



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones - OSIPTEL

RESOLUCIÓN DEL CUERPO COLEGIADO N° 023-2015-CCO/OSIPTEL

Lima, 23 de enero de 2015

EXPEDIENTE	010-2013-CCO-ST/LC
MATERIA	LIBRE COMPETENCIA
ADMINISTRADO	AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.

El Cuerpo Colegiado designado mediante Resolución N° 120-2013-CD/OSIPTEL, para tramitar el procedimiento de oficio contra América Móvil Perú S.A.C. (en adelante, América Móvil) por la presunta comisión de actos contrarios a la libre competencia.

SUMILLA: “Declarar fundado el procedimiento administrativo sancionador iniciado de oficio contra América Móvil S.A.C. 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.

En consecuencia, se sanciona a América Móvil S.A.C. con una multa de **92.3 UIT**, por la comisión de una infracción grave, de conformidad con los criterios establecidos en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.”

VISTO:

El expediente N° 010-2013-CCO/ST-LC.

CONSIDERANDO:

I. EMPRESA INVESTIGADA

América Móvil, es una empresa privada titular, entre otras, de las concesiones otorgadas mediante Resoluciones Ministeriales N° 023-99-MTC/15.03, N° 024-99-MTC/15.03 y N° 120-2001-MTC/15.03 para la prestación del servicio público de portador de larga distancia nacional e internacional y de las concesiones otorgadas mediante Resolución Ministerial N° 518-2007-MTC-03 para la prestación del servicio público de telefonía móvil.

Asimismo, América Móvil obtuvo concesión para brindar el Servicio Público de Comunicaciones Personales (PCS) en todo el territorio nacional, mediante Resolución Ministerial N° 217-2000-MTC/1503 y 275-2005-MTC/03, transferidos por Resolución Viceministerial N° 170-2006-MTC/03.

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 dio inicio al 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 llamada por llamada (en adelante, 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, recién podían ofrecer dicho servicio después de que al menos un concesionario de larga distancia iniciara sus operaciones comerciales bajo esta modalidad, lo cual ocurrió el 17 de octubre del 2010².

2. Mediante el Memorándum N° 228-GPRC/2011 del 8 de setiembre de 2011 (en lo sucesivo, Memorándum de la GPRC), la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia (en adelante, GPRC) puso en conocimiento de la Secretaría Técnica de los Cuerpos Colegiados (en adelante, Secretaría Técnica o STCCO), su preocupación sobre las ofertas ofrecidas por América Móvil y Telefónica Móviles S.A. (en adelante, Telefónica Móviles), en particular, acerca de la “Promoción Prepago 1912” y “Dúo de 6” ofrecidas respectivamente por tales empresas, las cuales en opinión de la GPRC podrían tener efectos anticompetitivos. Ello, luego de que las empresas IDT Perú S.R.L. (en adelante, IDT) y Americatel Perú S.A. (en adelante, Americatel), mediante comunicaciones vía telefónica, expresaran la imposibilidad de replicar tales promociones tomando en consideración los costos que asumían para brindar el servicio de llamadas LDI.
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 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.
4. Así, entre noviembre de 2011 y junio de 2012, la Secretaría Técnica evaluó la 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 suscritos entre los operadores del mercado en cuestión.
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 a LDI desde redes móviles en los que incurren las empresas operadoras de servicios móviles como América Móvil, Telefónica Móviles y Nextel del Perú S.A. (en adelante, Nextel) y las empresas operadoras de larga distancia IDT, Convergía Perú S.A. (en adelante, Convergía) y Americatel³.

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

² 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.

³ La Secretaría Técnica de los Órganos Colegiados envió a las empresas operadoras de larga distancia las siguientes comunicaciones con fecha 15 de agosto de 2012:

- Carta N° 018-ST/2012 a IDT, la cual fue respondida mediante carta s/n recibida el 11 de setiembre de 2012.
- Carta N° 019-ST/2012 a Americatel, la cual fue respondida mediante carta 520-2012-GAR recibida el 3 de setiembre de 2012.

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, que emitan una opinión sobre los cargos de originación de llamadas en la red móvil y acceso a la plataforma prepago que los operadores móviles les cobraban para que pudieran prestar el servicio de llamadas de LDI a través de la telefonía móvil, 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 LLxLL⁴.

-
- Carta N° 020-ST/2012 a Convergía, la cual fue respondida mediante carta GER-061-2012 recibida el 24 de agosto de 2012.

La información requerida fue la siguiente: **Pedido de Información N° 1:** (i) Anexo 1: costos de terminación para la prestación del servicio de llamadas LDI desde móviles, según el país y red de destino y (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.

Asimismo, la Secretaría Técnica de los Órganos Colegiados envió a las operadoras de servicios móviles las siguientes comunicaciones con fecha 15 de agosto de 2012:

- Carta N° 015-ST/2012 dirigida a Telefónica Móviles, la cual fue respondida en parte mediante cartas TM-925-A-332-2012 recibida el 7 de septiembre de 2012, TM-925-A-333-2012 recibida el 17 de septiembre de 2012, TM-925-AR-466-2012 recibida el 25 de septiembre de 2012, 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. Finalmente, mediante carta 042-ST/2012 se comunicó a Telefónica Móviles la decisión de prescindir de la información faltante al haber transcurrido aproximadamente cuatro (4) meses desde el requerimiento inicial.
- Carta N° 016-ST/2012 dirigida a América Móvil, la cual fue respondida mediante carta DMR/CE-M/N°1184/12, recibida el 25 de septiembre de 2012, solicitando que se declare su confidencialidad. Al respecto, mediante Resolución de Gerencia General N° 567-2011-GG/OSIPTEL se declaró confidencial el Anexo II de dicha información.
- Carta N° 017-ST/2012 dirigida a Nextel, la cual fue respondida mediante carta CGR-2076/12 recibida el 03 de octubre de 2012.

La información requerida fue la siguiente: (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.

⁴ La Secretaría Técnica cursó las siguientes comunicaciones de fecha 22 de marzo de 2013:

- Carta N° 008-ST/2013 dirigida a Americatel, la cual fue respondida mediante carta 223-2013-GAR presentada el 25 de abril de 2013.
- Carta N° 009-ST/2013 dirigida a IDT, la cual fue respondida mediante carta s/n presentada el 11 de abril de 2013.
- Carta N° 010-ST/2013 dirigida a Convergía, la cual fue respondida mediante carta GER-060-2013 recibida el 5 de abril de 2013.

En el siguiente cuadro se señala alguna de las afirmaciones realizadas por las operadoras de larga distancia en relación al cuestionario remitido por la Secretaría Técnica:

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 América Móvil 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 prepago y las tarifas finales que esta empresa establece en el mercado. Al respecto, según la Secretaría Técnica 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 América Móvil. Esta posible afectación a la dinámica competitiva también podría haber generado una afectación indirecta al bienestar del consumidor.

Preguntas	IDT	Convergencia	Americatel
Antes del establecimiento del sistema de LLxLL en la telefonía móvil, este segmento le parecía rentable o atractivo comercialmente.	Si lo consideró interesante por el importante número de líneas celulares y las estadísticas de minutos originados en móviles con destino internacional.	Si era atractivo dada su experiencia en la telefonía fija y el crecimiento de la telefonía móvil.	Si era atractivo comercialmente, al ser un monopolio que tenía cautivo al usuario del servicio LDI.
Qué expectativas, en términos de demanda, tarifas y nivel competitivo tenía respecto al sistema de LLxLL en la telefonía móvil.	Tenían una gran expectativa por lo que realizaron importantes inversiones en campañas publicitarias. Sin embargo, no habrían obtenido buenos resultados en términos de tarifas y competencia, debido a una estructura de costos sumamente alta, tanto en los cargos de origenación como de uso de la plataforma pre-pago.	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.	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.
Las empresas operadoras de telefonía móvil establecieron obstáculos para prestar servicios de llamadas de LDI en sus redes móviles. De ser afirmativa la respuesta, mencionar cuáles fueron dichos obstáculos.	La asimetría informativa y las negociaciones que se dilataban de manera continua hasta el plazo máximo. Recién con la emisión de los mandatos se dejaron de establecer mayores obstáculos.	Costos elevados para originar tráfico desde su red (por ejemplo el uso de plataforma prepago, lo cual no permitió tarifas menores).	La asimetría informativa entre los operadores móviles y el carrier 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.
Cuál era la percepción de los cargos de origenación y acceso a plataforma prepago desde el inicio del sistema LLxLL hasta la implementación de la regulación de este último. Le permitían ofrecer tarifas competitivas respecto a los operadores móviles.	Si bien los cargos de origenación y acceso a plataforma de prepago han mejorado aún 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.	Los costos de origenación 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.	El costo de acceso a la plataforma de pago (antes de la regulación, US\$ 0.12) era importante al representar más del 55% del costo total, siendo su valor excesivo con relación a los costos reales en los que incurrían los operadores móviles.
La regulación del cargo por acceso a plataforma de pago ha sido beneficiosa para la competencia en el mercado de llamadas de LDI desde móviles.	La disminución en el costo de acceso no ha sido suficiente para que este servicio tenga el atractivo suficiente para atraer operadores y usuarios.	Ha sido beneficiosa pero debe bajar aún más, al menos una vez por año como sucede en relación a los costos de origenación.	Es innegable el beneficio de su regulación en la competencia, considerando que de haberse mantenido el cargo anterior, posiblemente se hubieran visto obligados a retirar su oferta comercial pre-pago.
Existe alguna barrera que impidiese el adecuado funcionamiento de la competencia en el mercado de llamadas LDI desde móviles.	Los altos costos que implica el acceso a este servicio, y que son asimétricos para los diferentes operadores del sistema. Además, las facilidades que los operadores móviles poseen respecto a los carrier de LDI. Así por ejemplo pueden llamar a posibles clientes sin incurrir en costos y ofrecer promociones que prácticamente cubren los costos de origenación y acceso a plataforma.	El esquema de tarifa única por país no permite establecer tarifas diferenciadas por destino (fijo y móvil), las cuales se caracterizan por tener una diferencia importante en los costos de terminación.	El costo de acceso a la plataforma prepago y el proceso de comunicación de la oferta comercial prepago. Asimismo, la asimetría de la información y la falta de mejor control del regulador han contribuido a que los operadores móviles puedan comunicarse con nuestros clientes para informarnos que deberían utilizar el código de su operador para sus llamadas de larga distancia, y las consecuencias de utilizar otro operador.
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.	Los operadores móviles ofrecen promociones que cubren los costos de origenación y acceso a plataforma que hacen inviable la sana competencia.	Tienen ventaja respecto a los costos de origenación y utilización de plataforma de pago, colocándolos en mejor posición de ofrecer tarifas más bajas.	En algunos casos obstaculizan la labor de los operadores de larga distancia, sobre todo porque las normas se lo permiten y por falta de un mayor control de la competencia.
Percebe al sistema de LLxLL en la telefonía móvil como un segmento rentable o atractivo comercialmente.	No se muestra como un segmento atractivo por la escasa rentabilidad que se ha demostrado hasta la fecha. Ello debido, en parte, a la excesiva estructura de costos y las altas tarifas del sistema, sumado a la inversión publicitaria que debe realizar.	Considerando el crecimiento de la telefonía móvil, el sistema de LLxLL en este segmento resulta prometedor.	Considera rentable este segmento; sin embargo, las barreras antes descritas no le permiten ser más agresivo comercialmente.

En el referido Informe Preliminar se señala lo siguiente:

- Deben ser evaluados dos escenarios: (i) Primer escenario: Desde setiembre de 2010 –fecha en la que 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, América Móvil⁵ 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.
- Considerando que los operadores móviles tienen un 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), resultaba pertinente analizar las conductas de América Móvil como una infracción anticompetitiva.
- El **mercado relevante** sería el acceso a la red de América Móvil 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.
- América Móvil cuenta con **posición de dominio** en el mercado de originación de llamadas de LDI en su propia red, toda vez que: i) es titular de su red y posee una significativa ventaja respecto a los operadores de larga distancia que no tienen dicha infraestructura, la cual sería imposible de ser replicada; y, ii) en el mercado de telefonía móvil existen barreras a la entrada relacionadas con la disponibilidad de espectro, las 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) América Móvil, 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 5 de setiembre de 2013, el Consejo Directivo designó un Cuerpo Colegiado para que evalúe el inicio de un procedimiento de oficio contra América Móvil por la presunta comisión de una

⁵ Se tomaron en cuenta las siguientes promociones: “Promoción Prepago 1912”, Tarifa Especial a Números Triados, Tarifa Especial a Números Frecuentes, y oferta “Cargamontón de Números Frecuentes (Prepago).

⁶ Cabe precisar que en el caso de Nextel sus tarifas han estado siempre por encima de los cargos que cobra a los operadores de larga distancia por originación y acceso a plataforma de pago.

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 América Móvil 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 América Móvil 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 las tarifas minoristas que establecía para sus usuarios finales eran superiores a los costos que cobraba en el mercado aguas arriba (acceso a la red de América Móvil y plataforma de pago) para originar llamadas de LDI. 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, desde diciembre de 2010 hasta diciembre de 2011) y persistiría incluso después de la regulación de dicho cargo (segundo periodo, desde diciembre de 2011 hasta la fecha).
- América Móvil ostenta posición de dominio en el mercado relevante constituido por el acceso a su red móvil, instalación 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 América Móvil, resulta ser el único agente económico que a través de su red puede originar una llamada de LDI realizada por su propio usuario de telefonía móvil.
- La afectación del proceso competitivo habría tenido lugar cuando a través de la conducta de América Móvil, 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 América Móvil.

10. Mediante Carta DMR/CE-M/N° 1293/13 de fecha 23 de setiembre de 2013, América Móvil solicitó que se le entregue copia simple del íntegro del expediente N° 010-2013-CCO-ST/LC y de todos aquellos actuados que sirvieron como base para la emisión de la Resolución de Inicio.
11. A través del Oficio N° 120-STCCO/2013 de fecha 25 de setiembre de 2013, la Secretaría Técnica le explicó a América Móvil que la Resolución de Inicio se sustentó en el Informe Preliminar que le fue notificado conjuntamente con la mencionada resolución. Asimismo, se puso a disposición de la empresa copia simple de los actuados en el expediente.

12. Mediante escrito N° 3 de fecha 28 de octubre de 2013, América Móvil presentó sus descargos⁷ al Informe Preliminar, solicitando que se declaren confidenciales ciertos gráficos incluidos en el mismo. De sus argumentos, este Cuerpo Colegiado considera pertinente señalar los siguientes:

A) Nulidad de la Resolución de Inicio

Sobre la falta de competencia del Cuerpo Colegiado:

- Solicita al Cuerpo Colegiado que declare nula la Resolución de Inicio, en la medida que la supuesta conducta anticompetitiva en que habría incurrido es producto de decisiones de carácter regulatorio emitidas por el OSIPTEL y, por ende, no resultan aplicables las normas de libre competencia, de conformidad con el principio de supletoriedad.
- Las instancias de solución de controversias del OSIPTEL ya han definido (Caso Nextel contra Telefónica Móviles, Expediente 001-2005-CCO/ST/LC) que los cargos contenidos en contratos de interconexión aprobados por el regulador son una materia cubierta por la regulación sectorial y, por ende sobre la cual no corresponde aplicar las normas de competencia. Tomando en consideración ello, los cargos fijados en mandatos y los establecidos con carácter general en resoluciones de fijación de cargos, no podrán ser cuestionados por las normas de competencia, en virtud del principio de supletoriedad.
- Teniendo en cuenta lo antes expuesto, la interpretación de la Secretaría Técnica, por la que señala que si el operador de la red tiene la capacidad de establecer un cargo menor al tope fijado por una decisión reguladora del OSIPTEL, automáticamente deja de ser aplicable el principio de supletoriedad, carece de sustento legal. En la misma línea, la interpretación de dicho órgano respecto a que el cobro del cargo tope fijado y admitido por el regulador puede analizarse como una posible conducta anticompetitiva, contravendría la jurisprudencia señalada con anterioridad.
- La fijación de los cargos tope de originación y acceso a la plataforma de pago de América Móvil (ya sea con carácter general o particular) constituyen decisiones regulatorias que han involucrado una evaluación de las condiciones de competencia, por ello de analizarse el cobro de un cargo tope como una potencial conducta prohibida por las normas de competencia, se estaría cuestionando la decisión del regulador.

Sobre la supuesta afectación al debido procedimiento:

- América Móvil ha señalado que el Informe Preliminar emitido por la Secretaría Técnica y la Resolución de Inicio vulneraría su derecho de defensa por lo siguiente: i) no habría sido notificada con las quejas presentadas por las empresas operadoras de larga distancia, ni habría podido conocer su contenido, a pesar de que habrían servido de sustento para que la Secretaría Técnica inicie la investigación; ii) sin perjuicio de que no se presentaron evidencias para concluir que en el segundo periodo se había cometido la supuesta práctica anticompetitiva, el Cuerpo Colegiado decidió iniciar el procedimiento por ambos periodos, considerando que existían indicios razonables de la comisión de la conducta en cuestión, y iii) no se han detallado cuáles serían las tarifas

⁷ Posteriormente, mediante escritos N° 10 del 11 de junio de 2014 y N° 12 del 11 de agosto de 2014, América Móvil complementa los argumentos de sus descargos, los cuales fueron incluidos en esta sección.

promocionales que estarían siendo objeto de investigación, e incluso se habría considerado una promoción que no incluye llamadas LDI.

B) Sobre la imputación de la conducta anticompetitiva

Sobre el mercado relevante y la posición de dominio:

- El mercado relevante se habría reducido considerablemente, a pesar de que hay sustitutos adecuados para los servicios de llamadas de LDI originadas en redes móviles por sus características de movilidad y ubicuidad, como por ejemplo los ofrecidos en teléfonos públicos, locutorios o cabinas de internet. Asimismo, la existencia de sustituibilidad de tales servicios ha sido confirmada por los propios *carrier* (operadores) de LDI en sus respuestas a los cuestionarios que les fuera remitido por la Secretaría Técnica.
- No existe evidencia alguna que señale que los usuarios del servicio móvil prepago tengan necesidad de realizar llamadas de LDI mientras se están desplazando. Por el contrario, existe evidencia como el documento preparado por OSIPTEL denominado “*Demanda de servicios de telecomunicaciones y caracterización de los usuarios*” del año 2012, donde se demuestra que para el usuario final las llamadas de LDI desde móviles prepago sí tienen sustitutos en las llamadas generadas de los teléfonos públicos, locutorios o cabinas. Asimismo, hay ciertos estudios econométricos que encontraron sustitución entre las llamadas de larga distancia desde una red fija y una móvil.
- Las campañas publicitarias desplegadas por América Móvil son una prueba contundente del nivel de sustituibilidad del servicio LDI con los locutorios públicos. Así, a través de la publicidad se buscaba destacar que con las promociones ofrecidas por esta empresa las llamadas de LDI de líneas prepago tenían un precio igual o similar al ofrecido en las cabinas o locutorios para incentivar a los usuarios prepago a utilizar el servicio de LDI de América Móvil en vez de acudir a otros servicios que ofrecían precios más bajos, en particular las cabinas telefónicas, locutorios y cabinas de voz por IP⁸.
- El mercado relevante para este caso debe incluir todas las redes desde las cuales un operador de LDI puede originar tráfico, tales como las redes móviles, las redes fijas (sistema de LLxLL o preselección), las redes de telefonía pública e incluso aquellas plataformas alternativas, como son los servicios de voz IP.
- Respecto al mercado aguas abajo (llamadas de LDI originadas desde la red de América móvil), éste es mucho más extenso que el definido por la Secretaría Técnica, en la medida que la empresa investigada indica que sus usuarios prepago pueden efectuar llamadas LDI indistintamente desde su teléfono móvil o a través de otros proveedores, tanto redes de telefonía fija o de telefonía pública, como locutorios o incluso cabinas de internet, con lo cual, si intentara aumentar sus precios, podría ser reemplazada por otra alternativa de comunicación más económica.

⁸ Para acreditar ello, la empresa investigada ha presentado como evidencia una serie de fotografías de visitas realizadas durante el verano de 2014 a locutorios y cabinas de internet ubicadas en diferentes distritos de Lima que muestran los precios para llamadas de LDI ofrecidos en dichos lugares. Adicionalmente, ha presentado los textos transcritos que utilizaron en la publicidad durante el periodo de vigencia de las promociones bajo análisis.

- Los servicios de comunicaciones con el extranjero a través de Internet (incluso, aquellas que no son de voz como *Whatsapp*) también serían sustitutos para las llamadas de LDI prepago móvil. Así, el uso de aplicaciones basadas en servicios informáticos como Skype y Google Voice que utilizan VoIP, que permiten efectuar comunicaciones de LDI a menor precio o gratuitas, ha ido incrementándose. Al respecto, se adjuntó una serie de estudios que evidencian el crecimiento de dicho tipo de comunicación y su impacto en nuestro país⁹.
- No tiene posición de dominio en el mercado relevante, pese a que no es posible distinguir el tráfico por operador de llamadas de LDI bajo el sistema LLxLL en la modalidad de prepago, por lo siguiente: i) del total del tráfico de LDI (saliente) para los años 2010 y 2011, la empresa contaba con una participación de mercado que no superaba el 18%, y (ii) su participación en el segmento prepago de llamadas LDI en el 2011 solo llegó al 30%.
- El mercado de originación de llamadas es diferente al de terminación de llamadas en una red móvil, debido a que en el primero existen varias opciones para que el usuario pueda elegir iniciar una llamada, mientras que en el segundo se debe pasar por la red a la cual se encuentra adscrito el usuario que es destinatario de la llamada que transporta.
- La Secretaría Técnica no puede señalar que América Móvil tiene posición de dominio sustentando dicha afirmación en casuística de otros países, en la medida que tales procedimientos versan sobre situaciones en los que el insumo aguas arriba es la terminación de llamadas y no la originación de llamadas.

Sobre la inexistencia de las conductas imputadas a América Móvil:

- En relación a la promoción “Promoción Prepago 1912”¹⁰, ésta se dirigía a competir directamente con los locutorios y cabinas de internet, lo cual se pone de manifiesto con la importante campaña publicitaria desplegada como un mecanismo de competencia más agresiva para enfrentar a tales servicios. De otro lado, se observa que los operadores LDI como IDT y Americatel no lanzaron ninguna promoción y mantuvieron sus tarifas regulares -adoptando una postura más pasiva-, por lo cual no resultaría lógico pensar que América Móvil lanza promociones para competir con operadores que guardan una actitud pasiva. Además, considerando que la promoción tuvo una duración corta de 2 meses y 10 días, no podría haberse concretado el efecto de una conducta de estrechamiento de márgenes.
- La imputación en relación a las promociones “Tarifa Especial a Números Frecuentes” y “Tarifa Especial a Números Triados” es imprecisa en tanto se hace referencia de manera genérica a que ambas promociones le son aplicables distintos planes, sin especificar cuáles. Asimismo, por los registros de las referidas promociones en el Sistema de Consulta de Tarifas - SIRT, se demuestra que América Móvil las empezó a ofertar mucho antes del inicio del sistema LLxLL en redes móviles (siendo esto desde el 2008) y no se han

⁹ Entre estos, un estudio de la consultora TeleGeography que señala que en la actualidad Skype representa un tercio del total de las llamadas internacionales en el mundo.

¹⁰ Cabe indicar que América Móvil hace referencia solo a la primera de estas promociones lanzada en el 2011 (durante el primer período investigado). Esto debido a su decisión de no presentar argumentos de defensa en relación a las promociones lanzadas durante el segundo período investigado por considerar que no hay indicios razonables de la realización de una conducta anticompetitiva durante este período.

modificado desde entonces, lo cual probaría que las mismas no fueron creadas con el objeto de competir con los operadores LDI en el segmento prepago. Por el contrario, la forma en cómo se estructuran estos planes (servicios integrados) demuestra que su objeto de competencia está dirigido a otras redes móviles.

Sobre el análisis del estrechamiento de márgenes:

- La comparación de costos y tarifas ha considerado como factor de análisis a las tarifas nominales, las que no reflejan la dinámica de la recuperación de costos que puede tener cualquier operador, y que pueden llevar a concluir, erróneamente, que una tarifa no es rentable cuando en los hechos el usuario nunca hizo llamadas a las que se aplicará dicha tarifa.
- Formular la comparación de costos y tarifas aislando uno de los componentes de un producto integrado por varios servicios o prestaciones es erróneo. Se debería analizar el producto como un todo, ya que de lo contrario, se estaría comparando productos que no son homogéneos entre sí.
- Se debe incluir toda la gama de servicios de llamadas de LDI ofrecidos por América Móvil, con las distintas tarifas aplicables desde octubre de 2010 a diciembre de 2011. Solo de esta forma se tomará en cuenta la forma en cómo un operador móvil evalúa su línea de negocio de LDI y, cómo define sus estrategias competitivas frente a sus rivales.
- Se debe considerar la Tarifa Promedio Ponderado Implícita (en adelante, TPPI) -y no la tarifa nominal- ya que por su naturaleza refleja lo que un operador percibe por los servicios efectivamente brindados y con ello, se podrá determinar si un operador está cobrando una tarifa por debajo de sus costos.
- Los operadores móviles diseñan sus planes comerciales de tal forma que pueden recuperar los costos en los que incurren por ofrecer sus servicios. Así, es posible que se encuentre un servicio con márgenes reducidos, pero que al encontrarse dentro de un plan que contiene otros servicios, se compense esta diferencia.
- Para el caso de llamadas de LDI que se encuentran incluidas dentro de planes que contienen otros servicios, no se debería efectuar un análisis individual de sus TPPI debido a que se ignoraría la interacción que tiene con los demás servicios. Además, se deberá tener en cuenta que las tarifas nominales cobradas a los usuarios finales por las LDI están fijadas en función a una estrategia comercial que incluyen los demás servicios, por las que retirarlas del cálculo de la TPPI implicaría una posible subestimación de la misma.

Sobre la inexistencia de efectos perjudiciales para la competencia y el bienestar del consumidor

- Se debe probar la afectación a la competencia, en especial la afectación al bienestar de los consumidores, y se deberá verificar si el competidor afectado es agresivo o pasivo, es decir, si no puede competir porque el dominante se lo impide con su conducta o debido a su ineficiencia.
- En relación a la supuesta afectación al mercado, hay que considerar que no puede inferirse la existencia de un impacto negativo a partir de la evolución de los tráficos de la plataforma prepago, dado que la misma puede ser

consecuencia de diversas variables sobre las que América Móvil no tiene control (como la estrategia de los operadores de larga distancia).

- Las promociones ofrecidas por América Móvil no habrían afectado en ninguna forma la competencia, ni a los operadores de larga distancia, más aún cuando estos últimos cuentan con una cartera de clientes que usan otras redes móviles de origenación como Telefónica Móviles y Nextel.
- Incluso acreditándose la existencia de un estrechamiento de márgenes y eventual impacto negativo en el mercado, no es probable la afectación del proceso competitivo en tanto existe una competencia intensa entre proveedores de servicios LDI desde redes móviles y existe la posibilidad de los consumidores de migrar a otras redes.

13. El 5 de noviembre del 2013, mediante Resolución N° 002-2013-CCO/OSIPTEL, el Cuerpo Colegiado resolvió: (i) tener por presentado el escrito de descargos de América Móvil; (ii) declarar fundada su solicitud de confidencialidad, y (iii) 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 resolución¹¹. Adicionalmente, se precisó respecto a las nulidades deducidas por América Móvil, que las mismas serían materia de evaluación y decisión al momento en que se emita la resolución que ponga fin al presente procedimiento.

14. Por Oficio N° 166-STCCO/2013 de fecha 18 de diciembre de 2013, se requirió a América Móvil diversa información relativa a la prestación del servicio de llamadas LDI desde redes móviles prepago.

15. En el mes de enero de 2014 la STCCO envió oficios tanto a las empresas operadoras de larga distancia como a las empresas de telefonía fija, por los cuales se les solicitó que emitan opinión sobre algunos aspectos relacionados al mercado de llamadas LDI desde móviles. Entre las empresas operadoras de larga distancia que fueron requeridas se encuentran Americatel, IDT y Convergía. Por su parte, las operadoras del servicio de llamadas de LDI en redes de telefonía fija a las cuales se solicitó información, fueron Infoductos y Telecomunicaciones del Perú S.A. (en adelante, Infoductos), Level 3 Perú S.A. (en adelante Level 3), Amitel Perú Telecomunicaciones S.A.C. (en adelante, Amitel) y Velatel Perú S.A. (en adelante, Velatel)¹².

¹¹ Este plazo fue prorrogado por la Resolución N° 006-2014-CCO/OSIPTEL del 12 de mayo de 2014 y la Resolución N° 009-2014-CCO/OSIPTEL del 11 de junio de 2014.

¹² La Secretaría Técnica remitió las siguientes comunicaciones el 21 de enero de 2014:

- Oficio N° 013-STCCO/2014 a Convergía, la cual fue absuelta mediante carta GER-028-2013 recibida el 21 de febrero 2014.
- Oficio N° 015-STCCO/2014 a Americatel, la cual fue absuelta mediante carta 062-2014-GAR recibida el 12 de febrero de 2014
- Oficio N° 016-STCCO/2014 a IDT. Al respecto, se tomará en cuenta lo señalado por esta empresa mediante carta s/n de fecha 05 de febrero de 2014, en el marco del procedimiento seguido en el expediente N° 009-2013-CCO-ST/LC, teniendo en consideración que mediante dicho escrito IDT responde a las mismas preguntas realizadas en el presente procedimiento. Cabe precisar que esta carta fue notificada a América Móvil conjuntamente con el Informe Instructivo N° 031-STCCO/2014.
- Oficio N° 019-STCCO/2014 a Velatel. No respondió la comunicación.
- Oficio N° 021-STCCO/2014 a Level 3, la cual fue absuelta mediante carta 011-2014-LEG recibida el 5 de febrero de 2014.
- Oficio N° 023-STCCO/2014 a Infoductos. Al respecto, se tomará en cuenta lo señalado por esta empresa mediante carta INTEP/S-005-2014/PRE de fecha 4 de febrero de 2014, en el marco del procedimiento seguido en el expediente N° 009-2013-CCO-ST/LC, teniendo en consideración que mediante dicho escrito responde a las mismas preguntas realizadas en el presente procedimiento.

16. Mediante escrito N° 5 de fecha 10 de marzo de 2014, América Móvil presentó la información requerida a través del Oficio N° 166-STCCO/2013, solicitando se declare la confidencialidad del íntegro de la información presentada en el mismo. Al respecto, mediante Resolución N° 004-2014-CCO/OSIPTTEL del 21 de febrero de 2014, se declaró confidencial parte de dicha información. Siendo apelada por escrito de 28 de abril de 2014 y concediéndose dicho recurso mediante Resolución N° 005-2014-CCO/OSIPTTEL.
17. El 21 de febrero de 2014, el Cuerpo Colegiado a través de la Resolución N° 003-2014-CCO/OSIPTTEL declaró confidencial parte de la información contenida en la Carta 062-2014-GAR remitida por Americatel el 12 de febrero de 2014 como respuesta al oficio emitido por la Secretaría Técnica mediante el cual le requirió su opinión sobre algunos aspectos relacionados al mercado de llamadas LDI desde móviles.
18. Mediante escrito N° 7 presentado el 7 de mayo de 2014, América Móvil señaló la existencia de un supuesto vicio en la emisión de la Resolución N° 003-2014-CCO/OSIPTTEL, consistente en que el Cuerpo Colegiado habría admitido la solicitud de confidencialidad presentada mediante Carta 062-2014-GAR por Americatel, declarando como restringida parte de la información contenida en la misma, a pesar de que el Resumen No Confidencial presentado por dicha empresa, no cumpliría con permitir que terceros entiendan el asunto materia de la información declarada confidencial, conforme lo exigiría el artículo 16° del Texto Único Ordenado del Reglamento de Confidencialidad del OSIPTTEL.

Asimismo, América Móvil señaló que se estaría vulnerando su derecho al debido procedimiento al no habersele proporcionado la siguiente información: i) la sección no confidencial de la respuesta de Americatel a la pregunta 4) de su Carta N° 062-2014-GAR, información que fue declarada pública por el Cuerpo Colegiado mediante Resolución N° 003-2014-CCO/OSIPTTEL, y (ii) la Carta N° 241-2010-GAR del 18 de mayo de 2010 que adjunta el informe presentado por Americatel al OSIPTTEL a efectos del cálculo del cargo de plataforma de pago, documentos que fueron mencionados por Americatel en la respuesta a la pregunta 5) de su Carta N° 062-2014-GAR. Por último, América Móvil solicitó que se subsanen las omisiones mencionadas y se le remitan los referidos documentos.

19. El 14 de mayo de 2014, a través de la Resolución N° 007-2014-CCO/OSIPTTEL, el Cuerpo Colegiado en respuesta al escrito N° 7 presentado por América Móvil señaló lo siguiente:
- (i) el Resumen No Confidencial es un instrumento que facilita a la autoridad y no a terceros, la labor de evaluación y calificación de la información. Sin perjuicio de ello, en la Resolución N° 003-2014-CCO/OSIPTTEL -que resuelve la solicitud de confidencialidad presentada por Americatel-, se detallan y desagregan todas las preguntas absueltas por Americatel;
 - (ii) no se pudo haber configurado algún supuesto de indefensión, ya que los documentos señalados por América Móvil como aquellos que no le fueron entregados, aún no han sido empleados por la STCCO para la emisión del Informe Instructivo, por lo cual no pueden ser materia de contradicción;

Cabe precisar que esta carta fue notificada a América Móvil conjuntamente con el Informe Instructivo N° 031-STCCO/2014.

- Oficio N° 025-STCCO/2014 a Amitel, la cual fue absuelta mediante carta 0003-GGAMITEL/2014 recibida el 6 de febrero de 2014.

- (iii) con el fin de subsanar el error material en la entrega de la copia simple de la Carta N° 062-2014-GAR, se procederá a proporcionar a América Móvil la sección no confidencial de la respuesta de Americatel a la pregunta 4, conforme a lo dispuesto en la Resolución N° 003-2014-CCO/OSIPTTEL;
 - (iv) respecto a la Carta N° 241-2010-GAR que adjunta el informe presentado por Americatel al OSIPTTEL, a efectos de presentar el cálculo del cargo de plataforma de pago, ésta no forma parte del expediente N° 010-2013-CCO-ST/LC;
 - (v) los administrados deben cumplir con un buen proceder en la defensa de sus intereses y no alegar hechos contrarios a la realidad o carentes de fundamento con la finalidad de dilatar u obstaculizar el trámite del procedimiento administrativo, ya que ello constituye una infracción al Principio de Debida Conducta Procedimental.
20. El 14 de mayo de 2014, a través de la Resolución N° 008-2014-CCO/OSIPTTEL, el Cuerpo Colegiado declaró de oficio la confidencialidad, en parte, de la información presentada por América Móvil en su escrito N° 3.
21. Durante el mes de mayo de 2014, la Secretaría Técnica requirió diversa información a América Móvil y a las empresas operadoras de larga distancia (Convergía, IDT y Americatel) sobre la prestación del servicio de llamadas de LDI desde móviles prepago¹³.
22. Mediante escrito N° 8 de fecha 5 de junio de 2014, América Móvil en relación a la Resolución N° 007-2014-CCO/OSIPTTEL, indicó que no existía razón alguna para que se señale que pudo haber incurrido en la violación del Principio de Debida Conducta Procedimental, más aun si la propia Secretaria Técnica había calificado como un error material el hecho de no haber incluido la parte no restringida ni confidencial de la respuesta de Americatel (pregunta 4 contenida en la Carta N° 062-2014-GAR). Además, respecto a su solicitud de copia de la Carta N° 241-2010-GAR del 18 de mayo de 2010, mediante la cual Americatel adjuntó un informe para dar respuesta al requerimiento efectuado por el OSIPTTEL como órgano regulador cuando estaba evaluando el cálculo del cargo de plataforma de pago, la referida empresa señaló que solicitar dicha información no constituía una conducta procesal impropia, considerando que la razón radicaba en que la consideraba relevante para su defensa.
23. A través del Oficio N° 122-STCCO/2014 de fecha 10 de junio de 2014, la Secretaría Técnica solicitó al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la

¹³ La Secretaría Técnica envió las siguientes comunicaciones el 27 de mayo de 2014:

- Oficio N° 108-STCCO/2014 a América Móvil, el cual fue absuelto mediante escrito N° 9 presentando el 11 de junio de 2014, solicitando se declare su confidencialidad.
- Oficio N° 110-STCCO/2014 y Oficio N° 128-STCCO/2014 de fecha 12 de junio de 2014, mediante éste último se reiteró el pedido de información a Convergía, el cual fue absuelto información a través de la carta GER-102-2014 presentada el 27 de junio de 2014.
- Oficio N° 112-STCCO/2014 a IDT y Oficio N° 130-STCCO/2014 de fecha 12 de junio de 2014, mediante éste último se reiteró el pedido de información a IDT. La empresa cumplió con el requerimiento a través de la carta s/n de fecha 27 de junio de 2014 y, luego, mediante la carta s/n de fecha 08 de julio de 2014 hizo una corrección entorno a la información del cuadro N° 1 que fue enviado en la anterior comunicación.
- Oficio N° 114-STCCO/2014 a Americatel, el cual fue absuelto mediante carta 368-2014-GLAR presentada el 25 de junio de 2013.

Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, INDECOPI)¹⁴, con ocasión del presente procedimiento, un Informe Técnico no vinculante sobre los lineamientos, precedentes y criterios interpretativos que vienen aplicando para la generalidad de los mercados y agentes económicos, sobre el abuso de posición de dominio en la modalidad de estrechamiento de márgenes.

24. El 18 de junio de 2014, a través de la Resolución N° 010-2014-CCO/OSIPTEL, el Cuerpo Colegiado declaró como confidencial parte de la información presentada por América Móvil mediante escrito N° 9 de fecha 11 de junio de 2014, por el cual se respondió al requerimiento efectuado por la Secretaría Técnica en mayo del 2014. Asimismo, se reiteró lo señalado en la Resolución N° 002-2013-CCO/OSIPTEL, en el cual se mencionó que de acuerdo a la naturaleza del presente procedimiento, las alegaciones de nulidades por supuesta violación al debido procedimiento debían ser materia de decisión cuando se expidiese la resolución final.
25. Mediante escrito N° 11 de fecha 11 de julio de 2014, América Móvil apeló la Resolución N° 010-2014-CCO/OSIPTEL, en el extremo que resuelve dar tratamiento público a una parte de la información contenida en el escrito N° 9. Dicho recurso fue concedido mediante Resolución N° 012-2014-CCO/OSIPTEL del 16 de julio de 2014 procediéndose a elevar el expediente confidencial al TSC.
26. El 15 de julio de 2014, a través de la Resolución N° 011-2014-CCO/OSIPTEL, el Cuerpo Colegiado declaró como confidencial parte de la información presentada por IDT mediante cartas de fecha 27 de junio de 2014 y 8 de julio de 2014 (corrección a su comunicación del 27 de junio de 2014), por las cuales respondió al requerimiento efectuado por la Secretaría Técnica en mayo de 2014 (Oficios N° 112-STCCO/2014 y N° 130-STCCO/2014).
27. Por Oficio N° 085-2014/ST-CLC-INDECOPI de fecha 31 de julio de 2014, INDECOPI remitió el Informe N° 031-2014/ST-CLC-INDECOPI sobre los lineamientos, precedentes y criterios interpretativos que vienen aplicando para la generalidad de los mercados y agentes económicos, en relación con el abuso de posición de dominio en la modalidad de estrechamiento de márgenes.
28. El 28 de agosto de 2014, a través de la Resolución N° 013-2014-CCO/OSIPTEL, el Cuerpo Colegiado dispuso, entre otros, poner en conocimiento de América Móvil el Informe Instructivo N° 031-STCCO/2014¹⁵ (en adelante, Informe Instructivo) emitido por la Secretaría Técnica.
29. Mediante escrito N° 13 de fecha 17 de setiembre del 2014, América Móvil solicitó una ampliación de treinta (30) días hábiles adicionales para presentar sus comentarios y alegatos. Adicionalmente, solicitó que se le notificara las hojas de cálculo empleadas por la Secretaría Técnica para realizar el test de estrechamiento de márgenes, para ejercer debidamente su derecho de defensa. Finalmente, solicitó que se le permita tener acceso a la información presentada por IDT a la que se hace referencia en los folios 1114 al 1118, en tanto que la misma era relevante para su defensa.

¹⁴ **Reglamento de Controversias**

Artículo 74.- Informe de INDECOPI. En las controversias relativas al incumplimiento de obligaciones relacionadas con la libre y leal competencia, la Secretaría Técnica solicitará al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI, un Informe Técnico no vinculante sobre los lineamientos, precedentes y criterios interpretativos que vienen aplicando en materia de libre y leal competencia para la generalidad de los mercados y agentes económicos.

¹⁵ Por Oficio N° 205-STCCO/2014, se puso en conocimiento de América Móvil, la corrección efectuada por la Secretaría Técnica respecto de algunos errores materiales del Informe Instructivo que no alteraron el sentido ni el contenido del mismo.

30. El 23 de noviembre de 2014, mediante Resolución N° 014-2014-CCO/OSIPTEL, el Cuerpo Colegiado resolvió: (i) conceder la ampliación de treinta (30) días hábiles solicitados por América Móvil para presentar sus comentarios y alegatos; (ii) disponer que la Secretaría Técnica proceda a atender el pedido de acceso a las hojas de cálculo e información de sustento empleados para realizar el test de estrechamiento de márgenes y la elaboración de los gráficos incluidos en el Informe Instructivo, y (iii) permitir el acceso a América Móvil a la información pública contenida en el CD presentado por IDT en respuesta al Oficio N° 112-STCCO/2014 y al Oficio N° 130-STCCO/2014 (folios 1114 al 1118).
31. Por Oficio N° 207-STCCO/2014 de fecha 24 de setiembre de 2014, la Secretaría Técnica puso a disposición de América Móvil las hojas de cálculo utilizadas tanto para la elaboración del test de estrechamiento de márgenes como los gráficos del Informe Instructivo y la sección no confidencial de la respuesta de IDT al Oficio N° 112-STCCO/2014 y Oficio N° 130-STCCO/2014.
32. Mediante escrito N° 14 de fecha 7 de noviembre de 2014, América Móvil presentó sus comentarios y alegatos al Informe Instructivo¹⁶, solicitando que se declare la confidencialidad de determinados numerales, gráficos, cuadros e informes incluidos en el mismo. Adicionalmente, solicitó se le conceda el uso de la palabra por el tiempo suficiente para que sus representantes y asesores puedan sustentar su posición.
33. El 14 de noviembre de 2014, mediante Resolución N° 015-2014-CCO/OSIPTEL, el Cuerpo Colegiado resolvió: (i) tener por presentado los argumentos y comentarios de América Móvil; (ii) tener por presentada su solicitud de confidencialidad, y (iii) otorgar a América Móvil el uso de la palabra en el Informe Oral programado para el 3 de diciembre de 2014, fecha que fue reprogramada a través de la Resolución N° 017-2014-CCO/OSIPTEL del 2 de diciembre de 2014 para el 9 de diciembre de 2014, en atención a la solicitud presentada por América Móvil.
34. El 28 de noviembre de 2014, mediante Resolución N° 016-2014-CCO/OSIPTEL, el Cuerpo Colegiado declaró fundada en parte la solicitud de confidencialidad presentada por América Móvil respecto a sus comentarios y alegatos al Informe Instructivo. Dicha resolución fue apelada mediante escrito de fecha 24 de diciembre de 2014 y se concedió tal recurso por Resolución N° 021-2014-CCO/OSIPTEL del 30 de diciembre de 2014.
35. El 2 de diciembre de 2014, a través de la Resolución N° 018-2014-CCO/OSIPTEL, el Cuerpo Colegiado solicitó a América Móvil: i) precisar la metodología empleada en el test de estrechamiento de márgenes que propone para calcular el costo promedio ponderado de terminación de LDI y ii) remitir un archivo de Excel con el cálculo correcto del costo ponderado de terminación de LDI, que contenga el costo de terminación total de llamadas de LDI, así como el tráfico que se utiliza para calcular el costo por minuto y todas las operaciones realizadas para obtener el costo promedio ponderado de terminación de forma mensual.
36. El 9 de diciembre de 2014 se llevó a cabo el Informe Oral ante el Cuerpo Colegiado. En dicho informe, América Móvil reiteró los argumentos expresados contra el Informe Instructivo, haciendo énfasis en el cuestionamiento al mercado relevante y en su propuesta de un test de estrechamiento de márgenes alternativo al de la Secretaría Técnica, que demostraría que no habría incurrido en una conducta ilícita.

¹⁶ Mediante escrito N° 16 presentado el 3 de diciembre de 2014, América Móvil señala algunas explicaciones adicionales a sus argumentos y comentarios al Informe Instructivo.

37. El 10 de diciembre de 2014, América Móvil mediante escrito N° 17 remite la información requerida por este Cuerpo Colegiado en la Resolución N°018-2014-CCO/OSIPTEL, solicitando que se declare su confidencialidad. Al respecto, mediante Resolución N° 019-2014-CCO/OSIPTEL del 12 de diciembre de 2014, se declaró fundada en parte dicha solicitud.

38. Mediante escrito N° 18 de fecha 15 de diciembre de 2014, América Móvil remite la presentación proyectada en el Informe Oral, y solicita la confidencialidad de determinadas diapositivas. Al respecto, a través de la Resolución N° 020-2014-CCO/OSIPTEL, se declaró fundada en parte dicha solicitud. Siendo apelada mediante escrito de fecha 12 de enero de 2015 y se concedió tal recurso por Resolución N° 022-2015-CCO/OSIPTEL del 14 de enero de 2015.

IV. DILIGENCIAS A CARGO DE LA SECRETARÍA TÉCNICA EN LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN ¹⁷

4.1. Información solicitada a América Móvil

Durante la etapa de investigación, se remitió a América Móvil el Oficio N° 166-STCCO/2013 de fecha 18 de diciembre de 2013, mediante el cual se le solicitó la siguiente información¹⁸:

- (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 número de líneas prepago que acceden a las promociones (se detallan 6 tipos de promociones), de forma mensual;
- (ix) Cuadro N° 9: Número promedio de llamadas LDI por línea generada a través de las promociones (se detallan 6 tipos de promociones), en minutos facturados y de forma mensual;
- (x) Cuadro N° 10: Tráfico total de LDI generado por abonados a través de las promociones (se detallan 6 tipos de promociones) expresado en minutos facturados y reportado de forma mensual;

¹⁷ **Reglamento de Controversias**

Artículo 72.- Facultad de la Secretaría Técnica de solicitar información. Durante la etapa de investigación la Secretaría Técnica podrá solicitar la información que estime necesaria a efectos de determinar la comisión de la infracción materia de la investigación, tanto a las empresas directamente involucradas, como a empresas no involucradas.

¹⁸ 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.

- (xi) Cuadro N° 11: Ingresos totales por tráfico LDI desde móviles prepago (en soles), según provengan de usuarios finales u otros operadores, reportado de forma mensual;
- (xii) Cuadro N° 12: Ingresos promedio por minuto de tráfico LDI (en soles), según provengan de usuarios finales u otros operadores, reportado de forma mensual, y
- (xiii) Cuadro N° 13: Costos asociados a la prestación del servicio de llamadas de LDI desde móviles prepago, reportada de forma mensual.

El 10 de marzo de 2014, mediante escrito N° 5, América Móvil cumplió con el requerimiento efectuado en el Oficio N° 166-STCCO/2013, solicitando que se declare su confidencialidad. Adicionalmente, señaló que solo presentaba dicha información con el fin de cumplir con la solicitud efectuada en el oficio mencionado, ya que la misma no podía ser utilizada dentro del presente procedimiento para probar los cargos de los que fue acusado para el segundo periodo, considerando el vicio de nulidad en la Resolución de Inicio que haría que toda actividad probatoria relacionada resultara nula.

Posteriormente, se remitió a América Móvil una nueva solicitud de información a través del Oficio N° 108-STCCO/2014 de fecha 27 de mayo de 2014, por el cual se requirió la siguiente información (toda indicada en US\$ sin IGV): (i) Cuadro N° 1 del anexo: costos por minuto de instalaciones esenciales¹⁹ 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; (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, y (iv) Cuadro N° 4 del anexo: señalar el tráfico cursado por teléfonos móviles prepago a través de la “Promoción Prepago 1912”, desde agosto de 2012 hasta diciembre de 2013. Asimismo, se le requirió indicar la metodología de cálculo utilizada para obtener los valores por minuto para cada uno de los conceptos considerados en los anexos.

Con escrito N° 9 de fecha 11 de junio de 2014, América Móvil cumplió con presentar la información requerida por la Secretaría Técnica, solicitando la confidencialidad de la misma. Asimismo, señaló que presentaba la información requerida para el segundo periodo de investigación pero que tal información no podía ser utilizada válidamente para probar los cargos que le fueron imputados en dicho periodo debido a que la Resolución de Inicio adolecía de un vicio de nulidad.

Mediante Oficio N° 134-STCCO/2014 de fecha 19 de junio de 2014, la Secretaría Técnica en atención a lo señalado en la Resolución N° 010-2014-CCO/OSIPTEL de fecha 18 de junio de 2014, indicó que las alegaciones de nulidad por supuesta violación al debido procedimiento serían materia de evaluación y decisión al momento de expedirse la resolución que ponga fin al presente procedimiento.

¹⁹ Los conceptos a informar fueron: originación de llamadas, enlaces de interconexión, adecuación de red, transporte conmutado local y transporte conmutado de larga distancia nacional.

4.2. Información solicitada a otras empresas

- **Empresas operadoras de LDI (competidores de América Móvil 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.

Pedido de Información N° 3²⁰: 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) 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) señalar 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.

A Americatel, adicionalmente, se le solicitó: i) indicar a qué se refería con que la regulación del cargo de acceso a plataforma de pago le había permitido mantenerse en el mercado; ii) si antes de la referida regulación su empresa estaba considerando salir del mercado²¹, y iii) presentar, de contar con ello, algún estudio que sustente su afirmación sobre que: *“era insostenible seguir asumiendo el sobrecosto de acceso a plataforma de pago”*.

En el caso de IDT, también se le requirió: i) 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 tarifas²²; ii) ampliar sus fundamentos respecto a 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 necesario²³, y iii) enviar algún estudio de costos que tuviese al respecto.

²⁰ Se solicitó la información a las empresas IDT, Americatel y Convergía mediante los Oficios N° 016-STCCO/2014, N° 015-STCCO/2014 y N° 013-STCCO/2014, respectivamente, todas de fecha 21 de enero de 2014.

²¹ Esto se le preguntó a razón de lo señalado por la empresa en su Carta 223-2013-GAR (durante la etapa de investigaciones preliminares).

²² Esto se le preguntó a razón de lo señalado por la empresa mediante carta s/n recibida el 11 de abril de 2013 (durante la etapa de investigaciones preliminares).

²³ Afirmación brindada por la empresa en su Carta s/n recibida el 11 de abril de 2013.

Pedido de Información N° 4²⁴: Se solicitaron los siguientes datos objetivos: (i) Cuadro N° 1 del anexo: costos por minuto de instalaciones esenciales²⁵ 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 los costos en los que incurría (explícita o implícitamente) por contratar con 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: 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: ingresos totales por llamadas de LDI generadas en teléfonos móviles prepago, desagregado por red móvil de origen, para el periodo de octubre de 2010 a diciembre de 2013. Finalmente, se requirió indicar la metodología de cálculo seguida para obtener los valores por minuto para cada uno de los conceptos considerados en los anexos.

Respuesta de las empresas:

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 al pedido de información N° 3, en la medida que las respuestas al pedido de información N° 4 se refieren a datos objetivos que serán tomados en consideración más adelante.

A) IDT²⁶

Mediante el escrito s/n de fecha 5 de febrero de 2014²⁷, 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:

- 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, 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

²⁴ Se solicitó la información a las empresas IDT, Americatel y Convergía mediante los Oficios N° 112-STCCO/2014, N° 114-STCCO/2014 y N° 110-STCCO/2014, respectivamente, todos de fecha 27 de mayo de 2014. Adicionalmente, mediante Oficios N° 128-STCCO/2014 y N° 130-STCCO/2014, ambos de fecha 12 de junio de 2014, se reiteraron los pedidos de información a Convergía e IDT, respectivamente.

²⁵ Los conceptos a informar fueron: originación de llamadas, enlaces de interconexión, adecuación de red, transporte conmutado local y transporte conmutado de larga distancia nacional.

²⁶ IDT respondió al pedido de información N° 4 a través del escrito de 27 de junio de 2014.

²⁷ Como se mencionó en el apartado Antecedentes de la presente resolución, en el caso de IDT, se tomará en cuenta lo señalado por esta empresa mediante carta s/n de fecha 5 de febrero de 2014, en el marco del procedimiento seguido en el Expediente N° 009-2013-CCO-ST/LC, teniendo en consideración que mediante dicho escrito responde a las mismas preguntas realizadas en el presente procedimiento mediante Oficio N° 016-STCCO/2014 en relación al mercado de llamadas LDI desde móviles.

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 le permitió reducir algunas de sus tarifas; así por ejemplo, actualmente IDT ofrece una tarifa promocional 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 han permitido que los operadores entrantes de larga distancia puedan disminuir significativa y progresivamente sus tarifas, limitándose a ofrecer promociones puntuales.

B) Americatel²⁸

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 competencia²⁹.
- Hasta antes de diciembre de 2011, solo el costo de plataforma de pago 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.
- 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 la 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.

C) Convergia³⁰

Mediante la Carta GER-028-2013 de fecha 20 de febrero de 2014, Convergia respondió a las preguntas realizadas en el pedido de información N° 3. A modo de resumen, la empresa señaló lo siguiente:

²⁸ Americatel respondió al pedido de información N° 4 a través de la Carta C. 368-2014-GLAR de fecha 24 de junio de 2014.

²⁹ Basaron sus afirmaciones en el estudio bimestral que hace Americatel de seguimiento de marca "*Brand Tracking*" y en los estudios de Ipsos Apoyo.

³⁰ Convergia respondió el pedido de información N° 4 a través de la Carta GER-102-2014 de fecha 26 de junio de 2014.

- 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 de cargos de acceso a plataforma de pago; 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.

- **Empresas operadoras de larga distancia desde telefonía fija**³¹

La Secretaría Técnica 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, les remitió una serie de preguntas sobre cómo percibían las condiciones de competencia en el mercado de llamadas LDI desde móviles desde la implementación del sistema de LLxLL.

De las respuestas señaladas por Level 3, Infoductos y Amitel, este Cuero Colegiado considera relevante las siguientes:

- Level 3 señaló que 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.
- Amitel señaló que dicho mercado 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, entre otros. Tal es el caso que evaluaron ingresar al mercado LDI desde móviles pero desistieron por el alto costo que generaba mantener el servicio. Asimismo, señaló que si decidieran prestar dicho servicio no podrían ofrecer 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 INDECOPÍ

Mediante Oficio N° 085-2014/ST-CLC-INDECOPÍ del 31 de julio de 2014, la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPÍ (en adelante,

³¹ Se solicitó información a la empresas Velatel, Level 3, Infoductos y Amitel, mediante los Oficios N° 019-STCCO/2014, N° 021-STCCO/2014, N° 023-STCCO/2014 y N° 025-STCCO/2014, respectivamente, todos de fecha 21 de enero de 2014. Cabe indicar que Velatel no atendió al requerimiento efectuado por la Secretaría Técnica.

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 DL 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.

V. INFORME INSTRUCTIVO N° 031-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 declarar FUNDADO el procedimiento de oficio iniciado contra América Móvil por haber incurrido en un estrechamiento de márgenes con efectos exclusorios en el mercado de LDI desde teléfonos móviles prepago a través del sistema de LLxLL, lo cual constituye un abuso de posición de dominio, infracción tipificada en los artículos 10.1 y 10.2, literal h) del DL 1034.

La Secretaría Técnica señaló que luego de aplicar su test de estrechamiento de márgenes que incluye una evaluación de los siguientes criterios: i) si la tarifa de las ofertas investigadas permiten márgenes de ganancia positivos considerando los costos nominales; ii) la permanencia de la tarifa (vigente más de 180 días en un año); iii) la representatividad de los destinos de las promociones, y iv) la preponderancia generada por la tarifa dentro del tráfico total de LDI, determinó que las ofertas investigadas en el primer periodo y en el segundo periodo no permitían que un operador tan eficiente como el dominante pudiera recuperar por lo menos todos los costos en los que incurría para prestar el servicio de llamadas de LDI a través de un teléfono móvil prepago. Ello habría generado efectos negativos para la competencia que resultarían superiores a los efectos positivos, por lo que la Secretaría Técnica concluye que la conducta de América Móvil es anticompetitiva y debería ser sancionada.

VI. ALEGATOS AL INFORME INSTRUCTIVO

Mediante escrito de fecha 7 de noviembre de 2014³², América Móvil presentó sus alegatos y comentarios al informe instructivo, reiterando los argumentos sostenidos en sus descargos y profundizando sus cuestionamientos al mercado relevante, al test de estrechamiento propuesto por la Secretaría Técnica y a los efectos de la conducta. De todos los comentarios expuestos, este Cuerpo Colegiado considera relevante señalar los siguientes:

³² Asimismo, presentó tres informes que acreditarían lo señalado en sus alegatos y comentarios al Informe Instructivo. Los informes son los siguientes:

- *“Informe Técnico sobre la Controversia de Oficio contra América Móvil Perú S.A.C. por la supuesta Comisión de Infracciones a la Libre Competencia, en el servicio de Llamadas de Larga Distancia Internacional desde Teléfonos Móviles Prepago a través del Sistema Llamada por Llamada”, elaborado por Hugo Eyzaguirre.*
- *“Informe experto sobre la acusación de estrechamiento de márgenes de Claro Perú en el servicio LDI saliente móvil prepago”, elaborado por Arturo Briceño Lira.*

Sobre la falta de competencia y la supuesta afectación al debido procedimiento:

- La regla de la supletoriedad debe considerar la complejidad de los dos elementos que involucra (mercados aguas arriba y mercados aguas abajo). Sin embargo, la STCCO no reconoce estos elementos y solo exige que la regulación haya aprobado el estrechamiento de márgenes en sí mismo para que se aplique la regla de supletoriedad, como si se tratara del análisis combinado de los elementos indicados.
- En el caso de Nextel contra Telefónica Móviles, el argumento sostenido por Nextel –descartado por el Cuerpo Colegiado a cargo de resolver dicho procedimiento– fue el mismo argumento que plantea la STCCO en el presente caso para que se pueda emitir un pronunciamiento al respecto, es decir, que el objeto de análisis es solo la diferencia entre el precio regulado y el precio no regulado. Sin embargo, con buen criterio, en dicha oportunidad, el Cuerpo Colegiado entendió que el pronunciamiento que se le pedía involucraba poner en tela de juicio el cargo aprobado por el OSIPTEL y determinó que en virtud al principio de supletoriedad no era competente para evaluar su pretensión.
- No se ha cumplido con poner en conocimiento de América Móvil, de forma oportuna, la metodología ni el tipo de test de imputación utilizada para evaluar la conducta investigada, colocándolos en una situación de indefensión. Recién tomaron conocimiento de los mismos cuando les notificaron el Informe Instructivo, a pesar de que el test no tiene precedentes en la práctica de las autoridades de competencia, cuando se les debió notificar el mismo con la Resolución de Inicio para que puedan ejercer su defensa de una manera idónea y eficiente.

Mercado relevante y poder de mercado

- La STCCO parte de la idea errada de que antes del sistema de LLxLL no habría existido competencia en servicios de LDI para los usuarios de la red de América Móvil. Posteriormente asevera que con la implementación de este sistema sus abonados tendrían la posibilidad de utilizar operadores alternativos para sus comunicaciones con el extranjero. Los argumentos antes señalados denotan una visión limitada del servicio de LDI, como si solo pudiera ofrecerse a través de una red móvil y no consideran a la telefonía fija, locutorios, plataformas basadas en internet, entre otros medios de comunicación que permiten realizar tales llamadas.
- Lo correcto es afirmar que con la introducción del sistema de LLxLL para redes móviles se permitió que los *carriers* de LDI se constituyan como una fuente más de oferta para los usuarios de la red de América Móvil que deseaban realizar llamadas de LDI.
- Descarta que exista una confusión entre el mercado afectado y el mercado relevante como la Secretaría Técnica habría afirmado, según América Móvil, para no pronunciarse sobre los cuestionamientos formulados en contra de la determinación de éstos. Además, precisa que para evaluar y definir el mercado relevante en el presente procedimiento ha tomado en consideración las opciones de sustitución del usuario del mercado aguas abajo, en la medida que la propia STCCO ha señalado que la demanda por el acceso a facilidades de la red móvil es derivada de la demanda del mercado final de llamadas LDI.

• “El estrechamiento de márgenes en la experiencia europea: Caso de América Móvil Perú”, elaborado por Roberto Pardolesi y Andrea Renda.

- La sustitución no debe realizarse únicamente sobre las características físicas y técnicas de un servicio, sino sobre si son alternativas razonables para el consumidor. Además, se debe considerar la elasticidad de la demanda en función de los precios (frente a un aumento del precio de las llamadas de LDI móviles, el usuario móvil considerará otros servicios de telefonía -fijo, público, etc.- o plataforma IP).
- La STCCO no basa su análisis en el comportamiento de un consumidor marginal (sensible a cambios en precios y dispuesto a cambio) sino de los consumidores “cautivos”, es decir, los usuarios que supuestamente efectúan llamadas de LDI desde sus teléfonos móviles porque requieren hacerlo mientras se están movilizándolo y por ello no están dispuestos al cambio.
- No se ha tomado en cuenta que no existen barreras de entrada o salida en el mercado de servicios de LDI al por menor. Por el contrario, este mercado es altamente competitivo, considerando las medidas regulatorias establecidas por el OSIPTEL en el mercado aguas arriba y aguas abajo, tales como la prescripción, el sistema de LLxLL, la obligatoriedad de la compartición de la infraestructura, entre otros.
- Siguiendo el análisis efectuado por la Secretaría Técnica, se debió preguntar cuáles son los servicios sustitutos para los clientes mayoristas de América Móvil si éste decidiera elevar el precio de originación de LDI de forma permanente y, consecuentemente, se debió considerar si las opciones a la respuesta anterior podrían atender la demanda dejada de percibir por el supuesto dominante. Así, se hubiera concluido que los servicios de originación de otros operadores móviles y alternativamente las redes de telefonía fija, entre otros, podrían ser sustitutos de América Móvil, más aún si tales competidores podrían incrementar su producción de manera no costosa y en corto plazo.
- Considerando otros tráficos de voz dentro del mercado relevante, América Móvil no tiene posición de dominio porque: i) representa el 17% sobre el tráfico LDI prepago saliente más entrante; ii) representa el 4.4 % sobre el tráfico total prepago (saliente + entrante) y el servicio post pago; iii) representa el 2.2% del tráfico LDI total (saliente + entrante) de todos los operadores móviles, y vi) representa el 2.9% de incorporarse el tráfico saliente de servicios de telefonía fija y 0.5% de considerarse adicionalmente el tráfico entrante de este servicio.
- Los *carrier* de LDI no definen estrategias comerciales diferenciadas para cada red móvil en la cual originan el tráfico sino todo lo contrario, las tarifas de cada destino son iguales. Ello demostraría que las condiciones de competencia no son diferenciadas en cada una de ellas sino que se trata de un segmento en que todos los operadores móviles compiten.
- Incluso, de aceptar la definición de mercado propuesto por la Secretaría Técnica, América Móvil no podría ejercer el poder de mercado que supuestamente ostentaría como un monopolio ya que se han emitido una serie de medidas regulatorias que impiden que se genere tal situación (regulación de cargos, obligatoriedad de interconexión y otras).

Sobre el test de estrechamiento de márgenes propuesto por la Secretaría Técnica

- El test de estrechamiento de márgenes aplicado por la Secretaría Técnica se limita a definir si América Móvil obtiene un margen positivo exclusivamente en los

destinos en los cuales se aplican las promociones, sin tomar en cuenta que los servicios que ofrece América Móvil incluye los demás destinos de LDI, es decir, no considera que la estrategia comercial y promocional de la empresa se sustenta en su oferta integral de servicios de LDI y no es una porción de ésta.

- El test de estrechamiento márgenes, según la experiencia internacional, debe utilizar el precio promedio de los servicios que ofrece el investigado en el mercado aguas abajo como valor por la comparación. Ello permite tomar en cuenta: i) las decisiones de los competidores entrantes que evalúan toda la gama de servicios que pueden ofrecer los competidores en el mercado aguas abajo, y ii) que una estrategia comercial basada en la diferenciación de precios entre sus clientes le podría permitir a una empresa recuperar los costos en forma no homogénea pudiendo existir incluso algunos precios por debajo de costos pero que dicha medida puede ser eficiente y pro competitiva.
- La metodología evalúa la recuperación de los costos en cada minuto de llamadas LDI efectuada, cobrada a la tarifa nominal correspondiente al destino respectivo, cuando lo que realmente ocurre es que los costos se recuperan a través de la oferta comercial agregada de todos los minutos LDI generado en el mercado a todos los destinos.
- Lo adecuado es evaluar el supuesto estrechamiento de márgenes a través del TPPI o en su defecto evaluar el ingreso promedio ponderado por minuto de tráfico LDI (ARPM por el término en inglés *Average Revenue per Minute*). Al utilizar en el test de estrechamiento márgenes el ARPM en comparación con los costos se obtiene que, contrariamente a la conclusión que arriba la Secretaría Técnica, América Móvil recupera con su oferta comercial los costos de un operador eficiente en el mercado de LDI. En tal sentido, las ofertas comerciales de América Móvil podrían ser replicadas por un operador eficiente de manera rentable.
- Utilizar una TPPI o un ARPM, tiene la ventaja de hacer innecesaria la evaluación de los niveles de tráfico para poder concluir sobre su representatividad en la medida que el valor promedio ponderado considera el tráfico cursado en cada una de las tarifas nominativas asociadas al servicio analizado.
- Las instancias de solución de controversias ya utilizaron la variable de promedio ponderado, a efectos de resolver la controversia de Nextel contra Telefónica del Perú. Asimismo, en los procedimientos regulatorios también habría sido utilizado para determinar el régimen de tarifas tope con factor de productividad.
- La STCCO descarta la metodología del TPPI (planteada en el escrito N° 10 de América Móvil) señalando que es muy compleja y que aceptar el argumento propuesto, sería como validar una conducta que podría representar una práctica de subsidio cruzado anticompetitivo.
- No se ha tomado en consideración que para que se produzca un subsidio cruzado se debe transferir ingresos obtenidos en la prestación de un servicio público para solventar las pérdidas de la prestación de otro servicio público distinto, lo cual no se presenta en el presente procedimiento.

Sobre los efectos de la conducta imputada y la consecuencia de una eventual sanción

- No es cierto que los operadores de LDI hayan registrado en la red de América Móvil un comportamiento diferente al registrado en otras red no afectadas por la

conducta imputada, sino por el contrario, existen patrones similares de comportamiento de tráficos. Así, por ejemplo, se ha registrado una correlación estadística positiva y significativa durante todo el periodo investigado (Convergencia aumenta en la red de América Móvil tanto como en la de Telefónica Móviles).

- No es cierto que los operadores de larga distancia han mantenido su crecimiento en otras redes y no así en la de América Móvil, como se destaca en el Informe Instructivo. Si bien un operador (IDT) ha mantenido un crecimiento constante en las redes de Telefónica Móviles y Nextel, no es el caso del resto de *carriers*.
- Una eventual reducción en la participación de los operadores en el tráfico LDI generado en la red prepago de América Móvil no estaría asociado necesariamente con un estrechamiento de márgenes, sino con factores que afectan a las empresas en particular o al mercado en su conjunto. Por ejemplo, con la fuerte competencia con otros medios, las estrategias adoptadas por cada uno de los *carriers* e incluso por la misma regulación.
- El número de líneas que realizan llamadas de LDI no tendría por qué mostrar un crecimiento ante una reducción de los niveles de sus tarifas, en la medida que, es lógico suponer que si una persona no tiene familiares o conocidos en el extranjero, no realizará tales llamadas, independientemente de si las tarifas se reducen o no.
- En cambio, los que sí requieren el servicio de llamadas de LDI tendrían mayores incentivos para hacer llamadas de mayor duración o con mayor frecuencia por la reducción de las tarifas. En consecuencia, se debería evaluar la conducta imputada exclusivamente en función al incremento del volumen de tráfico que genera y no en términos del número de líneas que realizan llamadas LDI.
- Se ha omitido considerar que el aumento en el tráfico de América Móvil, no ha sido a costa de la disminución del tráfico de los *carriers*. Por el contrario, estos últimos se han mantenido estables y si su tráfico no ha aumentado, es porque se han limitado a ofrecer promociones focalizadas a pesar de que su ARPM se encuentra en niveles superiores a sus costos asociados a la provisión del servicio.
- Con las ofertas ofrecidas por América Móvil, se ha generado un incremento en el excedente del consumidor entre S/. 2 y S/. 26 millones producto de la reducción de tarifas.
- Una consecuencia negativa de una eventual sanción, sería que para cumplir con la prueba de imputación del regulador, y ante un cargo de acceso regulado, los operadores de telefonía móvil se verían obligados a subir los precios de sus servicios de LDI al consumidor final para poder aumentar la diferencia entre ambos valores.
- Investigaciones por estrechamiento de márgenes como ésta, tienden a limitar la capacidad de los operadores móviles para establecer ofertas comerciales competitivas que permitan ofrecer tarifas alternativas con descuentos a ciertos usuarios o nichos de mercado.

VII. EVALUACION DE ARTICULACIONES DE CARÁCTER FORMAL FORMULADAS POR AMERICA MOVIL (CUESTIONES PREVIAS)

América Móvil, señaló que este procedimiento adolecía de los siguientes vicios de nulidad, contemplados en el artículo 10° de la Ley 27444³³: i) falta de competencia del Cuerpo Colegiado para conocer el presente procedimiento; ii) vulneración del principio de predictibilidad, y iii) violación del derecho a la defensa y afectación al debido procedimiento.

En ese sentido, previamente al análisis de la conducta investigada, este Cuerpo Colegiado se pronunciará acerca de cada una de las nulidades deducidas por América Móvil.

7.1. **Falta de competencia para conocer el presente procedimiento**

América Móvil señala que “(...) *la supuesta conducta anticompetitiva en la que habría incurrido es producto de decisiones de carácter regulatorio emitidas por el OSIPTEL y, por ende, no le resultan aplicables las normas de libre competencia, de conformidad con el principio de supletoriedad previsto en la regulación sectorial de telecomunicaciones.*” (el subrayado es nuestro)

Así, esta empresa considera que se le está acusando de haber incurrido en abuso de posición de dominio por supuestamente haber impuesto a los operadores de LDI cargos de acceso o tarifas mayoristas muy elevados (cargos de originación de llamadas en la red móvil y cargos de acceso a la plataforma de pago), pese a que tales cargos habrían sido regulados por OSIPTEL ya sea vía mandato o mediante resoluciones generales de fijación de cargos.

Posteriormente, una vez emitido el Informe Instructivo, América Móvil señaló que la regla de supletoriedad debe considerar la complejidad de los dos elementos (mercado aguas abajo y aguas arriba) y no solo exigir que la regulación haya aprobado el estrechamiento de márgenes para que se aplique dicha regla.

Además, la referida empresa manifestó que el análisis de la diferencia entre el valor de los insumos aguas arriba y el precio final (mercado aguas abajo) tiene por objeto calificar esa diferencia como válida o no, y por ende, ello implica pronunciarse sobre el monto de los cargos que cobra América Móvil por los insumos aguas arriba.

Al respecto, debido a que América Móvil argumenta que el Cuerpo Colegiado carece de competencia para conocer el presente procedimiento, en aplicación del principio de supletoriedad, se procederá a desarrollar algunos alcances sobre tal principio en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones.

³³ **Ley 27444**

Artículo 10.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.
2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo
3. Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o tramites esenciales para su adquisición.
4. Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma.

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

7.1.1.1. 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 1034³⁴.

En la misma línea se encuentra lo dispuesto por el artículo 250º del Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por el Decreto Supremo N° 020-2007-MTC, que 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 competencia³⁵.

Por tanto, cuando se presente una presunta práctica anticompetitiva en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, el organismo competente para investigar y, de ser el caso, sancionar las infracciones al DL 1034, será el OSIPTEL.

No obstante ello, de conformidad con lo señalado en el artículo 3º del referido cuerpo normativo, aquella conducta que es consecuencia de lo dispuesto en una norma legal se encuentra fuera del ámbito de aplicación de la referida ley, por lo que su cuestionamiento se realizará mediante las vías correspondientes y no ante la autoridad de competencia³⁶.

En tal sentido, el artículo 12º del Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 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 competencia y que, en caso de conflicto, primarán las disposiciones dictadas por dicho organismo³⁷.

³⁴ **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 N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL. En tal sentido, las instancias competentes, las facultades de éstas y los procedimientos que rigen su actuación serán los establecidos en su marco normativo.

³⁵ **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.

³⁶ **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.

³⁷ **Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL**

Artículo 12.- Principio de Supletoriedad

Por su parte, 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)³⁸.

Este principio, denominado de supletoriedad, se encuentra precisado de manera más específica en los Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Libre Competencia en el Ámbito de las Telecomunicaciones (en adelante, los Lineamientos)³⁹.

Al respecto, los Lineamientos señalan que dado que existen 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 competencia⁴⁰.

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.

³⁸ **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.

³⁹ Aprobados mediante Resolución N° 003-2000-CD/OSIPTEL.

⁴⁰ **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.

(...)

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.

Dicho principio además, ha sido recogido a través de reciente jurisprudencia emitida por los órganos colegiados del OSIPTEL⁴¹, donde se concluye que en virtud del principio de supletoriedad, se aplicarán las normas generales de libre competencia siempre y cuando 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.

Teniendo en cuenta lo antes expuesto y considerando que en el presente caso se discute si resulta posible la aplicación de normas de libre competencia para evaluar la presunta conducta infractora, o por el contrario, si esta debe ser analizada bajo las reglas de la regulación, este Cuerpo Colegiado considera pertinente desarrollar los alcances del principio de supletoriedad, de conformidad con lo señalado en la doctrina nacional y comparada.

7.1.1.2. Marco Conceptual respecto al principio de supletoriedad

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 (cualquier tipo de regulación). Así, en el caso del mercado de servicios públicos de telecomunicaciones, las normas de competencia 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, o la extensión de supuestos de infracción regulatoria a infracciones de competencia.⁴²

Asimismo, 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 aplique las normas de competencia, aprovechando que no se han establecido reglas claras que definan cuándo se debe aplicar (o no) tal principio. Por tanto, se busca un redimensionamiento de la interpretación del principio de supletoriedad acorde con el mercado.

Hovenkamp y otros autores han subrayado la necesidad de que las normas de libre competencia sean de aplicación incluso en sectores intensamente regulados⁴³. Al respecto, consideran que la naturaleza de las normas de libre competencia permite un

⁴¹ 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.

⁴² QUINTANA SÁNCHEZ, Eduardo. “¿Es la política de competencia supletoria de la regulación de telecomunicaciones americanas se han pronunciado por dejar cada vez más espacio para la aplicación de las normas de libre competencia. Lima: Ius Et Veritas, 2003, N° 27.

⁴³ HOVENKAMP, Herbert. Antitrust. Quinta Edición. St. Paul, MN. West Publishing Co, 2011, pág. 342.

grado de análisis “ex post” de la actividad de una empresa que ni el más incisivo esquema regulatorio podría prever⁴⁴.

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 América⁴⁵.

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, determinar 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. En dicho caso, se debe estar 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 y cuando 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^{46 47}.

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 aquellos supuestos en los que las prácticas anticompetitivas son resultado de una iniciativa propia de la empresa no compelida por una norma en particular o 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 le permite al agente económico actuar de forma autónoma, no habría justificación para dejar de aplicar las normas de libre competencia⁴⁸.

⁴⁴ SULLIVAN, E. Thomas, HOVENKAMP, Herbert y SHELANSKI, Howard A. Antitrust Law, Policy and Procedure: Cases, Materials, Problems. Sexta Edición. Lexis Nexis, 2009, pág. 960.

⁴⁵ Ídem, pág. 979.

⁴⁶ Ibídem.

⁴⁷ 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 por 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)).

⁴⁸ 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 idem 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***

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 las propias normas regulatorias le permiten a la empresa poder adoptar libremente sus decisiones⁴⁹.

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 sector⁵⁰.

7.1.2. 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 en la resolución de otras controversias⁵¹, 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:

- i) si la regulación ha aprobado o permitido 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 en el párrafo anterior; caso contrario, si una conducta no ha sido impuesta o aprobada mediante una normativa sectorial y genera distorsiones en el proceso competitivo, la

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 BOCANEGRÁ, 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. 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.

⁴⁹ 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.

⁵⁰ 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.

⁵¹ 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) y Resolución N° 012-2014-CCO/OSIPTEL del 7 de noviembre de 2014, emitida en el procedimiento iniciado de oficio contra Telefónica del Perú S.A.A. (Exp. 009-2013-CCO-ST/LC).

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.

Adicionalmente, 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 ello 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 a la regulación para facilitar la promoción de la competencia. De esta manera, con la finalidad de proteger la competencia⁵², 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 estén cubiertas por una regulación específica.

Asimismo, cabe precisar que el principio de supletoriedad tiene como finalidad evitar que se sancione a un agente económico por una conducta que la ley le permite e incluso le impone ya que el marco legal no puede ser contradictorio. Por tanto, la interpretación que se realice sobre dicha norma deberá ser restrictiva para evitar que un agente económico se escude en este marco para realizar una potencial conducta anticompetitiva. Así por ejemplo, por el hecho de que en el marco regulatorio se imponga a las empresas la obligación de publicar la información sobre los servicios que ofrecen en el mercado (tarifas, características) no quiere decir que se les exima de su responsabilidad por una posible fijación de precios, a pesar que éstas puedan alegar que la propia regulación ha generado un contexto conducente a dicho acuerdo⁵³.

7.1.2.1. La conducta materia de investigación

La práctica materia de investigación consiste en el acto de abuso de posición de dominio por parte de América Móvil 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 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.

Al respecto, 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

⁵² 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 sólo 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, (...)”

⁵³ Resolución 0479-2014/SDC-INDECOPI, emitida en el procedimiento iniciado de oficio por INDECOPI contra el Sindicato de Estibadores y Maniobristas del Puerto de Salaverry y otros (Exp. 002-2009/CLC).

de Pago⁵⁴ y el Cargo Tope de Originación en la Red Móvil⁵⁵, sino la conducta de América Móvil al haber reducido el margen de ganancias de sus competidores en el mercado de llamadas de LDI desde redes móviles prepago. Esta última conducta 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 del monto de los cargos en el mercado mayorista.

La anterior aclaración es importante debido a que como bien lo han señalado las instancias de solución de controversias del OSIPTEL en anteriores pronunciamientos⁵⁶, estas 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 mercado⁵⁷.

Hasta ese momento, los únicos que prestaban el servicio de llamadas móviles de LDI eran los concesionarios móviles, entre ellos América Móvil, 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 que los operadores de larga distancia operen 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 del Cuerpo Colegiado, este es un claro escenario de regulación del acceso a un insumo esencial en el mercado aguas arriba con la finalidad de promover la competencia en el mercado final (aguas abajo).

Asimismo, como parte de la promoción de la competencia en los mercados de servicios móviles de LDI, 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).

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

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

⁵⁶ Resolución N° 008-2005-CCO/OSIPTEL de fecha 11 de marzo del 2005, en relación al Expediente N° 001-2005-CCO-ST/LC.

⁵⁷ Exposición de motivos del Reglamento de LLxLL.

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 extranjero⁵⁸. 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 2005⁵⁹ se fijaron los cargos topes por terminación (originación) en la red del servicio de telefonía móvil que debían ser aplicables 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 sociedad⁶⁰.

En el 2010, después de la revisión de los cargos de terminación (originación) de llamadas móviles como consecuencia de la implementación del sistema de LLxLL, se establecieron los nuevos cargos topes que debían aplicar América Móvil, Telefónica Móviles y Nextel a aquellos operadores que requiriesen este servicio. Asimismo, siguiendo los parámetros determinados en la primera regulación de los cargos de originación en la red móvil, se señaló que tales cargos topes estaban sujetos a una reducción gradual durante cuatro periodos⁶¹.

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 en su red móvil ya se encontraba regulado. Así, América Móvil podía negociar el monto por la originación de las llamadas en su red móvil tomando en consideración los siguientes cargos topes⁶²:

Cuadro N° 1: Cargos de Originación de América Móvil

	01.Octubre.2010 – 30.Septiembre.2011	01.Octubre.2011 – 30.Septiembre.2012	01.Octubre.2012 – 30.Septiembre.2013	01.Octubre.2013 – 30.Septiembre.2014
América Móvil Perú S.A.C.	0.0911	0.0766	0.0621	0.0476

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

Fuente: Resolución N° 093-2010-CD/OSIPTEL.

Elaboración: STCCO - OSIPTEL

⁵⁸ El cargo de terminación en la red del extranjero no se encuentra regulado.

⁵⁹ 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 pudieran iniciar una negociación de cargos más favorables. Este cargo fue determinado sobre la base de mecanismos de comparación internacional (*benchmark*).

⁶⁰ Resolución de Consejo Directivo N° 070-2005-CD/OSIPTEL, publicada el 24 de noviembre de 2005.

⁶¹ Resolución de Consejo Directivo N° 093-2010-CD/OSIPTEL, publicada el 20 de agosto del 2010.

⁶² 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\$ 0,0476.

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

En el primer periodo investigado⁶³ las empresas titulares de la plataforma de pago, entre ellas América Móvil, disponían de la facultad para establecer libremente el cargo por el 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 estableció 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° 444-GPR/2010, que forma parte del mandato de interconexión emitido para América Móvil y Americatel⁶⁴ y en el Informe N° 562-GPR/2010 que sirvió de sustento para la emisión del mandato de interconexión entre América Móvil e IDT⁶⁵, se estableció que el cargo aplicable por el acceso a la plataforma de pago sería el mismo que América Móvil 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 específica⁶⁶, sino que era el mismo que América Móvil 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.

Además, cabe precisar que de acuerdo a lo establecido en el artículo 18° del Reglamento de LLxLL⁶⁷, los operadores de larga distancia podían negociar con los concesionarios móviles el monto por el acceso a la plataforma de pago, el cual no podía ser superior a los cargos tope que estableciese el OSIPTEL. Sin embargo, debido a que durante este primer periodo no se había regulado los cargos tope para el acceso a la plataforma de pago, América Móvil sí disponía de la libertad para establecer el monto que considerase pertinente sin ninguna restricción.

⁶³ Periodo comprendido entre el 4 de setiembre del 2010 y el 15 de diciembre del 2011.

⁶⁴ Resolución del Consejo Directivo N° 77-2010-CD/OSIPTEL, publicada el 13 de agosto del 2010.

⁶⁵ Resolución del Consejo Directivo N° 116-2010-CD/OSIPTEL, publicada el 7 de octubre del 2010.

⁶⁶ 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.

⁶⁷ **Reglamento de LLxLL.**

Artículo 18°.- Cargo de interconexión por facturación y recaudación por parte del concesionario móvil y por acceso a la plataforma prepago

Los concesionarios de larga distancia podrán negociar con los concesionarios móviles los montos de los cargos de interconexión que corresponda pagar por la facturación y recaudación y por el acceso a la plataforma de pago, los cuales no podrán ser superiores a los cargos tope que establezca el OSIPTEL. En caso de no llegar a un acuerdo dentro del plazo de negociación establecido, cualquiera de las partes podrá solicitar al OSIPTEL la emisión de un mandato de interconexión.

Posteriormente, en el segundo periodo entraron en vigencia los cargos topes⁶⁸ que debían aplicar América Móvil, Telefónica Móviles, Nextel y Telefónica del Perú S.A.A. a aquellos operadores de larga distancia que requiriesen acceder a su plataforma de pago⁶⁹, 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 América Móvil podía aplicar a sus competidores por la originación de llamadas en su red móvil y el acceso a la plataforma de pago.

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

Con anterioridad del análisis que se realizará en el presente apartado, 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 América Móvil.

- **Mercado aguas arriba**

Como lo señalamos previamente, una vez que se reguló el cargo por el acceso a la plataforma de pago y por la originación de llamadas en la red móvil se optó por el sistema del *price cap* o cargo tope. A través de este sistema, se establece el monto máximo que un operador móvil puede cobrar a un operador de larga distancia por la prestación de estos servicios; lo que 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 la 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 dentro de los límites establecidos por el regulador⁷⁰.

El hecho de que una empresa no cobre un cargo menor al monto tope no implica -a priori- que el titular de la infraestructura este cometiendo una práctica anticompetitiva. Al respecto, 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

⁶⁸ 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.

⁶⁹ Resolución de Consejo Directivo N° 154-2011-CD/OSIPTEL, publicado el 15 de diciembre del 2011.

⁷⁰ “El modelo del **Price Cap** presenta diversas ventajas, si bien, quizás, la que mayor relevancia a los efectos de la materia objeto de estudio (**estrechamiento de márgenes**) descansa en el margen de libertad empresarial que deja a los operadores quienes –dentro de los límites marcados por el regulador- pueden fijar los precios de las prestaciones. El reverso de la moneda, tal y como sucede en el asunto Deutsche Telekom, es que el control administrativo de los precios no excluye el margen de actuación empresarial y, en consecuencia, la responsabilidad del autor” (el resaltado es agregado).

Ver: http://eprints.ucm.es/13888/1/Libro_Hom_.pdf, última visita 16.01.15

aplicarán en ambos mercados para no distorsionar el normal funcionamiento del proceso competitivo.

Incluso, a través del Reglamento de Imputación Tarifaria, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 049-2006-CD/OSIPTEL⁷¹, aplicable a las empresas verticalmente integradas que proveen facilidades esenciales a sus competidores y que 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.

Lo antes señalado, 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. Por tal motivo, además de aplicarse la prueba de imputación tarifaria, también es posible que se apliquen las normas de libre competencia cuando se detecte una posible infracción a este marco normativo.

En ese sentido, aun si América Móvil estuviera aplicando un cargo por los insumos en el mercado mayorista que se encontrara dentro del tope establecido por el OSIPTEL pero que, 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 encuentre regulado⁷², sin que ello signifique que se deba modificar tal cargo regulado. Ello, debido a que debe 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 general esto implica que no sea posible cuestionar la conducta a través de las normas de competencia.

- **Mercado aguas abajo**

Por otro lado, el artículo 7° del Reglamento de LLxLL⁷³ 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.

⁷¹ **Reglamento de Imputación Tarifaria**

Disposiciones Finales

(...)

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."

⁷² Resolución N° 008-2005-CCO/OSIPTEL de fecha 11 de marzo del 2005, en relación al Expediente N° 001-2005-CCO-ST/LC.

"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". (el resaltado es nuestro)

⁷³ **Reglamento de LLxLL**

Artículo 7°.- Establecimiento de la tarifa

La tarifa por las llamadas de larga distancia internacional originadas por los usuarios de los servicios públicos móviles será establecida por el concesionario de larga distancia que presta el servicio.

En el caso de las llamadas que hacen uso de la plataforma prepago de los concesionarios móviles, los concesionarios de larga distancia internacional comunicarán a aquellos las tarifas aplicables a estas llamadas.

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, América Móvil 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 (teniendo 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 señalar que tanto el establecimiento de 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), como las tarifas aplicadas a los usuarios finales (en todo el período investigado) son consecuencia de la libre iniciativa privada de América Móvil. Por lo tanto, si se produce una conducta que pudiese afectar o causar perjuicios al 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 un presunto estrechamiento de márgenes de sus competidores por parte de América Móvil. Ciertamente, como se puede observar, nos encontramos frente a dos situaciones distintas, siendo que la conducta investigada es resultado de una decisión comercial adoptada por América Móvil y no consecuencia de la regulación.

Así, en el presente caso, no se está evaluando si los cargos topes establecidos en el mercado mayorista a través del órgano regulador son (o no) los más idóneos, así como tampoco se pretendería fijar indirectamente las tarifas finales dirigidas a los usuarios; sino que se está analizando si la diferencia entre el precio mayorista de las facilidades esenciales que, con el tope impuesto por la regulación en este mercado, establece América Móvil y el precio en el mercado minorista por el servicio 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 sobre el 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, toda vez que, tal como se ha explicado a lo largo de este apartado, es en dicho aspecto donde operan las normas regulatorias.

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 (estrechamiento de márgenes). 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.

Adicionalmente, como se puede apreciar, en el presente procedimiento se ha evaluado lo que sucede en el mercado aguas arriba y aguas abajo. Ello debido a que si bien la metodología para determinar la aplicación del principio de supletoriedad a un caso concreto incluye, entre otras, analizar si la regulación ha compelido o aprobado una conducta que podría resultar 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 competencia⁷⁴. Así 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.

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, permitió ni obligó a América Móvil a realizar la conducta de América Móvil materia de investigación en la presente controversia (estrechamiento de márgenes de sus competidores).

Por tanto, al no haberse cumplido con el primer requisito para la aplicación del principio de supletoriedad no se realizará un análisis de los demás criterios⁷⁵, en la medida que no existe impedimento alguno para que este Cuerpo Colegiado sea competente para evaluar la conducta materia de investigación según el DL 1034, ya que como se ha demostrado anteriormente, es resultado de la libre iniciativa del agente económico y no de una regulación específica prevista para dicha conducta.

⁷⁴ 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)

⁷⁵ Los otros criterios para la aplicación del principio de supletoriedad son los siguientes:

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

7.2. 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 predictibilidad⁷⁶.

De acuerdo al referido principio, la Administración debe brindar a los administrados o sus representantes 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 constitucional⁷⁷. En consecuencia, una vulneración al referido principio, podría reflejarse, por ejemplo, en un cambio de criterio de la administración que no se encuentra debidamente justificado ni sustentado o en caso se establezcan pronunciamientos distintos para situaciones similares.

En el presente caso, América Móvil señala que de emitirse un pronunciamiento en la presente controversia se estaría contraviniendo el principio de predictibilidad, toda vez que existirían pronunciamientos contradictorios entre lo señalado por el Cuerpo Colegiado conformado para evaluar el procedimiento tramitado bajo el Expediente N° 001-2005-CCO-ST/LC (en el cual 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 lo que podría señalar el Cuerpo Colegiado en la presente controversia.

La razón es que, el argumento sostenido por Nextel por el que justificó la competencia del Cuerpo Colegiado para emitir un pronunciamiento, es el mismo que ha planteado la Secretaría Técnica para evaluar la presunta conducta anticompetitiva, es decir, que el objeto de análisis de la conducta controvertida, radica en determinar si la diferencia entre el precio regulado y el precio no regulado, puede constituir una conducta contraria al DL 1034. Por tanto, de acuerdo a lo sostenido por América Móvil, el Cuerpo Colegiado debería emitir un similar pronunciamiento que el recaído en el caso de Nextel, donde el Cuerpo Colegiado conformado en dicha oportunidad entendió que de pronunciarse sobre la controversia en los términos denunciados, pondría en tela de juicio el cargo aprobado por el OSIPTEL.

Al respecto, se observa en la controversia a la que hace referencia América Móvil, que la pretensión principal formulada por Nextel era que se evalúe si Telefónica Móviles cobraba a sus competidores un cargo de terminación de llamadas en su red significativamente mayor 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 701⁷⁸.

⁷⁶ **Ley N° 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.

⁷⁷ MORÓN URBINA, Juan Carlos, "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General", Octava Edición, Lima, Gaceta Jurídica, 2009.

⁷⁸ 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 Móviles de una tarifa para comunicaciones dentro de su red por debajo de sus costos.

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 el 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 a 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, estimó 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 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 necesariamente que evaluar el valor del cargo por la terminación de llamadas en la red de Telefónica Móviles, aprobado por el OSIPTEL, ya que dicho valor era el que incrementaba indebidamente los costos del rival⁷⁹.

Por tanto, como se puede apreciar, en ningún momento el CCO señaló que no era competente porque no podía evaluar el margen de ganancias que surgía entre el valor del cargo en el segmento mayorista (segmento regulado) y la tarifa final en el mercado

⁷⁹ En efecto, aunque Nextel habría señalado que existía una divergencia significativa entre lo que cobraba Telefónica Móviles por el cargo de interconexión a sus competidores y lo que cobraba a sus usuarios por llamadas *on net*, su propósito era demostrar cómo el monto del cargo de terminación incrementaba sus costos. Tal es el caso, que durante el desarrollo del procedimiento Nextel afirmaba que era el nivel de los cargos lo que incrementaba los costos de los competidores a tal extremo que aunque Telefónica Móviles imponía cargos de terminación de aproximadamente US\$ 0.25 por las llamadas *off net* sus tarifas por las llamadas *off net* eran 10 veces menos que dichos cargos.

de llamadas móviles (segmento no regulado), sino solo se refirió a que al ser el cargo de terminación el que incrementaba los costos del rival necesariamente debía pronunciarse sobre ello.

A diferencia de la controversia reseñada, en el presente procedimiento iniciado de oficio contra América Móvil no se discutirá sobre los montos de ciertos cargos fijados por el OSIPTEL en el mercado mayorista sino que se evaluará si la diferencia entre los cargos que establece América Móvil a los operadores de larga distancia para que puedan prestar el servicio de llamadas móviles de LDI y las tarifas que dicha empresa establece en el mercado minorista, estaría generando un estrechamiento de márgenes con efectos exclusorios en sus competidores.

Teniendo en cuenta lo antes expuesto, no se vulneraría el principio de predictibilidad, toda vez que la controversia a la que América Móvil hace referencia (Expediente N° 001-2005-CCO-ST/LC) no es similar al presente procedimiento en la medida que no solo se refiere a supuestos distintos⁸⁰ sino 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 fijado por el OSIPTEL como órgano regulador, en la presente controversia no se evaluará ni se revisará tales montos sino el estrechamiento de márgenes en el mercado de llamadas móviles prepago LDI.

7.3. Sobre la afectación al Debido Procedimiento Administrativo y al Derecho a la Defensa

De acuerdo a lo establecido en el numeral 1.2 del artículo IV de la Ley 27444⁸¹, los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. Así, el principio del debido procedimiento garantiza, entre otros, el ejercicio del derecho de defensa protegiendo al administrado de cualquier estado de indefensión frente a los órganos administrativos.

Asimismo, el principio del debido procedimiento administrativo, aplicable al presente caso por tratarse de un procedimiento iniciado de oficio que involucra una posible sanción, implica la garantía de defensa como efectiva posibilidad de participación en el procedimiento, que comprende, como mínimo, ser notificado previamente de los hechos y tipificación legal de los actos materia del procedimiento (formulación y notificación previa

⁸⁰ Si bien en el estrechamiento de márgenes, la firma verticalmente integrada tiene la posibilidad de reducir los márgenes de sus competidores incrementando el costo del recurso esencial y/o reduciendo los precios que ella cobra a sus usuarios finales. Lo que se evalúa en esta práctica es el margen que surge de la diferencia entre ambas variables. En cambio, en el incremento de costos del rival se deberá evaluar si el nivel del valor del bien o servicio establecido por el dominante a sus competidores estaría generando la elevación de sus costos. En ese sentido, si bien el estrechamiento de márgenes podría generarse como consecuencia de un incremento de costos del recurso esencial, ello no implica que tal situación sea necesaria para que se configure esta práctica, más aún sí, como lo señalamos previamente, lo que se evalúa es el margen.

⁸¹ **Ley 27444**

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1.2. Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.

de los cargos), el derecho a exponer sus argumentos, ofrecer y producir pruebas, obtener una decisión motivada y fundamentada en derecho e impugnar dicha decisión^{82 83}.

América Móvil ha señalado que el Informe Preliminar emitido por la Secretaría Técnica y la Resolución de Inicio vulneraría su derecho de defensa por lo siguiente:

- i) no habría sido notificada con las quejas presentadas por las empresas operadoras de larga distancia, ni habrían podido conocer el contenido de las mismas a pesar que estas habrían servido de base para que se inicie la presente investigación;
- ii) no se presentaron evidencias para concluir que en el segundo periodo se había cometido la supuesta práctica anticompetitiva y a pesar de ello, el Cuerpo Colegiado decidió iniciar el procedimiento por ambos periodos por considerar que existían indicios razonables para que se le imputara la comisión de la conducta;
- iii) no se han detallado cuáles serían las tarifas promocionales que estarían siendo objeto de investigación e incluso se consideró una promoción que no incluye llamadas LDI, y
- iv) no se habría cumplido con poner en su conocimiento, de forma oportuna, la metodología ni el tipo de test de imputación utilizados para evaluar la conducta investigada.

Sobre el particular, es pertinente tener en consideración que una de las principales funciones de las instancias de solución de controversias del OSIPTEL es velar por el normal funcionamiento del proceso competitivo⁸⁴. En virtud a ello, no es necesario que exista una denuncia o una queja formal para que recién esta institución pueda iniciar un procedimiento administrativo, sino bastará que se detecten indicios razonables que conlleven a suponer que una empresa está actuando contrariamente a lo establecido en las normas que protegen la competencia.

Justamente, la Secretaría Técnica en el marco de sus labores de seguimiento de mercados para la detección de prácticas anticompetitivas, realizó una investigación preliminar, luego de tomar conocimiento de ciertos indicios que estarían afectando la competencia en el mercado de llamadas móviles de LDI, entre ellos el Memorándum de la GPRC. Por tanto, es erróneo afirmar que se decidió iniciar la investigación en cuestión

⁸² DROMI, Roberto. Derecho Administrativo. Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1995, pags.767-768.

⁸³ Resolución N° 004-2009-TSC/OSIPTEL de fecha 15 de abril de 2009.

⁸⁴ **Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL**

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

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

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

Asimismo, cabe precisar que de acuerdo a lo establecido en el artículo 18.2 del D.L. 1034 se ha establecido que en el procedimiento trilateral sancionador promovido por una denuncia de parte, el denunciante es un colaborador en el procedimiento de investigación, conservando la Secretaría Técnica la titularidad de la acción de oficio.

sobre la base de unas supuestas quejas presentadas por las empresas operadoras de larga distancia, sino que este procedimiento fue iniciado de oficio y no a pedido de parte.

Cabe precisar que las supuestas quejas a las que hace referencia América Móvil, solo fueron comunicaciones vía telefónica con ciertos funcionarios de la GPRC del OSIPTEL que realizaron algunas operadoras de larga distancia con la finalidad de manifestar su preocupación sobre ciertas ofertas que dicha empresa venía ofreciendo en el mercado, las mismas que fueron recogidas en el Memorándum de la GPRC. Al respecto, la Secretaría Técnica tomó conocimiento sobre tales comunicaciones en el Memorándum de la referencia, el mismo que se puso a disposición de América Móvil mediante Oficio N° 120-STCCO/2013 del 25 de setiembre de 2013 y se encuentra incorporado al expediente.

En ese sentido, América Móvil desde un inicio ha tomado conocimiento de todo lo actuado durante el desarrollo del procedimiento lo cual le ha permitido defenderse adecuadamente de los cargos imputados en su contra en la Resolución de Inicio.

Por otro lado, respecto al argumento de América Móvil de que pese a no existir evidencia de una conducta anticompetitiva en el segundo periodo, el CCO inició el presente procedimiento, corresponde manifestar que conforme lo señala el artículo 84º del Reglamento de Controversias⁸⁵, para la solicitud de inicio de un procedimiento de oficio, la Secretaría Técnica debe emitir un Informe Preliminar⁸⁶ debidamente fundamentado, el cual será presentado ante el Cuerpo Colegiado a efectos de que se emita una decisión sobre la mencionada solicitud. Cabe señalar que este informe permite solicitar el inicio del procedimiento formal al Cuerpo Colegiado, para que este último evalúe si amerita o no iniciar dicho procedimiento. Por ello, el Informe Preliminar deberá contar fundamentalmente con indicios sobre la existencia, para este caso, de una presunta práctica que pueda estar atentando contra las normas que protegen la libre competencia, dado que la posibilidad de obtener prueba plena antes de iniciada una controversia, no resultaría exigible.

La investigación que se realiza para la emisión del Informe Preliminar está orientada a actuar la evidencia necesaria a efectos de precisar con mayor exactitud los hechos susceptibles de motivar el procedimiento, la identificación de los presuntos involucrados, las circunstancias relevantes del caso y la evidencia que será necesaria actuar dentro del procedimiento. No se trata de una instrucción completa del caso y de sus responsables, sino solo una indagación con efecto de delimitar mejor los contornos del caso (...)⁸⁷.

⁸⁵ **Reglamento de Controversias**

Artículo 84º.- Solicitud de inicio de un procedimiento de oficio. En aquellos casos en los que la Secretaría Técnica considere necesario el inicio de un procedimiento de oficio solicitará al Consejo Directivo la conformación de un Cuerpo Colegiado a efectos de que evalúe el inicio de una controversia. Para tal efecto la Secretaría emitirá un informe debidamente fundamentado el cual será presentado ante el Cuerpo Colegiado a efectos de que tome una decisión sobre la mencionada solicitud.

⁸⁶ **Ley 27444**

Artículo 235.- Procedimiento sancionador

Las entidades en el ejercicio de su potestad sancionadora se ceñirán a las siguientes disposiciones:

(...)

2. Con anterioridad a la iniciación formal del procedimiento se podrán realizar actuaciones previas de investigación, averiguación e inspección con el objeto de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen su iniciación.

⁸⁷ MORÓN URBINA, Juan Carlos, "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General", Novena Edición, Lima, Gaceta Jurídica, 2011, pág. 746.

Asimismo, es pertinente señalar que el solo inicio de un procedimiento administrativo sancionador no implica una afectación a los derechos de los investigados, puesto que no constituye un pronunciamiento definitivo o vinculante sobre el fondo de la controversia, ya que permitirá la realización de una etapa de investigación⁸⁸, en la que el administrado podrá ejercer su plena defensa frente a las imputaciones de cargo.

Es durante el desarrollo del procedimiento que la Secretaría Técnica, sobre la base de la investigación realizada, emite el Informe Instructivo en el que se recomienda sancionar (o no) al investigado. Finalmente, el Cuerpo Colegiado analiza toda la información obtenida y las actuaciones realizadas, e incorporan nuevos elementos de juicio de considerarlo pertinente con la finalidad de confirmar o rechazar las imputaciones contenidas en la Resolución de Inicio⁸⁹.

Al respecto, cabe recalcar que tanto en el Informe Preliminar como en la Resolución de Inicio se ha establecido, entre otros, la conducta materia de investigación, los hechos verificados durante la investigación preliminar, el encauzamiento del procedimiento, las circunstancias relevantes y el periodo de investigación. En relación a este último, en la Resolución de Inicio se ha señalado expresamente que la posible conducta anticompetitiva sería evaluada en dos escenarios, el primero desde setiembre del 2010 hasta que se regula el cargo de acceso a la plataforma de pago (diciembre de 2011) y el segundo periodo desde dicho periodo hasta setiembre de 2013 (fecha en la que se emite la Resolución de Inicio).

Ahora, el hecho de que se haya dividido en dos escenarios el periodo de investigación, no implica que se haya evaluado distintas conductas anticompetitivas en cada uno de los periodos, 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.

En ese sentido, América Móvil desde que se emitió la Resolución de Inicio sabía que se le iba a investigar en ambos periodos y tenía conocimiento de cuál era la imputación formulada en su contra, razón por la cual tuvo las herramientas necesarias para plantear su defensa en el transcurso del procedimiento. Es más, desde que se emitió la Resolución de Inicio se le garantizó que las reglas planteadas no sufrieran alguna alteración irrazonable, como por ejemplo imputarle otra conducta que lo pusiera en indefensión. En tal sentido, carece de sustento la afirmación efectuada por América Móvil respecto a que

⁸⁸ **Reglamento de Controversias**

Artículo 72º.- Facultad de la Secretaría Técnica de solicitar información. Durante la etapa de investigación la Secretaría Técnica podrá solicitar la información que estime necesaria a efectos de determinar la comisión de la infracción materia de la investigación, tanto a las empresas directamente involucradas, como a empresas no involucradas.

Artículo 73º.- Medios probatorios. Durante esta etapa las partes podrán presentar los medios probatorios que estimen pertinentes, los cuales serán actuados ante la Secretaría Técnica.

⁸⁹ **Ley 27444**

Artículo 235.- Procedimiento sancionador

Las entidades en el ejercicio de su potestad sancionadora se ceñirán a las siguientes disposiciones:

(...)

5. Concluida, de ser el caso, la recolección de pruebas, la autoridad instructora del procedimiento resuelve la imposición de una sanción o la no existencia de infracción. En caso de que la estructura del procedimiento contemple la existencia diferenciada de órganos de instrucción y órganos de resolución concluida la recolección de pruebas, la autoridad instructora formulará propuesta de resolución en la que se determinará, de manera motivada, las conductas que se consideren probadas constitutivas de infracción, la norma que prevé la imposición de sanción para dicha conducta y la sanción que se propone que se imponga; o bien se propondrá la declaración de no existencia de infracción. Recibida la propuesta de resolución, el órgano competente para decidir la aplicación de la sanción podrá disponer la realización de actuaciones complementarias, siempre que sean indispensables para resolver el procedimiento.

la Secretaría Técnica ni el Cuerpo Colegiado habrían precisado el periodo de investigación y que este último arbitrariamente habría decidido incluir el segundo periodo en el procedimiento.

De otro lado, respecto al argumento de América Móvil por el que señala que no se le explicaron las tarifas promocionales materia de investigación, corresponde precisar que tanto en el Informe Preliminar y en la Resolución de Inicio se señaló y explicó cuáles eran las ofertas promocionales que serían materia de evaluación. Ello, no implica que desde un inicio se haya verificado que a través de cada una de estas tarifas se hubiera ejecutado la práctica imputada, sino que, en atención a la etapa del procedimiento en la que nos encontrábamos, existieron indicios razonables para incluirlas dentro de la investigación.

Incluso la Secretaría Técnica en el Informe Instructivo, descartó el análisis de la Promoción Cargamontón de Números Frecuentes (Prepago), posición que comparte este Cuerpo Colegiado, en la medida que durante la etapa de investigación se verificó que la misma no aplicaba a destinos LDI. Ello no hace más que corroborar que la Resolución de Inicio, no constituye un pronunciamiento definitivo o vinculante sobre el fondo de la controversia sino solo delimita los parámetros sobre los cuales se desarrollará el procedimiento administrativo.

Por último, sobre el cuestionamiento de América Móvil respecto a que la metodología del test de estrechamiento de márgenes propuesto por la Secretaría Técnica recién se le habría puesto en su conocimiento a través del Informe Instructivo cuando se le debió comunicar en la Resolución de Inicio, este Cuerpo Colegiado es de la opinión que la Secretaría Técnica en su calidad de órgano instructor, durante el desarrollo del procedimiento, 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, de conformidad con lo señalado en el artículo 72° del Reglamento de Controversias⁹⁰.

Es por ello que a través del Informe Instructivo, la Secretaría Técnica analiza los elementos de prueba detallando cuáles fueron los aspectos que se evaluaron, la metodología que se utilizó, entre otros, con la finalidad de recomendar al Cuerpo Colegiado que confirme o rechace las imputaciones formuladas en la Resolución de inicio.

No obstante, ello no implica que América Móvil no pueda cuestionar o incluso proponer una metodología alterna a la establecida en el Informe Instructivo, como en efecto ha ocurrido e incluso ha tenido tiempo para contradecir la metodología propuesta por la Secretaría Técnica⁹¹. 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 imputó en la Resolución

⁹⁰ **Reglamento de Controversias**

Artículo 72°.- Facultad de la Secretaría Técnica de solicitar información. Durante la etapa de investigación la Secretaría Técnica podrá solicitar la información que estime necesaria a efectos de determinar la comisión de la infracción materia de la investigación, tanto a las empresas directamente involucradas, como a empresas no involucradas.

Ley 27444

Artículo 235.- Procedimiento sancionador

Las entidades en el ejercicio de su potestad sancionadora se ceñirán a las siguientes disposiciones:

(...)

4. Vencido dicho plazo y con el respectivo descargo o sin él, la autoridad que instruye el procedimiento realizará de oficio todas las actuaciones necesarias para el examen de los hechos, recabando los datos e informaciones que sean relevantes para determinar, en su caso, la existencia de responsabilidad susceptible de sanción.

⁹¹ Ver numeral 32 de la presente Resolución, referida a un plazo adicional al respecto.

de Inicio. Incluso si América Móvil no estuviera de acuerdo con esta Resolución tiene derecho a ejercer los mecanismos de defensa que considere pertinente.

En conclusión, este Cuerpo Colegiado considera que el procedimiento no adolece de vicio de nulidad alguno. Ciertamente, se observa que la Secretaría Técnica ha cumplido con garantizar al investigado el ejercicio de su derecho de defensa, entre otros, mediante la indicación expresa en la Resolución de Inicio de las imputaciones de cargo, los indicios razonables que sustentan tales imputaciones, el marco teórico aplicable, el plazo legal para ofrecer descargos y los medios probatorios que los sustenten. Adicionalmente, de los actuados en el procedimiento, se observa que América Móvil ha venido ejerciendo debidamente su derecho de defensa a lo largo del procedimiento, lo que se evidencia en cada uno de los escritos presentados por dicha empresa, así como las oportunidades de prórroga que han sido otorgadas.

Por todo lo expuesto, corresponde desestimar los argumentos de América Móvil en este extremo.

VIII. ANÁLISIS DE LA CONDUCTA INFRACTORA IMPUTADA EN EL PROCEDIMIENTO

En la presente resolución, este Cuerpo Colegiado evaluará: (i) si América Móvil ha realizado una conducta de estrechamiento de márgenes, y, de ser el caso, (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, con anterioridad al análisis de fondo que se realizará sobre la conducta imputada, se detallarán algunos alcances sobre la figura de estrechamiento de márgenes.

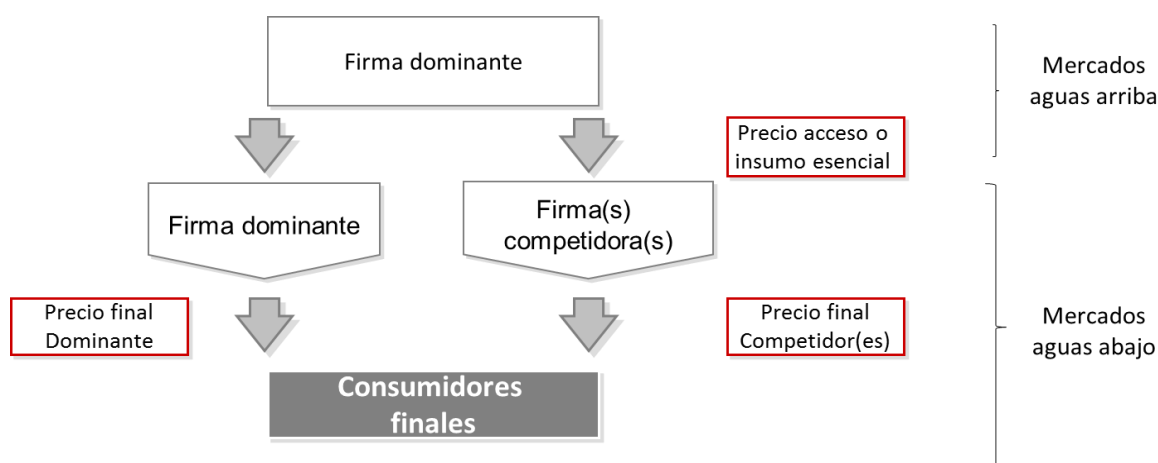
8.1. MARCO GENERAL: ESTRECHAMIENTO DE MÁRGENES COMO ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

8.1.1. Marco Conceptual

La conducta de estrechamiento de márgenes tiene lugar en mercados en los que existen empresas verticalmente integradas caracterizadas por tener posición de dominio en la provisión de una facilidad o un insumo esencial en el mercado aguas arriba y participar 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 el resto de 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:

Gráfico N° 1: Estrechamiento de Márgenes



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 tenga la posibilidad de afectar el mercado al controlar la provisión del insumo esencial, pudiendo desplegar estrategias cuyo objetivo sea reducir los márgenes de ganancia de sus competidores en el mercado aguas abajo para excluirlos del mercado. Dicha conducta 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 efecto de estrechar el margen de sus rivales (en el mercado aguas abajo), de tal forma que no les resulte rentable a estos competir⁹². Es decir, lo importante a analizar en este tipo de casos 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 mayoristas⁹³.

Asimismo, se debe 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

⁹² 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.

⁹³ 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.
Ver: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-07-274_es.htm

serán incluso menores⁹⁴. 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 abajo⁹⁵. 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 competidores⁹⁶. De este modo, 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 (generalmente, aguas abajo).

Por otro lado, esta conducta puede generar un impacto negativo en el 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 los afectados⁹⁷.

Lo cierto es que el mercado donde se despliega esta práctica anticompetitiva, pierde atractivo para las empresas ya presentes en éste y 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

⁹⁴ GERADIN, Damien y O'DONOGHUE, Robert, *op.cit.*

⁹⁵ OECD, "Margin Squeeze", *Directorate for financial and enterprise affairs Competition Committee*, núm. DAF/COMP(2009)36, 2010.

⁹⁶ 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".

⁹⁷ "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.

mercado aguas abajo dado el estrechamiento de márgenes en las ganancias⁹⁸. 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 competidores⁹⁹ 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 también resulta en perjuicio de los consumidores, ya que evita la aparición de un mercado aguas abajo más eficiente¹⁰⁰.

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(n) servicios parecidos con los mismos participantes. Al observar una disminución de sus márgenes, las firmas competidoras pueden ser más 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 emplearan 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”*¹⁰¹.

⁹⁸ OECD, “Margin Squeeze”, Directorate for financial and enterprise affairs Competition Committee, núm. DAF/COMP(2009)36, 2010.

⁹⁹ 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 enero de 2015).

¹⁰⁰ DUNNE, Niamh, “Margin Squeeze: Theory, Practice, Policy”, preparado para EUSA Conference, 2011.

¹⁰¹ **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 exclutorio 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.

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 ley¹⁰², 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, encontrándose tipificada en la cláusula abierta del literal h) del artículo 10.2 del DL 1034. En particular, la reducción del margen de ganancia no se genera por una mayor eficiencia económica de la empresa dominante, sino por el control del insumo esencial aguas arriba.

Es relevante señalar que esta posición también es compartida por el INDECOPI –en su calidad de agencia de competencia para los demás mercados–, como se puede observar en el punto 4.3. de la presente Resolución¹⁰³.

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:

“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)

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 señalar la metodología de análisis de esta figura. Al respecto, el numeral 1

¹⁰² “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. Disponible en: <http://aplicaciones.indecopi.gob.pe/ArchivosPortal/boletines/recompi/castellano/articulos/primavera2011/EduardoQuintanaSanchez.pdf> (consultado el 20 de enero de 2015)

¹⁰³ 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.”

del artículo 10º del DL. 1034¹⁰⁴ señala que existe abuso de posición de dominio cuando un agente económico que ostenta posición de dominio 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 exclusorio para ser consideradas como abuso de posición de dominio.

Para el caso bajo análisis, la presunta conducta de estrechamiento de márgenes o *price squeeze* imputada a América Móvil, será evaluada siguiendo la metodología establecida en la Resolución de Inicio y, conforme a la normativa de libre competencia. Por tanto se deberá 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, y
- (iii) que dicha conducta 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), entendido por exclusión no solamente la salida de algún competidor del mercado, sino también el debilitamiento del procesos competitivo.

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 constituye una prohibición relativa¹⁰⁵, de acuerdo a lo establecido en el numeral 4 del artículo 10º del DL. 1034¹⁰⁶, a fin de que se pruebe la existencia de una infracción administrativa y la conducta sea sancionada, se deberá 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 que se generan a la competencia y al 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.

¹⁰⁴ **DL 1034**

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

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

¹⁰⁵ **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. (el subrayado es nuestro)

¹⁰⁶ **DL 1034**

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

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 empresas 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 para la provisión del servicio final, y el precio que el operador de la red (dominante) ofrece en el mercado aguas abajo, no resulta suficiente para que un prestador de servicios eficiente obtenga un beneficio normal que le permita competir en el mercado aguas abajo¹⁰⁷.

Bajo esta premisa y en opinión de este Cuerpo Colegiado, este escenario “no rentable” no corresponde solo a un escenario con margen negativo, sino que además se verificará cuando se cumplan con las condiciones antes señaladas, esto es, la conducta anticompetitiva se podrá observar cuando el margen es nulo o muy pequeño, dependiendo de cada caso específico¹⁰⁸. 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 existe duda alguna de que se está produciendo un estrechamiento de márgenes¹⁰⁹.

8.2. Respecto a la existencia de posición de dominio de América Móvil en el mercado relevante

Como se ha señalado previamente, la conducta de estrechamiento de márgenes implica necesariamente la existencia de dos mercados que se encuentran relacionados entre sí, debido a que en el mercado aguas arriba una empresa verticalmente integrada provee una facilidad o un insumo esencial a quienes serán sus competidores en el mercado aguas abajo. Así, en esta conducta se debe definir el mercado relevante considerando la integración vertical, ya que están involucrados tanto un mercado mayorista (aguas arriba)

¹⁰⁷ 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.
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) (consultado el 20 de enero de 2015)

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).”

¹⁰⁸ 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 es negativo (margen < 0); (ii) 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 (iii) 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) (en estos dos últimos caso se deberá analizar si el margen resulta rentable o no).

¹⁰⁹ 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.

como uno minorista (aguas abajo), como se ha podido apreciar en el presente procedimiento.

Ahora, partiendo de que el mercado relevante no necesariamente es igual al mercado afectado¹¹⁰, este Cuerpo Colegiado considera que para el presente caso, la posición de dominio de la empresa verticalmente integrada se deberá analizar en el mercado aguas arriba, debido a que a nivel mayorista se demandan insumos que son necesarios para la operación del mercado minorista (facilidad esencial para poder acceder y prestar el servicio de llamadas de LDI), en tal sentido, éste será el mercado relevante.

De otro lado, se observa que los efectos de la conducta investigada recaerían en el mercado aguas abajo¹¹¹, que será considerado como el mercado afectado, en atención a la relación entre la demanda que realizan los *carriers* por los insumos aguas arriba, y la demanda por llamadas de LDI que realizan los consumidores finales en el mercado aguas abajo.

Cabe destacar que la metodología seguida por la Secretaría Técnica, y recogida por este Cuerpo Colegiado, para la delimitación del mercado afectado aguas abajo y el mercado relevante aguas arriba, sigue los mismos principios de la delimitación de mercado relevante establecida en el DL 1034 y en los Lineamientos, considerando lo siguiente:

- 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 1034¹¹², como primer paso corresponde identificar el bien o servicio materia de la conducta investigada, para luego determinarse aquellos servicios que sean capaces de sustituirlo de forma adecuada.

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 indican 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*

¹¹⁰ 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 que 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 a la plataforma del centro comercial Jockey Plaza y como mercado afectado el conjunto de bienes o servicios que se ofrecen dentro de este centro comercial, entre ellos a la venta de hamburguesas. Resolución N° 059-2011/CLC-INDECOPI del 15 de noviembre del 2011 emitida en el Expediente N° 007-2007/CLC.

¹¹¹ América Móvil no cuestiona que se evalúe el mercado relevante en el mercado aguas arriba considerando la sustitución aguas abajo sino por el contrario, considera que es la forma correcta de definición del mercado relevante, cuando se evalúa un mercado cuya demanda se deriva de otro servicio.

¹¹² **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.

decir, se busca determinar la posibilidad de sustitución física de los productos.” (El subrayado es nuestro).

Es pertinente realizar tal precisión, en la medida que de acuerdo a lo señalado por América Móvil, la Secretaría Técnica habría cometido un error al definir los posibles sustitutos materia de análisis en el presente caso, pues únicamente ha considerado sus características físicas y técnicas, y no ha evaluado si son alternativas razonables para el consumidor, ni la elasticidad de la demanda en función de los precios.

Al respecto, de acuerdo a lo señalado por el DL 1034 y los Lineamientos, para poder evaluar el grado de sustitución entre los servicios se debe considerar¹¹³ lo siguiente: (i) **los sustitutos físicos**, es decir, todos aquellos servicios que presentan características similares desde el punto de vista de los consumidores; y solo cuando se identifiquen los posibles sustitutos, se **(ii) incluirá un análisis de los precios**, indagando si los consumidores estarían dispuestos a cambiarse hacia alguno de dichos productos 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”^{114 115}.

Así, de acuerdo a lo señalado en los Lineamientos, los posibles sustitutos a incluir en el análisis del monopolista hipotético, son **solo aquellos bienes o servicios que cumplen con tener características similares a las del producto central y que brinden un nivel de satisfacción igual o similar al logrado con el producto central.**

Para el caso en particular, en la medida que se trata de un mercado cuya demanda es derivada, es decir que la demanda que tienen las facilidades esenciales en el mercado mayorista dependerá de la demanda que tenga el servicio final, a efectos de determinar el mercado relevante, en primer lugar se evaluarán los posibles sustitutos aguas abajo del servicio de llamadas móviles de LDI en la modalidad prepago, considerando el punto de vista de los consumidores finales, para posteriormente definir el mercado relevante aguas arriba, teniendo en cuenta la demanda de los *carriers* por las facilidades de acceso a las redes que necesitan para llegar a los consumidores finales. Así, como se puede apreciar, si bien existe una relación entre el mercado aguas abajo y el mercado arriba,

¹¹³ Cabe precisar que este análisis se deberá realizar tanto para el mercado relevante como para el mercado afectado.

¹¹⁴ 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.

¹¹⁵ Según Davis y Garcés, para la definición del mercado relevante haciendo uso del test del monopolista hipotético **debe partirse de la definición más estrecha del mercado del producto y del mercado geográfico**; es decir, se debe partir del producto que está siendo investigado, el cual es llamado “*focal product*”. Luego, debe evaluarse si el productor monopolista de este bien puede, de forma rentable, subir el precio entre un 5% o 10%. Si esto es posible, este único producto debe constituir el mercado relevante. De lo contrario, debe buscarse e incluirse otros sustitutos cercanos. En ese caso, debe asumirse nuevamente un monopolista hipotético incluyendo cada uno de los productos candidatos a sustitutos del producto central, luego se repite la pregunta ¿un aumento del precio de 5% o 10% durante un año será rentable? Este proceso debe continuar en tanto la respuesta sea “no”, ya que una respuesta negativa indica que se está obviando al menos un bien sustituto en la definición del mercado relevante, lo que finalmente limitará la rentabilidad de un incremento de precios del monopolista. Este proceso de agregar productos al mercado relevante debe detenerse cuando se tiene un conjunto de productos que le permiten al monopolista hipotético elevar los precios sin perder clientes. Así, el mercado relevante debe quedar definido por aquellos productos monopolizables.

Al respecto ver: Peter Davis and Eliana Garcés (2010). “Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis”. Princeton University Press. Pág. 202 - 204.

para la delimitación del mercado relevante (aguas arriba) se debe considerar solo la demanda de quienes participan en dicho mercado; es decir, los *carriers* y no los consumidores finales.

Cabe precisar que el hecho que la demanda por el uso del insumo esencial sea una demanda derivada del servicio final, no implica de modo alguno que, de existir sustitutos del servicio final, también existan sustitutos al insumo esencial para los *carriers*.

8.2.1. Definición del mercado aguas abajo

Como punto de partida, se determinará el mercado de producto, donde se deberán incluir a todos aquellos servicios que permiten satisfacer la misma necesidad que el servicio en análisis, y posteriormente, de haberse determinado que el servicio es adecuado para satisfacer las necesidades del consumidor, se tomará en consideración los precios de los posibles sustitutos para evaluar si son (o no) sustitutos adecuados. Luego, se definirá el mercado geográfico, que permitirá distinguir las zonas donde se oferta y demanda el referido servicio, y si los niveles de competencia son homogéneos.

El producto bajo análisis, que origina la demanda del insumo en el mercado aguas arriba, está constituido por las llamadas de LDI desde teléfonos móviles prepago de América Móvil. Se considera el segmento prepago porque en él se han observado las tarifas cuestionadas. Luego, en un primer momento, el mercado aguas abajo debe incluir a todos aquellos servicios que permitan satisfacer la misma necesidad sin que el usuario experimente una pérdida sustancial de su bienestar, debido a una menor calidad o a un mayor esfuerzo para establecer la comunicación. Si se encuentran sustitutos en el uso y con las características del servicio en análisis que cumplan con dichos requisitos, entonces se procederá a evaluar los precios para determinar si en términos económicos es posible la sustitución.

Debe tenerse en cuenta que el mercado de partida, en su versión más estrecha, es un mercado de voz, y por lo tanto los posibles sustitutos a considerar deben también permitir la comunicación por voz. Luego, deben considerarse otras posibilidades distintas al propio uso del celular para la realización de llamadas de LDI. Estos posibles sustitutos se han elegido en base a la información observada en la Encuesta Residencial de Servicios de Telecomunicaciones (ERESTEL) – 2013¹¹⁶.

Cuadro N° 2: 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

¹¹⁶ Disponible en: <https://www.osiptel.gob.pe/documentos/encuesta-residencial-erestel>

Tal como se observa en el Cuadro N° 2, los principales medios a través de los cuales los hogares realizan llamadas de LDI, además del teléfono móvil, son el teléfono fijo, los locutorios y cabinas de internet, y los teléfonos públicos.

Adicionalmente, cabe destacar que las empresas competidoras, IDT, Convergía y Américatel, han señalado que sí existe competencia entre el servicio de LDI desde teléfonos móviles y otros servicios como los teléfonos fijos, teléfonos públicos, locutorios y servicios de comunicaciones por internet. Si bien las respuestas no han sido unánimes respecto a todos ellos, América Móvil ha señalado que estos también deberían formar parte del mercado relevante.

Al respecto, si bien el argumento señalado previamente es utilizado por América Móvil para la definición del mercado relevante (aguas arriba), este Cuerpo Colegiado ha considerado pertinente incluirlo como un cuestionamiento al mercado aguas abajo, debido a que, como lo señalamos anteriormente, para la delimitación del mercado relevante se deberá tener en cuenta la demanda de los *carriers* y no la demanda de los consumidores finales.

Adicionalmente, América Móvil considera que las llamadas entrantes de LDI a través de la telefonía móvil prepago también deberían ser consideradas como un posible sustituto del servicio analizado.

En un primer momento, podría considerarse que todos los medios que señalamos previamente pertenecen al mismo mercado, ya que compiten entre sí (con la excepción de las llamadas entrantes). Sin embargo, este Cuerpo Colegiado considera que un correcto análisis de competencia no solo debe basarse en el número de usuarios u hogares que usan cada medio en un momento dado, ya que este análisis resulta ser estático y no permite observar factores que puedan afectar la sustitución. Es decir, no basta con identificar qué alternativas permiten satisfacer una necesidad, o qué servicios compiten entre sí. Dicho análisis debe ser solo un punto de partida.

En efecto, de acuerdo a lo señalado en los Lineamientos, el que se considere que un producto compite con el “producto central” no basta para considerarlo dentro del mercado relevante. De manera textual, respecto a la determinación de productos sustitutos, se señala que *“inicialmente se podrían plantear cuáles son los productos que compiten con el producto analizado; para determinar si los productos compiten efectivamente o no, debe tomarse en cuenta si los consumidores al usar un servicio alternativo no son afectados en su nivel de bienestar.”* (El subrayado es nuestro)

Así, en este caso, para determinar los posibles sustitutos del servicio en análisis no solo se debe considerar si la telefonía fija, la telefonía pública, o los locutorios compiten con las llamadas de LDI desde el teléfono móvil; sino que ello solo debe ser un primer paso, para luego analizar las características de estos posibles sustitutos, como a continuación se procederá a evaluar¹¹⁷.

En principio, 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

¹¹⁷ Posteriormente, una vez identificado los posibles sustitutos se analizará los precios para determinar si en términos económicos es posible la sustitución.

posibilidad de realizar llamadas desde fuera del hogar, tal como lo ha planteado América Móvil. 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 sino tiene que mantenerse en su ubicación.

Incluso, en anteriores pronunciamientos, las instancias de solución de controversias del OSIPTEL han señalado que las características de la telefonía móvil hacen que no tenga sustitutos. En la Resolución N° 019-97-CCOIII, en la controversia seguida por Tele 2000 S.A. y Empresa Difusora Radio Tele S.A. – Radio Panamericana contra Telefónica del Perú S.A.A., respecto a conductas de negativa injustificada de acceso y discriminación en el Roaming Automático Nacional (RAN), el Cuerpo Colegiado señaló que el mercado relevante estaba constituido por el servicio de telefonía móvil en Lima y Callao, debido principalmente a que este servicio permite a los usuarios disponer del servicio en cualquier lugar, posibilitando la movilidad.

Una vez detalladas las principales características que presenta la telefonía móvil, pasaremos a evaluar cada uno de los posibles sustitutos a los que hicimos referencia previamente:

A. Telefonía fija

En el caso de la telefonía fija, existen hasta tres formas de realizar llamadas de LDI: (i) el sistema de LLxLL en fijos, (ii) el sistema de preselección, y (iii) mediante tarjetas prepago. Sin embargo, en todos estos casos es necesario que el usuario del servicio móvil tenga también acceso a un teléfono fijo, lo cual no siempre es posible, ya que los niveles de penetración entre la telefonía móvil y la fija son muy diferentes. Así, debe observarse que solo el 33.5% de los hogares a nivel nacional tiene acceso a la telefonía fija, mientras que el 86.8% de los hogares tiene acceso a la telefonía móvil, y solo el 29.7% de los hogares a nivel nacional tiene acceso a ambos servicios¹¹⁸. De este modo, solo la tercera parte de los hogares que disponen de teléfono móvil disponen también de teléfono fijo. Esto es un impedimento para considerar que ambos servicios deban estar en el mismo mercado relevante, por lo menos si se considera la sustitución en el sentido del teléfono móvil al teléfono fijo.

Adicionalmente, cabe precisar que en un caso anterior¹¹⁹, se ha reconocido que la telefonía fija no puede ser sustituta a la telefonía móvil en la medida que esta última permite a los usuarios disponer del servicio en cualquier lugar, posibilitando la movilidad, característica que no se presenta en la telefonía fija.

Sobre este punto, si bien América Móvil ha señalado que “*no existe evidencia de que los usuarios del servicio móvil prepago tengan necesidad de realizar llamadas de LDI mientras se están desplazando*”, agregando que hay ciertos estudios econométricos que encontraron sustitución entre las llamadas de larga distancia desde una red fija y una móvil, la referida empresa no ha presentado dichos estudios.

¹¹⁸ 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.

¹¹⁹ Resolución N° 019-97-CCOIII emitida en la controversia seguida por Tele 2000 S.A. y Empresa Difusora Radio Tele S.A. – Radio Panamericana contra Telefónica del Perú S.A.A.

En tal sentido, este Cuerpo Colegiado considera que al no presentar la telefonía fija las mismas características que la telefonía móvil, no resultaría una alternativa adecuada en la sustitución del servicio analizado.

B. Teléfonos Públicos y locutorios o cabinas

Otra posible alternativa son las llamadas de LDI desde teléfonos públicos. Al respecto, para que este servicio sea un sustituto adecuado de las llamadas de LDI desde móviles, el usuario debe tener acceso a un teléfono público, lo cual no siempre es sencillo, considerando que la distribución de teléfonos públicos no es homogénea y existen zonas en las que es difícil encontrar uno de estos teléfonos, o no están en funcionamiento debido al alto grado de vandalismo¹²⁰ al que están expuestos.

De otro lado se observan otros costos que involucra el uso de teléfonos públicos, como la necesidad de contar con tarjetas prepago con saldo, o contar con monedas en cantidad y valor suficiente para realizar la llamada. Por lo tanto, los teléfonos públicos, en el uso, no constituyen un sustituto adecuado del teléfono móvil para la realización de llamadas de LDI.

Finalmente, los locutorios y cabinas tienen la misma restricción que los teléfonos públicos. Es decir, la distribución de estos locales no es homogénea, y existen zonas en las cuales no se puede encontrar fácilmente un locutorio o una cabina para realizar este tipo de llamadas, por lo que tampoco podrían ser consideradas como un posible sustituto del servicio en análisis.

C. Servicio de comunicación por Internet

Respecto a lo señalado por América Móvil, en el sentido de que algunos estudios internacionales (ninguno realizado en el Perú), evidencian el crecimiento de servicios tipo *Skype* para la realización de llamadas de LDI; este Cuerpo Colegiado considera que dicho incremento, no condiciona que estos servicios sean considerados como sustitutos de las llamadas de LDI desde móviles prepago.

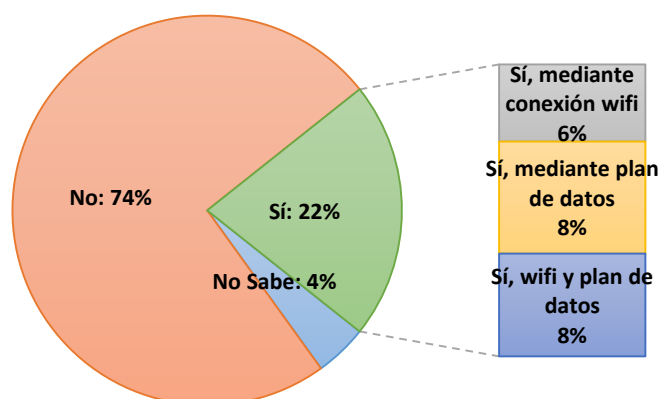
Si bien este Cuerpo Colegiado reconoce que los servicios de comunicación a través de internet han tenido un importante crecimiento a nivel general; se debe tener en cuenta que, debido a la baja penetración de *smartphones*, que según Ipsos¹²¹ sería de 10% con respecto a la población total, así como de los servicios de acceso a internet, no es posible considerarlos como un sustituto adecuado.

Así por ejemplo, en el siguiente gráfico, se muestra que solo el 22% de los que poseen un teléfono móvil cuenta con acceso al servicio de internet, ya sea a través de un plan de datos y/o mediante el acceso a una red wifi. Incluso, a pesar de que a los encuestados se les realiza una pregunta general respecto a si su teléfono móvil puede acceder a internet con la finalidad que pueden señalar los usos más frecuentes, no se muestra una tendencia de los entrevistados a señalar que utilizan aplicaciones de mensajería, como el propio *Skype*, u otras como *Line* o *Viber*, para realizar llamadas de voz por IP desde sus teléfonos móviles al extranjero.

¹²⁰ Ver: El 51% de teléfonos públicos de Lima fue vandalizado en el 2010. Disponible en: http://elcomercio.pe/lima/sucesos/51-telefonos-publicos-lima-fue-vandalizado-2010_1-noticia-729866?ref=nota_economia&ft=mod_leatambien&e=titulo

¹²¹ 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 12/01/2015)

Gráfico N° 2: ¿Su teléfono móvil puede acceder a Internet?



Fuente: ERETEL 2013
Elaboración: STCCO - OSIPTEL

D. Llamadas entrantes de telefonía móvil en la modalidad prepago

América Móvil, de acuerdo a lo señalado en el Informe de Arturo Briceño, señala que incluso las llamadas entrantes forman parte del mercado relevante, ya que *“que los miembros de los “grupos cerrados de usuarios” (closed user groups), consideran sustitutos las llamadas LDI salientes y las entrantes. Un usuario móvil prepago de Claro que desea comunicarse con un familiar en los EEUU podría restringirse de hacer él la llamada y en su lugar que su familiar lo llame desde EEUU, en la medida que para ambas partes les resulta más económico. Ambas partes (llamante y llamado) obtienen bienestar de la misma llamada LDI, independientemente de dónde se origina (Perú o EEUU).”*¹²²

Si bien ambas llamadas pueden satisfacer una misma necesidad en grupos cerrados de usuarios, esta satisfacción no necesariamente se logra en el momento en que es requerida. Así por ejemplo, si un usuario móvil prepago de América Móvil desea comunicarse con un familiar en los EE. UU. no podría esperar que de forma automática su familiar lo llame desde EE. UU. ¿Cómo podría el familiar en EE. UU. saber que el usuario móvil prepago de América Móvil quiere comunicarse con él? Para lograr esto es necesaria una comunicación previa y adicional en la que exista una coordinación entre ambos para que el familiar realice la llamada al usuario prepago de América Móvil en un momento determinado. Ello hace que las llamadas entrantes no sean un sustituto en el uso de las llamadas salientes, en la medida que como se puede apreciar, se afectaría el nivel de bienestar del usuario al no poder comunicarse cuando éste quiera y al tener que hacer coordinaciones previas para que recién se satisfaga su necesidad de comunicación.

E. Llamadas a través de otros operadores móviles

Los usuarios de una red móvil como la de América Móvil no migrarán a otro operador móvil exclusivamente por el servicio LDI que brinda dicho operador (por ejemplo, Telefónica Móviles o Nextel); en la medida que no eligen su red principalmente por el servicio LDI, sino por la combinación de otros servicios, como las llamadas *on-net*, las promociones de terminales móviles, la cantidad de *megabytes* (MB) que obtenga para navegar por internet, etc. que hacen que cada plataforma sea un mercado diferente para los operadores de larga distancia.

¹²² Página 30 de su escrito N° 14

Ello se encuentra estrechamente relacionado con los costos de cambio (*switching costs*) que los usuarios de una red móvil tienen para migrar a otra red, los cuales a su vez se derivan de las externalidades de red presentes en el servicio de telefonía móvil¹²³. Si bien los costos de cambio se reducen a través de medidas regulatorias como la portabilidad numérica, no sería común que los usuarios cambien de operador atraídos por ofertas para llamadas de LDI.

En efecto, de acuerdo a lo que se observa en la distribución del tráfico móvil, en el año 2013, alrededor del 88% del tráfico móvil fue *on-net*. En ese sentido, uno de los elementos que el usuario considera al elegir su operador móvil, incluso el más importante, es la tarifa de las llamadas *on-net*, por lo cual el usuario termina eligiendo la red donde tiene la mayor cantidad de contactos¹²⁴. Así, una vez elegida la red móvil a la que pertenecerá el usuario, cuando este demande el servicio de llamadas de LDI desde su teléfono móvil, tendrá que elegir al operador de larga distancia que le brindará dicho servicio. Esta elección normalmente será distinta a la elección del operador móvil, ya que el tráfico de LDI no representa una parte significativa del tráfico desde redes móviles.

Para la elección de la empresa con la cual cursará sus llamadas de LDI, desde que empezó a operar el sistema de LLxLL, en octubre de 2010, los usuarios del servicio de telefonía móvil tienen básicamente dos opciones para realizar llamadas desde el teléfono móvil: (i) realizar sus llamadas de LDI a través de su propio operador móvil, o (ii) realizar sus llamadas de LDI a través de un operador de larga distancia alternativo.

Al respecto, América Móvil ha señalado que la Secretaría Técnica erróneamente ha considerado que antes del sistema de LLxLL no habría existido competencia en servicios de LDI para los usuarios de su red, como si solo pudiera ofrecerse el servicio de llamadas de LDI a través de una red móvil y no considerar a la telefonía fija, locutorios y otros medios a través de los cuales se pudiera realizar tales llamadas.

En principio, como ya lo señalamos anteriormente, el hecho de que un servicio compita con otro o satisfaga la misma necesidad no implica que sea un sustituto adecuado para el servicio en análisis sino que será necesario evaluar otros factores.

Sin perjuicio de ello, cabe señalar que si las llamadas a LDI desde teléfonos fijos, teléfonos públicos y locutorios pertenecieran al mismo mercado relevante que las llamadas desde teléfonos móviles y ejercieran una gran presión competitiva como afirma América Móvil, entonces ¿por qué antes del establecimiento del sistema de LLxLL los operadores móviles no tenían ofertas tan agresivas como las que tuvieron después? Ya que se pasó de un esquema con tarifas más bajas a números duados de LDI, a un esquema con tarifas bajas a cualquier número de LDI. Al respecto, se puede observar que en la Exposición de Motivos del Reglamento del Sistema de Llamada por Llamada en el servicio portador de larga distancia, aplicable a los usuarios de los Servicios Públicos Móviles¹²⁵, se señala lo siguiente:

“Actualmente, los concesionarios móviles son los únicos que pueden ofrecer el servicio de larga distancia a sus usuarios. Con la implementación del sistema de

¹²³ Las externalidades de red se presentan cuando a medida que aumenta el número de suscriptores a una red de telecomunicaciones el valor de dicha red también aumenta, lo que permite a los usuarios realizar y recibir más llamadas a menores tarifas, pues los operadores suelen establecer tarifas muy bajas para el tráfico dentro de la misma red, o normalmente incluyen grandes cantidades de minutos o llamadas ilimitadas.

¹²⁴ Adicionalmente, en los últimos años ha cobrado especial importancia la cantidad de MB que el operador móvil ofrece en sus planes para que los usuarios accedan a internet. Sin embargo, esto sería más relevante en los planes postpago.

¹²⁵ Aprobado mediante Resolución N° 002-2010-CD/OSIPTEL.

llamada por llamada, los concesionarios móviles tendrán que competir por este segmento del mercado con otros concesionarios de larga distancia, incluyendo entre ellos a algunos concesionarios vinculados.” (El subrayado es nuestro)

Es así que este Cuerpo Colegiado comparte la afirmación de la Secretaría Técnica respecto a que antes del sistema de LLxLL no existía competencia con los locutorios, telefonía fija y otros, en las llamadas a LDI desde el móvil, en relación a los usuarios que éstos tenían dentro de su red, ya que, como se puede apreciar de la referida cita, se reconoció que los concesionarios móviles eran los únicos que podían ofrecer este servicio dentro de su red, y justamente esta situación fue la que motivó la implementación del sistema de LLxLL en el año 2010. En efecto, desde la implementación de este sistema se incentivó la competencia en el mercado de telefonía móvil entre los concesionarios móviles (y sus vinculadas) y los *carrier*, siendo que cada plataforma constituye un mercado diferente para los operadores de larga distancia.

F. Sobre las preferencias de los consumidores

América Móvil a lo largo del procedimiento ha cuestionado las razones por las cuales la Secretaría Técnica, ha planteado que los usuarios que efectúan llamadas LDI desde sus teléfonos móviles requieren hacerlo mientras se están movilizandoy por ello no son sensibles al cambio. De acuerdo a la referida empresa, dicho argumento no cuenta con un sustento técnico, siendo que el análisis realizado por la Secretaría Técnica no se basa en el comportamiento de un consumidor marginal sino de uno cautivo, a pesar de que existen ciertos estudios econométricos que encontraron sustitución entre las llamadas de larga distancia desde una red fija y una móvil.

Al respecto, corresponde señalar en primer lugar que América Móvil no ha presentado estudio econométrico alguno que sustente el argumento por el cual sostiene que los consumidores de llamadas de LDI a través de teléfonos móviles son sensibles al cambio y pueden calificar como marginales.

No obstante ello, este Cuerpo Colegiado considera pertinente analizar determinada información, a efectos de evaluar el argumento planteado por América Móvil.

En primer lugar, se deben observar los resultados de la encuesta denominada ERESTEL 2013, donde se aprecia 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 los restantes utilizan también el servicio de telefonía fija, los locutorios o cabinas de internet y teléfonos públicos, entre otros. Ello, evidencia la poca disponibilidad al cambio que puede tener un usuario que normalmente realiza llamadas de LDI desde su teléfono móvil (que es el producto de partida, tal como ha sido señalado en párrafos precedentes).

En la misma línea, a efectos de evaluar el argumento de América Móvil, es necesario observar las tarifas de llamadas de LDI a través de la telefonía móvil. En caso se aprecie que los consumidores, pese a un valor elevado de las tarifas en relación a otros servicios (telefonía fija, pública y locutorios), continúan utilizando el servicio en cuestión, nos permitirá afirmar que no son sensibles al cambio.

Para tal efecto, el Cuerpo Colegiado considera pertinente presentar el siguiente cuadro donde se observan las tarifas de América Móvil para la realización de llamadas de LDI desde móviles prepago vigentes a enero de 2011. Como se puede apreciar, las tarifas de América Móvil eran bastante altas, a excepción de la promoción “Tarifa especial a números triados” (que es una de las investigadas en el presente procedimiento).

Cuadro N° 3: Tarifas para llamadas de LDI desde teléfonos móviles prepago de América Móvil, a enero de 2011

EMPRESA	DESTINO	Prepago Juerga TH	DESTINO	Combos Anualizados	
				HN	HR
AMÉRICA MÓVIL 1912	Destino LDI Premium 1	S/. 2.00	Sur y Centro América	S/. 3.07	S/. 2.57
	Destino LDI Premium 2	S/. 2.80	América del Norte	S/. 3.17	S/. 2.77
	LDI América del Sur	S/. 2.00	Europa	S/. 4.18	S/. 3.37
	LDI Europa y Resto del Mundo	S/. 4.00	Resto del Mundo	S/. 4.89	S/. 3.58
	Otros LDI 1	S/. 7.00	Otros LDI 1	S/. 9.37	S/. 9.37
	Otros LDI 2	S/. 14.00	Otros LDI 2	S/. 17.57	S/. 17.57
	Tarifa Especial a Números Triados (incluye 1 número internacional)	S/.0.55		S/.0.55	

Nota:

Destino LDI Premium 1: Canadá, China, E.E.U.U., Bolivia, Colombia, República Dominicana, Panamá, Paraguay, Puerto Rico, Venezuela y Francia.

Destino LDI Premium 2: Argentina, Chile, España, Italia, Japón, Ecuador, Guatemala, Honduras, Jamaica, México y Reino Unido.

Destino LDI América Sur: El Salvador, Nicaragua, Costa Rica, Brasil, Guadalupe, Martinica y Uruguay.

Destino LDI Europa: Grecia, Holanda, Bélgica, Gibraltar, Portugal, Luxemburgo, Irlanda, Islandia, Malta, Chipre, Finlandia, Bulgaria, Hungría, Bielorusia, Ucrania, Yugoslavia, Croacia, Bosnia, Rumania, Suiza, República Checa, Austria, Dinamarca, Suecia, Noruega, Polonia, Alemania y Rusia.

Otros LDI 1: Cuba, Australia, República de Guyana, Andorra, Aruba, Papua Nueva Guinea.

Otros LDI 2: Guinea Bissau, Guyana Francesa, Macau, Diego García, Islas Cook, Isla Norfolk, Polinesia Francesa, Samoa Americana, Surinam, Swazilandia, Tuvalu, Barbados, Bermuda, Islas Caimán, Corea del Norte, Islas Vírgenes Americanas, Kiribati, Mongolia, Namibia, Rwanda, Santa Elena, Santa Lucía, Isla Turks e Isla Caicos, Vanuatu, Isla Wallis e Isla Fortuna.

Fuente: OSIPTEL – Oferta Comercial Residencial. En <https://www.osiptel.gob.pe/articulo/entrar-a-oferta-comercial-residencial-a-enero-2011>

Elaboración: STCCO - OSIPTEL

En la misma línea, si observamos las tarifas para las llamadas de LDI a través del sistema de preselección¹²⁶ desde teléfonos fijos, podemos notar que estas son sustancialmente inferiores a las establecidas por América Móvil para las llamadas de LDI desde teléfonos móviles. Incluso, las tarifas desde teléfonos fijos son inferiores a las establecidas por América Móvil en su oferta “Tarifa especial a números triados”.

Cuadro N° 4: Tarifas para llamadas de LDI a través del sistema de preselección en teléfonos fijos, a enero de 2011

Empresa	Plan	Minuto Incluido (S/.)	Minuto Adicional (S/.)
TdP	Ahorra Hablando	0,3	0,3
Americatel	Planes (Pág. II-6)	0,5	(0,25-1,5)
Convergía	Planes (Pág. II-8)	(0,1-0,25)	0,6
IDT	Planes (Pág. II-10)	(0,11-0,35)	(0,20- 0,25)
	Todos		

Fuente: OSIPTEL – Oferta Comercial Residencial. En <https://www.osiptel.gob.pe/articulo/entrar-a-oferta-comercial-residencial-a-enero-2011>

Elaboración: STCCO - OSIPTEL

Ahora bien, resulta pertinente analizar las tarifas para llamadas de LDI desde teléfonos públicos o locutorios, a efectos de evaluar si resultan una oferta atractiva para los consumidores, quienes pueden optar por realizar dichas llamadas a través de los referidos medios. En el siguiente cuadro se muestran estas tarifas para teléfonos públicos y locutorios de Telefónica del Perú. Como se puede apreciar, las tarifas son básicamente

¹²⁶ Se considera el sistema de preselección y no LLxLL desde teléfonos fijos ya que el primero tiene mayor tráfico que el segundo.

de S/. 0.50 por minuto o por 30 segundos de comunicación, tarifas que están por debajo de las establecidas normalmente por América Móvil para la telefonía móvil prepago.

Cuadro N° 5: Tarifas para llamadas de LDI a través de teléfonos públicos y locutorios de Telefónica del Perú S.A.A., a enero de 2011

Telefónica del Perú (S/.)		TUP FIJO LOCAL				TUP FIJO LDN				TUP FIJO LDI			
Terminal		TP. Exterior - Interior	Locutorio	T. Tamura*	TPE (penales)**	TP. Exterior - Interior	Locutorio	T. Tamura*	TPE (penales)*	TP. Exterior - Interior	T. Tamura*	Locutorio (***)	Locutorios
1er bloque	Tarifa del bloque	0,20	0,20	0,20	0,20 X 4	0,50	0,50	0,50	0,50	0,50	0,50	0,50	0,50
	Duración	1 min.	1 min.	1 min.	4 min.	1 min.	1 min.	1 min.	1 min.	30 seg.	30 seg.	1 min.	30 seg.
2º Bloque	Tarifa del bloque	0,20	0,30	0,30	0,20	0,50	0,50	0,50	-	-	-	-	-
	Duración	1 minuto	10 min.	60 min.	6 min.	100 min.	10 min.	60 min.	-	-	-	-	-
3er bloque	Tarifa del bloque	0,10	-			-			-	-	-	-	-
	Duración	100 min.	-			-			-	-	-	-	-
F. Inicio		28/01/09	09/02/09	28/01/09	01/05/09	01/04/09	09/02/09	28/01/09	01/05/09	01/10/09	01/10/09	23/02/10	24/11/09
F. final		07/03/11	07/03/11	07/03/11	07/03/11	07/03/10	07/03/11	07/03/11	07/03/11	07/03/11	07/03/11	07/03/11	07/03/11

(*) T. Tamura es una marca de teléfonos públicos de interior.

(**) En mayo 2009 salieron nuevas promociones exclusivas para locales penitenciarios a nivel nacional.

(***) A España, Italia, Chile e USA (fijo y móvil). El comercializador minorista deberá tener como mínimo 450 líneas

•La promoción de la tarifa de LDI para locutorios se suspendió del 01/02/10 al 04/03/10, y también del 16/06/10 al 01/07/10.

•Las llamadas LDI desde locutorios con contrato de comercialización minorista tienen la tarifa promocional sólo para los siguientes destinos: España, Chile, Italia y USA. El revendedor deberá tener al menos 450 líneas. Para el resto de destinos se aplica la otra promoción,

• Para llamadas de LDI, tarifa no aplica para Cuba, India, Afganistán y Pakistán.

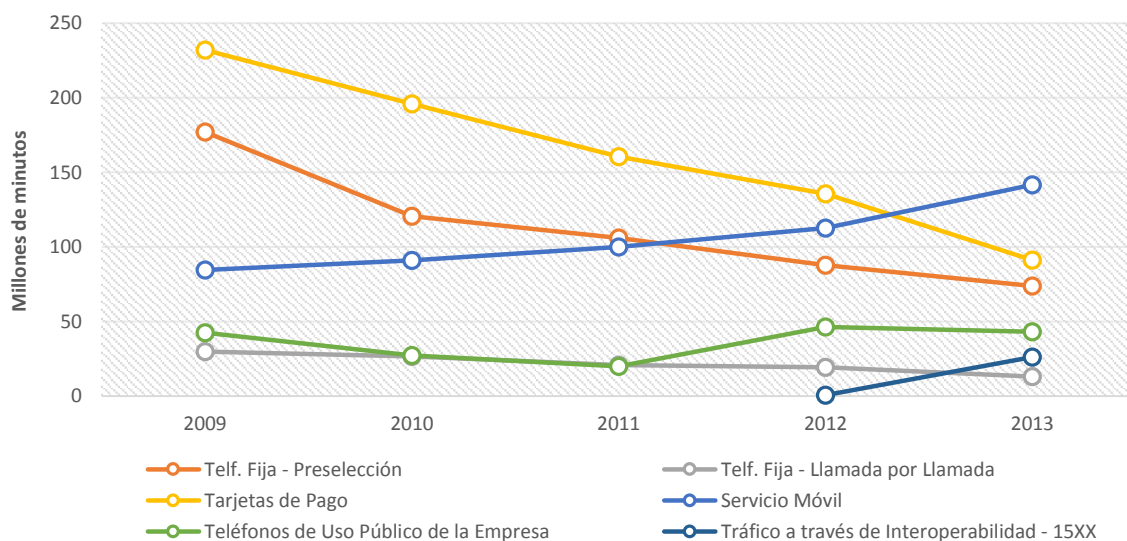
• Todas las tarifas están expresadas en Nuevos Soles e incluyen IGV

Fuente: OSIPTEL– Oferta Comercial Residencial. En <https://www.osiptel.gob.pe/articulo/entrar-a-oferta-comercial-residencial-a-enero-2011>

Elaboración: STCCO - OSIPTEL

Si bien, se podría entender que un consumidor elegiría el medio para realizar sus llamadas de LDI solo en función a la tarifa, el siguiente gráfico desmiente dicha afirmación pues la tendencia del tráfico de LDI desde teléfonos móviles viene siendo creciente en los últimos años, mientras que el tráfico de LDI desde teléfonos fijos y el generado a través de tarjetas de pago muestra una clara tendencia decreciente. 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° 3: Evolución del tráfico de LDI, según el medio



Fuente: OSIPTEL

Elaboración: STCCO - OSIPTEL

Respecto a esta información, en el informe oral, América Móvil ha señalado que *“La penetración móvil es 8 veces mayor que la fija; sin embargo, los usuarios tienen marcada preferencia por realizar llamadas de LDI desde telefonía fija (42.9%)”*. Al respecto, este Cuerpo Colegiado considera que el análisis realizado por la empresa investigada sobre la participación de la telefonía fija es estático, en la medida que no ha tomado en cuenta que esta participación ha venido disminuyendo en los últimos años, mientras que la participación de las llamadas desde teléfonos móviles ha experimentado un crecimiento permanente, tal como ya se ha mostrado líneas arriba. En ese sentido, la afirmación que realiza América Móvil no es cierta.

De los cuadros N° 3, 4 y 5 y el gráfico N° 3, se observa que aquellos que utilizan la telefonía móvil para realizar sus llamadas de LDI son renuentes a cambiar de medio para comunicarse. Ello se evidencia en mayor grado al observar que a pesar que, en algunos casos, las tarifas de otros servicios para realizar llamadas de LDI, como la telefonía fija, la telefonía pública o los locutorios, son mucho más bajas que las cobradas en las redes móviles, los usuarios prefieren realizar sus llamadas de LDI a través de la telefonía móvil, siendo que éste tráfico se ha ido incrementando en los últimos años.

Lo antes expuesto denota que por las características que tiene el servicio en cuestión, éste no cuenta con sustitutos adecuados.

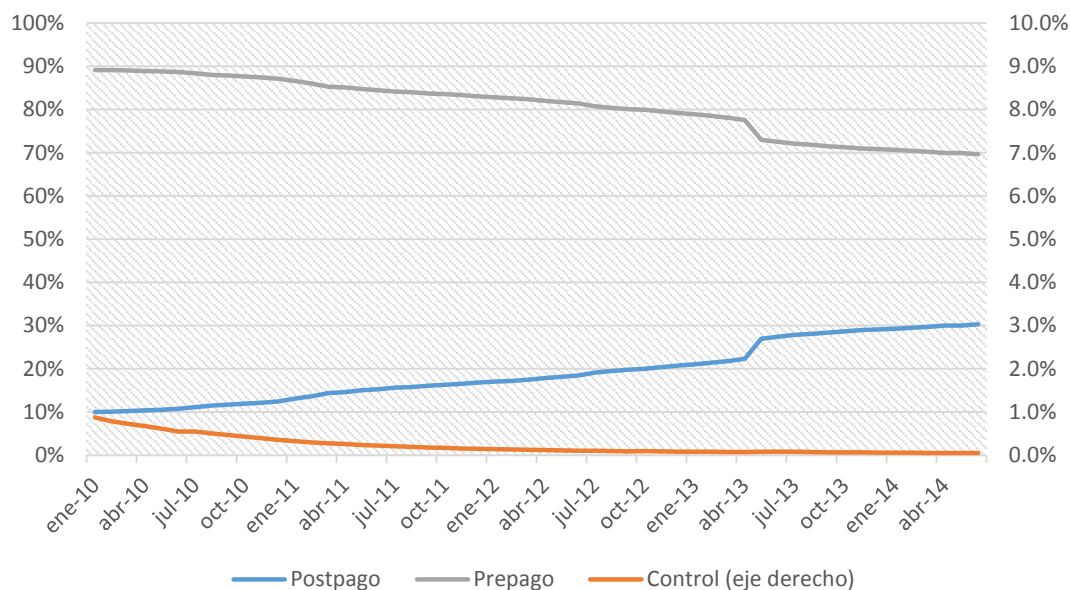
En conclusión, como se puede apreciar de lo señalado en el presente apartado, América Móvil a lo largo del procedimiento ha buscado incluir a todas las formas de comunicación con el extranjero dentro del mercado relevante o del mercado afectado, considerando que desde que se implementó el sistema de LLxLL móvil, éste se convirtió en una fuente más para los usuarios de su red para las llamadas de LDI. Sin embargo, este Cuerpo Colegiado considera, por las razones señaladas, que el hecho de que existan distintas alternativas para satisfacer una necesidad no implica que todos estos medios pertenezcan al mismo mercado relevante. La determinación del mercado relevante debe permitir identificar aquellas alternativas que en efecto generen disciplina competitiva, como lo hemos analizado previamente.

Sin perjuicio de lo antes expuesto, este Cuerpo Colegiado considera pertinente evaluar como posibles sustitutos de la modalidad prepago, a las modalidades control y postpago, a pesar de no haber sido incluidas por la Secretaría Técnica en el Informe Instructivo, con la finalidad de delimitar el mercado relevante aguas abajo.

- **Modalidad Control**

Al respecto, tomando en consideración la evolución de la modalidad control, ésta no debería ser considerada como un sustituto adecuado de la modalidad prepago, en la medida que como se observa en el siguiente gráfico, la participación de las líneas control en comparación con el total de líneas en servicio de América Móvil se ha reducido considerablemente en los últimos años, pasando de representar el 0.9% del total de líneas en enero de 2010 a solo el 0.1% en junio de 2014. En ese sentido, no parece observarse que haya una sustitución marcada entre las líneas prepago y las líneas control.

Gráfico N° 4: Distribución de las líneas en servicio de América Móvil, según modalidad



Fuente: OSIPTEL
Elaboración: ST-COO

- **Modalidad Postpago**

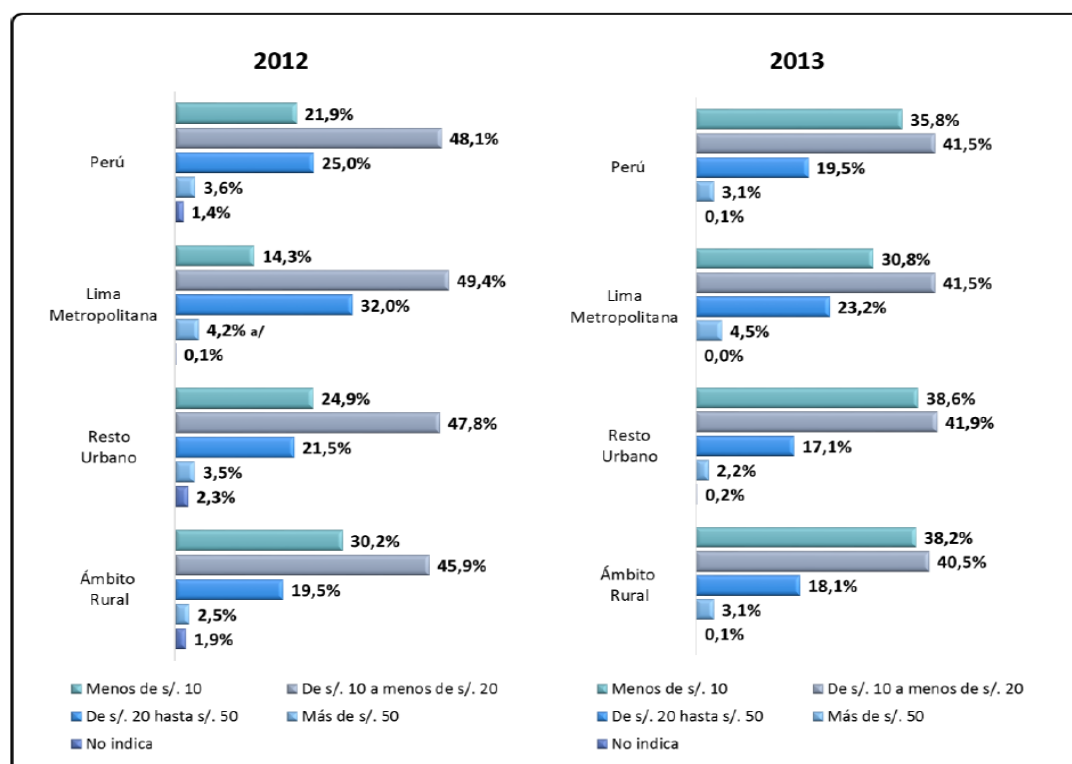
Asimismo, en el gráfico anterior parece observarse un traslado de los consumidores de la modalidad prepago a la modalidad postpago. En concreto, mientras la modalidad prepago pasó de representar el 90% del total de líneas móviles de América Móvil en enero de 2010, al 70% en junio de 2014; la modalidad postpago ha pasado de representar el 10% del total de líneas móviles de América Móvil a representar el 30%, en el mismo periodo. Sin embargo, debe señalarse que si bien en los últimos años la modalidad prepago ha ido perdiendo participación de mercado, en favor de la modalidad postpago, todavía no es posible considerar que ambas modalidades son sustitutos adecuados; es decir, no se puede afirmar que la modalidad postpago ejerza disciplina competitiva sobre la modalidad prepago.

Ello debido a que si analizamos las características propias de la modalidad prepago, se puede observar que son diferentes a las características de la modalidad postpago. Así, mientras que la modalidad postpago genera un compromiso de pago constante por al menos una cantidad de dinero determinada de manera previa (asumiendo que no hay consumos adicionales al otorgado con el plan) durante un periodo prolongado (incluso de hasta 18 meses), en la modalidad prepago el usuario tiene mayor control sobre su gasto, pudiendo adecuarlo según sus necesidades en cada periodo. En ese sentido, la decisión de adquisición del servicio de telefonía móvil en alguna de estas modalidades responde a diferentes incentivos que no son equiparables entre sí.

Asimismo, es necesario considerar que el proceso para obtener una línea postpago es distinto al proceso para obtener una línea prepago. Así, mientras que para obtener una línea prepago solo es necesario la presentación del Documento Nacional de Identidad (DNI), en el caso de un servicio postpago, se requiere pasar por una evaluación financiera, de tal manera que se determine si el usuario está en capacidad de pagar regularmente la facturación del servicio, lo cual dificulta el traslado libre entre modalidades.

De otro lado, según la información obtenida de la encuesta ERESTEL 2013¹²⁷, alrededor del 77% de los usuarios de telefonía móvil prepago y control gastaron menos de S/. 20 al mes en tarjetas prepago y recargas virtuales, mientras que solo el 20% gastó entre S/. 20 y S/. 50, y alrededor del 3% gastó más de S/. 50. En ese sentido, se observa que la mayor parte de usuarios prepago tienen gastos mensuales bajos en el servicio móvil. Asimismo, se aprecia que esta característica de los usuarios móviles se mantiene en todos los ámbitos geográficos.

Gráfico N° 5: Rango de gastos de tarjetas prepago o recargas virtuales realizadas en el mes por los usuarios del servicio de telefonía móvil prepago y control, según ámbito geográfico, 2012 y 2013



Nota: A nivel de personas, de 12 a más años de edad. En el año 2013 se consideró solo la primera línea declarada.

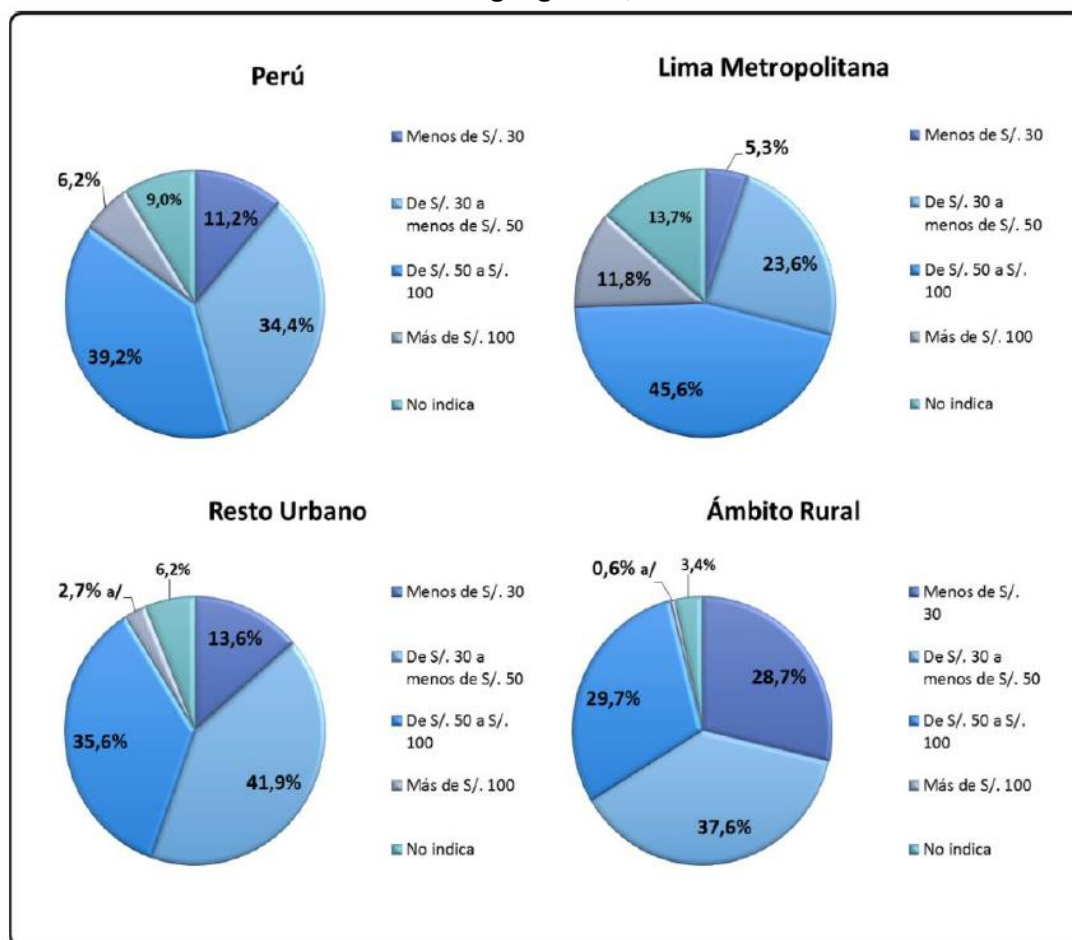
a/ Dato referencial por presentar coeficiente de variación mayor al 20,0%.

Fuente: ACOSTA, Diana y otros (2014) "Caracterización de la Demanda de Telefonía Móvil en el Perú: 2012-2013 Un Análisis Descriptivo". Documento de Trabajo N° 21, OSIPTEL.

De otro lado, si se observa el gasto realizado en el servicio móvil por los usuarios de la modalidad postpago, se aprecia que la mayor parte de estos tienen gastos superiores a los del segmento prepago. Así por ejemplo, a nivel nacional solo 11% de las personas que tienen un móvil postpago o control gastan menos de S/. 30, mientras que el grupo más grande de consumidores, casi el 40%, tiene un gasto promedio entre S/. 50 y S/. 100.

¹²⁷ Ver: ACOSTA, Diana; CHAHUARA, Paulo y RAMOS, Luis (2014). "Caracterización de la Demanda de Telefonía Móvil en el Perú: 2012-2013 Un Análisis Descriptivo". Documento de Trabajo N° 21, OSIPTEL.

Gráfico N° 6: Gasto mensual en el servicio de telefonía móvil postpago y control, según ámbito geográfico, 2013



Nota: A nivel de personas, de 12 a más años de edad.

Se consideró a las personas que declararon tener un plan postpago o control en la primera línea.

Fuente: ACOSTA, Diana; CHAHUARA, Paulo y RAMOS, Luis (2014). "Caracterización de la Demanda de Telefonía Móvil en el Perú: 2012-2013 Un Análisis Descriptivo". Documento de Trabajo N° 21, OSIPTEL.

De esta manera, se aprecia que hay una importante brecha entre los gastos de los usuarios en la modalidad prepago y aquellos que pertenecen a la modalidad postpago. La mayor parte de usuarios del servicio prepago (77%) tienen gastos promedio menores a S/. 20, mientras que en el segmento postpago, la mayoría de usuarios (89%) tienen gastos superiores a los S/. 30.

Asimismo, debe considerarse que al igual que un usuario no cambiaría de operador solo por las tarifas que pueda obtener para las llamadas de LDI, tampoco es probable que cambie de modalidad, pasando de prepago a postpago, por las tarifas para llamadas de LDI. En ese sentido, tal como se ha señalado, la posibilidad de un cambio en la modalidad de contratación del servicio móvil dependerá principalmente de otras variables más representativas, como el acceso a la navegación por internet, o, producto de las externalidades de red, la posibilidad de realizar llamadas *on-net* a través de la red privada de América Móvil (conocida como RPC), que en algunos casos (planes) pueden ser ilimitadas.

En ese sentido, no puede afirmarse que la modalidad postpago sea un sustituto adecuado de los teléfonos móviles adquiridos en la modalidad prepago. Esta conclusión puede ser corroborada al observarse que en los últimos meses (entre mayo de 2013 y junio de 2014) el crecimiento del número de líneas postpago de América Móvil, y la disminución del

número de líneas prepago, se han desacelerado en relación a lo observado entre enero de 2010 y abril de 2013 (Ver Gráfico N° 6).

En conclusión, en atención a todo lo expuesto, este Cuerpo Colegiado considera que en la medida que no existen sustitutos adecuados al servicio analizado, el mercado aguas abajo está conformado por el mercado de llamadas de LDI desde la red prepago de América Móvil, en el que se incluyen las llamadas a través del propio operador móvil como de los *carriers* alternativos (a la fecha, IDT, Americatel y Convergía).

8.2.2. Definición del mercado aguas arriba

Luego de un análisis de los posibles sustitutos en el mercado aguas abajo, éste ha sido definido como el de llamadas de LDI desde la red prepago de América Móvil. En ese sentido, como lo habíamos señalado inicialmente, al existir una demanda derivada entre el mercado aguas abajo y aguas arriba, en esta sección, se deberá evaluar cuáles son los bienes o servicios que requieren los operadores de larga distancia a América Móvil (mercado aguas arriba) para que puedan proveer el servicio de llamadas de LDI en su red¹²⁸.

Al respecto, el único medio que tienen los operadores de larga distancia para poder brindar el servicio de llamadas de LDI desde los teléfonos móviles de América Móvil es precisamente accediendo a la red de dicha empresa. En ese sentido, no existe un sustituto que permita a los operadores de larga distancia brindar el servicio de llamadas de LDI desde los teléfonos móviles de América Móvil, que no sean las facilidades brindadas por dicho operador. Para ser más explicativos, un operador como IDT no podrá prestar el servicio de llamadas de LDI en una línea móvil de América Móvil a través de otro operador móvil como Telefónica Móviles, y menos a través de otras plataformas, como la de un locutorio o telefonía fija.

En efecto, en los servicios de facilidades de originación de llamadas de LDI desde móviles prepago cada red móvil constituye un mercado distinto, en la medida que para que un operador de larga distancia pueda prestar el servicio de llamadas de LDI desde móviles prepago de América Móvil necesariamente deberá acceder a las facilidades de originación de llamadas de LDI que le provee este operador móvil, no habiendo sustitutos para ello, ocurriendo lo mismo en el caso de la red Telefónica Móvil u otro operador móvil. En tal sentido, la originación de llamadas en cada red móvil constituye en sí misma un mercado en el cual compiten el operador móvil propietario de la red y los distintos operadores de larga distancia (competencia dentro de cada red móvil).

Si en el mercado aguas arriba existiera competencia entre los concesionarios móviles, estos competirían por ofrecer, por ejemplo, mejores cargos a los operadores de larga distancia para lograr su preferencia. Sin embargo, ello no ocurre ya que cada una de estas redes móviles constituye un mercado distinto al cual debe acceder un operador de larga distancia para poder ofrecer el servicio de llamadas de LDI a los usuarios de cada uno de los concesionarios móviles (mercado aguas abajo).

En ese sentido, desde el punto de vista de los *carrier*, las facilidades de originación de llamadas de LDI que proveen los distintos concesionarios móviles resultan ser

¹²⁸ América Móvil, 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” distintos cargos según las facilidades a las que accedan en el mercado aguas arriba, y a los segundos, les cobra una tarifa final LDI en el mercado aguas abajo.

complementarias más no sustitutas, debido a que un *carrier* para poder competir en el mercado aguas abajo con cada uno de los concesionarios móviles, necesariamente deberá acceder a cada una de las redes (mercado aguas arriba). Así por ejemplo, si un nuevo operador de larga distancia considerara prestar el servicio de llamadas de LDI a los usuarios de América Móvil y Telefónica Móviles, deberá acceder a las facilidades que cada uno de estos concesionarios móviles ofrece en el mercado aguas arriba, en la medida que no se puede sustituir una por otra.

En efecto, en el mercado aguas arriba, la red de América Móvil funciona como una plataforma que atiende a aquellos operadores que desean originar llamadas desde su red; mientras que los operadores de larga distancia realizan “*multihoming*”¹²⁹, en la medida que buscan acceder no solo a la plataforma móvil de América Móvil sino también a la de los otros operadores móviles para prestar sus servicios LDI a los usuarios de cada red móvil. Ello demostraría que cada red móvil constituye un mercado distinto.

Asimismo, incluso si se considerara que hay competencia entre las redes móviles por las llamadas de LDI en el mercado aguas abajo (por ejemplo, Telefónica Móviles contra América Móvil), ello no implica que lo mismo ocurra en el mercado aguas arriba, en la medida que un operador de larga distancia necesariamente debe acceder a las facilidades de originación de llamadas de LDI de los distintos operadores móviles ya que, como lo hemos señalado previamente, no puede sustituirse una por otra.

Cabe destacar que para este caso, las facilidades que forman parte del mercado aguas arriba, son el servicio de originación y el acceso a la plataforma de pago que son de titularidad de América Móvil.

Al respecto, si bien el servicio de originación es utilizado tanto para poder prestar el servicio de llamadas de LDI desde la modalidad prepago y postpago, se debe considerar que así como se ha señalado que una red fija o una red de telefonía pública no puede sustituir a la red prepago de América Móvil para proveer el servicio de llamadas de LDI a los usuarios de este operador que desean realizar esta comunicación desde su móvil, el acceso a la red postpago tampoco puede sustituir al acceso a la red prepago. Un operador de larga distancia no puede proveer el servicio de llamadas de LDI a un usuario prepago a través de la red postpago, ya que para ello el usuario tendría primero que cambiar de modalidad y, como ya se ha señalado en el análisis del mercado aguas abajo, no resulta factible que se realice tal cambio únicamente por las llamadas de LDI.

Además, se debe considerar que las facilidades para proveer el servicio en una u otra modalidad son distintas. En concreto, un operador de larga distancia necesita básicamente que el operador móvil le brinde a nivel mayorista los servicios de originación de llamadas y de acceso a la plataforma de pago en el caso de la modalidad prepago; mientras que las facilidades que se requiere para la modalidad postpago, además del servicio de originación de llamadas incluye el servicio de facturación y recaudación¹³⁰ del operador móvil, por lo que las facilidades de ambas modalidades no podrían incluirse dentro del mismo mercado relevante.

¹²⁹ 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. 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.

¹³⁰ El cargo por facturación y recaudación se establece por cada recibo emitido y distribuido al usuario, el cual incluye la hoja con el monto total a pagar por el abonado y la(s) hoja(s) adicional(es) que contienen el detalle de las llamadas de larga distancia.

En conclusión, por las razones antes expuestas este Cuerpo Colegiado, en la misma línea de lo señalado por la Secretaría Técnica, considera que en el presente caso el mercado aguas arriba está conformada por **el acceso a la red prepago de América Móvil para la originación de llamadas de LDI a través del sistema de LLxLL**.

- **Sobre los cuestionamientos formulados por América Móvil al mercado relevante:**

América Móvil señaló en sus alegatos al Informe Instructivo, que en el caso específico del mercado aguas arriba, éste sería más amplio, en la medida que se debería incluir a todas las plataformas a través de las cuales un *carrier* puede originar llamadas de LDI, tales como las redes de otros operadores móviles, las redes fijas, las redes de telefonía pública, entre otras. Adicionalmente señaló que para los operadores de LDI, el tráfico de tarjetas de pago y el tráfico originado mediante el sistema de preselección (ambas son modalidades de telefonía fija) son más atractivos que las redes móviles.

Al respecto, como ya lo señalamos anteriormente, las facilidades para la originación de llamadas de LDI desde prepago para cada red móvil constituye un mercado distinto, ya que por ejemplo un *carrier* no podría atender la demanda por llamadas de LDI desde un teléfono móvil prepago de América Móvil, a través del sistema de preselección en teléfonos fijos o a través de cualquiera de las modalidades señaladas por la empresa investigada.

Asimismo, respecto a la afirmación del mayor atractivo del sistema de preselección o de tarjetas de pago, se debe considerar que en los últimos años el tráfico de LDI desde teléfonos móviles es el más importante de todos, representando en el año 2013 el 36% del tráfico total de LDI, debiéndose considerar también el importante potencial que tiene este tráfico dada la penetración del servicio móvil en el Perú.

Por otro lado, América Móvil señaló que el hecho de que los *carriers* ofrezcan tarifas iguales por cada destino, independientemente de la red móvil desde la que se origina la llamada LDI, demuestra que las condiciones de competencia no son diferenciadas en cada una de ellas, por lo que no podría considerarse a cada una de estas como un mercado distinto.

En efecto, si bien las tarifas ofrecidas por los *carriers* no se diferencian por la red en la que se originan, ello podría justificarse por una cuestión de simplicidad al momento de comunicar a los usuarios su oferta, ya que si además de tener que señalar las tarifas que se ofrece por cada destino, como en efecto se publicita, también se incluyera una tarifa distinta por cada operador móvil en la que se origina una llamada, el mensaje que se comunicara a los posibles usuarios podría llevarlos a una confusión. Así por ejemplo, para una llamada a EE.UU tendría que especificarse la tarifa desde América Móvil, Telefónica Móviles, Entel, Bitel, y así sucesivamente incluir ésta precisión en cada uno de los destinos de LDI, lo cual estratégicamente no resulta idóneo¹³¹.

Finalmente, América Móvil señala que la Secretaría Técnica, sobre la base de cierta jurisprudencia comparada, en las cuales se consideró al servicio de terminación de llamadas como el mercado relevante, equipara tal análisis al servicio de originación desde redes móviles, y concluye, erróneamente, que a pesar de existir tres redes en el mercado a través de las cuales se puede originar los servicios de LDI, no se considera a tales redes como sustituibles entre sí.

¹³¹ Además, también podría ser por mayores costos de publicidad, marketing, entre otros.

Al respecto, la Secretaría Técnica en su Informe Instructivo, hace referencia a un par de casos¹³² (México y Chile), en los que se observó una particularidad en relación al mercado de producto, el cual fue definido como el servicio de terminación de llamadas, insumo dominado por la empresa de telefonía móvil que es considerado esencial para poder prestar el servicio en un mercado aguas abajo, siendo así que tal servicio no tiene sustitutos.

La referencia a esta jurisprudencia comparada tenía como objetivo entender esta lógica particular en el sector de telecomunicaciones que, en el presente caso, se replica ante el hecho de que América Móvil se constituye en el único agente económico existente por el cual un *carrier* puede originar una llamada de LDI de sus usuarios móviles prepago (por ser propietaria de su red).

Si bien los casos citados por la Secretaría Técnica consideraban a la terminación de llamadas como el mercado relevante, este Cuerpo Colegiado considera que para el presente caso, un operador móvil también tiene el monopolio de la originación de las llamadas en su red, y eso queda en evidencia en la existencia de regulación de tarifas de las facilidades para acceder a una red, tales como la originación de llamada y el acceso a la plataforma de pago de América Móvil.

8.2.3. Mercado relevante y mercado afectado

Considerando que el servicio de telefonía móvil prestado por América Móvil, y por ende, toda la estructura sobre la que se brinda el servicio de llamadas de LDI desde teléfonos móviles de América Móvil, tienen alcance nacional, se considera lo siguiente:

Mercado relevante: el acceso a la red de América Móvil para la originación de llamadas de LDI a través del sistema de LLxLL a nivel nacional, y

Mercado afectado: el mercado de llamadas de LDI desde la red prepago de América Móvil a nivel nacional.

8.2.4. Sobre la posición de dominio de América Móvil

De acuerdo al artículo 7.1. del DL 1034¹³³, 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

¹³² Sentencia N° 88/2009 de fecha 15 de octubre de 2009, que resuelve un caso de abuso de posición de dominio en la modalidad de discriminación de precios realizado por Telefónica Móviles de Chile (traducido en un estrechamiento de márgenes de sus competidores en el mercado de prestación de servicios de terminación de llamadas fijo-móvil *on-net* y en una negativa de venta) y Resolución del Expediente DE-37-2006 y acumulados, de fecha 7 de abril de 2011, que resuelve un caso de abuso de posición de dominio en la modalidad de estrechamiento de márgenes realizado por Radiomóvil Dipsa, S.A. de C.V. –Telcel.

¹³³ **DL 1034**

Artículo 7.- De la posición de dominio en el mercado.-

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

- (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.

mercado, sin que sus competidores, proveedores o clientes puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad.

Por su parte, en el numeral 4.1.1. de los Lineamientos se establece que para analizar si una empresa exhibe posición de dominio, se podrá considerar lo siguiente: i) porcentaje de participación de la empresa en el mercado, ii) nivel de concentración del mercado, iii) **control de recursos esenciales, iv) el grado de integración vertical, v) barreras a la entrada, vi) posibilidad de utilizar infraestructura propia para proveer otros servicios**, entre 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.

Sobre la posición de dominio, en primer lugar habría que mencionar que, al haber determinado como mercado relevante la red prepago de América Móvil, resalta el hecho de que esta empresa tiene la propiedad de su red, y posee una significativa ventaja que los operadores de larga distancia no tienen.

Asimismo, en la medida que los *carriers* dependen del acceso a las facilidades de originación que provee América Móvil para que puedan prestar el servicio de llamadas de LDI a los usuarios de la red de esta última, se puede apreciar que América Móvil tiene el control de un insumo esencial para la prestación del servicio de LDI, mercado donde compiten tanto los *carriers* como la concesionaria móvil.

Ello le permitiría a América Móvil, entre otros, obtener información relevante sobre los usuarios que forman parte de su red móvil y dirigirse directamente a los usuarios que demandan llamadas de LDI desde sus teléfonos móviles prepago, así como diseñar ofertas específicas formuladas a partir de la información que posee.

En particular, sobre las tarifas promocionales, los *carriers* tienen la obligación de comunicarle a América Móvil sobre las tarifas, ofertas, descuentos, promociones o planes tarifarios aplicables a las llamadas de LDI, para que la concesionaria móvil pueda programarlas en su sistema dentro del plazo máximo de diez (10) días hábiles, contados a partir del día siguiente de recibida la comunicación del *carrier*¹³⁴. En ese sentido, se observa que el operador móvil no solo tiene a su plena disposición la información de la demanda por llamadas de LDI, sino que también conoce con anticipación la oferta comercial de los operadores de larga distancia que compiten con él, situación que le permitiría responder a dicha oferta, he incluso anticiparse. En tal sentido, como se puede apreciar, la titularidad de su red le permite tener cierta ventaja sobre sus competidores.

Asimismo, como se ha podido observar, América Móvil es un operador integrado verticalmente, en la medida que participa tanto en el mercado aguas arriba como en el mercado aguas abajo. Además, tiene un importante poder de negociación sobre los 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 (integración horizontal).

En relación a las barreras a la entrada, es pertinente indicar que 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.

¹³⁴ Resolución de Consejo Directivo N° 053-2010-CD/OSIPTTEL, a través del cual se modificó el Reglamento del sistema de LLxLL.

Adicionalmente, es importante señalar que si bien 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 (la conducta investigada) de los operadores móviles podría constituir en sí misma una barrera económica y estratégica a la entrada, lo cual se evidenciaría en el bajo número de operadores de larga distancia brindando el servicio de llamadas de LDI en redes móviles. Ciertamente, a la fecha solo hay tres operadores de larga distancia y habría que considerar que el último de ellos (Convergía) entró después de que se regulara el cargo de acceso a plataforma de pago.

Incluso, algunas empresas que brindan servicios de llamadas de LDI en la red 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 y que solo podrían ingresar al mercado LDI desde móviles si pudieran acceder a menores costos aunque no podrían ofrecer tarifas competitivas, entre otras cuestiones¹³⁵.

En efecto, aunque aparentemente no existen otras importantes barreras a la entrada, en el mercado hay pocos competidores, ya que a pesar que existen 42 empresas con códigos 19XX asignados¹³⁶, y que son más de 30 empresas las que han participado en el mercado de llamadas de LDI desde teléfonos fijos de abonado y teléfonos públicos, solo existen tres operadoras de larga distancia que ofrecen este servicio.

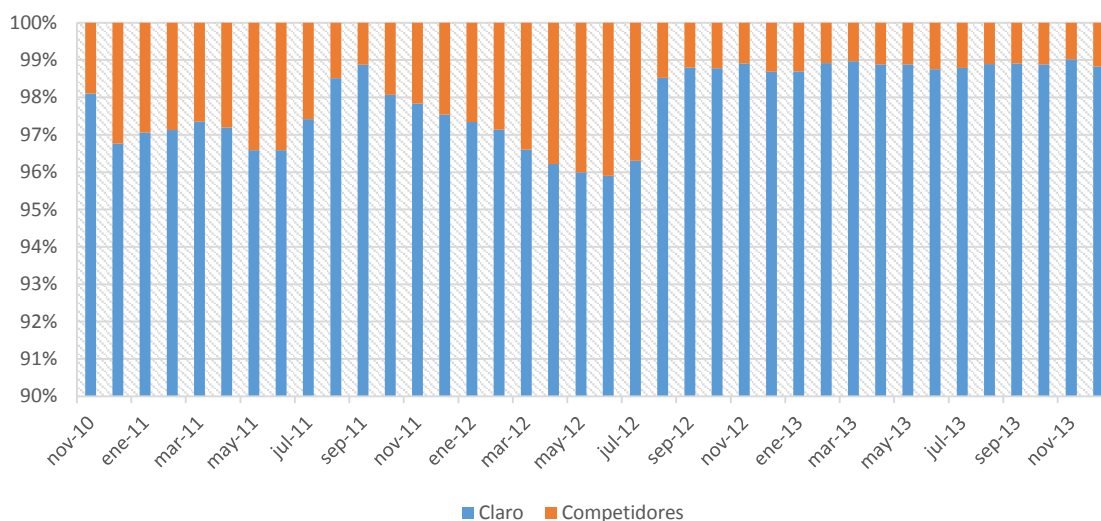
Asimismo, es importante señalar que en el escenario previo a la implementación del sistema de LLxLL, América Móvil tenía el 100% del tráfico de LDI desde teléfonos móviles de su red (mercado aguas abajo de tráfico LDI). Posteriormente, luego de la apertura del mercado a través del sistema de LLxLL, esta situación no ha variado significativamente, ya que América Móvil 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 América Móvil 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 *carrier* que demandan las facilidades de originación a América Móvil en el mercado mayorista no tienen una presencia significativa en el mercado “aguas abajo” donde compiten por brindar tráfico LDI a sus usuarios prepago:

¹³⁵ 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 pago 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.

¹³⁶ Estos son los códigos asignados a los operadores de larga distancia. Así un usuario puede elegir la empresa a través de la cual efectuar su llamada de larga distancia, marcando el código que le ha sido asignado.

Gráfico N° 7: Participación de América Móvil en el tráfico LDI dentro de su propia red prepago



* Incluye: IDT, Convergía y Americatel.
Fuente: Empresas Operadoras
Elaboración: STCCO- OSIPTEL

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 poseen más del 90% de las líneas en servicio (América Móvil y Telefónica Móviles).

En conclusión, al haberse determinado como mercado relevante su propia red prepago móvil, se observa que **América Móvil ostenta posición de dominio en el mercado de facilidades de acceso a su red prepago para la originación de llamadas de LDI a través del sistema de LLxLL a nivel nacional** (mercado “aguas arriba” de la conducta de estrechamiento de márgenes). Ciertamente, América Móvil tiene la posibilidad de afectar las condiciones de la oferta o demanda en este mercado relevante, sin que sus clientes (los operadores LDI quienes tienen una mínima participación en el mercado “aguas abajo”) tengan un poder de negociación que permita enfrentar y disciplinar a la empresa investigada.

Al respecto, América Móvil señaló que por la fuerte regulación que existe sobre las facilidades que brinda a los operadores de LDI, no podría contar con posición de dominio en el mercado relevante definido en el presente procedimiento. Sobre el particular, este Cuerpo Colegiado considera que la regulación de cargos de ninguna manera elimina la posición de dominio que pueda tener un operador sobre su red. Si bien a través de la regulación de cargos se limita en cierto modo el poder de mercado del propietario de la red, esta limitación no es total. Además de que existen otras variables, a través de las cuales un operador puede limitar la competencia en su red más aún si consideramos las ventajas que tiene por ser propietario de ésta, tales como las que mencionamos párrafos arriba.

Por último, cabe precisar que los demás argumentos planteados por América Móvil a lo largo del procedimiento, respecto a que no tiene posición de dominio en el mercado relevante definido por dicha empresa, no han sido tomados en cuenta para analizar la posición de dominio, en la medida de que se trata de un mercado relevante distinto al definido en la presente Resolución¹³⁷.

¹³⁷ Tales argumentos se detallan en los Antecedentes y en la sección VI de la presente Resolución.

8.3. Análisis de la conducta realizada por América Móvil

Conforme a lo desarrollado por la Secretaría Técnica, y los argumentos planteados por América Móvil en su defensa, en esta sección se evaluará si en el presente caso la conducta investigada configura (o no) un estrechamiento de márgenes.

8.3.1. La estrategia de América Móvil

La conducta se ha investigado como una estrategia en el mercado de llamadas de LDI desde teléfonos móviles prepago, en la medida que se han identificado un conjunto de acciones que habrían sido sistemáticamente ejecutadas por América Móvil desde que se implementó el sistema de LLxLL en redes móviles con el objetivo de enfrentar a los nuevos competidores que ingresaron a este mercado. Cabe precisar que hasta antes de que se implementara dicho sistema, las únicas empresas que podían prestar el servicio de llamadas de LDI desde teléfonos móviles a través de la marcación directa eran los propios concesionarios móviles, entre ellos América Móvil.

Al respecto, uno de los argumentos desarrollados por América Móvil a lo largo de procedimiento ha sido que las conductas imputadas en su contra no existen, tanto en lo que respecta a la Promoción Prepago 1912, como a las ofertas de Tarifa Especial a Números Frecuentes y Triados.

En relación a la Promoción Prepago 1912, América Móvil señala que estas promociones fueron lanzadas para competir directamente con los locutorios y cabinas de internet, lo cual se reflejaría en la importante campaña publicitaria que habría desplegado, y que contrastaban con los cargos que estableció a los operadores de larga distancia¹³⁸. Al respecto, este Cuerpo Colegiado considera que dicha campaña publicitaria no pudo haber sido desplegada para competir agresivamente con los locutorios y cabinas de internet, en la medida que si bien el servicio LDI móvil puede sustituir a las llamadas LDI desde locutorios y cabinas de internet (lo llamaremos, “sustituto de ida”), por las razones que se expondrán en el siguiente párrafo, ni los locutorios ni las cabinas de internet pueden sustituir a las llamadas LDI desde un móvil.

En efecto, si América Móvil estableciera un precio competitivo frente a los establecidos por los locutorios o cabinas de internet o el precio de los referidos servicios fuera mayor que el de las llamadas desde el móvil, el usuario que posea este dispositivo lo utilizará para realizar llamadas de LDI, prefiriéndolo y dejando de lado el uso de los locutorios y cabinas, toda vez que, tal como ha sido señalado con anterioridad, el teléfono móvil le proporciona a sus usuarios las características de movilidad y disponibilidad.

Sin embargo, no pueden considerarse a los locutorios y cabinas como “sustitutos de ida y vuelta”, en la medida que, la naturaleza misma del servicio móvil (en particular la movilidad y el nivel de cobertura) hace que este no tenga sustitutos que puedan ejercer presión competitiva sobre el mismo, tal como se ha analizado en el numeral 8.2.1 de la presente Resolución.

De otro lado, respecto a las ofertas de Tarifa Especial Números Frecuentes y Triados, América Móvil señala que estas no tendrían una finalidad anticompetitiva con respecto a sus competidores en el sistema de LLxLL, ya que las mismas iniciaron en el año 2008, cuando dicho sistema no existía, y que por el contrario, a través de estas ofertas solo se

¹³⁸ Cabe destacar que este argumento de defensa se expone expresamente para las primeras ofertas lanzadas en el año 2011; sin embargo, en la medida que las promociones que se lanzaron después (a partir del mes de junio de 2012) son similares a las que hacemos referencia, consideramos que también fueron lanzadas para competir directamente con los locutorios y cabinas de internet.

buscaba competir de forma integral con otros operadores móviles. Así, América Móvil demostraría que con sus ofertas no buscaba competir y afectar a sus competidores en el sistema de LLxLL, ya que estos últimos mostraron una postura pasiva, al no lanzar ninguna promoción y mantener sus tarifas regulares.

En relación a ello, este Cuerpo Colegiado considera que la estrategia de América Móvil para enfrentar a sus nuevos competidores en el sistema de LLxLL, consistió en mantener vigentes sus ofertas de Tarifa Especial a Números Frecuentes y Triados, las cuales venían siendo utilizadas desde el año 2008. Ello, debido a que el tráfico generado por estas ofertas representaba una parte muy importante del tráfico a llamadas de LDI desde los teléfonos móviles de su red prepago.

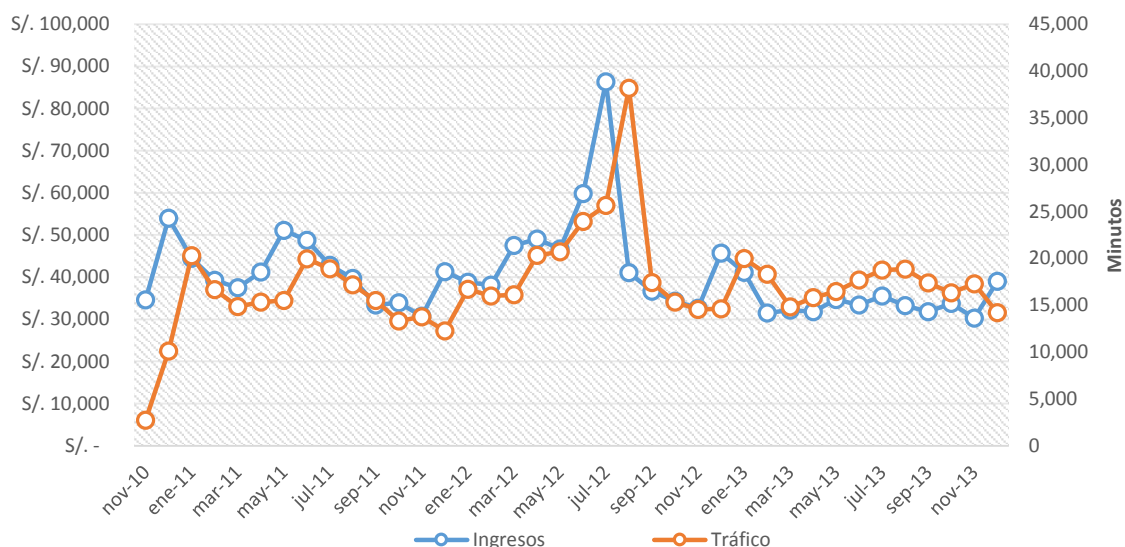
Sin perjuicio de ello, es importante señalar que, de acuerdo a lo establecido en el DL 1034, no se requiere acreditar la intencionalidad del posible infractor para que se configure una práctica anticompetitiva, sino que este elemento podría tomarse en cuenta para graduar la sanción. En efecto, la finalidad del DL 1034 es proteger el proceso competitivo, siendo que para aquellas prácticas de prohibición relativa, como la analizada en el presente procedimiento, más que evaluar si un agente tuvo como propósito o no efectuar la práctica anticompetitiva, lo que se evalúa es si a través de dicha conducta se han producido efectos negativos –reales y/o potenciales- a la competencia y si estos son superiores a las eficiencias generadas por dicha conducta. En consecuencia, las empresas son responsables por su conducta, así como por el resultado obtenido por ésta, independientemente de si su intención fue cometer (o no) la práctica anticompetitiva¹³⁹.

Adicionalmente, como se puede verificar del siguiente gráfico, tanto el tráfico como los ingresos de los competidores en la red de América Móvil se incrementan a partir del mes de diciembre de 2011, y continuaron con dicha tendencia creciente hasta el mes de agosto de 2012. Luego se observa una caída desde el mes de setiembre de ese mismo año hasta el final del periodo de análisis. **Al respecto, este Cuerpo Colegiado considera que la respuesta de América Móvil al crecimiento de sus competidores dentro de su red prepago a través del sistema de LLxLL, fue el lanzamiento de la Promoción Prepago 1912 en el mes de junio de 2012, la misma que ocasionó que tanto el tráfico como los ingresos de los competidores disminuyeran drásticamente apenas dos meses después.** La Promoción Prepago 2012, fue relevante en el tráfico a llamadas de LDI desde los teléfonos móviles de la red prepago de América Móvil.

¹³⁹ El Tribunal de Solución de Controversias del OSIPTEL, señaló que “*para la determinación de la existencia de una infracción, debía cumplirse con demostrar la existencia de los elementos incluidos en la norma que tipifica el hecho como tal, en dicha medida, la metodología descrita responde estrictamente a lo dispuesto por el Decreto Legislativo Nº 1034, el cual no contempla el dolo como elemento configurante de una infracción a la normativa de libre competencia.*” (Resolución 004-2013-TSC/OSIPTEL, emitida en la controversia iniciada de oficio contra Telefónica del Perú S.A. (Exp 005-2011-CCO-TSC/OSIPTEL))

En la misma línea, en el numeral 4.2 de los actuales Lineamientos se ha considerado como requisitos para la determinación de la posición de dominio los siguientes: que exista posición de dominio; que se actúe de manera indebida aun cuando ello no conlleve intencionalidad; y que exista la posibilidad de obtener beneficios o de causar perjuicios que no se podrían producir de no tener posición de dominio, bastando con que éstos sean consecuencia potencial de la conducta.

Gráfico N° 8: Evolución del tráfico y los ingresos de los competidores* en la red prepago de América Móvil



* Incluye: IDT, Convergía y Americatel.
Fuente: Empresas Operadoras
Elaboración: STCCO - OSIPTEL

Ahora, en la medida que para que una empresa despliegue una estrategia anticompetitiva, considerando de que 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.

En el presente caso, los ingresos mayoristas obtenidos por América Móvil en lo que respecta a las llamadas de LDI desde móviles prepago provienen de los cargos de originación y de acceso a plataforma de pago que obtiene de los operadores de larga distancia. Así, se ha observado que los ingresos percibidos por América Móvil en el mercado mayorista representan en promedio solo el 0.91% del total de ingresos que obtiene en el mercado aguas abajo¹⁴⁰.

Luego, en línea con lo señalado en el párrafo anterior, se puede concluir que no existen incentivos para que América Móvil esté interesada en que los operadores de larga distancia se mantengan prestando el servicio de llamadas de LDI desde su red móvil. O visto desde otro ángulo, América Móvil podría estar más interesada en atender al mercado final, por lo que tendría incentivos para excluir a sus competidores “aguas abajo”, logrando quedarse con la totalidad de dicho mercado, tal como sucedía antes del establecimiento del sistema de LLxLL en la red móvil.

¹⁴⁰ Ver Informe Instructivo

8.3.2. Análisis de las metodologías propuestas durante el procedimiento para determinar si la conducta investigada constituye un estrechamiento de márgenes anticompetitivo.

Para evaluar la existencia de la conducta de estrechamiento de márgenes, resulta pertinente para una mejor evaluación, 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 pago¹⁴¹. Así, como ya se ha señalado durante el procedimiento, el primer escenario está delimitado entre setiembre de 2010¹⁴², cuando se implementó el sistema de LLxLL, y el mes de diciembre de 2011, cuando entró en vigencia la regulación del cargo de acceso a plataforma prepago, y 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 Inicio¹⁴³.

Tomando en consideración lo señalado previamente, este Cuerpo Colegiado evaluará si se ha producido un estrechamiento de márgenes, analizando si las tarifas finales establecidas en ambos periodos permitían (o no) que un operador tan eficiente como el dominante pudiera recuperar por lo menos todos los costos en los que incurriría para prestar el servicio de llamadas de LDI a través de un teléfono móvil prepago. Por tanto, para la presente evaluación se considerarán los costos en los que incurriría el operador dominante para prestar el servicio bajo análisis, es decir, América Móvil será el operador eficiente y se tomará en cuenta sus costos, a fin de evitar favorecer a aquellos operadores que no son eficientes en el mercado¹⁴⁴.

- **Costos para la prestación del servicio de llamadas de LDI desde la red móvil prepago de América Móviles**

De lo actuado en el expediente, este Cuerpo Colegiado ha observado la presencia de tres costos necesarios para la prestación del servicio de llamadas LDI desde móviles prepago: (i) costo por originación de llamadas en la red móvil; (ii) costo por acceso a plataforma de pago en la red móvil; y, (iii) costo por terminación de llamadas en las redes de destino en otros países. Cabe destacar que los dos primeros costos son cargos cobrados por los

¹⁴¹ 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.

¹⁴² Al conducta investigada se realizará desde octubre de 2010 (excepto en los casos en que América Móvil no ha remitido la información para dicho mes sino desde noviembre 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 redes móviles fue el 17 de octubre de 2010. Por su parte, respecto al segundo periodo, el análisis de los efectos se realizará desde enero de 2012. respecto, si bien el período de investigación comprende desde setiembre de 2010, el análisis de los efectos de la

¹⁴³ 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 los efectos que habría producido dicha conducta.

¹⁴⁴ GENEVAZ, Simon, “*Margin Squeeze after Deutsche Telekom*”, en *Global Competition Policy GCP*, 2008. Genevaz señala que es posible rechazar la noción de que el precio mayorista fijado por la firma dominante pueda ser considerado abusivo únicamente porque los competidores aguas abajo incurran en pérdidas en la venta del producto final a causa de sus propios y más altos costos de procesamiento. Dado que dichas pérdidas también podrían ser ocasionadas por la propia ineficiencia o incapacidad de la firma rival de satisfacer la demanda, este autor concluye que para determinar la existencia de un estrechamiento de márgenes deben considerarse los costos de la firma dominante. Por lo tanto, este enfoque evita que sea necesario formular alguna hipótesis acerca del nivel de eficiencia de las firmas rivales.

operadores móviles a los operadores de larga distancia; es decir, son los costos asociados a los recursos esenciales que brinda el operador dominante.

Asimismo, en la prestación del servicio de llamadas de LDI desde redes móviles prepago existen otros elementos que deben considerarse en el análisis de costos. Cabe destacar que si bien, tal como señala América Móvil, un operador que posee su propia red puede no incurrir efectivamente en algunos costos, es evidente que en términos económicos el uso de su propia red tiene un costo implícito que debe ser considerado.

A nivel de elementos de red necesarios para la prestación del servicio pueden identificarse otros que implican un costo, ya sea explícito o implícito, como el transporte conmutado, que en este caso solo se considera a nivel local, ya que debido a la existencia del Área Virtual Móvil, y en línea con la información recogida de los operadores, no existe transporte de larga distancia nacional. Asimismo, otro elemento a considerar, que ha sido señalado por América Móvil¹⁴⁵, es la capacidad de transporte internacional.

Luego, adicionalmente existen otros costos no relacionados propiamente a elementos de red, usados para la prestación del servicio, pero que también se deberían considerar en el análisis, los cuales pueden ser tomados como costos de *retail* o costos de comercialización. En tal sentido, los costos por transporte conmutado local, los costos por capacidad de transporte internacional y los costos de *retail*, serán considerados como “otros costos”

- **Sobre la metodología propuesta por América Móvil**

Al respecto, América Móvil tomando en consideración los costos antes señalados, en sus alegatos al Informe Instructivo, propone un test para evaluar el estrechamiento de márgenes, el cual se puede resumir en los siguientes términos:

- Considera que los costos involucrados en la prestación del servicio en análisis, deberían determinarse de la siguiente manera:
 - ✓ **Cargo de Originación:** el dispuesto en el marco regulatorio.
 - ✓ **Cargo de acceso a la plataforma de pago:** coincide con lo señalado por la Secretaría Técnica en su Informe Instructivo: USD 0.12 (hasta diciembre de 2011), consistente en un componente fijo USD 0.0014 y uno variable 10.11% del ingreso promedio sin IGV.
 - ✓ **Costo de terminación:** A diferencia de la Secretaría Técnica que utiliza costos de terminación específicos para cada red de destino, la referida empresa propone que se utilice el costo de terminación promedio ponderado que incluye al tráfico de LDI con origen en la red móvil (prepago, postpago y control), *roamers*, *visitors*, telefonía fija inalámbrica,

¹⁴⁵ En el anexo de su escrito N° 9 de fecha 11 de junio de 2014, América Móvil hizo algunas precisiones sobre la información que presentó en relación a los costos por facilidades requeridas en el tramo internacional para la prestación del servicio de llamadas de LDI desde teléfonos móviles prepago, para lo cual señaló lo siguiente: “(Los) costos en los que incurre CLARO por el servicio LDI prepago internacional son directamente atribuibles al servicio, y constituyen el total del costo pagado a un carrier internacional u operador de red de destino por el tramo internacional de las llamadas salientes internacionales. CLARO contrata un transporte dedicado por capacidad (ancho de banda determinado) por el cual transita diversos servicios que brinda como operador con infraestructura propia, como por ejemplo servicios de datos e Internet, servicios portadores, tráfico de LDI entrante y saliente convertido en datos, entre otros. Las llamadas de LDI desde teléfonos móviles prepago no hacen uso significativo del referido servicio.”

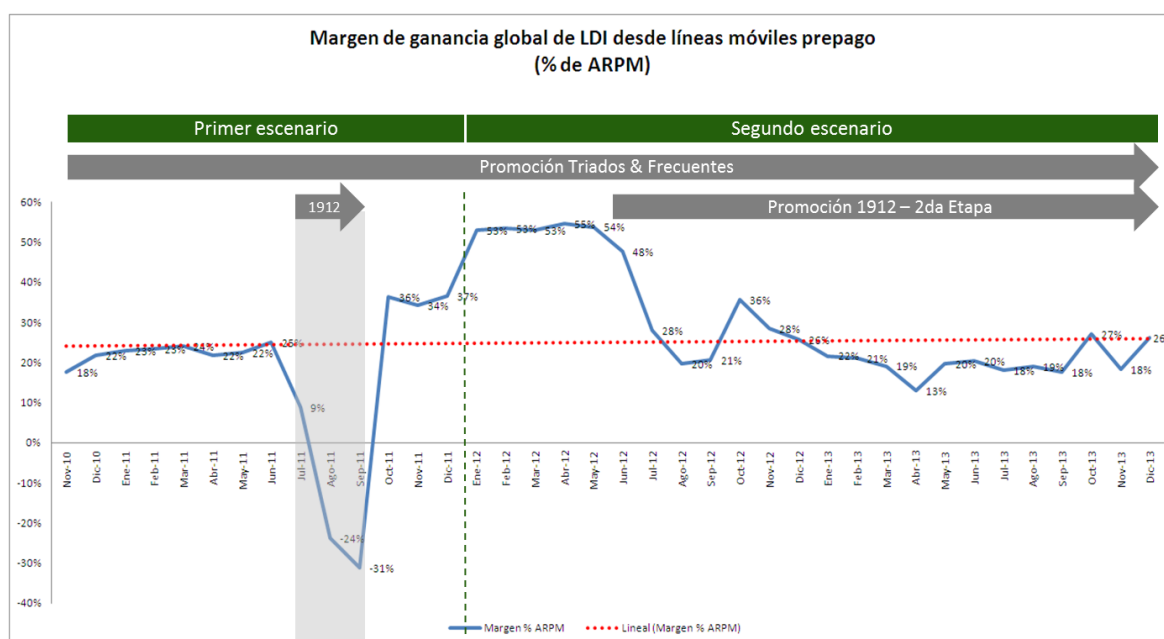
Pbx, *Hubbing* y telefonía fija alámbrica¹⁴⁶. Este costo se obtiene dividiendo el costo de terminación total entre el tráfico total.

- ✓ **Overhead:** El 10% del ingreso total y no de la tarifa nominal. Esta variable incluye “otros costos” en los que se incurre por la prestación del servicio en análisis.

- Por su lado, en relación a los **ingresos** considera que éstos deberían ser un **promedio ponderado** y se podría tomar en cuenta el TPPI o ARPM (ambas variables fueron detalladas, respectivamente, en los antecedentes y en la sección VI de la presente Resolución). Finalmente, América Móvil utiliza el ARPM como la variable de su test, la cual se obtiene al dividir el ingreso total de llamadas LDI prepago móvil entre el tráfico del mismo.

Como se ha podido apreciar, América Móvil sugiere que se considere la TPPI para que se compare con los costos en los que incurre un operador tan eficiente como el dominante, ya que de esta forma se reflejaría lo que los operadores de larga distancia reciben como contraprestación por el servicio que ofrecen, en la medida que la TPPI incluye los ingresos que se obtiene por todas las tarifas que se ofertan en el mercado y no solamente por las ofertas promocionales. Así, los resultados obtenidos por América Móvil luego de aplicar su test de estrechamiento de márgenes son distintos a los obtenidos por la Secretaría Técnica, ya que, como se puede apreciar en el siguiente gráfico, arroja un margen de ganancia positivo casi a lo largo de todo el periodo de análisis (con excepción de dos meses).

Gráfico N° 9: Resultados del Test Propuesto por América Móvil



Fuente: América Móvil
Elaboración: América Móvil

En principio, este Cuerpo Colegiado considera que previamente a evaluar si la metodología propuesta por América Móvil al presente procedimiento es pertinente (o no), es necesario evaluar la dinámica del mercado en el que se estaría produciendo la posible práctica anticompetitiva imputada a América Móvil.

¹⁴⁶ El tráfico de la telefonía fija alámbrica solo es considerada para el periodo de mayo 2012 a diciembre de 2013 más no entre noviembre de 2010 a abril de 2012.

Al respecto, se ha podido observar que la forma en cómo se ha venido compitiendo en el mercado de llamadas de LDI desde móviles, ha permitido a los operadores de larga distancia ofrecer llamadas a todos los destinos o a la mayor parte de ellos, existiendo una competencia agresiva en ciertos destinos que al parecer serían los más demandados¹⁴⁷. Incluso, si observamos la oferta comercial de servicios de LDI en general (fijos, móviles, telefonía pública), veremos que existe una amplia variedad de ofertas hacia los destinos más frecuentes, que son aquellos países con los que existe mayor intercambio comercial, o donde hay más residentes peruanos.

En tal sentido, si bien es cierto que una competencia agresiva en el mercado beneficia a los consumidores, esta capacidad de competir debe ser en base a la eficiencia del agente económico y no por la comisión de posibles conductas anticompetitivas, que como sabemos, terminan perjudicando la dinámica del mercado y en última instancia al consumidor.

Por tanto, es necesario considerar esta particularidad, ya que en los mercados en que una empresa compite de forma agresiva en ciertos segmentos y en los demás no¹⁴⁸, se podría encubrir una posible conducta anticompetitiva, si se considerara que en todo el mercado se compite de forma uniforme, más aún si las posibles conductas anticompetitivas involucran un análisis de precios.

En conclusión, en el presente caso, por las características de este mercado, un operador de larga distancia podrá ofrecer el servicio de llamadas de LDI desde móviles hacia varios destinos, pero el principal foco de competencia se dará en los destinos con mayor demanda. Por ello, es relevante aplicar una metodología adecuada que evite que se produzca una posible conducta anticompetitiva que afecte los segmentos donde la competencia podría ser más agresiva. Así, por ejemplo, en el caso de que por los costos en que incurren los operadores de larga distancia por prestar el servicio de llamadas hacia el destino X, se permita una competencia agresiva en este segmento; se deberá proteger que sea afectada por una posible práctica anticompetitiva, ya que ello podría generar la exclusión de los competidores del mercado.

Retomando la propuesta formulada por América Móvil para evaluar la conducta materia de análisis de este procedimiento, se ha podido apreciar que no refleja la forma en cómo se ha venido compitiendo en el mercado de llamadas de LDI desde móviles. Ello, en la medida que al considerarse los ingresos promedio del mercado de llamadas de LDI desde su red prepago (TPPI), se estaría ocultando la agresividad competitiva de América Móvil en los destinos con mayor demanda, que es hacia donde apuntan los competidores. En efecto, no es lo mismo, por ejemplo, que se ofrezcan tarifas promocionales a Somalia que a España, en la medida que las comunicaciones hacia este último destino son más demandadas por los consumidores; y por tanto, resulta lógico que sea un segmento donde los operadores de larga distancia pretendan intensificar su nivel de competencia.

América Móvil al considerar los ingresos promedio de forma agregada (todo el mercado en análisis) y a pesar que como hemos podido apreciar existen segmentos donde la competencia es agresiva y otros no, podría encubrir una posible conducta anticompetitiva. Lo pertinente para este caso sería evaluar los ingresos de los productos más representativos dentro de la gama de tarifas que ofrece América Móvil en el mercado de

¹⁴⁷ En efecto, si una empresa ofrece varios productos en el mercado ofrecerá mejores condiciones por los servicios que son relevantes para sus ingresos.

¹⁴⁸ Si bien esta forma de competir podría ser resultado de una estrategia comercial adoptada por una empresa; sin embargo, si se identifican un conjunto de acciones (no lícitas) implementadas por la empresa con el objetivo de excluir a sus competidores, tal estrategia será considerada como una anticompetitiva.

llamadas de LDI desde su red prepago, ya que a través de tales tarifas se podría afectar a la competencia debido a que le permitirían asegurar el mayor tráfico posible y desplazar a sus competidores del mercado.

Incluso, debe considerarse que los últimos desarrollos y recomendaciones respecto a la aplicación del test de estrechamiento de márgenes señalan que una metodología adecuada para investigar este tipo de conductas debe ser tal que, por un lado, no permita al operador dominante la posibilidad de establecer conductas de subsidios cruzados; y que tampoco permita la entrada de competidores ineficientes.

Así, recientemente, la Comisión Europea¹⁴⁹ ha propuesto que se aplique el test de estrechamiento de márgenes (análisis de replicabilidad económica) sobre el producto más importante o más representativo del operador integrado verticalmente. A este producto se le conoce como “*flagship product*” o “producto emblemático”¹⁵⁰.

En dicho documento, si bien se establece que inicialmente se deberán evaluar las características del mercado en el cual se analiza un estrechamiento de márgenes, lo recomendable es que no se realice una evaluación agregada de todas las operaciones que la empresa verticalmente integrada ofrece en el mercado relevante, ya que ello le permitiría mayor flexibilidad y podría efectuar estrategias que le permitan exclusorias en determinados nichos o segmentos del mercado. Es decir, de realizarse este análisis se estaría ocultando (permitiendo) una práctica que podría afectar a la dinámica del mercado.

Sin embargo, como bien señala América Móvil, en la jurisprudencia comprada, se ha utilizado test agregados para evaluar posibles estrechamientos de márgenes, ya que por las características de los mercados involucrados era pertinente realizar este análisis. Por ejemplo, uno de ellos involucraba el mercado de acceso a internet, en donde no era posible identificar segmentos diferenciados o de mayor competencia, sino que la competencia era global, por lo que se justificaría un test de esa magnitud. Lo mismo, y de forma más clara, sucede con los casos relacionados a los márgenes que se obtiene de las tarifas *on-net* en telefonía móvil en comparación con los cargos de terminación que el dominante cobra a sus competidores, en la medida que la competencia se da entre operadores que prestan todos los servicios desde redes móviles (datos, llamadas, mensajes, etc), en tales casos se consideró los ingresos de forma agregada; en la medida que el análisis incluía todos los servicios que se prestaban a través de la red móvil.

En el presente caso, como lo señalamos previamente, estamos ante una situación en la cual los operadores de larga distancia compiten con los concesionarios móviles solo por las llamadas de LDI que los usuarios de una red móvil pretenden realizar, presentándose además la particularidad de que existen segmentos (destinos) donde la competencia puede ser más agresiva. Así, los operadores que participan en este mercado, pueden ofrecer mejores tarifas en aquellos destinos que representan una mayor demanda, y considerar residuales a los destinos poco frecuentes, los cuales generalmente suelen tener tarifas más altas para que el resultado de sus márgenes por todo el servicio puedan ser positivos.

¹⁴⁹ Ver: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013H0466&from=EN>

¹⁵⁰ Ver: Wik Consult (2014). “Development of a lean Margin Squeeze Testing Methodology” Disponible en: <http://itsrio2014.com/public/download/Karl-Heinz%20Neumann%20%20Stephan%20Jay%20%20Development%20of%20a%20lean%20margin%20squeeze%20testing%20methodology.pdf>

Adicionalmente, cabe precisar que América Móvil al calcular los costos de terminación en los que incurriría un operador tan eficiente como el dominante, incluye el tráfico de LDI con origen en la red móvil (prepago, postpago y control), *roamers*, *visitors*, telefonía fija inalámbrica, Pbx, *Hubbing* y telefonía fija alámbrica. Esta inclusión de distintos servicios, con mayor razón, permitiría a América Móvil la posibilidad de tener estrategias agresivas en segmentos de mercado competitivos, con la posibilidad de excluir del mercado a competidores tan eficientes como el dominante de dichos segmentos.

Además, al incluir a otros servicios para el cálculo de los costos promedio ponderado de terminación, se podría desvirtuar los costos efectivos por minuto en los que se incurre en la telefonía móvil prepago, ya que la distribución del tráfico en los otros servicios puede generar que el costo promedio ponderado sea menor si por ejemplo la mayor parte del tráfico desde teléfonos fijos termina en los destinos con los cargos de terminación más bajos.

En conclusión, este Cuerpo Colegiado considera que para el test de estrechamiento de márgenes, se deberá considerar los **ingresos nominales** de las productos más representativos de América Móvil, es decir, se aplicara sobre tarifas particulares que representan más del 50% del tráfico de llamadas de LDI cursadas por América Móvil desde su red móvil (*flagship product*).

- **Argumentos de América Móvil contra el test propuesto por la Secretaría Técnica**

Sobre la metodología propuesta por la Secretaría Técnica en su Informe Instructivo, que además de la evaluación de los márgenes de las tarifas analizadas, incluye, entre otros, el análisis de la representatividad de los destinos de las promociones, América Móvil señala que un análisis por destinos específicos no es la correcta ya que se asume que todas las llamadas realizadas a los destinos promocionales se les ha aplicado la tarifa promocional, cuando lo relevante es que el margen global sea positivo y ello incluye a tarifas promocionales y no.

Al respecto como lo señalamos anteriormente, la metodología aplicable a un caso, deberá evaluar las particularidades del mercado en el que se produce la posible práctica anticompetitiva y en el presente procedimiento un test agregado permite esconder estrategias muy agresivas en los segmentos más competitivos. Así, por ejemplo, un test que no considere el margen de ganancia por destino podría permitir que el operador verticalmente integrado sea agresivo (no en base a su eficiencia) en los destinos donde se observa más competencia, destinos que además son los más importantes para los operadores de larga distancia por los ingresos que a través de ellos les podrían generar, con la finalidad de asegurar el mayor tráfico y excluir a sus competidores del mercado.

Además, cabe precisar que si los referidos segmentos son monopolizados por el operador dominante en base a una posible conducta anticompetitiva, ello podría generar que los competidores que se encuentran en el mercado no tengan incentivos para mantenerse o que posibles competidores no consideren ingresar al mercado.

Otro cuestionamiento planteado por América Móvil es que el test que habría aplicado la Secretaría Técnica al analizar producto por producto (destino por destino), lo obligaría a obtener un margen de ganancia por cada producto, lo que podría representar un incremento en sus tarifas, permitiendo la entrada de competidores ineficientes al mercado, lo cual repercutiría directamente en los consumidores.

Al respecto cabe precisar, que la metodología propuesta por la Secretaría Técnica, de acuerdo a las particularidades del mercado afectado, ha considerado como pertinente

evaluar la representatividad de los destinos que incluyen las tarifas investigadas, en la medida que éstas constituyen los productos más importantes de esta empresa y a través de las cuales se ha generado un tráfico significativo en la red de América Móvil. En ese sentido, si las ofertas investigadas no cumplieran con ser las más representativas dentro del tráfico de América Móvil, no tendría sentido investigarlas, ya que su potencial anticompetitivo sería poco efectivo o nulo.

Por otro lado, América Móvil ha señalado que la Secretaría Técnica ha cometido una serie de errores operativos en la aplicación de su test¹⁵¹ que podrían cambiar el sentido de los resultados de su Informe Instructivo. Sin embargo, al revisar las hojas de cálculo se ha verificado que son errores materiales que no alteran ni modifican el sentido de la conclusión a la que arriba la Secretaría Técnica en su Informe Instructivo, por lo que no resulta relevante tal argumento.

Por todo lo señalado, este Cuerpo Colegiado considera que el test planteado por América Móvil no resulta aplicable para este caso sino, en la misma línea de lo señalado por la Secretaría Técnica, considera que la conducta materia del presente procedimiento debe ser evaluada siguiendo los criterios que se detalla a continuación.

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

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** permite analizar si las tarifas que se han establecido a través de las ofertas investigadas permiten un margen de ganancia razonable¹⁵². Luego, como **segundo paso**, la metodología de la Secretaría Técnica permite evaluar si las tarifas han tenido una permanencia temporal suficiente para permitir que se genere daño a la competencia. El **tercer paso**, consiste en determinar si los destinos incluidos en las ofertas analizadas resultan ser relevantes con respecto al tráfico total desde teléfonos móviles prepago de América Móvil. Por último, el **cuarto paso** consiste en la evaluación de la preponderancia que ha tenido el tráfico generado por estas ofertas respecto al tráfico total de LDI de América Móvil. De esta manera, se habrá verificado que la conducta es una de estrechamiento de márgenes y que ésta tiene un potencial anticompetitivo en el mercado.

Gráfico N° 10: Criterios para la determinación de una tarifa que estrecha los márgenes



Elaboración: STCCO - OSIPTEL

¹⁵¹ Estos errores serían los siguientes:

- Los cargos de acceso a la plataforma de pago considerados en las hojas de cálculo "Gráf 8-16" y "Gráf 17-20" son incorrectos y superiores a las que corresponden entre los meses de enero y diciembre del 2012, según lo dispuesto en la Resolución No. 154-2011-CD/OSIPTEL, y
- La fórmula utilizada en las hojas de cálculo "Gráf 8-16" y "Gráf 17-20" para hallar el costo total, deja fijo el valor de octubre 2010 del costo de terminación, incluso para los meses posteriores a abril del 2011, cuando debió actualizarse el costo de terminación con el nuevo dato disponible.

¹⁵² Como se ha señalado en el numeral 8.1.2 de la presente Resolución, se considerara como un escenario "no rentable" aquellos márgenes que son negativos.

En conclusión, la propuesta metodológica planteada por la Secretaría Técnica considera que deben sancionarse únicamente las ofertas que tengan un potencial anticompetitivo importante. Es decir, aquellas ofertas que tienen un papel relevante en el mercado, en la medida que solo a través del (los) producto(s) más representativo o más importante(s), se podrá afectar las condiciones de competencia en el mercado¹⁵³.

De lo actuado en el Expediente, este Cuerpo Colegiado ha podido observar que tanto la promoción “Tarifa Especial a Números Frecuentes y Triados” y la “Promoción Prepago 1912”¹⁵⁴, representan una parte muy importante en el tráfico a llamadas de LDI desde los teléfonos móviles de la red de América Móvil. En tal sentido, ambas tarifas serán consideradas como los productos más representativos o más importantes de América Móvil, y se aplicará la metodología que se detalló líneas arriba, a efectos de determinar si la referida empresa ha cometido la conducta imputada en el presente procedimiento.

8.3.3.1. Primer Paso: Evaluación de la existencia de un estrechamiento de márgenes para la conducta bajo análisis

En esta sección se analizará si las tarifas de las promociones “Tarifa Especial a Números Frecuentes y Triados” y la “Promoción Prepago 1912”, permiten (o no) que un operador tan eficiente como el dominante pueda recuperar por lo menos todos los costos en los que incurriría por prestar el servicio de llamadas de LDI desde la red prepago de América Móvil.

A continuación se detallan cada uno de los costos que se tendrán en cuenta en el test de estrechamiento de márgenes que se aplicará para el presente procedimiento. Cabe precisar que en la medida que América Móvil ha sido considerado como el modelo de operador eficiente¹⁵⁵, los costos que se tomarán en cuenta para el análisis respectivo, son los costos de dicha empresa.

a. Costos que se incluyen en el análisis de la conducta

(i) Cargo de originación en red móvil

En el último proceso de fijación de este cargo, realizado en el año 2010 a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 093-2010-CD/OSIPTEL, se determinó que el cargo tope de originación en la red móvil de América Móvil sería de USD 0.0476 por minuto (sin IGV¹⁵⁶), el cual reflejaba un aproximado de los costos en los que incurría América Móvil para proveer esta facilidad en dicho año. Sin embargo, en la citada resolución, se estableció un cronograma de reducción gradual de los cargos de originación/terminación en redes móviles, a efectos de permitir que las empresas operadoras realicen los ajustes necesarios sin que se desincentiven sus inversiones. En el caso de América Móvil es el que se muestra a continuación:

¹⁵³ En efecto, 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 son más demandados por los consumidores, ya que solo de esta forma asegurará el mayor tráfico posible y podrá desplazar a sus competidores.

¹⁵⁴ Ver numeral 8.3.1 de la presente Resolución.

¹⁵⁵ América Móvil no ha señalado que alguno de los costos que se incluyen para la evaluación del estrechamiento de márgenes deban ser retirados, sino por el contrario, el test que propone ha incluido todos los costos a los que se hace referencia: (i) cargo de originación, (ii) cargo de acceso a la plataforma de pago, (iii) cargo por terminación y (iv) *retail*.

¹⁵⁶ Para el análisis y las comparaciones entre costos y tarifas se considerarán todos los montos sin incluir el IGV.

Cuadro N° 6: Cargos de originación/terminación en redes móviles (en USD sin IGV)

Periodo Empresa	01/oct/2010 - 30/set/2011	01/oct/2011 - 30/set/2012	01/oct/2012 - 30/set/2013	01/oct/2013 - 30/set/2014
América Móvil S.A.C.	0.0911	0.0766	0.0621	0.0476

Fuente: Resolución de Consejo Directivo N° 093-2010-CD/OSIPTEL.

Elaboración: STCCO - OSIPTEL

La regulación de cargos de originación/terminación busca tener cargos orientados a costos. En ese sentido el cargo que se determinó en el año 2010 (USD 0.0476) se aproxima a los costos que efectivamente tenía América Móvil de acuerdo a la información disponible en ese momento. Es decir, si bien la regulación señaló que América Móvil podía establecer sus cargos por originación/terminación hasta el tope determinado para cada periodo, según el cronograma de reducción, sus costos en el año 2010 se aproximaban a USD 0.0476 por minuto (sin IGV), siendo este el supuesto valor de los costos en que incurre el operador móvil al comercializar o usar para sí misma esta facilidad.

(ii) Cargo de acceso a plataforma de pago

Desde el inicio del sistema de LLxLL en móviles, el cargo por acceso a plataforma de pago estuvo libre de regulación. En ese sentido, existía libertad para determinar dicho cargo. Así, de la información recogida a través de los distintos contratos y mandatos de interconexión, así como de la información reportada por los operadores, se observa que el cargo por el concepto de acceso a plataforma de pago estaba alrededor de los USD 0.12 por minuto sin IGV.

Este cargo de acceso a la plataforma de pago se mantuvo vigente hasta el mes de diciembre de 2011, periodo en el que se reguló dicho cargo. En el Cuadro N° 7 se muestran los distintos cargos de interconexión tope por acceso a la plataforma de pago regulados a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 154-2011-CD/OSIPTEL. Así, el cargo regulado para América Móvil fue de USD 0.0014 por minuto tasado al segundo (sin IGV) como componente fijo y del 10.11% de los ingresos del operador que solicita el acceso a la plataforma de pago (sin IGV) como componente variable.

Cuadro N° 7: Cargos de interconexión tope por acceso a la plataforma de pago

Empresa	Cargos de Interconexión Tope por Acceso a la Plataforma de Pago	
	Componente Fijo (US\$ por minuto tasado al segundo, sin incluir IGV)	Componente Variable (%)
América Móvil Perú S.A.C.	0.0014	10.11%
Nextel del Perú S.A.	0.0021	12.20%
Telefónica Móviles S.A.	0.0017	9.22%
Telefónica del Perú S.A.A.	0.0046	12.00%
Americatel Perú S.A.	0.0027	12.00%
Eventual Operador Entrante del Servicio Público Móvil	0.0021	12.20%
Resto de Operadores que provean Acceso a sus Plataformas de Pago	0.0027	12.00%

Fuente: Resolución de Consejo Directivo N° 154-2011-CD/OSIPTEL

Elaboración: STCCO - OSIPTEL

Precisamente, debido a la existencia de un componente fijo por minuto y un componente variable que se calcula a partir de los ingresos percibidos por el operador que accede a la red, es probable que el cargo de acceso a plataforma de pago total por minuto (correspondiente a la suma de componente fijo y del componente variable) que finalmente

paga un operador de larga distancia termine dependiendo de las tarifas que establece en el mercado minorista.

Por ello, es necesario calcular el pago por cargo de acceso a plataforma de pago por minuto (suma del componente fijo y el componente variable) para cada uno de los operadores que prestan el servicio de larga distancia dentro de la red de América Móvil, incluyendo al mismo operador móvil, considerando el tráfico que cursaron y los ingresos que obtuvieron. El concepto por acceso a la plataforma de pago se puede calcular de la siguiente manera:

$$PTAPP_i = (Cf \times TC_i \times Min_i) + (Cv \times Ing_i)$$

Donde:

PTAPP: pago total por acceso a plataforma de pago.

Cf: componente fijo en USD por el cargo de acceso a plataforma (USD 0.0014 por minuto).

TC: Tipo de cambio promedio del mes, en S/. por USD.

Min: Tráfico en minutos de LDI en minutos cursado por el operador.

Cv: Componente variable por el cargo de acceso a plataforma (10.11% de los ingresos).

Ing: Ingresos en soles por el tráfico LDI del operador de larga distancia (sin IGV).

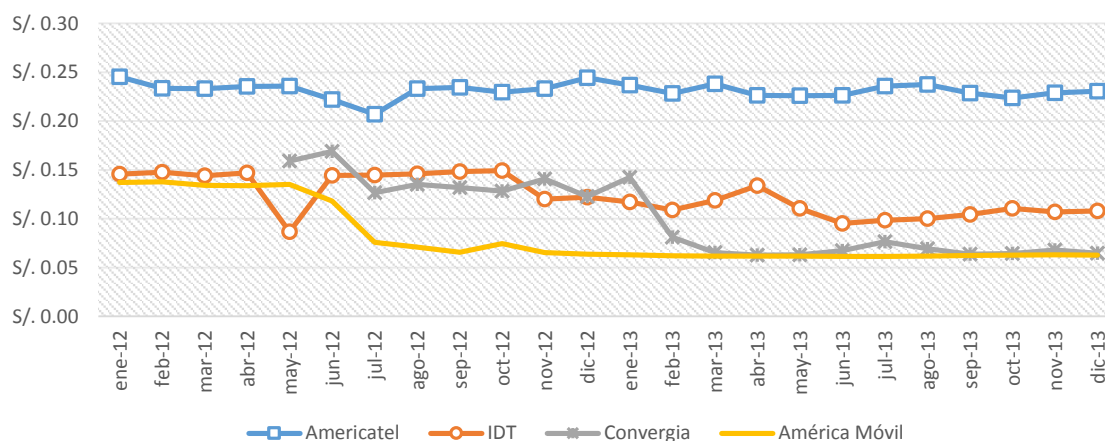
i: representa a cada mes

Entonces, el cargo estimado por acceso a la plataforma de pago por minuto sería:

$$c_i^{app} = \frac{PTAPP_i}{Min_i} = \frac{(Cf \times TC_i \times Min_i) + (Cv \times Ing_i)}{Min_i}$$

Luego, con la información recogida por la Secretaría Técnica se procede a calcular el c_i^{app} que corresponde a cada operador de larga distancia en cada mes, incluyendo al propio operador móvil, para el periodo de enero de 2012 a diciembre de 2013. Como se puede apreciar en el siguiente gráfico, el cargo más elevado resulta ser el de Americatel, mientras que los cargos de América Móvil y Convergía resultan ser los más bajos¹⁵⁷.

Gráfico N° 11: Estimación de los costos por acceso a plataforma de pago por minuto, por empresa operadora



Fuente: Empresas operadoras
Elaboración: STCCO – OSIPTEL

¹⁵⁷ Dado que en el pedido de información realizado por la Secretaría Técnica no se especificó que los ingresos obtenidos en el mercado aguas abajo no deberían incluir el IGV, se asume que las empresas reportaron sus ingresos incluyendo el IGV. En ese sentido, a la información de ingresos recibida se le restará dicho concepto tributario.

De esta manera, en la medida que hemos considerado como operador eficiente al operador dominante se tomara en cuenta el costo por acceso a plataforma de pago total por minuto estimado para América Móvil que, para el caso bajo análisis, resulta ser el más bajo de todos.

Cabe destacar que América Móvil ha señalado que la Secretaría Técnica para calcular el costo de acceso a la plataforma de pago luego de su regulación, ha considerado el ingreso promedio (Ing_i/Min_i), y no el ingreso nominal (la tarifa sin IGV), lo cual respaldaría la aplicación de su test donde se considera el ingreso agregado (conforme ha sido señalado en el apartado anterior).

Al respecto, se aprecia que la forma como se calculó este cargo obedece básicamente a la forma en cómo fue regulado, y no en función a evaluación general del negocio. Por tanto, el hecho de que la Secretaría Técnica haya calculado tal cargo considerando el ingreso promedio -en la medida que así ha sido regulado- no quiere decir, que lo mismo se deba replicar en el test que se está aplicando para evaluar la conducta del presente procedimiento, ya que como se ha expuesto en el numeral 8.3.2. de la Resolución, una evaluación agregada puede generar riesgos para la competencia al permitirle ser agresivo en segmentos de mercado donde enfrenta mayor competencia.

(iii) Costos de terminación de llamadas en el extranjero

El tercer componente de costos que resulta clave para la realización de una llamada de LDI desde la red prepago de América Móvil, es el costo por la terminación en la red de destino en el extranjero.

Al respecto, América Móvil remitió los valores que corresponden al costo total por minuto pagado a los *carriers* internacionales u operadores de red de destino por el tramo internacional. Asimismo, la referida empresa ha señalado que debido a la gran variabilidad de sus costos ha informado solo los correspondientes a los meses de octubre y abril de cada año, el primero de ellos en concordancia con la reducción programada de cargos de originación/terminación en la red móvil, y el mes de abril habría sido elegido totalmente al azar.

Los costos remitidos están en dólares de Estados Unidos (sin IGV) y se pagan por minuto. Estos costos de terminación corresponden a los destinos más representativos y se dividen según la red donde termina la llamada, sea fija o móvil.

Cuadro N° 8: Costo de terminación, por destino y red (USD promedio por minuto sin IGV)

Ítem	País - destino	oct-10	abr-11	oct-11	abr-12	oct-12	abr-13	oct-13
1	Argentina-fijo	0.012	0.012	0.012	0.0158	0.0178	0.0178	0.02
2	Argentina-móvil	0.1718	0.1656	0.1523	0.1506	0.159	0.1595	0.1618
3	Bolivia-fijo	0.0609	0.0591	0.0633	0.061	0.0612	0.0618	0.0694
4	Bolivia-móvil	0.1267	0.1296	0.1204	0.1181	0.1219	0.1236	0.1262
5	Canadá-fijo	0.0157	0.0156	0.0123	0.0097	0.0057	0.0072	0.0078
6	Canadá-móvil	0.0157	0.0156	0.0123	0.0097	0.0057	0.0072	0.0078
7	Chile-fijo	0.0271	0.0266	0.0231	0.0262	0.024	0.024	0.024
8	Chile-móvil	0.1333	0.1369	0.1263	0.1492	0.1528	0.1524	0.1491
9	China-fijo	0.0101	0.0114	0.0111	0.0151	0.0143	0.0143	0.0157
10	China-móvil	0.0098	0.009	0.011	0.0135	0.0139	0.0139	0.0166
11	Colombia-fijo	0.0259	0.0269	0.0262	0.0239	0.0222	0.0225	0.0226

12	Colombia-móvil	0.0711	0.0991	0.0696	0.0777	0.0712	0.0721	0.0748
13	Ecuador-fijo	0.0959	0.0908	0.0907	0.0582	0.0669	0.0787	0.0952
14	Ecuador-móvil	0.1668	0.1679	0.1688	0.17	0.1663	0.1699	0.1699
15	EEUU-fijo	0.0101	0.0093	0.0091	0.0107	0.0098	0.0092	0.0093
16	EEUU-móvil	0.0101	0.0093	0.0091	0.0107	0.0098	0.0092	0.0093
17	España-fijo	0.0125	0.0104	0.0101	0.0092	0.0132	0.0132	0.0131
18	España-móvil	0.0928	0.0661	0.0768	0.0672	0.0903	0.0894	0.0839
19	Francia-fijo	0.0111	0.0111	0.0107	0.0069	0.006	0.005	0.0065
20	Francia-móvil	0.1051	0.1087	0.1023	0.0767	0.0599	0.0598	0.0609
21	Guatemala-fijo	0.078	0.0591	0.0755	0.0668	0.0715	0.075	0.0675
22	Guatemala-móvil	0.0989	0.1008	0.1027	0.097	0.1129	0.113	0.115
23	Honduras-fijo	0.1113	0.1143	0.1137	0.0964	0.0938	0.121	0.121
24	Honduras-móvil	0.1787	0.1332	0.124	0.1114	0.1062	0.106	0.106
25	Italia-fijo	0.0142	0.0143	0.0151	0.0121	0.0123	0.0094	0.0094
26	Italia-móvil	0.1327	0.1297	0.1271	0.1181	0.1265	0.126	0.1271
27	Jamaica-fijo	0.079	0.0795	0.0795	0.0826	0.083	0.0829	0.083
28	Jamaica-móvil	0.179	0.18	0.18	0.1742	0.1759	0.1761	0.1761
29	Japón-fijo	0.0255	0.025	0.0229	0.0225	0.0234	0.0287	0.0232
30	Japón-móvil	0.1306	0.1133	0.1124	0.1012	0.1161	0.1177	0.0946
31	México-fijo	0.03	0.03	0.03	0.0196	0.0166	0.0166	0.0166
32	México-móvil	0.145	0.1451	0.145	0.1443	0.1082	0.1082	0.1082
33	Panamá-fijo	0.0249	0.0313	0.0277	0.0283	0.0275	0.0358	0.037
34	Panamá-móvil	0.105	0.1103	0.1088	0.1044	0.1036	0.105	0.1069
35	Paraguay-fijo	0.0325	0.0338	0.0323	0.0337	0.0275	0.0421	0.042
36	Paraguay-móvil	0.0619	0.0525	0.0722	0.0894	0.0905	0.0851	0.0852
37	Puerto Rico-fijo y/o móvil	0.033	0.0202	0.0127	0.0186	0.0181	0.0221	0.0227
38	Puerto Rico-móvil	0.033	0.0202	0.0127	0.0186	0.0181	0.0221	0.0227
39	Reino Unido-fijo	0.0141	0.0134	0.0115	0.0089	0.0076	0.0079	0.0095
40	Reino Unido-móvil	0.2008	0.1197	0.0699	0.066	0.0689	0.06	0.06
41	Rep. Dominicana-fijo	0.024	0.024	0.024	0.02	0.0178	0.026	0.0221
42	Rep. Dominicana-móvil	0.0759	0.076	0.076	0.0672	0.067	0.0671	0.067
43	Venezuela-fijo	0.0157	0.0177	0.0143	0.0158	0.0164	0.0161	0.0188
44	Venezuela-móvil	0.0945	0.0936	0.0922	0.0985	0.0708	0.0821	0.0881

Fuente: América Móvil

Elaboración: STCCO-OSIPTEL

Cabe destacar que el análisis de los costos tomará en cuenta estos destinos, dejando de lado otros que no resultan relevantes en términos del tráfico.

Tipo de cambio

Dado que parte importante de los costos están en dólares de Estados Unidos, el tipo de cambio se convierte en un componente muy importante en el test de estrechamiento de márgenes. En este caso, para convertir todos los costos a nuevos soles, de modo que sea comparable con la tarifa, se utiliza el tipo de cambio bancario de venta promedio mensual, obtenido de la información publicada por el Banco Central de Reserva del Perú.

**Cuadro N° 9: Tipo de cambio Bancario Nuevo Sol / Dólar -
Venta promedio mensual (S/. por USD)**

Mes/Año	Tipo de cambio	Mes/Año	Tipo de cambio
Oct10	3.000	Jun12	2.671
Nov10	2.806	Jul12	2.636
Dic10	2.816	Ago12	2.617
Ene11	2.788	Sep12	2.603
Feb11	2.771	Oct12	3.000
Mar11	2.780	Nov12	2.599
Abr11	3.000	Dic12	2.568
May11	2.776	Ene13	2.552
Jun11	2.765	Feb13	2.579
Jul11	2.742	Mar13	2.595
Ago11	2.740	Abr13	3.000
Sep11	2.744	May13	2.646
Oct11	3.000	Jun13	2.748
Nov11	2.706	Jul13	2.778
Dic11	2.697	Ago13	2.802
Ene12	2.693	Sep13	2.780
Feb12	2.684	Oct13	3.000
Mar12	2.672	Nov13	2.799
Abr12	3.000	Dic13	2.786
May12	2.670		

Fuente: BCRP

Elaboración: STCCO-OSIPTEL

(iv) Otros costos

Si bien ya se realizó una descripción de los principales costos en los que se incurre para la prestación de servicios de llamadas de LDI desde móviles prepago, resulta necesario considerar “otros costos” adicionales para la provisión del referido servicio.

Cabe destacar que, la consideración de un operador tan eficiente como el dominante no implica que solo se deban incluir los costos en los que efectivamente incurre un operador dominante para prestar el servicio de LDI desde su red móvil prepago, sino se deberán considerar todos los costos necesarios para la prestación del servicio en análisis, teniendo en cuenta la eficiencia del operador dominante.

Por ejemplo, en el caso de la publicidad, América Móvil ha señalado que realizó una “importante campaña publicitaria” para la Promoción Prepago 1912. Además, de acuerdo a la información que obra en el expediente, los operadores móviles tienen la posibilidad de detectar la demanda por llamadas LDI, de tal manera que están en la capacidad de llamar a posibles clientes para ofrecer sus servicios. Si bien estas llamadas no generan costos efectivos para América Móvil, ya que son llamadas a usuarios de su propia red, sí existe un costo económico que se debe considerar. Tal es el caso, que a los operadores de larga distancia el realizar este tipo de publicidad sí les genera un costo efectivo, ya que pagan una determinada tarifa por las llamadas a los abonados para ofrecer su servicio de LDI.

En tal sentido, como se señaló inicialmente¹⁵⁸, existen costos adicionales para la prestación del servicio de llamadas de LDI desde la red móvil prepago, a los cuales se les ha denominado “otros costos” y que incluyen los costos de transporte conmutado local, costos por capacidad de transporte internacional y costos de *retail*. Al respecto, en la

¹⁵⁸ Ver numeral 8.3.2. de la presente Resolución.

medida que no se cuenta con información detallada por tales conceptos, este Cuerpo Colegiado asumirá que los “otros costos” representan el 10% de la tarifa final sin IGV¹⁵⁹.

Así, para el caso de las Tarifas de Promociones Especiales a Números Frecuentes y Triados, el concepto de los “otros costos” alcanzan un nivel de S/. 0.0462, mientras que para la Promoción Prepago 1912, estos costos llegan a S/. 0.0415.

b. Comparación: tarifas promocionales vs costos

A continuación, se presenta el test que se utilizará para determinar si se produjo (o no) un estrechamiento de márgenes a través de las promociones Tarifas de Promociones Especiales a Números Frecuentes y Triados y Promoción Prepago 1912.

Este test considera que el margen neto para el operador eficiente debe al menos ser “0” (cero) o positivo, luego de cubrir todos los costos asociados a la prestación del servicio. Así, de encontrarse un margen de ganancia negativo, se considerará que el operador dominante estrecha los márgenes de sus competidores, en la medida que si un operador tan eficiente como el dominante al utilizar sus costos no obtiene un margen de ganancia que le permita replicar las promociones analizadas, lo mismo sucederá con los demás operadores eficientes que participan en el mercado.

En términos matemáticos, el test se aplicará para cada mes, considerando lo siguiente:

$$M_N = \frac{T - (c_o + c_{app} + c_t + c_R)}{(c_o + c_{app} + c_t + c_R)} \geq 0$$

Donde (conceptos mensuales):

M_N : Margen neto de un operador tan eficiente como el dominante.

T: Tarifa de la oferta en cuestión.

c_o : Cargo de originación de llamadas en la red móvil.

c_{app} : Cargo de acceso a plataforma de pago total por minuto.

c_t : Cargo de terminación promedio en la red del país de destino.

c_R : Otros Costos (costos de transporte conmutado local, costos por capacidad de transporte internacional y costos de *retail*).

Cabe preciar que el hecho de que el test arroje un margen de ganancia negativo no implica necesariamente que el operador investigado incurra en pérdidas, o que realmente enfrente un margen de ganancia muy bajo, en la medida que lo que el test refleja es si un operador tan eficiente como el incúmbete puede (o no) obtener un margen de ganancia positivo al asumir los mismos costos en los que incurren los operadores de larga distancia para la prestación del servicio en análisis.

Al respecto, como sabemos, el operador dominante no incurrirá en costos efectivos de originación de llamadas, de acceso a plataforma de pago e incluso de los servicios que se enmarcan dentro del concepto de “otros costos”, ya que estos no constituyen desembolsos reales de dinero. Por ello, el margen de ganancia que obtiene el operador dominante podría estar en niveles rentables, a la par que estrecha los márgenes de sus competidores¹⁶⁰.

¹⁵⁹ Ello en la medida que en diversos procesos regulatorios de tarifas para llamadas específicas se ha considerado a los costos de *retail* equivale como el 10% de la tarifa final sin IGV. Por ejemplo, en la determinación de la tarifa tope de las comunicaciones TUP-Móvil y las llamadas fijo-móvil.

¹⁶⁰ Al respecto cabe precisar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha determinado que no necesariamente en un estrechamiento de márgenes la empresa dominante incurre en pérdidas debido a que

Sobre el particular, América Móvil ha señalado, que la conducta analizada solo resultará posible si quien la desarrolla, una vez que logre excluir a sus competidores del mercado, se encuentra en la capacidad de elevar las llamadas de LDI desde la red prepago, sin experimentar una pérdida sustancial de consumidores. Esta situación, según América Móvil, necesariamente tendría que producirse, ya que quien despliega una conducta de estrechamiento de márgenes, durante el periodo de la práctica incurre en pérdidas y, por lo tanto, una vez que logre excluir a sus competidores, necesariamente deberá subir los precios del servicio analizado manteniendo la demanda de los consumidores para poder recuperar tales pérdidas.

Al respecto, como ya lo hemos señalado previamente, en los casos de estrechamiento de márgenes el operador investigado no necesariamente incurre en pérdidas, ya que los costos que realmente enfrenta podrían ser inferiores a los precios mayoristas que impone a sus clientes (a la vez sus competidores en el mercado aguas abajo) por el acceso a los insumos esenciales. Ahora, de encontrarnos ante un caso de precios predatorios sí sería necesario evaluar si el infractor podrá recuperar las pérdidas en las que incurre por la comisión de esta conducta. Sin embargo, en la medida que estamos frente a un posible caso de estrechamiento de márgenes y no de precios predatorios, no será necesario realizar tal evaluación.

b.1. Primer escenario: octubre de 2010 a diciembre de 2011

En el primer escenario se analizan las ofertas de Tarifa Especial a Números Frecuentes y Números Triados¹⁶¹, que normalmente han ofrecido tarifas promocionales para llamadas a un número LDI duado a una tarifa de **S/. 0.545** por minuto (incluido IGV). De acuerdo a lo investigado, se han definido las siguientes promociones para ser investigadas por la conducta de estrechamiento de márgenes, a las que en adelante se referirá únicamente como Tarifas Especiales a Números Frecuentes y Triados:

- Tarifa Especial a Números Frecuentes - Combo Anualizado Iphone
- Tarifa Especial a Números Frecuentes - Combo Anualizado *Smart* (Prepago)
- Tarifa Especial a Números Frecuentes- Combo Anualizado *Smartphone* (Prepago)
- Tarifa Especial a Números Frecuentes (Prepago)
- Tarifa Especial a Números Triados - Combo Anualizado Blackberry (Prepago)

Estas tarifas se han considerado para el análisis debido a que son las que se han repetido con mayor frecuencia, tal como se analizará más adelante. En ese sentido, corresponde comparar la tarifa de estas promociones con los costos en los que incurriría un operador tan eficiente como América Móvil (en un inicio solo se tomará en cuenta los cargos que son cobrados por América Móvil a los *carriers*) para la prestación del servicio de llamadas de LDI desde su red móvil prepago para determinar si se obtiene (o no) márgenes positivos.

Sobre el particular, América Móvil ha señalado que en este tipo de promociones es un error comparar los costos y las tarifas nominales por el servicio de llamadas de LDI a través de su red prepago, en la medida que al realizarse tal cálculo, no se considera que además de este servicio también ofrece otros servicios dentro de la misma promoción.

-en ocasiones- puede elevar los precios que cobra a sus competidores por los insumos esenciales y no incurrir en pérdidas. Sentencia del Tribunal de Justicia del 17 de febrero de 2011, mediante la cual se absuelve la consulta realizada por el Tribunal de Justicia de Suecia respecto al estrechamiento de márgenes.

¹⁶¹ Como ya se ha señalado, se descartó del análisis la oferta “Cargamontón de Números Frecuentes (Prepago)”, ya que la misma, en efecto, no aplicaba para destinos de LDI. Asimismo, se descartaron otra promociones de Tarifa Especial Números Frecuentes y Triados debido a que no mantuvieron una frecuencia considerable para afectar la competencia.

Según la referida empresa, se debería considerar la gama de servicios como un todo y no aislar al servicio de llamadas de LDI, pues en ese escenario, no se tomaría en cuenta la forma en cómo un usuario consume tales servicios.

Al respecto, debido a que las promociones de Tarifa Especial a Números Frecuentes y Triados incluyen, entre otras, una tarifa para las llamadas de LDI desde la red prepago de América Móvil, en este caso de S/. 0.545, no es necesario que se analice la distribución del tráfico y de las preferencias de los consumidores por cada uno de los servicios que se incluye en esta promoción, en la medida que no se limita la cantidad de minutos para tales comunicaciones sino que a cada una de las llamadas con destino internacional que realice un usuario adscrito a esta promoción se le aplicará la tarifa de S/. 0.545. Además, es preciso tener en cuenta que la propuesta de América Móvil podría ser razonable si, por ejemplo, analizáramos una oferta que otorga una cantidad “x” de minutos para llamadas a distintos tipos de redes (como fijo, móvil *on-net*, móvil *off-net* y LDI) por una cantidad “y” de soles; en ese caso, sí sería necesario analizar cuántos de los minutos otorgados son utilizados para llamadas a LDI, ya que esto serviría para determinar la tarifa implícita de dicho tipo de llamadas, que posteriormente podría compararse con sus costos.

Retomando el análisis, a continuación en el Cuadro N° 10 se muestran los cargos de originación y cargos de acceso a la plataforma de pago que los concesionarios móviles cobraban a los operadores de larga distancia para el periodo de octubre de 2010 y diciembre de 2011. Como se aprecia, la suma de ambos cargos (los costos en soles, incluido el impuesto general a las ventas - IGV) que América Móvil cobraba a las empresas de larga distancia está por encima de los **S/. 0.64**, llegando en algunos casos hasta los **S/. 0.69**, lo cual sumado a los costos de terminación y “otros costos”, hacen que la Tarifa Especial a Números Frecuentes y Triados sea difícil, sino imposible, de replicar por un operador tan eficiente como el dominante. En efecto, mientras que la suma de los referidos cargos fluctúan entre los **S/. 0.64** y **S/. 0.69**, la tarifa analizada es de **S/. 0.545**, lo cual demostraría que en este periodo América Móvil posiblemente estrechó los márgenes de sus competidores.

Cuadro N° 10: Condiciones de interconexión entre América Móvil y operadores de larga distancia para el sistema de LLxLL desde móviles prepago

Operador LDI	Operador Móvil	Costos por Minuto							
		US\$ (Sin IGV)			S/. (Incluido IGV)				
		Cargo por originación		Cargo por acceso a la plataforma de pago	Cargo por originación		Cargo por acceso a la plataforma de pago	Originación + Plataforma	
		Oct10-Sep11	Oct11-Dic11		Oct10-Sep11	Oct11-Dic11		Oct10-Sep11	Oct11-Dic11
Convergía	Claro	0.0911	0.0766	0.12	S/. 0.30	S/. 0.25	S/. 0.39	S/. 0.69	S/. 0.64
	Tmóviles	0.0772	0.0622	0.12	S/. 0.25	S/. 0.20	S/. 0.39	S/. 0.64	S/. 0.59
	Nextel	0.0815	0.0701	0.12	S/. 0.27	S/. 0.23	S/. 0.39	S/. 0.66	S/. 0.62
Americatel	Claro	0.0911	0.0766	0.12	S/. 0.30	S/. 0.25	S/. 0.39	S/. 0.69	S/. 0.64
	Tmóviles	0.0772	0.0622	0.12	S/. 0.25	S/. 0.20	S/. 0.39	S/. 0.64	S/. 0.59
	Nextel	0.0815	0.0701	0.12	S/. 0.27	S/. 0.23	S/. 0.39	S/. 0.66	S/. 0.62
IDT	Claro	0.0911	0.0766	0.12	S/. 0.30	S/. 0.25	S/. 0.39	S/. 0.69	S/. 0.64
	Tmóviles	0.0772	0.0622	0.12	S/. 0.25	S/. 0.20	S/. 0.39	S/. 0.64	S/. 0.59
	Nextel	0.0815	0.0701	0.12	S/. 0.27	S/. 0.23	S/. 0.39	S/. 0.66	S/. 0.62

Nota: El tipo de cambio utilizado es de 2.76 soles por dólar, el cual corresponde al promedio del Tipo de Cambio Bancario Nuevo Sol / Dólar - Venta (S/. por USD) entre octubre de 2010 y diciembre de 2011, publicado por el Banco Central de Reserva del Perú.

Fuente: América Móvil

Elaboración: STCCO – OSIPTEL

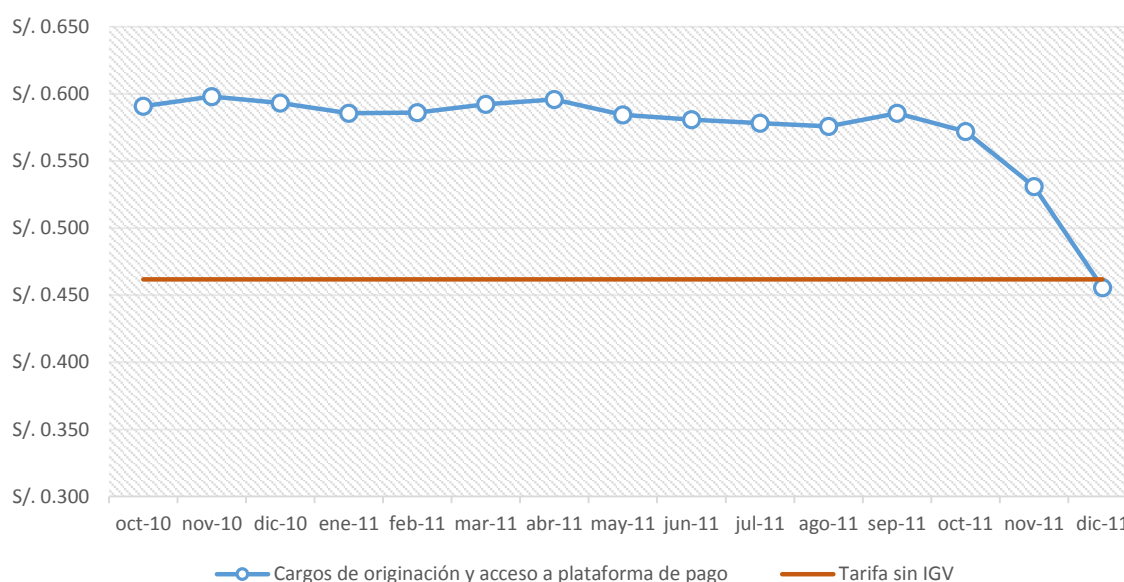
Además, cabe precisar que, a través de la información presentada por América Móvil durante el desarrollo del procedimiento, se ha corroborado que, efectivamente la suma de los cargos de originación de llamadas y de acceso a plataforma de pago, son

superiores a las tarifas de alrededor de S/. 0.462 por minuto sin IGV establecida por América Móvil en sus ofertas de Tarifa Especial a Números Triados y Números Frecuentes. Cabe destacar que en adelante para el análisis se tomará las tarifas y costos sin incluir el IGV. La exclusión del IGV es una alternativa que ha escogido este Cuerpo Colegiado, ya que podría hacerse una comparación entre los costos y las tarifas sin IGV, o entre los costos y las tarifas con IGV.

En conclusión, se puede observar que el promedio de la suma de los cargos de originación y acceso a plataforma de pago sin IGV ha sido de S/. 0.57, esta sumatoria por encima de la tarifa de S/. 0.462 que se ofrece a través de las promociones investigadas (margen negativo de aproximadamente – S/. 0.11).

Cabe precisar que la reducción en la suma de cargos de originación y de acceso a plataforma de pago a partir del mes de octubre de 2011 se debe en un primer momento a la reducción del primero de ellos, de acuerdo al cronograma establecido en su proceso regulatorio. Asimismo, la reducción mayor que se observa en el mes de diciembre de 2011 se debe a que en dicho mes entró en vigencia la regulación del cargo de acceso a plataforma de pago.

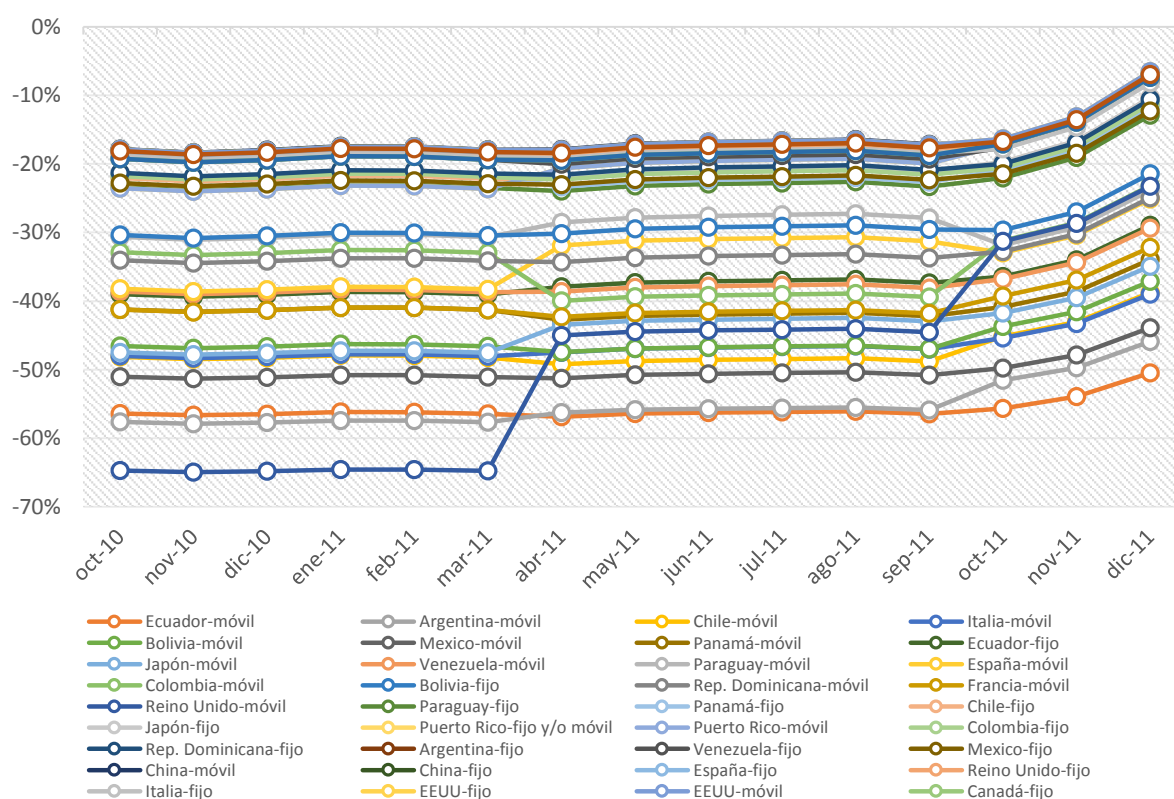
Gráfico N° 12: Cargos de acceso a plataforma de pago y originación versus Tarifas Especial a Números Frecuentes y Triados (sin IGV)



Fuente: América Móvil
Elaboración: STCCO- OSIPTEL

Finalmente, al haberse realizado esta comparación (cargos vs tarifa) para cada uno de los destinos que incluye la promoción analizada, se observa que el margen neto es negativo en todo el periodo. En ese sentido, este Cuerpo Colegiado considera que existe la posibilidad de un estrechamiento de márgenes a través de las promociones de Tarifa Especial a Números Frecuentes y Triados analizadas en el presente caso.

Gráfico N° 13: Margen de ganancia Tarifa Especial a Números Frecuentes y Triados



Fuente: América Móvil
Elaboración: STCCO- OSIPTEL

b.2. Segundo escenario: enero de 2012 a diciembre de 2013

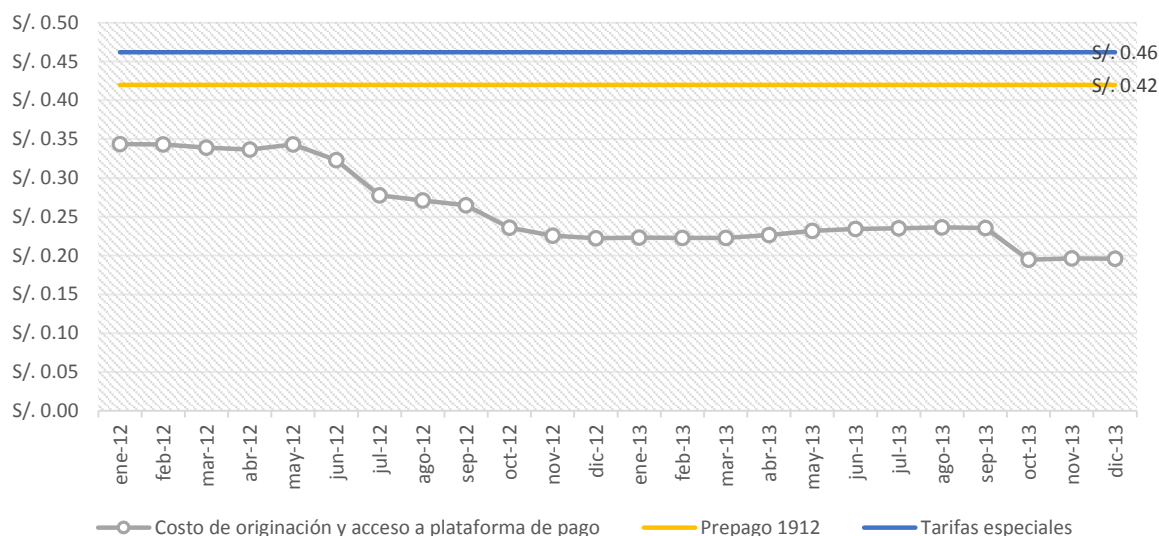
En el segundo periodo, con la regulación del cargo de acceso a plataforma en plena, se evaluará tanto las promociones de Tarifa Especial a Números Frecuentes y Triados, como la tarifa de la Promoción Prepago 1912.

Este segundo escenario se caracteriza por la vigencia de la regulación del cargo de acceso a plataforma de pago, la cual cambia la forma en la que se establecen estos cargos, pasando de un esquema de cargo fijo establecido mediante una negociación entre empresas operadoras sin tope, a un esquema de cargo tope que incluye un componente fijo y uno variable¹⁶².

Como se observa en el siguiente gráfico, en este segundo periodo la suma de los costos de origenación y plataforma de pago se encuentra por debajo de las tarifas investigadas (sin incluir el IGV). En ese sentido, en esta parte del análisis será necesario considerar el resto de costos asociados a la prestación del servicio de llamadas de LDI desde móviles prepago. Así, se considerarán los costos de terminación en las redes de otros países, así como los “otros costos” asociados a la prestación del servicio.

¹⁶² Ver numeral 8.3.2. de la presente Resolución

Gráfico N° 14: Tarifas de las promociones comparadas con el costo de las facilidades que provee el operador móvil



Fuente: América Móvil
Elaboración: STCCO- OSIPTEL

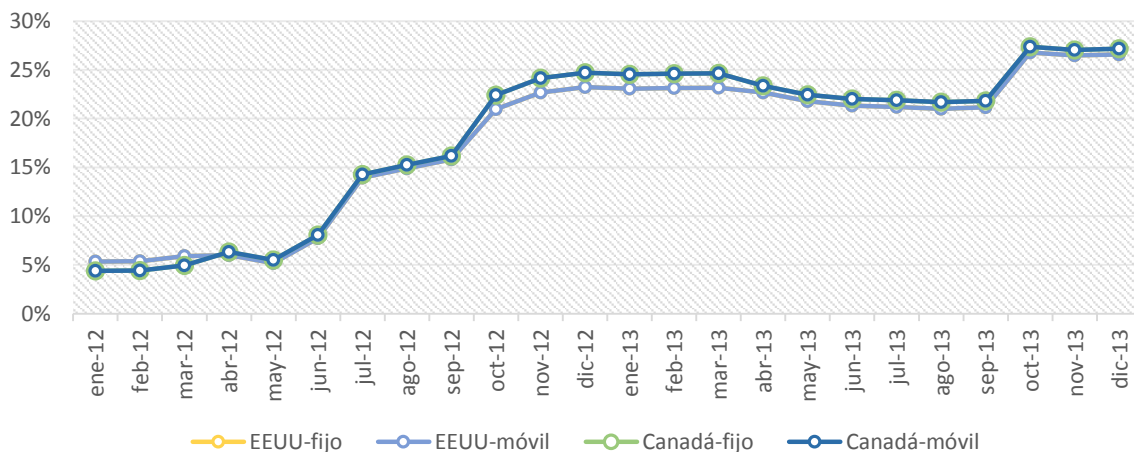
b.2.1. Tarifa de Promociones Especiales a Números Frecuentes y Triados

En primer lugar se procede a evaluar las ofertas de Tarifa Especial a Números Frecuentes y Triados, que tienen una tarifa de S/. 0.462 por minuto sin IGV para llamadas de LDI.

Dado que en este caso se ha utilizado la información de los cargos de terminación de las llamadas en otros países, los costos se han agrupado por destino.

En el caso de Estados Unidos y Canadá, se observa que existe un margen de ganancia positivo a lo largo de todo el segundo periodo. Los costos de las llamadas a Estados Unidos y Canadá se encuentran entre S/. 0.43 y S/. 0.44, respectivamente, durante los primeros meses del periodo en evaluación, reduciéndose gradualmente hasta los S/. 0.28 y S/. 0.29, al final de dicho periodo. En ese sentido, las tarifas de S/. 0.462 establecidas en las promociones de Tarifa Especial a Números Frecuentes y Triados permiten un margen de ganancia adecuado a un operador tan eficiente como el operador móvil, llegando dicho margen a niveles incluso superiores al 20%.

Gráfico N° 15: Margen de ganancia para Estados Unidos y Canadá

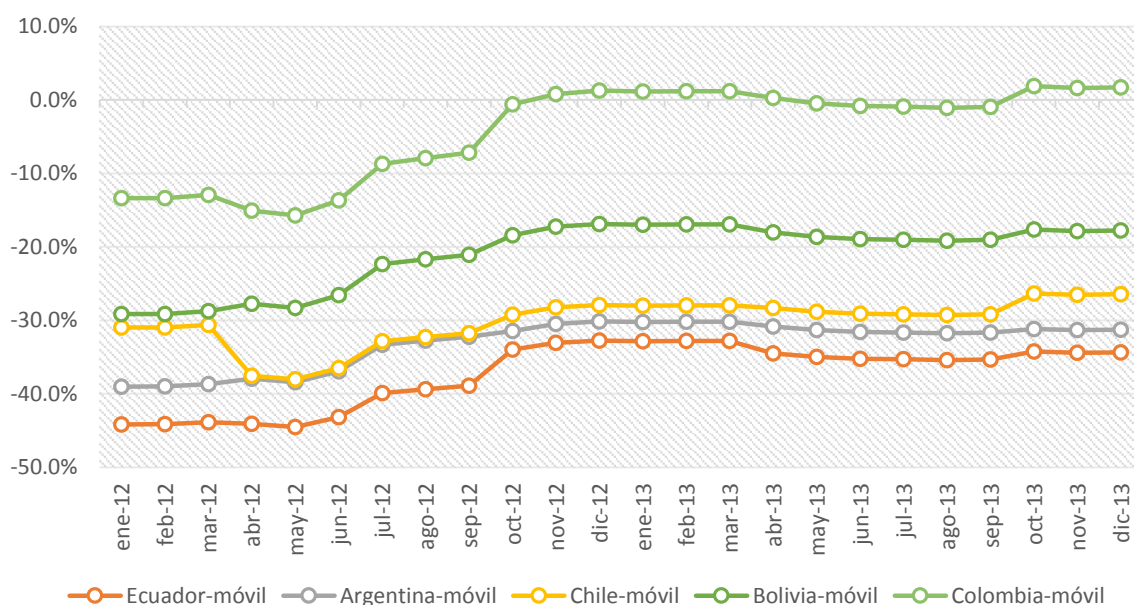


Fuente: América Móvil
Elaboración: STCCO - OSIPTEL

Luego, en el caso del Bloque Andino, conformado por Ecuador, Argentina, Chile, Bolivia y Colombia se observa que el margen de ganancia es negativo cuando las llamadas terminan en la red móvil. Así, en los casos de los cuatro primeros países señalados, se observa que entre enero de 2012 y diciembre de 2013, no existe posibilidad de replicar la tarifa de las promociones Tarifa Especial a Números Frecuentes y Triados. En el caso de Colombia, esta situación se presenta entre enero de 2012 y septiembre de 2013, observándose un pequeño margen de ganancia entre octubre y diciembre de 2013.

Este pequeño margen de ganancia se habría producido principalmente debido a la disminución del cargo de originación, de acuerdo a lo establecido en el cronograma de la regulación de dicho cargo. Cabe destacar que en estos escenarios de tráfico los márgenes de ganancia son negativos en una importante magnitud.

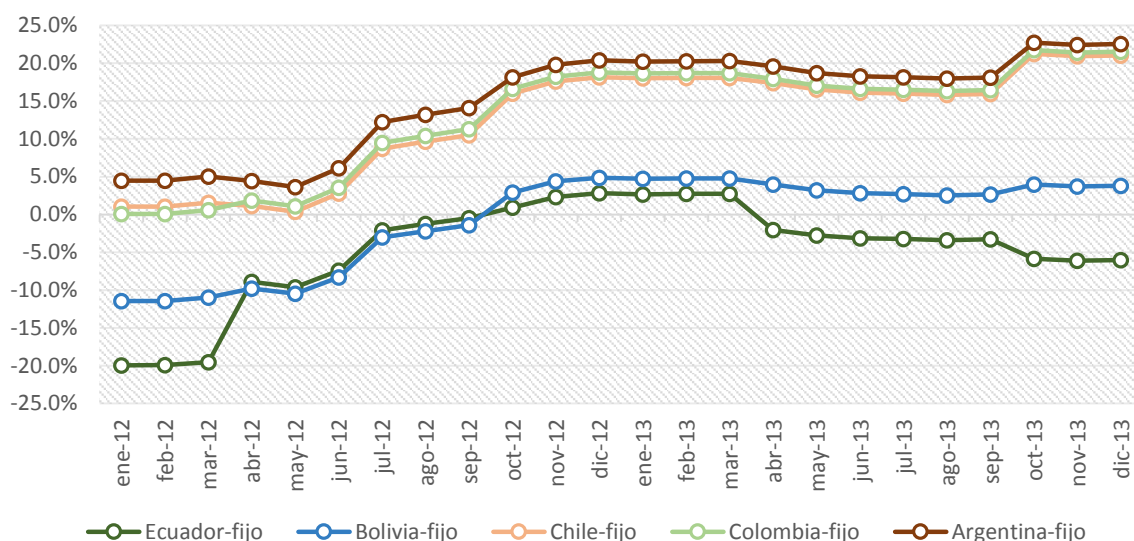
Gráfico N° 16: Margen de ganancia para bloque andino, a destinos móviles



Fuente: América Móvil
Elaboración: STCCO- OSIPTEL

En el caso de las llamadas a teléfonos fijos dentro del bloque andino, se observa que en algunos casos sí existe un margen de ganancia considerable, especialmente desde el mes de junio de 2012. Así, se aprecia un margen de ganancia negativo principalmente en las llamadas hacia Ecuador, mientras que en las llamadas a Bolivia el margen de ganancia muestra resultados positivos recién a partir del mes de noviembre de 2012. Respecto a las llamadas a destinos fijos en Chile, Colombia y Argentina, se observa márgenes de ganancia positivos en la mayor parte del segundo periodo.

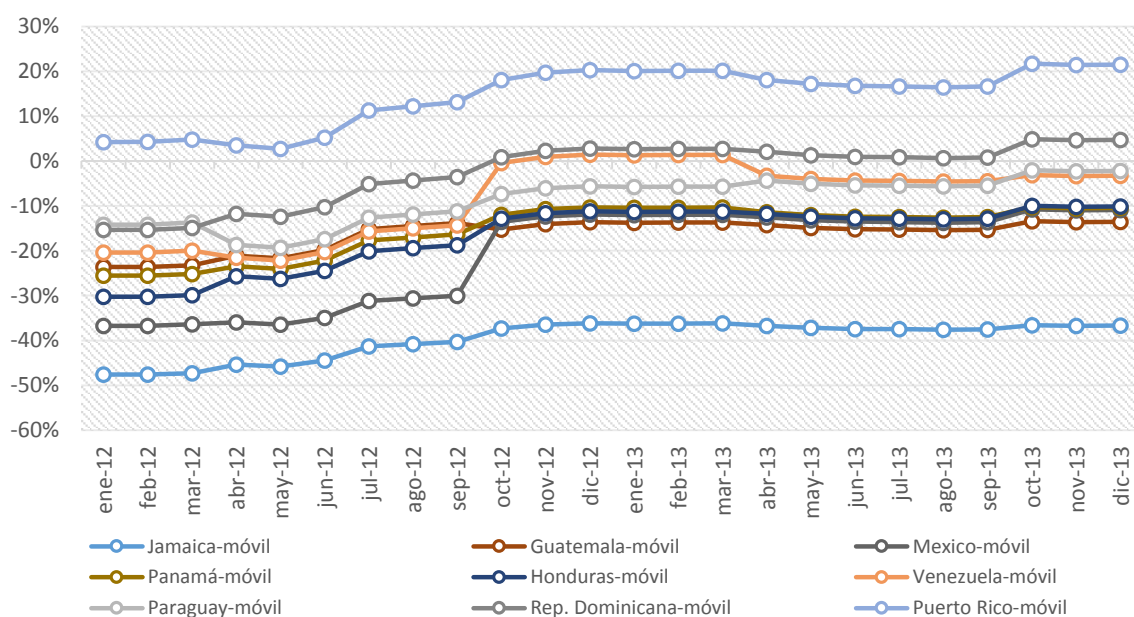
Gráfico N° 17: Margen de ganancia para bloque andino, a destinos fijos



Fuente: América Móvil
Elaboración: STCCO- OSIPTEL

Si analizamos un segundo gran grupo de países de América, vemos que existen muchos destinos móviles en los que el margen de ganancia es negativo. Principalmente los destinos cuyos costos son superiores a la tarifa, son aquellos que corresponden a móviles. Como se puede ver en el siguiente gráfico, solo existe un margen positivo para las llamadas a Puerto Rico y para las llamadas a República Dominicana desde octubre de 2012, esto último, debido –principalmente- a la reducción del cargo de terminación. En el resto de destinos se observa que el margen de ganancia es negativo, y lo mismo en una magnitud muy importante en México y Honduras.

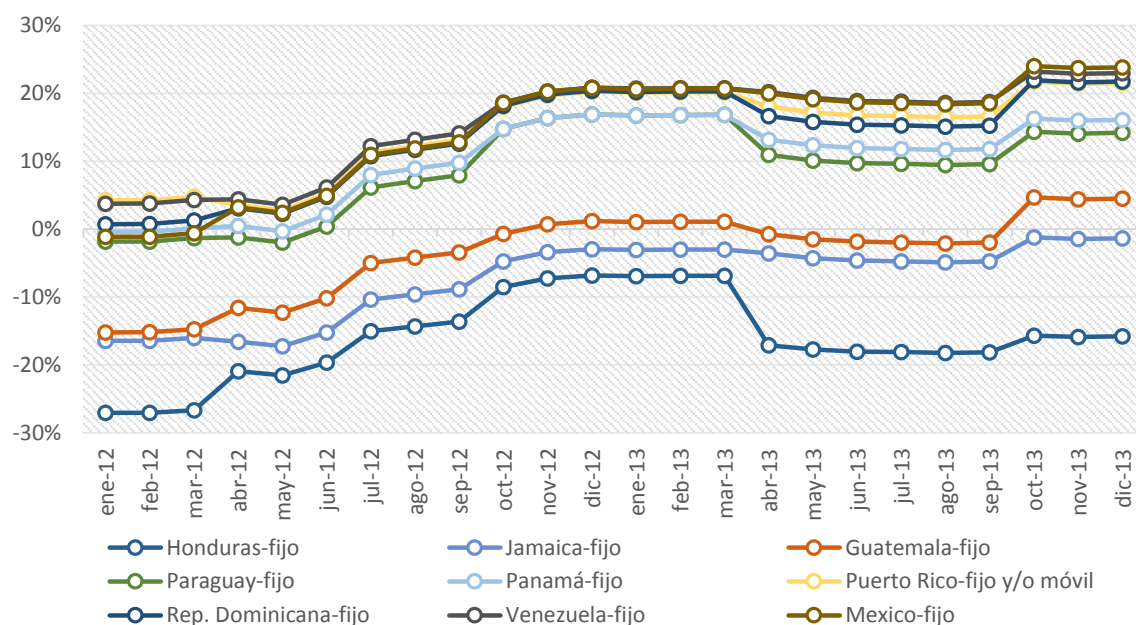
Gráfico N° 18: Margen de ganancia para otros países de América, a destinos móviles



Fuente: América Móvil
Elaboración: STCCO- OSIPTEL

Por otro lado, en el caso de los destinos fijos se observa un panorama variado, ya que en las llamadas hacia algunos países existe un margen de ganancia positivo, mientras que en otros casos el margen de ganancia negativo es muy importante. Así por ejemplo, en los casos de Honduras, Guatemala y Jamaica, los márgenes son negativos durante casi todo el periodo. En la mayor parte del resto de destinos mostrados, el margen de ganancia es negativo en los primeros meses de 2012, haciéndose positivo y creciente a partir del mes de junio de 2012, debido, principalmente, a las reducciones en los cargos de originación y acceso a la plataforma de pago.

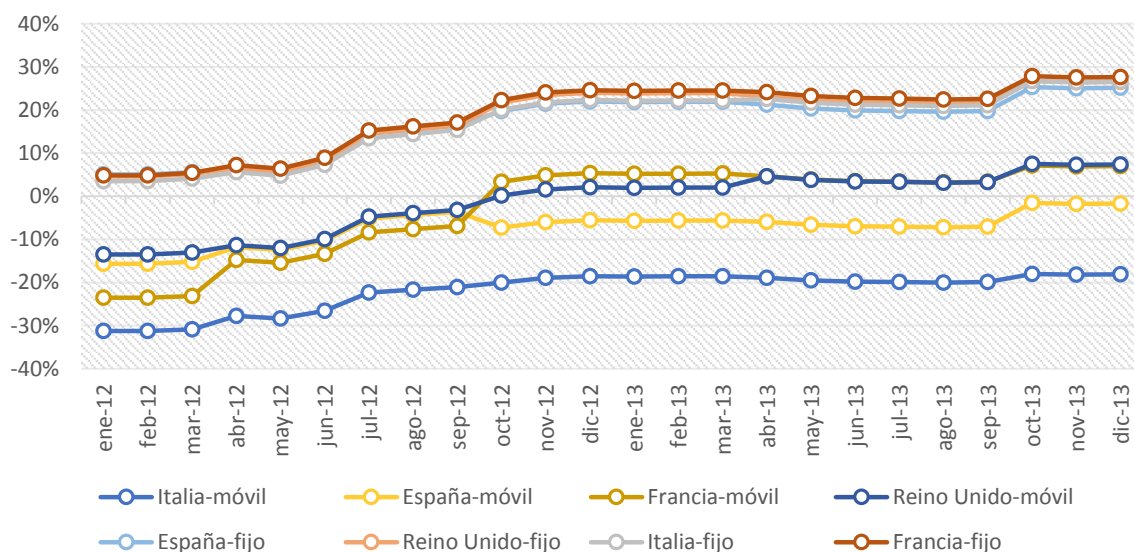
Gráfico N° 19: Margen de ganancia para otros países de América, a destinos fijos



Fuente: América Móvil
Elaboración: STCCO- OSIPTEL

En el caso de los principales destinos europeos, se aprecia que en los más importantes de ellos existen márgenes de ganancia negativos, tal como se ve en el siguiente gráfico. Durante todo el periodo cuando las llamadas terminan en redes móviles de España, Italia, y en gran parte del periodo en Reino Unido y Francia, el margen de ganancia es negativo, incluso superando valores de 30%, tal es el caso de Reino Unido.

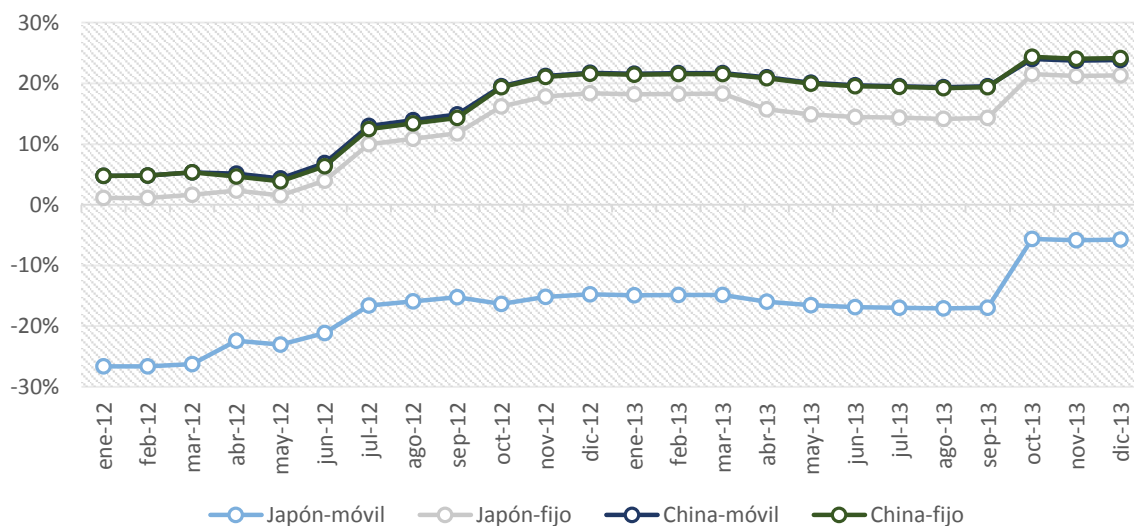
Gráfico N° 20: Margen de ganancia para España, Reino Unido, Francia, Italia



Fuente: América Móvil
Elaboración: STCCO- OSIPTEL

En el continente asiático, los principales destinos son Japón y China. En el caso de Japón, en las llamadas hacia destinos móviles, se observa que el costo de la llamada está por encima de la tarifa, siendo el margen de ganancia negativo. Esto sin embargo no ocurre con respecto a las llamadas a destinos móviles a China, y las llamadas a teléfonos fijos de ambos países.

Gráfico N° 21: Margen de ganancia para Japón y China



Fuente: América Móvil
Elaboración: STCCO- OSIPTEL

En conclusión, lo que se ha podido apreciar respecto a la Tarifa Especial a Números Frecuentes y Triados es que en la mayoría de destinos móviles de LDI, principalmente en los más relevantes, tal tarifa está por debajo de los costos considerados para la prestación del servicio en análisis. De esta manera, este Cuerpo Colegiado considera que un operador tan eficiente como el dominante no podría obtener un margen de ganancia

razonable. En tal sentido, es posible que se haya cometido un estrechamiento de márgenes.

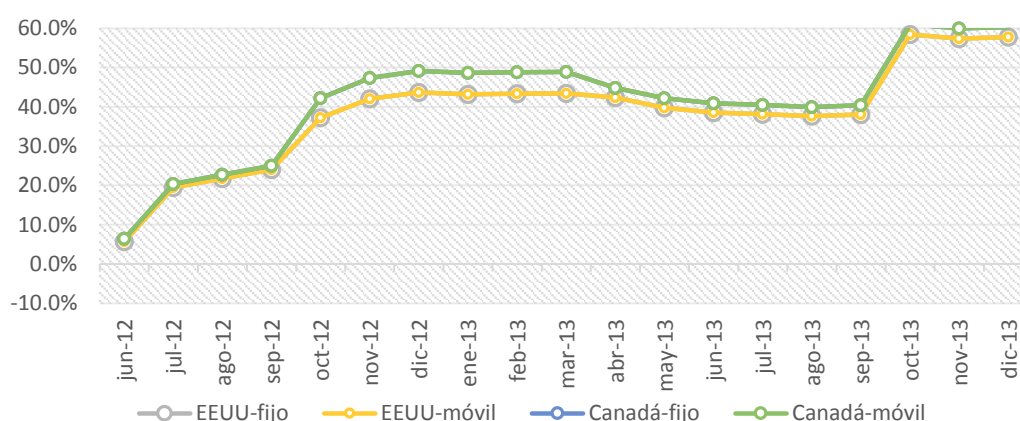
b.2.2. Tarifa Promoción Prepago 1912

La tarifa que América Móvil ha establecido para la Promoción Prepago 1912 es de **S/. 0.49**, y aplica a los siguientes destinos: Canadá, China, EE. UU., Colombia, Puerto Rico, Argentina, Chile, México y España¹⁶³. Sin embargo, dado que para el análisis estamos usando los costos sin incluir el IGV, este elemento debe restarse también de la tarifa, así, la tarifa sin tener en cuenta este impuesto será de S/. 0.415.

Al respecto, considerando que son varios los destinos que se incluyen dentro de la Promoción Prepago 1912, para el análisis se tomarán grupos de países. Asimismo, dado que esta tarifa estuvo vigente de manera permanente desde el mes de junio de 2012, el análisis se realizará para el periodo comprendido entre dicho mes y el mes de setiembre de 2013.

En el caso de las llamadas a Estados Unidos y Canadá, en el siguiente gráfico se puede observar que el margen de ganancia es positivo tanto a destinos fijos como móviles, tal margen incluso llega a superar el 50% en el último trimestre de 2013, lo cual se debería básicamente a la última reducción en el cargo de originación de llamadas en la red móvil.

Gráfico N° 22: Margen de ganancia para Estados Unidos y Canadá



Fuente: América Móvil
Elaboración: STCCO – OSIPTEL

Luego, la Promoción Prepago 1912 incluye tres destinos del bloque andino, Argentina, Chile y Colombia. Al respecto, como se puede apreciar en el siguiente gráfico, para esos tres destinos el margen de ganancia en las redes móviles es negativo, siendo muy amplio el margen en los casos de Argentina y Chile. Por su parte, en el caso de los destinos fijos,

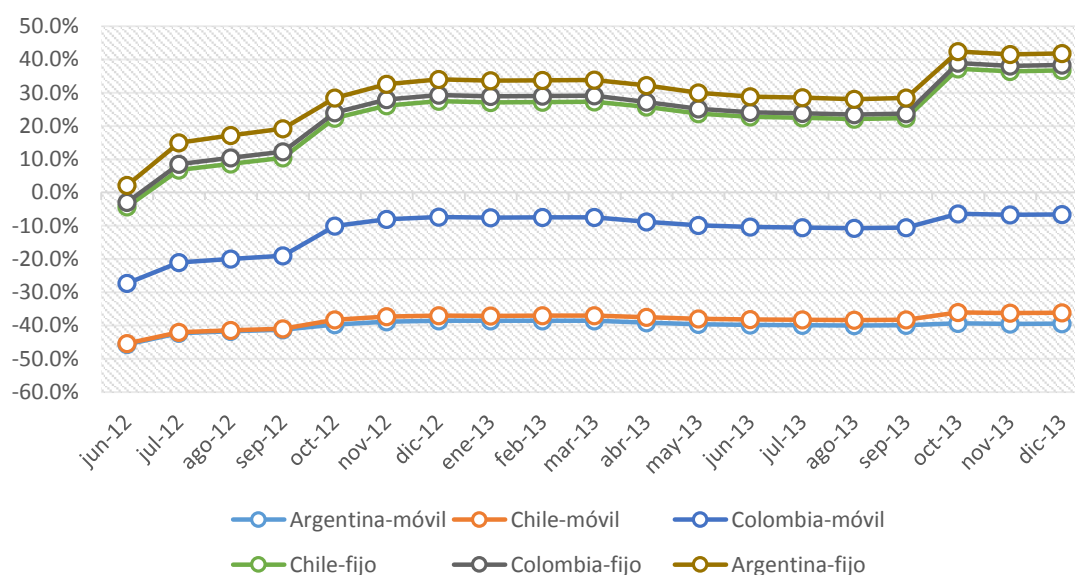
¹⁶³ En julio y agosto de 2011 América Móvil lanzó la oferta Prepago 1912 para abonados prepago, a los cuales les permitía llamar a una tarifa de S/. 0.70 por minuto (incluido IGV) para los siguientes destinos internacionales:

- LDI Premium 1: Canadá, China, EEUU, Bolivia, Colombia, República Dominicana, Panamá, Paraguay, Puerto Rico, Venezuela, Francia, Argentina, Chile, Ecuador y México.
- LDI Premium 2: España, Italia, Japón, Guatemala, Honduras, Jamaica y Reino Unido.

Sin embargo, la tarifa que aquí se analiza es la Promoción prepago 1912 relanzada en el mes de junio de 2012. Cabe destacar que, en el Informe Preliminar se señaló como parte de la investigación tanto la primera Promoción Prepago 1912 con tarifa de S/. 0.70 por minuto (incluido el IGV) como la Promoción Prepago 1912 con tarifa de S/. 0.49 por minuto (incluido el IGV); sin embargo, se descartó la primera promoción debido a que esta no tuvo una frecuencia suficiente para afectar la competencia.

se observa que el margen de ganancia es positivo a partir del mes de julio de 2012 en los tres países analizados.

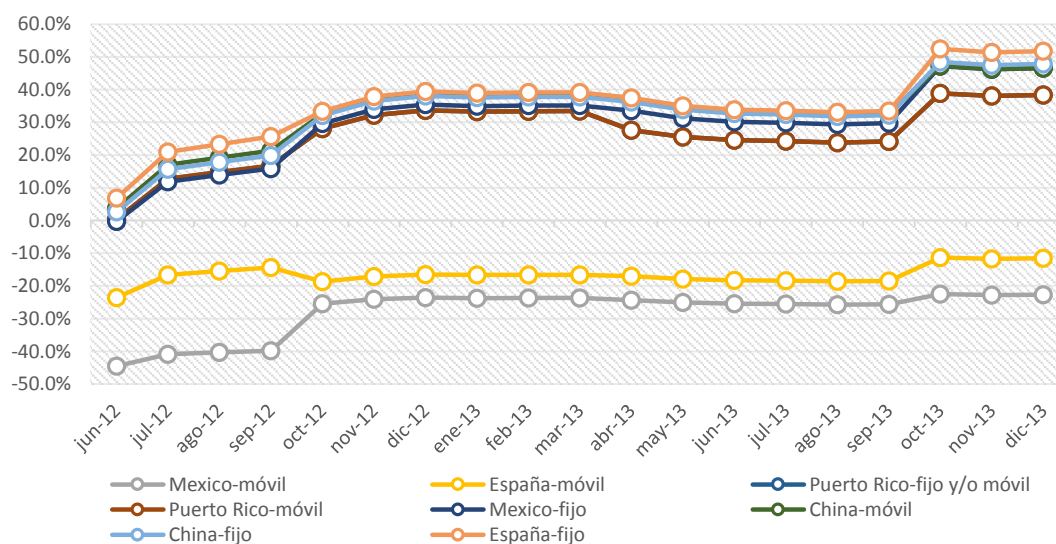
Gráfico N° 23: Margen de ganancia para Argentina, Chile y Colombia



Fuente: América Móvil
Elaboración: STCCO - OSIPTEL

En el caso del resto de destinos de esta promoción, se aprecia que tanto para España como para México, las llamadas con terminación en redes móviles, tienen un margen negativo muy amplio. Asimismo, hasta junio de 2012 solo existía margen de ganancia positivo en las llamadas a China, tanto a redes móviles como fijas, y en llamadas a fijos de España y México.

Gráfico N° 24: Margen de ganancia México, España, Puerto Rico y China



Fuente: América Móvil
Elaboración: STCCO - OSIPTEL

En conclusión, la Promoción Prepago 1912 no permite que un operador tan eficiente como el dominante obtenga márgenes de ganancia positivos para la mayoría de los destinos incluidos en la referida promoción, principalmente en la llamada que tiene como destino otras redes móviles. En tal sentido, se observa que con la Promoción Prepago 1912, al

igual que con la Tarifa de Promociones Especiales a Números Frecuentes Triados, posiblemente se ha producido un estrechamiento de márgenes.

Ahora, una vez que se ha determinado que existe evidencia de un posible estrechamiento de márgenes a través de las promociones analizadas, se deberá evaluar el resto de los criterios que incluye la metodología¹⁶⁴ que se está aplicando al presente procedimiento, ello con la finalidad de evaluar si las referidas promociones tienen el potencial para afectar la competencia en el mercado de llamadas LDI desde la red prepago de América Móvil.

Por tanto, si se logra verificar que las promociones analizadas son los productos más importantes dentro de la oferta comercial de América Móvil, y que los destinos que incluyen las referidas promociones son los más demandados, se podrá concluir que estamos frente a un estrechamiento de márgenes con posibles efectos exclusorios.

8.3.3.2. Segundo Paso: Frecuencia y temporalidad de las promociones

Cabe precisar que las tarifas finales que se vienen analizando durante el presente procedimiento por la conducta de estrechamiento de márgenes, son denominadas y calificadas como “promociones” por América Móvil.

Al respecto, según el Reglamento General de Tarifas (en adelante, RGT), aprobado mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 060-2000-CD/OSIPTEL y sus modificatorias¹⁶⁵, la diferencia entre una “tarifa establecida” y “una promoción” radica básicamente en su tiempo de aplicación; es así que, mientras la tarifa establecida es determinada por cada empresa teniendo un carácter indefinido, las promociones son temporales¹⁶⁶.

Se considera que una tarifa tiene carácter temporal y, por tanto es calificada como una promoción, cuando el plazo de vigencia es hasta 180 días calendario de forma continua o acumulada a través de renovaciones, en un período de doce (12) meses consecutivos¹⁶⁷.

¹⁶⁴ Los otros criterios son los siguientes:

1. La frecuencia y la temporalidad de las promociones;
2. La representatividad de los destinos involucrados en las ofertas investigadas con respecto al tráfico total, y
3. El impacto de las promociones en el tráfico LDI de América Móvil desde móviles prepago.

¹⁶⁵ Este Reglamento recientemente ha sido modificado, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 024-2014-CD/OSIPTEL del 6 de febrero de 2014.

¹⁶⁶ **RGT**

Artículo 3°.- Definiciones

(...) Las tarifas pueden distinguirse según las siguientes modalidades:

- Tarifa Establecida.- Tarifa que, bajo el régimen de tarifas supervisadas, es determinada libremente por cada empresa operadora para ser aplicada de manera regular y por tiempo indefinido en la prestación de un servicio público de telecomunicaciones, cuya vigencia debe mantenerse hasta que la misma empresa operadora decida modificarla de conformidad con las disposiciones del presente reglamento. En el caso que se trate de servicios sujetos al régimen de tarifas reguladas, la Tarifa Establecida será determinada en virtud del esquema regulatorio particular correspondiente. Las Tarifas Establecidas sirven de base para la aplicación de Tarifas Promocionales.
- Tarifa Promocional.- Tarifa que se aplica por elección expresa de los abonados y/o usuarios, bajo condiciones económicas más ventajosas a las regularmente aplicadas en las correspondientes Tarifas Establecidas, y que está sujeta a un período temporal de duración, tanto para su comercialización como para su vigencia de aplicación efectiva. Las Tarifas Promocionales deben estar asociadas a las Tarifas Establecidas que les sirven de base.

¹⁶⁷ **RGT**

Artículo 26°.- Plazos de duración de las Tarifas Promocionales

Bajo esta premisa, independientemente de que América Móvil denomine “tarifas promocionales” a las tarifas que vienen siendo analizadas en el presente procedimiento, este Cuerpo Colegiado considera importante analizar si estas tarifas cumplen con la característica de temporalidad propia de toda tarifa promocional, o si por el contrario, son tarifas que se repiten constantemente a lo largo de un periodo de doce (12) meses consecutivos. De estar en este último escenario, será considerada una “tarifa establecida”, en la medida que se encuentra permanentemente disponible para el usuario¹⁶⁸.

Cabe precisar que este Cuerpo Colegiado ha asumido tal posición debido a que de considerarse lo contrario, se dejaría una puerta abierta para que las empresas realicen conductas anticompetitivas que conlleven un análisis de precios, bajo el argumento de que sus tarifas son “ofertas promocionales” que no tienen mayor capacidad de dañar a la competencia, con lo cual podrían blindar la finalidad anticompetitiva que pretenden con su accionar en el mercado.

Respecto a las modalidades de la Tarifa de Promociones Especiales a Números Frecuentes y Triados, se observa que la “Tarifa Especial a Números Frecuentes (Prepago)” se ha repetido en 66 ocasiones, mientras que la “Tarifa Especial a Números Frecuentes - Combo Anualizado Smartphone (Prepago)” se ha repetido unas 50 veces, luego la “Tarifa Especial a Números Frecuentes - Combo Anualizado Iphone” se ha repetido 25 veces y las ofertas “Tarifa Especial a Números Triados - Combo Anualizado Blackberry (Prepago)” y “Tarifa Especial a Números Frecuentes - Combo Anualizado Smart (Prepago)” se han repetido en 22 ocasiones a lo largo del periodo de análisis.

Cuadro N° 11: Frecuencia de promociones Tarifa Especial

2010-2013	N° de veces que se repite la “Tarifa Promocional”
Tarifa Especial a Números Frecuentes (Prepago)	66
Tarifa Especial a Números Frecuentes - Combo Anualizado Smartphone (Prepago)	50
Tarifa Especial a Números Frecuentes - Combo Anualizado Iphone	25
Tarifa Especial a Números Triados - Combo Anualizado Blackberry (Prepago)	22
Tarifa Especial a Números Frecuentes - Combo Anualizado Smart (Prepago)	22

Fuente: SIRT

Elaboración: STCCO - OSIPTEL

De esta manera, se observa que en un plazo de 48 meses, desde enero de 2010 hasta diciembre de 2013, las ofertas antes señaladas se han repetido entre 66 y 22 veces. Asimismo, estas tarifas han estado vigentes por más de 180 días calendario, de forma continua o acumulada a través de renovaciones, en un periodo de doce (12) meses consecutivos, lo cual, como se ha señalado, les resta la característica de temporalidad que debe tener toda tarifa promocional.

Las Tarifas Promocionales están sujetas a plazos de duración que corresponden al periodo de comercialización y al periodo de vigencia de las mismas y que serán determinados por cada empresa operadora, cumpliendo las siguientes reglas:

(i) Los plazos de duración no podrán ser superiores a ciento ochenta (180) días calendario, de forma continua o acumulada a través de renovaciones, en un periodo de doce (12) meses consecutivos. Este plazo máximo se aplica, de manera independiente, tanto para el periodo de comercialización, como para el periodo de vigencia de aplicación efectiva de la Tarifa Promocional a los usuarios.

¹⁶⁸ Esto acrecentaría la probabilidad de generación de efectos anticompetitivos (mayor potencial anticompetitivo), lo cual es menos probable en casos de promociones temporales (sin embargo no se descarta ex ante que las mismas no puedan tener, según el caso en particular, potencial anticompetitivo).

Por su parte, la Promoción Prepago 1912, tiene una historia particular, ya que luego de haber sido lanzada en el año 2011, entre los meses de julio, agosto y septiembre de dicho año, fue retirada del mercado, para posteriormente reaparecer en el mes de junio de 2012, publicándose hasta 19 veces hasta el mes de diciembre de 2013.

En el análisis realizado a continuación, solo se consideran las ofertas de la Promoción Prepago 1912 lanzadas a partir del mes de junio de 2012:

Cuadro N° 12: Frecuencia de Promoción Prepago 1912

Código Tarifa	Nombre de Tarifa	Inicio	Fin / Cambio
TPTM201200771	Promoción Prepago 1912	23/06/2012	31/08/2012
TPTM201201081	Promoción Prepago 1912	01/09/2012	30/09/2012
TPTM201201244	Promoción Prepago 1912	06/10/2012	15/10/2012
TPTM201201244	Promoción Prepago 1912	16/10/2012	31/10/2012
TPTM201201244	Promoción Prepago 1912	01/11/2012	30/11/2012
TPTM201201244	Promoción Prepago 1912	01/12/2012	31/12/2012
TPTM201201244	Promoción Prepago 1912	01/01/2013	31/01/2013
TPTM201201244	Promoción Prepago 1912	01/02/2013	28/02/2013
TPTM201201244	Promoción Prepago 1912	01/03/2013	31/03/2013
TPTM201201244	Promoción Prepago 1912	01/04/2013	30/04/2013
TPTM201201244	Promoción Prepago 1912	01/05/2013	31/05/2013
TPTM201201244	Promoción Prepago 1912	01/06/2013	30/06/2013
TPTM201201244	Promoción Prepago 1912	01/07/2013	31/07/2013
TPTM201201244	Promoción Prepago 1912	01/08/2013	31/08/2013
TPTM201201244	Promoción Prepago 1912	01/09/2013	30/09/2013
TPTM201301101	Promoción Prepago 1912	01/10/2013	31/10/2013
TPTM201301267	Promoción Prepago 1912	05/11/2013	15/11/2013
TPTM201301301	Promoción Prepago 1912	19/11/2013	30/11/2013
TPTM201301422	Promoción Prepago 1912	03/12/2013	31/12/2013

Fuente: SIRT

Elaboración: STCCO - OSIPTEL

Así, se observa que entre junio de 2012 y diciembre de 2013 la Promoción Prepago 1912 fue publicada en el SIRT hasta en 19 ocasiones, estando vigente casi de manera continua entre el 23 de junio de 2012 y el 31 de diciembre de 2013.

En conclusión, tomando en consideración la vigencia y la temporalidad de las tarifas analizadas, se desprende que estas no han tenido el carácter de “tarifa promocional”, aunque hayan sido denominadas así por América Móvil, y que por lo tanto, al haber estado vigentes durante los periodos señalados, conforme al principio de primacía de la realidad recogido en el DL. 1034¹⁶⁹, serán consideradas como “tarifas establecidas”, posibilitando así un impacto negativo sobre la competencia (mayor potencial anticompetitivo).

¹⁶⁹ **DL1034**

Artículo 5.- Primacía de la realidad.-

En la aplicación de esta Ley, la autoridad administrativa determinará la verdadera naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a las situaciones y relaciones económicas que se pretendan, desarrollen o establezcan en la realidad. La forma de los actos jurídicos utilizados por los contratantes no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos.

8.3.3.3. Tercer Paso: Representatividad de los destinos involucrados en las ofertas investigadas

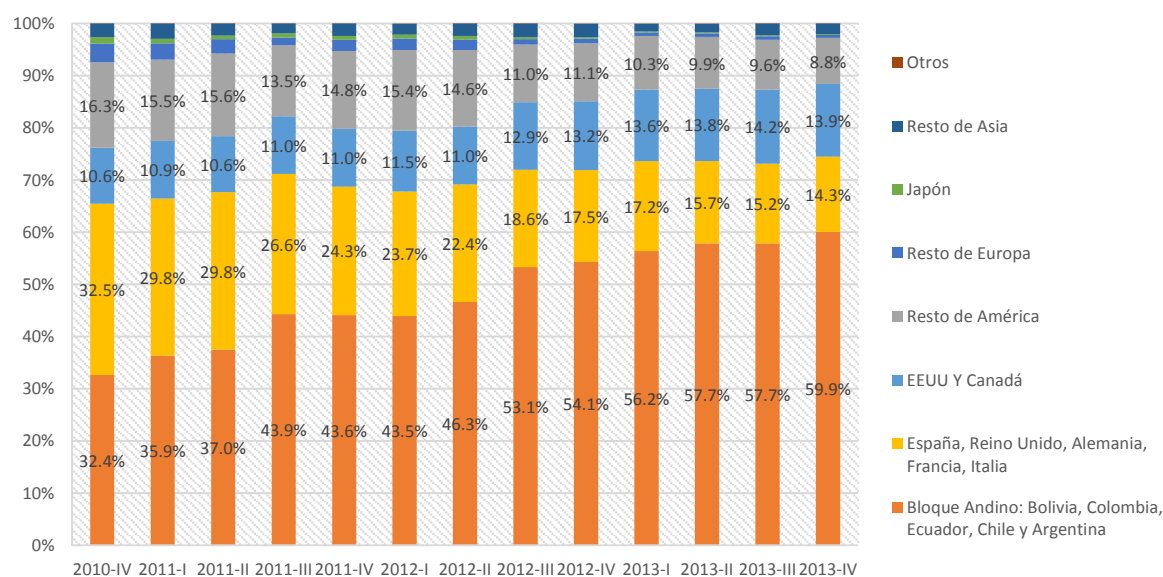
El análisis realizado en esta sección busca determinar si las ofertas de América Móvil analizadas en el presente procedimiento han estado dirigidas a los destinos más frecuentes en las llamadas LDI desde la red prepago de América Móvil, en la medida que estos destinos son los que le generarían mayor tráfico a la referida empresa. Por tanto, si la empresa investigada por un posible estrechamiento de márgenes incluye los destinos más representativos dentro de las promociones analizadas, se podrá concluir que tal práctica podría tener un potencial efecto negativo para la competencia.

Respecto a la Tarifa Especial a Números Frecuentes y Triados, en la medida que tal promoción permite realizar llamadas a casi todos los destinos, excepto a los poco comunes, este análisis no es indispensable respecto a la referida promoción, pues incluye a los destinos más importantes.

En el caso de la Promoción Prepago 1912, el análisis respecto a la distribución del tráfico por destino sí es importante, ya que esta promoción está dirigida a algunos destinos específicos. En efecto, como se ha señalado, la Promoción Prepago 1912, aplica para llamadas a Canadá, China, Estados Unidos, Colombia, Puerto Rico, Argentina, Chile, México y España, con una tarifa especial de S/. 0.49 por minuto incluido IGV. En ese sentido, resulta necesario evaluar la importancia que tienen estos destinos respecto al tráfico total de LDI originado a través de la red prepago de América Móvil.

En el siguiente gráfico, se puede observar que los destinos incluidos en la Promoción Prepago 1912 se encuentran dentro de los grupos de países hacia donde se dirige la mayor cantidad del tráfico LDI desde la red prepago de América Móvil (considerando a América Móvil y los *carrier*). Así por ejemplo, Colombia, Argentina y Chile, destinos que pertenecen al bloque andino, representó hasta el 60% del tráfico en el cuarto trimestre de 2013. Asimismo, Estados Unidos y Canadá se encuentran en otro grupo de países muy importantes, hacia donde se dirige cerca del 14% del total del tráfico LDI desde los teléfonos prepago de América Móvil. Lo mismo ocurre con España, que se encuentra en un grupo de países hacia donde se dirige entre el 32% y el 14% del tráfico de LDI generado en la red prepago de América Móvil.

Gráfico N° 25: Distribución del tráfico LDI generado en la red de América Móvil, por grupos de destino



* Incluye el tráfico de América Móvil y de los operadores de larga distancia

Fuente: América Móvil

Elaboración: STCCO- OSIPTEL

Asimismo, destaca el desplazamiento del tráfico hacia los países andinos. Como se puede apreciar del gráfico anterior, la participación del tráfico terminado en el bloque andino se ha ido incrementando a lo largo del periodo en que estuvo vigente la promoción analizada, entre el tercer trimestre de 2012 y el cuarto trimestre de 2013.

En conclusión, debido a que la Promoción Prepago 1912 incluye a los países que más tráfico concentran, el potencial anticompetitivo de esta oferta es mayor. Asimismo, en el caso de las ofertas de Tarifa Especial a Números Frecuentes y Triados no es necesario hacer esta diferenciación ya que dichas ofertas incluyen a los destinos más frecuentes, incluso aquellos que en el gráfico anterior se ha observado son los más demandados, por lo que el potencial anticompetitivo de la referida promoción es significativa.

8.3.3.4. Cuarto Paso: Impacto de las promociones en el tráfico de LDI de móviles prepago de América Móvil

Luego de haber determinado que, en efecto, las ofertas analizadas no permiten márgenes de ganancia positivos en los destinos más importantes, y que por su temporalidad y vigencia, es factible que produzcan efectos anticompetitivos en el mercado. En esta sección se analizará si estas ofertas han sido relevantes en términos del impacto generado en el tráfico de América Móvil; es decir, si los tráficos de las tarifas analizadas gozan de representatividad y se constituyen como los productos más importantes.

De esta manera, si las ofertas investigadas representan una parte importante, o la parte más importante, del tráfico a LDI desde móviles prepago de América Móvil, entonces se podrá concluir que la estrategia desplegada por América Móvil efectivamente le aseguró el mayor tráfico en su red, y por tanto, que estuvo en la capacidad de desplazar a los competidores.

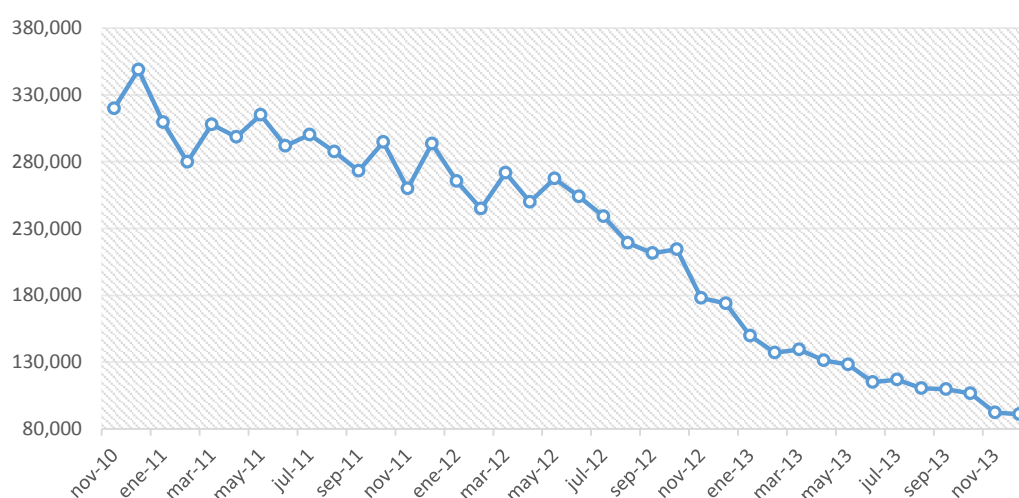
a) Tarifa Especial a Números Frecuentes y Triados

El tráfico generado por estas promociones fue muy importante para América Móvil, ya que se demandaba alrededor de los 299 000 minutos al mes, lo que representó en promedio el 49% del tráfico total LDI cursado por América Móvil desde su red móvil prepago (es decir, excluyendo el tráfico de los *carriers*). De esta manera, se observa que la tarifa con la cual América Móvil estrechó los márgenes de los operadores de larga distancia era representativa con respecto al tráfico total de LDI generado por este operador¹⁷⁰.

En tal sentido, si bien es cierto por la baja proporción de líneas que han accedido a esta promoción ésta podría ser considerada como poco exitosa; no obstante, por los niveles de tráfico que se alcanzaron por medio de esta promoción nos permite concluir que esto no ha sido así sino, por el contrario, esta promoción fue una de las más importantes para América Móvil (probablemente quienes se registraron en estas promociones han sido los usuarios más intensivos en tráfico). Al respecto, cabe precisar que en el servicio analizado, las ganancias son por el número de minutos y no por el número de usuarios.

En el siguiente gráfico se observa que el tráfico de las promociones incluso ha llegado a superar los 300000 minutos al mes, manteniéndose en un promedio cercano a los 286000 minutos por mes entre noviembre de 2010 y junio de 2012. Luego, se observa una caída continua a partir del mes de julio de 2012, lo cual como se analizará más adelante, se debe al lanzamiento de la Promoción Prepago 1912, y en menor medida al ligero crecimiento que experimentaron los competidores alrededor de dichas fechas.

Gráfico N° 26: Evolución del tráfico de las promociones de Tarifa Especial a Números Frecuentes y Triados, en minutos*



* Incluye las ofertas: Tarifa Especial a Números Frecuentes - Combo Anualizado Iphone, Tarifa Especial a Números Frecuentes - Combo Anualizado Smart (Prepago), Tarifa Especial a Números Frecuentes-Combo Anualizado Smartphone (Prepago), Tarifa Especial a Números Frecuentes (Prepago), Tarifa Especial a Números Triados - Combo Anualizado Blackberry (Prepago)

Fuente: América Móvil
Elaboración: STCCO- OSIPTEL

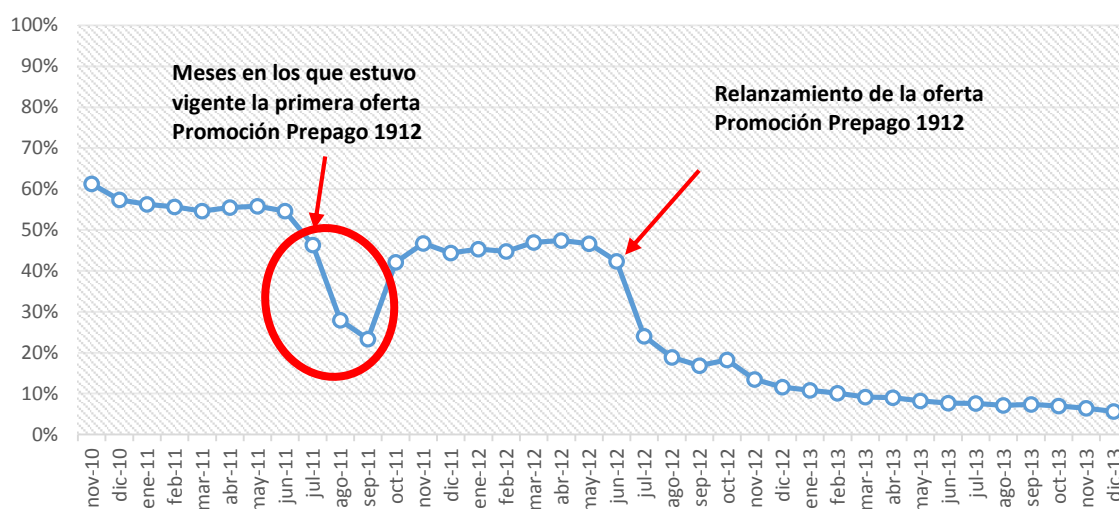
Asimismo, si analizamos con mayor detalle el nivel de participación con respecto al tráfico total desde móviles LDI de América Móvil (*carriers* y América Móvil), se observará en el siguiente gráfico que entre noviembre de 2010 y junio de 2012, el tráfico de estas promociones superó el 42% del tráfico total de América Móvil, siendo incluso en promedio

¹⁷⁰ Cabe destacar que se analiza de forma conjunta los cinco tipos de Promociones de Tarifas Especiales a Números Frecuentes y Triados debido a que la información del tráfico generado por ellas fue reportada de forma agregada por América Móvil.

el 55% del tráfico total entre noviembre de 2010 y junio de 2011. Posteriormente, se observa una importante caída en la participación del tráfico de estas promociones entre los meses de julio, agosto y setiembre de 2011.

Esta caída en la participación en el tráfico de estas promociones no se debe a una caída en el tráfico de la promoción en sí misma, sino a un incremento del tráfico total, el cual proviene de las primeras ofertas de la Promoción Prepago 1912, que estuvieron vigentes precisamente entre los meses de julio, agosto y setiembre de 2011¹⁷¹. Luego, a partir del mes de junio de 2012, se registró una caída sostenida en la participación del tráfico de las ofertas de Tarifa Especial a Números Frecuentes y Triados en el tráfico total, lo cual como se verá más adelante, se debe al relanzamiento de las ofertas de la Promoción Prepago 1912 a partir del mes de junio de 2012.

Gráfico N° 27: Participación del tráfico de las promociones Tarifa Especial a Números Frecuentes y Triados en el tráfico total a LDI desde prepagos de América Móvil*



* Incluye las ofertas: Tarifa Especial a Números Frecuentes - Combo Anualizado Iphone, Tarifa Especial a Números Frecuentes - Combo Anualizado Smart (Prepago), Tarifa Especial a Números Frecuentes- Combo Anualizado Smartphone (Prepago), Tarifa Especial a Números Frecuentes (Prepago), Tarifa Especial a Números Triados - Combo Anualizado Blackberry (Prepago)

Fuente: América Móvil

Elaboración: STCCO- OSIPTEL

En conclusión, hasta el mes de junio de 2012, las ofertas de Tarifa Especial a Números Frecuentes y Triados, tuvieron un importante potencial anticompetitivo, ya que fueron muy importantes dentro del tráfico total de América Móvil. A partir de esta fecha, en la medida que el tráfico generado por esta promoción disminuyó considerablemente, este Cuerpo Colegiado, considera que no pudo impactar negativamente en la competencia.

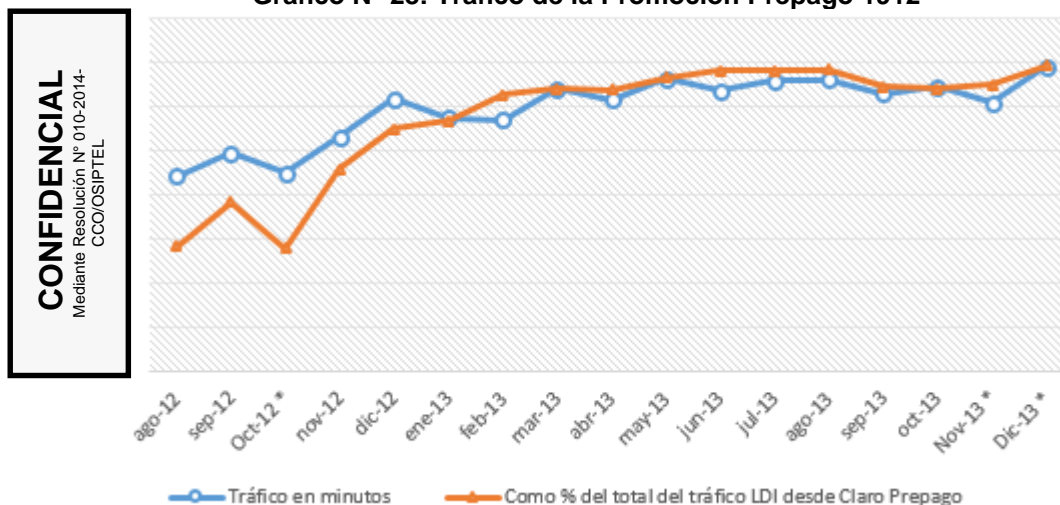
B) Promoción Prepago 1912

Se ha observado que esta promoción tuvo una gran aceptación por parte de los abonados de América Móvil, ya que para acceder solo bastaba con marcar el código 1912 antes del número LDI, sin requerir ninguna otra acción adicional, lo cual habría influenciado positivamente en el tráfico de América Móvil. En efecto, como se aprecia en el siguiente gráfico, el tráfico de la Promoción Prepago 1912, ha sido superior a 800 mil minutos mensuales desde agosto de 2012, mostrando una tendencia creciente hasta llegar a niveles de casi **1.4 millones de minutos al mes** en diciembre de 2013. Asimismo, en cuanto a la participación, se observa que el tráfico generado por la Promoción Prepago

¹⁷¹ Códigos SIRT: TPTM201100902 y TPTM201101104

1912 ha sido superior al 76% desde agosto de 2012, llegando a representar el **86%** del tráfico a LDI cursado por América Móvil desde su red móvil prepago.

Gráfico N° 28: Tráfico de la Promoción Prepago 1912



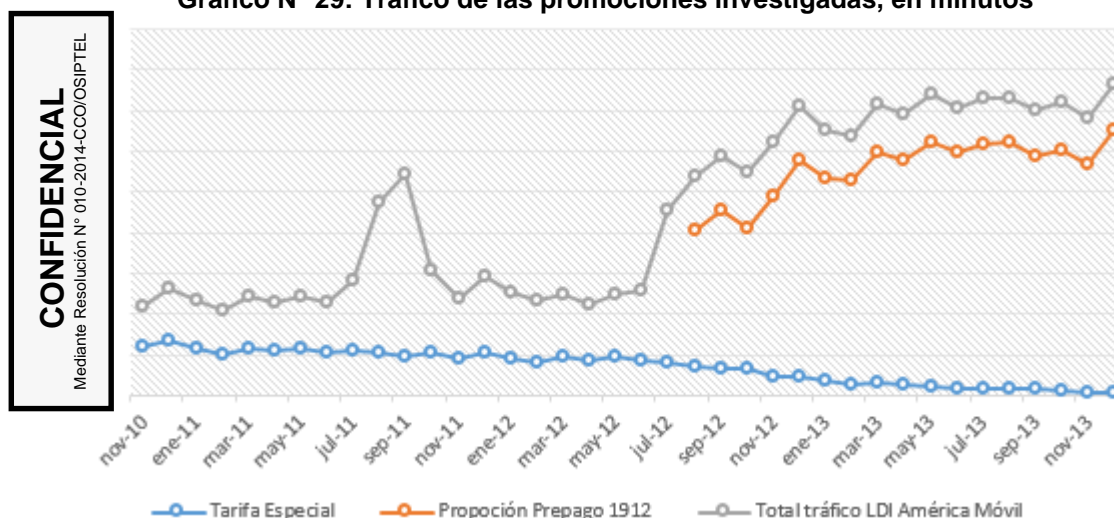
* De acuerdo a lo señalado por América Móvil, se incluye todo el tráfico saliente prepago de la "Zona LDI Premium 1" del mes, incluyendo algunos días en que la "Promoción 1912" no estuvo vigente, por la imposibilidad de hacer un cálculo más específico dentro del plazo de entrega de la información otorgado.

Fuente: América Móvil

Elaboración: STCCO- OSIPTEL

En el siguiente gráfico se aprecia la evolución del tráfico total y el tráfico de las promociones de la Tarifa Especial a Números Frecuentes y Triados de noviembre de 2010 a diciembre de 2013, así como de la Promoción Prepago 1912 entre agosto de 2012 y diciembre de 2013. Como se puede observar existe una coincidencia temporal entre la disminución en el tráfico LDI de las promociones de Tarifa Especial a Números Frecuentes y Triados y la aparición de la Promoción Prepago 1912, aunque el tráfico de la primera tuvo una tasa decreciente desde inicios del 2012 se acentuó tal tendencia con la entrada al mercado de la Promoción Prepago 1912. Por tal razón, se podría concluir que la Promoción Prepago 1912 ha desplazado en el tráfico a la Tarifa Especial a Números Frecuentes y Triados, generando incluso un incremento en el tráfico total de LDI de América Móvil dentro de su red.

Gráfico N° 29: Tráfico de las promociones investigadas, en minutos

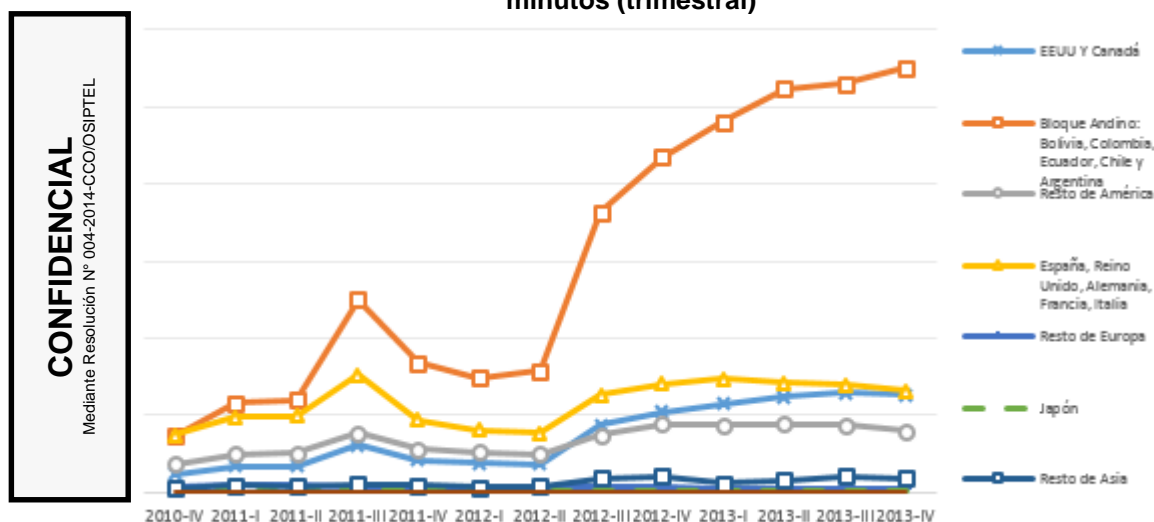


Fuente: América Móvil

Elaboración: STCCO – OSIPTEL

La explicación al importante crecimiento en el tráfico generado por la promoción Prepago 1912 se obtiene al desagregar el tráfico por grupos de destinos. Como se puede apreciar en el siguiente gráfico, el mayor crecimiento en el tráfico, a partir del tercer trimestre de 2012, se ha dado en aquellos países cuyo destino corresponde al bloque andino, donde se encuentran países como Argentina, Colombia y Chile, países que precisamente están incluidos como destinos de la Promoción Prepago 1912. Asimismo, otro bloque que ha generado un importante crecimiento en el tráfico es el de los países europeos, en particular España, país que también es incluido en la Promoción Prepago 1912.

Gráfico N° 30: Distribución del tráfico LDI de América Móvil, por grupo de destinos, en minutos (trimestral)



Fuente: América Móvil
Elaboración: STCCO – OSIPTEL

En conclusión, como se ha podido observar, las ofertas de Tarifa Especial a Números Frecuentes y Triados hasta el mes de junio de 2012, tuvieron un importante potencial anticompetitivo. Posteriormente, una vez que la Promoción Prepago 1912 se ofertó en el mercado (junio 2012), es la que ha generado el mayor tráfico a LDI desde móviles prepago de América Móvil, desplazando a las ofertas de Tarifa Especial a Números Frecuentes y Triados, y por tanto, es la que potencialmente podría generar mayores efectos negativos en la competencia.

Por todo lo expuesto, al haberse cumplido los cuatro criterios del test aplicado al presente procedimiento, este Cuerpo Colegiado considera que se ha acreditado el estrechamiento de márgenes imputado a América Móvil, en la medida que las tarifas analizadas no permiten que un operador tan eficiente como el dominante pueda recuperar por lo menos todos los costos en los que incurría para prestar el servicio de llamadas de LDI a través de un teléfono móvil prepago de la red de América Móvil. Adicionalmente, esta conducta tiene potencial anticompetitivo, debido a que las promociones a través de las cuales se habría cometido la conducta imputada, incluyen los destinos más relevantes y han contribuido de forma sustancial a la generación del tráfico a LDI desde móviles prepago de América Móvil, estando la referida empresa en la capacidad de afectar negativamente las condiciones del mercado.

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

- **El estrechamiento de márgenes reduce la competencia en el mercado y genera barreras a la entrada**

Antes de desarrollar los efectos directamente generados con la conducta investigada en el mercado, este Cuerpo Colegiado considera importante señalar que, como consecuencia de la actuación de América Móvil se podría poner en riesgo los objetivos perseguidos por la regulación a través la implementación del sistema de LLxLL móvil en su red, lo cual sin duda constituye un efecto potencial importante. Así, debemos recordar que la finalidad de este sistema fue dinamizar la competencia en el mercado de llamadas de LDI desde teléfonos móviles, ya que hasta ese momento los únicos que podían ofrecer dicho servicio eran los concesionarios móviles, entre ellos América Móvil.

Al respecto, resulta importante tener en cuenta que la regulación económica ya no se aplica únicamente cuando no es posible la competencia sino, y cada vez con mayor frecuencia, para promoverla cuando ello es posible. Justamente, este Cuerpo Colegiado considera que el sistema de LLxLL móvil fue un mecanismo a través de la cual las autoridades del sector procuraron incentivar el ingreso de nuevas empresas para dinamizar la competencia en este mercado, lo cual pudo no haberse dificultado o impedido por la conducta de América Móvil. En ese sentido, en este caso resulta evidente la complementariedad entre las políticas regulatorias que promueven la competencia en los mercados de forma *ex ante*, y la defensa del proceso competitivo *ex post*.

Si bien algunas concesionarias de larga distancia ingresaron al sistema de LLxLL en redes móviles, la conducta de América Móvil pudo haber constituido una barrera a la entrada al mercado, ya que no permitía una operación rentable para los estándares competitivos propios del mercado en cuestión.

Así, llama la atención que a la fecha solo sean tres los operadores de larga distancia que prestan servicios de llamadas de LDI en redes móviles, ello considerando que existen 42 empresas que tienen asignado un código de operador de larga distancia 19XX¹⁷², y el número de operadores de larga distancia que operan en el mercado de LDI desde teléfonos fijos de abonado y públicos se encuentra alrededor de 30.¹⁷³

Es igualmente destacable que no hayan ingresado más empresas al mercado de llamadas de LDI desde redes móviles, no solo considerando que existen alrededor de 30 millones de líneas móviles en servicio en comparación a las poco más de 3 millones de líneas de telefonía fija; sino también considerando que dentro de todas las modalidades de servicios telefónicos que existen para la prestación de llamadas de LDI, son las llamadas desde móviles las que representan el mayor porcentaje en el 2013 (aproximadamente 36%), mostrando una tendencia creciente desde el 2009, y que dicha es tendencia contraria a la mostrada por el resto de modalidades.

¹⁷² Existen 42 empresas que tienen números 19XX asignados, sin embargo, Americatel y Telefónica Móviles tienen asignados dos números, lo cual hace un total de 44 números 19XX asignados. Ver: <http://www.mtc.gob.pe/portal/comunicacion/concesion/registros/numeracion/19xx.htm>

¹⁷³ En marzo de 2010, antes del inicio del sistema de LLxLL, los operadores de larga distancia eran muy optimistas respecto a la posibilidad de tener una mayor presencia en el mercado de llamadas de LDI desde móviles, previendo incluso que serían hasta 25 las empresas entre las cuales un usuario podría elegir. Ver: Diario Perú 21: "Perú: habrá más de 25 operadores para llamadas internacionales". En: http://peru21.pe/noticia/448803/habra-mas-25-operadores-llamadas-internacionales_1 (última visita: 14/08/2014)

Cuadro N° 13: Tráfico de LDI por modalidad

Modalidad	2009	2010	2011	2012	2013
Telf. Fija - Preselección	177,025,658	120,644,543	106,106,905	87,696,811	73,947,331
Telf. Fija - Llamada por Llamada	29,852,425	26,676,312	20,942,497	19,416,848	13,059,100
Tarjetas de Pago	231,988,099	195,991,830	160,500,961	135,634,424	91,170,537
Servicio Móvil	84,491,031	90,941,795	100,089,005	112,771,271	141,539,882
Teléfonos de Uso Público de la Empresa	42,596,996	27,361,807	19,917,343	46,332,278	43,100,094
Tráfico a través de Interoperabilidad - 15XX	-	-	-	635,760	26,173,773
Otros tráficos no incluidos	-	-	-	0	0
Total Tráfico LDI Saliente	565,954,209	461,616,288	407,556,711	402,487,392	388,990,716

Fuente: OSIPTEL

Elaboración: STCCO – OSIPTEL

De esta manera, entre los años 2010 y 2013 se observa que existen incentivos para que los operadores de larga distancia ingresen al sistema de LLxLL en teléfonos móviles. Sin embargo, no se ha observado una importante dinámica de entrada al mercado. Si bien, estos resultados no se pueden atribuir totalmente a la conducta de América Móvil, sí es posible que los operadores de larga distancia hayan tomado en consideración los cargos y costos que tendrían que asumir en relación a las tarifas contra las que tenían que competir en una red que en junio de 2012 concentraba el 35% del total de líneas móviles en el Perú, al momento de evaluar su entrada al mercado.

Cabe resaltar que mientras los mecanismos de regulación que promueven el desarrollo de competencia se implementan en medidas concretas sobre la base de previsiones de mercado en la medida de su carácter *ex ante*; las normas de competencia actúan *ex post* por lo que cuentan con la información de los hechos que realmente han ocurrido. De esta forma si bien a través de la regulación de acceso se busca fomentar el ingreso al mercado y reducir la posibilidad de cierto tipo de conductas anticompetitivas; a través de ella no se puede eliminar por completo dicho riesgo, ya que dicha circunstancia depende de factores variables que no se pueden determinar con certeza cuando aparece la regulación, y es ahí donde las normas de competencia deberán actuar como un complemento a esta.

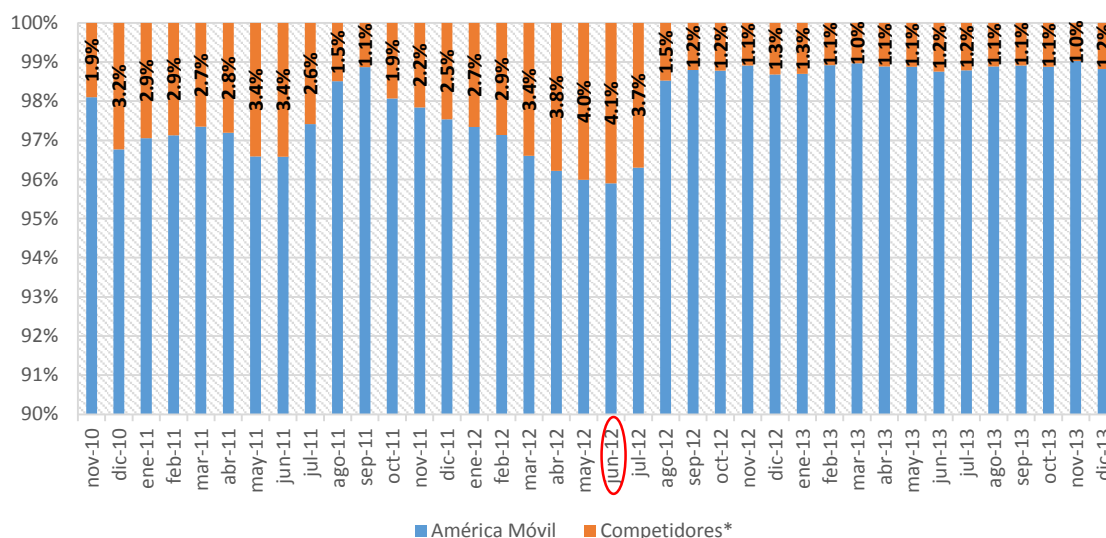
De otro lado, cabe destacar que, de acuerdo a la estimación de los costos de un operador tan eficiente como América Móvil, los cargos de originación y acceso a plataforma de pago son muy importantes dentro de la estructura de costos. Así, entre octubre de 2010 y diciembre de 2011 estos costos representaron en promedio el 70% del total del costo de un minuto de comunicación a LDI desde una móvil prepago de América Móvil. Dicho porcentaje sin embargo, se fue reduciendo, producto básicamente de medidas regulatorias, hasta ser en promedio el 51% 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 América Móvil ha incurrido tendría un impacto significativo en los costos de los competidores, ya que los cargos cobrados por este operador móvil, podría representar una parte muy importante de los costos que enfrentan los operadores de larga distancia para prestar el servicio de LDI móvil.

El primer efecto que se logra observar a partir de la conducta de América Móvil es la reducción de la tasa de participación de sus competidores, principalmente a partir de junio de 2012.

En el siguiente gráfico se puede observar como la participación de los competidores con respecto al tráfico total de LDI desde móviles prepago de América Móvil se reduce especialmente a partir de la vigencia de la Promoción Prepago 1912. Así, se observa que

si bien la participación de los competidores llegó a niveles de al 4.1% en julio de 2012, esta se redujo hasta niveles alrededor de 1% a partir de agosto del mismo año.

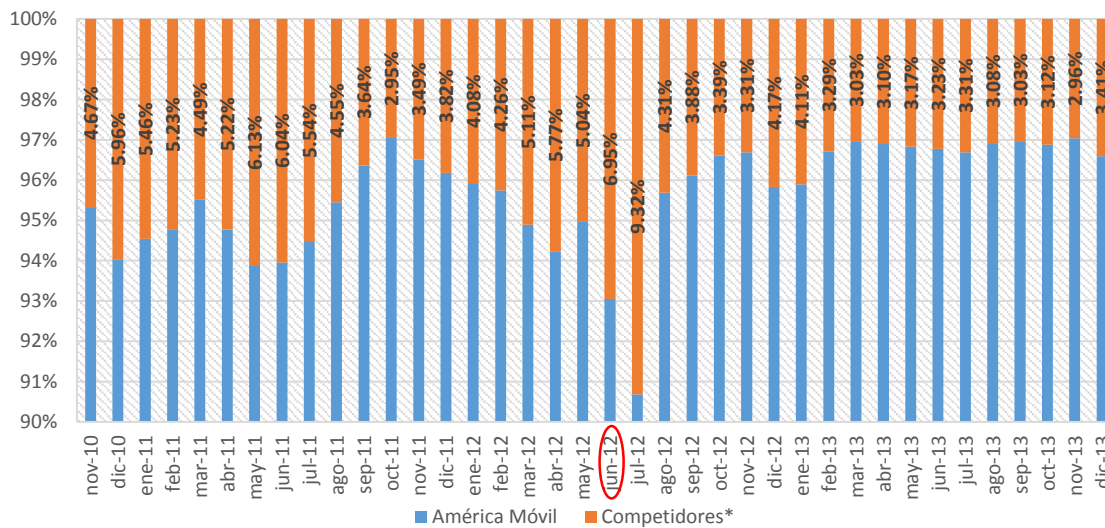
Gráfico N° 31: Tasas de participación en el tráfico LDI generado en la red prepago de América Móvil



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

Una tendencia similar se observa en las tasas de participación con respecto a los ingresos generados en el mercado por los competidores. Como se puede ver en el siguiente gráfico la participación en los ingresos que lograron los competidores se acercó al 10% en el mes de julio de 2012; sin embargo, coincidiendo con el relanzamiento de la Promoción Prepago 1912, a partir del mes de agosto de 2012 los ingresos de los competidores volvieron a niveles alrededor del 3%, que incluso resultan menores a los que se observaban antes del relanzamiento de la Promoción Prepago 1912. De esta manera, se aprecia el efecto de la práctica anticompetitiva de América Móvil que consistió en una primera etapa en mantener las ofertas de Tarifa Especial a Números Frecuentes y Triados, con tarifas menores a la suma de cargos de originación y acceso a plataforma de pago que cobraban a los operadores de larga distancia; y en una segunda etapa, a partir de junio de 2012, la práctica se implementó a través de la promoción Prepago 1912. En esta segunda etapa la afectación a los competidores fue mayor.

Gráfico N° 32: Tasas de participación en los ingresos por tráfico LDI generado en la red prepago de América Móvil



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

Lo antes señalado evidencia que la estrategia de América Móvil ha sido efectiva, ya que ha logrado reducir la participación de los competidores a niveles mínimos.

Sobre este punto, América Móvil ha señalado que la conducta que desarrolló no afectó la presencia de competidores en el mercado, ya que nadie se ha visto forzado a salir del mercado, ni su presencia ha sido amenazada por la conducta que se le ha imputado.

De esta manera, América Móvil cuestiona que la Secretaría Técnica considere como efecto exclusorio la disminución en la participación de los competidores, exigiendo que el estándar sea la salida real de competidores.

Sin embargo, este Cuerpo Colegiado, en línea con anteriores pronunciamientos de las instancias de solución de controversias del OSIPTEL, considera que los efectos exclusorios de una conducta anticompetitiva no solo se refieren a la salida del mercado de los competidores. Así, debe tenerse en cuenta que la propia definición del abuso de posición de dominio señala que se debe perjudicar a los competidores reales o potenciales.¹⁷⁴ Asimismo, la propia cláusula general de la LRCA señala que constituye 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”**.

En la misma línea, según lo señalado por el consultor Hugo Eyzaguirre (Ph.D) en su informe preparado para América Móvil, en un caso de estrechamiento de márgenes, y asumiendo la existencia de un afán predatorio, *“si un competidor quiere replicar la política de precios del dominante en el mercado aguas abajo, no obtendría márgenes que le permitan ya sea mantenerse o evitar subsistir sólo de manera marginal en dicho*

¹⁷⁴ DL. 1034

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

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

*mercado*¹⁷⁵. De esta manera, según este informe de consultoría presentado por América Móvil, una práctica estrechamiento de márgenes generará que los competidores no puedan mantenerse en el mercado o que subsistan de manera marginal, que es precisamente lo que se ha demostrado en el informe instructivo de la Secretaría Técnica.

En todo caso, de lograrse excluir o relegar a los competidores, es evidente que América Móvil se beneficiaría ya que se quedaría con la totalidad del mercado de llamadas de LDI desde su red, tal como ocurría antes del inicio del sistema de LLxLL en redes móviles, impidiendo así la competencia en el mercado mediante el sistema LLxLL.

De otro lado, se observa que la estrategia de América Móvil ha elevado la concentración del mercado afectado, que ya de por sí era elevada. En el siguiente gráfico se presenta la evolución del HHI¹⁷⁶, un indicador ampliamente utilizado para la medición de la concentración del mercado, con respecto al tráfico de LDI generado en la red móvil de América Móvil. Como se puede ver, el HHI siempre ha sido elevado en el mercado, considerando que antes del inicio del sistema de LLxLL era de 10 000, reduciéndose a partir de la apertura del mercado a niveles de 9 600, o incluso llegando a cerca de 9 200 en junio de 2012. Sin embargo, a partir de julio de 2012 se observa un importante crecimiento del HHI, llegando a niveles por encima de 9 700, mayor a lo que se tenía inicialmente.

¹⁷⁵ Remitido por América Móvil en el Anexo 14-A de su escrito de comentarios y alegatos al informe instructivo de la Secretaría Técnica.

¹⁷⁶ 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:

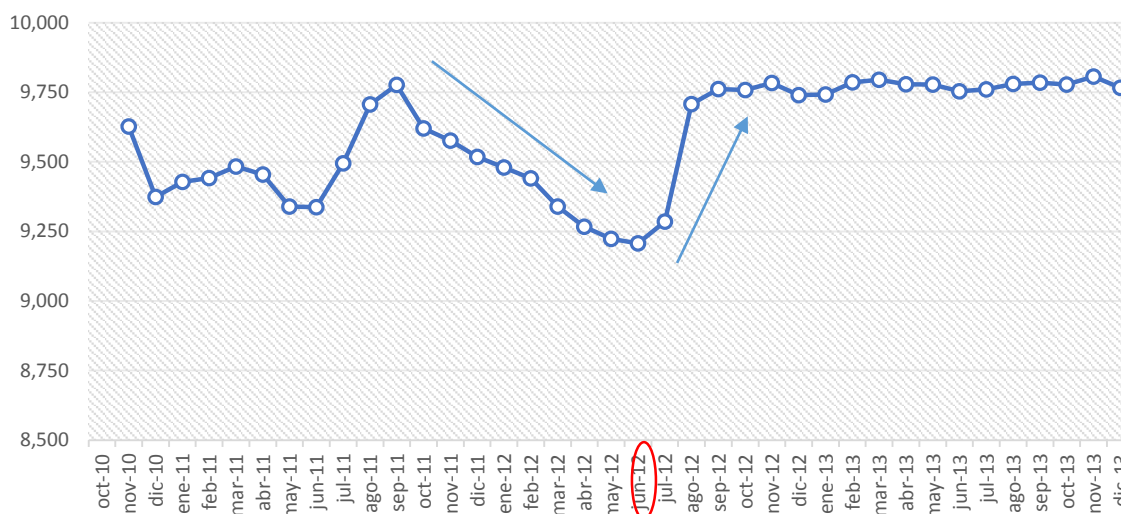
$$HHI = \sum_{i=1}^N S_i^2$$

Donde:

N = número de empresas en una industria

S_i = participación de mercado de la empresa i

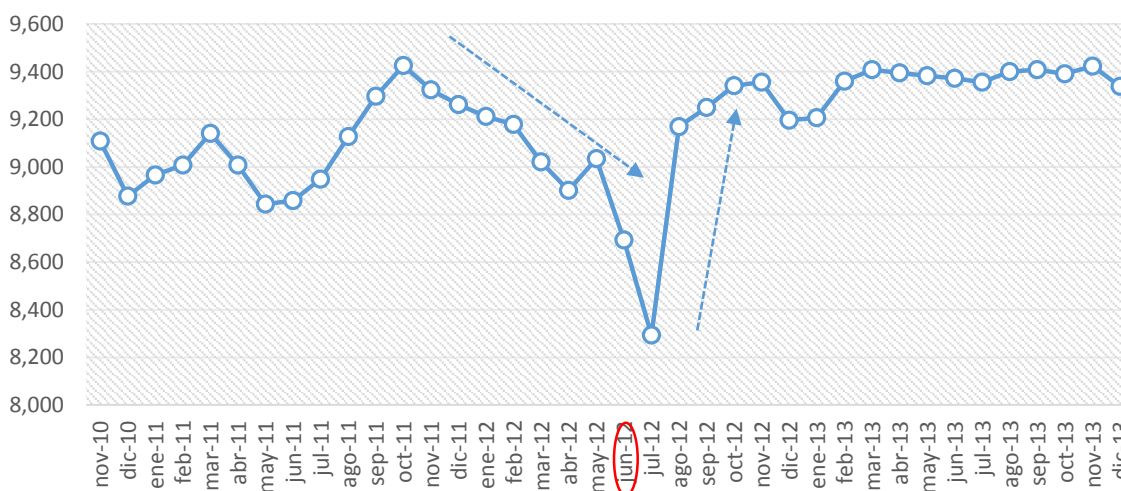
Gráfico N° 33: Índice de concentración HHI del mercado de llamadas de LDI en la red prepago de América Móvil, con respecto al tráfico



Fuente: Empresas operadoras
Elaboración: STCCO - OSIPTEL

El impacto de la conducta de América Móvil se observa con mayor claridad en la concentración del mercado medida en términos de los ingresos generados por las empresas operadoras. Así, en el siguiente gráfico se puede ver que si bien el HHI empezaba a mostrar una tendencia decreciente hasta el mes de julio de 2012, llegando a niveles cercanos a 8 300, a partir del mes de agosto de dicho año el HHI empezó a incrementarse nuevamente, coincidiendo con el relanzamiento de la Promoción Prepago 1912, llegando a niveles superiores a 9 400.

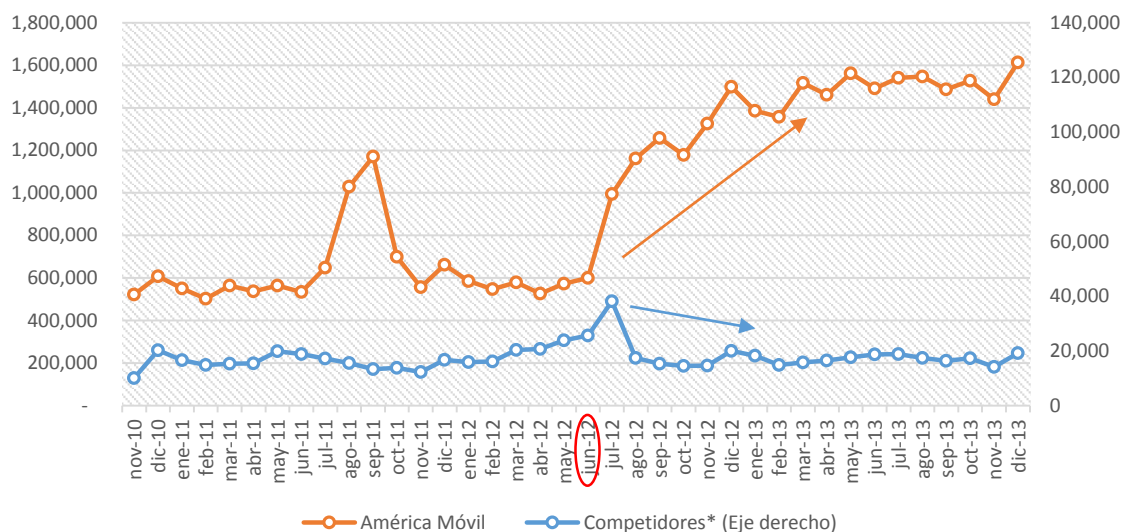
Gráfico N° 34: Índice de concentración HHI del mercado de llamadas de LDI en la red prepago de América Móvil, con respecto a los ingresos en soles



Fuente: Empresas operadoras
Elaboración: STCCO - OSIPTEL

En el siguiente gráfico se explica cómo se produce el efecto de la conducta investigada. Tal como se observa, el fuerte crecimiento del tráfico de América Móvil se produce en el mismo momento en el cual el tráfico de los competidores se reduce. Asimismo, dicho momento es en el que se relanza la Promoción Prepago 1912(a partir del mes de junio de 2012).

Gráfico N° 35: Evolución del tráfico LDI desde la red prepago de América Móvil, en minutos

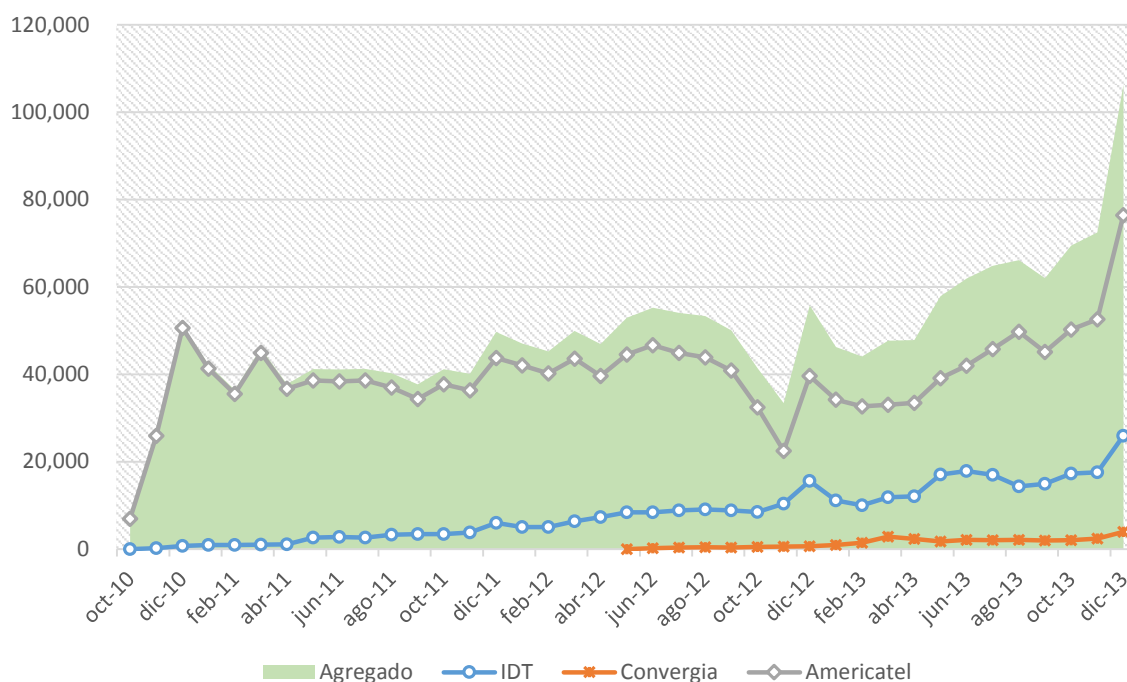


* Incluye: IDT, Convergía e IDT.
Fuente: Empresas operadoras
Elaboración: STCCO - OSIPTEL

De lo antes expuesto se concluye que si bien América Móvil ha estrechado los márgenes de sus competidores en todo el periodo analizado, los efectos anticompetitivos reales se manifestaron a partir del lanzamiento de la Promoción Prepago 1912 en junio de 2012. Esta oferta, como se puede apreciar a lo largo del presente apartado, genera un estrechamiento de márgenes a los competidores de América Móvil en la mayoría de los destinos a los que apunta, principalmente en los destinos más importantes hacia donde se dirigen las llamadas de LDI originadas en la red de América Móvil, generando así un efecto negativo en el mercado.

Asimismo, debe señalarse que no han existido factores que coincidan con el lanzamiento de la Promoción Prepago 1912 y que puedan justificar de manera alternativa los efectos observados en el mercado. Por el contrario, de acuerdo a la información que obra en el expediente, se aprecia que los operadores de larga distancia han mantenido su crecimiento en otras redes, como la red de Telefónica Móviles, tal como se observa en el siguiente gráfico.

Gráfico N° 36: Tráfico de IDT, Convergía y Americatel en la red prepago de Telefónica Móviles, en minutos



Fuente: Empresas operadoras
Elaboración: STCCO - OSIPTEL

Al respecto, América Móvil ha señalado que no es correcto lo argumentado por la Secretaría Técnica, en el sentido de que los operadores LDI han tenido en su red un comportamiento distinto al registrado en otras redes móviles. A efectos de sustentar su argumento, la referida empresa ha presentado un cuadro en el cual estima las correlaciones del tráfico cursado por los competidores en la red de América Móvil así como en las otras redes móviles, mostrando que existen correlaciones positivas entre los tráfico en las distintas redes, y concluyendo que lo ocurrido a los operadores de larga distancia en la red de América Móvil, ocurrió también en las otras redes.

Cuadro N° 14: Correlaciones entre el tráfico de operadores de LDI en la red de América Móvil y otras redes móviles

	Correlación Americatel		Correlación IDT		Correlación Convergía	
	Claro - Telefónica*	Claro - Nextel	Claro - Telefónica	Claro - Nextel	Claro - Telefónica	Claro - Nextel
Todo el periodo	0.63	-0.08	0.67	0.70	0.87	0.73

*La correlación toma en cuenta los tráficos de octubre 2010 a mayo 2013.

Fuente: Operadores móviles

Elaboración propia

Fuente: América Móvil
Elaboración: América Móvil

Al respecto, debe señalarse que los resultados mostrados por América Móvil en el cuadro anterior, no incluyen todo el periodo de análisis, pese a que dicha indicación se consigna en la fila correspondiente a los resultados. Como manifiesta en la nota al pie de cuadro, la referida empresa únicamente utiliza la información hasta el mes de mayo de 2013, pese a que la información se encuentra disponible hasta el mes de diciembre de dicho año.

Sin perjuicio de ello, este Cuerpo Colegiado considera que si se quieren analizar las correlaciones entre los tráficos de los operadores de larga distancia de distintas redes móviles, este análisis se debe realizar en dos periodos, divididos por el momento en el cual se relanza la Promoción Prepago 1912, que es la oferta con mayores efectos de la conducta, esto es, a partir de junio de 2012.

Así, de acuerdo a lo que se observa en el siguiente cuadro, antes de que se presenten los efectos en el mercado (entre octubre de 2010 y mayo de 2012) la correlación en el tráfico de las otras redes móviles y la red de América Móvil era positiva. De otro lado, se aprecia que la correlación entre junio de 2012 y diciembre de 2013 se reduce considerablemente, aunque mayormente sigue siendo positiva. Por ejemplo, en el caso del tráfico de IDT, la correlación entre los tráficos de América Móvil y Telefónica Móviles pasa de 0.97 a 0.45, y en el caso del tráfico Americatel, la correlación pasa de 0.78 a 0.13. Esto no hace más que mostrar que a partir de junio de 2012, el tráfico de los operadores de larga distancia en la red de América Móviles empezó a tomar un rumbo distinto al que siguieron en otras redes.

Cuadro N° 15: Correlaciones entre el tráfico de operadores de LDI en la red de América Móvil y otras redes móviles, por periodo

	Correlación Americatel		Correlación IDT		Correlación Convergía*	
	Claro - Telefónica	Claro - Nextel	Claro - Telefónica	Claro - Nextel	Claro - Telefónica	Claro - Nextel
Oct2010- may2012	0.78	-0.70	0.97	0.83		
Jun2012- dic2013	0.13	-0.01	0.45	0.18	0.85	0.68

* Solo se muestra el segundo periodo ya que Convergía empieza a registrar tráfico a partir de mayo de 2012.

Fuente: Empresas operadoras

Elaboración: STCCO – OSIPTEL

Cabe tener en consideración además que, tal como lo señaló la Secretaría Técnica y ha resaltado América Móvil, es cierto que algunos operadores de larga distancia no hicieron el mayor esfuerzo por reducir más sus tarifas desde el inicio del sistema de LLxLL, o desde la regulación del cargo de acceso a plataforma de pago. Sin embargo, esto no exime de responsabilidad a América Móvil, más aún si se tiene en cuenta que en una segunda etapa, como se explica a continuación, algunos competidores trataron de competir con la tarifa de la Promoción Prepago 1912 en los destinos donde ello era factible. Esto demuestra que, donde existía un margen razonable, algunos competidores sí intentaron traducir esa reducción de los cargos en beneficio de los usuarios finales.

Así, se observó 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 verificó una importante reducción en las tarifas de Convergía.

Como se muestra en el siguiente cuadro, Convergía replicó e incluso mejoró las tarifas de América Móvil para Estados Unidos, Canadá y China, estableciendo una tarifa de S/.0.45 por minuto incluido el IGV. Sin embargo, como era de esperarse Convergía no pudo replicar las tarifas de América Móvil para el resto de destinos. El caso más cercano es el de España, en el que Convergía estableció una tarifa de S/. 0.60. En el resto de destinos incluidos en la Promoción Prepago 1912 y en las promociones de Tarifa Especial a Números Frecuentes y Triados, Convergía no pudo replicar las tarifas de S/. 0.49 y S/. 0.545, logrando solo tarifas de S/. 0.70, S/. 0.90 o S/. 0.99.

Cuadro N° 16: 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	-
	Belice	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	-
	México	2.40	-	2.00	-	0.99	-
Europa	Alemania	1.89	-	2.95	-	0.60	-
	España	1.89	-	2.80	-	0.60	-
	Italia	1.89	-	2.80	-	0.70	-
Asia	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: OSIPTEL – Oferta Comercial Residencial. En: <https://www.osiptel.gob.pe/articulo/entrar-a-oferta-comercial-residencial-a-marzo-2013>

Elaboración: STCCO - OSIPTEL

Sobre este punto, América Móvil señala que los resultados obtenidos por los operadores de larga distancia en su red no se deben a la conducta que se ha imputado, sino que respondería a otras explicaciones, como: i) la competencia de otros medios, ii) estrategias comerciales individuales, y iii) que los operadores decidieron no bajar sus tarifas.

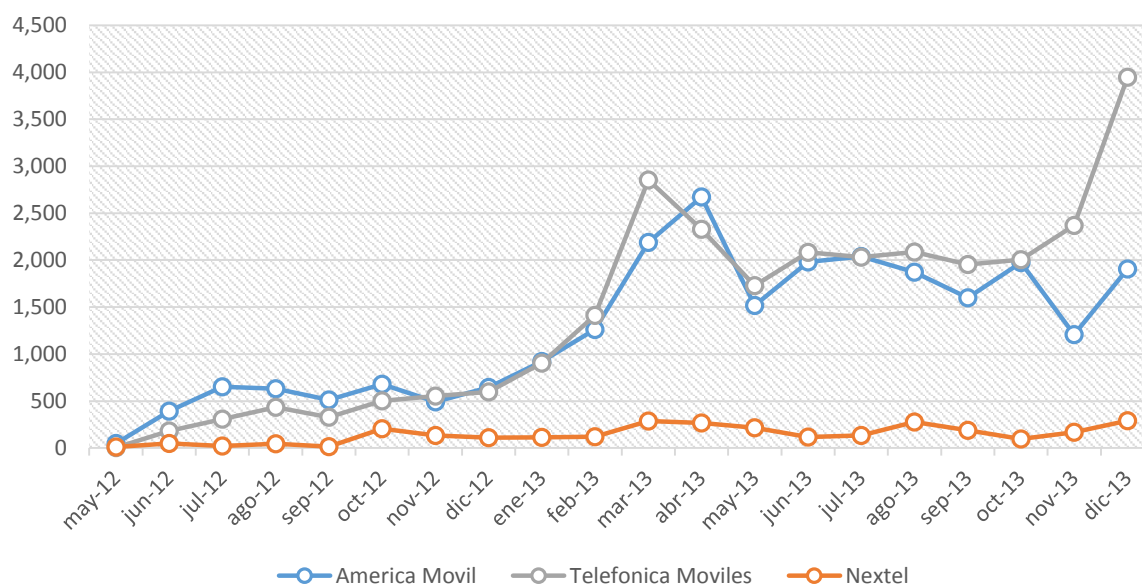
Al respecto, este Cuerpo Colegiado considera que si lo argumentado por América Móvil fuera correcto, entonces los resultados obtenidos por los operadores de larga distancia serían los mismos en todas las redes móviles. Sin embargo, como ya se ha mostrado líneas arriba, los operadores de larga distancia en la red de América Móvil tuvieron resultados distintos a los obtenidos en otras redes, como por ejemplo la red de Telefónica Móviles. Para mayor evidencia todavía, en el siguiente gráfico se muestra la evolución del tráfico de IDT durante el periodo de análisis. Como se puede ver, a partir del mes de agosto de 2012 el tráfico de IDT en la red de América Móvil muestra una reducción importante, y aunque mantiene una evolución volátil, en general pierde la tendencia creciente que mostraba antes de dicha fecha. De otro lado, se observa que el tráfico de IDT en la red de Telefónica Móviles mantiene la tendencia creciente que mostraba desde principios del año 2011 (cuando tenía un nivel similar al logrado en la red de América Móvil) hasta diciembre de 2013, donde incluso se acentúa.

Gráfico N° 37: Evolución del tráfico de IDT en las redes prepago de los operadores móviles, en minutos



El caso de Convergía debe verse de forma distinta, ya que este operador de larga distancia ingresó al mercado recién en el año 2012, registrando tráfico desde mayo de ese mismo año. En este sentido, como ocurriría normalmente, la entrada de Convergía fue acompañada de un crecimiento de tráfico relativamente importante en los primeros meses, por lo menos hasta el mes de marzo o abril de 2013, para luego mostrar una reducción o estabilización hasta octubre de 2013. Esta tendencia se observó tanto en la red de Telefónica Móviles como en la red de América Móvil. Sin embargo, en los últimos meses de 2013 se observa que el tráfico de Convergía en la red de Telefónica Móviles se empezó a recuperar, mientras que en la red de América Móvil siguió estancado.

Gráfico N° 38: Evolución del tráfico de Convergía en las redes prepago de los operadores móviles, en minutos



Fuente: Empresas operadoras
Elaboración: STCCO - OSIPTEL

Finalmente, si se observa el tráfico de Americatel en las redes prepago de los operadores móviles, igualmente se observa una tendencia de caída y estancamiento en el tráfico de este operador en la red de América Móvil a partir de agosto de 2012, mientras que, si bien existe una caída inicial en la red de Telefónica Móviles, luego empieza a mostrar una tendencia creciente en esta red.

Gráfico N° 39: Evolución del tráfico de Americatel en las redes prepago de los operadores móviles, en minutos



De esta manera, se observa como América Móvil afectó el mercado al establecer ofertas que estrechan los márgenes de los competidores, incluso afectando a aquellos como Convergía que sí disminuyeron sus tarifas drásticamente con respecto a los niveles que mostraban anteriormente.

Asimismo, no se puede considerar que, pese a que los competidores no redujeron sus tarifas de forma más agresiva, la reducción y estancamiento en el tráfico de los competidores se debe a factores ajenos a la conducta de América Móvil investigada en esta controversia. En efecto, los resultados obtenidos por los operadores de larga distancia en la red de América Móvil fueron distintos a los resultados obtenidos por estos en la red de Telefónica Móviles, por lo cual estos resultados deben atribuirse a la conducta de América Móvil.

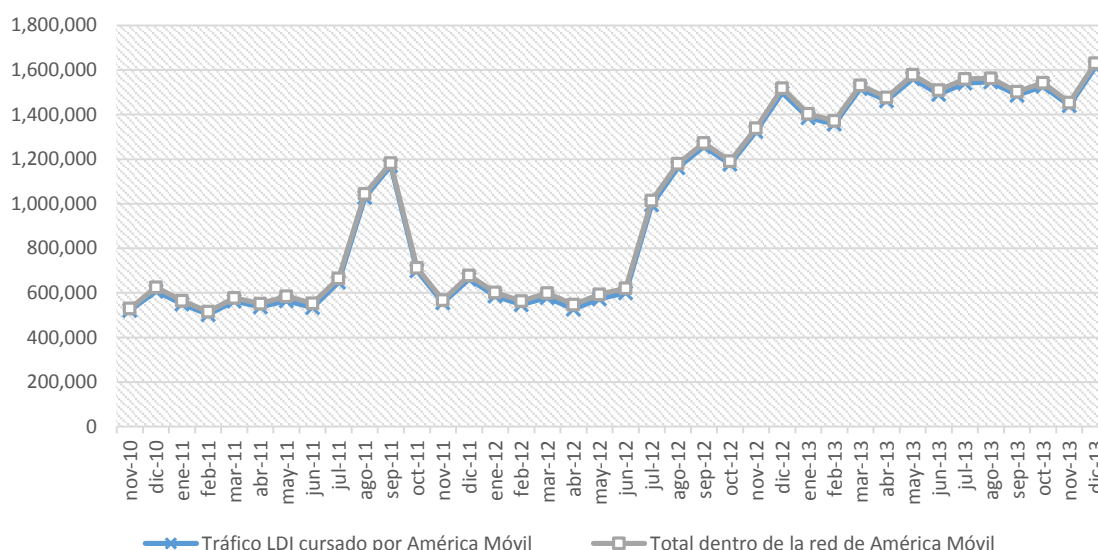
8.4.1.1. Efectos positivos y justificaciones de la conducta

Conforme a la metodología de análisis en los casos de libre competencia, se considera que la conducta podría ser legítima si existen justificaciones objetivas para realizarla o si la práctica produce eficiencias procompetitivas que puedan compensar los efectos anticompetitivos.

Así, luego de haber determinado la existencia de efectos negativos de la conducta investigada al reducir la participación de mercado de los competidores presentes, y haber limitado la entrada al mismo, resulta necesario evaluar la posible presencia de efectos procompetitivos suscitados a raíz de la conducta. Asimismo, es preciso determinar si América Móvil habría argumentado justificaciones objetivas a la realización de la conducta.

Un primer efecto procompetitivo de la conducta en el que se podría pensar al observar el patrón de crecimiento del tráfico LDI total generado en los teléfonos prepago de América Móvil, es que ésta ha contribuido al crecimiento en el tráfico total de LDI en el mercado en cuestión. Como se observa en el siguiente gráfico, el tráfico LDI generado por América Móvil, así como el total, dentro de la red móvil de este operador experimentó un importante crecimiento en los meses en los que ha estado vigente la Promoción Prepago 1912. De esta manera, se infiere que esta promoción, que contribuyó a estrechar los márgenes de sus competidores, tuvo como efecto positivo para los consumidores el incremento sustancial del tráfico de LDI desde móviles prepago.

Gráfico N° 40: Evolución del tráfico total de LDI desde móviles América Móvil Prepago



Fuente: Empresas operadoras
Elaboración: STCCO - OSIPTEL

Al respecto, América Móvil señala que la conducta investigada no ha sido negativa para la competencia, y por el contrario, ha generado beneficios directos para los consumidores, que según el informe de Briceño¹⁷⁷ se reflejan en una ganancia de excedente del consumidor de entre S/. 2 y S/. 26 millones. En ese sentido, de acuerdo a la referida empresa no se podría haber afectado el proceso competitivo si el resultado de la conducta ha sido una reducción en los precios al usuario final y un incremento en el excedente del consumidor. Por tanto, manifiesta América Móvil, al considerarse como efecto exclusorio la reducción de los márgenes de algunos competidores, se estarían priorizando los intereses de algunas empresas por encima del interés de los consumidores finales.

Sobre las afirmaciones antes descritas, este Cuerpo Colegiado considera pertinente recordar el objetivo de la normativa de competencia, consignada en el DL N° 1034¹⁷⁸:

“La presente Ley prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.”

En ese sentido, la finalidad de la defensa de la competencia es la promoción de la eficiencia económica, la cual a su vez repercutirá en un mayor bienestar para los

¹⁷⁷ Informe presentado en el Anexo 14-B del escrito N° 14 de América Móvil.

¹⁷⁸ **DL. 1034**

Artículo 1.- Finalidad de la presente Ley.-

La presente Ley prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.

consumidores. Es decir, las normas de competencia no buscan promover directamente el bienestar del consumidor ya que esto podría ser contraproducente para el proceso competitivo en el largo plazo, tal como se detallará en el siguiente párrafo. Así, considerar que el incremento en el excedente del consumidor en el corto plazo producto de la conducta de América Móvil es una justificación para su actuación, no sería correcto ya que se pierde de vista el impacto negativo que se genera sobre la dinámica competitiva, y con ello los efectos perjudiciales que podría ocasionar en los consumidores a largo plazo.

En términos generales, las conductas de efectos depredadores (como pueden ser las conductas de precios predatorios, subsidios cruzados y estrechamiento de márgenes) al ofrecer reducciones de precios suelen generar incrementos en el excedente del consumidor en el corto plazo. Sin embargo, ello no las hace lícitas, pues estas conductas generalmente se desarrollan con la finalidad de monopolizar el mercado, o de reducir la competencia, lo cual termina siendo a la larga perjudicial para el bienestar general y, en particular, para el propio bienestar del consumidor.

En efecto, debe considerarse que un mercado donde se despliega esta práctica anticompetitiva deja de ser atractivo no solo para las empresas ya presentes, sino además, para aquellas que consideren ingresar al mismo, dado que no se generan incentivos en un mercado en el cual los precios del mercado mayorista son superiores al de los precios minoristas. Por lo que la consecuencia inmediata que surge de esta práctica es el debilitamiento de la competencia a un nivel tal que es posible que se reduzca el número de empresas en el mercado, se restrinja el crecimiento de las ya existentes o no se les permita competir en condiciones propias de eficiencia económica, provocando que los consumidores sean los afectados al contar con reducidas posibilidades de elección y no poder obtener mejores precios o una mejor calidad al momento de contratar este servicio.

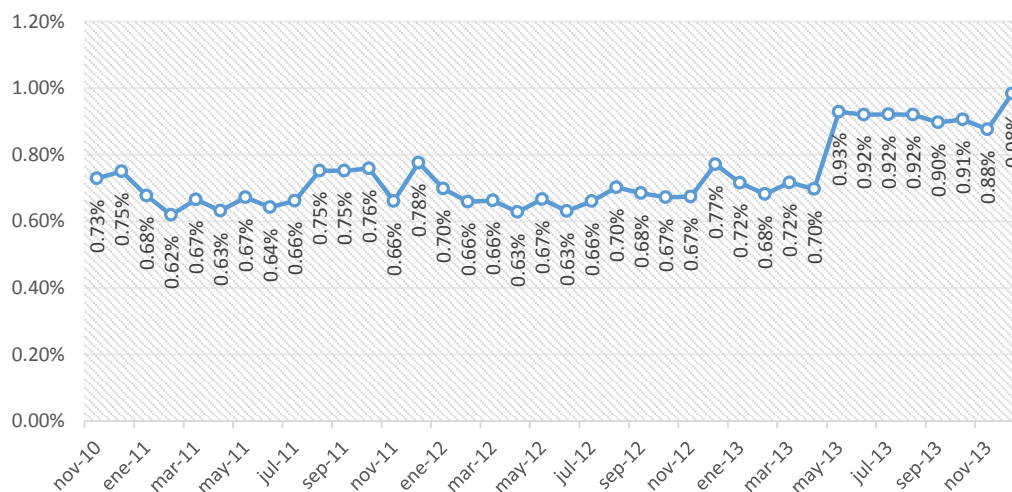
Así, este Cuerpo Colegiado respecto al posible incremento en el excedente del consumidor producto de la conducta de América Móvil, considera que no sería un efecto positivo en términos de las normas de competencia, pues no generan eficiencias económicas que promuevan el bienestar de los consumidores en el largo plazo, tal como lo señalamos en los anteriores párrafos.

De otro lado, es importante señalar que la investigación sobre una conducta de estrechamiento de márgenes no busca asegurar los márgenes de ganancia de algunos competidores, ni prioriza los intereses de algunas empresas sobre los intereses de los consumidores. Este Cuerpo Colegiado considera que a través de este procedimiento, se ha buscado asegurar las condiciones de competencia en el mercado de llamadas de LDI desde móviles prepago. Ello queda en evidencia al observar que, por ejemplo, el test que se ha adoptado para determinar la existencia de la conducta, toma en cuenta a un operador tan eficiente como América Móvil. Asimismo, se ha considerado que existe estrechamiento de márgenes, únicamente cuando el margen de ganancia era negativo. Finalmente, conforme a lo antes señalado, la conducta no solo habría dificultado la permanencia de los competidores en el mercado, sino que también habría limitado la entrada al mismo.

En la misma línea, si bien se ha observado un incremento en la demanda por el servicio materia de este procedimiento, este se ve reflejado básicamente en el tráfico; sin embargo, como se observa en el siguiente gráfico, esto no se replica en el número de líneas móviles que realizan llamadas. Así, el número de líneas que realizan llamadas de LDI como porcentaje del número total de líneas prepago de América Móvil se mantuvo alrededor del 0.7% entre noviembre de 2010 y abril de 2013; luego, a partir de mayo del mismo año, este número se incrementó hasta superar el 0.9%, llegando hasta el 0.98%

en diciembre de 2013. Así, el número de líneas que realizan llamadas de LDI no se incrementó considerablemente, y dicho crecimiento no coincidió con el inicio de la Promoción Prepago 1912 que sí incrementó el tráfico.

Gráfico N° 41: Evolución de las líneas móviles prepago que realizan llamadas de LDI, como porcentaje del total de líneas prepago de América Móvil



Fuente: América Móvil
Elaboración: STCCO - OSIPTEL

Respecto a este punto América Móvil ha señalado que no se puede buscar como efecto positivo que más líneas móviles cursen tráfico de LDI, ya que no se puede generar demanda que no existe, pues los usuarios que no tengan la necesidad de hacer llamadas de LDI no lo harán, sin importar el nivel de las tarifas para este tipo de llamadas.

Sin embargo, América Móvil señaló a lo largo de este proceso, la promoción Prepago 1912 se lanzó al mercado para competir con los locutorios. En ese sentido, se entiende que lo que América Móvil esperaba era que buena parte de sus abonados (o todos) que hacían llamadas de LDI a través de locutorios empiece a utilizar su teléfono móvil para hacer este tipo de llamadas. En ese sentido, si sería posible que se incremente el número de líneas móviles que cursan tráfico de LDI.

Este hecho podría refrendar la información proporcionada por los operadores de larga distancia, en el sentido de que los operadores móviles ofrecen directamente, a través de llamadas telefónicas, sus promociones a los usuarios que registran tráfico de LDI a través de los competidores. De esta manera, no se incrementa el número de líneas con tráfico LDI, sino que, en la mayoría de casos serían las mismas líneas móviles que normalmente hacen llamadas de LDI las que incrementaron su tráfico. De esta manera, no se atrajo a muchos usuarios que llaman desde locutorios o cabinas, sino que se habría afectado a los competidores en el sistema de LLxLL.

Conforme a lo expuesto, se puede concluir que el crecimiento en el tráfico de LDI desde móviles prepago de América Móvil parece ser un efecto positivo de la conducta realizada; sin embargo, este efecto era de esperar ya que el estrechamiento de márgenes implica una reducción en el precio a los usuarios finales. No obstante ello, a criterio de este Cuerpo Colegiado, este efecto no es sustancial para el mercado como sí lo hubiera sido un crecimiento importante en el número de líneas que realizan llamadas de LDI, toda vez que ello habría incrementado el mercado de llamadas de LDI desde teléfonos móviles prepago.

8.4.2. Balance de efectos anticompetitivos y efectos procompetitivos

De acuerdo a lo establecido por el DL 1034, para sancionar una conducta de abuso de posición de dominio, resulta necesario determinar que aquella ha producido efectos negativos sobre el proceso competitivo superiores a las eficiencias o beneficios que puede haber generado.

De lo actuado en el procedimiento, se han verificado diversos efectos negativos en el mercado afectado y, no se han observado efectos positivos y/o justificaciones objetivas que puedan contrarrestar los efectos negativos encontrados y/o justificar la práctica. Sin perjuicio de ello, a manera de revisión de lo desarrollado en los puntos anteriores, se presentarán los efectos que se han acreditado.

En el caso de los efectos negativos, se ha determinado que la conducta de América Móvil:

- (i) Ha estrechado el margen de los competidores, estableciendo precios que en un primer momento estaban por debajo de la suma de cargos de originación y acceso a plataforma de pago que cobra a los operadores de larga distancia, y luego estableciendo precios que están por debajo de la suma de estos cargos sumados a los cargos de terminación y otros costos de las llamadas de LDI desde su red prepago móvil.
- (ii) Ha detenido el crecimiento del tráfico y de los ingresos de los competidores a partir del lanzamiento de la Promoción Prepago 1912, oferta que ha sido la más perjudicial en el estrechamiento los márgenes de sus competidores.
- (iii) Ha mantenido la participación de mercado de los competidores en niveles cercanos al 1% con respecto al tráfico y 3% con respecto a los ingresos obtenidos en su red prepago móvil, por motivos que no responden a la eficiencia económica de este operador. Asimismo, como resultado de ello, ha mantenido la concentración del mercado en niveles cercanos al máximo (hasta niveles superiores a 9700 en el HHI).
- (iv) Ha generado barreras a la entrada al mercado al estrechar los márgenes de sus competidores en un mercado que concentra parte importante del total de líneas móviles en general, y del total de líneas móviles prepago.

De otro lado, el principal efecto positivo que parece haber generado la conducta de América Móvil es el incremento en el tráfico de LDI desde móviles prepago de su red, lo cual según la empresa, ha generado un incremento en el excedente del consumidor de entre S/. 2 y S/. 26 millones. Sin embargo, como ya se ha señalado, este efecto no puede considerarse como una eficiencia pro competitiva derivada de la conducta, ya que si bien en el corto plazo parece haber mejorado el bienestar de los consumidores, en el largo plazo la limitación en la competencia es perjudicial para el bienestar de los consumidores y el bienestar general, como ha sido señalado en párrafos anteriores.

En tal sentido, se observa que los efectos negativos generados por la conducta son superiores a los efectos positivos que parecen haberse generado. De esta manera, este Cuerpo Colegiado considera que la conducta de América Móvil es anticompetitiva y debe ser sancionada.

IX. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

En atención a los fundamentos expuestos en la presente resolución, se ha evidenciado que, América Móvil ha incurrido en una práctica anticompetitiva al estrechar los márgenes de sus competidores en el mercado de llamadas de LDI desde sus teléfonos móviles prepago. En efecto, la conducta desarrollada por América Móvil le ha permitido mantener su posición dominante en el mercado, generando a su vez efectos perjudiciales para la competencia, no solo en detrimento de los competidores actuales, sino también de los competidores potenciales, al generar barreras a la entrada con su conducta. Por ello, este Cuerpo Colegiado ha considerado imponerle una sanción a América Móvil.

En tal sentido, en la presente sección se procede a evaluar: (i) la gravedad de la infracción, y (ii) la graduación de la sanción. Los referidos aspectos serán desarrollados a continuación:

9.1. Marco legal aplicable a las sanciones por la comisión de conductas anticompetitivas

El artículo 26.1 de la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL – Ley N° 27336 – establece que para la aplicación de sanciones en conductas contrarias a la libre competencia, se aplicarán los montos y criterios de graduación establecidos en el DL. 1034¹⁷⁹.

El artículo 43.1 del DL. 1034 considera que la realización de actos de libre competencia constituye una infracción a las disposiciones de la Ley y será sancionada bajo los siguientes parámetros: leve, grave y muy grave¹⁸⁰.

En relación a los criterios para determinar la gravedad de la sanción y la graduación de la misma, el artículo 44° del DL 1034 establece que la autoridad podrá tomar en consideración diversos criterios (entre otros), tales como:

- (a) El beneficio ilícito esperado por la realización de la infracción;
- (b) La probabilidad de detección de la infracción;
- (c) La modalidad y el alcance de la restricción de la competencia;
- (d) La dimensión del mercado afectado;
- (e) La cuota de mercado del infractor;

¹⁷⁹ **Ley N° 27336**

26.1 Se exceptúa del artículo anterior las infracciones relacionadas con la libre o legal competencia, a las cuales se aplicarán los montos establecidos por el Decreto Legislativo N° 701, el Decreto Ley N° 26122 y aquellas que las modifiquen o sustituyan. Se aplicarán asimismo los criterios de gradación de sanciones establecidos en dicha legislación.

¹⁸⁰ **DL. 1034**

Artículo 43.- El monto de las multas.-

43.1. Las conductas anticompetitivas serán sancionadas por la Comisión, sobre la base de Unidades Impositivas Tributarias (UIT), con las siguientes multas:

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

- (f) El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores;
- (g) La duración de la restricción de la competencia;
- (h) La reincidencia de las conductas prohibidas, o
- (i) La actuación procesal de la parte.

Adicionalmente a los criterios antes indicados, es importante considerar que la potestad sancionadora de todas las entidades de la Administración Pública se encuentra regida, entre otros, por el principio de razonabilidad¹⁸¹. Este principio prevé que la comisión de la conducta sancionable –y en consecuencia, la asunción de la sanción– no debe resultar más ventajosa para el infractor que cumplir con las normas infringidas, por lo que presupone una función disuasiva de la sanción, la misma que debe lograr desincentivar la realización de infracciones por parte de los agentes económicos en general.

A fin de lograr ello, este Cuerpo Colegiado considera necesario que las sanciones impuestas por la comisión de una infracción sean iguales o mayores que el beneficio esperado al realizar dicha infracción. El **beneficio ilícito** puede ser definido como aquellos beneficios percibidos por el agente infractor que no hubieran sido percibidos si es que no se producía una contravención al ordenamiento¹⁸². El cálculo del beneficio ilícito es la base para determinar la imposición de la sanción en los procesos relacionados a infracciones a la normativa de competencia, ello a fin de que la multa desincentive la realización o repetición de la conducta infractora.

Asimismo, debe tenerse en cuenta la **probabilidad de detección** de la infracción, ello con la finalidad de incluir en la sanción la expectativa que tiene un infractor de ser descubierto en la comisión de una práctica anticompetitiva y sancionado por ello. Mientras más baja sea la probabilidad de detección, mayores serán los incentivos para que se realice la conducta anticompetitiva. Por lo tanto la multa debe ser inversamente proporcional a la probabilidad de detección.

En tal sentido, en primer lugar debe calcularse el monto base de la multa, la cual estaría determinada por el **beneficio ilícito esperado** y la **probabilidad de detección** de la infracción.

Por su parte, de acuerdo al Principio de Razonabilidad antes citado, este Cuerpo Colegiado considera importante que una vez determinada la multa base se evalúe la graduación de la sanción, incrementándola o reduciéndola, en función de los respectivos criterios agravantes o atenuantes que, dependiendo del caso en concreto, se consideren adecuados adoptar.

¹⁸¹ **Ley N 27444.**

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo.

(...)

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

Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

(...)

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

¹⁸² Resolución N° 0371-2011/SC1-INDECOPI del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

Para ello, la autoridad de competencia puede tener en cuenta otros factores como los efectos reales o potenciales en los consumidores y en el mercado de la conducta infractora, la conducta procedimental y la reincidencia de la denunciada, entre otros criterios establecidos legalmente, para agravar o atenuar la magnitud de la sanción a imponerse.

9.2. Gravedad de la infracción

Antes de determinar la multa a imponer, es necesario determinar la gravedad de la infracción cometida por América Móvil, ya que esta definición servirá para establecer el límite de la multa a imponer de acuerdo a lo establecido en el artículo 43.1 del DL. N 1034. Así, es necesario desarrollar algunos aspectos en relación a la conducta de abuso de posición de dominio sancionada en el presente procedimiento.

Tal como se ha plasmado en la presente resolución, la conducta desarrollada por América Móvil ha sido la de estrechar los márgenes de sus competidores en el mercado de llamadas de LDI desde teléfonos móviles en la modalidad prepago. Esta conducta, ha impedido el crecimiento de los competidores, dejándolos solo con una participación marginal en el referido mercado.

Asimismo, la conducta desarrollada por América Móvil no solo ha puesto en peligro la permanencia en el mercado de los competidores actuales, sino que también ha permitido establecer ciertas barreras a la entrada, ya que América Móvil ha desarrollado una estrategia de precios que disciplina a los posibles entrantes, pues demuestra su capacidad para disminuir las tarifas cuando enfrenta la entrada de nuevos competidores en su red.

En tal sentido, la estrategia de América Móvil ha podido poner en riesgo el objetivo de la apertura del mercado de llamadas de LDI desde teléfonos móviles puesto en marcha con la implementación del sistema de LLxLL en redes móviles. Así, desde que este sistema fue implementado, la referida empresa mantuvo tarifas bajas para las llamadas a los destinos más importantes, en relación a los cargos que había establecido para las facilidades que brinda para que los operadores de larga distancia puedan prestar el servicio de llamadas de LDI dentro de su red prepago.

De otro lado, debe tenerse en cuenta que a través de la conducta sancionada en este procedimiento, América Móvil ha mantenido una cuota de mercado superior al 90% del tráfico y de los ingresos de las llamadas de LDI en su red prepago, convirtiendo a este mercado en uno altamente concentrado.

Luego, si bien la conducta ha generado un beneficio temporal a sus usuarios, expresada en un mayor excedente del consumidor, producto de una reducción de las tarifas en el corto plazo. Este beneficio no sería permanente, debido a que ante la ausencia de presión competitiva producto de la conducta, América Móvil podría no trasladar a los usuarios –a largo plazo– las eficiencias que consiga sino, por el contrario, podría significar una disminución del bienestar social al perder los consumidores la posibilidad de elegir entre diferentes opciones para obtener el servicio referido con una mejor calidad o mejores precios.

En ese sentido, este Cuerpo Colegiado considera que la infracción cometida por América Móvil, al estrechar los márgenes de los competidores, es **grave**, y debe sancionarse con una multa no mayor a las 1000 UIT, o que dicha multa no supere al 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la resolución del Cuerpo Colegiado.

9.3. Cálculo de la multa

El monto de la sanción a imponer parte de la determinación del beneficio esperado por la empresa infractora producto de la realización de la conducta anticompetitiva. Luego, para cumplir con los fines de disuasión de una multa, ésta debe ser igual o mayor al beneficio esperado. Así, para el cálculo de una multa base, se ha considerado el beneficio ilícito extraordinario (B_{Ext}) y la probabilidad de detección (P_{det}) de modo que, a mayor beneficio extraordinario, mayor será el beneficio esperado y, por lo tanto, mayor deberá ser la multa. Por otro lado, a menor probabilidad de detección, mayor será el beneficio esperado y, en consecuencia, mayor deberá ser la multa. Esto puede expresarse mediante la siguiente fórmula¹⁸³:

$$\frac{B_{Ext}}{P_{det}} = \text{Beneficio Esperado}(B_T) \leq \text{Multa}$$

En primer lugar, el **beneficio ilícito extraordinario** representa el beneficio obtenido por América Móvil producto de la realización de la conducta investigada. Es decir, para este caso, el beneficio ilícito se obtiene de calcular la diferencia entre el tráfico de LDI efectivamente realizado por América Móvil, y el tráfico que habría obtenido si no hubiera realizado la conducta. Para ello, es necesario calcular un escenario contrafáctico que de acuerdo con el periodo observado en el análisis de efectos de la conducta, se construye desde julio de 2012 a diciembre de 2013.

La construcción de este escenario contrafáctico se realiza en dos pasos, que se detallan a continuación:

1. Se estima la evolución del tráfico de América Móvil considerando solo su tendencia. Asimismo, para evitar una subestimación de dicha tendencia, se ha considerado pertinente adicionar a la proyección el error que arroja el modelo.
2. Para no perder de vista otros hechos del mercado que no estén recogidos en la tendencia estimada en el paso previo, se toma en cuenta un crecimiento adicional que busque recoger otros hechos del mercado que hayan generado más tráfico y que no estén incluidos en la tendencia del periodo previo sin ser parte de la conducta sancionada.

Así, como primer paso se procede a realizar la estimación de la tendencia del tráfico de LDI de América Móvil en su red prepago. Para dicha estimación se utiliza información del tráfico de LDI prepago de América Móvil entre enero de 2008 y junio de 2012, siendo este el periodo previo a la aparición de los efectos anticompetitivos. Después, se procede a proyectar el tráfico de América Móvil utilizando dicha tendencia, de manera tal que se tenga un escenario contrafáctico base.

¹⁸³ Formalmente se llega a ese resultado de la siguiente manera:

$$BE^{NL} = (B^{NL} - Multa)(P_{det}) + (B^{NL})(1 - P_{det})$$

$$BE^{NL} = B^{NL}P_{det} - MultaP_{det} + B^{NL} - B^{NL}P_{det}$$

$$BE^{NL} = B^{NL} - MultaP_{det} \leq B^L$$

$$(B^{NL} - B^L) - MultaP_{det} \leq 0$$

$$B_{Ext} \leq MultaP_{det}$$

$$\frac{B_{Ext}}{P_{det}} \leq Multa$$

Donde:

BE^{NL} = Beneficio esperado de no cumplir la ley.

B^{NL} = Beneficio de no cumplir la ley

B^L = Beneficio de cumplir la ley

P_{det} = Probabilidad de detección

B_{Ext} = Beneficio extraordinario

Cuadro N° 17: Resultados de estimación de la tendencia del tráfico LDI de América Móvil en su red prepago

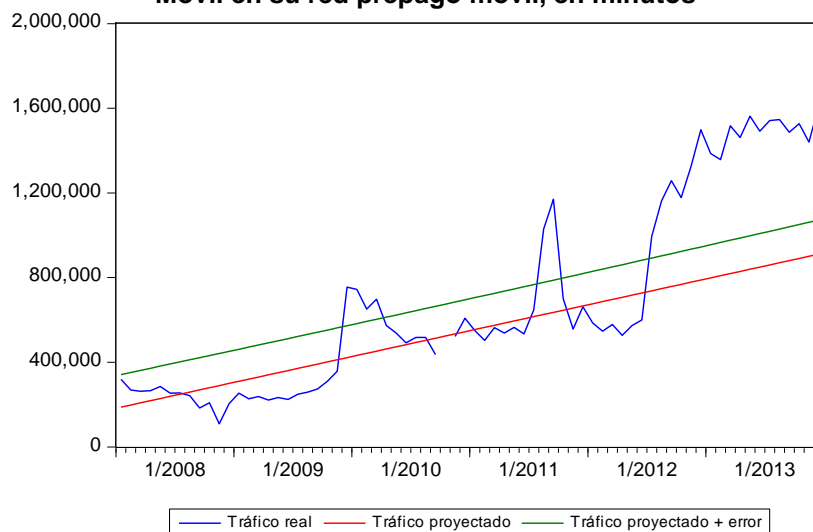
Dependent Variable: TRAFICO
Method: Least Squares
Date: 01/27/15 Time: 15:08
Sample: 2008M01 2012M06
Included observations: 53

Variable	Coefficient	Std. Error	t-Statistic	Prob.
C	187817.3	39994.66	4.696061	0.0000
@TREND	10180.89	1302.783	7.814719	0.0000
R-squared	0.544927	Mean dependent var		456362.2
Adjusted R-squared	0.536004	S.D. dependent var		218688.8
S.E. of regression	148964.9	Akaike info criterion		26.69781
Sum squared resid	1.13E+12	Schwarz criterion		26.77217
Log likelihood	-705.4921	Hannan-Quinn criter.		26.72641
F-statistic	61.06983	Durbin-Watson stat		0.626706
Prob(F-statistic)	0.000000			

Fuente: América Móvil
Elaboración: STCCO – OSIPTEL

Sin embargo, debido a que el modelo planteado no puede capturar todo el comportamiento del tráfico, se ha considerado conveniente utilizar el error estimado en la proyección, de manera que no se afecte a la empresa producto de una sub estimación del tráfico en el escenario contrafáctico. Por ello, a la proyección obtenida con la tendencia calculada se le agregan los errores calculados para la proyección en cada mes, es decir, se considera la proyección más alta posible del escenario contrafáctico.

Gráfico N° 42: Proyección inicial del tráfico de LDI de América Móvil en su red prepago móvil, en minutos



Fuente: América Móvil
Elaboración: STCCO - OSIPTEL

Ahora, dado que la estimación de la tendencia realizada líneas arriba podría no considerar hechos propios del mercado de llamadas LDI ocurridos a partir del mes de julio de 2012 que hubieran provocado un mayor crecimiento de América Móvil, se ha considerado pertinente introducir un elemento adicional que permita capturar la dinámica propia del mercado después de junio de 2012. Para ello, como parte de la proyección del escenario contrafáctico, se asume que sin la conducta sancionada la tasa de crecimiento mensual del tráfico

proyectado (que incluye el error) de América Móvil hubiera sido 1.1 veces la estimada inicialmente. De esta manera, se agrega a la proyección inicial, basada en la tendencia, un crecimiento adicional que busca incorporar la dinámica de crecimiento del tráfico de LDI después de julio de 2012 y que no es recogida en la tendencia estimada (ya que esta proyección se hace con información entre enero de 2008 y junio de 2012). Este procedimiento se muestra a continuación:

Cuadro N° 18: Diferentes proyecciones del tráfico de América Móvil

Mes	Tráfico Proyectado + error (A)	Tasa de crecimiento de Tráfico Proyectado + error (B)	Tasa de crecimiento de Tráfico Proyectado + error considerando dinámica ($C=B \times 1.1$)	Tráfico proyectado sin la conducta – Escenario contrafáctico ($D=A \times (1+C)$)
jul-12	892,195	1.19%	1.31%	893,243
ago-12	902,684	1.18%	1.29%	904,795
sep-12	913,184	1.16%	1.28%	916,371
oct-12	923,694	1.15%	1.27%	927,973
nov-12	934,214	1.14%	1.25%	939,598
dic-12	944,744	1.13%	1.24%	951,248
ene-13	955,284	1.12%	1.23%	962,922
feb-13	965,835	1.10%	1.21%	974,620
mar-13	976,395	1.09%	1.20%	986,342
abr-13	986,965	1.08%	1.19%	998,088
may-13	997,545	1.07%	1.18%	1,009,857
jun-13	1,008,134	1.06%	1.17%	1,021,649
jul-13	1,018,733	1.05%	1.16%	1,033,464
ago-13	1,029,342	1.04%	1.15%	1,045,302
sep-13	1,039,960	1.03%	1.13%	1,057,163
oct-13	1,050,588	1.02%	1.12%	1,069,047
nov-13	1,061,224	1.01%	1.11%	1,080,953
dic-13	1,071,870	1.00%	1.10%	1,092,882

Elaboración: STCCO - OSIPTEL

En el siguiente cuadro se muestra el tráfico de LDI desde móviles prepago cursado por América Móvil, el tráfico proyectado que considera la tendencia, el posible error en la estimación y la posible dinámica del mercado posterior a julio de 2012 (estimado a partir del crecimiento adicional de Telefónica Móviles). Sobre la base de estos tráficos, se puede obtener el tráfico ilícitamente logrado por América Móvil, calculado como la diferencia entre el tráfico real (A) y el tráfico estimado (B).

Cuadro N° 19: Tráfico ilícito obtenido por América Móvil en el periodo de julio 2012 a diciembre 2013

Mes	Tráfico Real (A)	Tráfico proyectado sin la conducta – Escenario contrafáctico (B)	Tráfico ilícitamente obtenido (A-B)
jul-12	994,904	893,243	101,661
ago-12	1,162,226	904,795	257,431
sep-12	1,257,473	916,371	341,102
oct-12	1,177,781	927,973	249,808
nov-12	1,324,972	939,598	385,374

dic-12	1,498,420	951,248	547,172
ene-13	1,386,086	962,922	423,164
feb-13	1,357,734	974,620	383,114
mar-13	1,516,861	986,342	530,519
abr-13	1,461,746	998,088	463,658
may-13	1,562,177	1,009,857	552,320
jun-13	1,491,409	1,021,649	469,760
jul-13	1,541,481	1,033,464	508,017
ago-13	1,546,715	1,045,302	501,413
sep-13	1,487,146	1,057,163	429,983
oct-13	1,526,906	1,069,047	457,859
nov-13	1,440,274	1,080,953	359,321
dic-13	1,612,655	1,092,882	519,773

Elaboración: STCCO - OSIPTEL

Posteriormente, es necesario calcular el beneficio que se habría obtenido producto de este tráfico adicional. Para ello, resulta pertinente obtener un indicador de los beneficios por minuto que habría obtenido América Móvil. Así, debemos asumir que todo el tráfico adicional logrado por América Móvil se generó íntegramente a partir de la promoción Prepago 1912, la cual tiene una tarifa sin IGV de S/. 0.42 por minuto. Sin embargo, a este ingreso por minuto debemos descontarle los costos en los que debería incurrir América Móvil para proveer el servicio. En este caso, tomando en cuenta los costos promedio de las llamadas a los destinos a los que se puede cursar tráfico con la promoción Prepago 1912, se considera un margen de ganancia promedio de S/. 0.038 por minuto¹⁸⁴. Cabe destacar que los costos que realmente asuma América Móvil para la provisión del servicio podrían ser menores, dado que se han tenido en cuenta cargos fijados entre los años 2010 y 2011.

Además, tal como lo ha señalado América Móvil, esta empresa incurre en el pago de los cargos de originación de llamadas y de acceso a plataforma de pago, entre otros; sin embargo, ante la imposibilidad de determinar los costos reales en la actualidad, y para evitar una posible sobrestimación de los beneficios, este Cuerpo Colegiado ha considerado conveniente descontar de la tarifa todos los costos, asumiendo un promedio de los mismos de forma tal que resulte un margen de ganancia positivo. De esta manera, el beneficio ilícitamente obtenido por América Móvil cada mes entre julio de 2012 y diciembre de 2013 sería como se muestra a continuación:

Cuadro N° 20: Beneficio ilícito obtenido por América Móvil en el periodo de julio 2012 a diciembre 2013

Mes	Tráfico ilícitamente obtenido (minutos)	Beneficio ilícito
jul-12	101,661	S/. 3,863
ago-12	257,431	S/. 9,782
sep-12	341,102	S/. 12,962
oct-12	249,808	S/. 9,493
nov-12	385,374	S/. 14,644
dic-12	547,172	S/. 20,793

¹⁸⁴ Dado que la promoción Prepago 1912 permite llamadas solo a teléfonos fijos y móviles de Argentina, Canadá, Chile, China, Colombia, EEUU, España, México, y Puerto Rico, se ha calculado el costo de terminación promedio simple por minuto en soles sin IGV para estos destino, cuyo valor es de S/. 0.12 entre abril de 2012 y diciembre de 2013, de acuerdo a la información proporcionada por América Móvil. Asimismo se asume un valor promedio de S/. 0.16 por minuto como cargo de originación de llamadas, un cargo de acceso a plataforma de pago de S/. 0.06 por minuto y un adicional de S/. 0.042 por minuto (el 10% de la tarifa sin IGV).

ene-13	423,164	S/. 16,080
feb-13	383,114	S/. 14,558
mar-13	530,519	S/. 20,160
abr-13	463,658	S/. 17,619
may-13	552,320	S/. 20,988
jun-13	469,760	S/. 17,851
jul-13	508,017	S/. 19,305
ago-13	501,413	S/. 19,054
sep-13	429,983	S/. 16,339
oct-13	457,859	S/. 17,399
nov-13	359,321	S/. 13,654
dic-13	519,773	S/. 19,751

Elaboración: STCCO - OSIPTEL

De la tabla anterior, se infiere que el beneficio extraordinario obtenido por América Móvil en el periodo de julio de 2012 a diciembre de 2013 sería de S/. 284,295.00

Luego, para calcular el beneficio esperado se debe considerar la **probabilidad de detección**. Para este caso se ha considerado un valor de 80%, en atención a lo siguiente: a) al ser una conducta relacionada con tarifas, éstas se registran en el SIRT y son puestas en conocimiento del OSIPTEL; b) de acuerdo a la información reportada por América Móvil la promoción Prepago 1912 fue promocionada en medios televisivos y escritos, y c) pese a que la información de las tarifas es pública, en términos generales, la identificación de una conducta de estrechamiento de márgenes es compleja, ya que involucra a una empresa integrada verticalmente, lo cual le permite encubrir fácilmente conductas que posiblemente puedan afectar la competencia en alguno de los mercados en los que actúa; por ello, resulta complicado encontrar la evidencia de la conducta (que no existe un margen de ganancia adecuado para un competidor tan eficiente como el dominante).

De esta manera, el beneficio ilícito extraordinario obtenido por América Móvil en el periodo analizado y considerando la probabilidad de detección de 80% es de S/. 355,368.76. Dado que para el año 2015 se ha definido el valor de una UIT en S/. 3,850¹⁸⁵, equivale a un total de 92.3 UIT, que sería el valor de la multa base en el presente caso.

Finalmente, este Cuerpo Colegiado considera que en el presente caso no se han observado situaciones que permitan introducir factores atenuantes o agravantes a la conducta. En ese sentido, la multa a imponer es de 92.3 UIT, la cual no supera el 10% de los ingresos brutos percibidos por América Móvil en todas sus actividades económicas en el año 2014.

X. MEDIDA CORRECTIVA

De acuerdo a lo establecido en el artículo 46° del DL. 1034¹⁸⁶, además de la sanción que se imponga por la comisión de una práctica anticompetitiva, se podrá dictar, cuando lo

¹⁸⁵ El valor de la Unidad Impositiva Tributaria (UIT) para el año 2015 se aprobó mediante Decreto Supremo N°374-2014-EF.

¹⁸⁶ Artículo 46.- Medidas correctivas.-

46.1. Además de la sanción que se imponga por infracción a la presente Ley, la Comisión podrá dictar medidas correctivas conducentes a restablecer el proceso competitivo, las mismas que, entre otras, podrán consistir en:

- a) El cese o la realización de actividades, inclusive bajo determinadas condiciones;
- b) De acuerdo con las circunstancias, la obligación de contratar, inclusive bajo determinadas condiciones; o,
- c) La inoponibilidad de las cláusulas o disposiciones anticompetitivas de actos jurídicos; o,
- d) El acceso a una asociación u organización de intermediación.

amerite, una medida correctiva conducente a restablecer el proceso competitivo, la cual será definida de acuerdo a la situación particular.

En efecto, una medida correctiva constituye un medio de reparación o restitución de aquellas conductas que puedan perjudicar el mercado, la cual será dictada con la finalidad de cesar y revertir los efectos que la conducta anticompetitiva hubiera ocasionado, o evitar que la misma nuevamente se produzca en el futuro.

Al respecto, como se ha señalado a lo largo de la presente Resolución, la conducta de América Móvil consistente en el estrechamiento de márgenes de sus competidores, habría cesado al final del periodo investigado, por lo que no resulta pertinente ordenar medida correctiva alguna. No obstante ello, se exhorta a América Móvil a no reincidir en la comisión de práctica anticompetitiva alguna.

SE RESUELVE:

Artículo Primero: Declarar fundado el procedimiento administrativo sancionador iniciado de oficio contra América Móvil S.A.C. 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.

Artículo Segundo: Sancionar a América Móvil S.A.C. con una multa de **92.3 UIT**, por la comisión de una infracción grave, de conformidad con los criterios establecidos en el Decreto Legislativo N° 1034 – la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

REGÍSTRESE Y COMUNÍQUESE.-

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