	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 1 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	



**Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados**

---

## **Controversia de oficio contra Telefónica del Perú S.A.A.**

**(Exp. 005-2011-CCO-ST/LC)**


### **Informe Instructivo**

---

**Informe N° 020-STCCO/2012**


Lima, 18 de abril de 2012



	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 2 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

## Índice

I. INTRODUCCIÓN.....	3
II. EMPRESA INVESTIGADA .....	3
III. ANTECEDENTES.....	3
IV. PROCEDIMIENTO DE OFICIO Y HECHOS RELEVANTES.....	5
V. DILIGENCIAS A CARGO DE LA SECRETARÍA TÉCNICA DE LOS ÓRGANOS COLEGIADOS.....	7
5.1. Acciones de supervisión realizadas por el OSIPTel .....	7
5.2. Información solicitada a TELEFÓNICA.....	7
5.3. Información solicitada a otras empresas.....	10
5.4. Información solicitada a INDECOPI.....	10
5.5. Información solicitada al MTC .....	10
VI. CUESTIONES PROCESALES PREVIAS.....	11
6.1. Supuesta vulneración al derecho de defensa: la insuficiencia del Informe de Investigación Preliminar .....	11
6.2. Supuesta falta de competencia de las instancias de solución de controversias por aplicación del principio de supletoriedad .....	12
6.2.1. Definición del principio de supletoriedad .....	12
6.2.2. Alcances del marco regulatorio del ADSL .....	13
6.2.3. La promoción de la competencia como finalidad de la regulación ADSL....	14
VII. ANÁLISIS.....	16
7.1. Marco General: las ventas atadas como supuesto abuso de posición de dominio .....	16
7.2 La práctica materia de investigación.....	17
7.2.1. Mercado Relevante.....	17
7.2.1.1. Servicio relevante.....	17
7.2.1.2. Mercado producto.....	19
7.2.1.3. Mercado geográfico.....	25
7.2.1.4. Mercado relevante aplicable a la presente controversia .....	25
7.2.2. Posición de dominio en el mercado relevante .....	25
7.2.2.1. Presencia en el mercado .....	26
7.2.2.2. Barreras a la entrada.....	29
7.2.2.3. Conclusión sobre la posición de dominio de TELEFÓNICA.....	30
7.2.3. El abuso de la posición de dominio .....	30
7.2.3.1. Servicios diferenciados.....	31
7.2.3.2. Nivel de coerción .....	32
7.2.3.3. Efectos anticompetitivos y eficiencias procompetitivas .....	40
7.2.4. Medida correctiva y sanción.....	48
7.2.4.1. Sobre las medidas correctivas.....	48
7.2.4.2. Sobre las sanciones pecuniarias .....	49

	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 3 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

## I. INTRODUCCIÓN

El presente informe tiene por objeto poner en conocimiento al Cuerpo Colegiado, el resultado de la investigación y análisis realizados por la Secretaría Técnica, en su calidad de órgano instructor del procedimiento seguido de oficio contra Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante TELEFÓNICA), por la presunta comisión de actos contrarios a la libre competencia tipificados en el inciso c) artículo 10.2 del Decreto Legislativo N° 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (en adelante, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas)<sup>1</sup>.

La presunta práctica anticompetitiva materia de este procedimiento consistiría en el condicionamiento por parte de TELEFÓNICA de la venta de su servicio de acceso a Internet a través de la tecnología ADSL (Speedy) a la compra de su servicio de telefonía fija, de modo que solo los usuarios que adquieran el servicio de telefonía fija o ya cuenten con éste puedan acceder al servicio de Internet.

## II. EMPRESA INVESTIGADA

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

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

## III. ANTECEDENTES


1. En el marco de la función de seguimiento de los distintos mercados de servicios públicos de telecomunicaciones para la detección de prácticas anticompetitivas, la Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados (en adelante, Secretaría Técnica) identificó indicios de una presunta práctica de atadura por parte de la empresa TELEFÓNICA consistente en el condicionamiento de la venta del servicio de acceso a Internet a través de la tecnología ADSL (Speedy) a la compra de su servicio de telefonía fija.
2. Mediante Memorándum N° 140-GRE-2010, de fecha 27 de octubre de 2010, la Secretaría Técnica (en ese entonces, Gerencia de Relaciones Empresariales) solicitó a la Gerencia de Fiscalización y Supervisión realizar una inspección y determinar si los clientes interesados en adquirir el servicio de Internet de Telefónica del Perú (Speedy, en la modalidad residencial y corporativo, a través de

<sup>1</sup> Decreto Legislativo N° 1034, Artículo 10.2, inciso c.

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

(...)

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

	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 4 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

promociones y tarifas establecidas) solo puedan acceder a éste, sí y solo si contratan -a su vez- el servicio de telefonía fija.

- Con fecha 31 de diciembre de 2010, mediante Memorándum N° 751-GFS-2010, la Gerencia de Fiscalización remitió a esta Secretaría los audios de las llamadas, así como las transcripciones de tales llamadas realizadas desde las oficinas del OSIPTEL en diversas localidades del Perú hacia el Servicio de Telegestión Comercial de TELEFÓNICA (104).


De la información remitida por esta Gerencia se concluye que TELEFÓNICA no ofrece ninguna oferta de acceso al servicio de Internet sin la contratación previa o simultánea de una línea fija con dicha empresa.

- Conforme a sus funciones de órgano instructor, la Secretaría Técnica emitió el Informe N° 004-CCO/2011 de fecha 17 de marzo de 2011, Investigación Preliminar de Oficio: Supuesta práctica de atadura en el mercado peruano de servicios públicos de telecomunicaciones (en adelante, Informe de Investigación Preliminar).

De acuerdo a esta Secretaría, la presunta práctica anticompetitiva realizada por TELEFÓNICA consistiría en condicionar la venta de su servicio de Internet, en el cual tendría posición de dominio, a la compra de su servicio de telefonía fija. De ese modo, sólo los usuarios que adquieran el servicio de telefonía fija de TELEFÓNICA o ya cuenten con él pueden acceder al su servicio de Internet.

El Informe de Investigación Preliminar señala lo siguiente:

- Establece el marco legal bajo el cual se analizará la presunta práctica anticompetitiva de TELEFÓNICA, señalando expresamente que ésta se encuentra comprendida en el artículo 10.2.c. de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
- Los contratos mediante los cuales TELEFÓNICA ofrece los diferentes servicios *Speedy* contemplan como requisito indispensable para la prestación de dicho servicio la obligación de contar con una línea de telefonía fija de TELEFÓNICA o la obligación de adquirir una.
- De las acciones de supervisión llevadas a cabo se verificó que en la práctica TELEFÓNICA no ofrece ninguna oferta de acceso a *Speedy* sin la contratación previa o simultánea de una línea fija con esta misma empresa, incluso se exige expresamente dicho requisito cuando los interesados ya cuentan con una línea telefónica fija contratada con una empresa distinta a TELEFÓNICA.
- Se identificó como servicio relevante al servicio de Internet el cual incluye las tecnologías ADSL y cable módem, en los distritos donde TELEFÓNICA ofrezca tales servicios.
- TELEFÓNICA cuenta con posición de dominio en el mercado de Internet, toda vez que (i) las cuotas de participación de mercado demuestran que, a nivel distrital, TELEFÓNICA tiene una participación de 100.00% en el 18% de todos los distritos a nivel nacional y que solo en 6 departamentos tiene una cuota menor a 100.00%; (ii) TELEFÓNICA es la empresa dominante en el mercado de telefonía fija, y siendo el acceso al bucle local, una facilidad esencial para el acceso a los usuarios, esta empresa posee una barrera estructural de entrada al mercado de Internet; y, (iii) el tamaño de la red de TELEFÓNICA, le otorga mayor poder de mercado, debido a que las grandes redes producen mayores externalidades.

	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 5 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

- Los potenciales efectos exclusorios de esta práctica se producirían en el mercado de telefonía fija, que es el mercado de servicio atado, en el cual TELEFÓNICA estaría atravesando por un debilitamiento significativo. Dicha empresa podría estar tratando de aprovechar el crecimiento experimentado en el servicio de Internet mediante ADSL para recuperar su posición en el mercado de telefonía fija.

#### IV. PROCEDIMIENTO DE OFICIO Y HECHOS RELEVANTES


5. Por Resolución N° 119-2011-CD/OSIPTEL de fecha 08 de setiembre de 2011 el Consejo Directivo designó un Cuerpo Colegiado para que evalúe el inicio de un procedimiento de oficio contra TELEFÓNICA por la presunta comisión de una infracción a la libre competencia, y de ser el caso, tramite y resuelva el procedimiento que decida iniciar.
6. Mediante Resolución N° 001-2011-CCO/OSIPTEL, de 13 de setiembre de 2011, el Cuerpo Colegiado resolvió disponer del inicio de un procedimiento de oficio contra TELEFÓNICA, por la presunta comisión de abuso de posición de dominio en la modalidad de venta atada, con posibles efectos de exclusión en el mercado de telefonía fija, conducta tipificada en el literal c) del artículo 10.2 del Decreto Ley N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

Los fundamentos de la Resolución N° 001-2011-CCO/OSIPTEL fueron los siguientes:


- Se consideró que el comportamiento de TELEFÓNICA podría constituir una práctica con efectos de exclusión en el mercado de telefonía fija, dada la posición de dominio que tendría dicha empresa en el mercado de Internet a través de la tecnología ADSL, pudiéndose generar un perjuicio a la dinámica competitiva en el mercado de telefonía fija, reforzándose su posición en el mercado de internet y causando un perjuicio a sus competidores en el mercado de telefonía fija.
- De otro lado, los usuarios se habrían visto forzados a adquirir un servicio adicional, pudiéndose afectar el bienestar de los consumidores, no sólo a través de un supuesto debilitamiento del proceso competitivo, sino a través de la afectación a usuarios, que bajo las condiciones de venta atada, no podrían acceder a determinados servicios en relación a sus preferencias.

Asimismo, se dispuso agregar al Expediente el Informe de Investigación Preliminar y se otorgó a TELEFÓNICA un plazo de diez días hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, para presentar sus descargos.

7. Con fecha 30 de setiembre de 2011, TELEFÓNICA presentó un escrito de descargos a lo expresado en el Informe de Investigación Preliminar, manifestando lo siguiente:
  - Las alegaciones formuladas por la Secretaría Técnica contradicen la regulación vigente y no son plausibles atendiendo al principio de supletoriedad establecido en el artículo 12° del Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, Reglamento General del OSIPTEL (en adelante, Reglamento General del OSIPTEL).

	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 6 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

- TELEFÓNICA actuó dentro del marco legal establecido dado que su modelo comercial y tarifas fueron autorizadas por el OSIPTEL mediante Resolución N° 36-2000-CD/OSIPTEL, que aprobó las tarifas máximas fijas aplicables a prestaciones de transmisión de datos mediante circuitos virtuales ATM con acceso ADSL.
  - OSIPTEL ha reconocido y reiterado la dependencia que existe entre el servicio de acceso a Internet vía ADSL y la línea telefónica fija.
  - En el año 2002, OSIPTEL analizó la provisión del servicio CableNet de Telefónica Multimedia S.A.C. y descartó la configuración de una práctica de atadura. La provisión de dicho servicio presenta condiciones similares a la provisión del servicio *Speedy*, por lo que no se entiende por qué en el presente caso sí existirían indicios suficientes de la ilegalidad de la práctica.
  - El servicio de acceso a Internet a través de la tecnología ADSL constituye un servicio de valor añadido en la modalidad de conmutación de datos por paquetes, valiéndose tanto de la red portadora como de la red final de telefonía fija brindados por TELEFÓNICA, por lo que la comercialización conjunta de los servicios está justificada.
  - El Informe de Investigación Preliminar vulnera el derecho de defensa de TELEFÓNICA al no haber investigado sobre las razones técnicas o económicas que justifican el uso de sus contratos subordinados por más de diez años en el mercado.
  - Las imputaciones realizadas a TELEFÓNICA son ambiguas, puesto que: se ha omitido mencionar que la tecnología ADSL se soporta en la infraestructura de la telefonía fija; no se ha explicado por qué motivo no se consideran dentro del mercado relevante a la banda ancha móvil, ni tampoco la banda ancha inalámbrica; no se está de acuerdo con la participación de las cuotas de mercado que ostentaría TELEFÓNICA; no hay evidencia de afectación al mercado de telefonía fija; no se han analizados los requisitos establecidos en los lineamientos de libre competencia para la detección de una conducta anticompetitiva; y, finalmente, se ha obviado realizar cualquier ejercicio respecto de las posibles explicaciones que justificarían la validez de la práctica investigada.
  - En relación con el análisis de mercado relevante, agrega que la delimitación del mercado geográfico debe incluir las zonas donde las condiciones de competencia sean similares o suficientemente homogéneas.
  - Respecto del presunto empaquetamiento ilícito, indica además que se debe evaluar la demanda de los servicios por separado; la justificación del empaquetamiento en términos de ahorro de costos y economías de ámbito; los efectos de la práctica en el mercado de telefonía fija; así como la experiencia internacional de naked ADSL.
8. Finalmente, mediante Resolución N° 002-2011-CCO/OSIPTEL, de 05 de octubre de 2011, el Cuerpo Colegiado resolvió tener presente y agregar al expediente el escrito presentado por TELEFÓNICA el 30 de septiembre de 2011 y dar inicio a la etapa de investigación a cargo de la Secretaría Técnica.

	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 7 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

## **V. DILIGENCIAS A CARGO DE LA SECRETARÍA TÉCNICA DE LOS ÓRGANOS COLEGIADOS<sup>2</sup>**

### **5.1. Acciones de supervisión realizadas por el OSIPTEL**

Mediante Memorándum N° 140-GRE-2010, de fecha 27 de octubre de 2010, la Secretaría Técnica solicitó a la Gerencia de Fiscalización y Supervisión llevar a cabo acciones de inspección y determinar si los clientes interesados en adquirir el servicio de Internet de TELEFÓNICA (Speedy, en la modalidad residencial y corporativo, a través de promociones y tarifas establecidas) solo puedan acceder a éste, sí y solo si contratan -a su vez- el servicio de telefonía fija.

Con fecha 31 de diciembre de 2010, mediante Memorándum N° 751-GFS-2010, la Gerencia de Fiscalización remitió a esta Secretaría los audios de las llamadas, así como las transcripciones de tales llamadas realizadas desde las oficinas del OSIPTEL en diversas localidades del Perú hacia el Servicio de Telegestión Comercial de TELEFÓNICA (104).

### **5.2. Información solicitada a TELEFÓNICA**

Durante la etapa de investigación del presente procedimiento, se remitió a TELEFÓNICA la carta N° 047-ST/2011 de 17 de noviembre de 2011, mediante la cual esta Secretaría Técnica solicitó la siguiente información por el periodo de agosto de 2001 a setiembre de 2011: i) Formatos 1 y 2: altas y bajas del servicio de telefonía fija (alámbrica), con periodicidad mensual, desagregada por paquetes y por segmento comercial; ii) Formatos 3 y 4: altas y bajas del servicio de Internet ADSL, con periodicidad mensual, desagregada por paquetes y por segmento comercial; iii) Formato 5: stock del servicio de telefonía fija (alámbrica), con periodicidad mensual, desagregada por paquetes y por segmento comercial; y, iv) Formato 5: stock del servicio de Internet ADSL, con periodicidad mensual, desagregada por paquetes y por segmento comercial. El plazo otorgado fue de hasta el 02 de diciembre de 2011.


Cabe indicar que toda la información solicitada a TELEFÓNICA se requirió con el fin de determinar si las ofertas promocionales o empaquetamiento de los servicios (dúos) generó incentivos para la contratación del servicio de telefonía fija de TELEFÓNICA y, en general, con el objetivo de evaluar los efectos de la presunta práctica de atadura.

En respuesta a lo solicitado, mediante escrito N° 2 de 1° de diciembre de 2011, TELEFÓNICA indicó que su representada estaba en capacidad de entregar la información solicitada únicamente para los años 2009, 2010 y 2011. Por lo que entregó únicamente información impresa de los Formatos 1, 2, 3, y 4 para el año 2011 (hasta octubre) e información impresa correspondiente al Formato 5 para los años 2010 y 2011 (hasta octubre). Además, solicitó prórroga de plazo para la entrega de la información restante hasta el 16 de diciembre de 2011.

Con carta N° 050-ST/2011 de 9 de diciembre de 2011, y luego de haber revisado la información presentada por la empresa, esta Secretaría Técnica otorgó la prórroga solicitada e insistió en que la información debía entregarse desagregada por segmento

<sup>2</sup> Al respecto, se debe tener en cuenta que, conforme a lo dispuesto por el artículo 160° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, los administrados, sus representantes o su abogado, tienen derecho de acceso al expediente en cualquier momento de su trámite, así como a sus documentos, antecedentes, estudios, informes y dictámenes.



	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 8 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

comercial y residencial, en medio magnético. Asimismo, volvió a comunicar el requerimiento de información para los años anteriores al 2009.

Mediante escritos N° 3, 4 y 5 de fechas 12 de diciembre de 2011, 5 y 16 de enero de 2012, respectivamente, TELEFÓNICA remitió toda la información correspondiente a los años 2009, 2010 y 2011 sobre los Formatos 1, 2, 3, 4 y 5. Señaló también que no contaba con la información con el nivel de detalle exigido desde el año 2001 y que no contaba con los documentos que permitan reconstruirla.

Por carta N° 017-STCCO/2012 de 11 de enero de 2012, esta Secretaría Técnica solicitó a TELEFÓNICA explique claramente y por escrito las razones por las que aducía imposibilidad para cumplir con la entrega de información faltante.

Mediante escrito N° 6 del 16 de enero de 2012, TELEFÓNICA sostuvo que: i) los dúos y tríos fueron lanzados en agosto de 2007, por lo que no existe información relativa a sus multiproductos con anterioridad a dicha fecha; ii) el registro de la información por el periodo de agosto de 2007 a diciembre de 2008 se realizó de forma manual, lo que habría ocasionado un problema de desfase y pérdida de información; iii) propuso replicar la información sobre la planta de líneas fijas y servicio de internet desde el año 2001, información que habría presentado a OSIPTTEL con anterioridad; y, iv) en base a su registro manual, propuso recrear la información solicitada por el periodo de agosto de 2007 a diciembre de 2008; sin embargo, precisó que ésta no sería confiable. Solicitó una nueva prórroga de plazo para la segunda semana de febrero de 2012.


Por carta N° 020-STCCO/2012 de 20 de enero de 2012, esta Secretaría Técnica señaló que con relación a su propuesta de replicar la información desde el 2001, indique los números de las comunicaciones y las fechas en las cuales éstas se remitieron al OSIPTTEL; respecto de la información por el periodo de agosto de 2007 a diciembre de 2008 que registró de forma manual, explique la fuente originaria de información, la metodología de procesamiento así como el margen de error con el que contaría la información entregada, entre otras. Se otorgó asimismo el plazo solicitado, precisando que la entrega debería realizarse el 7 de febrero de 2012, fecha de culminación de la etapa de investigación de la controversia.

Además, mediante carta N° 021-STCCO/2012 de 24 de enero de 2012, se le indicó a TELEFÓNICA que había presentado información que no coincidía con información relacionada, remitida al OSIPTTEL en cumplimiento de la Resolución N° 121-2003-CD/OSIPTTEL. Por lo que se solicitó a esta empresa, explicar la causa de la discordancia en la información entregada.

En su escrito N° 7, de 25 de enero de 2012, la empresa investigada indicó que i) la información sobre la planta de líneas fijas y servicio de internet desde el año 2001, se encuentra en poder de la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia del OSIPTTEL, por lo que en virtud del artículo 40° de la Ley del Procedimiento Administrativo General corresponde solicitarla a dicha gerencia; ii) el requerimiento referido a la información por el periodo de agosto de 2007 a diciembre de 2008 resulta confuso; y, iii) sobre la entrega de esta última información solicita una nueva prórroga del plazo de entrega hasta el 15 de febrero de 2012.

En respuesta a la carta N° 021-STCCO/2012, por escrito N° 8 de fecha 27 de enero de 2012, TELEFÓNICA señaló que la duplicidad de información en la que incurrió se debió a un error y que la variación de la información presentada en el “Stock de Líneas de Telefonía Fija en Servicio”, con relación a la información antes enviada al OSIPTTEL, se debió a que la información que se reportó al OSIPTTEL con anterioridad tenía como



	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 9 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

fuelle la información del área de red, y la información que se presentó en el procedimiento tenía como fuente los sistemas de gestión comercial.

Teniendo en cuenta lo dicho por TELEFÓNICA, la Secretaría Técnica le remitió el Oficio N° 032-STCCO/2012 de 8 de febrero de 2012, mediante el cual señaló que (i) OSIPTTEL no contaba con la información del periodo de agosto de 2001 a julio de 2007 referida a los formatos con el nivel de desagregación y/o periodicidad requerido; (ii) respecto de la solicitud de explicar las características de la información entregada se le reiteró que dicha solicitud tiene su fundamento en el artículo 29° del Reglamento de Controversias; (iii) se le reiteró además, que el grado de detalle de la descripción solicitada debía explicar por sí misma por qué TELEFÓNICA ha podido cumplir con otros requerimientos de información similares; y, (iv) finalmente, con relación a su solicitud de prórroga, se señaló que aún cuando se le informó, en su última solicitud de prórroga, que la etapa de investigación culminaba el 7 de febrero de 2012, se le concedía un plazo perentorio para entrega de la información de hasta el 15 de febrero.

Mediante escrito N° 9 de fecha 15 de febrero de 2012, TELEFÓNICA indicó a la Secretaría Técnica que la información correspondiente al periodo de marzo 2008 a junio 2008 no se encontraba en sus archivos por lo cual era imposible remitirla. Asimismo, señaló que en el 2007 TELEFÓNICA no contaba con soportes de gestión de cuantiosa información por lo que se hacía de manera manual. La información que se remitió en dicha comunicación fue la correspondiente a los años 2009, 2010, 2011 y el formato 5 del 2008 al 2011. Esta información fue entregada en físico y su copia en digital no fue entregada a la Secretaría Técnica sino hasta el 17 de febrero de 2012.

El 24 de febrero se dirigió a TELEFÓNICA, el Oficio N° 057-STCCO/2012 mediante el cual se le indicó que la información entregada en su escrito N° 8 no coincidía con los datos reportados en los escritos de fecha 15 y 17 de enero de 2012, solicitándole explicación acerca del motivo de las discrepancias.

Con escrito N° 11 de 1° de marzo de 2012, TELEFÓNICA manifestó que la causa que originara las variaciones en las entregas de información fueron los distintos procesos utilizados para su obtención y que, en razón de que la información de los escritos N° 9 y 10 contaba con mayor claridad y certeza debía utilizarse esta última información.

Tomando en cuenta la importancia del cumplimiento del requerimiento de información formulado por esta Secretaría Técnica, ésta es de la opinión que atendiendo al contenido de las comunicaciones antes referidas, la empresa investigada no tuvo una correcta disposición a colaborar con la investigación de la conducta bajo análisis, básicamente por haber entregado información discordante con otra información relacionada, que se encontraba en poder del OSIPTTEL.

Al respecto, esta Secretaría considera que este aspecto en concreto, puede ser evaluado con posterioridad, en caso producto del presente análisis se llegara a determinar la necesidad de imponer una sanción a TELEFÓNICA, toda vez que de acuerdo con lo expresado por el literal (i) del artículo 44° del Decreto Legislativo N° 1034<sup>3</sup>, corresponde tener en cuenta la actuación procesal de la empresa


<sup>3</sup> Decreto Legislativo N° 1034

Ley de Represión de las Conductas Anticompetitivas

Artículo 44.- Criterios para determinar la gravedad de la infracción y graduar la multa

(...)

(i) La actuación procesal de la parte.

	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 10 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

TELEFÓNICA al momento de la determinar la gravedad de la infracción y su gradación.

### **5.3. Información solicitada a otras empresas**

De otro lado, el 16 de noviembre de 2011, se remitieron cartas N° 046-ST/2011, a algunas empresas de voz por IP solicitándoles nos informen acerca de los problemas más relevantes a los que se habrían tenido que enfrentar para acceder al mercado de voz por IP y una vez que lograron ingresar al mercado, detalle los problemas más importantes que ha tenido que afrontar para mantenerse en el mercado y si considera que existen obstáculos a la expansión del servicio de voz por IP, entre otros.

Dieron respuesta a dicho requerimiento de información: Convergía Perú S.A., mediante Carta N° GER-113-2011 del 05 de diciembre de 2011, Infoductos y Telecomunicaciones del Perú S.A., con carta N° INTEP/S-002-2012/PRE del 16 de enero de 2012, y Perusat S.A., mediante carta N° GG 024-2012 del 23 de enero de 2012.

Respecto a la problemática enfrentada para la expansión de sus servicios de telefonía IP, estas empresas mencionaron algunas dificultades derivadas de las estrategias de la venta atada y empaquetamientos realizados por TELEFÓNICA.

### **5.4. Información solicitada a INDECOPI**

Mediante Oficio N° 209-ST/2011, de fecha 16 de noviembre de 2011, esta Secretaría solicitó al INDECOPI un Informe Técnico no vinculante sobre los lineamientos, precedentes y criterios interpretativos que se vienen aplicando para la generalidad de los mercados y agentes económicos, en materia de posición de dominio, en la modalidad de ventas atadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 78° del Reglamento de Solución de Controversias entre Empresas del OSIPTTEL.


Absolviendo lo solicitado por esta Secretaría Técnica, mediante Oficio N° 064-2011/ST-CLC-INDECOPI, de 26 de diciembre de 2011, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia remitió el Informe N° 048-2011/ST-CLC-INDECOPI.

### **5.5. Información solicitada al MTC**

Mediante Oficio N° 005-2011-ST/LC, de fecha 28 de diciembre de 2011, esta Secretaría Técnica solicitó al MTC el número de conexiones de banda ancha a nivel nacional, desagregado por tecnología, empresa operadora y distrito, con frecuencia trimestral desde el primer trimestre del año 2010 hasta el segundo trimestre de 2011.

El MTC absolvió la solicitud realizada por la Secretaría Técnica mediante Oficio N° 010-2012-MTC/26, de 5 de enero de 2012<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> Es preciso indicar que la información remitida por el MTC no incluye los accesos a Internet por dial-up.

	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 11 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

## VI. CUESTIONES PROCESALES PREVIAS

### **6.1. Supuesta vulneración al derecho de defensa: la insuficiencia del Informe de Investigación Preliminar**

TELEFÓNICA ha señalado que el Informe Preliminar N° 004-CCO/2011 emitido por la Secretaría Técnica vulneraría su derecho de defensa por considerarlo falto de motivación.

En efecto, el artículo 84° del Reglamento del OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas (en adelante, Reglamento de Solución de Controversias) ha establecido que para la solicitud de inicio de un procedimiento de oficio, la Secretaría Técnica emitirá un informe debidamente fundamentando el cual será presentado ante el Cuerpo Colegiado a efectos de que tome una decisión sobre la mencionada solicitud.

Cabe señalar que el informe de la Secretaría Técnica únicamente permite solicitar el inicio del procedimiento formal que cuente con la participación de la empresa investigada. Al respecto, el Informe Preliminar debe contar fundamentalmente con pruebas indiciarias sobre la existencia de prácticas que puedan estar atentando contra la libre y leal competencia, dado que la posibilidad de obtener prueba plena antes de iniciada una controversia, no resultaría exigible.


A este respecto, se debe tener en cuenta que el razonamiento que emplea la prueba indiciaria es siempre persuasivo, nunca demostrativo: pretende convencer, no explicar. Una mera explicación de la situación tendría que basarse sobre hechos evidentes, libres de toda ambigüedad o duda. En cambio, en los indicios no hay nada seguro salvo el hecho bruto inicial que es interpretado como indicio; porque todo lo demás (incluyendo su carácter de indicio) lo alega quien pretende convencer de lo sucedido<sup>5</sup>.

Se debe tener en cuenta, además, que los indicios plasmados en el Informe Preliminar de la Secretaría Técnica, así como los tomados en cuenta por el Cuerpo Colegiado en la Resolución N° 001-2011-CCO/OSIPTEL, no estuvieron dirigidos ni desembocaron en una resolución sancionatoria o condenatoria, sino que buscaron constatar la apariencia de la realización de una práctica anticompetitiva, cuya investigación continúa durante la tramitación del procedimiento de oficio.

En efecto, dentro del presente procedimiento, Telefónica ha contado con todas las garantías inherentes al debido procedimiento. La empresa investigada ha sido informada oportunamente sobre las imputaciones formuladas en su contra y ha tenido expedito su derecho a acceder al expediente en todo momento. Asimismo, la empresa ha tenido la oportunidad de presentar sus descargos y realizar toda la actividad probatoria que ha considerado conveniente. De igual manera, en la etapa pertinente tendrá la posibilidad de presentar su posición respecto de la investigación desarrollada por la Secretaría Técnica en su informe instructivo, así como de impugnar la resolución final que emita el Cuerpo Colegiado si no la considera acorde con sus intereses.

Considerando lo anterior, no son atendibles las alegaciones planteadas por TELEFÓNICA sobre la supuesta vulneración del debido procedimiento derivada de la supuesta vulneración a su derecho de defensa.

<sup>5</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La teoría de la prueba indiciaria*. En: Doxa: Tendencias Modernas del Derecho. Trujillo: Normas Legales. 2004. págs. 12.

	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 12 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

## **6.2. Supuesta falta de competencia de las instancias de solución de controversias por aplicación del principio de supletoriedad**

En su escrito de descargos, TELEFÓNICA señaló que la práctica materia de investigación, consistente en la venta conjunta del servicio de acceso a internet mediante la tecnología ADSL y del servicio de telefonía fija, ha sido implementada como una práctica comercial autorizada por el OSIPTEL. En tal sentido, TELEFÓNICA consideró que tanto la Resolución 036-2000-CD/OSIPTEL, mediante la que se reguló por primera vez la tecnología ADSL, así como sus posteriores modificaciones contenidas en las Resoluciones 010-2007-CD/OSIPTEL y 039-2008-PD/OSIPTEL, han reconocido la necesidad de la titularidad de una línea telefónica por parte del abonado a fin de acceder al servicio de internet vía ADSL.

En tal sentido, TELEFÓNICA señaló que en el presente caso se ha limitado a cumplir estrictamente con el modelo de provisión de acceso a Internet autorizado por el OSIPTEL, por lo que en aplicación del principio de supletoriedad, el Cuerpo Colegiado debe limitar su accionar a la aplicación de la normativa aprobada por el mismo regulador o, de ser el caso, inhibirse de emitir un pronunciamiento al respecto.

Es de entender que, la argumentación planteada por TELEFÓNICA cuestiona la competencia de las instancias de solución de controversias del OSIPTEL para conocer la materia de fondo del presente caso. En tal sentido, esta Secretaría Técnica considera importante desarrollar como cuestión previa los alcances del principio de supletoriedad y determinar si corresponde o no su aplicación al presente caso.

### **6.2.1. Definición del principio de supletoriedad**

El Decreto Supremo 020-2007-MTC, Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones<sup>6</sup> señala que la normativa de libre competencia se aplica para todo lo no previsto sobre prácticas restrictivas de la competencia en la Ley de Telecomunicaciones y su Reglamento.


En atención a ello, el Reglamento General del OSIPTEL ha recogido el principio de supletoriedad, indicando lo siguiente:

***“Artículo 12.- Principio de Supletoriedad***

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

Asimismo, los Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones establecieron el principio de supletoriedad en términos más amplios, indicando que para proteger el proceso competitivo en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones se aplica la normativa sectorial específica y,

<sup>6</sup> Artículo 250° del Decreto Supremo 020-2007-MTC, Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones: “En lo que no esté previsto en la Ley y el Reglamento, en lo referido a la prohibición de las prácticas empresariales restrictivas de la libre competencia, se aplicarán las disposiciones legales vigentes sobre prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia”.

	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 13 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

supletoriamente, las normas de libre y leal competencia, así como sus disposiciones modificatorias, complementarias, ampliatorias y conexas, en cuanto sea pertinente<sup>7</sup>.

Establecido lo anterior, corresponde determinar el servicio materia de investigación y evaluar si en el presente caso existe alguna norma emitida por el OSIPTEL que disponga o justifique la provisión conjunta de los servicios de acceso a internet vía ADSL y de línea telefónica.

### 6.2.2. Alcances del marco regulatorio del ADSL

La Resolución 036-2000-CD-OSIPTEL, así como sus posteriores modificaciones contenidas en las Resoluciones 010-2007-CD/OSIPTEL y 039-2008-PD/OSIPTEL, buscaron regular las tarifas que cobraría TELEFÓNICA a otras empresas operadoras que deseen prestar el servicio de acceso a internet a sus abonados de telefonía fija. En atención a ello, en las mencionadas normas se regularon dos servicios: el acceso ADSL y el uso del circuito virtual ATM, observándose en las referidas resoluciones lo siguiente:

*“Las tarifas correspondientes por el acceso digital asimétrico (ADSL) que se establecen en el presente artículo, son aplicables a los abonados que cuenten con una línea telefónica fija contratada con la empresa Telefónica del Perú S.A.A., y se aplican de manera adicional e independiente a las tarifas por instalación y renta mensual correspondientes al respectivo servicio telefónico fijo”<sup>8</sup>.*

*(...)*

*“Las tarifas correspondientes por la red ATM que se establecen en el presente artículo, son aplicables a toda empresa prestadora de servicios públicos o privados de telecomunicaciones que desee contratarlas para conectarse con sus respectivos usuarios a través del acceso digital asimétrico”<sup>9</sup>.*

De la lectura de la exposición de motivos de la Resolución 036-2000-CD-OSIPTEL se observa que esta norma buscó fomentar el proceso competitivo, mediante la regulación de tarifas tope a cobrar por el acceso ADSL de los abonados de telefonía fija de TELEFÓNICA y por el uso de la red ATM a través del cual pueden entrar nuevas empresas operadoras<sup>10</sup> al mercado de provisión de acceso a Internet, quienes tendrán acceso indirecto a los abonados que cuenten con el ADSL.


De la revisión de la Resolución 039-2008-PD/OSIPTEL así como de su exposición de motivos, se observa que el marco regulatorio del ADSL no se encontraba orientado a los usuarios finales del servicio de acceso a internet, sino que buscaban regular las tarifas que TELEFÓNICA aplicaría a otras empresas operadoras, cuando éstas deseen proveer el servicio de acceso a Internet mediante la tecnología ADSL a los

<sup>7</sup> 111. “Para la promoción y preservación de la libre y leal competencia en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, los órganos competentes del Sector aplicarán la normativa sectorial específica y, supletoriamente, en cuanto sean pertinentes, las disposiciones de los Decretos Legislativos Nos. 701 y 807, las del Decreto Ley 26122 y disposiciones modificatorias, complementarias, ampliatorias y conexas”.

<sup>8</sup> Conforme se observa de la Resolución 039-2008-PD/OSIPTEL. Artículo 1°.

<sup>9</sup> Ibid.

<sup>10</sup> Algunas de las prestaciones que pueden brindarse en el esquema de provisión ADSL – ATM son las de: acceso a internet, video bajo demanda, conexión a bases de datos, teletrabajo, entre otras.

	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 14 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

abonados de telefonía fija de TELEFÓNICA<sup>11</sup>. Adicionalmente, también se reguló la tarifa que TELEFÓNICA cobraría a otras empresas operadoras por el uso de los circuitos virtuales ATM.

En tal sentido, de la revisión de las normas invocadas por TELEFÓNICA, así como de sus exposiciones de motivos e informes sustentatorios, se desprende que éstas no se encontraban destinadas primordialmente a los usuarios finales, sino que por el contrario buscaban establecer tarifas tope que eviten que TELEFÓNICA obtenga beneficios indebidos de su condición de prestadora del servicio de telefonía fija (en tanto insumo sobre el cual de manera independiente se presta el acceso ADSL)<sup>12</sup>.

En ese orden de ideas, de la regulación de ADSL vigente, no se desprende que se habilite a TELEFÓNICA a proveer el servicio de acceso ADSL condicionándolo a la contratación de una línea telefónica fija. A mayor abundamiento debe resaltarse que las normas invocadas por TELEFÓNICA regulan dos servicios portadores, no obstante en el presente caso se investiga a TELEFÓNICA por la venta atada de un servicio de valor añadido como lo es el acceso a internet. Así, se evidencia que las normas invocadas no imponen determinado mecanismo de comercialización respecto de un servicio de valor añadido, sino que fijan tarifas tope por un servicio portador.

En tal sentido, la revisión de las normas invocadas así como de sus exposiciones de motivos, se puede concluir que regularon las tarifas tope que cobraría TELEFÓNICA por el servicio de acceso ADSL utilizado por sus usuarios de telefonía fija, cuando éstos deseen contar con el servicio de acceso a internet mediante la tecnología ADSL con un operador distinto a TELEFÓNICA.

### **6.2.3. La promoción de la competencia como finalidad de la regulación ADSL**

En la medida que las resoluciones invocadas por TELEFÓNICA regulan el acceso ADSL, insumo necesario para la prestación del servicio de acceso a internet en la modalidad en la que lo presta TELEFÓNICA, esta Secretaría Técnica considera necesario determinar si de las normas invocadas por la denunciada, se desprende alguna exigencia o justificación que brinde sustento normativo a la venta conjunta efectuada por TELEFÓNICA.


Conforme indicó TELEFÓNICA, en la medida que el servicio de ADSL representaba un servicio portador, solicitó al OSIPTTEL la regulación tarifaria del mismo<sup>13</sup>, a fin brindar posteriormente sobre la base de éste el acceso a Internet. En atención a ello, se emitió la Resolución 036-2000-CD-OSIPTTEL, la cual regula dos servicios portadores: el acceso ADSL y la utilización de la red ATM.

<sup>11</sup> En tal sentido, en la exposición de motivos de la Resolución 039-2008-PD/OSIPTTEL, resaltó que la regulación emitida tenía como finalidad que TELEFÓNICA no abuse de los beneficios obtenidos por la implementación de su red de telefonía fija. En tal sentido, se indicó lo siguiente: *“Cuando la empresa establecida administra un recurso esencial y compite al mismo tiempo en el servicio final, existen fuertes incentivos para que dicha empresa adopte comportamientos estratégicos que podrían ser considerados como no competitivos, como por ejemplo, estrategias que se centran en el manejo publicitario, así como en el control de los precios y márgenes de mercado (precios predatorios o esquemas de Price squeeze)”*.

<sup>12</sup> A fin de sustentar la Resolución 039-2008-PD/OSIPTTEL se emitió el Informe 110-GPR/2008, el cual en su Anexo 1, analiza la problemática del proceso competitivo del ADSL, señalando las posibles prácticas anticompetitivas que podrían ser llevadas a cabo por TELEFÓNICA en su condición de administradora del ADSL.

<sup>13</sup> Conforme se observa de las Cartas GGR.651.A-142-00 del 2 de junio del 2000, GGR.651.A-143-00 del 5 de junio del 2000, GGR.651.A-238-00 del 24 de julio del 2000, GGR.651.A-265-00 del 18 de agosto del 2000.



	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 15 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

Asimismo, mediante la emisión de las Resoluciones 010-2007-CD/OSIPTEL y 039-2008-PD/OSIPTEL se mantuvo el esquema promotor de la competencia destinado a favorecer la entrada de la mayor cantidad de empresas operadoras a nivel mayorista mediante el uso de la red ATM. Este acceso indirecto, también denominado *bitstream*, representa una forma de acceso intermedia entre la reventa del servicio y la desagregación del bucle, permitiendo a las operadoras entrantes el tener control sobre ciertas características del servicio que ofrecerán a los usuarios finales, sin requerir niveles de inversión mayores como los necesarios para la desagregación del bucle de abonado o el despliegue de su propia infraestructura<sup>14</sup>.

En tal sentido, puede observarse que para la emisión de la Resolución 039-2008-PD/OSIPTEL, se enfatizó en la necesidad de promover el proceso competitivo buscando que TELEFÓNICA, quien administra el ADSL, no utilice su posición preferente en el insumo esencial a fin de distorsionar el mercado y evite la entrada de nuevas operadoras. En tal sentido, la regulación tarifaria del ADSL y del acceso a la red ATM, podría llevar a los siguientes escenarios:


- a) *Cuando la empresa proveedora del acceso a Internet es TELEFÓNICA:* En este caso la empresa establecida suele ofertar el servicio a un precio que cubre todas las etapas identificadas (como sucede en el producto Speedy).
- b) *Cuando la empresa proveedora del acceso a Internet es una empresa que no pertenece al grupo de TELEFÓNICA:* En este caso es posible que el usuario final contrate con su proveedor de internet un producto global, incluyendo dentro de la facturación el costo del ADSL cobrado por TELEFÓNICA<sup>15</sup>.

De lo anterior se desprende que, al buscarse la promoción de la competencia en el servicio de acceso a internet mediante la tecnología ADSL, la regulación tarifaria emitida por el OSIPTEL estaba orientada a establecer tarifas aplicables a otras empresas proveedoras del servicio de acceso a Internet, a fin de garantizar que TELEFÓNICA no obtenga beneficios indebidos de su condición de operadora de telefonía fija.

En ese orden de ideas, se puede concluir que la Resolución 036-2000-CD-OSIPTEL y sus posteriores modificaciones, no son normas orientadas al usuario final, sino que establecieron las tarifas que aplicará TELEFÓNICA a otras empresas operadoras que deseen proveer el acceso ADSL a los usuarios de TELEFÓNICA, a fin de promover la competencia en el mercado de acceso a internet mediante la tecnología ADSL. Finalmente, debe enfatizarse que de la revisión de las resoluciones invocadas por TELEFÓNICA, no se desprende que éstas la hayan habilitado para condicionar la provisión del acceso ADSL a la contratación de una línea telefónica fija con ellos. Por lo que, al no constituir la práctica bajo análisis un supuesto de aplicación del principio de supletoriedad, las instancias de controversias son competentes para la evaluación de la presunta práctica de venta atada por parte de TELEFÓNICA.

<sup>14</sup> Informe N° 008-GPR/2007. págs. 26.

<sup>15</sup> Este es el supuesto verificado en el producto "Speedy Provider" en virtud al cual los competidores de TELEFÓNICA se encontrarían limitados a ofrecer sólo los servicios de valor agregado (almacenamiento de información o de cuentas de correo), actuando de esta manera únicamente como revendedores del servicio que provee TELEFÓNICA,

	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 16 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

## VII. ANÁLISIS

### **7.1. Marco General: las ventas atadas como supuesto abuso de posición de dominio**

La venta atada implica la venta de un servicio (atado) condicionada a la compra de otro servicio (atante). De esta forma existe efectivamente una “atadura” pues se exige al cliente la compra del paquete sin darse la opción de adquirir el servicio atante por separado.

Esta conducta está tipificada expresamente en el artículo 10° de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, como un supuesto abuso de posición de dominio, en la modalidad de subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos<sup>16</sup>.

Por su parte, el numeral 4.3.3 de la Resolución N° 003-2000-CD-OSIPTEL, Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Libre Competencia en el Ámbito de las Telecomunicaciones (en adelante, los Lineamientos de Libre Competencia en Telecomunicaciones) señalan que para que una práctica de venta atada tenga efectos anticompetitivos es necesario que la realice una empresa con posición de dominio, que sea una práctica injustificada y muestre el intento de restringir la competencia.

Estando a lo señalado y de acuerdo con la metodología de análisis de competencia, en primer lugar se debe identificar el servicio relevante o servicio materia de la conducta investigada y el mercado relevante. El mercado relevante está integrado por el mercado producto (el servicio relevante y sus sustitutos) y el mercado geográfico (zonas con fuentes alternativas de aprovisionamiento).

Posteriormente, se debe analizar la posición del presunto infractor dentro del mercado relevante. Un agente económico goza de posición de dominio en un mercado relevante cuando tiene la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que sus competidores, proveedores o clientes puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad<sup>17</sup>.

El abuso de la posición de dominio implica que un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición<sup>18</sup>.

En la determinación de la conducta restrictiva o práctica injustificada en la modalidad de venta atada se deben considerar los elementos específicos contenidos en el referido artículo 10° de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, a saber:


<sup>16</sup> Decreto Legislativo N° 1034, artículo 10.2, inciso c).

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

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

<sup>17</sup> Decreto Legislativo N° 1034, artículo 7.1. En este artículo se precisan los factores que determinan la posición de dominio, como se verá en detalle en el punto 7.2.2 del presente informe.

<sup>18</sup> Decreto Legislativo N° 1034, artículo 10.1.

	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 17 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

debe tratarse de servicios diferenciados, debe existir coerción, el proveedor debe tener suficiente poder de mercado en el mercado del producto principal y debe existir una afectación en el mercado del producto atado.

Finalmente, es importante precisar que la referida Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas ha calificado esta conducta como una prohibición relativa<sup>19</sup>. En ese sentido, para que se pruebe la existencia de una infracción administrativa, primero debe probarse la existencia de la venta atada y posteriormente, debe probarse que la misma tenga efectos negativos para la competencia y el bienestar del consumidor<sup>20</sup>; es decir la venta atada se debe analizar conforme a la regla de la razón.

## 7.2 La práctica materia de investigación

La presunta infracción imputada a TELEFÓNICA, por la supuesta comisión de abuso de posición de dominio en la modalidad de ventas atadas, con posibles efectos de exclusión en el mercado de telefonía fija, conducta tipificada en el literal c) del artículo 10.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, está constituida por el condicionamiento de la venta del servicio Speedy (acceso a Internet a través de la tecnología ADSL) a la compra de su servicio de telefonía fija.

A continuación, se analizará si la conducta de la empresa investigada constituye infracción a las normas de libre competencia.

### 7.2.1. Mercado Relevante

De acuerdo con el artículo 6.1. de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, el mercado relevante está integrado por el mercado de producto y el mercado geográfico.

Además de lo mencionado, el numeral 3.2 de los Lineamientos de Libre Competencia en Telecomunicaciones dispone que se debe incluir en el análisis del mercado relevante a la delimitación del nivel comercial.

#### 7.2.1.1. Servicio relevante

El servicio principal o servicio atante es el servicio de acceso a Internet a través de la tecnología ADSL.

La tecnología DSL (*Digital Subscriber Line*) permite transmitir voz y datos mediante líneas telefónicas alámbricas, utilizando para ello el par de cobre pero a través de diferentes frecuencias. Existen varios tipos de tecnologías DSL, siendo la más conocida la tecnología ADSL (*Asymmetric Digital Subscriber Line*), la cual permite asignar al usuario un mayor ancho de banda para transmitir información desde la red hacia el computador (*downstream*) que desde el computador hacia la red (*upstream*)<sup>21</sup>.

Esta tecnología tiene características que la distinguen de otras tecnologías: la conexión a Internet se presenta de forma permanente sin necesidad de una marcación

<sup>19</sup> Decreto Legislativo N° 1034, artículo 10.4.


*“10.4. Las conductas de abuso de posición de dominio constituyen prohibiciones relativas”.*

<sup>20</sup> Decreto Legislativo N° 1034,

*“Artículo 9. Prohibición relativa.*

*En los casos de prohibición relativa, para verificar la existencia de la infracción administrativa, la autoridad de competencia deberá probar la existencia de la conducta y que ésta tiene o podrá tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar del consumidores”.*

<sup>21</sup> Para mayores detalles sobre la tecnología DSL ver: [http://www.cisco.com/univercd/cc/td/doc/cisintwk/ito\\_doc/adsl.htm](http://www.cisco.com/univercd/cc/td/doc/cisintwk/ito_doc/adsl.htm) (01 de marzo de 2012).

	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 18 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

previa, por lo que el servicio está siempre disponible; posibilita el uso simultáneo de los servicios de voz y data; y permite transmitir información con gran anchura de banda<sup>22</sup>.

Otro aspecto importante a considerar en la definición del servicio relevante es su nivel comercial en la cadena de producción en la que se adquiere el servicio, que puede ser mayorista (de acceso a redes o facilidades de red) o minorista (destinado a consumidores finales). Al respecto, se tiene que el servicio bajo análisis es el servicio de ADSL a nivel minorista, es decir, aquél que se provee al usuario final.

En nuestro país, el acceso a Internet a través de la tecnología ADSL es ofrecido principalmente por TELEFÓNICA, no obstante existen otras empresas como Americatel Perú S.A. (en lo sucesivo, AMERICATEL) y Global Crossing Perú S.A (en adelante, GLOBAL CROSSING) que también ofrecen dicho servicio, aunque estas se orientan primordialmente al segmento corporativo.

En el Cuadro N° 1 se muestra la oferta comercial de los dos proveedores más importantes del acceso a Internet por ADSL. Aquí se observa que, las velocidades de bajada<sup>23</sup> ofrecidas por ADSL oscilan mayormente entre 600 Kbps y 5120 Kbps y que la capacidad de descarga es ilimitada.

Asimismo, en dicho cuadro se muestran tanto los precios del servicio para el segmento residencial como para el segmento corporativo. En este último segmento se observa que los precios son más elevados a mayor velocidad garantizada.

**Cuadro N° 1: Muestra de Planes tarifarios de acceso a Internet por ADSL**

Empresa	Plan	Capacidad de descarga (Gb)	Cobertura	Velocidad de bajada máxima (Kbps)	Velocidad garantizada	Precio (S/.)
TELEFÓNICA	Movistar Speedy	Ilimitada	Distritos a nivel nacional	600	10%	147.75
				1024*		137.84
				2048*		227.08
				3072*		236.99
				4096*		415.48
	Movistar Speedy Negocios Avanzado al 25%			2048*	25%	307.39
				3072*		436.29
				5120*		991.59
AMERICATEL	Promoción Internet ADSL	Ilimitada	Lima	250	25%	98.17
				500		118
				750		147.75
				1000		227.08
				1300		346.07

Nota: La capacidad de descarga es medida en Gigabytes (GB). Debe recordarse que 1GB = 1024 Megabytes (MB)


\* Estas velocidades se encuentran originalmente establecidas en Mbps, por lo cual ha sido convertidas a Kbps utilizando la equivalencia de 1024 Kbps = 1 Mbps.

Fuente: SIRT y páginas de web de las empresas operadoras, tarifas vigentes al mes de diciembre de 2011.

Elaboración: Secretaría Técnica - OSIPTel

<sup>22</sup> Al respecto, puede consultarse: Unión Internacional de Telecomunicaciones - UIT. Definiciones de los indicadores mundiales de las telecomunicaciones / TIC, marzo de 2010, pág. 7. Decisión de la Comisión en el caso COMP/38.784 entre Wanadoo España versus Telefónica España, de fecha 04 de setiembre de 2007, pág. 8.

<sup>23</sup> Es preciso señalar que para el acceso a Internet, se necesita una comunicación bidireccional entre los equipos terminales y los servidores de Internet. Es decir, existe transmisión de datos de subida (la velocidad a la que los datos pueden viajar del equipo terminal hacia Internet) y de bajada (la velocidad a la que los datos pueden viajar desde Internet hacia los equipos terminales).

	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 19 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

Por lo señalado, el servicio relevante consiste en la provisión del servicio de Internet por ADSL a usuarios finales, tanto residenciales como comerciales.

#### **7.2.1.2. Mercado producto**

El artículo 6.2. de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas define al mercado de producto relevante como el servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución.


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

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

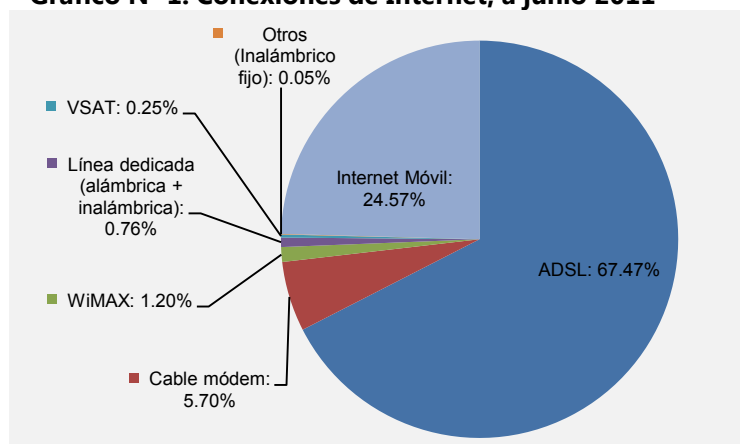
Por un lado, entre las tecnologías alámbricas, se encuentran aquéllas que utilizan un medio de acceso óptico como la fibra óptica, es el caso de la línea dedicada y aquéllas que usan un medio de acceso eléctrico como el par de cobre, el cable coaxial, entre otros, siendo éste el caso del ADSL, DOCSIS (cable módem) y líneas dedicadas. De otro lado, entre las tecnologías inalámbricas, tenemos tecnologías que emplean redes terrestres como las líneas dedicadas, WiMax, UMTS y HSPA y aquéllas que utilizan redes satelitales, es el caso de VSAT.

Para complementar el panorama de tecnologías descrito en el párrafo anterior, esta Secretaría Técnica considera necesario tomar en consideración además, el grado de desarrollo que han alcanzado las mencionadas tecnologías.

En el Gráfico N° 1 se muestra la participación por cada una de las tecnologías de acceso a Internet respecto al total de conexiones en el mercado nacional. Al respecto, se observa que el acceso mediante ADSL lidera el mercado con el 67% de conexiones, seguida por el acceso a Internet móvil con el 24.5% de conexiones, en tercer lugar, se encuentra el cable módem con 5.7% conexiones y, en cuarto lugar, se tienen las conexiones por WiMax con un 1.2% del total de conexiones. El resto de tecnologías no superan el 1% de conexiones en el mercado nacional.

	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 20 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

**Gráfico N° 1: Conexiones de Internet, a junio 2011**



Fuente: Ministerio de Transportes y Comunicaciones  
Elaboración: Secretaría Técnica - OSIPTTEL

Atendiendo a la situación del mercado de Internet en nuestro país, y dentro de los alcances de lo dispuesto en la norma y en los lineamientos antes citados, esta Secretaría procederá a realizar el análisis de sustitución con base en las características, usos y precios del servicio, así como el tiempo requerido para la sustitución del servicio.

#### **A. Internet por cable módem**

De acuerdo con lo anterior y, a efectos de valorar la sustitución del servicio de Internet por cable módem se requiere conocer las características de la tecnología de acceso a Internet por cable módem.

Al respecto, se tiene que el acceso al Internet se realiza a través de medios alámbricos, en específico por medio del cable coaxial, aprovechando el ancho de banda que no utiliza el servicio de distribución de radiodifusión por cable (en adelante, servicio de cable). Esta tecnología se caracteriza por permitir un acceso a Internet que está disponible permanentemente a altas velocidades. Es el caso que, la oferta comercial actual de Internet por cable módem presenta velocidades de bajada máxima que oscilan entre los 500 Kbps y los 20000 Kbps


Actualmente, el servicio de acceso a Internet por cable módem es un servicio comercializado principalmente por Telmex Perú S.A. (en adelante, TELMEX), Star Global Com S.AC. (en lo sucesivo, STAR GLOBAL COM) y Telefónica Multimedia S.A.C. (en adelante, MULTIMEDIA).

Respecto a TELMEX, podemos decir que esta empresa ha venido impulsando en los últimos años el acceso a Internet por cable módem, luego de que adquiriera Boga Comunicaciones S.A.C. (Cable Express) en el año 2008, ampliando su cobertura fuera de Lima y Chiclayo, y estableciendo tarifas competitivas además de descuentos por la compra del servicio empaquetado con otros servicios que esta misma empresa provee.

Con relación a MULTIMEDIA y STAR GLOBAL COM, ambas empresas pertenecientes al Grupo Telefónica<sup>24</sup>, se tiene que de un lado, si bien MULTIMEDIA fue una de las

<sup>24</sup> Este aspecto será visto con mayor detalle en el punto 7.2.2.1. del presente informe.



	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 21 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

primeras empresas en ofrecer el Internet por cable módem, no ha sido si no hasta el año 2011 que volvió a lanzar ofertas para este servicio.

Respecto al precio del Internet por cable módem, como factor importante para la sustitución del servicio desde el punto de vista del consumidor (demanda), esta Secretaría Técnica considera necesario destacar que tal como se observa en el Cuadro N° 2 los precios ofrecidos por TELMEX y STAR GLOBAL COM<sup>25</sup> para velocidades similares de acceso por ADSL, resultan ser bastante competitivos respecto de los precios del Internet por ADSL.

Otro aspecto importante de la referida oferta comercial atiene a las posibilidades de uso que ofrece el servicio, tales como la capacidad de descargas, aspecto importante también desde la perspectiva de un consumidor. Tomando ello en consideración, se debe indicar que las ofertas comerciales de Internet por cable módem no tienen límites de descarga.

**Cuadro N° 2: Muestra de Planes para el acceso a Internet por cable módem**

Empresa	Modalidad	Plan	Capacidad de descarga (GB)	Días de Vigencia	Cobertura	Velocidad de bajada máxima (Kbps)	Velocidad garantizada	Precio (\$/.)
TELEX	Postpago	Internet Fijo Residencial	Ilimitada	30 días	Distritos de: Chiclayo, Lima, Lambayeque, Piura, Arequipa, Trujillo, Ica y Chimbote	1000	10%	80
						2000		120
						3000		150
						4000		200
						10 000		350
	20 000	470						
	Prepago	Planes Claro Empresas	Ilimitada	30 días	Distritos de: Chiclayo, Lima, Lambayeque, Piura, Arequipa, Trujillo, Ica y Chimbote	1000	10%	83
						2000		123
						4000		210
						6000		309
10 000						399		
20 000	529							
STAR GLOBAL COM	Postpago	Planes Residenciales	Ilimitada	30 días	Distritos de Arequipa y Tacna	500	10%	71.54
						1000		85.3
						2000		115.57
						3000		165.1
						4000		261.41
	Prepago	PLANES BRONCE AL 30% (Segmento Comercial)	Ilimitada	30 días	Distritos de Arequipa y Tacna	500	30%	96.31
						1000		151.34
						1500		217.38
						2000		275.17
						3000		440.27
4000	635.64							


Nota: La capacidad de descarga es medida en Gigabytes (GB). Debe recordarse que 1GB = 1024 Megabytes (MB)

Fuente: SIRT y páginas web de las empresas operadoras, tarifas vigentes a diciembre de 2011.

Elaboración: Secretaría Técnica - OSIPTel

Además, esta Secretaría Técnica considera relevante incluir en el análisis el tiempo de sustitución del servicio tomando en consideración aquellas empresas que en el momento actual no sean proveedoras del servicio pero están en la capacidad de empezar a proveerlo en un plazo razonable y sin incurrir en una inversión muy elevada. Al respecto, se debe tener en cuenta que actualmente el servicio de acceso a Internet por cable módem representa la tercera tecnología con mayor demanda en el mercado nacional, con el 5.7% del total de número de conexiones de Internet en el país, a lo que de forma adicional se debe valorar la oferta potencial que existe en la provisión de este servicio en aquellos lugares donde ya se encuentran operando empresas de cable.

<sup>25</sup> No se consideran los precios de MULTIMEDIA ya que esta empresa había dejado de comercializar su servicio Cable Net desde hace algunos años, volviéndolo a retomar apenas hace unos meses a través de las ofertas de Internet Coaxial, la cual es ofrecida solo en 15 distritos de la ciudad de Lima.

	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 22 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

Por lo dicho, esta Secretaría Técnica, considera que tanto por las características, usos y precios del servicio, así como el tiempo requerido para su sustitución, el servicio de Internet por cable módem es un sustituto del servicio de Internet por ADSL.

## B. Acceso a Internet móvil

El servicio de acceso a Internet móvil se brinda a través de las tecnologías móviles 3G (UMTS/HSPA) y otras tecnologías superiores (HSPA+, LTE y LTE Advanced) las cuales posibilitan un acceso a altas velocidades, a través de las redes móviles. La oferta comercial actual de Internet móvil presenta velocidades de bajada máxima que oscilan entre los 512 Kbps y los 5120 Kbps.

En la delimitación de este servicio, se tomará en consideración el acceso a Internet a través de módem o dispositivos USB, los cuales son conectados a computadoras de escritorio o laptops<sup>26</sup>.

Las empresas que proveen el acceso a Internet móvil son Telefónica Móviles S.A. (en adelante, TMÓVILES), América Móvil S.A. (en adelante, AMÉRICA MOVIL) y Nextel del Perú S.A. (en adelante, NEXTEL).

Respecto a la oferta comercial de las referidas empresas, se observa que las tarifas de Internet móvil de las tres operadoras son similares para los mismos niveles de descarga (ver Cuadro N° 3).

**Cuadro N° 3: Muestra de planes tarifarios de Internet móvil**

Empresa	Modalidad	Plan	Capacidad de descarga (GB)	Días de Vigencia	Cobertura	Velocidad de bajada máxima (Kbps)	Velocidad garantizada	Precio (S/.)
AMÉRICA MÓVIL	Control	Internet Claro de 1GB	1.0	30	Distritos a nivel nacional	3000	10%	59
		Internet Claro de 2GB	2.0			3000		78
		Internet Claro de 3GB	3.0			3000		98
		Internet Claro de 5GB	5.0			3000		119
		Internet Claro de 10GB	10.0			3000		197
TMÓVILES	Control	Plan Control S/ 59	1.0	30	Distritos a nivel nacional	3072*	10%	59
		Plan Navega	2.0			3072*		79
		Plan Multimedia	3.0			3072*		99
		Plan Multimedia Plus	5.0			3072*		119
		Plan Internet Móvil para Int. Fija	2.0			3072*		79
		Plan Internet Móvil para Int. Fija II	1.0			3072*		69
NEXTEL	Prepago	Guinda (E173)	1.0	15	Distritos a nivel nacional	1536	10%	199
	Control	IN Control 1GB	1.0	30	Distritos a nivel nacional	3072	10%	64.4
		IN Control 2GB	2.0			3072		81.2
		IN Control 3GB	3.0			3072		98
		IN Control 5GB	5.0			3072		123.2
		IN Control 10GB	10.0			3072		198.8
	Postpago**	IN i/500	0.5	30	Distritos a nivel nacional	512	10%	93.25
		IN i/1000	2.0			1024		121.52
		IN i/1500	3.0			1536		149.77
		IN i/1500 Plus	10.0			1536		206.31

Nota: La capacidad de descarga es medida en Gigabytes (GB). Debe recordarse que 1GB = 1024 Megabytes (MB)

\* Estas velocidades se encuentran originalmente establecidas en Mbps, por lo cual ha sido convertidas a Kbps utilizando la equivalencia de 1024 Kbps = 1 Mbps.


Fuente: SIRT y páginas web de las empresas operadoras, tarifas vigentes al mes de diciembre de 2011.

Elaboración: Secretaría Técnica - OSIPTTEL

Sin embargo, como se observa en el Gráfico N° 2, cuando los precios de Internet móvil<sup>27</sup> se comparan con los precios de Internet fijo de TELEFÓNICA y/o TELMEX, se

<sup>26</sup> No se consideran los accesos a través de teléfonos inteligentes, ni tabletas en la medida en que características como el tamaño de la pantalla, la memoria RAM, la ausencia de un teclado adecuado para una mayor productividad, entre otros, hacen significativas las diferencias en las prestaciones que se logran en uno y otro dispositivo.

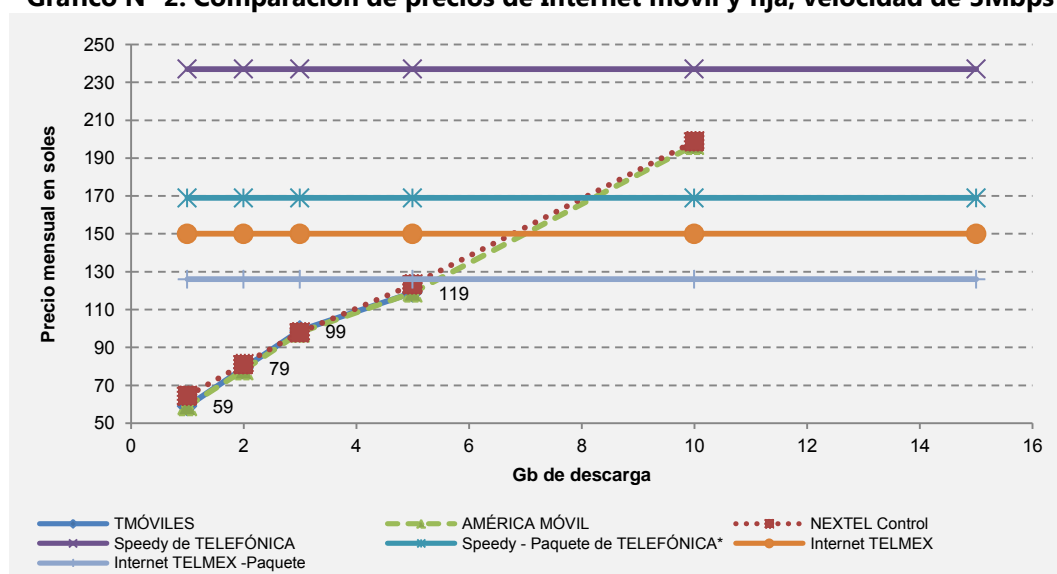
<sup>27</sup> Se ha tomado en consideración las tarifas del servicio de Internet móvil a través de dispositivos USB con una velocidad del acceso móvil de 3Mbps. Si bien en los últimos meses los operadores móviles

	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 23 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

observa que si bien los precios son similares, los planes de estas últimas tienen mayores ventajas que los de Internet móvil, ya que cuentan con mayores velocidades y permiten descargas ilimitadas.

De modo simulado, en el Gráfico N° 2, en el eje horizontal se presupone que no existen límites de descarga, con lo cual la tendencia de los precios actuales llevaría a pronosticar que para la adquisición de mayores capacidades de descarga, el precio del Internet móvil tendería a subir. Así, por ejemplo, si se considera a un usuario que descarga en promedio 10GB al mes, el gasto que éste tendría que hacer con un plan de Internet móvil estaría en torno a los S/ 200. Sin embargo, en un plan de Internet fijo podría tener descargas ilimitadas por una tarifa de S/. 150 (plan de TELMEX).

**Gráfico N° 2: Comparación de precios de Internet móvil y fija, velocidad de 3Mbps**



\*La tarifa considerada es la del paquete "Dúo Plano Nacional 3 Mbps", que incluye los servicios de telefonía fija en su plan de "Tarifa Plan Nacional" y el servicio de Internet "Speedy de 3 Mbps".

Fuente: SIRT y páginas web de los operadores, tarifas vigentes al mes de diciembre de 2011.

Elaboración: Secretaría Técnica - OSIPTTEL


Esta Secretaría considera importante, atender a que todos los planes de Internet móvil presentan restricciones en cuanto a su uso, pues tienen una capacidad de descargas limitada. En la mayoría de los casos, las empresas cortan el servicio una vez consumidos los GB incluidos en el plan, luego de lo cual es posible usar el servicio solo a través de recargas prepago; y en otros casos, una vez que se alcanza el tope de GB de descarga que permite el plan, se reduce de forma sensible la velocidad de descarga máxima del plan contratado.

De otro lado, se tiene que desde el lanzamiento de las ofertas comerciales de acceso a Internet móvil en marzo de 2008, el número de conexiones se ha ido incrementando de manera considerable, existiendo a junio de 2011 más de 350 mil conexiones de Internet móvil que representa aproximadamente el 24.5% del total de conexiones de Internet a nivel nacional.

No obstante lo señalado, respecto a la tendencia del desarrollo del Internet móvil en nuestro país, un factor a considerar es que los dos operadores móviles con mayor

---

vienen ofreciendo velocidades de bajada de hasta 5 Mbps, éstas se encuentran restringidas a algunas zonas de cobertura (con la tecnología HSPA+) y a un solo dispositivo módem USB.

	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 24 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

participación están vinculados a operadores fijos y forman parte de un mismo grupo económico: AMÉRICA MÓVIL - TELMEX y TMÓVILES - TELEFÓNICA/MULTIMEDIA. En este sentido, es importante tener en cuenta que las relaciones entre empresas que forman parte de un mismo grupo económico no se caracterizan por ostentar una real tensión competitiva, dado que está presente el interés de una misma unidad de decisión. De ello, es posible inferir la existencia de incentivos económicos por parte de los operadores móviles y fijos a presentar una oferta comercial de servicios de Internet complementarios<sup>28</sup> antes que sustitutos.

Así, por ejemplo, se observa que TMÓVILES viene ofreciendo planes con tarifas especiales para aquellos usuarios de ADSL de TELEFÓNICA que deseen contar también con Internet móvil. Asimismo, TMÓVILES ha lanzado al mercado ofertas mayoristas del servicio de Internet móvil que han sido adquiridas por TELEFÓNICA para ser vendidas en forma empaquetada. Inicialmente, el servicio de Internet móvil era empaquetado por TELEFÓNICA como dúos y tríos (con sus servicios de ADSL, cable y telefonía fija), y de manera posterior, TELEFÓNICA revende de forma individual el servicio de Internet móvil pero otorga un descuento mayor al 50% si éste es adquirido por usuarios que ya cuentan con algún servicio de Internet fijo de este mismo operador por ADSL o cable módem.

Estando a lo señalado, esta Secretaría Técnica reconoce el importante crecimiento que actualmente presenta el Internet móvil, sin embargo la oferta comercial de este servicio presenta limitaciones de velocidad y límite de descargas que restringen el uso que el usuario final hace del servicio y parece estar más orientada a constituirse como un complemento del servicio de Internet fijo antes que un sustituto del mismo.

### C. Otras tecnologías


De modo general, nos referiremos a otras formas de acceso a Internet que, en opinión de esta Secretaría Técnica no resultan sustitutas del servicio de Internet por ADSL por diversas razones.

Respecto al servicio de Internet provisto a través de la tecnología WiMax, tenemos que constituye tan solo el 1.2% de las conexiones a Internet en el mercado nacional y que, por una parte, su desarrollo se encuentra orientado a complementar la oferta de Internet por ADSL, cable módem y banda ancha móvil en zonas donde no se tiene infraestructura fija desplegada; y de otra, la cobertura del servicio resulta bastante limitada.

Otras formas de acceso a Internet, a través de líneas dedicadas y VSAT constituyen menos del 1% de conexiones del mercado nacional, por lo que atendiendo principalmente a su grado de desarrollo en nuestro país y al tiempo en la sustitución por el lado de la oferta del servicio, no podrían ser considerados servicios sustitutos del ADSL.

De acuerdo con todos los argumentos mencionados en los acápites anteriores, se concluye que **el mercado relevante** para la presente controversia está conformado

<sup>28</sup> Al respecto, Parsons señala que la relación entre la Banda Ancha fija y la móvil es básicamente de servicios complementarios. Para ello establece la definición de "Smart Broadband", esto significa que el usuario se puede conectar donde esté a través de una solución de Banda Ancha híbrida impulsada principalmente por operadores horizontalmente integrados (con operaciones fijas y móviles). PARSONS, Dave. The Fixed/Mobile Broadband Battle: Is It Time for "Smart Broadband"? Cisco Internet Business Solutions Group (IBSG). 2009, págs. 8-12. Disponible en: [http://www.cisco.com/web/about/ac79/docs/pov/Mobile\\_BB\\_VS2\\_POV\\_1110FINAL.pdf](http://www.cisco.com/web/about/ac79/docs/pov/Mobile_BB_VS2_POV_1110FINAL.pdf) (Última visita: 13 de marzo de 2012).

	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 25 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

por el servicio de Internet por ADSL y cable módem provisto a nivel minorista, tanto a usuarios residenciales como a corporativos.

#### 7.2.1.3. Mercado geográfico

Luego de haber definido el servicio relevante, el siguiente paso es determinar el mercado geográfico. De acuerdo con el artículo 6.3 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, el mercado geográfico relevante es el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, los costos de transporte y las barreras al comercio existentes.

El ámbito geográfico se refiere al lugar en el cual los consumidores acceden al servicio y al cual podrían acudir en caso el servicio se viera afectado por un incremento de precio, considerando los costos adicionales de traslado.

No obstante lo señalado, el servicio relevante ya definido es uno de naturaleza fija, se consume con su uso, por lo que requiere que la conexión a Internet sea efectuada en el lugar de residencia del usuario. Los usuarios sólo dispondrán de la oferta que se brinde en el distrito donde habiten, pues no cambiarían de domicilio únicamente con la finalidad de poder acceder al servicio de otro operador.

En tal sentido, el **mercado geográfico** estaría conformado por los distritos a nivel nacional cubiertos por el servicio de acceso a Internet por ADSL y/o cable módem. De acuerdo con la información proporcionada por el MTC, los distritos que cuentan con cobertura del servicio de Internet a través de las tecnologías antes mencionadas ascienden a un total de 380 distritos en todo el territorio peruano<sup>29</sup>.


#### 7.2.1.4. Mercado relevante aplicable a la presente controversia

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

#### 7.2.2. Posición de dominio en el mercado relevante

De acuerdo al artículo 7.1. de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, se entiende que un agente económico goza de posición de dominio en el mercado relevante cuando tiene la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que sus competidores, proveedores o clientes puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad, debido a factores tales como: una participación significativa en el mercado relevante; las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios; el desarrollo tecnológico o servicios involucrados; el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministro así como a redes de distribución; la existencia de barreras a la entrada de tipo legal, económica o estratégica; la existencia de proveedores, clientes o competidores y el poder de negociación de éstos.

<sup>29</sup> Solo en el departamento de Madre de Dios no se han reportado distritos que cuenten con el servicio de Internet por ADSL y/o cable módem.

	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 26 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

Por su parte, en el numeral 4.1.1. de los Lineamientos de Libre Competencia en Telecomunicaciones se establece que algunas de las variables que OSIPTTEL podrá tomar en consideración para determinar si una empresa exhibe posición de dominio, son: porcentaje de participación de la empresa en el mercado, nivel de concentración del mercado, control de recursos esenciales, el grado de integración vertical, barreras a la entrada, posibilidad de utilizar infraestructura propia para proveer otros servicios, otros factores que permitan evaluar el nivel de independencia con el que una empresa está en capacidad de actuar con relación a sus competidores o clientes.

Como se ha señalado anteriormente, la posición de dominio se determinará en el mercado del servicio principal o servicio atante, debido a que la conducta del investigado solo podría generar una restricción a la competencia en la medida que utilice su posición dominante en este mercado para obtener una ventaja anticompetitiva en el mercado del servicio atado.

En tal sentido, la identificación de posición de dominio se realizará en el mercado relevante del servicio de Internet previamente definido. Para ello, esta Secretaría Técnica ha considerado principalmente factores tales como la participación de mercado, las barreras a la entrada, el control de recursos esenciales, el uso de infraestructura propia para proveer otros servicios y el grado de intervención vertical<sup>30</sup>.

#### **7.2.2.1. Presencia en el mercado**

Como se ha mencionado, una variable importante a considerar al momento de determinar una supuesta posición dominante es la referida al nivel de participación de la empresa investigada en el mercado. Para tal efecto, se suele utilizar el porcentaje de participación de dicha empresa en el mercado relevante.


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

De este modo, tomando en consideración el número total de conexiones existentes en los 380 distritos con cobertura del servicio relevante respecto del número total de conexiones de TELEFÓNICA, tenemos que la participación de esta empresa asciende al 92.21% (ver Gráfico N° 3)<sup>31</sup>. Asimismo, se observa que TELEFÓNICA es seguida muy de lejos por TELMEX que ostenta una cuota de mercado de 7.07%.

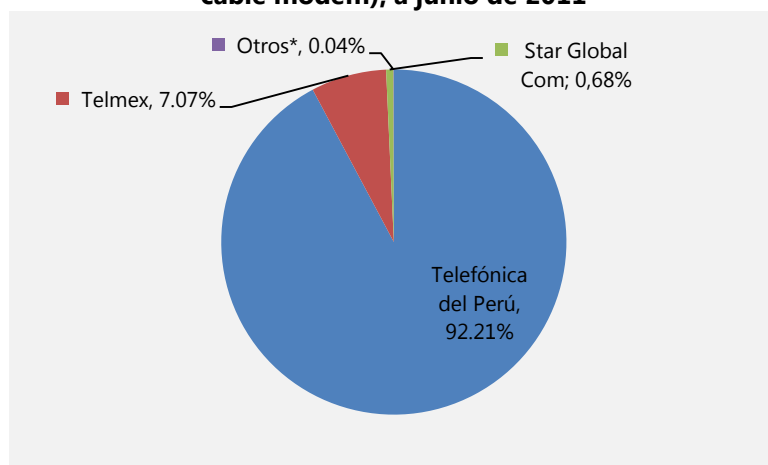
<sup>30</sup> Cabe precisar que algunas variables señaladas en los Lineamientos de Libre Competencia en Telecomunicaciones como determinantes de la posición de dominio serán analizadas como barreras de acceso, por constituir en efecto costos a la entrada o permanencia de los operadores.

<sup>31</sup> Cabe indicar, que adicionalmente a ello, STAR GLOBAL COM (0.68%) y MULTIMEDIA (0.03%), empresas vinculadas a TELEFÓNICA poseen una participación conjunta de 0.71%.



	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 27 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

**Gráfico N° 3: Tasa de participación por empresa en Internet fijo a nivel nacional (ADSL y cable módem), a junio de 2011**




\* Otros incluye a Americatel, Global Crossing, Multimedia y DKR Visión

Fuente: Ministerio de Transportes y Comunicaciones

Elaboración: Secretaría Técnica - OSIPTTEL

Además, es de destacar que tomando en consideración los 380 distritos con cobertura de Internet por ADSL y cable módem, TELEFÓNICA es único operador proveedor de Internet en 322 distritos, es decir, en el 84.7% del total del mercado.

Para complementar el análisis anterior, y siempre tomando en cuenta los distritos con cobertura del servicio relevante, se realiza un agregado por departamentos en el que se toma el número de conexiones de TELEFÓNICA por departamento sobre el total de conexiones por departamento, observándose que la participación de TELEFÓNICA oscila entre el 84% y el 100% (ver Cuadro N° 4). Con ello, se aprecia que la participación de esta empresa ostenta altos niveles de participación, de manera uniforme.

	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 28 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

**Cuadro N° 4: Participación de las empresas operadoras por departamento, a junio de 2011**

Región	AMERICATEL	TELEFÓNICA	GLOBAL CROSSING	TELMEX	STAR GLOBAL COM	TELEFÓNICA MULTIMEDIA	DKR VISIÓN	Total
Arequipa	-	90.52%	-	0.75%	8.71%	0.01%	-	100.00%
Lambayeque	-	86.92%	-	13.08%	-	-	-	100.00%
Callao	-	92.63%	-	7.37%	-	-	-	100.00%
Lima	0.00%	91.49%	0.00%	8.46%	-	0.05%	-	100.00%
Piura	-	92.09%	-	7.91%	-	-	-	100.00%
Tacna	-	83.95%	-	-	16.05%	-	-	100.00%
La Libertad	-	90.84%	-	9.16%	-	-	-	100.00%
Ica	-	94.95%	-	5.05%	-	-	-	100.00%
Ancash	-	99.96%	-	-	-	-	0.04%	100.00%
Otros*	-	100.00%	-	-	-	-	-	100.00%

\*Otros incluye a los departamentos de Amazonas, Apurímac, Ayacucho, Cajamarca, Cusco, Huancavelica, Huánuco, Junín, Loreto, Moquegua, Pasco, Puno, San Martín, Tumbes, Ucayali. Asimismo debe señalarse que en el departamento de Madre de Dios no existe cobertura del servicio relevante.


Fuente: Ministerio de Transportes y Comunicaciones

Elaboración: Secretaría Técnica - OSIPTel

De otro lado, para el análisis del grado de concentración, se toma en cuenta al conjunto o a la mayoría de los agentes relevantes del mercado para definir qué tan competitivo es o puede ser el mismo, evaluando la distribución del tamaño de las empresas participantes. La metodología más utilizada para calcular el nivel de concentración es el Herfindahl-Hirschman Index (en adelante HHI)<sup>32</sup>. El HHI tiene la ventaja de representar a todas las empresas del mercado, no sólo a las más grandes, y además ofrece la señal de que a mayor valor indica mayor concentración y, por ende, mayor probabilidad de ejercicio de poder de mercado que restrinja la competencia.

<sup>32</sup> Como se sabe el HHI fue definido en los Horizontal Merger Guidelines elaborados por el Departamento de Justicia de Estados Unidos y resulta de sumar el cuadrado de los porcentajes de participación de todas las empresas que participan en el mercado. El producto de esta sumatoria puede resultar en una cifra que fluctúa en un valor entre 0 y 10,000 siendo este último caso aquel del monopolio que cuenta con el 100% del mercado. Según los resultados del HHI la autoridad de defensa de la competencia asume un determinado grado de concentración del mercado y, según ello, permite inferencias sobre la posibilidad de ejercicio de poder de mercado, según se explica en el siguiente cuadro:

Valor del HHI	Grado de Concentración	Potencialidad de Ejercicio de Poder de Mercado
Menor a 1000	Mercado no concentrado	Reducida
Entre 1,000 y 1,800	Mercado moderadamente concentrado	Moderada
Superior a 1,800	Mercado altamente concentrado	Elevada

	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 29 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

En este marco, se observa que el mercado de Internet (ADSL y cable módem) presenta un HHI que se sitúa por encima de 8,550, lo que evidencia un mercado muy concentrado.

Los criterios de participación y nivel de concentración en el mercado permitirían señalar que TELEFÓNICA goza de posición de dominio en el mercado relevante. No obstante ello, es necesario considerar factores de análisis adicionales a la situación actual de las condiciones de competencia, tales como las barreras a la entrada.

#### **7.2.2.2. Barreras a la entrada**

Adicionalmente al análisis de participación en el mercado, es importante evaluar qué tan costoso resulta a supuestos nuevos operadores el acceso al mercado, considerando las distintas barreras a la entrada que pueden existir.

De esta manera, se podría conocer qué tan factible es que una empresa con alta participación en el mercado se vea disciplinada por la posibilidad de entrada de nuevas empresas al mercado o de su permanencia si ya ingresaron.

La posibilidad de entrada o permanencia puede verse limitada si el mercado presenta considerables obstáculos o barreras de acceso, es decir, costos que inhiban el ingreso o dificulten la supervivencia de los agentes en el mercado y que no fueron asumidos por el operador establecido.


Entre las barreras de acceso al mercado, podemos encontrar las barreras estructurales y estratégicas.

Las barreras estructurales surgen de las condiciones propias e inherentes a la actividad económica en cuestión.

Esta Secretaría Técnica considera que un caso de barrera estructural es el control de recursos esenciales, los cuales son definidos como aquél recurso que es suministrado de modo exclusivo o de manera predominante por uno o pocos proveedores y cuya sustitución no es factible en lo económico o en lo técnico<sup>33</sup>. En el presente caso, TELEFÓNICA cuenta con la red de acceso al usuario final o acceso al bucle local que brinda la infraestructura necesaria que viabiliza la prestación del servicio de Internet a través del ADSL, por lo que no tiene que duplicar el bucle local. Dicha infraestructura es de tal envergadura que difícilmente podría ser duplicada por un competidor, constituyéndose en un recurso esencial.

Otro caso de barrera estructural son las economías de ámbito, por las que el costo para una red que provee dos servicios es significativamente menor que el costo agregado de proveer los servicios por separado. En este caso, debemos considerar que TELEFÓNICA se beneficia de economías de ámbito que le genera la propiedad sobre la mayor red de acceso fijo a los usuarios, en la prestación del servicio de telefonía fija e Internet ADSL. Así, la amplia base de clientes con la que cuenta TELEFÓNICA, le permite no solo contar con menores costos medios, sino que le permite también tener un amplio conocimiento de los consumidores y aprovechar las complementariedades en la producción y distribución de los servicios que ofrece.

<sup>33</sup> Al respecto, ver numeral 4.1.1.c de los Lineamientos de Libre Competencia en Telecomunicaciones.

	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 30 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

Las barreras estratégicas tienen su origen en el comportamiento de las empresas ya existentes en el mercado que inhiben la entrada de competidores.

En opinión de esta Secretaría Técnica, la integración vertical por sí misma no otorga posición de dominio a una empresa, pero el hecho que una empresa dominante en un mercado se integre verticalmente en mercados relacionados sí puede darle la capacidad de afectar la competencia en estos otros mercados. En el presente caso, la integración vertical se presta para facilitar la existencia de posición de dominio pues TELEFÓNICA es una empresa integrada que es titular de la red y hace uso de dicha infraestructura para proveer el servicio de Internet por ADSL. Es el caso que, producto de su presencia en los mercados aguas arriba (transporte) y aguas abajo (red de acceso - ISP), esta empresa goza de ventajas difícilmente replicables por otras empresas competidoras.

Tomando en consideración el análisis realizado sobre barreras a la entrada con base en el control de recursos esenciales, economías de alcance, integración vertical y utilización de infraestructuras propia para la prestación de otros servicios, permitiría reafirmar una posición de dominio de TELEFÓNICA.

#### **7.2.2.3. Conclusión sobre la posición de dominio de TELEFÓNICA**


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

#### **7.2.3. El abuso de la posición de dominio**

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

De acuerdo con el punto 4.2 de los Lineamientos de Libre Competencia en Telecomunicaciones, los requisitos considerados por OSIPTTEL para la determinación de la posición de dominio son: que exista posición de dominio; que se actúe de manera indebida aún cuando ello no conlleve intencionalidad; y que exista la posibilidad de obtener beneficios o de causar perjuicios que no se podrían producir de no tener posición de dominio, bastando con que éstos sean consecuencia potencial de la conducta.

Al respecto, habiéndose verificado que TELEFÓNICA ostenta posición de dominio, corresponde avanzar en el análisis, atendiendo ahora a la actuación indebida o conducta restrictiva que para el presente caso atañe a la práctica de venta atada. Como se ha mencionado en el marco legal del presente informe, para esta modalidad de práctica anticompetitiva se requiere el análisis de los siguientes elementos: debe tratarse de servicios diferenciados, debe existir coerción, el proveedor debe tener suficiente poder de mercado en el mercado del servicio principal y debe existir una

	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 31 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

afectación en el mercado del servicio atado. A continuación, se desarrollarán los primeros dos aspectos:

### 7.2.3.1. Servicios diferenciados

El servicio principal y el servicio atado que se están proveyendo de forma conjunta deben ser diferentes desde el punto de vista de la demanda, lo cual se detecta si es que en ausencia de la atadura los compradores adquieren los servicios por separado, en otras palabras, si éstos cuentan con una demanda propia.

Dada la estructura de la venta atada investigada, el referido análisis sobre servicios diferenciados debe centrarse en el servicio relevante, toda vez que éste es el servicio que no es vendido de forma individual.

En principio, es preciso destacar que la identificación de una amplia demanda individual del servicio relevante no resulta posible, dado que como se ha visto en el apartado referido a la posición de dominio, TELEFÓNICA como operador dominante ostenta el 92.21% del total de conexiones en el país, adquiridas de forma atada al servicio de telefonía fija.

No obstante lo anterior, otras empresas en el mercado peruano sí ofrecen el servicio de Internet solo, sin atarlo a otros servicios, tales como TELMEX, STAR GLOBAL COM, MULTIMEDIA, GLOBAL CROSSING y AMERICATEL.

Al respecto, es de resaltar el caso de TELMEX que es el segundo operador con participación en el mercado relevante y ostenta una demanda del 28.6% de Internet solo, sin considerar el Internet que empaqueta con otros servicios que provee tales como el servicio de cable o el servicio telefónico<sup>34</sup>:


Servicios ofrecidos por TELMEX	Demanda del servicio
Internet solo	28.6%
Doble Play de Internet y telefonía fija	33.8%
Doble Play de Internet y cable	5.8%
Triple Play	31.9%

De esta manera, dadas las limitaciones de identificación de una demanda individual de Internet por la elevada participación con la que cuenta TELEFÓNICA en el mercado relevante, el porcentaje de demanda de conexiones de Internet solo que presenta TELMEX es considerable dentro del total de su oferta de Internet.

De otro lado, debe mencionarse que en la experiencia internacional, existe la provisión de “acceso a Internet por ADSL solo”, al que se le ha denominado *Naked DSL*, DSL desnudo o *stand-alone*. La provisión de este servicio se ha dado por diversas razones que van desde la propia iniciativa empresarial, como parte de un considerable impulso competitivo hasta la imposición por parte de la autoridad (regulación o por aplicación de las normas de libre competencia). Al respecto, es importante señalar que cuando las condiciones de competencia no han logrado que las empresas operadoras lancen al mercado este tipo de ofertas, han sido los organismos reguladores o las autoridades de competencia las que han impuesto una obligación de venta de Internet solo<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> Porcentajes trabajados tomando en cuenta la Información remitida por TELMEX a junio de 2011, mediante Carta N° C.299-DJR/2011, de fecha 01 de agosto de 2011.

<sup>35</sup> NETWORK STRATEGIES. “*Naked DSL: the potential impact in New Zealand*”. Final Report for the MED. Report Number 26010. En la sección 3 de dicho informe se resumen las experiencias en el establecimiento de DSL desnudo a nivel internacional.

	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 32 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

A este respecto, TELEFÓNICA ha mencionado en sus descargos que la experiencia internacional referida al *Naked ADSL* es un fenómeno reciente y que en la gran mayoría de países donde ésta se ha empezado a desarrollar ha sido por un impulso competitivo, antes que por imposición de la Administración Pública.

En contraposición a lo señalado por TELEFÓNICA, según lo mencionado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico - OCDE, los servicios de Internet de Banda Ancha son mayoritariamente vendidos como paquetes mixtos, lo que permite a los usuarios elegir entre las ofertas individuales o servicios empaquetados. Es de resaltar que 77% de los 90 operadores encuestados permiten a los usuarios comprar de forma individual el servicio de Internet de Banda Ancha y que los usuarios tienden a escoger dicha oferta cuando está disponible<sup>36</sup>.

Además, a nivel comparado, se observa que la comercialización del DSL desnudo en algunos países se debe a una fuerte presión competitiva de operadores del servicio de cable que también ofrecen acceso a Internet a través de sus redes. Es decir, que en mercados en competencia, los operadores de DSL prefieren comercializar también DSL desnudo para evitar que al menos una parte de sus clientes decida abandonarlos para contratar los servicios de Internet a través de cable módem. De otro lado, en países donde los operadores de DSL no afrontan mayor competencia a través de otras tecnologías, no existe presión para que se establezcan ofertas de DSL desnudo<sup>37</sup>.

Para el caso concreto del servicio de Internet ADSL en nuestro país, si se tiene en cuenta que, a junio de 2011 existían 961,388 conexiones de Internet por ADSL de las cuales 961,360 son de TELEFÓNICA y 81,167 conexiones de Internet por cable módem de las cuales 73,709 conexiones son de TELMEX, difícilmente se podría sostener que el cable módem podría ejercer la suficiente presión competitiva sobre el ADSL para su venta por separado.

Por todo lo dicho anteriormente, esta Secretaría considera que los servicios de Internet y telefonía fija son servicios diferenciados.

#### 7.2.3.2. Nivel de coerción


Una vez comprobada la existencia de servicios diferenciados, se debe verificar si la venta del servicio de acceso a Internet viene siendo condicionada o subordinada a la compra del servicio de telefonía fija de Telefónica.

La acreditación del nivel de coerción implica la comprobación de que el vendedor imponga la compra de un servicio como condición de la venta de otro, forzando la

<sup>36</sup> En este estudio se hizo una recopilación de datos en el año 2009 incluyendo más de 2000 ofertas de Internet *stand-alone* y paquetes de servicios de 90 empresas en 30 países de la OCDE, centrándose en planes de banda ancha residencial y planes asociados, que puede ser comercializado conjuntamente a las pequeñas empresas u oficinas en casa. Al respecto ver: OECD. *"Broadband Bundling. Trends and Policy Implications"*, OECD Digital Economy Papers, No. 175, OECD Publishing, 21 de febrero de 2011, págs. 11-13. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/5kghtc8znnbx-en> (última visita: 20 de marzo de 2012).

<sup>37</sup> Al respecto ver: JAMES, David - OVUM *"Competition and the role of wholesale as fixed broadband goes mainstream"*, OVUM Publishing, 20 de julio de 2006, pág. 9. Disponible en: [http://www.bacik.org/toolz/Ovum\\_-\\_Competition\\_and\\_the\\_role\\_of\\_wholesale.pdf](http://www.bacik.org/toolz/Ovum_-_Competition_and_the_role_of_wholesale.pdf) (última visita 20 de marzo de 2012); y, Organization for Economic Co-operation and Development. *"OECD Communications Outlook: Information and Communications Technologies"*, OECD Publishing, 24 de agosto de 2005, págs. 94 y ss. Disponible en: [http://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/oecd-communications-outlook-2005\\_comms\\_outlook-2005-en](http://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/oecd-communications-outlook-2005_comms_outlook-2005-en) (última visita: 20 de marzo de 2012)



	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 33 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

voluntad del consumidor. Es decir, debe verificarse en los contratos y, en general, en las condiciones de venta ofrecidas, que el servicio principal no puede ser adquirido por separado; es decir, que no existe la posibilidad de adquirir el servicio principal sin adquirir el servicio atado.

Conforme a ello, se requiere que en la práctica bajo análisis, el comprador sea forzado a adquirir el servicio de telefonía fija, aun cuando no lo desee y solo quiera adquirir el servicio de Internet.

Para determinar la existencia de coerción en la venta atada de los servicios de acceso a Internet y telefonía fija, se revisaron los contratos que ofrece TELEFÓNICA para la adquisición del servicio de Internet (oferta regular y promociones) y se efectuaron acciones de supervisión, en las que se registraron las respuestas de los vendedores de dicha empresa, ante la simulación de intención de compra del servicio de Internet solo.

#### **A. Revisión de los contratos de la oferta regular del servicio de Internet de TELEFÓNICA**

Se revisaron los contratos de TELEFÓNICA para los servicios de Internet 50, Speedy, Speedy Negocios y Speedy Negocios Avanzado, advirtiéndose que contienen una cláusula denominada “Condiciones del servicio” en la cual se establece como condición a la adquisición del servicio de acceso a internet, la obligación del cliente de contar con una línea telefónica fija de su titularidad contratada con TELEFÓNICA y que esta no sea modalidad prepago (a excepción del Internet 50 prepago que sí permite una línea telefónica prepago)<sup>38</sup>.

En tal sentido, se puede observar que la oferta del servicio de acceso a internet de la empresa TELEFÓNICA, en todas las modalidades, únicamente puede ser adquirida en la medida en que se cuente con (i) una línea de telefonía fija (ii) cuyo servicio sea prestado por la misma TELEFÓNICA y (iii) que no esté afiliada a la modalidad prepago.

#### **B. Revisión de los contratos promocionales que incluyen el servicio de Internet de TELEFÓNICA (dúo)**


Asimismo, se advierte que desde agosto de 2007, TELEFÓNICA, además de ofrecer su servicio de Internet bajo las condiciones de una oferta regular, ofrece al público ofertas de dúos que incluyen el servicio de telefonía fija y el servicio de acceso a Internet a un precio promocional<sup>39</sup>.

Es decir, esta empresa ofrece un precio promocional por la compra conjunta de ambos servicios. Pues, en caso de suspenderse o resolverse la contratación de alguno de los servicios, el cliente pierde la promoción, debiendo pagar cada uno de los servicios a precio regular<sup>40</sup>. En este caso, al no haber una oferta de Internet solo, la contratación

<sup>38</sup> Ver apartado 3 del literal a) del numeral 4 del Contrato del Servicio “Speedy” (Código B001/ B0015/ B018/ B023 /B024), “Speedy Negocios” (Código B067 /B068 /B070), “Speedy Negocios Avanzado” (Código B030/ B031/ B032 / B033/ B034/ B035/ B036/ B037/ B038), “Speedy Negocios Avanzado (#)” (Código B039/ B040/ B041/ B042/ B043/ B044) e “Internet 50” (Código 150-01).

<sup>39</sup> Al respecto, ver: <http://www.movistar.com.pe/internet/internet-fijo/movistar-speedy/tarifas> (17 de abril de 2012). Los contratos que contienen los dúos mencionados son los siguientes: ADTRM01-006) Prom. Dúos y Tríos Residencial- Canal On Line, (ADTRM01-006) Prom. Dúos y Tríos Residencial- Canal On Line, (ADTRM01-008) Prom. Ampliación Dúos y Tríos Residencial Multiproducto, (ARDT 01-002) Prom. Especial Dúos y Tríos, (DTRFFVV01-007) Prom. Dúos y Tríos Residenciales- Canal Agencias y FDV, (150-01-DTLS-06) Prom Dúos y Tríos Internet 50.

<sup>40</sup> Al respecto, los mencionados contratos incluyen la cláusula siguiente:

	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 34 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

del servicio de Internet se sujetaría a la oferta regular, en los términos señalados en el acápite precedente.

### C. Acciones de supervisión del OSIPTEL<sup>41</sup>

En diversas localidades del Perú se realizaron llamadas hacia el Servicio de Telegestión Comercial de TELEFÓNICA (número 104) en las cuáles se pidió información acerca de las condiciones aplicables a la adquisición del servicio de acceso a internet en diversas modalidades. A continuación se detallan algunos resultados:

- Funcionario de OSIPTEL preguntando por el servicio Speedy<sup>42</sup>

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

*Telefónica: ¿Cuál es número telefónico, por favor?*

*Funcionario del OSIPTEL: No, no tengo número telefónico.*

*Telefónica: Esto lo desea ¿en qué distrito?*

*Funcionario del OSIPTEL: Eso es en la victoria*

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

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

*Telefónica: Exactamente.*

- Funcionario de OSIPTEL preguntando por el servicio Speedy Negocios<sup>43</sup>

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

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

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

*Telefónica: Sí*

- Funcionario de OSIPTEL preguntando por el servicio Internet 50<sup>44</sup>

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

*Funcionario OD Huancayo: No*

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

*(...)*

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

---


“Si el contrato correspondiente a alguno de los servicios que conforman el Trío o Dúo se suspendiera o resolviera por causas no imputables a TELEFÓNICA, el CLIENTE perderá la promoción y pagará cada uno de los servicios a las tarifas vigentes”.

<sup>41</sup> Es preciso indicar que las acciones de supervisión se encuentran en el expediente de la controversia, encontrándose a disposición de la empresa TELEFÓNICA.

<sup>42</sup> Acción de supervisión llevada a cabo el 2 de diciembre a las 16: 19 horas por un funcionario del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones en la ciudad de Lima.

<sup>43</sup> Acción de supervisión llevada a cabo el 29 de noviembre a las 18:16 horas por un funcionario del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones en la ciudad de Huancayo.

<sup>44</sup> Acción de supervisión llevada a cabo el 2 de diciembre a las 16: 24 horas por un funcionario del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones en la ciudad de Lima.

	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 35 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

*Telefónica: No existe,*

*Funcionario OD Huancayo: ¿No existe?*

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

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

*Telefónica: Correcto.*

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

- Funcionario de OSIPTTEL preguntando por el servicio Speedy<sup>45</sup>

*Funcionario del OSIPTTEL Lima: Sí, disculpe quería información con respecto al servicio de internet que brindan*

*Operador 104: ¿Cuenta usted con teléfono en casa, señor?*

*Funcionario del OSIPTTEL: Tengo un teléfono pero de Telmex.*

*Operador 104: ah correcto, pero en todo caso, para contratar el servicio de internet de Telefónica es importante contar con un teléfono fijo, lo que podemos brindarle en todo caso es una línea básica, una línea control con 130 minutos para llamadas locales y un internet de capacidad de un mega. El costo de este servicio es de 109 soles, la instalación de la línea tiene un costo de 150 que va a ser fraccionado en 15 meses de 10 soles y la instalación de la internet el cual incluye un router inalámbrico, tiene un costo de un sol que es un pago que se genera por única vez.*

*Funcionario del OSIPTTEL: Y, ¿necesariamente tengo que contratar un servicio de telefonía fija con Telefónica?*

*Operador 104: Exacto, el servicio que nosotros le facilitamos es a través de la línea.*

*Funcionario del OSIPTTEL Lima: Ya, y ¿tiene que ser un servicio de TELEFÓNICA, un servicio de Telefónica fija? ¿No puede ser inalámbrica?*

*Operador 104: No, tiene que ser un teléfono fijo*

*(...)*

*Funcionario del OSIPTTEL Lima: Ah pero ¿no tienen un servicio de internet, el cual puedan brindar sin contratar el teléfono fijo?*

*Operador 104: No, todos los servicios que brindamos es a través de la línea.*

- Funcionario de OSIPTTEL preguntando por el servicio Speedy Negocios<sup>46</sup>

*Funcionario OD Huancayo: bueno tengo una línea telefónica pero no telefónica es de otra empresa operadora*

*Telefónica: Para tener el servicio de Speedy es necesario contar con la línea telefónica...*

*(...)*


*Funcionario OD Huancayo: Ok, y cuenta Ud con algún plan de internet para el cual no sea necesario la contratación del servicio de telefonía.*

*Telefónica: No*

*Telefónica: Para tener un Speedy con Telefónica tendría que contratar una línea telefónica.*

<sup>45</sup> Acción de supervisión llevada a cabo el 30 de noviembre de 2010 a las 18:21 horas por un funcionario del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones en la ciudad de Chiclayo.

<sup>46</sup> Acción de supervisión llevada a cabo el 2 de diciembre a las 18: 16 horas por un funcionario del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones en la ciudad de Lima.

	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 36 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

- Funcionario de OSIPTTEL preguntando por el servicio Internet 50<sup>47</sup>

*Funcionario del OSIPTTEL: (...) como es el servicio de internet 50 para adquirirlo, ¿cuáles son los requisitos?*

*Telefónica: (...) ¿Cuál es su número telefónico?*

*Funcionario del OSIPTTEL: Bueno tengo un teléfono de Telmex*

*Telefónica: Bueno lo que pasa que este Internet 50 se maneja directamente para los clientes residenciales que tengan un número de teléfono fijo con TELEFÓNICA.*

*(...)*

*Telefónica: Bueno puede tener una línea libre, puede tener una línea controlada y no hay ningún problema.*

*Funcionario del OSIPTTEL: Y línea prepago si puede tener ¿o no?*

*Telefónica: No, las prepago no, porque no se emite recibo electrónico.*

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

Es así que, con base en los medios probatorios mencionados (contratos y acciones de supervisión), esta Secretaría Técnica observa que TELEFÓNICA no ofrece la posibilidad de compra del servicio Internet solo, si no que lo sujeta a la adquisición del servicio de telefonía fija, evidenciándose un apreciable nivel de coerción que imposibilita la adquisición independiente del servicio principal.

A estos efectos, cabe añadir que, en sus descargos, en ningún momento TELEFÓNICA ha negado la existencia de la atadura entre sus servicios de telefonía fija e Internet por ADSL.


#### **D. Estructura de precios de la oferta de Internet de TELEFÓNICA**

De otro lado, en opinión de esta Secretaría Técnica, es importante que en la práctica bajo análisis, se preste atención a los siguientes aspectos: i) la racionalidad económica que existe en el diseño de precios de un empaquetamiento de servicios; y, ii) la estructura de precios que presentaría la oferta del servicio de Internet de TELEFÓNICA. Lo anterior, en la medida en que la estrategia de esta empresa no se agotaría en que no ofrezca el servicio de Internet por separado, sino que además, su estructura de precios no debiera encubrir una práctica con efectos análogos o similares a la venta atada.

##### **• Racionalidad económica de un paquete dúo.**

Los empaquetamientos ocurren cuando los servicios que podrían ser vendidos separadamente son vendidos de manera conjunta y, por lo general, incluyen un descuento sobre la suma de los precios de los servicios por separado; es decir, el precio del paquete debe ser menor a la suma de los precios individuales de los productos que lo conforman.

<sup>47</sup> Acción de supervisión llevada a cabo el 2 de diciembre de 2010 a las 15:59 horas por un funcionario del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones en la ciudad de Lima.

	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 37 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

Para el caso en concreto, la racionalidad económica de una estructura de precios del “servicio de Internet por ADSL empaquetado con el servicio de telefonía fija alámbrica” y del “servicio de Internet por ADSL solo” aconseja que:

- El precio del servicio de telefonía fija debería incluir todos los costos relacionados con la provisión de este servicio (costo específico del servicio telefónico). Las llamadas locales “gratuitas” contenidas en el plan se consideran como un costo aparte.
- El precio del servicio de Internet ADSL debería incluir todos los costos relacionados con la provisión de este servicio (costo específico del servicio de Internet ADSL)
- Existen costos comunes entre el servicio de telefonía fija y el Internet ADSL (costos específicos de la línea o bucle de abonado).
- La compra individual y simultánea de los dos servicios constituiría un doble pago por los costos comunes a ambos servicios, por lo cual resultaría la forma más cara de contratación de los mismos.
- La compra empaquetada constituye una forma más eficiente de contratar ambos servicios, ya que los costos de este tipo de compra incluyen únicamente los costos específicos de cada servicio y los costos específicos de la línea son pagados una sola vez.
- Finalmente, la compra del Internet ADSL desnudo debería ser más barata que la compra de este servicio empaquetado con el de telefonía fija, ya que se evitan los costos específicos del servicio telefónico y las llamadas locales.


La racionalidad económica mencionada se refiere a que los precios individuales deben cubrir los costos que tiene cada uno de los servicios. Así, si bien la venta conjunta de los servicios en cuestión genera ahorros de costos que pueden ser trasladados a los consumidores a través de un precio menor a la suma de precios individuales, carece de lógica económica pensar que el precio de dos servicios empaquetados pueda resultar menor al precio de alguno de los servicios contratados de forma individual.

- **Supuesta estructura de precios con efectos exclusorios.**

TELEFÓNICA ofrece en forma empaquetada, a través de sus promociones dúo, los planes telefónicos de Tarifa Plana, Semiplana y Control, así como el servicio Speedy a velocidades de 512 Kpbs, 1, 2, 3 y 4 Mbps. tal como se muestra en el Cuadro N° 5.

Cabe precisar que los precios de los servicios de telefonía fija y dúo son los precios reales ofertados por TELEFÓNICA, el precio del Internet ADSL ha sido tomado de la oferta regular que presenta esta empresa en la que este servicio se adquiere de forma atada al servicio de telefonía fija<sup>48</sup>.

<sup>48</sup> En la página web de TELEFÓNICA, se indica que en caso de contar con una línea postpago, y desear el servicio de Internet, a la línea postpago se adicionará el precio de Internet considerado en el cuadro como “tarifa de Internet ADSL”.

	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 38 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

**Cuadro N° 5: Precio de los paquetes dúo de telefonía fija e Internet de TELEFÓNICA (S/.), con IGV**

Telefonía fija		Internet ADSL		Precio dúo
Plan	Precio	Velocidad	Precio implícito	
Plana	S/. 88.25	4 Mbps	S/. 415.48	S/. 209.00
Plana	S/. 88.25	3 Mbps	S/. 236.99	S/. 169.00
Semiplana	S/. 54.00	2 Mbps	S/. 227.08	S/. 139.00
Control	S/. 34.00	1 Mbps	S/. 137.84	S/. 108.08
Línea 20 (Control 30)	S/. 20.00	512 Kbps	S/. 49.58	S/. 69.00

Fuente: SIRT y páginas web de la empresa operadora, tarifas vigentes al mes de diciembre de 2011.

Elaboración: Secretaría Técnica – OSIPTTEL

Al respecto es importante observar que los precios implícitos del servicio de Internet ADSL son mayores al precio del dúo que incluye tanto el Internet como la telefonía fija, salvo en el caso del paquete: Línea 20 + Internet 512 Kbps.

Por su parte, la empresa TELMEX que también empaqueta la telefonía fija y el Internet, ofrece la posibilidad de hacer combinaciones de los planes de ambos servicios de acuerdo a las preferencias de los usuarios. En el Cuadro N° 6, se muestran algunos precios de paquetes que por las velocidades de Internet ofrecidas, y por los precios y las características del servicio de telefonía fija son comparables a los paquetes de TELEFÓNICA.

**Cuadro N° 6: Precio de los paquetes dúo de telefonía fija e Internet de TELMEX (S/.), con IGV**

Telefonía fija		Internet ADSL		Precio dúo
Plan	Precio	Velocidad	Precio	
Abierto 2000	S/. 105.00	4 Mbps	S/. 200.00	S/. 253.00
Abierto 2000	S/. 105.00	3 Mbps	S/. 150.00	S/. 215.00
Abierto 550	S/. 65.00	2 Mbps	S/. 120.00	S/. 133.00
Control 250	S/. 48.00	1 Mbps	S/. 80.00	S/. 108.00
Control 50	S/. 46.00	600 Kbps	S/. 54.00	S/. 66.00

Fuente: SIRT y páginas web de la empresa operadora, tarifas vigentes al mes de diciembre de 2011.


Elaboración: Secretaría Técnica - OSIPTTEL

De la comparación de precios de los paquetes ofrecidos por TELEFÓNICA y TELMEX (Cuadro N° 5 y Cuadro N° 6, respectivamente), se advierte que si bien el precio implícito de Internet solo de TELEFÓNICA es mayor al precio del paquete, no sucede lo mismo en el caso de la provisión de dicho servicio para el caso de TELMEX.

Así, la estructura de precios del servicio de Internet que presenta TELEFÓNICA no es coherente con la racionalidad económica de los empaquetamientos, tal como se mencionó anteriormente, según la cual: el precio del paquete de servicios debería incluir el costo del servicio de acceso a Internet más el costo del servicio de telefonía fija, teniendo en cuenta que en alguno de esos costos se incluye el costo de la planta externa que comparten ambos servicios. Por lo tanto, el precio del paquete debería ser algo mayor que el precio del servicio de Internet, sin embargo, ello no sucede.

Por otra parte, se debe tomar en cuenta que, considerando el precio implícito del Internet solo de TELEFÓNICA (en los términos antes señalados) y contrastando éste con el precio real del dúo de Internet y el precio real de la telefonía fija provistos por



	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 39 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

esta empresa, se obtiene el cálculo de un precio implícito negativo del servicio de telefonía fija. Esto se puede observar mejor en el siguiente Cuadro N° 7.

**Cuadro N° 7: Diferencias de Precios entre paquetes de Internet y telefonía fija y planes de Internet de TELEFÓNICA(S/.)**

Paquete (1)	Precio del paquete (2)	Precio Internet* (3)	Precio real telefonía (4)	Precio implícito telefonía (5=2-3)
Tarifa Plana + 4 Mbps	S/. 209.00	S/. 415.48	S/. 88.25	S/. -206.48
Tarifa Plana + 3 Mbps	S/. 169.00	S/. 236.99	S/. 88.25	S/. -67.99
Tarifa Semiplana + 2 Mbps	S/. 139.00	S/. 227.08	S/. 54.00	S/. -88.08
Línea Control al segundo + 1 Mbps	S/. 108.08	S/. 137.84	S/. 34.00	S/. -29.76
Línea 20 (Control 30) + 512 Kbps	S/. 69.00	S/. 49.58	S/. 20.00	S/. 19.42

\* No incluye el costo de conexión fija de S/. 20, que es el costo mínimo que debe afrontar un usuario al que solo le interese el servicio de Internet y no el de telefonía fija.

Fuente: SIRT y páginas web de la empresa operadora, tarifas vigentes al mes de diciembre de 2011.

Elaboración: Secretaría Técnica - OSIPTTEL

Si se realiza este mismo ejercicio para los precios de TELMEX, los resultados son distintos a los de TELEFÓNICA. Como muestran los resultados de la última columna del Cuadro N° 8, las tarifas implícitas del servicio de telefonía fija de TELMEX son positivas y representan en promedio el 50% de la tarifa de éste cuando es vendido por separado.

**Cuadro N° 8: Diferencias de precios entre paquetes de Internet y telefonía fija y planes de Internet de TELMEX (S/.)**


Paquete (1)	Precio del paquete (2)	Precio Internet (3)	Precio real telefonía (4)	Precio implícito telefonía (5=2-3)
Abierto 2000 + 4 Mbps	S/. 253.00	S/. 200.00	S/. 105.00	S/. 53.00
Abierto 2000 + 3 Mbps	S/. 215.00	S/. 150.00	S/. 105.00	S/. 65.00
Abierto 550 + 2 Mbps	S/. 133.00	S/. 120.00	S/. 65.00	S/. 46.00
Control 250 + 1 Mbps	S/. 108.00	S/. 80.00	S/. 48.00	S/. 28.00
Control 50 + 600 Kbps	S/. 66.00	S/. 54.00	S/. 46.00	S/. 12.00

Fuente: SIRT y páginas web de la empresa operadora, tarifas vigentes al mes de diciembre de 2011.

Elaboración: Secretaría Técnica - OSIPTTEL

Es importante tener cuenta un precio implícito para la venta del servicio de Internet por separado, la estructura de precios que podría ofrecer la empresa investigada evidenciaría una situación en la que: i) esta empresa establece precios para los servicios empaquetados que están por debajo del precio implícito del servicio de Internet y, además, ii) contrastando el precio implícito del Internet con el precio del paquete, se obtiene un precio implícito negativo del servicio de telefonía fija; a diferencia de la oferta de TELMEX, otra de las empresas en el mercado que también empaqueta iguales servicios.

Por todo lo dicho y retomando el análisis de la configuración del abuso de la posición de dominio, se ha verificado que en efecto TELEFÓNICA cuenta con suficiente poder de mercado en el servicio principal, que los servicios atados son diferentes y que existe un nivel apreciable de coerción para la adquisición conjunta de los servicios. Por lo que resta que esta Secretaría realice el análisis sobre la existencia de una afectación en el mercado del servicio atado o, en otras palabras, la determinación de los efectos anticompetitivos en el mercado de telefonía fija.

	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 40 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

### 7.2.3.3. Efectos anticompetitivos y eficiencias procompetitivas

De acuerdo con la metodología de análisis de competencia, resulta necesario acreditar un perjuicio sobre los competidores de la empresa investigada. Además, es importante evaluar la generación de efectos positivos que pueda acarrear la práctica.

De acuerdo con la metodología de análisis de la competencia, con relación al análisis de efectos en el mercado, se debe tener en cuenta que para la acreditación de efectos negativos, actuales o potenciales, sobre la competencia y el bienestar de los consumidores, se pueden presentar los siguientes efectos: el traslado de una posición de dominio en el mercado del bien principal al mercado del bien atado; el acaparamiento o cierre de los canales de distribución, impidiendo a los rivales la posibilidad de acceder a ellos; y la creación o elevación de barreras a la entrada estratégicas.


En el presente caso, sucede que TELEFÓNICA, al atar el servicio de Internet al servicio de telefonía fija, imposibilita la contratación del servicio de telefonía fija ofrecido por empresas distintas a TELEFÓNICA. La atadura de estos dos servicios es especialmente importante porque el servicio de Internet es un servicio que presenta una fuerte demanda, lo que no ocurre con el servicio de telefonía fija.

Así, por ejemplo, la adquisición por parte de los consumidores del servicio de Internet de TELEFÓNICA, en mercados donde ésta es la única empresa que provee el servicio de Internet, se realizará necesariamente de forma conjunta con el servicio de telefonía fija de TELEFÓNICA, ya sea adquiriendo estos servicios como parte de una oferta regular u oferta promocional (dúo), de esta manera, el usuario termina comprando el servicio de telefonía fija a esta empresa, descartando la posibilidad de comprar este mismo servicio de otra empresa.

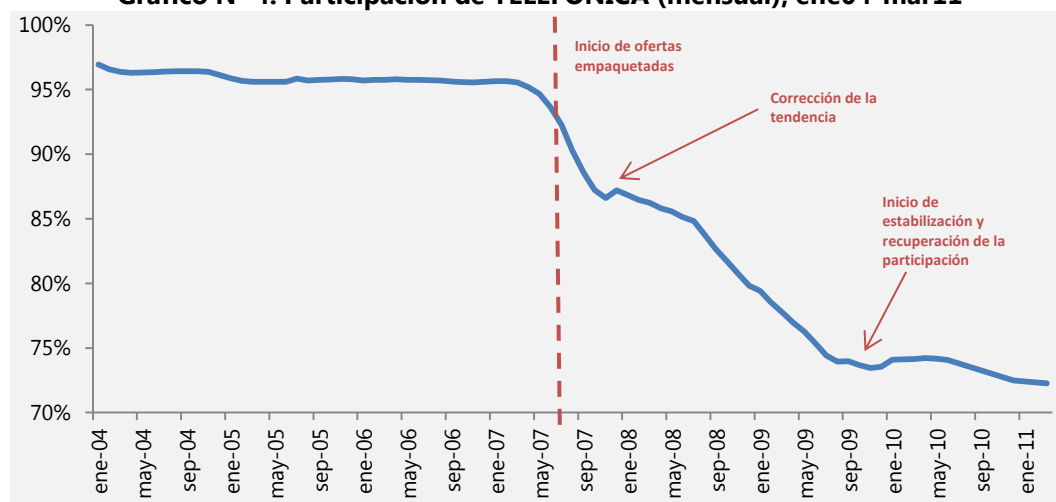
En este caso, la preferencia por el servicio de telefonía fija es un efecto ficticio del mercado porque TELEFÓNICA no ofrece el internet solo y aprovecha su participación en el mercado del servicio de Internet para conseguir clientes en el servicio de telefonía fija.

#### A. Efectos en los competidores

Para el caso del **mercado de telefonía fija**, a partir del año 2005 la dinámica del crecimiento del número de líneas en servicio de TELEFÓNICA empezó a desacelerarse, ocasionando que a partir del segundo semestre del año 2007, este indicador mostrara una tendencia a la baja. Como se observa en el Gráfico N° 4, esta disminución en el número de líneas en servicio tuvo como efecto una importante pérdida de participación de mercado de TELEFÓNICA, que pasó de aproximadamente 96% durante todo el año 2006 a 87% en noviembre de 2007. Sin embargo, a partir de esta última fecha, unos meses después del inicio de las ofertas empaquetadas, la pendiente de la caída de la tasa de participación de TELEFÓNICA se redujo, continuando la disminución del número de líneas en servicio y la participación pero a un ritmo más lento hasta julio de 2009. Desde entonces se ha observado una ligera recuperación en la participación de TELEFÓNICA.

	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 41 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

**Gráfico N° 4: Participación de TELEFÓNICA (mensual), ene04-mar11**



Nota: La información de enero de 2004 a junio de 2010 ha sido reportada al OSIPTTEL por las empresas operadoras en forma mensual. Asimismo, la información posterior a junio de 2010 corresponde únicamente a los meses de diciembre de 2010 y marzo de 2011 y ha sido extraída de la página web del MTC.

Fuente: OSIPTTEL y Ministerio de Transportes y Comunicaciones

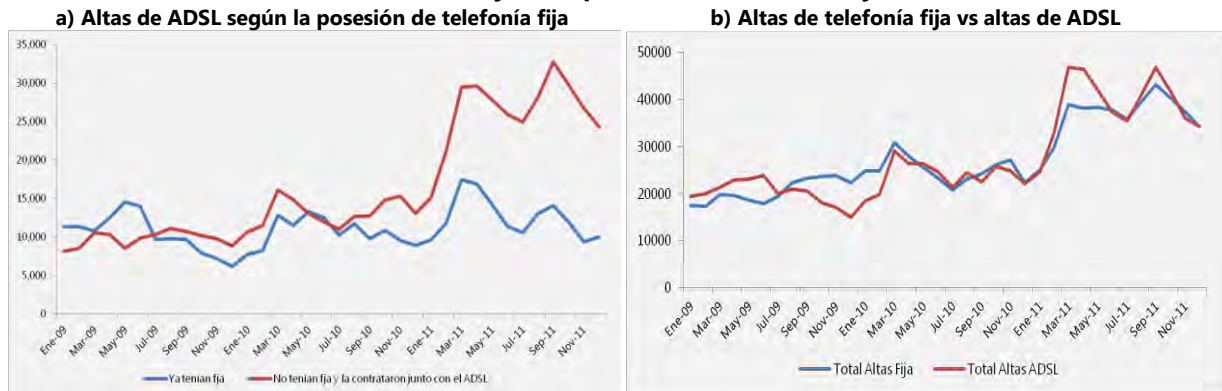
Elaboración: Secretaría Técnica - OSIPTTEL

La explicación para que la caída de la participación de TELEFÓNICA en el mercado de telefonía fija se haya detenido sería el importante crecimiento de las ofertas empaquetadas que realiza esta empresa, ya que la mayoría de altas de accesos ADSL corresponden a altas a través de servicios empaquetados, principalmente dúos de telefonía fija e Internet.<sup>49</sup>

A continuación se observa con mayor detalle las altas en los accesos ADSL. El panel a) del Gráfico N° 5 hace una división de las altas de ADSL considerando si el abonado ya tenía el servicio de telefonía fija o si este lo contrata al momento de adquirir el servicio de Internet. Así, este gráfico muestra que si bien durante los años 2009 y 2010 las altas en ambas categorías eran similares, a partir del año 2011 la mayor parte de las altas corresponden a usuarios que no tenían servicio telefónico de TELEFÓNICA, pero que lo contrataron junto con el acceso a Internet. Esta última categoría incluye tanto las altas a través de empaquetamiento como a través de ofertas regulares y ofertas promocionales. Es decir, en los últimos dos años el crecimiento de las conexiones por ADSL habría impulsado con mayor fuerza al crecimiento en el número de líneas fijas de TELEFÓNICA.

<sup>49</sup> En promedio, entre enero de 2009 y diciembre de 2011, se observa que el 68% de las altas mensuales de ADSL corresponden a altas de dúos de este servicio junto con el de telefonía fija.

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



Fuente: TELEFÓNICA

Elaboración: Secretaría Técnica - OSIPTTEL

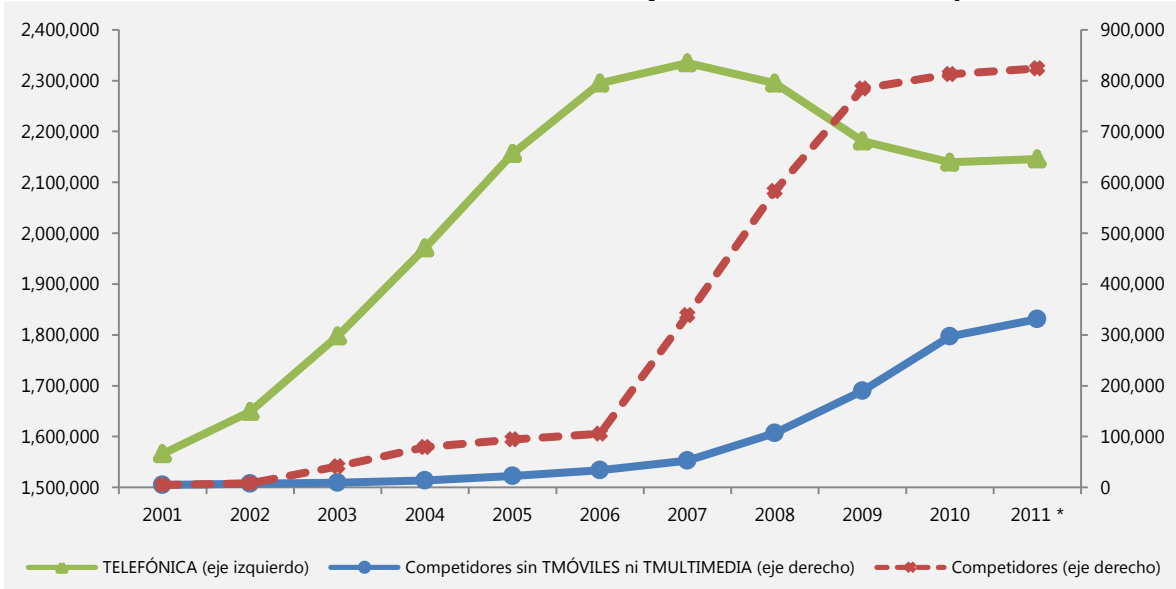
Lo anteriormente mostrado podría ser un indicador de la relación directa existente entre el servicio de telefonía fija de TELEFÓNICA y su servicio de Internet por ADSL. Otro indicio adicional lo encontramos en el panel b) del Gráfico N° 5, ya que en dicho gráfico se puede ver que existe una clara relación directa entre las altas de líneas fijas en servicio y las altas de accesos ADSL (altas reales y no altas netas). Asimismo, debe tenerse en cuenta que la correlación entre estas variables observada entre enero de 2009 y diciembre de 2011 es de aproximadamente 0.92. Es más, si se calcula la correlación entre las altas de ADSL que no tenía telefonía fija y la contrataron junto con el ADSL, y las altas totales de telefonía fija, se obtiene un valor de 0.97.<sup>50</sup>

Debe mencionarse también que los stocks de dúos de ADSL y telefonía fija han crecido en forma importante en los últimos años. En enero de 2009 el stock de líneas fijas duadas con el servicio de ADSL representaba el 10% del total de líneas fijas en servicio, mientras que a diciembre de 2011 este porcentaje se incrementó hasta 32%. De otro lado, se ha registrado una caída en las líneas de telefonía fija en servicio que no están empaquetadas con ningún servicio. Así, las líneas fijas no vinculadas a ningún otro servicio representaban en enero de 2009 el 69% del total de líneas en servicio, mientras que en diciembre de 2011 este porcentaje se había reducido hasta el 46%.

Esto se relaciona a su vez con un menor crecimiento de los competidores de TELEFÓNICA, ya que estos no pueden igualar las ofertas de TELEFÓNICA en los servicios empaquetados, debido a factores como la falta de una red propia (o de dimensiones cercanas a la red del incumbente), o la falta de acceso mayorista a la red del incumbente. Ello queda claro al observar el Gráfico N° 6, el cual muestra una coincidencia entre el momento en el que se detuvo la caída del número de líneas en servicio de TELEFÓNICA y una desaceleración en el crecimiento del número de líneas de las empresas competidoras.

<sup>50</sup> Si se analiza la correlación entre las altas netas de los servicios de telefonía fija e Internet por ADSL de TELEFÓNICA, se observa la existencia de una relación bastante cercana entre ambas variables. De hecho el coeficiente de correlación es positivo y cercano a 0.76, lo cual muestra también que hay una evidente relación directa entre las altas netas de los accesos ADSL y las altas netas de líneas en servicio de telefonía fija de TELEFÓNICA.

**Gráfico N° 6: Evolución del número de líneas fijas, TELEFÓNICA vs Competidoras**



\* Al primer trimestre de 2011

Fuente: Ministerio de Transportes y Comunicaciones

Elaboración: Secretaría Técnica - OSIPTTEL

Como se observa, lo que causa la práctica de venta atada de TELEFÓNICA es privar a sus competidores en el mercado del servicio de telefonía fija (servicio atado) de acceder a parte importante de los compradores.


De esta manera, se evidencia que TELEFÓNICA con el objetivo de proteger su nivel de participación en el mercado de telefonía fija, se vendría beneficiando a través de la protección de su cuota de mercado en este servicio, afectando a los competidores, pues el crecimiento de éstos se viene estancando a favor de una recuperación de TELEFÓNICA.

En otras palabras, frente a sus competidores en el mercado de telefonía fija, lo que hace TELEFÓNICA a través de la venta atada es elevar y fortalecer las barreras a la entrada del mercado de telefonía fija.

Asimismo, esta Secretaría Técnica considera importante mencionar la posibilidad de que esta práctica también esté afectando el **mercado de voz por IP**, en la medida en que este servicio permite las comunicaciones de voz y su desarrollo podría cambiar la dinámica competitiva en el mercado de telefonía fija al constituirse como un sustituto de este servicio.

La práctica de venta atada de TELEFÓNICA impide la creación de un mercado de Internet solo, con clientes que podrían ser captados por empresas proveedoras de voz por IP. Así, la estrategia comercial de TELEFÓNICA podría constituir una traba para que los usuarios que no desean tener el servicio telefónico tradicional de TELEFÓNICA puedan satisfacer sus necesidades de comunicación a través de la voz por IP. De esta manera, se reduciría el mercado potencial de las empresas que se dedican a brindar servicios de voz por IP.

Al respecto, la empresa INFODUCTOS Y TELECOMUNICACIONES ha señalado lo siguiente: “(e)l empaquetamiento del servicio de voz y datos hace que no haya competencia en el servicio de voz sobre IP. Un cliente que contrata ADSL de Telefónica y quiere contratar el servicio de VoIP de Infoductos no puede dar de baja el

	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 44 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

*servicio de telefonía fija de Telefónica del Perú. Telefónica del Perú lo obliga a contratar telefonía fija y Speedy. Este empaquetamiento no tiene ningún sustento de red ni económico dado que el usuario paga el recurrente del servicio de Speedy<sup>51</sup>.*

Asimismo, PERUSAT ha manifestado que la venta del servicio de internet atada a una línea telefónica es uno de los problemas más importantes que han tenido que afrontar desde el inicio de sus operaciones en el mercado<sup>52</sup>.

En la misma línea CONVERGIA, ha señalado que *“hay una limitación para masificar el tema de IP”*, ello en referencia a la telefonía IP. Adicionalmente, CONVERGIA pone como ejemplo a Estados Unidos en el sentido de que en dicho país el usuario puede darse de baja en el servicio telefónico manteniendo el servicio de Internet<sup>53</sup>.

En tal sentido, es de apreciar que la venta atada que realiza TELEFÓNICA podría constituir además, una importante barrera a la entrada para actuales y potenciales operadores de telecomunicaciones que proveen el servicio de telefonía por IP.

## **B. Efectos en los usuarios**

Producto de la práctica implementada por TELEFÓNICA, se genera un primer grupo de consumidores que deseaban adquirir el Internet solo pero que se vieron forzados a comprar un servicio adicional como el servicio de telefonía fija, que en realidad no deseaban o que con base en sus particulares necesidades deseaban contratar con otra empresa. Es preciso indicar que todas las ofertas de TELEFÓNICA exigen tener una línea fija postpago, (a excepción del Internet 50 prepago que sí permite una línea telefónica prepago).

Asimismo, esta práctica genera un segundo grupo de consumidores que atendiendo a los precios de los servicios atados, los usuarios interesados únicamente en el servicio de acceso a Internet y que no contaban con recursos para contratar el servicio de telefonía fija, se ven impedidos de adquirir el servicio de Internet.

Además, en la medida que TELEFÓNICA condicionó la provisión del servicio de acceso a Internet a que sus usuarios mantengan una línea telefónica fija contratada con ellos, limitó la libertad de sus abonados de darse de baja del servicio de telefonía fija.

La libertad de los consumidores se ve afectada de manera especial por el hecho que en un contexto como el actual, en el que se viene dando una sustitución entre la telefonía fija y la telefonía móvil, la valoración del servicio de telefonía fija ha decaído.

De otro lado, en sus alegatos, Telefónica sostuvo que en el 2002, OSIPTTEL presentó el informe “Situación del mercado de televisión por cable”, en el cual se indicó que el producto “CableNet” ofrecido por MULTIMEDIA, mediante el cual se brindaba conjuntamente el servicio de internet con el de televisión por cable, si bien representaba un supuesto de venta atada, no tenía efectos anticompetitivos ni generaba perjuicio a los consumidores.


Conforme puede apreciarse de la lectura del mencionado informe, éste tiene por objeto la descripción del mercado de cable, no tiene por finalidad la evaluación de una

<sup>51</sup> Carta N° INTEP/S-002-2012/PRE del 16 de enero de 2012.

<sup>52</sup> Carta N° GG 024-2012 del 23 de enero de 2012.

<sup>53</sup> Ver: Diario Gestión, sección Negocios pág. 8. Lima 16 de enero de 2012.



	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 45 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

posible práctica anticompetitiva, de ahí que a fin de evaluar el supuesto de venta atada en el producto CableNet, no se presente un análisis similar al de la presente controversia en la que sí se aplica una metodología de análisis de competencia.

Por lo tanto, la alegación de TELEFÓNICA en el sentido de convalidar la práctica bajo análisis debido a lo manifestado en el informe “Situación del mercado de televisión por cable” no resulta pertinente. Sin embargo, nada impide que el OSIPTTEL se avoque al análisis del caso particular del producto CableNet, de considerar conveniente.

### **C. Justificaciones a la realización de la venta atada**

De acuerdo con la metodología de competencia, se considera que la conducta podría ser legítima si existe justificación objetiva para realizarla o produce eficiencias procompetitivas que compensen los efectos anticompetitivos.

Con relación a las razones objetivas, debe tenerse en cuenta que tendría que tratarse de razones objetivas aplicables a toda empresa del mercado, de modo que sin la vinculación de los bienes no podrían ser distribuidos.

Respecto de las eficiencias procompetitivas, esta Secretaría considera que deben ser consecuencia de la vinculación de los bienes, es decir, la vinculación debe ser indispensable para conseguir las eficiencias, además las eficiencias deben beneficiar a los consumidores y no deben eliminar la competencia.

- **Supuesta justificación técnica**

El acceso a Internet por ADSL se soporta sobre la red de telefonía fija convencional pero es independiente de ésta.


Lo anterior, se explica porque la tecnología ADSL, a diferencia de tecnologías anteriores como el *dial-up* permite cursar simultáneamente voz y datos, para lo cual cuenta con 3 canales independientes: uno para la comunicación de voz (servicio telefónico) y dos canales de alta capacidad siendo uno para el envío de datos y otro para la recepción de datos (servicio Internet).

En concreto, la posibilidad que tanto los servicios de voz como los de datos funcionen independientemente se debe a que ambos funcionan en distintas frecuencias: el transporte de voz se realiza en frecuencias bajas (menores a 4 KHz) y el transporte de datos con tecnología ADSL en frecuencias altas (desde 25 KHz hasta 1.1 Mhz).

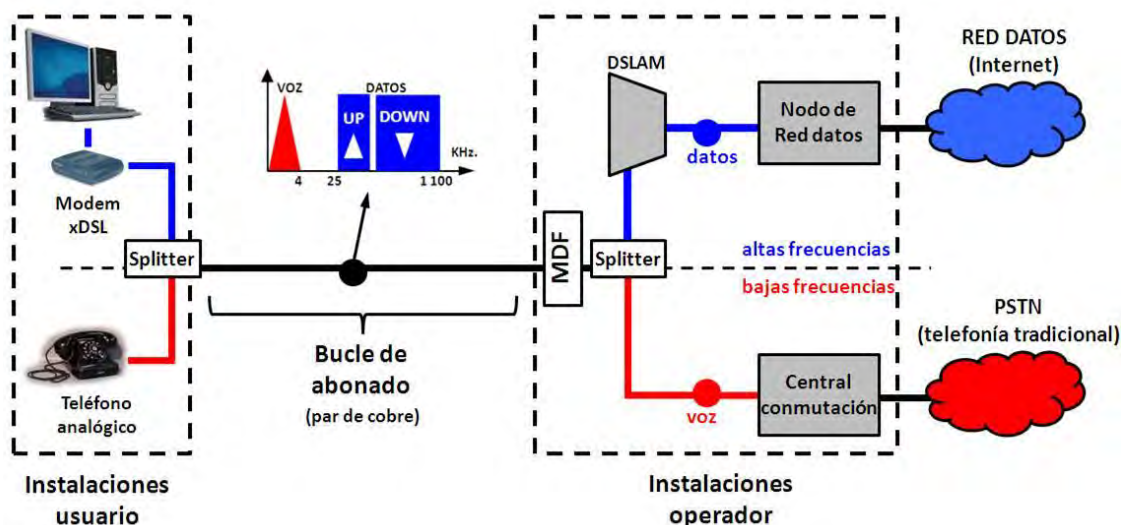
A través de *splitters*, se filtran las frecuencias permitiendo que solo aquellas frecuencias adecuadas lleguen a los elementos indicados para cursar uno u otro tráfico. El DSLAM o concentrador ADSL recibe las comunicaciones de muchos usuarios que derivan de sus correspondientes bucles de abonado y los concentra en una salida única que va hacia una red de datos (ATM, Metro Ethernet, etc.).

Al ser el acceso a Internet por ADSL uno no conmutado, no hace uso de las centrales de conmutación de la red fija, es decir, no usan las facilidades ni de comunicación ni de transporte de la red telefónica, pero sí utiliza (se soporta sobre) el par de cobre o bucle de abonado que constituye parte de la red de telefonía fija.

La explicación antes reseñada es resumida en el Gráfico N° 7.

	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 46 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

**Gráfico N° 7: Esquema de ADSL y frecuencias de operación**



Elaboración: Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia – OSIPTEL

En la exposición de motivos de la Resolución N° 036-2000-CD/OSIPTEL referida a la regulación de tarifas tope para el servicio mayorista de transmisión de datos mediante circuitos virtuales ATM con acceso ADSL provisto por TELEFÓNICA (GigADSL), el OSIPTEL reconoció la independencia de los servicios de ADSL y de voz analógica, del modo siguiente:


*“(...) los abonados titulares de una línea telefónica fija, podrán contar con un acceso digital asimétrico. Esto implica poner a disposición del abonado un medio de transmisión que le permitirá una velocidad de “bajada” (de red a usuario) superior a la velocidad de “subida” (de usuario a red), en tanto que la transmisión sobre la línea telefónica se realizará **en forma independiente** y simultánea a la utilización del servicio de telefonía fija”. (el resaltado es nuestro).*

Por su parte, también TELEFÓNICA ha reconocido la independencia en la provisión de los servicios de telefonía fija e Internet, con ocasión del lanzamiento comercial de su servicio Speedy:

*“El 15 de agosto se lanzó al mercado Speedy, un servicio de conexión permanente a Internet a alta velocidad y con tarifa plana, gracias a la tecnología ADSL. Este servicio usa la línea telefónica convencional. Las comunicaciones telefónicas y el acceso a Internet funcionan en forma simultánea e independiente a través de la misma línea. La velocidad de acceso es asimétrica (en el sentido de la red para bajar información es de 2-1 [256/128], y de 4-1 [512/128] en el sentido de usuario a la red para recibir información)<sup>54</sup>”.*

Estando a lo señalado, se puede concluir que no existen criterios técnicos que justifiquen la venta conjunta del servicio de acceso a Internet vía ADSL con el servicio de telefonía fija.

<sup>54</sup> Al respecto, ver: TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. Memoria Anual 2001, pág. 50. Disponible en: [http://www.telefonica.com.pe/adt/pdf/memoria\\_2001.pdf](http://www.telefonica.com.pe/adt/pdf/memoria_2001.pdf) (última visita: 16 de noviembre de 2011).

	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 47 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

- **Supuesta justificación legal**

En sus descargos TELEFÓNICA señaló que, de acuerdo a lo establecido por el MTC, el servicio de internet mediante ADSL que ofrece, se encuentra calificado como un servicio de valor añadido en la modalidad de conmutación de datos por paquetes que se vale tanto de la red portadora como del servicio final de telefonía fija que ofrece, motivo por el cual la comercialización conjunta, se encontraría plenamente justificada. De lo planteado por TELEFÓNICA se desprende que ésta consideraría que la sola calificación de un servicio como de valor añadido, sería una justificación legal para la venta conjunta de los servicios.

En atención a la aludida justificación legal, debe precisarse que en esta controversia no se encuentra en discusión la calificación del servicio de internet como uno de valor añadido efectuada por el MTC. En tal sentido, lo que deberá evaluarse en el presente caso será si la sola determinación de un servicio como de valor añadido implica que dicho producto pueda ser comercializado únicamente con el servicio portador o final sobre el cual se soporta, de forma conjunta.

Al respecto, tenemos que de acuerdo al artículo 29º de la Ley de Telecomunicaciones, un servicio de valor añadido es aquél *“que utilizando como soporte servicios portadores o finales o de difusión, añaden alguna característica o facilidad al servicio que les sirve de base”*.

De la revisión del marco regulatorio pertinente para los servicios de valor añadido se ha verificado que no existe ninguna restricción normativa que imponga su venta conjunta con los servicios portadores o finales sobre los que se soportan. A modo de ejemplo, tenemos que el servicio de acceso a Internet es provisto por otras empresas tales como TELMEX y AMERICATEL quienes además de la oferta empaquetada, brindan el servicio de acceso a Internet vía ADSL sin condicionarlo a la contratación de una línea telefónica fija.


Asimismo, en el Registro de Empresas de Servicio de Valor Añadido, administrado por el MTC existen otros servicios de valor añadido, que se prestan separadamente de los servicios portadores o finales sobre los cuales se soportan, tales como el teleproceso y procesamiento de datos, mensajería interpersonal, entre otros.

En virtud a lo anterior puede concluirse que la determinación de un servicio como valor añadido no implica que su prestación únicamente pueda realizarse conjuntamente con el servicio final o portador sobre el cual se presta, siendo que por el contrario conforme se ha señalado en los párrafos precedentes, los servicios de valor añadido son ofrecidos en el mercado de forma individual.

- **Supuestas eficiencias económicas**

TELEFÓNICA indica que desde una perspectiva económica, la oferta conjunta del servicio de acceso a Internet a través de la tecnología ADSL y del servicio de telefonía fija genera una serie de costos comunes representados por el uso de par de cobre como el elemento más importante.

De otro lado, TELEFÓNICA mencionó que de la venta atada de servicios de acceso a Internet vía ADSL y la telefonía fija, el ahorro de costos se produce en beneficio del usuario. Este ahorro provendría de la generación de una economía de ámbito. Como ejemplos indicó el ahorro en la administración de los servicios ofrecidos sobre una sola plataforma y lo referido a la comercialización del servicio, ya que existen una serie de

	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 48 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

labores compartidas en la gestión comercial de los diferentes productos, lo que implica una disminución en costos asociados a promoción y publicidad, entre otros.

Así, TELEFÓNICA manifiesta que el ahorro de costos derivado de la atadura justificaría la práctica. Al respecto, se debe anotar que no basta que una determinada práctica suponga un ahorro de costos en beneficio del usuario, sino que además este debe ser suficiente en modo tal que supere los perjuicios ocasionados por el efecto exclusorio de la práctica.

Así, si bien en el corto plazo la práctica había generado un beneficio a nivel tarifario para un grupo de usuarios, se ha demostrado que la estrategia de comercialización de TELEFÓNICA estaría afectando al menos a sus competidores del mercado de telefonía fija y obligando a los usuarios a adquirir o contratar servicios, no en base a la calidad, precio o complementariedad de los productos, sino basados en la necesidad de contratar únicamente uno de los componentes atados, causando con esto una distorsión en las preferencias y un perjuicio reflejado en la disminución de eficiencia en la asignación de recursos, con un impacto desfavorable a la libre competencia.

En conclusión, los beneficios asociados a la práctica de TELEFÓNICA no justifican la realización de la práctica investigada, ya que los efectos negativos de la misma son mayores.

#### **7.2.4. Medida correctiva y sanción**

En atención a los fundamentos expuestos en el presente informe se evidencia que TELEFÓNICA habría incurrido en una práctica anticompetitiva. En tal sentido, en este apartado resulta necesario evaluar: i) las medidas correctivas que deben ser tomadas; y, ii) la posibilidad de sancionar al infractor. Los referidos aspectos serán desarrollados a continuación:

##### **7.2.4.1. Sobre las medidas correctivas**


El marco regulatorio vigente faculta al OSIPTTEL a aplicar medidas correctivas en las materias que son de su competencia, entre ellas, las infracciones a las normas sobre libre competencia<sup>55</sup>, a fin de poder revertir los efectos derivados de las conductas ilícitas detectadas<sup>56</sup>.

Al respecto, en el presente caso se investigó la práctica comercial de TELEFÓNICA consistente en brindar únicamente el servicio de acceso a internet a todo aquél usuario que contrate o mantenga una línea telefónica de TELEFÓNICA.

<sup>55</sup> Decreto Supremo 013-93-TCC. Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones: Artículo 69.- Se encuentran prohibidas las prácticas empresariales restrictivas de la leal competencia, entendiéndose por tales los acuerdos, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia. Estas prácticas dan lugar a la adopción de medidas correctivas por parte del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, de cumplimiento obligatorio por las empresas infractoras.

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

<sup>56</sup> En tal sentido el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 1963-2006-PA/TC reconoció la importancia de las referidas medidas correctivas toda vez que permiten la cesación de la conducta infractora y de esta manera se detiene el perjuicio causado al mercado y a los competidores.

	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 49 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

En atención a ello, correspondería ordenar a TELEFÓNICA como medida correctiva que oferte el servicio de acceso a Internet, de forma independiente a la contratación del servicio de telefonía fija, sin condicionarlo a la contratación o mantenimiento de una línea telefónica de esta misma empresa. En esta misma línea, es preciso indicar que TELEFÓNICA tampoco podría aprovechar su posición de dominio en el servicio de Internet para realizar una práctica con efectos similares al de una venta atada<sup>57</sup>.

A este respecto, debe recordarse que de acuerdo con el Reglamento General de Tarifas<sup>58</sup>, el establecimiento de tarifas, ofertas y planes en general debe resultar acorde a las normas protectoras de la libre y leal competencia, motivo por el cual al momento de determinar sus ofertas y promociones, las empresas operadoras no podrán imponer condiciones comerciales que resulten lesivas al proceso competitivo.

La finalidad de colocar a la normativa protectora de la libre y leal competencia como un límite a la libertad tarifaria de las empresas radica en que la debida protección del proceso competitivo garantiza la libertad de elección de los usuarios, fomenta la innovación en la prestación de los servicios así como promueve la mejora de la calidad y precio de las ofertas<sup>59</sup>. En atención a dichos argumentos, ARIÑO ORTIZ considera que la función del regulador será la de velar por la formación competitiva de los precios, evitando que éstos se vean alterados por prácticas contrarias a la libre y leal competencia<sup>60</sup>.

Por los argumentos expuestos, la medida correctiva a imponer sería la de establecer la obligación de TELEFÓNICA de ofertar su servicio de acceso a internet sin condicionarlo a la contratación o mantenimiento de una línea telefónica, siendo que no podrá además desplegar ninguna conducta con efectos análogos.

#### **7.2.4.2. Sobre las sanciones pecuniarias**

El artículo 26.1 de la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL establece que para la aplicación de sanciones a la libre competencia, se aplicarán los montos y criterios de graduación establecidos en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas<sup>61</sup>.

<sup>57</sup> Al respecto debe señalarse que un razonamiento similar se siguió en el caso Microsoft (asunto COMP/C-3/37.792 — Microsoft) en el cual la Comisión Europea ordenó a la referida empresa que cesara con la práctica de atadura detectada, debiendo por ello evitar cualquier conducta que tenga efectos análogos a los de la vinculación de productos y que por tanto restrinja en los hechos la libertad de los consumidores.


<sup>58</sup> Resolución N° 060-2000-CD/OSIPTEL. Reglamento General de tarifas. Artículo 6.- Sujeción a normas de libre y leal competencia. En la fijación y aplicación de tarifas y planes tarifarios, así como en la aplicación de ofertas, descuentos y promociones en general, las empresas operadoras deberán sujetarse a las normas sobre libre y leal competencia establecidas en las normas de telecomunicaciones así como en el Decreto Legislativo N° 701 (actual Decreto Legislativo N° 1034) y el Decreto Ley N° 26122 (actual Decreto Legislativo N° 1044), y sus respectivas modificatorias.

<sup>59</sup> Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. España. *"Principios y Líneas Maestras de la Futura Regulación de las Redes de Acceso de Nueva Generación"*. pág. 14. Disponible en: [http://www.cmt.es/es/documentacion/de\\_referencia/redes\\_nueva\\_generacion/anexos/ANEXO\\_NGA.pdf](http://www.cmt.es/es/documentacion/de_referencia/redes_nueva_generacion/anexos/ANEXO_NGA.pdf)

<sup>60</sup> ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *"Teoría y práctica de la regulación para la competencia"*. Universidad Autónoma de Madrid. Madrid. 1995. págs. 57-58.

<sup>61</sup> Ley N° 27336. Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL. Artículo 26.1 Se exceptúa del artículo anterior las infracciones relacionadas con la libre o legal competencia, a las cuales se aplicarán los montos establecidos por el Decreto Legislativo N° 701, el Decreto Ley N° 26122 y aquellas que las modifiquen o sustituyan. Se aplicarán asimismo los criterios de gradación de sanciones establecidos en dicha legislación.



	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 50 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

El artículo 43.1 de la Ley de Represión de Conducta Anticompetitivas considera que la realización de actos de libre competencia constituye una infracción a las disposiciones de la presente Ley y será sancionada bajo los siguientes parámetros: de leve, grave y muy grave<sup>62</sup>.

El artículo 44° de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas establece que la autoridad podrá tomar en consideración para determinar la gravedad de la infracción diversos criterios tales como el beneficio ilícito resultante de la comisión de la infracción, los efectos sobre el mercado (tanto respecto de los competidores como de los usuarios), entre otros factores que, dependiendo del caso concreto, se considere adecuado adoptar<sup>63</sup>.

En tal sentido, conforme ha podido ser desarrollado por esta Secretaría Técnica al momento de evaluar los efectos nocivos de la práctica desplegada por TELEFÓNICA, se observa que la venta atada efectuada le generó un beneficio ilícito toda vez que le permitió evitar la caída que venía sufriendo en el mercado de telefonía fija, al forzar la contratación de dicho servicio a fin de proveer el acceso a internet.

Asimismo, debe señalarse que la práctica implementada por TELEFÓNICA tuvo efectos sobre los usuarios, quienes se vieron perjudicados por la venta atada impuesta por TELEFÓNICA.

Finalmente, debe señalarse como criterio para la graduación de la sanción a la dimensión del mercado afectado, tomando en cuenta además, la cuota del mercado del infractor y que la multa a imponer debe ser proporcional al impacto que la conducta tuvo sobre el mercado de telefonía fija.


<sup>62</sup> Ley N° 1034. Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Artículo 43.- El monto de las multas.-  
43.1. Las conductas anticompetitivas serán sancionadas por la Comisión, sobre la base de Unidades Impositivas Tributarias (UIT), con las siguientes multas:

a) Si la infracción fuera calificada como leve, una multa de hasta quinientas (500) UIT, siempre que dicha multa no supere el ocho por ciento (8%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión;  
b) Si la infracción fuera calificada como grave, una multa de hasta mil (1 000) UIT, siempre que dicha multa no supere el diez por ciento (10%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la Comisión; o,  
c) Si la infracción fuera calificada como muy grave, una multa superior a mil (1 000) UIT, siempre que dicha multa no supere el doce por ciento (12%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la Comisión.

<sup>63</sup> Ley N° 1034. Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Artículo 44.- Criterios para determinar la gravedad de la infracción y graduar la multa.- La Comisión tendrá en consideración para determinar la gravedad de la infracción y la aplicación de las multas correspondientes, entre otros, los siguientes criterios:

(a) El beneficio ilícito esperado por la realización de la infracción;  
(b) La probabilidad de detección de la infracción;  
(c) La modalidad y el alcance de la restricción de la competencia;  
(d) La dimensión del mercado afectado;  
(e) La cuota de mercado del infractor;  
(f) El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores;  
(g) La duración de la restricción de la competencia;  
(h) La reincidencia de las conductas prohibidas; o,  
(i) La actuación procesal de la parte.



	DOCUMENTO	N° 020-STCCO/2012 Página 51 de 51
	INFORME INSTRUCTIVO	

De igual modo, en opinión de esta Secretaría se debe tener en cuenta que TELEFÓNICA no ha observado una correcta disposición a colaborar con la presente investigación, reflejada en una actuación procesal no idónea básicamente por haber entregado información discordante.

En atención a los criterios esbozados esta Secretaría Técnica considera que dado el perjuicio causado al mercado, el beneficio ilícito obtenido, así como a la dimensión del mercado afectado, la infracción cometida por TELEFÓNICA debería ser considerada como GRAVE, motivo por el cual se le podría imponer una multa de hasta mil (1000) UIT.