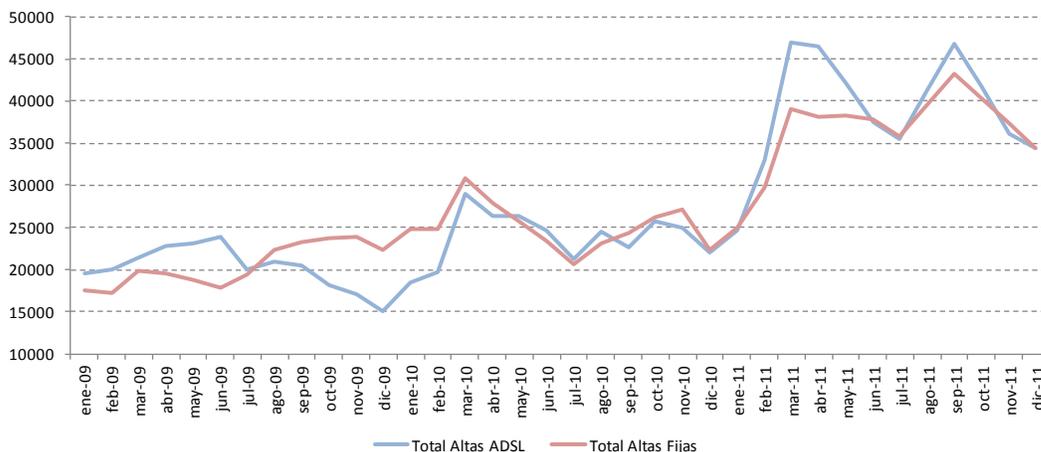
3.3.2.3.3 Efectos en el mercado de telefonía fija

486. Un primer aspecto a analizar es la relación existente entre el servicio de acceso a internet fijo vía ADSL y el servicio de telefonía fija. A partir de la relación existente se explicara cómo, vía las externalidades de red, un mercado puede afectar otro. Luego, se analizarán los principales indicadores de desempeño del mercado de telefonía fija que muestran el efecto ocasionado por la práctica de venta atada en cuestión. Finalmente, se expondrá el escenario que se hubiera alcanzado de no existir la práctica.

Relación entre internet fijo vía ADSL y telefonía fija

487. Un primer paso para analizar el efecto ocasionado sobre el mercado producto de la práctica de venta atada, parte por evaluar la relación existente entre el servicio atante, el servicio de internet fijo vía ADSL, y el servicio atado, el servicio de telefonía fija. Ello con el objetivo de identificar si la práctica realizada en un mercado puede afectar el otro.

Gráfico N° 20: TELEFÓNICA-Evolución de altas en internet ADSL y telefonía fija (a diciembre 2011)



Fuente: TELEFÓNICA Elaboración: OSIPTEL

488. Así, en el Gráfico N° 20 se puede observar que la correlación entre las altas de ambos servicios para la empresa dominante es sumamente elevada; lo cual se comprueba al realizar el cálculo del coeficiente de correlación¹⁸², que asciende a 0.92. Dicho índice nos indica que las altas en el mercado de telefonía fija guardan una estrecha relación con las altas de internet fijo vía ADSL.

489. Como se analizó previamente, el mercado de acceso a internet fijo vía ADSL se encuentra altamente concentrado y cuenta con un número muy reducido de competidores. Este hecho, sumado a las barreras a la entrada existentes, llevó a determinar que TELEFÓNICA cuenta con posición de dominio en dicho mercado.

¹⁸² El coeficiente de correlación expresa el grado de asociación lineal que existe entre dos variables. Un valor cercano a 1 indica una asociación fuerte.

490. Nuevamente, como en el caso del servicio de internet fijo vía ADSL, la región Lima muestra una estructura distinta al contar con 15 empresas competidoras en el mercado de telefonía fija. En el resto de provincias el número de empresas varía entre 6 y 9, dependiendo de su cercanía a la costa. Asimismo, los índices HHI de este mercado, pese a indicar que se trata de mercados concentrados, son menores a los observados en el mercado del servicio de internet fijo vía ADSL.

Cuadro N° 06: Distribución regional del número de empresas de telefonía fija- a diciembre 2011

| Número de empresas* | HHI promedio | Regiones |
|---------------------|--------------|--|
| 6 | 4.642 | Amazonas |
| 7 | 5.128 | Apurímac, Ayacucho, Cajamarca, Huancavelica, Madre de Dios, Tumbes y Ucayali |
| 8 | 5.684 | Cusco, Huánuco, Junín, Loreto, Moquegua, San Martín y Tacna |
| 9 | 5.761 | Ancash, Arequipa, Ica, La Libertad Lambayeque, Pasco, Piura y Puno |
| 15 | 5.394 | Lima |

(*) Nota: Se cuenta a Telefónica Móviles S.A. como una empresa diferente de TELEFÓNICA, dado que aquella brinda el servicio de Telefonía fija inalámbrica, que difiere del servicio de telefonía fija tradicional brindado por TELEFÓNICA.

Fuente: Empresas Operadoras Elaboración: OSIPTEL

491. Así, en el mercado de telefonía fija existen alternativas de sustitución en cada región. Adicionalmente, otra alternativa que tienen los usuarios es el empleo de la telefonía móvil, el mismo que cuenta con una cobertura de más del 90% a nivel nacional.
492. De lo antes expuesto, se puede concluir que el servicio de internet fijo vía ADSL de TELEFÓNICA no es influenciado por presiones competitivas de otros agentes, mientras que el mercado de telefonía fija sí enfrenta este tipo de presiones. En dicho mercado, TELEFÓNICA enfrenta a diferentes empresas competidoras que, aunque pequeñas, ofrecen alternativas de sustitución al servicio fijo de TELEFÓNICA. De lo actuado en el expediente, este Tribunal considera que este hecho sería el principal motivo que tendría la empresa dominante para intentar extender la amplia posición de dominio con la que cuenta en un mercado, el de internet fijo vía ADSL, a otro donde existe mayor presión competitiva, en este caso el de telefonía fija.

Externalidades de red

493. Las empresas utilizan diversos mecanismos para diferenciarse de la competencia y maximizar sus beneficios. Uno de ellos es diferenciar la tarifa que cobran por las comunicaciones que se dan entre sus usuarios (tarifa *on-net*) y la tarifa que cobran por la comunicación realizada a los usuarios de otra red (tarifa *off-net*). La diferenciación entre las tarifas *on-net* y *off-net* es una estrategia ampliamente practicada por los operadores de telecomunicaciones a nivel mundial para competir.
494. En línea con ello, TELEFÓNICA ha orientado su estrategia comercial en el mercado de telefonía fija al ofrecimiento de menores tarifas *on-net*, o incluso de tarifas planas a nivel local y nacional dentro de su red. Ello le ha permitido aprovechar las

economías de red con las que cuenta, por ser el operador con mayor participación en el mercado de telefonía fija.

495. Al respecto, a diciembre de 2011, los competidores no se encontraban en posibilidad de replicar dicha oferta de la tarifa *on-net*. Ello debido fundamentalmente al tamaño de sus redes. Así, dado que TELEFÓNICA cuenta con un 71.89% de participación de mercado en telefonía fija¹⁸³, tarifas bajas *on-net* permiten ampliamente explotar las economías de red. Sin embargo, el ofrecer menores tarifas para llamadas *on-net* no es tan atractivo para América Móvil Perú S.A.C., segundo competidor más importante de TELEFÓNICA en el mercado de telefonía fija, pues su red fija sólo cuenta con el 7.49% de participación de mercado¹⁸⁴.
496. A menos que la mayoría de contactos de un usuario cuente con teléfonos del mismo operador, el contar con una línea de telefonía fija de un competidor pequeño resulta poco atractivo para él, pues deberá pagar una tarifa más alta para llamarlos. Adicionalmente, dado que el terminar llamadas fuera de la red propia implica que los operadores deben pagar un cargo de terminación por minuto a la red que recibe la llamada, los operadores de menor tamaño no pueden ofrecer tarifas *off-net* menores que las *on-net* para compensar las menores externalidades de red con las que cuentan.
497. Por tanto, un operador de tamaño pequeño puede entrar en un círculo vicioso pues, el contar con pocos usuarios le genera reducidas externalidades de red, lo que a su vez hace a su red poco atractiva. Luego, tendrá dificultades para atraer a nuevos usuarios a su red, reforzando el efecto de sus reducidas externalidades. A esto debe sumarse la menor posibilidad que tienen estas redes pequeñas de explotar sus economías de escala, justamente debido a su tamaño.
498. En este sentido, si bien la diferenciación de precios entre *on-net/off-net* por parte de los operadores de servicios de telefonía es una estrategia relativamente aceptada, en las circunstancias del caso concreto y dentro de los alcances del presente procedimiento, la venta atada no lo es. En el caso concreto, la estrategia anticompetitiva de venta atada de su servicio de telefonía fija al internet fijo vía ADSL implementada por TELEFÓNICA, la ha llevado a evitar ilícitamente la reducción del tamaño de su red fija, permitiéndole a su vez explotar sus externalidades de red en mayor medida, en perjuicio de los competidores. Al impedir que las redes de los competidores se desarrollen como hubiesen podido, en ausencia de la práctica anticompetitiva, estos se ven imposibilitados de explotar sus externalidades de red en la medida adecuada.
499. Dado que una red de mayor tamaño permite a sus usuarios gozar de mayores externalidades (por ejemplo, más usuarios a quienes llamar por una tarifa *on-net* más baja), la red se vuelve más atractiva, por lo que atrae a más usuarios. En el caso bajo análisis, el problema intrínseco es que el tamaño de la red fija de TELEFÓNICA se ha mantenido por medio de una práctica anticompetitiva, en este caso, la venta atada. En consecuencia, los competidores en el mercado de telefonía

¹⁸³Es seguido por su empresa subsidiaria que provee el servicio a través de tecnología fija inalámbrica, Telefónica Móviles que cuenta con 14.33%.

¹⁸⁴Corresponde a la participación de líneas en servicio de América Móvil que cuenta con la segunda red más grande en el país.

fija se han visto perjudicados por esta práctica, al no poder ampliar su número de usuarios como hubiesen podido en ausencia de la misma y, por lo tanto, contar con mayores economías de red.

500. Es importante mencionar que, por contar con la red más grande, TELEFÓNICA se beneficia adicionalmente de los ingresos que obtiene por la interconexión, ya sea por la terminación de llamadas de otros operadores de telefonía fija en su red o por aquellas llamadas con origen móvil. Por tanto, el evitar que los competidores de telefonía fija cuenten con el número de usuarios con el que hubiesen podido contar en ausencia de la práctica de atadura bajo análisis, lleva a TELEFÓNICA a beneficiarse indirectamente por medio de mayores ingresos de interconexión.

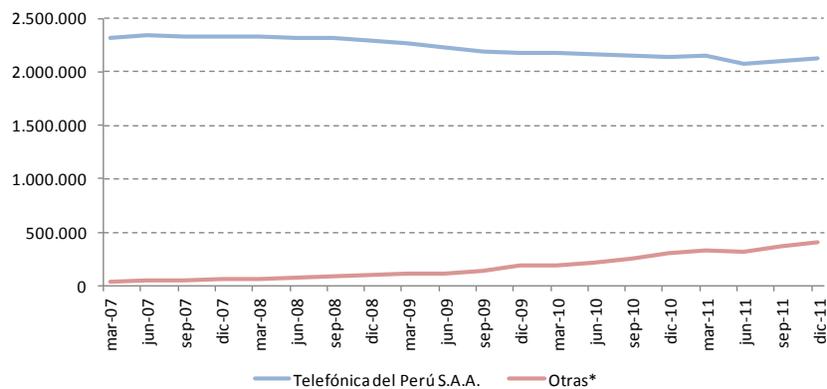
Desempeño de los principales indicadores del mercado

501. En su apelación, TELEFÓNICA ha cuestionado el hecho de que el Gráfico N° 06 de la resolución apelada sólo presente información del primer trimestre del año 2011. TELEFÓNICA ha afirmado que si se incluyera información para todo el año se podría apreciar que el desempeño de los competidores incluso se acelera.
502. De otro lado, TELEFÓNICA ha señalado que si no se tomara en cuenta a Telefónica Móviles S.A., se podría observar que los reales competidores de TELEFÓNICA siguen creciendo de una forma más que importante durante todo el periodo investigado ya que, de 2008 a 2011, habrían cuadruplicado su participación de mercado. Así, de acuerdo con TELEFÓNICA, la ralentización de la caída de cuota de mercado advertida por el Cuerpo Colegiado no tendría ningún efecto de cara a la performance de sus reales competidores.
503. Asimismo, TELEFÓNICA ha alegado que el análisis del Cuerpo Colegiado para evidenciar el daño al mercado es incorrecto, ya que hace creer que la pérdida de cuota de mercado de TELEFÓNICA se habría ralentizado o incluso recuperado a costa de sus competidores. Más aún, TELEFÓNICA ha señalado que el Cuerpo Colegiado circunscribiría su estudio a la oferta de servicios de acceso a internet, antes que en analizar el real desempeño de los competidores, centrándose en determinar el desempeño de TELEFÓNICA, lo cual sería inconsistente con un adecuado análisis de daño exclusivo.
504. Según lo que ha afirmado TELEFÓNICA en su apelación, el Cuerpo Colegiado habría señalado que el supuesto freno en la caída de cuota de TELEFÓNICA se habría producido a partir de un crecimiento de sus ofertas empaquetadas, sin embargo, no quedaría claro cómo es que eso es posible si las ofertas del tipo dúo y trío de TELEFÓNICA se lanzaron recién en el año 2007, mientras que su participación siguió cayendo hasta bien entrado el año 2009.
505. Al respecto, este Tribunal considera que el punto central para el análisis de los efectos de la práctica de venta atada en las empresas que compiten con TELEFÓNICA en el mercado de telefonía fija recae en los principales indicadores de mercado. Cabe resaltar que la referida evaluación se realizará distinguiendo a TELEFÓNICA del resto de empresas que operan en el mercado (los competidores), y excluyendo de éste grupo a sus vinculadas: Telefónica Móviles S.A. y Telefónica Multimedia S.A.C. Asimismo, se incluirá datos para todo el año 2011 y el análisis se centrará tanto en el desempeño de TELEFÓNICA como en el de sus competidores

en el mercado de telefonía fija. Adicionalmente, se debe tomar en consideración que, el hecho de que el periodo de investigación haya sido delimitado entre los años 2001 al 2011, no implica que los efectos negativos de la conducta necesariamente se tengan que haber desplegado durante todo ese periodo.

506. En el siguiente gráfico se observa la evolución del nivel de líneas en servicio en el mercado de telefonía fija a diciembre de 2011¹⁸⁵. Así, se aprecia que la evolución del número de líneas de TELEFÓNICA iba en descenso hasta que se presentan dos quiebres: un primer quiebre en setiembre de 2009, cuando se reduce la tasa de decrecimiento (de alrededor de -1.5% a 0.5%); y un segundo quiebre en el tercer trimestre del 2011, periodo en el cual se observa un aumento en el nivel de líneas.

Gráfico N° 21: Evolución del número de líneas en servicio- telefonía fija (a diciembre de 2011)



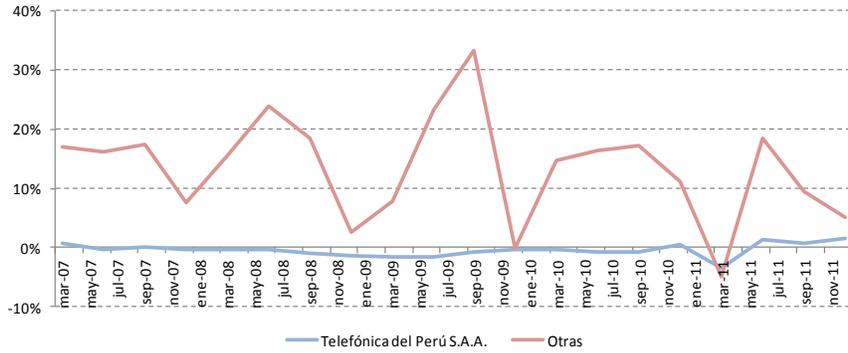
*Otras incluye a Americatel Perú S.A, América Móvil Perú S.A.C, Convergía Perú S.A, Digital Way S.A, Gamacom S.A.C, Gilat to Home Perú S.A, Global Crossing, Infoductos y Telecomunicaciones, Nextel del Perú S.A, Perusat S.A, Rural Telecom S.A.C, Telmex Perú S.A, y Valtron E.I.R.L.

Fuente: Empresas Operadoras Elaboración: OSIPTEL

507. Adicionalmente, se aprecia que TELEFÓNICA no presenta mayor variación en su tasa de crecimiento trimestral e incluso experimenta un ligero incremento en los últimos trimestres. De otro lado, el escenario del resto de empresas competidoras es opuesto al de TELEFÓNICA ya que, a pesar de la volatilidad en la evolución de la tasa de crecimiento, se observa una tendencia negativa posterior al cuarto trimestre de 2009. Se debe señalar que la tasa de crecimiento promedio trimestral de las empresas competidoras previa al cuarto trimestre de 2009 era de 16.65%; mientras que la tasa posterior a dicho trimestre fue de 10.28% en promedio, lo que reflejaría un menor crecimiento por parte de los competidores a partir del primer trimestre de 2010.

¹⁸⁵Se consideran tanto las líneas en servicio alámbricas con las inalámbricas. Es importante señalar que la inclusión de las líneas inalámbricas responde a que éste mercado es igualmente afectado por la práctica de venta atada al reducirse artificialmente su demanda potencial.

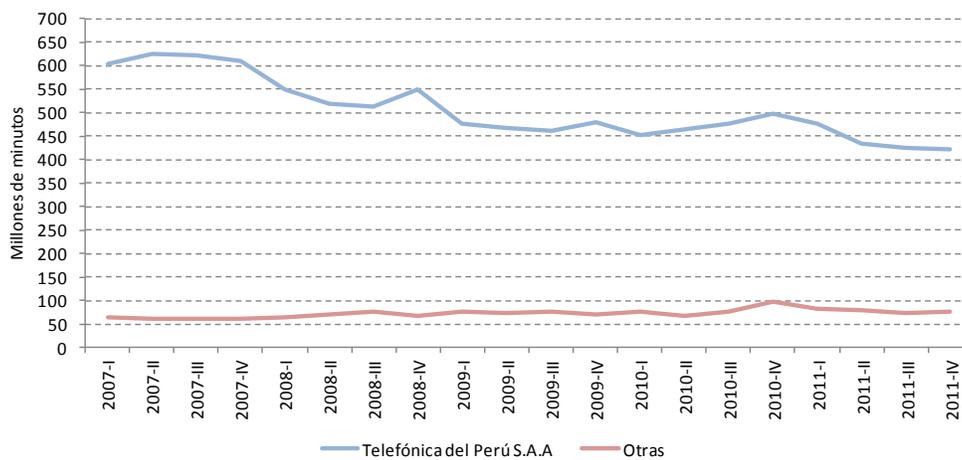
Gráfico N° 22: Evolución de la tasa de crecimiento de las líneas en servicio- telefonía fija (a diciembre de 2011)



Fuente: Empresas Operadoras Elaboración: OSIPTEL

508. Si se toma en consideración el tráfico generado por las empresas operadoras, otro de los principales indicadores de mercado, se observa que la tendencia de las empresas competidoras se ha mantenido relativamente constante a lo largo del tiempo. Así, el nivel de tráfico originado por las empresas competidoras de TELEFÓNICA presentaba ligeros incrementos hasta el tercer trimestre del año 2009, fecha a partir de la cual el nivel de tráfico se reduce, salvo los dos últimos trimestres del 2010, en los que tanto la empresa dominante como los competidores presentaron un ligero incremento.

Gráfico N° 23: Evolución del Tráfico Originado en Líneas Fijas (a diciembre de 2011)

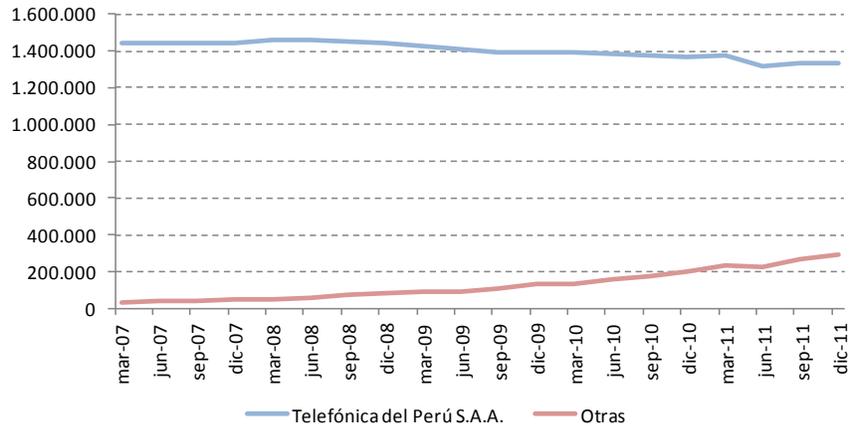


Fuente: Empresas Operadoras Elaboración: OSIPTEL

509. Tanto del desempeño del nivel de líneas en servicio como del tráfico originado, se evidencia que el crecimiento de los operadores que compiten en el mercado de telefonía fija presenta un estancamiento en el nivel de crecimiento que venían desarrollando en ambos indicadores a finales de 2009. La estrategia de TELEFÓNICA evitó que los competidores crezcan de acuerdo con la tendencia que habían venido siguiendo.

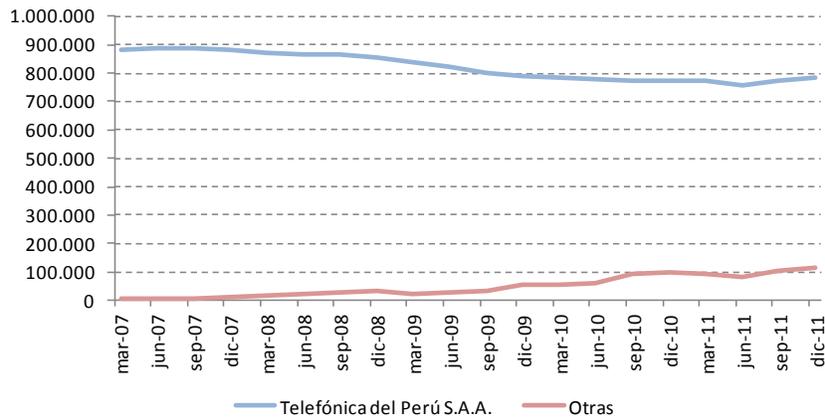
510. Asimismo, lo descrito previamente se confirma si se evalúa el desempeño del mercado relevante definido en sus dos sectores, tal como se detalló al determinar el mercado relevante: Lima y Callao por un lado, y el resto de provincias por otro. De acuerdo a los gráficos N° 24 y N° 25, se observa que el efecto es ligeramente más acentuado en las provincias que en Lima. Así, en las provincias se evidencia que el nivel de crecimiento de los competidores es menor al que hubieran obtenido de no haberse ejecutado la venta atada. De otro lado, el nivel de reducción del crecimiento de TELEFÓNICA es menor en Lima.

Gráfico N° 24: Evolución del número de líneas en servicio en Lima (a diciembre de 2011)



Fuente: Empresas Operadoras Elaboración: OSIPTEL

Gráfico N° 25: Evolución del número de líneas en servicio en provincias (a diciembre de 2011)



Fuente: Empresas Operadoras Elaboración: OSIPTEL

511. TELEFÓNICA ha señalado que dicha caída en su participación de mercado se debería en gran parte al crecimiento de la telefonía fija inalámbrica, en particular, al crecimiento de la telefonía fija inalámbrica de Telefónica Móviles S.A. (su vinculada). Así, según TELEFÓNICA, dado que ésta y Telefónica Móviles S.A. pertenecen al mismo grupo empresarial, deberían ser consideradas como un mismo agente, teniendo que evaluarse la participación conjunta y no solo la de TELEFÓNICA.

512. Al respecto, debe señalarse que, de acuerdo con lo señalado por el Cuerpo Colegiado en la resolución apelada, se evalúa solo la participación de TELEFÓNICA, debido a que las líneas fijas que se encuentran involucradas en la atadura son las líneas fijas alámbricas de esta empresa. Por lo tanto, el beneficio obtenido por el agente económico se refleja solo en las líneas alámbricas (al detener la drástica caída en su número de líneas en servicio que comenzó a experimentar a partir del año 2007). Adicionalmente, los planes del servicio de telefonía fija inalámbrica de Telefónica Móviles S.A. están orientados a otro segmento del mercado, el de bajos ingresos, el cual no necesariamente le garantiza al Grupo la misma rentabilidad de las líneas fijas alámbricas. Sin perjuicio de ello, este Tribunal ha realizado la ponderación de los efectos de la práctica en los competidores sin considerar a Telefónica Móviles S.A. y Telefónica Multimedia S.A.C., al ser parte del mismo grupo económico.

Argumento de TELEFÓNICA sobre la inexistencia de un daño sustancial

513. TELEFÓNICA ha afirmado que, en el supuesto negado de que los competidores pequeños hubieran sido afectados por la conducta, ello de manera alguna constituiría un efecto exclusorio, ya que la norma de competencia exigiría no sólo la exclusión de un competidor del mercado, sino que se “involucre una parte no insustancial del mercado”. Agrega que la exclusión de los “pequeños” no implicaría un fortalecimiento de la posición de mercado de TELEFÓNICA, ya que al 2011 representaban el 0.69% del mercado. A fin de sustentar sus afirmaciones, TELEFÓNICA ha citado jurisprudencia del INDECOPI que habría señalado que para sancionar una práctica, ésta debe involucrar una parte no insustancial del mercado¹⁸⁶.

514. El requisito consistente en que la práctica debe involucrar “una parte no insustancial del mercado” recogido en pronunciamientos de agencias de competencia, se deriva de lo establecido en la legislación de los Estados Unidos de América (*Sherman Act* y *Clayton Act*). En efecto, dichas leyes señalan que se encuentran prohibidas aquellas prácticas anticompetitivas que puedan afectar sustancialmente la competencia o el comercio interestatal.

515. Ahora bien, el mencionado requisito es interpretado erróneamente por TELEFÓNICA como un componente del efecto exclusorio de la práctica anticompetitiva en el mercado del producto atado, cuando, en realidad, dicho elemento se encuentra referido a que el incumbente debe tener suficiente poder de

¹⁸⁶ TELEFÓNICA ha hecho mención del caso Aero Servicios contra Petróleos del Perú (expediente N° 002-2005/CLC – Res. N° 009-2010/CLC-Indecopi) y al caso de Distribuidora Norte Pacasmayo – DINO (expedientes N°001-2001-CLC y 002-2001-CLC), transcribiendo los siguientes párrafos de pronunciamientos del INDECOPI sobre tales casos:

Aero Servicios contra Petróleos del Perú, transcribiendo lo siguiente:

“110. En el presente caso, aún asumiendo que la negativa de Petroperú hubiera estado dirigida a obtener la operación de la Planta de Abastecimiento de Aerosservicios en el Aeropuerto de Piura, las ventas “minoristas” de Turbo A1 en Piura sólo representan el 0,2% del mercado presuntamente afectado, porcentaje de participación que, desde ningún punto de vista, podría haber producido el efecto de otorgar poder de mercado a Petroperú.

111. Finalmente, cabe resaltar que, si bien la negativa de Petroperú tenía la capacidad para dañar a un competidor en Piura (en este caso, Aerosservicios), no tenía la capacidad para afectar la competencia en el mercado de venta “minorista” de Turbo A1 en el Perú (...).”

DINO:

“Un requisito para verificar una práctica anticompetitiva, es la evidencia de una afectación a una parte “no insustancial” del mercado, requerimiento formal que trata de cuantificar la porción de mercado que resulta afectado con la atadura investigada.”

mercado en el mercado del producto principal para que pueda restringir la competencia en el mercado del producto atado. Así, si un agente cuenta con posición de dominio en el mercado principal, se habrá cumplido con el requisito de afectación no sustancial del mercado¹⁸⁷. En la misma línea de interpretación se pronuncia el Informe N° 048-2011/ST-CLC-INDECOPI, remitido por el INDECOPI en el presente procedimiento, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 78° del Reglamento de Controversias¹⁸⁸.

516. Por tanto, es claro que el elemento consistente en que se afecte a una parte “no insustancial” del mercado” no se refiere a la relevancia de los efectos anticompetitivos en el mercado del producto atado, sino, en realidad, al poder de mercado de la empresa denunciada, situación que se ha acreditado en el presente caso, puesto que TELEFÓNICA cuenta con posición de dominio en el mercado de internet fijo vía ADSL.
517. Conforme a lo establecido en el Decreto Legislativo N° 1034, si la conducta provoca la salida, impide la entrada o dificulta la permanencia de competidores y permite a la empresa mantener o incrementar su poder de mercado, se entiende que se ha configurado el efecto exclusorio de la conducta, luego de lo cual se tendrán que evaluar las posibles justificaciones de eficiencia a dicha práctica para determinar si existe una infracción.
518. No existe una disposición normativa en materia de libre competencia que establezca una cuantificación mínima del daño (es decir, una regla de *minimis*) por debajo de la cual se eximiría de responsabilidad a una empresa cuya conducta haya generado o pueda generar efectos anticompetitivos en el mercado. Por ello, los actos de abuso de posición de dominio, como las ventas atadas en el sector de telecomunicaciones nacional, deben ser analizados caso por caso, evaluando las particularidades del mercado afectado (como el alto nivel de concentración e integración vertical) y considerando factores no solo estáticos o de estructura, sino también dinámicos. En el extremo, el adoptar una regla de *minimis* en mercados altamente concentrados, en los que existen pocos competidores, podría llevar a descartar la aplicación de las normas de libre competencia en dichos mercados, dejando impunes prácticas anticompetitivas.

¹⁸⁷ Al respecto, Howenkamp menciona que el requisito de afectación a una parte no insustancial del mercado se analizaba como un requisito configurante de la práctica anticompetitiva de ventas atadas cuando se empleaba la regla per se para el análisis de dichos casos:

“Con la “leverage theory”, (...) si se demostraba que el denunciado poseía suficiente poder de mercado en el producto atante como para forzar la adquisición del producto atado y una parte “no insustancial” del comercio interestatal se veía afectada, el estándar probatorio se consideraba alcanzado y la atadura era declarada ilegal per se. No se requería de la existencia de efectos anticompetitivos”. En: HOVENKAMP, Herbert, SULLIVAN, E. Thomas y SHELANSKI, Howard A. Op.cit. Págs. 440-1.

¹⁸⁸ **Reglamento de Solución de Controversias**

Artículo 78.- Informe de INDECOPI. En las controversias relativas al incumplimiento de obligaciones relacionadas con la libre y leal competencia, la Secretaría Técnica solicitará al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI, un Informe Técnico no vinculante sobre los lineamientos, precedentes y criterios interpretativos que vienen aplicando en materia de libre y leal competencia para la generalidad de los mercados y agentes económicos.

519. En tal sentido, debe desestimarse el argumento de TELEFÓNICA de acuerdo con el cual el efecto exclusorio tendría que ser cuantificado o considerado como “relevante” o no “insustancial” para que se configure una infracción anticompetitiva.

Escenario contra fáctico

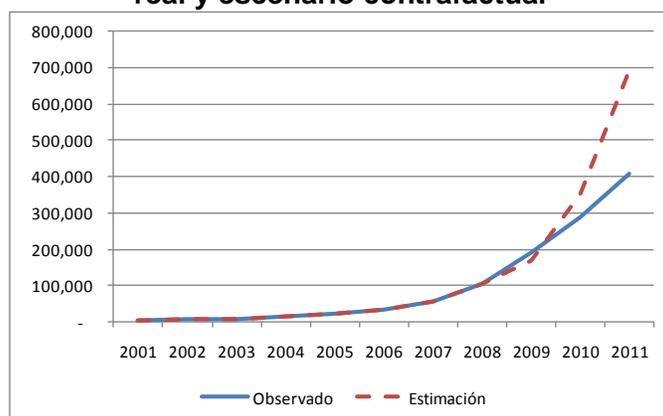
520. En su apelación, TELEFÓNICA ha señalado que el resultado neto de los competidores habría sido muy superior al de TELEFÓNICA. Así, mientras que en los últimos años TELEFÓNICA habría perdido más de 200 mil abonados en telefonía fija, sus competidores habrían logrado atesorar poco más de 350 mil, una diferencia de 564 mil líneas.
521. Asimismo, TELEFÓNICA ha afirmado que sus competidores crecerían a tasas espectaculares (37% en el 2011, 56% en el 2010 y 82% en el 2009) en un contexto difícil para la telefonía fija. De acuerdo con TELEFÓNICA, el año en el que supuestamente los efectos perversos de la práctica se comenzaron a notar, el 2009, los competidores habrían crecido a una tasa de 82%, robustez que descompondría cualquier indicio de posible conducta anticompetitiva.
522. Adicionalmente, TELEFÓNICA ha alegado que la práctica investigada no ha afectado a los competidores menos importantes del mercado. Según lo afirmado por TELEFÓNICA, entre el 2007 y el 2011, estos competidores habrían pasado de una cuota de mercado de 0,34% a una de 0.69% e incluso los operadores más pequeños habrían logrado duplicar su cuota de participación, lo que desmentiría de plano cualquier posible problema anticompetitivo explotativo originado por la práctica investigada y, menos aún, que haya podido ralentizar de alguna manera el crecimiento de los competidores.
523. Finalmente, TELEFÓNICA ha afirmado que no sólo no se habría producido ningún nivel de daño exclusorio al mercado, sino que la performance de sus competidores durante el periodo investigado habría sido considerablemente superior a la de TELEFÓNICA.
524. Al respecto, los efectos de la práctica de la venta atada realizada por TELEFÓNICA se han evidenciado a lo largo de la presente sección. Es así que se comprobó que existe una estrecha relación entre las altas nuevas de TELEFÓNICA en ambos mercados. Ello quiere decir que la mayoría de personas adquiere una línea telefónica ya sea como parte de un dúo o trío, o conjuntamente con el internet fijo vía ADSL.
525. Asimismo, la posibilidad de aplicar tarifas *on-net/off-net* diferenciadas refuerza el efecto que TELEFÓNICA consigue por medio de su práctica de venta atada, al evitar artificialmente que el número de líneas fijas de la competencia aumente. Ello porque le permite aprovechar las externalidades de red para la captación de usuarios en el mercado de telefonía fija, mercado en el cual enfrenta mayor presión competitiva que en el mercado de internet fijo vía ADSL. Así, como se vio, TELEFÓNICA ha logrado, por medio de esta práctica, detener la tendencia positiva de crecimiento de las empresas competidoras a partir del tercer trimestre, impidiéndoles así gozar de mayores externalidades de red.

526. No obstante, la interrogante pendiente está referida al escenario que hubiera tenido lugar de no haberse realizado la venta atada. Para responder a ello, se realizó la estimación de un modelo que permite pronosticar, a partir de la información referida a líneas en servicio, el comportamiento del mercado sin la distorsión de la práctica anticompetitiva.
527. La construcción del escenario contrafactual busca estimar cuál hubiera sido el crecimiento del número de líneas de los competidores si TELEFÓNICA no hubiese implementado la práctica bajo evaluación. Para ello, se realizó un ejercicio de proyección que tomó en cuenta dos variables: la primera trata de recoger la dinámica poblacional y de externalidades de red a través de la introducción del número rezagado de líneas, mientras que la segunda recoge el ingreso, medido a través del Producto Bruto Interno (PBI).
528. El análisis de la evolución del número de líneas de los competidores parecería mostrar dos tendencias claras. En el primer período, del 2001 al 2005, se aprecia un crecimiento relativamente lento. Sin embargo, a partir del 2006, se muestra un crecimiento más acelerado, el cual habría sido interrumpido por la conducta del operador dominante. Este comportamiento en la evolución del número de líneas podría asemejarse al de un proceso de difusión de un nuevo producto en el mercado. Las formas funcionales utilizadas para modelizar dicho proceso y sus resultados se presentan en el Anexo¹⁸⁹.
529. El Gráfico N° 26 presenta una estimación razonable del crecimiento del número de líneas de los competidores obtenido de la modelización efectuada. En él se observa que el crecimiento de líneas de los competidores hubiese sido significativamente mayor (líneas punteadas del gráfico) al que se dio efectivamente. Más precisamente, partiendo del dato histórico de 104,377 líneas a finales del 2008, la existencia de externalidades de red, sumadas a la evolución del PBI, hubieran llevado a que éstas lleguen a alrededor de 692,862 líneas a diciembre del 2011¹⁹⁰.

¹⁸⁹Tal como se explica con mayor detalle en el anexo, se estimaron dos modelos. El primero de ellos fue un modelo lineal que explica la evolución del número de líneas fijas de la competencia n_t (expresado en millones) con una tendencia lineal (t) y el PBI (y_t), además de un término de error. Una segunda ecuación se basa en la función acumulada de densidad de una distribución Gompertz, que toma la variable dependiente como el número de líneas como porcentaje de la población. Para mayor precisión de los resultados, se realiza una combinación de las predicciones de ambos modelos. Los resultados de cada modelo individual y de la combinación de ambos se muestran en el Cuadro A2 del Anexo.

¹⁹⁰La disponibilidad de datos hará que se emplee el PBI anual en millones de soles de 1994, cuya fuente es el Banco Central de Reserva del Perú: www.bcrp.gob.pe

Gráfico N° 26: Crecimiento del número de líneas de los competidores– escenario real y escenario contrafactual



Fuente: Estimaciones propias.

530. La variación en la tendencia del crecimiento del número de líneas en servicio responde al efecto causado en el resto de empresas operadoras por la aplicación de la estrategia de venta atada realizada por TELEFÓNICA. Es importante señalar que el coeficiente de determinación o bondad de ajuste de las estimaciones realizadas superó el 0.99, lo cual indica que los modelos especificados predicen el comportamiento del mercado de manera casi exacta¹⁹¹.
531. De esta manera, este Tribunal considera que queda demostrado que, contrario a lo que ha señalado TELEFÓNICA en su apelación, la práctica investigada sí afectó negativamente el desempeño de los competidores de TELEFÓNICA.

Conclusión

532. Por todo lo expuesto en el presente acápite, este Tribunal concluye que:
- (i) TELEFÓNICA ostenta posición de dominio en el mercado relevante definido como el mercado de acceso a internet fijo vía ADSL en la región Lima y la Provincia Constitucional del Callao y el mercado de acceso a internet fijo vía ADSL en el resto de regiones del país, al contar con una participación del 99.97%, al encontrarse el mismo altamente concentrado con un HHI de 9994, y al existir barreras a la entrada estructurales, legales y estratégicas;
 - (ii) Existen una serie de elementos que permiten inferir que es posible que la práctica en cuestión efectivamente pueda generar efectos anticompetitivos,
 - (iii) La lógica económica indica que la venta atada de TELEFÓNICA puede tener fines anticompetitivos, en tanto la empresa sacrifica ganancias en el mercado de internet fijo vía ADSL, al tener menos usuarios de los posibles, con el objetivo de recuperar dichos ingresos en el mercado de telefonía fija, a través de la reducción de la demanda de los competidores que pertenecen a este mercado,

¹⁹¹El coeficiente de ajuste de un modelo indica el porcentaje de la variación de la variable dependiente Y, que se explica a través del comportamiento de X con la especificación funcional diseñada, y tiene un valor de 0 a 1. Mientras más cercano a 1 es el coeficiente de ajuste, mejor es el modelo estimado para predecir el comportamiento de la variable dependiente.

- (iv) El servicio de internet fijo vía ADSL de TELEFÓNICA no es influenciado por presiones competitivas de otros agentes, mientras que el mercado de telefonía fija sí enfrenta este tipo de presiones,
- (v) La estrategia anticompetitiva de venta atada de su servicio de telefonía fija al internet fijo vía ADSL implementada por TELEFÓNICA la ha llevado a evitar ilícitamente la reducción del tamaño de su red fija, permitiéndole a su vez explotar sus externalidades de red en mayor medida, en perjuicio de los competidores, y, al contar TELEFÓNICA con la red más grande, se beneficia, adicionalmente, de los ingresos que obtiene por cargos de interconexión.

533. Los indicadores y el escenario contra fáctico analizados previamente dan clara muestra, tomados en cuenta conjuntamente con los factores previamente enumerados, de los actuales y potenciales efectos anticompetitivos de la práctica en cuestión.

534. Por tanto, este Tribunal considera que los argumentos de TELEFÓNICA, respecto a que no se habría acreditado la existencia de efectos anticompetitivos, quedan desvirtuados.

3.3.2.3.4 Efectos sobre el bienestar de los consumidores

535. Si bien se ha identificado que la práctica anticompetitiva se encuentra enfocada primordialmente en afectar el crecimiento y/o expansión de los competidores, es importante señalar que la misma afecta de manera final, a su vez, el bienestar de los consumidores.

536. Al respecto, el Decreto Legislativo N° 1034 se encuentra dentro del grupo de normas de libre competencia que contemplan la maximización del bienestar del consumidor como su objetivo. Sobre este último punto, en la exposición de motivos se indica de forma explícita que la ley no busca proteger directamente a los consumidores, sino indirectamente, promoviendo el bienestar del consumidor a través de la eliminación de conductas anticompetitivas¹⁹².

537. En el presente caso se ha acreditado que la práctica investigada ha generado efectos exclusorios en el mercado de telefonía fija, por tanto, este Tribunal considera que la misma ha afectado el bienestar de los consumidores, al haber tenido una incidencia negativa en el debido funcionamiento del proceso competitivo.

¹⁹²QUINTANA, Eduardo. Op. cit. Pág.32.

En el mismo sentido, en la Resolución N°052-2007-INDECOPI/CLC de la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI, se ha señalado lo siguiente:

"(...) las normas de libre competencia deben encargarse de velar por el correcto funcionamiento del proceso competitivo, con el fin de promover el uso eficiente de los recursos logrando como resultado el bienestar de la sociedad (social welfare). La finalidad última de una política de competencia será mejorar el bienestar del consumidor pero ello deberá ser fruto de la promoción y protección del proceso competitivo. (...) la protección de los consumidores a través de la aplicación de las normas de libre competencia se da precisamente a través de la protección del proceso competitivo, debido a que éste redundará en beneficio de los primeros. Es decir, la protección que brindan las normas de libre competencia a los consumidores se da de manera indirecta a través de su incidencia en el debido funcionamiento del proceso competitivo".

3.3.2.4 Eficiencias

538. Como se mencionó anteriormente, la legislación nacional y la experiencia internacional reconocen las eficiencias (reducción de costos, creación de nuevos servicios, entre otros) y el efecto dinamizador que las ventas conjuntas generan en el mercado.
539. TELEFÓNICA ha indicado que, desde una perspectiva económica, la oferta conjunta del servicio de acceso a internet a través de la tecnología ADSL y del servicio de telefonía fija genera una serie de costos comunes representados por el uso de par de cobre como el elemento más importante.
540. De otro lado, TELEFÓNICA ha mencionado que de la venta atada de servicios de acceso a internet fijo vía ADSL y la telefonía fija, el ahorro de costos se produce en beneficio del usuario. Este ahorro provendría de la generación de una economía de ámbito. Como ejemplos indicó el ahorro en la administración de los servicios ofrecidos sobre una sola plataforma y lo referido a la comercialización del servicio, ya que existen una serie de labores compartidas en la gestión comercial de los diferentes productos, lo que implicaría una disminución en costos asociados a promoción y publicidad, entre otros.
541. TELEFÓNICA ha señalado que, entre los beneficios de la práctica investigada, la vinculación conduciría a un ahorro de costos de producción y distribución y, por lo tanto a precios eficientes y a productos nuevos o mejorados. Así, TELEFÓNICA ha manifestado que el ahorro de costos derivado de la atadura justificaría la práctica.
542. Al respecto, en la misma línea de lo señalado en la resolución apelada, se debe anotar que no basta que una determinada práctica suponga un ahorro de costos en beneficio del usuario, sino que además este debe ser suficiente en modo tal que supere los perjuicios ocasionados por el efecto exclusorio de la práctica.
543. Así, si bien en el corto plazo la práctica habría generado un beneficio a nivel tarifario para un grupo de usuarios, se ha demostrado que la estrategia de comercialización de TELEFÓNICA estaría afectando a sus competidores del mercado de telefonía, causando con esto un perjuicio reflejado en la disminución de eficiencia en la asignación de recursos, con un impacto desfavorable a la libre competencia que ha sido analizado en los puntos precedentes.
544. Adicionalmente, TELEFÓNICA ha alegado que el Cuerpo Colegiado no ha seguido ningún *test* con el mínimo de rigor que permita la ponderación de los efectos positivos y negativos de la práctica.
545. Al respecto, en el presente pronunciamiento, este Tribunal ha empleado distintos indicadores y elementos de lógica económica para poder determinar que los perjuicios son mayores a los beneficios obtenidos. En tal sentido, correspondería que TELEFÓNICA acredite cuáles son esas eficiencias mayores que los perjuicios resultantes de la práctica investigada¹⁹³. Sin embargo, TELEFÓNICA no ha

¹⁹³De acuerdo con la decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el Caso Microsoft -253 F .3d 34 (D.C. Cir.), *cert. denied*, 534 U.S. 952 (2001)- Una serie de principios surgen luego de más de un siglo de aplicación de Sección 2 del *Sherman Act*:

acreditado en su apelación que efectivamente se hayan generado eficiencias que generen ahorros superiores a la cifra calculada y que, además, dichas eficiencias se hayan trasladado a los consumidores.

546. En conclusión, los beneficios asociados a la práctica de TELEFÓNICA no justifican la realización de la práctica investigada, dado que no se ha acreditado la existencia de beneficios al bienestar del consumidor derivados de eficiencias que contrapesen, en suficiente medida, los efectos anticompetitivos de la práctica.

3.3.2.5 Argumentos adicionales

3.3.2.5.1 Supuesto pronunciamiento previo por parte de la Gerencia de Relaciones Empresariales

547. Como ya se ha mencionado, TELEFÓNICA ha sostenido en su apelación que, en el año 2002, el OSIPTEL presentó el Informe “Situación del mercado de televisión por cable”, en el cual se indicó que el producto “CableNet” ofrecido por MULTIMEDIA, mediante el cual se brindaba conjuntamente el servicio de Internet con el de televisión por cable, si bien representaba un supuesto de venta atada, no tenía efectos anticompetitivos ni generaba perjuicios a los consumidores.
548. Como ya ha sido expuesto en el presente pronunciamiento, este informe fue elaborado en el año 2002, se trataba de otro contexto y de otro mercado. De hecho, como se señala en la cita, la venta atada evaluada en ese momento no tenía el efecto de disminuir los niveles de competencia en el mercado de televisión por cable, no se hace mención del mercado de telefonía fija que es el que se está evaluando en el presente caso.
549. Por lo tanto, este Tribunal reitera que deben descartarse los argumentos de TELEFÓNICA sobre este punto.

3.3.2.5.2 Supuesta justificación legal aducida por TELEFÓNICA

550. TELEFÓNICA ha señalado en su apelación que el internet fijo vía tecnología ADSL es un servicio de conmutación de datos por paquetes (lo que se aprecia en las “Cláusulas Generales de Contratación de los Servicios Públicos de Difusión y de Servicios de Valor Añadido para Acceso a Internet”). Se trataría de un servicio de valor añadido que, de acuerdo con lo señalado en el artículo 99º del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, son aquellos que utilizan como soporte servicios portadores o finales de difusión para añadir alguna característica o facilidad al servicio portador o final que les sirve de base.

En primer lugar, para ser sancionada como exclusoria, la práctica del monopolista debe generar un efecto anticompetitivo, es decir, debe generar un daño al proceso competitivo y, por ende, a los consumidores. En segundo lugar, la autoridad es quien debe demostrar que la práctica del monopolista generó un daño al proceso competitivo. En tercer lugar, si la autoridad logra establecer un caso *prima facie*, al haber demostrado los efectos anticompetitivos de la conducta del monopolista, entonces este puede demostrar una justificación “procompetitiva” para su conducta, es decir, que su conducta es, sin duda, una forma de competencia, debido a que la misma genera una mayor eficiencia o mejora el bienestar del consumidor. En este caso, la carga de responder a dicha justificación recaerá sobre la autoridad, quien deberá demostrar que el efecto anticompetitivo de la conducta sobrepasa sus beneficios procompetitivos.

(En: HOVENKAMP, Herbert, SULLIVAN, E. Thomas y SHELANSKI, Howard A. Antitrust Law, Policy and Procedure: Cases, Materials, Problems. Sexta Edición. San Francisco, CA: LexisNexis, 2009. Pág. 642.)

551. Dado que el servicio de acceso a Internet vía ADSL es uno de valor añadido, TELEFÓNICA ha argumentado que no existiría nada de irregular si se brinda de forma conjunta con el servicio portador o final que le sirve de soporte.
552. Al respecto, este Tribunal recoge el análisis del Cuerpo Colegiado, en el sentido de que, en atención a la aludida justificación legal, debe precisarse que, en esta controversia no se encuentra en discusión la calificación del servicio de Internet como uno de valor añadido efectuada por el MTC. En tal sentido, lo que deberá evaluarse en el presente caso será si la sola determinación de un servicio como de valor añadido implica que dicho producto pueda ser comercializado únicamente con el servicio portador o final sobre el cual se soporta, de forma conjunta.
553. Al respecto, tenemos que de acuerdo al artículo 29º de la Ley de Telecomunicaciones, un servicio de valor añadido es aquél *“que utilizando como soporte servicios portadores o finales o de difusión, añaden alguna característica o facilidad al servicio que les sirve de base”*.
554. En la misma línea de la resolución apelada, de la revisión del marco regulatorio pertinente para los servicios de valor añadido se ha verificado que no existe ninguna restricción normativa que imponga su venta conjunta con los servicios portadores o finales sobre los que se soportan. A modo de ejemplo, tenemos que el servicio de acceso a Internet es provisto por otras empresas tales como Telmex y Americatel, quienes además de la oferta empaquetada, brindan el servicio de acceso a Internet sin condicionarlo a la contratación del servicio telefónico fijo o a cualquier otro servicio.
555. Asimismo, en el Registro de Empresas de Servicio de Valor Añadido, administrado por el MTC existen otros servicios de valor añadido, que se prestan separadamente de los servicios portadores o finales sobre los cuales se soportan, tales como el teleproceso y procesamiento de datos, mensajería interpersonal, entre otros.
556. En virtud a lo anterior puede concluirse que la determinación de un servicio como valor añadido no implica que su prestación únicamente pueda realizarse conjuntamente con el servicio final o portador sobre el cual se presta, siendo que por el contrario conforme se ha señalado en los párrafos precedentes, los servicios de valor añadido son ofrecidos en el mercado de forma individual.
557. Finalmente, debe señalarse que los demás argumentos presentados por TELEFÓNICA para demostrar que la práctica no tiene efectos anticompetitivos los cuales han sido analizados como “justificaciones” en la resolución apelada, han sido evaluados en las secciones precedentes del presente pronunciamiento, toda vez que este Tribunal considera que en realidad las posibles justificaciones que puede presentar una empresa se encuentran vinculadas más bien a aspectos de eficiencia o beneficios que la práctica investigada puede generar.
558. En conclusión, por los fundamentos expuestos en la presente resolución, este Tribunal concluye que TELEFÓNICA ha incurrido en una práctica anticompetitiva en la modalidad de ventas atadas, conducta tipificada en el artículo 10º del Decreto Legislativo N° 1034.

4. Multa

4.1 Criterios para la determinación de la sanción

559. El artículo 26.1° de la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL establece que para la aplicación de sanciones a la libre competencia, se aplicarán los montos y criterios de graduación establecidos en el Decreto Legislativo N° 1034¹⁹⁴.
560. El artículo 43.1° del Decreto Legislativo N° 1034 considera que la realización de actos de libre competencia constituye una infracción a las disposiciones de la Ley y será sancionada bajo los siguientes parámetros: de leve, grave y muy grave¹⁹⁵.
561. Por su parte, el artículo 44° del Decreto Legislativo N° 1034 establece que, para determinar la gravedad de la sanción, la autoridad podrá tomar en consideración diversos criterios, tales como el beneficio ilícito resultante de la comisión de la infracción, la probabilidad de la detección de la infracción, la modalidad y el alcance de la restricción de la competencia, la dimensión del mercado afectado, la cuota de mercado del infractor, los efectos sobre el mercado, la duración de la restricción de la competencia, la reincidencia de la conducta, la actuación procedimental de parte, entre otros factores¹⁹⁶.
562. Adicionalmente, conviene tener presente que la potestad sancionadora de todas las entidades de la Administración Pública se encuentra regida por el principio de

¹⁹⁴**Ley N° 27336. Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL.**

Artículo 26.1 Se exceptúa del artículo anterior las infracciones relacionadas con la libre o legal competencia, a las cuales se aplicarán los montos establecidos por el Decreto Legislativo N° 701, el Decreto Ley N° 26122 y aquellas que las modifiquen o sustituyan. Se aplicarán asimismo los criterios de graduación de sanciones establecidos en dicha legislación.

¹⁹⁵**Decreto Legislativo N° 1034**

Artículo 43.- El monto de las multas.-

43.1. Las conductas anticompetitivas serán sancionadas por la Comisión, sobre la base de Unidades Impositivas Tributarias (UIT), con las siguientes multas:

a) Si la infracción fuera calificada como leve, una multa de hasta quinientas (500) UIT, siempre que dicha multa no supere el ocho por ciento (8%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la Comisión;

b) Si la infracción fuera calificada como grave, una multa de hasta mil (1 000) UIT, siempre que dicha multa no supere el diez por ciento (10%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la Comisión; o,

c) Si la infracción fuera calificada como muy grave, una multa superior a mil (1 000) UIT, siempre que dicha multa no supere el doce por ciento (12%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la Comisión.

¹⁹⁶**Decreto Legislativo N° 1034**

Artículo 44.- Criterios para determinar la gravedad de la infracción y graduar la multa.-

La Comisión tendrá en consideración para determinar la gravedad de la infracción y la aplicación de las multas correspondientes, entre otros, los siguientes criterios:

(a) El beneficio ilícito esperado por la realización de la infracción;

(b) La probabilidad de detección de la infracción;

(c) La modalidad y el alcance de la restricción de la competencia;

(d) La dimensión del mercado afectado;

(e) La cuota de mercado del infractor;

(f) El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores;

(g) La duración de la restricción de la competencia;

(h) La reincidencia de las conductas prohibidas; o,

(i) La actuación procesal de la parte.

razonabilidad¹⁹⁷. Este principio prevé que la comisión de la conducta sancionable no debe resultar más ventajosa para el infractor que cumplir con las normas infringidas o asumir la sanción, por lo que presupone una función disuasiva de la sanción.

563. Asimismo, conforme a dicho principio, la sanción debe ser proporcional al incumplimiento calificado como infracción, estando la Administración facultada para graduar la sanción, incrementándola o reduciéndola, en función de los criterios agravantes o atenuantes que, dependiendo del caso concreto, se considere adecuado aplicar.
564. A la luz del marco legal antes descrito, una vez determinado el monto base de la multa (calculado teniendo en consideración el beneficio ilícito obtenido por el infractor y la probabilidad de detección), la autoridad administrativa podrá tener en cuenta otros factores como los efectos reales o potenciales de la conducta infractora en el mercado, la conducta procedimental y la reincidencia de la denunciada, entre otros criterios establecidos legalmente, para agravar o atenuar la magnitud de la sanción a ser impuesta.
565. En el presente caso y en la misma línea de la resolución apelada, para el cálculo de la multa base, se ha considerado el beneficio ilícito¹⁹⁸ (B_{Ext}) y la probabilidad de detección (P_{det}) de modo que, a mayor beneficio extraordinario, mayor será el beneficio esperado y, por lo tanto, mayor deberá ser la multa. Por otro lado, a menor probabilidad de detección, mayor será el beneficio esperado y, en consecuencia, mayor deberá ser la multa. El cálculo de la multa se realizará aplicando la siguiente fórmula¹⁹⁹:

¹⁹⁷ **Ley del Procedimiento administrativo General**

Artículo N° 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

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

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

¹⁹⁸El beneficio ilícito es entendido como la ganancia ilícita que obtuvo el infractor como consecuencia de cometer la conducta ilícita, es decir, aquel beneficio que no se hubiese registrado bajo las condiciones normales, en caso no se hubiera cometido la falta.

¹⁹⁹ Formalmente se llega a ese resultado de la siguiente manera:

$$BE^{NL} = (B^{NL} - Multa)(P_{det}) + (B^{NL})(1 - P_{det})$$

$$BE^{NL} = B^{NL}P_{det} - MultaP_{det} + B^{NL} - B^{NL}P_{det}$$

$$BE^{NL} = B^{NL} - MultaP_{det} \leq B^L$$

$$(B^{NL} - B^L) - MultaP_{det} \leq 0$$

$$B_{Ext} \leq MultaP_{det} \frac{B_{Ext}}{P_{det}} \leq Multa$$

Donde:

BE^{NL} = Beneficio esperado de no cumplir la ley.

B^{NL} = Beneficio de no cumplir la ley

B^L = Beneficio de cumplir la ley

P_{det} = Probabilidad de detección

B_{Ext} = Beneficio extraordinario

$$\frac{B_{Ext}}{P_{det}} = \text{Beneficio Ilícito Extraordinario} \leq \text{Multa}$$

566. Dado que la probabilidad de detección de la venta atada es igual al 100 por ciento, en el presente caso el cálculo de la sanción será determinado, en primer lugar, sobre la base de la determinación del monto del beneficio ilícito obtenido por TELEFÓNICA.
567. En puntos precedentes del presente pronunciamiento se demostró que, en el escenario contrafactual, el crecimiento de líneas de los competidores hubiese sido significativamente mayor al que se dio efectivamente. Sin embargo, se observa una variación en la tendencia del crecimiento del número de líneas, a partir de septiembre 2009, que responde al efecto causado por la aplicación de la estrategia de venta atada realizada por TELEFÓNICA. La construcción de dicho escenario constituye el primer paso para estimar el beneficio ilícito obtenido por TELEFÓNICA mediante la práctica bajo evaluación.
568. Un segundo paso consiste en valorizar la diferencia entre el número de líneas efectivamente observado y el que se hubiera presentado de no existir dicha práctica. Si bien un escenario ideal hubiera consistido en tener la facturación por cada línea afectada, a falta de información de ingresos, se realizará dicha valorización bajo un supuesto bastante conservador. En particular, se asumirá que todas las líneas que hubieran sido suministradas por TELEFÓNICA tendrían un precio igual a la línea más económica ofrecida en el mercado. Un análisis de la oferta comercial vigente en ese entonces mostró que dicho valor correspondía a un precio de S/. 25 por línea²⁰⁰.
569. En tal sentido, el beneficio ilícito obtenido por TELEFÓNICA debería ser igual a la diferencia entre el número de líneas proyectadas con las observadas, multiplicadas por el valor de cada línea. Esta diferencia se multiplicará por el valor más económico que un usuario podría pagar por dicha línea en el mercado, a fin de construir una cota inferior del beneficio ilícito. Dado que en realidad existe un componente de heterogeneidad en la tenencia de líneas de los competidores, es importante resaltar lo conservador del cálculo; el beneficio podría ser incluso mayor si los usuarios tuvieran preferencias por líneas de mayores precios.
570. TELEFÓNICA ha señalado en su apelación que, para el cálculo del beneficio ilícito de la supuesta conducta anticompetitiva, debía restarse de los ingresos percibidos por dicha conducta los costos que supone brindar el servicio de telefonía fija. Al respecto, debe precisarse que el cálculo propuesto por TELEFÓNICA correspondería al beneficio obtenido por la realización de una práctica comercial lícita, sin embargo, dicho razonamiento no aplica en el presente caso, debido a que se está calculando el beneficio obtenido por la comisión de una infracción, entendido como aquella ganancia que no se hubiese registrado bajo condiciones normales, en caso no se hubiera cometido la falta.

²⁰⁰Esta línea telefónica correspondería a la tarifa más económica publicada por la operadora Convergía Perú S.A., línea que registró el menor precio para todo el período en el que se observa el daño (Septiembre 2009 a Diciembre del 2011).

Cuadro N° 08: Beneficio ilícito estimado - valores sin actualizar

| Año | Número de Líneas | Número de Líneas | Beneficio Ilícito Total (Nuevos Soles) |
|-----------------------------|------------------|------------------|---|
| | Estimadas | Observadas | |
| 2009* | 56,787 | 63,296 | -162,729 |
| 2010 | 351,764 | 288,526 | 1,580,948 |
| 2011 | 692,862 | 406,522 | 7,158,510 |
| Total (Nuevos Soles) | | | 8,576,729 |
| Total (UIT 2012) | | | 2,350 |

Notas:

- 1) El beneficio ilícito correspondiente al año 2009 concierne al último cuatrimestre del año. El reparto se realizó asumiendo una tasa constante de crecimiento de líneas.
- 2) La proyección fue realizada en base a la combinación de predicciones de un modelo lineal con un modelo no lineal basado en la distribución Gompertz y otro basado en la función exponencial.

Fuente: Estimaciones propias, INEI, BCRP. Elaboración: OSIPTEL.

571. Una segunda aproximación al cálculo de la sanción consistió en actualizar los valores mediante el Índice de Precios al Consumidor (IPC) con año base 1994. El procedimiento es exactamente igual al anterior, con la diferencia que los valores correspondientes al daño del 2009 como 2010 fueron actualizados con el IPC de esos mismos años. El Cuadro N° 09 muestra los resultados obtenidos.

Cuadro N° 09: Beneficio ilícito estimado - valores actualizados con IPC

| Año | Número de Líneas | Número de Líneas | Beneficio Ilícito Total (Soles 2011) |
|-----------------------------|------------------|------------------|---|
| | Estimadas | Observadas | |
| 2009* | 56,787 | 63,296 | -166,479 |
| 2010 | 351,764 | 288,526 | 1,614,148 |
| 2011 | 692,862 | 406,522 | 7,158,510 |
| Total (Nuevos Soles) | | | 8,606,180 |
| Total (UIT 2012) | | | 2,358 |

Nota: Las notas metodológicas son las mencionadas en el Cuadro N° 08.

Fuente: Estimaciones propias, INEI, BCRP. Elaboración: OSIPTEL.

572. En consecuencia, de acuerdo al marco teórico planteado y a los supuestos realizados para calcular el beneficio ilícito originado por TELEFÓNICA por la práctica de venta atada, el beneficio total obtenido por dicha empresa por la probabilidad de detección, arroja un total valor de S/. 8'606,180 (2358 Unidades Impositivas Tributarias).
573. No obstante lo anterior, es necesario considerar otros elementos que tienen incidencia en el cálculo de la multa.
574. Teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad que rige la imposición de sanciones en sede administrativa, este Tribunal, considera que debe atenuarse el monto de la multa considerando que si bien la práctica implementada por TELEFÓNICA ha presentado una duración considerable, desde el año 2001, los efectos anticompetitivos se han concentrado a partir del 2009. Adicionalmente, debe tenerse en consideración que esta es la primera ocasión en la que se sanciona una

práctica de ventas atadas en el sector telecomunicaciones. En consecuencia, este Tribunal considera que la multa debe atenuarse en un 75% del monto base.

575. Otro criterio atenuante a considerar, en la misma línea de lo señalado por la resolución apelada, está referido a que la práctica desplegada por TELEFÓNICA califica como una práctica relativa que ha generado ciertos beneficios de corto plazo para un grupo de consumidores, y en consecuencia, no se encontraría bajo el ámbito de mayor gravedad de las prácticas contrarias a la libre competencia. En tal sentido, corresponde atenuar la multa en un 30% adicional.

4.2 Conclusión

576. En atención a los criterios esbozados, este Tribunal considera que, dado el beneficio ilícito obtenido y dadas las circunstancias particulares en las que se presentó la comisión de la infracción, la multa establecida a TELEFÓNICA sería de 407 UIT, debiendo considerarse como una infracción LEVE. En consecuencia, corresponde reducir el monto de la sanción impuesta en la resolución apelada.

5. La medida correctiva

577. En el caso, se ha determinado que TELEFÓNICA incurrió en actos de abuso de posición de dominio en la modalidad de venta atada con efectos de exclusión en el mercado de telefonía fija, consistentes en brindar únicamente el servicio de acceso a internet fijo vía ADSL a todo aquel usuario que contrate o mantenga el servicio de telefonía fija de TELEFÓNICA.
578. El marco legal vigente faculta al OSIPTEL a aplicar medidas correctivas en las materias que son de su competencia, entre ellas, las infracciones a las normas sobre libre competencia²⁰¹, a fin de poder revertir los efectos derivados de las conductas ilícitas detectadas.
579. Teniendo en consideración que resulta necesario revertir los efectos anticompetitivos de la práctica, este Tribunal coincide con la resolución apelada en

²⁰¹ **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).

LEY Nº 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL. Artículo 23.- Medidas específicas

23.1 OSIPTEL, mediante resolución de sus instancias competentes, podrá aplicar medidas cautelares y correctivas para evitar que un daño se torne irreparable, para asegurar el cumplimiento de sus futuras resoluciones o para corregir una conducta infractora. Las medidas correctivas incluyen la posibilidad de que los funcionarios de OSIPTEL accedan directamente a las instalaciones o equipos de las entidades supervisadas para realizar todas las acciones conducentes a hacer efectivas las disposiciones que este organismo hubiera dictado y que la entidad supervisada se hubiese resistido a cumplir reiteradamente.

23.2 Para efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, OSIPTEL podrá recurrir al apoyo de la fuerza pública, conforme lo establece el Artículo 17 de la presente norma. De ser necesario, OSIPTEL podrá recurrir al juez especializado en lo penal para que éste emita la orden respectiva en un plazo de 24 (veinticuatro) horas, bajo responsabilidad.

que corresponde imponer a TELEFÓNICA como medida correctiva que oferte el servicio de internet fijo vía ADSL “solo”, de forma independiente a la contratación de su servicio de telefonía fija, es decir, sin condicionarlo al mantenimiento o contratación de un servicio telefónico de esta misma empresa. Asimismo, TELEFÓNICA tampoco podría aprovechar su posición de dominio en el servicio de internet para que realice una práctica con efectos similares a los de una venta atada, por ejemplo, a través de su estructura de precios y/o través de otra tecnología²⁰².

580. En su apelación, TELEFÓNICA ha señalado que todo parecería indicar que la medida correctiva derivaría en realidad de una sanción por precios predatorios que no han sido investigados en el marco de un proceso regular por abuso de posición de dominio y que lo que pareciera estarse generando es una regulación de precios indirecta, obviando los mecanismos necesarios para ello.
581. Al respecto, se debe resaltar que el objetivo de incluir la precisión de que *“TELEFÓNICA tampoco podría aprovechar su posición de dominio en el servicio de internet para que realice una práctica con efectos similares al de una venta atada”*, es evitar que la infractora pueda incurrir en prácticas elusivas de la medida correctiva que ha sido dada por el Cuerpo Colegiado y que es ahora confirmada por este Tribunal. En consecuencia, dicha precisión no apunta a establecer un control de precios sino a garantizar que, en estricto cumplimiento del principio de legalidad y en atención al interés público que se encuentra en juego, TELEFÓNICA efectivamente cumpla con la medida correctiva.
582. De otro lado, en la misma línea de lo señalado en la resolución apelada, este Tribunal considera que, en cumplimiento de la referida medida correctiva, TELEFÓNICA deberá informar a sus abonados y/o usuarios respecto de la posibilidad de mantener y/o adquirir su servicio de internet sin necesidad de contar necesariamente con el servicio de telefonía fija de esta misma empresa. Esta obligación deberá hacerse efectiva cada vez que TELEFÓNICA difunda - ya sea por medio impreso, digital, radial, televisivo u otro análogo - su oferta del servicio de internet ADSL “solo”.
583. La presente medida correctiva deberá hacerse efectiva dentro del plazo de siete (7) meses contados a partir del día siguiente de notificada la presente resolución, tiempo dentro del cual TELEFÓNICA podrá realizar las diferentes actividades que, de acuerdo con lo que ha señalado en su escrito de fecha 23 de agosto de 2012²⁰³,

²⁰² Tal como ha sido señalado en la resolución de primera instancia, debe señalarse que un razonamiento similar se siguió en el caso Microsoft (asunto COMP/C-3/37.792 - Microsoft) en el cual la Comisión Europea ordenó a la referida empresa que cesara con la práctica de atadura detectada, debiendo por ello evitar cualquier conducta que tenga efectos análogos a los de la vinculación de productos y que por tanto restrinja en los hechos la libertad de los consumidores.

En esta misma línea, en el caso Voissnet, el Tribunal de Defensa de la Competencia de Chile ordenó a la Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. mantener una oferta de banda ancha desnuda o *naked* (Sentencia N° 97/2010).

²⁰³ De acuerdo con lo señalado por el empresa en dicho escrito, TELEFÓNICA se vería obligada a ejecutar una medida correctiva que implicaría realizar una serie de actividades para lo cual el plazo de tres meses establecido por la resolución impugnada resulta insuficiente:

- Revisión de todas las tarifas de todos los planes del servicio de acceso a internet ADSL para incorporar costos que tienen que ser retribuidos como el costo del bucle del abonado, la instalación, las adecuaciones técnicas, los gastos de mantenimiento y operación y los gastos comerciales. Costos que deberán trasladarse a las tarifas de instalación del servicio y a las rentas mensuales.

sean necesarias para una correcta provisión del servicio de internet ADSL “solo”, en el mercado minorista. En consecuencia, corresponde ampliar el plazo concedido para el cumplimiento de la referida medida correctiva.

584. De otro lado, TELEFÓNICA ha señalado que en caso de obligarla a ofrecer ADSL sin atar dicho servicio a la telefonía fija, se produciría un efecto negativo sobre la competencia en el mercado de internet para quienes hayan accedido a su oferta GigADSL (la cual se basa en la regulación de Circuitos Virtuales ATM con acceso ADSL), ya que no podrían competir en los mismos términos con TELEFÓNICA, al no poder ofrecer el internet “solo”.
585. Al respecto, tal como ha sido mencionado precedentemente, el referido servicio mayorista sólo ha sido acogido por dos empresas: Rural Telecom S.A.C, con la finalidad de extender el servicio de acceso a internet a localidades rurales en el marco de proyectos financiados por el FITEL; y Yachay Telecomunicaciones S.A.C., dirigida a dar soluciones tecnológicas a empresas. La oferta de servicios de estas empresas no está enfocada en competir en el mercado minorista, con el internet fijo vía ADSL de TELEFÓNICA, que es uno de los sectores involucrados en la práctica ilícita cuyos efectos negativos buscan ser revertidos con la medida correctiva ordenada. En este sentido, no corresponde pronunciarse sobre el impacto que la medida podría tener sobre un mercado mayorista no involucrado en el procedimiento, lo relevante son los perjuicios que se busca revertir con la medida correctiva.
586. Por último, TELEFÓNICA ha indicado que a través de la presente controversia se adoptaría una decisión que contraviene la competencia por plataformas. Sobre este punto, este Tribunal coincide con lo señalado por el Cuerpo Colegiado en la resolución apleada, en el sentido de que es necesario aclarar que, como producto de esta controversia, no se prohíbe a TELEFÓNICA empaquetar servicios (incluso el internet ADSL con la telefonía fija), lo que se le prohíbe es atarlos y obligar a su compra conjunta como única posibilidad.
587. Por los argumentos expuestos, corresponde imponer a TELEFÓNICA como medida correctiva que oferte en el mercado minorista el servicio de internet fijo 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.

-
- Modificar e implementar nuevos procedimientos para la provisión en red del servicio de acceso a internet –Speedy- sin la necesidad de tener el servicio básico telefónico habilitado.
 - Modificar e implementar nuevos procedimientos para la atención de averías, reclamos, quejas, soporte técnico, entre otros. La medida afectaría la calidad de atención e incrementaría las quejas de los clientes.
 - Modificar y adecuar los módulos del sistema ATIS los cuales sirven de soporte a las áreas técnicas, comerciales, postventa, cobranza y recaudación. Replantear, diseñar y evaluar una nueva oferta comercial, que deberá previamente sustentarse en un estudio de mercado.
 - Modificar todos los contratos que han sido aprobados por OSIPTEL, procedimiento que actualmente dura un periodo no menor de tres meses.
 - Modificar las relaciones contractuales que actualmente TELEFÓNICA ya mantiene con sus usuarios.
 - Desarrollar una campaña de información de las nuevas condiciones de prestación del servicio.

588. Adicionalmente, dicha medida correctiva debe ser puesta en conocimiento de las autoridades competentes del OSIPTEL para que, de ser el caso, adopten las medidas pertinentes que coadyuven al cumplimiento de la misma, en el marco de sus funciones.

6. El inicio de un procedimiento sancionador

589. En la resolución apelada, el Cuerpo Colegiado ordenó a la Secretaría Técnica el inicio de un procedimiento sancionador por la supuesta comisión de la infracción tipificada en el artículo 17° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones del OSIPTEL, consistente en haber entregado información discordante durante el procedimiento.

590. Al respecto, TELEFÓNICA ha señalado que habría mostrado la mayor disposición para colaborar con la investigación. De acuerdo con TELEFÓNICA, desde la primera absolución del requerimiento de información realizada por la Secretaría Técnica, se puso a disposición para colaborar con la investigación. TELEFÓNICA ha alegado que efectivamente habría dado cuenta de las imposibilidades de recopilar información tan antigua, informando a la Secretaría Técnica de los problemas que se le presentaban para cumplir con lo solicitado inicialmente.

591. De acuerdo con el artículo 25° del Reglamento para la Solución de Controversias, sólo cabe apelación en los casos indicados en el artículo 206.2° de la LPAG²⁰⁴ y en aquéllos expresamente indicados en el reglamento. El artículo 206.2° de la LPAG señala que sólo son impugnables los actos definitivos que ponen fin a la instancia y los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión.

592. Al respecto, el pronunciamiento del Cuerpo Colegiado, por el que ordena a la Secretaría Técnica dar inicio a un procedimiento sancionador²⁰⁵, no es un acto impugnabile, dado que no se encuentra dentro del supuesto del artículo 206.2° de la LPAG, en tanto no pone fin a la instancia, no impide continuar el procedimiento ni produce indefensión. TELEFÓNICA podrá, en su debido momento y de conformidad con lo señalado en el Reglamento de Solución de Controversias, presentar los descargos y medios impugnatorios que considere pertinentes.

593. En consecuencia, este extremo de la apelación formulada por TELEFÓNICA resulta improcedente.

594. Sin perjuicio de lo anterior, es preciso formular algunas precisiones sobre cuál es la estructura del procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones cometidas dentro del procedimiento, regulado por el Reglamento de Solución de Controversias.

²⁰⁴Reglamento General de OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas

Artículo 25.- Apelaciones. Sólo cabe apelación en los casos indicados en el Artículo 206 numeral 2 de la Ley del Procedimiento Administrativo General y en aquéllos expresamente indicados en el presente Reglamento. Sólo cabe reconsideración en los casos en que proceda apelación, salvo disposición distinta en el presente Reglamento.

²⁰⁵Pronunciamiento que, como ya se aclaró, debió limitarse a solicitar a la Secretaría Técnica la realización de las indagaciones necesarias a efectos de determinar si concurren circunstancias que justifiquen el inicio de un procedimiento sancionador,

595. De acuerdo con el artículo 93º del Reglamento para la Solución de Controversias, en el supuesto de que existan elementos de juicio de posibles infracciones cometidas con ocasión de la tramitación de los procedimientos a los que se refiere dicho reglamento y que sean distintas de aquéllas cuya existencia o calificación deba ser pronunciada en la resolución final, la Secretaría Técnica debe realizar las indagaciones necesarias a efectos de determinar si concurren circunstancias que justifiquen el inicio de un procedimiento sancionador²⁰⁶.
596. Por su parte, el artículo 88º de dicho reglamento señala que, de ser este el caso, la Secretaría Técnica debe solicitar al Consejo Directivo la conformación de un Cuerpo Colegiado, a efectos de que evalúe el inicio del procedimiento. Para tal efecto la Secretaría Técnica emite un informe debidamente fundamentado, el cual debe ser presentado ante el Cuerpo Colegiado a efectos de que tome una decisión sobre la mencionada solicitud²⁰⁷.
597. A su vez, el artículo 90º precisa que, en el supuesto de que el Cuerpo Colegiado disponga el inicio del procedimiento sancionador, dicha resolución será puesta en conocimiento de las partes involucradas, otorgándoseles un plazo común e improrrogable de diez (10) días para que definan mediante un escrito sus pretensiones y posiciones, así como para que ofrezcan los medios probatorios pertinentes^{208 209}.
598. En tal sentido, correspondía, en sentido estricto, que el Cuerpo Colegiado dispusiera que la Secretaría Técnica que realice las indagaciones necesarias a efectos de determinar si es que efectivamente concurren circunstancias que justifiquen el inicio de un procedimiento sancionador contra TELEFÓNICA por supuestas infracciones al artículo 17º del Reglamento de Infracciones y Sanciones²¹⁰ y que, de ser el caso, se procediese con el trámite para dar inicio formal al procedimiento sancionador

²⁰⁶**Reglamento General de OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas**

Artículo 93º.- Procedimiento. El presente procedimiento rige para efectos de la investigación de infracciones cometidas con ocasión de la tramitación de los procedimientos a que se refieren los capítulos anteriores, y que sean distintas de aquéllas cuya existencia o calificación deba ser pronunciada en la Resolución Final.
(...)

²⁰⁷**Reglamento General de OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas**

Artículo 88º.- Solicitud de inicio de un procedimiento de oficio. En aquellos casos en los que la Secretaría Técnica considere necesario el inicio de un procedimiento de oficio solicitará al Consejo Directivo la conformación de un Cuerpo Colegiado a efectos de que evalúe el inicio de una controversia. Para tal efecto la Secretaría emitirá un informe debidamente fundamentado el cual será presentado ante el Cuerpo Colegiado a efectos de que tome una decisión sobre la mencionada solicitud.

²⁰⁸**Reglamento General de OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas**

Artículo 90º.- Traslado de la Resolución que da inicio al Procedimiento. La resolución a que se refiere el artículo anterior será puesta en conocimiento de las partes involucradas a través de los medios de notificación previstos por el presente Reglamento. En ella se otorgará un plazo común e improrrogable de diez (10) días para que las partes definan mediante un escrito sus pretensiones y posiciones, así como para que ofrezcan los medios probatorios pertinentes.

²⁰⁹El equivalente de dichas normas en el nuevo Reglamento General del OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 136-2011-CD-OSIPTEL, serían los artículos 89º, 84º y 86º. De ser el caso, dicho reglamento resultaría de aplicación al mencionado procedimiento sancionador.

²¹⁰**Reglamento General de Infracciones y Sanciones**

Artículo 17.- La empresa que haga entrega de información inexacta a OSIPTEL, incurrirá en infracción grave, sin perjuicio de la obligación de la empresa de presentar la información en los términos establecidos.

reseñado en los párrafos precedentes. En consecuencia, corresponde de oficio, precisar dicho extremo de la resolución apelada.

RESUELVE:

Artículo Primero.- Declarar INFUNDADO el Recurso de Apelación presentado por la empresa Telefónica del Perú S.A.A. contra la Resolución N° 017-2012-CCO/OSIPTTEL emitida por el Cuerpo Colegiado el 20 de julio de 2012 en el extremo que declaró FUNDADO el procedimiento de oficio iniciado contra Telefónica del Perú S.A.A. por la comisión de una infracción tipificada en el artículo 10º del Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas; y, en consecuencia, confirmar dicha resolución en tal extremo, en virtud de las razones expuestas en la parte considerativa del presente pronunciamiento.

Artículo Segundo.- Declarar FUNDADO en parte el Recurso de Apelación presentado por la empresa Telefónica del Perú S.A.A. contra la Resolución N° 017-2012-CCO/OSIPTTEL emitida por el Cuerpo Colegiado el 20 de julio de 2012 en el extremo que sancionó a dicha empresa por la comisión de una infracción tipificada en el artículo 10º del Decreto Legislativo N° 1034; y, en consecuencia, modificar el monto de la multa impuesta, el cual queda establecido en cuatrocientos siete (407) UIT, en virtud de las razones expuestas en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo Tercero.- Declarar INFUNDADO el Recurso de Apelación presentado por la empresa Telefónica del Perú S.A.A. contra la Resolución N° 017-2012-CCO/OSIPTTEL emitida por el Cuerpo Colegiado el 20 de julio de 2012 en el extremo que impuso a dicha empresa una medida correctiva de cese del abuso de posición de dominio, consistente en ofrecer en el mercado minorista la venta del servicio de internet ADSL “solo”, evitando cualquier conducta que tenga efectos equivalentes a la atadura de los servicios; y, en consecuencia, confirmar dicha resolución en tal extremo, modificándose el plazo dentro del cual dicha medida deberá hacerse efectiva, el cual queda establecido en siete (7) meses computados desde el día siguiente de notificada la presente resolución, para lo cual deberá informar a sus abonados y/o usuarios respecto de la posibilidad de mantener y/o adquirir su servicio de internet sin necesidad de contar necesariamente con su servicio de telefonía fija.

Artículo Cuarto.- Declarar IMPROCEDENTE el Recurso de Apelación presentado por la empresa Telefónica del Perú S.A.A. contra la Resolución N° 017-2012-CCO/OSIPTTEL 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 17º de la Resolución N° 002-99-CD-OSIPTTEL, 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 OSIPTTEL el presente pronunciamiento así como la

Resolución N° 017-2012-CCO/OSIPTEL, para que adopten las medidas pertinentes que coadyuven al cumplimiento de la medida correctiva, en el marco de sus funciones.

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

REGÍSTRESE Y COMUNÍQUESE.-

Con el voto favorable de los señores vocales: Hebert Tassano Velaochaga, Humberto Ramírez Trucios y Juan Carlos Valderrama Cueva.

HEBERT TASSANO VELAOCHAGA
Presidente

Anexo

Modelos Empleados para realizar las proyecciones de número de líneas y el cálculo del Beneficio Ilícito.

Tal como fue señalado en el cuerpo del informe, se tiene que la trayectoria del número de líneas de los competidores había mostrado una tendencia creciente moderada hacia el año 2007, iniciando, a partir de dicho período, con una tendencia creciente más pronunciada que habría sido interrumpida por la práctica de venta atada.

Para poder recuperar apropiadamente la tendencia creciente, es preciso emplear un modelo que sea consistente con la introducción de un nuevo producto en el mercado que posee externalidades de red: en una primera etapa (presente en los datos analizados), la adopción muestra tasas relativamente bajas de crecimiento. Dicha etapa está relacionada con un período en el que se produce una adopción bastante limitada del producto. Posteriormente, en una segunda etapa, se da una rápida adopción del bien o servicio. Esta etapa se relaciona con la entrada en acción de las externalidades de red y se caracteriza por altas tasas de crecimiento en el número de suscriptores. Finalmente, la tercera etapa es una de estabilización, que presenta nuevamente tasas similares a las de la primera etapa.

La dinámica de crecimiento en el número de líneas no depende únicamente del tiempo. En un contexto de alto crecimiento económico, parece ser también razonable suponer que el número de suscriptores tendrá una relación positiva con alguna medida de ingreso. En este caso, la disponibilidad de datos hará que se emplee el PBI anual en millones de soles de 1994, cuya fuente es el Banco Central de Reserva del Perú.

En tal sentido, se estimaron tres modelos. El primero de ellos fue un modelo lineal que explica la evolución del número de líneas fijas de la competencia n_t (expresado en millones) con las líneas del período anterior (n_{t-1}) y el PBI (y_t), además de un término de error ε_t :

$$n_t = \alpha_0 + \beta_1 n_{t-1} + \beta_2 y_t + \varepsilon_t$$

Una segunda ecuación se basará en la función acumulada de densidad de una distribución Gompertz. Sin embargo, para poder estimar este modelo, la variable dependiente debe estar expresada en términos de porcentajes. Por esta razón, se expresó la variable dependiente como el número de líneas como porcentaje de la población, a la cual se denotará por N_t . Así, la función a estimar será:

$$\frac{n_t}{N_t} = \exp\left(-\exp\left(\alpha_0 + \beta_1 \frac{n_{t-1}}{N_{t-1}} + \beta_2 y_t\right)\right) + \varepsilon_t$$

Un tercer modelo que se utilizó fue uno basado en la distribución exponencial, que viene dado por la siguiente expresión:

$$n_t = \alpha_0 \exp(\beta_1 n_{t-1} + \beta_2 y_t) + \varepsilon_t$$

Los resultados de los tres modelos se muestran en el Cuadro A1.

Cuadro A1: Resultados de las Estimaciones

| Coficiente | Contrafactual lineal Autoreg + PBI | Contrafactual Gompertz Autoreg + PBI | Contrafactual Exponencial Autoreg + PBI |
|-------------------|---|---|--|
| α_0 | 37152.5800 | 2.8366 | 21.6870 |
| β_1 | 2.2459 | 2.5797 | 0.0000 |
| β_2 | -321.6733 | -0.0059 | 0.0471 |
| R2 ajust | 0.9973 | 0.9995 | 0.9992 |
| Raíz ECM | 1817.3000 | 0.0000 | 1351.0920 |

Fuente: Estimaciones propias.
Elaboración: OSIPTEL.

Ambos modelos serán utilizados para efectuar predicciones y luego compararlas con los valores históricos, a fin de obtener la magnitud de la brecha. Los resultados de cada modelo se muestran en el Cuadro A2. Cabe señalar que en el modelo Gompertz, para poder obtener el número de líneas, se multiplicó la variable dependiente $\frac{nt}{N_t}$ por la población estimada del Perú en cada año, la cual fue obtenida del INEI.

Cuadro A2: Proyecciones Elaboradas

| Año | Observado | Contrafactual lineal Autoreg + PBI | Contrafactual Gompertz Autoreg + PBI | Contrafactual Exponencial Autoreg + PBI | Contrafactual Promedio de Modelos |
|------------|------------------|---|---|--|--|
| Año | Observado | Contrafactual 1 | Contrafactual 2 | Contrafactual 3 | Contrafactual Promedio |
| 2001 | 4,747 | 4,747 | 4,747 | 4,747 | 4,747 |
| 2002 | 7,138 | 7,138 | 7,138 | 7,138 | 7,138 |
| 2003 | 9,139 | 9,139 | 9,139 | 9,139 | 9,139 |
| 2004 | 13,938 | 13,938 | 13,938 | 13,938 | 13,938 |
| 2005 | 22,525 | 22,525 | 22,525 | 22,525 | 22,525 |
| 2006 | 33,722 | 33,722 | 33,722 | 33,722 | 33,722 |
| 2007 | 57,254 | 57,254 | 57,254 | 57,254 | 57,254 |
| 2008 | 104,377 | 104,377 | 104,377 | 104,377 | 104,377 |
| 2009 | 189,888 | 209,440 | 108,806 | 192,836 | 170,360 |
| 2010 | 288,526 | 439,936 | 186,324 | 429,032 | 351,764 |
| 2011 | 406,522 | 952,934 | 275,567 | 850,085 | 692,862 |

Fuente: Estimaciones propias.
Elaboración: OSIPTEL.

Como puede verse, las tres predicciones, al emplear distintas especificaciones, tienden a dar resultados diferentes. En este sentido, una posible salida consiste en obtener una

combinación de predicciones, en la que el valor final de la predicción es una suma ponderada de dos o más predicciones. En este caso, el ponderador más simple consiste en asignar pesos iguales, lo que equivale a promediar el resultado obtenido en los tres escenarios. Es preciso mencionar que la combinación de predicciones utilizando este método está ampliamente documentada y su empleo es sugerido en casos de cálculo de daño por prácticas anticompetitivas²¹¹. Dicho cálculo se encuentra presentado en la última columna del Cuadro A2.

²¹¹Oxera (2009). "Quantifying Antitrust Damages: Towards non-binding guidance for courts". Reporte preparado para la Comisión Europea.