



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones - OSIPTEL

RESOLUCIÓN DEL CUERPO COLEGIADO N° 012-2014-CCO/OSIPTEL

Lima, 7 de noviembre de 2014

EXPEDIENTE	009-2013-CCO-ST/LC
MATERIA	LIBRE COMPETENCIA
ADMINISTRADO	Telefónica del Perú S.A.A

SUMILLA: “*Archivar el procedimiento administrativo sancionador iniciado de oficio contra Telefónica del Perú S.A.A referido a la imputación de actos de abuso de posición de dominio en la modalidad de estrechamiento de márgenes con efectos exclusorios en el mercado de llamadas de larga distancia internacional desde teléfonos móviles prepago a través del sistema de llamada por llamada, promovida con sujeción a los artículo 10.1 y 10.2 literal h) del Decreto Legislativo N° 1034 – Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución*”.

El Cuerpo Colegiado designado mediante Resolución N° 120-2013-CD/OSIPTEL, para tramitar el presente procedimiento de oficio por la presunta comisión de actos contrarios a la libre competencia.

VISTO:

El expediente N° 009-2013-CCO/ST-LC.

CONSIDERANDO:

I. EMPRESA INVESTIGADA

Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante, Telefónica del Perú), es una empresa privada que ha absorbido a Telefónica Móviles, tal operación entró en vigencia el 01 de octubre de 2014. Telefónica Móviles era titular de las concesiones otorgadas mediante Resoluciones Ministeriales N° 022-99-MTC/15.03 y N° 582-2001-MTC/15.03 para la prestación del servicio público de portador de larga distancia nacional e internacional y de las concesiones otorgadas mediante Resoluciones Ministeriales N° 373-91-TC/15.17 y N° 055-92-TC/15.17 para la prestación del servicio público de telefonía móvil.

Asimismo, Telefónica Móviles S.A. (en adelante Telefónica Móviles) obtuvo concesión única para la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones en todo el territorio nacional mediante Resolución Ministerial N° 616-2013-MTC/03, estableciéndose como primer servicio a prestar, el Servicio Público de Comunicaciones Personales (PCS).

Mediante Resolución Viceministerial N° 461-2014-MTC/03, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 30 de julio de 2014, se aprobó la transferencia de las concesiones de titularidad de la empresa Telefónica Móviles, que -entre otras- incluye a las que señalamos previamente, y la transferencia de las asignaciones de espectro radioeléctrico asociados a dichas concesiones, a favor de la empresa Telefónica del Perú.

En ese sentido, desde la fecha en que entró en vigencia la fusión por absorción (01 de octubre de 2014), todas las obligaciones y derechos de Telefónica Móviles respecto a las concesiones que eran de su titularidad serán asumidas por Telefónica del Perú.

Sin perjuicio del ello, en la presente Resolución, por fines explicativos se seguirá haciendo referencia a Telefónica Móviles como la empresa investigada.

II. ANTECEDENTES

1. Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 002-2010-CD/OSIPTEL de fecha 29 de enero de 2010, se aprobó el “Reglamento del Sistema de Llamada por Llamada en el servicio portador de larga distancia, aplicable a los usuarios de los Servicios Públicos Móviles” (en adelante, Reglamento de LLxLL). Con ello se inició el proceso mediante el cual, a partir del 4 de setiembre de 2010¹, todas las llamadas de larga distancia internacional (en adelante, llamadas de LDI) originadas en las redes de los servicios públicos móviles se realizan mediante el sistema de LLxLL. Cabe precisar que si bien los concesionarios móviles estaban obligados a implementar este sistema a partir del 4 de setiembre de 2010; no obstante, recién podían ofrecer dicho servicio después de que al menos un operador de larga distancia² iniciará sus operaciones comerciales bajo esta modalidad, lo cual ocurrió el 17 de octubre del 2010³.
2. Con fecha 8 de setiembre de 2011, la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia (en adelante, GPRC) puso en conocimiento de la Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados (STCCO o Secretaría Técnica), a través del Memorándum N° 228-GPRC/2011 (en lo sucesivo, el memorándum de la GPRC), acerca de la preocupación expresada por las empresas IDT Perú S.R.L. (en adelante, IDT) y Americatel Perú S.A. (en lo sucesivo, Americatel) por las ofertas “Promoción Prepago 1912” de América Móvil Perú S.A.C. (en adelante, América Móvil) y “Dúo de 6” de Telefónica Móviles, las cuales en opinión de la GPRC podrían tener efectos anticompetitivos.
3. En el marco de la función de seguimiento de los distintos mercados de servicios públicos de telecomunicaciones para la detección de prácticas anticompetitivas, la STCCO decidió evaluar el potencial anticompetitivo de las ofertas mencionadas así como de otras ofertas que tienen los operadores móviles en el mercado de llamadas LDI en el sistema de LLxLL, considerando las tarifas finales en relación a los cargos que estos imponían a los operadores de larga distancia.

¹ Resolución de Consejo Directivo N° 030-2010-CD/OSIPTEL, publicada el 2 de abril del 2010.

² Cabe precisar que al utilizar el término de “operador de larga distancia” se hace referencia a cualquier empresa que tenga vigente una concesión para la prestación del servicio público de portador de larga distancia.

³ A través de las comunicaciones C.548-GG.GPR/2010, C.550-GG.GPR/2010 y C.551 GG.GPR/2010, se informó a América Móvil, Nextel y Telefónica Móviles respectivamente, que la fecha de inicio de operación comercial de Americatel en las redes de los servicios públicos móviles sería el domingo 17 de octubre de 2010.

4. Así, entre noviembre de 2011 y junio de 2012, la Secretaría Técnica evaluó la amplia oferta comercial de los operadores móviles y operadores de larga distancia para la realización de llamadas de LDI desde teléfonos móviles prepago. Asimismo, se analizaron los distintos costos que las empresas operadoras de larga distancia debían cubrir con sus tarifas, esto a través de una revisión de los diversos contratos y mandatos de interconexión.
5. Durante el mes de agosto de 2012 se enviaron cartas solicitando información referida al tráfico de LDI originado en teléfonos móviles según la red de origen y el operador elegido por el usuario, así como los principales costos de prestación del servicio de llamadas de LDI desde redes móviles a las empresas operadoras de servicios móviles como América Móvil, Telefónica Móviles y Nextel del Perú S.A. (en adelante, Nextel) y a las empresas operadoras de larga distancia IDT, Convergía Perú S.A. (en adelante, Convergía) y Americatel⁴.
6. En el mes de Marzo de 2013 se envió un cuestionario a las empresas operadoras de larga distancia –Americatel, IDT y Convergía, por el cual se les solicitó, entre otros, emitan una opinión sobre los cargos de originación de llamadas en la red móvil y

⁴ La Secretaría Técnica de los Órganos Colegiados envió las siguientes comunicaciones con fecha 15 de agosto de 2012:

- Carta N° 015-ST/2012 dirigida a Telefónica Móviles.
- Carta N° 016-ST/2012 dirigida a América Móvil.
- Carta N° 017-ST/2012 dirigida a Nextel.
- Carta N° 018-ST/2012 a IDT.
- Carta N° 019-ST/2012 a Americatel.
- Carta N° 020-ST/2012 a Convergía.

Las empresas operadoras respondieron a través de los siguientes documentos:

- Convergía, mediante carta GER-061-2012 recibida el 24 de agosto de 2012.
- Americatel, mediante carta 520-2012-GAR recibida el 3 de septiembre de 2012.
- IDT, mediante carta SN recibida el 11 de septiembre de 2012.
- América Móvil, mediante carta DMR/CE-M/N° 1117/12 recibida el 6 de septiembre de 2012, solicitó un plazo adicional de doce (12) días hábiles, el cual le fue otorgado mediante carta 024-ST/2012. Posteriormente, América Móvil mediante carta DMR/CE-M/N°1184/12 cumplió con el pedido de información, solicitando se declare la confidencialidad de la misma. Respecto a esto último, mediante Resolución de Gerencia General N° 567-2011-GG/OSIPTEL se declaró confidencial el Anexo II de la información enviada por América Móvil.
- Telefónica Móviles mediante carta TM-925-A-332-2012 recibida el 7 de septiembre de 2012, respondió parcialmente al pedido de información, solicitando quince (15) días hábiles adicionales, ante lo cual le fue concedida una prórroga de doce (12) días hábiles mediante carta C.025-ST/2012. Posteriormente envió las cartas TM-925-A-333-2012 recibida el 17 de septiembre de 2012 y TM-925-AR-466-2012 recibida el 25 de septiembre, adjuntando a esta última un cronograma de entrega de la información restante. Al respecto, mediante carta C.028-ST/2012 se le otorgó un plazo perentorio de quince (15) días hábiles adicionales. Telefónica Móviles continuó enviando información a través de las siguientes cartas: TM-925-A-488-2012 recibida el 9 de octubre de 2012, TM-925-AR-498-2012, recibida el 12 de octubre de 2012, TM-925-AR-536-2012, recibida el 7 de noviembre de 2012 y TM-925-AR-574-2012 recibida el 22 de noviembre de 2012. Mediante Carta 041-ST/2012 se le solicitó presentar la información faltante y se le otorgó cinco (5) días hábiles para cumplir con ello; sin embargo, Telefónica Móviles a través de la carta TM-925-AR-588-2012 presentada el 4 de diciembre de 2012, señaló que no podía cumplir con el requerimiento en el plazo otorgado. Finalmente, mediante carta 042-ST/2012 se comunicó a Telefónica Móviles la decisión de prescindir de la información faltante al haber transcurrido aproximadamente 4 meses desde el requerimiento inicial.
- Nextel, mediante carta CGR-1956/12 de fecha 11 de septiembre de 2012 solicitó catorce (14) días hábiles, y en respuesta a ello se emitió la carta C. 026-ST/2012 mediante la cual se le otorgó un plazo ampliatorio de doce (12) días hábiles. Finalmente, Nextel envió la información a través de la carta CGR-2076/12 recibida el 03 de octubre de 2012.

acceso a la plataforma prepago que los operadores móviles les cobraban, las tarifas finales que estos ofrecían en el mercado, y las condiciones de competencia en el mercado de llamadas LDI desde móviles desde la implementación del sistema de LLxLL⁵.

7. Conforme a sus funciones de órgano instructor, la Secretaría Técnica emitió el 27 de agosto de 2013, el Informe N° 043-STCCO/2013 denominado *“Investigación Preliminar de Oficio: Presuntas prácticas anticompetitivas en el mercado de llamadas de larga distancia internacional desde teléfonos móviles a través del sistema de llamada por llamada en la modalidad prepago”* (en adelante, Informe Preliminar).

De acuerdo a la Secretaría Técnica, la presunta práctica anticompetitiva realizada por Telefónica Móviles consistiría en un “estrechamiento de márgenes” con posibles efectos exclusorios, verificable en la diferencia entre los cargos mayoristas para la provisión del servicio de llamadas LDI desde móviles y las tarifas finales que esta empresa establece en el mercado. Al respecto, esta diferencia podría generar problemas de competencia ya que para los operadores de larga distancia sería muy difícil replicar de forma rentable las ofertas de Telefónica Móviles, a su vez, esta posible afectación a la dinámica competitiva también podría haber generado una afectación indirecta al bienestar del consumidor.

En el referido Informe se señala lo siguiente:

- Deben ser evaluados dos escenarios: (i) Primer escenario: Desde setiembre de 2010 –se inicia el sistema de LLxLL- a diciembre de 2011, periodo en el cual no existía regulación del cargo por acceso a la plataforma de pago. (ii) Segundo escenario: Desde diciembre de 2011 a la fecha, periodo en el cual sí existe regulación de cargos de interconexión tope por acceso a la plataforma de pago.
- En el primer escenario, la suma de costos que los operadores de larga distancia tenían que pagar a los operadores móviles eran superiores a muchas de las tarifas minoristas que estos últimos establecían para sus usuarios finales. En el segundo escenario, si bien los costos de los operadores de larga distancia habrían bajado, debía investigarse si la práctica que se observó en el primer escenario o alguna de efectos equivalentes persistía.
- Respecto a las tarifas finales, Telefónica Móviles ha venido estableciendo tarifas finales por debajo de los costos impuestos a los operadores de larga distancia a través de la renovación de distintas promociones y planes⁶. Lo anterior, no ocurrió con Nextel, cuyas tarifas han estado siempre por encima de los cargos que cobran

⁵ La Secretaría Técnica cursó las siguientes comunicaciones de fecha 22 de marzo de 2013:

- Carta N° 008-ST/2013 dirigida a Americatel.
- Carta N° 009-ST/2013 dirigida a IDT.
- Carta N° 010-ST/2013 dirigida a Convergía.

Las empresas absolvieron el requerimiento de información a través de los siguientes documentos:

- Americatel, mediante carta 172-2013-GAR recibida el 2 de abril de 2013, solicitó un plazo adicional de diez (10) días hábiles, el cual le fue otorgado mediante carta 011-ST/2013. Posteriormente, mediante carta 223-2013-GAR recibida el 25 de abril de 2013, Americatel cumplió con presentar la información requerida.
- Convergía, mediante carta GER-060-2013 recibida el 5 de abril de 2013.
- IDT, mediante carta SN recibida el 11 de abril de 2013.

⁶ Se tomaron en cuenta las siguientes promociones: “Dúo de 6” y “Tarifa Única”, “Prepago Más” y “Habla Más”.

por originación y acceso a plataforma de pago.

- Se observó que los operadores móviles tienen margen de actuación tanto en la fijación de tarifas a los usuarios finales (no reguladas), así como en los cargos mayoristas que se cobran a los operadores de larga distancia (en los dos escenarios de la investigación). Por lo tanto, la conducta de Telefónica Móviles puede analizarse como una infracción anticompetitiva.
- El **mercado relevante** sería el acceso a la red de Telefónica Móviles, para la originación de llamadas de LDI a través del sistema de LLxLL en el segmento prepago, ello debido a que cada red móvil en las que se originan llamadas de LDI configuraría un mercado diferente en la medida que la competencia se presenta dentro de cada red.
- Telefónica Móviles cuenta con **posición de dominio** en el mercado de originación de llamadas LDI en su propia red, toda vez que: i) es titular de su red y posee una significativa ventaja sobre los operadores de larga distancia que no tienen dicha infraestructura, y que les sería sumamente costosa replicarla, ii) en el mercado de telefonía móvil existen barreras a la entrada relacionadas con la disponibilidad de espectro, inversiones hundidas y la existencia de operadores móviles integrados vertical y horizontalmente.
- En relación a los **efectos de la práctica**, a pesar de la implementación del sistema de LLxLL móvil, se observó falta de condiciones de competencia en el mercado, debido a que: i) Telefónica Móviles seguiría generando casi la totalidad del tráfico LDI en su propia red y ii) el tráfico generado en cada red móvil no se habría incrementado pudiendo ser este un indicador de la inexistencia de condiciones adecuadas de competencia. Si otro hubiera sido el escenario, las tarifas para llamadas LDI podrían haber experimentado una baja considerable, generando el impulso necesario para el incremento de tráfico LDI desde teléfonos móviles.

III. PROCEDIMIENTO DE OFICIO Y HECHOS RELEVANTES

8. Por Resolución N° 120-2013-CD/OSIPTEL de fecha 05 de setiembre de 2013, el Consejo Directivo designó un Cuerpo Colegiado para que evalúe el inicio de un procedimiento de oficio contra Telefónica Móviles por la presunta comisión de una infracción a la libre competencia, y de ser el caso, tramite y resuelva el procedimiento que decida iniciar.
9. Con fecha 12 de setiembre de 2013, mediante Resolución N° 001-2013-CCO/OSIPTEL (en adelante, Resolución de Inicio), el Cuerpo Colegiado resolvió disponer el inicio del procedimiento de oficio contra Telefónica Móviles por la presunta comisión de abuso de posición de dominio en la modalidad de estrechamiento de márgenes con posibles efectos exclusorios en el mercado de LDI desde teléfonos móviles prepago, tipificado en los artículos 10.1 y 10.2 literal h) de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (en adelante, DL 1034).

Los fundamentos de la Resolución de Inicio fueron los siguientes:

- Se consideró que el comportamiento de Telefónica Móviles podría constituirse como una práctica anticompetitiva de estrechamiento de márgenes en relación a que esta empresa habría reducido el margen de ganancia de sus competidores en el mercado de LDI, en la medida que varias de sus tarifas minoristas que establecía para sus usuarios finales eran superiores a los costos que cobraba en el mercado aguas arriba. La mencionada conducta se habría realizado desde que entró en vigencia el

sistema de LLxLL hasta la regulación del cargo de acceso a plataforma de pago (primer periodo) y persistiría incluso después de la regulación de dicho cargo (segundo periodo) hasta la fecha.

- Telefónica Móviles ostenta posición de dominio en el mercado relevante constituido por el acceso a su red móvil, facilidad que es necesaria para que sus competidores puedan prestar el servicio de llamadas móviles de LDI. Esto sucede porque cada concesionario de telefonía móvil, como es el caso de Telefónica Móviles, resulta ser el único agente económico que a través de su red puede originar una llamada de LDI realizada por su usuario de telefonía móvil.
- La afectación del proceso competitivo habría tenido lugar cuando a través de la conducta de Telefónica Móviles, consistente en el estrechamiento de márgenes, se habría impedido el crecimiento de sus competidores y una mayor dinámica competitiva.

El Cuerpo Colegiado determinó que este procedimiento de oficio sea tramitado de conformidad con el procedimiento regulado por los artículos 68° y siguientes del Reglamento General de OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 136-2011-CD-OSIPTEL (en adelante, Reglamento de Controversias), referidos a los procedimientos que involucran la comisión de infracciones. Asimismo, se dispuso la incorporación del Informe Preliminar al expediente, poniendo dicho documento, conjuntamente con la resolución, en conocimiento de Telefónica Móviles y otorgándole un plazo máximo de quince (15) días hábiles para presentar sus descargos.

10. Mediante escrito N° 1 de fecha 20 de septiembre de 2013, Telefónica Móviles solicitó se le notificó las comunicaciones realizadas por el OSIPTEL a diversos operadores de larga distancia, así como las respuestas de estos, mencionados en el Informe Preliminar y el análisis realizado por la Secretaría Técnica respecto a Nextel, que habría tenido como consecuencia su no inclusión en el procedimiento. Asimismo, solicitaron quince (15) días adicionales para presentar sus descargos.
11. Mediante el Oficio N° 119-STCCO/2013 de fecha 25 de setiembre de 2013, la STCCO concedió la prórroga de quince (15) días hábiles solicitados por Telefónica Móviles para presentar sus descargos, y puso a disposición de la empresa copia de los documentos cursados con las empresas operadoras de LDI. Por su parte, en relación a la inquietud de Telefónica Móviles de la no inclusión de Nextel en el procedimiento, se explicó que tal como se señaló en el Informe Preliminar, de las investigaciones realizadas, no se encontraron indicios suficientes para iniciar un procedimiento en contra de Nextel.
12. El 5 de noviembre de 2013, mediante escrito N° 2, Telefónica Móviles presentó su escrito de descargos al Informe Preliminar, manifestando, entre otros, lo siguiente:
 - Cuestiona la posibilidad de sancionar prácticas de estrechamiento de márgenes como supuestos anticompetitivos, al considerar que este tipo de conducta no perjudica el proceso competitivo ni afecta el bienestar de los consumidores y, en términos generales, sería el reflejo de la existencia de eficiencias y/o una competencia agresiva que termina por beneficiar a los consumidores con precios bajos (pero no por debajo de los costos del proveedor).

- Solicita al CCO declarar la nulidad de la resolución admisorio y el archivamiento del expediente, sustentando ello en que los hechos que se le han imputado exceden las competencias que le han sido legalmente atribuidas al CCO en la medida que ello implicaría que se pronunciara sobre la legalidad de los cargos cobrados por Telefónica Móviles, los cuales han sido establecidos bajo una regulación sectorial y con aprobación de OSIPTEL o respecto a la legalidad de las tarifas finales, lo cual está prohibido por la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada- Decreto Legislativo N° 757.
- Telefónica Móviles señaló que los montos que cobra por concepto de cargos de originación y acceso a la plataforma de pago en el mercado aguas arriba se encuadran dentro de lo específicamente establecido por el OSIPTEL y la regulación del sector (sea mediante la regulación de cargos tope, emisión de mandatos o la aprobación de contratos de interconexión), por lo que no resultaría posible cuestionar la conducta a través de las normas de competencia. Además, agregó que así hubiera podido aplicar cargos con montos menores, el no hacerlo no implica que se está cometiendo una práctica anticompetitiva, en la medida que resultaría ilógico deducir que se está desarrollando una conducta ilícita por cumplir con lo establecido en la regulación sectorial.
- Las instancias de solución de controversias del OSIPTEL ya se habrían pronunciado (Caso Nextel contra Telefónica Móviles, Resolución No. 006-2005-TSC/OSIPTEL) acerca de su falta de competencia para aquellos casos en los cuales se busca cuestionar la regulación a través de las normas de competencia, por lo que adoptar un criterio diferente violaría el Principio de Predictibilidad.
- Telefónica Móviles no está de acuerdo con la determinación del mercado relevante y la determinación de la posición de dominio establecida por el CCO y la Secretaria Técnica. Asimismo, indica que no se habrían probado los efectos anticompetitivos en la medida que la conducta imputada no produce afectación alguna a los consumidores del mercado investigado, cuya protección es la finalidad última de la legislación en materia de libre competencia.
- Una conducta de *price squeeze* no sería ilegal si se logra dar a los consumidores: menores precios, mejores productos y métodos de producción más eficientes. En este caso, Telefónica Móviles estaría ofreciendo precios competitivos a sus consumidores finales.
- Sobre el efecto exclusorio, no basta acreditar cualquier afectación a un competidor en el mercado aguas abajo (disminución de su participación en el mercado, pérdida de clientes, aumento de costos), sino que resulta necesario y obligatorio acreditar que la conducta tiene como efecto real la expulsión de un competidor del mercado (o su incapacidad de seguir compitiendo) y, con ello, la obtención de poder en dicho mercado. Si el agente enfrenta niveles importantes de competencia en el mercado afectado, el beneficio anticompetitivo no existirá.
- Telefónica Móviles no incrementaría su poder de mercado, a pesar de que ciertos competidores fueran excluidos, al tener importantes presiones competitivas en el mercado como son los otros operadores móviles (Nextel y América Móvil) y las nuevas tecnologías, entre ellas, los servicios de voz con IP (Skype o FaceTime) que incluso se encuentran en dispositivos celulares, por lo que su uso no generaría

mayores costos de cambio para un usuario de telefonía móvil. Al no incluir un análisis de este tipo de tecnologías, no se habría tomado en cuenta la naturaleza dinámica y cambiante del mercado investigado y se habría generado una falla en la forma como ha sido evaluado el mercado afectado.

13. Mediante Resolución N° 002-2013-CCO/OSIPTEL del 13 de noviembre de 2013, el Cuerpo Colegiado resolvió tener presente y agregar al expediente el escrito de descargos presentado por Telefónica Móviles y dar inicio a la etapa de investigación a cargo de la Secretaría Técnica por un plazo de ciento ochenta (180) días calendario, computados desde la notificación de la resolución⁷.
14. El 04 de setiembre de 2014, mediante Oficio N° 193-STCCO/2014 se notificó a Telefónica Móviles con la Resolución N° 010-2014-CCO/OSIPTEL que dispuso: i) poner en su conocimiento el Informe Instructivo N° 032-STCCO/2014 emitido por la Secretaría Técnica y ii) otorgarle un plazo de quince (15) días hábiles computados a partir del día siguiente de notificada dicha Resolución para que presente sus comentarios y alegatos por escrito.
15. El 25 de setiembre de 2014, mediante escrito N° 12, Telefónica Móviles presentó sus comentarios y alegatos al Informe Instructivo.
16. El 28 de octubre de 2014, mediante escrito N° 13, Telefónica Móviles remitió el informe económico denominado “*Análisis económico del Informe Instructivo del OSIPTEL*”, elaborado por el economista Marcelo Celani. En el mismo, se argumentó que comparte la conclusión a la que se ha arribado en el Informe Instructivo respecto a que no ha existido un perjuicio a la competencia. Además de que -desde el punto de vista del economista- no existe ninguna crítica fundamental aún después de haberse adoptado un punto de partida en la definición de mercado relevante innecesaria e injustificadamente restrictiva.
17. Mediante Resolución N° 011-2014-CCO/OSIPTEL del 4 de noviembre de 2014, el Cuerpo Colegiado resolvió incorporar al presente Expediente la copia fedateada de la Carta DR-107-C-1295/CM-14 de fecha 23 de setiembre de 2014 presentada por Telefónica del Perú al Presidente del Consejo Directivo de OSIPTEL y la Resolución Viceministerial N° 461-2014-MTC/03, en la medida que ambos documentos guardan relación con el administrado respecto del que se ha iniciado el presente procedimiento. Asimismo, sobre la base de dichos documentos, se dispuso que en virtud de la sucesión procesal, Telefónica del Perú se encuentra legitimada para continuar como parte del presente procedimiento en el estado en que éste se encuentra y que le corresponde asumir todos los derechos y obligaciones que se deriven del presente procedimiento.

⁷ Este plazo fue prorrogado por la Resolución N° 006-2014-CCO/OSIPTEL del 12 de mayo de 2014 y la Resolución N° 007-2014-CCO/OSIPTEL del 11 de junio de 2014.

IV. DILIGENCIAS A CARGO DE LA SECRETARÍA TÉCNICA⁸

4.1. Información solicitada a Telefónica Móviles

4.1.1. Investigaciones preliminares previas al procedimiento

Durante la etapa de investigaciones preliminares previas al presente procedimiento, se remitió a Telefónica Móviles la carta N° 015-ST/2012 de fecha 15 de agosto de 2012, mediante la cual esta Secretaría Técnica solicitó la siguiente información: (i) Formato del Anexo N° 1: Para el periodo entre enero 2008 y setiembre 2010, tráfico LDI originado desde teléfonos móviles, con periodicidad mensual y desagregado por modalidad; (ii) Formato del Anexo N° 2: Para el periodo entre octubre 2010 y julio 2012, informar sobre el tráfico LDI originado mediante el sistema LLxLL desde teléfonos móviles, con periodicidad mensual, desagregada por modalidad y según el operador de larga distancia que brindó el servicio al usuario; (iii) Formato del Anexo N° 3: Cargos y costos incurridos en la prestación del servicio de llamadas LDI desde móviles originadas en su red a distintos países; y, (iv) Formato del Anexo N° 4: En el caso actúe como operador LDI sobre otras redes móviles, informar los costos de originación, facturación y recaudación, y de plataforma prepago en los que incurre para la prestación del servicio de llamadas de LDI desde móviles de otros operadores. El plazo otorgado fue de quince (15) días hábiles⁹.

Telefónica Móviles solicitó hasta en dos oportunidades la ampliación del plazo para entregar el integro de la información requerida, los cuales fueron concedidos por la Secretaría Técnica¹⁰. Durante ese periodo Telefónica Móviles a través de las cartas TM-925-A-332-2012 presentada el 7 de septiembre de 2012, TM-925-AR-466-2012 presentada el 25 de septiembre de 2012, TM-925-A-488-2012 presentada el 9 de octubre de 2012, TM-925-AR-498-2012 presentada el 12 de octubre de 2012, TM-925-AR-536-2012 presentada el 7 de noviembre de 2012 y TM-925-AR-574-2012 presentada el 22 de noviembre de 2012, estas dos últimas fuera del plazo concedido, fue presentado parte de la información solicitada; no obstante sobre la información correspondiente al año 2008 del Anexo N° 1 solicitó en virtud del artículo 16° de la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL¹¹, le sea exonerada su remisión.

Al respecto, la Secretaría Técnica a través de la carta 041-ST/2012 del 26 de noviembre de 2012, señaló que fue la misma Telefónica Móviles quien había señalado en reiteradas

⁸ Las diligencias son las realizadas en la etapa de investigaciones preliminares previas al procedimiento, así como en la etapa de investigación a cargo de esta Secretaría Técnica.

⁹ Como parte de las investigaciones preliminares previas al procedimiento también se requirió la misma información a las empresas América Móvil y Nextel, mediante Cartas C. 016-ST/2012 y C. 017-ST/2012, respectivamente, ambas también de fecha 15 de agosto de 2012.

¹⁰ A través de la carta N° 025-ST/2012 de 10 de setiembre de 2012 y carta N° 028-ST/2012 del 28 de setiembre de 2012.

¹¹ **Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL**

Artículo 16.- Obligaciones de las entidades supervisadas

Las entidades supervisadas se encuentran obligadas a:

(...)

e) Conservar por un periodo de al menos 3 (tres) años después de originada la información realizada con la tasación, los registros fuentes del detalle de las llamadas y facturación de los servicios que explota y con el cumplimiento de normas técnicas declaradas de observancia obligatoria en el país por una autoridad competente, o de obligaciones contractuales o legales aplicables a dichos servicios.

oportunidades que sí le era posible entregar la información correspondiente al año 2008, dando a entender de esta manera que sí la conservaba. Por lo tanto, se le solicitó entregar la información faltante del año 2009 (julio 2009-diciembre 2009) y todo el año 2008 correspondiente al Anexo N° 1, en un plazo de cinco (5) días hábiles.

Sin embargo, a través de la carta TM-925-AR-588-2012 presentada el 4 de diciembre de 2012, Telefónica Móviles reiteró su solicitud de exoneración para presentar dicha información, en la medida que debido a la imposibilidad técnica de sus áreas involucradas para extraer y restaurar la información faltante no podía cumplir con el plazo establecido en la Carta 041-ST/2012.

Finalmente, mediante carta 042-ST/2012, la Secretaría Técnica le comunicó a Telefónica Móviles su decisión de prescindir de la información faltante al haber transcurrido aproximadamente cuatro (4) meses desde el requerimiento inicial.

4.1.2. Etapa de investigación a cargo de la Secretaría Técnica

Durante la etapa de investigación, se remitió a Telefónica Móviles el Oficio N° 165-STCCO/2013 de fecha 18 de diciembre de 2013, mediante el cual se le solicitó la siguiente información: (i) Cuadro N° 1: Número de líneas prepago en servicio que realizaron llamadas de LDI, reportado de forma mensual; (ii) Cuadro N° 2: Número de llamadas de LDI efectuadas por línea prepago, según duración y reportadas de forma mensual; (iii) Cuadro N° 3: Promedio por línea prepago del número de llamadas de LDI, según duración y reportado de forma mensual; (iv) Cuadro N° 4: Promedio por línea prepago de duración de llamadas de LDI efectuadas, expresado en minutos facturados y reportado de forma mensual; (v) Cuadro N° 5: Tráfico LDI efectuado por líneas prepago a través de la propia empresa, desagregado por plan y expresado en minutos facturados, reportado de forma mensual; (vi) Cuadro N° 6: Tráfico LDI efectuado por líneas prepago a través de otros operadores de LDI, desagregado por plan y expresado en minutos facturados, reportado de forma mensual; (vii) Cuadro N° 7: Tráfico LDI desde líneas móviles prepago por destino reportado de forma mensual; (viii) Cuadro N° 8: Información sobre promoción Dúo de 6 de Movistar en teléfonos prepago, reportado de forma mensual; (ix) Cuadro N° 9: Ingresos totales por tráfico LDI desde móviles prepago (en soles) según estos provengan de usuarios finales u otros operadores de larga distancia, reportado de forma mensual; (x) Cuadro N° 10: Ingresos promedio por minuto de tráfico LDI (en soles) según provengan de usuarios finales u otros operadores de larga distancia, reportado de forma mensual; (xi) Cuadro N° 11: Costos asociados a la prestación del servicio de llamadas de LDI desde móviles prepago, reportado de forma mensual. El plazo otorgado fue de veinticinco (25) días hábiles y se especificó que para la extracción de la información requerida debían considerarse los procedimientos y procesos seguidos para elaborar información reportada al OSIPTEL como parte de los requerimientos de información periódica.

Telefónica Móviles mediante escrito N° 3 presentado el 28 de enero de 2014 y escrito N° 4 presentado el 4 de marzo de 2014, solicitó un plazo adicional, respectivamente, de veinticinco (25) días hábiles y quince (15) días hábiles para entregar la información requerida, los cuales le fueron concedidos a través del Oficio N° 032-STCCO/2014 del 29 de enero de 2014 y Oficio N° 046-STCCO/2014 del 6 de marzo de 2014 al considerarse la importancia de la información solicitada.

Con escritos N° 5 y N° 6 de fechas, respectivamente, 25 de marzo de 2014 y 11 de abril de 2014, este último fuera del plazo concedido, Telefónica Móviles remitió la información requerida por la Secretaría Técnica a través del Oficio N° 165-STCCO/2013.

Mediante Resolución N° 004-2014-CCO/OSIPTEL de fecha 8 de abril de 2014, este Cuerpo Colegiado resolvió declarar confidencial parte de la información contenida en el escrito N° 5. Asimismo, mediante Resolución N° 005-2014-CCO/OSIPTEL de fecha 24 de abril de 2014, se declaró como confidencial toda la información presentada en el escrito N° 6 y se exhortó a la empresa a que, en lo sucesivo, cumpla con presentar la información solicitada con motivo de tramitación de los procedimientos de solución de controversias, dentro de los parámetros señalados por la Secretaría Técnica.

El 2 de mayo de 2014 se dirigió a Telefónica Móviles el Oficio N° 090-STCCO/2014 mediante el cual se le indicó que luego de un análisis preliminar de la información entregada en su escrito N° 5 se observaron inconsistencias entre los cuadros N° 2 y N° 3 con el cuadro N° 4 y, que además no se había completado la información solicitada en el cuadro N° 7. Por lo tanto, se le solicitó a la empresa explicar las posibles inconsistencias y completar la información del cuadro N° 7. Además, respecto al cuadro N° 8 se le solicitó especificar si la información remitida sobre la promoción Dúo de 6 se refería únicamente a las llamadas de LDI o al tráfico total cursado a través de esta promoción. El plazo otorgado fue de ocho (8) días hábiles.

En su escrito N° 7 presentado el 14 de mayo de 2014, Telefónica Móviles precisó lo siguiente: (i) respecto a las supuestas inconsistencias, la información obtenida en el cuadro N° 4 se obtiene al dividir el total del tráfico entre la cantidad de líneas mientras que la información de los cuadros N° 2 y N° 3 se obtienen al dividir el total de las llamadas mensual entre la cantidad de líneas que han efectuado tales llamadas; por lo cual, la información contenida en el cuadro N° 4 no es comparable con la contenida en los cuadros N° 2 y N° 3; (ii) respecto a la información del cuadro N° 7, señaló que de considerar relevante esta información, se le solicitara a los terceros operadores, debido a que no resultaba posible para su empresa brindar información precisa sobre el destino de las llamadas efectuadas por estos últimos, y (iii) respecto a la información del cuadro N° 8, informó que la información proporcionada corresponde a todo el tráfico de LDI.

Posteriormente, se remitió a Telefónica Móviles una nueva solicitud de información a través del Oficio N° 107-STCCO/2014 de fecha 27 de mayo de 2014, por el cual se le requirió la siguiente información (toda indicada en US\$ sin IGv): (i) Cuadro N° 1 del anexo: Costos por minuto de instalaciones esenciales¹² involucradas en el servicio de llamadas de LDI desde teléfonos móviles prepago durante el periodo de enero 2012 a diciembre 2013; en caso que los costos señalados no formaran parte de los gastos efectivos del operador se le requirió, informar sobre los valores imputables a la prestación del servicio; (ii) Cuadro N° 2 del anexo: Costos por minuto por las facilidades requeridas en el tramo internacional para las llamadas de LDI desde teléfonos móviles prepago durante el periodo enero 2012 a diciembre 2013 y precisar los conceptos y sus costos correspondientes por los cuales el operador paga (explícita o implícitamente) a un *carrier* internacional, operador de red de destino y/u otro operador, y (iii) Cuadro N° 3 del anexo: Costos por adecuación de red cobrados a cada operador de LDI que se ha interconectado con su red móvil. Se requirió indicar la

¹² Los conceptos a informar fueron: originación de llamadas, enlaces de interconexión, adecuación de red, transporte conmutado local y transporte conmutado de larga distancia nacional.

metodología de cálculo seguida para obtener los valores por minuto para cada uno de los conceptos considerados en los anexos. El plazo otorgado fue de diez (10) días hábiles.

Con escrito N° 8 presentado el 11 de junio de 2014, Telefónica Móviles señaló lo siguiente en relación al requerimiento de la Secretaría Técnica:

- (i) el requerimiento de la Secretaría Técnica estaría orientado a determinar una estructura de costos que no forma parte de la investigación por *price squeeze* en el presente procedimiento y que corresponde más a una lógica de un procedimiento regulatorio que a una investigación en materia de libre competencia;
- (ii) Telefónica Móviles no diferencia sus costos por minuto en el servicio de llamadas de LDI desde terminales móviles prepago, por lo cual le tomaría un plazo más extenso al otorgado cumplir con tal requerimiento; además que tendría que absolverse algunas interrogantes sobre los criterios y la metodología que debería aplicar;
- (iii) aun cuando la información requerida por la STCCO, a criterio de Telefónica Móviles, no sería relevante para la resolución del presente procedimiento, dicha empresa señaló que este cuestionamiento no implicaría un desconocimiento de las facultades de investigación de la Secretaría Técnica ni una negativa para entregar la información, sino por el contrario esta sería remitida luego de las aclaraciones pertinentes. Finalmente, solicitó que se brinde respuesta a su solicitud de una reunión con el objeto de entender y explicar los requerimientos realizados por la Secretaría Técnica.

Mediante Oficio N° 132-STCCO/2014 de fecha 19 de junio de 2014, la Secretaría Técnica le precisó a Telefónica Móviles que al encontrarse dentro de la Etapa de Investigación de un procedimiento de oficio, en su calidad de órgano instructor, puede realizar todas las investigaciones e indagaciones que considerara pertinente. Asimismo, luego de tomar conocimiento de que dicha empresa no diferenciaba sus costos por minuto en el servicio de llamadas de LDI desde terminales móviles prepago y de las dificultades que tendría para realizar la imputación de dichos costos, con la salvedad de solicitar posteriormente esta información, se decidió que solo debía cumplir con remitir la información contenida en el cuadro N° 3 del anexo del Oficio N° 107-STCCO/2014 en un plazo de cinco (5) días hábiles. Respecto a la solicitud de reunión mencionado por Telefónica Móviles, se le indicó que a la fecha no se había solicitado dicha reunión en el presente procedimiento.

A través del escrito N° 9 presentado el 26 de junio de 2014, Telefónica Móviles cumplió con remitir la información requerida en el Cuadro N° 3 del anexo del Oficio N° 107-STCCO/2014 precisando que solo adjuntaba la información relacionada a Americatel debido a que era la única empresa del segmento de LLxLL prepago que tenía interconexión directa con su empresa, además señaló que debería tenerse en cuenta que los enlaces de Americatel eran utilizados para todos sus servicios (móviles pre/post pago y telefonía fija).

4.2. Información solicitada a otras empresas

4.2.1. Empresas operadoras de LDI (competidores de Telefónica Móviles en el mercado aguas abajo)

Con el propósito de conocer la competencia del mercado de LDI desde teléfonos móviles prepago, se solicitó a las empresas IDT, Americatel y Convergía enviar información

basada en datos objetivos y responder preguntas en relación a su situación y actuación en el mercado mencionado.

4.2.1.1. Investigaciones preliminares previas al procedimiento

Pedido de Información N° 1¹³: Se solicitó informar (i) Anexo 1: costos de terminación para la prestación del servicio de llamadas LDI desde móviles, según el país y red de destino; (ii) Anexo 2: costos de originación, facturación y recaudación, y de plataforma prepago en los que incurren para la prestación del servicio de llamadas LDI desde móviles, según cada uno de los operadores móviles en los cuales presta el servicio de llamadas LDI.

Pedido de Información N° 2¹⁴: Se requirió responder el siguiente cuestionario: (i) indicar si antes del establecimiento del sistema de LLxLL en la telefonía móvil, este segmento le parecía rentable o atractivo comercialmente; (ii) explicar qué expectativas, en términos de demanda, tarifas y nivel competitivo tenía respecto al sistema de LLxLL en la telefonía móvil; (iii) señalar si en su opinión- las empresas operadoras de telefonía móvil establecieron obstáculos para prestar servicios de llamadas de LDI en sus redes móviles y de ser afirmativa la respuesta, detallar cuáles fueron dichos obstáculos; (iv) detallar los cargos de originación y acceso a plataforma prepago que su empresa pagaba a cada uno de los operadores móviles durante el periodo constituido desde el inicio del sistema LLxLL hasta la implementación de la regulación de cargos de acceso a plataforma, manifestar qué opinión tenían de estos cargos y responder si los mismos le permitían ofrecer tarifas competitivas respecto a las tarifas establecidas y promocionales ofertadas por los operadores móviles para las llamadas de LDI; (v) opinar si la regulación del cargo por acceso a plataforma de pago había sido beneficiosa para la competencia en el mercado de llamadas de LDI desde móviles; (vi) describir si existía alguna barrera que impidiese el adecuado funcionamiento de la competencia en el mercado de llamadas LDI desde móviles; (vii) opinar sobre la actuación de quienes brindan la plataforma de telefonía móvil y explicar si los operadores móviles permitieron su ingreso y permanencia en el mercado de llamadas de LDI desde móviles, y (viii) indicar si percibe al sistema de LLxLL en la telefonía móvil como un segmento rentable o atractivo comercialmente. El plazo otorgado para responder el cuestionario fue de diez (10) días hábiles.

4.2.1.2. Etapa de investigación a cargo de la Secretaría Técnica

Pedido de Información N° 3¹⁵: Se solicitó absolver el siguiente cuestionario: (i) indicar si considera que el servicio de llamadas LDI desde móviles enfrenta una fuerte competencia de otros tipos de servicios como los teléfonos fijos o públicos, locutorios, servicios de internet; (ii) señalar si consideraba que los montos por cargos de originación y acceso a plataforma prepago, establecidos desde el inicio del sistema de LLxLL en móviles hasta la implementación de la regulación de cargos de acceso a plataforma prepago, que le cobraban los operadores móviles limitaron su actividad, producción o crecimiento; (iii)

¹³ Se solicitó la información a las empresas IDT, Americatel y Convergía a través de las Cartas C. 018-ST/2012, C. 019-ST/2012 y C. 020-ST/2012, respectivamente, todas de fecha 15 de agosto de 2012.

¹⁴ Se solicitó la información a las empresas IDT, Americatel y Convergía mediante las Cartas C. 009-ST/2013, C. 008-ST/2013 y C. 010-ST/2013, respectivamente, todas de fecha 22 de marzo de 2013.

¹⁵ Se solicitó la información a las empresas IDT, Americatel y Convergía mediante los Oficios N° 017-STCCO/2014, N° 014-STCCO/2014 y N° 012-STCCO/2014, respectivamente, todas de fecha 21 de enero de 2014.

manifestar si desde la implementación de la regulación de cargos de acceso a plataforma observó que la competencia en el mercado de llamadas de LDI desde móviles se ha fortalecido permitiéndole tener tarifas competitivas frente a las ofrecidas por los operadores móviles, y (iv) emitir una opinión sobre si considera que la regulación de cargos de acceso a plataforma prepago permitió a los operadores de larga distancia reducir sus tarifas y de no ser así, explicar las razones por las que, en su caso, no ha reducido sus tarifas. El plazo otorgado para responder el cuestionario fue de diez (10) días hábiles.

En el caso de Americatel, adicionalmente, se le solicitó indicar a qué se refería con que la regulación del cargo de acceso a plataforma de pago le había permitido mantenerse en el mercado y si antes de la referida regulación su empresa estaba considerando salir del mercado¹⁶. Además se le solicitó algún estudio que sustente su respuesta acerca de que “*era insostenible seguir asumiendo el sobre costo de acceso a plataforma de pago*”.

En el caso de IDT, también se le requirió explicar por qué consideraba que los costos variables elevados del sistema LLxLL no habrían permitido a los operadores entrantes de larga distancia disminuir significativamente sus tarifas¹⁷. Asimismo, se le solicitó que amplíe sus fundamentos respecto de su afirmación acerca de que la disminución del costo de acceso a plataforma de pago no habría sido suficiente para que el servicio de llamadas LDI desde móviles tenga el atractivo necesario¹⁸. Por último, se le solicitó enviar algún estudio de costos que tuviese al respecto.

Pedido de Información N° 4¹⁹: Se solicitaron los siguientes datos objetivos: (i) Cuadro N° 1 del anexo: Costos por minuto de instalaciones esenciales²⁰ involucradas en el servicio de llamadas de LDI desde teléfonos móviles prepago durante el periodo de enero 2012 a diciembre 2013. En caso estos costos no formen parte de los gastos efectivos del operador, se les requirió informar sobre los valores imputables a la prestación del servicio; (ii) Cuadro N° 2 del anexo: Costos por minuto por las facilidades requeridas en el tramo internacional para las llamadas de LDI desde teléfonos móviles prepago durante el periodo enero 2012 a diciembre 2013; además se le solicitó indicar los conceptos y sus costos correspondientes en los que incurría (explícita o implícitamente) por un *carrier* internacional, operador de red de destino y/u otro operador; (iii) Cuadro N° 3 del anexo: Costos por adecuación de red pagados a los operadores móviles a los que se han interconectado; (iv) Cuadro N° 4 del anexo: El tráfico de LDI generado en teléfonos móviles prepago, desagregado por red móvil de origen, para el periodo de octubre de 2010 a diciembre de 2013, y (v) Cuadro N° 5 del anexo: Los ingresos totales por llamadas de LDI generado en teléfonos móviles prepago, desagregado por red móvil de origen, para el periodo de octubre de 2010 a diciembre de

¹⁶ Esto se le preguntó a razón de lo señalado por la empresa en su carta 223-2013-GAR (durante la etapa de investigaciones preliminares).

¹⁷ Esto se le preguntó a razón de lo señalado por la empresa mediante carta SN recibida el 11 de abril de 2013 (durante la etapa de investigaciones preliminares).

¹⁸ Afirmación brindada por la empresa en su carta SN recibida el 11 de abril de 2013.

¹⁹ Se solicitó la información a la empresas IDT, Americatel y Convergía mediante los Oficios N° 111-STCCO/2014, N° 113-STCCO/2014 y N° 109-STCCO/2014, respectivamente, todos de fecha 27 de mayo de 2014. Adicionalmente, mediante Oficio N° 127-STCCO/2014 de fecha 12 de junio de 2014 se reiteró el pedido de información a Convergía.

²⁰ Los conceptos a informar fueron: originación de llamadas, enlaces de interconexión, adecuación de red, transporte conmutado local y transporte conmutado de larga distancia nacional.

2013. Se requirió indicar la metodología de cálculo seguida para obtener los valores por minuto para cada uno de los conceptos considerados en los anexos. El plazo otorgado fue de diez (10) días hábiles.

Respuesta de las empresas²¹:

De las respuestas a los pedidos de Información requeridos por la Secretaría Técnica, este Cuerpo Colegiado detallará algunas afirmaciones consideradas relevantes para el presente procedimiento. Cabe precisar que tales respuestas corresponden solo a los pedidos de información N° 2 y N° 3, en la medida que las respuestas a los otros pedidos se refieren a datos objetivos que serán tomados en consideración más adelante.

A) IDT²²

A través del escrito s/n recibido el 11 de abril de 2013, IDT respondió a las preguntas realizadas en el Pedido de Información N° 2 enviado a través de la carta 009-ST/2013. De las respuestas señaladas por IDT, se pueden recoger las siguientes afirmaciones:

- IDT siempre consideró al mercado de LDI desde teléfonos móviles sumamente interesante para seguir desarrollando su amplia experiencia en larga distancia debido al importante número de líneas celulares y a las estadísticas de minutos originados en móviles con destino internacional.
- A pesar de las grandes inversiones en publicidad, no se han obtenido buenos resultados en términos de tarifas y competencia, debido a una estructura de costos sumamente alta, tanto en los cargos de originación como de uso de la plataforma prepago. En ese sentido, los altos costos variables no han permitido disminuir las tarifas, más allá de promociones puntuales por periodos determinados.
- Solo con la emisión de los mandatos de interconexión bajo el sistema de LLxLL desde móviles, las empresas operadoras de telefonía móvil dejaron de establecer mayores obstáculos para los operadores de larga distancia, ya que anteriormente las negociaciones con los operadores móviles se dilataban de manera continua (hasta el plazo máximo). Sin embargo, si bien los cargos de originación y acceso a plataforma de prepago que los operadores móviles cobran han mejorado siguen siendo un obstáculo importante en la mejora de las tarifas al usuario final del sistema, dado que estos impactan directamente en la estructura de costos de IDT y otros operadores entrantes, mas no así en los operadores celulares.
- La reducción gradual de los cargos tope aplicables a los operadores no permite ver reflejado este cambio en la tarifa a los usuarios finales, lo cual repercute en la competencia, ya que los operadores de larga distancia no pueden ofrecer tarifas más competitivas en el mercado. Por otro lado, los cargos diferenciados dificultan implementar una tarifa única. En ese sentido, la disminución en el costo de acceso no ha sido suficiente para atraer operadores y usuarios. Asimismo, el volumen de llamadas se mantiene en un nivel poco atractivo para IDT.

²¹ Debido a que algunos requerimientos de información antes expuestos se refieren solo al envío de datos objetivos, en esta parte la STCCO considerará solo las respuestas que contienen los argumentos que exponen las posiciones y opiniones de las empresas operadoras a las cuales se les requirió información respecto a su situación y actuación en el mercado de LDI desde móviles (es decir, la relacionada a los pedidos de información N° 2 y 3).

²² IDT dio respuesta a los Pedidos de Información N° 1 y 4 a través de los escritos de fecha 11 de septiembre de 2012 y 11 de junio de 2014, respectivamente.

- Debido a los altos costos que implica el acceso a este servicio, y que son totalmente asimétricos para los diferentes operadores del sistema, no se dan las condiciones adecuadas para un correcto funcionamiento de la competencia. Los operadores móviles tienen la facilidad de detectar demanda por llamadas LDI, pudiendo llamar a posibles clientes sin incurrir en costos y ofrecer sus promociones que prácticamente cubren los costos de originación y acceso a plataforma, lo cual no permite una sana competencia y evita que los usuarios finales obtengan mejoras de tarifas.
- El sistema de LLxLL en la telefonía móvil no resulta un segmento atractivo ni cumple con las expectativas comerciales de IDT, considerando la escasa rentabilidad que se ha demostrado hasta la fecha, debido, en parte, a la excesiva estructura de costos y las altas tarifas del sistema, sumado a la inversión publicitaria que se debe realizar.

Mediante el escrito s/n de fecha 5 de febrero de 2014, IDT respondió a las preguntas realizadas en el Pedido de Información N° 3. A modo de resumen, y tomando en consideración el orden de las preguntas del cuestionario, la empresa señaló lo siguiente:

- IDT considera que sí existe competencia entre el servicio de LDI desde teléfonos móviles y otros servicios como los teléfonos fijos, los teléfonos públicos, los locutorios y los servicios de internet. Sin embargo, para IDT se debe considerar que el tráfico en el servicio de LDI desde móviles no ha disminuido en el último año, lo cual pone en evidencia la amplia acogida y demanda por parte de los usuarios.
- La falta de fijación de cargos tope para el acceso a la plataforma de pago durante el periodo comprendido entre la implementación del sistema de LLxLL y la regulación del mencionado cargo, dificultó la posibilidad de implementar condiciones competitivas para la generación de llamadas LDI desde redes móviles. En ese sentido, resultó imprescindible la fijación de los cargos tope por parte de OSIPTEL para que los operadores de larga distancia puedan ser competitivos.
- Contar con un cargo tope pre-establecido para acceder a la plataforma prepago ha mejorado la competencia en el mercado de LDI desde móviles. Asimismo, la mencionada regulación asegura la predictibilidad respecto al costo involucrado en la interconexión de redes entre operadores móviles y de larga distancia, pudiendo estos últimos ofrecer tarifas y promociones competitivas.
- La regulación de los cargos de acceso a plataforma permitió a IDT reducir algunas de sus tarifas; así por ejemplo, actualmente IDT ofrece una tarifa promoción a sus usuarios de S/. 0.49 a USA y Canadá. Sin embargo, considerando que los operadores móviles tienen mayor posibilidad de llegar a los usuarios y que la estructura de costos que enfrentan los operadores de larga distancia para brindar el servicio de llamadas LDI desde móviles es más elevada, los costos variables elevados del sistema de LLxLL desde móviles, no se ha permitido que los operadores entrantes de larga distancia puedan disminuir significativa y progresivamente sus tarifas, limitándose a ofrecer promociones puntuales.

B) Americatel²³

A través de la Carta C. 223-2013-GAR de fecha 22 de abril de 2013, Americatel respondió a las preguntas realizadas en el Pedido de Información N° 2. A modo de resumen, esta empresa señaló lo siguiente:

²³ Americatel dio respuesta a los Pedidos de Información N° 1 y 4 a través de las Cartas C. 520-2012-GAR de fecha 28 de agosto de 2012, y C. 341-2014-GLAR de fecha 06 de junio de 2014, respectivamente.

- El segmento de telefonía móvil antes del establecimiento del sistema de LLxLL era atractivo comercialmente, al ser un monopolio que tenía cautivo al usuario del servicio LDI.
- De un mercado que representaba aproximadamente más de 7MM de minutos, se estimó alcanzar un *market share* total de 5%, con una demanda mensual promedio de 350,000 minutos, presentando una mayor participación en el mercado prepago. Asimismo, se contemplaba una respuesta de la competencia a nivel de tarifas y la reducción de estas.
- Existieron varios obstáculos para brindar el servicio como la asimetría informativa entre los operadores móviles y el *carrier* que brinda el servicio de larga distancia. Además, se detectaron casos de llamadas de LDI que se realizaban a través de la marcación previa de un asterisco (*) o numeral (#) y no del código 19XX.
- Dado que el costo total de llamadas prepago se compone del cargo de acceso móvil, cargo de terminación y el costo de plataforma prepago (que en el periodo que no existía regulación era de US\$ 0.12), se puede evidenciar la importancia de este último costo al representar más del 55% del costo total, siendo su valor excesivo con relación a los costos reales en los que incurrieron los operadores móviles.
- Es innegable el beneficio de la regulación del cargo de acceso a plataforma de pago en la competencia, considerando que de haberse mantenido el cargo anterior, posiblemente se hubieran visto obligados a retirar su oferta comercial prepago.
- Son barreras importantes que dificultan el funcionamiento de la competencia en el mercado LDI desde móviles, el costo de acceso a la plataforma prepago y el proceso de comunicación de la oferta comercial prepago. Por otro lado, la asimetría de la información y la falta de mejor control del regulador han contribuido a que los operadores móviles puedan comunicarse con los clientes de Americatel para informarles que deberían utilizar el código de su operador para sus llamadas de larga distancia, y las consecuencias de utilizar otro operador.
- Los operadores móviles, en algunos casos obstaculizan la labor de los operadores de larga distancia, sobre todo porque las normas se lo permiten y por una falta de mayor control de la competencia.
- Americatel considera rentable el segmento de llamadas LDI desde móviles que actualmente atiende; sin embargo, las barreras antes descritas no le permiten ser más agresivo comercialmente.

Mediante la Carta C. 062-2014-GAR recibida el 12 de febrero de 2014, Americatel respondió a las preguntas realizadas en el Pedido de Información N° 3. A modo de resumen, esta empresa señaló lo siguiente:

- Los locutorios, llamadas por tarjetas y aplicaciones de *smartphones* que brindan servicios de voz a llamadas LDI de forma gratuita o a tarifas competitivas sí constituyen una fuerte competencia²⁴.
- Hasta antes de diciembre de 2011, solo el costo de plataforma prepago representaba el 55% del costo total de las llamadas del segmento de llamadas LDI desde móviles, por lo que al contar con costos elevados era imposible competir con las tarifas de los operadores móviles.

²⁴ Basaron sus afirmaciones en el estudio bimestral que hace Americatel de seguimiento de marca "*Brand Tracking*" y en los estudios de Ipsos Apoyo.

- La regulación del cargo de acceso a plataforma de pago permitió presentar tarifas competitivas frente a las tarifas promocionales de los operadores móviles. No obstante, los operadores móviles continúan teniendo ventaja frente a los operadores de larga distancia.
- A pesar de la regulación del cargo de acceso a plataforma, los costos son elevados.
- Para sustentar su respuesta acerca de su afirmación sobre que la regulación del cargo de acceso a plataforma de pago le habría permitido mantenerse en el mercado hace referencia a un Informe para el cálculo de dicho cargo, que fue remitido al OSIPTEL el 18 de mayo de 2010 mediante carta N° 241-210-GAR.

El 21 de febrero de 2014, el Cuerpo Colegiado a través de la Resolución N° 003-2014-CCO/OSIPTEL declaró confidencial parte de la información contenida en la Carta 062-2014-GAR.

C) Convergencia²⁵

A través de la Carta GER-060-2013 de fecha 22 de abril de 2013, Convergía respondió a las preguntas realizadas en el Pedido de Información N° 2. A modo de resumen, esta empresa señaló lo siguiente:

- El segmento de telefonía móvil antes del sistema de LLxLL sí resultaba atractivo dada la experiencia de Convergía en la telefonía fija y el crecimiento de la telefonía móvil.
- A pesar del establecimiento del sistema de LLxLL en móviles, Convergía sabía que no sería fácil competir ya que las empresas móviles tienen su propia infraestructura mientras que las otras operadoras de larga distancia debían incurrir en mayores costos (como costos de originación, uso de plataforma, entre otros). Por otro lado, esperaban tarifas más bajas y que las mismas diferencien terminación en destinos fijos de destinos móviles.
- Las empresas móviles pusieron obstáculos para que Convergía prestara servicios de llamadas LDI desde móviles, al establecer costos elevados para originar tráfico desde su red (por ejemplo el uso de plataforma prepago, lo cual no permitió tarifas menores). Además, los operadores de larga distancia dependen técnicamente de los operadores móviles para fijar tarifas y promociones.
- En un inicio del sistema de LLxLL (hasta antes de diciembre 2011) los costos de originación sumados a los de acceso a plataforma eran tan elevados que no permitían ofrecer tarifas competitivas en relación a las tarifas establecidas por los operadores móviles en el servicio de llamadas LDI desde móviles.
- La regulación del cargo de acceso a plataforma de pago ha sido beneficiosa pero debe bajar aún más, al menos una vez por año como sucede en relación a los costos de originación.
- Entre las barreras que a la fecha impiden un adecuado funcionamiento de la competencia en el mercado de llamadas LDI desde móviles es el esquema de tarifa única por país que no permite establecer tarifas diferencias por destino (fijo y móvil), las cuales se caracterizan por tener una diferencia importante en los costos de terminación.
- Sobre la actuación de los operadores móviles, estos tienen ventaja respecto a los costos de originación y utilización de plataforma de pago, colocándolos en una mejor posición para ofrecer tarifas más bajas.

²⁵ Convergía dio respuesta a los Pedidos de Información N° 1 y 4 a través de la Carta GER-061-2012 de fecha 23 de agosto de 2012, y GER-103-2014 de fecha 26 de junio de 2014, respectivamente.

- Considerando el crecimiento de la telefonía móvil, el sistema de LLxLL en este segmento resulta prometedor.

Mediante la Carta GER-029-2013 de fecha 20 de febrero de 2014, Convergía respondió a las preguntas realizadas en el Pedido de Información N° 3. A modo de resumen, la empresa señaló lo siguiente:

- Que enfrentan una fuerte competencia de los servicios de descarga gratuita como Whatsapp, Skype o Viber. Por su parte, la telefonía fija, pública y los locutorios no representan mayor competencia al presentar la telefonía móvil mayor penetración.
- Consideran justo el monto de los cargos por originación y acceso a plataforma prepago que los operadores móviles le cobraban en el periodo comprendido desde el inicio del sistema de LLxLL hasta la implementación de la regulación del cargo de acceso a plataforma prepago; sin embargo debió aplicarse una escala para los cargos de acuerdo a la cantidad de tráfico que el operador de larga distancia tuviera o algún tipo de descuento para empresas pequeñas como Convergía.
- Desde la implementación de la regulación del cargo de acceso a plataforma prepago, se pudo haber conseguido un resultado distinto de haberse cobrado cargos en razón al tamaño del operador de larga distancia, generándose escalas o descuentos e inclusive exoneraciones de cargos, considerando un tema de interés social y dinamización de las comunicaciones.
- En el escenario en que los cargos como el de acceso a plataforma de pago hubieran sido menores, les hubiera permitido ofrecer mayores y mejores promociones competitivas en el mercado de LDI.

4.2.2. Empresas operadoras de larga distancia desde telefonía fija²⁶

Con el fin de obtener información de las empresas operadoras de larga distancia desde telefonía fija sobre el mercado de LDI desde móviles y evaluar las posibles razones de no haber entrado a competir en dicho mercado, la STCCO les remitió las siguientes preguntas durante la etapa de investigación: (i) ¿Cree que el sistema de LLxLL hizo más competitivo el mercado LDI desde móviles? ¿Consideró la posibilidad de ingresar a dicho mercado en el periodo formado desde el inicio del sistema LLxLL hasta la regulación del cargo de acceso a plataforma prepago?; (ii) Desde la regulación de cargos de acceso a plataforma, ¿El mercado LDI desde móviles le parece más rentable o atractivo comercialmente? De ser así, ¿Cree que la regulación mencionada haya contribuido?; (iii) ¿Cuáles fueron las razones que lo desmotivaron de ingresar al mercado LDI desde móviles? ¿Los cargos influyen en su decisión de no intervenir?; (iv) ¿Las empresas operadoras de telefonía móvil han establecido obstáculos para que su empresa preste el servicio LDI en sus redes móviles?; (v) ¿Qué obstáculos observa en el mercado LDI desde móviles? ¿Considera que las operadoras de telefonía móvil establecen obstáculos a las empresas que intentan ingresar a dicho mercado?; (vi) Dado los cargos del operador móvil y las tarifas finales que son ofrecidas por los operadores móviles a sus usuarios para las llamadas LDI, ¿Considera que su empresa podría mantenerse u operar en el mercado? ¿Los cargos le

²⁶ Durante la Etapa de Investigación del presente procedimiento se solicitó información a la empresas Velatel, Level 3, Infoductos y Amitel, mediante los Oficios N° 018-STCCO/2014, N° 020-STCCO/2014, N° 022-STCCO/2014 y N° 024-STCCO/2014, respectivamente, todos de fecha 21 de enero de 2014. Cabe indicar que Velatel no atendió al requerimiento efectuado por la Secretaría Técnica.

permitirían ofrecer tarifas competitivas respecto a las tarifas establecidas y promocionales ofertadas por los operadores móviles para las llamadas LDI?

A) Level 3

Mediante Carta C. 010-2014-LEG de fecha 5 de febrero de 2014, Level 3 manifestó, entre otros, lo siguiente:

- No presta el servicio de telefonía móvil ni ha considerado ingresar a dicho mercado por no ser parte de su estrategia de negocios. No obstante, al ser una empresa multinacional con licencia portadora de servicios de terminación LDI, podría aportar más competencia a dicho mercado si es que se pudiese acceder a menores costos por adecuación de red y a menores plazos de implementación por parte de los operadores móviles.
- Level 3 cuenta con una red internacional en más de 60 países con lo cual respecto de costos de terminación en redes internacionales pueden ser altamente competitivos y contribuir a desconcentrar el mercado de llamadas LDI desde móviles a través de interconexiones de alta capacidad con los operadores móviles

B) Infoductos

Mediante carta INTEP/S-005-2014/PRE de fecha 04 de febrero de 2014, Infoductos indicó que a la fecha no ha incursionado en el servicio de LLxLL a través de teléfonos móviles ni ha realizado estudios al respecto.

C) Amitel

Mediante Carta C. 0003-GGAMITEL/2014 de fecha 04 de febrero de 2014, Amitel señaló lo siguiente:

- El sistema de LLxLL hizo más competitivo y atractivo el mercado de larga distancia.
- El mercado LDI desde móviles no es rentable por los costos en los que se debe incurrir, como los pagos de alquiler de circuitos, coubicación de equipos, mantenimiento de equipos, pago de la plataforma prepago de las operadoras móviles. Tendría que haber un alto volumen de tráfico internacional para que este mercado sea rentable.
- Analizaron ingresar al mercado pero desistieron por el alto costo que generaba mantener el servicio.
- Para Amitel el mayor obstáculo que observa en el mercado LDI desde móviles es el costo de operación. Las tarifas ofrecidas por los operadores móviles serían insostenibles para Amitel en el caso de brindar el servicio con interconexión directa a nivel nacional por el poco tráfico internacional.
- No pueden ofrecerse tarifas competitivas por los altos costos de operación y cargos cobrados por los operadores móviles y el poco tráfico que se tiene para destinos internacionales.

4.3. Información solicitada a INDECOP

Mediante Oficio N° 121-STCCO/2014 de 10 de junio de 2014, la Secretaría Técnica solicitó al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOP) un Informe Técnico no vinculante sobre los lineamientos, precedentes y criterios interpretativos que se vienen aplicando para la generalidad de los

mercados y agentes económicos, en materia de posición de dominio, en la modalidad de estrechamiento de márgenes, de conformidad con lo establecido en el artículo 74º del Reglamento de Controversias.

Mediante Oficio N° 085-2014/ST-CLC-INDECOPI de 31 de julio de 2014, la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI (en adelante, la CLC) remitió el Informe N° 031-2014/ST-CLC-INDECOPI. Entre los argumentos contenidos en dicho Informe, se considera pertinente mencionar lo siguiente:

- Que la estrategia del estrechamiento de márgenes tiene como objetivo colocar a la empresa competidora a un nivel de márgenes tan bajos –incluso negativos- que impidan u obstaculicen significativamente su participación en el mercado.
- Que si bien el estrechamiento de márgenes no se encuentra expresamente contemplado entre las conductas de abuso de posición de dominio listadas, a modo de ejemplo, entre los literales a) y g) del artículo 11.2 del DL1034, puede ser analizada como una modalidad de abuso de posición de dominio de conformidad con el artículo 10.1 y el literal h) del artículo 10.2. del DL 1034.

V. INFORME INSTRUCTIVO N° 032-STCCO/2014 DE FECHA 22 DE AGOSTO DE 2014

Conforme a lo desarrollado en el Informe Instructivo, luego de una evaluación de las investigaciones realizadas durante la tramitación del procedimiento, la Secretaría Técnica recomendó lo siguiente:

- Declarar INFUNDADO el procedimiento de oficio iniciado contra Telefónica Móviles y ordenar el archivo del mismo, dado que no ha incurrido en un estrechamiento de márgenes con efectos exclusorios en el mercado de LDI desde teléfonos móviles prepago a través del sistema de LLxLL, supuesto de abuso de posición de dominio tipificado en los artículos 10.1 y 10.2 literal h) del DL 1034.

Ello debido a que a pesar de que la Secretaría Técnica determinó que Telefónica Móviles ha estrechado el margen de los competidores, estableciendo ciertas tarifas que no pueden ser replicadas por sus competidores en el mercado aguas abajo (en específico, las tarifas a números duados); no habría encontrado evidencia de efectos anticompetitivos reales o potenciales en el mercado supuestamente afectado.

VI. ALEGATOS AL INFORME INSTRUCTIVO

Mediante escrito de fecha 25 de setiembre de 2014, Telefónica Móviles presentó sus comentarios y alegatos al Informe Instructivo. Cabe precisar que si bien Telefónica Móviles señaló que se encuentra de acuerdo con la conclusión final del Informe Instructivo, consideró pertinente realizar algunas precisiones. De todos los comentarios expuestos, este Cuerpo Colegiado considera relevante señalar los siguientes:

- A pesar de que en el Informe Instructivo se reconoce que en Estado Unidos el estrechamiento de márgenes no suele ser considerado como una conducta anticompetitiva, la Secretaría Técnica sin presentar mayor justificación, indica que esta

línea de análisis será dejada de lado a fin de adoptar la experiencia desarrollada en algunos países de Europa, en donde sí se ha analizado y sancionado tal conducta.

- Por sus características el sistema legal peruano es similar al norte americano, por lo que lo más adecuado hubiese sido que el Informe Instructivo tome como punto de referencia aquella experiencia internacional en donde el contexto de la discusión sobre la sanción del *price squeeze* sea similar al nacional en vez de decantarse por el sistema europeo cuya característica particular es que la Comisión Europea es de competencia supranacional y puede ir más allá de lo establecido por los reguladores locales.
- La falta de competencia del Cuerpo Colegiado para pronunciarse sobre una controversia como ésta, en la que los cargos aplicados por Telefónica Móviles son producto de una regulación sectorial. Incluso en el caso *Telefónica* contra *Nextel* el Cuerpo Colegiado reconoció que carecía de competencia para conocer tal controversia (*price squeeze*) debido a que uno de los segmentos supuestamente involucrados en la práctica no era un segmento libre sino sujeto a regulación sectorial.
- El problema que surgió con el cargo regulado no puede ser solucionado por las normas de competencia sino con los mecanismos regulatorios legalmente previstos para ello más aún si de los requerimiento de información que la Secretaría Técnica realizó a las supuestas empresas afectadas estas plantean cuestionamientos de tipo regulatorios (mejoras en los cargos) y no de aplicación de las normas de competencia.
- Para la aplicación del principio de supletoriedad se ha realizado un análisis que no resulta adecuado debido a que presupone que tal principio solo será aplicable cuando se ha autorizado expresamente a desarrollar una conducta anticompetitiva. Sin embargo, Telefónica Móviles no habría señalado que la regulación les haya autorizado a realizar la conducta que se les imputa sino que no se puede cuestionar una tarifa que se encuentra dentro de los límites establecidos por la regulación, es decir, todas las tarifas cobradas por Telefónica Móviles que se encuentren dentro de estos límites regulatoriamente fijados deben ser consideradas tarifas reguladas y no solamente la tarifa máxima.
- Sin justificación alguna, se ha optado por utilizar un test distinto al de imputación tarifaria que OSIPTEL ha venido utilizando para los casos de telefonía fija. Así, por ejemplo, en vez de una evaluación del promedio ponderado conjunto de todas las tarifas promedio de los productos correspondientes a cada tipo de comunicación, en el Informe Instructivo se opta por desarrollar un análisis destino por destino que podría llevar a concluir que Telefónica Móviles ha desarrollado un estrechamiento de márgenes respecto a destinos poco relevantes, lo cual carecería de lógica económica para la empresa.
- No se ha demostrado la racionalidad anticompetitiva para realizar la conducta imputada en un porcentaje tan bajo del mercado relevante. De haberlo hecho se hubiera considerado la representatividad y el contexto dentro del cual se ofrece la promoción “Dúo de 6” en el mercado LDI y se hubiera concluido lo siguiente: i) solo el 8% de los abonados de esta promoción utilizaron el mismo para realizar llamadas LDI (de 55,000 abonados solo 4000), porcentaje muy pequeño para asumir el riesgo de realizar una práctica anticompetitiva y ii) que tal promoción se ofrece con la finalidad de competir con otras empresas de telefonía móvil y no con el objetivo de captar el mercado LDI.

- Sobre la determinación del mercado relevante no se ha considerado otros servicios alternativos que fueron mencionados en sus descargos. Además se yerra al considerar como punto de partida a la relación contractual o regulatoria existente entre Telefónica Móviles y los operadores de larga distancia, cuando lo adecuado sería partir de las posibles opciones con las que cuenta el consumidor para realizar llamadas de LDI, más aún si los propios competidores de Telefónica Móviles, en las preguntas realizadas por la Secretaría Técnica, han señalado lo mismo.
- El análisis del mercado producto relevante se ha centrado en las preferencias del consumidor por un determinado producto sin tomar en cuenta el comportamiento de los consumidores ante un alza en los precios relativos. Así, se comienza el análisis asumiendo que el usuario ya eligió realizar una llamada LDI desde su celular cuando debería considerarse desde el momento en que dicho usuario decide realizar estas llamadas y tiene que elegir entre los distintos medios de comunicación con los que cuenta. Una evaluación como esta demostraría que Telefónica no ostenta posición de dominio en el mercado de llamadas LDI, pues solo el 28.8% del mercado realiza este tipo de comunicaciones a través de móviles y la participación de Telefónica dentro de este porcentaje es muy bajo.

VII. CUESTIONES PREVIAS

7.1. Cuestiones preliminares planteadas por Telefónica Móviles

7.1.1. Del Informe Preliminar: Sobre la naturaleza de la figura de estrechamiento de márgenes

Telefónica Móviles durante el procedimiento cuestiona la posibilidad de sancionar prácticas de estrechamiento de márgenes como supuestos anticompetitivos, al considerar que este tipo de conducta no perjudica el proceso competitivo ni afecta el bienestar de los consumidores y, en términos generales, sería el reflejo de la existencia de eficiencias y/o una competencia agresiva que termina por beneficiar a los consumidores con precios bajos (pero no por debajo de los costos del proveedor). Esto explicaría por qué no se incluyó el *price squeeze* como un supuesto sancionable en el DL 1034 ni se ha sancionado (ni denunciado) hasta ahora una práctica de este tipo.

Asimismo, para Telefónica Móviles sancionar conductas de *price squeeze* generaría un efecto redistributivo, dado que se trasladarían a determinados competidores los beneficios de precios más bajos que recibían los consumidores. Es así que en un caso de *price squeeze* no se protege la competencia ni a los consumidores; solo se busca proteger a ciertos competidores para asegurarles una ganancia (“nivel mínimo de ingresos”). De este modo, sancionar conductas de *price squeeze* generaría incentivos para que las empresas se comporten de manera similar a como lo harían en un *cártel de precios*: un compromiso de no reducir sus tarifas a consumidores finales a niveles que afecten los ingresos de tales empresas, para así garantizar el margen de ganancia de sus competidores a perjuicio de los consumidores.

7.1.2. Posición del Cuerpo Colegiado frente a esta figura

Como se explicará con mayor detalle más adelante, considerando la relación que existe entre la empresa verticalmente integrada (presente tanto en el mercado aguas arriba como en el mercado aguas abajo) y sus competidoras en el mercado aguas abajo (a la vez, sus

clientes en el mercado aguas arriba), la reducción en los márgenes de ganancia de los competidores en los casos de estrechamiento de márgenes no responde necesariamente a una cuestión de eficiencia económica ni competencia agresiva como lo señala Telefónica Móviles, ya que podemos estar frente a competidores que pueden ser tan o más eficientes que la firma verticalmente integrada, pero que se pueden ver perjudicados por la posibilidad que tiene esta última de reducir los márgenes de ganancia de sus competidores incrementando el costo del recurso esencial y/o reduciendo los precios que esta cobra al público en el mercado aguas abajo²⁷. Ello claramente se aparta de la eficiencia económica que busca promover el DL 1034.

En relación a lo mencionado por Telefónica Móviles sobre que el estrechamiento de márgenes no genera un impacto negativo en el proceso competitivo del mercado ni en los usuarios finales, este Cuerpo Colegiado considera pertinente aclarar que el presente procedimiento se ha iniciado con el único fin de proteger el desarrollo de la competencia en los mercados de telecomunicaciones y, con ello, el bienestar de los consumidores. En ese sentido, si se verifica que esta conducta ha generado efectos negativos para la competencia y/o el bienestar de los consumidores que sean superiores a las posibles justificaciones, tal conducta será sancionada en la medida que se estaría distorsionando el normal funcionamiento del proceso competitivo.

Si bien la figura de estrechamiento de márgenes no se encuentra tipificada expresamente en el DL 1034, esta práctica podría ser analizada al amparo del literal h) del artículo 10.2²⁸ de la mencionada ley, la misma que al ser una cláusula de tipificación abierta contiene a todas las conductas de abuso de posición de dominio en general que no se encuentran expresamente tipificadas en la ley²⁹. En efecto, al no ser posible enumerar todas las conductas anticompetitivas existentes, a través de la cláusula general se puede analizar todas aquellas prácticas que dificulten o impidan el ingreso de nuevas empresas en un mercado o la permanencia de las ya existentes por razones distintas a una mayor

²⁷ Considerando 237. "(...) En efecto, si los precios minoristas de la demandante son inferiores a las tarifas por sus servicios mayoristas o si el margen entre las tarifas por los servicios mayoristas y las tarifas minoristas de la demandante es insuficiente para permitir a un operador de su misma eficiencia cubrir sus costes específicos por la prestación de servicios de acceso a los abonados, un competidor potencial, igual de eficiente que la demandante, solo podría entrar en el mercado de los servicios de acceso para abonados incurriendo en pérdidas".

Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Quinta ampliada) de 10 de abril de 2008, emitida en la controversia por Deutsche Telekom AG. contra la Comisión de las Comunidades Europeas (asunto T-271/2003).

²⁸ **DL 1034**

Artículo 10.- El abuso de la posición de dominio.-

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

(...) 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.

²⁹ "El DL 1034 contiene dos cláusulas de tipificación abierta de prácticas anticompetitivas y en ambas se hace referencia expresa a la eficiencia económica. En efecto, además de prohibir expresamente diversos casos de abuso de posición de dominio, la ley también incluye una prohibición general de actos de abuso que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores en el mercado por razones distintas a una mayor eficiencia económica." (El autor cita los artículos 10.2 literal h) y 11.1)

QUINTANA SÁNCHEZ, Eduardo. "El Objetivo de la Ley de Competencia Peruana y la Interpretación de las Conductas Prohibidas". En Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual N° 12. Pág. 35. Consultado el 20 de agosto de 2014.

<http://aplicaciones.indecopi.gob.pe/ArchivosPortal/boletines/recompi/castellano/articulos/primavera2011/EduardoQuintanaSanchez.pdf>

eficiencia económica. Por lo tanto, este Cuerpo Colegiado, en la misma línea de lo señalado por INDECOPI³⁰, considera que, sin lugar a dudas, la conducta de estrechamiento de márgenes podría ser analizada y de ser el caso sancionada según la cláusula abierta del literal h) del artículo 10.2 del DL 1034, si se verifica que se está afectando el proceso competitivo en el mercado de telecomunicaciones por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.

Incluso, sobre el particular, los “Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Libre Competencia en el Ámbito de las Telecomunicaciones” (en adelante, los Lineamientos)³¹ establecen que, para el OSIPTEL, si se presentara una conducta de *price squeeze* (en los Lineamientos se reconoce como “precios comprimidos”) resultaría sancionable en tanto introduzca distorsiones al régimen de libre competencia. Es decir, bajo nuestro marco normativo, una conducta de estrechamiento de márgenes que afecte el mercado de telecomunicaciones puede ser evaluada y sancionada de acuerdo a lo establecido en el DL1034.

Si bien en la experiencia peruana aún no se ha sancionado este tipo de prácticas, ello no descarta la posibilidad de que existan, se investiguen, y, de ser el caso, se sancionen; particularmente en el sector telecomunicaciones. Al respecto, al remitirnos a la experiencia internacional, en la Unión Europea esta práctica ha sido continuamente investigada y sancionada por la Comisión Europea, como se puede apreciar en los casos Deutsche Telekom³², Wanadoo³³, entre otros. A su vez, en algunos países de América Latina como Chile³⁴ y México³⁵, también se han investigado y sancionado casos de estrechamiento de márgenes en el mercado de telecomunicaciones.

Asimismo, cabe precisar que por las características propias del mercado de las telecomunicaciones muchas veces las empresas afectadas no denuncian las prácticas anticompetitivas que se producen en el mercado debido a que ello podría acarrear consecuencias negativas en las relaciones comerciales que se mantiene entre estas

³⁰ En el Informe N° 031-2014/ST-CLC-INDECOPI, la Secretaría Técnica de la CLC señaló lo siguiente: “*Que si bien el estrechamiento de márgenes no se encuentra expresamente contemplado entre las conductas de abuso de posición de dominio listadas, a modo de ejemplo, entre los literales a) y g) del artículo 11.2 del Decreto Legislativo 1034, puede ser analizada como una modalidad de abuso de posición de dominio de conformidad con el artículo 10.1 y el literal h) del artículo 10.2. del DL 1034.*”

³¹ Aprobados mediante Resolución N° 003-2000-CD/OSIPTEL.

³² Asunto C-280/08 P: Deutsche Telekom AG vs. Comisión Europea.

³³ Asunto COMP/38.784 – Wanadoo España vs. Telefónica.

³⁴ Al respecto se pueden observar: (i) Sentencia N° 88/2009, de 15 de octubre de 2009, emitida en la controversia entre Telefónica Móviles de Chile S.A. y OPS Ingeniería Ltda., ETCOM S.A. y otros; (ii) Demanda de Netline Mobile S.A. contra Entel PC S Telecomunicaciones S.A., Claro Chile S.A. y Telefónica Móviles Chile S.A., presentada el 23 de diciembre de 2013. (En curso)

³⁵ En el año 2011 se sancionó a varias empresas por llevar a cabo prácticas consistentes en estrechamiento de márgenes en el mercado de telecomunicaciones de ese país. Pleno de fecha 07 de abril de 2011, emitida en la controversia seguida entre Axtel S.A., Alestra S. de R.L. y otros contra Radiomóvil Dipsa, S.A. (Expediente DE-37-2006 y acumulados).

Es importante señalar que, recientemente, el día 30 de abril de 2014 la Cámara de Senadores de México aprobó la nueva Ley Federal de Competencia Económica, en la cual se tipifica el estrechamiento de márgenes como una conducta considerada práctica monopólica relativa.

empresas. Así, en diversas controversias, empresas medianas y pequeñas de telecomunicaciones han señalado que prefieren no argumentar contra las operadoras “grandes”.

Por ello, debido a que frecuentemente las empresas investigadas por la comisión de una práctica anticompetitiva cuestionan que se les investigue cuando no existe de por medio una denuncia, este Cuerpo Colegiado considera pertinente precisar que aunque las empresas afectadas por conductas anticompetitivas no presenten denuncias, es deber de las instancias de solución de controversias velar por el correcto funcionamiento del proceso competitivo. Por consiguiente, en caso se observen conductas con posibles efectos anticompetitivos desarrolladas en el mercado de telecomunicaciones, se iniciará de oficio los procedimientos para sancionar dichas conductas.

Por otro lado, Telefónica Móviles referido ha cuestionado que la sanción a las prácticas de estrechamiento de márgenes daría lugar a un efecto redistributivo que consistiría en trasladar los beneficios de obtener precios bajos de los que hoy gozan los consumidores a los competidores. Este Cuerpo Colegiado en la misma línea de lo señalado por la Secretaría Técnica considera importante resaltar que la prohibición de casos de estrechamiento de márgenes no persigue evitar que empresas con posición de dominio, como es el caso de la empresa investigada, establezcan precios bajos a los consumidores para así proteger que sus competidores obtengan márgenes de utilidad adecuados sino sancionar aquellas conductas que distorsionan el normal funcionamiento del proceso competitivo en el mercado de telecomunicaciones, con lo cual si una empresa con posición de dominio establece precios bajos, esto deberá responder a una cuestión de eficiencia económica en el mercado y no a una finalidad anticompetitiva de estrechar márgenes de los rivales a través del manejo del margen que se deja entre el precio que se cobra por el insumo esencial y el precio minorista de la empresa dominante en el mercado aguas abajo.

Asimismo, este Cuerpo Colegiado lamenta lo mencionado por Telefónica Móviles en su escrito de descargos en relación a que la sanción de conductas de estrechamiento de márgenes generaría incentivos para que las empresas se comporten de manera similar a un cártel de precios. Al respecto, cabe recalcar que ambas figuras son distintas, dados los distintos elementos de configuración y la finalidad que persigue cada práctica. La existencia de un cártel de precios supone la presencia de dos o más empresas a través de un acuerdo de cooperación entre ellas para mantener precios similares; es decir, se requiere de la voluntad de las empresas participantes para conformarla y no, simplemente, de percibir ciertos “incentivos” para hacerlo.

Pensar lo contrario daría lugar a la errónea idea de justificar conductas anticompetitivas ante la supuesta existencia de “incentivos” en un mercado, lo cual no debe ser la conducta esperada por parte de Telefónica Móviles o cualquier otra empresa de telecomunicaciones que respeta la normativa de libre competencia. Así, si Telefónica Móviles considera que, al observarse condiciones favorables o “incentivos” para que se generen acuerdos colusorios, las empresas se comportarán así, no se estarían brindando buenas señales de su comportamiento en el mercado de telecomunicaciones. Lo que se pretende con la sanción en los casos de estrechamiento de márgenes es generar un escenario competitivo donde, en el caso de que los operadores integrados sean eficientes, puedan ejercer presión competitiva a los operadores integrados verticalmente que se traduzca en mejores tarifas al usuario final y una mayor capacidad de elección. En ningún caso se pretende incentivar acuerdos de tarifas por parte de los competidores en el mercado aguas abajo.

Además, sorprende la afirmación realizada por Telefónica Móviles toda vez que resulta ilógico creer que la intención del Cuerpo Colegiado al sancionar una conducta anticompetitiva, como la de estrechamiento de márgenes, sea generar otra conducta anticompetitiva que afecte al mercado, como un cártel de precios. Si la sanción respecto a una conducta anticompetitiva genera “incentivos” (en palabras de Telefónica Móviles) o un escenario con condiciones favorables a la generación de acuerdos colusorios u otras prácticas ilícitas, éstas deberán ser investigadas y, de ser el caso, sancionadas como corresponde.

7.2. Sobre el principio de supletoriedad

Telefónica Móviles, durante el desarrollo del procedimiento, cuestionó la competencia de este Cuerpo Colegiado para conocer la presente controversia en la medida que considera que ello implicaría que se pronunciara sobre la legalidad de los cargos cobrados por esta empresa, los cuales han sido establecidos bajo una regulación sectorial y con aprobación de OSIPTEL y/o respecto de la legalidad de las tarifas finales, lo cual está prohibido por la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada- Decreto Legislativo N° 757.

Asimismo, manifestó en su escrito de descargos que si los montos que cobra por concepto de cargos de originación y acceso a la plataforma de pagos en el mercado aguas arriba se encuadran dentro de lo específicamente establecido mediante regulación por el OSIPTEL (sea mediante la regulación de cargos tope, emisión de mandatos o la aprobación de contratos de interconexión), entonces no resultaría posible cuestionar la conducta a través de las normas de competencia. Más aún, si los cargos tope, como en el presente caso, constituyen una limitación a la libertad de los agentes de realizar cobros por el acceso a su red y fijan la licitud de los cobros hasta por el monto tope establecido.

Respecto al Informe Instructivo, Telefónica Móviles, señala que no resulta adecuado el análisis que ha realizado la Secretaría Técnica para aplicar el principio de supletoriedad debido a que presupone que solo serán aplicables las normas de competencia cuando el regulador ha autorizado expresamente a desarrollar una conducta anticompetitiva, como sería en este caso, la autorización expresa para desarrollar una conducta de estrechamiento de márgenes.

Adicionalmente señaló que a través de un procedimiento de competencia no se puede cuestionar una tarifa que se encuentra dentro de los límites establecidos por la regulación sectorial ya que se estaría cuestionando la regulación en sí misma, ello incluye a cualquier tarifa cobrada por Telefónica Móviles que se encuentre dentro de estos límites regulatoriamente fijados y no solamente a la tarifa máxima.

Finalmente señala que el problema que surgió con el cargo regulado no puede ser solucionado por las normas de competencia sino que la vía pertinente es a través de los mecanismos regulatorios legalmente previstos para ello, más aun si de los requerimiento de información que la Secretaría Técnica realizó a las supuestas empresas afectadas, estas plantean cuestionamientos de tipo regulatorios (mejoras en los cargos) y no de aplicación de las normas de competencia.

Al respecto, a fin de analizar los principales argumentos expuestos por Telefónica Móviles durante el procedimiento, se procederá a desarrollar algunos alcances sobre el principio de supletoriedad en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones.

7.2.1. Marco general del principio de supletoriedad en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones

7.2.1.1. Marco Legal

De conformidad con la normativa vigente, las instancias de solución de controversias entre empresas del OSIPTEL son las encargadas de la aplicación en el sector de las telecomunicaciones de las normas que velan por la libre competencia, DL 1034³⁶. Por tanto, este órgano tiene la función de investigar y, de ser el caso, sancionar las infracciones a dicho cuerpo normativo; para ello, deben tomar en consideración el principio de supletoriedad, recogido en diversas normas, conforme se detalla a continuación.

El artículo 3º del DL 1034 señala que aquella conducta que es consecuencia de lo dispuesto en una norma legal se encuentra fuera de su ámbito de aplicación, por lo que el cuestionamiento a dicha norma se realizará mediante las vías correspondientes y no ante la autoridad de competencia³⁷.

Por su parte, el artículo 250º del Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por el Decreto Supremo Nº 020-2007-MTC, precisa que en lo que no esté previsto en la Ley y el Reglamento, así como 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 competencia³⁸.

Por otra parte, el artículo 12º del Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo Nº 008-2001-PCM, indica que las normas de libre competencia son supletorias a las disposiciones normativas y/o regulatorias que dicte el OSIPTEL en el ámbito de su

³⁶ **DL 1034**

Artículo 17.- Del OSIPTEL.-

La aplicación de la presente Ley al mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones estará a cargo del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL de conformidad con lo dispuesto en la Ley Nº 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.

³⁷ **DL 1034**

Artículo 3º.- Ámbito de aplicación objetivo.-

Se encuentra fuera de aplicación de la presente Ley aquella conducta que es consecuencia de lo dispuesto en una norma legal. El cuestionamiento a dicha norma se realizará mediante las vías correspondientes y no ante la autoridad de competencia prevista en la presente Ley. El Estado podrá asumir las acciones que considere necesarias para contribuir a mejorar las condiciones de oferta de los productos en beneficio de los consumidores.

No obstante ello, discrecionalmente, la autoridad de competencia podrá emitir informes con relación a las conductas referidas en el párrafo anterior con el fin de evaluar sus efectos sobre la libre competencia y el bienestar del consumidor.

³⁸ **Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones**

Artículo 250.- Prohibición de las prácticas empresariales restrictivas de la libre competencia

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.

competencia y que, en caso de conflicto, primarán las disposiciones dictadas por el OSIPTEL³⁹.

Los Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones del Perú, aprobados por el Decreto Supremo N° 020-98-MTC, señalan que para la promoción y preservación de la libre 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 del Decreto Legislativo 701 (hoy DL 1034)⁴⁰.

De otro lado, los Lineamientos precisan de manera más específica los alcances del principio de supletoriedad. Al respecto, se señala que debido a la existencia de dos marcos normativos, uno específico del sector de las telecomunicaciones y otro de aplicación general, el OSIPTEL ha optado por compatibilizar la aplicación de ambos, entendiendo que para la promoción y 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 competencia⁴¹.

³⁹ Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL

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.

⁴⁰ Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones del Perú

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 N° 701 y 807, las del Decreto Ley N° 26122 y disposiciones modificatorias, complementarias, ampliatorias y conexas.

⁴¹ Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Libre Competencia en el Ámbito de las Telecomunicaciones

2.1. La Función de OSIPTEL en el Mercado respecto de la Libre Competencia

Las normas generales de libre competencia están concebidas, en principio, en el marco de mercados no regulados de manera específica. Tanto la Ley de Libre Competencia, Decreto Legislativo N° 701, como los artículos pertinentes a las normas de libre competencia de la Ley de Telecomunicaciones, cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por el Decreto Supremo N° 013-93-TCC, tienen como punto de partida la existencia de un mercado abierto, en el que la libertad de acción y elección del proveedor y del consumidor son la regla.

En el mercado de las telecomunicaciones, el marco regulatorio existente desarrolla los principios de libre competencia consagrados por la Constitución Política del Perú, entendiéndose, por tanto, que la aplicación del marco regulatorio del sector constituye una manera de hacer cumplir los principios de libre competencia. En los mercados regulados decisiones básicas como las tarifas, calidad de servicio o condiciones de comercialización son establecidas, con el objetivo de emular un mercado competitivo.

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

La posición que acoge OSIPTEL refleja la tendencia que se puede apreciar en otros países donde existen situaciones similares. OSIPTEL entiende que para la promoción y 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.

(...)

Esto implica que OSIPTEL aplicará las normas generales de libre competencia en el supuesto que una determinada práctica o conducta no esté tipificada o cubierta de manera expresa por la normatividad específica del sector, pero genere, sin embargo, efectos anticompetitivos.

Asimismo, en la misma línea, a través de la reciente jurisprudencia emitida por los órganos colegiados del OSIPTEL⁴² se concluye que en virtud del principio de supletoriedad se aplicará las normas generales de libre competencia en el supuesto que una determinada práctica o conducta que genere efectos anticompetitivos en el mercado no se encuentre tipificada o cubierta de manera expresa por la normatividad específica del sector. Por ello, para determinar si el principio de supletoriedad es aplicable a un caso concreto se deberá analizar si la conducta investigada está cubierta o no por la regulación sectorial.

En relación a lo anterior, resulta importante precisar que en este caso, no está en discusión la tipificación de una conducta, sino más bien, se discute cuándo puede considerarse que una conducta está “cubierta” por la regulación y, en consecuencia, si corresponde o no aplicar las normas de libre competencia. Por tanto, es pertinente aclarar los alcances de este término en atención a los hechos y materias controvertidas en el presente procedimiento, lo cual veremos más adelante.

7.2.1.2. Marco Conceptual

De acuerdo a una definición amplia del principio de supletoriedad, las normas de defensa de la competencia serían aplicadas solo en defecto de la regulación sectorial, así, en el caso del mercado de servicios públicos de telecomunicaciones, las normas de competencia solo serían aplicables a una conducta, cuando no exista de por medio algún tipo de regulación o supervisión por parte del órgano regulador.

No obstante, un importante sector de la doctrina nacional e internacional ha advertido que una interpretación tan amplia presenta varios inconvenientes como son la absorción de figuras del derecho de la competencia por principios regulatorios, la doble tipificación de las prácticas que trae consigo la disparidad de sanciones, la extensión de supuestos de infracción regulatoria a infracciones de competencia, entre otros, por lo que se busca un redimensionamiento de la interpretación del principio de supletoriedad acorde con el mercado⁴³.

Además, bajo este criterio los operadores podrían direccionar su defensa llevando el análisis al terreno de la regulación, en la medida que en la mayoría de casos las sanciones bajo esquemas regulatorios son menores en relación a lo dispuesto en las normas de libre competencia o señalar que una determinada conducta surgió como consecuencia de la regulación con la intención de que en virtud del principio de supletoriedad no se le apliquen las normas de competencia, aprovechando que no se han establecido reglas claras que definan cuándo se debe aplicar (o no) tal principio.

(...)

Esto no impide que OSIPTEL aplique las normas de libre competencia en aquellos casos que no estén expresamente prohibidos o en aquellos casos en los que los principios de interpretación permitan una más adecuada aplicación de la referida normativa.

⁴² Al respecto, ver: la Resolución N° 008-2005-CCO/OSIPTEL de fecha 11 de marzo de 2005, emitida en el Expediente 001-2005-CCO/ST/LC, seguido en la controversia entre Nextel del Perú S.A. contra Telefónica del Perú S.A.A. y la Resolución N° 004-2013-TSC/OSIPTEL del 31 de enero de 2013, emitida en el Expediente 005-2011-CCO-ST/LC, en el procedimiento iniciado de oficio contra Telefónica del Perú S.A.A.

⁴³ QUINTANA SÁNCHEZ, Eduardo. “¿Es la política de competencia supletoria de la regulación de telecomunicaciones?”. Lima: Ius Et Veritas, 2003, N° 27.

Hovenkamp y otros autores han subrayado la necesidad de que las normas de libre competencia sean de aplicación incluso en sectores intensamente regulados⁴⁴. Al respecto, consideran que la naturaleza de las normas de libre competencia permite un grado de análisis “ex post” de la actividad de una empresa que ni el más incisivo esquema regulatorio podría prever⁴⁵.

Asimismo, Hovenkamp indica que la idea de que la aplicación de las normas de libre competencia sea rechazada simplemente porque existe cualquier tipo de regulación o supervisión, está desapareciendo del análisis a la luz de las más recientes resoluciones emitidas por las cortes de los Estados Unidos de América⁴⁶.

Sobre la base de dichos pronunciamientos judiciales, Hovenkamp plantea como criterio para definir cuándo deben aplicarse las normas de libre competencia a una industria regulada, que: si el regulador ha escrutado cuidadosamente la conducta de las empresas en el mercado y ha aprobado una actividad luego de haber evaluado su posible impacto en la competencia, entonces normalmente debe estarse a lo decidido por el regulador. Sin embargo, si la aprobación del regulador fue solo formal, con poca consideración de las consecuencias sobre la competencia, entonces sí hay espacio para la aplicación de las normas de libre competencia, siempre que no exista una abierta incompatibilidad entre la supervisión ejercida por el regulador y la supervisión de las normas de libre competencia o se frustre el proceso regulatorio^{47 48}.

Adicionalmente al caso de los Estados Unidos de América, cabe mencionar que en otros países, la idea de que las normas de competencia son aplicables incluso en industrias altamente reguladas, ha prevalecido, especialmente en los casos en que las prácticas son resultado de una iniciativa empresarial y no compelida por una norma en particular o en los casos en que una conducta es sujeta a aprobaciones meramente formales.

Así, por ejemplo, de acuerdo a los últimos pronunciamientos judiciales emitidos en la Unión Europea en los que se ha discutido si la sola existencia de una regulación sectorial impide (o no) que se aplique las normas de libre competencia, se ha concluido que si la regulación

⁴⁴ HOVENKAMP, Herbert. Antitrust. Quinta Edición. St. Paul, MN. West Publishing Co, 2011, pág. 342.

⁴⁵ SULLIVAN, E. Thomas, HOVENKAMP, Herbert y SHELANSKI, Howard A. Antitrust Law, Policy and Procedure: Cases, Materials, Problems. Sexta Edición. Lexis Nexis, 2009, pág. 960.

⁴⁶ Ídem, pág. 979.

⁴⁷ Ibídem.

⁴⁸ Al respecto, conviene precisar que en los Estados Unidos de América es común que las empresas reguladas que son denunciados por actos contrarios a la libre competencia en casos en los cuales no es claro que la ley haya ordenado la primacía de la regulación, invoquen la defensa denominada “inmunidad implícita”. Conforme a dicha doctrina se entiende que las normas regulatorias ya abarcan aspectos de competencia, por lo cual sería redundante la aplicación de normas de competencia. Frente a esta doctrina, las cortes americanas se han pronunciado a favor de dejar cada vez más espacio para la aplicación de las normas de libre competencia. Así por ejemplo en el caso MCI Communications Corp. v AT&T, (708 F 2d 1081 (7th Cir. 1983)), la Corte señaló que la mera omnipresencia de la regulación no genera o crea una inmunidad frente a las normas de libre competencia, respecto de las conductas voluntariamente iniciadas por una empresa. Lo que determina la existencia de dicha inmunidad es que la conducta haya sido compelida o aprobada por el regulador, en ejercicio de su mandato legal, en una forma que resulta incompatible con la aplicación de las normas de libre competencia. En la misma línea se puede revisar el caso Credit Suisse Securities (USA) LLC. v. Billing, (551 U.S. 264, 127 S. Ct. 2383, 168 L. Ed. 2d 145 (2008)).

le permite al agente económico actuar de forma autónoma no habría justificación para dejar de aplicar las normas de libre competencia⁴⁹.

Por su parte, en América Latina cada vez va prevaleciendo la percepción de que incluso cuando existe una regulación podrá aplicarse las normas de libre competencia si ésta le permite a la empresa poder adoptar libremente sus decisiones⁵⁰.

Actualmente, un importante sector de la doctrina nacional ha recalcado que se debe ser muy cuidadoso con la aplicación del principio de supletoriedad, puesto que una interpretación extensiva de los alcances de la regulación podría generar la inaplicación de normas de libre competencia en el sector de las telecomunicaciones, pese a la importancia del objetivo de fortalecer las condiciones de competencia en dicho sector⁵¹.

7.2.2. Aplicación al caso concreto

Después de lo señalado anteriormente, este Cuerpo Colegiado en la misma línea de lo dispuesto por otros órganos colegiados del OSIPTEL para otras controversias⁵², considera que para determinar si a un caso concreto le resulta aplicable (o no) el principio de supletoriedad se deberán evaluar de manera conjunta los siguientes criterios:

⁴⁹ Nos parece importante resaltar lo señalado por Camilo Ossa, en relación al marco comunitario europeo general:

*“Como consecuencia importante de esta posición es que **la regulación ex ante no resta competencia ni deslegitima la aplicación de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) cuando sea detectado un caso enmarcado dentro de los supuestos de estos artículos**, ni mucho menos nos encontramos en una violación del principio del non bis in ídem cuando las autoridades de competencia examinan comportamientos que ya han sido objeto de regulación por parte de una Agencia Nacional de Regulación (ANR), **siempre y cuando exista un margen de actuación empresarial que sea utilizado para acometer la infracción**. Así, un ejemplo claro de esta situación es la compresión de márgenes, tema central de la presente investigación y sobre la cual desarrollamos los elementos principales que la caracterizan como conducta empresarial y como práctica anticompetitiva, la cual ha sido objeto de decisiones de suma importancia en el mercado de las telecomunicaciones a nivel Europeo.” (El resaltado es nuestro).*

OSSA BOCANEGRA, Camilo. “La Compresión de Márgenes en el Mercado de las Telecomunicaciones: Conducta Anticompetitiva y Regulación Económica en el Marco Comunitario Europeo. Enero 2013, pág. 38. Consultado el: Disponible en: http://works.bepress.com/camilo_ossa/1

Uno de los casos analizados en este paper es el Caso Deutsche Telekom, donde también se ha desarrollado esta posición. Ver: Sentencia de Tribunal de Justicia de 14 de octubre de 2010, emitida en la controversia entre por la Comisión Europea contra Deutsche Telekom AG (C-280/08 P), Décision N° 05-D-59 del 7 de noviembre del 2005, emitida en la controversia entre Neuf Telecom y France Telecom.

⁵⁰ Pleno del 7 de abril de 2011, emitida en la controversia iniciada por Axtel S.A., Alestra S de R.L. y otros contra Radiomóvil Dipsa S.A. (Exp.37-2006 y acumulados), Sentencia N° 88/2009 del 15 de octubre del 2009, emitida en la controversia entre OPS Ingeniería Limitada y Telefónica Móviles de Chile S.A.

⁵¹ QUINTANA SÁNCHEZ, Eduardo. “¿Es la política de competencia supletoria de la regulación de telecomunicaciones?”. *Op. cit.* pág. 21 y siguientes. En el mismo sentido ver: CÁCERES FREYRE, Fernando. “La agencia de competencia frente a las regulaciones sectoriales”. En: Revista de Derecho Administrativo, Año 5, N° 10, Parte 1 (Nov. 2011). Lima, págs. 50 y 51.

⁵² Resolución N° 004-2013-TSC/OSIPTEL del 31 de enero de 2013, emitida en el procedimiento iniciado de oficio contra Telefónica del Perú S.A.A. (Exp. 005-2011-CCO-ST/LC).

- i) si la regulación ha aprobado o compelido una conducta que resulta incompatible con la aplicación de las normas de competencia;
- ii) cuál ha sido el rol del regulador en la aprobación o supervisión de la conducta conforme a las normas legales, y
- iii) si la aplicación de las normas de libre competencia pueden colisionar con las decisiones y políticas establecidas por el regulador para el sector.

Esta evaluación permitirá que se aplique el principio de supletoriedad para aquellas prácticas que cumplan con los tres requisitos en el orden de prelación que se detalla; caso contrario, como es lógico si una conducta no ha sido impuesta o aprobada mediante una normativa sectorial y genera distorsiones en el proceso competitivo, la misma deberá evaluarse bajo el DL 1034, en la medida que sería resultado de la libre iniciativa empresarial del agente económico y no de la regulación.

Asimismo, cabe resaltar que la regulación económica no se aplica únicamente cuando no es posible la competencia sino también, y cada vez con mayor frecuencia, para promoverla cuando ella es posible. En este último escenario, donde existen medidas regulatorias que simulan condiciones de competencia y que buscan promover la competencia, no debe descartarse -a priori- la aplicación de las normas de libre competencia sino, por el contrario, este Cuerpo Colegiado en la misma línea de lo señalado por la Secretaría Técnica, considera que la normativa *antitrust* debe aplicarse, en los casos que lo amerite, simultáneamente para facilitar la promoción de la competencia. De esta manera, con la finalidad de proteger la competencia⁵³, esta normativa resulta complementaria a la regulación. Por esta razón, el análisis para la aplicación del principio de supletoriedad deberá realizarse para cada caso siguiendo las reglas establecidas en el párrafo anterior, a fin de evitar que se desplace la aplicación de las normas de competencia a conductas que no están cubiertas por una regulación específica.

7.2.2.1. La conducta materia de investigación

La práctica materia de investigación consiste en el acto de abuso de posición de dominio por parte de Telefónica Móviles en la modalidad de estrechamiento de márgenes en relación a sus tarifas finales para llamadas móviles prepago de LDI y los cargos que estos establecen en el mercado mayorista a los operadores de larga distancia para que puedan prestar el servicio en mención, conducta tipificada en el literal h) del artículo 10.2 del DL 1034.

Cabe precisar que en el presente caso no se está cuestionando el monto ni el procedimiento a través del cual se aprobó el Cargo Tope por Acceso a la Plataforma de Pago⁵⁴ ni el Cargo

⁵³ Inclusive en algunos casos se sostiene que el regulador y la agencia de competencia podrían llegar a resultados diferentes ante un escenario particular. Así, la Comisión de Competencia de España en un Memo elaborado a raíz del caso Wanadoo contra Telefónica Caso Comp/38.784. Wanadoo España contra Telefónica. Decisión de la Comisión Europea del 04 de julio de 2007, señala lo siguiente:

“(…) No hay nada de extraordinario o de excepcional en que la Comisión y la CMT hayan hallado resultados diferentes: en el sector de las telecomunicaciones los reguladores establecen los mecanismos regulatorios que permiten el desarrollo de la competencia, pero solo pueden hacerlo sobre la base de previsiones de mercado y costes. Así los reguladores reducen, pero no pueden eliminar completamente el riesgo de comportamiento anticompetitivo. Por consiguiente, las autoridades de competencia han investigado y sancionado ex post comportamientos anticompetitivos en mercados de telecomunicaciones regulados (…).”

⁵⁴ Resolución de Consejo Directivo N° 154-2011-CD/OSIPTTEL, publicado el 15 de diciembre del 2011.

Tope por Originación en la Red Móvil⁵⁵ sino la conducta de Telefónica Móviles consistente en el estrechamiento de márgenes de ganancias de sus competidores en el mercado de llamadas de LDI desde redes móviles prepago, lo cual involucra una evaluación sobre la diferencia entre el precio mayorista de los insumos esenciales y el precio del servicio final en competencia y no la evaluación de cada uno (cargos y tarifas finales) en forma independiente.

La anterior aclaración es importante debido a que, como bien lo han señalado las instancias de solución de controversias del OSIPTEL en anteriores pronunciamientos⁵⁶, éstas no son competentes para pronunciarse sobre el valor del cargo de interconexión aprobado en vía regulatoria, toda vez que para cuestionar dicho cargo existe un procedimiento específico previsto por la regulación.

Ahora, siguiendo la metodología establecida anteriormente corresponde determinar lo siguiente:

- Si la práctica ha sido aprobada o compelida por la regulación de una forma que resulte incompatible la aplicación de las normas de libre competencia en el mercado: para lo cual, corresponde determinar si a través de la regulación de los cargos topes por la originación de llamadas y por el acceso a la plataforma de pago se ha compelido o aprobado la realización del estrechamiento de márgenes en el mercado.

En el 2010 se emitió el Reglamento de LLxLL, con la finalidad de que los usuarios cuenten con diversas alternativas para elegir el operador de su preferencia al realizar cada llamada móvil de LDI y dinamizar la competencia en este mercado.

Hasta ese momento los únicos que prestaban el servicio de llamadas móviles de LDI eran los concesionarios móviles, entre ellos Telefónica Móviles, quienes a través de su plataforma ofrecían este servicio a los usuarios que contrataban con ellos el servicio de telefonía móvil. Sin embargo, con la implementación del sistema de LLxLL móvil, se permitió a los operadores de larga distancia participar en este mercado accediendo a las facilidades esenciales de los concesionarios móviles. Bajo este escenario, tanto los operadores de larga distancia como los concesionarios móviles o sus vinculadas estarían en capacidad de competir por este segmento de mercado. A entender de este Cuerpo Colegiado, este es un claro escenario de regulación con la finalidad de promover la competencia.

Asimismo, como parte de la promoción de la competencia en los mercados de servicios móviles, se regularon los cargos de ciertas facilidades para la provisión de los servicios, tales como el acceso a la plataforma de pago y la originación de las llamadas en la red móvil (este último, de acuerdo a la agenda regulatoria, fue objeto de revisión, debido a que ya se encontraba regulado con anterioridad a la implementación del sistema de LLxLL).

⁵⁵ Resolución de Consejo Directivo N° 093-2010-CD/OSIPTEL del 19 de agosto del 2010.

⁵⁶ En el caso Telefónica contra Nextel por incrementos del costo del rival se estableció que “la decisión final del Cuerpo Colegiado en este caso tendría que **pronunciarse sobre el valor del cargo de terminación**, en tanto que según los términos en los que ha sido planteada la demanda, sería dicho valor el que incrementaría indebidamente los costos del rival”.

Cabe indicar que, en la modalidad prepago, los principales costos asociados a la prestación del servicio móvil LDI son el cargo de originación en la red móvil, el cargo de acceso a plataforma de pago y el cargo de terminación en la red del extranjero. A continuación detallamos la regulación de los principales cargos de las facilidades esenciales bajo competencia de OSIPTEL:

A) La regulación del Cargo de Originación en la Red Móvil

En el 2005⁵⁷ se fijaron los cargos topes por terminación (originación) en la red del servicio de telefonía móvil que debía ser aplicable a cualquier llamada que terminase (originase) en dichas redes, con excepción del escenario fijo-móvil. Esta regulación tuvo como propósito preservar las condiciones de competencia en el mercado de servicios móviles que se venían produciendo y potenciar las mejoras en el bienestar de la sociedad⁵⁸.

En el 2010, después de la revisión de los cargos de terminación (originación) de llamadas móviles, se establecieron los nuevos cargos topes que debían aplicar Telefónica Móviles, América Móvil y Nextel a aquellos operadores que requiriesen este servicio. Asimismo, siguiendo los parámetros establecidos en la primera regulación de los cargos de originación en la red móvil se estableció que tales cargos topes estaban sujetos a una reducción gradual durante cuatro periodos⁵⁹.

En ese sentido, cuando se inició el sistema de LLxLL en las redes móviles el cargo que las concesionarias móviles debían aplicar a los operadores de larga distancia por la originación de las llamadas en su red móvil ya se encontraba regulado. Así, Telefónica Móviles podía negociar el monto por la originación de las llamadas en su red móvil tomando en consideración los siguientes valores⁶⁰:

	01.Octubre.2010 – 30.Septiembre.2011	01.Octubre.2011 – 30.Septiembre.2012	01.Octubre.2012 – 30.Septiembre.2013	01.Octubre.2013 – 30.Septiembre.2014
Telefónica Móviles S.A.	0.0772	0.0622	0.0472	0.0322

Nota: Cargos por minuto expresados en dólares de Estados Unidos sin incluir IGV.

B) La regulación del Cargo Tope por Acceso a la Plataforma de Pago

En el primer periodo investigado⁶¹ las empresas titulares de la plataforma de pago, entre ellas Telefónica Móviles, disponían de la facultad para establecer libremente la tarifa por el

⁵⁷ En el 2001 se estableció el cargo tope por terminación (originación) en la red del servicio de telefonía móvil con la finalidad de proporcionar a las empresas que operaban en el mercado y a las entrantes un marco de estabilidad y predictibilidad; sin perjuicio de que posteriormente, las empresas puedan iniciar una negociación de cargos más favorables. Este cargo fue determinado sobre la base de mecanismos de comparación internacional (*benchmark*).

⁵⁸ Resolución de Consejo Directivo N° 070-2005-CD/OSIPTEL, publicada el 24 de noviembre de 2005.

⁵⁹ Resolución de Consejo Directivo N° 093-2010-CD/OSIPTEL, publicada el 20 de agosto de 2010.

⁶⁰ Desde la implementación del sistema de LLxLL móvil (04 de setiembre del 2010) hasta el 30 de octubre del 2010 el cargo tope fue de US\$ 0,0322.

⁶¹ Periodo comprendido entre setiembre de 2010 y diciembre de 2011.

acceso a su plataforma que aplicarían a sus competidores. Este cargo no estaba regulado sino que podía ser producto de un acuerdo entre las partes, o en su defecto, cuando no llegaran a un acuerdo, cualquiera de las partes podía requerir al OSIPTEL la emisión de un mandato de interconexión. Al respecto, cabe indicar que en este último supuesto, el cargo no provenía de un proceso regulatorio analizado para esta situación específica sino que se establecía en función a lo que el regulador había observado en otras relaciones de interconexión de los operadores móviles, lo cual no les restaba libertad de actuación a las empresas.

Así, en el Informe N° 461-GPR/2010, que forma parte del mandato de interconexión emitido para Telefónica Móviles y Americatel⁶² y en el Informe N° 560-GPR/2010 que sirvió de sustento para la emisión del mandato de interconexión entre Telefónica Móviles e IDT⁶³, se estableció que el cargo aplicable por el acceso a la plataforma de pago sería el mismo que Telefónica Móviles venía cobrando a partir de sus relaciones de interconexión, ya sea derivado de un contrato o de un mandato de interconexión.

Sin embargo, de ambos mandatos de interconexión emitidos por el OSIPTEL se desprende que este cargo no provenía de un proceso regulatorio determinado para esta situación específica sino que era el mismo que Telefónica Móviles venía aplicando en sus otras relaciones de interconexión vigentes, específicamente era el mismo cargo aplicado para la interconexión de la red de telefonía fija y el servicio de larga distancia.

Al respecto, cabe resaltar que según el artículo 18° del Reglamento de LLxLL, los operadores de larga distancia podían negociar con los concesionarios móviles los montos de los cargos por el acceso a la plataforma de pago, los cuales no podían ser superiores a los cargos topes que estableciese el OSIPTEL; y solo cuando no llegasen a un acuerdo se podía solicitar que se emita un mandato de interconexión.

En ese sentido, debido a que durante este primer periodo no se habían regulado los cargos topes para el acceso a la plataforma de pago, Telefónica Móviles sí disponía de la libertad para establecer el monto que considerase pertinente. Mientras que el OSIPTEL solo podía intervenir cuando las partes no llegasen a un acuerdo, y si bien a través de un mandato de interconexión se podía establecer el cargo por el acceso a la plataforma de pago, este no fue distinto a lo que Telefónica Móviles había venido aplicando para otros escenarios, tal como lo señalamos anteriormente.

Incluso a través del Informe 163-GPRC/2011 del 24 de marzo del 2011, emitido con posterioridad a los mandatos de interconexión en los que se establecía el cargo por el acceso a la plataforma de pago, se reconoce que estos cargos hasta esa fecha se encontraban desregulados por lo que debían ser analizados detalladamente para que se puedan estimar los costos eficientes por la prestación de este servicio. En ese sentido, la fijación de los cargos por acceso a la plataforma de pago establecidos en los mandatos emitidos por el OSIPTEL no podían asemejarse ni mucho menos ser resultado de un proceso regulatorio previsto para esta situación específica.

⁶² Resolución del Consejo Directivo N° 78-2010-CD/OSIPTEL, publicada el 13 de agosto del 2010.

⁶³ Resolución del Consejo Directivo N° 117-2010-CD/OSIPTEL, publicada el 7 de octubre del 2010.

Posteriormente, en el segundo periodo entraron en vigencia los cargos topes⁶⁴ que debían aplicar Telefónica Móviles, Nextel, América Móvil y Telefónica del Perú a aquellos operadores de larga distancia que requiriesen acceder a su plataforma de pago⁶⁵ como resultado de un proceso regulatorio específico para tal fin. Entonces, a diferencia del primer periodo en este último ya estaban regulados en el mercado mayorista los cargos topes que Telefónica Móviles podía aplicar a sus competidores por la originación de llamadas en su red móvil y el acceso a la plataforma de pago.

7.2.2.2. Evaluación del presente caso: ¿La regulación ha aprobado o compelido la realización del estrechamiento de márgenes?

Cabe recalcar que en la presente controversia la conducta que se evalúa es si la diferencia entre el precio mayorista de los insumos esenciales y el precio del servicio final en competencia es capaz de generar un estrechamiento de márgenes con efectos exclusorios. Es decir, no se pretende evaluar los cargos establecidos en el mercado mayorista ni mucho menos modificarlos. Sin embargo, es necesario incluirlos en el análisis en la medida que junto con las tarifas finales servirán para determinar si efectivamente se está cometiendo la conducta imputada a Telefónica Móviles.

Los cargos topes por el acceso a la plataforma de pago y por la originación de llamadas en la red móvil solo constituyen el monto máximo que un operador móvil puede cobrar a un operador de larga distancia por la prestación de estos servicios; no obstante, ello no impide que el titular de estos insumos pueda cobrar un cargo menor al valor máximo regulado para dichas prestaciones. Esta aclaración es importante ya que a diferencia de los cargos específicos, en los que se ordena a una empresa cobrar un determinado monto por el acceso o utilización de su infraestructura, en los cargos topes el titular de ésta tiene la libertad de decidir cuál será el cargo que aplicará a los solicitantes sin sobrepasar el tope impuesto.

El hecho de que una empresa no cobre un cargo menor al monto tope no implica -a priori- que el titular de la infraestructura está cometiendo una práctica anticompetitiva. Sin embargo, cabe destacar que el propósito de la regulación de cargos topes es que los operadores móviles puedan elegir el cargo que les aplicará a sus competidores, tomando en consideración el cumplimiento de las obligaciones impuestas por las normas de libre y leal competencia. Así en la medida que en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones existen empresas que operan en el mercado aguas arriba y aguas abajo -las cuales pueden desplegar estrategias para influir en el margen de ganancias de sus competidores- tales empresas verticalmente integradas deberán evaluar el monto que aplicarán en ambos mercados para no distorsionar el normal funcionamiento del proceso competitivo.

Incluso, a través del Reglamento de Imputación Tarifaria⁶⁶ aplicable a las empresas verticalmente integradas que proveen facilidades esenciales a sus competidores y que

⁶⁴ Sobre ello, cabe resaltar que el cargo de interconexión tope por acceso a la plataforma de pago es aplicable para aquellas comunicaciones en donde un operador provee a otro el acceso a dicha plataforma y es este último quien establece la tarifa final al usuario.

⁶⁵ Resolución de Consejo Directivo N° 154-2011-CD/OSIPTEL, publicado el 15 de diciembre del 2011.

⁶⁶ Resolución de Consejo Directivo N° 049-2006-CD/OSIPTEL, publicada el 17 de agosto del 2006.

“Disposiciones Finales
(...)”

están sujetas a un régimen tarifario regulado (por ejemplo, cargos topes) se ha establecido expresamente que la prueba de imputación tarifaria no excluye la aplicación de las normas de libre y leal competencia.

Ello no hace más que corroborar que aun cuando un operador está frente a cargos topes previstos por la regulación tiene un margen de actuación para determinar su conducta en el mercado. Tal es el caso que, además de aplicar la prueba de imputación tarifaria también es posible que se apliquen las normas de libre competencia cuando se detecta una posible infracción a este marco normativo.

En ese sentido, cabe precisar que aun si Telefónica Móviles estuviera aplicando un cargo por los insumos en el mercado mayorista que se encontrara dentro del tope establecido por el OSIPTEL pero que, sin embargo, en base a su libre iniciativa privada adoptara una conducta que generase una alteración al proceso competitivo, como por ejemplo estrechar los márgenes de sus competidores (decisión comercial), las instancias de solución de controversias serán competentes para pronunciarse sobre este procedimiento.

Incluso, anteriormente los órganos colegiados del OSIPTEL ya han señalado que son competentes para pronunciarse sobre prácticas anticompetitivas aun cuando uno de los precios materia de análisis se encuentra regulado⁶⁷. Ello debido a que deberá evaluarse cada caso en concreto para determinar si una regulación ha desplazado las normas de competencia y no asumir -a priori- que por el solo hecho de establecerse una regulación esto implica que no sea posible cuestionar la conducta a través de las normas de competencia, como erróneamente Telefónica Móviles ha señalado.

Por otro lado, el artículo 7° del Reglamento de LLxLL móvil establece que la tarifa por las llamadas de LDI originadas por los usuarios de los servicios públicos móviles será establecida por el operador de larga distancia que preste dicho servicio. En ese sentido, se puede apreciar que en el mercado minorista no se ha establecido a los operadores que prestan el servicio de llamadas móviles de LDI la obligación de cobrar a los usuarios finales un determinado monto sino que son estos quienes por su libre iniciativa privada pueden establecer sus tarifas en este mercado. Este segmento aguas abajo no se encuentra regulado, siendo así que, para el caso concreto, Telefónica Móviles tiene la posibilidad de establecer tales tarifas a un nivel tal que le permita eliminar o reducir la compresión de márgenes de sus competidores o realizar lo contrario. En este último supuesto, si se verifica que tal conducta no es resultado de su eficiencia económica y que no existe justificación válida para su adopción (sino que tiene por objeto distorsionar las condiciones de competencia en un mercado), serían aplicables las sanciones que prevé el DL 1034.

De lo expuesto anteriormente se puede afirmar que la diferencia entre los cargos en el mercado mayorista, tomando en consideración el monto tope regulado por el OSIPTEL (segundo escenario investigado) o cuando tenían la libertad de fijar tales cargos (primer escenario investigado), y las tarifas aplicadas a los usuarios finales (en todo el período investigado) es resultado de la libre iniciativa privada de Telefónica Móviles. Por lo tanto, si

Segunda.- La aplicación de las pruebas de imputación no excluye la aplicación de las normas sobre Libre y Leal Competencia. El cumplimiento de las reglas de imputación establecidas en el artículo 3°, no exime a la empresa sujeta a la prueba de imputación de la aplicación de las normas sobre Libre y Leal Competencia.”

⁶⁷ Resolución N° 008-2005-CCO/OSIPTEL de fecha 11 de marzo del 2005, en relación al Expediente N° 001-2005-CCO-ST/LC.

se produce una conducta que pudiese afectar o alterar el normal funcionamiento del proceso competitivo, las instancias de solución de controversias serán competentes para pronunciarse sobre dicha situación.

Además, si bien el OSIPTEL estableció los cargos topes por acceso a la plataforma de pago y originación de llamadas en la red móvil en base a la información de costos presentados por las empresas titulares de dicha infraestructura, ello no implica que a través de esta regulación se aprobara o permitiera la conducta imputada a Telefónica Móviles consistente en el estrechamiento de márgenes de sus competidores con efectos exclusorios. No solo porque estamos frente a dos situaciones distintas sino porque ésta última es el resultado de una decisión comercial adoptada por Telefónica Móviles y no consecuencia de la regulación.

Así, en el presente caso, no se está evaluando si los cargos establecidos en el mercado mayorista son (o no) los más idóneos, así como tampoco se pretendería fijar indirectamente las tarifas finales dirigidas a los consumidores, sino si la diferencia entre el precio mayorista de las facilidades esenciales y las tarifas establecidas por Telefónica Móviles en el mercado minorista de llamadas móviles de LDI prepago estaría generando un estrechamiento de márgenes en sus competidores que pueda producir efectos exclusorios en dicho mercado.

Por otro lado, cabe precisar que OSIPTEL en cuanto a su rol de supervisión respecto al cumplimiento de los cargos topes, deberá evaluar y de ser el caso sancionar cuando detecte que una empresa operadora está aplicando cargos de interconexión mayores a los cargos topes aprobados. Este remedio previsto por la regulación no entraría en conflicto ni se contradice con la aplicación de las normas de competencia para la conducta investigada.

Incluso ninguna de las normas o disposiciones previstas por la regulación a las que hemos hecho referencia, en particular la fijación de los cargos topes para ciertas facilidades esenciales para la prestación del servicio de llamadas móviles de LDI, podrían verse alteradas, modificadas o contradichas por la aplicación de las normas de libre competencia al presente caso. En ese sentido, no existiría una colisión entre lo que las instancias de solución de controversias resuelvan para este caso y las decisiones o políticas establecidas por el OSIPTEL como agente regulador.

Por todo lo expuesto, y en concordancia con lo señalado por la Secretaría Técnica en su Informe Instructivo, este Cuerpo Colegiado considera que la regulación de los cargos por la originación de llamadas y por el acceso a la plataforma de pago -ya sea mediante cargos topes, mandatos o aprobación de contratos- no aprobó ni permitió la conducta de Telefónica Móviles materia de cuestionamiento en la presente controversia (estrechamiento de márgenes de sus competidores); al no haberse cumplido con los requisitos para la aplicación del principio de supletoriedad, no existe impedimento alguno para que tal conducta sea evaluada según el DL 1034, en la medida que sería resultado de la libre iniciativa del agente económico y no de una regulación específica.

Al respecto, Telefónica Móviles ha señalado que la afectación al principio de supletoriedad debería evaluarse desde la óptica de si existe una regulación específica que excluye (o no) la posibilidad de que sean analizados por las normas de competencia y no bajo la percepción de si existe una autorización expresa para desarrollar una conducta anticompetitiva. Si bien la metodología para determinar la aplicación del principio de supletoriedad a un caso concreto incluye, entre otras, analizar si la regulación compelido o aprobado una conducta que resulta incompatible con la aplicación de las normas de

competencia, este criterio no solo debe entenderse en el sentido de una autorización literal para que se desarrolle una determinada conducta sino también en el sentido de que a través de una regulación se permita que ocurra una conducta que podría ser contraria a las normas de competencia⁶⁸; por ejemplo, si además de existir una regulación de tarifas a nivel mayorista existiera una regulación de tarifas a nivel minorista que colocara a estas últimas por debajo de las primeras o si se permitiera aplicar en el mercado mayorista condiciones diferentes para prestaciones similares.

Sin embargo, cabe precisar que adicionalmente al criterio que se señala previamente existen otros dos requisitos más cuya evaluación en conjunto permitirán evitar que se desplace la aplicación de las normas de competencia a una conducta que no está cubierta por una regulación específica. Este objetivo no se contradice con lo señalado por Telefónica Móviles, ya que para determinar si existe una regulación específica que excluya la posibilidad de aplicar las normas de competencia, se deberán analizar los criterios que se detallaron anteriormente y no solo limitarse a evaluar si existe de por medio algún tipo de regulación o supervisión establecida por el órgano regulador para dejar de aplicar las normas de competencia.

7.3. Sobre el Principio de Predictibilidad

El artículo IV del Título Preliminar de la Ley 27444, recoge los Principios Generales del Procedimiento Administrativo, dentro de los cuales se encuentra el Principio de Predictibilidad⁶⁹.

⁶⁸ Incluso, recientemente la Sala especializada en la Defensa de la Competencia de INDECOPI ha emitido un precedente de observancia obligatoria (Resolución N° 479-2014/SDC-INDECOPI), mediante el cual se interpreta el sentido del artículo 3° del DL 1034 en los siguientes términos:

1. *La referencia a los actos que son consecuencia de una norma legal incluida en el artículo 3° de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas debe entenderse como la necesidad de contar con **autorización legal o incluso una obligación** de realizar la conducta bajo análisis.*
2. *Asimismo, a efectos de la aplicación del artículo 3° referido, deberá entenderse que la **interpretación** de la norma legal en la que se basa la exención debe ser **restrictiva o literal**, es decir, la norma debe autorizar claramente la conducta bajo análisis y no debe aplicarse extensivamente a otras conductas.*
3. *En el análisis de **conductas que podrían ser susceptibles de ser considerada como prácticas anticompetitivas, pero que a la vez podrían estar siendo autorizada por una norma legal**, deberán seguirse los siguientes pasos:*
 - i. *Analizar, bajo una **interpretación estricta o literal** si la norma legal es decir una norma distinta a la ley de represión de conductas **autoriza o no una determinada conducta**.*
 - ii. *Si en efecto, la norma legal autoriza la conducta, la autoridad de competencia no podrá sancionarla, independientemente de si esta causa o no un daño anticompetitivo a terceros. Si fuera el caso que la norma legal autoriza una determinada conducta pero se considera que existen indicios que corresponde a la autoridad de competencia poner dichos hechos en conocimiento de la entidad competente de aplicar la norma legal.*
 - iii. *Si la conducta bajo análisis no es autorizada expresamente por la norma legal, la autoridad de competencia deberá analizarla bajo los criterios de la ley de represión de conductas anticompetitivas y los demás precedentes aplicables. (el resaltado es nuestro)*

⁶⁹ **LEY 27444**

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

1.15. Principio de predictibilidad.- La autoridad administrativa deberá brindar a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada trámite, de modo tal que a su inicio, el administrado pueda tener una conciencia bastante certera de cuál será el resultado final que se obtendrá.

De acuerdo a lo indicado en este principio, la Administración debe brindar a los administrados o sus representantes una información veraz, completa y confiable sobre cada trámite, de tal manera que el administrado antes de iniciar cualquier procedimiento o trámite, pueda tener una conciencia bastante certera de cuál será el resultado final que se obtendrá. Es así que este principio constituye el reflejo en el ámbito de las relaciones administrativas del principio de seguridad jurídica reconocido a nivel constitucional⁷⁰.

Telefónica Móviles señala que con el actual procedimiento de oficio se estaría infringiendo el Principio de Predictibilidad en la medida que se aparta de decisiones previas emitidas por los órganos colegiados del OSIPTEL en casos similares. En particular, Telefónica Móviles sostiene que *“en el caso Nextel el CCO que conoció la controversia consideró que carecía de competencias para conocer un caso de Price Squeeze (virtualmente idéntico al presente) debido a que uno de los segmentos supuestamente involucrados en la práctica (el segmento mayorista, donde Telefónica cobraba cargos sujetos a regulación) no era un segmento libre, sino sujeto a regulación sectorial”*.

Al respecto, se puede inferir que la controversia a la que hace referencia Telefónica Móviles es el procedimiento tramitado bajo el expediente N° 001-2005-CCO-ST/LC. En dicho procedimiento Nextel denunció a Telefónica Móviles por la comisión de actos de abuso de posición de dominio en la modalidad de incremento de costos del rival y no por un estrechamiento de márgenes (prácticas distintas) -como erróneamente señala Telefónica Móviles- debido a que esta última cobraba a sus competidores un cargo de terminación de llamadas en su red significativamente mayor en relación a la tarifa que dicha empresa cobraba por la comunicación dentro de su red (*on net*) con el propósito de elevar indebidamente los costos de sus competidores, conducta que se encontraba tipificada en el inciso f) del artículo 5° del Decreto Legislativo 701⁷¹.

En dicha oportunidad, el CCO a cargo de la controversia, ante la formulación por parte de Telefónica Móviles de la excepción de incompetencia respecto a la pretensión principal señalada en el párrafo anterior, consideró necesario evaluar en qué medida el conocimiento de esta pretensión supondría una revisión o modificación del cargo de terminación acordado entre ambas partes y aprobado por OSIPTEL.

Así, a pesar de que Nextel trató de justificar que su pretensión principal no tenía como propósito que se deje sin efecto o se modifique el contrato de interconexión celebrado entre esta y Telefónica Móviles sino que se inicie una investigación por el incumplimiento de las normas de competencia, reconoció que el conocimiento de su pretensión principal supondría que el CCO evaluara si el cargo de terminación era razonable (o no) en función de los costos de Telefónica Móviles y que ordenase a esta última sincerar sus costos. En ese sentido, el CCO a través de la Resolución N° 008-2005-CCO/OSIPTEL del 11 de marzo del 2005 consideró lo siguiente:

“(…) Este Cuerpo Colegiado considera que, pese a las precisiones efectuadas, NEXTEL no ha logrado explicar cómo el análisis de su pretensión principal estaría desvinculado de la revisión del cargo de terminación o, en otras palabras, cómo el eventual

⁷⁰ MORÓN URBINA, Juan Carlos, “Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General”, Octava Edición, Lima, Gaceta Jurídica, 2009.

⁷¹ Adicionalmente como segunda pretensión se denunció la comisión de actos de abuso de posición de dominio en la modalidad de precios predatorios consistente en el establecimiento por parte de Telefónica de una tarifa para comunicaciones dentro de su red por debajo de sus costos.

pronunciamiento del Cuerpo Colegiado sobre la conducta denunciada evitaría afectar el cargo de terminación.

*En el presente caso, el Cuerpo Colegiado admitió la demanda como un supuesto abuso de posición de dominio en la modalidad de incremento de costos del rival, manifestado a través de un cobro diferenciado que se expresa en la fijación de un cargo de terminación significativamente mayor que la tarifa on-net de TELEFÓNICA MÓVILES. En tal sentido, **las instancias de solución de controversias resultarían competentes**, en virtud del Decreto Legislativo 701, para evaluar la **justificación de precios diferenciados** por prestaciones equivalentes, **aun cuando uno de los precios materia de análisis pueda encontrarse regulado.***

*No obstante, de acuerdo con el análisis efectuado previamente, **la decisión final del Cuerpo Colegiado en este caso tendría que pronunciarse sobre el valor del cargo de terminación, en tanto que según los términos en los que ha sido planteada la demanda, sería dicho valor el que incrementaría indebidamente los costos del rival.***
(...)

*(...) Por ello, de acuerdo con el principio de supletoriedad, que debe aplicarse caso por caso y en función de las circunstancias particulares de cada controversia, este Cuerpo Colegiado considera que no debe conocer la pretensión principal de la demanda. En tal sentido, corresponde declarar **fundada la excepción de incompetencia** planteada por TELEFÓNICA MÓVILES". (El resaltado es nuestro)*

Como se puede apreciar del caso citado, el CCO consideró que no era competente para pronunciarse sobre el fondo de la pretensión principal debido a que, en los términos planteados por la demandante, tendría que evaluar el valor del cargo por la terminación de llamadas en la red de Telefónica Móviles, ya que dicho valor era el que incrementaba indebidamente los costos del rival. No obstante, dicho monto ya había sido pactado por las partes y aprobado por el OSIPTEL, además de que existía un procedimiento específico para cuestionar tales cargos o solicitar su revisión, remedios que estaban previstos en la regulación sectorial⁷².

Cabe hacer la precisión de que si una práctica anticompetitiva involucra un cargo que se encuentra regulado no implica que por el solo hecho de verificarse esta situación las instancias de solución de controversias del OSIPTEL dejarán de ser competentes para pronunciarse sobre el fondo sino se deberá analizar el caso en concreto para determinar si le resulta aplicable o no el principio de supletoriedad.

Así, por ejemplo, en la controversia a la que estamos haciendo referencia, el CCO hizo la salvedad de que aun cuando un cargo se encuentre regulado serían competentes para pronunciarse sobre la justificación de precios diferenciados por prestaciones equivalentes. Justamente porque bajo este escenario el CCO no cuestionaría o revisaría el monto de los cargos regulados sino evaluaría una supuesta práctica anticompetitiva que surgiera como consecuencia de la libre iniciativa empresarial y no de la regulación, En ese sentido, resulta incorrecto lo señalado por Telefónica Móviles respecto a que en dicha controversia el CCO reconoció que carecía de competencia debido a que uno de los segmentos supuestamente involucrados en la práctica (mercado mayorista) no era un segmento libre sino sujeto a regulación⁷³.

⁷² Resolución 006-2005-TSC/OSIPTEL del 21 de abril de 2005, emitida en la controversia iniciada por Nextel del Perú S.A. contra Telefónica Móviles S.A.

⁷³ Página 10 del escrito N° 12 presentado por Telefónica Móviles.

A diferencia de la controversia citada, en el procedimiento iniciado de oficio contra Telefónica Móviles por estrechamiento de márgenes no se discutirá los montos de los costos aplicados por el acceso a los insumos esenciales en el mercado mayorista sino que se evaluará si la diferencia entre estos y el precio establecido por Telefónica Móviles en el mercado minorista de llamadas móviles de LDI estaría generando un estrechamiento de márgenes con efectos exclusorios en sus competidores.

En ese sentido, como se puede apreciar, la controversia a la que inferimos que Telefónica Móviles hace referencia (Expediente N° 001-2005-CCO-ST/LC) no es similar al presente procedimiento en la medida que mientras en el primero las instancias de solución de controversias del OSIPTEL necesariamente debían pronunciarse sobre el monto de los cargos de un insumo esencial que ya había sido aprobado por OSIPTEL, en el presente procedimiento no se evaluará ni se revisará el monto de los cargos fijados en el mercado mayorista.

Por otro lado, cabe precisar que las instancias de solución de controversias han señalado reiteradamente que para aplicar el principio de supletoriedad se deberá evaluar caso por caso en función de las circunstancias particulares que se presentan en cada uno de estos. Incluso, en un reciente pronunciamiento, el Tribunal de Solución de Controversias del OSIPTEL (en adelante, TSC) ha establecido los criterios que se deberán de tomar en cuenta al momento de analizar si corresponde (o no) aplicar las normas de libre competencia a una determinada controversia. Así, el TSC a través de la Resolución N° 004-2013-TSC/OSIPTEL del 31 de enero del 2013, determinó lo siguiente⁷⁴:

“En consecuencia, por lo expuesto, es posible afirmar que, entre los aspectos claves que se deben ponderar a fin de determinar cuándo resultan de aplicación las normas de libre competencia a una industria regulada, deben considerarse: (i) si la conducta investigada ha sido compelida o aprobada por la agencia regulatoria o si ésta ha sido el resultado de una conducta no supervisada, por ejemplo, una decisión comercial, (ii) cuál es el rol de la agencia de competencia 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.” (El subrayado es nuestro)

Cabe resaltar que esta Resolución ha sido confirmada en todos sus extremos por la primera instancia del Poder Judicial⁷⁵. Por ello, justamente, siguiendo esta metodología, este Cuerpo Colegiado en la misma línea de la Secretaría Técnica, ha evaluado si para el presente caso es aplicable (o no) el principio de supletoriedad. Por lo que, en este extremo, no es que se haya adoptado una metodología arbitraria con la sola intención de dejar de lado la regulación y cuestionar esta conducta a través de las normas de libre competencia. Por el contrario, a fin de salvaguardar el principio de predictibilidad se han aplicado las mismas reglas que anteriormente las instancias de solución de controversias de OSIPTEL

⁷⁴ Cabe hacer la precisión que, cuando el TSC refiere al “rol de la *agencia de competencia* en la supervisión o aprobación de la conducta conforme a las normas legales”, se refiere al “rol de la *agencia regulatoria*”, como se desprende de una lectura íntegra de la resolución.

⁷⁵ Resolución N° 08 de fecha 30 de enero de 2014 emitida por el Octavo Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Lima, contenida en el Expediente 03415-2013-0-1801-JR-CA-08.

ya habían establecido para evaluar conductas en las que se cuestionó su competencia aduciendo la aplicación del principio de supletoriedad.

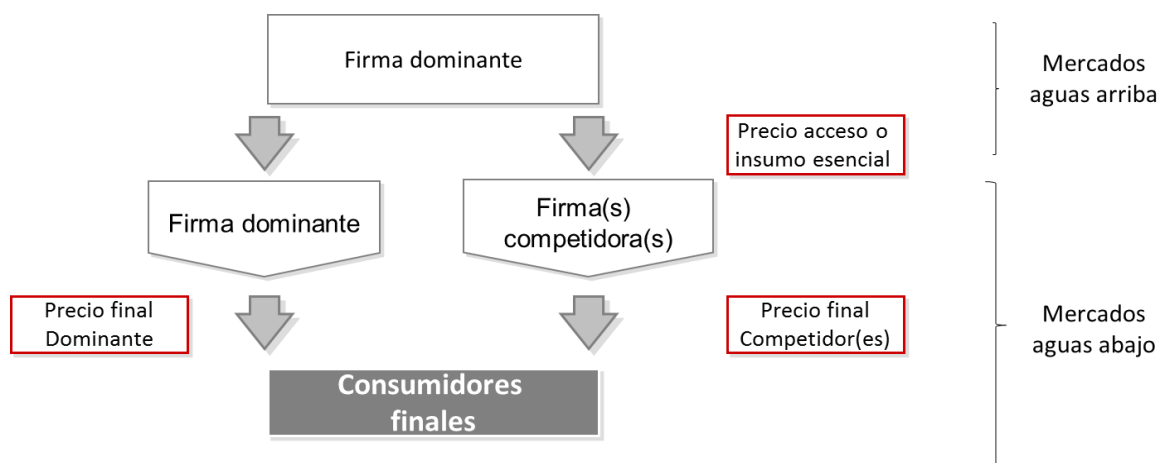
VIII. ANÁLISIS

En la presente Resolución, este Cuerpo Colegiado evaluará lo siguiente: (i) si Telefónica Móviles ha realizado una conducta de estrechamiento de márgenes, y en caso afirmativo, (ii) si dicha conducta constituye una infracción a las normas de libre competencia, en virtud de los artículos 10.1 y 10.2 literal h) del DL 1034. Para ello previamente se detallará algunos alcances sobre la figura de estrechamiento de márgenes.

8.1. Marco general: estrechamiento de márgenes como abuso de posición de dominio

8.1.1. Marco Conceptual:

La conducta de estrechamiento de márgenes tiene lugar en mercados en los que existen empresas verticalmente integradas caracterizadas por ser dominantes en la provisión de una facilidad o un insumo esencial en el mercado aguas arriba y tener presencia en el mercado aguas abajo en la venta de servicios finales a los usuarios; es decir, la firma dominante vende el insumo esencial en el primer mercado a quienes serán sus competidores en el segundo mercado. De esta manera, la relación entre la firma dominante y las empresas presentes solo en el mercado aguas abajo se manifiesta de dos maneras: vendedor-comprador (mercado aguas arriba) y competidores (mercados aguas abajo). Para entender mejor esta doble relación, en la siguiente gráfica se pueden observar los agentes económicos que participan (firma dominante, competidora(s) y consumidores finales), los dos mercados integrados (aguas arriba y aguas abajo) y los diferentes precios:



Fuente: (Cave, Andreas, & Foster, 2012)
Elaboración: STCCO – Osiptel

Esta doble relación, por la clara dependencia que existe del mercado aguas abajo respecto al mercado aguas arriba (al requerirse acceso o un insumo esencial para la elaboración del bien o servicio final), genera que la empresa verticalmente integrada que tiene presencia en los dos mercados mantenga la posibilidad de afectar el mercado al controlar la provisión del insumo esencial pudiendo desplegar estrategias que tengan como objetivo reducir los márgenes de ganancia de sus competidores en el mercado aguas abajo. Ello se puede

generar incrementando el costo del recurso esencial, reduciendo los precios que cobra al público en el mercado aguas abajo o realizando ambas conductas a la vez.

Por ello, cuando se analiza un estrechamiento de márgenes no se busca demostrar que el precio mayorista es excesivo, o que el precio minorista es muy pequeño, sino que la firma dominante en el mercado aguas arriba ha llevado a cabo una estrategia con el objetivo de estrechar el margen de sus rivales (en el mercado aguas abajo), de tal forma que no les resulte rentable a estos competir⁷⁶. Es decir, lo importante es la diferencia entre los precios mayorista y minoristas de la empresa dominante en el mercado aguas arriba, y no el nivel específico de los precios minoristas y/o mayoristas⁷⁷.

Es importante resaltar que, según las características de los mercados aguas arriba y aguas abajo, existirá mayor o menor posibilidad de que se realice esta práctica anticompetitiva. Así por ejemplo, si el mercado aguas arriba es más rentable que el mercado aguas abajo, los incentivos para excluir a las firmas rivales en este último serán menores. Además, los incentivos dependerán, entre otros, de la capacidad de la firma dominante de cubrir la demanda que satisfacía la firma excluida ya que si las firmas rivales que no son excluidas tienen la capacidad de capturar dicha demanda, los incentivos a excluir serán incluso menores⁷⁸. Adicionalmente, si las firmas rivales aguas abajo ofrecen productos diferenciados, los incentivos de la firma dominante de excluirlas se reducirán, entre otros.

En particular, los incentivos para la comisión de esta práctica serán mayores en aquellos casos en los que la industria se encuentre sujeta a una regulación por precios máximos aguas arriba (como los mercados de telecomunicaciones donde se regula el acceso) y a una baja o ninguna regulación aguas abajo⁷⁹. En efecto, como señala Cave, estas conductas son particularmente atractivas para las empresas dominantes que operan en el mercado de telecomunicaciones; tanto así que, si la implementación de la estrategia resulta exitosa, la empresa operadora no solo mantiene ganancias altas sino que también puede debilitar o excluir a sus competidores⁸⁰. Así, el estrechamiento de márgenes podrá ser una estrategia beneficiosa para eliminar o restringir la competencia y, por lo tanto, expandir o mantener los márgenes de la firma dominante en el mercado menos regulado aguas abajo.

⁷⁶ Así lo señaló la Comisión de Europa en el caso contra Deutsche Telekom en PAVÓN-VILLAMAYOR, Víctor, "Tarifas On-Net & Off-Net: *Margin Squeeze* en el sector de las Telecomunicaciones", Oxford Economics, para XXIII Seminario Internacional y XI de Tecnología y Regulación: Mercado de Telecomunicaciones III.

⁷⁷ Nota de Prensa de la Comisión Europea, MEMO/07/274 de fecha 4 de julio de 2007, en relación a la Decisión C(2007) 3196 final de la Comisión, relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 82 [CE] (Asunto COMP/38.784 — Wanadoo España contra Telefónica). Consultado el 20 de agosto de 2014.
[http://europa.eu/rapid/press-release MEMO-07-274 es.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-07-274_es.htm)

⁷⁸ GERADIN, Damien y O'DONOGHUE, Robert, *op. cit.*

⁷⁹ OECD, "Margin Squeeze", *Directorate for financial and enterprise affairs Competition Committee*, núm. DAF/COMP(2009)36, 2010.

⁸⁰ CAVE, Martin. "Strengthening competition policy in Latin American countries: the application of competition law in the telecommunications sector". CRC, Julio 2012.

Traducción libre de:

"Margin squeezes are particularly attractive to dominant telecommunications firms. If successfully accomplished they simultaneously keep profits high and exclude or weaken competitors".

Por otro lado, esta conducta puede generar un impacto negativo en el proceso competitivo del mercado y en los usuarios finales, que puede manifestarse, no solo a través de la exclusión efectiva de algún competidor del mercado, sino además en otras maneras que restrinjan el crecimiento del mercado y el desarrollo de la eficiencia económica en éste, como pueden ser la limitación de la presencia, crecimiento y capacidad de competir de sus competidores⁸¹. Lo cierto es que, el mercado donde se despliega esta práctica anticompetitiva deja de ser atractivo no solo para las empresas ya presentes en este, sino además, para aquellas que consideren ingresar al mismo, dado que no se generan incentivos de permanecer o ingresar a un mercado en el cual los precios del mercado mayorista pueden ser incluso superiores al de los precios minoristas.

El principal efecto de un estrechamiento de márgenes consiste en la exclusión de firmas competidoras igualmente eficientes a la firma dominante, impidiendo o dificultando su acceso y su permanencia en el mercado, ya que no les resulta rentable participar en el mercado aguas abajo dado el estrechamiento de márgenes en las ganancias⁸². De esta manera, la exclusión o debilitamiento de los rivales reduce la competencia en el mercado afectado, y con ello se reduce el nivel de presión competitiva sobre la empresa que comete tal práctica lo cual puede significar una disminución del bienestar social, en la medida que los consumidores pierden la opción de elegir entre diferentes competidores⁸³ así como obtener servicios (o bienes) con mejor calidad o mejores precios.

Un segundo efecto que genera un estrechamiento de márgenes es la limitación del incentivo de los rivales para innovar en el mercado aguas abajo, en la medida en que cualquier ahorro de costos del rival por medio de una mayor eficiencia será capturada por la firma dominante a través del estrechamiento. Esto resulta en perjuicio de los consumidores, ya que evita la aparición de un mercado aguas abajo más eficiente⁸⁴.

Asimismo, además de generar una disminución de competidores en el mercado donde se genere la práctica también se podría generar una reducción de agentes económicos en otro(s) mercado(s) donde se brinde servicios parecidos con los mismos participantes. Al observar una disminución de sus márgenes, las firmas competidoras pueden ser más

⁸¹ *"Frente al estrechamiento de márgenes, proveedores competidores de acceso minorista de banda ancha, incluso tan eficientes como Telefónica, tuvieron que elegir entre salir del mercado o, soportar pérdidas si alineaban sus precios con los de Telefónica. Por lo tanto, aunque puede que el estrechamiento de márgenes no haya eliminado del mercado a ningún competidor, limitó su presencia y crecimiento sostenibles así como su capacidad de competir en el mercado."*

Nota de Prensa de la Comisión Europea, MEMO/07/274 de fecha 4 de julio de 2007, *op. cit.*

Incluso en el DL 1034 se establece que para que se constituyan como prácticas de abuso de posición de dominio basta con impedir o dificultar el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica, es decir no necesariamente se exige la exclusión efectiva de los competidores para que recién sea catalogada como una modalidad de abuso de posición de dominio con efectos exclusorios.

⁸² OECD, *"Margin Squeeze"*, Directorate for financial and enterprise affairs Competition Committee, núm. DAF/COMP(2009)36, 2010.

⁸³ LOPEZ, Antonio, *"Abuso de posición de dominio"*, en Derecho de la Competencia: Estudios y notas, 2012. Ver: <http://www.cne.es/cgi-bin/BRSCGI.exe?CMD=VEROBJ&MLKOB=654387924848> (consultado el 20 de agosto de 2014).

⁸⁴ DUNNE, Niamh, *"Margin Squeeze: Theory, Practice, Policy"*, preparado para EUSA Conference, 2011.

reacias a seguir interviniendo donde la empresa dominante participe, especialmente, si sigue teniendo poder en el mercado aguas arriba. Así, disminuiría la competencia en más de un mercado lo cual se considera dañino para el bienestar social, si las firmas que no participan o dejan de hacerlo son igual o más eficientes que la dominante.

De esta manera, los efectos de la práctica de estrechamiento de márgenes, como se puede apreciar, pueden generar una disminución directa de competencia así como posibles ineficiencias asignativas, distributivas y dinámicas, ello debido a que pueden existir factores de producción que no se emplearán óptimamente si se excluye a un competidor eficiente, afectándose así también de forma indirecta a los usuarios finales, en los términos que explicamos previamente.

8.1.2. Estrechamiento de márgenes como práctica de abuso de posición de dominio en nuestro marco normativo

De una revisión del marco normativo peruano de competencia, es necesario advertir que la conducta de estrechamiento de márgenes no se encuentra tipificada expresamente en el DL 1034. Al respecto, es importante revisar el artículo 10.2 inciso h) de dicha norma, en el que se señala que de manera general constituyen abuso de posición de dominio *“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”*⁸⁵.

En efecto, la existencia y la finalidad del literal h) del artículo 10.2 de la mencionada ley, consiste en que al ser una cláusula de tipificación abierta contiene a todas las conductas de abuso de posición de dominio en general que no se encuentran expresamente tipificadas en la ley⁸⁶ toda vez que no es posible enumerar todas las conductas anticompetitivas existentes en el momento en el que se dicta la ley o aquellas que podrían surgir producto de la evolución de los mercados. Por lo tanto, este Cuerpo Colegiado al igual que la Secretaría Técnica, considera que la práctica de estrechamiento de márgenes constituye una modalidad de abuso de posición de dominio en la medida que podría afectar el proceso competitivo en el mercado de telecomunicaciones por razones diferentes a la mayor eficiencia económica, por lo que de producirse esta práctica debería ser investigada y de ser el caso sancionada según la cláusula abierta del literal h) del artículo 10.2 del DL 1034. Es relevante señalar que esta posición también es compartida por el INDECOPÍ –en

⁸⁵ DL 1034

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:

(...)

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.

⁸⁶ “El DL 1034 contiene dos cláusulas de tipificación abierta de prácticas anticompetitivas y en ambas se hace referencia expresa a la eficiencia económica. En efecto, además de prohibir expresamente diversos casos de abuso de posición de dominio, la ley también incluye una prohibición general de actos de abuso que impiden o dificultan el acceso o permanencia de competidores en el mercado por razones distintas a una mayor eficiencia económica.” (El autor cita los artículos 10.2 literal h) y 11.1)

QUINTANA SÁNCHEZ, Eduardo. “El Objetivo de la Ley de Competencia Peruana y la Interpretación de las Conductas Prohibidas”. En Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual N° 12. Pág. 35. Consultado el 20 de agosto de 2014.

<http://aplicaciones.indecopi.gob.pe/ArchivosPortal/boletines/recompí/castellano/articulos/primavera2011/EduardoQuintanaSanchez.pdf>

su calidad de agencia de competencia para los demás mercados, como se puede observar en el punto 5.3. de la presente Resolución⁸⁷.

En la misma línea, los Lineamientos establecen que, para el OSIPTEL, si se presentara una conducta de *price squeeze* (en los Lineamientos se denomina “precios comprimidos”) resultaría sancionable en tanto introduzca distorsiones al régimen de libre competencia. Al respecto, este tipo de conducta, como lo señalamos anteriormente, se presenta en un contexto en el que una empresa integrada verticalmente es dominante en un mercado aguas arriba que provee de un insumo esencial a compañías que compiten con una empresa relacionada en un mercado aguas abajo. En dicho contexto la empresa verticalmente integrada tiene la posibilidad de reducir los márgenes de ganancia de sus competidores (en el mercado aguas abajo) incrementando el costo del recurso esencial y/o reduciendo los precios que ella cobra al público en el mercado aguas abajo.⁸⁸

Asimismo, se señala que *“el efecto de esta estrategia de precios es la de 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 vean muy afectados. Por tanto, para analizar un caso de Precios Comprimidos es importante notar que la comparación relevante no se debe realizar en términos del margen disponible para un competidor, sino que se debe analizar si la operación de la empresa relacionada de la firma verticalmente integrada (en el mercado hacia adelante) sería rentable si pagaran los mismos precios que los competidores por los recursos del mercado hacia atrás (downstream market).”* (El resaltado es nuestro)

Telefónica Móviles en sus alegatos al Informe Instructivo ha señalado que la Secretaría Técnica habría dejado de lado sin presentar mayor justificación la experiencia norteamericana en la cual no suele ser considerado el estrechamiento de márgenes como una práctica anticompetitiva para inclinarse por la postura en la que sí se ha analizado y sancionado tal conducta. Al respecto, cabe precisar que si bien la Secretaría Técnica expuso las tendencias en relación a esta figura tanto de la Unión Europea como de Estados Unidos; sin embargo en ningún momento señaló que adoptaría la línea de análisis de uno de estos ordenamientos jurídicos para el presente caso sino solo hizo mención a la forma en cómo se percibe esta figura, así como las críticas a la misma, entre otros. Además, luego de detallar las diferencias entre una y otra postura explicó cómo esta figura es tratada en nuestro marco normativo, la cual debe primar independientemente de las posturas que puedan existir sobre el estrechamiento de márgenes en otros países.

⁸⁷ En el Informe N° 031-2014/ST-CLC-INDECOPI, la Secretaría Técnica de la CLC señala: “Que si bien el estrechamiento de márgenes no se encuentra expresamente contemplado entre las conductas de abuso de posición de dominio listadas, a modo de ejemplo, entre los literales a) y g) del artículo 11.2 del Decreto Legislativo 1034, puede ser analizada como una modalidad de abuso de posición de dominio de conformidad con el artículo 10.1 y el literal h) del artículo 10.2. del DL 1034.”

⁸⁸ La cita textual es la siguiente *“Esta práctica en general se presenta cuando una firma verticalmente integrada es dominante en un mercado hacia atrás (upstream market) que provee de un insumo esencial a compañías que compiten con una empresa relacionada en un mercado hacia adelante (downstream market). Esta firma puede tener una conducta tal que vaya en detrimento de sus competidores. La firma verticalmente integrada tiene la posibilidad de reducir los márgenes de sus competidores (en el mercado hacia adelante) incrementando el costo del recurso esencial y/o reduciendo los precios que ella cobra al público en el mercado hacia adelante (downstream market).”*

Sobre el particular, como ya lo señalamos anteriormente, si bien la figura de estrechamiento de márgenes no se encuentra tipificada expresamente como una práctica de abuso de posición de dominio, ésta puede ser analizada dentro de la cláusula abierta del DL 1034 en la medida que la misma puede impedir o dificultar el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica -posición que es compartida por el INDECOPI. Ello debe primar más allá de las distintas posturas que puedan existir respecto a que si esta figura puede o no ser considerada como una práctica anticompetitiva.

Incluso, en los actuales Lineamientos que se encuentran vigentes desde el 2001, esta conducta es recogida como una posible práctica anticompetitiva, lo cual demuestra que las operadoras tienen conocimiento de que este tipo de conductas pueden ser investigadas y, de ser el caso, sancionadas por las instancias de solución de controversias del OSIPTEL cuando se afecte el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones.

En ese sentido, bajo la premisa que la conducta de estrechamiento de márgenes puede ser evaluada bajo el marco general de la figura de abuso de posición de dominio, corresponde aproximarnos a la metodología de análisis de ésta figura. Al respecto, el numeral 1 del artículo 10º del DL 1034 señala que existe abuso de posición de dominio cuando un agente económico que ostenta posición de dominio⁸⁹ 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 hubiese sido posible sin ostentar dicha posición.

Es preciso resaltar que no constituye un abuso el simple ejercicio de dicha posición sin afectar indebidamente a competidores reales o potenciales; ello debido a que la norma tiene como objeto sancionar las prácticas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica. En ese sentido, las conductas deben tener un efecto exclusorio⁹⁰ para ser consideradas como abuso de posición de dominio.

Para el caso bajo análisis, la presunta conducta de estrechamiento de márgenes o *price squeeze* realizada por Telefónica Móviles, podría evaluarse como una conducta de abuso de posición de dominio, en la medida que a través de la misma se puede impedir, o al

⁸⁹ Se considera que un agente económico ostenta posición de dominio cuando puede actuar al margen de preocuparse del accionar de sus competidores, proveedores o clientes debido a diversos factores.

Al respecto, el artículo 7º del DL 1034 señala que:

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

- (a) Una participación significativa en el mercado relevante.
- (b) Las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios.
- (c) El desarrollo tecnológico o servicios involucrados.
- (d) El acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministro así como a redes de distribución.
- (e) La existencia de barreras a la entrada de tipo legal, económica o estratégica.
- (f) La existencia de proveedores, clientes o competidores y el poder de negociación de éstos.”

⁹⁰ Incluso en el numeral 10.2 del artículo 10º del DL 1034 se señala “El abuso de posición de dominio en el mercado podrá consistir en **conductas de efecto exclusorio** tales como (...)”

menos dificultar, la permanencia de los operadores de larga distancia en el mercado de llamadas de LDI desde redes móviles, por razones distintas a su propia eficiencia.

En ese sentido, siguiendo la metodología de análisis establecida en la Resolución de Inicio para evaluar este tipo de conductas y, conforme a la normativa de libre competencia⁹¹; este Cuerpo Colegiado considera que, a fin de identificar y sancionar una práctica de “estrechamiento de márgenes” como abuso de posición de dominio, se debe verificar lo siguiente en el presente procedimiento:

- (i) Que el agente económico que realiza dicha conducta ostente una posición de dominio en el mercado relevante;
- (ii) Que la conducta realizada por el agente pueda ser considerada una práctica de estrechamiento de márgenes. Es decir, que una empresa verticalmente integrada (que compite en el mercado aguas arriba) reduzca los márgenes de ganancia de sus competidores (en el mercado aguas abajo) incrementando el costo del recurso esencial y/o reduciendo los precios que ella cobra al público en el mercado aguas abajo.
- (iii) Que dicha conducta le genere beneficios y perjudique a sus competidores, siendo pasible de producir **efectos exclusorios** en el mercado (lo cual no hubiese sido posible de no ostentar la posición de dominio);

De verificarse estos tres requisitos, se habría acreditado la práctica de abuso de posición de dominio como conducta pasible de sanción. Sin embargo, siendo que este tipo de conductas constituyen prohibiciones relativas⁹², de acuerdo a lo establecido en el numeral 4 del artículo 10º del DL. 1034⁹³, a fin de que se pruebe la existencia de una infracción administrativa y la conducta sea sancionada, se debe evaluar si existen justificaciones a la conducta y/o si la misma genera efectos positivos y/o eficiencias en el mercado. Finalmente, se debe ponderar los efectos negativos para la competencia y el bienestar del consumidor sobre los efectos positivos y/o eficiencias en el mercado y solo cuando los primeros sean superiores a los segundos se deberá sancionar la práctica bajo análisis. Es decir, la práctica debe ser analizada conforme a la regla de la razón.

Finalmente, es importante señalar que, de una revisión de los Lineamientos vigentes, se observa que el efecto del estrechamiento de márgenes es reducir de manera significativa el margen de ganancia de las competidoras, de tal forma que el negocio ya “no sea rentable” para estas empresas, mientras que los beneficios totales del agente verticalmente integrado no se ven muy afectados. Este escenario se da, por ejemplo, cuando el margen entre el precio mayorista aplicado a los competidores del mercado aguas abajo, incluidas las operaciones propias de la empresa dominante, y el precio que el operador de la red (dominante) ofrece en el mercado “aguas abajo”, no basta para que un prestador de

⁹¹ Análisis conforme a lo que señala el contenido del DL 1034.

⁹² **DL 1034,**
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.

⁹³ **DL 1034,**
Artículo 10.4.-

“10.4. Las conductas de abuso de posición de dominio constituyen prohibiciones relativas”.

servicios eficiente en el mercado aguas abajo obtenga un beneficio normal que le permita competir en el mercado⁹⁴.

Bajo esta premisa y en opinión de este Cuerpo Colegiado, este escenario “no rentable” no corresponde solo a un escenario con margen negativo sino cuando se cumpla con las condiciones antes señaladas, el mismo que también puede darse cuando el margen es 0 o muy pequeño, dependiendo de cada caso específico⁹⁵. Sin perjuicio de ello, para este caso en particular, este Cuerpo Colegiado comparte la opinión de la Secretaría Técnica respecto a que solo se debe realizar el análisis de la conducta considerando únicamente si el margen es negativo, ello en la medida que bajo este escenario no existen dudas que esta conducta será considerada un estrechamiento de márgenes⁹⁶.

8.2. Respecto a la existencia de posición de dominio de Telefónica Móviles en el mercado relevante

Para determinar la posición de dominio, es necesario definir previamente el mercado relevante en el que la empresa investigada ostentaría esta posición. Al respecto, el mercado relevante debe delimitar de forma clara el marco en el que actúa la empresa investigada, identificando el conjunto de productos y empresas que ejercen presión competitiva sobre la empresa investigada, así como el ámbito geográfico al que se circunscribe⁹⁷.

A fin de determinar el mercado relevante en el que actúa Telefónica Móviles en el presente caso, la metodología a seguir por este Cuerpo Colegiado en la misma línea de lo establecido por la Secretaría Técnica, se encontrará enmarcada tanto en la normativa de libre competencia, aplicable a todos los mercados, como en la normativa específica al mercado de telecomunicaciones; es decir, la delimitación del mercado relevante se encontrará bajo el marco tanto del DL 1034 como de los Lineamientos, en particular, sobre lo siguiente:

⁹⁴ Comisión Europea (1998). Comunicación sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones - Marco jurídico, mercados de referencia y principios. Diario Oficial n° C 265 de 22/08/1998 p. 0002 – 0028. Consultado el 20 de agosto de 2014.

Disponible en: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31998Y0822\(01\):ES:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31998Y0822(01):ES:HTML)

La cita textual es la siguiente:

“En circunstancias adecuadas, puede demostrarse que se ha producido una reducción de los precios mostrando que el margen entre la tarifa de acceso aplicada a los competidores en el mercado descendente, incluidas las operaciones propias de la empresa dominante, en caso de que existan, y el precio que el operador de la red aplica en el mercado descendente no basta para que un prestador de servicios con un grado de eficiencia suficiente en el mercado descendente obtenga un beneficio normal (a menos que la empresa dominante pueda demostrar que su división de operaciones descendentes es excepcionalmente eficiente).”

⁹⁵ La conducta de estrechamiento de márgenes es pasible de ser investigada y sancionada, en cualquiera de los 3 siguientes escenarios: (i) Cuando el margen entre los precios aguas arriba y aguas abajo es negativo (margen < 0); es decir, según la empresa, en los dos siguientes escenarios un estrechamiento de márgenes no podría configurar una conducta anticompetitiva; (i) Cuando los costos que impone el agente en el mercado aguas arriba a sus competidores aguas abajo son iguales al precio que dicho agente pone en el mercado aguas abajo, siendo el margen analizado igual a 0 (margen = 0); y, (ii) Cuando los costos que impone el agente en el mercado aguas arriba a sus competidores aguas abajo sean menores al precio que dicho agente pone en el mercado aguas abajo, siendo el margen analizado positivo (margen > 0).

⁹⁶ Esto no elimina la posibilidad que en otros casos de estrechamiento de márgenes que tramite el OSIPTEL se puedan evaluar escenarios de márgenes positivos o neutros como posibles escenarios con potencial anticompetitivo.

⁹⁷ Motta, Massimo. Competition Policy: Theory and Practice. Cambridge University Press: EE.UU, 2004. Pg. 101.

- El artículo 6.1. del DL 1034 señala que el mercado relevante está integrado por el mercado de producto y el mercado geográfico.
- Además de lo mencionado por el DL 1034, los Lineamientos disponen que se debe incluir en el análisis de mercado relevante a la delimitación del nivel comercial.

De acuerdo a lo establecido en el DL 1034⁹⁸, como primer paso corresponde identificar el bien o servicio materia de la conducta investigada (mercado de producto), para luego determinarse aquellos servicios que sean capaces de sustituirlo.

A efectos de realizar dicho análisis de sustitución, el DL 1034 señala que se deben evaluar 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. Por su parte, los Lineamientos señalan que *“(e)n términos generales 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 física de los productos.”*

De igual forma, los Lineamientos señalan que para poder evaluar el grado de sustitución entre los servicios deben evaluarse: (i) los sustitutos físicos; es decir, todos aquellos servicios que presentan características similares desde el punto de vista de los consumidores, luego, (ii) el análisis debe ampliarse para incluir los precios, indagando si los consumidores estarían dispuestos a cambiarse hacia alguno de los productos sustitutos si se produjese un incremento pequeño, pero significativo y permanente en el precio del servicio analizado. A esta metodología se le conoce como el “test del monopolista hipotético”⁹⁹.

Ahora bien, es importante señalar que todos estos conceptos relacionados al mercado relevante así como la determinación de la posición de dominio misma, cuando se aplican al sector de telecomunicaciones, en el que se consideran algunos factores característicos, pueden hacer más complejo el análisis. Así, por ejemplo, por el lado de la oferta estamos en presencia de industrias verticalmente integradas donde las empresas competidoras necesitan relacionarse para proveerse insumos esenciales. Por el lado de la demanda los costos de cambios de proveedor son significativos, lo cual en algunos casos se debe básicamente a la presencia de externalidades de red. Y, finalmente, desde la perspectiva de la eficiencia dinámica, el cambio tecnológico acelerado del sector contribuye a complicar

⁹⁸ DL 1034,

Artículo 6.- 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.

⁹⁹ Esta metodología, conocida también como el Test SNNIP, fue planteada inicialmente en 1982, tras la publicación de las "Merger Guidelines" en los Estados Unidos. El SNNIP consiste en preguntar cómo reaccionarían los consumidores ante un “pequeño pero significativo y no-transitorio” aumento de precios, manteniendo constantes los términos de venta de otros productos.

el análisis, al modificar los medios mediante los que se prestan los servicios, y en algunos casos, modificando a los servicios en sí mismos¹⁰⁰.

8.2.1. Mercado relevante aplicable a la presente controversia

Este Cuerpo Colegiado comparte la determinación del mercado relevante definido por la Secretaría Técnica, el cual está conformado por el **acceso a la red de Telefónica Móviles para la originación de llamadas de LDI a través del sistema de LLxLL en el segmento prepago a nivel nacional**.

Ello debido a que el análisis considera las características y estructura del mercado en el que se evalúa la conducta investigada. Así se aprecia que hay dos mercados involucrados: (i) el mercado aguas arriba constituido por el servicio de facilidades para la originación de llamadas de LDI desde teléfonos móviles prepago de Telefónica Móviles a través del sistema de LLxLL, y (ii) el mercado aguas abajo constituido por el servicio LDI a los que pueden acceder los usuarios mediante la telefonía móvil prepago, que están relacionados intrínsecamente debido a que los operadores de larga distancia necesitan de las facilidades esenciales que brinda Telefónica Móviles para proveer el servicio de llamadas de LDI a los usuarios de dicho operador móvil (al igual que de las otras operadoras móviles tales como Nextel -ahora Entel- o América Móvil).

Así, se observa en este mercado que la naturaleza de la plataforma de Telefónica Móviles hace que tanto los operadores de larga distancia que quieren acceder a la misma para poder brindar servicios LDI, como los usuarios finales de la red de Telefónica Móviles, consideran que las otras redes móviles son distintas, de acuerdo a las características que tiene cada red de telecomunicaciones (en este caso, red móvil).

Ello se debe a que, en efecto, el único medio que tienen los operadores de larga distancia para poder brindar el servicio de llamadas de LDI desde los teléfonos móviles de Telefónica Móviles es precisamente accediendo a la red de esta empresa. En ese sentido, una de las particularidades del mercado de llamadas de LDI desde redes móviles prepago es que los operadores de larga distancia que quieran participar en este mercado necesariamente deben acceder a las facilidades brindadas por los operadores móviles. Para ser más explicativos, un operador como IDT no podrá prestar el servicio de llamadas de LDI en una línea móvil de Telefónica Móviles a través de otro operador móvil como América Móvil.

De otro lado, el servicio de facilidades de originación de llamadas de LDI desde teléfonos móviles prepago tiene características muy particulares que hay que considerar en el análisis del mercado relevante. En primer lugar debe considerarse que, este mercado “aguas arriba” responde a la necesidad que tienen los usuarios de realizar llamadas de LDI cuando se están desplazando, dicha necesidad puede ser cubierta a través de la telefonía móvil, debido a sus características, las mismas que no están presentes en otros servicios telefónicos. En dicho escenario, en el mercado “aguas abajo”, de acuerdo a la dinámica de este mercado, si un usuario necesita realizar una llamada de LDI desde su teléfono móvil la primera opción que tendrá es su propio operador, luego, la segunda alternativa más cercana es hacer su llamada a través de un operador de larga distancia mediante el sistema de LLxLL. En ambos casos, el usuario realizará su llamada a través de su dispositivo móvil.

¹⁰⁰ Barrantes, Roxana y Agüero, Aileen. “¿Algún mercado es ajeno a un economista? Notas sobre el Mercado Relevante pensando en las Telecomunicaciones. En: Derecho de la Competencia, Tomo I, pg. 69, Círculo de Derecho Administrativo, Lima.

Como se puede observar entonces, es importante tener en cuenta que la demanda de los operadores de larga distancia por los servicios de facilidades de originación de llamadas de LDI desde móviles (mercado “aguas arriba”) se deriva de la demanda de los usuarios finales de telefonía móvil por llamadas de LDI, quienes pese a que podrían considerar otras alternativas (como los teléfonos fijos o los teléfonos públicos) prefieren utilizar sus teléfonos móviles para realizar llamadas de LDI por sus particulares características. Así, al momento de decidir realizar una llamada de LDI desde su móvil generan los mercados “aguas abajo” de servicios LDI desde móviles y justamente es en este mercado en el cual compiten tanto los propios operadores móviles como los operadores de larga distancia.

Estando a lo señalado, Telefónica Móviles, en su calidad de operador integrado verticalmente, atendería a estos dos grupos de clientes: (i) los operadores LDI que desean acceder a su plataforma para prestar servicios de LDI (*carriers*), y (ii) los usuarios finales del servicio de telefonía móvil que, entre un grupo de servicios a los que pueden acceder, realizan llamadas LDI. A los primeros les “cobra” los cargos de originación y acceso a su plataforma en el mercado “aguas arriba”, y a los segundos, les cobra una tarifa final por llamadas de LDI en el mercado “aguas abajo”.

Particularmente, en los servicios de facilidades de originación de llamadas de LDI desde móviles prepago cada red móvil constituye un mercado distinto, toda vez que la competencia se realiza en distintas condiciones dentro de cada red. Así, para un operador de larga distancia que quiera prestar el servicio de llamadas de LDI desde móviles prepago de Telefónica Móviles no existirán sustitutos a las facilidades de originación de llamadas de LDI que le provee este operador móvil, ocurriendo lo mismo en el caso de la red de América Móvil u otro operador móvil.

Bajo esta premisa, los operadores de larga distancia pretenden acceder a grupos distintos de usuarios de telefonía móvil (pertenecientes a las diferentes redes móviles) que utilizan los servicios móviles no solo para llamar a LDI, sino para acceder a un conjunto de servicios, tales como plan de datos, mensajería y otros. En efecto, estos grupos de usuarios por red son distintos, y solo aquellos que realizan llamadas LDI a través de su teléfono móvil, pertenecen al grupo que los operadores LDI pretenden captar.

Por su parte, los usuarios de una red móvil como la de Telefónica Móviles difícilmente migrarán a otro operador móvil exclusivamente por el servicio LDI que brinda dicho operador (por ejemplo, a América Móvil); ello en la medida que prefieren su red no solo por el servicio LDI, sino por otras razones (combinación de otros servicios, llamadas on-net, promociones, etc.) que hacen que cada plataforma sea un mercado diferente para los operadores de larga distancia. Esto se encuentra estrechamente relacionado con los costos de cambio (*switching costs*) en los que los usuarios de una red móvil tienen que incurrir para migrar a otra red, los cuales a su vez se derivan de las externalidades de red presentes en el servicio de telefonía móvil.

Asimismo, es preciso tener en cuenta que la red de Telefónica Móviles funciona como una plataforma que atiende a aquellos operadores que desean originar llamadas desde su red. Cabe señalar que estos operadores de larga distancia realizan “*multihoming*”¹⁰¹, en la

¹⁰¹ Este concepto económico se da cuando existe una diferenciación que permite a las plataformas cubrir las preferencias específicas de las demandas que atiende y provoca que los agentes de una o ambas demandas acudan a más de una plataforma.

medida que buscan acceder no solo a la plataforma móvil de Telefónica Móviles sino también a la de los otros operadores móviles para prestar sus servicios LDI a los usuarios de cada red móvil. No por ello el mercado relevante debería considerar a todas las redes móviles donde se originan llamadas, toda vez que, para realizar el análisis de sustituibilidad, es imprescindible identificar previamente las características de los usuarios que tendrán acceso al servicio que brindarán estos operadores LDI desde la plataforma de Telefónica Móviles.

Por último, es importante tener en cuenta la naturaleza de la práctica investigada: el estrechamiento de márgenes. En estas conductas se debe definir el mercado relevante considerando la integración vertical, ya que están involucrados tanto un mercado mayorista (aguas arriba) como uno minorista (aguas abajo), como se ha podido apreciar en la presente controversia. Así debido a que esta particularidad se presenta en el mercado de las telecomunicaciones, para la determinación del mercado relevante en este tipo de conductas se analiza el mercado “aguas arriba”, donde participan la empresa verticalmente integrada, que vende el insumo, y sus competidores en el mercado aguas abajo, que demandan el insumo (como cliente). En ese sentido, debe quedar claro que los consumidores y sus demandas no participan en el mercado aguas arriba, por más que su demanda por minutos genere la demanda por el insumo.

De esta manera, lo que en este caso se ha considerado para la definición del mercado relevante es la demanda que tiene los operadores de larga distancia por las facilidades esenciales para la prestación del servicio de llamadas LDI desde la red de Telefónica Móviles, para la cual no existen sustitutos, ya que este operador es el único oferente.

Al respecto, en sus descargos, Telefónica Móviles señaló que no estaba de acuerdo con la determinación del mercado relevante y de la posición de dominio establecida para el presente procedimiento porque se estaría incurriendo en errores, sin precisar cuáles serían estos. No obstante, al desarrollar su posición sobre el efecto exclusorio señaló que aun si fuese el único ofertante de servicios de llamadas LDI desde su red móvil, enfrentaría una fuerte presión competitiva por parte de los otros operadores móviles y de las nuevas tecnologías, tales como los servicios de voz con IP (Skype o FaceTime) que incluso se encuentran en dispositivos celulares y no requieren de mayores costos de cambio para un usuario de telefonía móvil, siendo en algunos casos gratuitos.

Adicionalmente, en sus comentarios al Informe Instructivo, Telefónica Móviles señaló que para la determinación del mercado relevante no se ha considerado otros servicios alternativos que fueron mencionados en sus descargos. Incluso, en el Informe Económico que Telefónica Móviles presenta se cuestiona que no se haya incluido en el análisis del mercado relevante a todos los operadores móviles, a la telefonía fija y en general a todos aquéllos medios por los cuales se pueda realizar llamadas de LDI. Además también señaló que se yerra al considerar como punto de partida a la relación contractual o regulatoria existente entre ésta y los operadores de larga distancia, cuando lo adecuado sería partir de las posibles opciones con las que cuenta el consumidor para realizar llamadas LDI. Así, según Telefónica Móviles, se demostraría que no ostenta posición de dominio en el

Este es un factor que se puede tomar en cuenta para evaluar la delimitación del mercado relevante. Ver: *“Documento de Referencia sobre Definición de Mercado Relevante”* de fecha 30 de marzo de 2011. Documento elaborado para la Comisión Federal de Competencia de México, por Howard Chang, David Evans y Richard Schmalensee.

mercado de llamadas de LDI, pues solo el 28.8 % del mercado realizan este tipo de comunicaciones a través de móviles y su participación en éste es muy baja.

De los argumentos formulados por Telefónica Móviles se puede inferir que considera como sustitutos en el mercado “aguas abajo” a los otros operadores móviles y a las nuevas tecnologías que permiten comunicaciones de larga distancia. Al respecto, si bien lo anterior será respondido en la sección correspondiente a la determinación del mercado afectado, este Cuerpo Colegiado observa que los argumentos de Telefónica Móviles no corresponden a un cuestionamiento del mercado relevante delimitado en el presente procedimiento, sino que corresponden a un análisis de sustitución en el mercado afectado con la conducta bajo análisis (el mercado de llamadas LDI en la red de Telefónica Móviles a través del sistema de LLxLL en el segmento prepago).

Además, cabe precisar que la Secretaría Técnica para la determinación del mercado relevante ha partido de cómo funciona el mercado de llamadas de LDI desde redes móviles prepago tomando en consideración las particularidades que se presentan en este mercado, entre ellas la relación intrínseca que existe entre el mercado aguas arriba y el mercado aguas abajo. Así, en el análisis realizado en el Informe Instructivo en principio se identificó que los operadores de larga distancia para la prestación del servicio móvil de LDI a través del sistema de LLxLL tienen como único medio para realizar tales comunicaciones las redes de los operadores móviles, entre ellas la de Telefónica Móviles, y que cada una de estas redes constituye un mercado distinto que no cuenta con sustitutos en la medida que no se puede prestar el servicio de llamadas LDI desde los teléfonos móviles de Telefónica Móviles a través de otra red que no sea la de este operador, por lo que carece de sentido lo señalado por esta empresa respecto a que se habría considerado como punto de partida para la determinación del mercado relevante la relación contractual o regulatoria existente entre los operadores de larga distancia con Telefónica Móviles.

Finalmente, Telefónica Móviles señala que el análisis del mercado producto relevante en el Informe Instructivo se ha centrado únicamente en las preferencias del consumidor sin tomar en cuenta su comportamiento ante un alza en los precios relativos. Al respecto, sin perjuicio de que este cuestionamiento al parecer se refiere al mercado afectado, cabe precisar que en los términos planteados para el análisis del mercado producto en principio se debe determinar los posibles sustitutos del servicio en análisis y solo cuando éstos se identifiquen se deberá preceder al análisis de precios ya que ello corresponde a una segunda etapa. Sin embargo, en la medida que del análisis realizado por la Secretaría Técnica – análisis que es compartido por este Cuerpo Colegiado- se definió como mercado producto para el presente procedimiento al acceso a la red de Telefónica Móviles para la originación de llamadas de LDI a través del sistema de LLxLL en el segmento prepago, el cual no presenta sustitutos no se tendría por qué realizar un análisis de precios.

8.3. Posición de dominio de Telefónica Móviles

De acuerdo al artículo 7.1. del DL 1034, se entiende que un agente económico goza de posición de dominio en el 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: una participación significativa en el mercado relevante; las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios; el desarrollo tecnológico o servicios involucrados; el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministro así como a redes de

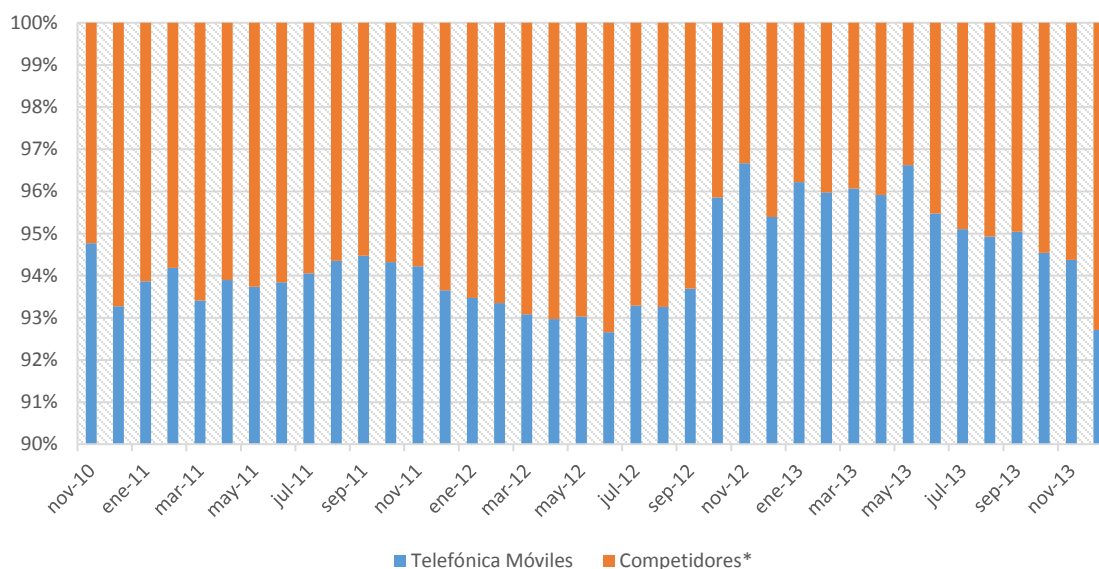
distribución; la existencia de barreras a la entrada de tipo legal, económica o estratégica; la existencia de proveedores, clientes o competidores y el poder de negociación de éstos.

Por su parte, en el numeral 4.1.1. de los Lineamientos se establece que algunas de las variables que OSIPTEL podrá tomar en consideración para determinar si una empresa exhibe posición de dominio son: porcentaje de participación de la empresa en el mercado, nivel de concentración del mercado, **control de recursos esenciales, el grado de integración vertical, barreras a la entrada, posibilidad de utilizar infraestructura propia para proveer otros servicios**, otros factores que permitan evaluar el nivel de independencia con el que una empresa está en capacidad de actuar con relación a sus competidores o clientes. (Énfasis agregado)

Sobre la posición de dominio, en primer lugar habría que mencionar que, al haber determinado como mercado relevante la red de Telefónica Móviles, esta empresa tiene la propiedad de su propia red, y posee una significativa ventaja que los operadores de larga distancia no tienen. Asimismo, es importante señalar que debido a la propiedad de la red, la cantidad de información sobre los usuarios a la que tienen acceso los operadores móviles es también una ventaja que es muy difícil de replicar, sino imposible. Esta información que posee el operador móvil le permite dirigirse directamente a los usuarios que demandan llamadas de LDI desde sus teléfonos móviles prepago, así como el diseño de ofertas específicas formuladas a partir de la información que posee, con la finalidad de desviar hacia el operador integrado la demanda de acceso para realizar llamadas LDI desde la red móvil. En relación a las barreras, en el mercado de telefonía móvil existen barreras a la entrada relacionadas con la disponibilidad de espectro y las inversiones hundidas que son necesarias para prestar el servicio a escala competitiva. Asimismo, se observa que Telefónica Móviles es un operador integrado vertical y horizontalmente.

Asimismo, considerando el mercado relevante que se ha delimitado y el mercado aguas abajo que cuestiona Telefónica Móviles, es importante señalar que en el escenario previo a la implementación del sistema de LLxLL, Telefónica Móviles tenía el 100% del tráfico de LDI desde teléfonos móviles de su red (mercado aguas abajo de tráfico LDI). Posteriormente, luego de la apertura del mercado a través del sistema de LLxLL, la situación no ha variado mucho, Telefónica Móviles siguió generando casi la totalidad del tráfico LDI en su propia red en la modalidad prepago. Así, entre setiembre de 2010 y setiembre de 2013 (período de análisis) se observa que Telefónica Móviles ha mantenido una participación superior al 90% del tráfico LDI generado en su red, dejando a los operadores de larga distancia con una parte muy reducida del mercado. En efecto, en el siguiente gráfico, se puede notar que los “clientes” de Telefónica Móviles en el mercado mayorista no tienen una presencia significativa en el mercado “aguas abajo” donde compiten por brindar tráfico LDI a sus usuarios prepago:

Gráfico N° 1: Participación de Telefónica Móviles en el tráfico LDI dentro de su propia red prepago



* Incluye: IDT, Convergía y Americatel.

Fuente: Empresas Operadoras

Elaboración: STCCO- OSIPTEL

Respecto a las barreras económicas, es importante señalar que si bien a priori podría pensarse que un operador de larga distancia no requiere mayores inversiones para prestar el servicio de LDI sobre la red de un operador móvil, el cobro de altos cargos de acceso respecto a las tarifas finales de los operadores móviles podría constituir en sí misma una barrera económica y estratégica a la entrada. Este hecho se evidenciaría con el bajo número de operadores de larga distancia que brindan el servicio de llamadas de LDI en redes móviles: a la fecha solo hay tres operadores de larga distancia y habría que considerar que el último de ellos entró después de que se regulara el cargo de acceso a plataforma de pago (Convergía). Por su parte, algunas empresas que brindan servicios de llamadas de LDI en las redes de telefonía fija, cuando fueron consultadas en relación al mercado LDI desde móviles prepago, durante la etapa de investigación, señalaron que habrían analizado ingresar al mercado LDI desde móviles pero que el mercado no era rentable por los costos en los que se debe incurrir, que podrían ingresar al mercado LDI desde móviles si pudiesen acceder a menores costos, que no podrían ofrecer tarifas competitivas, entre otras cuestiones¹⁰².

En efecto, aunque aparentemente no existen otras importantes barreras a la entrada, el mercado es atendido todavía por muy pocos competidores, pese a que se esperaba la entrada de muchos más, ya que existen 42 empresas con códigos 19XX asignados, y que

¹⁰² La empresa Amitel señaló que habría analizado ingresar al mercado pero se desistió por el alto costo que generaba mantener el servicio. También indicó que a pesar que el sistema de LLxLL hizo más competitivo y atractivo el mercado de larga distancia, el mercado LDI desde móviles no es rentable por los costos en los que se debe incurrir (entre ellos, el plago de la plataforma prepago de las operadoras móviles). De otro lado, para Amitel no se pueden ofrecer tarifas competitivas por los altos costos de operación y cargos cobrados por los operadores móviles.

Por su parte, Level 3 indicó que al ser una empresa multinacional con licencia portadora de servicios de terminación LDI, podría aportar más competencia a dicho mercado si es que pudiese acceder a menores costos.

son más de 30 empresas las que han participado en el mercado de llamadas de LDI desde teléfonos fijos de abonado y teléfonos públicos.

Finalmente, es necesario recalcar que los operadores de larga distancia solo pueden operar en cuatro redes móviles, y que este mercado de telefonía móvil es altamente concentrado, con dos empresas que operan más del 90% de las líneas en servicio (América Móvil y Telefónica Móviles). Adicionalmente, es claro que Telefónica Móviles tiene un importante poder de negociación de cargos de terminación en otros países, ello debido a su escala de operaciones a nivel internacional, lo que además abre la posibilidad de que las comunicaciones originadas en su red en el Perú terminen en la red de la misma empresa o su vinculada en otro país.

En conclusión, este Cuerpo Colegiado en la misma línea de lo señalado por la Secretaría Técnica, considera que al haberse determinado como mercado relevante su propia red móvil, se observa que **Telefónica Móviles ostenta posición de dominio en el mercado de facilidades de acceso a su red para la originación de llamadas de LDI a través del sistema de LLxLL en el segmento prepago a nivel nacional** (mercado “aguas arriba” de la conducta de estrechamiento de márgenes).

Al respecto, Telefónica Móviles en sus alegatos ha señalado que durante el desarrollo del procedimiento no se habría demostrado la racionalidad anticompetitiva para que realizara la conducta imputada en un porcentaje tan bajo del mercado relevante. Sin embargo, el DL 1034 no exige que se acredite la intencionalidad de un operador para realizar una conducta anticompetitiva; tampoco hace distinción alguna respecto a que solo se debe proteger aquellos mercados de grandes dimensiones y no los demás sino todo lo contrario el objetivo de esta norma es velar por la eficiencia económica de los mercados de tal forma que si se detecta una conducta que estuviera distorsionando su normal funcionamiento se evalúe tal conducta y de ser el caso se sancione.

Además, este argumento parte de una premisa equivocada en la medida que ha considerado una definición de mercado relevante distinta a la determinada por la Secretaría Técnica, la misma que es compartida por este Cuerpo Colegiado. Así tomando en consideración la determinación del mercado relevante del Informe Instructivo y de la presente Resolución se concluye que en efecto Telefónica Móviles ostenta posición de dominio en este mercado, por lo que además de poseer una significativa ventaja respecto a los operadores de larga distancia también tiene la posibilidad de afectar las condiciones de la oferta o demanda.

Por tales razones no resulta atendible lo señalado por Telefónica Móviles.

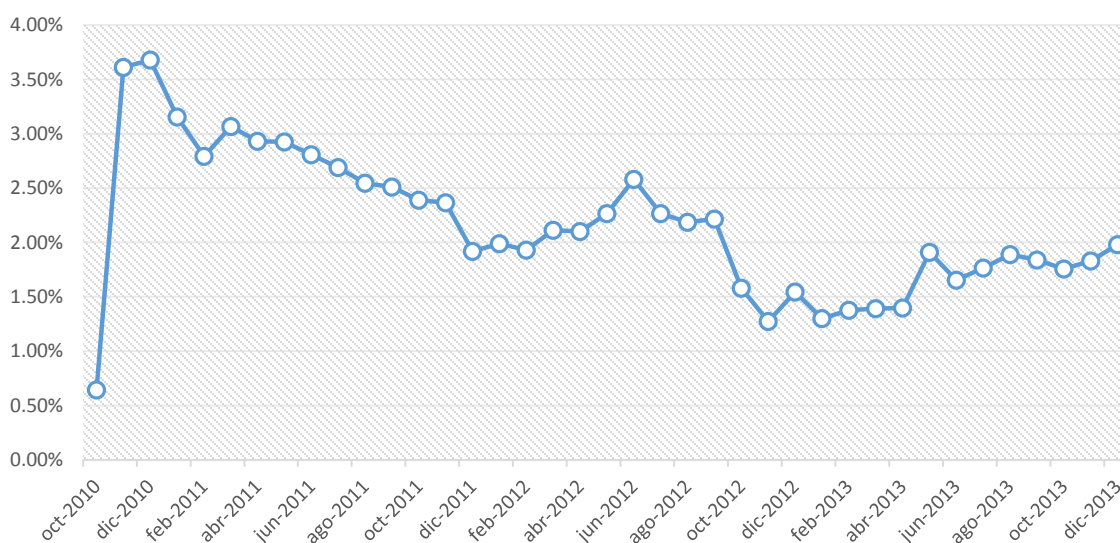
8.4. Análisis de la conducta realizada por Telefónica Móviles

En principio, debe tenerse en cuenta que cuando una empresa dominante opera tanto en el mercado aguas arriba como en el mercado aguas abajo, la realización de una conducta anticompetitiva no necesariamente implica que la finalidad de ésta sea la exclusión total de sus competidores en el mercado aguas abajo, sino que su objetivo podría ser mantenerlos con la menor participación posible, para seguir obteniendo ingresos en el mercado mayorista, a la par que incrementa sus ingresos en el mercado final. De otro lado, la exclusión total de los competidores aguas abajo podría no preocupar al operador móvil si dicho mercado le permite obtener mayores ingresos de los que obtiene en el mercado aguas arriba. Sin embargo, si los ingresos mayoristas obtenidos en el mercado aguas arriba fueran

superiores a los ingresos obtenidos en el mercado aguas abajo, podrían entonces asumirse que no existen incentivos para la afectación (que en el extremo podría ser exclusión) de los competidores en este último mercado.

Al respecto, en el siguiente gráfico se observa que los ingresos obtenidos por Telefónica Móviles en el mercado mayorista representan en promedio alrededor del 2% del total de ingresos que obtiene en el mercado aguas abajo. En ese sentido, si bien la estrategia de Telefónica Móviles podría no necesariamente ser la exclusión total de sus competidores aguas abajo, ya que estos le generan ingresos en el mercado aguas arriba, si dicho efecto se logra, Telefónica Móviles no perderá muchos ingresos ya que los que le reportan los operadores de larga distancia son muy pequeños en relación a los ingresos que obtiene directamente de los consumidores finales, como se puede apreciar a continuación.

Gráfico N° 2: Telefónica Móviles - Ingresos por cargos de originación y acceso a plataforma de pago como porcentaje de los ingresos finales por llamadas de LDI en la red prepago



Fuente: Telefónica Móviles
Elaboración: STCCO - Osiptel

8.4.1. Metodología para determinar si la conducta investigada constituye un estrechamiento de márgenes anticompetitivo

Para evaluar la existencia de la conducta de estrechamiento de márgenes en sí misma, se ha decidido dividir el periodo de análisis en dos escenarios, de acuerdo a la entrada en vigencia de la regulación del cargo de acceso a plataforma de pago. Cabe destacar que esta división del periodo de análisis no se realiza debido a la existencia de dos conductas distintas, sino que se debe al cambio regulatorio que modificó la forma en la que se determinan los costos que los operadores móviles imponen a los operadores de larga distancia a través del cargo de acceso a plataforma de pago. Así, como ya se ha señalado durante el presente procedimiento, el primer escenario está delimitado entre setiembre de 2010¹⁰³, cuando se implementó el sistema de LLxLL, y el mes de diciembre de 2011, cuando

¹⁰³ Si bien el período de investigación comprende desde setiembre de 2010, el análisis de los efectos de la conducta investigada se realizará desde octubre de 2010. Ello en la medida que, si bien desde setiembre de 2010 regía el sistema de LLxLL y las empresas ya venían suscribiendo sus contratos de interconexión (y OSIPTEL dictando mandatos), en la práctica la fecha de inicio de operación comercial de operadoras LDI en las

entró en vigencia la regulación del cargo de acceso a plataforma prepago. El segundo escenario se ha definido entre diciembre de 2011, con la regulación del cargo de acceso a plataforma en vigencia, y setiembre de 2013, fecha en que se dio inicio al presente procedimiento sancionador mediante la Resolución de Inicio¹⁰⁴.

En su Informe Instructivo, la Secretaría Técnica propone para determinar si efectivamente las ofertas investigadas han producido un estrechamiento de márgenes, que se evalúen básicamente cuatro aspectos de las mismas.

El **primer paso** consiste en evaluar si las tarifas que se han establecido a través de las ofertas investigadas permiten al operador dominante un margen de ganancia razonable en el mercado aguas abajo. En el **segundo paso**, se evalúa si las tarifas han tenido una permanencia temporal suficiente para permitir que se genere daño a la competencia. El **tercer paso**, consiste en evaluar si los destinos incluidos en las ofertas analizadas resultan ser relevantes con respecto al tráfico total desde teléfonos móviles prepago de Telefónica Móviles. Por último, el **cuarto paso** es la evaluación de la preponderancia que ha tenido el tráfico generado por estas ofertas con respecto al tráfico total de LDI realizado utilizando a Telefónica Móviles como proveedor de este servicio. De cumplirse las cuatro condiciones señaladas, se considerará que se ha verificado una conducta de estrechamiento de márgenes y que tiene un potencial anticompetitivo en el mercado.

Gráfico N° 3: Criterios para la determinación de una tarifa que estrecha los márgenes



Elaboración: STCCO – Osiptel

Al respecto, Telefónica Móviles no ha realizado un cuestionamiento sobre el fondo de esta metodología ni ha planteado un test alternativo para efectos de analizar la conducta investigada. Solo ha remitido ciertos comentarios sobre algunos aspectos que a su parecer debieron tomarse en cuenta y ha criticado que no se haya aplicado el test de imputación tarifaria al presente caso, argumentos que serán respondidos más adelante. En ese sentido, este Cuerpo Colegiado considera que mediante el test propuesto por la Secretaría Técnica se busca que al menos se cubran todos los costos asociados a la prestación del servicio de llamadas de LDI desde teléfonos móviles prepago. Por ello, en la medida que durante el periodo de investigación estuvieron vigentes diferentes tarifas para llamadas de LDI hacia distintos destinos, es pertinente que también se tomen en consideración la permanencia de tales tarifas así como la representatividad de los destinos que incluyen las promociones y su preponderancia en relación al tráfico total de LDI.

De esta forma a través de esta metodología se podrá verificar, entre otras, si las ofertas analizadas han estado dirigidas a los destinos más frecuentes en las llamadas LDI, de tal

redes móviles fue el 17 de octubre de 2010. Por su parte, el análisis de los efectos del segundo escenario se realizará desde enero de 2012.

¹⁰⁴ Si bien el periodo de investigación solo comprende hasta setiembre de 2013 (fecha en la que se emitió la Resolución de Inicio), el análisis de la conducta investigada se realizará hasta diciembre de 2013 con el fin de evaluar la duración de los efectos que habría producido dicha conducta.

forma que -como es lógico- si una empresa despliega una estrategia anticompetitiva con la finalidad de eliminar, reducir o mantener la participación de sus competidores ofrecerá ofertas que incluyan, entre otros, los destinos más comerciales y que tienen mayor demanda por los consumidores. Además, la aplicación de este test, también permitirá identificar cuál es el tráfico que representan las llamadas de LDI a través de las ofertas investigadas en relación a todo el tráfico LDI de Telefónica Móviles. En el presente caso, lo que una empresa buscaría al desplegar su estrategia comercial -independientemente de captar más usuarios- es que a través de sus promociones se asegure el mayor tráfico posible de LDI y de esta forma desplazar a sus competidores (tomando en consideración que en este caso particular sus ganancias son por el número de minutos y no por el número de usuarios).

Por estas razones, este Cuerpo Colegiado considera que la metodología propuesta por la Secretaría Técnica es idónea para aplicarse a la conducta investigada en el presente procedimiento.

- **Cuestionamientos formulados por Telefónica Móviles al test de estrechamiento de márgenes propuesto por la Secretaría Técnica**

Telefónica Móviles considera que el test de estrechamiento de márgenes utilizado por la Secretaría Técnica contiene algunos supuestos e información que no han sido adecuadamente analizados. Además, considera que hubiese sido recomendable que previamente se hubiese puesto en su conocimiento los criterios que iban a ser utilizados para evaluar su conducta, a fin de que puedan presentar sus comentarios en la debida oportunidad.

Sobre este cuestionamiento, cabe precisar que la Secretaría Técnica no tiene la obligación legal de especificarle al administrado la forma en cómo se le va a investigar. En su calidad de órgano instructor puede realizar las actuaciones que considere pertinentes para el esclarecimiento de los hechos respetando los términos establecidos en la Resolución de Inicio y asegurando al administrado un debido procedimiento. Ello no implica que Telefónica Móviles no pueda cuestionar o incluso proponer una metodología alterna a la establecida en el Informe Instructivo, más aun considerando que a través de la presente Resolución este Cuerpo Colegiado evaluará todo lo actuado en el expediente para decidir si dicha empresa ha cometido o no la conducta anticompetitiva que se le imputa. Incluso si Telefónica Móviles no estuviera de acuerdo con esta Resolución tiene derecho a ejercer los mecanismos de defensa que considere pertinente. Por tales razones, este Cuerpo Colegiado descarta que se haya afectado el derecho de defensa del investigado.

Adicionalmente, Telefónica Móviles en sus alegatos ha cuestionado que la Secretaría Técnica, sin justificación alguna, ha optado por utilizar un test distinto al de imputación tarifaria que OSIPTEL ha venido utilizando para los casos de telefonía fija. Así, por ejemplo, en vez de una evaluación del promedio ponderado conjunto de todas las tarifas promedio de los productos correspondientes a cada tipo de comunicación, en el Informe Instructivo se opta por desarrollar un análisis destino por destino, que podría llevar a concluir que Telefónica Móviles ha desarrollado un estrechamiento de márgenes respecto a destinos poco relevantes, lo cual carecería de lógica económica para la empresa.

Al respecto, resulta contradictorio que Telefónica Móviles ahora abogue porque se le aplique el test de imputación tarifaria cuando ante un requerimiento de información efectuado por la Secretaría Técnica durante el desarrollo del procedimiento dejó en claro

su posición respecto a que determinar una estructura de costos no forma parte de una investigación por *price squeeze*, sino que corresponde más a una lógica de un procedimiento regulatorio que a una investigación en materia de libre competencia. Sin perjuicio de ello, cabe señalar que el test propuesto por la Secretaría Técnica -test que ha sido acogido por este Cuerpo Colegiado por las razones antes desarrolladas- efectivamente tiene una finalidad distinta a la del Reglamento de Imputación Tarifaria.

Incluso en este Reglamento se señala que *“el cumplimiento de la prueba (de imputación tarifaria) no puede ser utilizado como eximente de responsabilidad por la comisión de prácticas anticompetitivas, ya sea en la prestación del servicio minorista sujeto a la prueba o de las instalaciones esenciales utilizadas para la prestación de tales servicios.”* En ese sentido, en el propio Reglamento se reconoce que el análisis de prácticas anticompetitivas como el realizado en este procedimiento, corresponde a una vía distinta, y no se exige que sea necesariamente el test de imputación tarifaria el que se deba aplicar para los procedimientos de libre competencia en los que se evalúe una práctica de estrechamiento de márgenes. Además, la Secretaría Técnica ha propuesto el test de estrechamiento de márgenes considerando la información recopilada en el desarrollo del procedimiento y atendiendo a las particularidades del procedimiento. Por estas razones no resulta atendible lo formulado por Telefónica Móviles.

Sin perjuicio de ello, cabe precisar que este Cuerpo Colegiado, considera que una evaluación del promedio ponderado conjunto de todas las tarifas de los productos correspondientes a cada tipo de comunicación, no permite determinar la verdadera tarifa que enfrenta un operador de larga distancia para prestar el servicio en el mercado aguas abajo. Esta tarifa resulta imprescindible para evaluar un posible estrechamiento de márgenes en el servicio de llamadas desde móviles prepago hacia distintos destinos internacionales.

Hay que destacar, finalmente, que el test de imputación tarifaria que alude Telefónica Móviles tiene una finalidad distinta al test empleado en este procedimiento, ya que mientras que el primero se aplica para regular ex-ante, el segundo tiene por finalidad determinar la el carácter anticompetitivo de ofertas particulares. Por ello, se descarta el criterio propuesto por Telefónica Móviles.

Por otro lado, Telefónica Móviles señala que no se ha considerado la representatividad y el contexto dentro del cual se ofrece la promoción “Dúo de 6” en el mercado LDI, porque de haberlo hecho se hubiera concluido lo siguiente: i) solo el 8% de los abonados de esta promoción utilizaron el mismo para realizar llamadas LDI (4000 de 55,000), porcentaje muy pequeño para asumir el riesgo de realizar una práctica anticompetitivas y ii) que tal promoción se ofrece con la finalidad de competir con otras empresas de telefonía móvil y no con el objetivo de captar el mercado LDI.

Al respecto, cabe precisar que en el tercer paso de la metodología propuesta por la Secretaría Técnica se incluye el análisis de la representatividad de los destinos a los que aplica las promociones investigadas de Telefónica Móviles justamente porque a través de ello se pretende verificar si se ha desplegado una estrategia anticompetitiva respecto de los destinos más comerciales con el propósito de excluir a los competidores del mercado. Además, respecto a la primera conclusión de Telefónica Móviles, si bien el porcentaje de abonados con dúo LDI que realizaron llamadas al extranjero es bajo respecto al total de abonados que se registraron en esta promoción “Dúo de 6, como lo ha señalado la Secretaría Técnica, ello representó hasta el 38% del tráfico total de LDI que cursó

Telefónica Móviles dentro de su red prepago; es decir, al parecer los usuarios que realizaron las llamadas LDI dentro de esta promoción eran los que utilizaban con mayor frecuencia este servicio, ya que si bien en el 2010 representaban el 7% de los que registraron dúos a LDI, el tráfico que generaron representaba más del 30% del tráfico total de Telefónica Móviles dentro de su red prepago.

Asimismo, respecto a su segunda conclusión, si bien Telefónica Móviles habría ofrecido la promoción “Dúo de 6” desde el año 2008, cuando el sistema de LLxLL aún no existía, esta oferta se ha mantenido vigente desde entonces y ha generado una parte muy importante del tráfico de llamadas de LDI desde los teléfonos móviles de su red prepago. Así, debe considerarse que, al empezar el sistema de LLxLL móvil, en el mes de octubre de 2010, se permitió que ingresaran los operadores de larga distancia a este mercado que anteriormente solo era prestado por los operadores móviles a través del marcado directo de sus usuarios de telefonía Móvil, de esta forma se podría inferir que los operadores móviles vieron amenazada una fuente de ingresos generada por los usuarios que realizaban las llamadas LDI, ya que ahora sus abonados tendrían la posibilidad de utilizar operadores alternativos para sus comunicaciones con el extranjero. En ese sentido, tras la generación de competencia, Telefónica Móviles habría optado por mantener esta promoción que -entre otros- le permitía competir con los operadores de LDI que ingresaron a su red, servicio que anteriormente solo podía ser prestado por Telefónica Móviles.

Por todo lo expuesto, no resultan atendibles los argumentos formulados por Telefónica Móviles respecto al test de estrechamiento de márgenes propuesto por la Secretaría Técnica y acogido por este Cuerpo Colegiado.

8.4.2. Evaluación de la existencia de un estrechamiento de márgenes para la conducta bajo análisis

En el Informe Instructivo luego de una evaluación de las ofertas investigadas en el primer periodo¹⁰⁵ y en el segundo periodo¹⁰⁶ tomando en consideración si tales tarifas finales permitían (o no) que un operador tan eficiente como el dominante pudiera recuperar por lo menos todos los costos¹⁰⁷ en los que incurría para prestar el servicio de llamadas de LDI a

¹⁰⁵ La promoción denominada “**Dúo de 6**”, vigente desde el 8 de agosto de 2008, que permite a los abonados de Telefónica Móviles realizar llamadas a tarifas preferenciales a seis números duados: tres dúos móviles on-net, un dúo fijo nacional, un dúo on-net para SMS, **y un dúo fijo o móvil internacional** (exceptuando destinos que podrían considerarse poco usuales desde el Perú)¹⁰⁵. En principio, las tarifas a LDI, dependiendo del plan que tenga el usuario, se encontraban entre S/. 0.53096 y S/. 0.55640 por minuto (incluido el IGV). Sin embargo, de manera posterior, se estandarizó la tarifa a S/. 0.53096 por minuto (incluido el IGV) para el plan “**Tarifa Única**” y todos los planes prepago excepto para el “Plan Premium”, cuya tarifa era de S/. 0.56200 por minuto (incluido el IGV). Cabe destacar que el propio plan Tarifa Única tiene una tarifa especial de S/. 0.54 por minuto (incluido el IGV) a un dúo internacional incluidos en una diversa cantidad de destinos.

Telefónica Móviles también lanzó los planes “**Prepago Más**” y “**Habla Más**”, en los cuales se incluyen un conjunto de planes con recarga mensual mínima a los que se les ofrecen tarifas preferenciales para hacer llamadas de LDI a números duados. En el caso del plan “Prepago Más” dicha tarifa preferencial es de S/. 0.53 y en el caso del plan “Habla Más” es de S/. 0.54. Cabe destacar que el plan “Prepago más” está vigente desde el mes de diciembre de 2010, mientras que el plan “Habla más” se encuentra vigente desde el año 2009. Las tarifas preferenciales de estos tres planes permiten llamar a múltiples destinos de LDI.

¹⁰⁶ Números duados y Promoción para llamadas de Larga Distancia Internacional (LDI) aplicable para clientes móviles prepago.

¹⁰⁷ Cargo de acceso a la plataforma de pago, cargo de originación en la red móvil, costos de terminación de llamadas en el extranjero y otros costos (equivalente al 10% de la tarifa final sin IGV)

través de un teléfono móvil prepago, la Secretaría Técnica, concluye que en el primer periodo (previo a la regulación del cargo de acceso a plataforma de pago) se observó que el margen neto que resulta para cada uno de los destinos que incluían las promociones vigentes en este periodo era negativo; mientras que en el segundo periodo (posterior a la regulación del cargo de acceso a la plataforma de pago) si bien en la mayoría de los destinos móviles de LDI ofrecidos en las promociones en números duados (Dúo de 6, Tarifa Única, Prepago Más y Habla Más), incluso los más importantes, estaban por debajo de los costos en lo que se incurría por la prestación de este servicio; no obstante, ello no ocurría con la “Promoción para llamadas de Larga Distancia Internacional (LDI) aplicable para clientes móviles prepago” en la que los márgenes de ganancia en promedio eran positivos.

Sin embargo, se requiere tomar en consideración los otros factores de la metodología para determinar si la conducta investigada constituye un estrechamiento de márgenes con posibles efectos anticompetitivos. La Secretaría Técnica determinó que la única preocupación de posibles efectos anticompetitivos es respecto al plan Tarifa Única, que incluye un dúo para llamadas de LDI a la mayoría de destinos excluyendo solo a aquellos que son poco comunes¹⁰⁸. No obstante, al analizar los posibles efectos de este plan en el mercado se verificó que no se habrían producido efectos anticompetitivos; por el contrario, se observaron indicadores positivos en cuanto a tráfico y número de líneas que cursan llamadas de LDI.

Teniendo en cuenta que para que se configure un acto de abuso de posición de dominio es necesario que se cumplan de manera concurrente los siguientes tres requisitos: i) que el agente económico que realiza dicha conducta ostente una posición de dominio en el mercado relevante; ii) que la conducta realizada por el agente pueda ser considerada una práctica de estrechamiento de márgenes, y iii) que dicha conducta le genere beneficios y perjudique a sus competidores, siendo pasible de producir efectos exclusorios en el mercado; este Cuerpo Colegiado, tomando en consideración la conclusión a la que arriba la Secretaría Técnica en su Informe Instructivo, considera pertinente evaluar previamente los efectos negativos reales y potenciales de la conducta investigada en la medida que bastará que falte uno de los requisitos señalados previamente para que tal práctica no constituya un acto de abuso de posición de dominio. A continuación se procederá a realizar dicha evaluación.

8.4.3. Efectos de la conducta de estrechamiento de márgenes

8.4.3.1. Definición del mercado afectado

Como se ha señalado anteriormente, es importante recalcar que el mercado relevante no necesariamente es igual al mercado afectado¹⁰⁹. Habiendo ya determinado el mercado

¹⁰⁸ Se excluyen: Inmarsat, llamadas satelitales, llamadas a Islas Comores, Samoa Occidental, Níger, Djibouti, Palao, Polinesia Francesa (Tahití), Somalia, Wallis y Futuna, República Democrática de Corea, Vanuatu, Liechtenstein, Kiribati, Guinea Bissau, Groenlandia, Islas Cook, Tuvalu, Santa Helena, Tokelau, Papúa Nueva Guinea, Islas Ascensión, Cuba, Diego García, Salomón, Santo Tomás y Príncipe, Nauru, Falkland, Antártica – Islas Norfolk, Timor del Este e Islas Niue

¹⁰⁹ En la controversia iniciada por Arcos Dorados de Perú S.A. contra Administradora Jockey Plaza Shopping Center S.A., Sigdelo S.A. y otros, la CLC de INDECOPI determinó lo siguiente “si bien la definición de mercado relevante debe tener en cuenta la definición del mercado afectado, no es cierto que el primero deba tener el mismo alcance que el segundo. Por el contrario, consideró que, en determinados casos, el mercado relevante y el mercado afectado podrían tener alcances distintos”. Así en esta controversia se consideró como mercado relevante el arrendamiento de espacios en el Jockey Plaza, para la venta de hamburguesas similares a las de la marca McDonald’s y como mercado afectado el conjunto de bienes o servicios que se ofrecen dentro de este

relevante, corresponde determinar el mercado sobre el cual recaen los efectos de la conducta investigada, para luego proceder a analizar cada uno de los efectos que se pueden producir con la conducta.

Como punto de partida para la definición del mercado afectado se debe considerar que la afectación directa de la conducta analizada recae sobre el mercado de llamadas de LDI a través del sistema de LLxLL en la red prepago de Telefónica Móviles. Este hecho se debe a que, como ya se ha señalado anteriormente, se está analizando una conducta que tiene como principal característica la existencia de un operador verticalmente integrado que provee insumos esenciales para la provisión de un servicio. Así, particularmente, la conducta que realice Telefónica Móviles respecto a las facilidades de originación de llamadas y acceso a la plataforma de pago tendrá efectos directos sobre el mercado de llamadas de LDI generadas por sus abonados.

En ese sentido, será necesario determinar si a través de la conducta investigada Telefónica Móviles afecta solo a este mercado en específico, o si la afectación de la conducta recae en otros mercados de llamadas de LDI, como podrían ser los mercados de Preselección o de LLxLL en la telefonía fija.

Cabe destacar que si bien las empresas competidoras IDT, Convergía y Americatel, han señalado que en cierto sentido sí existe competencia entre el servicio de LDI desde teléfonos móviles y otros servicios como los teléfonos fijos, teléfonos públicos, locutorios y servicios de internet, las respuestas no han sido unánimes respecto a todos estos. En ese sentido, resulta necesario realizar un análisis específico de competencia para determinar si los servicios de LDI desde teléfonos fijos, teléfonos públicos, locutorios y servicios de internet, pueden disciplinar en términos competitivos al servicio de llamadas de LDI desde teléfonos móviles.

Al respecto, este Cuerpo Colegiado considera que la simple existencia de sustitutos no necesariamente implica que todos ellos deben incluirse en la definición del mercado relevante, o del mercado afectado. Asimismo, el hecho de que el productor de un bien o servicio observe que los usuarios pueden satisfacer una necesidad a través de distintas alternativas al bien o servicio que comercializa, no implica necesariamente que estas alternativas ejercen entre sí la misma presión competitiva.

En ese sentido, para la determinación del mercado afectado este Cuerpo Colegiado seguirá la misma metodología que se sigue para la definición del mercado relevante. Así, en primer lugar se determinará el mercado producto, en el cual se incluyen a todos aquellos servicios que permiten satisfacer la misma necesidad que el servicio en cuestión, y que dados los precios es posible la sustitución. Luego, se definirá el mercado geográfico, que permitirá distinguir las zonas donde se oferta y demanda el servicio en cuestión, y en las cuales los niveles de competencia son homogéneas.

Al respecto, considerando la definición del mercado aguas arriba, para este caso en particular, el mercado de partida para definir el mercado afectado es el mercado de llamadas de LDI desde teléfonos móviles prepago de Telefónica Móviles. Luego, en un primer momento, el mercado afectado debe incluir a todos aquellos servicios que permitan

centro comercial, entre ellos a la venta de hamburguesas de las marcas McDonald's, Burger King y Bombos. Resolución N° 059-2011/CLC-INDECOPI del 15 de noviembre del 2011 emitida en el Expediente N° 007-2007/CLC.

satisfacer la misma necesidad sin que el usuario experimente pérdida de bienestar, debido a una menor calidad o mayor esfuerzo para establecer la comunicación. Si se encuentran sustitutos en el uso que cumplan con dicho requisito, entonces recién se deberá analizar los precios para determinar si en términos económicos es posible la sustitución.

De esta manera, los posibles sustitutos se determinarán sobre la base de la información observada en la Encuesta Residencial de Servicios de Telecomunicaciones (ERESTEL) – 2013¹¹⁰. Al respecto, tal como se observa en el siguiente Cuadro, los principales medios a través de los cuales los hogares realizan llamadas de LDI son el teléfono fijo, el teléfono móvil, los locutorios y cabinas de internet, y los teléfonos públicos. En ese sentido, en un primer momento, podría considerarse que todos estos medios pertenecen al mismo mercado. Sin embargo, un correcto análisis de competencia no solo debe basarse en el número de usuarios u hogares que usan cada uno de estos medios en un momento dado, ya que este análisis resulta ser estático y no permite observar factores que pueden afectar la sustitución.

Cuadro N° 1: Medios utilizados para hacer llamadas de LDI

Teléfono fijo en casa	42.9%
Teléfono móvil propio	28.8%
PC o laptop (Skype, etc.) dentro del hogar	4.9%
Teléfono móvil informal	0.2%
Locutorio/cabina internet	17.8%
Teléfonos públicos	10.0%
Teléfono de bodega / tienda	1.0%
Teléfono de trabajo	0.6%
Teléfono de un familiar y/o vecino	0.2%

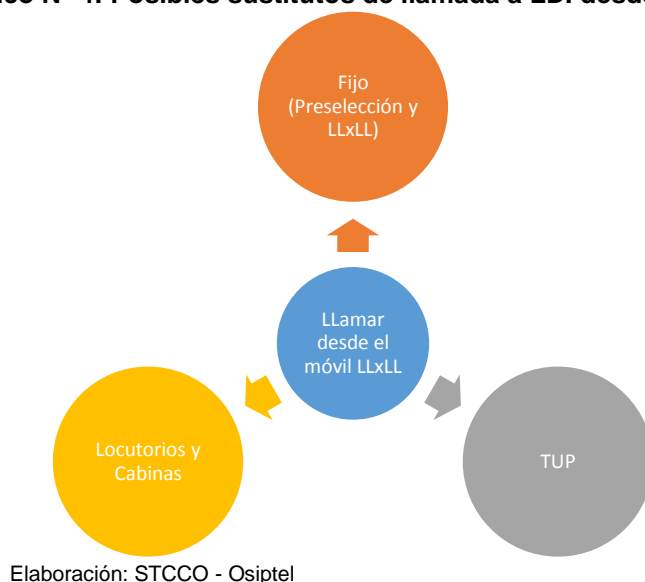
Fuente: ERESTEL 2013
Elaboración: STCCO - Osiptel

Por tanto, en el análisis de sustitución se debe continuar observando otros elementos que podrían hacer que los servicios de telefonía fija, locutorios y cabinas, así como teléfonos de uso público, sean sustitutos para las llamadas de LDI desde teléfonos móviles.

¹¹⁰ Las bases de datos de dicha encuesta se pueden encontrar en la web del OSIPTEL, a través del siguiente enlace:

[http://www.osiptel.gob.pe/WebsiteAjax/WebFormgeneral/sector/wfrm_Consulta_Informacion_Estadisticas.aspx?CodInfo=82397&CodSubCat=864&TituloInformacion=Encuesta%20Residencial%20de%20Servicios%20de%20Telecomunicaciones%20\(ERESTEL\)&DescripcionInformacion=](http://www.osiptel.gob.pe/WebsiteAjax/WebFormgeneral/sector/wfrm_Consulta_Informacion_Estadisticas.aspx?CodInfo=82397&CodSubCat=864&TituloInformacion=Encuesta%20Residencial%20de%20Servicios%20de%20Telecomunicaciones%20(ERESTEL)&DescripcionInformacion=)

Gráfico N° 4: Posibles sustitutos de llamada a LDI desde móviles



En el caso de la telefonía fija, debe considerarse que solo el 33.5% de los hogares tiene acceso a teléfono fijo, mientras que el 86.8% de los hogares tiene acceso a teléfono móvil; además, solo el 29.7% de los hogares tiene acceso a ambos servicios¹¹¹. Así, casi todos los hogares que disponen de teléfono fijo disponen de teléfono móvil, mientras que solo la tercera parte de los hogares que disponen de teléfono móvil disponen también de teléfono fijo. Esto es sin duda un impedimento para considerar que ambos servicios deben estar en el mismo mercado afectado, al menos si se considera la sustitución en el sentido del teléfono móvil al teléfono fijo.

Otra posible alternativa son las llamadas de LDI desde teléfonos públicos, locutorios y cabinas de internet. Sin embargo, para que estos servicios sea un buen sustituto de las llamadas de LDI desde móviles, el usuario debe tener acceso a un teléfono público, un locutorio o una cabina de internet, lo cual no siempre es sencillo, considerando que la distribución de estos servicios no es homogénea y existen zonas en las que son difíciles de encontrar.

De otro lado, debe considerarse que las características propias del servicio de telefonía móvil hacen difícil que se pueda encontrar un sustituto cercano. Así, dos características altamente valoradas de la telefonía móvil son la movilidad y la disponibilidad. Es decir, el servicio de telefonía móvil permite a los usuarios realizar llamadas desde casi cualquier lugar (donde exista cobertura) y con la posibilidad de permanecer en desplazamiento. Cabe destacar que no se debe confundir la característica de la movilidad, con la posibilidad de realizar llamadas desde fuera del hogar. Si bien un usuario puede realizar llamadas desde fuera de su hogar a través de locutorios y teléfonos públicos, estos servicios no permiten la movilidad del usuario. Así, a diferencia de la telefonía móvil, cuando un usuario realiza una llamada desde un teléfono público o locutorio, este no puede desplazarse y tiene que mantenerse en su ubicación.

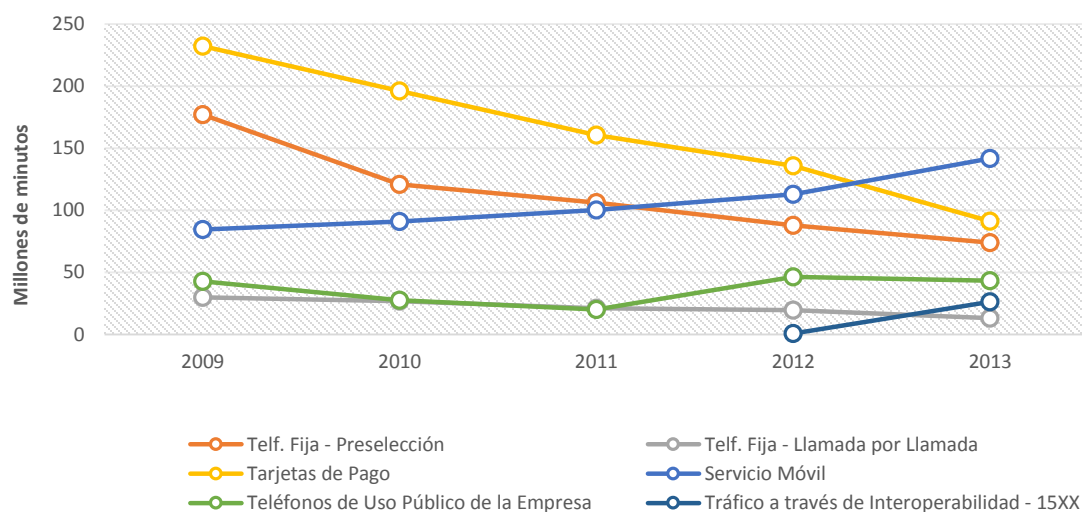
¹¹¹ Según los resultados de la Encuesta Residencial de Servicios de Telecomunicaciones (ERESTEL) 2013, realizada por el OSIPTEL. Cabe destacar que la medición se hace a nivel del jefe de hogar.

En la ERESTEL 2013 se encuentra un indicador muy interesante, que releva que un usuario que normalmente realiza llamadas de LDI desde su teléfono móvil difícilmente utiliza otros servicios para este tipo de comunicación. Así, en dicha encuesta se observa que aproximadamente el 83% de los hogares en los que se utiliza el servicio móvil para realizar llamadas de LDI solo utilizan dicho medio de comunicación para tales llamadas, mientras que el restante utilizan también el servicio de telefonía fija, los locutorios o cabinas de internet y teléfonos públicos, entre otros.

Así, se observa que aquellos que utilizan la telefonía móvil para realizar sus llamadas de LDI son, mayormente, renuentes a cambiar de medio para comunicarse, pese a que incluso se pueden encontrar mejores tarifas en servicios alternativos como la telefonía fija, los locutorios y cabinas de internet. De la misma manera, se observa que la demanda de llamadas de LDI desde redes móviles es distinta a la demanda a través de medios alternativos. Por ejemplo, alrededor del 87% de las llamadas de LDI desde la red móvil prepago de Telefónica Móviles duran menos de 2 minutos. En ese sentido, los usuarios recurrirían mayormente al teléfono móvil para llamadas cortas, mientras que para llamadas largas se utilizarían otros medios, observándose de este modo dos tipos de demanda que no pueden pertenecer al mismo mercado relevante.

De otro lado, en el siguiente Gráfico se observa el tráfico de LDI desde teléfonos móviles viene mostrando una tendencia creciente en los últimos años, mientras que el tráfico de LDI desde teléfonos fijos muestra una clara tendencia decreciente. Una tendencia similar a esta última se observa en el tráfico generado a través de tarjetas de pago. En el caso del tráfico desde teléfonos públicos, se observa también una tendencia a disminuir o estancarse, pese al crecimiento mostrado en el 2012.

Gráfico N° 5: Evolución del tráfico de LDI, según el medio



Fuente: Osiptel

Elaboración: STCCO - Osiptel

En ese sentido, de acuerdo a todo lo señalado, queda en evidencia que el mercado afectado está conformado por el mercado de llamadas de LDI desde la red prepago de Telefónica Móviles.

Al respecto, tanto de los descargos y alegatos formulados por Telefónica Móviles, se puede inferir que esta empresa considera como sustitutos en el mercado “aguas abajo” a los otros

operadores móviles, a la telefonía fija, telefonía pública (estos dos servicios fueron descartados por las razones expuestas anteriormente) y a las nuevas tecnologías que permiten comunicaciones de larga distancia, entre ellas los servicios de voz con IP (Skype o FaceTime) que incluso se encuentran en dispositivos celulares, por lo que su uso no generaría mayores costos de cambio para un usuario de telefonía móvil.

Sobre el particular, en la medida que el mercado afectado ha sido determinado por el mercado de llamadas de LDI desde la red prepago de Telefónica Móviles no podrían incluirse como posibles sustitutos al servicio que prestan los otros operadores móviles. Anteriormente, ya se ha señalado que por las particularidades del mercado de llamadas móviles de LDI cada red móvil constituye un mercado distinto, debido a que si un operador de larga distancia pretende prestar este servicio requerirá necesariamente acceder a las redes de cada uno de los operadores móviles porque solo de esta forma puede prestar este servicio a los usuarios de una determinada red de telefonía móvil; así por ejemplo, un usuario de Telefónica Móviles solo podrá cursar una llamada de LDI a través de esta red móvil y tendrá como posibles opciones para realizar tal comunicación a su propio operador móvil y a los operadores de larga distancia, lo mismo ocurrirá con los usuarios de otras redes móviles. Además, se debe tomar en cuenta que los usuarios de Telefónica Móviles no migrarán a otro operador móvil exclusivamente por el servicio LDI que brinda otro operador (por ejemplo, Nextel o América Móvil); más aún si ello está relacionado con los costos de cambio en lo que tendría que incurrir un usuario de una red móvil para migrar a otra red.

De otro lado, sobre las nuevas tecnología que permiten comunicaciones de larga distancia, si bien se reconoce que los servicios de comunicación a través de internet han tenido un importante crecimiento a nivel general, estos normalmente son usados para comunicarse con personas que están en la misma área geográfica, más no para comunicarse con personas que se encuentra en otras regiones geográficas, dentro o fuera del país. Esto queda en evidencia en la ERESTEL 2013, ya que en dicha encuesta se observa que solo el 4.9% de los hogares que realizan llamada de LDI utilizan una PC o laptop con servicios como Skype para realizar llamadas de LDI. De otro lado, ninguno de los entrevistados ha señalado hacer uso de aplicaciones de mensajería, como el propio Skype, u otras como Line o Viber, para realizar llamadas de voz por IP desde sus teléfonos móviles.

Incluso, cabe destacar que también los servicios de mensajería instantánea como Skype o Whatsapp deben descartarse porque se trata del segmento prepago, en el cual la penetración de *smartphones* es baja, considerando que según Ipsos¹¹² la penetración de *smartphones* en el Perú sería de 10% con respecto a la población total. Asimismo, debe considerarse que según este mismo estudio, el 76% de los usuarios de celulares opta por realizar llamadas para comunicarse.

¹¹² Ver Ipsos Marketing. "Hábitos, usos y actitudes hacia la telefonía móvil". Disponible en: http://www.ipsos.pe/sites/default/files/marketing_data/MKT_DATA_CELUNAUTAS_2013.pdf (última visita 22/10/2014)

Gráfico N° 6: “Hábitos, usos y actitudes hacia la telefonía móvil”



Fuente: Ipsos Marketing

Por las razones antes expuestas, se descartan los argumentos formulados por Telefónica Móviles sobre los posibles sustitutos en el mercado aguas abajo.

Finalmente, respecto al mercado geográfico afectado, debe señalarse que, dadas las características del mercado de telefonía móvil, que sirve de plataforma para la prestación del servicio en cuestión, se considera que el mercado geográfico está constituido por todo el territorio nacional.

8.4.3.2. Efectos anticompetitivos sobre el mercado de llamadas de LDI desde móviles prepago

De acuerdo a la estimación de los costos de un operador tan eficiente como Telefónica Móviles, los cargos de originación y acceso a plataforma de pago son muy importantes dentro de la estructura de costos. Así, entre octubre de 2010 y diciembre de 2011 estos costos representaron en promedio el 57% del total del costo de un minuto de comunicación a LDI desde una móvil prepago de Telefónica Móviles. Dicho porcentaje sin embargo, se fue reduciendo hasta ser en promedio el 35% del total de los costos entre enero de 2012 y diciembre de 2013. En ese sentido, la conducta de estrechamiento de márgenes en la que Telefónica Móviles habría incurrido tendría un impacto significativo en los costos de los competidores, ya que los cargos cobrados por este operador móvil, podrían representar una parte muy importante de los costos que enfrentan los operadores de larga distancia.

Así, para evaluar los efectos anticompetitivos que puedan producirse a partir de la conducta analizada, debe tenerse en cuenta que la normativa de defensa de la libre competencia señala que constituyen abuso de posición de dominio *“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”*¹¹³. En ese sentido, debe quedar

¹¹³ DL N° 1034

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:

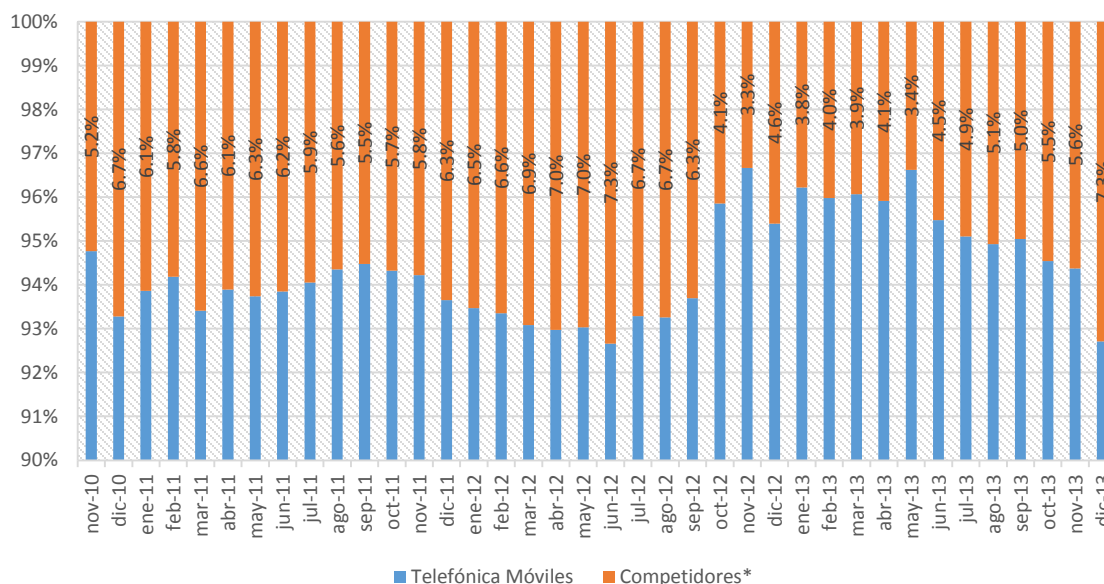
(...)

claro que no es exigible evidenciar la salida del mercado de los competidores para hablar de un efecto exclusorio. Las instituciones de defensa de la competencia deberían actuar antes de que los competidores salgan del mercado a raíz de una conducta anticompetitiva, ya que este hecho suele ser irremediable, pues se da una señal al mercado de la capacidad de la empresa dominante para sacar del mercado a sus competidores.

Considerando ello, este Cuerpo Colegiado considera que el efecto exclusorio no está referido únicamente a la salida de competidores del mercado, sino que se refiere también a la limitación de la competencia por razones distintas a la eficiencia económica. Así, la reducción del tráfico y los ingresos de los competidores son considerados por este Cuerpo Colegiado como efecto exclusorio si se deben a una conducta anticompetitiva.

En el siguiente Gráfico se puede observar como la participación de los competidores con respecto al tráfico total de LDI desde móviles prepago de Telefónica Móviles se reduce a partir del mes de julio de 2012. Sin embargo, a partir del mes de junio de 2013, la participación de los competidores vuelve a mostrar una tendencia creciente que permanece hasta el mes de diciembre de 2013.

Gráfico N° 7: Tasas de participación en el tráfico LDI generado en la red prepago de Telefónica Móviles

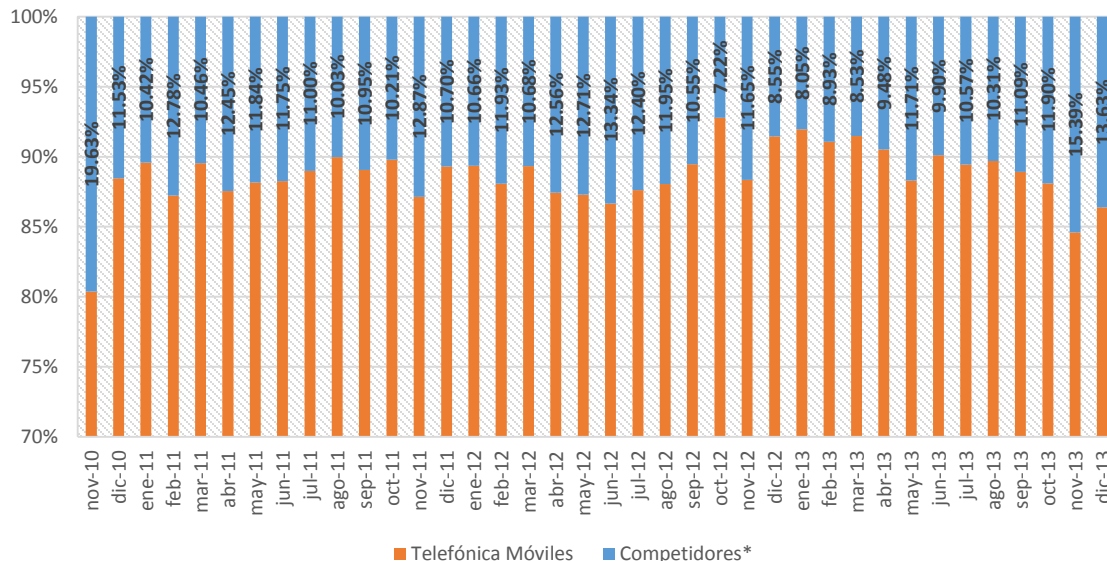


* Incluye: IDT, Convergencia e IDT.
Fuente: Empresas operadoras
Elaboración: STCCO - Osiptel

Una tendencia similar, aunque no tan clara, se observa con la participación de los competidores en los ingresos de la plataforma prepago de Telefónica Móviles. Como se puede ver en el siguiente gráfico, la participación conjunta de los competidores en el tráfico ha sido inestable, aunque al final del periodo se observa una tendencia ligeramente creciente.

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.

Gráfico N° 8: Tasas de participación en los ingresos por tráfico LDI generado en la red prepago de Telefónica Móviles



* Incluye: IDT, Convergencia e IDT.

Fuente: Empresas operadoras

Elaboración: STCCO - Osiptel

Si observamos la concentración del mercado, a través del HHI,¹¹⁴ podremos ver que esta se incrementó durante el cuarto trimestre de 2012. Sin embargo, luego ha mostrado una ligera tendencia decreciente. Así, mientras la concentración medida a través del HHI llegó a máximos alrededor de 9 300, al final del periodo de análisis ha llegado a niveles de cercanos a 8 600, lo cual si bien representa un mercado que todavía permanece altamente concentrado, constituye una importante reducción en la concentración.

¹¹⁴ El HHI (Herfindahl-Hirschman Index) fue definido en los Horizontal Merger Guidelines elaborados por el Departamento de Justicia de Estados Unidos. EL HHI fluctúa entre 0 y 10,000 siendo este último caso aquel del monopolio que cuenta con el 100% del mercado. Según los resultados del HHI la autoridad de defensa de la competencia asume un determinado grado de concentración del mercado y, según ello, permite inferencias sobre la posibilidad de ejercicio de poder de mercado, según se explica en el siguiente cuadro:

Valor del HHI	Grado de Concentración	Potencialidad de Ejercicio de Poder de Mercado
Menor a 1500	Mercado no concentrado	Reducida
Entre 1,500 y 2,500	Mercado moderadamente concentrado	Moderada
Superior a 2,500	Mercado altamente concentrado	Elevada

El indicador se calcula a partir de las participaciones de mercado de N empresas, según la siguiente fórmula:

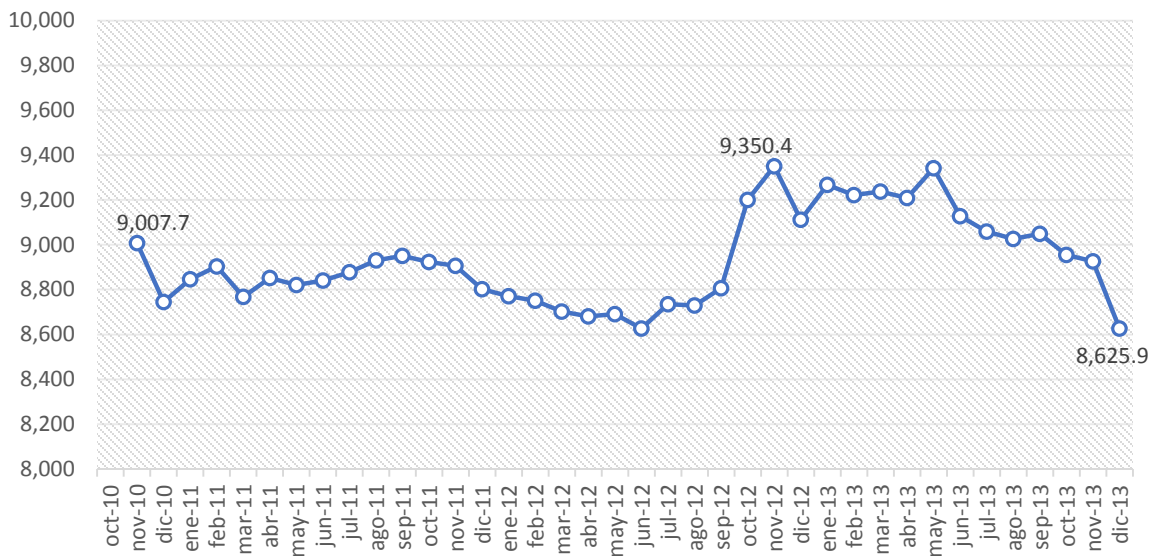
$$HHI = \sum_{i=1}^N S_i^2$$

Donde:

N = número de empresas en una industria

S_i = participación de mercado de la empresa i

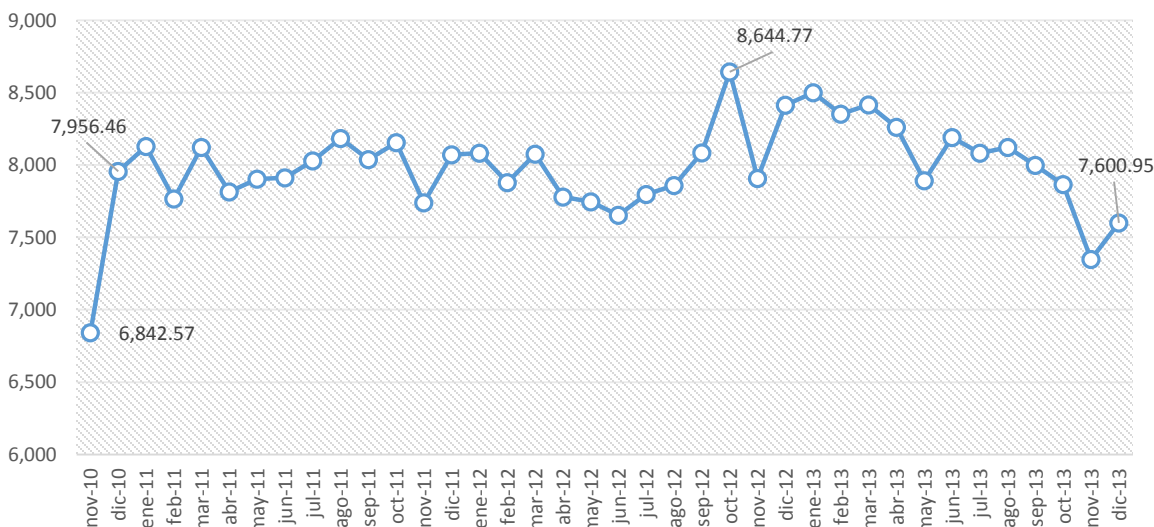
Gráfico N° 9: Índice de concentración HHI del mercado de llamadas de LDI en la red prepago de Telefónica Móviles, con respecto al tráfico



Fuente: Empresas operadoras
Elaboración: STCCO - Osipitel

La concentración del mercado medida en términos de los ingresos ha mostrado una historia similar. Como se puede ver en el siguiente gráfico, si bien el HHI llegó a niveles por encima de 8 600 alrededor del mes de octubre de 2012, este terminó cayendo casi 1 000 puntos, situándose en 7 600 a fines de 2013.

Gráfico N° 10: Índice de concentración HHI del mercado de llamadas de LDI en la red prepago de Telefónica Móviles, con respecto a los ingresos en soles

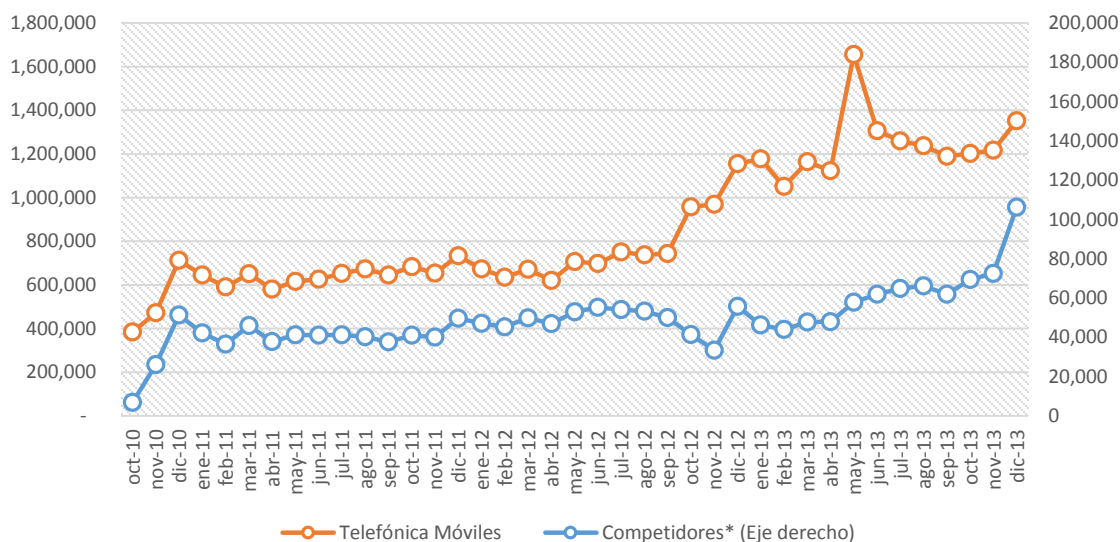


Fuente: Empresas operadoras
Elaboración: STCCO - Osipitel

Finalmente, en el siguiente gráfico se muestra que el tráfico de los competidores en la red prepago de Telefónica Móviles ha seguido la misma tendencia que el tráfico del propio operador móvil. Ello ocurre durante casi todo el periodo de análisis, a excepción de los

meses de octubre y noviembre de 2012 en los cuales se observa una importante caída en el tráfico de los competidores. Sin embargo, a partir del mes de diciembre de ese mismo año, el tráfico de los competidores comenzó a mostrar nuevamente una tendencia creciente que incluso al final del periodo de análisis, dicha tendencia parece superior a la de la propia Telefónica Móviles.

Gráfico N° 11: Evolución del tráfico LDI desde la red prepago de Telefónica Móviles, en minutos



* Incluye: IDT, Convergía e IDT.
Fuente: Empresas operadoras
Elaboración: STCCO - Osipitel

En ese sentido, no se observa mayor evidencia de que la conducta de Telefónica Móviles haya producido efectos negativos para la competencia. Ya que como se ha observado, las acciones de Telefónica Móviles no han incrementado sustancialmente su cuota de mercado, ni la concentración del mismo. Asimismo, los competidores de Telefónica Móviles han continuado creciendo casi de manera continua durante todo el periodo de análisis.

Cabe destacar que estos resultados se producen al final del periodo de análisis debido a los esfuerzos de algunos de ellos para competir con mejores tarifas con los operadores Móviles.

Así, se ha observado que desde noviembre de 2012 IDT lanzó una tarifa promocional de S/. 0.49 para llamadas a Estados Unidos y Canadá, la cual ampliaría posteriormente a China. Luego, a partir del mes de marzo de 2013 se observó una importante reducción en las tarifas de Convergía.

Como se muestra en el siguiente cuadro, Convergía replicó e incluso mejoró las tarifas de Telefónica Móviles para Estados Unidos, Canadá y China, estableciendo una tarifa de S/.0.45 por minuto incluido el IGV. Asimismo, Convergía tiene tarifas a España de S/. 0.60 por minuto. En el resto de destinos Convergía ha establecido tarifas de S/. 0.70, S/. 0.90 o S/. 0.99.

Cuadro N° 2: Tarifas vigentes a marzo de 2013 de los operadores de larga distancia

Continente o subcont.	País	Tarifas (S/.) Móvil-Fijo y Móvil-Móvil por minuto					
		IDT (1914)		AMERICATEL (1977)		CONVERGIA (1960)	
		Tarifa Estab. ⁽¹⁾	Tarifa Promoc. ⁽²⁾	Tarifa Estab. ⁽³⁾	Tarifa Promoc.	Tarifa Establ. ⁽⁴⁾	Tarifa Promoc.
América del Sur	Argentina	1.89	-	2.00	-	0.90	-
	Bolivia	2.40	-	2.00	-	0.99	-
	Brasil	1.89	-	2.00	-	0.99	-
	Chile	1.89	-	2.00	-	0.90	-
	Colombia	2.40	-	2.00	-	0.99	-
	Ecuador	2.40	-	2.00	-	0.99	-
	Guyana	2.40	-	2.00	-	0.99	-
	Paraguay	2.40	-	2.00	-	0.99	-
	Surinam	2.40	-	2.00	-	0.99	-
	Uruguay	2.40	-	2.00	-	0.99	-
América Central	Venezuela	2.40	-	2.00	-	0.99	-
	Belize	2.40	-	2.00	-	-	-
	Costa Rica	2.40	-	2.00	-	0.99	-
	El Salvador	2.40	-	2.00	-	0.99	-
	Guatemala	2.40	-	2.00	-	0.99	-
	Honduras	2.40	-	2.00	-	0.99	-
	Nicaragua	2.40	-	2.00	-	0.99	-
América del Norte	Panamá	2.40	-	2.00	-	0.99	-
	Canadá	1.40	0.49	2.00	-	0.45	-
	USA	1.40	0.49	2.00	-	0.45	-
Europa	México	2.40	-	2.00	-	0.99	-
	Alemania	1.89	-	2.95	-	0.60	-
	España	1.89	-	2.80	-	0.60	-
Asia	Italia	1.89	-	2.80	-	0.70	-
	Japón	1.89	-	3.00	-	0.70	-
	China	1.89	-	3.00	-	0.45	-
Resto de América		-	2.40	-	2.00	-	0.99
Resto de Europa		-	2.40	-	2.95	-	0.99
Resto del Mundo		-	2.40	-	6.00	-	5.00

Nota:

(1) Tarifas establecidas vigentes desde el 24 de noviembre de 2010.

(2) Tarifas promocionales válidas del 01 de enero al 26 de marzo al 31 de julio de 2013.

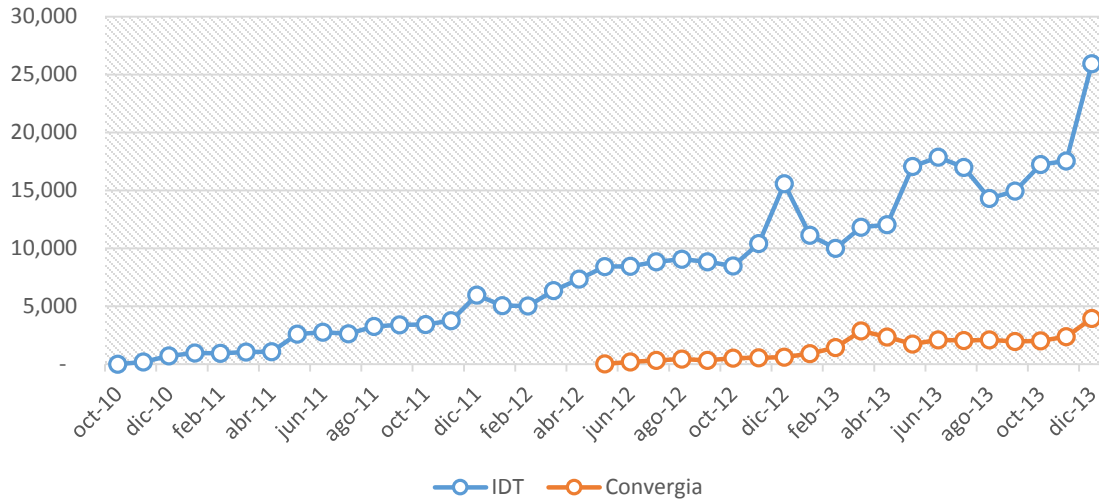
(3) Tarifas establecidas vigentes desde el 01 de marzo de 2011.

(4) Tarifas establecidas vigentes del 01 de febrero de 2013

Fuente: GPRC - Osiptel

En ese sentido, el tráfico de los competidores que han reducido sus tarifas, IDT y Convergía, muestra una tendencia creciente a lo largo de todo el periodo de análisis. Lo cual demostraría que la conducta de Telefónica Móviles no ha tenido efectos negativos para el mercado.

Gráfico N° 12: Evolución del tráfico de IDT y Convergencia en la red prepago de Telefónica Móviles, en minutos

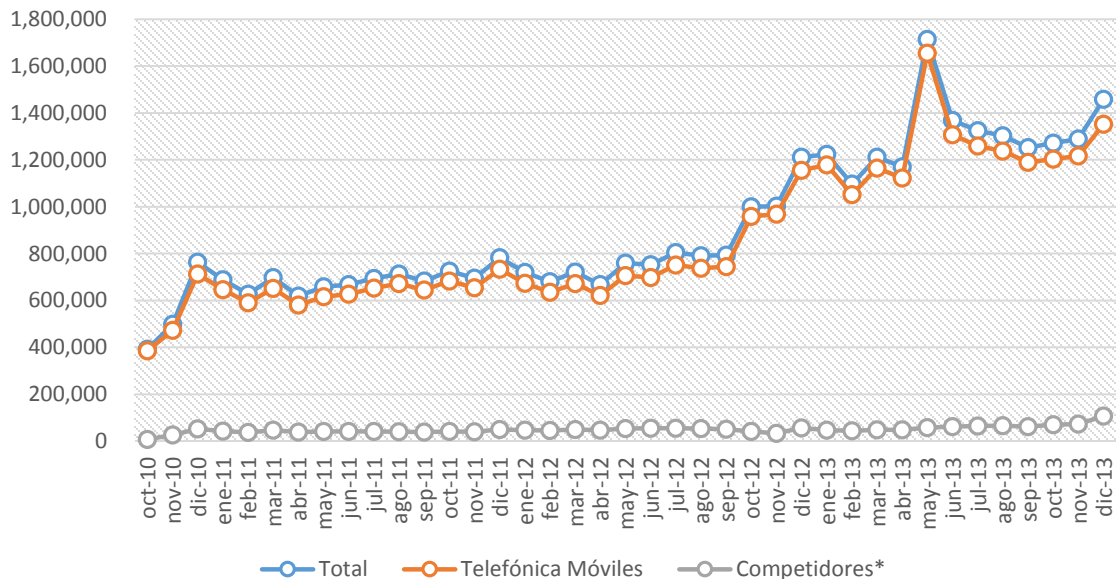


Fuente: Empresas operadoras
Elaboración: STCCO - Osiptel

8.4.3.3. Efectos positivos y justificaciones de la conducta

En general se ha observado que el tráfico prepago de LDI de la red de Telefónica Móviles se ha incrementado a lo largo del periodo de análisis. De esta manera, se observa que tanto los competidores como el dueño de la red han mostrado un desempeño positivo en el mercado.

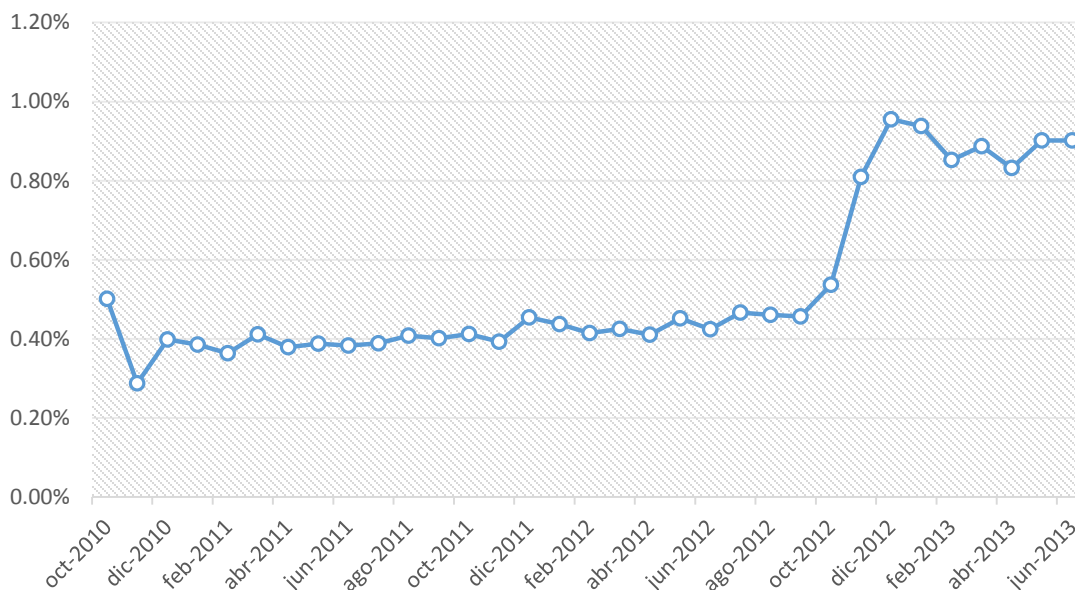
Gráfico N° 13: Evolución del tráfico total del mercado, en minutos



Fuente: Empresas operadoras
Elaboración: STCCO - Osiptel

Asimismo, se observa que a partir de las reducciones tarifarias de Telefónica Móviles, y de los competidores el número de líneas prepago de Telefónica Móviles que realizan llamadas de LDI se ha duplicado con respecto a lo que se tenía al inicio del sistema de LLxLL.

Gráfico N° 14: Número de líneas prepago de Telefónica Móviles con tráfico LDI como porcentaje del total de líneas prepago



Fuente: Empresas operadoras
Elaboración: STCCO - Osiptel

Así, el incremento en el tráfico de llamadas de LDI desde la red móvil prepago de Telefónica Móviles, así como el sustancial crecimiento del número de líneas desde donde se realizan llamadas de LDI constituyen hechos positivos ocurridos en el mercado. Estos hechos parecen haberse producido no solo por la reducción de tarifas de Telefónica Móviles, sino también por la reducción de las tarifas de competidores como IDT y Convergía.

Cabe destacar que, el panorama observado en la actualidad es distinto al que se observó al inicio del procedimiento, y durante las investigaciones preliminares realizadas por la Secretaría Técnica. Tal como se había señalado en el Informe Preliminar, los indicios de efectos anticompetitivos que sirvieron de base para iniciar el procedimiento de oficio fueron (i) que Telefónica Móviles mantenía una participación superior al 90% en el tráfico de LDI desde su red móvil prepago a través del sistema de LLxLL, y (ii) el tráfico total de LDI desde los móviles prepago de Telefónica Móviles no había crecido a partir de la implementación del sistema de LLxLL.

Sin embargo, tal como ya se ha señalado, de la información observada en el expediente se tiene que la participación de los competidores, tanto en lo que respecta al tráfico, como en sus ingresos, muestra una tendencia creciente al final del periodo de análisis. Asimismo, se observa un crecimiento en el tráfico total de LDI dentro de la red prepago de Telefónica Móviles, así como una mayor cantidad de líneas en servicio con tráfico LDI. En ese sentido, deben descartarse los indicios de efectos anticompetitivos observados al inicio del presente procedimiento.

Por todo lo expuesto, y en particular tras observar la ausencia de efectos anticompetitivos producidos en el mercado por la conducta analizada, este Cuerpo Colegiado considera que Telefónica Móviles no ha incurrido en una práctica de estrechamiento de márgenes con efectos exclusorios en el mercado de LDI desde teléfonos móviles prepago a través del sistema de LLxLL, conducta tipificada en los artículo 10.1 y 10.2, literal h) del DL 1034.

SE RESUELVE:

Artículo Único: Archivar el procedimiento administrativo sancionador iniciado de oficio contra Telefónica del Perú S.A.A referido a la imputación de actos de abuso de posición de dominio en la modalidad de estrechamiento de márgenes con efectos exclusorios en el mercado de llamadas de larga distancia internacional desde teléfonos móviles prepago a través del sistema de llamada por llamada, promovida con sujeción a los artículo 10.1 y 10.2 literal h) del Decreto Legislativo N° 1034 – Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

REGÍSTRESE Y COMUNÍQUESE.-

Con la intervención de los señores miembros del Cuerpo Colegiado Rodolfo Castellanos Salazar, Santiago Dávila Philippon y Abel Rodríguez González.