

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

INTRODUCCIÓN Y OBJETIVO

Conforme a su mandato legal, el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL) está encargado de la aplicación de las normas de libre y leal competencia en el sector de las telecomunicaciones. De acuerdo con ello, adicionalmente a su rol de organismo regulador del mercado de las telecomunicaciones, el OSIPTEL actúa como agencia de competencia en el sector.

Para desarrollar esta función, el OSIPTEL se encuentra **facultado** a dictar lineamientos referenciales sobre libre y leal competencia que resuman los principios de aplicación general que este organismo viene aplicando o aplicará en el futuro¹.

En ejercicio de dicha facultad, en el año 2000 el OSIPTEL **emitió** los Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Libre Competencia en el Ámbito de las Telecomunicaciones² en función de lo dispuesto en el Decreto Legislativo 701 contra las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia. Dichos Lineamientos han sido aplicados por las instancias de solución de controversias del OSIPTEL para tramitar diversas denuncias por infracciones a las normas de libre competencia en el ámbito de las telecomunicaciones a partir del año 2000.

En junio de 2008 se publicó el **Decreto Legislativo 1034**, que aprueba la Ley de Represión de las Conductas Anticompetitivas (en adelante, LRCA), la misma que derogó las disposiciones del Decreto Legislativo 701. En tal sentido, corresponde **adecuar** los Lineamientos a los cambios introducidos por la nueva LRCA, considerando además la experiencia adquirida por las instancias de solución de controversias del OSIPTEL.

Los Lineamientos tienen por **finalidad** orientar a los agentes económicos que intervienen en el sector de las telecomunicaciones sobre los criterios de interpretación y aplicación general que serán utilizados por el OSIPTEL al momento de aplicar la LRCA al mercado de telecomunicaciones y, de esta manera, hacer predecibles las decisiones de la autoridad, contribuyendo con la seguridad jurídica y con la creación de un marco que

¹ Lineamientos de Políticas de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones, aprobados mediante Decreto Supremo N° 020-98-MTC, "114. OSIPTEL puede dictar lineamientos que resuman los principios de aplicación general que viene aplicando o aplicará en el futuro. Los lineamientos, a diferencia de los precedentes, no tienen carácter vinculante u obligatorio, sino son simplemente referenciales."

Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, Decreto Legislativo 1034. "Artículo 14°.- (...)
14.2. Son atribuciones de la Comisión: (...)

d) Expedir Lineamientos que orienten a los agentes del mercado sobre la correcta interpretación de las normas de la presente Ley".

Ley de Represión de la Competencia Desleal, Decreto Legislativo 1044. "Artículo 25°.- (...)
25.2. Son atribuciones de la Comisión: (...)

d) Expedir Lineamientos que orienten a los agentes del mercado sobre la correcta interpretación de las normas de la presente Ley".

² Aprobados por Resolución N° 003-2000-CD/OSIPTEL del 31 de enero del 2000.

brinde garantías a la inversión privada. Cabe precisar que **los Lineamientos no tienen carácter vinculante, sino únicamente referencial y no constituyen adelanto de opinión sobre ningún caso en particular.**

La **importancia** de la emisión de Lineamientos para la aplicación de las normas de represión de las conductas anticompetitivas específicos para el sector de telecomunicaciones radica básicamente en las particularidades del mismo. Este mercado, regulado en varios aspectos, tiene características especiales originadas por la velocidad de los cambios tecnológicos que obligan a que la labor del Estado tenga diferencias con la labor de preservar y promover un régimen de libre competencia que desarrolla en otros mercados.

En tal sentido, los presentes Lineamientos consideran que la metodología o los criterios habituales para la evaluación de prácticas anticompetitivas en otros sectores, pueden **variar y requerir ajustes**, o considerar criterios adicionales debido a las características particulares que presenta el mercado de las telecomunicaciones.

Los presentes Lineamientos recogen los **criterios de interpretación** utilizados por las instancias de solución de controversias del OSIPTEL en la aplicación de las normas de libre competencia en el ámbito de los servicios públicos de telecomunicaciones, en el marco de los procedimientos de solución de controversias sometidos a su consideración. Asimismo, recogen los criterios adoptados por el INDECOPI, tomando además en consideración los principales criterios desarrollados por las agencias de competencia y académicos a nivel mundial para la evaluación de prácticas anticompetitivas, en lo que resulte aplicable para el sector de telecomunicaciones.

Cabe señalar que cuando las circunstancias del caso concreto lo ameriten, el OSIPTEL podrá **adaptar** lo señalado en estos Lineamientos con el debido fundamento, a fin de ajustar la aplicación de la norma a la modificación de las condiciones comerciales y a la continua innovación y convergencia que caracteriza a los servicios de telecomunicaciones.

Asimismo, resulta necesario precisar que los Lineamientos serán **revisados periódicamente** por el OSIPTEL, con el propósito de actualizar los criterios de análisis en función a los desarrollos teóricos y de la jurisprudencia en la materia, considerando adicionalmente el rápido cambio tecnológico que caracteriza a este mercado. Estas revisiones periódicas permitirán que los diversos agentes del mercado puedan tener un nivel adecuado de predictibilidad respecto de las decisiones futuras de las instancias de solución de controversias, generando transparencia en su actuación y siguiendo una práctica común de las agencias de competencia

Es importante señalar que cuando se hace referencia al término **servicios** en los Lineamientos, debe entenderse que involucra todas aquellas facilidades y recursos que pueden ser brindadas por una empresa a otros operadores o usuarios, y no solo a los servicios finales de telecomunicaciones definidos como tales en las normas del sector.

Adicionalmente, corresponde señalar que, cuando se considere pertinente y con las salvedades del caso, el OSIPTEL podrá tomar en cuenta lo señalado en los Lineamientos como referente dentro del proceso de **elaboración de regulación**, así como dentro del proceso de desarrollo de sistemas de información y herramientas de análisis requeridas para el diseño e implementación de las políticas de competencia.

Finalmente, debe indicarse que si bien los presentes Lineamientos recogen las principales modificaciones introducidas por la LRCA, existen nuevas infracciones tipificadas en la LRCA sobre las cuales el OSIPTEL se pronunciará oportunamente -en la medida que aún no ha conocido casos similares- y, consecuentemente, actualizará los Lineamientos.

1. FINALIDAD DE LA LRCA

La legislación de libre competencia tiene por finalidad promover la **eficiencia económica en los mercados** para el bienestar de los consumidores. Para lograr tal efecto, prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas y, de esta manera, vela por el adecuado funcionamiento del **proceso competitivo**, sin las distorsiones que producen dichas conductas³.

El correcto funcionamiento del proceso competitivo genera eficiencias económicas que redundan en un **mayor bienestar de la sociedad en su conjunto**. Las prácticas anticompetitivas dañan y distorsionan este proceso y, en consecuencia, impactan de manera negativa en la eficiencia económica y en el bienestar de la sociedad. Por tal motivo, las normas de libre competencia o de represión de conductas anticompetitivas buscan eliminar este tipo de prácticas⁴.

La protección que brindan estas normas a los consumidores se produce de manera **indirecta o mediata** a través de su incidencia en el funcionamiento debido del **proceso competitivo**. Es así que, el **comportamiento eficiente en el mercado** por parte de las empresas, que la LRCA busca promover, se traducirá en una maximización del bienestar de los consumidores⁵.

³ LRCA, artículo 1º. **“Artículo 1º.- Finalidad de la presente Ley.- La presente Ley prohíbe y sanciona conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.”**

“Por otro lado, conforme al artículo 1 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas – ley de libre competencia vigente -, la finalidad de las normas de libre competencia es promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores. (nota) Para lograr la eficiencia económica se requiere de un adecuado funcionamiento del proceso competitivo, sin las distorsiones que pueden producir las prácticas anticompetitivas.” Resolución N° 0027-2008/SC1-INDECOPI del 16 de octubre de 2008 (Exp. 003-2005/CLC). (Énfasis agregado).

⁴ *“El correcto funcionamiento del proceso competitivo genera eficiencias económicas que redundarán en lograr el mayor bienestar económico o de la sociedad en su conjunto. En tal sentido, las normas de libre competencia buscarán eliminar las prácticas anticompetitivas en la medida que estas últimas dañan y distorsionan el proceso competitivo, lo que a su vez impacta negativamente en la eficiencia económica y en consecuencia, en el bienestar de la sociedad.” (Resaltado agregado).*

“Conforme a la norma constitucional, la competencia económica adquiere valor en sí misma, de manera que el desarrollo de los mercados se deberá sustentar en la rivalidad de los agentes económicos, quienes pugnarán por alcanzar las preferencias de los consumidores. Asimismo, la Constitución Política impone al Estado la obligación de combatir y sancionar las prácticas anticompetitivas, entre ellas, las prácticas colusorias y el abuso de posición de dominio en el mercado, así como prohíbe la creación de monopolios legales.” Resolución N° 0027-2008/SC1-INDECOPI del 16 de octubre de 2008 (Exp. 003-2005/CLC). (Énfasis agregado).

⁵ *“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.”*

En ese sentido, el OSIPTEL asume que la finalidad de la legislación de promoción y protección de la competencia es proteger la **dinámica de la competencia**, y **no directamente** a los competidores en particular o a los consumidores⁶.

Por lo tanto, al interpretar las normas de libre competencia, el OSIPTEL velará por la promoción de **la eficiencia en sentido económico**, a fin de que a través de ella se logre el bienestar económico o de la sociedad en su conjunto⁷. En tal sentido, se tomará en consideración tanto los efectos inmediatos que alguna práctica tenga en el mercado, como los efectos de largo plazo que se generen en el mismo.

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO DE LA LRCA

La LRCA, en su artículo 2°, ha previsto un listado de los agentes económicos que podrían ser considerados como infractores de la normativa de libre competencia. En ese sentido son considerados infractores potenciales: 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, o cuyos asociados, afiliados, agremiados o integrantes realicen dicha actividad.

Adicionalmente, el referido artículo 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. Este artículo también señala que cuando se traten de empresas de un mismo grupo económico se les podrá referir y considerar como un solo agente económico.

En concordancia con lo expuesto, para la labor del OSIPTEL y las controversias que puedan surgir referidas a la normativa de libre competencia, es importante desarrollar algunos conceptos que refiere la norma en relación al ámbito de su aplicación subjetiva:

- **Gremios empresariales**

Al respecto, existe reiterada jurisprudencia⁸ que ha señalado que los gremios empresariales se encuentran dentro del ámbito subjetivo de las normas de libre

Resolución N° 0027-2008/SC1-INDECOP del 16 de octubre de 2008 (Exp. 003-2005/CLC). (Resaltado agregado)

⁶ En ese sentido, existe normativa particular para cautelar dichos intereses: Ley N° 29571 – Código de Protección y Defensa del Consumidor, Resolución N° 138-2012-CD/OSIPTEL – TUO de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, Resolución N° 015-99-CD/OSIPTEL – Directiva que establece las normas aplicables a los procedimientos de atención de reclamos de usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones, etc.

⁷“(…) Este bienestar económico se encuentra constituido por lo que se denomina en la teoría económica como la suma del excedente de los consumidores y productores.” Resolución N° 0027-2008/SC1-INDECOPI del 16 de octubre de 2008 (Exp. 003-2005/CLC).

⁸ Al respecto, ver: Resolución N° 001-1993/CLC del 15 de julio de 1993, Comisión de Libre Competencia contra Federación Nacional de Industrias Panificadoras del Perú; Resolución N° 015-1993/CLC del 23 de diciembre de 1993, Comisión de Libre Competencia contra Federación de Choferes del Perú y otros; Resolución N° 276-97-TDC del 19 de noviembre de 1997, Comisión de Libre Competencia contra Asociación Peruana de Avicultura y otros (Exp. 029-96/CLC); Resolución N° 003-2000-INDECOPI/CLC del 16 de junio de 2000, Comisión de Libre Competencia contra Taxi Tel y otros (Exp. 005-2000-CLC); Resolución N° 010-2002-INDECOPI/CLC del 28 de junio de 2002, Maersk Perú S.A. y otros contra Pilot Station S.A. y otros (Exp.003-

competencia en tanto su actuación incide directa o indirectamente en el desarrollo de las actividades económicas de sus agremiados. En ese sentido, se señala que “si bien dichas entidades pueden tener dentro de sus fines recolectar y difundir entre sus miembros diversa información sobre el sector al que pertenecen así como realizar estudios de mercado, pueden incurrir en una restricción de la competencia (...) si limitan la libertad de acción de sus miembros o realizan recomendaciones o establecen conclusiones anticipadas, de forma que provoquen un comportamiento uniforme de sus agremiados en el mercado”⁹.

Asimismo, se debe tener en cuenta que los gremios podrán incurrir en prácticas prohibidas cuando, de cualquier modo, instrumenten, divulguen, notifiquen, controlen, realicen o financien cualquier actividad tendente a la materialización de un acuerdo anticompetitivo.

- **Directores, gestores y representantes**

La LRCA señala que además del agente económico concurrente en el mercado relevante afectado, podrán ser también sancionados los sujetos que 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”. Así pues, se debe tener en cuenta que el referido artículo no hace alusión únicamente a la persona que ostente el cargo de director, gestor o representante, sino a quien en los hechos ejerce dichas funciones. En ese sentido, en virtud de la cita y del principio de verdad material –recogido en el artículo 1.11. de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General–, se desprende que se podrá sancionar a su vez a todo aquel que ejerza de facto esas funciones con prescindencia de que ostente o no dicho cargo de manera formal.

Asimismo, es importante tener en cuenta que, en el marco de lo señalado por el artículo 2.2 de la LRCA, les serán imputables a los agentes económicos las acciones y conductas de sus dependientes indistintamente del cargo o rango que ostenten¹⁰.

Finalmente, es relevante recordar que según la Exposición de Motivos de la antigua ley de libre competencia, Decreto Legislativo 701, la racionalidad de esta disposición se basa en que “la norma tiene por objeto desincentivar de manera más efectiva las prácticas contrarias a la libre competencia, al extender la responsabilidad incluso al patrimonio personal de quienes toman las decisiones”. En ese orden de ideas y a pesar de que la cita corresponda a la normativa anterior, también es cierto que el fin de la norma actual sigue

2001-CLC y Exp. 004-2001-CLC); Resolución N° 0224-2003/TDC-INDECOPI del 16 de junio de 2003, Comisión de Libre Competencia contra Asociación Peruana de Empresas de Seguros y otros (Exp. 004-2002-CLC); Resolución N° 032-2005-INDECOPI/CLC del 20 de junio de 2005, Cámara de Comercio de Lima contra Unión Nacional de Transportistas Dueños de Camiones del Perú y otros (Exp. 005-2003/CLC); Resolución N° 085-2009/CLC del 22 de diciembre del 2009, Comisión de Libre Competencia contra la Asociación de Empresas de Transporte Urbano de Pasajero y otros (Exp.015-2008/CLC); Resolución N° 069-2010/CLC-INDECOPI del 6 de octubre de 2010, Comisión de Libre Competencia contra la Central Regional de Transporte Público de Pasajeros, Zona Sierra – Ancash (Exp.007-2009/CLC);); Resolución N° 078-2011/SC1-INDECOPI del 16 de marzo de 2011, Asociación de Ganaderos Lecheros del Perú y Fondo de Fomento de la Ganadería Lechera de la Cuenca del Perú contra Gloria S.A. (Exp.013-2007/CLC).

⁹ Resolución N° 276-97-TDC del 19 de noviembre de 1997, Comisión de Libre Competencia contra Asociación Peruana de Avicultura y otros (Exp. 029-96-CLC).

¹⁰ Resolución N° 014-2011-CCO/OSIPTEL del 16 de agosto de 2011 (Exp. 001-2011-CCO-ST/CD-LC).

siendo el mismo en tanto el extracto de dicho extremo no ha cambiado con relación a la norma vigente.

- **Grupo económico y vinculación económica**

El supuesto de grupo económico está referido “al conjunto de personas jurídicas, nacionales o extranjeras, conformado al menos por dos personas jurídicas, cuando alguna de ellas ejerce control sobre la o las demás, o cuando el control sobre las personas jurídicas corresponde a una o varias personas naturales que actúan como una unidad de decisión”¹¹. De ahí que las conductas de “grupo económico” no se evaluarían como conductas colusorias en la medida que las dos personas jurídicas involucradas en una práctica común no sean verdaderamente independientes, sino que actúen conforme al interés de una misma unidad de decisión, siendo que dicha práctica podría ser evaluada como abuso de posición de dominio de un solo agente económico, de ser el caso.

Por otro lado, cuando se habla de “vinculación económica”, se debe entender a “la relación entre dos o más personas naturales y/o jurídicas donde la situación financiera o económica de una persona repercute en las otras personas y puede darse a través de relaciones de propiedad, de gestión, o de parentesco. En ese sentido, es presumible señalar que mientras más fuerte sea la vinculación, se incrementan las posibilidades de que exista un control entre las empresas en los términos establecidos en la normativa de la SBS”¹².

Finalmente, es relevante distinguir el control ejercido en un grupo económico del ejercido en una mera vinculación económica en tanto podría ocurrir que determinadas empresas aun con cierto grado de vinculación no representen un grupo económico y, por consecuencia, dichas empresas sí serían pasibles de sanción por la realización de prácticas colusorias.

3. LA FUNCIÓN DEL OSIPTEL EN EL MERCADO RESPECTO DE LA LIBRE COMPETENCIA

El OSIPTEL tiene la función de aplicar e interpretar las normas de libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones. Esto implica, de un lado, **prevenir** que se presenten prácticas anticompetitivas en dicho mercado que pudieran atentar contra el bienestar de los consumidores -tanto en el corto como en el largo plazo- y, de otro lado, **sancionar** dichas prácticas anticompetitivas en caso de detectarlas¹³.

En ese sentido, para cumplir con su función, y en el ámbito de sus potestades regulatorias, el OSIPTEL puede adoptar medidas dirigidas a **prevenir** el desarrollo de conductas que afecten a los competidores perjudicando a los consumidores (control de

¹¹ Resolución SBS N°445-2000 del 28 de junio del 2000 –Normas especiales sobre vinculación y grupo económico, artículo 8.

¹² Informe N° 020-GRE/2010 del 24 de setiembre del 2010, denominado “Análisis de la presunta práctica anticompetitiva realizada por Telefónica Multimedia S.A. y Star Global Com S.A.C. posterior a la operación de adquisición de esta empresa por parte de Telefónica del Perú S.A.A y su impacto en el mercado en Arequipa”, páginas 12 y 13.

¹³ Cabe destacar que LRCA en su artículo 17° reconoce expresamente esta facultad del OSIPTEL.

tarifas, estándares de calidad, obligaciones de interconexión, etc.), o a **promover** condiciones de competencia para la prestación de uno o más servicios. Estas medidas o conjunto de reglas establecidas normativamente componen el marco regulatorio al cual deben sujetarse las empresas que intervengan en el mercado de las telecomunicaciones.

Adicionalmente, el OSIPTEL puede adoptar decisiones orientadas a corregir y a sancionar (ex post) conductas consideradas anticompetitivas (concertaciones entre competidores, negativas injustificadas a contratar, cláusulas de atadura, precios predatorios, etc.). Estas decisiones se enmarcan dentro de la tradición de las legislaciones antimonopolio o "antitrust" aplicadas al mercado de las telecomunicaciones.

De acuerdo con el marco legal vigente, el OSIPTEL se encuentra encargado de investigar y sancionar los actos prohibidos por la LRCA que afecten el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones, ya sea que, tanto los infractores como los perjudicados sean operadores de servicios públicos de telecomunicaciones, o que solo una de las partes tenga dicha condición¹⁴.

Las normas generales de libre competencia están concebidas, en principio, en el marco de mercados no regulados de manera específica. Por su parte, en el mercado de las telecomunicaciones, el marco regulatorio existente desarrolla los principios de libre competencia consagrados por las normas de libre competencia. De acuerdo con ello, decisiones regulatorias básicas como la fijación de tarifas, de la calidad de servicio o de las condiciones de comercialización, entre otras, son establecidas con el objetivo de

¹⁴ Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 013-93-TCC. *"Artículo 78°.- Además de lo señalado en el artículo precedente el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones tiene competencia para resolver controversias que surjan entre empresas prestadoras de servicios de telecomunicaciones en los siguientes casos: a) Las relacionadas con el incumplimiento de las obligaciones sobre leal competencia que esta Ley señala (...)"*.

Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL, Ley 27336.

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

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

"Artículo 36°.- (...) Además de las controversias señaladas en el Decreto Supremo N° 013-93-TCC, Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, y en la Ley N° 26285, Ley que dispone la desmonopolización progresiva de los servicios de telecomunicaciones, OSIPTEL es competente para conocer de toda controversia que se plantee como consecuencia de acciones u omisiones que afecten o puedan afectar el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, aunque sólo una de las partes tenga la condición de empresa operadora de tales servicios".

Cabe destacar que la LRCA reconoce expresamente la competencia y funciones otorgadas a OSIPTEL en materia de libre competencia: LRCA, *"Artículo 17.- Del OSIPTEL.- La aplicación de la presente Ley al mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones estará a cargo del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL de conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL. En tal sentido, las instancias competentes, las facultades de éstas y los procedimientos que rigen su actuación serán los establecidos en su marco normativo."* (Énfasis agregado)

"DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

PRIMERA.- Competencia primaria.-

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

emular un mercado competitivo o de promover condiciones de competencia en aquellos servicios o segmentos donde la misma es viable.

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

3.1. Principio de Supletoriedad

En virtud **del principio de supletoriedad**, la jurisprudencia de las instancias de solución de controversia del OSIPTEL ha entendido que para la preservación de la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones, se aplicará la normativa específica del sector y de manera supletoria la normativa general de libre competencia.

Si bien el punto de partida es la aplicación de la normativa específica del sector-entendiéndose dentro de esta al marco regulatorio específico-, las instancias de solución de controversias del OSIPTEL aplicarán las normas de libre competencia en aquellos casos en que las conductas investigadas no estén cubiertas por la regulación sectorial, es decir, cuando la regulación no ha desplazado la aplicación de las normas de libre competencia.

El desplazamiento de las normas de libre competencia puede operar de manera explícita cuando la regulación sectorial así lo señale. Ello sucederá, por ejemplo, si al momento de regular una conducta específica, se dispone que no se aplique la ley de libre competencia a dicho supuesto. En sentido inverso, si la normativa específica del sector establece que dicho régimen es independiente de la responsabilidad que se pudiese generar por infracciones a otros marcos normativos, como las normas de libre competencia, sí corresponderá analizar dicha conducta bajo ambos marcos normativos.

Entre los aspectos claves que se deben ponderar a fin de determinar cuándo resultan de aplicación las normas de libre competencia, deben considerarse: (i) 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, (ii) cuál es el rol del regulador en la supervisión o aprobación de la conducta conforme a las normas legales, y (iii) si la aplicación de las normas de libre competencia puede colisionar con las decisiones y políticas establecidas por el regulador para el sector¹⁵.

Estas condiciones apuntan a identificar la voluntad del legislador, para dilucidar si es que ha habido una decisión consciente y reflexionada por parte del regulador de desplazar la aplicación de la norma de libre competencia en un caso concreto.

Así, por ejemplo, el TSC evaluó el cumplimiento de estas condiciones al analizar la relación entre la conducta investigada de Telefónica del Perú S.A.A de vender de manera atada a usuarios finales el servicio de acceso a internet por ADSL y el servicio de telefonía fija, y la regulación ATM con acceso ADSL. En dicho procedimiento, el TSC concluyó que el objeto de regulación fue una modalidad de acceso mayorista, fijando

¹⁵ Resolución N° 004-2013-TSC/OSIPTEL del 31 de enero de 2013 (Exp. 005-2011-CCO-ST/LC), fundamento 175.

tarifas para dos prestaciones, acceso digital asimétrico por línea telefónica y red ATM, para que los nuevos entrantes pudieran brindar sus servicios (acceso a internet por ADSL) a los usuarios de telefonía fija de Telefónica; y que el supuesto de hecho de la investigación de libre competencia, consistente en la forma en la que Telefónica ofrecía sus servicios de internet por ADSL a los usuarios finales en el mercado minorista (de manera atada al servicio de telefonía fija) no había sido objeto de regulación. Por tanto, no se podía concluir que la conducta investigada hubiera sido aprobada o compelida por el regulador¹⁶.

Asimismo, en el mismo caso, el TSC descartó que el hecho de que el regulador haya evaluado los modelos de contratos de abonado (en los que se incluía la modalidad de venta investigada) y se haya remitido a Telefónica una carta de conformidad con las normas contenidas en las Condiciones de Uso, suponga un desplazamiento o inmunidad respecto de las normas de libre competencia. Ello puesto que dicha conformidad estaba referida únicamente a la normativa de usuarios, es decir, a las normas de protección al consumidor; por lo tanto, el rol del regulador no incluía una evaluación consciente a favor del desplazamiento de las normas de libre competencia en el caso concreto.

En el análisis del posible conflicto entre la aplicación de las normas de libre competencia y la política regulatoria sectorial, también corresponde analizar cuál es el margen de actuación con el que cuentan las empresas. De este modo, se procura evitar que las empresas operadoras se enfrenten a mandatos irreconciliables entre la decisión regulatoria y la decisión de la agencia de competencia.

Adicionalmente, se debe tomar en consideración 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. Así, es posible que determinadas conductas que, en principio, podrían ser objeto de investigación y análisis bajo las normas de libre competencia, ya hayan recibido un tratamiento específico y *ex ante* por vía regulatoria. Este es el caso de algunas regulaciones sectoriales que imponen un mandato específico de contratar. En este escenario, resultaría innecesaria la aplicación adicional de las normas de libre competencia al caso concreto, bastando la aplicación de los remedios específicos previstos por la regulación sectorial¹⁷.

Finalmente, es importante agregar que el OSIPTEL entiende que en la medida que la competencia se desarrolle y se ofrezcan servicios de calidad a precios razonables para los consumidores, la tendencia es a la desregulación de los servicios públicos de telecomunicaciones.

4. PROHIBICIONES ABSOLUTAS Y PROHIBICIONES RELATIVAS

Con respecto a la naturaleza de las prohibiciones contenidas en la LRCA, esta distingue entre **prohibiciones absolutas** y **prohibiciones relativas**.

¹⁶ Resolución N° 004-2013-TSC/OSIPTEL del 31 de enero de 2013 (Exp. 005-2011-CCO-ST/LC).

¹⁷ Este supuesto se presenta, por ejemplo, en dos casos particulares: (i) cuando la normativa del sector ha establecido expresamente la obligación de interconectarse a algunos operadores, y (ii) cuando se ha establecido expresamente la obligación de brindar acceso y uso compartido de infraestructura a algunos titulares de infraestructura de uso público para la prestación de servicios de telecomunicaciones. En tales casos, carecería de sentido evaluar si una negativa a interconectarse o a brindar acceso y uso compartido de infraestructura califica como un supuesto de negativa injustificada a contratar.

Respecto de las **prohibiciones absolutas**, la LRCA precisa que para verificar la existencia de la infracción administrativa es suficiente que la autoridad de competencia **pruebe la existencia de la conducta**.

En el caso de las **prohibiciones relativas**, la Ley establece que para verificar la existencia de la infracción administrativa, la autoridad de competencia deberá (i) **probar la existencia de la conducta** y (ii) que esta **tiene o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores**.

Asimismo, la LRCA señala expresamente qué prácticas constituyen prohibiciones absolutas¹⁸ y cuáles prohibiciones relativas¹⁹. Esta diferenciación determina el **estándar de prueba** aplicable para cada tipo de conducta infractora tomando en consideración sus posibles efectos sobre la competencia:

- (i) **Prohibiciones absolutas:** Son aquellas consideradas **inherentemente anticompetitivas** debido a que no poseen ningún efecto positivo sobre la competencia y, por el contrario, son profundamente nocivas para el bienestar de la sociedad en su conjunto y de los consumidores en particular²⁰.
- (ii) **Prohibiciones 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, la cual será desvirtuada si, a través de un análisis de sus efectos, se determina que los negativos prevalecen sobre los positivos²¹.

Por lo tanto, en el caso de **prohibiciones absolutas**, bastará que se compruebe la **existencia de la conducta** para que se declare la infracción, sin que corresponda evaluar la intención de los agentes que la implementan, justificaciones, causas o sus efectos sobre la competencia y los consumidores.

De otro lado, tratándose de **prohibiciones relativas**, 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 de razonabilidad sobre su efecto neto²².

¹⁸ Son prohibiciones absolutas, las prácticas colusorias horizontales inter marca que no sean complementarios o accesorios a otros acuerdos ilícitos, que tengan por objeto: (i) fijar precios u otras condiciones comerciales o de servicio; (ii) limitar la producción o las ventas, en particular por medio de cuotas; (iii) el reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas; o (iv) 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. LRCA, artículo 11.2.

¹⁹ El abuso de posición de dominio, las prácticas colusorias verticales y las prácticas colusorias horizontales diferentes a las expresamente previstas como prohibiciones absolutas, son prohibiciones relativas. LRCA artículos 10.4, 11.3 y 12.4.

²⁰ Exposición de Motivos de la LRCA, Título I.4 numeral 3. Resolución N° 3240-2010/SC1-INDECOPI del 16 de diciembre de 2010 (Exp. 015-2008/CLC), párrafo 46.

²¹ Exposición de Motivos de la LRCA, Título I.4 numeral 3.

²² Exposición de Motivos de la LRCA, Título I.4, numeral 3.

Finalmente, de acuerdo con la LRCA, al analizar este tipo de conductas se tomará en consideración no solo los efectos concretos sino también la **potencialidad** de la conducta para generar un daño²³.

5. EL MERCADO RELEVANTE

En general, el concepto de mercado relevante se refiere a los **productos o servicios** materia de la conducta investigada y aquellos que deben ser considerados sustitutos adecuados, para determinar con qué productos o servicios se compite, y al **área geográfica** sobre la base de la cual se va a definir la participación de una empresa en el mercado. Es decir, el mercado relevante está integrado por (i) el mercado del producto y (ii) el mercado geográfico²⁴.

El concepto de **mercado relevante** se utiliza como herramienta para identificar si las empresas evaluadas cuentan con poder de mercado suficiente para restringir la competencia. El mercado relevante es el ámbito en el cual se evaluará el poder de mercado del agente económico (o agentes económicos) y su capacidad para imponer las condiciones de venta (como precios u otras) sin temor de perder a su clientela o de verse afectados por la respuesta de sus competidores.

Este concepto es sumamente importante ya que sobre lo que se defina como mercado relevante se basará el estudio para determinar la existencia de algunas prácticas anticompetitivas. Debido a ello, a continuación se desarrolla con mayor detalle los principales aspectos que se tomarán en consideración para definir correctamente el mercado relevante.

De acuerdo con lo expuesto, para determinar el mercado relevante el OSIPTEL considerará dos etapas de análisis: (a) la identificación del producto o servicio relevante y (b) la delimitación del mercado geográfico.

5.1. Identificación del Mercado de Producto

De acuerdo con la LRCA, el **mercado de producto relevante** es, por lo general, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus **sustitutos**²⁵. No obstante,

²³ Exposición de Motivos de la LRCA, Título I.4 numeral 3.

²⁴ LRCA, "Artículo 6º.- El mercado relevante.-

6.1. El mercado relevante está integrado por el mercado de producto y el mercado geográfico.
6.2. El mercado de producto relevante es, por lo general, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la autoridad de competencia evaluará entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución.
6.3. El mercado geográfico relevante es el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, los costos de transporte y las barreras de comercio existentes.

²⁵ LRCA, artículo 6º, numeral 6.2. "El **mercado de producto relevante** es, por lo general, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el **análisis de sustitución**, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, **las preferencias de los clientes** o consumidores; **las características, usos y precios** de los posibles sustitutos; así como las **posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución**." (Resaltado agregado).

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 en el segmento **mayorista**, o (ii) si se trata de un servicio ofrecido en el segmento **minorista** a los usuarios finales²⁶.

Una vez definido el nivel comercial, se busca determinar qué servicios son **sustitutos adecuados**²⁷ desde el punto de vista de los compradores (**sustitución de la demanda**). Asimismo, en este análisis se considera la posibilidad de que empresas, que en el momento actual **no son proveedoras del servicio** relevante, **comiencen a producirlo** sin incurrir en costos significativos para ello (**sustitución de la oferta**)²⁸.

a. Evaluación del grado de sustitución desde la perspectiva de la demanda

Para evaluar el grado de sustitución de los servicios **desde la perspectiva de la demanda** suelen utilizarse tanto **métodos cuantitativos** como **cualitativos**²⁹.

- **Métodos cualitativos.**- En relación con los **métodos cualitativos** se realiza un estudio sobre el servicio, sus características y usos. Además se suele tener en cuenta las reacciones pasadas del mercado ante cambios en los precios, así por ejemplo, se puede analizar la magnitud del impacto que tuvo un incremento de precios sobre la cantidad demandada del producto en cuestión. Una **fuentes importante de información** está constituida por los **demandantes de los servicios analizados**.

²⁶ OSIPTEL ha realizado la distinción entre servicios finales y acceso a redes. Informe N° 008-2001/GRE, en la controversia seguida en el Expediente 003-2001, AT&T contra TELEFÓNICA. Pronunciamientos de los Cuerpos Colegiados y TSC: Resolución 017-2012-CCO/OSIPTEL del 20 de julio del 2012 confirmada por la Resolución 004-2013-TSC/OSIPTEL del 31 de enero del 2013 (Exp. 005-2001-CCO-ST/LC), Resolución 034-2002-CCO/OSIPTEL del 2 de abril del 2002 confirmada por la Resolución 015-2003-TSC/OSIPTEL del 18 de junio de 2003 (Exp. 007-2001), Resolución 035-2002-CCO/OSIPTEL del 8 de abril del 2002 confirmada por la Resolución 018-2003-TSC/OSIPTEL del 24 de junio de 2003 (Exp. 008-2001) y Resolución 039-2003-CCO/OSIPTEL del 20 de enero del 2003 confirmada por la Resolución 019-2003-TSC/OSIPTEL del 30 de junio de 2003 (Exp.009-2001).

²⁷ La consideración de sustitutos adecuados no implica que estos sean sustitutos perfectos sino que basta que permitan satisfacer la misma necesidad.

²⁸ De esta forma, se incorpora en el análisis de sustitución a posibles competidores de la empresa que ofrecen el producto de referencia, pues se considera que ante un incremento de los precios del mismo podrían ingresar al mercado a ofrecer productos sustitutos. Para ello se requiere que la entrada sea factible en un plazo razonable y sin necesidad de una inversión muy elevada. Al respecto, la Comisión Europea 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 relevante decidan entrar en el mercado en un plazo razonable. (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 las comunicaciones electrónicas).

²⁹ Usualmente, las autoridades de competencia optan por métodos de carácter cualitativo, sin embargo, en el caso de mercados regulados, en los cuales la autoridad cuenta con mayores fuentes de información, es viable hacer uso de métodos más cuantitativos para medir el grado de sustitución de los servicios o, en todo caso, se puede ir más allá del análisis de variables puramente cualitativas.

El procedimiento que se utiliza es el de **entrevistar** a los demandantes del producto o servicio para conocer su opinión sobre lo que consideran como sustitutos cercanos; una vez que se determina que un bien tiene esta característica, entonces se le considera como un competidor del servicio analizado y parte del mercado de producto relevante.

Además de estos criterios, se debe tener en cuenta **los precios** de los servicios en el análisis ya que lo que se pretende averiguar no es únicamente la posibilidad de sustitución física y/o las preferencias de los consumidores, sino la sustitución de los servicios en sus decisiones de compra, esto es, en su demanda individual.

Para ello, se suele implementar la prueba SSNIP (*small but significant non-transitory increase in price*)³⁰, la cual consiste en suponer un pequeño pero significativo y no transitorio incremento del precio del producto en cuestión, manteniendo constantes los precios de otros productos, para determinar el impacto en la demanda de los consumidores. Si como resultado de esta prueba, la cantidad demandada se reduce entonces habrá que incluir en el mercado relevante a los productos sustitutos que los consumidores usan para reemplazar el bien en cuestión. La aplicación de la prueba del SSNIP puede basarse en percepciones o argumentaciones de los demandantes del producto o servicio bajo análisis. En caso la prueba del SSNIP esté soportada en evidencia empírica, se podría calificar a este método de evaluación como un método cuantitativo, como los que se desarrollan más adelante.

Específicamente, para determinar la delimitación de producto **por el lado de la demanda** se suelen plantear ciertas interrogantes y definir la sustitución en el mercado según las respuestas que se obtengan de los demandantes.

Inicialmente se podrían plantear **cuáles son los productos que compiten con el servicio analizado**; para determinar si los servicios compiten efectivamente o no, debe tomarse en cuenta si los consumidores al usar un servicio alternativo no son afectados en su nivel de bienestar. Así, por ejemplo, si existe un bien que permite satisfacer la misma necesidad pero tiene alguna limitación, el bienestar del consumidor disminuirá, y podría descartarse como sustituto.

En la controversia iniciada de oficio contra Telefónica del Perú S.A.A por la implementación de ventas atadas anticompetitivas de los servicios de acceso a internet por ADSL y telefonía fija, el Cuerpo Colegiado a cargo de la controversia determinó que el mercado relevante estaba constituido por la provisión del servicio de Internet por ADSL y provisto por cable módem a usuarios finales, tanto residenciales como comerciales. Dicha delimitación se determinó en base al

³⁰ Esta prueba asume un **incremento hipotético y no transitorio del 5% (o del 10%) en el precio** del producto de referencia y busca determinar si los consumidores **se trasladarían a otros productos ante tal incremento** y, de ser así, si como consecuencia de la pérdida de clientes el **incremento del precio deja de ser rentable** para quien lo impuso.

El número de consumidores dispuestos a trasladarse como consecuencia del incremento del precio no tiene que ser significativo, sino solo el suficiente para no hacer rentable dicho incremento o, en otras palabras, para ejercer presión sobre la empresa para que no incremente el precio.

Cabe precisar que este test se utiliza oficialmente desde el 1982 en Estados Unidos, tras la aprobación de las "Merger Guidelines". En la Unión Europea se utilizó por primera vez en el caso Nestlé/Perrier en 1992 y fue oficialmente reconocido por la "Comission's Notice for the Definition of the Relevant Market" de 1997.

análisis de sustitución por el lado de la demanda, en la que se pudo comprobar que otras tecnologías (como la Banda Ancha Móvil) no podían incorporarse al mercado relevante debido a que no cumplen con satisfacer las mismas necesidades de los usuarios sin disminuir su bienestar, ya sea por razones de cobertura o por la existencia de límites de descarga³¹.

De manera similar, en segunda instancia, el TSC también consideró que el servicio de internet móvil no se encontraba en el mismo mercado relevante que el servicio de internet fijo vía ADSL. Además de considerar los límites de descarga del internet móvil, el TSC consideró también la ausencia de paralelismo de precios como reflejo de inexistencia de presión competitiva entre dichos servicios y la existencia de una oferta comercial complementaria entre ambos. Para este análisis, las instancias resolutorias del OSIPTEL se basaron también en encuestas a consumidores y en estudios sobre los usos y actitudes de los usuarios respecto al servicio en cuestión³².

Asimismo, en la controversia iniciada por Red de Comunicaciones Digitales S.A.C. contra Televisión San Martín S.A.C. (TVSAM) 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 Tarapoto³³, las instancias de solución de controversia del OSIPTEL determinaron que el mercado de producto relevante estaba conformado por el servicio de Televisión por Cable en las modalidades satelital y alámbrico. Se llegó a esta delimitación teniendo en cuenta que tanto las tecnologías alámbricas como las satelitales presentes en la zona permiten satisfacer las mismas necesidades. También se consideró que no se observaban grandes diferencias entre los costos de ambos tipos de servicios y que existía una alta correlación y una misma tendencia entre el número de conexiones para ambas tecnologías.

En términos generales, en esta etapa del análisis se busca reunir a todos aquellos servicios que presentan **características similares desde el punto de vista de los consumidores**, aislando en un primer momento el factor de los precios. Es decir, se busca determinar la posibilidad de **sustitución en el uso de los servicios**.

Una vez que se han identificado aquellos servicios que en el uso son **sustitutos** para los consumidores, se busca determinar la posibilidad de **sustitución total** incorporando a los **precios** en el análisis, por ejemplo a través de la prueba SSNIP.

- **Métodos cuantitativos.**- Otras técnicas usadas para la delimitación del producto son **pruebas cuantitativas** que permiten estimar las **elasticidades de precios** y **elasticidades cruzadas** de los mismos, tales como la prueba SSNIP apoyada en evidencia empírica como el análisis estadístico de datos recolectados, las

³¹ Resolución N° 017-2012-CCO/OSIPTEL del 20 de julio de 2012 (Exp. 005-2011-CCO).

³² Resolución N° 004-2013-TSC/OSIPTEL del 31 de enero de 2013 (Exp. 005-2011-CCO-ST/LC).

³³ Resolución N° 012-2013-CCO/OSIPTEL del 08 de marzo de 2013 (Exp. 006/2011-CCO).

estimaciones directas de elasticidades,³⁴ la correlación de los precios a lo largo del tiempo,³⁵ entre otras.

El OSIPTEL podrá utilizar estos métodos cuando cuente con la **información suficiente** para realizar las estimaciones requeridas y considerando las características propias de la industria de telecomunicaciones, que pueden determinar ajustes en su aplicación.

Con estas consideraciones, ya se pueden aislar aquellos servicios que son sustitutos cercanos del servicio analizado para los consumidores. Como se puede ver, esta delimitación del servicio **por el lado de la demanda** comprende dos pasos:

- (i) Separar los servicios que son **sustitutos en el uso** para los consumidores sin tomar en cuenta a los precios en el análisis.
- (ii) Eliminar de los servicios que son funcionalmente sustituibles aquellos que los consumidores no estarían dispuestos a utilizar si se produjese un incremento en el **precio** del servicio analizado.

Dado que la industria de telecomunicaciones presenta **características específicas** que pueden influir en la determinación del servicio relevante, el OSIPTEL considerará estas características como **variables de análisis complementarias** a la metodología típica para evaluar la sustitución, como por ejemplo, el **alto grado de innovación tecnológica** que caracteriza a este mercado, **los costos de cambio para los usuarios**, la **complementariedad** de los servicios y la provisión de **servicios empaquetados**.

Asimismo, se considerará como variables de análisis la paulatina **convergencia** de servicios, por lo que el análisis de sustitución también será **prospectivo**.

b. Evaluación del grado de sustitución desde la perspectiva de la oferta

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 productos sustitutos sin incurrir en costos

³⁴ Una primera medida de elasticidad es la **elasticidad-precio** de la demanda, la cual **indica si existen sustitutos** del producto. Si ante aumentos en el precio de un producto, la cantidad de demandada no se reduce, significaría que el producto no tiene sustitutos.

Asimismo, debe considerarse la **elasticidad-cruzada** de la demanda, que permite identificar **cuáles y cuán cercanos son dichos sustitutos**. Si el incremento del precio de un producto ocasiona el aumento de la demanda de otro producto, indicaría que estos son sustitutos.

Para utilizar esta herramienta se debe de contar con **información completa** sobre las **características de la demanda** y de los **consumidores**.

³⁵ Esta metodología determina si existe una **correlación positiva** entre el **precio del producto de referencia** y sus **potenciales sustitutos**. 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 negativa da indicios que dos variables se mueven en direcciones opuestas. 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 relevante.

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**³⁶.

Este tipo de análisis puede resultar **particularmente importante en un sector como el de las telecomunicaciones**, caracterizado por la convergencia tecnológica³⁷.

El análisis del grado de sustitución por el lado de la oferta fue realizado por el Tribunal de Solución de Controversias en la comentada controversia de oficio iniciada contra Telefónica del Perú S.A.A por la implementación de ventas atadas anticompetitivas de los servicios de acceso a internet por ADSL y telefonía fija. En este caso, se determinó que los proveedores del servicio de internet móvil no podían considerarse como competidores reales o potenciales de las redes fijas, ya que eran notablemente diferentes, y se requerían importantes montos de inversión y un amplio despliegue de red para que una empresa de internet móvil pueda brindar el servicio de internet fijo vía ADSL. En el caso de las redes de cable módem, se determinó que América Móvil Perú S.A.C., principal competidor con esta tecnología, no estaría en capacidad de ofrecer competencia real o potencial, debido a las limitaciones en su red y a que es poco probable que requiera el acceso a la infraestructura del incumbente o despliegue una red alternativa de cobre³⁸.

5.2. Delimitación Geográfica

Desde la perspectiva geográfica, los servicios de telecomunicaciones están disponibles dentro del **área de concesión** otorgada a un determinado operador. Por ello, el OSIPTEL considerará el área de concesión otorgada a los operadores para la prestación del servicio relevante como primera variable para realizar la delimitación geográfica.

Adicionalmente, se considerará como variable de análisis la **cobertura de red** que tienen las empresas que prestan el servicio relevante dentro de su área de concesión, dado que la red podría no cubrirla completamente y, en tal sentido, determinar que la delimitación del mercado geográfico resulte menor al área de concesión otorgada.

Usualmente, desde el lado de la demanda se considera que la única forma en que otro proveedor represente 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, en algunos casos se puede considerar que el ámbito geográfico de la delimitación del mercado relevante incluya distritos o zonas cercanas a aquella donde la empresa investigada; ello en la medida que las empresas que operan en las áreas cercanas podrían ingresar a la zona donde actúa la empresa investigada.

Así, por ejemplo, en el mencionado caso iniciado por Red de Comunicaciones Digitales S.A.C. contra Televisión San Martín S.A.C. y Empresa de Radiodifusión Comercial Sonora

³⁶ 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.

³⁷ Bavasso, Antonio. Communications in EU Antitrust Law.

³⁸ Resolución 004-2013-TSC/OSIPTEL del 31 de enero de 2013 (Exp. 005-2011-CCO).

Tarapoto S.R.L. por un contrato de exclusividad entre las demandadas en el distrito de Tarapoto, a través del análisis de sustitución por el lado de la oferta el Cuerpo Colegiado determinó que los distritos de Morales y Banda de Shilcayo deberían ser incluidos en el mismo mercado geográfico relevante de Tarapoto. Ello puesto que las empresas que brindaban el servicio en los mencionados distritos aledaños a Tarapoto podrían trasladar sus operaciones a esta ciudad, considerando la cercanía, así como el atractivo de la zona, que contaba con una mayor densidad poblacional y tenencia de televisores³⁹.

Los criterios señalados previamente constituyen solo un marco general de análisis para la delimitación del mercado geográfico, pudiendo considerarse en cada caso particular delimitaciones más específicas en función de la naturaleza y características particulares del servicio analizado.

Una vez que se ha identificado el mercado de producto o de servicio relevante así como delimitado el espacio geográfico relevante, corresponde definir el mercado relevante, el cual resulta de la **intersección** de los dos campos antes mencionados. De esta manera, se obtienen todos aquellos servicios que realmente compiten con aquel que es objeto de estudio.

6. IDENTIFICACIÓN DE POSICIÓN DE DOMINIO

Para determinar la existencia de una posición de dominio en el mercado deben seguirse dos pasos:

- (i) Determinar el **mercado relevante**, según los criterios desarrollados previamente.
- (ii) Determinar el **nivel de competencia** en el mercado relevante, y el **poder real** de mercado de la empresa investigada en dicho mercado.

De acuerdo con lo establecido por la LRCA, 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 estos⁴⁰.

Un aspecto importante a destacar es que la existencia de competidores no implica que una empresa no pueda tener una posición dominante en un mercado.

³⁹ Resolución 012-2013-CCO/OSIPTEL del 08 de marzo de 2013 (Exp. 006-2011-CCO).

⁴⁰ LRCA, artículo 7º, numeral 7.1.

En un mercado competitivo, las decisiones respecto de precios, calidades y cantidades a vender de las empresas se desarrollan en un ambiente de interdependencia. De esta manera, la competencia se asocia con el concepto de rivalidad entre las empresas que participan en un mercado; sin embargo, en un mercado en el que una empresa ejerza posición de dominio, esta puede fijar las condiciones comerciales sin considerar a sus rivales, teniendo los competidores que tomar las condiciones comerciales que se establezcan como dadas.

Debe indicarse que no se considera como infracción la situación dominante en sí misma, sino el abuso que se haga de ella. Mientras el uso de la posición dominante permita generar eficiencia y un mayor bienestar en los consumidores, dicho uso no podrá ser cuestionado. Este principio es especialmente importante en el área de las telecomunicaciones donde, debido a la existencia de economías de escala y de diversificación, se pueden encontrar empresas con posiciones dominantes. En consecuencia, no se sancionará a las empresas por ostentar una posición de dominio, sino solo por hacer un uso anticompetitivo de la misma⁴¹.

El hecho de que la posición dominante de una empresa tenga su origen en la actuación del Estado -por ejemplo en la forma de asignación del espectro- no enerva la potestad de los órganos colegiados del OSIPTEL para sancionar el abuso de tal posición.

Para la evaluación e identificación de la posición de dominio se utilizarán dos tipos de variables de distinta naturaleza, pero complementarias entre sí:

- (i) De un lado, se realizará un análisis de carácter **estático** basado en variables tales como los porcentajes de participación de las empresas y el nivel o grado de concentración que presenta el mercado.
- (ii) De otro lado, se realizará un análisis **dinámico** que busca determinar cuán costoso es para nuevos operadores el acceso al mercado, considerando las distintas barreras de entrada que pueden existir.

a. Variables de carácter estático

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

Con respecto a la **participación de la empresa** en el mercado relevante, existe consenso en las autoridades de competencia en que si bien dicha variable no es un elemento de juicio suficiente para concluir que existe posición de dominio, una cuota de mercado elevada y constante podría permitir la existencia de posición de dominio, en especial cuando se analiza conjuntamente con otros factores o características del mercado relevante en cuestión.

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

⁴¹ LRCA, "Artículo 7º (...) 7.2. La sola tenencia de posición de dominio no constituye una conducta ilícita."

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 relevante⁴², mientras que en otro procedimiento se consideró que una cuota de mercado del 43%⁴³ no permitía considerar que existía posición de dominio.

En relación con la participación de mercado, los órganos colegiados del OSIPTEL considerarán 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 otros⁴⁴. Lo anterior, sin perjuicio de incluir el análisis de las variables de carácter dinámico, en caso sea pertinente.

Con respecto al **nivel de concentración** que presenta el mercado relevante, el indicador más utilizado es el índice HHI (*Herfindahl-Hirschman Index*)⁴⁵.

Es importante señalar que la aplicación del HHI debe concordarse con la evaluación del porcentaje de participación de la empresa investigada en el mercado. En tal sentido, se considerará que un HHI de por lo menos 2,500 es indicador de un mercado altamente concentrado. Además, se podrá utilizar criterios adicionales, tales como **otros índices de concentración industrial complementarios** para medir la concentración del mercado.

b. Variables de carácter dinámico

El análisis de carácter dinámico para identificar la posición de dominio supone evaluar la posibilidad de que nuevos operadores ingresen a un mercado o permanezcan en el mismo si ya ingresaron. Este análisis parte de la premisa según la cual de esta posibilidad de entrada o permanencia depende el grado de competencia, puesto que tiene el efecto de limitar el poder de mercado de las empresas existentes.

⁴² Informe 001-ST/2008 del 4 de junio del 2008(Exp. 001-2005-CCO-ST/LC).

⁴³ Informe 006-2001/GRE del 9 de octubre del 2001(Exp. 002-2001).

⁴⁴ En el caso de Estados Unidos, 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 tal efecto. (Telecom Antitrust Handbook – ABA 2005, p.305).

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. Asimismo, se ha establecido la presunción de que empresas con cuotas superiores a 50% del mercado cuentan con posición de dominio salvo prueba en contrario, con lo cual se traslada la carga de la prueba a las empresas. (DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses: Public consultation (2005), p.11.)

⁴⁵ OSIPTEL – Gerencia de Relaciones Empresariales. Indicadores de Concentración: Una revisión del Marco Conceptual y la Experiencia Internacional. Documento de Trabajo N° 002-2007; pp. 18 y 19.
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 el 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. En los Horizontal Merger Guidelines se señala que un HHI menor a 1,500 refleja un mercado no concentrado; un HHI entre 1,500 y 2,500 es un mercado moderadamente concentrado, y un HHI superior a 2,500 es el de un mercado altamente concentrado. <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/hmg-2010.html#5c>

En tal sentido, se utilizará variables de análisis dinámico para evaluar la posibilidad de que nuevos operadores ingresen a un mercado o permanezcan en el mismo si ya ingresaron.

La posibilidad de entrada o permanencia puede verse limitada si el mercado presenta considerables obstáculos o **barreras de acceso**; es decir, costos que inhiban el ingreso o dificulten la 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** son aquellas que vienen impuestas por normas o regulaciones específicas.
- (ii) Las **barreras estructurales** nacen de las condiciones propias e inherentes a la actividad económica en cuestión.
- (iii) Las **barreras estratégicas** tienen su origen en el comportamiento de las empresas ya existentes que inhiben la entrada de competidores.

Para determinar la posición de dominio de una determinada empresa, se evaluará la existencia de estos tres tipos de barreras de entrada, en particular aquellas vinculadas a las características propias de los servicios de telecomunicaciones.

En el caso de las **barreras legales** podrán evaluarse la existencia de aranceles o medidas para-arancelarias, exclusividades o monopolios legales concedidos por el Estado, licencias sujetas a complejos requisitos y a otorgamiento discrecional, entre otras.

En relación con las **barreras estructurales**, se evaluarán, entre otras variables, la existencia de facilidades esenciales, economías de escala y de ámbito, externalidades de red, ventajas absolutas en costos, costos hundidos, etc. Entre las que se presentan más frecuentemente en el sector de telecomunicaciones se encuentran:

- (i) **Facilidades esenciales:** El control de recursos esenciales reviste particular relevancia en telecomunicaciones o en industrias de red en general. Un recurso esencial se define como aquel servicio o infraestructura que: (a) es suministrado de modo exclusivo o de manera predominante por un solo proveedor o por un número limitado de proveedores; (b) cuya sustitución con miras al suministro de un servicio no sea factible en lo económico o en lo técnico; y (c) resulta imprescindible acceder a dicho recurso para ingresar o permanecer en el mercado, considerando a una empresa igual de eficiente que aquella que controla el recurso⁴⁶.

Cabe precisar que la regulación sectorial ha definido de manera previa y en algunos contextos los recursos de telecomunicaciones que pueden ser considerados como facilidades esenciales. Así, la Resolución 134-2012-CD/OSIPTEL – TUO de las

⁴⁶ KRESALJA, B. y QUINTANA, E. "La Doctrina de las Facilidades Esenciales y su Recepción en el Perú", en: *Ius Et Veritas* N° 31, 2005.

Normas de Interconexión, en su artículo 6º, incluye un listado de instalaciones esenciales de interconexión. Por su parte, la Resolución 002-2010-CD/OSIPTEL – Reglamento del Sistema de Llamada por Llamada en el servicio portador de larga distancia, aplicable a los usuarios de los servicios públicos móviles, en su artículo 17º, considera al acceso a la plataforma de prepago como una instalación esencial.

Al respecto, es importante dejar establecido que a pesar que un bien o servicio no se encuentre definido como facilidad esencial por la regulación, las instancias de solución de controversias evaluarán en el caso en particular si efectivamente el bien o servicio evaluado tiene tal calidad en función de los criterios señalados previamente para la determinación de facilidades esenciales⁴⁷.

- (ii) **Externalidades de Red:** 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.

Las redes de telecomunicaciones presentan estas características y, por ende, pueden generar **externalidades positivas de red**. La capacidad de una red de generar mayores externalidades depende de sus **dimensiones**, es decir, del número de usuarios conectados a la misma. 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. Cuanto mayor sea el tamaño de la red mayores externalidades positivas podrá generar y ello puede contribuir a que una empresa tenga posición de dominio, en la medida que los usuarios perciban los mayores beneficios de pertenecer a dicha red (los ahorros de los costos medios de la red se pueden traducir en menores precios a los usuarios de la red, o por el efecto arrastre de un mayor número de consumidores a la red).

En relación con las **barreras estratégicas**, se podrá considerar factores tales como integración vertical, precios límite, sobreinversión en capacidad, diferenciación de productos y publicidad, estrategias predatorias, entre otros.

Considerando las características del mercado de telecomunicaciones se dará especial énfasis a la evaluación de la **integración vertical** de la empresa investigada, así como de la utilización de la infraestructura requerida para la provisión de otros servicios.

La integración vertical en sí misma no implica que una empresa sea dominante. No obstante, una firma dominante en un mercado que se integra verticalmente en mercados aguas arriba (*upstream*) y aguas abajo (*downstream*) puede tener la capacidad de afectar la competencia en estos otros mercados. Por lo tanto, el alcance de la integración vertical será un aspecto del análisis de la estructura y de la competencia del mercado en telecomunicaciones.

En el mercado de servicios de telecomunicaciones, la integración vertical facilita la existencia de posición de dominio, principalmente en aquellos casos en que la empresa integrada controla alguna facilidad esencial o es titular de la red considerada históricamente como el operador establecido (*incumbent*) y que aún no pierde tales

⁴⁷ Bajo este escenario, al identificarse una facilidad esencial no prevista como tal en la normativa sectorial y que esté siendo demandada por un operador de telecomunicaciones, el órgano de solución de controversias podrá, en ejercicio de sus atribuciones en materia de abogacía de competencia, proponer su calificación como tal o proponer una regulación específica de acceso al área competente en materia de regulación.

características, lo que se refleja por ejemplo en elevadas cuotas de participación de mercado.

Sin perjuicio de lo señalado previamente, se podrá evaluar otros factores que permitan determinar el nivel de independencia con el que una empresa está en capacidad de actuar con relación a sus competidores o clientes.

Es la evaluación combinada de estos y otros criterios la que permitirá determinar la posición de dominio de una empresa.

7. EL ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO EN EL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Una vez establecida la posición de dominio del agente económico en el mercado relevante, el paso siguiente consiste en establecer si abusó o no de tal posición, analizando para ello tanto los supuestos tipificados expresamente en la legislación y los posibles casos de efectos equivalentes que encajen dentro de las cláusulas generales establecidas legalmente.

La legislación peruana en materia de competencia establece que una empresa abusa de su posición dominante cuando utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a **competidores** reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición⁴⁸.

Dicha restricción de "manera indebida" está referida a utilizar la participación en el mercado de manera tal que se produzca un daño distinto al mero daño concurrencial, es decir, el derivado de una competencia leal y libre por medio de precios, calidad y condiciones de comercialización.

Basándose en los criterios establecidos por las normas de competencia, como regla general los órganos colegiados del OSIPTEL considerarán como requisitos para que exista un abuso de posición de dominio los siguientes:

- a. Que exista **posición de dominio**.
- b. Que se **actúe de manera indebida**, es decir, que la empresa actúe en contra de principios básicos de conducta tipificados expresamente en la ley, o que su conducta pueda tener efectos análogos al estar distanciada de una competencia por eficiencias. La actuación indebida no implica necesariamente intencionalidad.
- c. Que exista la posibilidad de obtener **beneficios** y de causar **perjuicios** a **competidores** reales o potenciales, directos o indirectos, que no se podrían producir de no tener posición de dominio. No es necesario acreditar que se han

⁴⁸ LRCA "Artículo 10.- El abuso de la posición de dominio.-

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

causado los daños y se han obtenido los beneficios, basta con que ambos sean consecuencias potenciales de la conducta.

Si bien la norma hace referencia expresa al perjuicio a los competidores, debe tomarse en consideración que un daño a los competidores que no afecte o perjudique a los consumidores, tanto en el corto como en el largo plazo, podría tratarse de un **daño concurrencial lícito**. Como ya se ha mencionado, el objeto de protección de las normas de libre competencia no son los competidores en particular, sino el proceso competitivo. En tal sentido, debería evaluarse también el daño real o potencial que se genere, indirectamente, respecto de los consumidores.

De acuerdo con la LRCA, el abuso de la posición de dominio en el mercado podrá consistir en conductas de efecto exclusorio 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.
- 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.

De acuerdo a lo previsto por la LRCA, las conductas de abuso de posición de dominio constituyen prohibiciones relativas.

En relación con estas conductas, a continuación se detallan las que han venido siendo analizadas por el OSIPTEL en aplicación de las normas y criterios de libre competencia, en concordancia con las nuevas modificaciones introducidas por la LRCA.

7.1. Negativa Injustificada a Contratar

La negativa a contratar es, en principio, una decisión legítima de cualquier empresa. Es parte inherente de su autonomía de la voluntad, en especial de su libertad de contratar. Sin embargo, cuando la empresa en cuestión tiene posición de dominio en el mercado queda sujeta a algunas obligaciones especiales, como es el caso de no negarse, sin justificación, a contratar con un proveedor o con un cliente, siempre que ello implique la obtención de beneficios y perjuicios anticompetitivos⁴⁹.

En principio, la ley deja libertad a las empresas a negarse individualmente a contratar con otras, salvo que la negativa tenga por intención monopolizar el mercado. Sin embargo, existen casos en los que la práctica es comprensible y refleja condiciones de mercado.

A título enunciativo, se considera que las negativas de trato pueden constituir prácticas anticompetitivas en los siguientes supuestos:

- Cuando la negativa busca **afectar las relaciones de sus competidores**. En este caso, la empresa con posición de dominio niega la venta a un tercero porque este último también le compra a su competidor. Bajo este supuesto la negativa funciona como una sanción para quienes son clientes del competidor y busca perjudicar a este último restándole clientela.
- Cuando la negativa busca **restringir la competencia que enfrenta una empresa integrada verticalmente**. La figura más común bajo este supuesto es la de una empresa con posición de dominio que se encuentra integrada verticalmente y niega la venta a las empresas que compiten con su vinculada, afectando de esta forma la posición de las competidoras de esta última.

Un ejemplo sobre este segundo supuesto se dio en la controversia seguida por Empresa de Telecomunicaciones Multimedia Alfa E.I.R.L. (Alfatel) contra Telefónica del Perú S.A.A. (Telefónica). Al respecto, el Cuerpo Colegiado a cargo de la controversia determinó que Telefónica incurrió en una negativa de trato al haber omitido dar respuesta a las solicitudes de Alfatel para el arrendamiento de sus postes en la zona de Huaycán y, posteriormente, por su decisión final de no alquilar dichos postes. Asimismo, el Cuerpo Colegiado estableció que dicha negativa de trato había sido injustificada en la medida que los postes de Telefónica tenían capacidad libre que podía ser utilizada por Alfatel, y capacidad disponible para soportar mayor carga de cables u otros equipos. Finalmente, el Cuerpo Colegiado determinó que como consecuencia de la negativa de arrendar espacio en sus postes por parte de Telefónica, se habría limitado la posibilidad de que ingrese un nuevo agente para prestar el servicio de televisión por cable y que, a pesar de que Telefónica no prestaba directamente dicho servicio, podía tener incentivos para imponer barreras al ingreso a fin de limitar la competencia potencial que podría enfrentar su empresa vinculada Telefónica Multimedia, que prestaba el servicio de televisión por cable⁵⁰.

La negativa **no necesariamente tiene que ser abierta y clara**. Formas de negativa más sofisticadas son: simplemente no dar respuesta a los pedidos que se formulen –como se observó en el caso antes reseñado entre Alfatel y Telefónica-, dar excusas sobre la

⁴⁹ LRCA, artículo 10, numeral 10.2, inciso a).

⁵⁰ Ver la Resolución N° 039-2003-CCO/OSIPTEL de fecha 20 de enero de 2003 (Expediente 009-2001).

posibilidad de atenderlos en los términos solicitados sin que tales excusas tengan fundamento, pedir nuevas aclaraciones o dar información errónea para bloquear o retrasar la atención de las solicitudes. Toda conducta que tenga por efecto la no satisfacción plena de un pedido efectuado o la demora sistemática de su atención, podría quedar tipificada bajo este rubro.

Cabe señalar que las **negativas indirectas** también se pueden dar a través de **precios elevados**. 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 relación a ello, en la controversia seguida por Telecable Motupe S.R.L. contra Electronorte S.A. por la supuesta comisión de actos contrarios a la normativa de libre competencia en la utilización de postes para el tendido de la red de televisión por cable, el Cuerpo Colegiado analizó el contrato celebrado entre Telecable Motupe y Electronorte referido al uso de postes como soporte de cable de señal de televisión. La empresa denunciante señaló que el precio que pagaba por alquiler de postes constituía una negativa indirecta a contratar por ser un precio excesivo y, a su vez, discriminatorio en relación al precio que pagaban otras empresas de televisión por cable por el mismo concepto. El Cuerpo Colegiado señaló que Telecable Motupe suscribió el contrato sin cuestionar que se tratara de un precio excesivo, asimismo, cuando el contrato venció siguió utilizando los postes de Electronorte y pagando dicho precio; por ello, no se analizó el caso como uno de negativa indirecta. Por el contrario, al existir una diferencia del precio establecido por Electronorte respecto a las empresas que le arrendaban postes (incluida Telecable Motupe), esta diferencia fue analizada por el Cuerpo Colegiado bajo la figura de discriminación⁵¹.

Como se ha mencionado, se debe **presumir la legitimidad de la negativa** y solo excepcionalmente se cuestionará la posibilidad de que una empresa se niegue a contratar. De esta manera, cuando potencialmente pueda derivarse eficiencia de la negativa unilateral de una empresa, y no exista evidencia clara que la intención de dicha negativa sea monopolizar algún mercado, no será necesario intervenir en el caso⁵².

La normativa general de competencia establece que para que una negativa sea sancionada, debe ser **injustificada**. Algunos supuestos que podrían justificar una

⁵¹ Ver Resolución N° 035-2002-CCO/OSIPTEL de fecha 8 de abril de 2012 (Exp. 008-2001).

En relación a la discriminación de precios, el Cuerpo Colegiado encontró que, en efecto, Electronorte aplicó una diferenciación de precios en el alquiler de sus postes, no justificada. Sin embargo, se verificó esta diferenciación no puso en desventaja a Telecable Motupe frente a su competencia potencial.

⁵² Ver Resolución N° 0930-2011/SC1-INDECOPI del 23 de abril de 2011 (Exp. 001-2010/CLC), por el cual la Sala de Defensa de la Competencia del INDECOPI resolvió que no podría configurarse un abuso de posición de dominio excluyente en la modalidad de negativa de trato, si es que la conducta denunciada no tiene como objeto o finalidad excluir a un competidor actual del presunto dominante ni impedir el ingreso de un competidor potencial al mercado. Ello, “en la medida que la finalidad de las prácticas de exclusión es que el dominante mantenga su posición en el mercado o que pueda trasladar dicha posición a otro mercado a través de la exclusión de competidores actuales o potenciales (...)”.

negativa de trato son la limitación real del aparato productivo para satisfacer la demanda del servicio solicitado, la existencia de factores ocasionales o eventuales que generan una desproporción evidente entre la oferta y la demanda, la escasez de insumos o recursos requeridos para brindar el servicio, el incumplimiento de obligaciones anteriores por parte del adquirente, la utilización indebida de infraestructura de propiedad de la empresa dominante, razones de seguridad u otras de naturaleza similar.

No obstante lo anterior, las instancias resolutorias del OSIPTEL evaluarán detenidamente las justificaciones planteadas por las empresas dominantes para negarse a satisfacer el o los requerimientos efectuados, con el propósito de corroborar o descartar que las mismas cuenten con un sustento objetivo. En particular, considerando las características del mercado de telecomunicaciones, las alegaciones respecto de potenciales restricciones de capacidad serán analizadas no solo en función de la real capacidad disponible de la empresa, sino también en función a la utilización efectiva de las reservas de capacidad para futuras ampliaciones.

7.2. Discriminación de Precios y Condiciones.

Otra clase de práctica comercial que puede constituirse en abuso de posición de dominio es la discriminación de precios y condiciones en el mercado⁵³.

Tal como lo indica la LRCA, la discriminación es una práctica que se constituye como una de prohibición relativa, es decir, una conducta que solo será ilícita si se demuestra que tiene efectos –aún potenciales- negativos en el mercado y en particular en el bienestar de los consumidores, y que sobrepasen las justificaciones y eficiencias asociadas a la práctica, que presente la parte demandada.

Si bien esta es una norma general, aplicable a cualquier relación comercial al interior de la industria de telecomunicaciones, el OSIPTEL considera de particular importancia analizar estas prácticas cuando se dan en el marco de las relaciones comerciales entre empresas que brindan servicios de telecomunicaciones, considerando una industria altamente integrada de forma vertical, en donde existen operadores dominantes en algunas de las fases intermedias de la producción de los servicios de telecomunicaciones.

Las empresas, en principio, se encuentran en absoluta libertad para discriminar precios y condiciones entre sus clientes. Incluso si la discriminación es desarrollada por una empresa con posición de dominio, podría ser una práctica necesaria y legítima, pudiendo beneficiar a los consumidores, en la medida que permitiría el ofrecimiento de una oferta diferenciada que responda a los intereses de un mayor número de usuarios. Sin embargo, las normas de libre competencia depositan obligaciones más gravosas sobre las empresas que gozan de posición de dominio, puesto que en este escenario la discriminación podría ser un mecanismo para que la dominante conserve o expanda su poder de mercado.

La jurisprudencia de los órganos colegiados del OSIPTEL ha identificado dos tipos tradicionales de discriminación anticompetitiva⁵⁴:

⁵³ LRCA, artículo 10º, numeral 10.2, inciso b).

⁵⁴ Resolución N° 021-2002-CCO/OSIPTEL del 13 de noviembre de 2002 (Exp. 010-2001).

- La discriminación que busca afectar la relación entre un competidor y sus clientes, que se presenta cuando el supuesto infractor aplica condiciones más beneficiosas a los consumidores de los mercados en que se tiene competencia que a aquellos consumidores de mercados en los que no se enfrenta competencia.
- La discriminación que busca afectar directamente al competidor, que se presenta cuando el supuesto infractor ofrece un insumo a un competidor en condiciones desfavorables respecto de otro competidor vinculado al dominante, colocando al competidor en desventaja.

La discriminación está definida en la ley como el otorgamiento de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes. Pero la ley también 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, un primer paso en el análisis de este tipo de casos consistirá en dilucidar si las transacciones a las que se aplican condiciones diferenciadas son realmente transacciones equivalentes o no.

Existen dos clases de argumentos para identificar si las transacciones son equivalentes. De un lado, aquellos según los cuales las transacciones son equivalentes en función de los **costos**; y de otro lado están los argumentos por los cuales las transacciones son equivalentes en función de las **elasticidades de demanda**.

a) Equivalencia por costos

En relación con el primero de los argumentos, se determina si las transacciones son equivalentes considerando los costos en que debe incurrir el operador para satisfacer la demanda de cada uno de sus clientes.

Para estimar dichos costos no solo deben tenerse en cuenta las características físicas o técnicas del servicio ofrecido en cada transacción sino **todas las condiciones** en que dicho bien debe proveerse, pues son precisamente estas condiciones las que pueden hacer que las prestaciones no sean equivalentes pese a tratarse de bienes idénticos o similares.

Entre los factores que el OSIPTEL podrá considerar para definir cuándo dos transacciones son equivalentes o no, se encuentran los siguientes:

- Las **condiciones de la transacción**, tales como volumen transado, forma de pago, oportunidad y plazo de entrega, seguridad del suministro, entre otras.
- Los **costos de transacción** vinculados con la **administración de riesgos contractuales**, tales como la probabilidad de demora o falta de pago según la liquidez de los clientes, la negociación de contratos de largo plazo, etc.

b) Equivalencia por elasticidades de demanda

Para definir si las transacciones son equivalentes también puede analizarse la elasticidad de la demanda de los consumidores, es decir, **su grado de sensibilidad frente a modificaciones en el precio cobrado.**

Los precios diferenciados según la distinta elasticidad de demanda de los compradores puede ser una alternativa eficiente, en comparación con las estrategias de precios que involucren un precio único. Una diferenciación de precios basada en distintas elasticidades de demanda puede justificarse si permite **incrementar la oferta y cubrir costos fijos elevados.**

En consecuencia, se evaluará la justificación de las estrategias de precios diferenciados considerando la equivalencia de la transacción en función de sus costos y, excepcionalmente, en función de la elasticidad de demanda, tomando en cuenta las características del caso concreto.

En la jurisprudencia del OSIPTEL se ha considerado que los casos en que **no se encuentre una explicación objetiva para el trato diferenciado**⁵⁵, 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 ilícita⁵⁶.

Al respecto, para evaluar si una práctica de discriminación tiene **efectos anticompetitivos**, el OSIPTEL tomará en consideración, entre otros, los siguientes criterios:

- El patrón de conducta usual del operador demandado y si en el caso concreto se registra una variación sustancial o bastante atípica.
- Si existen evidencias de intención de eliminar a los rivales.
- Si la diferenciación de precios está dirigida a afectar a un competidor en particular.
- Si los menores precios aplicados pueden resultar predatorios.
- Si se está aplicando un esquema de subsidios cruzados donde las rentas de segmentos monopólicos solventen los menores precios en los segmentos de competencia.

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 márgenes. En ese 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.

⁵⁵ 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.

⁵⁶ 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).

Finalmente, un aspecto adicional a considerar en esta materia es que en aquellos casos en los que se formule una demanda por discriminación aduciendo que la empresa demandada no quiere contratar con la demandante pese a que sí contrata con sus competidores, se considerará que no se configura el supuesto de la discriminación, porque no se ofrece condición alguna a la denunciante, como para compararla con las condiciones de venta que reciben sus rivales. En estos casos, el OSIPTEL encausará dicha denuncia como una negativa injustificada de trato.

7.3. Empaquetamientos

El **empaquetamiento** es una práctica que consiste en la venta de dos o más bienes de forma conjunta, como si se tratase de uno solo⁵⁷. Dentro de esta categoría genérica tenemos los siguientes tipos⁵⁸:

- **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 también⁵⁹.

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 paquete⁶⁰.

En nuestra legislación las ventas atadas y los empaquetamientos puros se encuentran tipificados en el literal b) del artículo 10.2º de la LRCA, según el cual, recogiendo el elemento coercitivo de dicha práctica, se considera como abuso de posición de dominio en el mercado la conducta con efecto exclusorio consistente en *“la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su*

⁵⁷ O' DONOGHUE, R. y PADILLA, J. *The Law and Economics of Article 82*. Hart Publishing : Oxford, 2006, p. 477.

⁵⁸ Cabe señalar que dichas distinciones se encuentran recogidas en el Informe N° 004-CCO/2011 del 17 de marzo de 2011 que obra en el expediente 005-2011-CCO-ST/LC.

⁵⁹ O' DONOGHUE R. y PADILLA, J. Op. cit.

⁶⁰ TIROLE, Jean. *The Analysis of Tying Cases: A Primer*; en: *Competition Policy International*, Vol. 1 N° 1 Spring 2005; p. 7 y 8.

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.

De 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 los mercados de telecomunicaciones los empaquetamientos pueden constituir una práctica usual por la complementariedad existente entre los servicios y, adicionalmente, debido al fenómeno de la convergencia.

Los empaquetamientos solo tienen efectos anticompetitivos cuando son realizados por un operador con posición de dominio en un mercado relevante, cuando sean injustificados y muestren el intento de restringir la competencia en algún mercado. De acuerdo con la LRCA, este tipo de conductas, al igual que los demás casos de abuso de posición de dominio, constituyen prohibiciones relativas.

Los elementos a tener en cuenta por las instancias de solución de controversias del OSIPTEL para evaluar estas prácticas son, entre otros, los siguientes:

- **Bienes diferentes.-** Para que haya atadura o empaquetamiento los bienes deben ser diferentes desde el punto de vista de la demanda. Así debe considerarse si en ausencia de la atadura o el empaquetamiento, los compradores adquieren los bienes por separado o si existe demanda independiente para el bien conjunto (presuntamente empaquetado).
- **Efectos de exclusión.-** La práctica debe estar destinada a excluir a los competidores, ya sea en el mercado del bien vinculado trasladando la posición de dominio a través de un subsidio cruzado, o en el mercado del bien atante protegiéndose la posición de dominio existente.
- **Ausencia de justificación objetiva.-** Se entiende que la conducta podría ser legítima si existe justificación objetiva para realizarla, como por ejemplo, por razones de calidad de los servicios o para garantizar el buen uso de los productos, así como para proteger la seguridad y salud de los clientes, o si produce eficiencias que benefician a los consumidores y compensen los efectos anticompetitivos.

Un caso en el que se analizaron todos estos factores fue en el procedimiento seguido contra Telefónica del Perú por la venta atada del servicio de internet fijo vía ADSL (bien atante) junto con el servicio de telefonía fija (bien atado). En dicho procedimiento, el Tribunal de Solución de Controversias consideró que los dos servicios eran independientes (funcionaban en distintas frecuencias y para brindar el servicio de internet vía ADSL no se requería de todas las facilidades ni de la conmutación ni el transporte de la red telefónica), que existía una demanda para el servicio de internet fijo vía ADSL "solo", y que no existía imposibilidad para prestar dicho servicio de manera individual. Sin embargo, se constató que para la venta del acceso a internet fijo vía ADSL, Telefónica requería necesariamente la compra del servicio de telefonía fija. En relación con los efectos de dicha práctica, el TSC consideró que esta propició un detenimiento en el

descenso del número de líneas fijas que vendía Telefónica, así como un estancamiento en el nivel de crecimiento que venían desarrollando los competidores en el mercado de telefonía fija, por número de líneas en servicio y por tráfico originado⁶¹.

Se evaluará también aquellos supuestos en los que los empaquetamientos pueden involucrar otro tipo de prácticas anticompetitivas, como por ejemplo, precios predatorios o estrechamiento de márgenes.

7.4. Prácticas con Efectos Depredadores

Estas prácticas se caracterizan por tener un efecto negativo en los competidores, originado principalmente porque el depredador cobra, en algún mercado, un precio lo suficientemente bajo, de tal manera que impide o limita la presencia de competidores en dicho mercado. Es claro que, desde el punto de vista del marco de libre competencia, estas prácticas no podrían sancionarse si la reducción de precios obedece a una mayor eficiencia productiva o a algunas ofertas de naturaleza transitoria, motivadas por una competencia agresiva.

Dadas las características del mercado de servicios públicos de telecomunicaciones (costos comunes derivados de la convergencia de redes e infraestructuras que a su vez permiten brindar varios servicios, tendencia a empaquetar servicios, entre otros), las empresas podrían tener incentivos para desarrollar prácticas de precios predatorios o subsidios cruzados.

Las empresas multi-producto, característica usual entre los operadores de telecomunicaciones, cuentan con mayores opciones para financiar estrategias predatorias o de subsidios cruzados, dado que perciben ingresos de diversas actividades (y en algunas de ellas pueden ser operadores dominantes). No obstante, también debe considerarse que debido a ello pueden aprovechar mejor las economías de ámbito para ofrecer precios más bajos.

Considerando lo anterior, el análisis que realicen los órganos resolutivos del OSIPTEL en cada caso considerará estas características particulares y su potencial impacto en el desarrollo de prácticas con efectos depredadores.

Entre las prácticas que tienen efectos depredadores, se encuentran las siguientes:

a. Precios Predatorios

Las normas generales de libre competencia no incluyen de manera expresa la existencia de precios predatorios como un caso de abuso de posición de dominio; sin embargo, tanto el OSIPTEL como el INDECOPI han considerado que esta práctica resulta sancionable en tanto introduzca distorsiones al régimen de libre competencia, como una práctica de efecto equivalente al exclusorio⁶².

Considerando el régimen general, la práctica de precios predatorios también se constituye como una conducta de prohibición relativa; por ello será sancionada solo en aquellos

⁶¹ Resolución N° 004-2013-TSC/OSIPTEL del 31 de enero de 2013 (Exp. 005-2011-CCO-ST/LC).

⁶² Resolución N° 1832-2010/SC1-INDECOPI del 10 de junio de 2010 (Exp. N° 142-2008/CCD).

casos en los que se demuestre que la misma tiene efectos nocivos para el bienestar de los consumidores en el largo plazo.

Se pueden definir los precios predatorios como aquellos que resultan **inferiores a un nivel determinado de costos**, establecidos con la **intención** de eliminar del mercado a uno o varios de los competidores.

Como se puede apreciar, se establece un requisito de intencionalidad en la práctica. Se podrá considerar como elementos de juicio para determinar la existencia de intencionalidad por parte de una empresa dominante, entre otros, los siguientes:

- (i) Duración de la práctica.
- (ii) Nivel de diferencias entre la tarifa y los costos.
- (iii) Diferencia entre los precios establecidos por el dominante y los establecidos por los competidores.
- (iv) Políticas de precios desarrolladas por el operador dominante en distintas zonas geográficas.
- (v) Ausencia de oferta por parte de los competidores.
- (vi) Resultados de la práctica en términos de incremento de la cuota de mercado por parte del operador dominante en detrimento de sus competidores.

La predación de precios también se puede poner de manifiesto a través de una estrategia de subsidios cruzados, en el que la venta por debajo de un nivel de costos se soporta gracias al subsidio trasladado por la empresa que realiza la predación y que tiene posición de dominio y mayores ganancias en otro mercado.

Se entiende por subsidios cruzados a aquella situación en la que los precios que determina una empresa para un producto en un mercado relevante determinado no reflejan sus costos y un margen de ganancia razonable, sino que más bien son el reflejo de los ingresos resultantes de precios fijados en otros mercados relevantes por la misma empresa o una empresa relacionada a esta.

Los subsidios cruzados se refieren principalmente -pero no únicamente- a la transferencia de utilidades que una empresa puede llevar a cabo de un mercado en el que tiene posición de dominio, a otro en el cual no necesariamente es dominante, pudiéndose ver afectadas las empresas que compiten con la que recibe el subsidio, así como los consumidores que tendrían que pagar altos precios para financiar dicho subsidio.

Cabe señalar que aunque los consumidores del servicio que reciben el subsidio se puedan ver beneficiados en el corto plazo por las menores tarifas que podrían pagar, estas menores tarifas –que probablemente no permiten cubrir los costos de operación de dicho servicio- en el largo plazo podrían generar una pérdida en las ganancias de eficiencia que hubiesen podido presentarse si competidores eficientes no se hubiesen visto forzados a salir del mercado por la existencia de dicho subsidio.

Puede existir una mayor probabilidad de ocurrencia de este tipo de prácticas en una industria como la de telecomunicaciones, caracterizada por empresas multi-producto, costos comunes significativos, entre otros. De acuerdo con ello, en el análisis particular de cada caso, el órgano resolutorio de OSIPTEL evaluará estas características particulares, a

efectos de determinar el potencial impacto en competencia que podrían presentar las prácticas de predación simple o las combinadas con subsidios cruzados⁶³.

b. Estrechamiento de márgenes

Esta práctica, también conocida con el nombre de *Price Squeeze*, no se encuentra expresamente tipificada en la legislación peruana como una práctica anticompetitiva, sin embargo, podría resultar sancionable en tanto introduzca distorsiones al régimen de libre competencia.

Esta práctica en general se presenta cuando una firma verticalmente integrada, que es dominante en un mercado aguas arriba (*upstream market*), provee un insumo esencial a compañías que compiten con ella y a una vinculada en un mercado aguas abajo (*downstream market*), de forma tal que la firma verticalmente integrada tiene la posibilidad de reducir los márgenes de los competidores en el mercado aguas abajo. Esta reducción de los márgenes de los competidores puede realizarse: (i) incrementando el costo del recurso esencial, (ii) reduciendo los precios que ella o su vinculada cobra al público en el mercado aguas abajo, o (iii) a través de una combinación de las estrategias (i) y (ii).

El efecto de esta estrategia de precios es reducir el margen de ganancia disponible para los competidores, de tal manera que, aunque no sean menos eficientes que la firma verticalmente integrada, los precios que puedan cobrar se vean sumamente reducidos (comprimidos), lo cual hace que el negocio ya no sea rentable para ellas, mientras que los beneficios totales de la firma verticalmente integradas no se ven muy afectados.

⁶³ Un caso en el que se evaluó una conducta de precios predatorios fue el caso de Nextel del Perú S.A. contra Telefónica Móviles S.A., en el cual se analizó una presunta práctica con efectos depredadores, manifestada en las tarifas que la denunciada cobraba para las comunicaciones locales originadas en su red, supuestamente por debajo de costos, con la finalidad de eliminar a sus competidores en el mercado. El Cuerpo Colegiado consideró que, en principio, las características de los mercados en la industria de telecomunicaciones (multiproducto) podrían resultar propicias para escenarios de predación usando para ello los subsidios cruzados entre mercados o segmentos.

Al respecto, el Cuerpo Colegiado planteó una metodología para analizar el caso de una práctica con efectos depredadores en la modalidad de precios predatorios, que podría utilizar como medio el subsidio entre segmentos. Dicha metodología incluía, en primer lugar, evaluar si Telefónica Móviles podía estar en capacidad de transferir ingresos provenientes de un mercado o segmento para realizar una práctica depredadora en otro. Para ello se analizaría: (i) si la empresa es una empresa multiproducto que participa en varios mercados o servicios interrelacionados, (ii) si la empresa se encuentra obteniendo ingresos significativos. Luego, se debe identificar el mercado relevante, partiendo de una evaluación del segmento que financia la práctica, para luego identificar si la empresa cuenta con posición de dominio. En tercer lugar, se debe evaluar la relación tarifas-costos a través de una comparación entre los ingresos y costos correspondientes. En caso los ingresos no cubran los costos se pasaría a evaluar los efectos de la práctica en la dinámica y el grado de competencia en los mercados afectados por la misma. Finalmente, el análisis de efectos incluye una evaluación de intencionalidad de la empresa que ha venido aplicando la práctica en el mercado, así como una evaluación de los efectos potenciales y reales sobre la competencia en el mercado afectado.

Finalmente, el Cuerpo Colegiado encontró que los ingresos eran mayores a los costos de Telefónica Móviles en el ámbito global y, en tal sentido, se evidenció que no se produjo una práctica predatoria durante el período investigado. Conforme a ello la denuncia de Nextel fue declarada infundada. Resolución N° 054-2008-CCO/OSIPTel del 9 de setiembre de 2008 (Exp. 001-2005-CCO-ST/LC).

El objetivo del OSIPTEL al evaluar este tipo de prácticas es identificar si se produce un supuesto de estrechamiento de márgenes de los rivales a través del manejo del precio que se cobra por el insumo esencial y del precio minorista de la empresa dominante en el mercado aguas abajo. De acuerdo con ello, 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.

7.5. El abuso de procesos legales

De acuerdo con la LRCA una de las modalidades del abuso de posición de dominio 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 mediante la misma el agente económico busca **incrementar los costos a sus rivales** (*raising rival's costs*), **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.

A diferencia del caso de precios predatorios, la ejecución de esta práctica es menos costosa, pues no requiere que el agente incurra en pérdidas en el corto plazo para lograr beneficios futuros⁶⁴. Además, si el impacto en los costos de sus competidores es inmediato, también habrá un impacto positivo inmediato respecto a los beneficios que obtenga con dichas prácticas.

La utilización indebida de procedimientos administrativos, judiciales o arbitrales con la finalidad de que se erijan barreras de acceso al mercado a otras empresas o se limite el accionar de aquellas que se encuentran compitiendo, puede ser más peligrosa que otras prácticas anticompetitivas en relación a los efectos de exclusión que puede causar en los mercados. Esto debido a que esta práctica constituye una alternativa eficaz para incrementar los costos de los competidores sin que necesariamente se sacrifiquen beneficios.

De acuerdo a lo expuesto, se considera que se configura dicha práctica cuando los procesos legales iniciados **no obedecen a la voluntad de obtener una tutela efectiva** por parte de los administrados, sino que tienen como finalidad real producir, real o potencialmente, un efecto restrictivo de la competencia. Es decir, la motivación de la empresa predatoria es la obtención de un beneficio colateral, consistente en la restricción de la competencia⁶⁵.

Al utilizarse los procesos legales para un fin colateral distinto de la tutela de intereses, el ejercicio de los derechos de acción y petición sería abusivo y quedaría desvirtuado. Por tal motivo, dicho accionar no se encontraría amparado por la protección constitucional que recae sobre los derechos de acción y petición.

⁶⁴ Calderón, Andrés y Ortiz, Humberto. Nacimiento y muerte del abuso de procesos legales anticompetitivos en el Perú: Análisis del caso *Apofer versus Fetrans, Perurail* y otros, en: Revista Economía y Derecho 38, Otoño 2013, Fondo Editorial de la UPC, p. 9.

⁶⁵ Calderón y Ortiz, Op. Cit., p. 9-10.

Los órganos de solución de controversias del OSIPTEL no han conocido de casos de abuso de procesos legales, por lo que los criterios de análisis de este tipo de prácticas serán delineados en su oportunidad. Sin embargo, teniendo en cuenta la práctica jurisprudencial del INDECOPI⁶⁶ y la práctica jurisprudencial y doctrina internacional⁶⁷ sobre la materia, se tomarán en cuenta los siguientes elementos para identificar e investigar posibles prácticas de abuso de procesos legales, entre otros:

- (i) El número de acciones legales planteadas
- (ii) Los efectos sobre el mercado que podría generar la interposición de dichas acciones
- (iii) Las circunstancias asociadas a las acciones legales (oportunidad, utilidad, beneficios, objetivos contradictorios, etc.)
- (iv) 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.)

8. PRÁCTICAS COLUSORIAS: VERTICALES Y HORIZONTALES

Una práctica colusoria se presenta cuando dos o más empresas independientes ajustan consciente y voluntariamente sus conductas según los acuerdos establecidos entre ellas.

La LRCA distingue entre prácticas colusorias horizontales y prácticas colusorias verticales:

a. Prácticas colusorias horizontales

De acuerdo con la LRCA, las **prácticas colusorias horizontales** se encuentran referidas a los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas⁶⁸ realizadas por

⁶⁶ El supuesto de abuso de procesos legales o litigación predatoria ha sido objeto de varios pronunciamientos por parte del INDECOPI. Ver: Resolución N° 057-96-INDECOPI/CLC, del 8 de abril de 1996; y Resolución N° 037-2005-INDECOPI/CLC, del 4 de julio de 2005, y Resolución N° 0407-2007/TDC-INDECOPI del 22 de marzo de 2007. El caso más reciente y que motivó la emisión de resoluciones contradictorias entre las distintas instancias del INDECOPI fue el caso de la denuncia interpuesta por Asociación de Operadores de Ferrocarriles del Perú- APOFER contra Ferrocarril Transandino, Perú Rail y otros. Siguiendo la jurisprudencia norteamericana y europea, ambas instancias concluyeron que se debía seguir un test cumulativo de dos partes para evaluar los casos de abuso de procesos legales. Para la Comisión de Defensa de la Libre Competencia la primera parte del test consistía en descartar que el fundamento de la acción legal sea la tutela efectiva de los intereses del litigante, sea porque las acciones no tenían una expectativa razonable de triunfo, porque los beneficios de las acciones no justificaban el inicio de ellas, o porque se daba una multiplicidad de acciones para un mismo pedido, entre otras; y la segunda parte del test consistía en identificar que el verdadero propósito de la litigación era el de afectar la competencia. Ver: Resolución 026-2010/CLC-INDECOPI del 3 de mayo de 2010 (Exp. 009-2008/CLC). La Sala de Defensa de la Competencia del INDECOPI, revocó el pronunciamiento de la Comisión, señalando que la primera parte del test requería necesariamente que se descarte que la acción legal entablada tenga un fundamento objetivo, por carecer manifiestamente de méritos o ser rechazada *in limine*. La segunda parte del test consistiría en identificar la intención anticompetitiva del accionante. Resolución N° 1351-2011/SC1-INDECOPI del 27 de julio de 2011 (Exp. 009-2008/CLC).

⁶⁷ Los principales referentes jurisprudenciales extranjeros sobre la materia son: Professional Real Estate Investors Inc. v. Columbia Pictures Industries Inc. 508 U.S. 49 (1993), para Estados Unidos; y, Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Cuarta ampliada), del 17 de julio de 1998. – ITT Promedia NV c. Comisión de las Comunidades Europeas. Asunto T-111/96, para la Unión Europea.

⁶⁸ Resolución N° 3240-2010/SC1-INDECOPI, Exp. 015-2008/CLC.

competidores entre sí que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia, tales como:

- La fijación concertada, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.
- La limitación o control concertado de la producción, ventas, el desarrollo técnico o las inversiones.
- El reparto concertado de clientes, proveedores o zonas geográficas.
- La concertación de la calidad de los productos, cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales y afecte negativamente al consumidor.
- 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 otros.
- 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.
- La negativa concertada e injustificada de satisfacer demandas de compra o adquisición, o de aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios.
- Obstaculizar de manera concertada e injustificada la entrada o permanencia de un competidor a un mercado, asociación u organización de intermediación.
- Concertar injustificadamente una distribución o venta exclusiva.
- 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; u,
- Otras prácticas de efecto equivalente que busquen la obtención de beneficios por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.

Se considera como **prácticas colusorias horizontales** aquellas que se producen entre agentes económicos que se encuentran en el mismo nivel de la cadena de producción, distribución o comercialización de productos o servicios y, por lo tanto, compiten entre sí en un mismo mercado⁶⁹.

La LRCA indica que constituyen **prohibiciones absolutas** y, en consecuencia, que no requieren de un análisis de racionalidad para ser declaradas ilícitas siendo suficiente comprobar su realización, los acuerdos horizontales **inter marca que no sean complementarios o accesorios a otros acuerdos lícitos**, que tengan por objeto:

*“30. Los **acuerdos** que limitan la competencia o acuerdos colusorios son definidos como todo concierto de voluntades mediante el cual varios operadores económicos independientes se comprometen en una conducta que tiene por finalidad o efecto restringir la competencia.*

*31. Las **prácticas concertadas** se han definido como una forma de cooperación entre las empresas que sin haber celebrado un acuerdo formal, sustituye en los hechos a la competencia. Aquellas consisten en la puesta en ejecución de un plan que se sustenta en la adaptación simultánea de comportamientos, lo que normalmente presupone un intercambio de información previa (...).*

*(...) 33.(...) Según una clasificación doctrinal, los entendimientos adoptados por asociaciones de empresas con fines contrarios a la competencia constituyen **decisiones** si tienen carácter vinculante, o **recomendaciones** si tienen únicamente carácter orientativo.” (Resaltado agregado)*

Ver también: Resolución N° 055-2011/CLC-INDECOPI del 11 de octubre del 2011 (Exp. 014-2008/CLC) y Resolución N° 056-2011/CLC-INDECOPI del 11 de octubre de 2011 (Exp. 008-2009/CLC).

⁶⁹ Resolución N° 3240-2010/SC1-INDECOPI de 16 de diciembre de 2010 (Exp. 015-2008/CLC).

- (i) Fijar precios u otras condiciones comerciales o de servicio;
- (ii) Limitar la producción o las ventas, en particular por medio de cuotas;
- (iii) El reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas; o,
- (iv) 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.

Los efectos nocivos para la competencia y los consumidores son similares en las cuatro modalidades de prácticas colusorias mencionadas, puesto que todas estas conductas repercuten finalmente en **los precios**. Es así que:

- (i) El **control concertado de la producción**⁷⁰, práctica mediante la cual las empresas acuerdan reducir su producción o sus ventas, tiene como efecto directo la reducción de la oferta de bienes, la cual a su vez tiene como resultado el incremento del precio⁷¹.
- (ii) El **reparto del mercado**, práctica mediante la cual las empresas se comprometen a no competir ante ciertos clientes y/o en ciertos territorios geográficos, permite que cada empresa funcione como monopolio en el segmento del mercado asignado, lo que se traduce en menor oferta y mayores precios⁷².
- (iii) Las **licitaciones colusorias**, práctica mediante la cual las empresas acuerdan su actuación en cualquier tipo de concurso público, evitando competir en cuanto a condiciones comerciales como precios o volúmenes ofertados, o repartándose las licitaciones propiciando que las empresas que forman parte del acuerdo colusorio funcionen como un monopolio al interior de los concursos públicos. Esta práctica tiene como agravante el hecho de que se lleva a cabo en procesos que justamente tienen por objetivo promover la competencia y afectan adquisiciones estatales y el gasto público⁷³.

⁷⁰ Cabe destacar que el **control de la producción** al interior de una empresa determinada normalmente es una herramienta importante dentro de la política empresarial porque permite manejar stocks, hacer proyecciones estimadas, calcular los beneficios futuros, etc. El problema, sin embargo, se presenta cuando se trata de un control concertado entre empresas competidoras.

⁷¹ “La limitación concertada de la producción consiste en la renuncia voluntaria de los agentes económicos a establecer libremente la cantidad de productos o servicios que ofrecerán en el mercado para, en lugar de ello, limitar su producción de forma concertada con sus competidores.” Resolución N° 055-2011/CLC-INDECOPI del 11 de octubre del 2011, Exp. 014-2008/CLC, párrafo 55.

⁷² El **reparto del mercado** implica la decisión de un grupo de empresas de dividir el mercado donde participan de forma que cada una aproveche exclusivamente de una parte del mismo sin intervenir en la parte que corresponde a sus competidores. Este tipo de práctica puede presentarse en diversas formas o modalidades, sea como una división o repartición **geográfica** del mercado de **productos o de los clientes** que participan en el mismo. Dicha modalidad crea barreras artificiales a la competencia, dando origen a **sub-mercados donde la competencia no existe** aunque formalmente varias empresas continúen participando en ellos. La finalidad del reparto de mercado es eliminar la competencia, como medio para asegurar que todos los participantes del reparto se beneficien manteniendo una cuota de ese mercado.

⁷³ LRCA, Exposición de Motivos, numeral 3, sección “Prácticas colusorias horizontales”.

Cabe resaltar que la prohibición absoluta de las conductas mencionadas está referida únicamente a aquellas prácticas colusorias horizontales **inter-marca**, puesto que será en la competencia entre productos y servicios de distintos agentes económicos donde estas prácticas resultarán directamente nocivas e injustificadas. Asimismo, no estarán sujetas a la prohibición absoluta aquellas conductas que sean complementarias o accesorias a acuerdos que sí puedan generar ganancias de eficiencia y beneficios para la sociedad⁷⁴.

En tal sentido, las demás prácticas colusorias horizontales que no estén dentro de los supuestos señalados expresamente como prohibiciones absolutas, serán **prohibiciones relativas** y, en consecuencia, deberán ser analizadas como tales por las instancias de solución de controversias del OSIPTEL.

Uno de los principales indicios de la comisión de este tipo de prácticas, constituye la **conducta paralela** de empresas en el mercado, sobre todo cuando resulta poco probable que tal conducta ocurra en condiciones de mercado normales. Cabe precisar, sin embargo, que dicha conducta no es por sí misma suficiente para probar una práctica concertada. Adicionalmente, existen otros factores que, unidos a la conducta paralela, permiten fortalecer la hipótesis de existencia de prácticas colusorias, tales como:

- Conductas de competidores contrarias a su propio interés pero favorables al interés del grupo.
- Cambios radicales respecto de las prácticas comunes de las distintas empresas (como simultaneidad de los cambios en los precios).
- Requerimientos o quejas expresas o implícitas de los competidores en busca de acuerdos.
- Oportunidad para concertar (reuniones coincidentes con cambios radicales de precios, volúmenes de producción, y otros).
- Cualquier otro elemento de juicio que razonablemente indique la existencia de un acuerdo o actuación concertada entre las empresas.

b. Prácticas colusorias verticales

La LRCA define como prácticas colusorias verticales a los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizados 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. 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. Las prácticas colusorias verticales constituyen **prohibiciones relativas**.

A partir de la definición contenida en la LRCA, corresponde efectuar el siguiente análisis para los casos de prácticas colusorias verticales:

- (i) Establecer la existencia del acuerdo restrictivo imputado a las denunciadas.
- (ii) Determinar que las partes del acuerdo restrictivo sean agentes independientes que operan en distintos planos de la cadena de producción.

⁷⁴ LRCA, Exposición de Motivos, numeral 3, sección “Prácticas colusorias horizontales”.

- (iii) Determinar que alguna de las partes del acuerdo goce de posición de dominio en el mercado relevante.
- (iv) Analizar el objeto o efecto restrictivo de la competencia, potencial o real, derivado del acuerdo y evaluar si ellos exceden las justificaciones económicas o legales que las partes del acuerdo presenten.

La prueba de las **prácticas colusorias**, particularmente las relativas a las prácticas concertadas⁷⁵, se basa principalmente en **indicios y presunciones** ya que normalmente las empresas acostumbran eliminar las pruebas directas que demuestran su comportamiento coordinado. Estos indicios y presunciones se evaluarán **en conjunto** para probar la existencia de prácticas colusorias contrarias a la libre competencia.

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

Cabe indicar que 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 LRCA⁷⁶, y exigen que una de las partes del acuerdo colusorio tenga posición de dominio.

⁷⁵ Resolución N° 3240-2010/SC1-INDECOPI del 16 de diciembre de 2010 (Exp. 015-2008/CLC).

⁷⁶ 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 exclusorio 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.-

(...)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).

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 vertical⁷⁷.

Sin embargo, si bien se puede investigar una misma conducta como un abuso de posición de dominio y como una 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 de: sujeto, hecho y fundamento⁷⁸. En estos casos el bien jurídico protegido es el mismo: *la libre competencia*.

Es por ello que, si bien el OSIPTEL podrá investigar una conducta bajo las dos modalidades de prácticas anticompetitivas (en caso lo amerite), 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 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 por un lado 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 (acuerdo colusorio) o si puede deberse a una política unilateral implementada por una

⁷⁷ 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: Exp. 006-99-CCO, procedimiento seguido por Tele Cable S.A. contra Telefónica del Perú S.A.A. y Telefónica Multimedia S.A.C., Exp. 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); Exp. 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).

⁷⁸ 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 proscribe 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.

empresa dominante y aceptada o tolerada por las otras empresas involucradas en la conducta debido al poder de mercado 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)

Este análisis fue realizado en la controversia seguida 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. por la presunta comisión de conductas anticompetitivas en el mercado de televisión por cable por la celebración de acuerdos de exclusividad en la ciudad de Tarapoto. Al respecto, el Cuerpo Colegiado decidió iniciar el procedimiento por la comisión de abuso de posición de dominio y de una práctica colusoria vertical. Sin embargo, luego de evaluar las motivaciones, objetivos y la intención anticompetitiva de los agentes económicos involucrados en los acuerdos de exclusiva, se determinó que la tipificación que correspondía para evaluar la imposición de una sanción era la referida a los actos de abuso de posición de dominio, en la medida que todo el análisis efectuado por el Cuerpo Colegiado daba como resultado que los acuerdos de exclusividad se originaron en una decisión unilateral y no en decisiones multilaterales.

En efecto, a pesar de que se había suscrito un contrato entre Televisión San Martín y Sonora Tarapoto, el Cuerpo Colegiado, conforme al principio de primacía de la realidad, determinó la verdadera naturaleza de los hechos, indicando que dicho acuerdo no respondía realmente a una práctica consensuada sino que se debía a una política unilateral implementada por Televisión San Martín y aceptada o tolerada por las otras empresas debido al poder de mercado de aquella en el mercado⁷⁹.

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

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 LRCA. 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:

⁷⁹ Ver Resolución N° 012-2013-CCO/OSIPTEL del 08 de marzo de 2013 (Exp. 006-2011-CCO-ST/LC).

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 (1000) 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 (1000) 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.

El artículo 44º 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;
- (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 razonabilidad⁸⁰. 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

⁸⁰ **Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 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.(...)

de los agentes económicos en general. En ese sentido, la normativa aplicable al cálculo de las multas en libre competencia siguen 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 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.