

|   |           |                                    |
|---|-----------|------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | Nº 020 -ST/2013<br>Página 1 de 111 |
|   | INFORME   |                                    |

|        |   |  |
|--------|---|--|
| A      | : | <b>GERENCIA GENERAL</b>  |
| ASUNTO | : | <b>Informe sobre el Proyecto de Nuevos Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Represión de Conductas Anticompetitivas en el Ámbito de las Telecomunicaciones</b> |
| FECHA  | : | 23 de diciembre de 2013  |

|   |           |                                    |
|---|-----------|------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 020 -ST/2013<br>Página 2 de 111 |
|   | INFORME   |                                    |

**Informe sobre el Proyecto de Nuevos Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Represión de Conductas Anticompetitivas en el Ámbito de las Telecomunicaciones**

**1. OBJETIVO**

El objetivo del presente informe es sustentar la propuesta de nuevos Lineamientos Generales para la aplicación de las normas de Represión de Conductas Anticompetitivas en el ámbito de las Telecomunicaciones que reemplazaría los Lineamientos vigentes, aprobados mediante la Resolución de Consejo Directivo 003-2000-CD/OSIPTEL.

**2. ANTECEDENTES**

- Mediante Resolución de Consejo Directivo 003-2000-CD/OSIPTEL publicada en el diario oficial El Peruano el 8 de febrero de 2000, se aprobaron los Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Libre Competencia en el Ámbito de las Telecomunicaciones actualmente vigentes (en adelante, Lineamientos de Libre Competencia).

Los Lineamientos de Libre Competencia tuvieron por objetivo establecer criterios claros a fin de generar predictibilidad respecto de la aplicación de las normas de libre competencia por parte del OSIPTEL. En ese sentido dichos Lineamientos fueron elaborados considerando los criterios establecidos en el Decreto Legislativo 701, Ley de Libre Competencia.

- Con fecha 25 de junio de 2008 se publicó en el diario oficial El Peruano la nueva Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, Decreto Legislativo 1034, la cual derogó el Decreto Legislativo 701 y modificó en algunos aspectos el tratamiento dado por dicha norma a las prácticas contrarias a la libre competencia. Asimismo, modificó algunos criterios de análisis para la evaluación de este tipo de casos.
- Adicionalmente a los cambios normativos, han transcurrido más de trece (13) años desde la entrada en vigencia de los Lineamientos de Libre Competencia, periodo en el cual tanto el OSIPTEL como el INDECOPI han tramitado numerosos procedimientos en los cuales se han analizado infracciones a las normas de libre competencia, con lo cual se ha acumulado experiencia y se han consolidado criterios en su jurisprudencia administrativa.
- Asimismo, durante este periodo la industria de telecomunicaciones ha evolucionado, presentándose nuevos desarrollos teóricos y jurisprudenciales que deben ser tomados en consideración en la evaluación de supuestas prácticas anticompetitivas.

|   |           |                                    |
|---|-----------|------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 020 -ST/2013<br>Página 3 de 111 |
|   | INFORME   |                                    |

### 3. PROPUESTA

- Tomando en consideración lo expuesto, se considera que resulta conveniente revisar los Lineamientos de Libre Competencia y adaptarlos a las disposiciones de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas actualmente en vigencia. Asimismo, es conveniente adecuar los Lineamientos a los desarrollos jurisprudenciales del OSIPTEL, tomando en consideración además los criterios adoptados en la jurisprudencia del INDECOPI, y los principales criterios desarrollados por las agencias de competencia y académicos a nivel mundial para la evaluación de las prácticas anticompetitivas, en lo que resulte aplicable para el sector de telecomunicaciones.
- Asimismo, se considera necesario revisar determinados aspectos de los Lineamientos de Libre Competencia, con el propósito de evaluar algunos de los criterios allí adoptados a la luz de las características propias de la industria de telecomunicaciones y de los últimos desarrollos teóricos y jurisprudenciales en la materia.
- En tal sentido, luego de haber realizado la evaluación respectiva conforme a lo indicado anteriormente, se propone la emisión de nuevos Lineamientos de Libre Competencia conforme al documento que obra como Anexo 1 del presente informe. Cabe indicar que el texto de los nuevos Lineamientos de Libre Competencia ha sido aprobado previamente por el Tribunal de Solución de Controversias.
- El análisis que sustenta la propuesta de nuevos Lineamientos de Libre Competencia se encuentra comprendido en el documento denominado “Exposición de Motivos de los Lineamientos Generales para la aplicación de las Normas de Represión de Conductas Anticompetitivas en el ámbito de las Telecomunicaciones”, el cual forma parte del presente informe como Anexo 2. Sin perjuicio de ello, se procederán a detallar las principales modificaciones propuestas en este Proyecto en relación con los Lineamientos de Libre Competencia vigentes.

### 4. PRINCIPALES PROPUESTAS DEL PROYECTO DE NUEVOS LINEAMIENTOS DE LIBRE COMPETENCIA

A continuación se resumen las principales modificaciones que se incorporan en el Proyecto de Nuevos Lineamientos Generales para la aplicación de las Normas de Represión de Conductas Anticompetitivas en el ámbito de las Telecomunicaciones:

#### a. Finalidad y Ámbito de aplicación Subjetivo de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas:

Se precisa que la **finalidad** del Decreto Legislativo N° 1034 es promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores, y que para lograr ello, prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas y, de esta

|   |           |                                    |
|---|-----------|------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 020 -ST/2013<br>Página 4 de 111 |
|   | INFORME   |                                    |

manera, vela por el adecuado funcionamiento del proceso competitivo, sin las distorsiones que producen dichas conductas

Por su parte, en los Lineamientos se desarrolla algunos conceptos que refiere la norma de libre competencia en relación a su **ámbito de aplicación subjetiva**. Al respecto, se incluyen algunos infractores potenciales a la norma, y agrega que los mismos son considerados “agentes económicos”. Un tema importante que se recoge en los nuevos Lineamientos es el concepto de Grupo económico y vinculación económica, estableciendo que cuando se evalúe a empresas de un mismo grupo económico se les podrá referir y considerar como un solo agente económico.

**b. Principio de supletoriedad:**

Los nuevos Lineamientos precisan que cuando la práctica ha sido aprobada o impuesta por la regulación de una forma que resulte incompatible la aplicación de las normas de libre competencia, se aplicará la regulación.

Al respecto, 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 sector

Además, se precisa que la regulación económica no se aplica únicamente cuando no es posible la competencia, sino también para promover la competencia cuando es posible. Siendo así, resulta 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.

**c. Prohibiciones absolutas y prohibiciones relativas:**

La Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas vigente, a diferencia del Decreto Legislativo 701, incluye expresamente los conceptos de prohibición absoluta y prohibición relativa. Por ello, los nuevos Lineamientos recogen estos conceptos y determinan el estándar de prueba aplicable para cada tipo de conducta infractora tomando en consideración sus posibles efectos sobre la competencia.

|   |           |                 |
|---|-----------|-----------------|
|  | DOCUMENTO | Nº 020 -ST/2013 |
|   | INFORME   | Página 5 de 111 |

Además, se precisa que para las prohibiciones absolutas bastará que se compruebe la existencia de la conducta para que se declare la infracción, mientras que para las prohibiciones relativas se evaluará las justificaciones, efectos económicos reales y potenciales y los efectos anticompetitivos y pro-competitivos de la práctica.

**d. Mercado relevante:**

• **Identificación del Mercado Producto**

- Se debe determinar previamente el nivel comercial en el que se brinda el producto o servicio de la conducta investigada: (a) segmento minorista a usuarios finales o (b) segmento mayorista o facilidades de red.
- Un enunciado importante que se recoge en los nuevos Lineamientos es que el análisis de sustitución se puede realizar no solo desde el lado de la demanda sino también desde el lado de la oferta.
- Los nuevos Lineamientos desarrollan los métodos cuantitativos y cualitativos que pueden utilizarse para evaluar el grado de sustitución de los servicios desde la perspectiva de la demanda. Sin embargo, se precisa que es viable el uso de estos métodos cuando se cuente con suficiente información.
- En relación al análisis de la sustitución desde la oferta, se señala que para que tal sustitución se presente, se requiere que la entrada de competidores sea factible en un plazo razonable y sin necesidad de una inversión muy elevada.
- Se indica que se tomarán en consideración factores como la convergencia, la innovación tecnológica, la complementariedad de los servicios, la provisión de servicios empaquetados.

• **Delimitación Geográfica**

- Se considerará como primera variable para determinar el mercado geográfico el área de concesión.
- Adicionalmente, se considerará la cobertura de red dentro del área de concesión.
- En algunos casos, considerando la sustituibilidad por el lado de la oferta, se incluirá en el ámbito geográfico de la delimitación del mercado relevante a los distritos o zonas adyacentes a aquella donde la empresa investigada realiza la conducta anticompetitiva.

|   |           |                                    |
|---|-----------|------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | Nº 020 -ST/2013<br>Página 6 de 111 |
|   | INFORME   |                                    |

- En cada caso particular se podrá delimitar de manera más específica el mercado geográfico, tomando en consideración la naturaleza y características del servicio analizado.

**e. Identificación de Posición de Dominio**

Los nuevos Lineamientos hacen referencia expresa a las variables de carácter estático y carácter dinámico, y definen los criterios o metodologías que pueden utilizarse en cada una de ellas.

Se precisa que en el caso de integración vertical se tomará en consideración el control de alguna facilidad esencial como elemento indicador de posición de dominio.

**f. Actos de abuso de posición de dominio**

Se recoge la principal diferencia que trae la nueva Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas en relación al D.L. 701 relativa al requisito de que los perjudicados por el supuesto acto de abuso de posición de dominio sean competidores reales o potenciales, directos o indirectos.

- **Negativa injustificada de contratar:**

- Los nuevos Lineamientos incorporan el criterio adoptado por los órganos colegiados del OSIPTTEL respecto de los supuestos que podrían constituir negativas indirectas, haciendo referencia en particular al establecimiento de precios elevados.
- Se precisa cuándo un supuesto de precio elevado deberá ser analizado bajo la perspectiva de negativa indirecta y cuándo como un supuesto de discriminación.
- Se hace mayores precisiones con relación a los supuestos en los cuales una negativa de trato puede tener efectos anticompetitivos, de acuerdo con lo señalado por las instancias de solución de controversias.

- **Discriminación de precios:**

- Los nuevos Lineamientos definen las pautas para identificar bajo qué supuestos se encuentra justificado el trato diferenciando, tomando en consideración los distintos costos de atender a cada cliente y las distintas elasticidades de demanda de los clientes cuando den lugar al incremento de la producción.
- Se incluye algunos criterios para determinar si las transacciones a las que se aplican condiciones diferenciadas son realmente transacciones equivalentes o no.

|   |           |                                    |
|---|-----------|------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 020 -ST/2013<br>Página 7 de 111 |
|   | INFORME   |                                    |

- Se incorpora el criterio adoptado por los órganos colegiados del OSIPTEL por el cual una conducta de trato diferenciado no resultará ilícita si - pese a no haberse explicado objetivamente - no ha colocado a una empresa en desventaja frente a sus competidores.
- Se precisa los supuestos en los que una conducta de discriminación deberá ser encausada como un caso de negativa injustificada de trato o uno de estrechamiento de márgenes.
  - **Empaquetamientos**
  - Los nuevos Lineamientos distinguen las ventas atadas de los empaquetamientos puros y mixtos.
  - Se establece los elementos que se requieren para evaluar esta práctica: i) bienes diferentes, ii) efectos de exclusión y iii) ausencia de justificación objetiva.
  - **Precios Predatorios**
  - Los nuevos Lineamientos precisan que esta práctica resultará sancionable en tanto introduzca distorsiones al régimen de libre competencia, como una práctica de efecto equivalente al exclusorio.
  - Se reconoce que este tipo de prácticas pueden presentarse con mayor probabilidad en industrias caracterizadas por la existencia de empresas multi-producto.
  - Se establece que la práctica de precios predatorios puede venir acompañada de una estrategia de subsidios cruzados.
  - **Estrechamiento de márgenes o “price squeeze”**
  - Los nuevos Lineamientos precisan que esta práctica no se encuentra contemplada expresamente en la legislación peruana como una práctica anticompetitiva; sin embargo, resulta sancionable si afecta la libre competencia.
  - Se define cuándo se produce el estrechamiento de márgenes y los efectos que producen en el mercado.
  - Se precisa el objetivo del OSIPTEL al evaluar este tipo de prácticas: 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. Se añade que el análisis no tiene como propósito ni identificar un precio excesivo en el insumo esencial ni predatorio en el servicio minorista aguas abajo.

|   |           |                                    |
|---|-----------|------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | Nº 020 -ST/2013<br>Página 8 de 111 |
|   | INFORME   |                                    |

- **El abuso de procesos legales**

- Los nuevos Lineamientos incluyen al abuso de procesos legales como una modalidad de conducta anticompetitiva, cuya ilicitud recae en la utilización de los procesos legales con una finalidad distinta a la tutela efectiva de intereses, consistente en la restricción de la competencia.
- Se establece los elementos que se analizan en la investigación de esta práctica: i) el número de acciones legales planteadas, ii) los efectos sobre el mercado, iii) las circunstancias asociadas a las acciones legales, iv) los sujetos contra los que se dirigen las acciones legales.

**g. Prácticas Colusorias: Verticales y Horizontales**

- Los nuevos Lineamientos detallan las diferencias entre las prácticas colusorias horizontales y las prácticas colusorias verticales.
- Se incluye como elemento para la configuración de prácticas colusorias verticales que al menos una de las empresas investigadas tenga posición de dominio en el mercado relevante.
- Se precisa que las prácticas colusorias verticales siempre son prohibiciones relativas, mientras que algunas prácticas horizontales son prohibiciones absolutas.
- Al respecto, se hace mención a las prácticas horizontales que constituyen prohibiciones absolutas, precisándose que dichas prohibiciones están referidas a las prácticas colusorias inter-marca que no sean complementarias o accesorias a otros acuerdos lícitos.

**h. Tratamiento de las conductas que pueden ser investigadas como prácticas colusorias verticales y prácticas de abuso de posición de dominio**

- Los nuevos Lineamientos precisan que se podrá investigar una determinada conducta como un abuso de posición de dominio y como una práctica colusoria vertical dentro de un mismo procedimiento; no obstante, 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 ídem*.
- Además, señalan como elemento diferenciador entre las prácticas colusorias y el abuso de posición de dominio, la naturaleza u origen de las conductas investigadas por lo que se deberá dilucidar si los acuerdos se originan de una decisión unilateral o de una decisión multilateral.

-

|   |           |                                    |
|---|-----------|------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 020 -ST/2013<br>Página 9 de 111 |
|   | INFORME   |                                    |

**i. Graduación de la sanción y el cálculo de la multa en un procedimiento de libre competencia**

- Los nuevos Lineamientos establecen que para el cálculo de la multa en un procedimiento de libre competencia se aplicarán las sanciones, los montos y los criterios de graduación establecidos en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
- En ese sentido, se señala que debe calcularse el monto base de la multa, en función al beneficio ilícito esperado y la probabilidad de detección de la infracción.
- Asimismo, por el Principio de Razonabilidad, 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.

**4. CONCLUSIÓN**

Por lo expuesto se presenta a la Gerencia General el texto de los nuevos Lineamientos de Libre Competencia (Anexo 1), el cual recoge las principales modificaciones de la nueva Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y los últimos desarrollos jurisprudenciales del OSIPTEL y del INDECOPI en lo que resultan pertinentes al mercado de telecomunicaciones, así como su Exposición de Motivos (Anexo 2), a fin de que, de estimarlo pertinente, se presenten ante el Consejo Directivo para su publicación en el Diario Oficial "El Peruano" para comentarios.

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | Nº 020 -ST/2013<br>Página 10 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

**ANEXO 1**  
**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 futuro<sup>1</sup>.

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 Telecomunicaciones<sup>2</sup> 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

<sup>1</sup> 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".

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

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 020 -ST/2013<br>Página 11 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

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 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.

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | Nº 020 -ST/2013<br>Página 12 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

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 conductas<sup>3</sup>.

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 prácticas<sup>4</sup>.

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

<sup>3</sup> 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).*

<sup>4</sup> *“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).*

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 020 -ST/2013<br>Página 13 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

empresas, que la LRCA busca promover, se traducirá en una maximización del bienestar de los consumidores<sup>5</sup>.

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 consumidores<sup>6</sup>.

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 conjunto<sup>7</sup>. 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:

<sup>5</sup>“De esta manera, en virtud de esta nueva disposición, la eliminación de las conductas de abuso de posición de dominio en el mercado y de las prácticas colusorias **impactará indirectamente en el bienestar de los consumidores**, que conforme a lo antes expuesto, no es lo mismo que los consumidores. El comportamiento eficiente en el mercado que se busca promover con la norma se traducirá en un ahorro para el consumidor, en la medida en que podrá acceder a bienes y servicios a menores precios y de mayor calidad, de manera que, esto es lo que se debe entender como el mayor bienestar de los consumidores que propugna la norma.” Resolución N° 0027-2008/SC1-INDECOP del 16 de octubre de 2008 (Exp. 003-2005/CLC). (Resaltado agregado)

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup>“(…) 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-INDECOP del 16 de octubre de 2008 (Exp. 003-2005/CLC).

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 020 -ST/2013<br>Página 14 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

- **Gremios empresariales**

Al respecto, existe reiterada jurisprudencia<sup>8</sup> que ha señalado que los gremios empresariales se encuentran dentro del ámbito subjetivo de las normas de libre 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”<sup>9</sup>.

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.

<sup>8</sup> 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.003-2001-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).

<sup>9</sup> 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).

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | Nº 020 -ST/2013<br>Página 15 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

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 ostenten<sup>10</sup>.

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 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”<sup>11</sup>. 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”<sup>12</sup>.

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.

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

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

<sup>12</sup> 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.

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | Nº 020 -ST/2013<br>Página 16 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

### 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 detectarlas<sup>13</sup>.

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 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 condición<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Cabe destacar que LRCA en su artículo 17º reconoce expresamente esta facultad del OSIPTEL.

<sup>14</sup> Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo Nº 013-93-TCC. *“Artículo 78º.- 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 26º.- 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 36º de la presente Ley, así como por incumplimiento de las resoluciones emitidas en el procedimiento correspondiente (...).”*

*“Artículo 36º.- (...) Además de las controversias señaladas en el Decreto Supremo Nº 013-93-TCC, Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, y en la Ley Nº 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*

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 020 -ST/2013<br>Página 17 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

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 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

---

**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)

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | Nº 020 -ST/2013<br>Página 18 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

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 sector<sup>15</sup>.

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 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 regulador<sup>16</sup>.

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

---

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

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

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 020 -ST/2013<br>Página 19 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

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 sectorial<sup>17</sup>.

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**.

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 absolutas<sup>18</sup> y cuáles prohibiciones relativas<sup>19</sup>. 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

<sup>17</sup> 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.

<sup>18</sup> 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.

<sup>19</sup> 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.

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | Nº 020 -ST/2013<br>Página 20 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

competencia y, por el contrario, son profundamente nocivas para el bienestar de la sociedad en su conjunto y de los consumidores en particular<sup>20</sup>.

- (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 positivos<sup>21</sup>.

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 neto<sup>22</sup>.

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 daño<sup>23</sup>.

## 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 geográfico<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> Exposición de Motivos de la LRCA, Título I.4 numeral 3. Resolución Nº 3240-2010/SC1-INDECOPI del 16 de diciembre de 2010 (Exp. 015-2008/CLC), párrafo 46.

<sup>21</sup> Exposición de Motivos de la LRCA, Título I.4 numeral 3.

<sup>22</sup> Exposición de Motivos de la LRCA, Título I.4, numeral 3.

<sup>23</sup> Exposición de Motivos de la LRCA, Título I.4 numeral 3.

<sup>24</sup> 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

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | Nº 020 -ST/2013<br>Página 21 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

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**<sup>25</sup>. No obstante, 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 finales<sup>26</sup>.

Una vez definido el nivel comercial, se busca determinar qué servicios son **sustitutos adecuados**<sup>27</sup> 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

---

*aprovechamiento, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, los costos de transporte y las barreras de comercio existentes.*

<sup>25</sup> 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).

<sup>26</sup> OSIPTEL ha realizado la distinción entre servicios finales y acceso a redes. Informe Nº 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).

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

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 020 -ST/2013<br>Página 22 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

momento actual **no son proveedoras del servicio** relevante, **comiencen a producirlo** sin incurrir en costos significativos para ello (**sustitución de la oferta**)<sup>28</sup>.

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**<sup>29</sup>.

- **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 **fuerza importante de información** está constituida por los **demandantes de los servicios analizados**.

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*)<sup>30</sup>, la cual consiste en suponer un pequeño pero

---

<sup>28</sup> 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).

<sup>29</sup> 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.

<sup>30</sup> 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.

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 020 -ST/2013<br>Página 23 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

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 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 descarga<sup>31</sup>.

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

---

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.

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

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 020 -ST/2013<br>Página 24 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

a consumidores y en estudios sobre los usos y actitudes de los usuarios respecto al servicio en cuestión<sup>32</sup>.

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 Tarapoto<sup>33</sup>, 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 estimaciones directas de elasticidades,<sup>34</sup> la correlación de los precios a lo largo del tiempo,<sup>35</sup> entre otras.

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

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

<sup>34</sup> 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 contar con **información completa** sobre las **características de la demanda** y de los **consumidores**.

<sup>35</sup> 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

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 020 -ST/2013<br>Página 25 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

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 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**<sup>36</sup>.

Este tipo de análisis puede resultar **particularmente importante en un sector como el de las telecomunicaciones**, caracterizado por la convergencia tecnológica<sup>37</sup>.

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

---

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.

<sup>36</sup> 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.

<sup>37</sup> Bavasso, Antonio. Communications in EU Antitrust Law.

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 020 -ST/2013<br>Página 26 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

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 cobre<sup>38</sup>.

## 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 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 televisores<sup>39</sup>.

Los criterios señalados previamente constituyen solo un marco general de análisis para la delimitación del mercado geográfico, pudiendo considerarse en cada caso particular

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

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

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | Nº 020 -ST/2013<br>Página 27 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

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 estos<sup>40</sup>.

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.

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.

<sup>40</sup> LRCA, artículo 7º, numeral 7.1.

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 020 -ST/2013<br>Página 28 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

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 misma<sup>41</sup>.

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 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 relevante<sup>42</sup>, mientras que en otro procedimiento se consideró que una cuota de mercado del 43%<sup>43</sup> no permitía considerar que existía posición de dominio.

<sup>41</sup> LRCA, "Artículo 7° (...) 7.2. La sola tenencia de posición de dominio no constituye una conducta ilícita."

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

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

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 020 -ST/2013<br>Página 29 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

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 otros<sup>44</sup>. 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*)<sup>45</sup>.

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.

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

---

<sup>44</sup> 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.)

<sup>45</sup> 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>

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 020 -ST/2013<br>Página 30 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

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 recurso<sup>46</sup>.

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 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

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

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 020 -ST/2013<br>Página 31 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

distancia, aplicable a los usuarios de los servicios públicos móviles, en su artículo 17°, 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 esenciales<sup>47</sup>.

- (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

<sup>47</sup> 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.

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 020 -ST/2013<br>Página 32 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

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 posición<sup>48</sup>.

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

<sup>48</sup> 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."

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 020 -ST/2013<br>Página 33 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

producir de no tener posición de dominio. No es necesario acreditar que se han 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.

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | Nº 020 -ST/2013<br>Página 34 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

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 anticompetitivos<sup>49</sup>.

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. (Alfotel) 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 Alfotel 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 Alfotel, 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

<sup>49</sup> LRCA, artículo 10, numeral 10.2, inciso a).

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 020 -ST/2013<br>Página 35 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

empresa vinculada Telefónica Multimedia, que prestaba el servicio de televisión por cable<sup>50</sup>.

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 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 discriminación<sup>51</sup>.

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

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

<sup>51</sup> 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.

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | Nº 020 -ST/2013<br>Página 36 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

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 caso<sup>52</sup>.

La normativa general de competencia establece que para que una negativa sea sancionada, debe ser **injustificada**. Algunos supuestos que podrían justificar una 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 mercado<sup>53</sup>.

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.

<sup>52</sup> Ver Resolución Nº 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 exclusivo 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 (...)".

<sup>53</sup> LRCA, artículo 10º, numeral 10.2, inciso b).

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 020 -ST/2013<br>Página 37 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

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 anticompetitiva<sup>54</sup>:

- 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

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

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 020 -ST/2013<br>Página 38 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

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 involucran 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**<sup>55</sup>, 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 ilícita<sup>56</sup>.

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.

<sup>55</sup> 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.

<sup>56</sup> 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 ).

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | Nº 020 -ST/2013<br>Página 39 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

- 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.

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 solo<sup>57</sup>. Dentro de esta categoría genérica tenemos los siguientes tipos<sup>58</sup>:

- **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

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

<sup>58</sup> Cabe señalar que dichas distinciones se encuentran recogidas en el Informe Nº 004-CCO/2011 del 17 de marzo de 2011 que obra en el expediente 005-2011-CCO-ST/LC.

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 020 -ST/2013<br>Página 40 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

modo, alguien que quiera comprar el bien atante, deberá comprar necesariamente el bien atado también<sup>59</sup>.

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 paquete<sup>60</sup>.

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 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.

<sup>59</sup> O' DONOGHUE R. y PADILLA, J. Op. cit.

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

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 020 -ST/2013<br>Página 41 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

- 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 beneficien 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 originado<sup>61</sup>.

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

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

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | Nº 020 -ST/2013<br>Página 42 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

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 depredatorios 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 exclusorio<sup>62</sup>.

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

<sup>62</sup> Resolución Nº 1832-2010/SC1-INDECOPI del 10 de junio de 2010 (Exp. Nº 142-2008/CCD).

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | Nº 020 -ST/2013<br>Página 43 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

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 cruzados<sup>63</sup>.

<sup>63</sup> 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).

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 020 -ST/2013<br>Página 44 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

## 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.

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

---

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | Nº 020 -ST/2013<br>Página 45 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

beneficios futuros<sup>64</sup>. 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 predatora es la obtención de un beneficio colateral, consistente en la restricción de la competencia<sup>65</sup>.

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.

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 INDECOPI<sup>66</sup> y la práctica jurisprudencial y doctrina internacional<sup>67</sup> sobre

<sup>64</sup> 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.

<sup>65</sup> Calderón y Ortiz, Op. Cit., p. 9-10.

<sup>66</sup> 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

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | Nº 020 -ST/2013<br>Página 46 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

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 concertadas<sup>68</sup> realizadas por 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.

---

intención anticompetitiva del accionante. Resolución N° 1351-2011/SC1-INDECOPI del 27 de julio de 2011 (Exp. 009-2008/CLC).

<sup>67</sup> 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.

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

“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).

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 020 -ST/2013<br>Página 47 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

- 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 mercado<sup>69</sup>.

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:

- (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**<sup>70</sup>, práctica mediante la cual las empresas acuerdan reducir su producción o sus ventas, tiene como efecto directo

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

<sup>70</sup> 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

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 020 -ST/2013<br>Página 48 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

la reducción de la oferta de bienes, la cual a su vez tiene como resultado el incremento del precio<sup>71</sup>.

- (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 precios<sup>72</sup>.
- (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 repartiéndose 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 público<sup>73</sup>.

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 sociedad<sup>74</sup>.

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

---

proyecciones estimadas, calcular los beneficios futuros, etc. El problema, sin embargo, se presenta cuando se trata de un control concertado entre empresas competidoras.

<sup>71</sup> "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.

<sup>72</sup> 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.

<sup>73</sup> LRCA, Exposición de Motivos, numeral 3, sección "Prácticas colusorias horizontales".

<sup>74</sup> LRCA, Exposición de Motivos, numeral 3, sección "Prácticas colusorias horizontales".

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | Nº 020 -ST/2013<br>Página 49 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

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.
- (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 concertadas<sup>75</sup>, 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.

<sup>75</sup> Resolución Nº 3240-2010/SC1-INDECOPI del 16 de diciembre de 2010 (Exp. 015-2008/CLC).

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | Nº 020 -ST/2013<br>Página 50 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

## 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 LRCA<sup>76</sup>, y exigen que una de las partes del acuerdo colusorio tenga posición de dominio. Asimismo, tanto las conductas de abuso de posición de dominio como las prácticas colusorias verticales son prohibiciones relativas.

Debido a que la LRCA no establece una regla clara que precise cuándo una determinada conducta debe ser investigada como un abuso de posición de dominio y cuándo como una práctica colusoria vertical, la práctica jurisprudencial ha sido la de investigar una determinada conducta dentro de un mismo procedimiento como un supuesto de abuso de posición de dominio y, a la vez, como una práctica colusoria vertical<sup>77</sup>.

<sup>76</sup> 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).

<sup>77</sup> Tanto en el OSIPTTEL 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 OSIPTTEL); Exp. 003-2003-CLC, procedimiento seguido por las empresas Group

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | Nº 020 -ST/2013<br>Página 51 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

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 fundamento<sup>78</sup>. 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 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*

---

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).

<sup>78</sup> En similar sentido el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente Nº 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.

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 020 -ST/2013<br>Página 52 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

*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 mercado<sup>79</sup>.

## **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:

- 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

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

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | Nº 020 -ST/2013<br>Página 53 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

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 razonabilidad<sup>80</sup>. Este principio prevé que la comisión de la conducta sancionable –y en consecuencia, asumir la sanción– no debe resultar más ventajosa para el infractor que cumplir con las normas infringidas, por lo que presupone una función disuasiva de la sanción, la misma que debe lograr desincentivar la realización de infracciones por parte de los agentes económicos en general. En ese sentido, la normativa aplicable al cálculo de las multas en libre competencia 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

<sup>80</sup> **Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley Nº 27444.**

**Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo.**

(...)

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

**Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa**

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

(...)

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

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 020 -ST/2013<br>Página 54 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

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.

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | Nº 020 -ST/2013<br>Página 55 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

## ANEXO 2

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

#### I. ANTECEDENTES

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

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 020 -ST/2013<br>Página 56 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

- Finalmente, la revisión de los Lineamientos se justifica como forma de poner de manifiesto el rol proactivo del OSIPTEL como autoridad de defensa de la competencia.

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

## II. MODIFICACIONES PROPUESTAS

### 1. FINALIDAD DE LA LRCA

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

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

El artículo 1º contempla una redacción distinta y más precisa sobre la finalidad de las normas de libre competencia, estableciendo que el objetivo de la Ley es promover la **eficiencia económica** en los mercados para el bienestar de los consumidores<sup>81</sup>.

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

En este contexto, la protección que brindan las normas de libre competencia a los consumidores se produce de **manera indirecta o mediata**, a través del comportamiento eficiente de los agentes en el mercado que la LRCA busca promover<sup>82</sup>.

Por tal motivo, corresponde adecuar los Lineamientos, a fin de aclarar que la Ley protege de manera directa al **proceso competitivo**, y es a través del cumplimiento de este

<sup>81</sup> La eficiencia económica se manifiesta a través de las eficiencias productivas (menores costos de producción), de innovación (nuevos productos) y de asignación (bienes asignados a quienes los valoran más y menores precios).

<sup>82</sup> *“De esta manera, en virtud de esta nueva disposición, la eliminación de las conductas de abuso de posición de dominio en el mercado y de las prácticas colusorias impactará indirectamente en el bienestar de los consumidores, que conforme a lo antes expuesto, no es lo mismo que los consumidores. El comportamiento eficiente en el mercado que se busca promover con la norma se traducirá en un ahorro para el consumidor, en la medida en que podrá acceder a bienes y servicios a menores precios y de mayor calidad, de manera que, esto es lo que se debe entender como el mayor bienestar de los consumidores que propugna la norma.”*  
Resolución N° 0027-2008/SC1-INDECOPI del 16 de octubre de 2008 (Exp. 003-2005/CLC).

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 020 -ST/2013<br>Página 57 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

objetivo que se protege a los usuarios de manera indirecta, según lo establecido en la LCRA.

## 2. ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO

La LRCA, en su artículo 2°, considera como infractores potenciales a las personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos u otras entidades de derecho público o privado, estatales o no, con o sin fines de lucro, que en el mercado oferten o demanden bienes o servicios cuyos asociados, afiliados, agremiados o integrantes realicen dicha actividad. Asimismo, se indica que el ámbito de aplicación subjetivo será imputable a su vez a quienes ejerzan dirección, gestión o representación de los sujetos de derecho antes mencionados, en la medida que hayan tenido participación en el planeamiento, realización o ejecución de la infracción administrativa.

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

## 3. PRINCIPIO DE SUPLETORIEDAD

El origen de este principio se encuentra en el Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones que dispuso que las normas de libre competencia se apliquen para todo lo no previsto sobre prácticas restrictivas de la competencia en la Ley de Telecomunicaciones y su Reglamento<sup>83</sup>.

De otro lado, los Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones, establecieron este principio en términos más generales, señalando que para preservar la libre competencia en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones se aplica la normativa sectorial específica y, supletoriamente, las normas de libre competencia en cuanto sea pertinente<sup>84</sup>.

Adicionalmente, el Reglamento General del OSIPTEL ha definido el principio de supletoriedad señalando que las normas de libre competencia son supletorias a la regulación que dicte el OSIPTEL y que en caso de conflicto entre ambas, prima esta última<sup>85</sup>.

<sup>83</sup> Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, Decreto Supremo N° 020-2007-MTC, artículo 250°. *“En lo que no esté previsto en la Ley y el Reglamento, en lo referido a la prohibición de las prácticas empresariales restrictivas de la libre competencia, se aplicarán las disposiciones legales vigentes sobre prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia.”*

<sup>84</sup> Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones, Lineamiento 111. *“Para la promoción y preservación de la libre y leal competencia en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, los órganos competentes del Sector aplicarán la normativa sectorial específica y, supletoriamente, en cuanto sean pertinentes, las disposiciones de los Decretos Legislativos Nos. 701 y 807, las del Decreto Ley 26122 y disposiciones modificatorias, complementarias, ampliatorias y conexas.”*

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 020 -ST/2013<br>Página 58 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

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

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

Por tal razón, en los nuevos Lineamientos se recogen los principales y vigentes criterios interpretativos utilizados por las instancias de solución de controversias<sup>86</sup> para evaluar cuándo la regulación sectorial puede desplazar la aplicación de la LRCA, en particular, cuando este desplazamiento no sea explícitamente previsto en la regulación sectorial para un supuesto específico.

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

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

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

<sup>85</sup> Reglamento General del OSIPTEL, Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, “Artículo 12°.- Principio de Supletoriedad. Las normas de libre competencia son supletorias a las disposiciones normativas y/o regulatorias que dicte el OSIPTEL en el ámbito de su competencia. En caso de conflicto primarán las disposiciones dictadas por el OSIPTEL.”

<sup>86</sup> Principalmente, los recogidos en la Resolución N° 012-2013-CCO/OSIPTEL del 08 de marzo de 2013 (Exp. 006/2011-CCO).

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | Nº 020 -ST/2013<br>Página 59 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

empresas operadoras, se tendrán mayores razones para presumir la primacía de la regulación.

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

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

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

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

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

#### 4. PROHIBICIONES ABSOLUTAS Y PROHIBICIONES RELATIVAS

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

La LRCA, a diferencia del Decreto Legislativo 701, incluye expresamente los conceptos de **prohibición absoluta** y **prohibición relativa**, señalado que en el caso de la prohibición absoluta basta que la autoridad de competencia **compruebe la existencia de la conducta**, mientras que en el caso de las prohibiciones relativas, además tendrá que probar los **efectos negativos, reales o potenciales, para la competencia y el bienestar**

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 020 -ST/2013<br>Página 60 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

**de los consumidores**<sup>87</sup>. Asimismo, la Ley indica expresamente qué conductas constituyen infracciones relativas y cuáles infracciones absolutas<sup>88</sup>.

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

Cabe precisar que las prohibiciones calificadas como **absolutas** son aquellas consideradas como **inherentemente anticompetitivas**<sup>89</sup>, por tratarse de conductas que no poseen ningún efecto positivo sobre la competencia y que, por el contrario, son profundamente nocivas para el bienestar de la sociedad en su conjunto y de los consumidores en particular<sup>90</sup>. Respecto a estas conductas, bastará que se compruebe la **existencia de la conducta** para que se declare la infracción.

De otro lado, las prohibiciones calificadas como **relativas** son aquellas cuyo efecto sobre la competencia y los consumidores **no es necesariamente negativo** y, por el contrario, **se pueden justificar por razones de eficiencia**. Por tal motivo, a este tipo de conductas se les otorga una presunción de licitud y requieren que la autoridad evalúe tanto los efectos positivos como los negativos, reales o potenciales, y en aquellos casos en que los efectos negativos superen a los positivos, la conducta será considerada como una infracción<sup>91</sup>.

<sup>87</sup> LRCA, “Artículo 8°.- Prohibición absoluta.- En los casos de prohibición absoluta, para verificar la existencia de una infracción administrativa, es suficiente que la autoridad de competencia pruebe la existencia de la conducta.”

“Artículo 9°.- Prohibición relativa.- En los casos de prohibición relativa, para verificar la existencia de la infracción administrativa, la autoridad de competencia deberá probar la existencia de la conducta y que ésta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.”

<sup>88</sup> LRCA, “Artículo 10°.- El abuso de la posición de dominio.- (...) 10.4. Las conductas de abuso de posición de dominio constituyen prohibiciones relativas.”

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

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

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

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

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

<sup>89</sup> Estas conductas, permiten a las empresas ejercer poder de mercado sobre la totalidad o parte de un mercado, generando (i) menores cantidades de bienes o servicios ofrecidos, (ii) precios mayores a los que existirían en un entorno sin la restricción a la competencia, (iii) ineficiencias productivas de las empresas y (iv) retrasos en la innovación por parte de las mismas. Resolución N° 3240-2010/SC1-INDECOPI del 16 de diciembre de 2010 (Exp. 015-2008/CLC).

<sup>90</sup> Exposición de Motivos de la LRCA, Título I.4 numeral 3.

<sup>91</sup> Exposición de Motivos de la LRCA, Título I.4 numeral 3.

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | Nº 020 -ST/2013<br>Página 61 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

En estos casos, una vez comprobada la conducta, se evaluará las **justificaciones y efectos económicos reales y potenciales** de las prácticas analizadas y, de ser el caso, sopesará los efectos anticompetitivos y pro-competitivos de la práctica. La determinación de la legalidad de la práctica provendrá de un análisis razonable de su efecto neto<sup>92</sup>.

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

## 5. DEFINICIÓN DEL MERCADO RELEVANTE

### 5.1. Aspectos preliminares

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

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

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

Cabe señalar que la LRCA en su artículo 6º, numeral 6.1, a diferencia de la Ley anterior, recoge y delimita expresamente el concepto de mercado relevante, precisando que el mismo está integrado por dos factores: (i) el **mercado de producto** y (ii) el **mercado geográfico**<sup>93</sup>.

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

<sup>92</sup> Exposición de Motivos de la LRPA, Título I.4, numeral 3.

<sup>93</sup> LRCA “Artículo 6º.- El mercado relevante.-

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

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | Nº 020 -ST/2013<br>Página 62 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

## 5.2. Delimitación del producto

### 5.2.1. Aspectos generales

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

Cabe precisar que tal sustitución no debe ser exacta, bastando que resulte suficiente para satisfacer las necesidades del consumidor en condiciones similares de precios<sup>94</sup>.

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 finales.

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

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

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

<sup>94</sup> La sustituibilidad como criterio de evaluación del producto relevante es ampliamente aceptada. En el ámbito académico puede citarse, entre otros, a los siguientes autores: LANDES, W. y POSNER, R., "Market Power in Antitrust Cases" en: Harvard Law Review, 1981, Vol 94, Nº 5, p. 946-950. BRIONES, Juan. "Market Definition in the Community's Merger Control Policy" en: European Community Law Review, 1994, Nº 4, ps. 196-198. También lo contemplan los manuales para el establecimiento de políticas de competencia en países en vías de desarrollo: KONRATH, Craig. Guía Práctica para la Ejecución de la Ley Antimonopolio para una Economía en Transición. Colombia, s/f, ps.93-96. KHEMANI, Shyam y otros, A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy. United States of America, 1998, ps. 11-13. Asimismo, los lineamientos de agencias de competencia extranjeras reconocen dicho criterio: U.S. Department Of Justice – Federal Trade Commission. Horizontal Merger Guidelines. 1992, sección 1.1. Comisión Europea. Comunicación de la Comisión Relativa a la Definición de Mercado de Referencia a efectos de la Normativa Comunitaria en Materia de Competencia. 1997, puntos 15-19.

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 020 -ST/2013<br>Página 63 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

recientemente resueltos por las instancias de solución de controversias del OSIPTEL en los que se efectúa un análisis de sustituibilidad por el lado de la oferta<sup>95</sup>.

El análisis de sustitución desde el lado de la oferta parte de la premisa que es posible que empresas que en el momento actual no son proveedoras del producto relevante (potenciales competidores), ante un incremento de precios, pequeño pero no transitorio, puedan ingresar al mercado a ofrecer dicho producto o productos sustitutos, sin incurrir en costos significativos para ello. Para que tal sustitución se presente se requiere que la **entrada sea factible** en un **plazo razonable** y **sin necesidad de una inversión muy elevada**<sup>96</sup>.

Este tipo de análisis puede resultar particularmente importante en un mercado como el de telecomunicaciones, caracterizado por la convergencia tecnológica, ya que a través de una misma red se puede prestar más de un servicio (por ejemplo a través de una red de cable se puede prestar los servicios de TV de paga, Banda Ancha y telefonía)<sup>97</sup>.

De otro lado, los Lineamientos aún vigentes sugieren que el análisis de **sustitución desde la perspectiva de la demanda** se apoye en **pruebas cualitativas**, haciendo énfasis en dos métodos (i) las reacciones pasadas del mercado ante cambios en las condiciones de venta y (ii) las encuestas a los compradores, sin hacer referencia a los **métodos cuantitativos**.

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

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

Por lo tanto, en este tipo de mercados, en ciertas ocasiones, es viable el uso de métodos **cuantitativos** y, en consecuencia, resulta conveniente incluir en los nuevos Lineamientos

<sup>95</sup> Se trata del procedimiento de oficio iniciado contra Telefónica del Perú S.A.A. por vender de manera atada a usuarios finales los servicios de acceso a internet por ADSL y telefonía fija (Exp. 005-2011-CCO); y de la la controversia iniciada por Red de Comunicaciones Digitales S.A.C. contra Televisión San Martín S.A.C. y Empresa de Radiodifusión Comercial Sonora Tarapoto S.R.L., a raíz de la firma de un contrato de exclusividad entre las demandadas en el distrito de Tarapoto (Exp. 006/2011-CCO).

<sup>96</sup> 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.

<sup>97</sup> BAVASSO, Antonio. Communications in EU Antitrust Law.

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 020 -ST/2013<br>Página 64 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

un desarrollo sobre los métodos cuantitativos, precisando que estos se utilizarán cuando el regulador cuente con la información suficiente.

A continuación se efectúa una breve referencia a **tres métodos cuantitativos** que permiten estimar las elasticidades de precios y elasticidades cruzadas de los mismos, los cuales son usualmente utilizados por las autoridades de competencia<sup>98</sup>.

a. **Prueba SSNIP<sup>99</sup>**

Si bien el método SSNIP normalmente es utilizado como un método cualitativo, cuando se dispone de información suficiente pueden utilizarse algunas estimaciones cuantitativas. Así, esta prueba asume un **incremento hipotético y duradero del 5% en el precio** del producto de referencia y busca determinar si los consumidores **se trasladarían a otros productos sustitutos ante tal incremento** y, de ser así, si como consecuencia de la pérdida de clientes dicho **incremento no es rentable** para quien lo impuso<sup>100</sup>.

b. **Estimación Directa de Elasticidades**

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

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

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

<sup>98</sup> MOTTA, Massimo. Competition Policy, Theory and Practice. New York, Cambridge University Press, 2004, p. 137-156. y BAVASSO, Antonio. Op cit.

<sup>99</sup> El nombre de esta prueba responde a las siglas en inglés del incremento de precios pequeño pero significativo y no transitorio (small but significant non-transitory increase in price).

<sup>100</sup> El número de consumidores dispuestos a trasladarse no tiene que ser significativo, sino el suficiente para ejercer presión sobre la empresa para no incrementar el precio ("consumidores marginales")

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | Nº 020 -ST/2013<br>Página 65 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

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

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

Esta metodología determina si existe una **correlación positiva** entre el **precio del producto de referencia** y sus **potenciales sustitutos**. Una correlación positiva sería un indicador de que el precio de un producto repercute en el otro, por lo que ambos productos se encontrarían en el mismo mercado relevante<sup>101</sup>. Es necesario considerar también que normalmente en algunos servicios de telecomunicaciones los precios no suelen variar en periodos de tiempo cortos. Además, debe considerarse que existen tarifas establecidas y promocionales, debiendo tenerse cuidado respecto a qué tipo de tarifas se toman en cuenta para el análisis.

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

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

### 5.2.2. Características propias de los servicios de telecomunicaciones

Los aspectos mencionados anteriormente constituyen criterios aplicables a la generalidad de los mercados. Sin embargo, estos deben ser ajustados a las características propias de las **industrias dinámicamente competitivas**, como la de telecomunicaciones, caracterizadas por un proceso de **evolución constante** y por un **alto grado de innovación tecnológica**<sup>102</sup>.

Este ajuste resulta necesario a fin de evitar que la aplicación de las normas de libre competencia sancionen comportamientos cuya racionalidad económica se justifica y se generen desincentivos a la inversión<sup>103</sup>.

<sup>101</sup> La correlación es una medida de la **dirección** y la **cercanía** de los movimientos entre dos variables. Una correlación positiva indica que dos variables se mueven en la misma dirección. Una correlación indica que dos variables se mueven en direcciones opuestas.

<sup>102</sup> ALBORHN, Christian; DENICOLA, Vincenzo; GERADIN, Damien, y PADILLA, Jorge . *DG Competition Discussion paper on article 82: Implications of the proposed framework and antitrust rules for dynamically competitive industries.*. (Marzo 2006); ECONOMIDES, Nicholas. *Competition Policy in Networks Industry.* . Stern school and business, New York University.NET Institute (junio 2004). junio 2004); BAVASSO, Antonio. Op cit.

<sup>103</sup> Otros autores plantean características adicionales de las industrias de red a ser consideradas, entre ellas: (i) capacidad de establecer precios en los dos lados de las redes; (ii) internalización de externalidades; (iii) rápida expansión de la red; (iv) desigualdad en las participaciones de mercado y en los beneficios; (v) se

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | Nº 020 -ST/2013<br>Página 66 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

Las principales **características** de las industrias dinámicamente competitivas<sup>104</sup> son las siguientes:

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

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

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

---

plantean supuestos en los cuales una situación de monopolio puede maximizar el beneficio total; (vi) no es necesaria la realización de conductas anticompetitivas para crear una desigualdad en el mercado; (viii) la inexistencia de barreras de entrada al mercado no lleva necesariamente a una situación de competencia perfecta; (ix) las redes o sistemas dependen de las decisiones pasadas de los productores y los consumidores. Ver: ECONOMIDES, Nicholas. Op cit.

<sup>104</sup> Cabe precisar, que no todas las características antes mencionadas necesariamente resultarán aplicables respecto de todos los servicios de telecomunicaciones.

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | Nº 020 -ST/2013<br>Página 67 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

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

Sin embargo, para otros servicios, el rápido cambio tecnológico implica que la competencia no solo se da por precios, sino también por **la innovación y calidad**. En estas circunstancias, la aplicabilidad de la metodología tradicional resulta limitada, pues la misma no contempla el efecto de la **innovación tecnológica** para la superación de las barreras a la entrada<sup>105</sup>.

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

#### **a. Servicios finales y servicios de acceso**

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

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

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

La sustitución desde la **perspectiva de la demanda** entre los servicios provistos en los distintos niveles de mercado no es, en principio, posible, puesto que ambos tipos de servicios son provistos a distintos grupos de usuarios. Sin embargo, podría ser el caso que, ante un incremento de precios, los proveedores mayoristas puedan fácilmente ingresar a prestar servicios al mercado minorista. Cabe precisar que esto podría no darse en sentido inverso, debido a los elevados costos que se requieren para operar en el mercado mayorista, principalmente los relativos a la infraestructura<sup>106</sup>.

El OSIPTEL, en línea con diferentes autoridades regulatorias y de defensa de la competencia, ha reconocido esta distinción y realzado su importancia, tanto en el marco

<sup>105</sup> La convergencia de redes y servicios en el ámbito de las telecomunicaciones, la rápida evolución tecnológica, así como los costos de cambio de proveedor de servicios, tienen especial impacto en los alcances del concepto de sustitución que debe considerarse para la definición del servicio relevante.

<sup>106</sup> GUAL, Jordi. Op, cit, p. 59-61.

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | Nº 020 -ST/2013<br>Página 68 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

de controversias<sup>107</sup>, como en el marco de determinación de los índices de concentración en los distintos servicios públicos de telecomunicaciones<sup>108</sup>.

En el caso de las controversias, los servicios involucrados básicamente estuvieron vinculados con **servicios de acceso** o **insumos necesarios para la prestación de servicios finales** de telecomunicaciones, y fueron analizados en el marco de los Lineamientos aún vigentes al momento de delimitar el **nivel comercial** en el que era requerido el servicio<sup>109</sup>.

De otro lado, en el caso de la Comunidad Europea<sup>110</sup> se ha señalado que la liberalización de los servicios de telecomunicaciones, además de crear un mercado para dichos servicios, ha dado origen a un mercado de **acceso a facilidades de red**<sup>111</sup>.

Asimismo, en pronunciamientos recientes de la Comunidad Europea, se ha recogido expresamente la distinción entre servicios mayoristas y minoristas de telecomunicaciones<sup>112</sup>.

Otro caso similar es el de Australia, donde se distingue también entre **servicios de telecomunicaciones** y **accesos a facilidades**, que incluye a toda la infraestructura física<sup>113</sup> y a la información<sup>114</sup> utilizada en la provisión de servicios de telecomunicaciones<sup>115</sup>.

<sup>107</sup> Informe N° 008-2001/GRE del 27 de noviembre de 2001, elaborado para definir mercados relevantes y posición de dominio como parte del expediente de la controversia entre AT&T Perú S.A. contra Telefónica del Perú S.A.A. por la implementación de una estrategia anticompetitiva integral constituida por diversos actos de abuso de posición de dominio e infracciones a la regulación del sector (Exp. 003/2001).

<sup>108</sup> Boletín de Competencia N° 001-GRE-2007. Indicadores de participación y concentración de mercado en los servicios públicos de telecomunicaciones. En este se señala que para la delimitación del producto se tomaría en cuenta la distinción entre los mercados de servicios finales y los mercados de acceso a redes o facilidades de red.

<sup>109</sup> Ver: pronunciamientos de los Cuerpos Colegiados y del Tribunal de Solución de Controversias en los siguientes expedientes: 005-2001,007-2001,008-2001,009-2001, los mismos que se encuentran disponibles en el siguiente enlace:<http://www.osiptel.gob.pe/Index.ASP?T=T&IDBase=0&P=%2FOsiptelDocs%2FGRE%2FSERV%5FEMPREAS%2FNegativaInjustificada%5FRCD%2Ehtm>.

<sup>110</sup> Comisión Europea. Comunicación sobre la Aplicación de las Normas de Competencia a los Acuerdos de Acceso en el Sector de las Comunicaciones. Diario Oficial C 265 (22 de agosto de 1998).

<sup>111</sup> El ejemplo típico del mercado de acceso es la interconexión, el mismo no solo incluye el acceso a la red física (la terminación de llamada en una red fija o móvil, por ejemplo), sino también otros elementos como por ejemplo la información de directorios.

<sup>112</sup> Ver: Los pronunciamientos de la Comisión Europea en los casos Telefónica España v. Wanadoo España y Wanadoo France COMP/38.223.

<sup>113</sup> Sistemas de conmutación y transporte, torres para telefonía móvil, sitios o equipos utilizados para instalar, crear, reparar, mantener y operar la red, entre otros.

<sup>114</sup> Servicios de consulta, facturación y cobranza.

<sup>115</sup> Australian Competition and Consumer Commission. Anti-competitive Conduct in Telecommunications Markets - An Information Paper (1999).

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | Nº 020 -ST/2013<br>Página 69 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

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

## b. Evolución tecnológica y Convergencia

La denominada convergencia se manifiesta en (i) la capacidad de distintas **plataformas** de red para transportar servicios similares<sup>116</sup> y (ii) los nuevos **aparatos terminales** que individualmente permiten el acceso simultáneo del usuario a distintos servicios<sup>117</sup>.

Estas capacidades que permiten transmitir **diversas señales** a través de una misma red, es decir, a través de **una sola conexión** al usuario final, modifican sustancialmente las estrategias empresariales, dirigiendo a las empresas operadoras hacia nuevos modelos de negocios<sup>118</sup>.

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

Como resultado de la convergencia se produce al mismo tiempo:

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

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

La **competencia tecnológica** se constituye al mismo tiempo como fuente y respuesta a la convergencia<sup>119</sup>.

<sup>116</sup> Como ejemplo puede mencionarse la posibilidad de prestar servicios de telefonía a través de redes las redes convencionales de cobre, o a través de las redes de TV de paga o por medios inalámbricos (con tecnología WiMax por ejemplo).

<sup>117</sup> Por ejemplo, el “triple play”, que ofrecen conjuntamente los servicios de telefonía de voz, Internet y televisión; y la voz por IP.

<sup>118</sup> Ver: ARIÑO y Otros, Nuevo Papel del Estado en Sectores Regulados: Las Telecomunicaciones de Banda Ancha, Barcelona, Ediciones Deusto, 2005) p. 155-201. Asimismo, para los desarrollos del Internet, puede verse: CLARK, David, “Implications of Local Loop Technology for Future Industry Structure”, en: Competition, Regulation, and Convergence: Current Trends in Telecommunications Policy Research (Gillet y Vogelsang, Eds.), New Jersey, Lawrence Erlbaum Associates, Inc., 1999; y, ONO, Ryota, “Regulatory Challenges in convergente: Beyond Internet Telephony”; en: Convergence in Communications and Beyond (E. Bohlin y otros, Eds.), Ámsterdam, Elsevier, 2000.

<sup>119</sup> Por ejemplo, ADSL y Cable Modem, como plataformas capaces de proveer Internet a altas velocidades.

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | Nº 020 -ST/2013<br>Página 70 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

En relación a lo anterior, la Comunidad Europea ha señalado que, en el ámbito de las telecomunicaciones, los usuarios pueden utilizar diferentes tipos de productos para una misma finalidad y, por lo tanto, para satisfacer la misma demanda. De ser este el caso, ambos servicios pueden quedar incluidos en el mismo mercado de productos<sup>120</sup>.

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

Como consecuencia de ello, cada vez es más común la **venta empaquetada de servicios**, como manifestación de las mayores eficiencias que generan las empresas integradas verticalmente y como opción más económica para el usuario que desea adquirir más de un servicio del mismo proveedor. Una vez que los operadores de telecomunicaciones son liberados de restricciones legales para participar en varios servicios, la tendencia natural es que compitan desarrollando servicios empaquetados<sup>121</sup>.

En este contexto, la definición del servicio relevante se torna más compleja y resultan necesarios **mayores elementos de juicio** para identificar el servicio de referencia y los servicios sustitutos<sup>122</sup>.

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

Por tal motivo, el análisis necesario para determinar el mercado relevante se ha vuelto cada vez más **específico y preciso** en función tanto a segmentos de mercado como al análisis de sustitutos, y suele ir más allá de las clasificaciones tradicionales de los servicios<sup>123</sup>.

---

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

<sup>120</sup> Comisión Europea. Directrices de la Comisión sobre análisis de mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (2002/C 163/03). Numeral 45.  
Además ver: Pronunciamiento de la Comisión Europea en el Caso Wanadoo España v. Telefónica de España.

<sup>121</sup> GUAL, Jordi. Op cit. P 59-61. TARDIFF, Timothy. "Product Bundling and wholesale pricing"; en: Emerging Telecommunications Networks: The International Handbook of Telecommunications Economics, Vol. II, (Gary Madden, Ed.), Great Britain, Edward Elgar, 2003.

<sup>122</sup> Para plantear un criterio interpretativo sobre los alcances del bien y sus sustitutos en el caso de servicios empaquetados, podría tomarse en cuenta la doctrina sobre mercados relacionados o "aftermarkets", según la cual debe tomarse en consideración como parte del mercado relevante los **bienes complementarios**.

<sup>123</sup> Ver: T-346/02 y T-347/02 Cableuropa v. Aunacable y el pronunciamiento de la Comisión Europea en Caso Wanadoo España v. Telefónica de España.

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | Nº 020 -ST/2013<br>Página 71 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

Adicionalmente, el cambio tecnológico también redefine los alcances del acceso a redes y facilidades de red, que tradicionalmente se ha vinculado con el acceso a redes físicas<sup>124</sup>.

Así, a las tradicionales dificultades encontradas para la definición de mercados relevantes, debe sumarse la constante evolución a la que se encuentran sujetos los servicios de telecomunicaciones como consecuencia del **desarrollo tecnológico**, la cual puede traer consigo los siguientes efectos<sup>125</sup>:

- (i) Que productos y servicios **tradicionalmente distintos se vuelvan sustitutos**.
- (ii) Que, productos y servicios **tradicionalmente similares y sustitutos, dejen de serlo** como consecuencia de la **obsolescencia tecnológica** de uno de ellos<sup>126</sup>.

### c. Existencia de complementariedades de servicios y consumo conjunto

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

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

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

De acuerdo con ello, se afirma que las **fuertes complementariedades existentes** en la **demanda** y las **características de la oferta** justificarían que, bajo ciertas condiciones, en el análisis para la definición de mercados relevantes se considere un **conjunto de servicios**<sup>127</sup>.

<sup>124</sup> GUAL, Op. Cit., p. 63-64. Adicionalmente ver: la Resolución Nº 032-2001-CCO/OSIPTEL del 24 de mayo de 2001 (Exp. 006-2000-CCO/OSIPTEL).

<sup>125</sup> AMERICAN BAR ASSOCIATION, Section of Antitrust Law. *Telecom Antitrust Handbook*. (Estados Unidos, ABA Publishing, 2005).p.299-303.

<sup>126</sup> Por ejemplo: Los servicios de acceso a Internet de alta y baja velocidad. Al respecto la FTC, en el pronunciamiento mediante el cual aprobó la fusión entre las empresas AOL y Time Warner, consideró como dos mercados relevantes distintos a estos dos servicios. Tomado de: Brunell, Richard. Broadband. En: Network Access, Regulation and Antitrust.

<sup>127</sup> GUAL, op cit. p. 59-63. Adicionalmente: Este criterio ha sido considerado en algunos de casos de competencia. Ver: el pronunciamiento de la FCC en el caso Nynex/Bell Atlantic. ABA, op cit. p. 80-82

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | Nº 020 -ST/2013<br>Página 72 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

#### d. Costos de cambio de proveedor

El derecho de los usuarios a acceder a los servicios de telecomunicaciones y a elegir al operador de su preferencia usualmente viene garantizado por el marco legal como un derecho básico<sup>128</sup>.

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

- (i) **Costos de acceso al servicio.**- constituidos por las inversiones iniciales realizadas por el usuario para acceder al servicio<sup>129</sup>, que una vez incurrido en ellos podrían limitar la posibilidad del usuario de cambiarse a otro proveedor, según su monto y necesidad de incurrir nuevamente en ellos.
- (ii) **Marco regulatorio.**- puede limitar la posibilidad de cambio si no se adoptan medidas para simplificar el cambio de un proveedor a otro.
- (iii) **Configuración de redes y equipos.**- cuando las redes y equipos de los diferentes proveedores están diseñadas de manera tal que no resultan compatibles entre sí, lo que impide a los usuarios utilizar su equipo adquirido con un proveedor diferente de aquel para el cual lo adquirió<sup>130</sup>.

La Comunidad Europea se ha referido expresamente a los **costos de cambio** existentes en la industria de telecomunicaciones, precisando que la posibilidad de que los consumidores sustituyan un producto por otro como resultado de un pequeño pero significativo incremento de los precios, puede verse obstaculizada si tal **cambio implica un costo considerable**, señalando que este tipo de costos se pueden presentar tanto como resultado de inversiones específicas realizadas por el cliente en tecnología o por restricciones impuestas por las empresas para la duración de los contratos<sup>131</sup>.

<sup>128</sup> TUO de la Ley de Telecomunicaciones, artículos 3º y 73º.

<sup>129</sup> Por lo general son los costos fijos requeridos para utilizar el servicio.

<sup>130</sup> Por ejemplo, en la Comunidad Europea se consideró que la práctica comercial a través de la cual las SIM cards utilizadas en los equipos de telefonía móvil eran bloqueadas por las empresas operadoras constituía una práctica que limitaba innecesariamente la posibilidad de cambio de los usuarios. INTVEN, Hank y otros. Telecommunications Regulation Handbook, Washington, The World Bank, 2000, p. 5-29. Adicionalmente, puede consultarse: MANSELL, Robin, "Designing Networks to Capture Customers: Policy and Regulation Issues for the New Telecommunications Environment"; en: Telecom Reform: Principles, Policies and Regulatory Practices (W. Melody, Ed.), Denmark, Technical University of Denmark, 1997. Asimismo, puede consultarse el siguiente estudio que muestra cómo la futura implementación de medidas de portabilidad numérica en Korea transforma las estrategias comerciales en telefonía móvil hacia la retención de usuarios vía mecanismos apoyados en los costos de cambio: Kim, M., Park, M., Jeong, D. "The effects of customer satisfaction and switching barrier on customer loyalty in Korean mobile telecommunication services", en: Telecommunications Policy Nº 28 (2004).

<sup>131</sup> Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, numeral 50.

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 020 -ST/2013<br>Página 73 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

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

Finalmente, cabe precisar que la jurisprudencia de los órganos de solución de controversias del OSIPTEL ha tomado en cuenta los costos de cambio como elemento para definir el servicio relevante<sup>132</sup>.

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

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

### 5.3. Delimitación geográfica

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

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

Por su parte, el artículo 6º, numeral 6.3., de la LRCA establece que el mercado geográfico relevante es el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, (i) los costos de transporte y (ii) las barreras de comercio existentes.

---

<sup>132</sup> Resolución N° 062-CCO-2000 del 21 de diciembre de 2000, Tele Cable S.A. contra Telefónica Multimedia S.A.C., Telefónica del Perú S.A.A. y otros, por prácticas restrictivas de la competencia derivadas de la celebración de convenios de exclusividad (Exp. 006-99).

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 020 -ST/2013<br>Página 74 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

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

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

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

Los órganos resolutivos del OSIPTEL han analizado diferentes casos y han adoptado diferentes criterios según las características propias de cada mercado analizado. Es así que: (i) se ha optado por considerar como mercado geográfico en determinados casos el área de cobertura de red que requiere utilizar la empresa denunciante; (ii) en el caso de **redes inalámbricas**, como por ejemplo las del mercado de telefonía móvil, se ha tomado en cuenta el conjunto de localidades en las cuales se requería el servicio de acceso a la red (en particular el servicio de roaming)<sup>133</sup>; y (iii) en el caso de **infraestructuras físicas de red**, como los postes instalados para el tendido de cables, se ha considerado un criterio más estricto, limitándose el mercado geográfico<sup>134</sup> al área adyacente a la red de postes cuya utilización se requería<sup>135</sup>.

Usualmente, se considera que la única forma en que otro proveedor constituye una alternativa de aquel que brinda efectivamente el servicio es que también se encuentre operando en el distrito correspondiente. Sin perjuicio de ello, considerando la sustituibilidad por el lado de la oferta, es importante tener en cuenta que, en algunos

<sup>133</sup> Resolución N° 038-2001-CCO/OSIPTEL del 6 de noviembre de 2001, Bellsouth Perú S.A. contra Telefónica Móviles S.A.C. por negativa de acceso al servicio de roaming automático nacional; e Informe 006-2001/GRE, que sustenta dicha Resolución (Exp. 002-2001).

<sup>134</sup> En ciertos escenarios la delimitación geográfica se hace incluso **más precisa** dadas las características del servicio, la forma de acceso de los usuarios al mismo, y la manera en que se manifiesta la competencia entre los operadores. Así, por ejemplo, en el caso de los **servicios de telefonía de larga distancia nacional o internacional**, el mercado geográfico podría quedar circunscrito a la ruta de transmisión de la señal correspondiente que se identifique por el origen y el destino de la llamada. Si se trata de **servicios de acceso a redes** también sucede algo similar, puesto que el ámbito geográfico se circunscribiría en principio a la zona en la que se encuentra instalada la infraestructura correspondiente, que es donde se encuentran los domicilios de los abonados.

<sup>135</sup> Resolución N° 039-2003-CCO/OSIPTEL del 20 de enero de 2003, Empresa de Telecomunicaciones Multimedia Alfa E.I.R.L. contra Telefónica del Perú S.A.A. por negativa injustificada de acceso a postes (Exp. 009-2001).

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 020 -ST/2013<br>Página 75 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

casos, el ámbito geográfico de la delimitación del mercado relevante debe incluir distritos o zonas adyacentes a aquella donde la empresa investigada realiza la conducta anticompetitiva. Para determinar esto, el análisis de sustitución por el lado de la oferta debe examinar en qué medida es posible que los operadores que ofrecen sus servicios en otras áreas geográficas amplíen su radio de operación y/o comercialicen en la zona considerada en el análisis<sup>136</sup>.

Cabe agregar que el **uso intensivo de tecnologías inalámbricas** podría dar lugar a que los ámbitos geográficos se amplíen, pasándose de mercados circunscritos a la zona de ubicación de los bucles de abonado, que permiten que los usuarios accedan por medios físicos al servicio, a mercados delimitados por el área de cobertura de las señales<sup>137</sup>.

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

## 6. IDENTIFICACIÓN DE POSICIÓN DE DOMINIO

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

Para tales efectos, se precisa que la posición de dominio es la capacidad de una empresa de **establecer las condiciones de venta** sin que la posible respuesta de los competidores sea un factor de preocupación. Acto seguido, los Lineamientos aún vigentes presentan un conjunto de variables que se tomarán en cuenta para determinar si una empresa cuenta con posición de dominio<sup>138</sup>.

Al respecto, el artículo 7º de la LRCA establece que se entiende que un agente económico goza de posición de dominio en un mercado relevante cuando tiene la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que sus competidores, proveedores o clientes,

<sup>136</sup> Este criterio es señalado por la Consultora NERA (2003). Metodología para la definición y análisis del mercado de referencia y la competencia efectiva. Manual preparado para la CMT, p. 63 y 64. Asimismo, este criterio se recoge en la Resolución N° 012-2013-CCO/OSIPTEL del 08 de marzo de 2013 (Exp. 006/2011-CCO).

<sup>137</sup> Por ejemplo, en el caso de la **televisión satelital** el mercado podría pasar a ser de alcance nacional según el área que sea iluminada por la señal satelital.

<sup>138</sup> Variables a tomar en consideración para determinar si la empresa cuenta con posición de dominio:

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

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | Nº 020 -ST/2013<br>Página 76 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

puedan en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad, debido a factores tales como:

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

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

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

Esta figura, sin embargo, no ha sido recogida en la LRCA, la cual cuando define posición de dominio, se refiere a “*un agente económico*”<sup>139</sup>, a diferencia de lo establecido por el Decreto Legislativo 701<sup>140</sup>, el cual se refería a “*una o varias empresas*”. Por tal motivo, corresponde no incluir en los nuevos Lineamientos esta figura.

### 6.1. Distinción entre elementos de análisis estático y análisis dinámico

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

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

<sup>139</sup> LRCA, Artículo 7º, numeral 7.1.

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

<sup>140</sup> Decreto Legislativo Nº 701, "Artículo 4º.

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

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | Nº 020 -ST/2013<br>Página 77 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

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

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

## 6.2. Elementos de análisis estático

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

En cuanto a las **cuotas de participación**, si bien no son elemento de juicio suficiente para concluir que existe posición de dominio, una cuota de mercado elevada y constante sí permite inferir su existencia, más aún si se analiza conjuntamente con otros factores<sup>141</sup>.

En el caso de Estados Unidos, por ejemplo, las Cortes han considerado que cuotas de participación de 67% o superiores son indicativos de la existencia de poder de mercado, mientras que cuotas inferiores al 50% son insuficientes para demostrar que se cuenta con poder de mercado que permita la monopolización<sup>142</sup>.

En la Comunidad Europea, se asume que cuotas elevadas mantenidas dentro de periodos considerables indican la existencia de posición de dominio. Tal es el caso si la empresa ostenta el 50% o más del mercado y sus rivales cuentan con cuotas bastante más pequeñas. Si la participación es menor, es más probable que se encuentre una posición de dominio si la cuota oscila entre 40% y 50%, que si se encuentra por debajo de 40%, y si la cuota es de 25% o menos, lo usual es que la empresa no cuente con posición de dominio<sup>143</sup>.

Más aún, en la Comunidad Europea se ha establecido la **presunción** de que empresas con cuotas superiores al 50% del mercado cuentan con posición de dominio salvo prueba en contrario, con lo cual se traslada la carga de la prueba para que dichas empresas demuestren que pese a su elevada participación no ostentan posición de dominio<sup>144</sup>.

<sup>141</sup> Al respecto, ver la parte correspondiente al poder de mercado en la publicación ICT Regulation Toolkit, en: <http://www.ictregulationtoolkit.org/en/Section.1711.html> (visitada el 19 de febrero de 2008).

<sup>142</sup> Telecom Antitrust Handbook - ABA 2005, p. 305.

<sup>143</sup> DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses: Public consultation (2005), p. 11.

<sup>144</sup> Ver al respecto las Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (2002/C165/03) que señalan lo siguiente: "*Según jurisprudencia reiterada, las cuotas de mercado extraordinariamente elevadas- superiores al 50%- atestiguan por sí mismas, salvo circunstancias*

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 020 -ST/2013<br>Página 78 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

De manera referencial se puede mencionar que en diversos pronunciamientos tramitados ante los órganos colegiados del OSIPTEL, las empresas denunciadas y consideradas dominantes han contado con cuotas de participación bastante elevadas, llegando a cubrir en ciertos mercados el 100%. Asimismo, en un procedimiento se ha considerado que existía posición de dominio cuando la empresa denunciada contaba con una participación de 65% del mercado relevante<sup>145</sup>, mientras que en otro procedimiento se consideró que una cuota de mercado del 43%<sup>146</sup> no permitía considerar que existía posición de dominio.

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

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

La definición de **concentración** debería darse en función no solo del número de firmas y sus participaciones de mercado sino también de la estructura del mismo y de la conducta de las firmas. Se han construido distintas metodologías para tratar de lograr esta forma de medir la concentración del mercado, no obstante, la metodología más utilizada por las autoridades de defensa de la competencia es el Herfindahl-Hirschman Index (HHI)<sup>147</sup>.

Como se sabe, el HHI fue definido en los Horizontal Merger Guidelines elaborados por el Departamento de Justicia de Estados Unidos y resulta de sumar el cuadrado de los porcentajes de participación de todas las empresas que participan en el mercado. El producto de esta sumatoria puede resultar en una cifra que fluctúa en un valor entre 0 y 10,000, siendo este último caso aquel del monopolio que cuenta con el 100% del mercado.

Según los resultados del HHI la autoridad de defensa de la competencia asume un determinado grado de concentración del mercado y, según ello, permite inferencias sobre

---

*excepcionales, la existencia de una posición dominante. Puede presumirse que una empresa con una elevada cuota de mercado tiene PSM [poder sustancial de mercado] y por lo tanto, ocupa una posición dominante si dicha cuota se ha mantenido estable a lo largo del tiempo”.*

<sup>145</sup> Informe 001-ST/2008 del 4 de junio del 2008 (Exp. 001-2005-CCO-ST/LC).

<sup>146</sup> Informe 006-2001/GRE del 9 de octubre del 2001(Exp. 002-2001).

<sup>147</sup> OSIPTEL-Gerencia de Relaciones Empresariales. Indicadores de Concentración: Una Revisión del Marco Conceptual y la Experiencia Internacional. Documento de Trabajo N° 002-2007. Existen metodologías alternativas al HHI pero no tienen la misma acogida. Entre estas metodologías se pueden mencionar el CR4 utilizado previamente en Estados Unidos para medir la concentración de las 4 empresas más grandes del mercado; el WAHHI que es un HHI ponderado para el caso de industrias como la de telecomunicaciones que tiene servicios regulados y no regulados; el Índice de Dominancia que mide el nivel en que un mercado está dominado por la empresa más grande; el Índice de Entropía; y el HHI inverso.

la posibilidad de ejercicio de poder de mercado, según se explica en el siguiente cuadro<sup>148</sup>:

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

Elaboración: Secretaría Técnica – OSIPTEL

El HHI tiene la ventaja de representar a todas las empresas del mercado, no solo a las más grandes, y además ofrece la señal de que a mayor valor indica mayor concentración y, por ende, mayor probabilidad de ejercicio de poder de mercado.

No obstante, entre los principales cuestionamientos efectuados al HHI se encuentra que los umbrales antes definidos no son concluyentes, no tiene en cuenta si existen empresas del mismo grupo empresarial pues no las considera como una sola entidad con un solo porcentaje de mercado conjunto, no refleja la posibilidad de que actos de concentración empresarial incrementen la rivalidad en el mercado pese a elevar el grado de concentración, y depende del mercado relevante -y del número de sus participantes- que se haya definido<sup>149</sup>.

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

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

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

- Indicar que los índices de concentración no tienen carácter concluyente y que serán merituados por los órganos de solución de controversias del OSIPTEL conjuntamente con los otros factores del análisis dinámico.

<sup>148</sup> Ver: <http://www.justice.gov/atr/public/testimony/hhi.htm>

<sup>149</sup> OSIPTEL-Gerencia de Relaciones Empresariales. Indicadores de Concentración: Una Revisión del Marco Conceptual y la Experiencia Internacional. Documento de Trabajo Nº 002-2007, p. 18 y 19.

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 020 -ST/2013<br>Página 80 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

- Poner en mayor relieve que la existencia de altos índices de concentración no reflejan necesariamente una posición de dominio, para tal efecto se requiere un análisis en conjunto de los diferentes factores. De presentarse altos índices de concentración se requerirá de una evaluación más detallada de los factores de análisis dinámico.

### 6.3. Elementos de análisis dinámico

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

La posibilidad de entrada o permanencia puede verse limitada si el mercado presenta considerables obstáculos o **barreras de acceso**; es decir, costos que inhiban el ingreso o dificulten la permanencia de los agentes en el mercado y que, según las circunstancias, ya fueron asumidos por los operadores establecidos (como por ejemplo la construcción de redes de transporte), o que no fueron asumidos por estos (por ejemplo si una municipalidad establece nuevos cobros o requisitos para el despliegue de infraestructura).

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

Si bien los Lineamientos aún vigentes incluyen correctamente las dos principales variables del análisis estático, no hacen lo propio con las variables del análisis dinámico. De otro lado, en dichos Lineamientos se contemplan algunas variables<sup>150</sup> como si fueran independientes, cuando se trata de variables que pueden resultar en barreras de acceso al mercado.

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

#### 6.3.1 Barreras Legales

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

Estas barreras no se encuentran consideradas actualmente en los Lineamientos aún vigentes pese a que se trata de una de las fuentes más probables de situaciones de posición de dominio en industrias de redes, como es el caso de la industria de telecomunicaciones<sup>151</sup>.

<sup>150</sup> Facilidades esenciales, integración vertical la posibilidad de utilizar la infraestructura existente para brindar nuevos servicios, etc.

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 020 -ST/2013<br>Página 81 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

### 6.3.2 Barreras Estructurales

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

#### a. Facilidades esenciales

Los Lineamientos aún vigentes definen como recurso esencial aquel que es suministrado de modo exclusivo o de manera predominante por uno o pocos proveedores, y cuya **sustitución no es factible** en lo económico o en lo técnico.

A efectos de analizar la factibilidad de la sustitución, los órganos resolutivos del OSIPTEL han tomado en cuenta algunos factores<sup>152</sup> como las barreras legales<sup>153</sup> y el alcance de la evaluación de la posibilidad de sustitución, considerando no solo los costos de duplicar el bien para el operador interesado, sino también para los demás agentes económicos<sup>154</sup>.

<sup>151</sup> Tal es el caso del modelo de **desmonopolización progresiva**, mediante el cual se otorgó temporalmente el monopolio a Telefónica del Perú para prestar los servicios portadores (local y larga distancia nacional e internacional) y finales de telefonía fija.

Asimismo, estas barreras se presentan en los casos en los cuales se establece la **asignación del espectro radioeléctrico por concurso público**, como en el caso de los servicios de telefonía móvil.

<sup>152</sup> Resolución N° 041-2002-CCO/OSIPTEL del 25 de marzo de 2002, Pedro Juan Laca Buendía contra Electronorte S.A. por abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de acceso a postes. Confirmada por el Tribunal de Solución de Controversias del OSIPTEL mediante Resolución N° 017-2003-TSC/OSIPTEL del 24 de mayo de 2003 (Exp. 005-2001). Los criterios mencionados son los siguientes:

- **Restricciones legales o administrativas.** Analizar si existen disposiciones legales o administrativas ejecutadas o impuestas por las autoridades competentes que restrinjan la posibilidad de instalar postes adicionales a los ya existentes en la zona donde se pretende brindar el servicio, ya sea únicamente en ciertas áreas o en toda esa zona.
- **Costos de instalación.** Si no existen las restricciones antes indicadas, evaluar si los costos de instalación de nuevos postes (duplicación de infraestructura) son razonables o si resultan antieconómicos, considerando los costos privados en que incurriría el interesado en la instalación así como los costos sociales que se generarían al resto de agentes económicos.
- **Presencia de las empresas que tienen los postes en el mercado.** Si existen restricciones legales o administrativas o, a falta de ellas, si los costos involucrados en la duplicación de la infraestructura la hacen prácticamente inviable, determinar el número de empresas que controla la infraestructura en cuestión y, de haber más de una, comparar su capacidad operativa.

<sup>153</sup> En algunas de las controversias por acceso a postes de distribución eléctrica se verificó la existencia de tales restricciones. Por ejemplo en el caso de Pedro Juan Laca contra Electronorte S.A. (Resolución N° 041-2002-CCO/OSIPTEL del 25 de marzo de 2002) se determinó que existían restricciones municipales que restringían la instalación de postes pero solo en algunas zonas de la ciudad de Lambayeque. En el caso de Telecable Motupe S.A. contra Electronorte S.A. (Resolución N° 035-2002-CCO/OSIPTEL del 8 de abril de 2002, en el Exp. 008-2001) se determinó que ante un pedido de instalación de postes por parte de la operadora la Municipalidad de Motupe le había dado una respuesta negativa.

<sup>154</sup> En este aspecto, el OSIPTEL consideró que la duplicación de las redes de postes era bastante improbable, aunque no llegó a concluir que se trataba de bienes cuya replica era imposible, considerando que se habían identificado algunos casos de operadores del servicio de distribución de radiodifusión por cable que contaban con cierto número de postes propios instalados.

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 020 -ST/2013<br>Página 82 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

El desarrollo de la literatura antitrust sobre facilidades esenciales es muy amplio y el debate continúa sin haberse llegado a un consenso sobre los alcances de esta figura y sus implicancias para el Derecho de la Competencia, particularmente en cuanto a la obligación de permitir el acceso a los bienes que son calificados como facilidades esenciales<sup>155</sup>.

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

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

- No sea factible replicar el recurso por razones de índole física, legal o económica.
- Se evalúe si resulta imprescindible acceder a dicho recurso para ingresar o permanecer en el mercado<sup>156</sup>.

No obstante lo mencionado, cabe indicar que parte de los supuestos de facilidades esenciales relevantes en este mercado ya se encuentran identificados y regulados por el OSIPTEL en el **listado de instalaciones esenciales de interconexión** previsto en el TUO de las Normas de Interconexión<sup>157</sup>. En similar sentido, el Reglamento del Sistema de

<sup>155</sup> Para tomar nota del nutrido debate que ha generado este tema en el ámbito internacional puede revisarse la siguiente bibliografía: AREEDA, Phillip. "Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles", en: Antitrust Law Journal, N° 58 (1989); BERGMAN, Mats. "The Bronner Case – a Turning Point for the Essential Facilities Doctrine?", en: European Competition Law Review, N° 2 (2000); CAPOBIANCO, Antonio. "The Essential Facility Doctrine: Similarities and Differences Between the American and the European Approach", en: European Law Review, Vol. 26, N° 6 (Dic. 2001); DOHERTY, Barry. "Just What are Essential Facilities?", en: Common Market Law Review, Vol. 38, N° 2 (Apr. 2001); GIPPINI, Eric. "Essential Facilities y Aplicación del Artículo 82 CE a la Negativa Unilateral a Contratar: Algunas Consideraciones tras la Sentencia Bronner" en: Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia, N° 205 (2000); HANCHER, Leigh. "Case note: case C-7/97 Oscar Bronner v Medianprint", en: Utilities Regulation Law Review, Vol. 10, N° 2 (March-april 1999); HAWKER, Norman. "The Essential Facility Doctrine: A Brief Overview", en: Network Access, Regulation and Antitrust, Diana Moss editor (Oxon, Routledge, 2005); RIDYARD, Derek. "Essential facilities and the obligation to supply competitors under UK and EC competition law", en: European Competition Law Review, N° 8 (1996); RUBINOVITZ, Robert. "The economics of refusals to deal", en: Antitrust Insights, NERA, Mayo/Junio 2004; WERDEN, Gregory. "The Law and Economics of the Essential Facility Doctrine", en: Saint Louis University Law Journal, N° 32 (1987).

<sup>156</sup> KRESALJA, B. y QUINTANA, E. "La Doctrina de las Facilidades Esenciales y su Recepción en el Perú", en: Ius Et Veritas N° 31 (2005).

<sup>157</sup> Resolución N° 043-2003-CD-OSIPTEL.

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

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

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | Nº 020 -ST/2013<br>Página 83 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

Llamada por Llamada en el servicio portador de larga distancia, aplicable a los usuarios de los servicios públicos móviles, considera al acceso a la plataforma de prepago como una instalación esencial. Ello, sin embargo, no impide que las instancias de solución de controversias del OSIPTEL evalúen en cada caso en particular si un determinado bien o servicio puede tener la calidad de facilidad esencial, a efectos de evaluar la posición de dominio del agente investigado.

## b. Externalidades de red

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

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

A su vez, las redes presentan la opción de ir creciendo paulatinamente con la introducción de nuevos componentes. De este modo, cada nuevo componente de la red puede generar efectos beneficiosos sobre las posibilidades de conexión de sus componentes o, en otros términos, permite que los agentes conectados puedan tener mayores opciones de consumo o producción<sup>158</sup>.

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<sup>159</sup>. Cuanto **mayor sea el tamaño** de la red, **mayores externalidades positivas** podrá generar y ello puede contribuir decididamente a que una empresa tenga **posición de dominio**<sup>160</sup>.

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

<sup>158</sup> CARLTON, D. y PERLOFF, J. Modern Industrial Organization (Addison-Wesley, 2000), p. 373-375. ECONOMIDES, Nicholas. "The Economics of Networks", en: International Journal of Industrial Organization, Nº 14 (1996). WHITE, Lawrence. "U.S. Public Policy toward Network Industries" (AEI – Brookings Joint Center For Regulatory Studies 1999).

<sup>159</sup> 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.

<sup>160</sup> El OSIPTEL ha tomado en cuenta el efecto de las externalidades de red al evaluar la posición de dominio de la empresa dominante en telefonía fija. En particular, ha señalado que la red de telefonía local ofrece un ejemplo típico de externalidades de red, pues los nuevos abonados asignan un valor a cada red según les ofrezca opciones de comunicación con más usuarios, y quienes ya se encuentran conectados se benefician con el ingreso de cada nuevo usuario pues así multiplican sus opciones de comunicación. Ver: Informe Nº 008-2001/GRE – definición de mercados relevantes y posición de dominio en la controversia entre AT&T Perú S.A. contra Telefónica del Perú S.A.A. por la implementación de una estrategia anticompetitiva integral.

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 020 -ST/2013<br>Página 84 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

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

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

Al respecto, se ha precisado que existe efecto *bandwagon* cuando la **utilidad que los consumidores** obtienen respecto de un determinado producto o servicio **se incrementa** conforme la **base de consumidores del mismo aumenta**<sup>161</sup>.

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

### c. Barreras Estratégicas

Las barreras estratégicas tienen su origen en el comportamiento de las empresas ya existentes que inhiben la entrada de competidores, tales como integración vertical, precios límite, sobreinversión en capacidad, diferenciación de productos y publicidad, integración y restricciones verticales, estrategias predatorias, entre otros<sup>162</sup>.

Los Lineamientos aún vigentes consideran que si bien la integración vertical por sí misma no otorga posición de dominio a una empresa, el hecho de que una **empresa dominante** en un mercado se integre verticalmente en mercados relacionados sí puede darle la **capacidad de afectar la competencia** en estos otros mercados.

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

<sup>161</sup> OSIPTEL. Informe 091-GPR/2005 de la Gerencia de Políticas Regulatorias respecto de las implicancias entre la diferenciación de las tarifas on net y off net en el mercado de telefonía móvil.

<sup>162</sup> Para un tratamiento más detallado sobre el concepto y los tipos de barreras de acceso al mercado puede consultarse: GILBERT, Richard. "Mobility barriers and the value of incumbency"; en: Handbook of Industrial Organization, Schmalensee y Willig editores, (1989), Vol. I, Capítulo 8. Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) – The World Bank. A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy (United States of America, 1998); Anexo I, p. 101-123. HERGUERA I. y PETITBÓ, A., "La determinación del mercado relevante y de las barreras de entrada, piezas clave del Derecho de la Competencia", en: Anuario de la Competencia 2000 (Madrid, Marcial Pons, 2001). TRIEL PERTELA, Joaquín. Barreras a la Creación de Empresas y Economía Irregular (Instituto de Estudios Económicos, 1988).

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 020 -ST/2013<br>Página 85 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

Como tal, la integración produce **resultados eficientes** en el mercado y la competencia tiende a darse entre empresas integradas<sup>163</sup>. No obstante, también facilita la existencia de **posición de dominio** o, si ya se cuenta con ella en alguna de las actividades, para **trasladarla** a mercados relacionados<sup>164</sup>.

Este efecto se presentará principalmente en aquellos casos en que la empresa integrada controle alguna **facilidad esencial** o sea titular de la red históricamente considerada como **establecida**, y que aún no haya perdido esta característica<sup>165</sup>.

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

## 7. ACTOS DE ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

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

<sup>163</sup> Sobre los efectos de la integración vertical en las nuevas formas de competencia, particularmente en los servicios de Internet, puede verse: KRAFFT, Jackie. "Vertical Structure of the Industry and Competition: An Analysis of the Evolution of the Info-communications Industry", en: Telecommunications Policy N° 27 (2003).

<sup>164</sup> Ejemplos típicos en que la integración vertical contribuye a crear una mejor posición competitiva en otros mercados son los casos en que la integración con la empresa dominante en telefonía fija local da lugar a un tratamiento privilegiado en el acceso a dicha red. En este supuesto, la integración vertical de la actividad donde se cuenta con posición de dominio con mercados relacionados ofrece una ventaja frente a los competidores.

<sup>165</sup> En este sentido, la **integración vertical** y el **uso de infraestructura para la prestación de otros servicios** se encuentran estrechamente vinculados entre sí en la industria de telecomunicaciones y deben ser considerados como un único factor de análisis y no como factores distintos según están contemplados en actualmente en los Lineamientos aún vigentes. Ver: Resolución N° 052-2002-CCO/OSIPTEL del 16 de julio de 2002, AT&T Perú S.A. contra Telefónica del Perú S.A.A. (Exp. 003-2001), por la implementación de una estrategia anticompetitiva integral constituida por diversos actos de abuso de posición de dominio e infracciones a la regulación del sector. En este pronunciamiento se expresa lo siguiente: "(...) *la posibilidad de TELEFÓNICA de ofrecerse a sí misma el acceso y utilización de su red fija para prestar servicios de larga distancia acarrea importantes consecuencias en las condiciones de competencia existentes en este nivel del mercado, es decir, en su relación con los otros operadores de redes de larga distancia*". Resolución N° 021-2002-CCO/OSIPTEL del 13 de noviembre de 2002, Boga Comunicaciones S.A. contra Telefónica Multimedia S.A.C. por abuso de posición de dominio en las modalidades de discriminación de precios y precios depredadores (Exp. 010-2001). En este pronunciamiento se afirmó que la integración con la empresa dominante en telefonía fija local **reduce los costos de transacción** para las empresas del Grupo Telefónica que estaban interesadas en acceder a la red o utilizar determinada infraestructura de dicha empresa, pues tenían garantizado llegar a un acuerdo satisfactorio. De igual manera, se consideró que la integración permite a las empresas del Grupo Telefónica **aprovechar facilidades** relacionadas con los puntos de venta, centros de pago, instalación de acceso a nuevos suscriptores, entre otros, logrando así ahorros de costos considerables. Por último, también se sostuvo que la integración simplificaba la **obtención de financiamiento** para las empresas del Grupo Telefónica

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | Nº 020 -ST/2013<br>Página 86 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

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

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

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

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

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

La principal diferencia que trae la nueva Ley respecto de la Ley anterior, en relación a la definición de abuso de posición de dominio, consiste en el requisito expreso de que los perjudicados sean necesariamente **competidores** del agente económico con posición de dominio, ya sean reales o potenciales, directos o indirectos<sup>166</sup>.

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

<sup>166</sup> Ver: Resolución Nº 001-2008-CCO/OSIPTEL del 10 de noviembre de 2008 (Exp. 002-2008-CCO-ST/CD). En esta resolución se señala que conforme a lo dispuesto por el artículo 10º de la LRCA, para que se configure un acto de abuso de posición de dominio debe de existir una relación de competencia directa o indirecta entre la empresa afectada y la supuesta infractora, en tal sentido, al no existir dicha relación en la referida controversia, declara improcedente la demanda.

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 020 -ST/2013<br>Página 87 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

### 7.1. Negativa injustificada a contratar

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

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

Los Lineamientos recogen los criterios adoptados generalmente por la doctrina y las agencias de competencia, sin embargo, resulta pertinente hacer algunas precisiones e incluir en los nuevos Lineamientos los criterios desarrollados por las instancias de solución de controversias del OSIPTEL relativos a la negativa injustificada a contratar<sup>167</sup>.

Respecto a las **negativas injustificadas indirectas**, los órganos colegiados del OSIPTEL han hecho un desarrollo jurisprudencial interesante. Así, se ha detallado algunos supuestos que podrían constituir **negativas indirectas**<sup>168</sup>, en particular a través de establecimiento de **precios elevados**. Dados los incentivos de la empresa dominante a extender su poder al mercado relacionado, el ofrecimiento del insumo a un precio más elevado para los competidores de la vinculada sería una forma de negarse indirectamente a suministrarlo.

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

<sup>167</sup> Las instancias de solución de controversias del OSIPTEL han señalado que las negativas de trato se consideran prácticas ilícitas si tienen algunos de los siguientes efectos en el mercado:

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

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

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

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

<sup>168</sup> Como por ejemplo: retrasos en las entregas de los productos, entrega de productos defectuosos, o establecimiento de precios altos con relación a los precios que se facturan a la empresa vinculada con la empresa dominante.

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 020 -ST/2013<br>Página 88 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

empresa que le brinda el insumo, esta conducta deberá analizarse como un supuesto de **discriminación**.

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

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

## 7.2. Discriminación de precios

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

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

Actualmente, el artículo 10º, numeral 10.2, literal b) de la LRCA, recoge lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 701 y establece que esta conducta, al igual que las demás consideradas abuso de posición de dominio, constituye una prohibición relativa<sup>169</sup>.

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

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

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

<sup>169</sup> A diferencia de la norma anterior, se establece que la práctica debe colocarse de manera **injustificada** a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | Nº 020 -ST/2013<br>Página 89 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

- (i) **Discriminación entre usuarios finales.-** Se presentan cuando el operador dominante aplica condiciones más beneficiosas a los consumidores de los mercados **donde enfrenta mayor competencia**, con la finalidad de quitar clientela a sus competidoras y perjudicarlas.
- (ii) **Discriminación entre empresas competidoras que adquieren insumos en niveles intermedios de la cadena productiva.-** Puede presentarse si el operador dominante tiene una empresa vinculada en **mercados relacionados** y, sin justificación alguna, le otorga condiciones más ventajosas que a sus competidores en la compra de un insumo importante, colocando así a estos últimos en desventaja<sup>170</sup>.

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

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

La equivalencia puede medirse en función de los siguientes factores:

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

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

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

- **Las condiciones de la transacción.**<sup>171</sup>

<sup>170</sup> Sobre la discriminación de precios puede verse, entre otros: DIEZ ESTELLA, Fernando. La Discriminación de Precios en el Derecho de la Competencia, Madrid, Civitas Ediciones, 2003. FURSE, Mark. "Monopoly Price Discrimination, Article 82 and the Competition Act", en: European Competition Law Review Vol. 22 Nº 5 (2001). GERADIN, D. y PETIT, N. "Price discrimination under EC Competition Law: the need for a case-by-case approach", Global Competition Law Centre Working Paper Nº 07/05 (2005). HOVENKAMP, H. Federal Antitrust Policy, the Law of Competition and its Practice. St. Paul - Minn., West Publishing Co. 1994, p. 524-525.

<sup>171</sup> Tales como volumen transado, forma de pago, oportunidad y plazo de entrega, seguridad del suministro, entre otras. Por ejemplo, las ventas al por mayor presentan menores costos de transacción que las ventas al por menor.

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 020 -ST/2013<br>Página 90 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

- Los costos vinculados a la **entrega de los bienes**.<sup>172</sup>
- Otros costos de transacción vinculados con la **administración de riesgos contractuales**.<sup>173</sup>

Si los costos de atender a los clientes son iguales o bastante similares, las transacciones se consideran equivalentes y, por lo tanto, en ausencia de otra justificación, no es válida la discriminación de precios si es que tiene efectos anticompetitivos<sup>174</sup>.

- b. Equivalencia por elasticidades de demanda**<sup>175</sup>.- En este caso se toma en consideración el **grado de sensibilidad de los consumidores** frente a las modificaciones en el precio cobrado. Es decir, los precios pueden ser distintos considerando si los consumidores tienen demandas más o menos elásticas<sup>176</sup>.

Los precios diferenciados según la distinta elasticidad de demanda de los compradores pueden ser una alternativa eficiente, en comparación con aquellas que involucran un precio único<sup>177</sup>.

<sup>172</sup> Como por ejemplo los costos de transporte dependiendo de la ubicación geográfica del cliente, los costos de almacenamiento, aranceles o tributos que deben pagarse, entre otros.

<sup>173</sup> Tales como la probabilidad de demora o falta de pago según la liquidez de los clientes, la negociación de contratos de largo plazo, etc. En el caso de las ventas al crédito, el riesgo derivado de atender a ciertos compradores puede ser diferente, por ejemplo, dado que algunos pueden tener un historial crediticio impecable, mientras que otros pueden tener antecedentes de demora en los pagos. Los riesgos pueden estar relacionados también al suministro o con la disponibilidad de los bienes requeridos. Este sería el caso de un contrato de suministro eléctrico que impone un máximo de incidentes de interrupción por causas no imputables al suministrador o que exige una potencia asegurada elevada durante época de carestía, puede dar lugar a costos bastante mayores al promedio de requerimientos de suministro. Ver: VARIAN, Hal. "Price Discrimination", en: Handbook of Industrial Organization, Vol. I (1989), 601-603. KATZ, Michael. "Price discrimination and monopolistic competition", en: Econometrica, Vol 52, N° 6 (1984). SCHMALENSEE, Richard "Output and welfare implications of monopolistic third degree price discrimination", en: American Economic Review, Vol 71, N° 1 (1981).

<sup>174</sup> Esto no significa que deba existir **equivalencia exacta** entre la diferencia de precios y la diferencia de costos, sino que podría bastar que las diferencias se encuentren razonablemente vinculadas y que no constituyan una simple pantalla para esconder tratos privilegiados.

<sup>175</sup> Cabe señalar que, a diferencia de la equivalencia por costos, la equivalencia según elasticidades de demanda no ha sido considerada explícitamente por las autoridades de defensa de la competencia, aunque existen ejemplos en que sí se ha dado un reconocimiento expreso a esta forma de justificación. En la jurisprudencia nacional se ha reconocido las figuras de la equivalencia por costos y según elasticidades. Por ejemplo: Resolución N° 0078-1999/TDC-INDECOPI del 5 de marzo de 1999 (Exp.005-97-CLC), Resolución N° 001-98-INDECOPI/CLC del 9 de enero de 1998 (Exp. 004-95-CLC).

<sup>176</sup> Sea debido a que tienen menor o mayor capacidad de pago, o porque pueden trasladarse a comprarle a la competencia más fácilmente o no, respectivamente. Según estos planteamientos, es válido cobrar precios mayores a los compradores que tienen una demanda menos elástica, porque tienen mayor capacidad de pago (precio de reserva mayor).

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 020 -ST/2013<br>Página 91 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

En estos casos, la diferenciación de precios puede justificarse si permite incrementar la oferta y cubrir costos fijos elevados<sup>178</sup>.

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

En la jurisprudencia del OSIPTEL se ha considerado que los casos en que **no se encuentre una explicación objetiva para el trato diferenciado**<sup>179</sup>, 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 ilícita<sup>180</sup>.

Asimismo, en la jurisprudencia del OSIPTEL se ha desarrollado en forma enunciativa los siguientes criterios a ser analizados para identificar si una práctica está dirigida a **excluir al competidor**<sup>181</sup>:

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

Por otro lado, se deberá precisar en los nuevos Lineamientos que en el caso de la venta de insumos para la prestación de servicios de telecomunicaciones (mercado mayorista),

<sup>177</sup> RYDYARD, Derek. "Domco's Dilemma - When is Price Competition Anti-Competitive". European Competition Law Review 1999, 20 (6). RYDYARD, Derek. "Exclusionary Pricing and Price Discrimination Abuses under Article 82 – an Economic Analysis". European Competition Law Review 2002, 23 (6), p. 289.

<sup>178</sup> Si tal diferenciación no incrementa la producción, es más probable que se trate de una discriminación de precios.

<sup>179</sup> 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.

<sup>180</sup> 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).

<sup>181</sup> Gerencia de Relaciones Empresariales del OSIPTEL. Instructivo para la evaluación e investigación de prácticas anticompetitivas: Discriminación (2005).

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 020 -ST/2013<br>Página 92 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

es necesario considerar que, en determinadas circunstancias, una estrategia anticompetitiva de discriminación de precios puede analizarse como un estrechamiento de márgenes. En tal sentido, cuando una estrategia de precios discriminatorios no permita al competidor aguas abajo obtener un margen de ganancia razonable, debe encausarse dicha conducta como una práctica de estrechamiento de márgenes.

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

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

### 7.3. Empaquetamientos

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

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

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

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

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

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 020 -ST/2013<br>Página 93 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

si el operador ata los insumos para los cuales ejerce una posición dominante con los insumos que pueden ser suministrados por terceros.

La LRCA, por su parte, establece en su artículo 10º, numeral 10.2, inciso c), que se considera abuso de posición de dominio a las conductas que impliquen subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones **adicionales** que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

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

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

Al respecto, se debe precisar en los nuevos Lineamientos que el **empaquetamiento** es una práctica que consiste en la venta de dos o más bienes de forma conjunta, como si se tratase de uno solo<sup>182</sup>. Dentro de esta categoría genérica tenemos los siguientes tipos<sup>183</sup>:

- **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 también<sup>184</sup>.

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

<sup>182</sup> O' DONOGHUE, R. y J. PADILLA "The Law and Economics of Article 82". Hart Publishing : Oxford, 2006, p. 477.

<sup>183</sup> Cabe señalar que dichas distinciones se encuentran recogidas en el Informe N° 004-CCO/2011 que obra en el expediente.

<sup>184</sup> O' DONOGHUE R. y PADILLA, J. Op. cit.

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | Nº 020 -ST/2013<br>Página 94 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

los empaquetamientos puros no se pueden comprar por separado ninguno de los productos que forman parte del paquete<sup>185</sup>.

En nuestra legislación las ventas atadas y los empaquetamientos puros se encuentran tipificados en el literal b) del artículo 10.2º del Decreto Legislativo Nº 1034, 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 naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos”*. Las ventas atadas y los empaquetamientos puros pueden presentarse bajo distintas modalidades en el mercado de servicios de telecomunicaciones, tanto del segmento mayorista como el minorista.

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

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

Una primera aproximación que puede considerarse es la planteada por **la Comisión Europea** en su propuesta para evaluar las prácticas de ventas atadas y empaquetamientos bajo el artículo 82 del Tratado de Roma. Bajo esta perspectiva se requiere de los siguientes requisitos<sup>186</sup>:

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

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

<sup>185</sup> TIROLE, Jean. “The Analysis of Tying Cases: A Primer”; en: Competition Policy International, Vol. 1 Nº 1 Spring 2005; p.7 y 8.

<sup>186</sup> European Commission, DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses: Public consultation (2005), p. 80-90.

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 020 -ST/2013<br>Página 95 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

En este punto debe tenerse en cuenta la denominada **distribución conjunta** en la que los dos bienes han sido diseñados como un conjunto por el productor y no dependen de los requerimientos del comprador (un ejemplo evidente son los automóviles que suponen la venta conjunta de la carrocería, el motor, las llantas, etc.)<sup>187</sup>.

- **Efectos de exclusión.** La práctica debe estar destinada a excluir a los competidores. Al respecto, puede evaluarse la exclusión de competidores en el **mercado del bien vinculado** considerando qué parte de los clientes quedan sujetos a la atadura o empaquetamiento y si esa porción de la demanda es considerable<sup>188</sup>.

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

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

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

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

Cabe precisar que los criterios antes señalados no se encuentran exentos de críticas, por lo que se requiere de un cuidadoso análisis caso por caso<sup>189</sup>.

<sup>187</sup> TIROLE, Jean. Op. Cit., p. 8-9.

<sup>188</sup> En los casos de **ventas atadas** y **empaquetamientos puros** se priva a los competidores en el mercado del bien vinculado de acceder a parte importante de los compradores. En los **empaquetamientos mixtos** el aspecto principal a ser evaluado es si el descuento ofrecido por la compra conjunta resulta tan atractivo que hace que competidores eficientes en el mercado del bien vinculado no puedan competir con la venta del conjunto o "paquete".

<sup>189</sup> Algunas de las críticas que se han planteado respecto de estos criterios de evaluación de estas prácticas son que la Comisión Europea: (i) considere que puede ser inválido que se aten o empaqueten bienes incluso

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 020 -ST/2013<br>Página 96 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

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

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

#### 7.4. Prácticas con efectos depredadores

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

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

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

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

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

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

---

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

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 020 -ST/2013<br>Página 97 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

#### 7.4.1 Precios Predatorios<sup>190</sup>

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

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

Los precios predatorios son definidos en términos económicos como una reducción de precios que es rentable solo por el poder de mercado adicional que ganará el infractor como resultado de eliminar, disciplinar o de otra forma inhibir el desarrollo competitivo de un rival o potencial rival.

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

Durante un largo periodo, el marco de análisis propuesto por McGee para la evaluación de precios predatorios fue la única teoría económica coherente respecto de la práctica de precios predatorios<sup>191</sup>.

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

Este modelo, sin embargo, ha sido cuestionado por **casos exitosos de predación**<sup>192</sup>, así como por diversos **modelos teóricos**. La principal crítica que se le hizo es que dicho modelo partía de un marco de **análisis estático** y adoptaba un modelo de mercado en el

<sup>190</sup> Las ideas desarrolladas en este apartado se basan principalmente en lo desarrollado en: BOLTON, BRODLEY y RIORDAN. "Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy"; KWOKA, John y Larry White. *The Antitrust Revolution*. Fourth Edition. MIT Press, 2005. y MOTTA, Massimo. Op cit.

<sup>191</sup> MCGEE, John Predatory Price Cutting: The Standard Oil (N.J.) Case. En "Journal of Law and Economics", Octubre 1958, p. 168.

<sup>192</sup> Al respecto, BOLTON, BRODLEY y RIORDAN mencionan una serie de casos de prácticas predatorias desarrolladas exitosamente en diversas industrias. Incluso, precisan que un nuevo examen del caso Standard Oil, utilizado por McGee para sustentar su teoría de la irracionalidad de las prácticas de precios predatorios, evidenciaba que dicha empresa incurrió en prácticas predatorias, no necesariamente de precios, en contra de sus rivales.

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 020 -ST/2013<br>Página 98 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

que los productos eran homogéneos, no existían barreras de entrada y los agentes poseían información perfecta.

Los nuevos modelos, en cambio, plantean un análisis de precios predatorios en un **mercado dinámico**, con **información imperfecta y asimétrica**, en el cual las conductas estratégicas pueden resultar rentables. Estos modelos consideran que el operador establecido (“*incumbent*”) posee mayor información que el rival, y aprovecha esta situación para influir en sus **expectativas** con relación al mercado. Es importante destacar que en estos modelos no es necesario que el rival salga del mercado, sino simplemente disciplinar su comportamiento o evitar que se expanda<sup>193</sup>.

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

- (i) **Modelos de señalización.**- De acuerdo con estos modelos, propuestos por Saloner<sup>194</sup>, el operador establecido (“*incumbent*”) puede tratar de confundir al rival y pretender tener costos menores a los reales, con el objetivo de desincentivar la entrada del rival en los otros mercados en los cuales participa.
- (ii) **Modelos de reputación.**- De acuerdo con estos modelos, propuestos por los economistas Milgrom y Roberts<sup>195</sup>, y Kreps y Wilson<sup>196</sup>, el operador establecido (“*incumbent*”) puede pretender costos menores, con el objetivo de construir una reputación de competidor sumamente agresivo, a fin de disuadir el ingreso de rivales en otros mercados en los cuales participa.

Cabe destacar que, de acuerdo con los nuevos enfoques de las conductas predatorias de precios, esta práctica puede representar una amenaza especial en aquellos mercados que experimentan un **rápido crecimiento**, en industrias con un **alto nivel de desarrollo tecnológico**, que normalmente involucran **altos grados de innovación**<sup>197</sup>.

<sup>193</sup> MARTÍNEZ, Martha y QUINTANA, Eduardo. La Necesidad de tomar nuevos rumbos en la aplicación de Políticas de Competencia en el Perú: a propósito de las prácticas anticompetitivas de precios. En: Derecho & Sociedad N° 28. (2007).

<sup>194</sup> ORDOVER, Janusz A. and SALONER, Garth (1989): Predation, Monopolization, and Antitrust. En: R Schmalensee & R. Willig, Handbook of Industrial Organization, edition 1, volumen 1, chapter 9, p 537-596 Elsevier.

<sup>195</sup> MILGROM, Paul & John Roberts. *New Theories of predatory pricing*.

<sup>196</sup> KREPS, D and WILSON, R. Reputation and Imperfect Information. En: Journal of Economic Theory, 27, p. 253 – 279.

<sup>197</sup> Al respecto, se pone como ejemplo de esta práctica el supuesto en el que una firma dominante en un mercado caracterizado por el rápido cambio tecnológico reduzca bruscamente sus precios como respuesta al ingreso de un nuevo competidor a fin de desincentivar que el entrante siga desarrollando nuevos productos. Si, el entrante enfrenta escenarios pocos rentables debido a sus altos costos, o a una débil demanda, a un exceso de capacidad en la industria, a una agresiva conducta de sus competidores; el entrante puede reducir sus previsiones iniciales respecto de la rentabilidad del mercado. Si el capital que planeaba invertir, puede tener usos alternativos igual de rentables, ello podría conducirlo a salir de la industria. Si decidiese permanecer en la industria, igualmente podría verse disuadido de realizar nuevas inversiones o desarrollar nuevos productos para la industria. Al mismo tiempo, otras firmas podrían verse disuadidas de ingresar a la

|   |           |                                     |
|---|-----------|-------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | Nº 020 -ST/2013<br>Página 99 de 111 |
|   | INFORME   |                                     |

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

- (a) El sacrificio de los beneficios de corto plazo.
- (b) La capacidad de incrementar los beneficios en el largo plazo a través del ejercicio de poder de mercado, una vez que la conducta predatoria resulte exitosa<sup>198</sup>.

De acuerdo con ello, Motta<sup>199</sup> propone un test considerando las siguientes etapas:

1. Análisis de la industria con el propósito de determinar el grado de **poder de mercado** de la firma que se ha considerado como dominante. Solo se continuará con el análisis si la firma es dominante.
2. Análisis de la **relación entre precios y costos**:
  - Un precio por encima de los costos totales medios debería ser considerado definitivamente como permitido por la norma, sin excepciones.
  - Un precio por debajo de los costos totales medios pero por encima de los costos variables medios debería presumirse como legítimo en principio, atribuyéndose al demandante la carga de probar lo contrario.
  - Un precio por debajo de los costos variables medios debe presumirse como anticompetitivo, salvo que el demandado pruebe lo contrario.

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

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

La experiencia del OSIPTEL en el análisis de este tipo de prácticas ha sido bastante limitada<sup>200</sup>. No obstante, esta práctica recibe mucha atención en mercados como los de

---

industria. En cualquiera de estos escenarios, el predador obtendría beneficios. MILGROM, Paul & ROBERTS, Op. cit.

<sup>198</sup> De acuerdo con Motta es en base a estos dos elementos que la definición legal de los precios predatorios debería ser construida.

<sup>199</sup> MOTTA, Massimo. Op cit., p.442-443.

<sup>200</sup> En el único pronunciamiento emitido por el OSIPTEL sobre la materia ha considerado que los operadores verticalmente integrados que ofrecen varios servicios, unos en competencia y otros como proveedor predominante, tienen incentivos a aplicar subsidios cruzados predatorios. No obstante, tratándose de casos en que uno de los servicios que se ofrece es un insumo esencial y el otro servicio final, el OSIPTEL ha enfrentado dificultades al evaluar la existencia de subsidios cruzados, pasando a un análisis más cercano al

|   |           |                                      |
|---|-----------|--------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | Nº 020 -ST/2013<br>Página 100 de 111 |
|   | INFORME   |                                      |

telecomunicaciones, debido a la posibilidad de que a través de dicho mecanismo, operadores con poder de mercado y, en particular, los establecidos que heredaron los monopolios estatales, puedan limitar el desarrollo de nuevos competidores a través del subsidio a nuevas actividades con fondos que provienen de mercados donde en la actualidad disfrutaban de una posición dominante.

Las agencias de competencia y reguladores han buscado evitar que dichos operadores (y en general empresas integradas verticalmente) apliquen subsidios cruzados para mantener o trasladar su posición de dominio, a través del **establecimiento de reglas** que buscan **dividir las actividades** en las que opera la empresa en diferentes mercados, con el propósito de aplicar las normas de competencia. La posición del operador establecido es evaluada separadamente respecto de cada uno de estos mercados<sup>201</sup>.

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

Al respecto, debe señalarse que los Lineamientos para Desarrollar y Consolidar la Competencia y la Expansión de los Servicios de Telecomunicaciones en el Perú, establecieron que los operadores pueden ofrecer **esquemas de tarifas diferenciadas** según la **ubicación geográfica** de los usuarios o el **tipo de consumo** de los mismos (residencial o comercial). Asimismo, se contempló que, en caso de utilizarse criterios geográficos, la diferenciación se regiría por criterios de equidad, favoreciendo a los departamentos distintos a Lima y de la Provincia Constitucional del Callao<sup>202</sup>.

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

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

Por tal razón, considerando que los subsidios cruzados no siempre serán anticompetitivos, y dado que su ocurrencia será más probable cuando se combinen con una estrategia de predación de precios, se ha visto conveniente incluir a los subsidios

---

de discriminación entre el precio cobrado por un insumo esencial a la empresa vinculada y el otro cobrado a los competidores de esta.

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

<sup>201</sup> Estos mercados son considerados como unidades a partir de las cuales se evalúa el grado de competencia a efectos de identificar en que segmentos las condiciones son propicias para un funcionamiento adecuado del mercado.

<sup>202</sup> Lineamientos para Desarrollar y Consolidar la Competencia y la Expansión de los Servicios de Telecomunicaciones en el Perú, aprobados e incorporados al Decreto Supremo Nº 020-98-MTC, mediante Decreto Supremo Nº 003-2007-MTC, artículo 4º, numeral 4.

|   |           |                                      |
|---|-----------|--------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | Nº 020 -ST/2013<br>Página 101 de 111 |
|   | INFORME   |                                      |

cruzados dentro del acápite correspondiente a los precios predatorios en los nuevos Lineamientos.

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

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

#### 7.4.2. Estrechamiento de márgenes o “*price squeeze*”

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

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

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

Este tipo de práctica puede tener gran incidencia en el mercado de telecomunicaciones debido a que involucra el **aprovechamiento indebido del control de una facilidad esencial** para reducir los márgenes de los competidores en mercados relacionados, a través de los **precios de transferencia** que se cobran por dicho insumo a las empresas vinculadas<sup>203</sup>.

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.

<sup>203</sup> Puede verse: BRUNEKREEFT, VAN DAMME, LAROCHE y SORANA. On the law and economics of price squeeze in telecommunications markets, Tilburg University, 2005. GERADIN, D. y O'DONOGHUE, R. “The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: the Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector”, en: *The Global Competition Law Centre Working Paper 04/05 (2005)*. PRIETO, E. y RODRÍGUEZ, J. “Price squeeze en telecomunicaciones”, en: *Perspectivas en Telecomunicaciones* N° 3 (NERA, diciembre 2005).

|   |           |                                      |
|---|-----------|--------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 020 -ST/2013<br>Página 102 de 111 |
|   | INFORME   |                                      |

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

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

## 7.5 El abuso de procesos legales

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

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

El abuso de los procesos se configura cuando los procesos legales iniciados no se encuentran dirigidos o motivados por una **expectativa legítima de tutela efectiva por parte de los administrados**, sino que tienen como finalidad producir, real o potencialmente, un efecto restrictivo de la competencia<sup>204</sup>.

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

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

<sup>204</sup> La doctrina *Noerr-Pennington*, que desarrolló la práctica jurisprudencial que sirve de antecedente a la figura del abuso de procesos legales como conducta anticompetitiva, señala que, si bien las acciones para inducir al gobierno a realizar actos en el propio interés no pueden ser la base para una infracción a las normas de libre competencia, aun si la conducta tiene un efecto anticompetitivo, aquellos actos dirigidos a influir la acción gubernamental para encubrir intentos de interferir en las relaciones empresariales de un competidor no son inmunes a las normas de libre competencia. Esta excepción "*sham exception*" (lit. excepción por farsa) apunta a dejar en claro que el uso de procesos que no se encuentren dirigidos o motivados por una expectativa legítima de tutela de situaciones jurídicas del accionante sino que buscan limitar o entorpecer la competencia son violatorios de las normas de libre competencia.

|   |           |                                      |
|---|-----------|--------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | Nº 020 -ST/2013<br>Página 103 de 111 |
|   | INFORME   |                                      |

- Los sujetos contra los que se dirigen las acciones legales (competidores actuales, potenciales entrantes, autoridades vinculadas con el establecimiento de las reglas de entrada, mantenimiento y salida del mercado, etc.).

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

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

## 8 Prácticas Colusorias: Verticales y Horizontales

El artículo 6º del Decreto Legislativo N° 701 definía las prácticas restrictivas de la libre competencia como aquellos acuerdos, decisiones, recomendaciones, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia. Asimismo, enumeraba aquellas prácticas consideradas restrictivas de la libre competencia<sup>205</sup>.

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

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

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

<sup>205</sup> De acuerdo con el artículo 6º, del Decreto Legislativo 701, son prácticas restrictivas de la libre competencia:

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

|   |           |                                      |
|---|-----------|--------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 020 -ST/2013<br>Página 104 de 111 |
|   | INFORME   |                                      |

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

Asimismo, la LRCA replica el contenido del Decreto Legislativo 701 referido a qué prácticas pueden constituir prácticas colusorias, mejorando su redacción en algunos supuestos e incluyendo nuevos casos<sup>206</sup>.

De otro lado, la LRCA establece expresamente que determinadas prácticas de concertación horizontal constituyen **prohibiciones absolutas**, motivo por el cual solo bastaría acreditar la realización de tal conducta para que la infracción se configure<sup>207</sup>.

La prohibición absoluta está referida a las **prácticas colusorias inter-marca**, puesto que será en la competencia entre productos o servicios de distintos

<sup>206</sup> Decreto Legislativo N° 1034, Artículo 11.- Prácticas colusorias horizontales.-

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

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

<sup>207</sup> Decreto Legislativo N° 1034, Artículo 11.- Prácticas colusorias horizontales.-

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

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

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

|   |           |                   |
|---|-----------|-------------------|
|  | DOCUMENTO | Nº 020 -ST/2013   |
|   | INFORME   | Página 105 de 111 |

agentes económicos donde resultarán directamente nocivas e injustificadas las prácticas colusorias.

Cabe precisar que estas prácticas consideradas como prohibiciones absolutas son aquellas internacionalmente reconocidas como **inherentemente anticompetitivas**, por tratarse de prácticas altamente nocivas para la competencia y los mercados por permitir a las empresas **ejercer poder de mercado** sobre la totalidad o parte de un mercado, de manera tal que redundan en menores cantidades de bienes o servicios ofrecidos, precios mayores a los que existirían en un entorno sin la restricción a la competencia, ineficiencias productivas de las empresas y retrasos en la innovación por parte de las mismas. Por tales motivos, dichas conductas generan una pérdida de bienestar para la sociedad<sup>208</sup>.

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

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

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

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

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

De otro lado, esta definición de prácticas colusorias verticales habría terminado por zanjar la discusión teórica respecto de cómo debía sancionarse una colusión vertical bajo el Decreto Legislativo Nº 701: si por abuso de posición de dominio o por práctica colusoria.

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

<sup>208</sup> Decreto Legislativo Nº 1034- Exposición de Motivos.

|   |           |                                      |
|---|-----------|--------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 020 -ST/2013<br>Página 106 de 111 |
|   | INFORME   |                                      |

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

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

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

La figura de “las prácticas colusorias verticales” no se encontraba tipificada en la anterior normativa de libre competencia, siendo una nueva figura establecida en la LRCA. Al respecto, las modalidades de prácticas colusorias verticales son las mismas que las de abuso de posición de dominio, conforme a lo que establece la LRCA<sup>209</sup>, y exigen que una

<sup>209</sup> LRCA, Artículo 10.- El abuso de la posición de dominio.-

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

- Negarse injustificadamente a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios;
- 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;
- 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;
- Obstaculizar de manera injustificada a un competidor la entrada o permanencia en una asociación u organización de intermediación;
- Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados;
- Utilizar de manera abusiva y reiterada procesos judiciales o procedimientos administrativos, cuyo efecto sea restringir la competencia;
- Incitar a terceros a no proveer bienes o prestar servicios, o a no aceptarlos; o,
- 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).

|   |           |                                      |
|---|-----------|--------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 020 -ST/2013<br>Página 107 de 111 |
|   | INFORME   |                                      |

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

Debido a que la LRCA no establece una regla clara que precise cuándo una determinada conducta debe ser investigada como un abuso de posición de dominio y cuándo como una práctica colusoria vertical, la práctica jurisprudencial ha sido la de investigar una determinada conducta dentro de un mismo procedimiento como un supuesto de abuso de posición de dominio y, a la vez, como una práctica colusoria vertical<sup>210</sup>.

Sin embargo, si bien se puede investigar una misma conducta como conducta de abuso de posición de dominio y como práctica colusoria vertical, no se podrá sancionar por los dos tipos contemplados en la normativa de libre competencia, en la medida que nos encontraríamos en un supuesto que podría vulnerar el principio de *non bis in idem*, contemplado en el numeral 10 del artículo 230º de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, como un principio rector de la potestad sancionadora administrativa, funcionando de esta manera como una garantía a favor del administrado a quien no se le podrá imponer sucesiva o simultáneamente dos sanciones administrativas por el mismo hecho en los casos en que se verifique la triple identidad: sujeto, hecho y fundamento<sup>211</sup>. En estos casos el bien jurídico protegido es el mismo: la libre competencia.

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

En relación al elemento diferenciador entre las prácticas colusorias y el abuso de posición de dominio, se debe conocer la naturaleza u origen de las conductas investigadas.

<sup>210</sup> Tanto en el OSIPTEL como en el INDECOPI se han visto procedimientos en los que las conductas han sido analizadas como prácticas colusorias y al mismo tiempo como actos de abuso de posición de dominio. Ver: Expediente N° 006-99-CCO, procedimiento seguido por Tele Cable S.A. contra Telefónica del Perú S.A.A. y Telefónica Multimedia S.A.C., Expediente N° 006-2011-CCO-ST/LC, procedimiento seguido por Red de Comunicaciones Digitales S.A.C. contra Televisión San Martín S.A.C. y Empresa de Radiodifusión Comercial Sonora Tarapoto S.R.L. (Cuerpos Colegiados del OSIPTEL); Expediente N° 003-2003-CLC, procedimiento seguido por las empresas Group Multipurpose S.R.L. -Gromul S.R.L. y Dispra E.I.R.L. contra las empresas Química del Pacífico S.A. y Clorox del Perú S.A. (Comisión de Libre Competencia del INDECOPI).

<sup>211</sup> 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.

|   |           |                                      |
|---|-----------|--------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 020 -ST/2013<br>Página 108 de 111 |
|   | INFORME   |                                      |

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

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

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

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

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

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

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

|   |           |                                      |
|---|-----------|--------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 020 -ST/2013<br>Página 109 de 111 |
|   | INFORME   |                                      |

sancionada según sea leve, grave o muy grave sobre la base de Unidades Impositivas Tributarias (UIT) con las siguientes multas:

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

En cuanto al cálculo de la multa, Wils<sup>212</sup> señala que esta puede contribuir de tres maneras a prevenir un abuso a las normas de competencia: (i) mostrando una amenaza creíble de que la empresa será sancionada -efecto disuasorio, (ii) enviando un mensaje a quienes piensen infringir las normas -efecto moral, y (iii) mostrando políticas de “clemencia” mediante el uso de agravantes y atenuantes que afectan el monto de una multa impuesta.

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

En la misma línea, Ginsburg y Wright<sup>213</sup> señalan que debido a que las probabilidades de detección y castigo no son perfectas e incrementarlas es costoso, las sanciones óptimas deben exceder el costo social del delito, de modo que la sanción esperada se iguale al daño que la falta puede provocar. Así, en el caso de un cartel, estos autores señalan que la sanción total óptima debe consistir en una multa equivalente al beneficio esperado del infractor multiplicado por la inversa de la probabilidad de detección. Esto con la idea de que las sanciones deben ser suficientes para hacer que el valor esperado de la conducta ilegal sea igual a cero.

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

<sup>212</sup> Wouter P.J. Wils, “Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice” (2006) 29 World Competition, Issue 2, p. 183–208

<sup>213</sup> Douglas H. Ginsburg y Joshua D. Wright, “Antitrust Sanctions”. Competition Policy International, otoño 2010, Vol. 6. No.2.

|   |           |                                      |
|---|-----------|--------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 020 -ST/2013<br>Página 110 de 111 |
|   | INFORME   |                                      |

- (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 razonabilidad<sup>214</sup>. Este principio prevé que la comisión de la conducta sancionable –y en consecuencia, asumir la sanción– no debe resultar más ventajosa para el infractor que cumplir con las normas infringidas, por lo que presupone una función disuasiva de la sanción, la misma que debe lograr desincentivar la realización de infracciones por parte de los agentes económicos en general. En ese sentido, la normativa aplicable al cálculo de las multas en libre competencia sigue el enfoque disuasorio.

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

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

<sup>214</sup> **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(...).

|   |           |                                      |
|---|-----------|--------------------------------------|
|  | DOCUMENTO | N° 020 -ST/2013<br>Página 111 de 111 |
|   | INFORME   |                                      |

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.

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