

El Abuso de Posición de Dominio de Telefónica del Perú

Yubitza Yamali Rojas Pinedo¹

Resumen: El Estado en el cumplimiento de su función protectora de los intereses de la población, a través de los Organismos Reguladores dicta medidas correctivas a las empresas que en la prestación de servicios públicos, afecte la sana competencia que debe existir en el mercado. De esta manera el Tribunal de Solución de Controversias del OSIPTEL, Organismo Regulador competente, emitió resolución ordenando a TELEFONICA la despaquetización de los servicios de telefonía fija e internet, medida que se vio frustrada al recurrir ésta al procedimiento contencioso administrativo.

Abstract: The State in the performance of their duties to protect the interests of the population, through the dictates Regulators corrective measures to companies in the provision of public services, affects the healthy competition that should exist in the market. Thus the Court Dispute Settlement OSIPTEL competent regulatory body, issued a resolution ordering the depacketization TELEFONICA of fixed telephony and internet, as was frustrated to use this administrative procedure.

Palabras clave: Organismos Reguladores, OSIPTEL, Agentes económicos, fallas del mercado, empresa operadora, abuso de posición de dominio, monopolio, venta atada.

Key Word: Regulators, OSIPTEL, economic agents, market failures, the operator, abuse of dominance, monopoly, tied selling.

INTRODUCCIÓN

La experiencia de los años nos ha dejado la enseñanza que a mayor competencia en el mercado, los beneficios recaen directamente en los usuarios de los servicios, ya que con el afán de tener mayor cantidad de abonados, las empresas brindan mayores ofertas.

¹ Egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres – Filial Norte Chiclayo, especialidad corporativo, periodo 2013 – 1. Es integrante del Centro de Investigación en Derecho Regulatorio de la misma casa de estudios. Realiza prácticas pre-profesionales en la Oficina Desconcentrada de Lambayeque del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL.

A pesar de ello actualmente aún existe posición de dominio en el mercado de las telecomunicaciones, debido a que una de las empresas operadoras practica la llamada “venta atada”.

El Perú se desenvuelve en una economía social de mercado, lo que conlleva a la existencia de un equilibrio competitivo de las diferentes actividades empresariales, con el propósito de cautelar los intereses de la población, es por ello que nuestra carta magna confiere una función especial al Estado que es la de facilitar y vigilar la libre competencia, y además de combatir toda práctica que limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas.

Lo que siempre he escuchado decir es que mientras más competencia exista en el mercado, más posibilidades de elección tendríamos al momento de contratar servicios o adquirir bienes de calidad y a un menor precio. No podemos aferrarnos a una cultura de monopolios, fabricar mecanismos de producción en base a criterios lucrativos, generando desventajas de alto rango al mercado, a los inversionistas y sobre todo, lo más importante a nosotros.

Es importante dejar en claro que las concentraciones económicas y los monopolios no se encuentran prohibidos en nuestro país, aunque sólo existe una legislación *antitrust* que es la *Ley N° 26876 - Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico*.

Hoy en día, las empresas que ostentan “*posición de dominio*” están provocando insatisfacciones a gran escala, es por ello que se necesita la adecuada y rápida intervención del Estado. Si bien es cierto, que nuestra Constitución Política no considera una infracción *per se* la posición de dominio, pues al hacerlo habría una contradicción con el sistema de libre competencia pues la eficiencia económica determina el triunfalismo de los agentes que desarrolle mejor sus procesos productivos, lo que se sanciona es el abuso de dicha posición, en la medida que cometen actos perjudiciales para la competencia y para los consumidores y/o usuarios, por lo cual esas conductas calificadas como anticompetitivas están prohibidas en forma *absoluta* (es decir, bastará con la sola existencia de la conducta para que se ordene su cese y se imponga la sanción respectiva) o *relativa* (para ello se debe acreditar que la conducta ha generado o puede generar efectos nocivos contra el mercado o contra los consumidores), según lo dispone el Decreto Legislativo N° 1034- Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

Tanto la literatura como la ley de la materia señala que la “*posición de dominio*” se configura cuando un agente económico aprovecha su posición dominante en el mercado relevante para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo

beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, que no serían posibles si no tuviera dicha posición.

El abuso de posición de dominio es uno de los factores por el cual se generan las denominadas fallas del mercado al ser especialmente nocivas para la competencia, generando; entre otros, inconsistencias y desequilibrios dentro del mercado, utilizando sus diversas modalidades de ejecución o puesta en escena (que son también reguladas por la ley en mención líneas arriba). La que se ha robado el “Show” este año y la que es la comidilla de todos y todas, es la modalidad de 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, es decir la llamada Venta Atada, modalidad que le ha costado a Telefónica del Perú más de S/. 1.5 MILLONES.

Como bien sabemos, la empresa Telefónica del Perú 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.²

La Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados en el marco de la función de seguimiento de los distintos mercados de servicios públicos de telecomunicaciones para la detección de prácticas anticompetitivas, identificó indicios de una presunta práctica de atadura por parte de la empresa TELEFÓNICA (que hoy en día cuenta con posición de dominio en el mercado de telecomunicaciones³) consistente en el condicionamiento de la venta del servicio

² Resolución del Cuerpo Colegiado N° 017-2012-CCO/OSIPTEL. Lima, 20 de julio de 2012.

³ 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

de acceso a Internet a través de la tecnología ADSL (Speedy) a la compra de su servicio de telefonía fija, los famosos DUOS.

El Tribunal de Solución de Controversias del OSIPTEL confirmó la resolución del Cuerpo Colegiado que declaró fundado el procedimiento de oficio iniciado contra Telefónica por la comisión de actos de abuso de posición de dominio en la modalidad de ataduras.⁴

El Tribunal dentro de sus considerandos determinó que Telefónica trasladó su posición de dominio en el mercado de Internet fijo vía ADSL al mercado del servicio de telefonía fija, en el que enfrenta mayor competencia, impidiendo, con ello, que sus competidores accedan a un mayor número de usuarios de dicho servicio y manteniendo su cuota de participación sobre la base de una práctica comercial anticompetitiva. Esta conducta ilícita también ha perjudicado a los usuarios, en la medida que aquellos que deseaban adquirir el Internet “solo”, se han visto forzados a comprar un servicio adicional (telefonía fija) que en realidad no deseaban o que, sobre la base de sus particulares necesidades, deseaban contratar con otra empresa.

Lo que se buscó con el fallo es que Telefónica oferte el servicio de Internet fijo vía ADSL “solo”, es decir, sin condicionarlo al mantenimiento o contratación de un servicio telefónico de esta misma empresa.

Al ser el Tribunal la última instancia administrativa la empresa operadora podrá apelar el fallo ante el Poder Judicial, si es que no apela, Telefónica tendría un plazo 7 meses para cumplir el fallo del regulador, eso implica informar a sus usuarios sobre la posibilidad de mantener y/o adquirir su servicio de Internet sin necesidad de contar necesariamente con su servicio de telefonía fija.

La labor del Estado como agente regulador, papel que hoy en día se está tomando muy en serio, despierta confianza, aunque resalta otro inconveniente, si bien es cierto que todos tienen el derecho al debido proceso, hay que tener en cuenta que para temas de servicios públicos o monopolios naturales al aumentar el campo de afectación, lo que se debería incentivar es viabilizar un sistema único para la revisión de resoluciones administrativas emitidas por los organismos reguladores en un plazo razonable, pues en mucho de los casos, la parte derrotada judicializa todo, y las medidas correctivas son aplazadas hasta que exista un nuevo pronunciamiento por el poder judicial. ¡Justo o no, es nuestra realidad!

poder de mercado, debido a que las grandes redes producen mayores externalidades. (INFORME INSTRUCTIVO N° 020-STCCO/2012, 18 de abril de 2012)

⁴Resolución N° 004-2013-TSC/OSIPTEL

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

LEYVA, R. A. (2007). *El reconocimiento constitucional de la autonomía de los organismos reguladores: Análisis desde el enfoque de los fallos de la regulación*. Tesis para optar el título de abogado, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

REFERENCIA ELECTRÓNICAS

NORTHCOTE, C. (2010, Abril). *Regulación de las prácticas restrictivas de la competencia*. Actualidad empresarial, (205). Recuperado de http://www.aempresarial.com/servicios/revista/205_43_GXNOIHTPKTDETDFFITLQZZLUQWLUHTCNQQCZXVOIPRMIVRODLA.pdf

NORTHCOTE, C. (2011, Enero). *Regulación de la concentración económica*. Actualidad empresarial, (222). Recuperado de http://www.aempresarial.com/servicios/revista/205_43_GXNOIHTPKTDETDFFITLQZZLUQWLUHTCNQQCZXVOIPRMIVRODLA.pdf

QUINTANILLA, E. (2004, Noviembre). *Autonomía institucional de los organismos reguladores: Revisión de literatura*. Extraído el 29 de julio de 2013 desde <http://www.esan.edu.pe/publicaciones/2009/12/07/DocTrab14.pdf>

ROJAS, J.C (2005). *El abuso de la posición de dominio en el mercado en la legislación nacional*. Recuperado de http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20101207_03.pdf

OSIPTEL (2013, 06 de Febrero). *OSIPTEL multa por s/. 1.5 millones a telefónica por abuso de posición de dominio en mercado de internet*. Recuperado de http://www.osiptel.gob.pe/WebSiteAjax/WebFormGeneral/notasprensa/wfrm_notasprensa.aspx?IdNotPrensa=81316