EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LOS LINEAMIENTOS GENERALES PARA LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS EN EL ÁMBITO DE LAS TELECOMUNICACIONES

I. ANTECEDENTES

- Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 003-2000-CD/OSIPTEL publicada en el diario oficial “El Peruano” el 8 de febrero de 2000, se aprobaron los Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Libre Competencia en el Ámbito de las Telecomunicaciones, actualmente vigentes (en adelante, los Lineamientos o los Lineamientos aún vigentes).
- Los Lineamientos tuvieron por objeto establecer criterios claros a fin de generar predictibilidad respecto de la aplicación de las normas de libre competencia por parte del OSIPTEL. En este sentido dichos lineamientos fueron elaborados considerando los criterios establecidos en el Decreto Legislativo N° 701, Ley de Libre Competencia.
- El 25 de junio de 2008, se publicó en el diario oficial El Peruano el Decreto Legislativo N° 1034, la nueva Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (en adelante, LRCA), la cual derogó al Decreto Legislativo N° 701 y modificó en algunos aspectos el tratamiento dado por dicha norma a las prácticas contrarias a la libre competencia. Asimismo, modificó algunos criterios de análisis para la evaluación de este tipo de casos.
- De acuerdo con ello, la revisión de los Lineamientos tiene como objetivo principal adaptarlos a las disposiciones de la LRCA actualmente en vigencia.
- Adicionalmente a los cambios normativos mencionados, han transcurrido más de trece (13) años desde la entrada en vigencia de los Lineamientos, periodo en el cual (i) han ocurrido cambios en la estructura de los mercados de telecomunicaciones y han aparecido nuevos servicios y formas de comercialización; (ii) el OSIPTEL ha tramitado numerosas controversias en las que se han analizado infracciones a las normas de libre competencia, con lo cual ha acumulado experiencia y ha consolidado criterios contenidos en su jurisprudencia administrativa; (iii) a nivel de la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional se ha llevado a cabo un importante desarrollo en el análisis económico y legal de las normas de libre competencia.
- De otro lado, resulta necesario revisar determinados aspectos de los Lineamientos, con el propósito de evaluar algunos de los criterios allí adoptados a la luz de las características propias de la industria de las telecomunicaciones, de los últimos desarrollos teóricos y jurisprudenciales en la materia.
- Finalmente, la revisión de los Lineamientos se justifica como forma de poner de manifiesto el rol proactivo del OSIPTEL como autoridad de defensa de la competencia.

Conforme a las consideraciones antes mencionadas, a continuación se presentan y analizan los temas que corresponden ser modificados.

II. MODIFICACIONES PROPUESTAS

1. FINALIDAD DE LA LRCA

El Decreto Legislativo N° 701, en su artículo 1º, señalaba que dicha Ley tenía por objeto eliminar las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia en la producción y comercialización de bienes y en la prestación de servicios, permitiendo que la libre iniciativa privada se desenvuelva procurando el **mayor beneficio de los usuarios y consumidores**.

Los Lineamientos aún vigentes, por su parte, en concordancia con la citada norma, establecen que la legislación de libre competencia vela por el **proceso competitivo** a través del comportamiento de los agentes del mercado, y que el fin último de la Ley es procurar que la iniciativa privada se desenvuelva procurando el **mayor beneficio de los usuarios**. Asimismo, precisan que la labor del OSIPTEL se orientará a alcanzar aquellas situaciones en los cuales el **bienestar de los consumidores sea el máximo posible**.

El artículo 1º contempla una redacción distinta y más precisa sobre la finalidad de las normas de libre competencia, estableciendo que el objetivo de la Ley es promover la **eficiencia económica** en los mercados para el bienestar de los consumidores¹.

La eficiencia económica que promueve la Ley es generada por la **dinámica del proceso competitivo**, y redundando en el bienestar de la sociedad en general.

En este contexto, la protección que brindan las normas de libre competencia a los consumidores se produce de **manera indirecta o mediata**, a través del comportamiento eficiente de los agentes en el mercado que la LRCA busca promover².

Por tal motivo, corresponde adecuar los Lineamientos, a fin de aclarar que la Ley protege de manera directa al **proceso competitivo**, y es a través del cumplimiento de este objetivo que se protege a los usuarios de manera indirecta, según lo establecido en la LCRA.

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO

La LRCA, en su artículo 2º, considera como infractores potenciales a las personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos u otras entidades de derecho público o privado, estatales o no, con o sin fines de lucro, que en el mercado oferten o demanden bienes o servicios cuyos asociados, afiliados, agremiados o

¹ La eficiencia económica se manifiesta a través de las eficiencias productivas (menores costos de producción), de innovación (nuevos productos) y de asignación (bienes asignados a quienes los valoran más y menores precios).

² *“De esta manera, en virtud de esta nueva disposición, la eliminación de las conductas de abuso de posición de dominio en el mercado y de las prácticas colusorias impactará indirectamente en el bienestar de los consumidores, que conforme a lo antes expuesto, no es lo mismo que los consumidores. El comportamiento eficiente en el mercado que se busca promover con la norma se traducirá en un ahorro para el consumidor, en la medida en que podrá acceder a bienes y servicios a menores precios y de mayor calidad, de manera que, esto es lo que se debe entender como el mayor bienestar de los consumidores que propugna la norma.”*
Resolución N° 0027-2008/SC1-INDECOPI del 16 de octubre de 2008 (Exp. 003-2005/CLC).

integrantes realicen dicha actividad. Asimismo, se indica que el ámbito de aplicación subjetivo será imputable a su vez a quienes ejerzan dirección, gestión o representación de los sujetos de derecho antes mencionados, en la medida que hayan tenido participación en el planeamiento, realización o ejecución de la infracción administrativa.

La LRCA, a comparación del Decreto Legislativo N° 701, detalla a profundidad quiénes pueden ser los infractores potenciales a la norma, y agrega que los mismos son considerados “agentes económicos”. Adicionalmente, la LRCA establece que cuando se traten de empresas de un mismo grupo económico se les podrá referir y considerar como un solo agente económico. Este mayor nivel de detalle, por tanto, debe ser recogido por igual en los nuevos Lineamientos.

3. PRINCIPIO DE SUPLETORIEDAD

El origen de este principio se encuentra en el Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones que dispuso que las normas de libre competencia se apliquen para todo lo no previsto sobre prácticas restrictivas de la competencia en la Ley de Telecomunicaciones y su Reglamento³.

De otro lado, los Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones, establecieron este principio en términos más generales, señalando que para preservar la libre competencia en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones se aplica la normativa sectorial específica y, supletoriamente, las normas de libre competencia en cuanto sea pertinente⁴.

Adicionalmente, el Reglamento General del OSIPTEL ha definido el principio de supletoriedad señalando que las normas de libre competencia son supletorias a la regulación que dicte el OSIPTEL y que en caso de conflicto entre ambas, prima esta última⁵.

Los Lineamientos aún vigentes han buscado definir el contenido y los alcances de este principio, señalando que las normas de libre competencia solo se aplican cuando una determinada práctica o conducta no se encuentre tipificada o cubierta de manera expresa por la regulación específica de telecomunicaciones. Como ejemplo, los Lineamientos aún vigentes plantean el caso de la interconexión pues, según la regulación, los operadores de telecomunicaciones se encuentran obligados a interconectar sus redes y el incumplimiento de este deber es sancionable. Es decir, la negativa de interconexión ya se encuentra prohibida por la regulación de telecomunicaciones, por lo que, en virtud del

³ Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, Decreto Supremo N° 020-2007-MTC, artículo 250°. *“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.”*

⁴ Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones, Lineamiento 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 las 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.”*

⁵ Reglamento General del OSIPTEL, Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, *“Artículo 12°.- 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.”*

principio de supletoriedad no sería necesario acudir a las normas de libre competencia – que prohíben la negativa injustificada de trato – para sancionar dicha conducta.

Las instancias de solución de controversias del OSIPTEL han tenido oportunidad de evaluar la aplicación del principio de supletoriedad. En el marco de los procedimientos tramitados ante dichas instancias, se ha podido detectar que existen distintos tipos y niveles de regulación que eventualmente podrían entrar en conflicto o generar duplicidades respecto de la aplicación de las normas de libre competencia. Sin embargo, también se ha verificado que, en algunos casos, una lectura demasiado extensiva y poco reflexiva de este principio podría ocasionar la inaplicación casi total de la ley de libre competencia, de suerte que se generaría una inmunidad respecto al régimen de libre competencia que no estaría justificada ni por la voluntad del legislador ni por los objetivos de la regulación de telecomunicaciones –que también incluyen la promoción de la competencia.

Por tal razón, en los nuevos Lineamientos se recogen los principales y vigentes criterios interpretativos utilizados por las instancias de solución de controversias⁶ para evaluar cuándo la regulación sectorial puede desplazar la aplicación de la LRCA, en particular, cuando este desplazamiento no sea explícitamente previsto en la regulación sectorial para un supuesto específico.

En tal sentido, corresponde incluir en los nuevos Lineamientos los elementos a ser considerados para determinar si resultan de aplicación las normas de libre competencia:

- a. Si la conducta investigada ha sido compelida o aprobada por la agencia regulatoria o si esta ha sido el resultado de una conducta no supervisada, por ejemplo, una decisión comercial.

El hecho de que un organismo regulador haya aprobado una determinada conducta o, más aún, haya obligado a una empresa operadora a realizarla, reforzaría la idea de que la regulación ha desplazado el régimen general de libertad de decisión comercial que se presenta en un contexto de libre competencia. En este caso, mientras menos margen de actuación tengan las empresas operadoras, se tendrán mayores razones para presumir la primacía de la regulación.

- b. Cuál es el rol del regulador en la supervisión o aprobación de la conducta conforme a las normas legales.

El desplazamiento de la aplicación de la norma de libre competencia debe ser una decisión consciente. En tal sentido, corresponde analizar la naturaleza de la actuación del regulador cuando supervisa o incluso aprueba una determinada conducta, a efectos de dilucidar si dicha actuación genera que la conducta ya no pueda ser analizada bajo las normas de libre competencia.

- c. Si la aplicación de las normas de libre competencia puede colisionar con las decisiones y políticas establecidas por el regulador para el sector.

⁶ Principalmente, los recogidos en la Resolución N° 012-2013-CCO/OSIPTEL del 08 de marzo de 2013 (Exp. 006/2011-CCO).

A efectos de determinar si la regulación desplaza a las normas de libre competencia, resulta relevante analizar si la aplicación concurrente de ambas, normas de competencia y normas sectoriales, podrían entrar en conflicto. El eventual conflicto haría presumir que se ha priorizado un objetivo regulatorio distinto del de la libre competencia.

Adicionalmente, en los nuevos Lineamientos se precisa que la **regulación económica** no se aplica únicamente cuando no es posible la competencia (buscando simular sus resultados), sino también para promover la competencia cuando es posible. De este modo, la supletoriedad también se puede dar en aquellos casos en los que una regulación ha previsto una solución específica para una conducta en particular, anticipándose a la aplicación de las normas de libre competencia, lo que sucede por ejemplo en los supuestos de regulaciones que establecen las obligaciones de contratar, como es el caso ya referido de la interconexión.

4. PROHIBICIONES ABSOLUTAS Y PROHIBICIONES RELATIVAS

Los Lineamientos aún vigentes desarrollan la **regla de la razón** y la **regla per se**, y establecen criterios a tomar en consideración a fin de determinar qué infracciones debían analizarse tomando en consideración una u otra regla. De esta manera se trataba un aspecto no regulado expresamente por el Decreto Legislativo N° 701 con la finalidad de establecer reglas predecibles y precisas para los agentes económicos, respecto al análisis de la conducta investigada.

La LRCA, a diferencia del Decreto Legislativo 701, incluye expresamente los conceptos de **prohibición absoluta** y **prohibición relativa**, señalado que en el caso de la prohibición absoluta basta que la autoridad de competencia **compruebe la existencia de la conducta**, mientras que en el caso de las prohibiciones relativas, además tendrá que probar los **efectos negativos, reales o potenciales, para la competencia y el bienestar de los consumidores**⁷. Asimismo, la Ley indica expresamente qué conductas constituyen infracciones relativas y cuáles infracciones absolutas⁸.

⁷ LRCA, "Artículo 8°.- Prohibición absoluta.- En los casos de prohibición absoluta, para verificar la existencia de una infracción administrativa, es suficiente que la autoridad de competencia pruebe la existencia de la conducta."

"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 podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores."

⁸ LRCA, "Artículo 10°.- El abuso de la posición de dominio.- (...) 10.4. Las conductas de abuso de posición de dominio constituyen prohibiciones relativas."

"Artículo 11°.- Prácticas colusorias horizontales.- (...)

11.2. Constituyen prohibiciones absolutas los acuerdos horizontales inter marca que no sean complementarios o accesorios a otros acuerdos lícitos, que tengan por objeto:

- a) Fijar precios u otras condiciones comerciales o de servicio;
 - b) Limitar la producción o las ventas, en particular por medio de cuotas;
 - c) El reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas; o
 - d) Establecer posturas o abstenciones en licitaciones, concursos y otra forma de contratación o adquisición pública prevista en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates.
- (...)

11.3. Las prácticas colusorias horizontales distintas a las señaladas en el numeral 11.2 precedente constituyen prohibiciones relativas."

"Artículo 12°.- Prácticas colusorias verticales.- (...) 12.4. Las prácticas colusorias verticales constituyen prohibiciones relativas."

Esta diferenciación determina el **estándar de prueba** aplicable para cada tipo de conducta infractora y subsana el vacío que anteriormente había sido cubierto a través del desarrollo de la jurisprudencia.

Cabe precisar que las prohibiciones calificadas como **absolutas** son aquellas consideradas como **inherentemente anticompetitivas**⁹, por tratarse de conductas que no poseen ningún efecto positivo sobre la competencia y que, por el contrario, son profundamente nocivas para el bienestar de la sociedad en su conjunto y de los consumidores en particular¹⁰. Respecto a estas conductas, bastará que se compruebe la **existencia de la conducta** para que se declare la infracción.

De otro lado, las prohibiciones calificadas como **relativas** son aquellas cuyo efecto sobre la competencia y los consumidores **no es necesariamente negativo** y, por el contrario, **se pueden justificar por razones de eficiencia**. Por tal motivo, a este tipo de conductas se les otorga una presunción de licitud y requieren que la autoridad evalúe tanto los efectos positivos como los negativos, reales o potenciales, y en aquellos casos en que los efectos negativos superen a los positivos, la conducta será considerada como una infracción¹¹.

En estos casos, una vez comprobada la conducta, se evaluará las **justificaciones y efectos económicos reales y potenciales** de las prácticas analizadas y, de ser el caso, sopesará los efectos anticompetitivos y pro-competitivos de la práctica. La determinación de la legalidad de la práctica provendrá de un análisis razonable de su efecto neto¹².

En base a lo señalado anteriormente, corresponde adecuar los Lineamientos a la nueva Ley, recogiendo los conceptos antes mencionados y sus alcances.

5. DEFINICIÓN DEL MERCADO RELEVANTE

5.1. Aspectos preliminares

El concepto de **mercado relevante** se utiliza como herramienta para identificar si las empresas investigadas cuentan con poder de mercado suficiente para restringir la competencia.

El mercado relevante es el ámbito en que el cual se evaluará el poder de mercado del agente económico (o agentes económicos) y su capacidad para imponer condiciones de venta (como mayores precios u otras) sin temor de perder a su clientela o de verse afectados por la respuesta de sus competidores.

⁹ Estas conductas, permiten a las empresas ejercer poder de mercado sobre la totalidad o parte de un mercado, generando (i) menores cantidades de bienes o servicios ofrecidos, (ii) precios mayores a los que existirían en un entorno sin la restricción a la competencia, (iii) ineficiencias productivas de las empresas y (iv) retrasos en la innovación por parte de las mismas. Resolución N° 3240-2010/SC1-INDECOPI del 16 de diciembre de 2010 (Exp. 015-2008/CLC).

¹⁰ Exposición de Motivos de la LRCA, Título I.4 numeral 3.

¹¹ Exposición de Motivos de la LRCA, Título I.4 numeral 3.

¹² Exposición de Motivos de la LRPA, Título I.4, numeral 3.

Los Lineamientos aún vigentes definen el mercado relevante como el “*área geográfica sobre la base de la cual se va a definir la participación de una empresa en el mercado, el nivel comercial (ex fábrica, al por mayor, al por menor) y los productos o servicios que deben ser considerados sustitutos adecuados, para determinar con qué productos o servicios se compite*”. Asimismo, siguiendo la metodología estándar comúnmente utilizada para delimitar mercados relevantes, los Lineamientos aún vigentes señalan que el “*mercado relevante se suele definir en función de tres factores: la delimitación del producto, la geográfica, y la del nivel comercial*”.

Cabe señalar que la LRCA en su artículo 6º, numeral 6.1, a diferencia de la Ley anterior, recoge y delimita expresamente el concepto de mercado relevante, precisando que el mismo está integrado por dos factores: (i) el **mercado de producto** y (ii) el **mercado geográfico**¹³.

Adicionalmente, los Lineamientos aún vigentes no toman en consideración las características particulares del mercado de servicios públicos de telecomunicaciones, motivo por el cual corresponde agregar un desarrollo en este sentido en los nuevos Lineamientos, señalando los principales aspectos que se tomaran en consideración para definir correctamente el mercado relevante.

5.2. Delimitación del producto

5.2.1. Aspectos generales

El concepto de producto relevante se construye sobre la base del **grado de sustitución** del bien requerido con otro tipo de bienes. Es así que la LRCA establece expresamente en su artículo 6º, numeral 6.2, que el mercado de producto relevante es, por lo general, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos.

Cabe precisar que tal sustitución no debe ser exacta, bastando que resulte suficiente para satisfacer las necesidades del consumidor en condiciones similares de precios¹⁴.

Previamente a realizar el análisis de sustitución se debe determinar cuál es el nivel comercial en el que se brinda el producto o servicio materia de la conducta investigada. Así, se debe dilucidar si el bien o servicio requerido es (i) una **facilidad de red-** que no solo incluye el acceso a las redes físicas- o un servicio que se ofrece a los competidores

¹³ LRCA “Artículo 6º.- El mercado relevante.-

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

¹⁴ La sustituibilidad como criterio de evaluación del producto relevante es ampliamente aceptada. En el ámbito académico puede citarse, entre otros, a los siguientes autores: LANDES, W. y POSNER, R., “Market Power in Antitrust Cases” en: Harvard Law Review, 1981, Vol 94, N° 5, p. 946-950. BRIONES, Juan. “Market Definition in the Community’s Merger Control Policy” en: European Community Law Review, 1994, N° 4, ps. 196-198. También lo contemplan los manuales para el establecimiento de políticas de competencia en países en vías de desarrollo: KONRATH, Craig. Guía Práctica para la Ejecución de la Ley Antimonopolio para una Economía en Transición. Colombia, s/f, ps.93-96. KHEMANI, Shyam y otros, A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy. United States of America, 1998, ps. 11-13. Asimismo, los lineamientos de agencias de competencia extranjeras reconocen dicho criterio: U.S. Department Of Justice – Federal Trade Commission. Horizontal Merger Guidelines. 1992, sección 1.1. Comisión Europea. Comunicación de la Comisión Relativa a la Definición de Mercado de Referencia a efectos de la Normativa Comunitaria en Materia de Competencia. 1997, puntos 15-19.

en el segmento **mayorista**, o (ii) si se trata de un servicio ofrecido en el segmento **minorista** a los usuarios finales.

Una vez definido el nivel comercial, esto es, una vez que se ha identificado con precisión el bien o servicio demandado, se busca determinar qué servicios son sustitutos adecuados, tomando en consideración, entre otros factores: (i) las preferencias de los clientes o consumidores; (ii) las características, usos y precios de los posibles sustitutos; (iii) las posibilidades tecnológicas; y (iv) el tiempo requerido para la sustitución.

Los Lineamientos aún vigentes, en lo relativo a la sustitución, consideran como única variable para realizar dicho análisis la relativa a la **sustitución por el lado de la demanda**, es decir, centran la evaluación en identificar los supuestos en los que los consumidores podrían **buscar fuentes alternativas de suministro** del bien o servicio que es materia de análisis.

Sin embargo, el análisis de sustitución puede realizarse también **por el lado de la oferta**, tal como ha sido recogido por algunas autoridades de competencia y un sector de la doctrina, e incluso por la jurisprudencia de las instancias de solución de controversias del OSIPTEL. En los nuevos Lineamientos se recogen a modo de ejemplo dos casos recientemente resueltos por las instancias de solución de controversias del OSIPTEL en los que se efectúa un análisis de sustituibilidad por el lado de la oferta¹⁵.

El análisis de sustitución desde el lado de la oferta parte de la premisa que es posible que empresas que en el momento actual no son proveedoras del producto relevante (potenciales competidores), ante un incremento de precios, pequeño pero no transitorio, puedan ingresar al mercado a ofrecer dicho producto o productos sustitutos, sin incurrir en costos significativos para ello. Para que tal sustitución se presente se requiere que la **entrada sea factible en un plazo razonable y sin necesidad de una inversión muy elevada**¹⁶.

Este tipo de análisis puede resultar particularmente importante en un mercado como el de telecomunicaciones, caracterizado por la convergencia tecnológica, ya que a través de una misma red se puede prestar más de un servicio (por ejemplo a través de una red de cable se puede prestar los servicios de TV de paga, Banda Ancha y telefonía)¹⁷.

De otro lado, los Lineamientos aún vigentes sugieren que el análisis de **sustitución desde la perspectiva de la demanda** se apoye en **pruebas cualitativas**, haciendo énfasis en dos métodos (i) las reacciones pasadas del mercado ante cambios en las

¹⁵ Se trata del procedimiento de oficio iniciado contra Telefónica del Perú S.A.A. por vender de manera atada a usuarios finales los servicios de acceso a internet por ADSL y telefonía fija (Exp. 005-2011-CCO); y de la la controversia iniciada por Red de Comunicaciones Digitales S.A.C. contra Televisión San Martín S.A.C. y Empresa de Radiodifusión Comercial Sonora Tarapoto S.R.L., a raíz de la firma de un contrato de exclusividad entre las demandadas en el distrito de Tarapoto (Exp. 006/2011-CCO).

¹⁶ Por ejemplo, la Comisión Europea, en las Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, ha reconocido esta variable de análisis en la delimitación del producto relevante específicamente en los mercados de telecomunicaciones, señalando que deberá tomarse en cuenta la posibilidad de que empresas que no operen en este momento en el mercado decidan entrar en el mercado en un plazo razonable.

¹⁷ BAVASSO, Antonio. Communications in EU Antitrust Law.

condiciones de venta y (ii) las encuestas a los compradores, sin hacer referencia a los **métodos cuantitativos**.

Los **métodos cualitativos** indicados se utilizan comúnmente en la aplicación de las normas de libre competencia en **mercados no regulados**, puesto que en dichos mercados se presentan notorias **limitaciones para conseguir información** precisa y suficiente sobre precios y otras variables cuantitativas.

Sin embargo, en el caso de las **industrias reguladas** se cuenta con mayores fuentes de información, debido a que (i) el regulador efectúa una constante labor de recopilación de información; (ii) las condiciones de venta, principalmente los precios de los servicios finales o los cargos de acceso a redes, son fijados por el regulador; (iii) los precios y cargos pasan por un proceso de aprobación; o (iv) son informadas periódicamente al regulador por las empresas.

Por lo tanto, en este tipo de mercados, en ciertas ocasiones, es viable el uso de métodos **cuantitativos** y, en consecuencia, resulta conveniente incluir en los nuevos Lineamientos un desarrollo sobre los métodos cuantitativos, precisando que estos se utilizarán cuando el regulador cuente con la información suficiente.

A continuación se efectúa una breve referencia a **tres métodos cuantitativos** que permiten estimar las elasticidades de precios y elasticidades cruzadas de los mismos, los cuales son usualmente utilizados por las autoridades de competencia¹⁸.

a. **Prueba SSNIP**¹⁹

Si bien el método SSNIP normalmente es utilizado como un método cualitativo, cuando se dispone de información suficiente pueden utilizarse algunas estimaciones cuantitativas. Así, esta prueba asume un **incremento hipotético y duradero del 5% en el precio** del producto de referencia y busca determinar si los consumidores **se trasladarían a otros productos sustitutos ante tal incremento** y, de ser así, si como consecuencia de la pérdida de clientes dicho **incremento no es rentable** para quien lo impuso²⁰.

b. **Estimación Directa de Elasticidades**

Esta herramienta permite medir las **variaciones porcentuales en la cantidad demandada** de un producto ante cambios en el precio del mismo (elasticidad-precio de la demanda), así como los cambios porcentuales en la cantidad demandada de un producto ante cambios porcentuales en el precio de otro (elasticidad-cruzada de la demanda). La **elasticidad-precio** de la demanda indica si existen sustitutos del producto, mientras que la **elasticidad-cruzada** de la demanda permite identificar **cuáles y cuán cercanos** son dichos sustitutos.

¹⁸ MOTTA, Massimo. Competition Policy, Theory and Practice. New York, Cambridge University Press, 2004, p. 137-156. y BAVASSO, Antonio. Op cit.

¹⁹ El nombre de esta prueba responde a las siglas en inglés del incremento de precios pequeño pero significativo y no transitorio (small but significant non-transitory increase in price).

²⁰ El número de consumidores dispuestos a trasladarse no tiene que ser significativo, sino el suficiente para ejercer presión sobre la empresa para no incrementar el precio ("consumidores marginales")

La **elasticidad-precio de la demanda** se traduce generalmente en una relación negativa, puesto que, normalmente, ante aumentos en el precio de un producto, disminuye la cantidad demandada del mismo. No obstante, si la cantidad demandada en dicho supuesto no se reduce (o se reduce en una pequeña magnitud), significaría que el producto no tiene sustitutos (o tiene pocos sustitutos).

Por su parte, la **elasticidad-cruzada de la demanda** permite identificar si dos productos son sustitutos o complementarios. Si el incremento en el precio de uno de ellos ocasiona el incremento en la demanda del otro, las elasticidades-cruzadas entre ambos productos serán positivas y se tratará de **productos sustitutos**. Por el contrario, si el incremento en el precio de un producto genera una disminución en la cantidad demandada del otro, ambos podrían considerarse **productos complementarios**.

La utilización de esta herramienta se encuentra supeditada a que se cuente con **información completa** sobre las características de la **demanda** de los consumidores.

c. **Correlación de Precios a lo largo del tiempo**

Esta metodología determina si existe una **correlación positiva** entre el **precio del producto de referencia** y sus **potenciales sustitutos**. Una correlación positiva sería un indicador de que el precio de un producto repercute en el otro, por lo que ambos productos se encontrarían en el mismo mercado relevante²¹. Es necesario considerar también que normalmente en algunos servicios de telecomunicaciones los precios no suelen variar en periodos de tiempo cortos. Además, debe considerarse que existen tarifas establecidas y promocionales, debiendo tenerse cuidado respecto a qué tipo de tarifas se toman en cuenta para el análisis.

En tal sentido, corresponde incluir en los nuevos Lineamientos lo siguiente:

- (i) Una precisión respecto a que el análisis de sustitución no solo se puede realizar desde el lado de la demanda, sino también desde el lado de la oferta.
- (ii) Una indicación respecto a que en el análisis de sustitución desde el lado de la demanda, además de utilizar métodos cualitativos, se pueden utilizar métodos cuantitativos que permiten estimar las elasticidades de precios y elasticidades cruzadas, como la prueba SSNIP, las estimaciones directas de elasticidades, la correlación de precios a lo largo del tiempo, entre otras.

5.2.2. Características propias de los servicios de telecomunicaciones

Los aspectos mencionados anteriormente constituyen criterios aplicables a la generalidad de los mercados. Sin embargo, estos deben ser ajustados a las características propias de las **industrias dinámicamente competitivas**, como la de telecomunicaciones,

²¹ La correlación es una medida de la **dirección** y la **cercanía** de los movimientos entre dos variables. Una correlación positiva indica que dos variables se mueven en la misma dirección. Una correlación indica que dos variables se mueven en direcciones opuestas.

caracterizadas por un proceso de **evolución constante** y por un **alto grado de innovación tecnológica**²².

Este ajuste resulta necesario a fin de evitar que la aplicación de las normas de libre competencia sancionen comportamientos cuya racionalidad económica se justifica y se generen desincentivos a la inversión²³.

Las principales **características** de las industrias dinámicamente competitivas²⁴ son las siguientes:

- (i) **Economías de escala en la producción**.- Su estructura de costos se caracteriza por contar con **elevados costos fijos** y **reducidos costos marginales de producción**, lo que las lleva a presentar, desde la perspectiva de la oferta, importantes **economías de escala** o **retornos crecientes**.

Como consecuencia de dicha estructura de costos, las empresas requieren **fijar sus precios por encima de sus costos marginales**, a fin de compensar los altos costos fijos y el significativo riesgo inherente a la inversión.

- (ii) **Efectos o externalidades de red**.- los productos de estas industrias **son más valiosos** para los consumidores en la medida en que **sean usados por una mayor cantidad de personas**. Asimismo, la existencia conjunta de economías de escala en la producción y externalidades de red desde la perspectiva de la demanda, típicamente traen como resultado estructuras de mercado con (a) **una o pocas empresas**, (b) **costos muy bajos**, (c) **significativa participación de mercado**, y (d) **mayor poder de mercado**.
- (iii) **Producción de bienes durables**.- Las empresas compiten con bienes del mismo tipo vendidos anteriormente. Es decir, los consumidores ya cuentan con los bienes o servicios y anticipan precios bajos en el futuro, de esta manera disciplinan de alguna forma el comportamiento de precios de las empresas.
- (iv) **Estandarización y compatibilidad**.- La competencia puede darse al nivel de los componentes si estos son interoperables entre las distintas plataformas; de otro modo, la competencia se producirá al nivel de sistemas.

²²ALBORHN, Christian; DENICOLO, Vincenzo; GERADIN, Damien, y PADILLA, Jorge . *DG Competition Discussion paper on article 82: Implications of the proposed framework and antitrust rules for dynamically competitive industries*.. (Marzo 2006); ECONOMIDES, Nicholas. *Competition Policy in Networks Industry*. . Stern school and business, New York University.NET Institute (junio 2004). junio 2004); BAVASSO, Antonio. Op cit.

²³ Otros autores plantean características adicionales de las industrias de red a ser consideradas, entre ellas: (i) capacidad de establecer precios en los dos lados de las redes; (ii) internalización de externalidades; (iii) rápida expansión de la red; (iv) desigualdad en las participaciones de mercado y en los beneficios; (v) se plantean supuestos en los cuales una situación de monopolio puede maximizar el beneficio total; (vi) no es necesaria la realización de conductas anticompetitivas para crear una desigualdad en el mercado; (viii) la inexistencia de barreras de entrada al mercado no lleva necesariamente a una situación de competencia perfecta; (ix) las redes o sistemas dependen de las decisiones pasadas de los productores y los consumidores. Ver: ECONOMIDES, Nicholas. Op cit.

²⁴ Cabe precisar, que no todas las características antes mencionadas necesariamente resultarán aplicables respecto de todos los servicios de telecomunicaciones.

- (v) **Convergencia tecnológica.**- Puede presentarse de dos maneras diferentes:
- a. **Convergencia de bienes sustitutos.**- Dos productos son convergentes como sustitutos cuando los consumidores los consideran intercambiables entre sí.
 - b. **Convergencia de bienes complementarios.**- Cuando dos o más productos funcionan mejor conjuntamente que separados o cuando funcionan mejor conjuntamente de lo que funcionaron juntos previamente.

Cabe precisar que la metodología tradicional de análisis de mercados relevantes podría ser adecuadamente aplicada para algunos servicios en particular, caracterizados por el **uso intensivo de tecnología madura.**

Sin embargo, para otros servicios, el rápido cambio tecnológico implica que la competencia no solo se da por precios, sino también por **la innovación y calidad.** En estas circunstancias, la aplicabilidad de la metodología tradicional resulta limitada, pues la misma no contempla el efecto de la **innovación tecnológica** para la superación de las barreras a la entrada²⁵.

Como se ha señalado previamente, las características mencionadas se aplican a las industrias dinámicamente competitivas, entre ellas la de telecomunicaciones. A continuación analizaremos otras características que son propias de esta industria en particular.

a. Servicios finales y servicios de acceso

Un aspecto de gran importancia en materia de definición de servicios relevantes en el ámbito de las telecomunicaciones y que amerita la introducción de precisiones en los nuevos Lineamientos es la distinción que existe entre los siguientes mercados:

- (i) **Mercado minorista o de servicios finales de telecomunicaciones,** que son aquellos destinados a los usuarios finales.
- (ii) **Mercado mayorista o de acceso a redes o a facilidades de red,** que son aquellos prestados a los proveedores de servicios finales.

Al respecto, se ha precisado que para el propósito de las políticas de competencia, la extensión de estos mercados debe ser definida dependiendo del **grado de sustitución.**

La sustitución desde la **perspectiva de la demanda** entre los servicios provistos en los distintos niveles de mercado no es, en principio, posible, puesto que ambos tipos de servicios son provistos a distintos grupos de usuarios. Sin embargo, podría ser el caso que, ante un incremento de precios, los proveedores mayoristas puedan fácilmente ingresar a prestar servicios al mercado minorista. Cabe precisar que esto podría no darse

²⁵ La convergencia de redes y servicios en el ámbito de las telecomunicaciones, la rápida evolución tecnológica, así como los costos de cambio de proveedor de servicios, tienen especial impacto en los alcances del concepto de sustitución que debe considerarse para la definición del servicio relevante.

en sentido inverso, debido a los elevados costos que se requieren para operar en el mercado mayorista, principalmente los relativos a la infraestructura²⁶.

El OSIPTEL, en línea con diferentes autoridades regulatorias y de defensa de la competencia, ha reconocido esta distinción y realzado su importancia, tanto en el marco de controversias²⁷, como en el marco de determinación de los índices de concentración en los distintos servicios públicos de telecomunicaciones²⁸.

En el caso de las controversias, los servicios involucrados básicamente estuvieron vinculados con **servicios de acceso** o **insumos necesarios para la prestación de servicios finales** de telecomunicaciones, y fueron analizados en el marco de los Lineamientos aún vigentes al momento de delimitar el **nivel comercial** en el que era requerido el servicio²⁹.

De otro lado, en el caso de la Comunidad Europea³⁰ se ha señalado que la liberalización de los servicios de telecomunicaciones, además de crear un mercado para dichos servicios, ha dado origen a un mercado de **acceso a facilidades de red**³¹.

Asimismo, en pronunciamientos recientes de la Comunidad Europea, se ha recogido expresamente la distinción entre servicios mayoristas y minoristas de telecomunicaciones³².

Otro caso similar es el de Australia, donde se distingue también entre **servicios de telecomunicaciones** y **accesos a facilidades**, que incluye a toda la infraestructura física³³ y a la información³⁴ utilizada en la provisión de servicios de telecomunicaciones³⁵.

²⁶GUAL, Jordi. Op, cit, p. 59-61.

²⁷ Informe N° 008-2001/GRE del 27 de noviembre de 2001, elaborado para definir mercados relevantes y posición de dominio como parte del expediente de la controversia entre AT&T Perú S.A. contra Telefónica del Perú S.A.A. por la implementación de una estrategia anticompetitiva integral constituida por diversos actos de abuso de posición de dominio e infracciones a la regulación del sector (Exp. 003/2001).

²⁸ Boletín de Competencia N° 001-GRE-2007. Indicadores de participación y concentración de mercado en los servicios públicos de telecomunicaciones. En este se señala que para la delimitación del producto se tomaría en cuenta la distinción entre los mercados de servicios finales y los mercados de acceso a redes o facilidades de red.

²⁹ Ver: pronunciamientos de los Cuerpos Colegiados y del Tribunal de Solución de Controversias en los siguientes expedientes: 005-2001,007-2001,008-2001,009-2001, los mismos que se encuentran disponibles en <http://www.osiptel.gob.pe/Index.ASP?T=T&IDBase=0&P=%2FOsiptelDocs%2FGRE%2FSERV%5FEMPRESAS%2FNegativaInjustificada%5FRCD%2Ehtm>.

³⁰ Comisión Europea. Comunicación sobre la Aplicación de las Normas de Competencia a los Acuerdos de Acceso en el Sector de las Comunicaciones. Diario Oficial C 265 (22 de agosto de 1998).

³¹ El ejemplo típico del mercado de acceso es la interconexión, el mismo no solo incluye el acceso a la red física (la terminación de llamada en una red fija o móvil, por ejemplo), sino también otros elementos como por ejemplo la información de directorios.

³² Ver: Los pronunciamientos de la Comisión Europea en los casos Telefónica España v. Wanadoo España y Wanadoo France COMP/38.223.

³³ Sistemas de conmutación y transporte, torres para telefonía móvil, sitios o equipos utilizados para instalar, crear, reparar, mantener y operar la red, entre otros.

En virtud de lo expuesto es que se ha incluido en los nuevos Lineamientos la posibilidad de que, al momento de determinar el servicio relevante, se evalúe cual es el tipo de bien o servicio requerido en función del nivel comercial.

b. Evolución tecnológica y Convergencia

La denominada convergencia se manifiesta en (i) la capacidad de distintas **plataformas** de red para transportar servicios similares³⁶ y (ii) los nuevos **aparatos terminales** que individualmente permiten el acceso simultáneo del usuario a distintos servicios³⁷.

Estas capacidades que permiten transmitir **diversas señales** a través de una misma red, es decir, a través de **una sola conexión** al usuario final, modifican sustancialmente las estrategias empresariales, dirigiendo a las empresas operadoras hacia nuevos modelos de negocios³⁸.

La convergencia se define normalmente en función a contextos específicos, tales como la convergencia de (i) redes, (ii) industrias o mercados, (iii) productos o servicios, (iv) empresas y (v) tecnologías.

Como resultado de la convergencia se produce al mismo tiempo:

- (i) **Integración** de sistemas, mercados y servicios, que posibilita el consumo de componentes complementarios por parte de los usuarios finales.
- (ii) **Competencia** entre plataformas tecnológicas, que provee a los usuarios importantes opciones respecto de cómo y de quién reciben los servicios.

De acuerdo con ello, la **competencia intermodal** en la provisión de servicios finales hace posible que progresivamente se eliminen muchos de los problemas de acceso y de facilidades esenciales tradicionalmente presentes en las industrias de redes.

La **competencia tecnológica** se constituye al mismo tiempo como fuente y respuesta a la convergencia³⁹.

³⁴ Servicios de consulta, facturación y cobranza.

³⁵ Australian Competition and Consumer Commission. Anti-competitive Conduct in Telecommunications Markets - An Information Paper (1999).

³⁶ Como ejemplo puede mencionarse la posibilidad de prestar servicios de telefonía a través de redes las redes convencionales de cobre, o a través de las redes de TV de paga o por medios inalámbricos (con tecnología WiMax por ejemplo).

³⁷ Por ejemplo, el "triple play", que ofrecen conjuntamente los servicios de telefonía de voz, Internet y televisión; y la voz por IP.

³⁸ Ver: ARIÑO y Otros, Nuevo Papel del Estado en Sectores Regulados: Las Telecomunicaciones de Banda Ancha, Barcelona, Ediciones Deusto, 2005) p. 155-201. Asimismo, para los desarrollos del Internet, puede verse: CLARK, David, "Implications of Local Loop Technology for Future Industry Structure", en: Competition, Regulation, and Convergence: Current Trends in Telecommunications Policy Research (Gillet y Vogelsang, Eds.), New Jersey, Lawrence Erlbaum Associates, Inc., 1999; y, ONO, Ryota, "Regulatory Challenges in convergente: Beyond Internet Telephony"; en: Convergence in Communications and Beyond (E. Bohlin y otros, Eds.), Ámsterdam, Elsevier, 2000.

³⁹ Por ejemplo, ADSL y Cable Modem, como plataformas capaces de proveer Internet a altas velocidades.

En relación a lo anterior, la Comunidad Europea ha señalado que, en el ámbito de las telecomunicaciones, los usuarios pueden utilizar diferentes tipos de productos para una misma finalidad y, por lo tanto, para satisfacer la misma demanda. De ser este el caso, ambos servicios pueden quedar incluidos en el mismo mercado de productos⁴⁰.

Dentro de este contexto, la producción de servicios finales de telecomunicaciones genera cada vez más un interesante campo para la **complementariedad**. Esto se debe a la porción de **costos comunes** que existen y que permite lograr importantes economías de ámbito en la prestación conjunta de varios servicios.

Como consecuencia de ello, cada vez es más común la **venta empaquetada de servicios**, como manifestación de las mayores eficiencias que generan las empresas integradas verticalmente y como opción más económica para el usuario que desea adquirir más de un servicio del mismo proveedor. Una vez que los operadores de telecomunicaciones son liberados de restricciones legales para participar en varios servicios, la tendencia natural es que compitan desarrollando servicios empaquetados⁴¹.

En este contexto, la definición del servicio relevante se torna más compleja y resultan necesarios **mayores elementos de juicio** para identificar el servicio de referencia y los servicios sustitutos⁴².

En adición a lo anterior, la industria de telecomunicaciones se encuentra en constante **cambio tecnológico**, lo cual introduce un **mayor dinamismo**, no tan común en los demás mercados. El cambio tecnológico incide en la aparición de **nuevos servicios finales** cada vez más complejos y mercados relevantes cada vez más específicos.

Por tal motivo, el análisis necesario para determinar el mercado relevante se ha vuelto cada vez más **específico y preciso** en función tanto a segmentos de mercado como al análisis de sustitutos, y suele ir más allá de las clasificaciones tradicionales de los servicios⁴³.

Adicionalmente, el cambio tecnológico también redefine los alcances del acceso a redes y facilidades de red, que tradicionalmente se ha vinculado con el acceso a redes físicas⁴⁴.

ANIRUDDHA, Banerjee y DIPPON, Christian M. Communications Regulation and Policy under convergence: Advancing the state of the debate. Paper presentado en la 16ª Conferencia Bienal de la Sociedad Internacional de Comunicaciones. 12-16 de junio de 2006.

⁴⁰ Comisión Europea. Directrices de la Comisión sobre análisis de mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (2002/C 163/03). Numeral 45.
Además ver: Pronunciamiento de la Comisión Europea en el Caso Wanadoo España v. Telefónica de España.

⁴¹ GUAL, Jordi. Op cit. P 59-61. TARDIFF, Timothy. "Product Bundling and wholesale pricing"; en: Emerging Telecommunications Networks: The International Handbook of Telecommunications Economics, Vol. II, (Gary Madden, Ed.), Great Britain, Edward Elgar, 2003.

⁴² Para plantear un criterio interpretativo sobre los alcances del bien y sus sustitutos en el caso de servicios empaquetados, podría tomarse en cuenta la doctrina sobre mercados relacionados o "aftermarkets", según la cual debe tomarse en consideración como parte del mercado relevante los **bienes complementarios**.

⁴³ Ver: T-346/02 y T-347/02 Cableuropa v. Aunacable y el pronunciamiento de la Comisión Europea en Caso Wanadoo España v. Telefónica de España.

Así, a las tradicionales dificultades encontradas para la definición de mercados relevantes, debe sumarse la constante evolución a la que se encuentran sujetos los servicios de telecomunicaciones como consecuencia del **desarrollo tecnológico**, la cual puede traer consigo los siguientes efectos⁴⁵:

- (i) Que productos y servicios **tradicionalmente distintos se vuelvan sustitutos**.
- (ii) Que, productos y servicios **tradicionalmente similares y sustitutos, dejen de serlo** como consecuencia de la **obsolescencia tecnológica** de uno de ellos⁴⁶.

c. Existencia de complementariedades de servicios y consumo conjunto

En el caso de los servicios de telecomunicaciones, la **complementariedad** entre servicios resulta ser muy significativa, en particular respecto a pares de servicios como acceso y uso.

Esta complementariedad tiene efectos (i) en la **oferta** de los servicios, puesto que sumado a la condición de proveedores de múltiples productos, genera el incentivo de vender servicios empaquetados y (ii) en la **demand**a de los servicios, puesto que los usuarios normalmente consumen una canasta de servicios, por lo que su demanda por un servicio individual puede ser afectada por las condiciones en las que se presta otro servicio.

Esta fuerte complementariedad y el hecho de que servicios tales como el acceso no son usualmente consumidos independientemente, trae consigo que la definición de servicios relevante pueda requerir la **determinación de un sistema**.

De acuerdo con ello, se afirma que las **fuertes complementariedades existentes** en la **demand**a y las **características de la oferta** justificarían que, bajo ciertas condiciones, en el análisis para la definición de mercados relevantes se considere un **conjunto de servicios**⁴⁷.

d. Costos de cambio de proveedor

El derecho de los usuarios a acceder a los servicios de telecomunicaciones y a elegir al operador de su preferencia usualmente viene garantizado por el marco legal como un derecho básico⁴⁸.

⁴⁴ GUAL, Op. Cit., p. 63-64. Adicionalmente ver: la Resolución N° 032-2001-CCO/OSIPTEL del 24 de mayo de 2001 (Exp. 006-2000-CCO/OSIPTEL).

⁴⁵ AMERICAN BAR ASSOCIATION, Section of Antitrust Law. *Telecom Antitrust Handbook*. (Estados Unidos, ABA Publishing, 2005).p.299-303.

⁴⁶ Por ejemplo: Los servicios de acceso a Internet de alta y baja velocidad. Al respecto la FTC, en el pronunciamiento mediante el cual aprobó la fusión entre las empresas AOL y Time Warner, consideró como dos mercados relevantes distintos a estos dos servicios. Tomado de: Brunell, Richard. Broadband. En: Network Access, Regulation and Antitrust.

⁴⁷ GUAL, op cit. p. 59-63. Adicionalmente: Este criterio ha sido considerado en algunos de casos de competencia. Ver: el pronunciamiento de la FCC en el caso Nynex/Bell Atlantic. ABA, op cit. p. 80-82

⁴⁸ TUO de la Ley de Telecomunicaciones, artículos 3° y 73°.

No obstante, una vez elegido el proveedor, el usuario puede enfrentar ciertas complicaciones para trasladarse a otro proveedor, más allá de las relacionadas con los precios:

- (i) **Costos de acceso al servicio.**- constituidos por las inversiones iniciales realizadas por el usuario para acceder al servicio⁴⁹, que una vez incurrido en ellos podrían limitar la posibilidad del usuario de cambiarse a otro proveedor, según su monto y necesidad de incurrir nuevamente en ellos.
- (ii) **Marco regulatorio.**- puede limitar la posibilidad de cambio si no se adoptan medidas para simplificar el cambio de un proveedor a otro.
- (iii) **Configuración de redes y equipos.**- cuando las redes y equipos de los diferentes proveedores están diseñadas de manera tal que no resultan compatibles entre sí, lo que impide a los usuarios utilizar su equipo adquirido con un proveedor diferente de aquel para el cual lo adquirió⁵⁰.

La Comunidad Europea se ha referido expresamente a los **costos de cambio** existentes en la industria de telecomunicaciones, precisando que la posibilidad de que los consumidores sustituyan un producto por otro como resultado de un pequeño pero significativo incremento de los precios, puede verse obstaculizada si tal **cambio implica un costo considerable**, señalando que este tipo de costos se pueden presentar tanto como resultado de inversiones específicas realizadas por el cliente en tecnología o por restricciones impuestas por las empresas para la duración de los contratos⁵¹.

En consecuencia, dada la importancia de los costos de cambio en la industria de telecomunicaciones, al evaluar la sustitución en términos económicos debe considerarse (i) el **precio de los servicios** y (ii) los **costos de cambio involucrados**.

Finalmente, cabe precisar que la jurisprudencia de los órganos de solución de controversias del OSIPTEL ha tomado en cuenta los costos de cambio como elemento para definir el servicio relevante⁵².

⁴⁹ Por lo general son los costos fijos requeridos para utilizar el servicio.

⁵⁰ Por ejemplo, en la Comunidad Europea se consideró que la práctica comercial a través de la cual las SIM cards utilizadas en los equipos de telefonía móvil eran bloqueadas por las empresas operadoras constituía una práctica que limitaba innecesariamente la posibilidad de cambio de los usuarios. INTVEN, Hank y otros. Telecommunications Regulation Handbook, Washington, The World Bank, 2000, p. 5-29.

Adicionalmente, puede consultarse: MANSELL, Robin, "Designing Networks to Capture Customers: Policy and Regulation Issues for the New Telecommunications Environment"; en: Telecom Reform: Principles, Policies and Regulatory Practices (W. Melody, Ed.), Denmark, Technical University of Denmark, 1997. Asimismo, puede consultarse el siguiente estudio que muestra cómo la futura implementación de medidas de portabilidad numérica en Korea transforma las estrategias comerciales en telefonía móvil hacia la retención de usuarios vía mecanismos apoyados en los costos de cambio: Kim, M., Park, M., Jeong, D. "The effects of customer satisfaction and switching barrier on customer loyalty in Korean mobile telecommunication services", en: Telecommunications Policy N° 28 (2004).

⁵¹ Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, numeral 50.

Conforme a lo antes expuesto corresponde incluir en los nuevos Lineamientos lo siguiente en relación a la delimitación del **servicio relevante**:

- (i) Indicar que se considerarán las **características específicas de la industria de telecomunicaciones** que pueden influir en la determinación del servicio relevante y que efectuará el análisis de sustitutos, con los ajustes en la metodología tradicional que se requieran.
- (ii) Mencionar que por las características particulares del mercado de telecomunicaciones, se deberá tomar en consideración la distinción entre (a) mercado minorista o de servicios finales de telecomunicaciones y (b) mercado mayorista o de acceso a redes o a facilidades de red.
- (iii) Indicar de manera referencia general y a título enunciativo, que se considerarán aspectos tales como la convergencia, la innovación tecnológica, los costos de cambio para el usuario, la complementariedad de los servicios, la provisión de servicios empaquetados, entre otros.

5.3. Delimitación geográfica

Los Lineamientos aún vigentes señalan que para la delimitación geográfica se debe considerar la **localización** de los compradores y vendedores que influyen en la formación del precio del mercado. Para tales efectos debe estudiarse si dichos bienes o bienes que resultan sustitutos pero se producen en **zonas geográficas distintas** serán efectivamente comercializados en ambas considerando los **costos de transporte** requeridos para ponerlos a disposición de los compradores en cada plaza.

Asimismo, en los Lineamientos se señala que para el caso específico de las telecomunicaciones, el **costo de transporte** representa el costo total que implicaría poner a la venta un producto en otro lugar geográfico.

Por su parte, el artículo 6º, numeral 6.3., de la LRCA establece que 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, (i) los costos de transporte y (ii) las barreras de comercio existentes.

Los Lineamientos aún vigentes incluyen como variable de análisis los costos de transporte, sin embargo, los servicios de telecomunicaciones se consumen normalmente de manera inmediata con su utilización, no son almacenables, ni trasladables. Si bien ello no implica que los costos de transporte no sean un factor a considerar para incluir o, más frecuentemente, para excluir determinadas zonas de la delimitación de un mercado relevante, existen otros factores más determinantes que deben incorporarse en los nuevos Lineamientos.

Dado que el régimen legal existente define a través de las concesiones cuáles son las áreas en que pueden ofrecer sus servicios las empresas operadoras, una opción a considerar es que el mercado geográfico quede circunscrito al **área de concesión**.

⁵² Resolución N° 062-CCO-2000 del 21 de diciembre de 2000, Tele Cable S.A. contra Telefónica Multimedia S.A.C., Telefónica del Perú S.A.A. y otros, por prácticas restrictivas de la competencia derivadas de la celebración de convenios de exclusividad (Exp. 006-99).

Sin embargo, el análisis se hace más complicado cuando se encuentra que (i) algunas empresas tienen concesión solo para determinadas ciudades, mientras que otras tienen concesión a nivel nacional; (ii) el área de concesión y el área de cobertura no necesariamente son las mismas; o (iii) las zonas de cobertura de las redes pueden superponerse en la misma área geográfica, pero también incluir zonas que las otras redes no abarcan.

Los órganos resolutivos del OSIPTEL han analizado diferentes casos y han adoptado diferentes criterios según las características propias de cada mercado analizado. Es así que: (i) se ha optado por considerar como mercado geográfico en determinados casos el área de cobertura de red que requiere utilizar la empresa denunciante; (ii) en el caso de **redes inalámbricas**, como por ejemplo las del mercado de telefonía móvil, se ha tomado en cuenta el conjunto de localidades en las cuales se requería el servicio de acceso a la red (en particular el servicio de roaming)⁵³; y (iii) en el caso de **infraestructuras físicas de red**, como los postes instalados para el tendido de cables, se ha considerado un criterio más estricto, limitándose el mercado geográfico⁵⁴ al área adyacente a la red de postes cuya utilización se requería⁵⁵.

Usualmente, se considera que la única forma en que otro proveedor constituye una alternativa de aquel que brinda efectivamente el servicio es que también se encuentre operando en el distrito correspondiente. Sin perjuicio de ello, considerando la sustituibilidad por el lado de la oferta, es importante tener en cuenta que, en algunos casos, el ámbito geográfico de la delimitación del mercado relevante debe incluir distritos o zonas adyacentes a aquella donde la empresa investigada realiza la conducta anticompetitiva. Para determinar esto, el análisis de sustitución por el lado de la oferta debe examinar en qué medida es posible que los operadores que ofrecen sus servicios en otras áreas geográficas amplíen su radio de operación y/o comercialicen en la zona considerada en el análisis⁵⁶.

Cabe agregar que el **uso intensivo de tecnologías inalámbricas** podría dar lugar a que los ámbitos geográficos se amplíen, pasándose de mercados circunscritos a la zona de

⁵³ Resolución N° 038-2001-CCO/OSIPTEL del 6 de noviembre de 2001, Bellsouth Perú S.A. contra Telefónica Móviles S.A.C. por negativa de acceso al servicio de roaming automático nacional; e Informe 006-2001/GRE, que sustenta dicha Resolución (Exp. 002-2001).

⁵⁴ En ciertos escenarios la delimitación geográfica se hace incluso **más precisa** dadas las características del servicio, la forma de acceso de los usuarios al mismo, y la manera en que se manifiesta la competencia entre los operadores. Así, por ejemplo, en el caso de los **servicios de telefonía de larga distancia nacional o internacional**, el mercado geográfico podría quedar circunscrito a la ruta de transmisión de la señal correspondiente que se identifique por el origen y el destino de la llamada. Si se trata de **servicios de acceso a redes** también sucede algo similar, puesto que el ámbito geográfico se circunscribiría en principio a la zona en la que se encuentra instalada la infraestructura correspondiente, que es donde se encuentran los domicilios de los abonados.

⁵⁵ Resolución N° 039-2003-CCO/OSIPTEL del 20 de enero de 2003, Empresa de Telecomunicaciones Multimedia Alfa E.I.R.L. contra Telefónica del Perú S.A.A. por negativa injustificada de acceso a postes (Exp. 009-2001).

⁵⁶ Este criterio es señalado por la Consultora NERA (2003). Metodología para la definición y análisis del mercado de referencia y la competencia efectiva. Manual preparado para la CMT, p. 63 y 64. Asimismo, este criterio se recoge en la Resolución N° 012-2013-CCO/OSIPTEL del 08 de marzo de 2013 (Exp. 006/2011-CCO).

ubicación de los bucles de abonado, que permiten que los usuarios accedan por medios físicos al servicio, a mercados delimitados por el área de cobertura de las señales⁵⁷.

En tal sentido, resulta conveniente establecer en los nuevos Lineamientos que se considerará como primera variable para delimitar el mercado geográfico, el **área de concesión**. Adicionalmente, se considerará la **cobertura de la red** dentro del área de concesión. Finalmente, en cada caso particular, se podrá delimitar de manera más específica o más amplia el mercado geográfico, tomando en consideración **la naturaleza y características** del servicio analizado.

6. IDENTIFICACIÓN DE POSICIÓN DE DOMINIO

Los Lineamientos aún vigentes señalan que para concluir que se ha producido un acto de abuso de posición de dominio se requiere demostrar primero que la empresa que incurrió en dicha práctica cuenta con posición de dominio en el mercado.

Para tales efectos, se precisa que la posición de dominio es la capacidad de una empresa de **establecer las condiciones de venta** sin que la posible respuesta de los competidores sea un factor de preocupación. Acto seguido, los Lineamientos aún vigentes presentan un conjunto de variables que se tomarán en cuenta para determinar si una empresa cuenta con posición de dominio⁵⁸.

Al respecto, el artículo 7º de la LRCA establece que se entiende que un agente económico goza de posición de dominio en un mercado relevante cuando tiene la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que sus competidores, proveedores o clientes, puedan en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad, debido a factores tales como:

- (i) Una participación significativa en el mercado relevante.
- (ii) Las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios.
- (iii) El desarrollo tecnológico o servicios involucrados.
- (iv) El acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministro así como a redes de distribución.
- (v) La existencia de barreras a la entrada de tipo legal, económica o estratégica.
- (vi) La existencia de proveedores, clientes o competidores y el poder de negociación de estos.

En tal sentido, corresponde recoger los criterios establecidos en la LRCA, los criterios considerados en los Lineamientos aún vigentes, tomando además en consideración los últimos desarrollos jurisprudenciales sobre la materia.

⁵⁷ Por ejemplo, en el caso de la **televisión satelital** el mercado podría pasar a ser de alcance nacional según el área que sea iluminada por la señal satelital.

⁵⁸ Variables a tomar en consideración para determinar si la empresa cuenta con posición de dominio:

- La participación de mercado de las empresas.
- El índice de concentración del mercado.
- El control de recursos esenciales.
- El grado de integración vertical.
- La existencia de barreras a la entrada.
- Las posibilidades de uso de la infraestructura que tienen las empresas para brindar otros servicios.
- Otros factores que permitan evaluar el nivel de independencia en el accionar de la empresa.

De otro lado, los Lineamientos aún vigentes se refieren a la **posición de dominio conjunta**, señalando que la misma responde a determinadas estructuras de mercado y que no se identifica con los acuerdos ni con las prácticas concertadas, sino que se deriva de conexiones económicas entre las empresas implicadas o se relaciona con mercados donde existen barreras significativas a la entrada.

Esta figura, sin embargo, no ha sido recogida en la LRCA, la cual cuando define posición de dominio, se refiere a “*un agente económico*”⁵⁹, a diferencia de lo establecido por el Decreto Legislativo 701⁶⁰, el cual se refería a “*una o varias empresas*”. Por tal motivo, corresponde no incluir en los nuevos Lineamientos esta figura.

6.1. Distinción entre elementos de análisis estático y análisis dinámico

La evaluación e identificación de posición de dominio usualmente pasa por dos dimensiones de análisis de distinta naturaleza pero complementarias entre sí.

De un lado, está un **análisis de tipo más estático** basado en variables como los porcentajes de participación de las empresas y el nivel o grado de concentración que presenta el mercado, el cual ofrece una visión actual de las condiciones de competencia.

De otro lado, se encuentra un **análisis de tipo más dinámico** que busca determinar qué tan costoso es para nuevos operadores el acceso al mercado, considerando las distintas barreras de entrada que pueden existir.

Si bien los Lineamientos aún vigentes no hacen referencia explícita a lo antes señalado, las variables que considera para identificar si existe posición de dominio permiten realizar el análisis antes mencionado. En tal sentido, resulta conveniente en los nuevos Lineamientos distinguir las dos dimensiones de análisis y definir criterios o metodologías que pueden utilizarse en cada una de ellas.

6.2. Elementos de análisis estático

Una aproximación para identificar las condiciones de competencia en un mercado relevante es el estudio de cómo se encuentra **configurada la estructura** del mismo, tomando en consideración variables como: (i) las cuotas de participación de las empresas y (ii) el nivel de concentración existente.

⁵⁹ LRCA, Artículo 7º, numeral 7.1.

“7.1. Se entiende que **un agente económico** goza de posición de dominio en un mercado relevante cuando tiene la posibilidad de restringir, afectar, o distorsionar en forma sustancial las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que sus competidores, proveedores o clientes puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad, debido a factores tales como: (...)” (Resaltado agregado). Cabe precisar que un agente económico puede ser una empresa, o varias empresas pertenecientes al mismo grupo económico.

⁶⁰ Decreto Legislativo N° 701, "Artículo 4º.

“Se entiende que **una o varias empresas** gozan de una posición de dominio en el mercado, cuando pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores, debido a factores tales (...)” (Resaltado agregado).

En cuanto a las **cuotas de participación**, si bien no son elemento de juicio suficiente para concluir que existe posición de dominio, una cuota de mercado elevada y constante sí permite inferir su existencia, más aún si se analiza conjuntamente con otros factores⁶¹.

En el caso de Estados Unidos, por ejemplo, las Cortes han considerado que cuotas de participación de 67% o superiores son indicativos de la existencia de poder de mercado, mientras que cuotas inferiores al 50% son insuficientes para demostrar que se cuenta con poder de mercado que permita la monopolización⁶².

En la Comunidad Europea, se asume que cuotas elevadas mantenidas dentro de periodos considerables indican la existencia de posición de dominio. Tal es el caso si la empresa ostenta el 50% o más del mercado y sus rivales cuentan con cuotas bastante más pequeñas. Si la participación es menor, es más probable que se encuentre una posición de dominio si la cuota oscila entre 40% y 50%, que si se encuentra por debajo de 40%, y si la cuota es de 25% o menos, lo usual es que la empresa no cuente con posición de dominio⁶³.

Más aún, en la Comunidad Europea se ha establecido la **presunción** de que empresas con cuotas superiores al 50% del mercado cuentan con posición de dominio salvo prueba en contrario, con lo cual se traslada la carga de la prueba para que dichas empresas demuestren que pese a su elevada participación no ostentan posición de dominio⁶⁴.

De manera referencial se puede mencionar que en diversos pronunciamientos tramitados ante los órganos colegiados del OSIPTEL, las empresas denunciadas y consideradas dominantes han contado con cuotas de participación bastante elevadas, llegando a cubrir en ciertos mercados el 100%. Asimismo, en un procedimiento se ha considerado que existía posición de dominio cuando la empresa denunciada contaba con una participación de 65% del mercado relevante⁶⁵, mientras que en otro procedimiento se consideró que una cuota de mercado del 43%⁶⁶ no permitía considerar que existía posición de dominio.

En relación con la participación de mercado, los cuerpos colegiados del OSIPTEL consideran aspectos tales como la permanencia en el tiempo de una elevada cuota de mercado, el grado de integración vertical de la empresa investigada, las cuotas de los rivales, la madurez o novedad del mercado, entre otros.

⁶¹ Al respecto, ver la parte correspondiente al poder de mercado en la publicación ICT Regulation Toolkit, en: <http://www.ictregulationtoolkit.org/en/Section.1711.html> (visitada el 19 de febrero de 2008).

⁶² Telecom Antitrust Handbook - ABA 2005, p. 305.

⁶³ DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses: Public consultation (2005), p. 11.

⁶⁴ Ver al respecto las Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (2002/C165/03) que señalan lo siguiente: "*Según jurisprudencia reiterada, las cuotas de mercado extraordinariamente elevadas- superiores al 50%- atestiguan por sí mismas, salvo circunstancias excepcionales, la existencia de una posición dominante. Puede presumirse que una empresa con una elevada cuota de mercado tiene PSM [poder sustancial de mercado] y por lo tanto, ocupa una posición dominante si dicha cuota se ha mantenido estable a lo largo del tiempo*".

⁶⁵ Informe 001-ST/2008 del 4 de junio del 2008 (Exp. 001-2005-CCO-ST/LC).

⁶⁶ Informe 006-2001/GRE del 9 de octubre del 2001 (Exp. 002-2001).

Respecto del **grado de concentración del mercado**, se trata de una herramienta que en vez de evaluar aisladamente la cuota de participación de la empresa investigada y la de sus rivales, considera al conjunto de los agentes relevantes del mercado para definir cuán competitivo es o puede ser, evaluando la distribución del tamaño de las empresas participantes y la evolución de la estructura del mercado según los cambios en los niveles de concentración.

La definición de **concentración** debería darse en función no solo del número de firmas y sus participaciones de mercado sino también de la estructura del mismo y de la conducta de las firmas. Se han construido distintas metodologías para tratar de lograr esta forma de medir la concentración del mercado, no obstante, la metodología más utilizada por las autoridades de defensa de la competencia es el Herfindahl-Hirschman Index (HHI)⁶⁷.

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 cuadro⁶⁸:

Valor del HHI	Grado de Concentración	Potencialidad de Ejercicio de Poder de Mercado
Menor a 1,500	Mercado no concentrado	Reducida
Entre 1,500 y 2,500	Mercado moderadamente concentrado	Moderada
Superior a 2,500	Mercado altamente concentrado	Elevada

Elaboración: Secretaría Técnica – OSIPTEL

El HHI tiene la ventaja de representar a todas las empresas del mercado, no solo 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.

⁶⁷ OSIPTEL-Gerencia de Relaciones Empresariales. Indicadores de Concentración: Una Revisión del Marco Conceptual y la Experiencia Internacional. Documento de Trabajo N° 002-2007. Existen metodologías alternativas al HHI pero no tienen la misma acogida. Entre estas metodologías se pueden mencionar el CR4 utilizado previamente en Estados Unidos para medir la concentración de las 4 empresas más grandes del mercado; el WAHHI que es un HHI ponderado para el caso de industrias como la de telecomunicaciones que tiene servicios regulados y no regulados; el Índice de Dominancia que mide el nivel en que un mercado está dominado por la empresa más grande; el Índice de Entropía; y el HHI inverso.

⁶⁸ Ver: <http://www.justice.gov/atr/public/testimony/hhi.htm>

No obstante, entre los principales cuestionamientos efectuados al HHI se encuentra que los umbrales antes definidos no son concluyentes, no tiene en cuenta si existen empresas del mismo grupo empresarial pues no las considera como una sola entidad con un solo porcentaje de mercado conjunto, no refleja la posibilidad de que actos de concentración empresarial incrementen la rivalidad en el mercado pese a elevar el grado de concentración, y depende del mercado relevante -y del número de sus participantes- que se haya definido⁶⁹.

Además, se requiere ajustar los valores del HHI que se consideran representativos de grados de concentración elevados, como sucede con las industrias en las cuales existen características de monopolio natural o insumos que constituyen facilidades esenciales, pues en dichos casos el valor del HHI es más elevado debido al reducido número de empresas que naturalmente actúan en el mercado.

Pese a las críticas señaladas, según ya se ha comentado, el HHI sigue siendo la metodología utilizada comúnmente por las autoridades de defensa de la competencia.

En tal sentido, consideramos que el tratamiento que dan los Lineamientos aún vigentes a esta materia requiere los siguientes ajustes:

- Indicar que los índices de concentración no tienen carácter concluyente y que serán meritados por los órganos de solución de controversias del OSIPTEL conjuntamente con los otros factores del análisis dinámico.
- Poner en mayor relieve que la existencia de altos índices de concentración no reflejan necesariamente una posición de dominio, para tal efecto se requiere un análisis en conjunto de los diferentes factores. De presentarse altos índices de concentración se requerirá de una evaluación más detallada de los factores de análisis dinámico.

6.3. Elementos de análisis dinámico

El análisis dinámico para identificar la posición de dominio supone evaluar la posibilidad de que nuevos operadores ingresen a un mercado o permanezcan en él si ya ingresaron, asumiendo que de esa posibilidad de entrada o permanencia depende el grado de competencia.

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 permanencia de los agentes en el mercado y que, según las circunstancias, ya fueron asumidos por los operadores establecidos (como por ejemplo la construcción de redes de transporte), o que no fueron asumidos por estos (por ejemplo si una municipalidad establece nuevos cobros o requisitos para el despliegue de infraestructura).

Por lo general se distinguen **tres tipos de barreras de acceso** al mercado: (i) las barreras legales; (ii) las barreras estructurales; (iii) las barreras estratégicas.

⁶⁹ OSIPTEL-Gerencia de Relaciones Empresariales. Indicadores de Concentración: Una Revisión del Marco Conceptual y la Experiencia Internacional. Documento de Trabajo N° 002-2007, p. 18 y 19.

Si bien los Lineamientos aún vigentes incluyen correctamente las dos principales variables del análisis estático, no hacen lo propio con las variables del análisis dinámico. De otro lado, en dichos Lineamientos se contemplan algunas variables⁷⁰ como si fueran independientes, cuando se trata de variables que pueden resultar en barreras de acceso al mercado.

Por tal motivo, resulta conveniente reformular los Lineamientos, haciendo mención a los tres tipos de barreras a la entrada y luego clasificar bajo esta categoría las diferentes variables. Para tal efecto, se debe tomar en consideración los criterios interpretativos desarrollados por la jurisprudencia del OSIPTEL.

6.3.1 Barreras Legales

Las barreras legales son aquellas que vienen impuestas por normas, como por ejemplo aranceles o medidas para-arancelarias, exclusividades o monopolios legales, licencias sujetas a complejos requisitos y a otorgamiento discrecional, entre otros.

Estas barreras no se encuentran consideradas actualmente en los Lineamientos aún vigentes pese a que se trata de una de las fuentes más probables de situaciones de posición de dominio en industrias de redes, como es el caso de la industria de telecomunicaciones⁷¹.

6.3.2 Barreras Estructurales

Este tipo de barreras nacen de las condiciones propias e inherentes a la actividad económica en cuestión, como por ejemplo la existencia de economías de escala y de ámbito, externalidades de red, ventajas absolutas en costos, costos hundidos, etc.

a. Facilidades esenciales

Los Lineamientos aún vigentes definen como recurso esencial aquel 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.

A efectos de analizar la factibilidad de la sustitución, los órganos resolutivos del OSIPTEL han tomado en cuenta algunos factores⁷² como las barreras legales⁷³ y el alcance de la

⁷⁰ Facilidades esenciales, integración vertical la posibilidad de utilizar la infraestructura existente para brindar nuevos servicios, etc.

⁷¹ Tal es el caso del modelo de **desmonopolización progresiva**, mediante el cual se otorgó temporalmente el monopolio a Telefónica del Perú para prestar los servicios portadores (local y larga distancia nacional e internacional) y finales de telefonía fija. Asimismo, estas barreras se presentan en los casos en los cuales se establece la **asignación del espectro radioeléctrico por concurso público**, como en el caso de los servicios de telefonía móvil.

⁷² Resolución N° 041-2002-CCO/OSIPTEL del 25 de marzo de 2002, Pedro Juan Laca Buendía contra Electronorte S.A. por abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de acceso a postes. Confirmada por el Tribunal de Solución de Controversias del OSIPTEL mediante Resolución N° 017-2003-TSC/OSIPTEL del 24 de mayo de 2003 (Exp. 005-2001). Los criterios mencionados son los siguientes:

- **Restricciones legales o administrativas.** Analizar si existen disposiciones legales o administrativas ejecutadas o impuestas por las autoridades competentes que restrinjan la posibilidad de instalar postes

evaluación de la posibilidad de sustitución, considerando no solo los costos de duplicar el bien para el operador interesado, sino también para los demás agentes económicos⁷⁴.

El desarrollo de la literatura antitrust sobre facilidades esenciales es muy amplio y el debate continúa sin haberse llegado a un consenso sobre los alcances de esta figura y sus implicancias para el Derecho de la Competencia, particularmente en cuanto a la obligación de permitir el acceso a los bienes que son calificados como facilidades esenciales⁷⁵.

La base de este debate se centra en que cuanto más valioso sea el bien, es decir, cuantas más ventajas competitivas otorgue, mayores serán las probabilidades de que se ordene compartirlo. Esto puede traer consigo el **ingreso de operadores ineficientes** y la **reducción de incentivos** para futuras inversiones en activos valiosos.

En tal sentido, se recomienda que los Lineamientos incluyan algunas pautas para identificar una facilidad esencial y para adoptar decisiones sobre su uso por terceros, en particular, que precisen que se tome en consideración lo siguiente:

adicionales a los ya existentes en la zona donde se pretende brindar el servicio, ya sea únicamente en ciertas áreas o en toda esa zona.

- **Costos de instalación.** Si no existen las restricciones antes indicadas, evaluar si los costos de instalación de nuevos postes (duplicación de infraestructura) son razonables o si resultan antieconómicos, considerando los costos privados en que incurriría el interesado en la instalación así como los costos sociales que se generarían al resto de agentes económicos.
- **Presencia de las empresas que tienen los postes en el mercado.** Si existen restricciones legales o administrativas o, a falta de ellas, si los costos involucrados en la duplicación de la infraestructura la hacen prácticamente inviable, determinar el número de empresas que controla la infraestructura en cuestión y, de haber más de una, comparar su capacidad operativa.

⁷³ En algunas de las controversias por acceso a postes de distribución eléctrica se verificó la existencia de tales restricciones. Por ejemplo en el caso de Pedro Juan Laca contra Electronorte S.A. (Resolución N° 041-2002-CCO/OSIPTTEL del 25 de marzo de 2002) se determinó que existían restricciones municipales que restringían la instalación de postes pero solo en algunas zonas de la ciudad de Lambayeque. En el caso de Telecable Motupe S.A. contra Electronorte S.A. (Resolución N° 035-2002-CCO/OSIPTTEL del 8 de abril de 2002, en el Exp. 008-2001) se determinó que ante un pedido de instalación de postes por parte de la operadora la Municipalidad de Motupe le había dado una respuesta negativa.

⁷⁴ En este aspecto, el OSIPTTEL consideró que la duplicación de las redes de postes era bastante improbable, aunque no llegó a concluir que se trataba de bienes cuya replica era imposible, considerando que se habían identificado algunos casos de operadores del servicio de distribución de radiodifusión por cable que contaban con cierto número de postes propios instalados.

⁷⁵ Para tomar nota del nutrido debate que ha generado este tema en el ámbito internacional puede revisarse la siguiente bibliografía: AREEDA, Phillip. "Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles", en: *Antitrust Law Journal*, N° 58 (1989); BERGMAN, Mats. "The Bronner Case – a Turning Point for the Essential Facilities Doctrine?", en: *European Competition Law Review*, N° 2 (2000); CAPOBIANCO, Antonio. "The Essential Facility Doctrine: Similarities and Differences Between the American and the European Approach", en: *European Law Review*, Vol. 26, N° 6 (Dic. 2001); DOHERTY, Barry. "Just What are Essential Facilities?", en: *Common Market Law Review*, Vol. 38, N° 2 (Apr. 2001); GIPPINI, Eric. "Essential Facilities y Aplicación del Artículo 82 CE a la Negativa Unilateral a Contratar: Algunas Consideraciones tras la Sentencia Bronner" en: *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, N° 205 (2000); HANCHER, Leigh. "Case note: case C-7/97 Oscar Bronner v Medianprint", en: *Utilities Regulation Law Review*, Vol. 10, N° 2 (March-april 1999); HAWKER, Norman. "The Essential Facility Doctrine: A Brief Overview", en: *Network Access, Regulation and Antitrust*, Diana Moss editor (Oxon, Routledge, 2005); RIDYARD, Derek. "Essential facilities and the obligation to supply competitors under UK and EC competition law", en: *European Competition Law Review*, N° 8 (1996); RUBINOVITZ, Robert. "The economics of refusals to deal", en: *Antitrust Insights*, NERA, Mayo/Junio 2004; WERDEN, Gregory. "The Law and Economics of the Essential Facility Doctrine", en: *Saint Louis University Law Journal*, N° 32 (1987).

- No sea factible replicar el recurso por razones de índole física, legal o económica.
- Se evalúe si resulta imprescindible acceder a dicho recurso para ingresar o permanecer en el mercado⁷⁶.

No obstante lo mencionado, cabe indicar que parte de los supuestos de facilidades esenciales relevantes en este mercado ya se encuentran identificados y regulados por el OSIPTEL en el **listado de instalaciones esenciales de interconexión** previsto en el TULO de las Normas de Interconexión⁷⁷. En similar sentido, el Reglamento del Sistema de Llamada por Llamada en el servicio portador de larga distancia, aplicable a los usuarios de los servicios públicos móviles, considera al acceso a la plataforma de prepago como una instalación esencial. Ello, sin embargo, no impide que las instancias de solución de controversias del OSIPTEL evalúen en cada caso en particular si un determinado bien o servicio puede tener la calidad de facilidad esencial, a efectos de evaluar la posición de dominio del agente investigado.

b. Externalidades de red

Las industrias de red están conformadas por vías que conectan distintos puntos de contacto.

La principal característica de una industria de red es la **complementariedad** que existe entre sus distintos componentes, es decir, la posibilidad de múltiples conexiones entre estos o de múltiples transacciones entre sus partes o a través de ellas.

A su vez, las redes presentan la opción de ir creciendo paulatinamente con la introducción de nuevos componentes. De este modo, cada nuevo componente de la red puede generar efectos beneficiosos sobre las posibilidades de conexión de sus componentes o, en otros términos, permite que los agentes conectados puedan tener mayores opciones de consumo o producción⁷⁸.

Las redes de telecomunicaciones presentan estas características y, por ende, pueden generar **externalidades positivas de red**.

⁷⁶ KRESALJA, B. y QUINTANA, E. “La Doctrina de las Facilidades Esenciales y su Recepción en el Perú”, en: *Ius Et Veritas* N° 31 (2005).

⁷⁷ Resolución N° 043-2003-CD-OSIPTEL.

“Artículo 6.- Para los **finés de interconexión**, y teniendo en cuenta los Acuerdos de la Organización Mundial de Comercio, una red o servicio pueden ser desagregados en instalaciones esenciales. Se entiende que es instalación esencial toda parte de una red o servicio público de transporte de telecomunicaciones que (i) sea **suministrada exclusivamente o de manera predominante** por un solo proveedor o por un número limitado de proveedores; y (ii) cuya sustitución con miras al suministro de un servicio **no sea factible en lo económico o en lo técnico**.

Las instalaciones esenciales serán seleccionadas por los operadores en el proceso de negociación de la interconexión, tomando como referencia el Anexo 2.”

⁷⁸ CARLTON, D. y PERLOFF, J. *Modern Industrial Organization* (Addison-Wesley, 2000), p. 373-375. ECONOMIDES, Nicholas. “The Economics of Networks”, en: *International Journal of Industrial Organization*, N° 14 (1996). WHITE, Lawrence. “U.S. Public Policy toward Network Industries” (AEI – Brookings Joint Center For Regulatory Studies 1999).

La capacidad de una red de generar mayores externalidades depende de sus dimensiones, es decir, del **número de usuarios conectados** a la misma⁷⁹. Cuanto **mayor sea el tamaño** de la red, **mayores externalidades positivas** podrá generar y ello puede contribuir decididamente a que una empresa tenga **posición de dominio**⁸⁰.

De este modo, si las redes más grandes producen mayores externalidades, el **poder de mercado** de una empresa puede sustentarse en el **tamaño de su red** comparada con el tamaño de las otras redes del mismo servicio. Así, se ha señalado que la industria de las telecomunicaciones está caracterizada por presentar externalidades de red, también conocidas por **efecto *bandwagon***.

La dimensión de la externalidad de red, o del efecto *bandwagon*, estará determinada por el **número de abonados** del sistema de telecomunicaciones con los cuales se pueda establecer comunicación, de esta manera:

- Un nuevo abonado que se integre al sistema de telecomunicaciones estimará el valor de la red según la **capacidad de comunicación** con otras personas que la red puede ofrecerle.
- El ingreso de cada abonado adicional generará un **efecto multiplicador** sobre las posibilidades de consumo de los abonados ya conectados a la red.

Al respecto, se ha precisado que existe efecto *bandwagon* cuando la **utilidad que los consumidores** obtienen respecto de un determinado producto o servicio **se incrementa** conforme la **base de consumidores del mismo aumenta**⁸¹.

Considerando lo anterior, es aconsejable que se incluya como uno de los ejemplos de barreras estructurales del mercado a las **externalidades de red**, supuesto no incluido actualmente en los Lineamientos aún vigentes pero que resulta inherente a la industria de telecomunicaciones.

c. Barreras Estratégicas

Las barreras estratégicas tienen su origen en el comportamiento de las empresas ya existentes que inhiben la entrada de competidores, tales como integración vertical, precios límite, sobreinversión en capacidad, diferenciación de productos y publicidad, integración y restricciones verticales, estrategias predatorias, entre otros⁸².

⁷⁹ Los usuarios de las redes de telecomunicaciones obtienen mayores ventajas de la red a la cual se han adscrito en la medida en que hay más usuarios conectados a la misma.

⁸⁰ El OSIPTEL ha tomado en cuenta el efecto de las externalidades de red al evaluar la posición de dominio de la empresa dominante en telefonía fija. En particular, ha señalado que la red de telefonía local ofrece un ejemplo típico de externalidades de red, pues los nuevos abonados asignan un valor a cada red según les ofrezca opciones de comunicación con más usuarios, y quienes ya se encuentran conectados se benefician con el ingreso de cada nuevo usuario pues así multiplican sus opciones de comunicación. Ver: Informe N° 008-2001/GRE – definición de mercados relevantes y posición de dominio en la controversia entre AT&T Perú S.A. contra Telefónica del Perú S.A.A. por la implementación de una estrategia anticompeticitiva integral.

⁸¹ OSIPTEL. Informe 091-GPR/2005 de la Gerencia de Políticas Regulatorias respecto de las implicancias entre la diferenciación de las tarifas on net y off net en el mercado de telefonía móvil.

⁸² Para un tratamiento más detallado sobre el concepto y los tipos de barreras de acceso al mercado puede consultarse: GILBERT, Richard. "Mobility barriers and the value of incumbency"; en: Handbook of Industrial Organization, Schmalensee y Willig editores, (1989), Vol. I, Capítulo 8. Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) – The World Bank. A Framework for the Design and Implementation of

Los Lineamientos aún vigentes consideran que si bien la integración vertical por sí misma no otorga posición de dominio a una empresa, el hecho de 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.

Al respecto, cabe destacar que la búsqueda de la integración vertical es comprensible dentro de la industria de telecomunicaciones, dada la **complementariedad de los costos** para brindar distintos servicios así como la **convergencia tecnológica** que permite el uso de las mismas redes e infraestructuras para brindar un conjunto de servicios simultáneamente.

Como tal, la integración produce **resultados eficientes** en el mercado y la competencia tiende a darse entre empresas integradas⁸³. No obstante, también facilita la existencia de **posición de dominio** o, si ya se cuenta con ella en alguna de las actividades, para **trasladarla** a mercados relacionados⁸⁴.

Este efecto se presentará principalmente en aquellos casos en que la empresa integrada controle alguna **facilidad esencial** o sea titular de la red históricamente considerada como **establecida**, y que aún no haya perdido esta característica⁸⁵.

Competition Law and Policy (United States of America, 1998); Anexo I, p. 101-123. HERGUERA I. y PETITBÓ, A., "La determinación del mercado relevante y de las barreras de entrada, piezas clave del Derecho de la Competencia", en: Anuario de la Competencia 2000 (Madrid, Marcial Pons, 2001). TRIEL PERTELA, Joaquín. Barreras a la Creación de Empresas y Economía Irregular (Instituto de Estudios Económicos, 1988).

⁸³ Sobre los efectos de la integración vertical en las nuevas formas de competencia, particularmente en los servicios de Internet, puede verse: KRAFFT, Jackie. "Vertical Structure of the Industry and Competition: An Analysis of the Evolution of the Info-communications Industry", en: Telecommunications Policy N° 27 (2003).

⁸⁴ Ejemplos típicos en que la integración vertical contribuye a crear una mejor posición competitiva en otros mercados son los casos en que la integración con la empresa dominante en telefonía fija local da lugar a un tratamiento privilegiado en el acceso a dicha red. En este supuesto, la integración vertical de la actividad donde se cuenta con posición de dominio con mercados relacionados ofrece una ventaja frente a los competidores.

⁸⁵ En este sentido, la **integración vertical** y el **uso de infraestructura para la prestación de otros servicios** se encuentran estrechamente vinculados entre sí en la industria de telecomunicaciones y deben ser considerados como un único factor de análisis y no como factores distintos según están contemplados en actualmente en los Lineamientos aún vigentes.

Ver: Resolución N° 052-2002-CCO/OSIPTEL del 16 de julio de 2002, AT&T Perú S.A. contra Telefónica del Perú S.A.A. (Exp. 003-2001), por la implementación de una estrategia anticompetitiva integral constituida por diversos actos de abuso de posición de dominio e infracciones a la regulación del sector. En este pronunciamiento se expresa lo siguiente: "(...) *la posibilidad de TELEFÓNICA de ofrecerse a sí misma el acceso y utilización de su red fija para prestar servicios de larga distancia acarrea importantes consecuencias en las condiciones de competencia existentes en este nivel del mercado, es decir, en su relación con los otros operadores de redes de larga distancia*". Resolución N° 021-2002-CCO/OSIPTEL del 13 de noviembre de 2002, Boga Comunicaciones S.A. contra Telefónica Multimedia S.A.C. por abuso de posición de dominio en las modalidades de discriminación de precios y precios depredadores (Exp. 010-2001). En este pronunciamiento se afirmó que la integración con la empresa dominante en telefonía fija local **reduce los costos de transacción** para las empresas del Grupo Telefónica que estaban interesadas en acceder a la red o utilizar determinada infraestructura de dicha empresa, pues tenían garantizado llegar a un acuerdo satisfactorio. De igual manera, se consideró que la integración permite a las empresas del Grupo Telefónica **aprovechar facilidades** relacionadas con los puntos de venta, centros de pago, instalación de acceso a nuevos suscriptores, entre otros, logrando así ahorros de costos considerables. Por último, también se sostuvo que la integración simplificaba la **obtención de financiamiento** para las empresas del Grupo Telefónica

De este modo, el tratamiento que ya ofrecen actualmente los Lineamientos a la integración vertical resulta adecuado en tanto que señala la mayor probabilidad de que la integración vertical sea fuente de posición de dominio cuando la empresa integrada ya cuenta con dicha posición en alguno de los mercados. No obstante, corresponde agregar lo mencionado en el párrafo precedente.

7. ACTOS DE ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

El Decreto Legislativo 701, en su artículo 5º, establecía que existe abuso de posición de dominio en el mercado cuando una o más empresas que cuentan con posición de dominio, actúan de manera indebida, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles, de no existir posición de dominio.

Por su parte, los Lineamientos aún vigentes expresan que, de conformidad con la cláusula general contenida en el artículo 5º del Decreto Legislativo 701, debían concurrir tres (3) elementos para que se produzca un abuso de posición de dominio:

- (i) Que la empresa cuente con **posición de dominio**.
- (ii) Que **actúe de manera indebida**, lo cual no supone intencionalidad pero sí que rompa la situación de competencia basada en la propia capacidad de satisfacer al consumidor; y
- (iii) Que exista la **posibilidad** de obtener **beneficios** y a la vez causar **perjuicios** a través de dicha conducta.

Luego de ello, los Lineamientos desarrollan algunos criterios interpretativos específicos para las prácticas expresamente prohibidas por la ley y también para otras prácticas no previstas expresamente pero con incidencia en el sector de telecomunicaciones.

La LRCA por su parte establece en su artículo 10º que se considera que existe abuso cuando se presenta lo siguiente:

- (i) Que un agente económico tenga posición dominante en el mercado relevante.
- (ii) Que utilice esta posición para restringir de manera indebida la competencia.
- (iii) Que obtenga beneficios.
- (iv) Que perjudique a los **competidores** reales o potenciales, directos o indirectos
- (v) Que esto no hubiera sido posible de no ostentar con la posición dominante.

La principal diferencia que trae la nueva Ley respecto de la Ley anterior, en relación a la definición de abuso de posición de dominio, consiste en el requisito expreso de que los perjudicados sean necesariamente **competidores** del agente económico con posición de dominio, ya sean reales o potenciales, directos o indirectos⁸⁶.

⁸⁶ Ver: Resolución Nº 001-2008-CCO/OSIPTTEL del 10 de noviembre de 2008 (Exp. 002-2008-CCO-ST/CD). En esta resolución se señala que conforme a lo dispuesto por el artículo 10º de la LRCA, para que se configure un acto de abuso de posición de dominio debe de existir una relación de competencia directa o

En tal sentido, los nuevos Lineamientos deben de recoger esta modificación. Asimismo, resulta conveniente que recojan los últimos desarrollos jurisprudenciales y doctrinarios sobre la materia, así como la normativa sobre obligaciones de brindar acceso a la infraestructura de telecomunicaciones. En tal sentido, se propone modificar los Lineamientos en los siguientes aspectos:

7.1. Negativa injustificada a contratar

En esta materia, los Lineamientos aún vigentes señalan que negarse a contratar es, en principio, una actitud válida salvo que la empresa en cuestión ostente posición de dominio, pues en tal caso tiene ciertas responsabilidades especiales, como tener que sustentar las justificaciones de su negativa a contratar.

Asimismo, los Lineamientos reconocen que las **negativas pueden ser indirectas**, lo que incluye toda conducta u omisión cuyo efecto sea no satisfacer un pedido o demorar sistemáticamente su atención. Finalmente, describen un conjunto de razones que pueden justificar válidamente una negativa a contratar.

Los Lineamientos recogen los criterios adoptados generalmente por la doctrina y las agencias de competencia, sin embargo, resulta pertinente hacer algunas precisiones e incluir en los nuevos Lineamientos los criterios desarrollados por las instancias de solución de controversias del OSIPTEL relativos a la negativa injustificada a contratar⁸⁷.

Respecto a las **negativas injustificadas indirectas**, los órganos colegiados del OSIPTEL han hecho un desarrollo jurisprudencial interesante. Así, se ha detallado algunos supuestos que podrían constituir **negativas indirectas**⁸⁸, en particular a través de establecimiento de **precios elevados**. Dados los incentivos de la empresa dominante a extender su poder al mercado relacionado, el ofrecimiento del insumo a un precio más elevado para los competidores de la vinculada sería una forma de negarse indirectamente a suministrarlo.

indirecta entre la empresa afectada y la supuesta infractora, en tal sentido, al no existir dicha relación en la referida controversia, declara improcedente la demanda.

⁸⁷ Las instancias de solución de controversias del OSIPTEL han señalado que las negativas de trato se consideran prácticas ilícitas si tienen algunos de los siguientes efectos en el mercado:

- Cuando la negativa busca evitar el trato con **competidores**.
- Cuando la negativa busca restringir la competencia que enfrenta una empresa integrada verticalmente (niega la venta a empresas que compiten con su vinculada).
- Cuando la negativa busca monopolizar un segundo mercado a través de un precio excesivo (*"Price squeeze"*).

De otro lado, con respecto a las **posibles justificaciones**, el OSIPTEL ha considerado que la negativa se encontraba justificada, entre otras razones, por las siguientes:

- Incumplimiento por parte de la empresa que solicitaba el acceso, de sus obligaciones de pago en el marco de la relación contractual previa con la empresa eléctrica que negó el acceso a sus postes.
- Incumplimiento de las medidas de seguridad necesarias.
- Utilización de la infraestructura o ampliación de esta, sin contar con autorización previa.

Controversias seguidas en los Expedientes: 006-200, 003-2001, 007-2001, 008-2001 y 009-2001.

⁸⁸ Como por ejemplo: retrasos en las entregas de los productos, entrega de productos defectuosos, o establecimiento de precios altos con relación a los precios que se facturan a la empresa vinculada con la empresa dominante.

Los nuevos Lineamientos precisan que en el caso de que no se haya suscrito un contrato, debido a que el agente que solicita un insumo o servicio considera que los precios son muy elevados, se podrá analizar la conducta de imponer dichos precios elevados bajo la perspectiva de una **negativa indirecta**. Si, por el contrario, existe diferencias entre el precio que la dominante ofrece a una empresa vinculada y el precio “elevado” que ofrece a un competidor de esta última, pero dicho competidor aún celebra un contrato con la empresa que le brinda el insumo, esta conducta deberá analizarse como un supuesto de **discriminación**.

En tal sentido, respecto a la negativa injustificada se considera conveniente modificar los Lineamientos de acuerdo con lo siguiente:

- Hacer mayores precisiones con relación a los supuestos en los cuales una negativa de trato puede tener **efectos anticompetitivos**, de acuerdo con lo señalado por las instancias de solución de controversias.
- Hacer mayores precisiones en relación a los aspectos que se considerará para evaluar la **legitimidad** de las negativas de trato.
- Incluir los supuestos de negativa indirecta de trato y diferenciarlos de los casos que serán considerados como discriminación anticompetitiva.

7.2. Discriminación de precios

De acuerdo con el artículo 5º, inciso b) del Decreto Legislativo N° 701, constituía abuso de posición de dominio la aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.

Por su parte, los Lineamientos aún vigentes califican la discriminación de precios como una conducta sujeta a evaluación según la denominada “*regla de la razón*”, lo que supone que para considerarla ilícita debe probarse que ha tenido efectos no deseables en el mercado y sobre el bienestar de los consumidores.

Actualmente, el artículo 10º, numeral 10.2, literal b) de la LRCA, recoge lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 701 y establece que esta conducta, al igual que las demás consideradas abuso de posición de dominio, constituye una prohibición relativa⁸⁹.

Estos planteamientos pueden ser complementados y profundizados tomando como punto de partida el desarrollo teórico como la experiencia jurisprudencial del OSIPTEL en materia de discriminación de precios, de acuerdo con lo siguiente:

La discriminación de precios, como práctica anticompetitiva, supone **el cobro de precios distintos en transacciones equivalentes** o, viceversa, el ofrecimiento de **precios iguales cuando las transacciones son distintas**, sin que exista una causa que justifique el trato diferenciado y siempre que pueda ocasionar una restricción de la competencia.

⁸⁹ A diferencia de la norma anterior, se establece que la práctica debe colocar de manera **injustificada** a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.

Las prácticas discriminatorias usualmente prohibidas por las normas de libre competencia pueden distinguirse en dos grupos:

- (i) **Discriminación entre usuarios finales.-** Se presentan cuando el operador dominante aplica condiciones más beneficiosas a los consumidores de los mercados **donde enfrenta mayor competencia**, con la finalidad de quitar clientela a sus competidoras y perjudicarlas.
- (ii) **Discriminación entre empresas competidoras que adquieren insumos en niveles intermedios de la cadena productiva.-** Puede presentarse si el operador dominante tiene una empresa vinculada en **mercados relacionados** y, sin justificación alguna, le otorga condiciones más ventajosas que a sus competidores en la compra de un insumo importante, colocando así a estos últimos en desventaja⁹⁰.

La discriminación de precios, sin embargo, puede obedecer a las condiciones del mercado o a estrategias empresariales válidas; por tal motivo, resulta importante definir en los nuevos Lineamientos las pautas para identificar bajo qué supuestos se encuentra justificado el trato diferenciado. Así, por ejemplo, la LRCA distingue la discriminación de aquellos supuestos en los que las condiciones especiales o diferentes, como los descuentos y las bonificaciones, corresponden a determinadas circunstancias que podrían justificar este tratamiento diferenciado, como por ejemplo, el pago anticipado, los montos o volúmenes contratados, entre otras.

En tal sentido, en los nuevos Lineamientos se incluyen algunos criterios para determinar si las transacciones a las que se aplican condiciones diferenciadas son realmente transacciones equivalentes o no.

La equivalencia puede medirse en función de los siguientes factores:

- a. **Equivalencia por costos.-** Los costos a tomarse en consideración son aquellos en que debe incurrir el vendedor para satisfacer la demanda de cada uno de los compradores.

Para estimar dichos costos deben tomarse en consideración **todas las condiciones** en que dicho bien debe proveerse, pues son estas las que pueden hacer que las prestaciones sean o no equivalentes, pese a tratarse de bienes idénticos o similares.

Los factores que pueden tenerse en cuenta para definir cuándo dos transacciones son equivalentes o no, entre otros, son los siguientes:

- **Las condiciones de la transacción.**⁹¹

⁹⁰ Sobre la discriminación de precios puede verse, entre otros: DIEZ ESTELLA, Fernando. La Discriminación de Precios en el Derecho de la Competencia, Madrid, Civitas Ediciones, 2003. FURSE, Mark. "Monopoly Price Discrimination, Article 82 and the Competition Act", en: European Competition Law Review Vol. 22 N° 5 (2001). GERADIN, D. y PETIT, N. "Price discrimination under EC Competition Law: the need for a case-by-case approach", Global Competition Law Centre Working Paper N° 07/05 (2005). HOVENKAMP, H. Federal Antitrust Policy, the Law of Competition and its Practice. St. Paul - Minn., West Publishing Co. 1994, p. 524-525.

- Los costos vinculados a la **entrega de los bienes**.⁹²
- Otros costos de transacción vinculados con la **administración de riesgos contractuales**.⁹³

Si los costos de atender a los clientes son iguales o bastante similares, las transacciones se consideran equivalentes y, por lo tanto, en ausencia de otra justificación, no es válida la discriminación de precios si es que tiene efectos anticompetitivos⁹⁴.

- b. Equivalencia por elasticidades de demanda**⁹⁵.- En este caso se toma en consideración el **grado de sensibilidad de los consumidores** frente a las modificaciones en el precio cobrado. Es decir, los precios pueden ser distintos considerando si los consumidores tienen demandas más o menos elásticas⁹⁶.

Los precios diferenciados según la distinta elasticidad de demanda de los compradores pueden ser una alternativa eficiente, en comparación con aquellas que involucran un precio único⁹⁷.

⁹¹ Tales como volumen transado, forma de pago, oportunidad y plazo de entrega, seguridad del suministro, entre otras. Por ejemplo, las ventas al por mayor presentan menores costos de transacción que las ventas al por menor.

⁹² Como por ejemplo los costos de transporte dependiendo de la ubicación geográfica del cliente, los costos de almacenamiento, aranceles o tributos que deben pagarse, entre otros.

⁹³ Tales como la probabilidad de demora o falta de pago según la liquidez de los clientes, la negociación de contratos de largo plazo, etc. En el caso de las ventas al crédito, el riesgo derivado de atender a ciertos compradores puede ser diferente, por ejemplo, dado que algunos pueden tener un historial crediticio impecable, mientras que otros pueden tener antecedentes de demora en los pagos. Los riesgos pueden estar relacionados también al suministro o con la disponibilidad de los bienes requeridos. Este sería el caso de un contrato de suministro eléctrico que impone un máximo de incidentes de interrupción por causas no imputables al suministrador o que exige una potencia asegurada elevada durante época de carestía, puede dar lugar a costos bastante mayores al promedio de requerimientos de suministro. Ver: VARIAN, Hal. "Price Discrimination", en: Handbook of Industrial Organization, Vol. I (1989), 601-603. KATZ, Michael. "Price discrimination and monopolistic competition", en: Econometrica, Vol 52, N° 6 (1984). SCHMALENSEE, Richard "Output and welfare implications of monopolistic third degree price discrimination", en: American Economic Review, Vol 71, N° 1 (1981).

⁹⁴ Esto no significa que deba existir **equivalencia exacta** entre la diferencia de precios y la diferencia de costos, sino que podría bastar que las diferencias se encuentren razonablemente vinculadas y que no constituyan una simple pantalla para esconder tratos privilegiados.

⁹⁵ Cabe señalar que, a diferencia de la equivalencia por costos, la equivalencia según elasticidades de demanda no ha sido considerada explícitamente por las autoridades de defensa de la competencia, aunque existen ejemplos en que sí se ha dado un reconocimiento expreso a esta forma de justificación. En la jurisprudencia nacional se ha reconocido las figuras de la equivalencia por costos y según elasticidades. Por ejemplo: Resolución N° 0078-1999/TDC-INDECOPI del 5 de marzo de 1999 (Exp.005-97-CLC), Resolución N° 001-98-INDECOPI/CLC del 9 de enero de 1998 (Exp. 004-95-CLC).

⁹⁶ Sea debido a que tienen menor o mayor capacidad de pago, o porque pueden trasladarse a comprarle a la competencia más fácilmente o no, respectivamente. Según estos planteamientos, es válido cobrar precios mayores a los compradores que tienen una demanda menos elástica, porque tienen mayor capacidad de pago (precio de reserva mayor).

En estos casos, la diferenciación de precios puede justificarse si permite incrementar la oferta y cubrir costos fijos elevados⁹⁸.

En ambos casos, sin embargo, debe evaluarse si existen razones contundentes para considerar que dicha conducta constituya solamente una **estrategia diseñada para excluir a un competidor**.

En la jurisprudencia del OSIPTEL se ha considerado que los casos en que **no se encuentre una explicación objetiva para el trato diferenciado**⁹⁹, se evaluará si la diferencia de precios existente colocó a una empresa en **desventaja frente a sus competidores**. De concluir que no se presentó este último supuesto, la conducta no resultará ilícita¹⁰⁰.

Asimismo, en la jurisprudencia del OSIPTEL se ha desarrollado en forma enunciativa los siguientes criterios a ser analizados para identificar si una práctica está dirigida a **excluir al competidor**¹⁰¹:

- (i) El **patrón de conducta usual** del operador dominante y si en el caso concreto se registra una variación sustancial o bastante atípica.
- (ii) Si existen evidencias de **intención de eliminar a los rivales**.
- (iii) Si la diferenciación de precios está dirigida a **afectar a un competidor en particular**.
- (iv) Si los menores precios aplicados pueden resultar **predatorios**.
- (v) Si se está aplicando un esquema de **subsidios cruzados** donde las rentas de segmentos monopólicos solventen los menores precios en los segmentos de competencia o si la diferenciación de precios puede explicarse simplemente como una respuesta válida frente a los menores precios que está aplicando el competidor ('meeting competition strategy')

Por otro lado, se deberá precisar en los nuevos Lineamientos que en el caso de la venta de insumos para la prestación de servicios de telecomunicaciones (mercado mayorista), es necesario considerar que, en determinadas circunstancias, una estrategia anticompetitiva de discriminación de precios puede analizarse como un estrechamiento de

⁹⁷ RYDYARD, Derek. "Domco's Dilemma - When is Price Competition Anti-Competitive". European Competition Law Review 1999, 20 (6). RYDYARD, Derek. "Exclusionary Pricing and Price Discrimination Abuses under Article 82 – an Economic Analysis". European Competition Law Review 2002, 23 (6), p. 289.

⁹⁸ Si tal diferenciación no incrementa la producción, es más probable que se trate de una discriminación de precios.

⁹⁹ Por ejemplo cuando una empresa con posición de dominio aplica condiciones de venta distintas entre sus clientes sin ofrecer otra explicación que el hecho de que tales diferencias son producto de la libre negociación entre las partes.

¹⁰⁰ A pesar de (i) haberse aplicado precios diferentes y (ii) no haberse ofrecido justificación objetiva que los sustente. Ver: Resolución N° 017-2003-TSC/OSIPTEL del 24 de junio de 2003 (Exp. 005-2001).

¹⁰¹ Gerencia de Relaciones Empresariales del OSIPTEL. Instructivo para la evaluación e investigación de prácticas anticompetitivas: Discriminación (2005).

márgenes. En tal sentido, cuando una estrategia de precios discriminatorios no permita al competidor aguas abajo obtener un margen de ganancia razonable, debe encausarse dicha conducta como una práctica de estrechamiento de márgenes.

En tal sentido, corresponde modificar o desarrollar en los nuevos Lineamientos los siguientes aspectos:

- (i) Explicar la justificación del trato diferenciado en función a los distintos **costos** de atender a cada cliente y por distintas **elasticidades de demanda** de los clientes cuando den lugar al incremento de la producción.
- (ii) Enunciar aspectos relevantes para identificar supuestos de discriminación anticompetitiva.
- (iii) Definir los supuestos en los que una conducta de discriminación podrá ser encausada como un caso de negativa injustificada de trato o estrechamiento de márgenes.

7.3. Empaquetamientos

El artículo 5º, inciso c), del Decreto Legislativo N° 701 incluía como caso de abuso de posición de dominio a la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones **suplementarias** que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

Los Lineamientos aún vigentes, por su parte, recogen lo establecido en dicha Ley e indican que *“En el campo de las telecomunicaciones suele usarse el término “empaquetamiento” para describir la situación en la que una empresa ata o une una serie de prestaciones y las vende u ofrece como **un solo paquete, no dando la alternativa al consumidor de adquirir cada parte por separado**”*. (Resaltado agregado).

Adicionalmente, los Lineamientos señalan que para que se configure esta práctica ilegal se requiere que: (i) la realice una empresa con **posición de dominio**, (ii) sea **injustificada** y (iii) muestre el intento de restringir la competencia.

Por último, se identifican como supuestos de empaquetamiento indebido de servicios públicos de telecomunicaciones que pueden distorsionar la competencia los siguientes:

- Cuando un operador dominante ata la venta de un servicio en el que tiene posición dominante en el mercado a la de uno en que se enfrenta a la competencia.
- Cuando los servicios atados pertenecen parcialmente a un mercado de precios regulados y parcialmente a un mercado desregulado.
- Tratándose de servicios pertenecientes a un mercado competitivo, se considerará indebido el empaquetamiento de los insumos necesarios para proveer tal servicio, si el operador ata los insumos para los cuales ejerce una posición dominante con los insumos que pueden ser suministrados por terceros.

La LRCA, por su parte, establece en su artículo 10º, numeral 10.2, inciso c), que se considera abuso de posición de dominio a las conductas que impliquen 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.

Al respecto, corresponde realizar algunas rectificaciones conceptuales e incluir algunos criterios de análisis:

El primer aspecto que es necesario corregir en los Lineamientos aún vigentes está referido a la equivalencia que se plantea entre las **cláusulas de atadura** y los **empaquetamientos**.

Al respecto, se debe precisar en los nuevos Lineamientos que el **empaquetamiento** es una práctica que consiste en la venta de dos o más bienes de forma conjunta, como si se tratase de uno solo¹⁰². Dentro de esta categoría genérica tenemos los siguientes tipos¹⁰³:

- **Empaquetamiento puro:** En este caso la empresa vende los productos del paquete únicamente de forma conjunta, sin que sea posible adquirir cada bien que lo compone de forma separada. Más aún, estos son vendidos en proporciones fijas.
- **Empaquetamiento mixto:** En este caso la empresa, además de vender el paquete como un solo producto, ofrece la posibilidad de adquirir cada uno de los bienes que lo compone de forma separada. Sin embargo, y para hacerlo interesante para el consumidor, el precio del paquete es menor que la suma de los precios individuales de los productos que lo componen.
- **Venta atada:** En este caso la empresa, además de vender el paquete como un solo producto, ofrece la posibilidad de adquirir solo uno de los bienes que lo compone de forma separada. El producto que se vende de manera separada es el bien atado; mientras que el ofrecido solo en paquete es el bien atante. De este modo, alguien que quiera comprar el bien atante, deberá comprar necesariamente el bien atado también¹⁰⁴.

La doctrina señala que la diferencia entre las ataduras y los empaquetamientos puros está en que, mientras en las primeras el producto atado se puede comprar por separado, en los empaquetamientos puros no se pueden comprar por separado ninguno de los productos que forman parte del paquete¹⁰⁵.

En nuestra legislación las ventas atadas y los empaquetamientos puros se encuentran tipificados en el literal b) del artículo 10.2º del Decreto Legislativo N° 1034, según el cual, recogiendo el elemento coercitivo de dicha práctica, se considera como abuso de posición

¹⁰² O' DONOGHUE, R. y J. PADILLA "The Law and Economics of Article 82". Hart Publishing : Oxford, 2006, p. 477.

¹⁰³ Cabe señalar que dichas distinciones se encuentran recogidas en el Informe N° 004-CCO/2011 que obra en el expediente.

¹⁰⁴ O' DONOGHUE R. y PADILLA, J. Op. cit.

¹⁰⁵ TIROLE, Jean. "The Analysis of Tying Cases: A Primer"; en: Competition Policy International, Vol. 1 N° 1 Spring 2005; p.7 y 8.

de dominio en el mercado la conducta con efecto exclusorio consistente en “*la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos*”. Las ventas atadas y los empaquetamientos puros pueden presentarse bajo distintas modalidades en el mercado de servicios de telecomunicaciones, tanto del segmento mayorista como el minorista.

Por otro lado, los empaquetamientos mixtos también pueden ser anticompetitivos, ya que las tarifas para la compra conjunta de dos (2) o más servicios pueden encubrir subsidios cruzados o precios predatorios, por ejemplo, al ofrecerse el paquete a un precio menor que la compra independiente de uno solo de los bienes.

En segundo lugar, los Lineamientos aún vigentes contienen tres (3) elementos para identificar la existencia de este tipo de prácticas, los cuales constituyen los aspectos básicos y generales usualmente considerados para el análisis de dichas prácticas. No obstante, es conveniente hacer algunas precisiones y desarrollos mayores en ciertos aspectos que resultan importantes para el adecuado análisis de este tipo de conductas

Una primera aproximación que puede considerarse es la planteada por **la Comisión Europea** en su propuesta para evaluar las prácticas de ventas atadas y empaquetamientos bajo el artículo 82 del Tratado de Roma. Bajo esta perspectiva se requiere de los siguientes requisitos¹⁰⁶:

- **Posición de dominio.-** La empresa que aplica la práctica debe tener posición de dominio, pero no se requiere que la tenga para ambos bienes, sino principalmente para el **bien vinculante**.
- **Bienes diferentes.-** Para que haya atadura o empaquetamiento los bienes deben ser diferentes desde el punto de vista de la demanda, lo cual se detecta si es que en ausencia de la atadura o el empaquetamiento, los compradores adquieren los bienes por separado.

Tratándose de casos de **integración tecnológica**, es decir, cuando el desarrollo de un nuevo producto integra dos (2) que previamente se vendían independientemente, es necesario analizar si la demanda se ha modificado como consecuencia de la referida integración de modo que ya no existe una demanda independiente para el producto vinculado.

En este punto debe tenerse en cuenta la denominada **distribución conjunta** en la que los dos bienes han sido diseñados como un conjunto por el productor y no dependen de los requerimientos del comprador (un ejemplo evidente son los automóviles que suponen la venta conjunta de la carrocería, el motor, las llantas, etc.)¹⁰⁷.

- **Efectos de exclusión.** La práctica debe estar destinada a excluir a los competidores. Al respecto, puede evaluarse la exclusión de competidores en el **mercado del bien vinculado** considerando qué parte de los clientes quedan

¹⁰⁶ European Commission, DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses: Public consultation (2005), p. 80-90.

¹⁰⁷ TIROLE, Jean. Op. Cit., p. 8-9.

sujetos a la atadura o empaquetamiento y si esa porción de la demanda es considerable¹⁰⁸.

Entre los factores a evaluar que plantea la Comisión Europea se encuentran los siguientes:

- El porcentaje de las ventas vinculadas frente a las ventas totales.
 - Cuáles son los clientes que adquieren los productos en paquete.
 - Si existen otras empresas que también venden en paquete.
 - Existencia de productos diferenciados en el mercado del bien vinculado.
 - Evolución del porcentaje de mercado de la empresa dominante.
 - Capacidad de reacción de competidores y clientes.
- **Ausencia de justificación objetiva.** Se entiende que la conducta podría ser legítima si existe:
- **Justificación objetiva**, la misma que puede derivarse de las siguientes razones: (i) calidad de los bienes; (ii) garantizar el buen uso de los productos; o, (iii) la protección de la seguridad y salud de los clientes.

Estas razones tendrían que ser aplicables a **toda empresa del mercado**, de modo que sin la vinculación de los bienes, no podrían ser distribuidos.

- **Generación de eficiencias** que compensen los efectos anticompetitivos, para lo cual la vinculación debe: (i) ser indispensable para conseguirlas, (ii) beneficiar a los consumidores; y (iii) no debe eliminar la competencia en una parte sustancial del mercado.

Cabe precisar que los criterios antes señalados no se encuentran exentos de críticas, por lo que se requiere de un cuidadoso análisis caso por caso¹⁰⁹.

En tal sentido, resulta conveniente modificar los Lineamientos de acuerdo con lo siguiente:

¹⁰⁸ En los casos de **ventas atadas** y **empaquetamientos puros** se priva a los competidores en el mercado del bien vinculado de acceder a parte importante de los compradores.

En los **empaquetamientos mixtos** el aspecto principal a ser evaluado es si el descuento ofrecido por la compra conjunta resulta tan atractivo que hace que competidores eficientes en el mercado del bien vinculado no puedan competir con la venta del conjunto o “paquete”.

¹⁰⁹ Algunas de las críticas que se han planteado respecto de estos criterios de evaluación de estas prácticas son que la Comisión Europea: (i) considere que puede ser inválido que se aten o empaqueten bienes incluso si ello se hace según las prácticas comerciales usuales en el mercado, pues si tanto empresas con posición de dominio como las que no la tienen comercializan sus productos de esa forma ello debe responder a que existen razones de eficiencia para ello; (ii) considere que uno de los efectos anticompetitivos de las ataduras o empaquetaduras sea la discriminación de precios, cuando la literatura económica indica que la discriminación puede ser una justificación válida de estas prácticas cuando produce una distribución eficiente o la creación de una demanda adicional para un nuevo producto; (iii) no considere que en mercados de rápida evolución tecnológica la integración de productos o servicios es parte de la evolución natural y responde a los requerimientos de la demanda (miniaturización de equipos, convergencia tecnológica, reducción del consumo de energía, etc.), por lo que no puede considerarse simplemente como inválidas las ataduras o empaquetamientos cuando existen empresas independientes y especializadas en la producción del bien vinculado, sino que debe efectuarse una evaluación de los patrones de demanda y su evolución. Al respecto puede verse por ejemplo: AHLBORN, DENICOLO, GERADIN y PADILLA. Op cit. p. 39-42.

- (i) Distinguir entre ataduras y empaquetamientos mixtos y puros.
- (ii) Precisar los elementos a ser tomados en consideración en la evaluación.

7.4. Prácticas con efectos depredadores

Estas prácticas se caracterizan por tener un efecto negativo en los competidores, el cual se origina principalmente en el cobro por parte del depredador de un precio lo suficientemente bajo en algún mercado, de tal manera que impida o limite la presencia de competidores en dicho mercado.

Cabe destacar que, para que se configure esta infracción a la libre competencia, la reducción de precios no debe obedecer a una **mayor eficiencia productiva** ni a **ofertas de naturaleza transitoria**, motivadas por una competencia agresiva.

En mercados como el de telecomunicaciones, con empresas **multi-producto**, con importantes **costos comunes** y con tendencia a **ventas en paquetes**, las empresas cuentan con mayores incentivos y posibilidades para desarrollar y financiar estrategias predatorias y subsidios cruzados.

Sin perjuicio de lo anterior, debe considerarse también que estas mismas características hacen que puedan aprovechar mejor las **economías de ámbito** para ofrecer precios más bajos.

En tal sentido, el análisis que realicen los órganos resolutivos del OSIPTEL debe considerar en cada caso estas características particulares, así como su potencial impacto en el desarrollo de prácticas con efectos depredadores.

Entre las prácticas que tienen efectos depredadores, destacan las siguientes:

7.4.1 Precios Predatorios¹¹⁰

Los Lineamientos aún vigentes definen los precios predatorios como aquellos **inferiores a un determinado nivel de costos**, establecidos con la intención de eliminar del mercado a los competidores. Asimismo, señalan que los efectos que se derivan de una práctica de precios predatorios son: (i) rebajas selectivas de precios, (ii) nivel de precios no rentable o poco rentable en un determinado horizonte temporal, y (iii) una política de precios dirigida a un competidor específico.

La jurisprudencia de los órganos colegiados del OSIPTEL ha desarrollado estos conceptos; sin embargo, en los últimos años han existido importantes desarrollos teóricos y jurisprudenciales en la experiencia internacional en relación con los criterios para su evaluación, en particular en industrias multiproducto como las de telecomunicaciones. Por tal motivo, resulta conveniente revisar y reformular los Lineamientos en función a estos.

Los precios predatorios son definidos en términos económicos como una reducción de precios que es rentable solo por el poder de mercado adicional que ganará el infractor

¹¹⁰ Las ideas desarrolladas en este apartado se basan principalmente en lo desarrollado en: BOLTON, BRODLEY y RIORDAN. "Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy"; KWOKA, John y Larry White. *The Antitrust Revolution*. Fourth Edition. MIT Press, 2005. y MOTTA, Massimo. Op cit.

como resultado de eliminar, disciplinar o de otra forma inhibir el desarrollo competitivo de un rival o potencial rival.

Los efectos anticompetitivos de una política de precios predatorios son: (i) el posterior establecimiento de precios altos, luego de la exclusión de los competidores y (ii) la reducción de la producción e innovación, como consecuencia de la exclusión de los rivales.

Durante un largo periodo, el marco de análisis propuesto por McGee para la evaluación de precios predatorios fue la única teoría económica coherente respecto de la práctica de precios predatorios¹¹¹.

De acuerdo con este autor, la predación era una práctica **económicamente irracional** debido a (i) la dificultad de recuperar las pérdidas ocasionadas en el periodo posterior a la predación, puesto que al momento de subir los precios podrían ingresar nuevos competidores o reingresar los antiguos; (ii) que los competidores sabrían de antemano que la práctica no puede ser sostenida por periodos largos, y optarían por permanecer en el mercado.

Este modelo, sin embargo, ha sido cuestionado por **casos exitosos de predación**¹¹², así como por diversos **modelos teóricos**. La principal crítica que se le hizo es que dicho modelo partía de un marco de **análisis estático** y adoptaba un modelo de mercado en el que los productos eran homogéneos, no existían barreras de entrada y los agentes poseían información perfecta.

Los nuevos modelos, en cambio, plantean un análisis de precios predatorios en un **mercado dinámico**, con **información imperfecta y asimétrica**, en el cual las conductas estratégicas pueden resultar rentables. Estos modelos consideran que el operador establecido (*“incumbent”*) posee mayor información que el rival, y aprovecha esta situación para influir en sus **expectativas** con relación al mercado. Es importante destacar que en estos modelos no es necesario que el rival salga del mercado, sino simplemente disciplinar su comportamiento o evitar que se expanda¹¹³.

En general, se pueden distinguir dos tipos de modelos en los cuales la conducta predatoria puede ser racional y exitosa:

- (i) **Modelos de señalización.**- De acuerdo con estos modelos, propuestos por Saloner¹¹⁴, el operador establecido (*“incumbent”*) puede tratar de confundir al rival

¹¹¹ MCGEE, John Predatory Price Cutting: The Standard Oil (N.J.) Case. En “Journal of Law and Economics”, Octubre 1958, p. 168.

¹¹² Al respecto, BOLTON, BRODLEY y RIORDAN mencionan una serie de casos de prácticas predatorias desarrolladas exitosamente en diversas industrias. Incluso, precisan que un nuevo examen del caso Standard Oil, utilizado por McGee para sustentar su teoría de la irracionalidad de las prácticas de precios predatorios, evidenciaba que dicha empresa incurrió en prácticas predatorias, no necesariamente de precios, en contra de sus rivales.

¹¹³ MARTÍNEZ, Martha y QUINTANA, Eduardo. La Necesidad de tomar nuevos rumbos en la aplicación de Políticas de Competencia en el Perú: a propósito de las prácticas anticompetitivas de precios. En: Derecho & Sociedad N° 28. (2007).

¹¹⁴ ORDOVER, Janusz A. and SALONER, Garth (1989): Predation, Monopolization, and Antitrust. En: R Schmalensee & R. Willig, Handbook of Industrial Organization, edition 1, volumen 1, chapter 9, p 537-596 Elsevier.

y pretender tener costos menores a los reales, con el objetivo de desincentivar la entrada del rival en los otros mercados en los cuales participa.

- (ii) **Modelos de reputación.**- De acuerdo con estos modelos, propuestos por los economistas Milgrom y Roberts¹¹⁵, y Kreps y Wilson¹¹⁶, el operador establecido (“*incumbent*”) puede pretender costos menores, con el objetivo de construir una reputación de competidor sumamente agresivo, a fin de disuadir el ingreso de rivales en otros mercados en los cuales participa.

Cabe destacar que, de acuerdo con los nuevos enfoques de las conductas predatorias de precios, esta práctica puede representar una amenaza especial en aquellos mercados que experimentan un **rápido crecimiento**, en industrias con un **alto nivel de desarrollo tecnológico**, que normalmente involucran **altos grados de innovación**¹¹⁷.

De acuerdo con las nuevas teorías, el predador establece precios bajos temporalmente, a fin de que el competidor crea que no puede obtener una rentabilidad alta en dicho mercado, destacando dos aspectos:

- (a) El sacrificio de los beneficios de corto plazo.
- (b) La capacidad de incrementar los beneficios en el largo plazo a través del ejercicio de poder de mercado, una vez que la conducta predatoria resulte exitosa¹¹⁸.

De acuerdo con ello, Motta¹¹⁹ propone un test considerando las siguientes etapas:

1. Análisis de la industria con el propósito de determinar el grado de **poder de mercado** de la firma que se ha considerado como dominante. Solo se continuará con el análisis si la firma es dominante.
2. Análisis de la **relación entre precios y costos**:
 - Un precio por encima de los costos totales medios debería ser considerado definitivamente como permitido por la norma, sin excepciones.

¹¹⁵ MILGROM, Paul & John Roberts. *New Theories of predatory pricing*.

¹¹⁶ KREPS, D and WILSON, R. Reputation and Imperfect Information. En: *Journal of Economic Theory*, 27, p. 253 – 279.

¹¹⁷ Al respecto, se pone como ejemplo de esta práctica el supuesto en el que una firma dominante en un mercado caracterizado por el rápido cambio tecnológico reduzca bruscamente sus precios como respuesta al ingreso de un nuevo competidor a fin de desincentivar que el entrante siga desarrollando nuevos productos. Si, el entrante enfrenta escenarios pocos rentables debido a sus altos costos, o a una débil demanda, a un exceso de capacidad en la industria, a una agresiva conducta de sus competidores; el entrante puede reducir sus previsiones iniciales respecto de la rentabilidad del mercado. Si el capital que planeaba invertir, puede tener usos alternativos igual de rentables, ello podría conducirlo a salir de la industria. Si decidiese permanecer en la industria, igualmente podría verse disuadido de realizar nuevas inversiones o desarrollar nuevos productos para la industria. Al mismo tiempo, otras firmas podrían verse disuadidas de ingresar a la industria. En cualquiera de estos escenarios, el predador obtendría beneficios. MILGROM, Paul & ROBERTS, Op. cit.

¹¹⁸ De acuerdo con Motta es en base a estos dos elementos que la definición legal de los precios predatorios debería ser construida.

¹¹⁹ MOTTA, Massimo. Op cit., p.442-443.

- Un precio por debajo de los costos totales medios pero por encima de los costos variables medios debería presumirse como legítimo en principio, atribuyéndose al demandante la carga de probar lo contrario.
- Un precio por debajo de los costos variables medios debe presumirse como anticompetitivo, salvo que el demandado pruebe lo contrario.

Asimismo, se debe destacar en los nuevos Lineamientos que la predación de precios también se puede poner de manifiesto a través de una estrategia de subsidios cruzados.

Los Lineamientos aún vigentes afirman que esta estrategia se produce cuando los precios de una empresa para un producto no reflejan sus costos y un margen de ganancia razonable, sino más bien son el reflejo de los ingresos resultantes de precios fijados en otros mercados por la misma empresa o sus vinculadas. Igualmente, indican que los subsidios cruzados no requieren que el precio en el mercado que recibe el subsidio no cubra los costos, y que la práctica puede presentarse por largos períodos sin que la empresa tenga que incurrir en pérdidas.

La experiencia del OSIPTEL en el análisis de este tipo de prácticas ha sido bastante limitada¹²⁰. No obstante, esta práctica recibe mucha atención en mercados como los de telecomunicaciones, debido a la posibilidad de que a través de dicho mecanismo, operadores con poder de mercado y, en particular, los establecidos que heredaron los monopolios estatales, puedan limitar el desarrollo de nuevos competidores a través del subsidio a nuevas actividades con fondos que provienen de mercados donde en la actualidad disfrutaban de una posición dominante.

Las agencias de competencia y reguladores han buscado evitar que dichos operadores (y en general empresas integradas verticalmente) apliquen subsidios cruzados para mantener o trasladar su posición de dominio, a través del **establecimiento de reglas** que buscan **dividir las actividades** en las que opera la empresa en diferentes mercados, con el propósito de aplicar las normas de competencia. La posición del operador establecido es evaluada separadamente respecto de cada uno de estos mercados¹²¹.

Finalmente, los Lineamientos aún vigentes señalan que los subsidios cruzados pueden ser anticompetitivos aun cuando en el mercado en que se recibe dichos subsidios no se esté vendiendo por debajo de los costos, es decir, aun cuando no sean predatorios.

Al respecto, debe señalarse que los Lineamientos para Desarrollar y Consolidar la Competencia y la Expansión de los Servicios de Telecomunicaciones en el Perú, establecieron que los operadores pueden ofrecer **esquemas de tarifas diferenciadas**

¹²⁰ En el único pronunciamiento emitido por el OSIPTEL sobre la materia ha considerado que los operadores verticalmente integrados que ofrecen varios servicios, unos en competencia y otros como proveedor predominante, tienen incentivos a aplicar subsidios cruzados predatorios. No obstante, tratándose de casos en que uno de los servicios que se ofrece es un insumo esencial y el otro servicio final, el OSIPTEL ha enfrentado dificultades al evaluar la existencia de subsidios cruzados, pasando a un análisis más cercano al de discriminación entre el precio cobrado por un insumo esencial a la empresa vinculada y el otro cobrado a los competidores de esta.

Informe "Controversia entre Red Científica Peruana y Telefónica del Perú S.A. por Supuestos Actos de Competencia Desleal e Incumplimiento Contractual (Exp. 001-956) Informe Sustentatorio. (1997).

¹²¹ Estos mercados son considerados como unidades a partir de las cuales se evalúa el grado de competencia a efectos de identificar en que segmentos las condiciones son propicias para un funcionamiento adecuado del mercado.

según la **ubicación geográfica** de los usuarios o el **tipo de consumo** de los mismos (residencial o comercial). Asimismo, se contempló que, en caso de utilizarse criterios geográficos, la diferenciación se regiría por criterios de equidad, favoreciendo a los departamentos distintos a Lima y de la Provincia Constitucional del Callao¹²².

En tal sentido, implícitamente dichos Lineamientos **permiten subsidios cruzados** destinados a favorecer a usuarios ubicados en ciudades del interior del país, siempre y cuando no sean contrarios a las normas de libre competencia y entre usuarios comerciales y residenciales.

No obstante, este tipo de subsidios deben enmarcarse dentro de las normas de libre competencia. La manifestación más típica de subsidios cruzados anticompetitivos son aquellos que tienen carácter predatorio.

Por tal razón, considerando que los subsidios cruzados no siempre serán anticompetitivos, y dado que su ocurrencia será más probable cuando se combinen con una estrategia de predación de precios, se ha visto conveniente incluir a los subsidios cruzados dentro del acápite correspondiente a los precios predatorios en los nuevos Lineamientos.

En tal sentido, con relación a los precios predatorios resulta conveniente modificar los Lineamientos de acuerdo con lo siguiente:

- (i) Precisar que esta práctica resulta sancionable en tanto introduzca distorsiones al régimen de libre competencia, como una práctica de efecto equivalente al exclutorio.
- (ii) Incluir una mención al hecho de que se reconoce que este tipo de prácticas pueden presentarse con mayor probabilidad en industrias caracterizadas por la existencia de **empresas multi-producto**.
- (iii) Indicar que la práctica de precios predatorios puede venir acompañada de una estrategia de **subsidios cruzados**.

7.4.2. Estrechamiento de márgenes o “price squeeze”

Según los Lineamientos aún vigentes, los precios comprimidos se presentan en escenarios de **empresas integradas verticalmente**, que son **dominantes en la provisión de un insumo esencial** para un mercado relacionado donde la misma empresa compite a través de una empresa vinculada.

En tal supuesto, la empresa puede reducir los márgenes de los competidores en el mercado relacionado cobrándoles un precio por el insumo esencial mayor al que cobra a su vinculada, y/o reduciendo su precio en el mercado del servicio relacionado.

Con esta práctica se reduce el margen de ganancia de los rivales en el mercado relacionado, **aprovechando el control del recurso esencial**, es decir, una de las empresas enfrentará menores costos sin que esto se deba a su mayor eficiencia.

¹²² Lineamientos para Desarrollar y Consolidar la Competencia y la Expansión de los Servicios de Telecomunicaciones en el Perú, aprobados e incorporados al Decreto Supremo N° 020-98-MTC, mediante Decreto Supremo N° 003-2007-MTC, artículo 4º, numeral 4.

Este tipo de práctica puede tener gran incidencia en el mercado de telecomunicaciones debido a que involucra el **aprovechamiento indebido del control de una facilidad esencial** para reducir los márgenes de los competidores en mercados relacionados, a través de los **precios de transferencia** que se cobran por dicho insumo a las empresas vinculadas¹²³.

Si bien el análisis de esta práctica comparte elementos comunes con el realizado en el marco de la evaluación de otro tipo de prácticas anticompetitivas vinculadas a precios, no tiene como propósito, ni implicará la identificación de un precio excesivo en la provisión del insumo esencial, ni de un precio predatorio en la venta del servicio a nivel minorista en el mercado aguas abajo.

En tal sentido, corresponde señalar en los nuevos Lineamientos lo siguiente:

- (i) El análisis del estrechamiento de márgenes no involucra un juicio sobre el nivel de los precios establecidos (precios predatorios) ni de la existencia o no de subsidios cruzados, sino la evaluación de la diferencia entre el precio mayorista del insumo esencial y el precio minorista del servicio final en competencia.
- (ii) El análisis del estrechamiento de márgenes tiene elementos comunes pero no se identifica con otras prácticas anticompetitivas vinculadas a precios.

7.5 El abuso de procesos legales

La LRCA introduce como modalidad de abuso de posición de dominio aquella práctica que consiste en **utilizar de manera abusiva y reiterada procesos judiciales o procedimientos administrativos, cuyo efecto sea restringir la competencia.**

Esta modalidad de abuso de posición de dominio puede ser considerada como una **práctica predatoria** en la medida que el agente económico busca incrementar los costos a sus rivales, dificultar o desincentivar la entrada o expansión de sus competidores o provocar su salida, lo cual repercute en beneficios directos para el agente que adopta esta práctica.

El abuso de los procesos se configura cuando los procesos legales iniciados no se encuentran dirigidos o motivados por una **expectativa legítima de tutela efectiva por parte de los administrados**, sino que tienen como finalidad producir, real o potencialmente, un efecto restrictivo de la competencia¹²⁴.

¹²³ Puede verse: BRUNEKREEFT, VAN DAMME, LAROUCHE y SORANA. On the law and economics of price squeeze in telecommunications markets, Tilburg University, 2005. GERADIN, D. y O'DONOGHUE, R. "The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: the Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector", en: *The Global Competition Law Centre Working Paper 04/05 (2005)*. PRIETO, E. y RODRÍGUEZ, J. "Price squeeze en telecomunicaciones", en: *Perspectivas en Telecomunicaciones N° 3* (NERA, diciembre 2005).

¹²⁴ La doctrina *Noerr-Pennington*, que desarrolló la práctica jurisprudencial que sirve de antecedente a la figura del abuso de procesos legales como conducta anticompetitiva, señala que, si bien las acciones para inducir al gobierno a realizar actos en el propio interés no pueden ser la base para una infracción a las normas de libre competencia, aun si la conducta tiene un efecto anticompetitivo, aquellos actos dirigidos a influir la acción gubernamental para encubrir intentos de interferir en las relaciones empresariales de un competidor no son inmunes a las normas de libre competencia. Esta excepción "*sham exception*" (lit. excepción por farsa) apunta a dejar en claro que el uso de procesos que no se encuentren dirigidos o motivados por una expectativa legítima de tutela de situaciones jurídicas del accionante sino que buscan limitar o entorpecer la competencia son violatorios de las normas de libre competencia.

Respecto a la configuración de la conducta del agente, conforme a lo establecido en la normativa de competencia y a la jurisprudencia desarrollada por INDECOPI sobre la materia, se tomarán en cuenta, entre otros, los siguientes elementos para identificar e investigar posibles prácticas de abuso de procesos legales:

- El número de acciones legales planteadas.
- Los efectos sobre el mercado que podría generar la interposición de dichas acciones.
- Las circunstancias asociadas a las acciones legales (oportunidad, utilidad, beneficios, objetivos contradictorios, etc.).
- Los sujetos contra los que se dirigen las acciones legales (competidores actuales, potenciales entrantes, autoridades vinculadas con el establecimiento de las reglas de entrada, mantenimiento y salida del mercado, etc.).

En base a lo señalado anteriormente, corresponde adecuar los Lineamientos a la LRCA de la siguiente forma:

- (i) Incluir al abuso de procesos legales como una modalidad de conducta anticompetitiva, cuya ilicitud recae en la utilización de los procesos legales con una finalidad distinta a la tutela efectiva de intereses, consistente en la restricción de la competencia.
- (ii) Señalar los elementos que deberá tomarse en cuenta para identificar e investigar un posible abuso de procesos legales.

8 Prácticas Colusorias: Verticales y Horizontales

El artículo 6º del Decreto Legislativo N° 701 definía las prácticas restrictivas de la libre competencia como aquellos acuerdos, decisiones, recomendaciones, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia. Asimismo, enumeraba aquellas prácticas consideradas restrictivas de la libre competencia¹²⁵.

¹²⁵ De acuerdo con el artículo 6º, del Decreto Legislativo 701, son prácticas restrictivas de la libre competencia:

- a. La concertación injustificada de **precios** u **otras condiciones** de comercialización.
- b. El **reparto del mercado** o de las **fuentes de aprovisionamiento**.
- c. El reparto de las **cuotas de producción**.
- d. La concertación de **calidad** de los productos, cuando corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales.
- e. La aplicación en las relaciones comerciales de **condiciones desiguales** para prestaciones equivalentes, que coloquen a algunos competidores en situación desventajosa frente a otros.
- f. La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de **prestaciones suplementarias** que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos.
- g. Otros casos de **efecto equivalente**, que sean tipificados por decreto supremo con las formalidades establecidos por el Decreto Legislativo 701.

Los Lineamientos aún vigentes, por su parte, precisan que, conforme a lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 701, en el caso de las prácticas restrictivas de la libre competencia a diferencia de lo que ocurre con los casos de abuso de posición de dominio, **no se exige** que ninguna de las empresas intervinientes cuente con **posición dominante** en el mercado.

La LRCA, por su parte, trae algunos cambios respecto a la regulación de este tipo de prácticas, que hacen necesaria la modificación de los Lineamientos.

En primer lugar, la nueva ley distingue entre las **prácticas colusorias horizontales** y las **prácticas colusorias verticales**:

- a. Las **prácticas colusorias horizontales** se encuentran referidas a los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos competidores entre sí, que tengan por **objeto o efecto restringir, impedir o falsear** la libre competencia.

Asimismo, la LRCA replica el contenido del Decreto Legislativo 701 referido a qué prácticas pueden constituir prácticas colusorias, mejorando su redacción en algunos supuestos e incluyendo nuevos casos¹²⁶.

De otro lado, la LRCA establece expresamente que determinadas prácticas de concertación horizontal constituyen **prohibiciones absolutas**, motivo por el cual solo bastaría acreditar la realización de tal conducta para que la infracción se configure¹²⁷.

¹²⁶ Decreto Legislativo N° 1034, Artículo 11.- Prácticas colusorias horizontales.-

11.1. Se entiende por prácticas colusorias horizontales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos competidores entre sí que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia, tales como:

- a. La fijación concertada, de forma directa o indirecta, de **precios** o de **otras condiciones** comerciales o de servicio.
- b. La **limitación o control concentrado** de la producción, ventas, el desarrollo técnico o las inversiones.
- c. El reparto concertado de **clientes, proveedores o zonas geográficas**.
- d. La concertación de la **calidad de los productos** (cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales y afecten negativamente a los consumidores).
- e. La aplicación concertada, en las relaciones comerciales o de servicio, de **condiciones desiguales** para prestaciones equivalentes, que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a los otros.
- f. Concertar injustificadamente la subordinación de la celebración de contratos a la **aceptación de prestaciones adicionales** que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos.
- g. **La negativa concertada e injustificada** de satisfacer demandas de compra o adquisición, o de aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios.
- h. Obstaculizar de manera concertada e injustificada la **entrada o permanencia** de un competidor en el mercado, asociación u otra organización de intermediación.
- i. Concertar injustificadamente una **distribución o venta exclusiva**.
- j. Concertar o coordinar **ofertas, posturas o propuestas** o abstenerse de estas en las licitaciones o concursos públicos o privados u otras formas de contratación o adquisición pública previstas en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates.
- k. Otras prácticas de efecto equivalente que busquen la obtención de beneficios por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.

¹²⁷ Decreto Legislativo N° 1034, Artículo 11.- Prácticas colusorias horizontales.-

11.2. Constituyen prohibiciones absolutas los acuerdos horizontales inter marca que no sean complementarios o accesorios a otros acuerdos lícitos, que tengan por objeto:

La prohibición absoluta está referida a las **prácticas colusorias inter-marca**, puesto que será en la competencia entre productos o servicios de distintos agentes económicos donde resultarán directamente nocivas e injustificadas las prácticas colusorias.

Cabe precisar que estas prácticas consideradas como prohibiciones absolutas son aquellas internacionalmente reconocidas como **inherentemente anticompetitivas**, por tratarse de prácticas altamente nocivas para la competencia y los mercados por permitir a las empresas **ejercer poder de mercado** sobre la totalidad o parte de un mercado, de manera tal que redundan en menores cantidades de bienes o servicios ofrecidos, precios mayores a los que existirían en un entorno sin la restricción a la competencia, ineficiencias productivas de las empresas y retrasos en la innovación por parte de las mismas. Por tales motivos, dichas conductas generan una pérdida de bienestar para la sociedad¹²⁸.

- b. Con respecto a las **prácticas colusorias verticales**, la LRCA establece en su artículo 12^o que se entiende por prácticas colusorias verticales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos que operan en **planos distintos** de la cadena de producción, distribución o comercialización, que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia.

De acuerdo con dicha Ley, las **prácticas colusorias verticales** pueden consistir en conductas de efecto exclusorio tales como las enumeradas como ejemplos de prácticas que podrían consistir **abuso de posición de dominio** y aquellos detallados como **prácticas colusorias horizontales**. De acuerdo con la Ley, las prácticas colusorias verticales constituyen prohibiciones relativas.

Adicionalmente, la LRCA establece que para que se configure este tipo de prácticas, se requiere que al menos una de las partes tenga de manera previa al ejercicio de la práctica, **posición de dominio en el mercado relevante**.

La introducción de la **posición de dominio** como elemento necesario para la configuración de **prácticas colusorias verticales** constituye la segunda modificación importante que trae la LRCA respecto de la norma anterior.

En tal sentido, la LRCA ha restringido el ámbito de prohibición de las prácticas colusorias verticales, puesto que de acuerdo con dicha norma aquellas restricciones verticales entre agentes económicos que no poseen posición de dominio en alguno de los mercados relacionados a la cadena de valor, no constituyen infracción administrativa.

-
- a. Fijar precios u otras condiciones comerciales o de servicio.
 - b. Limitar la producción o las ventas, en particular por medio de cuotas.
 - c. El reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas.
 - d. Establecer posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de contratación o adquisición pública prevista en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates.

Prohibiciones relativas.- Las prácticas colusorias horizontales distintas a las señaladas en el numeral 11.2 precedente constituyen prohibiciones relativas.

¹²⁸ Decreto Legislativo N° 1034- Exposición de Motivos.

De otro lado, esta definición de prácticas colusorias verticales habría terminado por zanjar la discusión teórica respecto de cómo debía sancionarse una colusión vertical bajo el Decreto Legislativo N° 701: si por abuso de posición de dominio o por práctica colusoria.

De acuerdo con lo expuesto, las principales diferencias entre las prácticas colusorias horizontales y verticales, pueden resumirse de la siguiente manera:

- En las prácticas colusorias horizontales, los agentes operan en el mismo **nivel comercial**, mientras que en las prácticas colusorias verticales, los agentes operan en **diferentes planos** de la cadena de producción, distribución o comercialización.
- Las **prácticas colusorias verticales** requieren para su configuración como conducta anticompetitiva que al menos una de las partes tenga, de manera previa al ejercicio de dicha práctica, **posición de dominio** en el mercado relevante.
- Las prácticas colusorias verticales siempre son prohibiciones relativas, mientras que algunas prácticas horizontales son prohibiciones absolutas.

En base a lo señalado anteriormente, corresponde adecuar los Lineamientos a la nueva Ley, recogiendo los conceptos antes mencionados.

9. TRATAMIENTO DE LAS CONDUCTAS QUE PUEDEN SER INVESTIGADAS COMO PRÁCTICAS COLUSORIAS VERTICALES Y PRÁCTICAS DE ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

La figura de “las prácticas colusorias verticales” no se encontraba tipificada en la anterior normativa de libre competencia, siendo una nueva figura establecida en la LRCA. Al respecto, las modalidades de prácticas colusorias verticales son las mismas que las de abuso de posición de dominio, conforme a lo que establece la LRCA¹²⁹, y exigen que una

¹²⁹ LRCA, Artículo 10.- El abuso de la posición de dominio.-

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

- a) Negarse injustificadamente a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios;
- b) Aplicar, en las relaciones comerciales o de servicio, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye abuso de posición de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones;
- 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;
- d) Obstaculizar de manera injustificada a un competidor la entrada o permanencia en una asociación u organización de intermediación;
- e) Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados;
- f) Utilizar de manera abusiva y reiterada procesos judiciales o procedimientos administrativos, cuyo efecto sea restringir la competencia;
- g) Incitar a terceros a no proveer bienes o prestar servicios, o a no aceptarlos; o,
- h) En general, aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.

Artículo 12.- Prácticas colusorias verticales.-

de las partes del acuerdo colusorio tenga posición de dominio. Asimismo, tanto las conductas de abuso de posición de dominio como las prácticas colusorias verticales son prohibiciones relativas.

Debido a que la LRCA no establece una regla clara que precise cuándo una determinada conducta debe ser investigada como un abuso de posición de dominio y cuándo como una práctica colusoria vertical, la práctica jurisprudencial ha sido la de investigar una determinada conducta dentro de un mismo procedimiento como un supuesto de abuso de posición de dominio y, a la vez, como una práctica colusoria vertical¹³⁰.

Sin embargo, si bien se puede investigar una misma conducta como conducta de abuso de posición de dominio y como práctica colusoria vertical, no se podrá sancionar por los dos tipos contemplados en la normativa de libre competencia, en la medida que nos encontraríamos en un supuesto que podría vulnerar el principio de *non bis in idem*, contemplado en el numeral 10 del artículo 230º de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, como un principio rector de la potestad sancionadora administrativa, funcionando de esta manera como una garantía a favor del administrado a quien no se le podrá imponer sucesiva o simultáneamente dos sanciones administrativas por el mismo hecho en los casos en que se verifique la triple identidad: sujeto, hecho y fundamento¹³¹. En estos casos el bien jurídico protegido es el mismo: la libre competencia.

Es por ello que, si bien los cuerpos colegiados del OSIPTEL podrán investigar una conducta bajo las dos modalidades de prácticas anticompetitivas (en caso lo amerite), sin embargo, solo podrá imponer una sanción -en caso se acredite que hubo una infracción a la normativa de libre competencia- respecto de solo un tipo (no los dos) en el que se debe subsumir la conducta investigada. Para ello se debe conocer **de manera cierta la naturaleza de los hechos para poder subsumir la conducta dentro de un tipo administrativo sancionador.**

En relación al elemento diferenciador entre las prácticas colusorias y el abuso de posición de dominio, se debe conocer la naturaleza u origen de las conductas investigadas. Conforme a ello, se debe dilucidar si los acuerdos se originan de una **decisión unilateral**

(...)12.2. Las conductas ilícitas verticales podrán consistir en los supuestos tipificados a modo de ejemplo en los numerales 10.2 del Artículo 10 y 11.1 del Artículo 11 de la presente Ley, según corresponda.

12.3. La configuración de una práctica colusoria vertical requiere que al menos una de las partes involucradas tenga, de manera previa al ejercicio de la práctica, posición de dominio en el mercado relevante. (El subrayado es nuestro).

¹³⁰ Tanto en el OSIPTEL como en el INDECOPI se han visto procedimientos en los que las conductas han sido analizadas como prácticas colusorias y al mismo tiempo como actos de abuso de posición de dominio. Ver: Expediente N° 006-99-CCO, procedimiento seguido por Tele Cable S.A. contra Telefónica del Perú S.A.A. y Telefónica Multimedia S.A.C., Expediente N° 006-2011-CCO-ST/LC, procedimiento seguido por Red de Comunicaciones Digitales S.A.C. contra Televisión San Martín S.A.C. y Empresa de Radiodifusión Comercial Sonora Tarapoto S.R.L. (Cuerpos Colegiados del OSIPTEL); Expediente N° 003-2003-CLC, procedimiento seguido por las empresas Group Multipurpose S.R.L. -Gromul S.R.L. y Dispra E.I.R.L. contra las empresas Química del Pacífico S.A. y Clorox del Perú S.A. (Comisión de Libre Competencia del INDECOPI).

¹³¹ En similar sentido el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 3517-2011-PHC/TC reconoció que el principio *non bis in idem* tiene dos dimensiones: una sustantiva que proscribía una doble sanción por un mismo hecho y una procesal en virtud a la cual un mismo hecho no puede ser materia de dos procesos distintos.

o de una decisión multilateral. De una interpretación de la naturaleza misma de los dos tipos involucrados (que responden a una lógica distinta), se observa que, mientras las prácticas de abuso de posición de dominio responden a la decisión, exigencia o imposición de un agente económico con poder de mercado; las prácticas colusorias verticales se forman mediante el acuerdo de voluntades entre dos o más empresas involucradas. Es ahí que resulta fundamental entonces determinar la verdadera naturaleza de los hechos a fin de poder conocer si la conducta ha sido consensuada o si puede deberse a una política unilateral implementada por una empresa dominante y aceptada o tolerada por las otras empresas involucradas en la conducta debido al poder de aquella en el mercado.

Al respecto, la Exposición de Motivos de la LRCA establece lo siguiente:

“Las prácticas colusorias verticales podrían, por ejemplo, manifestarse a través de negativas de trato o contratos de exclusividad. Lo que se requerirá para que se aplique la prohibición contenida en el artículo 12 es que la conducta investigada sea producto de una colusión entre dos agentes económicos, pertenecientes a distintos niveles de la cadena de producción o comercialización y que, por ende, esté diseñada para reportar beneficios a ambos integrantes de aquella. Si, por el contrario la restricción vertical es producto de una imposición unilateral de una empresa dominante procurando su beneficio, la conducta deberá analizarse bajo la prohibición de abusos de posición de dominio.” (El subrayado es nuestro).

En base a lo señalado anteriormente, corresponde adecuar los Lineamientos a la nueva Ley, recogiendo lo desarrollado en los párrafos precedentes.

10. GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN Y CÁLCULO DE LA MULTA EN UN PROCEDIMIENTO DE LIBRE COMPETENCIA

Uno de los puntos claves en los procedimientos de libre competencia es la graduación de la sanción y el cálculo de la multa. Esto se debe a que la sanción a una conducta que atenta contra la libre competencia debe enviar señales al mercado para que esta no vuelva a ser realizada por el mismo o cualquier otro agente, siendo así un elemento disuasorio a fin de que para el agente económico no sea más beneficioso no cumplir con la normativa que cumplirla.

Respecto a la graduación de la sanción, el marco normativo por el cual se rige el OSIPTEL como agencia de competencia señala ciertos criterios que permiten calcular las multas a imponer cuando se atente contra la libre y leal competencia. El artículo 26.1 de la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL establece que para la aplicación de sanciones en conductas contrarias a la libre competencia, se aplicarán los montos y criterios de graduación establecidos en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. A su vez, el artículo 43.1 de la LRCA considera que la realización de actos de libre competencia constituye una infracción a las disposiciones de la Ley y será sancionada según sea leve, grave o muy grave 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.

En cuanto al cálculo de la multa, Wils¹³² señala que esta puede contribuir de tres maneras a prevenir un abuso a las normas de competencia: (i) mostrando una amenaza creíble de que la empresa será sancionada -efecto disuasorio, (ii) enviando un mensaje a quienes piensen infringir las normas -efecto moral, y (iii) mostrando políticas de “clemencia” mediante el uso de agravantes y atenuantes que afectan el monto de una multa impuesta.

Según Wils, con un enfoque disuasorio, una multa va a funcionar si, y solo si, desde el punto de vista de la empresa que contempla la posibilidad de cometer una falta a las normas de competencia, la multa esperada supera a la ganancia esperada de la violación. Así, la “multa esperada” es igual al monto nominal de la multa descontada por la probabilidad de que esta sea efectivamente impuesta.

En la misma línea, Ginsburg y Wright¹³³ señalan que debido a que las probabilidades de detección y castigo no son perfectas e incrementarlas es costoso, las sanciones óptimas deben exceder el costo social del delito, de modo que la sanción esperada se iguale al daño que la falta puede provocar. Así, en el caso de un cartel, estos autores señalan que la sanción total óptima debe consistir en una multa equivalente al beneficio esperado del infractor multiplicado por la inversa de la probabilidad de detección. Esto con la idea de que las sanciones deben ser suficientes para hacer que el valor esperado de la conducta ilegal sea igual a cero.

El artículo 44^o de la LRCA señala algunos criterios para el cálculo de la multa, entre los cuales se puede mencionar los siguientes:

- (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;

¹³² Wouter P.J. Wils, “Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice” (2006) 29 World Competition, Issue 2, p. 183–208

¹³³ Douglas H. Ginsburg y Joshua D. Wright, “Antitrust Sanctions”. Competition Policy International, otoño 2010, Vol. 6. No.2.

- (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.

Adicionalmente a los criterios antes indicados, conviene tener presente que la potestad sancionadora de todas las entidades de la Administración Pública se encuentra regida, entre otros, por el principio de razonabilidad¹³⁴. Este principio prevé que la comisión de la conducta sancionable –y en consecuencia, asumir la sanción– no debe resultar más ventajosa para el infractor que cumplir con las normas infringidas, por lo que presupone una función disuasiva de la sanción, la misma que debe lograr desincentivar la realización de infracciones por parte de los agentes económicos en general. En ese sentido, la normativa aplicable al cálculo de las multas en libre competencia sigue el enfoque disuasorio.

Así, se considera necesario que las sanciones impuestas por la comisión de una infracción a las normas de libre competencia sean iguales o mayores que el beneficio esperado al realizar dicha infracción. En tal sentido, a fin de que la multa consiga los fines de desincentivo a que se realice o repita la conducta infractora, el punto de partida para el cálculo de la multa es la estimación del beneficio ilícito, el cual puede ser definido como aquellos beneficios percibidos por el agente infractor que no hubieran sido percibidos si es que no se producía una contravención al ordenamiento.

Asimismo, debe tenerse en cuenta la probabilidad de detección de la infracción. La finalidad de incluir esta probabilidad es la inclusión de la expectativa que tiene un infractor de ser descubierto en la comisión de una falta. Así, mientras más baja sea la probabilidad de detección, mayores serán los incentivos para que se realice la conducta anticompetitiva. Para contrarrestar esto, es necesario que la multa sea inversamente proporcional a la probabilidad de detección; es decir, mientras más baja sea la probabilidad de detección de la infracción, más alta debe ser la multa.

En tal sentido, en primer lugar debe calcularse el monto base de la multa, el cual estaría determinado por el **beneficio ilícito esperado** y la **probabilidad de detección** de la infracción. Asimismo, de acuerdo al Principio de Razonabilidad antes citado, cada Cuerpo Colegiado está facultado para graduar la sanción, incrementándola o reduciéndola, en función de los respectivos criterios agravantes o atenuantes que, dependiendo del caso

¹³⁴ **Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley Nº 27444.**

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo.

(...)

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

Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

(...)

3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción(...).

en concreto, se considere adecuado adoptar, como por ejemplo: los efectos reales o potenciales en los consumidores y en el mercado de la conducta infractora, la conducta procedimental y la reincidencia de la denunciada, entre otros criterios establecidos legalmente, para agravar o atenuar la magnitud de la sanción a imponerse.

Conforme a lo expuesto, resulta necesario recoger en los nuevos Lineamientos el orden a tomar en cuenta al momento de la imposición de una sanción en relación a la evaluación de los criterios de graduación que señala la LRCA, a fin de generar mayor predictibilidad para los administrados que pueden ser parte de una controversia.