

RESOLUCIÓN DE CUERPO COLEGIADO N° 001 -2003-CCO/OSIPTEL

Lima, 20 de mayo de 2003

EXPEDIENTE	Expediente N° 001-2003-CCO-ST/LC
MATERIA	LIBRE COMPETENCIA
ADMINISTRADOS	TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A (TELEFÓNICA) BELLSOUTH PERÚ S.A.A. (BELLSOUTH, antes Tele 2000 S.A.) NEXTEL DEL PERÚ S.A. (NEXTEL) TELEFÓNICA ITALIA MOBILE PERÚ S.A.C. (TIM) TELEFÓNICA MÓVILES S.A.C. (TMÓVILES)

VISTO:

El Informe N° 012-2002/ST emitido por la Secretaria Técnica el 12 de diciembre de 2002, mediante el cual se concluye que resulta conveniente realizar una investigación más profunda para determinar si se llegó efectivamente a un acuerdo entre las empresas que prestan servicios de telefonía móvil para retrasar el ingreso a la facturación al segundo y si tal comportamiento respondió a una recomendación por parte de TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. (en adelante, TELEFÓNICA).

CONSIDERANDO:

I. EMPRESAS INVOLUCRADAS

TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A (TELEFÓNICA) es una empresa privada constituida en el Perú que, de acuerdo con las concesiones otorgadas por el Estado mediante contratos, brinda servicios públicos de telecomunicaciones de diversa índole. El 16 de mayo de 1994, la Compañía Peruana de Teléfonos S.A. y Entel Perú S.A. —actualmente fusionadas en TELEFÓNICA— suscribieron dos contratos de concesión con el Estado Peruano, en virtud de los cuales TELEFÓNICA se encuentra autorizada para prestar, entre otros, los servicios públicos de telefonía fija y portadores locales, de larga distancia nacional y de larga distancia internacional.

BELLSOUTH PERÚ S.A.A. (BELLSOUTH, antes Tele 2000 S.A.) es una empresa privada constituida en el Perú que cuenta con concesión para prestar el servicio de telefonía móvil en todo el territorio nacional. Mediante Resolución N° 440-91-TC/15.17, Tele 2000 S.A. obtiene la concesión para prestar el servicio de telefonía móvil en Lima y Callao (Zona I). Posteriormente, mediante Resolución N° 250-98-MTC/15.03 obtiene la concesión para prestar el servicio de telefonía móvil en provincias (Zona II), a través de la banda B.

NEXTEL DEL PERÚ S.A. (NEXTEL) es una empresa constituida en el Perú con concesión para prestar el Servicio Móvil de Canales Múltiples de Selección Automática (Troncalizado) en el departamento de Lima, en la Provincia Constitucional del Callao (Resoluciones N° 385-98-MTC/15.03 y 102-2000-MTC.15.03), y otros departamentos.

TELEFÓNICA ITALIA MOBILE PERÚ S.A.C. (TIM) es una empresa constituida en el Perú que cuenta con la concesión para prestar el servicio de comunicaciones personales (PCS) en el territorio nacional. Mediante Resolución N° 217-2000-MTC/15.03 de fecha 7 de mayo de 2000, TIM obtiene la concesión para prestar el servicio de comunicaciones personales (PCS).

TELEFÓNICA MÓVILES S.A.C. (TMÓVILES) es una empresa privada constituida en el Perú que cuenta con concesión para prestar el servicio de Telefonía Móvil en todo el territorio nacional (Zonas 1 y 2). En virtud de la transferencia de las concesiones del servicio de telefonía móvil de Telefónica del Perú S.A.A. en favor de TM, aprobada por Resolución Viceministerial N° 311-99-MTC/15.03, esta última adquiere la calidad de concesionaria del servicio de telefonía móvil a partir de 1 de enero de 2000.

II. ANTECEDENTES

1. Durante los primeros meses del 2002, la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores del Congreso de la República elaboró el proyecto de ley para que la facturación de las llamadas originadas en teléfonos fijos se efectuara al segundo y no al minuto como venía haciéndose. Este proyecto fue aprobado por el Congreso y remitido al Ejecutivo.
2. Dicha situación generó una gran presión de la opinión pública y de algunos representantes del Congreso sobre TELEFÓNICA, la misma que se hizo más persistente a partir de una nueva iniciativa legislativa dirigida a eliminar el cobro de la renta básica en la telefonía fija.
3. Con el fin de discutir los temas que estaban siendo objeto de las iniciativas del Congreso y resolver las diferencias existentes, se estableció una mesa de diálogo entre representantes del Ejecutivo y TELEFÓNICA.
4. El miércoles 23 de octubre de 2002, TIM anunció, a través de su director gerente general y de su director comercial, que a partir del 15 de noviembre de 2002 las llamadas de un teléfono fijo a un teléfono móvil de su empresa serían calculadas y cobradas al segundo y no al minuto, como venía haciéndose hasta ese momento. Al hacer tal anuncio TIM habría señalado que si bien TELEFÓNICA factura y cobra estas llamadas, la tarifa es fijada por el operador móvil y que TELEFÓNICA no debería tener problemas para facturar al segundo en tanto habían operadores fijos que podían hacerlo en un día.
5. El 25 de octubre de 2002, al terminar una conferencia de prensa para anunciar una alianza estratégica entre TMÓVILES y Solgas-Repsol, el señor Iván Ciganer, Gerente de Marketing y Nuevos Servicios de TMÓVILES, indicó según diversas notas periodísticas aparecidas al día siguiente, que meses atrás todos los operadores de telefonía móvil habían decidido el cobro al segundo de las llamadas de teléfono fijo a móvil, pero que habían acordado anunciarlo conjuntamente cuando los sistemas de TELEFÓNICA estuvieran en condiciones de hacer la facturación al segundo, lo cual podía demorar entre 6

meses y un año. Las notas periodísticas agregaron que el señor Ciganer habría señalado que TIM había roto un “pacto de caballeros” al realizar el anuncio individualmente, aunque ello era parte de la competencia, pero era un anuncio grave considerando que TELEFÓNICA es quien efectúa la facturación y debe adecuar técnicamente sus sistemas para la facturación al segundo.

6. El 26 de octubre de 2002, TIM desmintió lo señalado por el funcionario de TMÓVILES mediante comunicado de prensa en el que expresó que ella no había participado en ningún acuerdo entre todos los operadores de telefonía celular ya que esto constituiría una violación de las normas de libre competencia. Asimismo, TIM mencionó que el anuncio realizado fue una iniciativa comercial evaluada exhaustivamente y comunicada oportunamente a las partes involucradas y al organismo regulador.
7. De los otros operadores de telefonía móvil sólo BELLSOUTH, se refirió a las declaraciones del señor Ciganer. Según una nota periodística, el vicepresidente legal y de asuntos regulatorios de dicha empresa, Dr. Rafael Muelle, habría señalado, ante la pregunta de si había existido el supuesto pacto de caballeros, que ese era un tema irrelevante y que lo importante era que TIM había tenido una libre iniciativa que es normal dentro de un estado de libre competencia.
8. La Gerencia de Relaciones Empresariales (GRE), en su calidad de Secretaría Técnica de los Cuerpos Colegiados, adoptó diversas medidas y acciones a fin de realizar una investigación preliminar que le permitiera determinar si correspondía iniciar un procedimiento de oficio por infracción a las normas de libre competencia. Estas medidas y acciones se dirigieron a identificar indicios razonables de la supuesta concertación e incluyen pedidos de información, entrevistas con funcionarios de las distintas empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones, así como coordinaciones externas e internas solicitando apoyo de otras áreas. El periodo definido para la investigación abarcó desde febrero de 2002, fecha en la cual se habrían producido las primeras reuniones entre las empresas promovidas por ADEPSEP, hasta octubre de 2002.
9. En cuanto a los pedidos de información mencionados, con fecha 30 de octubre de 2002, se procedió a solicitar, a través de la Gerencia General, que las cuatro empresas de telefonía móvil y TELEFÓNICA presenten información relativa a:
 - Fecha y lugar de las reuniones entre operadores de telefonía móvil celular, de comunicaciones personales y troncalizado, en las que se haya tratado el tema de la aplicación del sistema de cobro al segundo para las llamadas de teléfonos fijos a teléfonos móviles, indicando aquellas reuniones a las que hayan asistido representantes de su empresa.
 - Empresa o empresas que propusieron la realización de las mencionadas reuniones.
 - Aspectos específicos tratados en dichas reuniones, precisando los puntos de discusión y/o propuestas planteadas sobre cada aspecto, señalando el nombre de la empresa o persona que los planteó.

10. Dicha información fue presentada por las empresas entre el 5 y el 6 de noviembre de 2002, señalando las reuniones que habían tenido, sus participantes y los temas tratados.
11. Asimismo, con fecha 15 de noviembre de 2002, se solicitó a la Asociación de Empresas Privadas de Servicios Públicos (ADEPSEP) la siguiente información:
 - Copias de las agendas correspondientes a las reuniones en las que participaron empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones, así como de las actas correspondientes a dichas reuniones, desde enero de 2002 hasta la actualidad.

Esta institución presentó la referida información el 20 de noviembre de 2002, solicitando que la misma fuera declarada confidencial y mantenida con carácter reservado. Mediante Resolución N° 425-2002-GG/OSIPTEL, de fecha 27 de noviembre de 2002, la Gerencia General de OSIPTEL denegó la solicitud de confidencialidad en la modalidad de reservada que presentó la ADEPSEP¹. No obstante lo anterior, la Gerencia General consideró que habiendo sido presentada dentro de una investigación preliminar, dicha información tenía el carácter de restringida en tanto dicha investigación preliminar se encuentre en trámite.

12. De otro lado, considerando las declaraciones que dieron origen a la investigación preliminar y la información sobre los asistentes a las reuniones sostenidas entre las empresas antes señalada, GRE sostuvo entrevistas con los siguientes funcionarios de las empresas en las fechas indicadas:
 - 7 de noviembre de 2002 señor Iván Ciganer, Gerente de Marketing y Nuevos Servicios de TMÓVILES, quien estuvo acompañado por la Dra. Elizabeth Galdo.
 - 7 de noviembre de 2002. Dra. Virginia Nakagawa, Vicepresidenta Legal, Civil y de Regulación de AT&T Perú S.A.
 - 8 de noviembre de 2002. Dr. Juan Rivadeneyra, Gerente de Marco Regulatorio de TIM.
 - 11 de noviembre de 2002. Dr. Alfonso de Orbegoso, Director Legal y de Asuntos Regulatorios NEXTEL, quien estuvo acompañado por la Dra. Cayetana Aljovín.
 - 11 de noviembre de 2002. Dr. Rafael Munte, Vicepresidente Corporativo, Legal y Asuntos Regulatorios de BELL SOUTH.
 - 12 de noviembre de 2002 señor Javier Manzanares, Gerente General de TMÓVILES, quien estuvo acompañado por la Dra. Elizabeth Galdo.

¹ La Gerencia General consideró que la información contenida en las actas y agendas presentadas por la ADEPSEP no constituye secreto comercial ni industrial, ni su divulgación afectaría a la asociación, a las empresas involucradas ni al mercado, por lo que no cumple con los criterios establecidos en el artículo 6 del Reglamento de Información Confidencial de OSIPTEL, aprobado mediante Resolución N° 049-2001-CD/OSIPTEL.

- 18 de noviembre de 2002. Dr. Jorge Melo-Vega, Gerente Central de Regulación y Planificación Estratégica de TELEFÓNICA, quien estuvo acompañado por la Dra. Mariana Brigneti.

Estas entrevistas fueron debidamente grabadas con la aceptación de las personas entrevistadas y se guarda el registro de las mismas.

13. Adicionalmente, se hicieron las gestiones necesarias para conseguir una reproducción de las declaraciones emitidas por el señor Iván Ciganer que dieron origen a las diversas notas periodísticas mencionadas en los puntos precedentes.
14. Se efectuaron coordinaciones internas a fin de conseguir mayores elementos de juicio para determinar si corresponde iniciar un procedimiento de oficio. Por un lado, considerando las conclusiones preliminares, se solicitó a la Gerencia de Políticas Regulatorias y Planeamiento Estratégico que evaluara con mayor profundidad si el mercado de telefonía móvil peruano presenta las condiciones que facilitan la existencia de acuerdos o concertaciones entre competidores.
15. En atención a la recomendación formulada por la Secretaría Técnica, el Consejo Directivo de OSIPTEL mediante Resoluciones de Consejo Directivo N° 001-2003-CD/OSIPTEL de 21 de enero de 2003 y N° 004-2003-CD/OSIPTEL del 30 de enero de 2003, conformó este Cuerpo Colegiado encargado de evaluar el inicio de un procedimiento de oficio sobre supuestas infracciones a la libre competencia en el mercado de la telefonía móvil.

III. ANÁLISIS DE LA EXISTENCIA DE UNA POSIBLE CONCERTACIÓN

El análisis que se desarrollará a continuación tiene como objetivo determinar si existen indicios suficientes para ordenar la apertura de una investigación sobre la posible existencia de una concertación destinada a retrasar el ingreso a la facturación al segundo de las llamadas fijo-móvil.

3.1 Marco teórico

De acuerdo con el artículo 6 inciso a) del Decreto Legislativo N° 701, se encuentra prohibida la fijación concertada entre competidores de precios u otras condiciones comerciales². Los Lineamientos de Libre Competencia de OSIPTEL señalan al respecto que las concertaciones implican, por un lado, un acuerdo de voluntades entre competidores para actuar todos de una misma forma y, por otro, generan los mismos efectos de un monopolio, es decir, restringen la elección del usuario quien se ve obligado a adquirir los servicios a los precios o en las condiciones en que los proveedores han convenido, al no tener otras opciones alternativas de consumo³.

² Decreto Legislativo N° 701, Ley contra Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia.

Artículo 6.- *“Se entiende por prácticas restrictivas de la libre competencia los acuerdos, decisiones, recomendaciones, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia. Son prácticas restrictivas de la libre competencia: a) La fijación concertada entre competidores de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio”.*

Mediante la concertación las empresas buscan obtener rentas monopólicas, es decir obtener beneficios mayores a los que lograrían en una situación de competencia. Por lo general, las concertaciones no buscan excluir a los competidores del mercado – salvo en el caso de los boicots – sino más bien asegurar la participación de todas las empresas importantes a fin de poder manipular efectivamente la formación de los precios. Para ello existen diversos mecanismos, como la fijación directa de los precios y condiciones de venta, o el reparto de mercados y cuotas de producción. Dichas prácticas afectan al consumidor al cobrarle un precio mayor al de un mercado competitivo y al privarlo de la posibilidad de elegir entre distintas opciones de precios o calidades; asimismo, limitan los incentivos a la eficiencia e innovación de las empresas que participan del acuerdo o concertación.

Las concertaciones entre competidores son un tipo de prácticas anticompetitivas que se demuestran a través de prueba indirecta (indicios y presunciones), en tanto que los infractores cuidan de eliminar las pruebas que pudieran responsabilizarlos. Los Lineamientos de Libre Competencia de OSIPTEL reconocen tal hecho cuando señalan que las concertaciones suelen comprobarse vía la prueba de indicios y presunciones en tanto que los infractores eliminan las pruebas directas que demuestran el acuerdo⁴.

En el ordenamiento legal peruano se ha contemplado la facultad de utilizar los denominados sucedáneos de medios probatorios, como mecanismos para corroborar, complementar o sustituir el valor o alcance de los medios probatorios directos⁵. Entre los sucedáneos de medios probatorios se encuentran los indicios y las presunciones.

Según nuestro ordenamiento legal, se debe considerar indicio a toda circunstancia, signo y en general cualquier hecho suficientemente acreditado que analizado en conjunto con los demás conduzca a una certeza sobre un hecho desconocido. De otro lado, la presunción es el razonamiento lógico-

³ Resolución N° 003-2000-CD/OSIPTEL, Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Libre Competencia en el Ambito de las Telecomunicaciones.

“(…) una de las formas en las que el funcionamiento del mercado puede ser alterado es si los proveedores deciden no competir y sus decisiones son adoptadas en conjunto. Si ello es así, la pluralidad de oferentes, en los hechos, resulta inocua pues, por ejemplo, la fijación concertada de precios, calidades y demás condiciones de comercialización (estas últimas terminan siendo formas indirectas de controlar el precio) restringen la elección del consumidor quien no tendrá más opción que adquirir los bienes o servicios a los precios o de la manera en que los proveedores han convenido, debido a que no tendrá opciones alternativas de consumo. Esto es, una conducta concertada muestra resultados de mercado similares a los que daría un monopolio. De acuerdo con el artículo 6º del Decreto Legislativo N° 701, las prácticas restrictivas de la competencia implican la existencia de un concierto de voluntades de las empresas participantes en el mercado como requisito mínimo para constituir una infracción a la citada norma”.

⁴ Resolución N° 003-2000-CD/OSIPTEL

“Por lo general se podría decir que una práctica será concertada cuando una empresa independiente ajusta consciente y voluntariamente su conducta según los acuerdos establecidos con otra. La prueba de las prácticas concertadas se basa principalmente en indicios y presunciones ya que normalmente las empresas acostumbran eliminar las pruebas directas que demuestran su comportamiento coordinado”.

⁵ El artículo 275 del Código Procesal Civil establece lo siguiente: *“Finalidad de los sucedáneos. Los sucedáneos son auxilios establecidos por la ley o asumidos por el Juez para lograr la finalidad de los medios probatorios, corroborando, complementando o sustituyendo el valor o alcance de éstos”.*

crítico que a partir de uno o más indicios lleva a la certeza del hecho investigado⁶.

El artículo 15º del Decreto Legislativo N° 701 establece que corresponde iniciar una investigación por infracción a las normas de libre competencia si se encuentran indicios “razonables” de la existencia de una conducta sancionable. Es decir, que para abrir un procedimiento la autoridad debe verificar que se acredite la existencia de hechos o circunstancias que razonablemente hagan verosímil la existencia de una conducta sancionable.

Una investigación por presuntas infracciones al Decreto Legislativo N° 701 supone una actuación costosa y compleja de la Administración que además requiere de la participación de aquellos que se encuentren involucrados. Por ello, la ley ha querido establecer un límite a esa facultad de investigar que posee OSIPTEL. El límite es la verosimilitud de la infracción a la luz de los elementos aportados y hallados.

De acuerdo con el Tribunal del INDECOPI para considerar que existen indicios razonables para iniciar una investigación deben concurrir dos elementos: (i) la existencia de un “hecho indicador”, es decir una base de hecho cierta y comprobada; y (ii) la verosimilitud del “hecho indicado”, en otras palabras que a través del razonamiento lógico-crítico se pueda presumir o inferir a partir del “hecho indicador” la existencia de la consecuencia indicada como algo posible. De esta forma, las conclusiones a las que se llegaría mediante un esfuerzo o razonamiento excesivo a partir del hecho indicador deben ser descartadas. Para ello se deben evaluar todas las pruebas en conjunto, incluyendo los posibles contraindicios existentes. De esta forma, si del razonamiento lógico-crítico que se realiza sobre la base del hecho indicador surgen explicaciones que fluyen con mucho mayor naturalidad y sin hacer razonamientos forzados, entonces las explicaciones menos lógicas deben ser descartadas como posibles.

En el caso, debe definirse si corresponde iniciar un procedimiento de oficio por infracción a las normas de la libre competencia, configuradas por un supuesto acuerdo entre las empresas móviles para retrasar el ingreso a la facturación al segundo de las llamadas fijo-móvil. En tal sentido, debe establecerse si puede inferirse como algo posible la existencia de tal concertación.

Siguiendo el esquema de análisis propuesto, debe determinarse si a partir de la investigación preliminar efectuada por la Secretaría Técnica han quedado acreditados los siguientes hechos indicadores: (i) si se realizaron reuniones entre las empresas prestadoras del servicio de telefonía móvil en las cuales se abordó el tema referido al retraso del ingreso a la facturación al segundo de las llamadas fijo-móvil; (ii) si, en efecto, existieron declaraciones del señor Ciganer

⁶ El Código Procesal Civil define el indicio en los siguientes términos:

Artículo 276. *“Indicio. El acto, circunstancia o signo suficientemente acreditado a través de los medios probatorios, adquieren significación en su conjunto cuando conducen al Juez a la certeza en torno a un hecho desconocido relacionado con la controversia”.*

Asimismo, dicha norma define la presunción de la siguiente forma:

Artículo 277. *“Presunción. Es el razonamiento lógico-crítico que a partir de uno o más hechos indicadores lleva al Juez a la certeza del hecho investigado”.*

respecto de un incumplimiento de TIM del supuesto pacto de caballeros celebrado entre las operadoras móviles para retrasar el ingreso a la facturación al segundo de las llamadas fijo-móvil; y, (iii) si TIM anunció el cambio a la facturación al segundo de las llamadas fijo – móvil, antes que los demás operadores de móviles.

Verificado lo anterior, corresponde evaluar la verosimilitud del hecho indicado. Es decir, si resulta posible mediante un análisis crítico-lógico, inferir de manera natural, a partir de los hechos indicadores, la existencia de una concertación para no competir en el mercado de terminación de llamadas fijo-móvil, retrasando el ingreso a la facturación al segundo.

3.2 Los hechos indicadores

Conforme a la investigación preliminar realizada por la Secretaría Técnica han quedado acreditados los siguientes hechos indicadores:

- Las declaraciones del señor Ciganer respecto del incumplimiento de TIM del supuesto pacto de caballeros existente entre las operadoras móviles para ingresar de manera conjunta a la facturación al segundo de las llamadas fijo-móvil.
- Las reuniones celebradas por la ADEPSEP y aquellas convocadas por TELEFÓNICA en las cuales se abordó el tema de la facturación al segundo para las llamadas fijo-móvil. En efecto, conforme a las investigaciones realizadas por la Secretaría Técnica, en el almuerzo organizado por la ADEPSEP el 30 de setiembre de 2002, TELEFÓNICA informó a los demás operadores que estaba evaluando la posibilidad de lanzar paquetes de servicios como respuesta a las iniciativas legislativas del Congreso que buscaban eliminar la renta básica, en tanto con los paquetes los usuarios ya no tendrían que considerar dicho concepto. El 9 de octubre de 2002 se realizaron otras dos reuniones de los operadores convocadas por TELEFÓNICA en las cuales se habrían tratado más específicamente estos temas.
- El anuncio de TIM, a través de su director gerente general y de su director comercial, que a partir del 15 de noviembre de 2002 las llamadas de un teléfono fijo a un teléfono móvil de su empresa serían calculadas y cobradas al segundo y no al minuto, como venía haciéndose hasta ese momento. Al hacer tal anuncio TIM habría señalado que si bien TELEFÓNICA factura y cobra estas llamadas, la tarifa es fijada por el operador móvil y que TELEFÓNICA no debería tener problemas para facturar al segundo en tanto habían operadores fijos que podían hacerlo en un día.

Los hechos indicadores acreditados podrían llevar a pensar en la existencia de una concertación entre las empresas operadoras de servicios móviles para no competir en el mercado de terminación de llamadas fijo-móvil, retrasando el ingreso a la facturación al segundo. Un pacto que habría sido roto por TIM, conforme a las declaraciones del señor Ciganer.

Comprobados los hechos indicadores, corresponde examinar la verosimilitud del hecho indicado, es decir la existencia de una concertación para no competir

en el mercado de la terminación de llamadas fijo-móvil, retrasando el ingreso a la facturación al segundo.

3.3 La verosimilitud del hecho indicado

Conforme se ha señalado en el acápite correspondiente al marco teórico, la característica fundamental de las concertaciones es el propósito de restringir alguno de los aspectos fundamentales de la competencia, como el precio o la producción. Si las firmas que debieran estar compitiendo unas contra otras acuerdan en cambio no competir, tendrán la capacidad de elevar los precios a costa de los consumidores, reducir el monto de producción y ganar utilidades emulando a un monopolio⁷. De esta forma, puede afirmarse que las concertaciones existen porque los competidores pueden limitar la competencia y producir y vender a precios más altos.

Conforme a lo señalado precedentemente para determinar que resulta verosímil el que las empresas hayan concertado y, en consecuencia, corresponda iniciar un procedimiento de oficio por infracciones a las normas de libre competencia en el mercado de la telefonía móvil, debe verificarse la presencia de los elementos configurativos de una concertación. Es decir, la existencia de un acuerdo dirigido a limitar la competencia y de incentivos que propicien la celebración de tal acuerdo, es decir, que permitan obtener ganancias a quienes lo celebren. En ese sentido, en el caso bajo análisis deberá acreditarse lo siguiente:

- (i) La existencia del acuerdo anticompetitivo para retrasar el ingreso al mercado de la terminación de llamadas fijo – móvil.
- (ii) La existencia de incentivos en el mercado de terminación de llamadas en la red móvil que propicien la realización de la práctica en cuestión destinada a restringir la competencia en el mercado de telefonía móvil.

A continuación, analizaremos cada uno de estos aspectos:

3.3.1. La posible existencia del acuerdo

A. Las reuniones celebradas entre las empresas

Luego de las indagaciones efectuadas por la Secretaría Técnica, puede señalarse que no se ha encontrado evidencias ni coincidencias entre las reuniones celebradas por las empresas y la supuesta adopción del acuerdo de concertación. Ello no habría ocurrido en las reuniones convocadas por TELEFÓNICA para el día 9 de octubre de 2002, ni en el almuerzo de ADEPSEP del 30 de setiembre de 2002. Las declaraciones efectuadas por los representantes de las diversas empresas coinciden en señalar que en tales reuniones se trataron aspectos generales referidos a la intención de TELEFÓNICA de ingresar a la facturación al segundo y de la intención de dicha empresa de ofrecer a sus abonados paquetes especiales que eliminasen la renta básica y les dieran el control del gasto a dichos usuarios. Es decir existen explicaciones alternativas a la existencia de una concertación, respecto de lo que fue

⁷ Flint, Pinkas. Tratado de Defensa de la Libre Competencia, Lima, 2002, Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, pág. 201.

tratado en tales reuniones, explicaciones en las que coinciden todas las empresas entrevistadas.

B. Las declaraciones del señor Ciganer

Conforme se ha señalado líneas arriba, para iniciar un procedimiento por infracciones a las normas de libre competencia, es necesario que los hechos materia de investigación tengan como explicación posible y razonable la existencia de la practica anticompetitiva.

En consecuencia, corresponde examinar si las declaraciones del señor Ciganer sobre la ruptura por parte de TIM de un “pacto de caballeros” para retrasar el ingreso a la facturación al segundo, tienen como explicación plausible la existencia de una concertación.

Existen tres posibles explicaciones para las declaraciones del señor Ciganer: (i) que exista un acuerdo anticompetitivo para retrasar el ingreso a la facturación al segundo; (ii) que se hayan producido conversaciones sobre el tema pero sin arribar a un acuerdo anticompetitivo; y, (iii) que hayan sido una reacción frente a la pregunta del periodista y no correspondan a los hechos ocurridos.

En el literal A se ha indicado que no se han encontrado elementos de juicio consistentes para afirmar la existencia de las reuniones en que se habría concertado. En ese sentido, esta primera explicación a las declaraciones del señor Ciganer quedaría descartada, a menos que existan otros elementos que la sustenten.

Sin embargo, como se explicará más adelante, la posibilidad de la existencia de un acuerdo para retrasar el ingreso a la facturación al segundo, se debilita aún más al comprobarse que eran reducidos los incentivos para una concertación como la investigada en el mercado de la telefonía móvil.

En consecuencia, las declaraciones del señor Ciganer responderían a las alternativas descritas en los puntos (ii) o (iii), las cuales no constituyen conductas sancionables, en la medida que no se advierte la existencia de alguna práctica anticompetitiva.

3.3.2 Existencia de incentivos para concertar

A. La estructura del mercado de llamadas fijo-móvil

Las empresas celebran concertaciones para restringir la competencia en la medida que esperan obtener mayores beneficios a los que lograrían en una situación de efectiva competencia. Por ello, para determinar si es verosímil que la práctica se produjo y que, en consecuencia, corresponde iniciar una investigación, debe establecerse con claridad cuáles son los incentivos que las empresas obtendrían en el mercado de llamadas fijo-móvil para incurrir en una práctica anticompetitiva.

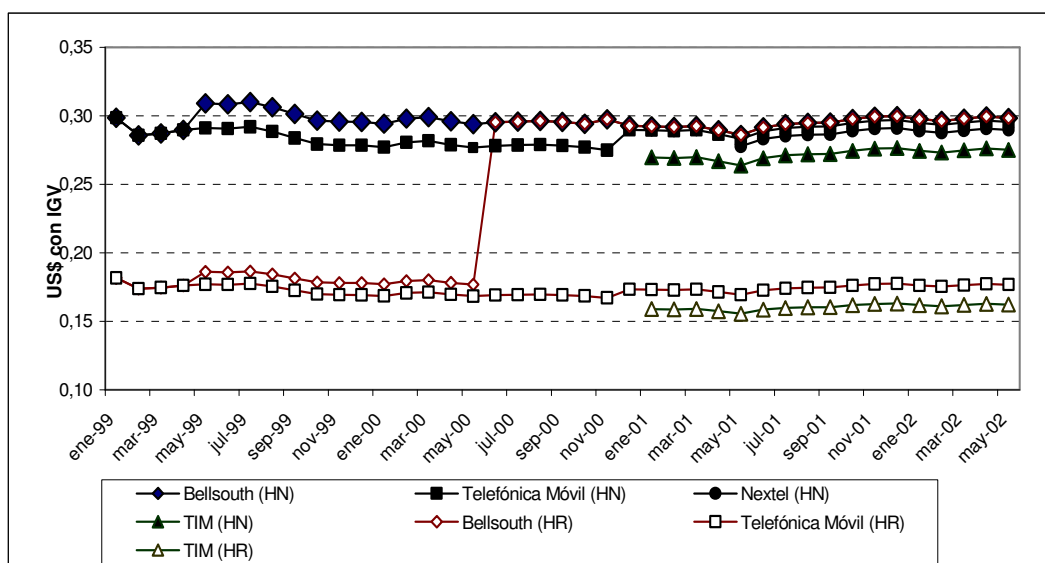
El mercado de llamadas fijo-móvil puede considerarse, hasta cierto punto, como un segmento “cautivo” para el operador de la red de

destino, especialmente cuando el usuario que origina la llamada no tiene otra alternativa para comunicarse con el abonado que la recibe. Cabe anotar que, para las empresas de telefonía móvil un importante porcentaje de su negocio se encuentra representado por las llamadas fijo-móvil⁸.

En el caso de las llamadas fijo-móvil, el usuario que origina la llamada es cliente de la empresa de telefonía fija, no del operador móvil cuyo negocio por definición se encuentra en el mercado de servicios móviles, en el que se registran condiciones de competencia efectiva. De otro lado, el usuario que origina la llamada fijo-móvil no influiría en la elección de un operador móvil por parte del abonado que recibe la llamada, pero necesariamente tendría que llamarlo al número de la red del operador móvil que haya elegido⁹. Por ello, el usuario que origina la llamada fijo-móvil podría considerarse como “cautivo” para el operador móvil.

Lo antes señalado puede verificarse en el siguiente gráfico, que muestra la evolución de las tarifas por llamadas fijo-móvil –horario normal y horario reducido- de todos los operadores, desde enero de 1999 hasta mayo de 2002.

Evolución de tarifas fijo-móvil - US\$ con IGV (*)



* Los horarios normal (HN) y reducido (HR) son definidos por las empresas operadoras y han variado en el período analizado.

Fuente: Publicaciones de tarifas de las empresas operadoras.

Elaboración: Gerencia de Políticas Regulatorias y Planeamiento Estratégico.

En tal sentido, puede sostenerse que las características de la prestación de este servicio podrían reducir naturalmente los incentivos para que las

⁸ El representante de TIM señaló ante la Secretaría Técnica lo siguiente:

“ (...) los ingresos por conceptos de las llamadas fijo-móvil son una parte muy importante de los ingresos de las empresas, probablemente estemos hablando de 30% ó 40% (...).”

⁹ Esta hipótesis asume que el usuario que origina la llamada fijo-móvil no puede realizar la llamada desde un teléfono móvil y, a su vez, que el abonado que recibe la llamada no puede ser ubicado en un teléfono fijo o, eventualmente, en un teléfono móvil de otro operador.

empresas apliquen estrategias comerciales agresivas de precios. La estructura y características del mercado hacen que no exista interés para competir por parte de las empresas.

Considerando lo anterior, la posibilidad de que se haya producido una concertación para el ingreso conjunto al mercado de la terminación de llamadas es reducida.

Sin perjuicio de lo anterior, debe quedar claro que el presente procedimiento se circunscribe al análisis de la existencia o no de indicios que sean suficientes para abrir una investigación sobre la posible existencia de una concertación para retrasar el ingreso a la facturación al segundo de las llamadas fijo-móvil, no estando destinado a establecer condiciones de competencia efectiva en el mercado de terminación de llamadas fijo-móvil, por ser éste un tema que corresponde ser tratado por las instancias de regulación.

B. El riesgo comercial derivado del cambio del patrón de tráfico con el ingreso a la facturación al segundo de las llamadas fijo-móvil

Una concertación como la planteada podría tener como incentivo el que los operadores de telefonía móvil hayan considerado que ésta les permitiría controlar el riesgo comercial - involucrado en el paso de un sistema de facturación al minuto a un sistema de facturación al segundo -, y en la modificación del patrón de tráfico conforme al cual se habría fijado la tarifa. De acuerdo con las declaraciones realizadas por los representantes de las empresas móviles entrevistados por la Secretaría Técnica, este tema constituía una preocupación de los operadores.

Sin embargo, debe indicarse que el riesgo comercial que podía derivarse de un cambio de patrón de tráfico, no es susceptible de ser eliminado mediante una concertación como la que se plantea en tanto que el cambio de patrón de tráfico depende de las preferencias de los consumidores. En efecto, una concertación dirigida a retrasar el ingreso al nuevo sistema de facturación, lo único que podría lograr es diferir la asunción de dicho riesgo, pero de ningún modo eliminarlo.

El riesgo comercial de cambio en el patrón de tráfico con el ingreso a la facturación al segundo de las llamadas fijo-móvil no desaparecía con la concertación. En consecuencia, el control de este riesgo por medio de una concertación, no puede ser considerado como un incentivo que podrían haber tenido las empresas de telefonía móvil para incurrir en una práctica anticompetitiva.

De la información recogida por la Secretaría Técnica a través de las declaraciones de los representantes de las empresas involucradas en el presente caso, puede señalarse que para las mismas no era una prioridad, ni era considerado como un beneficio ingresar al sistema de facturación al segundo. El ingreso a este nuevo sistema de facturación sería una decisión vinculada –o, en respuesta- a las iniciativas legislativas del Congreso en materia de telefonía y a una corriente de opinión pública.

Al respecto, se pronunció el representante de TMÓVILES quien manifestó:

"(...) nosotros nunca lo hemos visto como un beneficio, porque al final nosotros a lo único que podíamos aspirar es a la neutralidad tarifaria. En el caso de que saliera la norma lo único que podíamos pedir es la neutralidad tarifaria para que no afectara nuestros ingresos ¿Beneficio? Nosotros no vemos que pudiéramos tener ningún beneficio adicional por hacer esto y por eso también un poco nos duele la postura de TIM porque se ha querido sacar un beneficio comercial de algo que era un problema que teníamos todo el sector ni siquiera Móviles, todo el sector". (El subrayado es nuestro).

Por su parte, el funcionario de BELLSOUTH señaló:

"(...) no es un tema que se haya estado viendo como un tema estratégico nuestro, eventualmente como fijarnos en escenarios de corte defensivo, pero no cómo un tema realmente de una iniciativa nuestra, hemos tenido que reaccionar ante estas circunstancias exógenas". (El subrayado es nuestro).

Debido a que no era comercialmente atractivo el ingreso a la facturación al segundo, ninguna empresa se encontraba especialmente interesada o dispuesta a evaluar los costos de ser los primeros en ingresar a la facturación al segundo.

En ese sentido, al no encontrar las empresas un beneficio claro en el cambio del sistema de facturación y más bien al considerar el alto riesgo que significaba para las mismas el referido cambio respecto del impacto que podría tener en sus ingresos provenientes de las llamadas fijo – móvil, carecería de sentido que las empresas hubieran concertado para no hacer (no ingresar a la facturación al segundo) lo que no estaban interesadas en hacer.

Por lo expuesto, puede señalarse que no resultan claros los incentivos que podrían motivar a las empresas móviles a celebrar una concertación para retrasar el ingreso conjunto al sistema de facturación al segundo de las llamadas fijo-móvil.

C. La limitación tecnológica

De la investigación preliminar efectuada por la Secretaría Técnica, se aprecia que los operadores móviles no solicitaron a las empresas de telefonía que les brindan el servicio de facturación, que la misma fuera establecida al segundo. La propia empresa TIM solicitó a las operadoras de telefonía fija, el mismo día que salió a la prensa a anunciar el ingreso al referido sistema de facturación al segundo para las llamadas fijo-móvil, que le brindaran el servicio de facturación al segundo.

Si la referida limitación, es decir la dependencia tecnológica por parte de las operadoras de telefonía móvil respecto de las operadoras de telefonía fija para que le otorguen la facturación al segundo hubiera impedido a los operadores móviles competir y los hubiera llevado a promover una concertación, lo que hubiere sucedido a continuación hubiese sido que las operadoras hubieran intentado superar tal limitación, lo cual no ha sido comprobado.

D. La limitación regulatoria

Uno de los elementos a considerar para determinar la posibilidad de que la práctica de concertación se haya producido está referido al hecho de que las empresas de telefonía celular tenían una limitación, establecida por una norma de OSIPTEL, para poder ingresar a la facturación al segundo.

En efecto, a diferencia de lo que ocurría con las llamadas fijo-troncalizadas o fijo-comunicaciones personales, en el caso de las llamadas fijo-celular – TMÓVILES y BELLSOUTH –, la regulación existente dispone que la unidad de medida era el minuto¹⁰, por lo que las empresas de telefonía celular tenían esta limitación regulatoria que les dificultaba un cambio inmediato al segundo –lo cual podría haberlas colocado en desventaja frente a empresas como TIM y NEXTEL-.

En ese sentido, si es que la práctica se hubiera producido, las empresas de telefonía celular hubieran tenido que gestionar formalmente ante OSIPTEL un cambio del marco regulatorio para superar la mencionada limitación.

Sin embargo, tal como ha sido señalado en el Informe de la Secretaría Técnica, las empresas de telefonía celular no han gestionado formalmente un cambio del marco regulatorio ante OSIPTEL para superar la limitación que tendrían. De la búsqueda efectuada por la Secretaría Técnica en el archivo de comunicaciones recibidas por OSIPTEL, no se encontró ninguna solicitud en ese sentido.

Cabe indicar que si bien BELLSOUTH planteó el tema al OSIPTEL, lo hizo luego de que TIM realizara su anuncio el día 23 de octubre de 2002. De otro lado, en la entrevista sostenida por la Secretaría Técnica con TMÓVILES esta empresa no se refirió al tema de la limitación regulatoria para poder pasar a la facturación al segundo.

En ese sentido puede señalarse que si esta limitación hubiera impedido a las empresas de telefonía celular competir y las hubiera llevado a promover una concertación, deberían haber intentado en alguna medida superar dicha limitación, lo cual no ocurrió.

Por lo expuesto, podemos concluir que no se ha demostrado la existencia de las mencionadas conductas que sustentarían la concertación.

E. Los estudios sobre las implicancias del cambio de sistema de facturación

De la investigación preliminar efectuada por la Secretaría Técnica, puede concluirse que, luego de la aparición de estas iniciativas legislativas, la mayoría de los operadores móviles empezaron a analizar el tema de la facturación al segundo, sin embargo, no existen indicios de que alguna empresa móvil o la propia TELEFÓNICA hayan realizado

¹⁰ Resolución N° 005-96-CD/OSIPTEL, Sistema de Tarifas Aplicable a las Comunicaciones entre Usuarios del Servicio Telefónico Fijo y Usuarios del Servicio Telefónico Móvil Celular.

estudios para analizar la factibilidad o rentabilidad del cambio de unidad de medida.

Por tanto, ha podido verificarse que los operadores móviles no efectuaron las acciones tendientes a implementar de manera diferida el nuevo sistema de facturación al segundo conforme a una supuesta concertación para retrasar el ingreso a dicha facturación.

3.4 Conclusión sobre la existencia de la concertación

A partir de la investigación preliminar realizada por la Secretaría Técnica y luego del análisis efectuado precedentemente ha quedado acreditado lo siguiente:

- No existe certeza suficiente de que se haya celebrado un acuerdo para retrasar el ingreso al sistema de facturación al segundo de las llamadas fijo-móvil.

En efecto, las declaraciones del Señor Ciganer tienen explicaciones alternativas y las reuniones y conversaciones sostenidas entre las empresas investigadas pueden ser mejor explicadas – como una reacción de dichas empresas a las iniciativas legislativas del Congreso de la República antes que como una práctica concertada.

- Las características de la prestación de este servicio podrían reducir naturalmente los incentivos para que las empresas apliquen estrategias comerciales agresivas de precios. La estructura y características del mercado hacen que no exista interés para competir por parte de las empresas.
- Dado el alto porcentaje que significan las llamadas fijo móvil en el nivel de ingresos de las operadoras de móviles, ninguna de las empresas habría estado dispuesta a asumir el riesgo que significaba entrar al sistema de facturación al segundo por la posibilidad de una modificación en su nivel de ingresos, derivado de un cambio en el patrón de tráfico, razón por la que las empresas móviles no habrían realizado estudios para el cambio del sistema de facturación ni habrían consultado tal posibilidad a las operadoras de telefonía fija, hasta que empezaron los debates referidos a las iniciativas legislativas. Las empresas que tenían una restricción regulatoria no solicitaron la eliminación de la misma, que les permitiría en algún momento, su ingreso al sistema de facturación al segundo.

En la medida que no se ha verificado la existencia de los elementos configurativos de una concertación, es decir la existencia del acuerdo en sí mismo y de los incentivos para concertar, este Cuerpo Colegiado estima que en el caso materia de resolución no puede considerarse que el “dejar de hacer” de las empresas móviles -el no entrar a la facturación al segundo-, pueda ser considerado como una posible concertación. Por tanto, puede concluirse que los hechos investigados no constituyen indicios de la posible existencia de una práctica anticompetitiva.

De la información obtenida por la Secretaria Técnica debe indicarse que las reuniones que se desarrollaron entre los operadores en ADEPSEP, así como

las convocadas por TELEFÓNICA pueden responder a la preocupación de TELEFÓNICA - y a la de los demás operadores- respecto de las consecuencias de las iniciativas legislativas que se venían tratando en el Congreso. Debido a esta preocupación se concibió la mesa de diálogo entre TELEFÓNICA y el Gobierno con la finalidad de abordar entre otros, estos temas. En aras de evitar que se le cuestionara algún tipo de trato discriminatorio en favor de alguna empresa TELEFÓNICA habría comunicado a los operadores los avances de las conversaciones en la mesa de diálogo, primero en un almuerzo de ADEPSEP y posteriormente en dos reuniones convocadas por ella misma.

Tal como se señaló en el literal A del 3.3.1, en las reuniones a las que TELEFÓNICA convocó el 9 de octubre de 2002, se habría explicado la intención de TELEFÓNICA de lanzar paquetes con facturación al minuto que respondieran a las necesidades de la población a fin de evitar la renta básica y se habría planteado a las empresas móviles la posibilidad de que ellas también lanzaran paquetes conjuntamente con TELEFÓNICA, saliendo con una campaña también conjunta. Todas las empresas coinciden en que en dichas reuniones se trató el tema de paquetes pero que TELEFÓNICA no ofreció mayor información respecto de los mismos, por lo que al final las empresas móviles no participaron en dichos paquetes.

Es posible que TIM haya anunciado el cambio a la facturación al segundo el 23 de octubre de 2003, sin haber coordinado formalmente con las empresas de telefonía fija si se encontraban en capacidad de darle la facturación al segundo, como parte de una estrategia de marketing para posicionarse en el mercado, ante la inminencia del ingreso al nuevo sistema de facturación.

Al respecto, debe indicarse que de acuerdo con las propias declaraciones de su representante el cambio del sistema de facturación al segundo, no era un tema que TIM hubiere venido estudiando, sino que a raíz de las conversaciones de TELEFONICA con el Estado, TIM empezó a analizar y probablemente salió precipitadamente, como una estrategia de marketing para adelantarse al anuncio que haría TELEFÓNICA.

En este sentido, cabe destacar que la propia TELEFÓNICA señaló que este anuncio fue muy oportuno para TIM en tanto que le permitía posicionarse como empresa líder en ofrecer mejores alternativas al usuario y al publicitar una tarifa al segundo que resultaba mayor que la tarifa al minuto.

En este contexto, las declaraciones del señor Ciganer podrían bien entenderse como una reacción ante la salida de TIM para anunciar el cambio a la facturación al segundo, que habría sido ya decidido por TELEFÓNICA previamente en las conversaciones que venía realizando con el Gobierno.

Finalmente, debe indicarse que en el informe elaborado por la Secretaría Técnica se señaló que a partir de los hechos indicadores descritos era posible también concluir como hecho indicado la posible existencia de una recomendación de TELEFÓNICA en su calidad de empresa prestadora del servicio de facturación a las empresas móviles, para que éstas retrasen el ingreso al nuevo sistema de facturación de las llamadas fijo-móvil.

Tal como ha quedado acreditado a partir del análisis efectuado, las características de la prestación de este servicio podrían reducir naturalmente los incentivos para que las empresas apliquen estrategias comerciales

agresivas de precios. La estructura y características del mercado hacen que no exista interés para competir por parte de las empresas.

En consecuencia, al no haber interés por parte de las empresas prestadoras de servicios móviles de cambiar su sistema de facturación para las llamadas fijo-móvil, no habría necesidad de que TELEFÓNICA efectuase una recomendación en ese mismo sentido. De esa forma, la posibilidad de que se haya producido una recomendación para el retraso del ingreso al nuevo sistema de facturación es reducida, al igual que en el caso de la concertación.

RESUELVE:

Artículo Único.- Declarar que no corresponde iniciar un procedimiento de oficio sobre supuestas infracciones a la libre competencia en el mercado de la telefonía móvil, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

REGÍSTRESE Y COMUNÍQUESE

Con la firma de los señores miembros de Comisión Hugo Eyzaguirre del Sante, Armando Cáceres Valderrama y Sergio Salinas Rivas.