



RESOLUCIÓN DEL CUERPO COLEGIADO N° 006-2008-CCO/OSIPTEL

Lima, 26 de noviembre de 2008

EXPEDIENTE	002-2004-CCO-ST/CD - Proceso de Oficio
MATERIA	COMPETENCIA DESLEAL
ADMINISTRADOS	TELÉFONICA DEL PERÚ S.A.A.

SUMILLA: *Se declara que no se ha acreditado la existencia de una infracción al artículo 6° de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución, y en consecuencia, se dispone el archivamiento del expediente.*

El Cuerpo Colegiado designado mediante Resolución N° 001-2004-CD/OSIPTEL para tramitar el procedimiento de oficio contra Telefónica del Perú S.A.A. por la presunta comisión de actos de competencia desleal.

VISTO:

El Expediente N° 002-2004-CCO-ST/CD.

CONSIDERANDO:

I. EMPRESA INVESTIGADA

TELÉFONICA es una empresa privada constituida en el Perú que, de acuerdo con los contratos de concesión suscritos con el Estado Peruano, está autorizada a prestar servicios de telefonía fija, en las modalidades de abonados y teléfonos públicos, portador local, servicios de larga distancia nacional e internacional, entre otros.

II. ANTECEDENTES

- 2.1 Mediante carta del 22 de setiembre de 2003, TELÉFONICA ofreció una "propuesta especial luego de aplicar planes de descuento" al abonado de la línea número 3682338, la misma que fue aceptada por el cliente. Sobre la base de esta propuesta, el 18 de octubre de 2003 TELÉFONICA emitió el recibo N° T67-8722330, el cual contenía el consumo del servicio de larga distancia de TELÉFONICA, e indicaba la aplicación de un descuento equivalente al 31% del importe correspondiente a llamadas internacionales –descuento aplicable por consumos entre 501 y 1,000 nuevos soles de acuerdo con las condiciones generales de afiliación a planes de descuento de larga distancia. El 17 de noviembre de 2003, TELÉFONICA emitió la nota de crédito N° 1483-0007729 en favor del número de abonado 3682338 y respecto del recibo N° T67-8722330 ya mencionado. Dicha nota de crédito era por el concepto denominado "discado directo internac." y su monto ascendía a S/. 410,12 nuevos soles (S/. 344,64 más S/. 65,48 de IGV).

- 2.2. El 18 de noviembre de 2003, la Gerencia de Fiscalización de OSIPTEL (en adelante GFS) llevó a cabo una acción de supervisión en el Centro de Pago de TELEFÓNICA ubicado en la avenida San Luis 1971, San Borja, con el propósito de acompañar al abonado del número telefónico 3682338 para que realizara el pago del recibo N° T67-8722330. En esta diligencia se verificó que el monto finalmente pagado fue el resultante de restar el valor de la nota de crédito –sin incluir IGV– del monto que quedó luego de aplicar el descuento progresivo-internacional.
- 2.3. El 25 de noviembre de 2003, la GFS efectuó una acción de supervisión desde el domicilio del abonado del servicio telefónico número 3682338, solicitándole que llamara a TELEFÓNICA para verificar la información que le habían brindado con relación al servicio de larga distancia que le estaban ofertando. En esta acción de supervisión se verificó que el señor Lino Altamirano, representante de ventas de TELEFÓNICA, y su jefe el señor Alex Escalante, informaron al abonado que el descuento correspondiente a la tarifa preferencial otorgada se hacía efectivo mediante notas de crédito emitidas a favor del abonado. Asimismo, cuando el abonado preguntó si perdería el descuento si realizaba llamadas con otras operadoras de larga distancia, el señor Escalante señaló que ese tipo de descuentos se manejaba internamente, dependiendo del tráfico del usuario, con la posibilidad de perder el referido descuento si el usuario realizaba más del 15% del total de llamadas de larga distancia con otro operador.
- 2.4. En la misma fecha, la GFS realizó una segunda acción de supervisión a través de una llamada telefónica desde un terminal de abonado, así como vía intercambio de correos electrónicos, para conocer la información brindada por TELEFÓNICA sobre ofertas para el servicio de larga distancia. En esta ocasión, la señorita Norybell Rollet ofreció descuentos sobre las tarifas de larga distancia de la citada empresa, señalando que trabajaba en TELEFÓNICA como representante comercial y utilizando además una cuenta de correo electrónico de esta empresa.
- 2.5. Asimismo, el 25 de noviembre de 2003, la GFS llevó a cabo una tercera acción de supervisión, esta vez en el local de TELEFÓNICA ubicado en la intersección entre el jirón Grimaldo del Solar y la avenida Benavides, en el distrito de Miraflores, con la finalidad de verificar la información que se brindaba a los abonados de TELEFÓNICA sobre ofertas para llamadas de larga distancia. Durante la supervisión se encontró sobre el escritorio del señor Alex Escalante¹, un listado de abonados de TELEFÓNICA conteniendo número telefónico, nombre del cliente, consumo del servicio de larga distancia internacional en minutos y en soles, planes propuestos para larga distancia nacional e internacional, dos campos titulados “% comp. LDI” y “% Com”², entre otros.
- 2.6. De la misma manera, la señorita Norybell Rollet, representante comercial de la sub-gerencia de ventas de TELEFÓNICA, tenía a su disposición listados, impresos y electrónicos de similares características al que tenía el señor Escalante. El listado impreso también incluía el campo “% Compe”. Tanto el

¹ El señor Escalante señaló ser supervisor de larga distancia y tener a su cargo un grupo de vendedores a quienes entregaba una cartera de clientes (PYMES).

² Al ser preguntado, el señor Escalante explicó que el campo “% Com” representaba el porcentaje de tráfico de larga distancia cursado por el usuario con empresas competidoras de TELEFÓNICA.

señor Alex Escalante como la señorita Rollet, manifestaron que su jefa, la señorita Rocío Okamoto, era quien les había entregado dichos listados.

Funcionarios de la GFS mostraron a los presentes en la supervisión una copia de la propuesta de tarifas de larga distancia que entregaba TELEFÓNICA a los abonados y les pidieron que indicaran a qué clientes se venía ofreciendo, pero ninguno de ellos la reconoció ni pudo señalar a quiénes se estaba ofreciendo³.

- 2.7. El 4 de diciembre de 2003, la GFS realizó una acción de supervisión en el domicilio del abonado de la línea telefónica número 3682338 para verificar que el señor Lino Altamirano, representante de ventas de TELEFÓNICA, solicitaba al referido usuario que firme una carta, fechada el 14 de noviembre de 2003, en la que supuestamente reclamaba por la facturación de su recibo de octubre de 2003.
- 2.8. El mismo 4 de diciembre de 2003, TELEFÓNICA presentó una queja administrativa contra las acciones de supervisión llevadas a cabo por la GFS con fechas 25 y 27 de noviembre de 2003, solicitando a la Gerencia General del OSIPTEL que declare de oficio su nulidad por adolecer de vicios procesales, tales como no haberse informado el objeto de las mismas, haberse recogido información y documentación que no guardaba relación con el objeto de la supervisión, no existir comunicación previa informando sobre las acciones que se llevarían a cabo.
- 2.9. Mediante Resolución 533-2003-GG/OSIPTEL, del 11 de diciembre de 2003, la Gerencia General del OSIPTEL declaró infundada la queja interpuesta por TELEFÓNICA. Para tales efectos, se consideró que sí se había informado oportunamente que el objeto de las acciones de supervisión era verificar la información que se brinda a los abonados en relación con las tarifas de larga distancia ofertadas y obtener una nueva copia de ciertos archivos electrónicos.
- 2.10. Mediante Memorando N° 1085-GFS/2003, recibido el 5 de enero de 2004, la GFS remitió a la Gerencia de Relaciones Empresariales del OSIPTEL, en adelante GRE, el Informe 727-GFS-A-06/2003, en el cual comunicó que durante el desarrollo de la acción de supervisión de fecha 25 de noviembre de 2003 se había advertido que representantes de ventas de dicha empresa tenían en su poder listados de clientes en los que se consignaba, entre otros, información sobre los minutos de tráfico de larga distancia internacional y nacional, en minutos y nuevos soles, cursados por los usuarios a través de empresas competidoras de TELEFÓNICA.
- 2.11. Mediante Resolución 004-2004-CD/OSIPTEL, publicada en el Diario El Peruano el 23 de enero del 2004, y luego del proceso de consulta correspondiente se aprobó la versión final del proyecto de resolución que regula la información que deberá ser proporcionada por los concesionarios de telefonía fija local a los concesionarios del Servicio Portador de Larga Distancia. En dicha norma se estableció que los concesionarios de telefonía fija debían proporcionar la siguiente información a los operadores de larga distancia que se lo solicitaran: (i) número de teléfono del abonado; (ii) nombre o razón social del abonado; (iii) dirección donde está instalado el servicio y lugar

³ En el acta correspondiente a esta acción de supervisión los funcionarios de la GFS dejaron constancia de diversas conductas de los representantes de Telefónica realizadas en el transcurso de dicha diligencia, que obstaculizaron su normal desarrollo y que buscaron ocultar información relevante.

de remisión del recibo en caso ser distinto; (iv) empresa con la cual el abonado está preseleccionado; (v) si el abonado tiene la calidad de moroso; y, (vi) los minutos mensuales de larga distancia nacional e internacional generados por el abonado.

III. PROCEDIMIENTO DE OFICIO Y OTROS HECHOS RELEVANTES

- 3.1. Mediante Resolución N° 001-2004-CCO/OSIPTEL, del 20 de enero de 2004, el Cuerpo Colegiado de OSIPTEL, dispuso el inicio de un procedimiento de oficio contra TELEFÓNICA, por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de infracción a la cláusula general, tipificados por el artículo 6° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, Decreto Ley 26122⁴.
- 3.2. El Cuerpo Colegiado consideró que los indicios existentes señalaban que TELEFÓNICA estaría utilizando en beneficio de su división de larga distancia información a la que tiene acceso en su calidad de operadora de telefonía fija local y que no era compartida con los demás operadores del servicio de larga distancia. A través de este comportamiento, TELEFÓNICA podría estar causando un perjuicio a sus competidores en el mercado del servicio de larga distancia, quienes se verían impedidos de ofrecer a los consumidores planes para este servicio en condiciones similares. Esta conducta sería contraria a la buena fe comercial y al normal desenvolvimiento de las actividades económicas.
- 3.3. El 12 de febrero de 2004, TELEFÓNICA presentó sus descargos, manifestando que discrepaba de las conclusiones a las que había llegado la Secretaría Técnica pues la empresa había actuado dentro de los márgenes establecidos por la regulación vigente y la legislación de competencia desleal en la obtención y procesamiento de información por su división de larga distancia⁵.

⁴ Mediante Resolución N° 003-2004-CCO/OSIPTEL, de fecha 5 de febrero del 2004, el Cuerpo Colegiado a cargo de la presente controversia, ordenó a Telefónica del Perú S.A.A., de oficio y como medida cautelar, que se abstenga de utilizar información correspondiente al tráfico de larga distancia nacional e internacional que cursan sus abonados a través de otros operadores de este servicio para elaborar y ofrecer planes de larga distancia a sus abonados del servicio de telefonía fija; en la medida que el uso de la mencionada información podría constituir un acto de competencia desleal en los términos establecidos por el artículo 6° del Decreto Ley N° 26122, Ley sobre Represión de la Competencia Desleal. Sin embargo, dicha resolución fue apelada por Telefónica del Perú S.A.A.; y, mediante Resolución N° 006-2004-TSC/OSIPTEL, de fecha 9 de marzo de 2004, el Tribunal de Solución de Controversias, declaró fundada la apelación interpuesta por dicha empresa y, por tanto, revocó la Resolución N° 003-2004-CCO/OSIPTEL.

⁵ Telefónica sustentó sus descargos en que:

1. TELEFÓNICA obtuvo lícitamente la información sobre los tráficos cursados por sus abonados, sin violentar secretos comerciales, el secreto de las telecomunicaciones o normas de orden constitucional o legal.
2. TELEFÓNICA, según sus contratos de concesión, solo está obligada a mantener la confidencialidad de la información que obtiene en el curso de sus actividades, pues se encuentra impedida de entregar a terceras empresas información relacionada con el secreto de las telecomunicaciones y la información personal de los abonados. Asimismo, los contratos de concesión de TELEFÓNICA establecen que esta empresa sólo está obligada a cooperar con otros operadores cuando así lo establezca la regulación.
3. No existe norma alguna que impida o restrinja la posibilidad de TELEFÓNICA de procesar y utilizar la información de sus clientes obtenida válidamente, ya sea para diseñar planes tarifarios, realizar ofertas, o en general ajustar sus productos y servicios a las necesidades de sus clientes.
4. La información que obtiene TELEFÓNICA no se debe únicamente a su posición en el mercado o al proceso de facturación, sino a una importante inversión en procesos de telegestión comercial y atención de clientes, así como a los costos de ensayo/error que supone el desarrollo de sus estrategias comerciales, por lo que es inequitativo considerar ilícito que utilice dicha información de modo exclusivo.
5. TELEFÓNICA no está obligada a entregar de *motu proprio* a sus competidores información salvo que la misma le fuera solicitada. El reglamento dictado por el OSIPTEL para que los concesionarios de telefonía fija entreguen información a los demás operadores establece que tal información debe entregarse a los operadores de larga distancia que lo soliciten. No puede asumirse que antes de la vigencia de esta norma se

- 3.4. Como parte de la investigación de oficio, entre el 11 y el 14 de junio de 2004, la Secretaría Técnica solicitó diversa información a las siguientes operadoras de servicios de larga distancia: Americatel Perú S.A., Convergía Perú S.A., IDT Perú S.A.; Perusat S.A., Impsat Perú S.A., Infoductos y Telecomunicaciones del Perú S.A., y Telmex Perú S.A para que informen si alguno de sus clientes había recibido ofertas de planes tarifarios o planes de descuento en el servicio de larga distancia por parte de TELEFÓNICA, en los que esta empresa hubiera tomado en cuenta el tráfico cursado por el usuario con empresas competidoras. Asimismo, solicitó a las citadas empresas que indiquen si durante el año 2003 habían solicitado a TELEFÓNICA información sobre tráfico de larga distancia cursado por los abonados de esta empresa, pero a través de sus competidores.
- 3.5. Las referidas operadoras de servicios de larga distancia dieron respuesta al requerimiento de información antes señalado entre el 22 de junio y el 6 de julio de 2004. Americatel Perú S.A. señaló que en diversas oportunidades clientes del segmento residencial manifestaron haber recibido llamadas telefónicas por parte de ejecutivos de TELEFÓNICA, en las que se les ofrecía planes tarifarios de larga distancia haciendo uso de la información del consumo del cliente. Las demás empresas no indicaron si sus clientes habían recibido ofertas de parte de TELEFÓNICA, en las que ésta habría tomado en cuenta el tráfico cursado a través de sus competidores. De otro lado, las operadoras señalaron que no habían solicitado a TELEFÓNICA información sobre tráfico de larga distancia cursado por los abonados de esta empresa a través de sus competidores.
- 3.6. El 13 de julio de 2004, considerando lo señalado por Americatel Perú S.A., la Secretaría Técnica solicitó a esta empresa que presente la relación de clientes que recibieron llamadas o visitas de ejecutivos de TELEFÓNICA y a las que se ofrecieron planes tarifarios de larga distancia tomando en cuenta información sobre el tráfico cursado por los mismos con los competidores de la referida empresa, adjuntando las hojas impresas en los que constaba el tráfico de los clientes en el caso de las personas jurídicas.
- 3.7. El 20 de julio de 2004, Americatel Perú S.A. presentó la información requerida.
- 3.8. El 3 de setiembre de 2004, la Secretaría Técnica sostuvo entrevistas con funcionarios y empleados de TELEFÓNICA que estuvieron presentes en la acción de supervisión llevada a cabo por la GFS el 25 de noviembre de 2003. De igual manera, en la misma fecha también se sostuvieron entrevistas con otros funcionarios de TELEFÓNICA⁶.

derivaba del artículo 6º de la Ley de Competencia Desleal, que TELEFÓNICA debía entregar información sin que existiera una solicitud previa. Respecto a ello; los comentarios remitidos por TELEFÓNICA oponiéndose al proyecto de la referida norma, no pueden considerarse evidencia de una negativa a entregar información, pues dichos comentarios sólo manifestaron que la entrega de información podía ser una violación del secreto de las telecomunicaciones.

6. Finalmente, TELEFÓNICA señaló que no se verifican los supuestos en que corresponde iniciar una investigación de oficio según los Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Competencia Desleal en el Ámbito de las Telecomunicaciones, aprobados mediante Resolución N° 075-2002-CD/OSIPTEL, pues no se evidencia concurrentemente un daño efectivo, asimetría informativa y el comportamiento estratégico del investigado. De otro lado, la información y documentación que sirve de indicio para la investigación fue obtenida mediando una serie de irregularidades durante la acción de supervisión de fecha 25 de noviembre de 2003, lo cual fue materia de una queja por defectos de tramitación planteada por TELEFÓNICA en su momento.

⁶ Las personas entrevistadas fueron enviadas por TELEFÓNICA ante la solicitud de la Secretaría Técnica que requirió la presencia de: (i) los funcionarios y/o responsables del área de larga distancia encargados de diseñar las tarifas,

- 3.9. El 13 de setiembre de 2004, la GFS remitió a la Secretaría Técnica el Memorando N° 690-GFS/2004, adjuntando el Informe N° 459-GFS/12-02/2004 emitido por dicha Gerencia dentro del expediente N° 00030-2004-GG-GFS/12-02, referido a una acción de supervisión sobre de la existencia de propuestas especiales de tarifas para llamadas de larga distancia por parte de TELEFÓNICA recibidas por un grupo de usuarios. Adicionalmente, en el informe de la GFS se indicó que todos los clientes a los que se les ofreció propuestas especiales figuraban en las relaciones de clientes que fueron entregadas por el señor Alex Escalante y la señorita Norybell Rollet en la acción de supervisión llevada a cabo por la GFS el 25 de noviembre de 2003 en las instalaciones de TELEFÓNICA.
- 3.10. El 17 de agosto de 2005, la Secretaría Técnica requirió a TELEFÓNICA que presente información sobre el tráfico mensual facturado por llamadas de larga distancia cursado a través de cada operadora por diversos abonados incluidos en los listados de clientes encontrados por los funcionarios de la GFS durante la acción de supervisión realizada con fecha 25 de noviembre de 2003.
- 3.11. El 31 de agosto de 2005, TELEFÓNICA presentó un escrito en el que manifestó que carecía de toda la información requerida, pues se trataba de información correspondiente al tráfico de operadoras distintas a TELEFÓNICA y que por ello presentaría aquella información con la que contaba.
- 3.12. El 14 de setiembre de 2005, la Secretaría Técnica reiteró a TELEFÓNICA que el requerimiento de información enviado se refería al tráfico que dicha empresa hubiera facturado, ya sea cursado por su propia red o a través de operadoras a las que brindara el servicio de facturación.
- 3.13. El 16 de setiembre de 2005, TELEFÓNICA remitió la información con la que contaba, según lo señalado en su comunicación de fecha 31 de agosto.
- 3.14. El 04 de octubre de 2005, TELEFÓNICA presentó la información de facturación detallada realizada por ella respecto del tráfico de larga distancia cursado a través de su propia red o por terceros, solicitando que la misma sea tratada como reservada, lo cual le fue concedido mediante Resolución N° 049-2001-CD/OSIPTEL.

IV. EL INFORME INSTRUCTIVO

El 21 de octubre de 2008, la Secretaría Técnica emitió el Informe Instructivo N° 004-2008/ST, en el cual concluyó lo siguiente:

- 4.1. En el caso, la infracción al artículo 6° de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal se verificaría si se acredita que TELEFÓNICA usó de manera exclusiva información detallada y específica sobre tráfico de larga distancia generada por las otras operadoras de larga distancia para elaborar ofertas especiales a fin de captar clientes de la competencia, de tal forma que las otras empresas de larga distancia se encontraran en imposibilidad de replicar las ofertas diseñadas por TELEFÓNICA al no tener acceso a dicha

planes y promociones; (ii) los funcionarios y/o responsables del área de facturación encargados de facturar el tráfico de larga distancia; y, (iii) los funcionarios y/o responsables del área de sistemas encargados de obtener y/o resguardar la información sobre el tráfico de larga distancia y proporcionarla a las áreas de ventas y larga distancia.

información y con ello TELEFÓNICA obtendría una ventaja significativa en el mercado en perjuicio de sus competidores.

4.2. De la revisión del expediente se evidencia que, antes de la aprobación de la Resolución N° 004-2004-CD/OSIPTEL, las empresas operadoras del servicio de larga distancia no solicitaron a TELEFÓNICA la entrega de información sobre el tráfico en esta modalidad cursado por los abonados del servicio de telefonía fija de la denunciada. Asimismo, debe indicarse que la carta remitida por TELEFÓNICA durante el procedimiento de evaluación y aprobación del proyecto de norma que regula la información que deberá ser proporcionada por los concesionarios de telefonía fija local a los concesionarios del servicio portador de larga distancia, por la cual esta empresa manifestó su disconformidad con el mismo, puede constituir un indicio pero no es un elemento probatorio suficiente para concluir que TELEFÓNICA implementó una política consistente en negarse a entregar esta información a sus competidores. En tal sentido, no se ha acreditado que el uso exclusivo que se pudiera haber dado a la información haya sido consecuencia de una decisión desleal por parte de TELEFÓNICA.

4.3. Del análisis conjunto de la información sobre planes y ofertas de TELEFÓNICA que obra en el expediente puede afirmarse lo siguiente:

- En la gran mayoría de casos (i) no se acreditó la elaboración de ofertas con un nivel de detalle importante que por ejemplo, permitiesen comparar los distintos destinos del tráfico de larga distancia internacional y las tarifas cobradas por las empresas para cada uno de dichos destinos, a fin de presentar planes más competitivos; y (ii) no se acreditó que se tratase de tarifas dirigidas a captar clientes de otros operadores de larga distancia.
- Sólo en un (1) caso se ha detectado que TELEFÓNICA ofreció una tarifa promocional a un cliente de gran consumo de larga distancia, que era cliente de Americatel Perú. Dicho único caso no constituiría evidencia de que TELEFÓNICA haya obtenido una ventaja significativa frente a sus competidores, considerando que en las listas encontradas en la inspección a cargo de GFS se consignaban 29247 clientes.

4.4. De la revisión de los medios probatorios que obran en el expediente no existe evidencia concluyente sobre la existencia de perjuicios potenciales significativos sobre los competidores o sobre el mercado, teniendo en consideración que la práctica no habría reportado a TELEFÓNICA una ventaja significativa por lo siguiente:

- Habría evidencia que la práctica investigada estuvo en vigencia por aproximadamente tres meses. Dicho periodo constituyó un lapso reducido de tiempo en el cual, conforme a la información revisada, tampoco se ha evidenciado un número importante o significativo de clientes que se hayan acogido a las ofertas investigadas.
- En cuanto a los resultados de la práctica en el mercado de larga distancia internacional, la evidencia disponible indicaría que la práctica no habría ocasionado cambios significativos en los patrones de consumo de todos los usuarios. De manera similar, en el mercado de larga distancia nacional, la evidencia indica que tampoco se habrían

producido cambios significativos en el consumo de los usuarios producto de la práctica.

- o Por tanto, en la medida que solo se ha acreditado la existencia de una oferta en las condiciones señaladas en el presente informe y que no existe evidencia concluyente sobre la existencia de perjuicios significativos sobre los competidores o sobre el mercado, no resulta posible afirmar que TELEFÓNICA ha incurrido en una infracción a la cláusula general contenida en el artículo 6° de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal.

- 4.5. En consecuencia, de la revisión de los medios probatorios que obran en el expediente no existe evidencia suficiente que acredite la comisión de los actos de competencia desleal en la modalidad de infracción a la cláusula general contenida en el artículo 6° de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal.

V. LOS ALEGATOS DE TELEFÓNICA

El 3 de noviembre de 2008, TELEFÓNICA presentó sus alegatos al Informe Instructivo N° 004-2008/ST elaborado por la Secretaría Técnica, señalando lo siguiente:

- 5.1. TELEFÓNICA ha expresado estar de acuerdo con las conclusiones del Informe Instructivo, y por lo tanto solicita se declare improcedente el procedimiento de oficio en todos sus extremos y se proceda al archivo de la controversia.
- 5.2. Sin embargo, y a pesar de que este procedimiento no cuestiona la forma en que TELEFÓNICA obtiene información sobre los tráficos cursados por sus abonados, TELEFÓNICA discrepa respecto a una serie de alcances que la Secretaría Técnica realizó con relación al acceso y empleo de la información, entre los que señala principalmente lo siguiente:
- Según la Secretaría Técnica, TELEFÓNICA no estaría autorizada para utilizar la información con fines comerciales ni tampoco para que sus divisiones, sucursales o empresas vinculadas compitan con otros operadores de mercados relacionados, siendo su obligación salvaguardar dicha información, evitando que accedan a la misma no solo personas ajenas a la empresa, sino también personal de la propia TELEFÓNICA, salvo excepciones. TELEFÓNICA sostiene que ello sería contradictorio con lo que dispone la Resolución N° 004-2004-CD/OSIPTEL.
 - TELEFÓNICA discrepa con el criterio desarrollado por la Secretaría Técnica en el sentido que, en la medida que los Contratos de Concesión no hacen mención a la posibilidad de utilizar la información -el tráfico- con fines comerciales, TELEFÓNICA se encontraría impedida de darle tal uso, pues ello es inaceptable desde el punto de vista de la eficiencia económica⁷. De otro lado, TELEFÓNICA sostiene que no existe norma legal que le impida o restrinja el uso de información lícitamente obtenida sobre los tráficos cursados por sus clientes, siempre y cuando se respeten las seguridades de la ley.
 - TELEFÓNICA señala que de acuerdo con la legislación sobre el secreto de las telecomunicaciones y protección de datos personales, el único órgano

⁷ TELEFÓNICA sostiene que de acuerdo al Contrato de Concesión la empresa solo se encontraría obligada a mantener la confidencialidad de la información.

encargado de fiscalizar los aspectos relativos a la protección de datos personales es el MTC, por lo que la Secretaría Técnica no debe pronunciarse respecto a la idoneidad de la información recabada y su validez para su tratamiento con fines comerciales.

- TELEFÓNICA sostiene que aún cuando los niveles de resguardo de la información de sus abonados no constituyen parte de la presente investigación; discrepa con el Informe Instructivo respecto al nivel de seguridad al interior de la empresa, pues dicho informe considera que se estaría haciendo uso poco cuidadoso de la información y desconoce el hecho de que TELEFÓNICA haya desarrollado dos normas de carácter interno para efectos de acceso y resguardo de información. De otro lado, basada en el hecho de que TELEFÓNICA tiene derecho a utilizar la información generada por sus clientes en el marco de sus operaciones comerciales, señala que ello implica necesariamente que dicha información es analizada por una serie de trabajadores, en este caso todos en una relación contractual con la empresa.

VI. CUESTIONES PROCESALES PREVIAS

En sus descargos, TELEFÓNICA ha cuestionado la licitud de la forma en que fue obtenida la información que ha servido de base para el inicio de la presente investigación. Al respecto, sostuvo que se violentó el debido proceso al obtener la referida información durante las acciones de supervisión desarrolladas por la GFS, los días 25 y 27 de noviembre de 2003.

Adicionalmente, TELEFÓNICA ha señalado que en el presente caso no se verifican los supuestos establecidos por los Lineamientos de Competencia Desleal de OSIPTEL para el inicio de una investigación de oficio. Al respecto, ha indicado que conforme a los referidos Lineamientos, para iniciar una investigación de oficio debe evidenciarse concurrentemente: un daño efectivo, asimetría informativa, y comportamiento estratégico del investigado.

En tal sentido, de forma previa a evaluar si TELEFÓNICA incurrió en la infracción que es objeto de la investigación de oficio iniciada en su contra, corresponde determinar lo siguiente:

- (i) si ha existido alguna vulneración del debido proceso; y posteriormente,
- (ii) si en el presente caso se verificaban las condiciones para el inicio de una investigación de oficio por parte del OSIPTEL.

5.1 La supuesta vulneración al debido proceso

Las alegaciones sobre una supuesta vulneración al procedimiento fueron también planteadas por TELEFÓNICA en el recurso de queja presentado ante la Gerencia General del OSIPTEL con fecha 4 de diciembre de 2003. En su queja TELEFÓNICA sostuvo lo siguiente: (i) las acciones de supervisión realizadas por funcionarios del OSIPTEL los días 25 y 27 de noviembre de 2003 adolecen de serios vicios procesales, ya que durante la realización de dichas diligencias se tomó información confidencial de la empresa sin adoptar las previsiones necesarias para garantizar su integridad y confidencialidad; (ii) la información fue extraída de las oficinas en sendas acciones intempestivas, sin precisar claramente el propósito de las diligencias y sin asegurar que la información recabada estuviese relacionada con el objeto de la acción de supervisión; y, (iii) las acciones de supervisión no cumplieron con realizarse en tiempo hábil.

La Gerencia General realizó la evaluación del caso y verificó que la GFS sí había cumplido con informar el objeto de ambas acciones de supervisión y que la información recabada durante las mismas se encontraba vinculada con su objeto, que era conocer la información que brindaba la empresa para ofrecer sus servicios de larga distancia a sus clientes o potenciales clientes. Asimismo, la Gerencia General determinó que TELEFÓNICA no había solicitado hasta la fecha de interposición de la queja que se diera tratamiento confidencial a la información recabada en las acciones de supervisión y pese a ello estaba cuestionando que no se le hubiera dado ese tratamiento, por lo que no podía plantear como violatorio del debido proceso el hecho de que la información no hubiera sido tratada como confidencial.

En tal sentido, la Gerencia General, concluyó que las acciones de supervisión sí habían sido iniciadas en tiempo hábil y que si concluyeron fuera de ese tiempo fue por demoras causadas por la propia TELEFÓNICA. Por último, la Gerencia General señaló que el OSIPTEL tiene facultades para realizar acciones de supervisión con o sin previo aviso y le corresponde definir -dentro del marco de lo legalmente válido- cuál es la información relevante para los objetivos de cada supervisión, sin que la empresa supervisada pueda cuestionar tal decisión. En virtud de lo anterior, la Gerencia General declaró infundada la queja. Dicha decisión no fue impugnada por TELEFÓNICA, por lo que dicho pronunciamiento ha quedado firme en sede administrativa.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que el Cuerpo Colegiado comparte las conclusiones formuladas por la Gerencia General sobre la existencia de afectaciones al derecho de defensa de TELEFÓNICA con ocasión de las acciones de supervisión en las que se recabó material probatorio para el presente procedimiento.

5.2 El inicio del procedimiento de oficio

Este Cuerpo Colegiado inició la presente investigación de oficio en ejercicio de sus facultades legales como encargado de supervisar el cumplimiento de las normas de libre y leal competencia en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, basándose en información recabada en las acciones de supervisión realizadas por la GFS.

Dentro del presente procedimiento, TELEFÓNICA ha contado con todas las garantías inherentes al debido proceso. De esta forma, la empresa investigada ha sido informada oportunamente sobre las imputaciones formuladas en su contra y se ha puesto en su conocimiento las pruebas que sustentan dichas imputaciones. Asimismo, la empresa ha tenido la oportunidad de presentar sus descargos y realizar toda la actividad probatoria que ha considerado conveniente.

Adicionalmente, el uso de la información recabada en las acciones de supervisión del 25 y 27 de noviembre de 2003 como parte de los indicios de la presunta infracción investigada, tampoco puede considerarse una vulneración del debido proceso. Si bien la información recogida en las acciones de supervisión debe utilizarse para el objeto de la misma, ello no significa que dicha información no pueda utilizarse como sustento para investigar una posible infracción a las normas de libre y leal competencia, en tanto que tal limitación impediría que el OSIPTEL cumpla con sus funciones de fiscalización y sanción si en una acción de supervisión encuentra evidencias de una infracción no detectada hasta ese momento. Ello es más evidente en el caso de infracciones a las normas de libre y leal competencia, que involucran una probable

afectación del interés público y que deben ser detectadas utilizando todas las vías legales que existan para tal efecto.

Considerando lo anterior, el Cuerpo Colegiado coincide con la Secretaría Técnica en que no resultan atendibles las alegaciones planteadas por TELEFÓNICA sobre la supuesta vulneración del debido proceso al obtener la información que constituye parte de la prueba de la presente investigación, en tanto que no se ha producido tal situación ni al obtener la referida información ni en el transcurso del presente procedimiento.

5.3 Las condiciones para iniciar el procedimiento de oficio conforme a los Lineamientos de Competencia Desleal de OSIPTEL

Para el supuesto específico del inicio de un procedimiento sancionador de oficio, el numeral 4.4. de los Lineamientos de Competencia Desleal del OSIPTEL contempla:

"4.4. Investigaciones de oficio

*Para el inicio de investigaciones de oficio, **OSIPTEL considerará:** (i) si la presunta infracción afecta a un número importante de usuarios finales de servicios públicos de telecomunicaciones; (ii) si la transacción involucrada presenta claros problemas de información relacionados con información asimétrica o racionalidad limitada del consumidor (bienes experiencia y/o confianza); y, (iii) si el mercado se caracteriza por considerables obstáculos de acceso, ya sean estructurales o derivados de comportamientos estratégicos"⁸. (El resaltado es nuestro).*

En sus descargos, TELEFÓNICA ha considerado que el citado numeral constituiría una rigurosa prueba que debería ser resuelta por el OSIPTEL antes del inicio de un procedimiento sancionador, debiendo evidenciar necesariamente la existencia concurrente de daño efectivo, asimetría informativa y comportamientos estratégicos.

El Cuerpo Colegiado considera que de una lectura de los Lineamientos, no corresponde admitir que dichos aspectos constituyan criterios de aplicación conjunta, y solo en ese sentido, determinantes del ejercicio de la potestad sancionadora, como lo afirma TELEFÓNICA.

En efecto, los mencionados criterios tienen por objeto identificar factores **que pueden influir** en la realización de prácticas desleales o que pueden considerarse como **elementos facilitadores** de las mismas, por lo que la identificación de usuarios afectados, los problemas relacionados con la información y los obstáculos de acceso no resultan factores determinantes de la existencia de prácticas desleales, pero sí constituyen elementos que permitirían configurar un escenario propicio para su realización.

Una interpretación contraria, pondría en entredicho la vigencia de la protección contra la competencia desleal, al existir el riesgo de crear un ámbito de exención por el cual podría dejar de analizarse prácticas presuntamente ilícitas. En efecto, podrían presentarse situaciones en las que sólo se aprecie la existencia de uno o dos de los tres factores indicados en los Lineamientos, los cuales en sí mismos podrían dar indicios suficientes de una infracción⁹. En tales casos, es claro que la intervención del OSIPTEL resultaría necesaria.

⁸ Numeral 4.4 (Investigaciones de oficio) de los Lineamientos de Competencia Desleal de OSIPTEL.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que el Cuerpo Colegiado tuvo en cuenta los siguientes factores en su decisión de iniciar el presente procedimiento.

- **Afectación a un número importante de usuarios finales**

En su decisión de iniciar el presente procedimiento de oficio, el Cuerpo Colegiado consideró que el presunto uso exclusivo de información sobre tráfico de larga distancia por parte de TELEFÓNICA podría limitar el planeamiento comercial de los competidores y, en consecuencia, el acceso de los usuarios con mayor consumo del servicio de larga distancia a un mayor número de ofertas del servicio. De acuerdo con ello, el perjuicio potencial que podría haber sido infligido por TELEFÓNICA se verificaría en el conjunto de usuarios con alto nivel de consumo del servicio de larga distancia que dejarían de percibir los beneficios de la competencia entre ofertas comerciales de diversas empresas prestadoras del servicio de larga distancia de ofertas dirigidas por parte de las demás operadoras de larga distancia.

Adicionalmente, el Cuerpo Colegiado también advirtió en su decisión de inicio del procedimiento, la posible existencia de daño a la competencia y al orden público.

En efecto, con relación al daño a los competidores, se consideró que el posible uso exclusivo de la información acerca del consumo de larga distancia por parte de TELEFÓNICA permitiría a ésta contactar a los usuarios con mayor consumo del servicio de larga distancia y realizar una oferta dirigida de planes con el fin de que dichos usuarios opten por contratar sus servicios y no los de sus competidores. Adicionalmente, dicho uso exclusivo impediría a los demás operadores ofrecer a dichos clientes condiciones similares o incluso más atractivas que aquellas brindadas por la misma TELEFÓNICA. Por ello, el daño potencial que podría infringir la conducta de TELEFÓNICA a sus competidores consistiría, entre otros factores, en el número de usuarios que dejarían de contratar los servicios de la competencia, atraídos por la estrategia comercial de TELEFÓNICA basada en la información sobre consumo de larga distancia de sus abonados de telefonía fija.

- **Problemas de información relacionados con información asimétrica o racionalidad limitada del consumidor**

⁹ Adicionalmente, la Secretaría Técnica considera relevante tener en cuenta que los mismos Lineamientos de Competencia Desleal de OSIPTEL reconocen que determinadas prácticas desleales corresponden a cierto tipo de problemas en el mercado, sean problemas relacionados a la información o problemas relacionados a comportamientos estratégicos.

En efecto, en el numeral 6 de los mismos Lineamientos de Competencia Desleal de OSIPTEL, se establece una clasificación de las prácticas desleales en base a los elementos básicos de análisis de los actos de competencia desleal. Así, tenemos la siguiente clasificación:

- Constituyen problemas de información: la confusión, la explotación de reputación ajena, el engaño y la discriminación.
- Constituyen problemas de comportamientos estratégicos: la imitación sistemática, la violación de secretos, la inducción a la infracción contractual, la violación de normas.
- Constituyen problemas de información y de comportamientos estratégicos: denigración y comparación.

Conforme a lo mencionado, una lectura conjunta de los criterios a los que se refiere el numeral 4.4 de los Lineamientos de Competencia Desleal de OSIPTEL no sería pertinente, sino solo en ciertos casos como los supuestos de denigración y comparación. En este entendido, por ejemplo, si los problemas de información constituyera un requisito indispensable para el inicio de un procedimiento de oficio, ello implicaría la imposibilidad de iniciar procedimientos de oficio que versen sobre imitación sistemática, violación de secretos, inducción a la infracción contractual o violación de normas.

La posesión exclusiva de información comercial relevante, tanto en términos de calidad (posibilidad de acceder a clientes de mayor consumo del servicio de larga distancia) como en términos de cantidad (información proveniente del operador con mayor cantidad de abonados del servicio de telefonía fija) constituye una ventaja competitiva importante para el planeamiento de la oferta.

En la decisión de inicio del procedimiento se consideró que en la medida en que el uso exclusivo de dicha información constituye un gran beneficio para el operador que la posea, pues brinda la posibilidad de contactar un considerable número de clientes con el mayor tráfico de larga distancia; el operador cuenta con los incentivos necesarios para no develar esta clase de información a sus competidores con lo que se dificulta el propósito de transparencia del mercado.

Finalmente, la supuesta conducta de TELEFÓNICA podría afectar no solo el planeamiento de la oferta del servicio por parte de sus competidores, sino también la demanda del mismo, en tanto posibilidad real de conocer y comparar las condiciones del servicio ofrecido, las mismas que podrían variar en caso las demás empresas de larga distancia tuvieran acceso a dicha información¹⁰.

- **Obstáculos de acceso, ya sean estructurales o derivados de comportamientos estratégicos**

En el presente caso, el Cuerpo Colegiado indicó que al inicio de la controversia, el mercado de la telefonía de larga distancia contaba con considerables barreras estructurales que favorecían el posible éxito de la práctica; y que, adicionalmente al ser TELEFÓNICA la empresa dominante en la provisión del servicio de telefonía fija y prestar, a su vez, el servicio de larga distancia, tenía un escenario propicio para poder desarrollar conductas anticompetitivas considerando las facilidades derivadas de la integración vertical como es el caso por ejemplo, del manejo de información comercial relevante y la facturación asociada.

VI. ANÁLISIS

6.1 La valoración de los medios probatorios en el procedimiento

En el presente caso, se han detectado indicios suficientes sobre la posible existencia de actos de competencia desleal los cuales sustentaron el inicio del presente procedimiento. Seguidamente, se efectuará la valoración de los medios probatorios que obran en el expediente, la cual tiene como finalidad determinar si TELEFÓNICA ha incurrido en la infracción que se le imputa.

Según señala Devis Echandía¹¹, para una correcta apreciación de los medios probatorios, ésta deberá realizarse en conjunto; y, no con un criterio puramente subjetivo o personal, sino objetivo y social; para conseguir dicho propósito, prosigue, se requerirá de un estudio sobre el valor de convicción de los medios probatorios en los casos concretos. En el mismo sentido¹², dicho autor indica que el principio de unidad del material probatorio establece que los medios probatorios forman una

¹⁰ GONZALES FERNANDEZ, María Belén. El intercambio de información entre empresas y la libre competencia. En: FONT GALAN, Juan Ignacio. Estudios de Derecho de la Competencia. Madrid, Marcial Pons, 2005, pág. 365.

¹¹ DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. V.P. de Zavallía: Buenos Aires, 1981, págs. 331 y 332.

¹² DEVIS ECHANDIA, Hernando. Op. Cit., pág. 117.

unidad y como tal deben ser examinados y valorados por el juzgador en forma conjunta, confrontando uno a uno todos los diversos medios de prueba, puntualizando su concordancia o discordancia, para finalmente concluir sobre el convencimiento que a partir de ellas se forme.

En el presente caso, se analizarán y valorarán las pruebas directas existentes, así como los indicios previamente acreditados, en conjunto, utilizando un razonamiento lógico-crítico para derivar conclusiones acerca de la práctica realizada por TELEFÓNICA. De igual manera, se realizará un análisis contra-fáctico¹³, buscando otras posibles conclusiones que puedan derivarse de los indicios detectados; asimismo, las conclusiones a las que se llegaría mediante un esfuerzo o razonamiento excesivo serán descartadas.

6.2 La práctica materia del procedimiento

La presunta infracción al artículo 6º de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal en que habría incurrido TELEFÓNICA y que es objeto de investigación, está constituida por el supuesto uso de información sobre el consumo de servicios de larga distancia brindados por los competidores de la división de larga distancia de TELEFÓNICA a los abonados de telefonía fija local de esta empresa, lo cual le habría permitido **diseñar planes promocionales** más atractivos y ofrecerlos a dichos abonados, pese a que los otros operadores de larga distancia no contaban con dicha información y, por ende, no podían ofrecer sus servicios en **igualdad de condiciones**. A continuación, el Cuerpo Colegiado determinará si la conducta de la empresa investigada constituye infracción a las normas de competencia desleal.

Previamente, corresponde señalar que en paralelo al inicio de la presente investigación de oficio, el OSIPTEL emitió la Resolución N° 004-2004-CD/OSIPTEL, referida a la información que deben compartir los operadores del servicio de telefonía fija con los del servicio de larga distancia. Esta norma establece que las operadoras de telefonía fija se encuentran obligadas a entregar diversa información sobre el consumo de servicios de larga distancia por los abonados conectados a su red a todos aquellos operadores de larga distancia que lo soliciten.

Si bien esta norma regula la obligación de entrega de información similar a aquella cuya utilización por parte de TELEFÓNICA división de larga distancia es objeto de investigación en el presente procedimiento, ello no significa que la conducta en cuestión se encontrara regulada por la normativa del sector cuando la misma ocurrió. En efecto, los hechos objeto de investigación en este procedimiento son aquellos ocurridos previamente a la emisión de la norma citada, es decir, antes de que todas las empresas operadoras de telefonía fija se encontraran obligadas a compartir la información mencionada.

El principal aspecto en discusión en el presente caso es si, antes de la vigencia de tal norma, TELEFÓNICA incurrió en actos de competencia desleal por utilizar la información sobre consumos de servicios de larga distancia brindados por sus competidores a sus abonados fijos, pese a que tal información no se encontraba disponible para los demás operadores de larga distancia, lo cual le significaba una ventaja frente a sus rivales. En este sentido, cabe señalar que en el presente

¹³ El análisis contra-fáctico, se realiza tomando en cuenta las siguientes consideraciones:

- Pensar lógicamente si la situación que estamos estudiando habría ocurrido del mismo modo si la variable independientemente identificada no hubiera estado presente.
- Valorar si la variable sobre la que habíamos construido la hipótesis es necesaria para el resultado observado.

procedimiento no se cuestiona la legalidad del acceso de TELEFÓNICA a la información sobre consumos de servicios larga distancia provistos por sus competidores. De acuerdo a esto, el Cuerpo Colegiado emitirá su pronunciamiento considerando los alcances de la práctica investigada.

Por ello, cualquier mención que se realice a la Resolución N° 004-2004-CD/OSIPTEL debe entenderse únicamente como referencial y a efectos de comprender la situación previa, en que no había regulación expresa sobre el particular y, por tanto, eran aplicables las normas de libre y leal competencia.

6.3 Vigencia del Decreto Legislativo N° 1044

Antes de proceder con el desarrollo del marco normativo aplicable, debe indicarse que con fecha 26 de julio de 2008 entró en vigencia el Decreto Legislativo N° 1044 que aprobó la Ley de Represión de la Competencia Desleal, el cual establece en su Séptima Disposición Complementaria Final, lo siguiente:

“SÉPTIMA.- Vigencia y aplicación.-

La presente Ley entrará en vigencia luego de treinta (30) días calendario de la fecha de su publicación en el Diario Oficial El Peruano y será aplicable inmediatamente en todas sus disposiciones, salvo en las que ordenan el procedimiento administrativo, incluidas las que determinan la escala de sanciones, las que serán aplicables únicamente a los procedimientos iniciados con posterioridad a su vigencia”.

Conforme a dicha norma, el Decreto Legislativo N° 1044 será aplicable inmediatamente en todas sus disposiciones, salvo en las que ordenan el procedimiento administrativo, incluidas las que determinan la escala de sanciones. Sin perjuicio de ello, debe indicarse que los hechos materia del presente procedimiento ocurrieron con anterioridad a la entrada en vigencia del mencionado Decreto Legislativo.

Al respecto, conforme a lo establecido por el artículo 230° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG) la potestad sancionadora de las entidades administrativas se encuentra regida por principios especiales entre los cuales se encuentra el principio de irretroactividad. El principio de irretroactividad, contenido en el inciso 5 del artículo 230° de la LPAG, establece que “*son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables*”.

Conforme a dicho principio, ante la comisión de una infracción deberá aplicarse la norma que se encuentre vigente en el tiempo en que dicha infracción se produjo, salvo que las normas posteriores le sean más favorables al denunciado.

En el caso el artículo 6° del Decreto Legislativo N° 1044 contempla los supuestos de infracciones a la cláusula general de competencia desleal. Dicha disposición no contiene en su aplicación condiciones que en el presente caso puedan considerarse más favorables al denunciado¹⁴, pues mantiene una redacción muy similar a la contenida en el Decreto Ley 26122.

¹⁴ Artículo 6.- Cláusula general.-

6.1.- Están prohibidos y serán sancionados los actos de competencia desleal, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea el medio que permita su realización, incluida la actividad publicitaria, sin importar el sector de la actividad económica en la que se manifiesten;

Por tanto, en el presente caso resulta aplicable lo establecido en el Decreto Ley 26122, Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, cuerpo legal vigente en el momento en que se produjeron los hechos discutidos en el procedimiento.

6.4 Comportamiento debido según el artículo 6° de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal

El artículo 6° de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal prohíbe toda conducta contraria a la buena fe comercial, al normal desenvolvimiento de las actividades económicas y a las normas de corrección que deben seguir los agentes del mercado:

Artículo 6.- "Se considera acto de competencia desleal y, en consecuencia, ilícito y prohibido, toda conducta que resulte contraria a la buena fe comercial, al normal desenvolvimiento de actividades económicas y, en general, a las normas de corrección que deben regir en las actividades económicas".

Los Lineamientos de Competencia Desleal del OSIPTEL señalan lo siguiente al explicar los alcances de esta prohibición:

*"(...) el derecho de los agentes económicos a la libertad de empresa y a concurrir en el mercado debe adecuarse a su deber de competir según los **estándares considerados correctos dentro de cada actividad** productiva o comercial. OSIPTEL considera que tales estándares **deben ser analizados caso por caso**, pero siempre en términos objetivos de acuerdo a los efectos negativos que genera la conducta de los agentes económicos sobre el mercado y no según su intención"¹⁵.*

Por ello, para identificar si la conducta investigada se encuentra prohibida por dicha norma es necesario compararla con el comportamiento honesto, usual y proporcionado que debería tener un competidor en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones. Este comportamiento ha sido definido genéricamente por la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal sobre la base del criterio de la buena fe empresarial, que debe orientar la concurrencia en una economía social de mercado.

Las conductas contrarias al comportamiento esperado de los competidores, que se encuentra prohibidas por el artículo 6° de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal son, en primer término, aquellas que se calificarían como inapropiadas dentro de cualquier actividad económica, sin importar si se trata de actividades de carácter productivo, de servicios o únicamente de comercialización. Así, por ejemplo, dentro de las conductas de ese tipo pueden considerarse aquellas destinadas a entorpecer la distribución de los productos del competidor, impedirle obtener envases o empaques, dificultarle hacer sus entregas en forma oportuna o destruir sus activos.

Siguiendo esta línea, **la conducta esperada también se define según las características y usos propios de cada industria**. En el presente caso, tratándose de una industria regulada, parte de las reglas de conducta básicas pueden extraerse de la regulación de servicios públicos de telecomunicaciones. Los principios generales

6.2.- Un acto de competencia desleal es aquél que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe empresarial que deben orientar la concurrencia en una economía social de mercado.

¹⁵ Numeral 5, Lineamientos de Competencia Desleal del OSIPTEL.

implícitos en esta regulación ofrecen una importante fuente para dar contenido a las cláusulas generales incluidas en las normas de leal competencia.

Teniendo en cuenta estas características y usos propios de la industria de telecomunicaciones, el Cuerpo Colegiado considera que si un operador de servicios públicos de telecomunicaciones que tiene mayor ventaja en el mercado o que brinda un servicio que es soporte de otro, obtiene una ventaja competitiva aprovechando las prerrogativas que le otorga cualquiera de aquellas situaciones a fin de brindar otro servicio **en condiciones de mayor ventaja y en perjuicio de sus rivales, estaría incurriendo en una conducta desleal.**

Al respecto, debe indicarse que la existencia de indicios de esta posible situación constituyó uno de los factores considerados por este Cuerpo Colegiado al abrir el presente procedimiento por infracción a la cláusula general de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal.

En tal virtud, al evaluar la comisión de la presunta infracción al artículo 6º de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal que es objeto de investigación, debe definirse si los beneficios directos o indirectos derivados de ser una empresa con mayor ventaja o que brinda un servicio que es soporte de otro fueron utilizados deslealmente para brindar un servicio en condiciones privilegiadas y exclusivas. En otras palabras, si TELEFÓNICA división de larga distancia aprovechó, faltando a su deber de buena fe y corrección, las especiales prerrogativas derivadas de su condición simultánea de ser el mayor operador de telefonía fija y operador de larga distancia, para ofrecer sus servicios en condiciones más favorables frente a los demás operadores de larga distancia¹⁶.

De acuerdo con lo anterior, el análisis sobre la existencia de la presunta infracción antes señalada debe abarcar los siguientes aspectos:

- (i) Si TELEFÓNICA división de larga distancia obtuvo un beneficio especial relacionado con la información a la que accedía y que utilizaba, derivado de una mayor ventaja en el mercado o de brindar un servicio que es soporte de otro.
- (ii) Si TELEFÓNICA división de larga distancia aprovechó dicho beneficio especial para ofrecer sus servicios en condiciones más favorables que sus competidores y en perjuicio de éstos.

6.5 Información utilizada por TELEFÓNICA división de larga distancia

¹⁶ Al respecto, resulta importante tener como referencia los argumentos de la *Fair Trade Commission of Japan* sobre las condiciones en las cuales las prácticas concernientes a la utilización de información obtenida al momento de interconexión o a través de situaciones similares pueden constituirse como problemas a la competencia.

Este organismo reconoce que las empresas de telecomunicaciones que proveen interconexión usualmente reciben información sobre los clientes de los competidores, estando en facultad de cuantificar sus consumos. Así, el operador incumbente, por lo tanto, está en posición de internalizar el comportamiento de sus competidores y el de sus clientes a través de las negociaciones de interconexión. En este sentido, cualquier práctica de las empresas incumbentes que impliquen la toma de ventaja de tal posición viola la ley antimonopolio de ese país.

En particular, dicho organismo aclara que ello ocurre cuando un operador incumbente utiliza información sobre sus competidores o clientes para su propio beneficio, consecuentemente, evitando la entrada de nuevos competidores al mercado o dificultando su desempeño en el mismo.

Fair Trade Commission and Ministry of Internal Affairs and Communications. Guidelines for Promotion of Competition in the Telecommunications Business Field. November 30, 2001.

TELEFÓNICA no ha negado que haya utilizado la información objeto de la presente investigación, sino que por el contrario ha afirmado que la utilizaba válidamente. En tal sentido, previamente a analizar los aspectos antes mencionados, es conveniente precisar cuál es el tipo y nivel de detalle de la información a la que accedía y que utilizaba TELEFÓNICA división de larga distancia, en tanto que ello permitirá realizar una mejor evaluación de la conducta investigada.

En las acciones de supervisión realizadas por la GFS del OSIPTEL con fecha 25 de noviembre de 2003, se recogieron listados de abonados de telefonía fija de TELEFÓNICA que estaban en poder de los vendedores de la división de larga distancia de esta empresa y que eran utilizados para ofrecer a dichos abonados los servicios de larga distancia de la empresa. Estos listados contenían información detallada sobre los consumos de servicios de larga distancia que realizaba cada uno de los abonados tanto de TELEFÓNICA como de los operadores de la competencia.

En efecto, el listado encontrado sobre el escritorio del señor Alex Escalante presenta el consumo, en minutos y en soles, de servicios de larga distancia nacional e internacional de cada uno de los clientes. Asimismo, incluye dos columnas tituladas **"Plan LDN Propuesto"** y **"Plan LDI Propuesto"**, que registran cantidades en soles y en minutos para cada uno de los clientes. El listado también contiene dos columnas denominadas **"% Competencia LDI"** y **"% Competencia LDN"**, las cuales incluyen porcentajes individuales de cada cliente. A continuación se transcribe aleatoriamente partes de dicho listado:

Cliente	Consumo LDI (minutos)	Consumo LDI (soles)	Consumo LDN (minutos)	Consumo LDN (soles)	Plan LDN propuesto	Minutos Ldn	Plan LDI propuesto	Minutos Ldi	Operadora	% Competencia LDI	% Competencia LDN
Abonado 1	132	131.96	0	0			S/. 120	150	1988	53.00%	
Abonado 2	175	236.08	34	20.66	S/. 20.00	67	S/. 200	280		29.00%	0
Abonado 3	32	50.33	0	0			S/. 50.00	63		65.00%	0
Abonado 4	47	55.59	17	12.23	S/. 10.00	3	S/. 50.00	63		92.00%	0
Abonado 5	0	0	54	31.64	S/. 30.00	100				0.00%	0.84
Abonado 6	0	0	471	264.6	S/. 200.00	850				0.00%	0.41
Abonado 7	35	38.84	71	46.07	S/. 30.00	38				98.00%	0
Abonado 8	11	13.5	24	14.44	S/. 10.00	33	S/. 10.00	12	1988	100.00%	0.65
Abonado 9	48	43.38	0	0			S/. 40.00	50		57.00%	0
Abonado 10	59	43.45	0	0			S/. 40.00	50		59.00%	0
Abonado 11	39	82.42	0	0			S/. 80.00	100		34.00%	0
Abonado 12	25	40.66	0	0			S/. 40.00	50		62.00%	0
Abonado 13	31	41.32	0	0			S/. 40.00	50		77.00%	0
Abonado 14	0	0	56	35.15	S/. 30.00	100			1988	0.00%	0.75
Abonado 15	127	117.43	0	0			S/. 100.00	25		71.00%	0
Abonado 16	205	177.5	26	11.45	S/. 10.00	33	S/. 150.00	188		17.00%	0
Abonado 17	31	44.66	0	0			S/. 40.00	50		84.00%	0
Abonado 18	97	100.05	24	11.21	S/. 10.00	33	S/. 100.00	125	1988	37.00%	0
Abonado 19	103	79.41	0	0			S/. 70.00	88		36.00%	0
Abonado 20	55	60.94	0	0			S/. 60.00	75		100.00%	0
Abonado 21	71	50.97	113	54.3	S/. 50.00	187	S/. 50.00	63	1988	59.00%	0
Abonado 22	75	136.24	38	18.55	S/. 10.00	33	S/. 120.00	150		44.00%	0

* Por cuestiones de espacio se ha omitido del cuadro la columna correspondiente al distrito al que corresponden los clientes.

Fuente: Listado obtenido del señor Alex Escalante en la acción de supervisión realizada por la GFS con fecha 25 de noviembre de 2003; en el cual se ha omitido la identidad de los abonados.

Elaboración: Secretaría Técnica del Cuerpo Colegiado

Tanto en la acción de supervisión, como posteriormente durante la entrevista sostenida con la Secretaría Técnica, el señor Alex Escalante manifestó que las columnas tituladas **"% Competencia"** se refieren a los consumos de los clientes con los

operadores que compiten con TELEFÓNICA división larga distancia¹⁷. Adicionalmente, el señor Alex Escalante afirmó que recibía dicha información de su jefa, la señora Rocío Okamoto, y que la entregaba a los vendedores bajo su cargo¹⁸. Finalmente, el señor Alex Escalante señaló que TELEFÓNICA división larga distancia les indicaba cuál era el producto que debían ofrecer a los clientes¹⁹ y que, en este caso particular, dicho producto era el plan propuesto que se consignaba en el listado antes referido (es decir, en las columnas tituladas "Plan Propuesto" antes mencionadas)²⁰.

En el caso del listado de clientes que tenía la señorita Norybell Rollet en su auto, el mismo incluye dos columnas tituladas "Consumo LDI (m)" y "Consumo LDN (m)", así como otras dos columnas tituladas "% **Compe**" y "% **Compete**", las cuales incluyen porcentajes individuales para cada cliente. A continuación, se transcribe aleatoriamente partes de dicho listado:

¹⁷ En la entrevista sostenida con la Secretaría Técnica, el señor Alex Escalante señaló lo siguiente:

ST: Claro, pero digamos, volviendo a la explicación general, digamos que usted, tenía que tener alguna idea de qué era, ¿o qué significado le daría usted a la columna S?

Alex Escalante: (...) o sea como la competencia.

ST: Es decir, el tráfico cursado por la competencia.

Alex Escalante: Si se puede llamar así.

ST: Ud. dijo expresamente eso el 25 de noviembre, cuando se le preguntó.

Alex Escalante: ¿Cómo?

ST: Si usted recuerda, el 25 de noviembre en la acción de supervisión, se le hizo la misma pregunta y Ud. expresamente dijo que es el porcentaje de tráfico del usuario con la competencia.

Alex Escalante: Sí.

¹⁸ En la entrevista sostenida con la Secretaría Técnica, el señor Alex Escalante señaló lo siguiente:

ST: Ahora, en la acción de supervisión que se realizó el 25 de noviembre, se encontró en su poder un archivo electrónico llamado Base Planes de Noviembre. Esa información, ¿usted la elabora? ¿usted la recibe de alguien?

Alex Escalante: Eso me lo hacía llegar mi jefe.

ST: ¿Quién era su jefe?

Alex Escalante: La señora Rocío Okamoto.

ST: Eso se la hacía llegar su jefe ¿a través de qué medio de información se le entregaba esta información?

Alex Escalante: Me la entregaba por correo.

ST: ¿Y esa información con qué propósito?

Alex Escalante: La función era entregarle a los vendedores, este, una cartera de clientes, eso se hace mes a mes.

ST: Pero no sólo tenía un listado de clientes, sino tenía mucha más información. Este documento entonces, ¿usted lo trabajaba, lo pasaba a sus vendedores a cargo o cómo era?

Alex Escalante: Se repartía a los vendedores.

¹⁹ En la entrevista sostenida con la Secretaría Técnica, el señor Alex Escalante señaló lo siguiente:

ST: ¿Y ustedes deciden lo que venden? ¿o quién les autoriza a vender qué?

Alex Escalante: Este, lo que el negocio nos brinda el tipo de producto que podemos vender.

ST: ¿Qué es el negocio?

Alex Escalante: El negocio en sí, Larga Distancia.

ST: O sea, la Gerencia de Larga Distancia les indica qué es lo que pueden ofrecer a sus clientes.

Alex Escalante: Correcto.

²⁰ En la entrevista sostenida con la Secretaría Técnica, el señor Alex Escalante señaló lo siguiente:

Alex Escalante: Lo que nosotros tomamos como referencia, nos interesa y se le indica al vendedor es trabajar en base al plan propuesto que nos indica...

ST: Perdón ¿cuál plan propuesto?

Alex Escalante: Hay un plan propuesto.

(...)

ST: ¿Ese plan propuesto quién lo elabora?

Alex Escalante: Yo solicitaba las carpetas a la señora Rocío Okamoto y ella me lo proporcionaba a mí ya trabajado, tal como me llegaba lo proporcionaba al vendedor.

ST: Entonces, usted no tiene conocimiento qué incluye cada uno de estos campos, consumo LDI en minutos, consumo LDI soles consumo.

Alex Escalante: Allí está indicando el consumo.

ST: Pero ¿no sabemos si el primero está considerando el consumo del mes, del semestre del año, del último mes?

Alex Escalante: Eso sí sería mentirle si le digo si es del mismo mes o meses anteriores.

ST: Y el plan propuesto no lo diseñaban ustedes entonces, simplemente se comunicaban con el cliente.

Alex Escalante: Nosotros le ofertamos el plan que nos están indicado allí. El plan propuesto.

ST: ¿Tenían algún tipo de margen para poder ofrecerle al cliente respecto al plan?

Alex Escalante: Básicamente nos basamos en el plan propuesto.

Cliente	Consumo LDI (m)	Consumo LDN (m)	Departamento	% Compe	% Compete	Asignados a
Abonado 23	497	0	Lima	88.00%		32
Abonado 24	569	0	Lima	56.00%		32
Abonado 25	244	14	Lima	50.00%	0.00%	32
Abonado 26	274	24	Lima	35.00%	15.00%	32
Abonado 27	216	45	Lima	69.00%	0.00%	32
Abonado 28	163	53	Lima	85.00%	70.00%	32
Abonado 29	187	0	Lima	31.00%		32
Abonado 30	327	0	Lima	45.00%		32
Abonado 31	109	109	Lima	61.00%	52.00%	32
Abonado 32	239	0	Lima	53.00%		32
Abonado 33	93	117	Lima	100.00%	26.00%	32
Abonado 34	21	325	Callao	100.00%	100.00%	32
Abonado 35	141	31	Lima	70.00%	20.00%	32
Abonado 36	116	14	Lima	82.00%	0.00%	32
Abonado 37	108	22	Lima	100.00%	0.00%	32
Abonado 38	84	115	Lima	93.00%	86.00%	32
Abonado 39	36	188	Lima	81.00%	11.00%	32
Abonado 40	19	193	Lima	86.00%	0.00%	32
Abonado 41	147	23	Lima	7.00%	38.00%	32
Abonado 42	63	128	Lima	100.00%	100.00%	32

* Por cuestiones de espacio se ha omitido del cuadro las columnas correspondientes al teléfono, dirección y distrito al que corresponden los clientes.

Fuente: Listado obtenido de la señorita Norybell Rollet en la acción de supervisión realizada por la GFS con fecha 25 de noviembre de 2003, en el cual se ha omitido la identidad de los abonados.

Elaboración: Secretaría Técnica del Cuerpo Colegiado

La señorita Rollet señaló en la entrevista sostenida con la Secretaría Técnica que ella vendía los servicios de TELEFÓNICA división larga distancia a clientes premium y no a clientes residenciales, pero que tenía esta información de clientes residenciales debido a que estaba apoyando una campaña sólo por un fin de semana. En tal sentido, ella ofreció los servicios de TELEFÓNICA división larga distancia al grupo de clientes residenciales que le asignaron²¹. Al respecto, la señorita Rollet señaló que sus superiores le entregaban información sobre el consumo de servicios de larga distancia de los competidores por parte de los clientes, y que para ella lo importante era saber si los clientes estaban utilizando los servicios de la competencia, pues en ese caso los llamaba y les ofrecía mejores alternativas con los servicios de TELEFÓNICA división larga distancia²².

²¹ Al respecto, la señorita Rollet señaló lo siguiente:

ST: Con respecto al porcentaje competencia (%Compe), ¿tú contabas con alguna otra información que te permitiría desagregar a través de qué operador fue cursada cada llamada o cuánto tráfico fue cursado?

Norybell Rollet: Mira, en realidad este cuadro no lo entendía mucho porque esto fue una campaña que sacaron y son residenciales, y yo no veo residenciales simplemente fue un fin de semana y apoyé, nada más.

ST: Pero con la finalidad evidentemente de ventas, ¿no es cierto?

Norybell Rollet: Claro.

ST: Entonces utilizabas ese porcentaje, de alguna manera.

Norybell Rollet: No, porque yo este cuadro no lo entiendo mucho, porque yo no veo clientes residenciales; simplemente apoyé un fin de semana. Ok, me dijeron tú vendes esto; empecé a llamar ¿quieres un plan premium? ¿sí? ¿no?".

²² La señorita Rollet señaló lo siguiente:

Norybell Rollet: Este, como te decía, a mí me interesaban los minutos. Como te decía, a mí me interesaba, porque ningún cliente tiene un estándar de minutos entonces siempre tiene altas, dependiendo de que en que mes va a llamar más. Por eso te digo, me importaba más saber si estaba el cliente con la competencia, o estaba con nosotros. Si estaba con la competencia iba y por favor llamaba al cliente y le sacaba una cita y le decía: ¿está con la competencia?; sí, estoy con la competencia, ¿cuántos minutos más o menos haces para poder hacerte una propuesta? ¿Cuál es tu estimado?

ST: Información que tú ya tenías previamente.

Norybell Rollet: Claro, me la daba el cliente.

ST: Pero estaba acá, en esos cuadros que ya tenías.

Norybell Rollet: Ah, claro allí estaba, pero yo también se lo pedía al cliente.

ST: Y, ¿pero tú tenías información, por ejemplo empresa (sic.) de minutos cursados con una empresa (...) ¿tenías información sobre qué empresa específicamente digamos si estaba pre-seleccionado con un cruzado de llamadas.

Norybell Rollet: No entiendo nada.

ST: Por ejemplo, estaba preseleccionado con Telefónica pero a través del sistema llamada por llamada, yo podría eventualmente cursar llamadas por Americatel, ¿tú tenías acceso a esa información?

En la entrevista sostenida por la Secretaría Técnica con el señor José Laredo, Jefe de Planificación y Control de Larga Distancia de TELEFÓNICA -ex Jefe de Soporte Comercial y Atención al Cliente-, afirmó que apoyaban a las áreas de ventas y marketing en la selección de los mejores clientes, solicitando al área de sistemas información detallada sobre los consumos de servicios larga distancia por cliente para elaborar un ranking según los criterios que dichas áreas les dieran, generando así listados de clientes como los antes comentados²³. En tal sentido, agregó que los cuadros que elaboraban incluían información sobre los consumos de los clientes de servicios de larga distancia -sin diferenciar la modalidad utilizada- tanto de TELEFÓNICA como de los operadores de la competencia²⁴.

Norybell Rollet: No.

ST: Claro, por ejemplo en estos casos... acá tengo el número de minutos.

Norybell Rollet: Claro pero yo no tenía acceso, simplemente me lo daban.

ST: Digamos, tenían acceso a esa información.

Norybell Rollet: Lo que me daban, claro".

²³ El señor Laredo indicó lo siguiente:

"ST: Ya, y con respecto a esa información a la que tenían a través del sistema, ustedes también podrían tener acceso sobre el tráfico que cursaba el cliente, digamos su record histórico, cuánto en tráfico cursaba minutos nacional internacional.

José Laredo: De Telefónica, sí.

ST: De Telefónica.

José Laredo: Perdón?

ST: ¿Y lo que cursaba a través de otros operadores que era parte de su factura?

José Laredo: También, pero como yo era quien veía los reclamos de facturación que es los reclamos de facturación de Telefónica, los reclamos de otra operadora los veía otra operadora. Lo que pasa es que una de las funciones que nosotros teníamos era apoyar a la gente de ventas y a la gente de marketing para una determinación de mejores clientes.

ST: En base al tema de reclamos, queríamos entrar en esa función que usted tenía de proveer información a las áreas de ventas, o sea justo era retomando lo que le decía Ana Rosa: ¿ustedes tenían acceso al tráfico del cliente por larga distancia tanto por Telefónica como por otras empresas?

José Laredo: Nosotros pedíamos a sistemas; nos alcanzaban la información resumen de los clientes; básicamente los números telefónicos. De los números telefónicos se tenía la información consolidada de cuánto era su tráfico en Telefónica y otras operadoras.

ST: Y, ¿cómo se obtenía esa información de otros operadores?

José Laredo: Se lo pedíamos a sistemas.

ST: O sea: ¿ellos le daban la información agregada?

José Laredo: Sí.

(...)

ST: ¿Y sistemas les remitía la información sobre qué clientes?, ¿las que ustedes le solicitaran?

José Laredo: No, no, todo.

ST: ¿Absolutamente todos los clientes que cursaran tráfico de larga distancia?

José Laredo: Todos los clientes.

ST: Entonces a partir de que, un poco lo que queríamos ver cómo era la mecánica; ustedes obtienen la información a través de sistemas, ustedes tienen una lista no sé cuánto es, voy a decir cualquier número, digamos diez mil clientes que son todos los clientes que cursan larga distancia. ¿Cómo hacen para seleccionar esta información para efectos de poder vender y promocionar sus productos?, ¿cómo por ejemplo seleccionan a sus clientes?, ¿cuál es la información relevante que pasan a ventas?

José Laredo: Bueno, sistemas nos da información de los números telefónicos, con los números telefónicos uno puede obtener el nombre y también tienes el consumo de cada uno de los clientes; si lo agrupas únicamente por número telefónico te va a salir el número el cual más consume de mayor a menor, pero comercialmente eso muchas veces no sirve; entonces lo que se hacía era buscar nombres similares para identificar el cliente, no sus números telefónicos sino darle un valor agregado. Se busca por nombre y te sale por ejemplo Banco de Crédito, IBM, etc., entonces se buscaba por esos dos nombres y se agrupaba este cliente: IBM todos son IBM, lo agrupas en consumo y tienes el mejor cliente y después rankeabas [sic] por esos mejores clientes.

ST: A partir de eso ustedes elaboraban ciertos cuadros que podían ser relevantes.

José Laredo: Para ventas o para marketing.

ST: ¿En función del consumo?

José Laredo: En función del consumo.

ST: Entonces digamos, los criterios más importantes eran ese cliente es más consumo, hay que apuntar digamos a él.

José Laredo: No sé como; eso lo decidía Marketing o Ventas, nosotros preparamos esa información".

²⁴ Al respecto, el señor Laredo manifestó lo siguiente:

"ST: Vamos un poquito más allá, eso que es porcentaje competencia LDI, LDN (% competencia LDI, % competencia LDN) ¿qué cosa es? ¿y las columnas S y T?

José Laredo: Es básicamente si cursa tráfico con Telefónica, o si cursa con la competencia.

ST: ¿Y estos montos de los porcentajes?

De acuerdo con lo expuesto, TELEFÓNICA división de larga distancia utilizaba la información sobre los consumos que realizaban los abonados de telefonía fija de TELEFÓNICA de los servicios de larga distancia ofrecidos por los competidores. Con esta información se elaboraba un ranking de clientes más importantes en términos de consumo de servicios de larga distancia para las áreas de ventas y marketing. Adicionalmente, las áreas de marketing y ventas elaboraban planes para ser propuestos a los clientes de mayores consumos de servicios de larga distancia.

Asimismo, TELEFÓNICA división de larga distancia entregaba a sus vendedores información consolidada sobre el porcentaje de servicios de larga distancia nacional e internacional que los competidores vendían a los abonados de telefonía fija.

6.6 Beneficio derivado de la posición de TELEFÓNICA en el mercado de telefonía fija: El acceso privilegiado a información

Tal como se ha referido en el acápite 6.4, el primer aspecto a analizar para determinar si la empresa investigada incurrió en infracción, es evaluar si su división de larga distancia pudo lograr un beneficio especial relacionado con la información a la que accedía y que utilizaba, derivado de ostentar una mayor ventaja en algún mercado o de brindar un servicio que es soporte de otro.

Al respecto, la competencia en los servicios de larga distancia se dio en una primera etapa a través del sistema de preselección, mediante el cual el abonado elige al operador de su preferencia suscribiendo un contrato de preselección por el que éste se convierte en su proveedor exclusivo durante la vigencia del referido contrato. Posteriormente, en una segunda etapa, se introdujo el sistema de llamada por llamada que permite al usuario elegir a su proveedor en el momento de realizar la llamada, dinamizándose así la competencia a través de un mecanismo de elección instantáneo y sin mayores requerimientos formales. De esa forma, a través de ambos sistemas los abonados conectados a una red de telefonía fija pueden elegir entre proveedores de servicios de llamadas de larga distancia saliente que compiten con el operador fijo.

La información sobre servicios de larga distancia saliente consumidos por abonados de redes fijas tiene su origen directo en la venta de tales servicios por el operador respectivo. Por ello, cada una de estas empresas accede a la información que se genera gracias a sus propias actividades. Los operadores de telefonía fija local también pueden acceder a la información antes señalada, en lo que respecta a los consumos de servicios larga distancia realizados por los abonados conectados a su red fija.

José Laredo: Es minutos de Telefónica versus el total, o al revés minutos de la competencia versus el total.

ST: ¿Esa información es obtenida de sistemas también?

José Laredo: Sí.

ST: El porcentaje de la competencia veo que allí dice LDI (% competencia LDI) por ejemplo, en algunos casos dice cien por ciento, ¿qué significa?

José Laredo: El cien por ciento de tráfico por la competencia.

ST: Pero esto era de facturación de ¿llamada por llamada, o cualquiera o por todo?

José Laredo: No lo que tengo entendido, era...es, no le entiendo? (sic.)

ST: De dónde venía? ¿de qué conceptos venía ese porcentaje de competencia?

José Laredo: De lo que se registraba en las centrales de Telefónica (...) entiendo.

ST: Todo el tráfico de larga distancia o solamente algún tráfico de larga distancia por modalidad?

José Laredo: Ah no todo, todo no teníamos como diferenciar.

ST: ¿No tenía cómo diferenciar?

José Laredo: Por decir, si ese tráfico que era cursado o registrado en una central había una llamada vía operadora o collect o discado; no se podía saber, era el tráfico que pasaba, es el agrupado total".

De acuerdo a TELEFÓNICA, tanto ella como sus competidores acceden a información de la misma naturaleza sobre los consumos de servicios de larga distancia por parte de abonados de redes fijas. Al respecto, la empresa investigada sostiene que todas las empresas verticalmente integradas acceden a información de sus distintos rubros de negocio sin que ello sea objeto de cuestionamiento. De igual forma, los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones integrados verticalmente también acceden a información correspondiente a la prestación de cada uno de los servicios que brindan, sin que la regulación o sus contratos de concesión se lo impidan. Así, TELEFÓNICA no sólo accede a la información sobre llamadas de telefonía fija de sus abonados sino también a la de las llamadas de larga distancia que éstos efectúan. En opinión de TELEFÓNICA, las operadoras que ofrecen varios servicios públicos de telecomunicaciones a la vez, como Telmex o Americatel, tienen acceso a información de la misma naturaleza que la empresa investigada²⁵.

Al respecto, debe indicarse que el proceso de apertura iniciado en 1998 creó la posibilidad de entrada de nuevos operadores en ambos mercados y produjo un considerable dinamismo en los servicios de larga distancia. No obstante, TELEFÓNICA continúa siendo claramente el mayor operador de telefonía fija pese a que han ingresado otros operadores en este mercado, como lo demuestra el hecho de que la casi totalidad de abonados de telefonía fija -más del 95%- aún son de dicha empresa, según se aprecia en el siguiente cuadro.

NÚMERO DE USUARIOS								
	Año 2002		Año 2003		Año 2004		Año 2005	
	Número de usuarios	%	Número de usuarios	%	Número de usuarios	%	Número de usuarios	%
Telefónica del Perú	1,648,816	99.53	1,797,919	97.76	1,970,594	96.13	2,228,466	99.00
Resto de operadoras con red fija	7,808	0.47	41,246	2.24	79,228	3.87	22,455	1.00

Fuente: Información proporcionada por las Empresas Operadoras, en cumplimiento de la Resolución N° 121-2003-CD/OSIPTEL.

Elaboración: Secretaría Técnica del Cuerpo Colegiado

Al respecto, es necesario precisar que la magnitud de la información a la que tiene acceso TELEFÓNICA como operadora simultánea de telefonía fija local y de larga distancia, no es comparable a aquella información a la que acceden otros operadores de larga distancia integrados con redes de telefonía fija.

²⁵ En su escrito de contestación, TELEFÓNICA manifiesta lo siguiente: "Si la condena que en este caso pretende sustanciarse se derivara no de la utilización de información sino del hecho de que nuestra empresa se encuentra integrada verticalmente, convendría destacar que en el mercado peruano de las telecomunicaciones no sólo TELEFÓNICA es una empresa integrada verticalmente. Bellsouth, por citar un ejemplo, ofrece servicios finales de telefonía y portador de larga distancia, asimismo el servicio de arrendamiento de circuitos y acceso a Internet, además del servicio de telefonía móvil. También ATT es una empresa integrada, que ofrece los servicios de telefonía fija, larga distancia, arrendamiento de circuitos y acceso a Internet. Americatel, por su parte, ofrece servicios de telefonía fija, larga distancia, Internet y arrendamiento de circuitos. (...) En el marco de estas actividades, los operadores de telecomunicaciones integrados verticalmente poseen información de sus abonados del servicio de telefonía fija respecto de las llamadas de larga distancia que realizan. Dicha información tiene la misma naturaleza que la información obtenida por TELEFÓNICA y cuya utilización se pretende desleal, aún cuando el propio OSIPTEL ha reconocido en la Resolución N° 004-2004-CD/OSIPTEL que su utilización no puede ser asumida como una ofensa a los competidores. No sólo eso: esta información también puede cruzarse con datos relacionados con el acceso a Internet de los usuarios y el tráfico de datos generado. (...) Esta información resulta de mucha utilidad para el desarrollo de nuevos productos y estrategias comerciales" (resaltados y subrayados agregados).

Consecuentemente, la red fija de TELEFÓNICA también es la que mayor volumen de tráfico de larga distancia genera, en comparación con las otras redes fijas, como se observa en el siguiente cuadro.

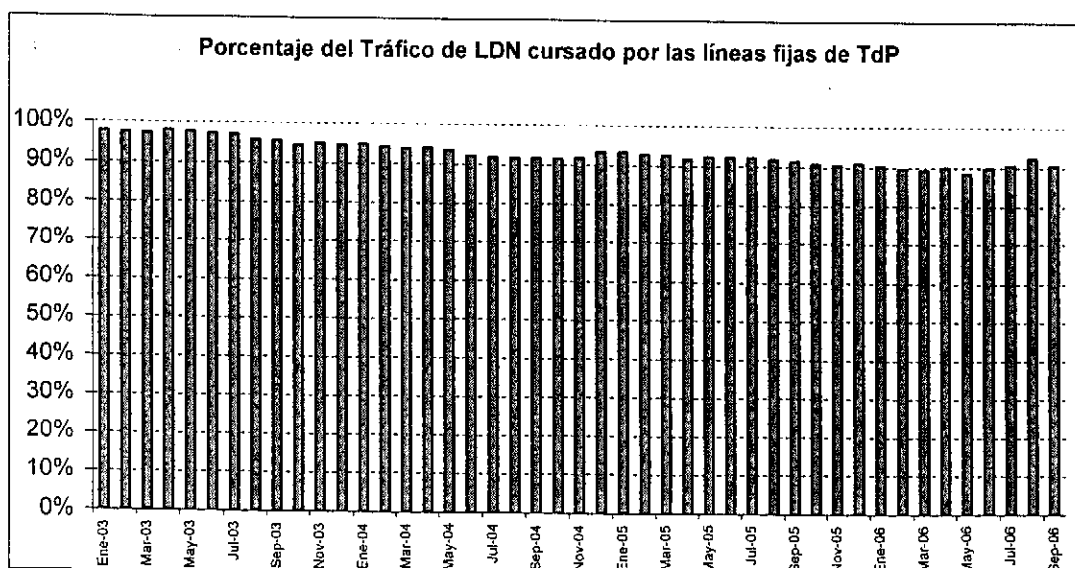
TRAFICO SALIENTE								
	Año 2002		Año 2003		Año 2004		Año 2005	
	Tráfico Saliente	%	Tráfico Saliente	%	Tráfico Saliente	%	Tráfico Saliente	%
Telefónica del Perú	547,727,538	79.43	597,899,034	76.47	674,885,038	77.78	689,964,047	80.09
Resto de operadoras con red fija	141,861,131	20.57	183,993,338	23.53	192,771,542	22.22	171,540,54	19.91

Fuente: Información proporcionada por las Empresas Operadoras, en cumplimiento de la Resolución N° 121-2003-CD/OSIPTEL.

Elaboración: Secretaría Técnica del Cuerpo Colegiado

De ello se deriva que TELEFÓNICA es la empresa de telefonía fija integrada con un operador de larga distancia que concentra la mayor cantidad de información sobre tráficos de larga distancia cursados. Es decir, TELEFÓNICA, como operadora de la red fija, es quien accede a la mayor parte de la información sobre consumo de servicios de larga distancia por parte de abonados conectados a redes fijas. En el caso, esta información fue utilizada por TELEFÓNICA división de larga distancia. Las operadoras de telefonía fija que a su vez brindan servicios de larga distancia acceden a información de similar naturaleza, pero ni la cantidad de esta información, ni los posibles beneficios que de tal acceso podrían derivarse son comparables en manera alguna.

Como se muestra a continuación, en promedio el 90% del tráfico de las empresas competidoras de TELEFÓNICA en larga distancia es cursado a través de las líneas fijas de dicha empresa. Ello permite deducir que la gran mayoría de la información producida por dichas empresas en el marco de su actividad comercial es de conocimiento de TELEFÓNICA por ser la operadora fija dominante y titular de la red a través de la cual se cursan esas llamadas.



Fuente: Empresas Operadoras

En tal sentido, el Cuerpo Colegiado considera que las ventajas de las que goza TELEFÓNICA por ser la operadora con mayor ventaja en el mercado de telefonía fija en relación con el acceso a la información de los usuarios del servicio de larga distancia que realizan llamadas a través de la red fija no es inherente a todas las empresas integradas verticalmente (división fija- división de larga distancia). Precisamente, los porcentajes de tráfico cursados por las otras empresas operadoras de larga distancia evidencian dicha situación.

En consecuencia, a partir de lo expuesto ha quedado acreditado que TELEFÓNICA tenía un acceso privilegiado a un volumen significativo de información sobre tráfico de larga distancia tanto propio como de otras operadoras de larga distancia, debido a la mayor ventaja que tenía en el mercado de telefonía fija y a la integración vertical entre su división de telefonía fija y larga distancia.

Por tanto, en el caso, se ha cumplido con el primero de tres requisitos necesarios para que se configure el acto de competencia desleal en la modalidad de infracción a la cláusula general y, en consecuencia, corresponde continuar con el análisis del caso.

6.7 Aprovechamiento del beneficio especial para ofrecer servicios en condiciones más favorables: La utilización exclusiva de información privilegiada como conducta desleal

A continuación, a fin de determinar si TELEFÓNICA incurrió en una conducta desleal contraria a la cláusula general tipificada en el artículo 6º de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal corresponde evaluar si su división de larga distancia aprovechó el beneficio especial consistente en el acceso privilegiado a la información sobre tráfico de larga distancia, para ofrecer sus servicios en condiciones más favorables que sus competidores.

Es necesario precisar que no existe regulación sectorial que prohíba el uso de dicha información para propósitos comerciales, siempre que no se trate de información que tenga carácter de secreto comercial o que afecte la confidencialidad de la información personal relativa a los usuarios. Sin embargo, ello no quiere decir que el aprovechamiento de dicha información para propósitos comerciales no tenga que seguir el comportamiento leal prescrito por las normas de competencia.

En el caso, el aprovechamiento desleal se verificaría si se acredita que TELEFÓNICA usó de manera exclusiva información detallada y específica sobre tráfico de larga distancia para elaborar ofertas especiales a fin de captar clientes de la competencia, de tal forma que las otras empresas de larga distancia se encontraran en imposibilidad de replicar las ofertas diseñadas por TELEFÓNICA al no tener acceso a dicha información.

Desde este punto de vista, en el presente caso, el uso exclusivo de la información se acreditaría si se comprueba que TELEFÓNICA se ha negado a compartir la información del tráfico de larga distancia de sus abonados ante solicitudes formuladas por otros operadores. Ello podría evidenciar que TELEFÓNICA habría puesto en práctica una política desleal de no compartir la información del tráfico de larga distancia de sus abonados con otros operadores del referido servicio.

El Cuerpo Colegiado considera que las conductas referidas irían en contra del comportamiento leal exigido, en particular, a la empresa con mayor participación en telefonía fija que a su vez se encuentra verticalmente integrada con su división de larga distancia, bajo los alcances del artículo 6° de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal y conforme a los principios que rigen la industria de telecomunicaciones.

De otro lado, en el Informe Instructivo, de manera previa al análisis de la existencia de los elementos concurrentes para la existencia de la infracción investigada, se efectuaron algunos comentarios previos, relativos a los siguientes temas: (i) la fuente de la información empleada por TELEFÓNICA, es decir si se trataba de información generada por la propia TELEFÓNICA o por sus competidores y (ii) el acceso y uso personal de los usuarios. En tal sentido, en el Informe Instructivo se indicó que:

- TELEFÓNICA división larga distancia logró acceder y utilizar información derivada de la actividad comercial de sus competidores, aprovechando que TELEFÓNICA división de telefonía fija tenía acceso a dicha información a través de medios indirectos, como los datos de los servicios de interconexión, los datos sobre los servicios de facturación que brindan a algunos operadores de larga distancia, entre otros.
- En consecuencia, si bien TELEFÓNICA -como otras operadoras de redes fijas- puede acceder a información personal de los usuarios o por excepción a aquélla que constituye secreto de las telecomunicaciones, ello no la autoriza a utilizar dicha información para fines comerciales ni tampoco para que sus divisiones, sucursales o empresas vinculadas compitan con otros operadores en mercados relacionados, como por ejemplo el de larga distancia, salvo que cuenten con el consentimiento expreso y previo del usuario. Lo único que TELEFÓNICA debe hacer es salvaguardar dicha información, evitando que accedan a la misma no sólo terceras personas ajenas a dicha empresa, sino también del personal de la propia TELEFÓNICA, salvo excepciones, como podría ser por ejemplo el caso de los encargados de administrar el sistema de almacenamiento de dicha información.

Al respecto, en sus alegatos, TELEFÓNICA ha señalado que:

- Resulta cuestionable que el análisis se haya centrado en un tipo de información (el tráfico), asumiendo que ésta sólo puede ser obtenida mediante el análisis de la facturación de clientes, cuando existen otros procesos de recopilación de información existentes hoy en un mercado caracterizado por el desarrollo de sistemas de información integrales e integrados.
- Discrepa con el criterio desarrollado por la Secretaría Técnica en el sentido que, en la medida que los Contratos de Concesión no hacen mención a la posibilidad de utilizar la información -el tráfico- con fines comerciales, TELEFÓNICA se encontraría impedida de darle tal uso, pues ello es inaceptable desde el punto de vista de la eficiencia económica. De otro lado, TELEFÓNICA sostiene que no existe norma legal que le impida o restrinja el uso de información lícitamente obtenida sobre los tráficos cursados por sus clientes, siempre y cuando se respeten las seguridades de la ley.
- Aún cuando los niveles de resguardo de la información de sus abonados no constituyen parte de la presente investigación; discrepa con el Informe Instructivo respecto al nivel de seguridad al interior de la empresa, pues dicho informe considera que se estaría haciendo uso poco cuidadoso de la información y desconoce el hecho de que TELEFÓNICA haya desarrollado

dos normas de carácter interno para efectos de acceso y resguardo de información.

Al respecto, el Cuerpo Colegiado considera que las materias referidas al origen de la información empleada por TELEFÓNICA y las normas sobre el acceso y uso personal de información de los usuarios exceden la materia de investigación de la presente controversia, por lo cual no se encuentran dentro de los alcances del pronunciamiento que debe emitirse en el procedimiento. Ello conforme a las razones que se exponen a continuación:

- Tal como ha sido definido en el numeral 6.2, en el presente procedimiento no se cuestiona la legalidad del acceso de TELEFÓNICA a la información sobre consumos de servicios larga distancia provistos por sus competidores, o su origen. La materia de investigación es determinar si, antes de la vigencia de la Resolución N° 004-2004-CD/OSIPTel, TELEFÓNICA incurrió en actos de competencia desleal por utilizar la información sobre consumos de servicios de larga distancia brindados por sus competidores a sus abonados fijos, pese a que tal información no se encontraba disponible para los demás operadores de larga distancia, lo cual le significaría una ventaja frente a sus rivales. De acuerdo a esto, el Cuerpo Colegiado emitirá su pronunciamiento considerando los alcances de la práctica investigada.
- Conforme al análisis efectuado en el numeral 6.6, TELEFÓNICA tenía un acceso privilegiado y utilizó información sobre tráfico de larga distancia tanto propio como de otras operadoras de larga distancia, debido a la mayor ventaja que tenía en el mercado de telefonía fija y a la integración vertical entre su división de telefonía fija y larga distancia. En el proceso debe evaluarse si TELEFÓNICA usó dicha información de manera exclusiva y desleal, en perjuicio de sus competidores.
- TELEFÓNICA se encuentra obligada a respetar la normativa sobre el acceso y uso a la información de los abonados así como la protección y medidas de resguardo de la información de abonados contenidas en sus contratos de concesión, en la normativa sectorial y constitucional. Sin perjuicio de ello, es claro que estos temas no constituyen materia del presente procedimiento.

Sin perjuicio de lo antes señalado, de manera previa a analizar la infracción materia del presente procedimiento, el Cuerpo Colegiado considera importante señalar que la información que utilizó TELEFÓNICA división larga distancia sobre los consumos de servicios de larga distancia ofrecidos por operadores de la competencia a sus abonados fijos incluidos en los cuadros encontrados en las inspecciones realizadas por la GFS y por los cuadros comparativos que constan en otros expedientes sancionadores, no constituye secreto de las telecomunicaciones, ni información personal del usuario protegida por la regulación o los contratos de concesión.

Al respecto, el OSIPTel ha confirmado que la referida información no califica como secreto de las telecomunicaciones ni como información personal del usuario, al emitir la Resolución N° 004-2004-CD/OSIPTel, que define la información que deben compartir los operadores del servicio de telefonía fija con los del servicio de larga distancia. Dentro de la información que se obliga a compartir en el marco de esta norma, se incluye la información que ya utilizaba la división de larga distancia de TELEFÓNICA y que ha sido detallada²⁶.

²⁶ En efecto, tanto en la exposición de Motivos como en la matriz de comentarios de la referida Resolución, el OSIPTel señaló que por el nivel de desagregación en el que se requería que la información fuese compartida, ésta no era

Seguidamente debe determinarse si TELEFÓNICA usó de **manera exclusiva** información detallada y específica sobre tráfico de larga distancia generada por las otras operadoras de larga distancia para elaborar ofertas especiales a clientes del servicio de larga distancia, **en condiciones de mayor ventaja y en perjuicio de sus competidores**, contraviniendo el artículo 6° de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal.

En atención a ello, si dicha situación se ha verificado en el presente caso, deberían **concurrir** los siguientes tres elementos:

- (i) Uso exclusivo de la información: La supuesta negativa de TELEFÓNICA a compartir la información sobre el tráfico de larga distancia de sus abonados al servicio de telefonía fija.
- (ii) Elaboración de ofertas o propuestas con la información detallada y específica, para captar clientes de la competencia, en condiciones de mayor ventaja.
- (iii) Perjuicios a los competidores.

(i) Uso exclusivo de la información: La supuesta negativa de TELEFÓNICA a compartir la información sobre el tráfico de larga distancia de sus abonados al servicio de telefonía fija.

En la resolución de inicio del procedimiento, el Cuerpo Colegiado indicó que otro de los hechos que podría constituir un indicio de la presunta comisión, por parte de TELEFÓNICA, de un acto de competencia desleal, era que esta empresa habría implementado una política de no compartir la información referida al tráfico de larga distancia cursado por sus abonados de telefonía fija con otros operadores de larga distancia. En dicho informe se precisó que una prueba de ello era la Carta N° GGR-107-A-524/OT-03, por la cual la denunciada se opuso a la aprobación de un Proyecto de la Resolución N° 004-2004-CD/OSIPTEL.

En sus descargos, TELEFÓNICA señaló que su empresa no implementó la política de no compartir información sobre el tráfico de larga distancia de sus abonados al servicio de telefonía fija, ya que en el período materia de investigación no recibió ningún pedido de remisión de dicha información. Asimismo, esta empresa indicó que la carta GGR-107-A-524/OT-03 era una manifestación de su derecho de petición y el hecho de que se

susceptible de afectar ni el secreto de las telecomunicaciones ni la información personal de los usuarios, de acuerdo a lo siguiente:

- Respecto del secreto de las telecomunicaciones, señaló que de acuerdo con lo dispuesto por la normativa vigente, se atenta contra este derecho cuando se intenta conocer o alterar el contenido o existencia de una comunicación o se facilita que otra persona conozca la existencia o contenido de cualquier comunicación. La información relativa al tráfico que se obligaba a poner a disposición no revelaba el contenido o existencia de ninguna comunicación en particular, evidenciando sólo un patrón de tráfico del usuario de larga distancia. Para evidenciar la existencia de una comunicación específica debía ponerse a disposición información que permita identificar claramente al emisor y al receptor de una comunicación, con información sobre destino y duración de la comunicación. Ninguno de estos aspectos era susceptible de ser inferido con la información que se obligaba a poner a disposición en la referida Resolución.
- Respecto de la supuesta afectación a la obligación de protección de datos personales, se señaló que la actuación regulatoria del OSIPTEL se encontraba alineada con la obligación de las empresas de telecomunicaciones, contenida en sus respectivos contratos de concesión, de salvaguardar la información relativa a datos personales de sus usuarios que conozcan en el curso de sus operaciones. En tal sentido, la información referida al tráfico de los servicios de larga distancia se delimitó en un nivel de agregación tal, que no resultaba susceptible de afectar la información personal de los usuarios, en tanto la misma no se refería a datos vinculados a la esfera íntima y personal de dichos usuarios, por lo que no permitía conocer información detallada de las comunicaciones realizadas por los usuarios.

opusiera a la aprobación del Proyecto no significaba que hubiera desarrollado la política que se le imputaba. La denunciada concluyó precisando que la Resolución N° 004-2004-CD/OSIPTEL fue la primera norma por la cual se obligaba a los operadores del servicio de telefonía fija a poner a disposición de sus competidores información sobre el tráfico de larga distancia de sus abonados al servicio de telefonía fija, por lo que pretender sancionarla por no compartir esta información con sus competidores violaría el principio de ley previa.

De los medios probatorios presentados por TELEFÓNICA, se observa que mediante la carta c.031-2004-GAR²⁷, Americatel solicitó a la denunciada la remisión de la información mencionada en los artículos 3° y 6° de la Resolución N° 004-2004-CD/OSIPTEL²⁸, indicando la periodicidad en la cual quería dicha información, así como el medio a través del cual debía entregarse la misma. Tal como aparece de la copia acompañada por TELEFÓNICA, esta comunicación fue recibida por la denunciada el 27 de enero de 2004, doce (12) días después de la aprobación de dicha resolución.

A efectos de verificar lo manifestado por TELEFÓNICA, la Secretaría Técnica solicitó a Americatel, Telmex, Perusat, Convergía, Impsat, IDT e Infoductos y Telecomunicaciones que informaran si durante el 2003 solicitaron a TELEFÓNICA información sobre el tráfico de larga distancia nacional e internacional cursado por los abonados de dicha empresa a través de otros operadores del mencionado servicio y, de ser afirmativa la respuesta, si TELEFÓNICA les remitió la información pedida o, si se negó a hacerlo, cuáles fueron las razones para no entregar dicha información.

De las respuestas remitidas por estas empresas se aprecia que, durante el año 2003, ninguna de ellas solicitó a TELEFÓNICA la entrega de información sobre el tráfico de larga distancia nacional e internacional de sus abonados. En efecto, tal como se observa a continuación, las empresas consultadas contestaron lo siguiente:

Empresa	Carta y fecha de presentación a OSIPTEL	Solicitó información a Telefónica sobre tráfico de larga distancia durante el 2003
Perusat	GG 062-2004 del 22 de junio de 2004.	No
Infoductos y Telecomunicaciones	INTEP/S-155-2004/GG del 24 de junio de 2004.	No
Convergía	GG-CNVPE-04/039 del 28 de junio de 2004.	No
Americatel	c.284-2004-GAR del 28 de junio de 2004.	No
ImpSat	GG.034.06/2004 del 30 de junio de 2004.	No
IDT	Carta s/n recibida el 1 de julio de 2004.	No
Telmex	C.466-DJR/2004 del 6 de julio de 2004.	No

En este sentido, el Cuerpo Colegiado coincide en que durante el periodo materia de investigación, TELEFÓNICA no recibió ningún pedido de los operadores de larga distancia solicitándole información sobre el tráfico en esta modalidad cursado por los abonados de la referida empresa.

²⁷ Esta carta fue presentada como anexo 2-H por Telefónica.

²⁸ El artículo 3° se refiere a la información que debía entregarse en el caso de las líneas de abonados por telefonía fija, teléfonos públicos de titularidad ajena, teléfonos de uso público en general e información sobre tráfico de larga distancia en teléfonos de abonado y de uso público en función a horario tarifarios establecidos. Por otro lado, el artículo 6° se refiere a la información sobre la suspensión del servicio de larga distancia.

Por otro lado, si bien la negativa de TELEFÓNICA a la aprobación del Proyecto podría ser un indicio de la política de no compartir información imputada a esta empresa, debe indicarse que no existen mayores evidencias que pudieran confirmar la existencia de una política de este tipo implementada por la denunciada.

Por lo tanto, de la evaluación de los medios probatorios a los cuales se ha hecho referencia en los párrafos precedentes, se desprende que no hay elementos de juicio suficientes para concluir que, durante el periodo materia de investigación, TELEFÓNICA efectivamente hubiera implementado una política consistente en negarse a proporcionar a los operadores de larga distancia la información acerca del tráfico de larga distancia nacional e internacional de sus abonados al servicio de telefonía fija.

En efecto, está acreditado que, antes de la aprobación de la Resolución N° 004-2004-CD/OSIPTEL, las empresas operadoras del servicio de larga distancia no solicitaron a TELEFÓNICA la entrega de información sobre el tráfico en esta modalidad cursado por los abonados del servicio de telefonía fija de la denunciada. Asimismo, debe indicarse que la carta remitida por TELEFÓNICA durante el procedimiento de evaluación y aprobación del Proyecto, por la cual esta empresa manifestó su disconformidad con el mismo, puede constituir un indicio pero no es un elemento probatorio suficiente para concluir, de manera indubitable, que ella implementó una política consistente en negarse a entregar esta información a sus competidores.

Por las razones expuestas, debe descartarse que el indicio analizado en este punto sea suficiente para afirmar la efectiva comisión por parte de TELEFÓNICA de los actos de competencia desleal materia de este procedimiento.

En tal sentido, no se ha acreditado que el uso exclusivo que se pudiera haber dado a la información haya sido consecuencia de una decisión desleal por parte de TELEFÓNICA, toda vez que no se ha acreditado que alguna empresa le haya solicitado dicha información.

Dado que en el caso bajo análisis no se presenta uno de los tres elementos que deben concurrir -el uso exclusivo de la información- para que se configure la infracción al artículo 6° de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, no corresponde continuar con el análisis de caso. En este sentido, el Cuerpo Colegiado considera que no se han encontrado evidencias que acrediten la existencia de la infracción investigada y corresponde concluir el presente procedimiento.

Sin perjuicio de lo antes señalado, el Cuerpo Colegiado ha analizado los otros requisitos que deberían concurrir para que se configure la infracción, habiéndose encontrado que no hay evidencias concluyentes sobre la existencia de los mismos.

(ii) Elaboración de ofertas o propuestas con la información detallada y específica para clientes del servicio de larga distancia

De acuerdo con lo expuesto, el Cuerpo Colegiado coincide con la Secretaría Técnica en que ha quedado acreditado que TELEFÓNICA división de larga distancia utilizaba la información sobre los consumos que realizaban los abonados de telefonía fija de TELEFÓNICA de los servicios de larga distancia. Con esta información se elaboraba un ranking de clientes más importantes en términos de consumo de servicios de larga distancia para las áreas de ventas y marketing. Adicionalmente, las áreas de marketing y

ventas elaboraban planes para ser propuestos a los clientes de mayores consumos de servicios de larga distancia, en particular aquéllos que eran atendidos por la competencia.

Asimismo, TELEFÓNICA división de larga distancia entregaba a sus vendedores información consolidada sobre el porcentaje de servicios de larga distancia nacional e internacional que los competidores vendían a los abonados de telefonía fija.

En el presente acápite corresponde determinar si TELEFÓNICA usó y procesó la información antes mencionada a un nivel más detallado y específico para elaborar planes y ofertas, a fin de atraer a los clientes de sus competidores. Es decir, deberá acreditarse que las ofertas propuestas eran realizadas a un nivel de detalle importante de tal manera que, por ejemplo, permitían incluso comparar los distintos destinos del tráfico de larga distancia internacional y las tarifas cobradas por las empresas para cada uno de dichos destinos.

En ese sentido, tendría que acreditarse que TELEFÓNICA usó dicha información para diseñar planes para los clientes de larga distancia que ninguna otra operadora podía elaborar al no contar con la información detallada y específica sobre consumo de larga distancia. Tales clientes deberían ser principalmente aquellos que registrasen los mayores consumos, pues sería en dicho segmento que una conducta anticompetitiva por parte de TELEFÓNICA tendría grandes incentivos.

En el expediente se consignan básicamente dos grandes grupos de medios probatorios que deben ser examinados:

- La información remitida por la GFS sobre la base de las inspecciones realizadas
- La información remitida por otras empresas operadoras de larga distancia, a solicitud de la Secretaría Técnica.

Corresponde evaluar si de la información que obra en el expediente es posible detectar casos en los cuales se haya acreditado que TELEFÓNICA formuló ofertas elaboradas sobre la base de la información contenida en los cuadros encontrados en las inspecciones realizadas por la GFS a un nivel más detallado y específico, a clientes de otras operadoras de larga distancia. Adicionalmente, se deberá analizar si dichos clientes son los de mayor consumo.

• Información remitida por la GFS

La GFS, mediante Memorando N° 690-GFS/2004, del 13 de setiembre de 2004, remitió a la Secretaría Técnica, el Informe N° 459-GFS/12-02/2004²⁹, en el cual, comprobó la existencia de cinco (5) casos de usuarios a los que TELEFÓNICA propuso tarifas iguales o similares a las ofrecidas a la abonada de la línea número 3682338, que han sido transcritas en la sección de Antecedentes del presente Informe, pero que no llegaron a contratar el servicio:

- Tractebel Perú S.A. – Energía del Sur.
- Ministerio de Transportes y Comunicaciones.
- Regus Business Centre Perú S.A.

²⁹ El citado Informe fue emitido por la Gerencia de Fiscalización y Supervisión dentro del expediente N° 00030-2004-GG-GFS/12-02, referido a la supervisión desde el lado del usuario de la existencia de propuestas especiales de tarifas de larga distancia de Telefónica del Perú.

- Cía. Minera Milpo S.A.
- Corporación El Golf S.A.

Al respecto, debe señalarse lo siguiente:

- En cuatro (4) de los casos citados (Ministerio de Transporte y Comunicaciones, Regus Business Centre Perú S.A., Cía. Minera Milpo y Corporación El Golf S.A.) en las listas se observa que los clientes habrían cursado un nivel importante de tráfico de larga distancia a través de TELEFÓNICA. Sin embargo, no existe evidencia en el expediente de que los mismos hayan sido clientes de otro operador de larga distancia.
- En el caso restante (Tractebel Perú S.A. – Energía del Sur), en las listas señaladas, se observa que en el mes de setiembre de 2004, el cliente cursó un nivel importante de tráfico a través de TELEFÓNICA. Sin embargo, si bien en el expediente de la controversia no existe evidencia de que haya sido cliente de otro operador de larga distancia, en el Expediente N° 00030-2004-GG-GFS/12-02³⁰, consta un correo electrónico de dicho cliente, del 2 de febrero de 2004, donde señala que operaba exclusivamente con Americatel Perú.

En este último caso, según la clasificación consignada en las listas de la división de larga distancia de TELEFÓNICA³¹, el cliente estaría dentro del segmento de consumo "top"; por lo tanto, el mismo sería un cliente principal o de gran consumo del servicio de larga distancia.

De otro lado, en el mismo informe N° 459-GFS/12-02/2004, la GFS indica que TELEFÓNICA informó al OSIPTEL³² que había aplicado las tarifas promocionales indicadas en la sección de Antecedentes del presente Informe Instructivo a los siguientes clientes:

- Hotelera del Pilar S.A.C. (considerando a Hotelera del Pilar S.A.C. y Apart Hotel S.A.).
- Defensoría del Pueblo.
- Amanco del Perú S.A.
- Deborah de Souza (considerando a Sonia Jeann Pizarro Villarroel, abonada del servicio telefónico con el número 3682338).
- Unión de Cervecerías Peruanas Backus & Jonson S.A.A. (considerando a Transportes 77 S.A., Agroindustrias Backus S.A., Nova Salud Perú S.A. Ent. Prest. de Salud, Industrias del Envase S.A., Materia Lima S.A., Constructores S.A., Corporación Backus S.A., Cervesur, San Ignacio S.A., Cervecería San Juan S.A.A., y Asociación Civil Cristal Club Sporting Cristal).
- Corporación Misti S.A.
- Microsoft Perú S.A.

³⁰ Expediente N° 00030-2004-GG-GFS/12-02, Procedimiento de Supervisión desde el lado del usuario de la existencia de propuestas especiales de tarifas de larga distancia de TELEFÓNICA.

³¹ Específicamente, en la lista contenida en el archivo Cartera Clientes Octubre, obtenido en la acción de supervisión realizada por la Gerencia de Fiscalización y Supervisión, el 25 de noviembre del 2003.

³² TELEFÓNICA, mediante Carta GGR-107-A-148/OT-04, del 13 de marzo de 2004, en el marco del procedimiento de supervisión del Expediente N° 00030-2004-GG-GFS/12-02, remitió a OSIPTEL el listado a dicha fecha de los clientes a los cuales aplicó las tarifas sin IGV de S/. 0.36 (LDI), S/. 0.13 (LDN fijo – fijo) y/o S/. 1.00 (LDN fijo – móvil).

- British American Tobacco (considerando a British American Tobacco, Tabacalera Nacional S.A., Hoja Peruana de Tabacos S.A., y Tabacos del Perú S.A.).

Adicionalmente, en el informe de la GFS se indicó que todos los clientes antes mencionados figuran en las listas que fueron entregadas por el señor Alex Escalante y la señorita Norybell Rollet en la acción de supervisión llevada a cabo por la GFS, el 25 de noviembre de 2003, en las instalaciones de TELEFÓNICA.

Se debe indicar lo siguiente respecto de la lista anteriormente presentada:

- Sólo en un (1) caso (Deborah de Souza, con número de abonado 3682338) se ha acreditado que el usuario era cliente de una operadora de larga distancia distinta a TELEFÓNICA; así, en el Expediente N° 00532-2003-GG-GFS/A-06, folios del 00619 al 00651, obran los recibos telefónicos emitidos por los operadores de larga distancia que le brindaron servicio al citado cliente. En este último caso, según la clasificación consignada en las listas de la división de larga distancia de Telefónica del Perú³³, el cliente no estaría dentro del segmento de consumo medio; por lo tanto, el mismo no es un cliente principal o de gran consumo del servicio de larga distancia.
- En los casos restantes, no existe evidencia concluyente respecto a que éstos hayan sido clientes de otras empresas operadoras.

En consecuencia, a partir del análisis de toda la información analizada en el literal (ii), puede concluirse que:

- En la gran mayoría de casos: (i) no se acreditó la elaboración de ofertas con un nivel de detalle importante y específico que resultasen más competitivas; (ii) no se acreditó que se tratase de tarifas dirigidas a captar clientes de otros operadores de larga distancia y (iii) en los dos únicos casos en los que se acreditó que se ofreció una tarifa especial a clientes de la competencia; se determinó que solo uno de ellos era un cliente principal o de gran consumo.
- Sólo en un (1) caso se ha detectado que TELEFÓNICA ofreció una tarifa promocional a un cliente de gran consumo de larga distancia; que era cliente de Americatel Perú (Americatel).

- Información presentada por Americatel

- Mediante Carta 316-2004-GAR, del 19 de Julio del 2004, Americatel remitió a la Secretaria Técnica, la relación de diez (10) clientes que supuestamente fueron contactados por TELEFÓNICA, a quienes se les habría ofrecido planes tarifarios sobre la base de información de su consumo; asimismo, remitió cartas y análisis comparativos de consumo dirigidos a algunos de los citados clientes, los cuales habrían sido preparados por TELEFÓNICA³⁴.

³³ Específicamente, en la lista contenida en el archivo Cartera Clientes PYME Octubre, obtenido en la acción de supervisión realizada por la GFS, el 25 de noviembre del 2003.

³⁴ La citada información se encuentra en el Cuaderno Confidencial del Expediente N° 002-2004-CCO-ST/CD, folios del 447 al 457; la misma, ha sido tratada como confidencial en atención a su contenido, por encontrarse incluida en el numeral 104 de la Lista Enunciativa aprobada mediante Resolución N° 053-2004-CD/OSIPTel, conforme a lo previsto por el artículo 11-A del Reglamento de Información Confidencial de OSIPTel, aprobado por Resolución N° 049-2001-CD/OSIPTel.

Posteriormente, a solicitud de la Secretaría Técnica, Americatel presentó documentación para acreditar la veracidad de las ofertas, dicha información consistía en: (i) cuadros de análisis comparativos de consumo respecto de cinco (5) de los clientes incluidos en la relación; y, (ii) cartas que habrían sido elaboradas por TELEFÓNICA para dos (2) de los clientes incluidos en la relación.

De la revisión de la información remitida, se puede apreciar lo siguiente:

- En cinco (5) casos, Americatel no adjuntó medios probatorios que acreditaran que los clientes fueron contactados por TELEFÓNICA.
- Los análisis comparativos de consumo presentados por Americatel que supuestamente habrían sido remitidos por TELEFÓNICA a cinco (5) de los clientes de la relación que presentó, no tienen consignado ningún destinatario o remitente, ni están firmados o rubricados; y, tampoco tienen ningún signo distintivo que los identifique como emitidos por dicha empresa.
- Las cartas presentadas por Americatel, que habrían sido elaboradas y remitidas por TELEFÓNICA a dos (2) de los clientes de la relación que envió, solamente presentan una tarifa especial, pero no adjuntan ningún detalle específico sobre análisis comparativo de consumo como sustento de dichas tarifas. Por otra parte, dichas cartas no tienen consignado ningún número de registro que pueda acreditar que fueron expedidas por TELEFÓNICA; tampoco tienen algún signo de haber sido recibidas por los clientes. Finalmente, ninguna de las dos (2) cartas presenta firmas, únicamente están rubricadas; y, solo una de ellas consigna como remitente a una persona determinada.

De otro lado, es posible concluir lo siguiente sobre el contenido de la relación de clientes presentada por Americatel:

- Sólo cinco (5) de los clientes de la relación presentada por Americatel, figuran en las listas de clientes que se encontraron en poder de los vendedores de la división de larga distancia de TELEFÓNICA y en los archivos que se recabaron de las computadoras de dicha división, en la acción de supervisión realizada por la GFS, del 25 de noviembre del 2003. De los cinco (5) clientes que se encontraban en las listas de TELEFÓNICA, uno (1) de ellos figuraba en la lista de los 120 clientes top de TELEFÓNICA, por lo que la tarifa especial que se le ofreció podría responder a dicho hecho. En los casos restantes de estos cinco (5), no se ha acreditado que se tratara de clientes de alguna otra operadora de larga distancia.
- Por último, en la relación de clientes presentada por Americatel, se advierte un solo caso en el que un cliente que figura en las listas de la división de larga distancia de TELEFÓNICA, además se encuentra consignado en dichas listas como cliente de otra operadora de larga distancia. Respecto a dicho cliente, no se ha acreditado que el mismo fuera un cliente de gran consumo o principal del servicio de larga distancia.

Por lo expuesto, puede concluirse que no hay certeza sobre la existencia de las conductas investigadas a partir de la información presentada por Americatel; y por tanto, no puede ser utilizada para concluir que TELEFÓNICA realizó propuestas de

tarifas no replicables por otros operadores, sobre la base a un análisis detallado del consumo de los clientes al que accedía en razón de su integración vertical.

- Conclusión

En conclusión, del análisis conjunto de la información que obra en el expediente, respecto a la hipótesis de que TELEFÓNICA elaboraba ofertas o propuestas especiales para captar clientes de la competencia, puede afirmarse lo siguiente:

- En la gran mayoría de casos (i) no se acreditó la elaboración de ofertas con un nivel de detalle importante que por ejemplo, permitiese comparar los distintos destinos del tráfico de larga distancia internacional y las tarifas cobradas por las empresas para cada uno de dichos destinos, a fin de presentar planes más competitivos; y (ii) no se acreditó que se tratase de tarifas dirigidas a captar clientes de otros operadores de larga distancia.
- Sólo en un (1) caso de un total de veintitrés (23) casos analizados se ha detectado que TELEFÓNICA ofreció una tarifa promocional a un cliente de gran consumo de larga distancia, que era cliente de Americatel. Dicho único caso no constituiría evidencia suficiente para afirmar que TELEFÓNICA aprovechó su posición para obtener una ventaja significativa frente a sus competidores, considerando que en las listas encontradas en poder de los señores Alex Escalante y Norybell Rollet se consignaban aproximadamente 278 clientes.

Al respecto, es necesario señalar que de manera adicional a la revisión de los referidos listados, se han evaluado todos los listados de clientes encontrados en la inspección de GFS, así como la documentación presentada por TELEFÓNICA. Por tanto, el total de clientes que se consignan en dicha documentación asciende a aproximadamente 29247³⁵.

Por todo lo expuesto, no es posible concluir que TELEFÓNICA haya aprovechado su posición para obtener una ventaja significativa frente a sus competidores, mediante la elaboración de propuestas especiales para atraer clientes.

(iii) Perjuicios a los competidores

En este sentido, la determinación de mayores ventajas obtenidas por TELEFÓNICA a partir de la práctica, en perjuicio de sus competidores, puede realizarse a través del análisis de los siguientes factores:

- Duración de las ofertas
- Evolución de tráficos

Duración de las ofertas

³⁵ Cabe señalar que del análisis conjunto de la información que obra en el expediente, puede afirmarse que, del universo de casos analizados solo se ha acreditado fehacientemente que TELEFÓNICA ofreció ofertas especiales a diez (10) de sus clientes de larga distancia. Esta información no resulta suficiente para afirmar que TELEFÓNICA aprovechó su posición para obtener una ventaja significativa frente a sus competidores, considerando que el universo de casos analizado consta de 1335 clientes; por tanto, no es posible concluir que TELEFÓNICA elaboraba ofertas o propuestas especiales para impedir que sus clientes migraran hacia otros operadores de larga distancia, de manera ilícita.

De acuerdo a los medios probatorios que obran en el expediente, las ofertas materia de investigación se habrían propuesto en los meses de setiembre a noviembre de 2003. En noviembre de 2004, la GFS realizó las inspecciones a TELEFÓNICA relatadas en la sección de antecedentes del presente informe, no habiéndose registrado en el expediente evidencia posterior sobre la continuación del ofrecimiento de las ofertas a clientes.

Por tanto, habría evidencia de que la práctica estuvo en vigencia por aproximadamente tres meses. Dicho periodo constituyó un lapso reducido de tiempo en el cual, conforme a la información revisada en el punto (ii) precedente, tampoco se ha evidenciado un número importante o significativo de clientes que se hayan acogido a las ofertas investigadas.

Adicionalmente, cabe reiterar que el 15 de enero de 2004, se aprobó la Resolución 004-2004-CD/OSIPTEL, conforme a la cual se estableció que el operador fijo se encuentra obligado a compartir la siguiente información a los operadores de larga distancia que se lo solicitaran: (i) número de teléfono del abonado; (ii) nombre o razón social del abonado; (iii) dirección donde está instalado el servicio y lugar de remisión del recibo en caso ser distinto; (iv) empresa con la cual el abonado está preseleccionado; (v) si el abonado tiene la calidad de moroso; y, (vi) los minutos mensuales de larga distancia nacional e internacional generados por el abonado. Asimismo, dicha norma estableció sanciones para aquellos que incumplan con esta obligación. De esta forma, hechos como los que dieron origen al presente caso, a partir de la Resolución 004-2004-CD/OSIPTEL del 2004 recibirán un tratamiento distinto, debido a que los incumplimientos a dicha norma se han tipificado como infracciones regulatorias³⁶.

Evolución de tráficos

En el presente acápite se examinan cuáles serían los perjuicios causados a los competidores si se hubiera acreditado la existencia de las ofertas a los competidores de larga distancia. En el análisis se ha utilizado información que obra en los cuadros encontrados en la inspección realizada por GFS referidos a clientes residenciales, en la medida que dichos cuadros eran los únicos que contenían la información mínima necesaria para realizar el análisis de posibles perjuicios a los competidores.

Al respecto, el tráfico de larga distancia internacional cursado por TELEFÓNICA ha tenido un periodo de tendencia decreciente; mientras que en el mismo periodo (2003-2004), el tráfico cursado por los competidores ha tenido una tendencia creciente. Esto crearía los incentivos para la realización de la supuesta práctica. Sin embargo, dichas tendencias sucedieron solamente en un periodo corto de tiempo, no siendo recurrente en todo el periodo de análisis. Adicionalmente, se cuenta con evidencia de que una situación similar se ha dado con el tráfico de larga distancia nacional.

En efecto, en cuanto a los resultados de la práctica en el mercado de larga distancia internacional, la evidencia disponible indicaría que la práctica no habría ocasionado cambios significativos en los patrones de consumo de todos los usuarios. Similarmente, en el mercado de larga distancia nacional, la evidencia indica que tampoco se habrían producido cambios significativos en el consumo de los usuarios

³⁶ Finalmente, cabe señalar que TELEFÓNICA fue sancionada por infracciones al Reglamento de Tarifas, al haber ofrecido tarifas no aprobadas por el OSIPTEL a clientes de larga distancia, conforme a las evidencias encontradas en las supervisiones a cargo de la GFS.

producto de la práctica. Producto del análisis realizado, se puede sostener que la práctica no tuvo mayores consecuencias en este mercado³⁷.

En consecuencia, de los medios probatorios que obran en el expediente, no existe evidencia suficiente que acredite la comisión de los actos de competencia desleal investigados, toda vez que no se ha demostrado de manera clara y evidente la utilización exclusiva de información sobre tráfico de larga distancia por parte de TELEFÓNICA, generada por las otras operadoras de larga distancia para elaborar ofertas especiales en condiciones de mayor ventaja y en perjuicio de sus competidores.

En sus alegatos, TELEFÓNICA ha señalado que la presente investigación debía ser declarada improcedente y archivada. Al respecto, el Cuerpo Colegiado considera que la categoría de improcedente no resulta aplicable al presente procedimiento.

En efecto, este Cuerpo Colegiado inició la presente investigación de oficio en ejercicio de sus facultades legales como encargado de supervisar el cumplimiento de las normas de libre y leal competencia en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, basándose en información recabada en las acciones de supervisión realizadas por la GFS.

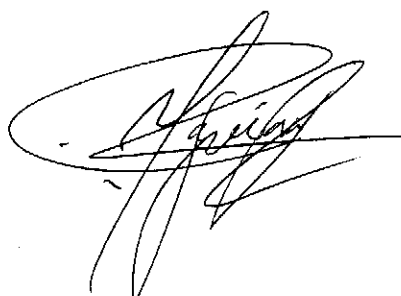
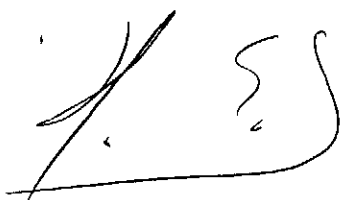
Dentro del presente procedimiento y luego de un análisis de fondo detallado y exhaustivo, el Cuerpo Colegiado considera que no se han encontrado elementos probatorios suficientes sobre la existencia de infracciones al artículo 6 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal. De acuerdo con ello, en el caso corresponde declarar que no se han acreditado las infracciones y que, por tanto, corresponde concluir con el procedimiento.

RESUELVE:

Artículo Único.- Declarar que no se ha acreditado la existencia de una infracción al artículo 6° de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución, y en consecuencia, se dispone el archivo del expediente de la controversia.

REGÍSTRESE Y COMUNÍQUESE

Con la firma de los miembros del Cuerpo Colegiado señores Hugo Eyzaguirre Del Sante y Ricardo Maguiña Pardo.



³⁷ Para mayor detalle ver anexo del Informe Instructivo.