



## **Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados**

---

# **Controversia de oficio contra América Móvil Perú S.A.C.**

**(Exp. 010-2013-CCO-ST/LC)**

## **Informe Instructivo**

---

**Informe Nº 031-STCCO/2014**

Lima, 22 de agosto de 2014

**Índice de contenido**

<b>I. INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>4</b>
<b>II. EMPRESA INVESTIGADA .....</b>	<b>4</b>
<b>III. ANTECEDENTES .....</b>	<b>4</b>
<b>IV. PROCEDIMIENTO DE OFICIO Y HECHOS RELEVANTES.....</b>	<b>8</b>
<b>V. ALCANCES DEL INFORME INSTRUCTIVO .....</b>	<b>14</b>
<b>VI. DETALLE DE LAS DILIGENCIAS A CARGO DE LA SECRETARÍA TÉCNICA .....</b>	<b>15</b>
<b>6.1. INFORMACIÓN SOLICITADA A AMÉRICA MÓVIL .....</b>	<b>15</b>
6.1.1. <i>Investigaciones preliminares previas al procedimiento.....</i>	<i>15</i>
6.1.2. <i>Etapas de investigación a cargo de la Secretaría Técnica .....</i>	<i>16</i>
<b>6.2. INFORMACIÓN SOLICITADA A OTRAS EMPRESAS.....</b>	<b>18</b>
6.2.1. <i>Empresas operadoras de LDI (competidores de América Móvil en el mercado aguas abajo).....</i>	<i>18</i>
6.2.2. <i>Empresas operadoras de larga distancia desde telefonía fija .....</i>	<i>25</i>
<b>6.3. INFORMACIÓN SOLICITADA A INDECOPI .....</b>	<b>26</b>
<b>VII. POSICIÓN DE LA EMPRESA INVESTIGADA.....</b>	<b>27</b>
<b>VIII. CUESTIONES PREVIAS .....</b>	<b>36</b>
<b>8.1. CUESTIÓN PRELIMINAR PLANTEADA POR AMÉRICA MÓVIL .....</b>	<b>36</b>
<b>8.2. SOBRE EL PRINCIPIO DE SUPLETORIEDAD .....</b>	<b>37</b>
8.2.1. <i>Marco general del principio de supletoriedad en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones.....</i>	<i>38</i>
8.2.2. <i>Aplicación al caso concreto .....</i>	<i>43</i>
<b>8.3. SOBRE EL PRINCIPIO DE PREDICTIBILIDAD .....</b>	<b>49</b>
<b>8.4. SOBRE LA AFECTACIÓN AL DEBIDO PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y AL DERECHO A LA DEFENSA .....</b>	<b>53</b>
<b>IX. ANÁLISIS.....</b>	<b>56</b>
<b>9.1. MARCO GENERAL SOBRE LA PRÁCTICA DE ESTRECHAMIENTO DE MÁRGENES.....</b>	<b>56</b>
9.1.1. <i>Marco teórico del estrechamiento de márgenes.....</i>	<i>57</i>
9.1.2. <i>Diferencias entre el estrechamiento de márgenes y otras prácticas.....</i>	<i>61</i>
9.1.3. <i>Los efectos de la conducta .....</i>	<i>63</i>
9.1.4. <i>Críticas a la figura .....</i>	<i>65</i>
9.1.5. <i>Test de estrechamiento de márgenes: Problemática de costos y rentabilidad .....</i>	<i>66</i>
9.1.6. <i>A manera de conclusión.....</i>	<i>68</i>
<b>9.2. LA PRÁCTICA DE ESTRECHAMIENTO DE MÁRGENES COMO SUPUESTO ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO EN EL PERÚ.....</b>	<b>69</b>
<b>9.3. RESPECTO A LA EXISTENCIA DE POSICIÓN DE DOMINIO DE AMÉRICA MÓVIL EN EL MERCADO RELEVANTE .....</b>	<b>73</b>
9.3.1. <i>El mercado de producto .....</i>	<i>75</i>
9.3.2. <i>Mercado geográfico .....</i>	<i>83</i>
9.3.3. <i>Mercado relevante aplicable a la presente controversia.....</i>	<i>84</i>
9.3.4. <i>Sobre la posición de dominio de América Móvil.....</i>	<i>84</i>
<b>9.4. ANÁLISIS DE LA CONDUCTA REALIZADA POR AMÉRICA MÓVIL .....</b>	<b>86</b>
9.4.1. <i>La estrategia de América Móvil.....</i>	<i>87</i>
9.4.2. <i>Metodología para determinar si la conducta investigada constituye un estrechamiento de márgenes anticompetitivo.....</i>	<i>91</i>
9.4.3. <i>Primer Paso: Evaluación de la existencia de un estrechamiento de márgenes para la conducta bajo análisis.....</i>	<i>92</i>

9.4.4.	<i>Segundo Paso: Frecuencia y temporalidad de las promociones.....</i>	<i>115</i>
9.4.5.	<i>Tercer Paso: Representatividad de los destinos involucrados en las ofertas investigadas.....</i>	<i>118</i>
9.4.6.	<i>Cuarto Paso: Impacto de las promociones en el tráfico de LDI de móviles prepago de América Móvil .....</i>	<i>119</i>
9.4.7.	<i>Efectos de la conducta de estrechamiento de márgenes .....</i>	<i>124</i>
<b>X.</b>	<b>RECOMENDACIÓN FINAL .....</b>	<b>142</b>

## I. INTRODUCCIÓN

El presente informe tiene por objeto poner en conocimiento del Cuerpo Colegiado, el resultado de la investigación y análisis realizado por la Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados (en adelante, STCCO o Secretaría Técnica), en su calidad de órgano instructor del procedimiento seguido contra América Móvil Perú S.A.C. (en adelante, América Móvil), por presuntas infracciones a los artículos 10.1 y 10.2, literal h) del Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas<sup>1</sup> (en adelante, DL 1034).

La presunta práctica anticompetitiva materia de este procedimiento consistiría en un abuso de posición de dominio en la modalidad de estrechamiento de márgenes, con posibles efectos exclusorios en el mercado de Larga Distancia Internacional (en adelante, LDI) desde teléfonos móviles prepago a través del sistema de Llamada por Llamada (en adelante, LLxLL).

## II. EMPRESA INVESTIGADA

**América Móvil**, es una empresa privada titular 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° 217-200-MTC/1503 y 275-2005-MTC/03, transferidos por Resolución Viceministerial 170-2006-MTC/03.

## III. 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 2010<sup>2</sup>, todas las llamadas de LDI originadas en las redes de los servicios públicos móviles se realizan mediante el sistema de LLxLL. Cabe precisar que si bien los concesionarios móviles estaban obligados a implementar este sistema a partir del 4 de setiembre de 2010; no obstante, recién podían ofrecer dicho servicio después de que al menos un concesionario de

<sup>1</sup> 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.

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

(...) h) En general, aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.

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

larga distancia iniciará sus operaciones comerciales bajo esta modalidad, lo cual ocurrió el 17 de octubre del 2010<sup>3</sup>.

2. Con fecha 8 de setiembre de 2011, la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia (en adelante, GPRC) puso en conocimiento de la STCCO, a través del Memorandum N° 228-GPRC/2011 (en lo sucesivo, el memorándum de la GPRC), acerca de la preocupación expresada por las empresas IDT Perú S.R.L. (en adelante, IDT) y Americatel Perú S.A. (en lo sucesivo, Americatel) por las ofertas “Promoción Prepago 1912” de América Móvil y “Dúo de 6” de Telefónica Móviles S.A. (en adelante, Telefónica Móviles), las cuales en opinión de la GPRC podrían tener efectos anticompetitivos.
3. En el marco de la función de seguimiento de los distintos mercados de servicios públicos de telecomunicaciones para la detección de prácticas anticompetitivas, la STCCO decidió evaluar el potencial anticompetitivo de las ofertas mencionadas así como de otras 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 amplia oferta comercial de los operadores móviles y operadores de larga distancia para la realización de llamadas de LDI desde teléfonos móviles prepago. Asimismo, se analizaron los distintos costos que las empresas operadoras de larga distancia debían cubrir con sus tarifas, esto a través de una revisión de los diversos contratos y mandatos de interconexión.
5. Durante el mes de agosto de 2012 se enviaron cartas solicitando información referida al tráfico de LDI originado en teléfonos móviles según la red de origen y el operador elegido por el usuario, así como los principales costos de prestación del servicio de llamadas a larga distancia internacional desde redes móviles a las empresas operadoras de servicios móviles como América Móvil, Telefónica Móviles y Nextel del Perú S.A. (en adelante, Nextel) y a las empresas operadoras de larga distancia IDT, Convergía Perú S.A. (en adelante, Convergía) y Americatel<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> 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.

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

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

Las empresas operadoras respondieron a través de los siguientes documentos:

- Convergía, mediante carta GER-061-2012, recibida el 24 de agosto de 2012.
- Americatel, mediante carta 520-2012-GAR, recibida el 3 de setiembre de 2012.
- IDT, mediante carta SN recibida el 11 de setiembre de 2012.
- América Móvil, mediante carta DMR/CE-M/N°1117/12, recibida el 6 de setiembre de 2012, solicitó un plazo adicional de doce (12) días hábiles, lo cual le fue otorgado mediante carta 024-ST/2012. Posteriormente, América Móvil mediante carta DMR/CE-M/N°1184/12, recibida el 25 de setiembre

6. En el mes de marzo de 2013 se envió un cuestionario a las empresas operadoras de larga distancia –Americatel, IDT y Convergía-, por el cual se les solicitó, entre otros, emitan opinión sobre los cargos de originación de llamadas en la red móvil y acceso a la plataforma prepago que los operadores móviles les cobraban, las tarifas finales que estos ofrecían en el mercado, y las condiciones de competencia en el mercado de llamadas LDI desde móviles desde la implementación del Sistema de LLxLL<sup>5</sup>.
7. Conforme a sus funciones de órgano instructor, la STCCO emitió, con fecha 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 esta Secretaría Técnica, la presunta práctica anticompetitiva realizada por América Móvil consistiría en un “estrechamiento de márgenes”, verificable en la diferencia entre los cargos mayoristas para la provisión del servicio de llamadas LDI desde móviles y las tarifas finales que esta empresa establece en el mercado. Al respecto, esta diferencia podría generar problemas de competencia ya que para los

---

de 2012, cumplió con el pedido de información, solicitando se declare la confidencialidad de la misma. Respecto a esto último, mediante Resolución de Gerencia General N° 567-2011-GG/OSIPTEL se declaró confidencial el Anexo II de la información enviada por América Móvil.

- Telefónica Móviles mediante carta TM-925-A-332-2012 recibida el 7 de septiembre de 2012, respondió parcialmente al pedido de información, solicitando quince (15) días hábiles adicionales, ante lo cual le fue concedida una prórroga de doce (12) días hábiles mediante carta C.025-ST/2012. Posteriormente envió las cartas TM-925-A-333-2012 recibida el 17 de septiembre de 2012 y TM-925-AR-466-2012 recibida el 25 de septiembre, adjuntando a ésta última un cronograma de entrega de la información restante. Al respecto, mediante carta C.028-ST/2012 se le otorgó un plazo perentorio de quince (15) días hábiles adicionales. Telefónica Móviles continuó enviando información a través de las siguientes cartas: TM-925-A-488-2012 recibida el 9 de octubre de 2012, TM-925-AR-498-2012 recibida el 12 de octubre de 2012, TM-925-AR-536-2012 recibida el 7 de noviembre de 2012 y TM-925-AR-574-2012 recibida el 22 de noviembre de 2012. Mediante Carta 041-ST/2012 se le solicitó entregar la información faltante y se le otorgó cinco (5) días hábiles para cumplir con ello, sin embargo Telefónica Móviles a través de la carta TM-925-AR-588-2012, recibida el 4 de diciembre de 2012, señaló que no podía cumplir con el requerimiento en el plazo otorgado. Finalmente, mediante carta 042-ST/2012 se comunicó a Telefónica Móviles la decisión de prescindir de la información faltante al haber transcurrido aproximadamente 4 meses desde el requerimiento inicial.
- Nextel, mediante carta CGR-1956/12, recibida el 11 de septiembre de 2012, solicitó catorce (14) días hábiles, ante lo cual le fue otorgado mediante la carta C. 026-ST/2012 un plazo ampliatorio de doce (12) días hábiles. Finalmente, Nextel envió la información a través de la carta CGR-2076/12 recibida el 03 de octubre de 2012.

<sup>5</sup> La Secretaría Técnica cursó las siguientes comunicaciones de fecha 22 de marzo de 2013:

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

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

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

operadores de larga distancia sería muy difícil replicar de forma rentable las ofertas de América Móvil, a su vez, esta posible afectación a la dinámica competitiva también podría haber generado una afectación indirecta al bienestar del consumidor.

En el referido Informe se señala lo siguiente:

- Deben ser evaluados dos escenarios: (i) Primer escenario: Desde setiembre de 2010 –se inicia el sistema de LLxLL- a diciembre de 2011, periodo en el cual no existía regulación del cargo por acceso a la plataforma de pago. (ii) Segundo escenario: Desde diciembre de 2011 a la fecha, periodo en el cual sí existe regulación de cargos de interconexión tope por acceso a la plataforma de pago (se descompone dicho cargo en un componente fijo y uno variable).
- 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.
- Si bien en el segundo escenario los costos de los operadores de larga distancia habrían bajado, debe investigarse con mayor profundidad el impacto en la reducción de estos costos en las condiciones de competencia en el mercado, y si la práctica que se observó en el primer escenario o alguna de efectos equivalentes persiste.
- Respecto a las tarifas finales, América Móvil y Telefónica Móviles han 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 planes<sup>6</sup>. Lo anterior, no ocurrió con Nextel, cuyas tarifas han estado siempre por encima de los cargos que cobran por originación y acceso a plataforma de pago.
- Se observó que los operadores móviles tienen margen de actuación tanto en la fijación de tarifas a los usuarios finales (no reguladas), así como en los cargos mayoristas que se cobran a los operadores de larga distancia (en los dos escenarios de la investigación). Por lo tanto, las conductas de América Móvil y Telefónica Móviles pueden analizarse como una infracción anticompetitiva.
- El **mercado relevante** sería tanto el acceso a la red de América Móvil como el acceso a la red de Telefónica Móviles, para la originación de llamadas de LDI a través del sistema de LLxLL en el segmento prepago, ello debido a que cada red móvil en las que se originan llamadas de LDI configuraría un mercado diferente en la medida que la competencia se presenta dentro de cada red. Al respecto, se señaló que para el caso en particular se observa un 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 cada red móvil no tiene sustitutos.
- En relación a la **posición de dominio**, al haber determinado como mercados relevantes a cada red móvil, tanto América Móvil como Telefónica Móviles tienen la propiedad de sus propias redes, y poseen una significativa ventaja que los operadores de larga distancia no tienen, y que sería sumamente costosa de replicar. Por su parte, en el mercado de telefonía móvil existen barreras a la entrada relacionadas con la disponibilidad de espectro y las inversiones hundidas, asimismo -entre otras barreras que se desarrollan en el Informe Preliminar-, se observó la existencia de operadores móviles integrados vertical y horizontalmente. Conforme a estos hechos, cada uno de los operadores móviles

<sup>6</sup> En el caso de América Móvil, 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)”.



tendría posición de dominio en la originación de llamadas LDI en su propia red (mercado aguas arriba).

- En relación a los **efectos de la práctica**, se señaló que para los operadores de larga distancia sería muy difícil de replicar de forma rentable las ofertas de los operadores móviles con los cargos mayoristas que afrontan. Por su parte, se observó que luego de iniciado el sistema de LLxLL, los operadores móviles generaron casi la totalidad de tráfico LDI en sus propias redes. Asimismo, se observó falta de condiciones de competencia en el mercado, siendo que el tráfico generado en cada red móvil no habría crecido pudiendo ser este un indicador de la inexistencia de condiciones adecuadas para que los operadores de larga distancia reduzcan sus tarifas, y que muchas de las tarifas bajas de los operadores móviles ya existían antes de la implementación del sistema de LLxLL. De existir las condiciones adecuadas de competencia, las tarifas para llamadas LDI podrían haber experimentado una baja considerable.

#### IV. PROCEDIMIENTO DE OFICIO Y HECHOS RELEVANTES

8. Por Resolución Nº 120-2013-CD/OSIPTEL de fecha 05 de setiembre de 2013 el Consejo Directivo designó un Cuerpo Colegiado para que evalúe el inicio de un procedimiento de oficio contra América Móvil por la presunta comisión de una infracción a la libre competencia, y de ser el caso, tramite y resuelva el procedimiento que decida iniciar.
9. Con fecha 12 de setiembre de 2013, mediante Resolución Nº 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) del 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 al imponerles costos en el mercado aguas arriba superiores a varias de las tarifas minoristas que América Móvil establecía para sus usuarios finales. La mencionada conducta se habría realizado desde que entró en vigencia el sistema de LLxLL hasta la regulación del cargo de acceso a plataforma de pago (primer periodo) y persistiría incluso después de la regulación de dicho cargo (segundo periodo) hasta la fecha.
- 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 sus instalaciones puede originar una llamada de LDI realizada por su usuario de telefonía móvil.
- La afectación del proceso competitivo habría tenido lugar cuando a través de la conducta de América Móvil, consistente en el estrechamiento de márgenes, se habría impedido el crecimiento de sus competidores y una mayor dinámica competitiva. Entendiéndose el efecto exclusorio cuando la conducta realizada por el agente económico dominante tenga por efecto dificultar la permanencia de los



competidores actuales (o dificultar el acceso a los competidores potenciales), ello puede surgir incluso cuando se impide el incremento de la producción o se reducen los márgenes de ganancia de los competidores.

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 Nº 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, a fin de que presente sus descargos en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles.

10. Mediante carta DMR/CE-M/Nº1293/13 de fecha 23 de septiembre de 2013, América Móvil solicitó se le entregue copia simple del íntegro del expediente Nº 010-2013-CCO-ST/LC y de todos aquellos actuados que hayan servido como base para la emisión de la Resolución de Inicio.
11. A través del oficio Nº 120-STCCO/2013 de fecha 25 de septiembre de 2013, se le indicó 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 su disposición la copia simple del expediente solicitado por la empresa.
12. Con escrito Nº 1 recibido el 27 de septiembre de 2013, América Móvil solicitó se le tenga por apersonado al presente procedimiento y fijó su domicilio procesal para que se le comunique todos los escritos y actuados que se agreguen al expediente.
13. A través del escrito Nº 2 recibido el 1 de octubre de 2013, América Móvil solicitó una ampliación de diez (10) días hábiles adicionales para presentar su escrito de descargos, sustentando dicha solicitud en que recién habría tenido acceso a toda la información en la que se basa la imputación realizada en su contra, y en la complejidad de las materias que son objeto de investigación.
14. Mediante Oficio Nº 125-STCCO/2013 de fecha 2 de octubre de 2013, la STCCO concedió la prórroga de los diez (10) días hábiles solicitados por América Móvil para presentar su escrito de descargos. Asimismo, se precisó que la notificación de la Resolución de Inicio conjuntamente con el Informe Preliminar que la sustentó, fue efectuada de conformidad con lo establecido en la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, Ley 27444). Adicionalmente, se indicó que en virtud de esa ley, los administrados, sus representantes o abogados, tenían derecho a acceder al expediente en cualquier momento de su trámite.
15. El 28 de octubre de 2013, mediante escrito Nº 3, América Móvil presentó su escrito de descargos, solicitando que se declare confidencial ciertos gráficos incluidos en el mismo.
16. Mediante Resolución Nº 002-2013-CCO/OSIPTEL del 5 de noviembre del 2013, el Cuerpo Colegiado resolvió (i) tener por presentado el escrito de descargos de América Móvil; (ii) declarar fundada su solicitud de confidencialidad; y, (ii) 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 resolución.

17. Mediante 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.
18. 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 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)<sup>7</sup>.
19. Mediante escrito N° 4 de fecha 27 de enero de 2014, América Móvil solicitó un plazo adicional de treinta (30) días hábiles con el fin de cumplir con entregar la información que le fue requerida, dicho plazo fue concedido por la Secretaría Técnica a través del Oficio N° 033-STCCO/2014 de fecha 29 de enero de 2014.

<sup>7</sup> La Secretaría Técnica remitió las siguientes comunicaciones el 21 de enero de 2014:

- Oficio N° 013-STCCO/2014 a Convergía.
- Oficio N° 015-STCCO/2014 a Americatel.
- Oficio N° 016-STCCO/2014 a IDT.
- Oficio N° 019-STCCO/2014 a Velatel.
- Oficio N° 021-STCCO/2014 a Level 3.
- Oficio N° 023-STCCO/2014 a Infoductos.
- Oficio N° 025-STCCO/2014 a Amitel.

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

- Americatel, mediante carta 063-2014-GLAR recibida el 5 de febrero de 2014, solicitó un plazo adicional de cinco (05) días hábiles, el cual le fue otorgado mediante oficio N° 041-STCCO/2014. Posteriormente, Americatel mediante carta 062-2014-GAR recibida el 12 de febrero de 2014, cumplió con el pedido de información solicitando la confidencialidad de la misma.
- Convergía, mediante carta GER-015-2014, recibida el 31 de enero de 2014, y GER-018-2014, recibida el 3 de febrero de 2014, solicitó una aclaración del oficio que le fue remitido. Dicha aclaración se efectuó a través del oficio N° 039-STCCO/2014 y se le otorgó diez (10) días hábiles para enviar la información requerida. Finalmente, Convergía cumplió con enviar la información mediante carta GER-028-2013 recibida el 21 de febrero 2014.
- En el caso de IDT, se tomará en cuenta lo señalado por esta empresa mediante carta SN de fecha 05 de febrero de 2014, en el marco del procedimiento seguido en el expediente N° 009-2013-CCO-ST/LC (la cual se adjunta al presente Informe), teniendo en consideración que mediante dicho escrito responde a las mismas preguntas realizadas en el presente procedimiento.
- En el caso de Infoductos, 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 (la cual se adjunta al presente Informe), teniendo en consideración que mediante dicho escrito responde a las mismas preguntas realizadas en el presente procedimiento.
- Level 3, mediante carta 011-2014-LEG recibida el 5 de febrero de 2014.
- Amitel, mediante carta 0003-GGAMITEL/2014 recibida el 6 de febrero de 2014.
- Velatel no respondió la comunicación.

20. 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.
21. El 21 de febrero de 2014, el Cuerpo Colegiado a través de la Resolución N° 003-2014-CCO/OSIPTEL declaró confidencial parte de la información contenida en la Carta 062-2014-GAR remitida por Americatel el 12 de febrero de 2014 como respuesta al oficio a través del cual la Secretaría Técnica le requirió su opinión sobre algunos aspectos relacionados al mercado de llamadas LDI desde móviles.
22. El 28 de marzo de 2014, el Cuerpo Colegiado a través de la Resolución N° 004-2014-CCO/OSIPTEL declaró confidencial parte de la información contenida en el escrito N° 5 de fecha 10 de marzo de 2014 remitida por América Móvil.
23. Mediante escrito N° 6, de fecha 28 de abril de 2014, América Móvil presentó recurso de apelación contra la Resolución del Cuerpo Colegiado N° 004-2014-CCO/OSIPTEL en el extremo que resuelve dar tratamiento público a cierta información contenida en su escrito N° 5 de fecha 10 de marzo de 2014.
24. El 2 de mayo de 2014, a través de la Resolución N° 005-2014-CCO/OSIPTEL, el Cuerpo Colegiado resolvió conceder el recurso de apelación presentado por América Móvil contra la Resolución del Cuerpo Colegiado N° 004-2014-CCO/OSIPTEL y procedió a elevar el expediente confidencial al Tribunal de Solución de Controversias del OSIPTEL (en adelante, TSC).
25. 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/OSIPTEL, 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 OSIPTEL.
- 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/OSIPTEL, y; (ii) la carta N° 241-2010-GAR del 18 de mayo de 2010 que adjunta el Informe presentado por Americatel al OSIPTEL 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.
26. Mediante Resolución N° 006-2014-CCO/OSIPTEL, de fecha 12 de mayo de 2014, el Cuerpo Colegiado decidió ampliar el plazo de vencimiento de la etapa de investigación por treinta (30) días calendarios adicionales, a razón de la solicitud efectuada por la Secretaría Técnica mediante el Oficio N° 094-STCCO/2014 de fecha 09 de mayo de 2014.

27. El 14 de mayo de 2014, a través de la Resolución N° 007-2014-CCO/OSIPTEL, el Cuerpo Colegiado en respuesta al escrito N° 07 presentado por América Móvil señaló lo siguiente: (i) El Resumen No Confidencial es un instrumento que facilita a la Autoridad la labor de evaluación y calificación de la información; es decir, no de terceros; (ii) En la Resolución N° 003-2014-CCO/OSIPTEL –que resuelve la solicitud de confidencialidad presentada por Americatel- notificada a América Móvil, se detalla y desagrega todas las preguntas absueltas por Americatel; (iii) No se pudo haber configurado ningún 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; (iv) 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 del Oficio N° 015-STCCO/OSIPTEL, conforme a lo dispuesto en la Resolución N° 003-2014-CCO/OSIPTEL; (v) respecto a la carta N° 241-2010-GAR del 18 de mayo de 2010 que adjunta el Informe presentado por Americatel al OSIPTEL a efectos del cálculo del cargo de plataforma de pago, ésta no forma parte del expediente N° 010-2013-CCO-ST/LC; (vi) se recordó que en virtud a las normas pertinentes, los administrados deben cumplir con un buen proceder en la defensa de sus intereses y alegar hechos contrarios a la realidad o carentes de fundamento con la finalidad de dilatar u obstaculizar el trámite del procedimiento administrativo constituye una infracción al Principio de Debida Conducta Procedimental.
28. Mediante Resolución N° 008-2014-CCO/OSIPTEL del 14 de mayo de 2014, el Cuerpo Colegiado declaró de oficio la confidencialidad de cierta parte de la información presentada por América Móvil en su escrito N° 3 de fecha 28 de octubre de 2013.
29. Durante el mes de mayo de 2014 se 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 prepago para lo cual se adjuntó los formatos en los que se debía presentar dicha información y la metodología de cálculo que se debía utilizar para obtener ciertos valores<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> La Secretaría Técnica envió las siguientes comunicaciones el 27 de mayo de 2014:

- Oficio N° 108-STCCO/2014 a América Móvil.
- Oficio N° 110-STCCO/2014 a Convergía.
- Oficio N° 112-STCCO/2014 a IDT.
- Oficio N° 114-STCCO/2014 a Americatel.

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

- América Móvil, mediante escrito N° 9 recibido el 11 de junio de 2014, solicitando la confidencialidad del íntegro de la información presentada en el mismo. Asimismo, la empresa reiteró lo señalado en su escrito de descargos, en relación a que, en su opinión, existiría un vicio de nulidad en la Resolución de Inicio por la imputación formulada para el segundo periodo de investigación sin haberse efectuado un desarrollo de los indicios razonables para la conducta anticompetitiva que se le atribuye.
- Americatel a través de su carta 345-2014-GLAR presentada el 10 de junio de 2014, solicitó un plazo adicional de diez (10) días hábiles, el cual le fue otorgado mediante Oficio N° 120-STCCO/2014. Posteriormente, Americatel mediante carta 368-2014-GLAR presentada el 25 de junio de 2013, cumplió con el pedido de información.
- En relación a IDT, mediante Oficio N° 130-STCCO/2014 de fecha 12 de junio de 2014 se le reiteró el pedido de información en vista de haberse cumplido el plazo que se le dio inicialmente. Al respecto, la empresa cumplió con el requerimiento a través de la carta SN de fecha 27 de junio de

30. A través del escrito N° 8 de fecha 05 de junio de 2014, América Móvil en relación a la Resolución N° 007-2014-CCO/OSIPTEL, indicó que no existía razón alguna para que se señale que dicha empresa pudo haber incurrido en la violación del Principio de Debida Conducta Procedimental, mas aun si la propia Secretaría 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) al momento de entregarle la copia de los documentos solicitados por América Móvil. Además, sobre 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 OSIPTEL cuando se estaba evaluando el cálculo del cargo de plataforma de pago, América Movil señaló que solicitar dicha información no constituía una conducta procesal impropia sino que la solicitaba por considerarla relevante para su defensa.
31. A través del Oficio N° 122-STCCO/2014 de fecha 10 de junio de 2014, se solicitó a INDECOPI, en 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.
32. A través del Oficio N° 124-STCCO/2014 de fecha 10 de junio de 2014, la Secretaría Técnica solicitó una ampliación del plazo para el vencimiento de la etapa de investigación por sesenta (60) días calendario adicionales, al no haber contado con toda la información que fue requerida a América Móvil y otras empresas en el tiempo previsto, debido a las diversas solicitudes de prórroga efectuadas por las mismas.
33. Mediante Resolución N° 009-2014-CCO/OSIPTEL, de fecha 11 de junio de 2014, el Cuerpo Colegiado acordó ampliar por sesenta (60) días calendario el plazo de la etapa de investigación debido a que no se habían producido diversos medios probatorios ordenados por la Secretaría Técnica<sup>9</sup>, cuya actuación y análisis resultarían beneficiosos en la investigación a fin de contar con mayores elementos de juicio para la elaboración del informe instructivo.
34. Con fecha 11 de junio de 2014, América Móvil presentó el escrito N° 10, por el cual realiza algunas precisiones sobre el análisis de imputación y cómo debería efectuarse el análisis de efectos negativos sobre la competencia y el bienestar del consumidor.
35. A través de la Resolución N° 010-2014-CCO/OSIPTEL del 18 de junio de 2014, el Cuerpo Colegiado declaró como confidencial parte de la información presentada por América Móvil mediante su escrito N° 9 de fecha 11 de junio de 2014 por el cual se respondió al requerimiento efectuado por el OSIPTEL en mayo del 2014. Asimismo,

---

2014 y, luego, mediante la carta SN 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.

- En el caso de Convergía, mediante Oficio N° 128-STCCO/2014 de fecha 12 de junio de 2014 se le reiteró el pedido de información en vista de haberse cumplido el plazo que se le dio inicialmente. Finalmente, cumplió con enviar la información a través de la carta GER-102-2014 presentada el 27 de junio de 2014.

<sup>9</sup> Por las diversas prórrogas solicitadas durante la etapa de investigación por la empresa investigada y por otras empresas de telecomunicaciones; así como por la complejidad del caso.



se pronunció en relación a la solicitud de la empresa a la Secretaría Técnica de tener presente lo expuesto sobre la nulidad de la actividad probatoria, se reiteró lo señalado en la Resolución Nº 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.

36. Mediante escrito Nº 11, de fecha 11 de julio de 2014, América Móvil presentó recurso de apelación contra la Resolución del Cuerpo Colegiado Nº 010-2014-CCO/OSIPTEL en el extremo que resuelve dar tratamiento público a una parte de la información contenida en el escrito Nº 9 de fecha 11 de junio de 2014.
37. Mediante Resolución Nº 011-2014-CCO/OSIPTEL del 15 de julio de 2014, el Cuerpo Colegiado declaró como confidencial parte de la información presentada por IDT mediante sus cartas de fecha 27 de junio de 2014 (respuesta al Oficio Nº 112-STCCO/2014 y 130-STCCO/2014) y 08 de julio de 2014 (corrección a su comunicación del 27 de junio de 2014).
38. El 16 de julio de 2014, a través de la Resolución Nº 012-2014-CCO/OSIPTEL, el Cuerpo Colegiado resolvió conceder el recurso de apelación presentado por América Móvil contra la Resolución Nº 010-2014-CCO/OSIPTEL y procedió a elevar el expediente confidencial al TSC a través del oficio Nº 168-STCCO/2014 de fecha 25 de julio de 2014.
39. Mediante Oficio 085-2014/ST-CLC-INDECOPI de fecha 31 de julio de 2014, INDECOPI remitió el Informe 031-2014/ST-CLC-INDECOPI sobre los lineamientos, precedentes y criterios interpretativos que se 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.
40. Con fecha 11 de agosto de 2014, América Móvil presentó información y pruebas adicionales sobre la determinación del mercado relevante y la posición de dominio en el presente procedimiento.

## **V. ALCANCES DEL INFORME INSTRUCTIVO**

De acuerdo con lo establecido en el artículo 76 del Reglamento de Controversias, mediante el presente Informe Instructivo la STCCO emite opinión en relación con las conductas objeto de investigación y presenta el caso ante el Cuerpo Colegiado, recomendando, en caso de considerar la existencia de una infracción, la imposición de las sanciones a que hubiere lugar.

En ese sentido, por medio del presente Informe Instructivo, la Secretaría Técnica, en su calidad de órgano instructor, emite opinión sobre la conducta de América Móvil que involucraría la comisión de una infracción, a fin de determinar si los actos objeto de investigación en el presente procedimiento de oficio califican como actos contrarios a la normativa de libre competencia.

## VI. DETALLE DE LAS DILIGENCIAS A CARGO DE LA SECRETARÍA TÉCNICA<sup>10</sup>

### 6.1. Información solicitada a América Móvil

#### 6.1.1. Investigaciones preliminares previas al procedimiento

Durante la etapa de investigaciones preliminares previas al presente procedimiento, se remitió a América Móvil la carta N° 016-ST/2012 de fecha 15 de agosto de 2012, mediante la cual esta Secretaría Técnica solicitó la siguiente información: (i) Formato del Anexo N° 1: Para el periodo entre enero 2008 y setiembre 2010, tráfico LDI originado desde teléfonos móviles, con periodicidad mensual y desagregado por modalidad; (ii) Formato del Anexo N° 2: Para el periodo entre octubre 2010 y julio 2012, tráfico LDI originado mediante LL x LL desde teléfonos móviles, con periodicidad mensual, desagregada por modalidad y según el operador de larga distancia que brindó el servicio al usuario; (iii) Formato del Anexo N° 3: cargos y costos incurridos en la prestación del servicio de llamadas LDI desde móviles originadas en su red a distintos países; y, (iv) Formato del Anexo N° 4: En el caso actúe como operador LDI sobre otras redes móviles, informar los costos de originación, facturación y recaudación, y de plataforma prepago en los que incurre para la prestación del servicio de llamadas de LDI desde móviles de otros operadores. El plazo otorgado fue de quince (15) días hábiles<sup>11</sup>.

En respuesta a lo solicitado, mediante carta DMR/CE-M/N° 117/12 del 6 de septiembre de 2012, América Móvil señaló que para cumplir con el requerimiento formulado por la Secretaría Técnica necesitaba efectuar la restauración de un gran volumen de información con la que no contaba en línea, para luego proceder a su desagregación; por ello, requirió un plazo adicional de doce (12) días hábiles.

Teniendo en cuenta lo anterior, con carta N° 024-ST/2012 de fecha 7 de setiembre de 2012, la Secretaría Técnica concedió el plazo ampliatorio de doce (12) días útiles a América Móvil para que cumpla con el requerimiento realizado a través de la carta N° 016-ST/2012.

Finalmente, mediante carta DMR/CE-M/N° 1184/12 recibida el 25 de septiembre de 2012, América Móvil cumplió con presentar la información solicitada a través de la carta N° 016-ST/2012, haciendo la salvedad que en relación a la información correspondiente al periodo de enero-diciembre 2008, estaba remitiendo datos estimados con el nivel de desagregación solicitado que tenían que tomarse de forma referencial y aproximada, ya que la misma no podía ser entregada al no encontrarse al detalle en el sistema de la empresa considerando que han transcurrido más de tres (3) años desde que fue generada, lo cual encontraba sustento en el artículo 16° de la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Las diligencias son las realizadas en la etapa de investigaciones preliminares previas al procedimiento, así como en la etapa de investigación a cargo de esta Secretaría Técnica.

<sup>11</sup> Como parte de las investigaciones preliminares previas al procedimiento también se requirió la misma información a las empresas Telefónica Móviles y Nextel, mediante Cartas C. 015-ST/2012 y C. 017-ST/2012, respectivamente, ambas también de fecha 15 de agosto de 2012.

<sup>12</sup> **Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL**  
**Artículo 16.- Obligaciones de las entidades supervisadas**



### 6.1.2. Etapa de investigación a cargo de la Secretaría Técnica

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 información: (i) Cuadro N° 1: Número de líneas prepago en servicio que realizaron llamadas de LDI, reportado de forma mensual; (ii) Cuadro N° 2: Número de llamadas de LDI efectuadas por línea prepago, según duración y reportadas de forma mensual; (iii) Cuadro N° 3: Promedio por línea prepago del número de llamadas de LDI, según duración y reportado de forma mensual; (iv) Cuadro N° 4: Promedio por línea prepago de duración de llamadas de LDI efectuadas, expresado en minutos facturados y reportado de forma mensual; (v) Cuadro N° 5: Tráfico LDI efectuado por líneas prepago a través de la propia empresa, desagregado por plan y expresado en minutos facturados, reportado de forma mensual; (vi) Cuadro N° 6: Tráfico LDI efectuado por líneas prepago a través de otros operadores de LDI, desagregado por plan y expresado en minutos facturados, reportado de forma mensual; (vii) Cuadro N° 7: Tráfico LDI desde líneas móviles prepago por destino, reportado de forma mensual; (viii) Cuadro N° 8: Información sobre 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; (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; (xiii) Cuadro N° 13: Costos asociados a la prestación del servicio de llamadas de LDI desde móviles prepago, reportada de forma mensual. El plazo otorgado fue de veinticinco (25) días hábiles y se especificó que para la extracción de la información requerida debían considerarse los procedimientos y procesos seguidos para elaborar información reportada al OSIPTTEL como parte de los requerimientos de información periódica.

Mediante escrito N° 4 de fecha 27 de enero de 2014, América Móvil solicitó un plazo adicional de treinta (30) días hábiles para cumplir con el requerimiento de información realizado a través del Oficio N° 166-STCCO/2013, debido a que aún no habían terminado con el proceso de recuperación y consolidación de la misma, considerando además que parte de ella data de años anteriores y que no se almacena en el sistema de la empresa de la manera que le fue requerida. En respuesta a dicha solicitud, a través del Oficio N° 033-STCCO/2014 le fue concedido a América Móvil el plazo adicional de treinta (30) días hábiles con el fin de que cumplirá con entregar la información que le fue solicitada.

El 10 de marzo de 2014, mediante escrito N° 5, América Móvil cumplió con el requerimiento efectuado en el Oficio N° 166-STCCO/2013 haciendo la precisión que presentaba dicha información únicamente con el fin de cumplir con la solicitud efectuada en el oficio mencionado, ya que la misma no podría ser utilizada dentro del presente

Las entidades supervisadas se encuentran obligadas a:

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

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 en relación a ello resultara viciada de nulidad.

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 a la empresa la siguiente información (toda indicada en US\$ sin IGV): (i) Cuadro N° 1 del anexo: Costos por minuto de instalaciones esenciales<sup>13</sup> 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. (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. El plazo otorgado fue de diez (10) días hábiles.

En relación a lo anterior, con escrito N° 9 de fecha 11 de junio de 2014, América Móvil cumplió con presentar parte de la información solicitada, señalando que no contaba con información desagregada del servicio de LDI móvil prepago. Asimismo, reiteró que respecto a la información del segundo periodo objeto de investigación (diciembre 2011 hasta la actualidad), esta era presentada únicamente con el fin de cumplir con el requerimiento efectuado por la STCCO mediante el Oficio N° 108-STCCO/2014, ya que la misma no podría ser utilizada dentro del presente procedimiento para probar los cargos que le fueron imputados en dicho periodo debido a que la Resolución de Inicio adolecía de un vicio de nulidad. Por ello, América Móvil instó a la STCCO a ejercer sus facultades de investigación solo respecto a las imputaciones de cargos que hayan sido efectuadas cumpliendo las exigencias señaladas en el marco legal en virtud del derecho de defensa de los administrados.

Mediante Oficio N° 134-STCCO/2014 de fecha 19 de junio de 2014, se le indicó a América Móvil que se tomó conocimiento de lo señalado en su escrito N° 9 relacionado al pedido de información y que la STCCO se reservaba el derecho a solicitar información adicional. Asimismo, se indicó que como fue señalado por el Cuerpo Colegiado en su Resolución N° 010-2014-CCO/OSIPTEL de fecha 18 de junio de 2014, 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. Por último se le recordó a América Móvil que al encontrarse dentro de la Etapa de Investigación de un procedimiento de oficio, la Secretaría Técnica, en su calidad de órgano instructor, podía realizar todas las investigaciones e indagaciones que considerase pertinente.

<sup>13</sup> Los conceptos a informar fueron: originación de llamadas, enlaces de interconexión, adecuación de red, transporte conmutado local y transporte conmutado de larga distancia nacional.

## **6.2. Información solicitada a otras empresas**

### **6.2.1. 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.

#### **6.2.1.1. Investigaciones preliminares previas al procedimiento**

**Pedido de Información N° 1<sup>14</sup>:** Se solicitó informar (i) Anexo 1: costos de terminación para la prestación del servicio de llamadas LDI desde móviles, según el país y red de destino; (ii) Anexo 2: costos de originación, facturación y recaudación, y de plataforma prepago en los que incurren para la prestación del servicio de llamadas LDI desde móviles, según cada uno de los operadores móviles en los cuales presta el servicio de llamadas LDI.

**Pedido de Información N° 2<sup>15</sup>:** Se requirió responder el siguiente cuestionario: (i) Indicar si antes del establecimiento del sistema de LLxLL en la telefonía móvil, este segmento le parecía rentable o atractivo comercialmente; (ii) Explicar qué expectativas, en términos de demanda, tarifas y nivel competitivo tenía respecto al sistema de LLxLL en la telefonía móvil; (iii) Señalar si -en su opinión- las empresas operadoras de telefonía móvil establecieron obstáculos para prestar servicios de llamadas de LDI en sus redes móviles y de ser afirmativa la respuesta, detallar cuáles fueron dichos obstáculos; (iv) Detallar los cargos de originación y acceso a plataforma prepago que su empresa pagaba a cada uno de los operadores móviles durante el periodo constituido desde el inicio del sistema LLxLL hasta la implementación de la regulación de cargos de acceso a plataforma, manifestar qué opinión tenían de estos cargos y responder si los mismos le permitían ofrecer tarifas competitivas respecto a las tarifas establecidas y promocionales ofertadas por los operadores móviles para las llamadas de LDI; (v) Opinar si la regulación del cargo por acceso a plataforma de pago había sido beneficiosa para la competencia en el mercado de llamadas de LDI desde móviles; (vi) Describir si existía alguna barrera que impidiese el adecuado funcionamiento de la competencia en el mercado de llamadas LDI desde móviles; (vii) Opinar sobre la actuación de quienes brindan la plataforma de telefonía móvil y explicar si los operadores móviles permitieron su ingreso y permanencia en el mercado de llamadas de LDI desde móviles; (viii) Indicar si percibe al sistema de LLxLL en la telefonía móvil como un segmento rentable o atractivo comercialmente. El plazo otorgado para responder el cuestionario fue de diez (10) días hábiles.

<sup>14</sup> Se solicitó la información a las empresas IDT, Americatel y Convergía a través de las Cartas C. 018-ST/2012, C. 019-ST/2012 y C. 020-ST/2012, respectivamente, todas de fecha 15 de agosto de 2012.

<sup>15</sup> Se solicitó la información a las empresas IDT, Americatel y Convergía mediante las Cartas C. 009-ST/2013, C. 008-ST/2013 y C. 010-ST/2013, respectivamente, todas de fecha 22 de marzo de 2013.

### 6.2.1.2. Etapa de investigación a cargo de la Secretaría Técnica

**Pedido de Información N° 3<sup>16</sup>:** 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. (iv) Emitir una opinión sobre si considera que la regulación de cargos de acceso a plataforma prepago permitió a los operadores de larga distancia reducir sus tarifas; y de no ser así, explicar las razones por las que, en su caso, no ha reducido sus tarifas. El plazo otorgado para responder el cuestionario fue de diez (10) días hábiles.

En el caso de Americatel, adicionalmente, se le solicitó indicar a qué se refería con que la regulación del cargo de acceso a plataforma de pago le había permitido mantenerse en el mercado y si antes de la referida regulación su empresa estaba considerando salir del mercado<sup>17</sup>. Además se le solicitó algún estudio que sustente su respuesta sobre que *“era insostenible seguir asumiendo el sobre costo de acceso a plataforma de pago”*.

En el caso de IDT, también se le requirió explicar por qué consideraba que los costos variables elevados del sistema LLxLL no habrían permitido a los operadores entrantes de larga distancia disminuir significativamente sus tarifas<sup>18</sup>. Asimismo, se le solicitó que amplíe la afirmación sobre 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 necesario<sup>19</sup>. Por último, se le solicitó enviar algún estudio de costos que tuviese al respecto.

<sup>16</sup> Se solicitó la información a la 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.

<sup>17</sup> Esto se le preguntó a razón de lo señalado por la empresa en su carta 223-2013-GAR (durante la etapa de investigaciones preliminares).

<sup>18</sup> Esto se le preguntó a razón de lo señalado por la empresa mediante carta SN recibida el 11 de abril de 2013 (durante la etapa de investigaciones preliminares).

<sup>19</sup> Afirmación brindada por la empresa en su carta SN recibida el 11 de abril de 2013.

**Pedido de Información N° 4<sup>20</sup>:** Se solicitaron los siguientes datos objetivos: (i) Cuadro N° 1 del anexo: Costos por minuto de instalaciones esenciales<sup>21</sup> involucradas en el servicio de llamadas de LDI desde teléfonos móviles prepago durante el periodo de enero 2012 a diciembre 2013. En caso estos costos no formen parte de los gastos efectivos del operador, se les requirió informar sobre los valores imputables a la prestación del servicio; (ii) Cuadro N° 2 del anexo: Costos por minuto por las facilidades requeridas en el tramo internacional para las llamadas de LDI desde teléfonos móviles prepago durante el periodo enero 2012 a diciembre 2013; además se le solicitó indicar los conceptos y sus costos correspondientes en las que incurría (explícita o implícitamente) por un carrier internacional, operador de red de destino y/u otro operador; (iii) Cuadro N° 3 del anexo: Costos por adecuación de red pagados a los operadores móviles a los que se han interconectado. (iv) Cuadro N° 4 del anexo: El tráfico de LDI generado en teléfonos móviles prepago, desagregado por red móvil de origen, para el periodo de octubre de 2010 a diciembre de 2013. (v) Cuadro N° 5 del anexo: Los ingresos totales por llamadas de LDI generado en teléfonos móviles prepago, desagregado por red móvil de origen, para el periodo de octubre de 2010 a diciembre de 2013. Se requirió indicar la metodología de cálculo seguida para obtener los valores por minuto para cada uno de los conceptos considerados en los anexos. El plazo otorgado fue de diez (10) días hábiles.

#### **Respuesta de las empresas<sup>22</sup>:**

##### **A) IDT<sup>23</sup>**

A través del escrito SN recibido el 11 de abril de 2013, IDT respondió a las preguntas realizadas en el Pedido de Información N° 2, enviado a través de la carta 009-ST/2013. A modo de resumen, se detalla lo que esta empresa respondió respecto a cada una de las preguntas formuladas en el cuestionario:

- IDT siempre consideró al mercado de LDI desde teléfonos móviles sumamente interesante para seguir desarrollando su amplia experiencia en larga distancia. Este atractivo se basaba en dos aspectos: El importante número de líneas celulares que al inicio del sistema de LLxLL eran de 29 millones y a las estadísticas de minutos originados en móviles con destino internacional que a setiembre del 2010 ya eran de 7 millones de minutos.
- A pesar de las grandes inversiones en publicidad, no se han obtenido buenos resultados en términos de tarifas y competencia, debido a una estructura de costos sumamente alta, tanto en los cargos de originación como de uso de la plataforma

<sup>20</sup> 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.

<sup>21</sup> Los conceptos a informar fueron: originación de llamadas, enlaces de interconexión, adecuación de red, transporte conmutado local y transporte conmutado de larga distancia nacional.

<sup>22</sup> Debido a que algunos requerimientos de información antes expuestos se refieren solo al envío de datos objetivos, en esta parte la STCCO considerará solo las respuestas que contienen los argumentos que exponen las posiciones y opiniones de las empresas operadoras a las cuales se les requirió información respecto a su situación y actuación en el mercado de LDI desde móviles (es decir, la relacionada a los pedidos de información N° 2 y 3).

<sup>23</sup> IDT dio respuesta a los Pedidos de Información N° 1 y 4 a través de los escritos de fecha 11 de septiembre de 2012 y 27 de junio de 2014, respectivamente.



pre-pago. En ese sentido, los altos costos variables no han permitido disminuir las tarifas, más allá de promociones puntuales por periodos determinados.

- Solo con la emisión de los mandatos de interconexión para el establecimiento del sistema de LLxLL desde móviles, las empresas operadoras de telefonía móvil dejaron de establecer mayores obstáculos para la efectiva implementación de este sistema para los operadores de larga distancia. Siendo así que, antes de la emisión de dichos mandatos de interconexión, las negociaciones con los operadores móviles se dilataban de manera continua (hasta el plazo máximo). De otro lado, luego de los mandatos incluso algunos operadores se han mostrado reticentes a compartir cierta información para la efectiva implementación del sistema de LLxLL, sobre todo en lo que se refiere a acceder a información de sus abonados (para contactarlos y ofrecerles el servicio de larga distancia por un operador distinto), lo cual sería un ejemplo de conducta poco leal a la competencia.
- Los cargos de originación y acceso a plataforma de prepago que los operadores móviles cobran han mejorado pero 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. Asimismo, la reducción gradual de los cargos tope aplicables a los operadores no permite ver reflejado este cambio en la tarifa a los usuarios finales, lo cual repercute en la competencia, ya que los operadores de larga distancia no pueden ofrecer tarifas mas competitivas en el mercado. Por otro lado, los cargos diferenciados dificultan implementar una tarifa única.
- La disminución en el costo de acceso no ha sido suficiente para atraer operadores y usuarios. Asimismo, el volumen de llamadas se mantiene en un nivel poco atractivo para IDT.
- Debido a los altos costos que implica el acceso a este servicio, y que son totalmente asimétricos para los diferentes operadores del sistema, no se dan las condiciones adecuadas para un correcto funcionamiento de la competencia. Los operadores móviles tienen la facilidad de detectar demanda por llamadas LDI, pudiendo llamar a posibles clientes sin incurrir en costos.
- Los operadores móviles ofrecen promociones que prácticamente cubren los costos de originación y acceso a plataforma, lo cual no permite la sana competencia y evita que los usuarios finales sigan obteniendo mejoras de tarifas.
- El sistema de LLxLL en la telefonía móvil no resulta un segmento atractivo para IDT, considerando la escasa rentabilidad que se ha demostrado hasta la fecha. La excesiva estructura de costos y las altas tarifas del sistema, sumado a la inversión publicitaria que debe realizar, hace que el sistema de LLxLL no cumpla las expectativas comerciales de IDT.

Mediante el escrito SN de fecha 05 de febrero de 2014<sup>24</sup>, IDT respondió a las preguntas realizadas en el Pedido de Información N° 3. A modo de resumen, y tomando en consideración el orden de las preguntas del cuestionario la empresa señaló lo siguiente:

- IDT considera que sí existe competencia entre el servicio de LDI desde teléfonos móviles y otros servicios como los teléfonos fijos, los teléfonos públicos, los locutorios y los servicios de internet. Sin embargo, para IDT se debe considerar que

<sup>24</sup> Como se mencionó en los Antecedentes, en el caso de IDT, se tomará en cuenta lo señalado por esta empresa mediante carta SN 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 responde a las mismas preguntas realizadas en el presente procedimiento mediante Oficio N° 016-STCCO/2014 entorno al mercado de llamadas LDI desde móviles.

el tráfico en el servicio de LDI desde móviles no ha disminuido en el último año, lo cual pone en evidencia la amplia acogida y demanda por parte de los usuarios.

- La falta de fijación de cargos tope para el acceso a la plataforma de pago durante el periodo comprendido entre la implementación del sistema de LLxLL y la regulación del mencionado cargo, dificultó la posibilidad de implementar condiciones competitivas para la generación de llamadas LDI desde redes móviles. En ese sentido, resultó imprescindible la fijación de los cargos tope por parte de OSIPTTEL para que los operadores de larga distancia puedan ser competitivos.
- Contar con un cargo tope pre establecido para acceder a la plataforma prepago ha mejorado la competencia en el mercado de LDI desde móviles. Asimismo, la mencionada regulación asegura la predictibilidad respecto al costo involucrado en la interconexión de redes entre operadores móviles y de larga distancia, pudiendo estos últimos ofrecer tarifas y promociones competitivas.
- La regulación de los cargos de acceso a plataforma permitió a IDT reducir algunas de sus tarifas; así por ejemplo, actualmente IDT ofrece una tarifa promocional a sus usuarios de S/. 0.49 a USA y Canada.
- 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) Americatel<sup>25</sup>

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

- El segmento de telefonía móvil antes del establecimiento del sistema de LLxLL era atractivo comercialmente, al ser un monopolio que tenía cautivo al usuario del servicio LDI.
- De un mercado que representaba aproximadamente más de 7MM de minutos, se estimó alcanzar un market share total de 5%, con una demanda mensual promedio de 350,000 minutos, presentando una mayor participación en el mercado prepago. Asimismo, se contemplaba una respuesta de la competencia a nivel de tarifas y la reducción de estas.
- Existieron varios obstáculos para brindar el servicio como la asimetría informativa entre los operadores móviles y el carrier que brinda el servicio de larga distancia. Además, se detectaron casos de llamadas de LDI que se realizaban a través de la marcación previa de un asterisco (\*) o numeral (#) y no del código 19XX.
- Dado que el costo total de llamadas prepago se compone del cargo de acceso móvil, cargo de terminación y el costo de plataforma prepago (que en el periodo que no existía regulación era de US\$ 0.12), se puede evidenciar la importancia de este último costo al representar más del 55% del costo total, siendo su valor excesivo con relación a los costos reales en los que incurrieron los operadores móviles.
- Es innegable el beneficio de la regulación del cargo de acceso a plataforma de pago en la competencia, considerando que de haberse mantenido el cargo anterior, posiblemente se hubieran visto obligados a retirar su oferta comercial prepago.

<sup>25</sup> Americatel dio respuesta a los Pedidos de Información N° 1 y 4 a través de las Cartas C. 520-2012-GAR, de fecha 28 de agosto de 2012, y C. 368-2014-GLAR, de fecha 24 de junio de 2014, respectivamente.



- Son barreras importantes que dificultan el funcionamiento de la competencia en el mercado LDI desde móviles, el costo de acceso a la plataforma prepago y el proceso de comunicación de la oferta comercial prepago. Por otro lado, la asimetría de la información y la falta de mejor control del regulador han contribuido a que los operadores móviles puedan comunicarse con los clientes de Americatel para informarles que deberían utilizar el código de su operador para sus llamadas de larga distancia, y las consecuencias de utilizar otro operador.
- Los operadores móviles, en algunos casos obstaculizan la labor de los operadores de larga distancia, sobre todo porque las normas se lo permiten y por una falta de mayor control de la competencia.
- Americatel considera rentable el segmento de llamadas LDI desde móviles que actualmente atiende; sin embargo, las barreras antes descritas no le permiten ser más agresivo comercialmente.

Mediante la Carta C. 062-2014-GAR recibida el 12 de febrero de 2014, Americatel respondió a las preguntas realizadas en el Pedido de Información N° 3. A modo de resumen, Americatel 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 competencia<sup>26</sup>.
- Hasta antes de diciembre de 2011, solo el costo de plataforma prepago representaba el 55% del costo total de las llamadas del segmento de llamadas LDI desde móviles. Entonces, 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.
- Se refieren a un Informe para el cálculo del cargo de plataforma de pago, que fue remitido al OSIPTTEL mediante carta N° 241-210-GAR, recibida el 18 de mayo de 2010 para sustentar su respuesta sobre que la regulación del mencionado cargo permitió a Americatel mantenerse en el mercado.

### C) Convergencia<sup>27</sup>

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

- El segmento de telefonía móvil antes del sistema de LLxLL sí resultaba atractivo dada la experiencia de Convergía en la telefonía fija y el crecimiento de la telefonía móvil.
- A pesar del establecimiento del sistema de LLxLL en móviles, Convergía sabía que no sería fácil competir ya que las empresas móviles tienen su propia infraestructura

<sup>26</sup> Basaron sus afirmaciones en el estudio bimestral que hace Americatel de seguimiento de marca “*Brand Tracking*” y en los estudios de Ipsos Apoyo.

<sup>27</sup> Convergía dio respuesta a los Pedidos de Información N° 1 y 4 a través de las Cartas GER-061-2012, de fecha 23 de agosto de 2012, y GER-102-2014, de fecha 26 de junio de 2014, respectivamente.

mientras que las otras operadoras de larga distancia debían incurrir en mayores costos (como costos de originación, uso de plataforma, entre otros). Por otro lado, esperaban tarifas más bajas y que las mismas diferencien terminación en destinos fijos de destinos móviles.

- Las empresas móviles pusieron obstáculos para que Convergía prestara servicios de llamadas LDI desde móviles, al establecer costos elevados por originar tráfico desde su red (por ejemplo el uso de plataforma prepago, lo cual no permitió tarifas menores). Además, los operadores de larga distancia dependen técnicamente de los operadores móviles para fijar tarifas y promociones.
- En un inicio del sistema de LLxLL (hasta antes de diciembre 2011) los costos de originación sumados a los de acceso a plataforma eran tan elevados que no permitían ofrecer tarifas competitivas en relación a las tarifas establecidas por los operadores móviles en el servicio de llamadas LDI desde móviles.
- La regulación del cargo de acceso a plataforma de pago ha sido beneficiosa pero debe bajar aún más, al menos una vez por año como sucede en relación a los costos de originación.
- Entre las barreras que a la fecha impiden un adecuado funcionamiento de la competencia en el mercado de llamadas LDI desde móviles el esquema de tarifa única por país no permite establecer tarifas diferencias por destino (fijo y móvil), las cuales se caracterizan por tener una diferencia importante en los costos de terminación.
- Sobre la actuación de los operadores móviles, estos tienen ventaja respecto a los costos de originación y utilización de plataforma de pago, colocándolos en mejor posición de ofrecer tarifas más bajas.
- Considerando el crecimiento de la telefonía móvil, el sistema de LLxLL en este segmento resulta prometedor.

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

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

**6.2.2. Empresas operadoras de larga distancia desde telefonía fija<sup>28</sup>**

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

**A) Level 3**

Mediante Carta C. 011-2014-LEG de fecha 5 de febrero de 2014, en respuesta al Oficio N° 021-STCCO/2014, Level 3 manifestó lo siguiente:

- No presta el servicio de telefonía móvil ni ha considerado ingresar a dicho mercado por no ser parte de su estrategia de negocios. No obstante, al ser una empresa multinacional con licencia portadora de servicios de terminación LDI, podría aportar más competencia a dicho mercado si es que se pudiese acceder a menores costos por adecuación de red y a menores plazos de implementación por parte de los operadores móviles.
- Sobre si el mercado de llamadas LDI le parece más rentable, no puede pronunciarse respecto a este tema al ser un negocio en el que no ha participado.
- Sobre los cargos que se cobran en el mercado de llamadas LDI desde móviles, no pueden pronunciarse al no haber intentado ingresar a este mercado.
- Respecto a posibles obstáculos que las empresas operadoras móviles hubieran establecido, Level 3 nunca ha negociado con ellas.
- Tampoco pueden pronunciarse al no haber participado en este mercado.
- Level 3 cuenta con una red internacional en más de 60 países con lo cual respecto de costos de terminación en redes internacionales pueden ser altamente competitivos y contribuir a desconcentrar el mercado de llamadas LDI desde móviles a través de interconexiones de alta capacidad con los operadores móviles

<sup>28</sup> Durante la Etapa de Investigación del presente procedimiento se solicitó información a las 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 esta Secretaría Técnica.

**B) Infoductos**

Mediante carta INTEP/S-005-2014/PRE de fecha 04 de febrero de 2014<sup>29</sup>, Infoductos indicó que a la fecha no ha incursionado en el servicio de LLxLL a través de teléfonos móviles ni ha realizado estudios al respecto.

**C) Amitel**

Mediante Carta C. 0003-GGAMITEL/2014 de fecha 04 de febrero de 2014, se respondió al Oficio N° 025-STCCO/2014 de fecha 21 de enero de 2014. Al respecto AMITEL señaló lo siguiente:

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

**6.3. Información solicitada a INDECOPI**

Mediante Oficio N° 122-STCCO/2014, de fecha 10 de junio de 2014, esta Secretaría solicitó al INDECOPI un Informe Técnico no vinculante sobre los lineamientos, precedentes y criterios interpretativos que se vienen aplicando para la generalidad de los mercados y agentes económicos, en materia de posición de dominio, en la modalidad de estrechamiento de márgenes, de conformidad con lo establecido en el artículo 74° del Reglamento de Controversias.

Absolviendo lo solicitado por esta Secretaría Técnica, mediante Oficio N° 085-2014/ST-CLC-INDECOPI del 31 de julio de 2014, la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI (en adelante, la CLC) remitió el Informe N° 031-2014/ST-CLC-INDECOPI.

<sup>29</sup> Como se señaló en los Antecedentes, en el caso de Infoductos, se tomará en cuenta lo señalado por esta empresa mediante carta INTEP/S-005-2014/PRE de fecha 04 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° 023-STCCO/2014 entorno al mercado de llamadas LDI desde móviles.

Entre otras cuestiones relevantes que se indican en dicho Informe, esta Secretaría Técnica considera importante mencionar las dos siguientes:

- 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 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.

## VII. POSICIÓN DE LA EMPRESA INVESTIGADA<sup>30</sup>

En su escrito de descargos de fecha 28 de octubre de 2013, América Móvil solicitó al Cuerpo Colegiado declarar:

1. Nula la Resolución de Inicio por dos razones: (i) Por falta de competencia del CCO para conocer el presente procedimiento; (ii) Afectación del debido procedimiento; y/o,
2. Infundada en todos sus extremos la imputación formulada en su contra al no haberse configurado la práctica de abuso de posición de dominio en la modalidad de estrechamiento de márgenes.

Previamente a resumir los fundamentos de América Móvil en relación a sus dos pretensiones, esta Secretaría Técnica considera relevante exponer como cuestión preliminar desarrollada por la empresa operadora en su escrito de descargos su interpretación en relación a la imputación formulada en su contra.

En ese sentido, la empresa sostiene que la imputación formulada en su contra se podría resumir en el cuestionamiento al haber ofrecido tarifas bajas y competitivas para sus usuarios finales del servicio de LDI, las cuales beneficiaron a estos últimos pero afectaron a ciertos competidores. Esto, a razón de la empresa no tiene sentido, dado que no solo se le estaría limitando su capacidad de reducir tarifas en beneficio de los consumidores, sino también se le estaría obligando a retirar del mercado promociones y tarifas que fueron parte de una estrategia comercial que tenía como único fin brindar servicios de LDI a tarifas bajas a los consumidores, olvidándose que estos últimos son los destinatarios finales de los beneficios de la competencia.

Luego de exponer la cuestión preliminar esbozada por América Móvil en su escrito de descargos –la cual será analizada más adelante-, corresponde indicar los fundamentos de hecho y de derecho relevantes desarrollados por la empresa investigada en relación a sus dos pretensiones en el presente procedimiento:

<sup>30</sup> Se considerarán los argumentos de hecho y de derecho expuestos por América Móvil en los siguientes escritos presentados ante la Secretaría Técnica: (i) Escrito de descargos de fecha 28 de octubre de 2013; (ii) Escrito N° 10 del 11 de junio de 2014, mediante el cual América Móvil presenta algunas precisiones sobre cómo debería efectuarse el análisis de efectos negativos sobre la competencia y el bienestar del consumidor; y, (iii) Escrito N° 12 del 11 de agosto de 2014 con el cual presentó información y pruebas adicionales sobre la determinación del mercado relevante y la posición de dominio de América Móvil en el presente procedimiento.

## 1. Nulidad de la Resolución de Inicio

América Móvil señala que la Resolución de Inicio se encuentra viciada de nulidad por dos razones: a) El CCO no es competente para conocer el procedimiento; y, b) Hay una afectación al debido procedimiento.

### A) El CCO carece de competencia para conocer el procedimiento

- América Móvil manifiesta que se le estaría cuestionando por imponer a los operadores de larga distancia cargos de originación y acceso muy elevados, cuando estos fueron producto de una decisión regulatoria del propio OSIPTEL (sea mediante mandatos o resoluciones generales de fijación de cargos). Al respecto, en función del principio de supletoriedad, no es aplicable la normativa de libre competencia al presente procedimiento toda vez que el OSIPTEL solo debe aplicar el DL 1034 cuando una conducta no esté tipificada ni cubierta por la normativa sectorial (regulación).
- El alcance del principio de supletoriedad se pone de manifiesto en la controversia seguida por Nextel contra Telefónica del Perú, tramitada bajo el Expediente N° 001-2005-CCO/ST/LC, donde el TSC ha definido que cualquier supuesto de abuso de poder de negociación o imposición de cláusulas (sobre cargos contenidos en contratos de interconexión que son aprobados por OSIPTEL) no debe ser visto por las normas de libre competencia al estar éstas cubiertas por la regulación sectorial<sup>31</sup>. Por consiguiente, los cargos fijados en mandatos de interconexión por el regulador o establecidos con carácter general en resoluciones de fijación de cargos también se entienden cubiertas por la regulación.
- Por otro lado, la interpretación de la Secretaría Técnica en relación a la aplicabilidad de la norma de libre competencia cuando el operador tiene la capacidad de establecer un cargo menor al tope, sería errónea por dos razones: (i) dicho rango de cargos fue aprobado por el propio OSIPTEL bajo decisión regulatoria; y, (ii) en la Resolución N° 004-2013-TSC/OSIPTEL<sup>32</sup>, el TSC delimitó la aplicación del principio de supletoriedad, concluyendo que no se aplican las normas de libre competencia cuando se ha dado una aprobación de conductas por la vía regulatoria de acuerdo a un análisis adecuado de su impacto en las condiciones de competencia.

Así, para América Móvil, la fijación de cargos de originación y acceso constituyen decisiones reguladoras que impusieron una conducta -ordenaron no cobrar cargos mayores al tope establecido- y, tales decisiones, que permiten a América Móvil cobrar cargos menores de forma completamente optativo, han involucrado una

<sup>31</sup> Mediante Resolución N° 006-2005-TSC/OSIPTEL se confirmó la excepción de incompetencia del CCO para conocer un supuesto abuso de posición de dominio en la negociación de los términos de interconexión.

<sup>32</sup> Fragmento de la Resolución N° 004-2013-TSC/OSIPTEL, citado en el escrito de América Móvil: *“(…) es posible afirmar que, entre los aspectos claves que se deben ponderar a fin de determinar cuándo resultan de aplicación las normas de libre competencia a una industria regulada, deben considerarse: (i) si la conducta investigada ha sido compelida o aprobada por la agencia regulatoria o si ésta ha sido el resultado de una conducta no supervisada, por ejemplo, una decisión comercial, (ii) cuál es el rol de la agencia de competencia en la supervisión o aprobación de la conducta conforme a las normas legales, y (iii) si la aplicación de las normas de libre competencia puede colisionar con las decisiones y políticas establecidas por el regulador para el sector”.*



evaluación de efectos en la competencia. Por ello, estamos frente a decisiones que se encuentran dentro de los alcances del principio de supletoriedad, siendo nula la Resolución de Inicio según los artículos 3.1 y 10.2 de la Ley 27444.

## **B) Afectación del debido procedimiento**

América Móvil adujo varias nulidades por violación al debido procedimiento dispuesto en el artículo 139 inciso 3 de la Constitución Política del Perú e incorporado en el numeral 1.2 de la Ley 27444, señalando que la formulación de cargos al tener una incidencia directa en la defensa del administrado, ocasiona que dichos cargos deban ser precisos, claros, inmutables y suficientes.

### **B.1. Imputación ilegal de cargos por imposibilidad de ejercer plenamente el derecho de defensa**

- América Móvil manifestó en su escrito de descargos que, si bien la presente investigación se habría iniciado por las quejas de los operadores de larga distancia, al solicitar copia del expediente, no pudo conocer cuáles eran las quejas de los operadores de larga distancia ni el contenido de las mismas, vulnerándose así su posibilidad de defensa al estarse utilizando pruebas frente a las cuales no puede defenderse.
- Al iniciarse una investigación con sustento en quejas que son desconocidas por el administrado, se incurre en motivación insuficiente de la imputación de cargos.

### **B.2. Imputación ilegal de cargos para el segundo período de investigación**

- En la Resolución de Inicio, no se definiría el tiempo de duración de la conducta investigada, por lo cual América Móvil no sabe cuál es el periodo de investigación que debe considerar a fin de defenderse.
- Ni de la Resolución de Inicio ni del Informe Preliminar se evidencian indicios razonables que permitan sostener que existió la infracción en el segundo período (enero 2012–actualidad)<sup>33</sup>. Por tal motivo, la Resolución de Inicio es nula por carecer de indicios para uno de los periodos.

### **B.3. Nulidad por imprecisión en la descripción de las tarifas que son objeto de la acusación en el Informe Preliminar.**

América Móvil no puede ejercer completamente su derecho de defensa en la medida que no se habrían detallado con precisión las siguientes tarifas promocionales que serían objeto de la presente investigación:

- En relación a la “Promoción Prepago 1912”, no se precisa si la imputación incluye también el servicio lanzado en el año 2012, dado que efectivamente existió una promoción con ese nombre lanzada en julio del 2011 que tuvo una corta duración (desde el 21 de julio de 2011 hasta el 30 de septiembre de 2011) con una tarifa de

<sup>33</sup> Según América Móvil, para el análisis del segundo periodo solo se menciona que hubo un cambio regulatorio en el cargo de acceso a plataforma desde enero 2012 y se describe superficialmente las tarifas promocionales de América Móvil para llamadas LDI. En cambio, en relación al primer periodo, en el Informe Preliminar se analizan los cargos de originación y acceso a plataforma que pagaban los operadores de LDI a América Móvil, verificándose que se realiza un mayor análisis incluyendo la cuantificación detallada de los mismos.



S/. 0.70, y en el 2012 se lanzó otra promoción con la misma denominación pero con condiciones distintas (aplicable para otros destinos y tarifa de S/. 0.49).

- Respecto a la promoción “Tarifa Especial a Números Triados”, no se precisa si la imputación se da solo a las promociones nominadas “Tarifa Especial a Número Triados aplicables a CLARO Prepago” o a otras que tengan denominaciones distintas pero que incluyan dicha frase con contenidos promocionales equivalentes.
- En el caso de la promoción “Tarifa Especial a Números Frecuentes”, no se precisa si la imputación está dirigida a las promociones nominadas “Tarifa Especial a Números Frecuentes” o a las demás que tengan denominaciones distintas pero que incluyan dicha frase y ofrezcan contenidos promocionales equivalentes.
- En la Resolución de Inicio se indica que *“la suma de costos que los operadores de larga distancia tenían que pagar a los operadores móviles era superiores [sic] a una muestra de tarifas minoristas que estos últimos establecían para sus usuarios finales”*. En ese sentido, se desconoce si la imputación se hace solo de las tarifas promocionales mencionadas o de cualquier tarifa ofertada por América Móvil.

#### B.4. Nulidad por acusación sobre tarifas que no se aplican a llamadas LDI

- La promoción “Cargamontón de Números Frecuentes (Prepago)” no es una tarifa aplicable a llamadas LDI.

Finalmente, América Móvil indicó que, por los defectos antes mencionados, solo se defendería en lo concerniente a las imputaciones al primer periodo y menciona que cualquier posterior modificación a la imputación de cargos sería ilegal y acarrearía la nulidad de todo lo actuado. Asimismo, señala que para una modificación en la imputación, el segundo periodo tendría que ser objeto de un nuevo procedimiento.

## **2. Sobre la imputación de la conducta anticompetitiva**

De una revisión de los argumentos esgrimidos por América Móvil durante el presente procedimiento, se observa que la empresa investigada no estaría de acuerdo con el análisis realizado por la Secretaría Técnica y el CCO en los siguientes puntos:

### A. Identificación del mercado relevante

- América Móvil señala que el mercado relevante se habría reducido considerablemente. Así, discrepa con que no hayan sustitutos adecuados para los servicios de llamadas de LDI originadas en redes móviles por sus características de movilidad y ubicuidad, dado que los usuarios sí podrían sustituir las mismas realizando llamadas de LDI desde otras redes de telecomunicaciones o por comunicaciones a través de otros servicios tales como los ofrecidos en teléfonos públicos, locutorios o cabinas de Internet.
- No existe evidencia 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 llamado “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 muestran el nivel de sustituibilidad con los locutorios públicos, en la medida que tenían como fin destacar que, con las promociones ofrecidas por su empresa, las llamadas de LDI a través de líneas prepago tenían un precio igual o similar al ofrecido en las cabinas o locutorios (queriendo motivar a sus usuarios a utilizar su servicio descartando otros). En ese sentido, los precios de las llamadas de LDI en locutorios -que son similares o inferiores a las tarifas y promociones de LDI ofrecidas por América Móvil- demostrarían que estas pueden ser sustitutos de las llamadas de LDI desde móviles prepago<sup>34</sup>.
- Las respuestas enviadas por los carriers de LDI al cuestionario que les fuera remitido en enero de 2014 por el OSIPTEL en el marco del presente procedimiento (las cuales obran en el expediente) confirmarían que las llamadas de LDI desde móviles prepago pueden ser sustituidos por servicios de LDI desde teléfonos públicos, locutorios o cabinas de internet y comunicaciones vía internet. Para ello, se citan las respuestas enviadas por Americatel y Convergía, a través de las cartas 062-2014-GAR recibida el 12 de febrero de 2014 y GER-028-2013 recibida el 21 de febrero 2014, respectivamente.
- En el caso específico del mercado aguas arriba, este sería más amplio, por lo que se debieron considerar todas las redes que podría utilizar un operador de LDI a través del sistema de LLxLL o mediante tarjetas de pago; así, para los operadores de LDI, el tráfico de tarjetas de pago y el tráfico originado mediante el sistema de preselección son más atractivos que las redes móviles. Respecto al mercado aguas abajo, la empresa investigada indica que afronta una fuerte competencia con otros proveedores y otras tecnologías de red fija y Skype, con lo cual, si intentara aumentar sus precios, podría ser reemplazada por otra alternativa de comunicación más económica.
- En particular, América Móvil indica que 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 país<sup>35</sup>.
- A manera de conclusión, América Móvil señala que la definición de mercado relevante debería abarcar todas las redes de telecomunicaciones a través de las cuales los usuarios finales pueden originar tráfico (así, la posición de dominio debería ser analizada en cada una de dichas redes).

<sup>34</sup> 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.

<sup>35</sup> 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.

En ese sentido, verificar la existencia de competencia dentro de cada red móvil y observar que las condiciones de competencia son distintas en cada una de ellas, no puede servir para concluir que estamos frente a dos mercados relevantes diferentes, dado que la competencia en los servicios de llamadas de LDI se produce también entre redes móviles, entre estas y otras redes que brinden tal servicio. Así, el **mercado relevante** no se puede reducir a la red de América Móvil, sino que incluye a todas las redes desde las cuales los operadores de larga distancia pueden originar tráfico.

Por su parte, en relación al **mercado afectado** por la supuesta práctica anticompetitiva, este debería incluir al mercado de servicios LDI en general, dado que el usuario móvil prepago puede utilizar otros servicios de LDI.

#### B. Evaluación de la Posición de Dominio

- Teniendo en cuenta lo señalado en relación al mercado relevante, América Móvil no tiene posición de dominio en el mercado relevante: (i) En el mercado aguas abajo, por la fuerte competencia que se afronta, del total del tráfico saliente LDI para los años 2010 y 2011, América Móvil contaba con una participación de mercado que no superaba el 18%; y, (ii) En cuanto al mercado aguas arriba, no se puede decir que América Móvil tiene posición de dominio sustentándose en que en otros países para los casos de estrechamiento de márgenes se ha considerado que el titular de la red tiene posición de dominio para el acceso a la misma y que la prueba de tal posición se encuentra en el elevado porcentaje de tráfico de LDI prepago encontrado dentro de su red<sup>36</sup>.
- Al no tener América Móvil posición de dominio en el que debería ser el mercado relevante después de considerar los sustitutos planteados, la acusación de abuso de posición de dominio en su contra deviene en infundada.

#### C. Inexistencia de las conductas imputadas a América Móvil

- En relación a la promoción “Promoción Prepago 1912”<sup>37</sup>, 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<sup>38</sup>, en tanto estos significaban una competencia más agresiva. Por el contrario, 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

<sup>36</sup> América Móvil señala que en los casos de Chile y México por conductas de estrechamiento de márgenes (citados por la STCCO en el Informe Preliminar) versan sobre situaciones en las que el insumo es la terminación de llamadas y no la originación. En el caso de la originación, los usuarios prepago pueden elegir entre otros operadores LDI para iniciar una llamada LDI.

<sup>37</sup> 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).

<sup>38</sup> Adjuntaron el contenido que presentaron en publicidad televisiva, radial, medios impresos (periódicos y revistas).

promoción tuvo una duración 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 a ambas promociones le son aplicables distintos planes, sin especificar cuáles. Asimismo, por los registros de las referidas promociones en el 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) ni se han 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.

D. Cuestionamientos sobre el análisis del estrechamiento de márgenes

América Móvil sostiene que la Secretaría Técnica ha incidido en varios errores para el análisis del estrechamiento de márgenes como:

- La elección del periodo relevante para evaluar la relación entre las tarifas y los costos pretende analizar la conducta imputada a América Móvil durante 15 meses con una tarifa promocional como la “Promoción Prepago 1912” que estuvo vigente un poco más de 2 meses. Asimismo, esto tampoco sería correcto porque no se evalúan los otros servicios de LDI a tarifas no promocionales, que formaron parte de la oferta comercial de América Móvil y que estuvieron disponibles para los usuarios prepago durante los demás meses del periodo investigado.
- Formular la comparación de costos y tarifas aislando uno de los componentes de un producto integrado por varios servicios o prestaciones, cuando se debería analizar el producto como un todo<sup>39</sup>, ya que de lo contrario, se estaría comparando productos que no son homogéneos entre sí.

Esto sucede en las promociones “Tarifa Especial a Números Triados” y “Tarifa Especial a Números Frecuentes”, las cuales no pueden ser tratadas como servicios de LDI que compiten directamente con tarifas de los operadores de larga distancia, estas promociones no se dirigen primordialmente al servicio de llamadas LDI, éstas son un paquete completo que incluye otros servicios como llamadas a teléfonos móviles, teléfono fijo (se deberían comprender todos los productos que conforman la línea de negocio de la empresa investigada que fueron ofrecidos a los usuarios prepago dentro del período investigado y no solo un servicio en particular). Por tal motivo, los usuarios eligen los productos ofrecidos considerando el conjunto de prestaciones (el paquete) y no necesariamente un determinado servicio.

- La metodología utilizada en el análisis del estrechamiento de márgenes, respecto a la comparación de costos y tarifas que fue hecha sobre la base de tarifas

<sup>39</sup> En su escrito N° 12, América Móvil resaltó el hecho de que no se estaría tomando en cuenta la lógica y motivaciones comerciales que consideran los operadores móviles al diseñar sus ofertas comerciales que generalmente involucran un conjunto de prestaciones.

nominales, resulta arbitraria. Al respecto, América Móvil sugiere que se considere la Tarifa Promedio Ponderado Implícita (en adelante, TPPI) y no la Tarifa Nominal<sup>40</sup>.

- De acuerdo a la información que se le ha venido requiriendo y al nivel de desagregación de la misma<sup>41</sup>, solo se estarían analizando las pruebas desde la óptica de la regulación (imputación tarifaria)<sup>42</sup> y no se estaría cumpliendo con el estándar de prueba requerido por el D.L. 1034.

E. Inexistencia de efectos perjudiciales para la competencia y el bienestar del consumidor

- Sobre la obtención de beneficios, este requisito debe ser entendido como la exclusión de competidores directos o indirectos del mercado y la consolidación del poder de mercado, para lo cual no es suficiente basarse en la participación de los competidores o en sus márgenes de ganancias o pérdidas, la autoridad debe probar la afectación a la competencia, en especial al bienestar de los

<sup>40</sup> Entre los argumentos que expone América Móvil para fundamentar su sugerencia, están los siguientes:

- Las tarifas nominales no reflejan la tarifa efectiva que los operadores reciben como contraprestación del servicio que ofrecen. Ello en la medida que deberán cumplirse ciertas condiciones para que recién dicha tarifa sea aplicable, caso contrario no se volverá efectiva y no habrá ninguna repercusión en los ingresos del operador ni en su capacidad para recuperar los costos asociados a la provisión de un servicio.
- Para las promociones de Números Triados y Frecuentes la tarifa cobrada al usuario final dependerá directamente de su perfil de consumo por lo que es impertinente usar tarifas nominales para compararlas con los costos.
- Las tarifas nominales no permiten realizar un correcto análisis de márgenes y, menos aún, arroja evidencia a favor o en contra del estrechamiento de los mismos. Entonces, para evaluar la rentabilidad de los servicios ofrecidos por las operadoras no se utiliza las tarifas nominales como indicador a ser comparado contra los costos.
- La TPPI sí refleja la tarifa efectiva por minuto que recibe un operador a partir del consumo de un usuario en un plan y bajo una modalidad determinada. Es así que, esta tarifa se alimenta de las tarifas nominales pero utilizándolas en la medida en que se hacen efectivas por la demanda de los usuarios.
- Mientras las tarifas nominales permanecen estáticas, la TPPI cambia constantemente reflejando lo que el operador percibe por los servicios efectivamente brindados a sus usuarios.
- La TPPI por su naturaleza permite determinar si un operador está cobrando una tarifa por debajo de sus costos.
- Una TPPI que se encuentre por debajo de los costos por unos días podría generar un margen negativo que sería compensado progresivamente con los siguientes meses en los que se produzca un alza suficiente del tráfico. Entonces, para evaluar el estrechamiento de márgenes en base a la TPPI deberá considerarse periodos prolongados.
- 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, sean contrarrestados por servicios con márgenes más elevados.
- 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 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.

<sup>41</sup> Ingresos promedio, y costos por ruta y red de destino de la llamada de LDI computados por minuto (desagregación por servicios y rutas).

<sup>42</sup> Al respecto, América Móvil señala que el análisis de imputación tarifaria desde la perspectiva regulatoria identifica casos específicos en que los costos imputados a un determinado escenario de comunicación, y para un reducido periodo de tiempo, puedan superar la tarifa nominal prevista teóricamente para tal comunicación.

consumidores. Asimismo, debe verificarse si el competidor afectado es agresivo o pasivo, si no puede competir porque el dominante se lo impide con su conducta, o debido a sus ineficiencias.

- La simple existencia de un daño a un competidor por sí solo no acredita la existencia de una afectación a la competencia. Es así que, la evidencia incluida en la Resolución de Inicio no acredita que la conducta imputada a la empresa investigada haya generado una afectación a los operadores de larga distancia, y mucho menos, a la competencia.
- Se debe tener presente que en la conducta estrechamiento de márgenes los incentivos de exclusión no resultan evidentes pues los competidores en el mercado aguas abajo son al mismo tiempo clientes de la firma dominante en el mercado aguas arriba, por lo cual el beneficio de excluirlos no es siempre claro.
- 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).

Al respecto, los operadores de larga distancia durante el primer periodo investigado, no registraron (en el SIRT) promociones en el segmento prepago, solo a finales del 2012 (entre noviembre y diciembre), algunos operadores, como IDT, registraron promociones para servicios prepago. No obstante, en el mismo periodo de investigación (primer escenario) algunos operadores de larga distancia sí registraron promociones en el segmento post pago. Asimismo, no existía impedimento para que los operadores de larga distancia mejoraran sus ofertas en el segmento prepago, estos tenían un margen de acción considerable en relación a sus costos. Entonces, sería atribuible a su comportamiento pasivo, la participación reducida de los operadores en el segmento pre pago<sup>43</sup>.

Así, si bien la participación de los operadores de LDI registran alteraciones en el tiempo (algunas que son con tendencia a la baja) estas no parecen estar directamente vinculadas o asociadas a las promociones cuestionadas de América Móvil, sino a factores o circunstancias diferentes.

- De otro lado, las promociones ofrecidas por América Móvil no habrían afectado en ninguna forma la competencia, ni a los operadores de larga distancia<sup>44</sup>, aun mas

<sup>43</sup> América Móvil presenta como ejemplo el caso particular de Americatel, que en su carta 223-2013-GAR de fecha 22 de abril de 2013 presentada ante el OSIPTTEL, mencionó que su objetivo al establecerse el sistema de LLxLL era capturar una participación promedio del 5% del mercado LDI a partir de plataforma móvil, lo cual, en opinión de América Móvil, en la práctica lo habría logrado capturando un volumen entre el 3 y 4%.

<sup>44</sup> Según América Móvil, las supuestas quejas presentadas por las empresas operadoras de larga distancia tampoco acreditarían la existencia de un efecto excluyente derivado de la conducta imputada a América Móvil. Así, de los cuestionarios remitidos en marzo de 2013 por el OSIPTTEL en las investigaciones del presente procedimiento, las empresas operadoras de larga distancia no reflejan en sus respuestas un cuestionamiento a la conducta desarrollada por América Móvil, ni mencionan que sus promociones les hayan causado algún perjuicio.



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.

## VIII. CUESTIONES PREVIAS

### 8.1. Cuestión preliminar planteada por América Móvil

Como se señaló en el punto anterior, esta Secretaría Técnica considera necesario aclarar el cuestionamiento preliminar desarrollado por la empresa operadora en su escrito de descargos respecto a su interpretación en relación a la imputación formulada en su contra:

América Móvil señaló lo siguiente: *“(...) En la presente investigación se cuestiona a CLARO por haber desarrollado una estrategia comercial que solo buscaba poner a disposición de los consumidores los servicios de LDI a tarifas más convenientes para ellos”. Además, en otro párrafo agrega: “Si uno lee la Resolución (Resolución de Inicio) pareciera que vender barato no es bueno ya que “afecta a algunos competidores” que necesitan ser protegidos “de la competencia” por el Estado.”*

Al respecto, esta afirmación realizada por América Móvil llama la atención de esta Secretaría Técnica, ya que en ningún momento se ha cuestionado a la empresa haber desarrollado un estrategia comercial que le permita establecer tarifas bajas para los servicios de llamadas de LDI en beneficio de los consumidores, así como tampoco se le estaría cuestionando por vender barato con el propósito de proteger a algunos competidores.

En efecto, de una lectura íntegra del Informe Preliminar elaborado por esta Secretaría Técnica así como de la Resolución de Inicio no se encuentran referencias a lo interpretado por América Móvil así como tampoco se evidencia la imputación, que según dicha empresa, se habría formulado en su contra. Por ello, esta Secretaría Técnica considera pertinente aclarar dicho aspecto.

Así, cabe recordar que el Cuerpo Colegiado resolvió disponer el inicio del procedimiento de oficio en contra de América Móvil por una 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) del DL. 1034. En ese sentido, la conducta a evaluar consistiría en la reducción del margen de ganancia de sus competidoras en el mercado “aguas abajo” de LDI originada desde su red móvil prepago, mediante la cual podría estar perjudicando la competencia en el mercado minorista en el corto plazo y reduciendo el bienestar de los usuarios en el mediano y largo plazo.



De la misma, se estima pertinente recalcar que los fundamentos principales de la imputación en su contra desarrollados en la Resolución de Inicio, que ya han mencionado en los antecedentes del presente Informe, son los siguientes:

- El comportamiento de América Móvil se podría constituir 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 al imponerles costos superiores a varias de las tarifas minoristas que establecía para sus usuarios finales. La mencionada conducta se habría realizado desde que entró en vigencia el sistema de LLxLL hasta la regulación del cargo de acceso a plataforma de pago (primer periodo) y persistiría incluso después de la regulación de dicho cargo (segundo periodo) hasta la fecha.
- 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 LDI móvil. Esto sucede porque cada concesionario de telefonía móvil, como es el caso de América Móvil, resulta ser el único agente económico que puede originar una llamada de LDI realizada por su usuario.
- La afectación del proceso competitivo podría haber tenido lugar cuando de manera anticompetitiva, la conducta de América Móvil habría impedido el crecimiento de los competidores y una mayor dinámica competitiva. Al respecto se precisó que los efectos exclusorios podrían manifestarse al dificultar la permanencia de sus competidores actuales (o dificultar el acceso a los competidores potenciales) impedir el incremento de producción o incluso reducir los márgenes de ganancia de sus competidores.

De otro lado, respecto a lo mencionado por América Móvil en relación a que de declararse fundado el procedimiento sancionador se vería obligado a sacar del mercado las promociones que están siendo cuestionadas en el mismo, además de limitarse su capacidad de reducir tarifas. Esta Secretaría Técnica considera, como ya se ha señalado, que en el presente procedimiento no se está cuestionando el establecimiento de tarifas bajas a los consumidores, en la medida que si estas responden a condiciones de eficiencia económica en un mercado y no a una estrategia anticompetitiva, no tendrían porqué ser objeto de una posible sanción.

## **8.2. Sobre el Principio de Supletoriedad**

*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.”*

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.

Asimismo, señala que si los cargos fijados en contratos de interconexión que han sido aprobados por OSIPTEL califican como una materia cubierta por la regulación sectorial,

según lo habría establecido el TSC mediante Resolución N° 006-2005-TSC/OSIPTEL, con mayor razón también califican como tal, los cargos fijados en mandatos de interconexión por el regulador o establecidos con carácter general en resoluciones de fijación de precios. En ese sentido, considera que tales decisiones reguladoras han involucrado una evaluación de efectos en las condiciones de la competencia por lo que se encuentran dentro de los alcances del principio de supletoriedad.

A fin de analizar los principales argumentos expuestos por América Móvil, se procederá a desarrollar algunos alcances sobre el principio de supletoriedad en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones.

### **8.2.1. Marco general del principio de supletoriedad en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones**

#### **8.2.1.1. Marco Legal**

De conformidad con la normativa vigente, las instancias de solución de controversias entre empresas del OSIPTEL son las encargadas de la aplicación en el sector de las telecomunicaciones de las normas que velan por la libre competencia, DL 1034<sup>45</sup>. Por tanto, este órgano tiene la función de investigar y, de ser el caso, sancionar las infracciones a dicho cuerpo normativo; para ello, deben tomar en consideración el principio de supletoriedad, recogido en diversas normas, conforme se detalla a continuación.

El artículo 3º del DL 1034 señala que aquella conducta que es consecuencia de lo dispuesto en una norma legal se encuentra fuera de su ámbito de aplicación, por lo que el cuestionamiento a dicha norma se realizará mediante las vías correspondientes y no ante la autoridad de competencia<sup>46</sup>.

Por su parte, el artículo 250º del Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por el Decreto Supremo N° 020-2007-MTC, precisa que 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

---

<sup>45</sup> **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.

<sup>46</sup> **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.

aplicarán las disposiciones legales vigentes sobre prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia<sup>47</sup>.

Por otra parte, el artículo 12º del Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo Nº 008-2001-PCM, indica que las normas de libre competencia son supletorias a las disposiciones normativas y/o regulatorias que dicte el OSIPTEL en el ámbito de su competencia y que, en caso de conflicto, primarán las disposiciones dictadas por el OSIPTEL<sup>48</sup>.

Los Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones del Perú, aprobados por el Decreto Supremo Nº 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)<sup>49</sup>.

De otro lado, los Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Libre Competencia en el Ámbito de las Telecomunicaciones (en adelante, los Lineamientos)<sup>50</sup> precisan de manera más específica los alcances del principio de supletoriedad. 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 los mismos, 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 competencia<sup>51</sup>.

<sup>47</sup> **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.

<sup>48</sup> **Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL**

**Artículo 12.- Principio de Supletoriedad**

Las normas de libre competencia son supletorias a las disposiciones normativas y/o regulatorias que dicte el OSIPTEL en el ámbito de su competencia.

En caso de conflicto primarán las disposiciones dictadas por el OSIPTEL.

<sup>49</sup> **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 Nº 701 y 807, las del Decreto Ley Nº 26122 y disposiciones modificatorias, complementarias, ampliatorias y conexas.

<sup>50</sup> Aprobados mediante Resolución Nº 003-2000-CD/OSIPTEL.

<sup>51</sup> **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 Nº 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 Nº 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

Asimismo, en la misma línea, a través de la reciente jurisprudencia emitida por los órganos colegiados del OSIPTEL<sup>52</sup> se concluye que en virtud del principio de supletoriedad se aplicará las normas generales de libre competencia en el supuesto que una determinada práctica o conducta que genere efectos anticompetitivos en el mercado no se encuentre tipificada o cubierta por la normatividad específica del sector. Por ello, para determinar si el principio de supletoriedad es aplicable a un caso concreto se deberá analizar si la conducta investigada está cubierta o no por la regulación sectorial.

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

#### **8.2.1.2. Marco Conceptual**

De acuerdo a una definición amplia del principio de supletoriedad, las normas de defensa de la competencia serían aplicadas únicamente en defecto de la regulación sectorial, así, en el caso del mercado de servicios públicos de telecomunicaciones, las normas de competencia solo serían aplicables a una conducta, cuando esta no se encuentre expresamente regulada.

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

---

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.

<sup>52</sup> Al respecto, ver: la Resolución N° 008-2005-CCO/OСИPTЕL 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/OСИPTЕL 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.

redimensionamiento de la interpretación del principio de supletoriedad acorde con el mercado<sup>53</sup>.

Además, bajo este criterio los operadores podrían acogerse a la defensa de la conducta reguladora 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.

Hovenkamp y otros autores han subrayado la necesidad de que las normas de libre competencia sean de aplicación incluso en sectores intensamente regulados<sup>54</sup>. Al respecto, consideran que la naturaleza de las normas de libre competencia permite un grado de análisis “ex post” de la actividad de una empresa que ni el más incisivo esquema regulatorio podría prever<sup>55</sup>.

Asimismo, Hovenkamp indica que la idea de que la aplicación de las normas sobre 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 América<sup>56</sup>.

Es así que, sobre la base de dichos pronunciamientos judiciales, Hovenkamp plantea como criterio para definir cuándo deben aplicarse las normas de libre competencia a una industria regulada, que: si el regulador ha escrutado cuidadosamente la conducta de las empresas en el mercado y ha aprobado una actividad luego de haber evaluado su posible impacto en la competencia, entonces normalmente debe estarse a lo decidido por el regulador. Sin embargo, si la aprobación del regulador fue solo formal, con poca consideración de las consecuencias sobre la competencia, entonces sí hay espacio para la aplicación de las normas de libre competencia, siempre que no exista una abierta incompatibilidad entre la supervisión ejercida por el regulador y la supervisión de las normas de libre competencia o se frustre el proceso regulatorio<sup>57 58</sup>.

<sup>53</sup> QUINTANA SÁNCHEZ, Eduardo. “¿Es la política de competencia supletoria de la regulación de telecomunicaciones?”. Lima: Ius Et Veritas, 2003, Nº 27.

<sup>54</sup> HOVENKAMP, Herbert. Antitrust. Quinta Edición. St. Paul, MN. West Publishing Co, 2011, pág. 342.

<sup>55</sup> SULLIVAN, E. Thomas, HOVENKAMP, Herbert y SHELANSKI, Howard A. Antitrust Law, Policy and Procedure: Cases, Materials, Problems. Sexta Edición. Lexis Nexis, 2009, pág. 960.

<sup>56</sup> Ídem, pág. 979.

<sup>57</sup> Ibidem.

<sup>58</sup> 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)).

Adicionalmente al caso de los Estados Unidos de América, cabe mencionar que en otros países, la idea de que las normas de competencia son aplicables incluso en industrias altamente reguladas, ha prevalecido, especialmente en los casos en que las prácticas son resultado de una iniciativa 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 competencia<sup>59</sup>

Por su parte, en América Latina cada vez va prevaleciendo la percepción de que incluso cuando existe una regulación podrá aplicarse las normas de libre competencia si ésta le permite a la empresa poder adoptar libremente sus decisiones<sup>60</sup>.

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 sector<sup>61</sup>.

<sup>59</sup> Nos parece importante resaltar lo señalado por Camilo Ossa, en relación al marco comunitario europeo general:

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

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

<sup>60</sup> 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.

<sup>61</sup> 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.



### 8.2.2. Aplicación al caso concreto

Después de lo señalado anteriormente, esta Secretaría Técnica en la misma línea de lo dispuesto por los órganos colegiados del OSIPTEL para otras controversias<sup>62</sup>, 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 impuesto o aprobado 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. Así, esta evaluación permitirá que se aplique el principio de supletoriedad para aquellas prácticas que cumplan con los tres requisitos en el orden de prelación que se detalla; caso contrario, como es lógico si una conducta no ha sido impuesta o aprobada mediante una normativa sectorial y genera distorsiones en el proceso competitivo, la misma deberá evaluarse bajo el DL 1034, en la medida que sería resultado de la libre iniciativa empresarial del agente económico y no de la regulación.

Asimismo, cabe resaltar que la regulación económica no se aplica únicamente cuando no es posible la competencia sino también, y cada vez con mayor frecuencia, para promover la competencia en un mercado determinado cuando ello es posible. En este último escenario donde existen medidas regulatorias que simulan condiciones de competencia y que promueven competencia, no significa que se deban inaplicar las normas de libre competencia. Por el contrario, esta Secretaría Técnica considera que la normativa *antitrust* debe aplicarse simultáneamente para efectos de facilitar la promoción de la competencia, resultando ser complementaria de la regulación (un escenario de protección de la competencia, en los casos que lo amerite).<sup>63</sup> Por esta razón, el análisis para la aplicación del principio de supletoriedad deberá realizarse para cada caso en particular siguiendo las reglas establecidas en el párrafo anterior, a fin de evitar que se desplace la aplicación de las normas de competencia a una conducta que no está cubierta por la regulación específica.

#### 8.2.2.1. La conducta materia de investigación

La práctica materia de investigación consiste en el acto de abuso de posición de dominio por parte de 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 la realización de este tipo de llamadas, conducta tipificada en el literal h) del artículo 10.2 del DL 1034.

<sup>62</sup> 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).

<sup>63</sup> 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, (...)”*

América Móvil ha señalado que la presunta conducta anticompetitiva (estrechamiento de márgenes) sería producto de decisiones de carácter regulatorio emitidas por el OSIPTEL; y por, ende no le resultarían aplicables las normas de libre competencia, de conformidad con el principio de supletoriedad. Asimismo, señala que los cargos de acceso o tarifas mayoritarias supuestamente elevadas a las que se haría referencia en la Resolución de Inicio, habría sido consecuencia de decisiones regulatorias emitidas y aprobadas por el OSIPTEL.

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 de Pago<sup>64</sup> y el Cargo de Originación en la Red Móvil<sup>65</sup> 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 pronunciamientos, 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 impuesta o aprobada 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 la regulación de los cargos topes por la originación de llamadas y por el acceso a la plataforma de pago ha aprobado o impuesto 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; así como también para dinamizar la competencia en este mercado.

Hasta ese momento los únicos que prestaban el servicio de llamadas móviles de LDI eran los concesionarios móviles, entre ellos 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 instalaciones esenciales de los concesionarios móviles por lo que, bajo este escenario, tanto los operadores de larga distancia como los concesionarios móviles o sus vinculadas debían competir por este segmento de mercado. A entender de esta Secretaría Técnica, este es un claro escenario de promoción de la competencia.

---

<sup>64</sup> Resolución de Consejo Directivo N° 154-2011-CD/OSIPTEL, publicado el 15 de diciembre del 2011.

<sup>65</sup> Resolución de Consejo Directivo N° 093-2010-CD/OSIPTEL del 19 de agosto del 2010.

Así, para incentivar el ingreso de los operadores de larga distancia a este mercado (servicio móvil de LDI) se regularon los cargos en el mercado mayorista de ciertas instalaciones esenciales para la provisión de este servicio, tales como el acceso a la plataforma de pago y la originación de las llamadas en la red móvil (este último fue objeto de revisión, debido a que ya se encontraba regulado con anterioridad a la implementación del sistema de LLxLL).

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

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

En el 2005<sup>66</sup> 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 sociedad<sup>67</sup>.

En el 2010, después de la revisión de los cargos de terminación (originación) de llamadas móviles, se establecieron los nuevos cargos topes que debían aplicar América Móvil, Telefónica Móviles y Nextel a aquellos operadores que requiriesen este servicio. Asimismo, siguiendo los parámetros establecidos en la primera regulación de los cargos de originación en la red móvil se estableció que tales cargos topes estaban sujetos a una reducción gradual durante cuatro periodos<sup>68</sup>.

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 lo siguiente<sup>69</sup>:

	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

<sup>66</sup> En el 2001 se estableció el cargo tope por terminación (originación) en la red del servicio de telefonía móvil con la finalidad de proporcionar a las empresas que operaban en el mercado y a las entrantes un marco de estabilidad y predictibilidad; sin perjuicio de que posteriormente, las empresas puedan iniciar una negociación de cargos más favorables. Este cargo fue determinado sobre la base de mecanismos de comparación internacional (*benchmark*).

<sup>67</sup> Resolución de Consejo Directivo N° 070-2005-CD/OSIPTEL, publicada el 24 de noviembre de 2005.

<sup>68</sup> Resolución de Consejo Directivo N° 093-2010-CD/OSIPTEL del 19 de agosto del 2010.

<sup>69</sup> 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 investigado<sup>70</sup> las empresas titulares de la plataforma de pago, entre ellas América Móvil, disponían de la facultad para establecer libremente la tarifa por el acceso a su plataforma que aplicarían a sus competidores. Este cargo no estaba regulado sino podía ser producto de un acuerdo entre las partes, o en su defecto, cuando no llegaran a un acuerdo con el solicitante, 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 correspondía a lo que el regulador había observado en las relaciones de interconexión de los operadores móviles lo cual, como se entiende, 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 Americatel<sup>71</sup> y en el Informe N° 562-GPR/2010 que sirvió de sustento para la emisión del mandato de interconexión entre América Móvil e IDT<sup>72</sup>, se estableció que el cargo aplicable por el acceso a la plataforma 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 específica 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.

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

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

Incluso a través del Informe 163-GPRC/2011 del 24 de marzo del 2011, emitido con posterioridad a los mandatos de interconexión en los que se establecía el cargo por el acceso a la plataforma de pago, se reconoce que estos cargos hasta esa fecha se encontraban desregulados por lo que debían ser analizados detalladamente para que se puedan estimar los costos eficientes por la prestación de este servicio. En ese sentido, la

<sup>70</sup> Periodo comprendido entre el 4 de setiembre del 2010 y el 15 de diciembre del 2011.

<sup>71</sup> Resolución del Consejo Directivo N° 77-2010-CD/OSIPTEL, publicada el 13 de agosto del 2010.

<sup>72</sup> Resolución del Consejo Directivo N° 116-2010-CD/OSIPTEL, publicada el 7 de octubre del 2010.

fijación de los cargos por acceso a la plataforma de pago establecidos en los mandatos emitidos por el OSIPTEL no podían asemejarse ni mucho menos ser resultado de un proceso regulatorio, como erróneamente ha señalado América Móvil.

Posteriormente, en el segundo periodo entraron en vigencia los cargos topes<sup>73</sup> 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 pago<sup>74</sup>. 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.

#### **8.2.2.2. Evaluación del presente caso: ¿La regulación ha aprobado o impuesto la realización del estrechamiento de márgenes?**

Los cargos topes por el acceso a la plataforma de pago y por la originación de llamadas en la red móvil solo constituyen el monto máximo que un operador móvil puede cobrar a un operador de larga distancia por la prestación de estos servicios; no obstante, ello no impide que el titular de estos insumos pueda cobrar un cargo menor que lo regulado para dichas prestaciones.

Justamente, esta regulación de cargos topes tiene como propósito que los operadores móviles considerando el tope impuesto 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.

Incluso, a través del Reglamento de Imputación Tarifaria<sup>75</sup> 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 la prueba de imputación tarifaria no excluye la aplicación de las normas de libre y leal competencia.

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

En ese sentido, cabe precisar que aun si América Móvil estuviese aplicando un cargo por los insumos en el mercado mayorista que se encuentren dentro del tope establecido por el OSIPTEL pero que, sin embargo, en base a su libre iniciativa privada adopte una

<sup>73</sup> 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.

<sup>74</sup> Resolución de Consejo Directivo N° 154-2011-CD/OSIPTEL, publicado el 15 de diciembre del 2011.

<sup>75</sup> **Resolución de Consejo Directivo N° 049-2006-CD/OSIPTEL**  
**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 3º, no exime a la empresa sujeta a la prueba de imputación de la aplicación de las normas sobre Libre y Leal Competencia.”

conducta que genere una alteración al proceso competitivo, las instancias de solución de controversias serán competentes para pronunciarse sobre esta controversia.

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 regulado<sup>76</sup>. Ello debido a que deberá evaluarse cada caso en concreto para determinar si una regulación ha desplazado las normas de competencia y no asumir -a priori- que por el solo hecho de establecerse una regulación esto implica que no sea posible cuestionar la conducta a través de las normas de competencia.

Por otro lado, el artículo 7° del Reglamento de LLxLL establece que la tarifa por las llamadas de LDI originadas por los usuarios de los servicios públicos móviles será establecida por el operador de larga distancia que preste dicho servicio.

En ese sentido, se puede apreciar que en el mercado minorista no se ha establecido a los operadores que prestan el servicio de llamadas móviles de LDI la obligación de cobrar a los usuarios finales un determinado monto sino que son estos quienes por su libre iniciativa privada pueden establecer sus tarifas en este mercado. Este segmento aguas abajo no se encuentra regulado, siendo así que, para el caso concreto, 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 que 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; sin embargo, ello no implica que a través de esta regulación se aprobará la conducta de América Móvil consistente en el estrechamiento de márgenes de sus competidores. No solo porque estamos frente a dos situaciones distintas sino porque esta última es el resultado de una decisión comercial adoptada por América Móvil y no consecuencia de la regulación, como erróneamente ha señalado la imputada.

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 sino si la diferencia entre el precio mayorista de las instalaciones esenciales que establece América

---

<sup>76</sup> Resolución N° 008-2005-CCO/OSIPTEL de fecha 11 de marzo del 2005, en relación al Expediente N° 001-2005-CCO-ST/LC.



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 OSIPTTEL 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.

Incluso cabe precisar que 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 instalaciones esenciales para la prestación del servicio de llamadas móviles de LDI, podrían verse alteradas, modificadas o contradichas por la aplicación de las normas de libre competencia al presente caso. En ese sentido, no existiría una colisión entre lo que las instancias de solución de controversias resuelvan para este caso y las decisiones o políticas establecidas por el OSIPTTEL como agente regulador.

Finalmente, se puede afirmar que la regulación de los cargos por la originación de llamadas y por el acceso a la plataforma de pago -ya sea mediante cargos topes, mandatos o aprobación de contratos- no aprobó ni impuso la conducta de América Móvil materia de investigación en la presente controversia (estrechamiento de márgenes de sus competidores), por lo que esta Secretaría Técnica concluye que al no haberse cumplido con los requisitos para la aplicación del principio de supletoriedad, no existe impedimento alguno para que la conducta materia de investigación sea evaluada según el DL 1034, en la medida que sería resultado de la libre iniciativa del agente económico y no de una regulación específica en relación a dicha conducta.

### **8.3. Sobre el Principio de Predictibilidad**

El artículo IV del Título Preliminar de la Ley 27444, recoge los Principios Generales del Procedimiento Administrativo, dentro de los cuales se encuentra el Principio de Predictibilidad<sup>77</sup>.

De acuerdo a lo indicado en este principio, la Administración debe brindar a los administrados o sus representantes una información veraz, completa y confiable sobre cada trámite, de tal manera que el administrado antes de iniciar cualquier procedimiento o trámite, pueda tener una conciencia bastante certera de cuál será el resultado final que

---

<sup>77</sup> 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.

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 constitucional<sup>78</sup>.

América Móvil señala que de analizarse el cobro de un cargo tope como una potencial conducta prohibida por las normas de libre competencia, se estaría poniendo indebidamente en tela de juicio la decisión reguladora del OSIPTEL que en su oportunidad lo habilitó a cobrar dicho precio máximo, lo cual resulta inadmisibles y contrario a las normas que prevén el principio de supletoriedad y el principio de predictibilidad en las decisiones de la Administración Pública. Además señala que la tramitación del presente procedimiento contradice a la propia línea jurisprudencial de las instancias de solución de controversias del OSIPTEL, debido a que ya se habría descartado la posibilidad de que asumieran el conocimiento de una controversia que involucrara el pronunciamiento sobre un cargo que ya hubiera sido objeto de pronunciamiento por parte de las instancias reguladoras del OSIPTEL.

Por su parte, la empresa investigada señala que el TSC, como máximo órgano decisorio, ya habría establecido una metodología para determinar si para un caso en particular resulta aplicable o no el principio de supletoriedad y que en estas reglas no se incluía el criterio de libertad que habría decidido utilizar la Secretaría Técnica para el presente caso.

Al respecto, como ya se ha señalado, en la presente controversia no se discutirá ni se cuestionará los cargos topes regulados por el OSIPTEL sino se analizará la conducta de estrechamiento de márgenes en el mercado móvil de LDI que surge como consecuencia de la libre iniciativa privada de América móvil y no de la regulación, por lo que el pronunciamiento que se pudiera emitir en relación a ello, no alterará ni pondrá en tela de juicio la decisión adoptada por el OSIPTEL como órgano regulador.

Por otro lado, en relación al cuestionamiento de los cargos aprobados por OSIPTEL, se hace referencia al 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, debido a que 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 701<sup>79</sup>.

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 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

<sup>78</sup> MORÓN URBINA, Juan Carlos, "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General", Octava Edición, Lima, Gaceta Jurídica, 2009.

<sup>79</sup> 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.

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 consideró lo siguiente:

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

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

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

*(…)*

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

Como se puede apreciar del caso citado, el CCO consideró que no era competente para pronunciarse sobre el fondo de la pretensión principal debido a que, en los términos planteados por la demandante, tendría que evaluar el valor del cargo por la terminación de llamadas en la red de Telefónica Móviles, ya que dicho valor era el que incrementaba indebidamente los costos del rival. No obstante, dicho monto ya había sido aprobado por el OSIPTTEL, además de que existía un procedimiento específico para cuestionar tales cargos o solicitar su revisión, remedios que estaban previstos en la regulación sectorial<sup>80</sup>.

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

Así, por ejemplo, en la controversia a la que estamos haciendo referencia, el CCO hizo la salvedad de que aun cuando un cargo se encuentre regulado sería competente para pronunciarse sobre la justificación de precios diferenciados por prestaciones equivalentes. Justamente porque bajo este escenario el CCO no cuestionaría o revisaría el monto de los cargos regulados, sino evaluaría una supuesta práctica anticompetitiva que surgiera como consecuencia de la libre iniciativa empresarial.

<sup>80</sup> Resolución 006-2005-TSC/OSIPTEL del 21 de abril de 2005, emitida en la controversia iniciada por Nextel del Perú S.A. contra Telefónica Móviles S.A.

A diferencia de la controversia reseñada, en el presente procedimiento iniciado de oficio contra América Móvil por estrechamiento de márgenes 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 la práctica anticompetitiva.

En ese sentido, como se puede apreciar, 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 distintos 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.

En relación al tercer argumento de América Móvil citado previamente, cabe precisar que las instancias de solución de controversias del OSIPTEL en anteriores controversias han señalado que para aplicar el principio de supletoriedad se deberá evaluar caso por caso en función de las circunstancias particulares de cada controversia. Incluso, en un reciente pronunciamiento, el TSC ha establecido los criterios que se deberán tomar en cuenta al momento de analizar si corresponde (o no) aplicar las normas de libre competencia a una determinada controversia. Así, el TSC a través de la Resolución N° 004-2013-TSC/OSIPTEL del 31 de enero del 2013, determinó lo siguiente<sup>81</sup>:

*“En consecuencia, por lo expuesto, es posible afirmar que, entre los aspectos claves que se deben ponderar a fin de determinar cuándo resultan de aplicación las normas de libre competencia a una industria regulada, deben considerarse: (i) si la conducta investigada ha sido compelida o aprobada por la agencia regulatoria o si ésta ha sido el resultado de una conducta no supervisada, por ejemplo, una decisión comercial, (ii) cuál es el rol de la agencia de competencia en la supervisión o aprobación de la conducta conforme a las normas legales, y (iii) si la aplicación de las normas de libre competencia puede colisionar con las decisiones y políticas establecidas por el regulador para el sector.” (El subrayado es nuestro)*

Cabe resaltar que esta Resolución ha sido confirmada en todos sus extremos por la primera instancia del Poder Judicial. Por ello, justamente, siguiendo esta metodología, la Secretaría Técnica ha evaluado si para el presente caso es aplicable (o no) el principio de supletoriedad. Sin embargo, América Móvil habría afirmado que no se estaría siguiendo tales reglas sino que se habría adoptado un nuevo criterio. Al respecto, cabe aclarar que en relación a la primera regla que el TSC habría detallado para la aplicación del principio de supletoriedad es de entender que si una conducta investigada no ha sido aprobada o impuesta por el OSIPTEL entonces sería consecuencia de la libertad empresarial del agente económico; por lo que no es cierto que la Secretaría Técnica haya adoptado un nuevo criterio centrándose en la libertad o no que tiene una empresa para actuar en el mercado sino que esta se desprende de las reglas establecidas en la Resolución a la que hacemos referencia.

<sup>81</sup> Cabe hacer la precisión que, cuando el TSC refiere al “rol de la *agencia de competencia* en la supervisión o aprobación de la conducta conforme a las normas legales”, se refiere al “rol de la *agencia regulatoria*”, como se desprende de una lectura íntegra de la resolución.

En ese sentido, tampoco en este extremo habría una vulneración al principio de predictibilidad sino todo lo contrario, toda vez que se estarían aplicando las reglas que anteriormente las instancias de solución de controversias de OSIPTEL habrían establecido para evaluar conductas en las que se cuestionó su competencia aduciendo la aplicación del principio de supletoriedad.

Por lo expuesto, esta Secretaría Técnica concluye que carece de fundamento lo expuesto por América Móvil en relación a que se estaría infringiendo el principio de predictibilidad.

#### **8.4. 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 27444, 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 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<sup>82 y 83</sup>.

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

- A) 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.
- B) No se habría definido el periodo de duración del supuesto abuso de posición de dominio, lo cual le habría impedido conocer con certeza si debía defenderse de la acusación desde el inicio del sistema de LL x LL en redes móviles hasta la actualidad o si debía considerar otro periodo de investigación.
- C) A pesar de que la Secretaría Técnica no habría presentado evidencias para concluir que en el segundo periodo se había cometido la supuesta práctica anticompetitiva, el Cuerpo Colegiado decidió efectuar acusación por ambos periodos por considerar que existían indicios razonables para que se le imputara la comisión de la conducta.

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

<sup>83</sup> Resolución Nº 004-2009-TSC/OSIPTEL de fecha 15 de abril de 2009.



- D) No se ha detallado cuáles serían las tarifas promocionales que estarían siendo objeto de investigación incluso se ha considerado una promoción que no incluye llamadas LDI.

Al respecto, una de las principales funciones de las instancias de solución de controversias del OSIPTTEL es velar por el normal funcionamiento del proceso competitivo, por 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 (DL 1034).

Justamente, esta 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; es decir, no es cierto que se decidió iniciar la investigación sobre la base de unas supuestas quejas presentadas por las empresas operadoras de larga distancia, como erróneamente afirmaría América Móvil, 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 OSIPTTEL 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. En ese sentido, no es cierto que se presentó una queja formal sobre la cual se basó la investigación de la conducta, sino que la Secretaría Técnica pudo tomar conocimiento de esta situación a través del Memorándum N° 228-GPRC/2011, y decidió evaluar el potencial anticompetitivo de estas y otras ofertas ofrecidas en el mercado, tal como lo señalamos en el Informe Preliminar.

Además, debemos recalcar que luego de notificar a América Móvil con la Resolución de Inicio y el Informe Preliminar, dicha empresa mediante escrito de 23 de setiembre de 2013 solicitó que se le notifique copia simple del íntegro del expediente y de todos los actuados que sirvieron como base para la emisión de la Resolución de Inicio. En respuesta a ello, mediante Oficio N° 120-STCCO/2013 del 25 de setiembre de 2013, esta Secretaría Técnica precisó que la Resolución de Inicio se había sustentado en el Informe Preliminar y que ambos documentos ya le habían sido notificados. Asimismo se puso a disposición de América Móvil la copia simple de todos los actuados en la tramitación del presente expediente.

En ese sentido, carece de sustento lo señalado por América móvil sobre la supuesta vulneración a su derecho a la defensa por no haberle notificado los documentos sobre los cuales se basó la investigación ya que como se puede apreciar desde un inicio se le ha informado oportunamente sobre los cargos imputados en su contra los cuales le han permitido participar activamente en el procedimiento. Además, debe considerarse que dicha empresa durante la tramitación del procedimiento tiene expedito su derecho a acceder y revisar el expediente para poder ejercer debidamente su defensa, tal como lo ha venido haciendo hasta ahora.

Por otro lado, conforme lo señala el artículo 84º del Reglamento de Controversias, para la solicitud de inicio de un procedimiento de oficio, la Secretaría Técnica debe emitir un Informe Preliminar debidamente fundamentado el cual será presentado ante el Cuerpo



Colegiado a efectos de que tome 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 pruebas indiciarias 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 realice 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 necesario 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 y que la sustentación del procedimiento en sí, sean más breves<sup>84</sup>.

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, se ha señalado expresamente que dicho periodo estaba conformado por dos escenarios; además se precisó que si bien en el primer periodo sí se había verificado la comisión de la práctica en relación al segundo existían indicios razonables para suponer que se habría seguido cometiendo tal conducta, por lo que la Secretaría Técnica consideró que ambos escenarios debían ser evaluados e incluidos en el procedimiento sancionador si el Cuerpo Colegiado decidiera iniciar dicho procedimiento (lo cual en efecto se hizo). En tal sentido carece de sustento la afirmación efectuada por América Móvil respecto a que 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.

Asimismo, en el Informe Preliminar se señalaron y explicaron las posibles ofertas promocionales con las que se evaluaría el potencial anticompetitivo, lo cual no implica que necesariamente se haya verificado que a través de cada una de estas se hubiese ejecutado la práctica anticompetitiva sino que existieron indicios razonables para incluirlos dentro de la investigación<sup>85</sup>. Y como ya lo señalamos anteriormente, el Informe Preliminar es el resultado de una indagación a través del cual se delimita los parámetros sobre los cuales se desarrollará el procedimiento administrativo.

En ese sentido, se concluye que los indicios plasmados en el Informe Preliminar, así como los tomados en cuenta por el Cuerpo Colegiado en la Resolución de Inicio, no estuvieron dirigidos ni desembocaron en una resolución sancionatoria o condenatoria, sino que buscaron constatar la apariencia de la realización de una práctica anticompetitiva, cuya investigación continúa durante la tramitación del procedimiento de oficio.

<sup>84</sup> MORÓN URBINA, Juan Carlos, "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General", Novena Edición, Lima, Gaceta Jurídica, 2011, pág. 746.

<sup>85</sup> Cabe precisar que en el presente Informe Instructivo se descartó el análisis de la Promoción Cargamontón de Números Frecuentes (Prepago), en la medida que durante la etapa de investigación se verificó que la misma no aplicaba a destinos LDI.

Adicionalmente, cabe recalcar que América Móvil ha tenido la oportunidad de presentar sus descargos y realizar toda la actividad probatoria que ha considerado conveniente. De igual manera, en la etapa pertinente tendrá la posibilidad de presentar su posición respecto de la investigación desarrollada por la Secretaría Técnica en su informe instructivo, así como de impugnar la resolución final que emita el Cuerpo Colegiado si no la considera acorde con sus intereses.

Considerando lo anterior, no son atendibles las alegaciones planteadas por América Móvil sobre la supuesta vulneración del debido procedimiento derivada de la supuesta vulneración a su derecho de defensa.

## IX. ANÁLISIS

Para un correcto análisis en el presente Informe, la Secretaría Técnica evaluará lo siguiente: (i) determinar si América Móvil ha realizado una conducta de estrechamiento de márgenes; si fuese afirmativo aquello se debe (ii) analizar 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.

### 9.1. Marco general sobre la práctica de estrechamiento de márgenes

En algunos sectores como el de telecomunicaciones, existen firmas integradas verticalmente (que podrían normalmente denominarse firmas dominantes) que venden insumos en el nivel mayorista a otras empresas no integradas que compiten con ella en el mercado minorista. Esto ocasiona que la empresa dominante obtenga un grado de control sobre sus competidores dado que puede influir en sus costos e ingresos<sup>86</sup>, con lo cual podría afectar negativamente en los márgenes de ganancia de las empresas competidoras en el mercado “aguas abajo” (minorista). Si la empresa realiza esta acción, podríamos estar frente a una práctica anticompetitiva denominada estrechamiento de márgenes o “price squeeze”.

El estrechamiento de márgenes es considerada una práctica anticompetitiva mediante la cual se reducen las ganancias de la firma competidora del mercado aguas abajo, de tal manera que se disminuye la presión competitiva, o incluso se produce una situación insostenible que ocasione que la firma se retire del mercado y así la dominante se vuelva una monopolística. Es necesario mencionar que no existe un consenso sobre la definición y regulación de esta acción ya que existen dos grandes corrientes. En Estados Unidos, no se considera una práctica anticompetitiva mientras que en Europa, la mayoría de reguladores así como la Comisión Europea, sí la considera una práctica anticompetitiva.

Los casos más importantes de estrechamiento de márgenes se encuentran en un contexto post liberalización de monopolios, ya que las empresas que fueron monopolio en un sector luego del proceso de liberalización, como una medida para seguir teniendo poder de mercado, emplean esta práctica anticompetitiva<sup>87</sup>. Entre los sectores donde se

<sup>86</sup> Es decir, si aumenta el precio del insumo que vende, afecta los costos de la empresa competidora aguas abajo. De la misma manera, si varía el precio final del bien o servicio que ofrece en el mercado de aguas abajo afecta al ingreso.

<sup>87</sup> En general, las autoridades de competencia han sancionado diferentes prácticas anticompetitivas que suelen ser empleadas por firmas dominantes de un mercado que antes fue monopolístico, pero que luego de

ha evidenciado en mayor medida esta práctica se encuentra el de telecomunicaciones<sup>88</sup>, energía y agua dado que son sectores liberalizados que se caracterizan por haber sido monopolios y tener empresas integradas verticalmente<sup>89</sup>.

Si bien en la experiencia peruana aún no se han sancionado conductas de estrechamiento de márgenes, eso no descarta la posibilidad de que existan, se investiguen, y, de ser el caso, se sancionen. Si nos remitimos a la experiencia internacional, en la Unión Europea esta práctica ha sido continuamente investigada y sancionada por la Comisión Europea -particularmente en el sector telecomunicaciones-, como se puede apreciar en los casos Deutsche Telekom<sup>90</sup>, Wanadoo<sup>91</sup>, entre otros. A su vez, en algunos países de América como Chile<sup>92</sup> y México<sup>93</sup>, también se han investigado y sancionado casos de estrechamiento de márgenes en el mercado de telecomunicaciones.

A continuación se presenta una revisión de jurisprudencia y literatura económica relacionada con la práctica de estrechamiento de márgenes, señalando las diferencias que existen entre esta conducta y una conducta de precios predatorios y (otras prácticas anticompetitivas), los test para su análisis, sus efectos y las críticas existentes.

### 9.1.1. Marco teórico del estrechamiento de márgenes

Las conductas de estrechamiento de márgenes tienen lugar en mercados en los que existen empresas verticalmente integradas dominantes en la provisión de una facilidad o un insumo esencial en el mercado aguas arriba y que tienen presencia en el mercado aguas abajo en la venta de servicios finales a los usuarios; es decir, la firma dominante

un proceso de liberalización del mercado enfrentan mayor competencia. Ante esta situación, las firmas dominantes ven amenazado su poder de mercado y ganancias, razón por la que pueden incurrir en prácticas anticompetitivas o desleales para no disminuir sus beneficios.

<sup>88</sup> Puede decirse que el sector de las telecomunicaciones constituye el paradigma de industria que ofrece las características idóneas para que puedan llevarse a cabo prácticas de estrechamiento de márgenes” en FERNÁNDEZ ÁLVAREZ-LABRADOR, M. “*Margin squeeze in the Telecommunications Sector: An Economic Overview*”, *World Competition*, 29(2), (2006).

<sup>89</sup> La OECD también anota que las prácticas de “margin squeeze” corresponden con frecuencia a los sectores liberalizados. Ver: OECD, “Margin Squeeze”, Policy Roundtables. Pg. 8. Disponible en: <http://www.oecd.org/regreform/sectors/46048803.pdf>

<sup>90</sup> Asunto C-280/08 P: Deutsche Telekom AG vs. Comisión Europea.

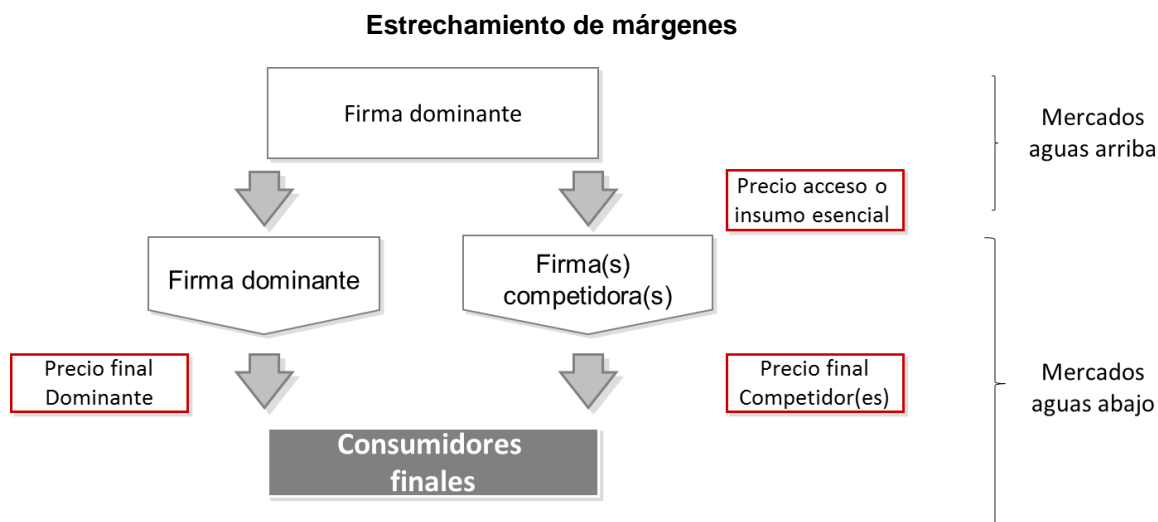
<sup>91</sup> Asunto COMP/38.784 – Wanadoo España vs. Telefónica.

<sup>92</sup> Al respecto se pueden observar: (i) Sentencia N° 88/2009, de 15 de octubre de 2009, emitida en la controversia entre OPS Ingeniería Ltda., ETCOM S.A. y otros contra Telefónica Móviles de Chile S.A. y; (ii) Demanda de Netline Mobile S.A. contra Entel PC S Telecomunicaciones S.A., Claro Chile S.A. y Telefónica Móviles Chile S.A., presentada el 23 de diciembre de 2013. (En curso)

<sup>93</sup> En el año 2011 se sancionó a varias empresas por llevar a cabo prácticas consistentes en estrechamiento de márgenes en el mercado de telecomunicaciones de ese país. Pleno de fecha 07 de abril de 2011, emitida en la controversia seguida entre Axtel S.A., Alestra S. de R.L. y otros contra Radiomóvil Dipsa, S.A. (Caso contra Telcel contenido en el Expediente DE-37-2006 y acumulados).

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

vende el insumo esencial en el primer mercado a quienes serán sus competidores en el segundo mercado. De esta manera, la relación entre la firma dominante y las empresas presentes solo en el mercado aguas abajo se manifiesta de dos maneras: vendedor-comprador (mercado aguas arriba) y competidores (mercados aguas abajo). Para entender mejor esta doble relación, en la siguiente gráfica se pueden observar los agentes económicos que participan (firma dominante, competidora(s) y consumidores finales), los dos mercados integrados (aguas arriba y aguas abajo) y los diferentes precios:



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

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

En efecto, un estrechamiento de márgenes podría llevarse a cabo a través de un incremento en el precio del insumo del mercado aguas arriba a niveles donde las firmas rivales no podrán mantener sus ganancias aguas abajo, en la medida que se incrementan sus costos (raising rivals cost)<sup>94</sup>. Alternativamente, la firma dominante podría fijar precios finales que se encuentren por debajo de aquellos establecidos por sus competidores en las ventas aguas abajo, lo que significa que su precio final sea menor que el costo de sus rivales. Finalmente, la firma dominante podría llevar a cabo ambas estrategias con el objetivo de crear un margen negativo en sus rivales, de tal forma que no les resulte rentable competir.

<sup>94</sup> GERADIN, Damien y O'DONOGHUE, Robert, "The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: The Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector", en *The Global Competition Law Centre Working Papers Series*, GCLC Working Paper 04/05, 2005. Ver: <https://www.coleurope.eu/content/gclc/documents/GCLC%20WP%2004-05.pdf>.

Entonces, como se puede observar, mediante el análisis de un estrechamiento de márgenes no se busca demostrar que el precio mayorista es excesivo, o que el precio minorista es muy pequeño, sino que el margen es insuficiente para un competidor<sup>95</sup>. Como señala la Comisión de Europa en un Memo elaborado a raíz del caso Wanadoo contra Telefónica<sup>96</sup>, lo importante en los casos de estrechamiento de márgenes 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 mayoristas<sup>97</sup>.

Tradicionalmente, dado que el estrechamiento de márgenes involucra la evaluación de los costos de la empresa investigada, la determinación de ilegalidad de este tipo de prácticas se torna muy compleja. Según la política anticompetitiva de Estados Unidos, el estrechamiento de márgenes no es una práctica anticompetitiva, que como tal se deba evaluar. Por otro lado, en Europa los reguladores y la Comisión Europea sí la consideran una práctica anticompetitiva que ha sido sancionada en más de una oportunidad en diferentes países tal como Alemania (caso *Deutsche Telekom*) o España (caso Telefónica).

Siguiendo la perspectiva europea, el estrechamiento de márgenes necesita de algunas condiciones para poder considerar que la acción es una práctica anticompetitiva. Entre los requisitos para que exista un estrechamiento de márgenes debe cumplirse que el proveedor mayorista, firma que presuntamente estrecha los márgenes, *mantenga una posición dominante en el mercado aguas arriba*<sup>98</sup>. Asimismo, se indica que dichos casos se refieren a la oferta de un producto mayorista que es subsecuentemente procesado aguas abajo para producir el producto minorista<sup>99</sup>; sin embargo, debe aclararse que en sectores como el de las telecomunicaciones se alude al acceso a la red y otros activos de la firma incumbente<sup>100</sup>, y no a un producto mayorista destinado a ser empleado para futuras transformaciones.

Para entender cuándo podríamos estar ante una posible conducta de estrechamiento de márgenes anticompetitiva, la doctrina especializada especifica seis condiciones que deben cumplirse para comprobar la existencia de un estrechamiento de márgenes<sup>101</sup>:

<sup>95</sup> 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.

<sup>96</sup> Caso Comp/38.784. Wanadoo España contra Telefónica. Decisión de la Comisión Europea del 04 de julio de 2007.

<sup>97</sup> 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).

Ver: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-07-274\\_es.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-07-274_es.htm) (Consultado el 20 de agosto de 2014).

<sup>98</sup> OECD, "*Margin Squeeze*", *Directorate for financial and enterprise affairs Competition Committee*, núm.DAF/COMP(2009)36, 2010.

<sup>99</sup> GENEVAZ, Simon, "*Margin Squeeze after Deutsche Telekom*", en *Global Competition Policy GCP*, 2008.

<sup>100</sup> La firma incumbente es la firma dominante ex monopolística en muchos casos.

<sup>101</sup> GERADIN, Damien y O'DONOGHUE, Robert, "*The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: The Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector*", en *The Global Competition Law Centre Working Papers Series*, GCLC Working Paper 04/05, 2005. Ver: <https://www.coleurope.eu/content/gclc/documents/GCLC%20WP%2004-05.pdf>.

- i) Un estrechamiento de márgenes solo ocurre en situaciones de *integración vertical* donde la firma dominante en el mercado del insumo aguas arriba ofrece el mismo a rivales que operan aguas abajo, donde la firma dominante también se encuentra activa.
- ii) El insumo provisto por la firma dominante aguas arriba debe ser en cierto sentido “*esencial*” para la competencia aguas abajo y no contar con alternativas o sustitutos; de otro modo, las firmas rivales no se verán obligadas a comprarlo al precio impuesto por la firma dominante.
- iii) Se asume que *el insumo provisto por la firma dominante constituye una proporción fija y relativamente alta de los costos aguas abajo*, en caso contrario, surgirían severos problemas prácticos al inferir que la aparente falta de rentabilidad de las firmas rivales es provocada por la fijación de precios sobre el insumo provisto por la firma dominante.
- iv) La cuarta condición se refiere a la identificación de la prueba legal que permita determinar si la fijación de precios en ambos mercados por parte de la firma dominante provoca que las actividades de las firmas rivales sean antieconómicas, es decir, que generen pérdidas o no generen ganancias razonables;
- v) Se debe *evaluar si existe una justificación para las pérdidas aguas abajo* de la firma dominante, en los casos ocasionados por la fijación de precios por debajo de costos, que no involucre prácticas exclusorias<sup>102</sup>, tales como que las condiciones del mercado sean temporalmente malas pero se espere una mejora, a causa de una estrategia temporal de marketing, la reciente introducción de un nuevo producto que cuenta con bajos volúmenes pero se espera que estos se incrementen, la entrada al mercado a una escala demasiado grande, entre otras;
- vi) Por último, es necesario considerar *si la conducta de la firma dominante ha tenido, o es probable que tenga, un impacto significativo y persistente en la competencia*, en el sentido de que tenga un impacto no transitorio sobre las firmas rivales aguas abajo, y sobre los consumidores del bien final en la forma de precios más altos o la *reducción de elecciones*.

Es importante resaltar que, según las características de los mercados aguas arriba y aguas abajo, existirá mayor o menor posibilidad de que se realice esta práctica anticompetitiva. En este sentido, si el mercado aguas arriba es más rentable que el mercado aguas abajo, los incentivos para excluir a las firmas rivales serán menores. Además, los incentivos dependerán, entre otros, de la capacidad de la firma dominante

---

Estas condiciones también son señaladas por CROCIONE y VELJANOVSKI, “*Price squeezes, foreclosure and competition law Principles and guidelines*”, *Case Associates*, 2003.

<sup>102</sup> Es decir, se requiere identificar que la práctica sea anticompetitiva y diferenciarla con alguna práctica competitiva. Según POLO, Michele: “la necesidad de distinguir un precio abusivo que ocasione el estrechamiento de márgenes con el precio normal de competencia” en *Price Squeeze: Lessons from the Telecom Italia Case*, presentado en la conferencia de CRESSE, 2007.



de cubrir la demanda que satisfacía la firma excluida ya que si las firmas rivales que no son excluidas tienen la capacidad de capturar dicha demanda, los incentivos a excluir serán incluso menores<sup>103</sup>. Adicionalmente, si las firmas rivales aguas abajo ofrecen productos diferenciados, los incentivos de la firma dominante de excluirlas se reducirán; por último, si las firmas rivales son más eficientes que la firma dominante en el mercado aguas abajo sería más eficiente que la firma dominante se dedique únicamente a operar aguas arriba.

Asimismo, los incentivos para el estrechamiento de márgenes existirán con mayor fuerza 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 abajo<sup>104</sup>. 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 competidores<sup>105</sup>. Así, el estrechamiento de márgenes podrá ser una estrategia beneficiosa para eliminar o restringir la competencia y, por lo tanto, expandir o mantener los márgenes de la firma dominante en el mercado menos regulado aguas abajo. Por lo tanto, si existe un margen de competencia en un sector regulado, las normas de competencia se pueden aplicar cuando la firma dominante impide o restringe la competencia<sup>106</sup>. Por otro lado, cuando la firma dominante no se encuentra regulada aguas arriba los incentivos para mermar la competencia aguas abajo son menos claros.

### 9.1.2. Diferencias entre el estrechamiento de márgenes y otras prácticas

Es necesario señalar que la práctica de estrechamiento de márgenes se suele confundir con otras prácticas anticompetitivas como predación de precios o discriminación; sin embargo, existen diferencias importantes entre estas prácticas. En relación a la comparación entre la figura del estrechamiento de márgenes y la predación, se plantean cinco diferencias<sup>107</sup>:

- i) En un caso de predación la autoridad de competencia tendrá en consideración todos los costos relevantes de la firma dominante, mientras que en un caso de

<sup>103</sup> GERADIN, Damien y O'DONOGHUE, Robert, op.cit.

<sup>104</sup> OECD, "Margin Squeeze", Directorate for financial and enterprise affairs Competition Committee, núm. DAF/COMP(2009)36, 2010.

<sup>105</sup> 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".*

<sup>106</sup> En el caso *Deutsche Telekom*, la CFI señala que se pueden aplicar las normas de competencia donde la legislación específica del sector deja un margen para la competencia en el sector regulado, pero la empresa dominante impide, restringe o distorsiona la competencia. En OECD, "Margin Squeeze", Working Party n°2 on Competition and Regulation, 2009.

<sup>107</sup> GERADIN, Damien y O'DONOGHUE, Robert, op.cit.

estrechamiento de márgenes sólo se considerarán los costos en el mercado aguas abajo, incluyendo el precio aguas arriba.

- ii) En un caso de estrechamiento de márgenes la firma dominante es compensada de manera casi simultánea, mientras que un caso de predación pura, la pérdida económica y la compensación por la misma necesariamente envuelven dos periodos de tiempo distintos.
- iii) En los casos de predación usualmente no hay necesidad de considerar si la firma dominante se beneficiará o no de la exclusión de sus rivales, ya que esta siempre lo hará en cierto grado. Sin embargo, en un caso de estrechamiento de márgenes, los incentivos de la firma dominante para excluir a sus rivales son considerablemente reducidos, debido a que dichos rivales son también sus clientes aguas arriba, motivo por el cual ésta podría incurrir en mayores pérdidas que ganancias al perder a sus clientes como resultado de la exclusión de los mismos.
- iv) Un estrechamiento de márgenes no necesariamente beneficia a los consumidores, a diferencia de los precios predatorios que sí los beneficia, al menos en el corto plazo.
- v) Finalmente, en el caso de la predación pura la cura es usualmente incrementar el precio, mientras que en un estrechamiento de márgenes se puede requerir que la firma dominante disminuya el precio del insumo, incremente el precio del producto minorista, o una combinación de ambos.

Con respecto al punto ii) este se refiere a que la empresa dominante primero incurre en pérdidas porque cambia sus precios, puesto que serán menores que sus costos. Esto lo realiza para excluir a las competidoras del mercado. Y después de un tiempo, la empresa puede recuperar estas pérdidas en el largo plazo ya que podrá subir sus precios sin temor a la competencia, que ya no existirá o será limitada<sup>108</sup>. En cambio, en la aplicación de un estrechamiento de márgenes no es necesario que se realice este *trade-off* entre tener pérdidas económicas en un primer momento, y luego obtener ganancias, ya que la reducción del precio del bien o servicio en el mercado aguas abajo sólo tiene que ser menor que los costos de la firma competidora pero no de los propios costos de la firma dominante.

Luego, debe tenerse en cuenta también que en la práctica de precios predatorios no es esencial que la firma dominante se encuentre presente tanto en el mercado aguas arriba como en el mercado aguas abajo. Es decir, no es necesario que la firma esté integrada verticalmente en ambos mercados, característica necesaria para la realización de estrechamiento de márgenes.

De otro lado, en relación a una comparación entre la figura del estrechamiento de márgenes y la discriminación de precios, cabe indicar que esta última se produce cuando la firma dominante ofrece el insumo esencial en diferentes precios a sus competidores en el mercado de aguas abajo alterando sus costos con la finalidad de excluirlos o minimizar

<sup>108</sup> OECD, "Margin Squeeze", Working Party n°2 on Competition and Regulation, 2009

su actuación en el mercado. Asimismo, la discriminación de precios se considera una práctica anticompetitiva si se realiza una discriminación selectiva (se impone precios diferentes para un mismo insumo para los diferentes competidores) o se realiza discriminación geográfica de precios<sup>109</sup>. Esta situación no se refleja en el estrechamiento de márgenes.

En la misma dirección, existen dos problemas que las firmas que aplican discriminación de precios deben intentar solucionar para que sea eficiente realizar esta práctica anticompetitiva. El primer problema es que dicha práctica tenga credibilidad para los competidores, es decir, que las otras firmas crean posible que dicha práctica se aplicará considerando la necesidad de tener adecuada información que es difícil tener en la realidad. El segundo problema es que esta práctica asume que no existe la posibilidad de arbitraje de los consumidores. Ninguno de estos dos problemas, se encuentran, en principio, en la práctica de estrechamiento de márgenes. Asimismo, una manera indirecta para aplicar esta práctica es variando la calidad de los servicios o bienes que la firma dominante vende a sus rivales en el mercado de aguas arriba con el fin de otorgarles el insumo esencial con una menor calidad. Esto genera que las firmas rivales se vean en la obligación de aumentar costos al momento de emplear dicho insumo esencial por lo que también tendrá que incrementar sus precios finales, que probablemente serán mayores que los de la firma dominante en el mercado de aguas abajo<sup>110</sup>. De lo contrario, si la empresa competidora decide mantener su precio, tendrá que soportar pérdidas. La discriminación se aplica al ofrecer diferentes niveles de calidad, en donde la firma dominante emplea el insumo en su calidad óptima y a las demás, les brinda los insumos con diferentes calidades. En cambio, entre las condiciones para que se considere una acción como estrechamiento de márgenes no se considera alguna variación de la calidad de los insumos esenciales.

### 9.1.3. Los efectos de la conducta

Cuando el estrechamiento de márgenes tiene una finalidad anticompetitiva puede generar un impacto negativo en el proceso competitivo del mercado y en los usuarios finales, que puede manifestarse, no solo a través de la exclusión efectiva de algún competidor del mercado, sino además en otras maneras que restrinjan el crecimiento del mercado y el desarrollo de la eficiencia económica en este, como pueden ser la limitación de la presencia, crecimiento y capacidad de competir de sus competidores.<sup>111</sup> Lo cierto es que, el mercado donde se despliega esta práctica anticompetitiva deja de ser atractivo no solo para las empresas ya presentes en este, sino además, para aquellas que consideren ingresar al mismo, dado que no se generan incentivos de permanecer o ingresar a un

<sup>109</sup> ARMSTRONG, Mark, "Price Discrimination", Departamento de Economía – University College London, 2006.

<sup>110</sup> WEISMAN, Dennis, "Access pricing and exclusionary behavior", en *Economic Letters*, vol. 72, pag. 121-126, 2001.

<sup>111</sup> "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."

mercado en el cual los precios del mercado mayorista pueden ser incluso superiores al de los precios minoristas.

Así, los efectos negativos que puede producir una práctica de estrechamiento de márgenes son diversos, para lo cual, es importante referir algunos. El principal efecto de un estrechamiento de márgenes consiste en la exclusión de firmas competidores igualmente eficientes a la firma dominante, impidiendo o dificultando su acceso y su permanencia en el mercado, ya que no puede resultarle rentable participar en el mercado aguas abajo dado el estrechamiento de márgenes<sup>112</sup>. De esta manera, la exclusión de los rivales reduce la competencia en ese mercado, lo que reduce el nivel de presión competitiva sobre la empresa integrada para mantener los precios más bajos y/o una mayor calidad del producto. En efecto, la reducción o debilitamiento de los competidores en el mercado aguas abajo puede significar una disminución del bienestar social, en la medida que los consumidores pierden la opción de elegir entre diferentes competidores<sup>113</sup> así como obtener servicios (o bienes) con mejor calidad.

Un segundo efecto que se encuentra ante el estrechamiento de márgenes se refiere a la limitación del incentivo de los rivales para innovar en el mercado aguas abajo, en la medida en que cualquier ahorro de costos del rival por medio de una mayor eficiencia será capturada por la firma dominante a través del estrechamiento. Esto resulta en perjuicio de los consumidores, ya que evita la aparición de un mercado aguas abajo más eficiente<sup>114</sup>.

Asimismo, el estrechamiento de márgenes en un mercado minorista puede generar una disminución de competidores, no solo en el mercado donde se genere la práctica sino en otro(s) mercado(s) en donde se brinde 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 consideraría dañino para el bienestar social, si las firmas que no participan son igual o más eficiente que la dominante.

De esta manera, los efectos de la práctica de estrechamiento de márgenes pueden generar una disminución directa de competencia así como posibles ineficiencias asignativas, distributivas y dinámicas, ello debido a que pueden existir factores de producción que no se emplearán óptimamente si se excluye a un competidor eficiente, afectándose así también a los usuarios finales. En efecto, como se viene observando durante el desarrollo de este acápite, se genera un impacto al consumidor que se da de forma indirecta, dado que al afectarse el proceso competitivo existe la posibilidad de 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 una limitación en el número de ofertantes o en el establecimiento de mejores precios. Entonces, ante la ausencia de presión competitiva, la firma verticalmente

<sup>112</sup> OECD, “Margin Squeeze”, Directorate for financial and enterprise affairs Competition Committee, núm. DAF/COMP(2009)36, 2010.

<sup>113</sup> LOPEZ, Antonio, “Abuso de posición de dominio”, en Derecho de la Competencia: Estudios y notas, 2012. Ver: <http://www.cne.es/cgi-bin/BRSCGI.exe?CMD=VEROBJ&MLKOB=654387924848> (consultado el 20 de agosto de 2014).

<sup>114</sup> DUNNE, Niamh, “Margin Squeeze: Theory, Practice, Policy”, preparado para EUSA Conference, 2011.

integrada podría abusar de su poder de mercado perjudicando a los consumidores, quienes verán reducidas sus posibilidades de elección y de obtener mejores precios en los bienes y/o servicios finales a adquirir<sup>115</sup>; es decir, no existirá una competencia en precios por los consumidores.

#### 9.1.4. Críticas a la figura

A pesar de los efectos señalados, existen críticas ante el estrechamiento de márgenes que consideran que esta práctica no se debe definir como anticompetitiva dado que su acción puede darse como una práctica competitiva, por lo que suelen recalcar que lo que se debe defender es la competencia en un mercado y no al competidor.

Una de las críticas más importantes menciona que es ilógico impedir que una empresa disminuya la rentabilidad de su competidor, puesto que todas las empresas tienen como fin ser “monopolio” en sus mercados y obtener la mayor cantidad de beneficios. Por ello, bloquear esta práctica puede conducir a una transferencia de riqueza de la empresa integrada a su competidor, sin aumento en el bienestar del consumidor. Esto puede disminuir los incentivos e inversiones de la empresa dominante. Sin embargo, el objetivo de analizar y sancionar el estrechamiento de márgenes es defender la competencia y no a los competidores. Por ello es que se analiza sobre la base de una empresa tan eficiente como la firma dominante, dado que sí se considera negativo para el bienestar social si se excluye a una empresa eficiente.

Además, según lo propuesto por la escuela de Chicago, un monopolista explotará su poder de mercado en el mercado de aguas arriba impidiendo el ingreso de nuevos competidores y no tratará de disminuir el número de competidores en el mercado de aguas abajo, que se supone es perfectamente competitivo debido a la no existencia de costos a la entrada y salida de las empresas. Por lo tanto, el aumento del precio del insumo por parte de la empresa dominante puede darse como una práctica lícita en el mercado de aguas arriba, donde solo las empresas eficientes prevalecerán en el mercado de aguas abajo. Así, no existiría violación a las normas de competencia<sup>116</sup>. No obstante, esta postura no considera cuando el dominante es el que brinda acceso en el mercado aguas arriba a sus competidores en el mercado aguas abajo, ni cuando el dominante tiene mayores incentivos para generar ganancias en el mercado aguas abajo que en el “aguas arriba”. En estos casos podría presentarse una conducta anticompetitiva en los términos que han sido señalados anteriormente.

Una tercera crítica se relaciona con los costos de regulación y competencia ya que en sectores donde existe una regulación ex ante, aplicar las leyes de competencia puede ser un poco redundante dado que según el tipo de regulación tarifaria, puede que se evite un exceso en los precios de acceso y con ello impedir el estrechamiento de márgenes<sup>117</sup>. Por lo que aplicar una ley de competencia solo ocasionaría un aumento de costos para los agentes económicos.

<sup>115</sup> Inclusive, en ciertos casos, podría haber una variación de precios en precios en el mercado aguas abajo. Así, si se asume que la firma dominante disminuye, en primer lugar, el precio del bien o servicio en el mercado aguas abajo y luego, al lograr excluir o limitar la participación de la firma rival, aumenta el precio mucho más de lo que era en un inicio.

<sup>116</sup> CROCIONE y VELJANOVSKI, “Price squeezes, foreclosure and competition law Principles and guidelines”, Case Associates, 2003.

<sup>117</sup> OECD, “Margin Squeeze”, Working Party n°2 on Competition and Regulation, 2009

En contraste a esta crítica se puede mencionar que la intervención conjunta de la regulación y política de competencia puede mejorar el bienestar social al impedir la salida o limitación de un competidor eficiente. En otras palabras, evitar el estrechamiento de márgenes, según la regulación del sector, es una medida de fomento a la entrada y se sanciona esta acción porque se considera una práctica de exclusión. Se observa que ambas opciones convergen en el mismo objetivo<sup>118</sup>.

#### 9.1.5. Test de estrechamiento de márgenes: Problemática de costos y rentabilidad

Respecto a los métodos para demostrar la existencia de una conducta de estrechamiento de márgenes, debe señalarse que existen por los menos dos. En el primer test se emplea como parámetros los costes en el mercado aguas abajo con un hipotético competidor eficiente para así determinar si este podría lograr un margen adecuado considerando los precios de acceso al insumo. Para el segundo test, se utiliza como parámetro los costos del operador verticalmente integrado para así verificar si dicho operador podría obtener un margen de ganancias y competir en condiciones adecuadas en el mercado de aguas abajo, considerando los precios para obtener acceso a las redes que él mismo carga a sus competidores<sup>119</sup>.

Debido a su carácter más objetivo, a su mayor precisión, y a su consistencia con los costos de la firma dominante, se considera que el segundo de los métodos, conocido en la literatura como la “*prueba del competidor igualmente eficiente*”, es el más adecuado<sup>120</sup>. Sobre esta prueba, Genevaz señala que mediante la misma 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<sup>121</sup>. 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 hipótesis acerca del nivel de eficiencia de las firmas rivales.

De otro lado, en relación a las herramientas a utilizar para el análisis de los estrechamientos de márgenes, existe controversia respecto a los tipos de costos que se deben emplear para realizar el test según el tipo de rentabilidad estándar que se emplea. Específicamente, el análisis se centra en diferenciar la contabilidad histórica y el flujo de caja.

Actualmente, existe más de un enfoque para emplear el test de estrechamiento de márgenes los cuáles se diferencian principalmente en dos aspectos: si el modelo es

---

<sup>118</sup> 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.

<sup>119</sup> DÍEZ ESTELLA, Fernando y FERNÁNDEZ ÁLVAREZ-LABRADOR, Margarita, “El estrechamiento de márgenes en los mercados de telecomunicaciones”, en Jurisprudencia RCD, 2008.

<sup>120</sup> Esta prueba es empleada por la Comisión de Europa.

<sup>121</sup> GENEVAZ, Simon, “*Margin Squeeze after Deutsche Telekom*”, en *Global Competition Policy GCP*, 2008.



estático o dinámico. Al respecto, se emplean los modelos estáticos en mercados maduros. Esta prueba es adecuada cuando los costos e ingresos corrientes son una buena previsión de márgenes futuros, por lo cual se emplea una contabilidad histórica<sup>122</sup>. Mientras que los modelos dinámicos se aplican en mayor proporción en mercados nuevos, y se necesita un tiempo apropiado, empleándose un análisis de flujos de caja.

Esta división de modelos implica un uso diferente de los costos al momento de realizar el test de estrechamiento de márgenes. Usualmente, los costos que se emplean son: costos del incumbente<sup>123</sup>, costo de un operador alternativo<sup>124</sup> y costo de capital. Dentro de estos tres, según el test que se esté empleando se utilizan diferentes costos como son los de acceso del insumo al por mayor, costo en la red propia, costos de terminación entre otros<sup>125</sup> (costos de publicidad, administrativos, etc.).

Asimismo, en la mayoría de test de estrechamiento de márgenes realizados hasta ahora los reguladores y agencias de competencia han empleado los costos incrementales promedio de largo plazo (LRAIC). El LRAIC es el valor medio de los costos que son necesarios para iniciar el suministro de un producto e incluye todos los gastos que son específicos para la prestación del producto en análisis. Cabe precisar que bajo esta metodología no se incluye los gastos comunes que no pueden ser directamente atribuidos a su fabricación y comercialización. Además, el LRAIC incluye costos hundidos y es consistente con el test de igualmente eficiente<sup>126</sup>.

De esta manera se observa que existe una relación sobre el tipo de rentabilidad que se busca obtener con el tipo de costos que se van a usar para la aplicación del test.

El enfoque de contabilidad histórica depende de los beneficios reales y las pérdidas realizadas por el operador dominante, y por tanto, constituye un enfoque *backward* - looking. El objetivo de este enfoque es tratar de igualar los costos con los ingresos, periodo a periodo. Así, se debe decidir el período de tiempo durante el cual se consideran los beneficios reales. Este enfoque no toma en cuenta las inversiones realizadas por la empresa dominante así como le resta importancia al impacto de la incertidumbre sobre las estrategias de las empresas. Existen dos críticas frente a este enfoque: 1) puede permitir la entrada de rivales ineficientes en pro de aumentar la competencia<sup>127</sup> y 2) existe un margen importante para distorsiones contables si se espera que cada sub-período se

<sup>122</sup> Conocida como “periodo-periodo”.

<sup>123</sup> Test del operador igualmente eficiente.

<sup>124</sup> Prueba del operador razonablemente eficiente.

<sup>125</sup> Además, aunque no es materia de discusión de la presente sección, se pueden considerar otros tipos de costos al momento de realizar el estrechamiento de márgenes:

- Precio por costo (*cost pricing*)
- coste de descontar el cargo de acceso hasta el escenario
- costo fijos: costos fijos más altos genera un mayor “estrechamiento” entre la firma dominante y las competidoras
- costo variable
- costo unitario
- costo contable

<sup>126</sup> Copenhagen Economics, “*Applied Margin Squeeze study*”, Final report for Post-og Teletilsynet, 2010.

<sup>127</sup> PADILLA, Jorge y ZOIDO, Elena, “*An economist’s look margin squeeze test in the telecoms industry*”, en *Política Económica y Regulatoria en Telecomunicaciones*, pages 64-75, 2013

obtenga rendimiento positivo empleando técnicas de depreciación y amortización. Entre los casos donde se ha empleado esta metodología se encuentra en los casos previamente citados: Deutsche Telekom (Alemania) y Telefónica (España).

Cabe destacar que este test puede ser apropiado en un mercado estable donde las empresas están confiando en sus posiciones establecidas. Por lo tanto, en los mercados emergentes no es adecuado aplicarlo donde las empresas fijan los niveles actuales de gasto con el fin de establecerse y asegurar las recompensas futuras.

Por otro lado, el enfoque del Flujo de Caja Descontando (por sus siglas en inglés, DCF), considera los flujos de efectivo esperados en periodos futuros. Semejante al enfoque anterior, también se debe decidir el período de tiempo durante el cual se modela los flujos de efectivos esperados, usualmente es un periodo mayor o igual a 5 años. Para aplicar este análisis se requiere: i) una corriente de flujos de efectivo esperados o reales, que se modelan explícitamente durante un período determinado, ii) una tasa de descuento para calcular el valor actual neto de los flujos de caja y iii) especificar un valor terminal con descuento en el punto futuro en el que los flujos de caja ya no sean explícitamente modelados.

Entre los problemas de este enfoque se pueden señalar: i) puede mostrar resultados positivos a través del tiempo, pero no distinguir entre las situaciones en las que los márgenes positivos se deben a la fijación de precios y las situaciones en las que la única razón de los beneficios es la exclusión de los competidores legítimos; ii) sólo incluye a los clientes de un periodo específico y no tiene en cuenta el beneficio más allá de ese período de las perspectivas de un crecimiento en periodos posteriores; y iii) a menudo hay problemas de contabilidad en que la información disponible no se puede permitir una adecuada reconstrucción ex post de los flujos de ingresos previstos<sup>128</sup>.

En la misma dirección, al analizar las posiciones de los organismos de regulación de las telecomunicaciones de Reino Unido (Of tel y actualmente Ofcom) en relación a este enfoque se observa que no existe un consenso sobre los beneficios y pérdidas de utilizarlo. Para el Of tel, uno de los problemas de este enfoque es que si los flujos de efectivo esperados incorporan las ganancias de largo plazo como resultado de un éxito de estrechamiento de márgenes se estaría obteniendo resultados incorrectos. Mientras que para Ofcom, este enfoque proporciona un método adecuado para la evaluación de la rentabilidad en los test de comprensión de márgenes. Este enfoque se ha aplicado en casos como *Freeserva* (por Of tel) y en Telefónica (Por la Comisión Europea)<sup>129</sup>.

#### 9.1.6. A manera de conclusión

En conclusión, una conducta de estrechamiento de márgenes anticompetitiva tendrá lugar cuando el precio cobrado aguas arriba por el insumo sea muy alto en relación al precio

---

<sup>128</sup> Ibid.

<sup>129</sup> Estos casos se mencionan en PADILLA, Jorge y ZOIDO, Elena, “*An economist’s look margin squeeze test in the telecoms industry*”, en *Política Económica y Regulatoria en Telecomunicaciones*, pags 64-75, 2013. Ver para Freserva: “*Investigation by the Director General of Telecommunications into alleged anticompetitive practices by British Telecommunications plc in relation to BT Openworld’s consumer broadband products*”, Of tel Decision of 20 November 2003 y para Telefónica: “COMP/38.784, Wanadoo España vs Telefonica”, Commission Decision of 4 July 2007.

del producto final, o cuando el precio cobrado aguas abajo por el producto final sea muy bajo en relación al precio del insumo aguas arriba, o ambos. Estas tres situaciones pueden ocasionar que los márgenes de las firmas competidoras en el mercado aguas abajo disminuyan volviéndose insostenible en un mediano o largo plazo, ocasionando que las firmas decidan retirarse del mercado o disminuyan su participación. Asimismo, es necesario se cumplan las condiciones mencionadas líneas arriba.

Por otro lado, esta práctica anticompetitiva se diferencia de otras prácticas como discriminación de precios o precios predatorios, en puntos importantes como son: las características de los mercados, la relación con los costos, la relación con el insumo, entre otras que permiten una evaluación independiente de estrechamiento de márgenes.

Los efectos pueden ocasionar, en última instancia, una disminución del bienestar social afectando el crecimiento del sector. Por lo tanto, la lógica de impedir este tipo de prácticas es incuestionable ya que la variación en los costos y/o precios impiden que otros competidores, al menos tan eficientes como la empresa dominante, tengan éxito en el mercado<sup>130</sup> lo cual ocasiona los efectos negativos señalados previamente.

## **9.2. La práctica de estrechamiento de márgenes como supuesto abuso de posición de dominio en el Perú**

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”*.<sup>131</sup>

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 ley<sup>132</sup> toda vez que no es posible enumerar todas las conductas

<sup>130</sup> PRIETO, Eduardo y RODRÍGUEZ José María, *“Price squeeze en telecomunicaciones”*, NERA Economic Consulting, Regulación y Economía en Telecomunicaciones, 2005.

<sup>131</sup> **DL 1034**

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

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

...

h) En general, aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.

<sup>132</sup> *“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 Nº 12. Pág. 35. Consultado el 20 de agosto de 2014.

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

anticompetitivas existentes. Por lo tanto, esta Secretaría Técnica considera que, sin lugar a dudas, la conducta de estrechamiento de márgenes podría ser investigada y sancionada según la cláusula abierta del literal h) del artículo 10.2 del DL 1034 si se constituye como una conducta de abuso de posición de dominio que afecta el proceso competitivo en el mercado de telecomunicaciones por razones diferentes a la mayor eficiencia económica. Es relevante señalar que esta posición es compartida por el INDECOPI –en su calidad de agencia de competencia para los demás mercados, como se puede observar en el punto 6.3. del presente Informe<sup>133</sup>.

En la misma línea, los Lineamientos establecen que, para el OSIPTEL, si se presentara una conducta de “Price Squeeze” (en los Lineamientos se reconoce como “precios comprimidos”) resultaría sancionable en tanto introduzca distorsiones al régimen de libre competencia. Asimismo, este tipo de conducta se presenta en un contexto en el que una empresa integrada verticalmente es dominante en un mercado aguas arriba que provee de un insumo esencial a compañías que compiten con una empresa relacionada en un mercado aguas abajo. En dicho contexto la empresa verticalmente integrada tiene la posibilidad de reducir los márgenes de ganancia de sus competidores (en el mercado aguas abajo) incrementando el costo del recurso esencial y/o reduciendo los precios que ella cobra al público en el mercado aguas abajo.<sup>134</sup>

Asimismo, se señala que *“el efecto de esta estrategia de precios es la de reducir el margen de ganancia disponible para los competidores, de tal manera que, aunque no sean menos eficientes que la firma verticalmente integrada, los precios que puedan cobrar se vean sumamente reducidos (comprimidos), lo cual hace que el negocio ya no sea rentable para ellas, mientras que los beneficios totales de la firma verticalmente integradas no se vean muy afectados. Por tanto, para analizar un caso de Precios Comprimidos es importante notar que la comparación relevante no se debe realizar en términos del margen disponible para un competidor, sino que se debe analizar si la operación de la empresa relacionada de la firma verticalmente integrada (en el mercado hacia adelante) sería rentable si pagaran los mismos precios que los competidores por los recursos del mercado hacia atrás (downstream market).”* (El resaltado es nuestro)

Bajo dicho escenario y bajo la premisa que la conducta de estrechamiento de márgenes puede ser evaluada bajo el marco general de la figura de abuso de posición de dominio, corresponde aproximarnos a la metodología de análisis de dicha figura. Al respecto, el numeral 1 del artículo 10º de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas señala que existe abuso de posición de dominio cuando un agente económico que ostenta

---

<sup>133</sup> En el Informe Nº 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.”

<sup>134</sup> La cita textual es la siguiente *“Esta práctica en general se presenta cuando una firma verticalmente integrada es dominante en un mercado hacia atrás (upstream market) que provee de un insumo esencial a compañías que compiten con una empresa relacionada en un mercado hacia adelante (downstream market). Esta firma puede tener una conducta tal que vaya en detrimento de sus competidores. La firma verticalmente integrada tiene la posibilidad de reducir los márgenes de sus competidores (en el mercado hacia adelante) incrementando el costo del recurso esencial y/o reduciendo los precios que ella cobra al público en el mercado hacia adelante (downstream market).”*

posición de dominio<sup>135</sup> 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, observamos que las conductas deben tener un efecto exclusorio<sup>136</sup> para ser consideradas como abuso de posición de dominio.

Para el caso bajo análisis, la presunta conducta de estrechamiento de márgenes o “price squeeze” realizada por América Móvil, podría evaluarse como una conducta de abuso de posición de dominio, en la medida que pueda impedir, o al menos dificultar, la permanencia de los operadores de larga distancia en el mercado de llamadas de LDI desde redes móviles.

En ese sentido, siguiendo la metodología de análisis establecido en la Resolución de Inicio para evaluar este tipo de conductas y, conforme a la normativa de libre competencia<sup>137</sup>; esta Secretaría Técnica considera que, a fin de identificar y sancionar una práctica de “estrechamiento de márgenes” como abuso de posición de dominio, se debe verificar lo siguiente en el presente procedimiento:

- (i) Que el agente económico que realiza dicha conducta ostente una posición de dominio en el mercado relevante;
- (ii) Que la conducta realizada por el agente pueda ser considerada una práctica de estrechamiento de márgenes. Es decir, que una empresa verticalmente integrada (que compite en el mercado aguas arriba) reduzca los márgenes de ganancia de sus competidores (en el mercado aguas abajo) incrementando el costo del recurso esencial y/o reduciendo los precios que ella cobra al público en el mercado aguas abajo.

---

<sup>135</sup> Se considera que un agente económico ostenta posición de dominio cuando puede actuar al margen de preocuparse del accionar de sus competidores, proveedores o clientes debido a diversos factores.

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

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

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

<sup>136</sup> Incluso en el numeral 10.2 del artículo 10° del DL 1034 se señala “El abuso de posición de dominio en el mercado podrá consistir en **conductas de efecto exclusorio** tales como (...)”

<sup>137</sup> Análisis conforme a lo que señala el contenido del DL 1034.



- (iii) Que dicha conducta le genere beneficios y perjudique a sus competidores, siendo pasible de producir **efectos exclusorios** en el mercado (lo cual no hubiese sido posible de no ostentar la posición de dominio);

Al verificarse estos tres requisitos, se habría acreditado la práctica de abuso de posición de dominio como conducta pasible de sanción. Sin embargo, siendo que este tipo de conductas constituyen prohibiciones relativas<sup>138</sup>, de acuerdo a lo establecido en el numeral 4 del artículo 10º de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas<sup>139</sup>, a fin de que se pruebe la existencia de una infracción administrativa y la conducta sea sancionada, se debe evaluar si existe justificaciones a la conducta y/o si la misma genera efectos positivos y/o eficiencias en el mercado. Finalmente, se debe ponderar los efectos negativos para la competencia y el bienestar del consumidor sobre los efectos positivos y/o eficiencias en el mercado y solo cuando los primeros sean superiores a los segundos se deberá sancionar la práctica bajo análisis. Es decir, la práctica debe ser analizada conforme a la regla de la razón.

Cabe indicar que, previamente a exponer su posición sobre las imputaciones hechas en su contra, América Móvil realizó algunas precisiones entorno a la configuración de la conducta de estrechamiento de márgenes en su escrito de descargos. Así, la empresa investigada propuso el cumplimiento de los siguientes requisitos para la configuración de la mencionada conducta: a) *Que el agente cuente con posición de dominio en el mercado relevante (aguas arriba); b) Que el agente participe en el mercado aguas abajo; c) Que, el margen entre los precios aguas arriba y aguas abajo no sean suficientes para los costos; d) Que exista un beneficio y un perjuicio anticompetitivo (efecto exclusorio); e) Que no exista una justificación razonable para la conducta.*

Esta Secretaría Técnica observa que los requisitos que propone la empresa investigada para verificar una conducta de estrechamiento de márgenes anticompetitiva encaja claramente en lo establecido en la metodología propuesta por el Cuerpo Colegiado en su Resolución de Inicio, excepto en un punto, el cual corresponde ser aclarado por esta Secretaría Técnica. Cuando América Móvil indica en el punto c) *“Que, el margen entre los precios aguas arriba y aguas abajo no sean suficientes para los costos”*, parecería estar refiriéndose a que, para que una conducta de estrechamiento de márgenes sea sancionada, el margen entre los precios aguas arriba y aguas abajo debe ser necesariamente negativo ( $\text{margen} < 0$ ); es decir, según la empresa, en los dos siguientes escenarios un estrechamiento de márgenes no podría configurar una conducta anticompetitiva: (i) Cuando los costos que impone el agente en el mercado aguas arriba a sus competidores aguas abajo sean iguales al precio que dicho agente pone en el mercado aguas abajo, siendo el margen analizado igual a 0 ( $\text{margen} = 0$ ); y, (ii) Cuando los costos que impone el agente en el mercado aguas arriba a sus competidores aguas abajo sean menores al precio que dicho agente pone en el mercado aguas abajo, siendo el margen analizado positivo ( $\text{margen} > 0$ ).

<sup>138</sup> 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.

<sup>139</sup> DL 1034,  
**Artículo 10.4.-**

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



Al respecto, cabe resaltar lo señalado precedentemente en relación al estrechamiento de márgenes. Conforme se entiende de los Lineamientos vigentes, el efecto de esta estrategia de precios es la de reducir de manera significativa el margen de ganancia de las competidoras, de tal forma que el negocio ya “no sea rentable” para estas empresas, mientras que los beneficios totales del agente verticalmente integrado no se ven muy afectados. Esta Secretaría Técnica considera que este escenario se da cuando el margen entre el precio mayorista aplicado a los competidores en el mercado “aguas abajo”, incluidas las operaciones propias de la empresa dominante, y el precio que el operador de la red (dominante) aplica en el mercado “aguas abajo”, no basta para que un prestador de servicios eficiente en el mercado “aguas abajo” obtenga un beneficio normal que le permita competir en el mercado<sup>140</sup>.

Bajo esta premisa y en opinión de la Secretaría Técnica, este escenario “no rentable” no corresponde solo a un escenario con margen negativo sino el cual cumpla con las condiciones antes señaladas, el mismo que también puede darse cuando el margen es 0 o incluso cuando el margen es muy pequeño, dependiendo de cada caso específico. Sin perjuicio de ello, para este caso en particular, esta Secretaría Técnica realizará el análisis de la conducta considerando únicamente si el margen es negativo, ello en la medida que no existen dudas que bajo este escenario esta conducta será considerada un estrechamiento de márgenes.<sup>141</sup>

### **9.3. Respetto a la existencia de posición de dominio de América Móvil en el mercado relevante**

Para determinar la posición de dominio, es necesario definir previamente el mercado relevante en el que la empresa investigada ostentaría esta posición. Al respecto, el mercado relevante debe delimitar de forma clara el marco en el que actúa la empresa investigada, identificando el conjunto de productos y empresas que ejercen presión competitiva sobre la empresa investigada, así como el ámbito geográfico al que se circunscribe<sup>142</sup>.

<sup>140</sup> 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 agosto del 2014).

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).”*

<sup>141</sup> Esto no elimina la posibilidad que en otros casos de estrechamiento de márgenes que tramite el OSIPTTEL se puedan evaluar escenarios de márgenes positivos o neutros como posibles escenarios con potencial anticompetitivo.

<sup>142</sup> Motta, Massimo. Competition Policy: Theory and Practice. Cambridge University Press: EE.UU, 2004. Pg. 101.

A fin de determinar el mercado relevante en el que actúa América Móvil en el presente caso, la metodología a seguir por la Secretaría Técnica se encontrará enmarcada tanto en la normativa de libre competencia, aplicable a todos los mercados, como en la normativa específica al mercado de telecomunicaciones; es decir, la delimitación del mercado relevante se encontrará bajo el marco tanto del DL 1034 como los de Lineamientos, en particular, sobre 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 1034<sup>143</sup>, como primer paso corresponde identificar el bien o servicio materia de la conducta investigada (mercado de producto), para luego determinarse aquellos servicios que sean capaces de sustituirlo.

A efectos de realizar dicho análisis de sustitución, el DL 1034 señala que se deben evaluar las preferencias de los clientes o consumidores, las características, usos y precios de los posibles sustitutos; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución. Por su parte, los Lineamientos señalan que *“(e)n términos generales se busca reunir a todos aquellos servicios que presentan características similares desde el punto de vista de los consumidores, aislando en un primer momento el factor de los precios. Es decir, se busca determinar la posibilidad de sustitución física de los productos.”*

De igual forma, los Lineamientos señalan que para poder evaluar el grado de sustitución entre los servicios deben evaluarse: (i) los sustitutos físicos; es decir, todos aquellos servicios que presentan características similares desde el punto de vista de los consumidores, luego, (ii) el análisis debe ampliarse para incluir los precios, indagando si los consumidores estarían dispuestos a cambiarse hacia alguno de los productos sustitutos si se produjese un incremento pequeño, pero significativo y permanente en el precio del servicio analizado. A esta metodología se le conoce como el “test del monopolista hipotético”<sup>144</sup>.

Ahora bien, es importante señalar que todos estos conceptos relacionados al mercado relevante así como la determinación de la posición de dominio misma, cuando se aplican al sector de telecomunicaciones encuentran algunos factores que pueden hacer más complejo el análisis. Así, por el lado de la oferta estamos en presencia de industrias verticalmente integradas cuyas firmas competidoras necesitan relacionarse para proveerse insumos esenciales. Por el lado de la demanda los costos de cambios de proveedor son significativos, lo cual en algunos casos se debe básicamente a la presencia

<sup>143</sup> 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.

<sup>144</sup> 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.

de externalidades de red. Y, finalmente, desde la perspectiva de la eficiencia dinámica, el cambio tecnológico acelerado del sector contribuye a complicar el análisis, al modificar los medios mediante los que se prestan los servicios, y en algunos casos, modificando a los servicios en sí mismos.<sup>145</sup>

### 9.3.1. El mercado de producto

Como se ha señalado previamente, la conducta investigada involucra dos mercados: (i) el mercado aguas arriba constituido por el servicio de facilidades para la originación de llamadas de LDI desde teléfonos móviles prepago a través del sistema de LLxLL; y, (ii) el mercado aguas abajo constituido por el servicio LDI a los que pueden acceder los usuarios mediante la telefonía móvil prepago. Es importante señalar que esta reducción de márgenes efectuada por América Móvil a sus competidores de LDI en el mercado aguas abajo se da entre estos dos mercados, y tiene lugar toda vez que esta empresa es un operador integrado verticalmente que presta servicios en los dos mercados relacionados.

Al respecto, habría que considerar que los operadores de larga distancia necesitan de las facilidades esenciales que brinda América Móvil para proveer el servicio de llamadas de LDI a los usuarios de dicho operador móvil (al igual que las de Nextel y Telefónica Móviles, para poder brindar el servicio LDI a los usuarios de estas otras dos operadoras). Así, se observa que la naturaleza de la plataforma de América Móvil hace que tanto los operadores de larga distancia que quieren acceder a la misma para poder brindar servicios LDI, como los usuarios finales de la red de América Móvil, consideran que las otras redes móviles son distintas, de acuerdo a las características que tiene cada red de telecomunicaciones (en este caso, red móvil).

Ello se debe a que, en efecto, el único medio que tienen los operadores de larga distancia para poder brindar el servicio de llamadas de LDI desde los teléfonos móviles de América Móvil es precisamente accediendo a la red de América Móvil. 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.

Bajo esta premisa, esta Secretaría Técnica considera –tal y como se ha señalado en el Informe Preliminar– que en el presente caso el servicio materia de la conducta investigada es el servicio de facilidades para la originación de llamadas de LDI desde teléfonos móviles a través del sistema de LLxLL en el segmento prepago, que constituye el mercado “aguas arriba” y que incluye los servicios de originación y acceso a plataforma de pago. A su vez, este servicio está estrechamente vinculado al servicio de telefonía móvil, toda vez que este último sirve de plataforma para prestar el servicio en cuestión.

Respecto a la telefonía móvil, debe señalarse que en la actualidad, por sus características y atributos, no tiene sustitutos que puedan ejercer presión competitiva sobre la misma. Las ventajas de la telefonía móvil radican básicamente en aspectos relacionados con la

<sup>145</sup> BARRANTES, Roxana y AGUERO, Aileen. “¿Algún mercado es ajeno a un economista? Notas sobre el Mercado Relevante pensando en las Telecomunicaciones. En: Derecho de la Competencia, Tomo I, pg. 69, Círculo de Derecho Administrativo, Lima.

movilidad que este servicio ofrece, así como el nivel de cobertura que se ha logrado. Así, la telefonía móvil permite realizar llamadas a una gran cantidad de destinos, con la característica de movilidad. Además, la telefonía móvil permite que los usuarios reciban llamadas casi en cualquier lugar en el que se encuentren. Estas características no están disponibles en los servicios de telefonía fija ni telefonía pública, ya que restringen el movimiento de los usuarios y tienen menor cobertura geográfica.

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

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

Estando a lo señalado, 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” los cargos de originación y acceso a su plataforma en el mercado aguas arriba, y a los segundos, les cobra una tarifa final LDI en el mercado aguas abajo.

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

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

Por su parte, 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); ello en la medida que prefieren su red no solo por el servicio LDI, sino por más razones (combinación de otros servicios, llamadas on-net, promociones, etc.) que hacen que cada plataforma sea un mercado diferente para los operadores de larga distancia. Esto se encuentra estrechamente relacionado con los costos de cambio (“switching costs”) 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 móvil.

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, ya que se tiene la posibilidad de realizar y recibir más llamadas, normalmente 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.

En los servicios de telefonía móvil se pueden observar claramente las externalidades de red. 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, para la elección del operador móvil con el cual se contrata dicho servicio la tarifa más importante será la tarifa de las llamadas on-net, por lo cual el usuario termina eligiendo la red donde tiene la mayor cantidad de contactos.<sup>146</sup>

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 ajena a la elección del operador móvil, ya que el tráfico de LDI no representa una parte significativa del tráfico desde redes móviles (aunque, como se verá más adelante, sí representa una parte significativa del tráfico de LDI considerando otras redes).

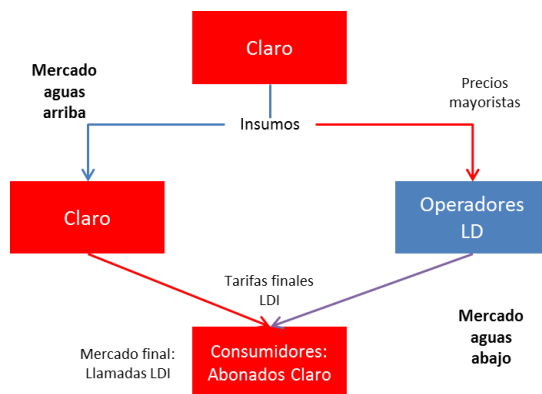
Para esta elección, desde que empezó a operar el sistema de LLxLL, en octubre de 2010, los usuarios del servicio de telefonía móvil tienen básicamente dos opciones: (i) realizar sus llamadas de LDI desde teléfonos móviles a través de su propio operador móvil; o (ii) realizar sus llamadas de LDI desde teléfonos móviles a través de un operador de larga distancia alternativo. En tal sentido, como ya se ha señalado, 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).

Como un argumento adicional, es importante tener en cuenta la naturaleza de la práctica investigada: el estrechamiento de márgenes. **En estas conductas se debe definir el mercado relevante considerando la integración vertical**, ya que están involucrados tanto un mercado mayorista (aguas arriba) como uno minorista (aguas abajo), siendo además que la relación entre las tarifas aguas arriba (cargos) y las tarifas minoristas es la que determina la conducta del estrechamiento de márgenes.

Recapitulando, para el presente caso, el mercado mayorista, es el mercado de las facilidades para la originación de llamadas de LDI desde teléfonos móviles en el que

<sup>146</sup> 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.

participan como “clientes” solo las empresas operadoras de LDI, mientras que el mercado minorista es el mercado de llamadas de LDI desde teléfonos móviles prepago en el que participan como “clientes” los consumidores finales. Es decir, la empresa verticalmente integrada (América Móvil) y las operadoras de larga distancia interactúan de la siguiente manera: vendedor-comprador (mercado aguas arriba) y competidores (mercados aguas abajo)<sup>147</sup>. Al respecto, estas interacciones en la red de América Móvil se pueden graficar de la siguiente manera:



De esta manera, tal y como se estableció en la Resolución de Inicio, esta Secretaría Técnica considera que la posición de dominio debe evaluarse en el mercado aguas arriba, es decir, en la red de América Móvil. Así, el mercado de producto relevante aguas arriba para determinar la posición de dominio es el siguiente: **El mercado relevante constituido por el acceso a la red de América Móvil para la originación de llamadas de larga distancia internacional a través del sistema de Llamada por Llamada en el segmento prepago.**

Este mercado aguas arriba está asociado a un mercado aguas abajo en el cual se producirían los efectos: **El mercado de llamadas de LDI en la red de América Móvil a través del sistema de Llamada por Llamada en el segmento prepago.**

En sus descargos, América Móvil señaló que el mercado relevante se habría reducido considerablemente. Al respecto, en primer lugar, discrepa con que no hayan sustitutos

<sup>147</sup> EIJBERTS, Charlotte A. "The Margin Squeeze in the EU Telecommunications Sector; No changes thus far". June 13, 2011. Pág. 4.

"Vertical integration refers to a situation where an undertaking is active on both the upstream as the downstream market. The vertical integration depicts a "double-sided-relationship"; at the wholesale level, the relationship seller-buyer exists; downstream the involved companies are rivals. This link is important as it may influence the incentives of a dominant undertaking when developing pricing strategies.

Vertical integration is the key to the existence of a margin squeeze. If the incumbent firm is only present at the wholesale level, it will not be able to engage in a margin squeeze".

"La integración vertical se refiere a una situación en que una empresa es activa tanto en el mayorista como el mercado minorista. La integración vertical representa una "cara de doble relación"; en el nivel mayorista existe la relación vendedor-comprador; aguas abajo las empresas involucradas son rivales. Este enlace es importante, ya que puede influir en los incentivos que tenga una empresa dominante en el desarrollo de las estrategias de precios.

La integración vertical es la clave de la existencia de un estrechamiento de márgenes. Si la empresa titular sólo está presente en el nivel mayorista, no puede ser capaz de participar en un estrechamiento de márgenes". (Traducción libre)



adecuados para los servicios de llamadas de LDI originadas en redes móviles por sus características de movilidad y ubicuidad, dado que los usuarios sí podrían sustituir las mismas realizando llamadas de LDI desde otras redes de telecomunicaciones o por comunicaciones a través de otros servicios tales como los ofrecidos en teléfonos públicos, locutorios o cabinas de Internet.<sup>148</sup> Por su parte, en segundo lugar, indicó que en el caso específico del mercado aguas arriba, este sería más amplio, debiéndose considerar todas las redes que podría utilizar un operador de LDI a través del sistema de LLxLL o mediante tarjetas de pago; siendo que, para los operadores de LDI, el tráfico de tarjetas de pago y el tráfico originado mediante el sistema de preselección son más atractivos que las redes móviles.

Respecto a la primera discrepancia sobre la sustitución en el mercado aguas abajo, esta será respondida en la sección correspondiente a la determinación del mercado afectado. De otro lado, respecto a la segunda afirmación, debe señalarse que esta es incorrecta, ya que por ejemplo un operador 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. Asimismo, respecto a la afirmación del mayor atractivo del sistema de preselección o de tarjetas de pago 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.

Esta Secretaría observa que los argumentos de América Móvil no corresponden a un cuestionamiento del mercado relevante delimitado por la STCCO en el presente procedimiento, sino que corresponden a un análisis de sustitución en el mercado afectado con la conducta bajo análisis (el mercado de llamadas LDI en la red de América Móvil a través del sistema de LLxLL en el segmento prepago). Conforme a ello, es importante recordar que el mercado relevante no siempre corresponde al mercado afectado; en efecto, si bien es cierto que 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. Como se ha visto en diversas controversias tramitadas ante las instancias de solución de controversias ante el OSIPTel, en determinados casos, el mercado relevante y el mercado afectado podrían tener alcances distintos<sup>149</sup>.

<sup>148</sup> Al respecto señala: (i) que no existe evidencia que los usuarios del servicio móvil prepago tengan necesidad de realizar llamadas de LDI mientras se están desplazando (por el contrario, existen pruebas – como la Encuesta del OSIPTel del 2012 o ciertos estudios econométricos- que mostrarían que el usuario final de llamadas de LDI desde móviles prepago sí tienen sustitutos en las llamadas generadas de los teléfonos públicos, teléfonos fijo, locutorios o cabinas); (ii) las campañas publicitarias desplegadas por América Móvil muestran el nivel de sustituibilidad de las llamadas de LDI desde móviles prepago con los locutorios públicos; (iii) los otros operadores LDI confirmarían que las llamadas de LDI desde móviles prepago pueden ser sustituidos por servicios de LDI desde teléfonos públicos, locutorios o cabinas de internet y comunicaciones vía internet, (iv) existe una fuerte competencia con otros proveedores y otras tecnologías de red fija. Google Voice y Skype (que utilizan VoIP), así como con los servicios de comunicaciones con el extranjero a través de Internet que no son de voz como Whatsapp, los cuales también serían sustitutos para las llamadas de LDI prepago móvil.

<sup>149</sup> A manera de ejemplo, podemos citar la Resolución del Cuerpo Colegiado Nº 012-2013-CCO/OSIPTel de fecha 8 de marzo de 2013, contenida en el Expediente 006-2011-CCO-ST/LC, (Controversia entre Red de Comunicaciones Digitales S.A.C. contra Televisión San Martín S.A.C. y Empresa de Radiodifusión Comercial Sonora Tarapoto S.R.L. por presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de acuerdos de exclusiva). Asimismo, la Resolución Nº 017-2012-CCO/OSIPTel de fecha 20 de julio de 2012, contenida en el Expediente 005-2011-CCO-ST/LC (Procedimiento de Oficio iniciado contra Telefónica del Perú S.A. por presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de ventas atadas).

Bajo esta premisa, en el presente caso, la red de América Móvil como plataforma, la cual sirve de insumo esencial para que la originación de llamadas LDI, sería el mercado relevante. Esta red configura un mercado diferente que las otras redes (como Nextel o Telefónica Móviles), ello en la medida que la competencia se presenta dentro de cada red, para el caso en particular.

En relación a ello, América Móvil indica que, verificar la existencia de competencia dentro de cada red móvil y observar que las condiciones de competencia son distintas en cada una de ellas, no puede servir para concluir que estamos frente a mercados relevantes diferentes (en referencia a que cada red del operador móvil es una plataforma diferente y que se constituye por sí misma en el mercado relevante), dado que la competencia en los servicios de llamadas de LDI se produce también entre redes móviles, entre estas y otras redes que brinden tal servicio. Así, se debería incluir en el análisis del mercado relevante a todas las redes desde las cuales los operadores de larga distancia pueden originar tráfico.

Previamente a rebatir este argumento, es preciso tener en cuenta que la red de América Móvil funciona como una plataforma que atiende a aquellos operadores que desean originar llamadas desde su red. Cabe señalar que estos operadores LDI realizan “multihoming”<sup>150</sup>, 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. No por ello el mercado relevante debería considerar a todas las redes móviles donde se originan llamadas, toda vez que, para realizar el análisis de sustituibilidad, es imprescindible identificar previamente las características de los usuarios que tendrán acceso al servicio que brindarán estos operadores LDI desde la plataforma de América Móvil.

Al respecto, se observa que un usuario que necesita hacer una llamada de LDI desde su teléfono móvil, podrá hacerlo usando el servicio de su propio operador móvil, o utilizando el servicio de un operador de larga distancia, en ambos casos a través del sistema de LLxLL. Sin embargo, lo que el usuario no hará es ser “multihoming”, en la medida que usualmente el usuario móvil no utiliza varias redes móviles para efectuar sus llamadas<sup>151</sup>, así como tampoco va a migrar a otra red Móvil, porque como ya se ha señalado, los usuarios de la telefonía móvil prefieren su red no solo por los servicios LDI, sino por más

---

De igual manera, el INDECOPI comparte esta postura. Al respecto, ver: Resolución 009-2010/CLC-INDECOPI del 4 de febrero de 2010, correspondiente al procedimiento iniciado por Aero Servicios S.A.C. contra Petróleos del Perú – PETROPERU S.A., por presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de venta. Asimismo, la Resolución N° 059-2011/CLC-INDECOPI de fecha 15 de noviembre de 2011, correspondiente al procedimiento de Arcos Dorados de Perú contra Administradora Jockey Plaza Shopping Center S.A., Sigdelo S.A. y otros, por presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa concertada e injustificada a contratar.

<sup>150</sup> 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.

<sup>151</sup> Como pueden ser los casos en que los usuarios tengan doble chip, o dos o más terminales móviles, pudiendo utilizar los servicios de dos o más operadores móviles.

razones (combinación de otros servicios, llamadas on-net, promociones, etc.). Estando a lo señalado, se observa que cada plataforma corresponde a un mercado diferente para los operadores LDI y, por consiguiente, el argumento de América Móvil no resulta válido.

Sin perjuicio de todo lo señalado, es importante reconocer que las situaciones en las que el mercado relevante es reducido son muy particulares (como ocurre en el presente caso); sin embargo, se han presentado algunos casos, básicamente debido a las características del producto o servicio y de las particularidades del mercado evaluado (como puede ser el mercado de telecomunicaciones). Justamente, en el Informe Preliminar se presentó una breve revisión de jurisprudencia comparada, donde se observaba una misma línea de análisis en casos similares en el mercado de telecomunicaciones.

A manera de ejemplo, se citó el caso de la Sentencia Nº 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). En los argumentos 43 y 58 de dicha Sentencia, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile señaló lo siguiente en relación a la delimitación del mercado relevante y la posición de dominio de Telefónica Móviles Chile:

***“Vigésimo octavo: Que, con relación al mercado relevante, es posible distinguir dos mercados que se encuentren relacionados: el mercado de servicios de telefonía móvil y el mercado de servicios de terminación de llamadas fijo-móvil on-net;***

***Vigésimo noveno: Que la distinción precedente corresponde a un caso de mercados conexos, esto es, situados “aguas arriba” y “aguas abajo”, respectivamente, en la provisión de servicios de telecomunicaciones. Lo anterior, por cuanto el mercado de servicios de terminación de llamadas fijo-móvil on-net no existiría si no se hubiera desarrollado en primer lugar el mercado de servicios de telefonía móvil;***

***Trigésimo: Que los mercados “aguas arriba” y “aguas abajo” se caracterizan en general por estar vinculados por la existencia de un insumo o facilidad esencial;***

***(...) Trigésimo cuarto: Que el mercado “aguas arriba” está relacionado con el mercado “aguas abajo” toda vez que, para que los servicios se provean en este último (el servicio de terminación de llamadas fijo-móvil on-net), es preciso utilizar la red de telefonía móvil de la empresa respectiva (mercado “aguas arriba”). Esto implica que los proveedores del servicio de terminación de llamadas fijo-móvil on-net necesariamente deben contar con un plan de minutos de la concesionaria dueña de la red móvil de destino de las llamadas, a menos que quien provea dicho servicio sea la propia empresa móvil dueña de dicha red;***

***Trigésimo quinto: Que lo anterior se traduce en la existencia de un insumo o facilidad esencial del cual son titulares las empresas móviles, a saber, el plan de telefonía móvil que le permite a las empresas que prestan el servicio de terminación de llamadas fijo-móvil on-net acceder a una red determinada y competir con los demás oferentes de dicho servicio, dentro de los que se encuentran también las empresas de telefonía móvil;***

***Trigésimo sexto: Que dicho insumo es esencial por cuanto es indispensable para participar en el mercado “aguas abajo” y porque no existe un sustituto a precio razonable para dar este servicio;***

***(...) Cuadragésimo tercero: Que, en consecuencia, para los efectos de esta causa, este Tribunal considera que el mercado relevante del producto es el mercado de terminación de llamadas fijo-móvil on-net, conexo al mercado de servicios de telefonía móvil; (...)***

*Que, a juicio de este Tribunal, por el solo hecho de ser el único proveedor del insumo que resulta esencial para dar el servicio de terminación de llamadas en su red, TMCH cuenta con un significativo poder de mercado. Lo anterior también podría afirmarse respecto de aquellas otras empresas de telefonía móvil que prestan el mismo servicio. Además, tal como se ha dicho, este Tribunal considera que este poder de mercado es mayor mientras más grande sea el tamaño de la red del operador móvil; (...)*. (El subrayado es nuestro).

Por su parte, adicionalmente al caso chileno citado por la Secretaría Técnica, el CCO citó en su Resolución de Inicio un caso evaluado por la agencia de competencia mexicana. Es el caso de la 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-. En este caso mexicano, la Comisión Federal de Competencia de México (la CFC) determinó que Telcel incurrió en dicha conducta anticompetitiva al establecer cargos que afectaban la dinámica competitiva del mercado, ello al incrementar los costos de sus competidores imponiéndoles un cargo de interconexión que resultaba más alto que las tarifas que Telcel establecía para sus usuarios finales. Respecto al análisis de la CFC, en relación a la delimitación del mercado relevante y la posición de dominio de Telcel, son relevantes las siguientes citas:

*“El servicio de terminación de llamadas en una Red Pública de Telecomunicaciones (RPT) de Servicio de Telefonía Local (STL) forma parte de los servicios de interconexión.*

*(...) En el caso de la terminación de llamadas con destino a usuarios de redes de telefonía local móvil, la legislación prevé la prestación de este servicio bajo ciertas condiciones relacionadas con la modalidad “El que llama paga” (EQLLP).*

*(...) Una característica importante del servicio de terminación de llamadas en una RPT móvil es que únicamente la RPT móvil del usuario de destino dispone de los medios de conmutación y transmisión (principalmente central de destino, concentrador de líneas y línea conmutada de acceso al usuario) que permiten terminar la llamada en el número del suscriptor de sus servicios. Por tanto, técnicamente sólo el concesionario u operador de la RPT en cuestión puede prestar los servicios de terminación en los suscriptores de la misma.*

*En este sentido, los servicios de terminación conmutada en las diferentes redes móviles son distinguibles y distintos entre sí. Por lo tanto, el servicio relevante es la terminación de llamadas locales en la RPT móvil de Telcel.*

*(...) Desde esta perspectiva, la demanda del servicio relevante por parte de los concesionarios presenta dos restricciones fundamentales:*

- i) El número del usuario de la RPT de destino es elegido por el suscriptor que genera la llamada; y*
- ii) Únicamente la RPT móvil de destino dispone de los medios de transmisión para entregar la llamada en el número citado y, por tanto, sólo el concesionario de esta RPT puede prestar el servicio relevante en cuestión.*

*En estas condiciones, los concesionarios que demandan los servicios relevantes no eligen la RPT que se los proporcionará, ni disponen de alternativas para sustituirla. La función de terminación es un insumo que un concesionario del STL ofrece a través de su RPT a otras RPTs que, a su vez, lo emplean para prestar el STL fijo o móvil a los usuarios finales.*

*Cada equipo terminal (i.e. teléfono) de los usuarios finales del STL mantiene una línea de acceso única y exclusiva con un concesionario de RPT determinado. Esta condición técnica permita a cada concesionario de RPT para STL constituirse como el único agente*

*económico existente para terminar una llamada dirigida a cualquiera de sus suscriptores”.*  
(El subrayado es nuestro.)

En relación a estos dos casos, se observó una particularidad en relación al mercado de producto: el mercado relevante del producto es bastante reducido y conlleva un 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 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 para originar una llamada de LDI establecida por cualquiera de sus usuarios móviles prepago (por ser propietaria de su propia red), y, en consecuencia, el que ostenta posición dominante en dicho mercado.

En relación a ello, en sus descargos, América Móvil señaló que, en relación al mercado aguas arriba, no se puede concluir que tiene posición de dominio sustentándose en los casos de estrechamiento de márgenes en otros países, donde se ha considerado que el titular de la red tiene posición de dominio para el acceso a la misma. Sobre el particular, América Móvil señala que en los casos de Chile y México por conductas de estrechamiento de márgenes (citados por la STCCO en el Informe Preliminar) versan sobre situaciones en las que el insumo es la terminación de llamadas y no la originación, caso en el cual, los usuarios prepago pueden elegir entre otros operadores LDI para iniciar una llamada LDI.

Sin embargo, esta Secretaría Técnica considera que América Móvil nuevamente se equivoca al tratar de llevar a la discusión del mercado relevante a los usuarios finales. Tal como se ha señalado, la determinación del mercado relevante en las conductas de estrechamiento de márgenes se realiza en el mercado aguas arriba, donde participan la empresa verticalmente integrada, que vende el insumo, y sus competidores en el mercado aguas abajo, que demanda el insumo (como cliente). En ese sentido, debe quedar claro que los consumidores y sus demandas no participan en el mercado aguas arriba, por más que su demanda por minutos genere la demanda por el insumo. De esta manera, lo que en este caso se ha considerado para la definición del mercado relevante es la demanda que tiene los operadores de larga distancia por las facilidades esenciales para la prestación del servicio de llamadas LDI desde la red de América Móvil, para la cual no existen sustitutos.

De acuerdo con todos los argumentos antes mencionados, se concluye que **el mercado de producto relevante** para la presente controversia está conformado por 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.

### 9.3.2. Mercado geográfico

Luego de haber definido el mercado de servicio relevante, el siguiente paso es determinar el mercado geográfico. De acuerdo con el artículo 6.3 del DL 1034, el mercado geográfico relevante es el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, los costos de transporte y las barreras al comercio existentes.



Al respecto, el **mercado geográfico** estaría constituido por todo el territorio nacional, ello teniendo en cuenta que el servicio de telefonía móvil, y por ende, toda la estructura sobre la que se brinda el servicio de llamadas de LDI desde teléfonos móviles, tienen alcance nacional.

### 9.3.3. Mercado relevante aplicable a la presente controversia

Tomando en consideración el análisis realizado en los puntos precedentes, el mercado relevante aplicable a la presente controversia está conformado por 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 a nivel nacional.

### 9.3.4. Sobre la posición de dominio de América Móvil

De acuerdo al artículo 7.1. del DL 1034, se entiende que un agente económico goza de posición de dominio en el mercado relevante cuando tiene la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que sus competidores, proveedores o clientes puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad, debido a factores tales como: una participación significativa en el mercado relevante; las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios; el desarrollo tecnológico o servicios involucrados; el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministro así como a redes de distribución; la existencia de barreras a la entrada de tipo legal, económica o estratégica; la existencia de proveedores, clientes o competidores y el poder de negociación de éstos.

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

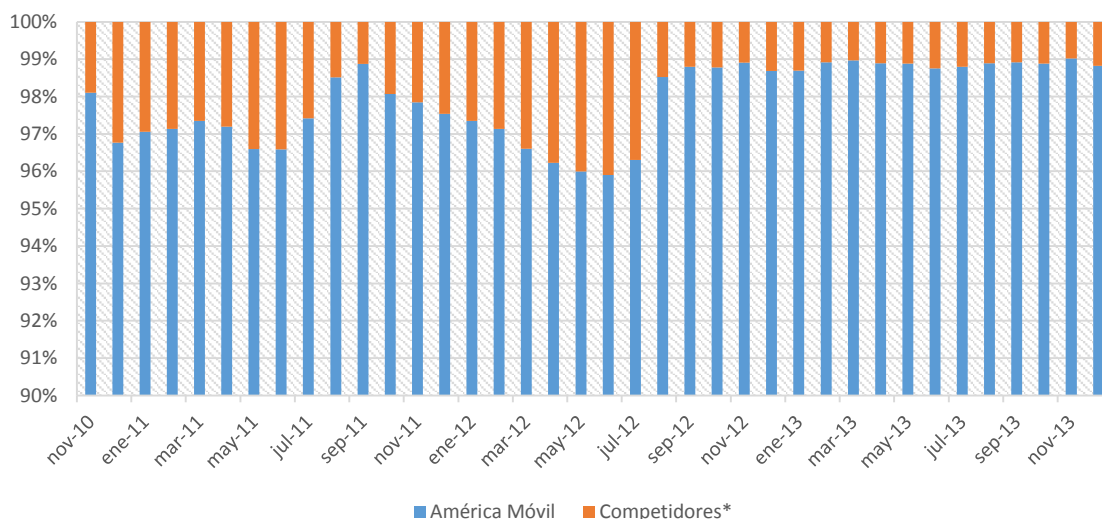
Sobre la posición de dominio, en primer lugar habría que mencionar que, al haber determinado como mercado relevante la red de América Móvil, esta empresa tiene la propiedad de su propia red, y posee una significativa ventaja que los operadores de larga distancia no tienen. Asimismo, es importante señalar que debido a la propiedad de la red, la cantidad de información sobre los usuarios a la que tienen acceso los operadores móviles es también una ventaja que es muy difícil de replicar, si no imposible. Esta información que posee el operador móvil le permite dirigirse directamente a los usuarios que demandan llamadas de LDI desde sus teléfonos móviles prepago, así como el diseño de ofertas específicas formuladas a partir de la información que posee. En relación a las barreras, habría que 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. Asimismo, se observa que América Móvil es un operador integrado vertical y horizontalmente.



América Móvil señala que no tiene posición de dominio en el mercado relevante si es que se considera los argumentos que plantea para la delimitación del mercado relevante. Agrega que, en el mercado “aguas abajo”, por la fuerte competencia que se afronta, del total del tráfico saliente LDI para los años 2010 y 2011, América Móvil contaba con una participación de mercado que no superaba el 18%. Cabe indicar que este porcentaje señalado por la empresa investigada es un porcentaje considerando todos los medios en los que se cursa tráfico LDI. Por ello esta participación que presenta no podrá ser considerada por la Secretaría Técnica para el análisis.

Por el contrario, considerando el mercado relevante que se ha delimitado y el mercado “aguas abajo” que cuestiona América Móvil, 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, la situación no ha variado mucho, 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 “clientes” de 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:

**Gráfico N° 1: Participación de América Móvil en el tráfico LDI dentro de su propia red prepago**



\* Incluye: IDT, Convergía y Americatel.

Fuente: Empresas Operadoras

Elaboración: STCCO- OSIPTTEL

Respecto a las barreras económicas, 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 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: A la fecha solo hay tres operadores de larga distancia y habría que considerar que el último de ellos entró

después de que se regulara el cargo de acceso a plataforma de pago (Convergencia). Por su parte, 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, que podrían ingresar al mercado LDI desde móviles si pudiesen acceder a menores costos, que no podrían ofrecer tarifas competitivas, entre otras cuestiones<sup>152</sup>.

En efecto, aunque aparentemente no existen otras importantes barreras a la entrada, el mercado es servido todavía por muy pocos competidores, pese a que se esperaba la entrada de muchos más, ya que existen 42 empresas con códigos 19XX asignados, y que son más de 30 empresas las que han participado en el mercado de llamadas de LDI desde teléfonos fijos de abonado y teléfonos públicos.

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

En conclusión, al haberse determinado como mercado relevante su propia red móvil, se observa que **América Móvil ostenta posición de dominio en el mercado de facilidades de acceso a su red para la originación de llamadas de LDI a través del sistema de LLxLL en el segmento prepago a nivel nacional** (mercado “aguas arriba” de la conducta de estrechamiento de márgenes). En efecto, 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.

#### **9.4. Análisis de la conducta realizada por América Móvil**

Conforme a lo desarrollado en el marco legal y económico así como la jurisprudencia sobre la figura de estrechamiento de márgenes y las metodologías de análisis posibles entorno a esta conducta, en esta sección se evaluará si en el presente caso la conducta investigada configura un estrechamiento de márgenes. Luego, de verificarse la existencia de un estrechamiento de márgenes, se evaluará si éste constituye una práctica anticompetitiva que amerite ser sancionada.

---

<sup>152</sup> La empresa Amitel señaló que habría analizado ingresar al mercado pero se desistió por el alto costo que generaba mantener el servicio. También indicó que a pesar que el sistema de LLxLL hizo más competitivo y atractivo el mercado de larga distancia, el mercado LDI desde móviles no es rentable por los costos en los que se debe incurrir (entre ellos, el plago de la plataforma prepago de las operadoras móviles). De otro lado, para Amitel no se pueden ofrecer tarifas competitivas por los altos costos de operación y cargos cobrados por los operadores móviles.

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

#### 9.4.1. La estrategia de América Móvil

La conducta investigada será analizada 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 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 consiste en 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.<sup>153</sup> Si bien más adelante se precisará sobre si los locutorios o cabinas de internet pertenecen (o no) al mismo mercado que las llamadas de LDI desde teléfonos móviles de América Móvil a través del sistema de LLxLL conforme a un análisis de sustitución en el mercado afectado, cabe señalar que, en efecto, esta Secretaría Técnica considera que dicha campaña publicitaria pudo haber sido desplegada para competir agresivamente con los locutorios y cabinas de internet, en la medida que el servicio LDI móvil puede sustituir a las llamadas LDI desde locutorios y cabinas de internet (lo llamaremos, “sustituto de ida”).

En efecto, si América Móvil pone un precio competitivo o el precio de los locutorios y cabinas de internet es mayor que el LDI móvil, el usuario que tiene un móvil utilizará el mismo para realizar llamadas de LDI, prefiriendo el mismo y dejando de lado el uso de los locutorios y cabinas. Sin embargo, no puede considerarse como un “sustituto de ida y vuelta”, en la medida que, si bien como se ha indicado, las llamadas LDI desde móviles pueden ser sustituto de las llamadas LDI desde locutorios y cabinas; estas últimas no resultan ser sustitutas de las llamadas LDI desde móviles. Esto porque, como se ha indicado en el Informe Preliminar de la STCCO, por la naturaleza misma del servicio móvil (en particular la movilidad y el nivel de cobertura), este servicio no tiene sustitutos que puedan ejercer presión competitiva sobre el mismo<sup>154</sup>, lo cual se demostrará en la sección correspondiente a la determinación del mercado afectado.

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 buscaba competir de forma integral con otros operadores móviles. Así, América Móvil

<sup>153</sup> Cabe destacar que este argumento de defensa se expone para las primeras ofertas lanzadas en el año 2011; sin embargo, consideramos que América Móvil sostiene los mismos argumentos para las ofertas lanzadas a partir del mes de junio de 2012.

<sup>154</sup> En el Informe Preliminar se señala lo siguiente:

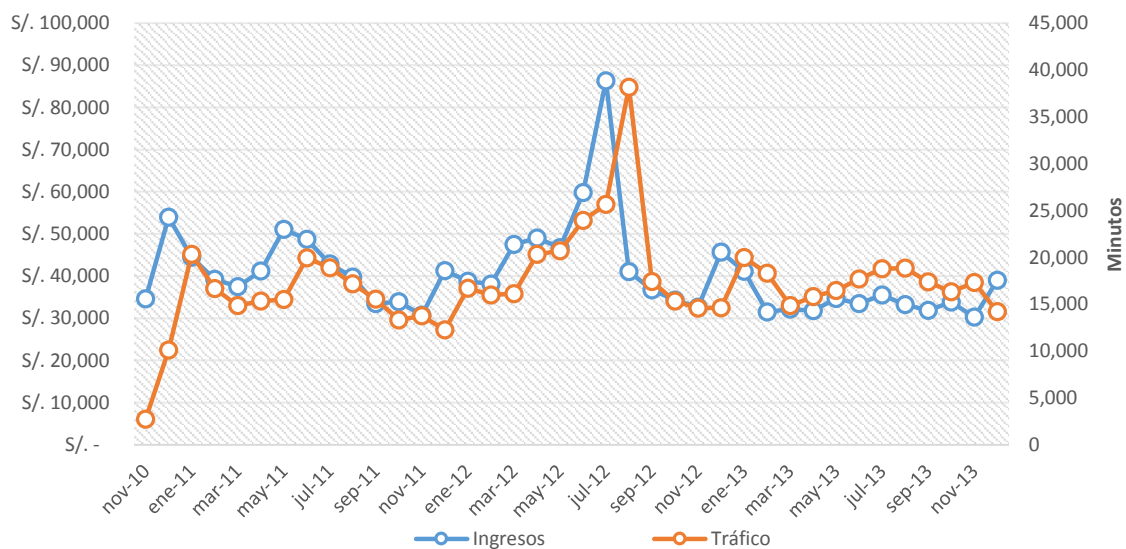
*“Respecto a la telefonía móvil, debe señalarse que en la actualidad, por sus características y atributos, no tiene sustitutos que puedan ejercer presión competitiva sobre la misma. Las ventajas de la telefonía móvil radican básicamente en aspectos relacionados con la movilidad que este servicio ofrece, así como el nivel de cobertura que se ha logrado. Así, la telefonía móvil permite realizar llamadas a una gran cantidad de destinos, con la característica de movilidad.”*

demonstraría 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, esta Secretaría Técnica 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. Asimismo, resulta evidente que América Móvil sabía que los cargos que les imponía a sus competidores estaban por encima de la tarifa de S/. 0.545 por minuto (incluido IGV); es decir, América Móvil era consciente de que estrechaba los márgenes de sus competidores.

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, mostrando ambos indicadores una caída y estabilización desde el mes de setiembre de ese mismo año, hasta el final del periodo de análisis. Al respecto, se observa 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.

**Gráfico N° 2: 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

Así, existe evidencia de que América Móvil pudo mantener una conducta anticompetitiva durante todo el periodo de análisis, en el cual logró estrechar los márgenes de sus competidores, reduciendo su crecimiento, manteniendo la concentración del mercado y afectando la competencia en el mercado.

Cabe destacar que, de acuerdo con lo investigado, un aspecto a considerar en el análisis de una práctica de estrechamiento de márgenes es la existencia de incentivos para que el operador verticalmente integrado realice este tipo de prácticas. Ello debido a que en este tipo de mercado los competidores aguas abajo de la firma verticalmente integrada generan ingresos para esta última en el mercado aguas arriba. Así, es necesario demostrar que para América Móvil resulta rentable excluir a sus competidores en el mercado aguas abajo, ya que a pesar que perderá ingresos en el mercado mayorista, sus ingresos y ganancias en el mercado final serán más atractivos.

En esa misma línea, debe tenerse en cuenta que cuando una empresa dominante opera tanto en el mercado aguas arriba como en el mercado aguas abajo, la realización de una conducta anticompetitiva no necesariamente implica que la finalidad de esta 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, como ya se ha señalado, 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.

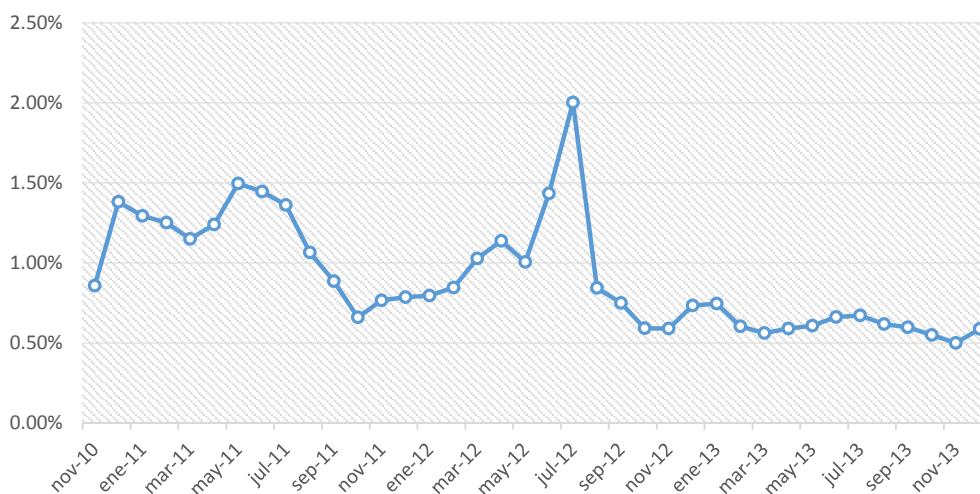
En este caso, en particular, resulta de suma importancia determinar la magnitud de los ingresos en el mercado aguas arriba para el operador móvil en comparación con los ingresos que obtiene en el mercado aguas abajo; es decir directamente de los consumidores finales.

Así, debe considerarse que, al empezar a operar el sistema de LLxLL para LDI en los servicios móviles, en el mes de octubre de 2010 se rompió con el monopolio que cada uno de los operadores móviles tenía con respecto a sus abonados para este tipo de llamadas (apertura del mercado a la competencia que no era posible). De esta manera, los operadores móviles vieron amenazada una fuente de ingresos generada por los usuarios que realizan llamadas LDI, ya que ahora sus abonados tendrían la posibilidad de utilizar operadores alternativos para sus comunicaciones con el extranjero. En efecto, la generación de competencia para los servicios LDI desde móviles fue el objetivo de la regulación pro-competencia dictada por el OSIPTTEL (sistema LLxLL), lo cual implicaba una posible reducción de los ingresos percibidos por las operadoras móviles, incluida América Móvil.

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, en el siguiente gráfico se observa 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 abajo. En ese sentido, si bien la estrategia de América Móvil podría no necesariamente ser la exclusión total de sus competidores aguas abajo, ya que estos le generan ingresos en el mercado aguas arriba, no obstante, de lograrse dicho efecto, América Móvil no perdería muchos ingresos ya que estos son muy pequeños en relación a los ingresos que percibe directamente de los consumidores finales.<sup>155</sup>

<sup>155</sup> Si bien un indicador más razonable serían los beneficios netos que obtiene el operador en cada mercado, en base a la información obtenida, se observa que para que las ganancias aguas arriba sean igual a las ganancias en el mercado aguas abajo, el margen de ganancia en este último mercado debería ser en promedio 0.91%, mientras que las ganancias aguas arriba deberían ser 100%; es decir, que todos los ingresos en el mercado aguas arriba constituyan ganancias netas, lo cual es imposible, ya que los cargos

**Gráfico N° 3: América Móvil - Ingresos por cargos de originación y acceso a plataforma de pago como porcentaje de los ingresos finales por llamadas de LDI en la red prepago**



Fuente: América Móvil

Elaboración: STCCO - Osiptel

Por 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, a América Móvil le genera más ingresos atender al mercado final, por lo que podría estar interesado en excluir a sus competidores “aguas abajo” para de esta manera quedarse con la totalidad de dicho mercado, tal como sucedía antes del establecimiento del sistema de LLxLL en la red móvil.

Luego, para evaluar la existencia de la conducta de estrechamiento de márgenes en sí misma, se ha decidido dividir el periodo de análisis en dos escenarios, de acuerdo a la entrada en vigencia de la regulación del cargo de acceso a plataforma de pago. Cabe destacar que esta división del periodo de análisis no se realiza debido a la existencia de dos conductas distintas, sino que se debe al cambio regulatorio que modificó la forma en la que se determinan los costos que los operadores móviles imponen a los operadores de larga distancia a través del cargo de acceso a plataforma de pago. Así, como ya se ha señalado durante el presente procedimiento, el primer escenario está delimitado entre setiembre de 2010<sup>156</sup>, 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. El segundo escenario se ha definido entre diciembre de 2011, con la regulación

que permiten las ganancias aguas arriba están orientados a costos. Así, dada la diferencia en los ingresos de ambos mercados, siempre será más rentable para América Móvil atender el mercado aguas abajo.

<sup>156</sup> Si bien el período de investigación comprende desde setiembre de 2010, el análisis de los efectos de la conducta investigada se realizará desde octubre de 2010 (excepto los casos en los que la información remitida por América Móvil no incluyó octubre, remitiendo solo información 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 OSIPTTEL 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, el análisis de los efectos del segundo escenario se realizará desde enero de 2012.



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 Inicio.<sup>157</sup>

Finalmente y en relación al comentario de América Móvil referido a que no habría tenido ninguna finalidad anticompetitiva toda vez que con sus ofertas no buscaba competir ni perjudicar a sus competidores LDI en el sistema de LLxLL; cabe resaltar 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, 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 ha producido efectos negativos –reales y/o potenciales- a la competencia y si estos son superiores a las eficiencias generadas por la misma. En consecuencia, las empresas son responsables por su conducta, así como por el resultado obtenido por este, independientemente de si su intención fue cometer la práctica anticompetitiva<sup>158</sup>.

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.

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

Para determinar si efectivamente las ofertas investigadas han producido un estrechamiento de márgenes se evaluarán básicamente cuatro aspectos de las mismas. El **primer paso** consiste en evaluar si las tarifas que se han establecido a través de las ofertas investigadas permiten un margen de ganancia razonable, luego, como **segundo paso**, esta STCCO evaluará si las tarifas han tenido una permanencia temporal suficiente para permitir que se genere daño a la competencia. El **tercer paso**, consiste en evaluar si los destinos incluidos en las ofertas analizadas resultan ser relevantes con respecto al tráfico total desde teléfonos móviles prepago de América Móvil. Por último, el **cuarto paso** es la evaluación de la preponderancia que ha tenido el tráfico generado por estas ofertas con respecto al tráfico total de LDI realizado utilizando a América Móvil como proveedor de este servicio. De esta manera, se habrá verificado que la conducta es una de estrechamiento de márgenes y que esta tiene un potencial anticompetitivo en el mercado.

<sup>157</sup> Si bien el periodo de investigación solo comprende hasta setiembre de 2013 (fecha en la que se emitió la Resolución de Inicio), el análisis de la conducta investigada se realizará hasta diciembre de 2013 con el fin de evaluar la duración de los efectos que habría producido dicha conducta.

<sup>158</sup> 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))

#### Gráfico N° 4: Criterios para la determinación de una tarifa que estrecha los márgenes



Elaboración: STCCO - Osiptel

Por su parte, en caso se haya determinado que las ofertas investigadas han producido efectivamente un estrechamiento de márgenes que tiene potencial anticompetitivo en el mercado de telecomunicaciones, será necesario determinar los efectos negativos reales y potenciales que tiene la conducta. Asimismo, se deberá determinar si la conducta tiene justificaciones por parte de quien realiza la misma y si esta genera eficiencias en el mercado.

Finalmente, como corresponde al análisis de toda conducta de abuso de posición de dominio, se deberá evaluar si los efectos negativos que se producen tanto en el corto como en el largo plazo superan a los efectos positivos que se puedan haber generado (eficiencias y justificaciones de la conducta). Este tipo de análisis, consistente en un balance de efectos positivos y negativos, es un requisito necesario para todas las conductas de abuso de posición de dominio, que deben ser evaluadas conforme a la regla de la razón, por su naturaleza de prohibición relativa. Así, esta Secretaría Técnica podrá recomendar la imposición de sanciones al Cuerpo Colegiado, únicamente si los efectos negativos son superiores a los positivos.

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

Debido a las dificultades que se presentan en el análisis para la determinación de un margen de ganancia razonable, en el presente caso se señalará la existencia de una conducta de estrechamiento de márgenes si la tarifa no permite que un operador tan eficiente como el dominante pueda recuperar por lo menos todos los costos en los que incurriría para prestar el servicio. En ese sentido, luego de una evaluación de los modelos para el análisis del estrechamiento de márgenes desarrollados en el marco teórico<sup>159</sup>, esta Secretaría Técnica ha optado por descartar para el análisis, tanto los costos de los entrantes o de los competidores actuales, como los costos que tendría un operador eficiente hipotético. Así, se considerará al operador dominante que estrecha márgenes como el modelo de operador eficiente, por lo cual se tomarán en cuenta los costos del operador dominante que realiza la conducta de estrechamiento de márgenes (para el caso América Móvil).

En el análisis de la conducta se observa la presencia de tres costos muy importantes 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 operadores móviles a

<sup>159</sup> Ver Punto 9.1.5.

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

Sin embargo, 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. Un primer elemento a tener en consideración es 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 Móvil<sup>160</sup>, es la capacidad de transporte internacional.

De otro lado, 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. Todos estos costos pueden ser tomados como costos de retail, o costos de comercialización.

A continuación se pasará a describir cada uno de los costos que se tendrán en cuenta en el test de estrechamiento de márgenes utilizado para el presente procedimiento.

#### A) 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 Nº 093-2010-CD/OSIPTEL, se determinó que el cargo de originación en la red móvil de América Móvil sería de US\$ 0.0476 por minuto (sin IGV<sup>161</sup>), el cual reflejaba un aproximado de los costos en los que incurría América Móvil para proveer esta facilidad. Sin embargo, en la misma resolución, se estableció un cronograma de reducción de los cargos de originación/terminación en redes móviles, que en el caso de América Móvil es el que se muestra a continuación:

**Cuadro Nº 1: Cargos de originación/terminación en redes móviles (en US\$ sin IGV)**

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

Fuente: Resolución de Consejo Directivo Nº 093-2010-CD/OSIPTEL.

Elaboración: STCCO - Osiptel

<sup>160</sup> En el anexo de su escrito Nº 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."

<sup>161</sup> Para el análisis y las comparaciones entre costos y tarifas se considerarán todos los montos sin incluir el IGV.

La regulación de cargos de originación/terminación busca tener cargos orientados a costos, en ese sentido los cargos que se determinaron en el año 2010 se aproximan a los costos que efectivamente tenía América Móvil de acuerdo a la información disponible en ese momento. Es decir, si bien la regulación dijo 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 US\$ 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.

## B) 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 la reportada por los operadores, se evidencia que el cargo por el concepto de acceso a plataforma de pago estaba alrededor de los US\$ 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° 2 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 US\$ 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° 2: 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

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 total por minuto 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.

Los pagos totales por mes que un operador de larga distancia hace por el concepto de acceso a plataforma se pueden 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 US\$ por el cargo de acceso a plataforma (US\$ 0.0014 por minuto).

*TC*: Tipo de cambio promedio del mes, en S/. por US\$.

*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).

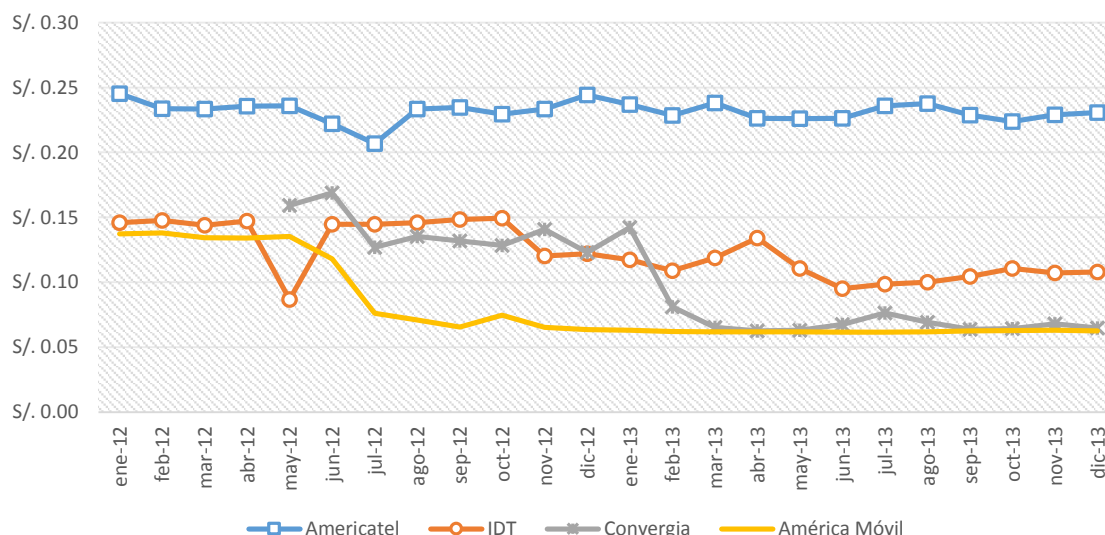
*i*: representa a cada mes

Entonces, el cargo estimado por 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 esta 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 ver 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 bajos.<sup>162</sup>

**Gráfico N° 5: Estimación de los costos por acceso a plataforma de pago por minuto, por empresa operadora**



Fuente: Empresas operadoras  
Elaboración: STCCO – Osipitel

De esta manera, teniendo como estándar de prueba el uso de los costos del propio operador dominante como “operador eficiente”, en este caso vamos a tomar el costo de

<sup>162</sup> Dado que en el pedido de información realizado por esta 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 quita dicho concepto tributario.

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.

### C) Costos de terminación de llamadas en el extranjero

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

Al respecto, América Móvil envió los valores que corresponden al costo total por minuto pagado a los carrier internacional u operadores de red de destino por el tramo internacional. Asimismo, América Móvil 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, escogiendo el primer mes 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° 3: Costo de terminación, por destino y red (US\$ 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

Cabe destacar que el análisis de los costos se hará teniendo en cuenta estos destinos, dejando de lado otros destinos que resultan irrelevantes en términos del tráfico dirigido hacia ellos.

#### D) 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° 4: Tipo de cambio Bancario Nuevo Sol / Dólar -  
Venta promedio mensual (S/. por US\$)**

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

<b>Ago11</b>	2.740	<b>Abr13</b>	3.000
<b>Sep11</b>	2.744	<b>May13</b>	2.646
<b>Oct11</b>	3.000	<b>Jun13</b>	2.748
<b>Nov11</b>	2.706	<b>Jul13</b>	2.778
<b>Dic11</b>	2.697	<b>Ago13</b>	2.802
<b>Ene12</b>	2.693	<b>Sep13</b>	2.780
<b>Feb12</b>	2.684	<b>Oct13</b>	3.000
<b>Mar12</b>	2.672	<b>Nov13</b>	2.799
<b>Abr12</b>	3.000	<b>Dic13</b>	2.786
<b>May12</b>	2.670		

Fuente: BCRP

### E) Otros costos

Si bien ya se ha hecho 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 en los que incurre un operador en la provisión del servicio.

Entre estos otros costos que podrían considerarse en el análisis pueden mencionarse en primer lugar los costos de transporte conmutado. En este caso, solo se consideran los costos de transporte conmutado local, ya que debido a la existencia del Área Virtual Móvil, y a lo señalado por los operadores involucrados, no existen costos de transporte conmutado de larga distancia nacional.

En el caso de los costos de transporte conmutado local, América Móvil ha señalado que no incurre en ellos, debido a que es el propietario de su propia infraestructura, y que dichos costos son solo imputables a un operador que no cuenta con infraestructura propia. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que si bien América Móvil no realiza un pago efectivo a un operador de transporte, si utiliza su propia infraestructura, lo cual en efecto constituye un costo implícito que se debe considerar.

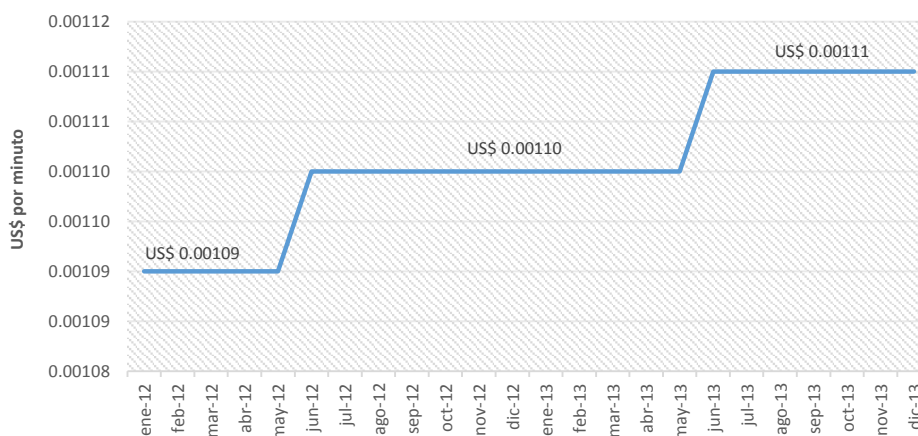
La inclusión del costo de transporte local tiene la misma lógica que la inclusión del costo por originación de llamadas o el de acceso a plataforma de pago. En todos los casos, América Móvil hace uso de su propia red, y no realiza ningún desembolso efectivo de dinero; sin embargo, América Móvil nunca ha negado que el cargo de originación de llamadas y el de acceso a plataforma de pago deban considerarse en el análisis. Por tanto, siguiendo esta misma lógica, el análisis también debe considerar el costo por transporte conmutado local.

Cabe destacar que, la consideración de un operador tan eficiente como el dominante no implica que solo se deban considerar los costos en los que un operador dominante incurra efectivamente; es decir, que constituyan desembolsos en favor de proveedores de los insumos, sino que se tenga en cuenta todos los costos necesarios para incurrir en la prestación del servicio, considerando la eficiencia del operador dominante. Así, América Móvil se equivoca al señalar que el costo de transporte conmutado local no le resulta aplicable.

En el caso de los costos de transporte conmutado local, dado que América Móvil no ha informado sus costos, se considerarán los costos reportados por los operadores de larga

distancia.<sup>163</sup> Estos costos de transporte conmutado de larga distancia se muestran en el siguiente gráfico.

**Gráfico N° 6: Cargos por transporte conmutado local informado por los operadores de larga distancia**



Fuente: Empresas operadoras  
Elaboración: STCCO- Osiptel

Otro costo a considerar es el costo por capacidad de transporte internacional. Sin embargo, estos no han sido reportados por América Móvil, ya que señaló que es complicado determinarlos.

Asimismo, deben considerarse otros costos que también son imputables a la prestación del servicio de llamadas de LDI desde teléfonos móviles prepago, tales como los costos por publicidad, impuestos, etc., los cuales normalmente son considerados como costos de retail.<sup>164</sup>

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. Si bien estas llamadas no generan costos efectivos, ya que son llamadas a usuarios de su propia red, sí existe un costo económico que se debe considerar. En cambio para el caso de 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 que realiza a los abonados para ofrecer su servicio de LDI.

Si bien existen costos que deberían ser considerados en la prestación del servicio de llamadas de LDI desde redes móviles, debido a que no se cuenta con la información detallada sobre tales conceptos, porque América Móvil se ha negado a reconocer la existencia de los mismos, será necesario asumir un monto respecto a estos otros costos.

<sup>163</sup> Los costos reportados por Americatel e IDT.

<sup>164</sup> Cabe destacar que en diversos procesos regulatorios de tarifas para llamadas específicas se ha considerado que solo el costo de retail equivale al aproximadamente el 10% de la tarifa final sin IGTV. Entre estos procesos regulatorios podemos considerar al proceso para la determinación de la tarifa tope de las comunicaciones TUP-Móvil, así como para las llamadas fijo-móvil.

En este caso, esta Secretaría Técnica asumirá que el concepto de otros costos, que incluye a los costos de transporte conmutado local, costo por capacidad de transporte internacional y diversos costos de retail, representa en su conjunto el 10% de la tarifa final sin IGV (esto debido a que este porcentaje ha sido tomado en cuenta en diversos procesos regulatorios como se ha expuesto en el pie de página 164). Así, para el caso de las tarifas de promociones especiales a números frecuentes y triados, los otros costos alcanzan un nivel de S/. 0.0462, mientras que para la Promoción Prepago 1912, estos costos llegan a S/. 0.0415.

## **F) Test de estrechamiento de márgenes**

En la sección de Marco Teórico<sup>165</sup> se analizó el debate existente entre dos métodos para realizar el test de estrechamiento de márgenes. El primero consistente en los costos históricos, en el cual básicamente se analiza periodo a periodo la diferencia entre los costos y la tarifa, es decir el margen de ganancia que se permite a lo largo del tiempo transcurrido desde que se inició la conducta. Luego, el segundo método es el del DCF; sin embargo, este método requiere de muchos supuestos, ya que hay que hacer proyecciones financieras por un periodo de tiempo importante, el cual también debe definirse.

Asimismo, esta Secretaría Técnica considera que este mercado no presenta las características básicas que requiere el modelo DCF para ser aplicado. Ello debido a que tanto el mercado de facilidades para acceder a la red móvil (mercado relevante), como el mercado de voz desde teléfonos móviles a LDI (mercado afectado), son mercados maduros, y no mercados nuevos. Además, es importante considerar también que América Móvil no es un entrante en el mercado ni habría requerido grandes inversiones para mantenerse incluso luego del inicio del sistema de LLxLL en la red móvil.

En ese sentido, esta Secretaría Técnica considera que la forma más adecuada de analizar la posibilidad de la existencia de una conducta de estrechamiento de márgenes por parte de América Móvil es a través del análisis periodo a periodo de la diferencia entre costos, que incluyen los precios de los insumos que provee el operador móvil, y la tarifa. Asimismo, tal como se ha señalado antes, los costos a utilizar son los del propio operador móvil, ello atendiendo a que se busca que un operador al menos tan eficiente como el dominante supere el test.

A continuación, se presenta el test que se utilizará para determinar la existencia de un estrechamiento de márgenes a través de las promociones analizadas. Este test considera que el margen neto para la empresa 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. Además, al utilizar los costos del propio operador dominante, en este test queda descartada la posibilidad de que se fomente el ingreso de operadores ineficientes.

En términos matemáticos, el test se especifica de la siguiente manera, y se aplicará para cada mes:

---

<sup>165</sup> Ver Punto 9.1.5.

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

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.

$c_R$ : Costos de Retail, que se asume incluyen otros costos como los de transporte conmutado local.

De esta manera, el test construido por esta Secretaría Técnica no constituye de ninguna manera un escenario a priori desfavorable para el operador investigado, ya que el test busca únicamente que al menos se cubran todos los costos asociados a la prestación del servicio de llamadas de LDI desde teléfonos móviles prepago.

Cabe destacar que América Móvil ha señalado que la metodología utilizada en el análisis de estrechamiento de márgenes, respecto a la comparación de costos y tarifas sobre la base de tarifas nominales resulta arbitraria. En ese sentido, América Móvil sugiere que se considere la “Tarifa Promedio Ponderada Implícita” (TPPI), ya que, según señala, las tarifas nominales no reflejan la tarifa efectiva que los operadores reciben como contraprestación del servicio que ofrecen. Así, América Móvil argumenta que la TPPI refleja la tarifa efectiva por minuto que un operador recibe a partir del consumo de un usuario en un plan y bajo una modalidad determinada, siendo así la TPPI se alimenta de las tarifas nominales pero utilizándolas en la medida en que se hacen efectivas por la demanda de los usuarios.

Al respecto, esta Secretaría Técnica considera que no es necesario aplicar la metodología de alta complejidad que propone la empresa investigada. Sin embargo, si es necesario considerar que en efecto, podrían existir muchas tarifas que en el extremo podrían ser S/. 0 por minuto, pero si las mismas no están disponibles por un periodo prolongado de tiempo, o si existen muchos prerrequisitos para acceder a ellas y finalmente si no generan tráfico para la empresa investigada; entonces no podría considerarse como una conducta anticompetitiva.

Por ello, esta Secretaría Técnica no solo evalúa la diferencia entre los costos y las tarifas, sino que también evaluará la permanencia en el tiempo de las tarifas así como el tráfico que han generado. De esta manera, el análisis cumple con las mismas exigencias de lo planteado por la empresa investigada, pero sin incurrir en una metodología de alta complejidad.

Finalmente, debe señalarse 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. El test refleja que un operador tan eficiente como el incúmbete no podría obtener un margen de ganancia positivo si tuviera que pagar los mismos cargos que pagan los operadores de larga distancia. Sin embargo, como sabemos, el operador dominante no incurrirá en costos efectivos de originación de llamadas y de acceso a plataforma de pago, ya que estos no constituyen desembolsos reales de dinero en favor de un operador. Por ello, el margen de ganancia

que obtiene el operador dominante podría estar tranquilamente en niveles rentables, a la par que estrecha los márgenes de sus competidores.<sup>166</sup>

De otro lado, no podría considerarse lo señalado por América Móvil, en el sentido de que una empresa podría contrarrestar su bajo margen de ganancia o sus pérdidas en un servicio con los ingresos que obtiene por otros servicios dentro del mismo plan. Si se aceptara este argumento indicado por la empresa estaríamos aceptando o validando una conducta que podría representar una práctica de subsidio cruzado anticompetitivo.

Asimismo, tampoco es obvio, como señala América Móvil, que la conducta analizada solo resultará posible si quien la desarrolla se encuentra en capacidad de elevar los precios de los servicios que se prestan con base a la plataforma utilizada por los competidores de la empresa que realiza la conducta, sin experimentar una pérdida sustancial de consumidores. Esto sería correcto en el análisis de una conducta de precios predatorios, donde efectivamente el infractor incurre en pérdidas que no podrá soportar permanentemente, y luego de la exclusión deberá incrementar sus precios. Sin embargo, como ya se ha señalado, 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 imponen a sus competidores en el mercado “aguas abajo”.

#### **9.4.3.1. 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 Triados<sup>167</sup>, 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 mostrará más adelante. En ese sentido, corresponde determinar si teniendo en cuenta la tarifa de estas promociones y los cargos cobrados por América Móvil, que corresponden a los costos impuestos a los operadores de larga

<sup>166</sup> 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 -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.

<sup>167</sup> 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 otras promociones de Tarifa Especial Números Frecuentes y Triados debido a que no mantuvieron una frecuencia considerable para afectar la competencia.



distancia, este operador móvil estaría realizando una conducta de estrechamiento de márgenes.

Respecto a estas ofertas, América Móvil ha señalado que es un error comparar los costos y las tarifas aislando los componentes de un producto integrado por varios servicios o prestaciones, ya que se debería analizar el producto como un todo, pues de lo contrario se estaría comparando productos que son homogéneos entre sí.

Al respecto, debe señalarse que lo que indica América Móvil no es correcto debido a la naturaleza de las promociones de Tarifa Especial a Números Frecuentes y Triados, ya que estas establecen una tarifa definida, que en este caso es de S/. 0.545, por lo cual no hace falta analizar la distribución del tráfico y de las preferencias de los consumidores al usar esta promoción. El análisis propuesto por 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 tratar de aproximar primero cuantos 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.

Tal como se mostró en el informe de apertura, en las indagaciones iniciales se observaron los mandatos y contratos de interconexión firmados por los operadores móviles y los operadores de larga distancia. En el Cuadro N° 5 se muestran los costos que las empresas operadoras de telefonía móvil establecían para las empresas operadoras de larga distancia para llamadas de LDI desde móviles prepago en el periodo de octubre de 2010 y diciembre de 2011. Como se aprecia, la suma de los cargos de originación y acceso a plataforma de pago (los costos en soles, incluido el impuesto general a las ventas - IGV) que los operadores móviles imponen a las empresas de larga distancia está por encima de los S/. 0.59, llegando en algunos casos hasta los S/. 0.69, lo cual sumado a los costos de terminación y los propios costos de operación y margen de ganancia que deberían tener los operadores de larga distancia, hacen que las principales ofertas de los operadores móviles sean difíciles, sino imposibles, de replicar debido al estrechamiento de márgenes.

**Cuadro N° 5: Condiciones de interconexión entre operadores móviles 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	<b>S/. 0.69</b>	<b>S/. 0.64</b>
	Tmóviles	0.0772	0.0622	0.12	S/. 0.25	S/. 0.20	S/. 0.39	<b>S/. 0.64</b>	<b>S/. 0.59</b>
	Nextel	0.0815	0.0701	0.12	S/. 0.27	S/. 0.23	S/. 0.39	<b>S/. 0.66</b>	<b>S/. 0.62</b>
Americatel	Claro	0.0911	0.0766	0.12	S/. 0.30	S/. 0.25	S/. 0.39	<b>S/. 0.69</b>	<b>S/. 0.64</b>
	Tmóviles	0.0772	0.0622	0.12	S/. 0.25	S/. 0.20	S/. 0.39	<b>S/. 0.64</b>	<b>S/. 0.59</b>
	Nextel	0.0815	0.0701	0.12	S/. 0.27	S/. 0.23	S/. 0.39	<b>S/. 0.66</b>	<b>S/. 0.62</b>
IDT	Claro	0.0911	0.0766	0.12	S/. 0.30	S/. 0.25	S/. 0.39	<b>S/. 0.69</b>	<b>S/. 0.64</b>
	Tmóviles	0.0772	0.0622	0.12	S/. 0.25	S/. 0.20	S/. 0.39	<b>S/. 0.64</b>	<b>S/. 0.59</b>
	Nextel	0.0815	0.0701	0.12	S/. 0.27	S/. 0.23	S/. 0.39	<b>S/. 0.66</b>	<b>S/. 0.62</b>

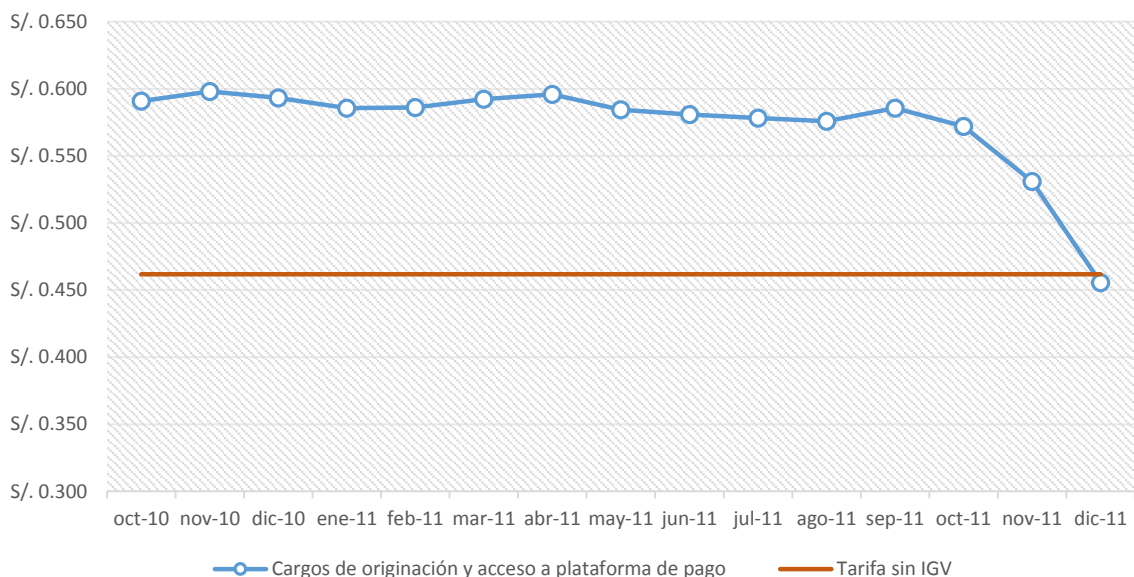
Nota: El tipo de cambio utilizado es de 2.76 soles por dólar, el cual corresponde al promedio del Tipo de Cambio Bancario Nuevo Sol / Dólar - Venta (S/. por US\$) entre octubre de 2010 y diciembre de 2011, publicado por el Banco Central de Reserva del Perú.

Fuente: Empresas Operadoras / Elaboración: STCCO- Osiptel

Luego, esto fue corroborado a través de la información recibida de América Móvil, donde se observa 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 aquí en adelante para el análisis se tomará las tarifas y costos sin incluir el IGV. La exclusión del IGV es simplemente por un tema práctico, ya que podría hacerse una comparación entre los costos y las tarifas sin IGV, o entre los costos y las tarifas con IGV, optándose en este caso por la primera forma.

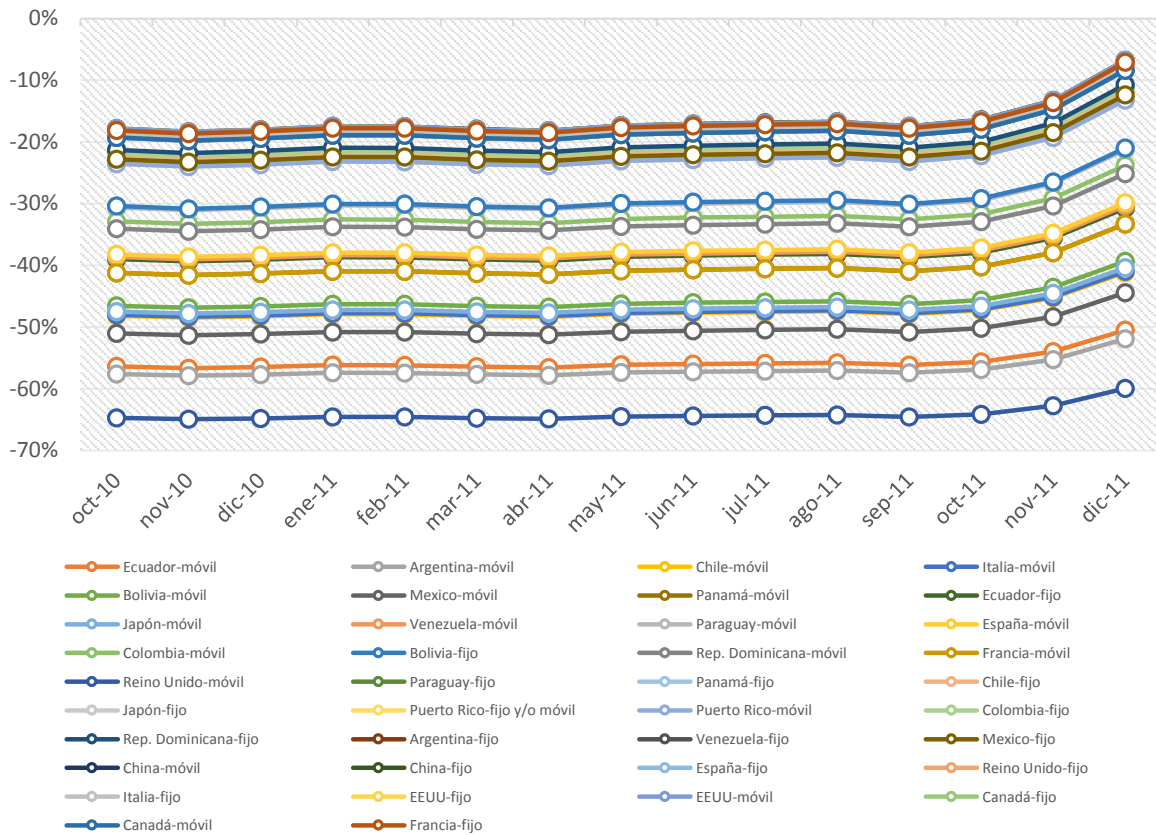
Así, como se observa de la información reportada por América Móvil, el promedio de la suma de los cargos de originación y acceso a plataforma de pago ha sido de S/. 0.57, que se encuentra por encima de la tarifa antes señalada para las promociones investigadas (margen negativo de aprox. – S/. 0.11). Es importante señalar 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° 7: 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, si se aplica el test de estrechamiento de márgenes que hemos definido se observa que el margen neto que queda para cada uno de los destinos considerados es negativo en todo el periodo. En ese sentido, resulta evidente 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° 8: Margen de ganancia Tarifas Especial a Números Frecuentes y Triados**


Fuente: América Móvil  
Elaboración: STCCO- Osiptel

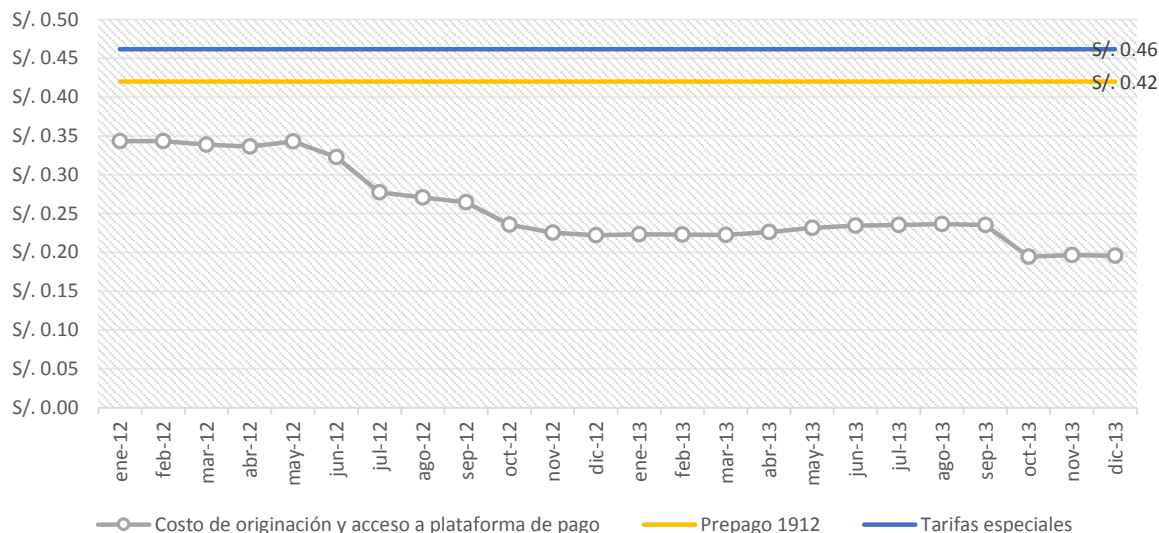
#### 9.4.3.2. Segundo escenario: enero de 2012 a diciembre de 2013

En el segundo periodo, con la regulación del cargo de acceso a plataforma en plena vigencia, 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 en dos partes regulado por un cargo tope. Así, esta regulación no solo estableció tope a los cargos que eran cobrados por los operadores móviles, sino que también modificó la estructura de dichos cargos, ya que descompuso el cargo en un componente fijo y uno variable.

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.

**Gráfico N° 9: Tarifas de las promociones comparadas con el costo de las facilidades que provee el operador móvil**



Fuente: América Móvil  
Elaboración: STCCO- Osiptel

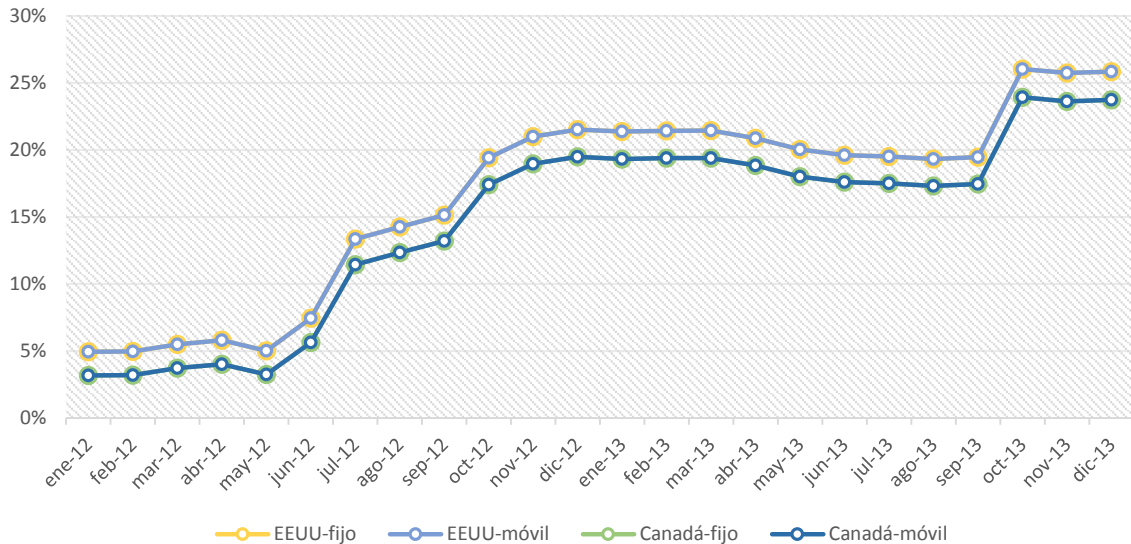
### A) Tarifa de Promociones Especiales a Números Frecuentes y Triados

En primer lugar se procede a evaluar las ofertas de Tarifa Especial a números triados y frecuentes, que tienen una tarifa de S/. 0.462 por minuto sin IGV para llamadas de LDI. Para todos estos conceptos de costos se consideran los del propio operador móvil. De esta manera, se busca probar si el mismo operador móvil, o un operador tan eficiente como el mismo, podría tener un margen de ganancia positivo en base a los precios de los insumos cobrados por el operador móvil, sus propios costos y la tarifa que establece.

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 cuestión, 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%.

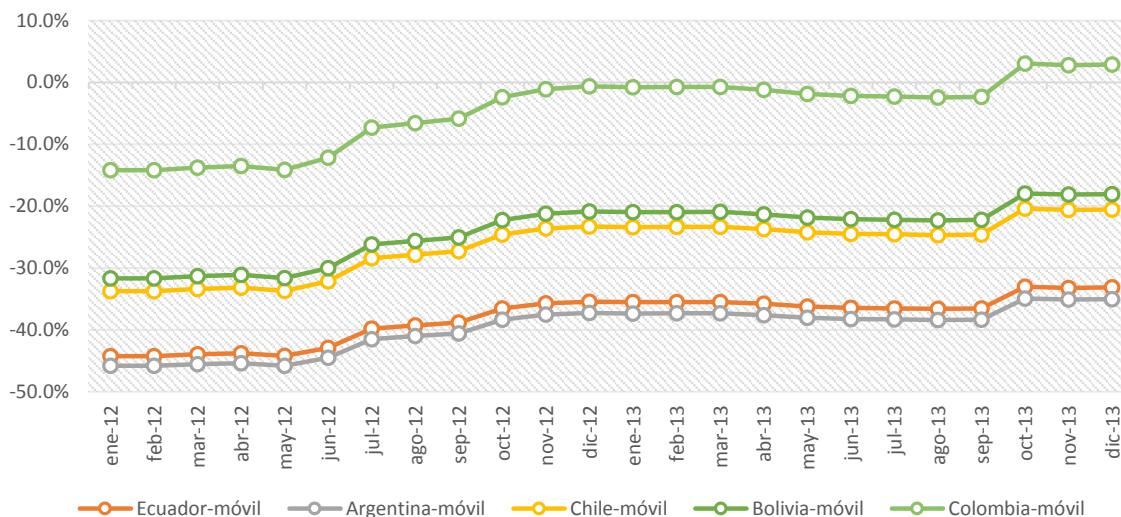
**Gráfico N° 10: Margen de ganancia para Estados Unidos y Canadá**



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 Ecuador, Argentina, Chile y Bolivia, 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 muy pequeño margen de ganancia entre octubre y diciembre de 2013.

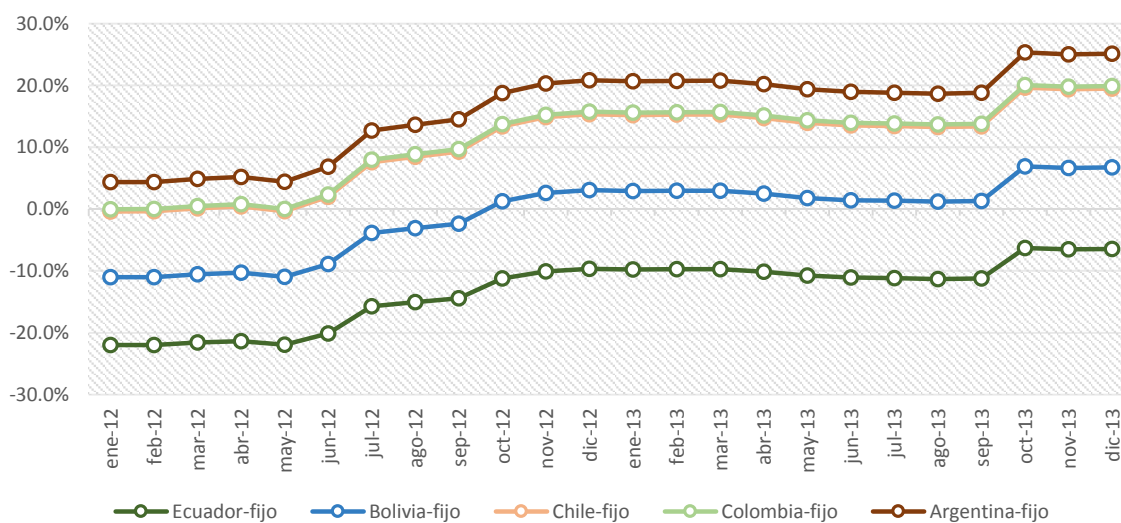
Este pequeño margen de ganancia se habría producido debido a la disminución del cargo de acceso a plataforma de pago generado por la introducción de la Promoción Prepago 1912, así como por la reducción del cargo de originación de llamadas en la red móvil, de acuerdo a la establecido en el cronograma de reducción establecido en el proceso regulatorio. Cabe destacar que en estos escenarios de tráfico los márgenes de ganancia son negativos en una importante magnitud.

**Gráfico N° 11: 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 observa 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 casi a lo largo de todo el segundo periodo.

**Gráfico N° 12: Margen de ganancia para bloque andino, a destinos fijos**


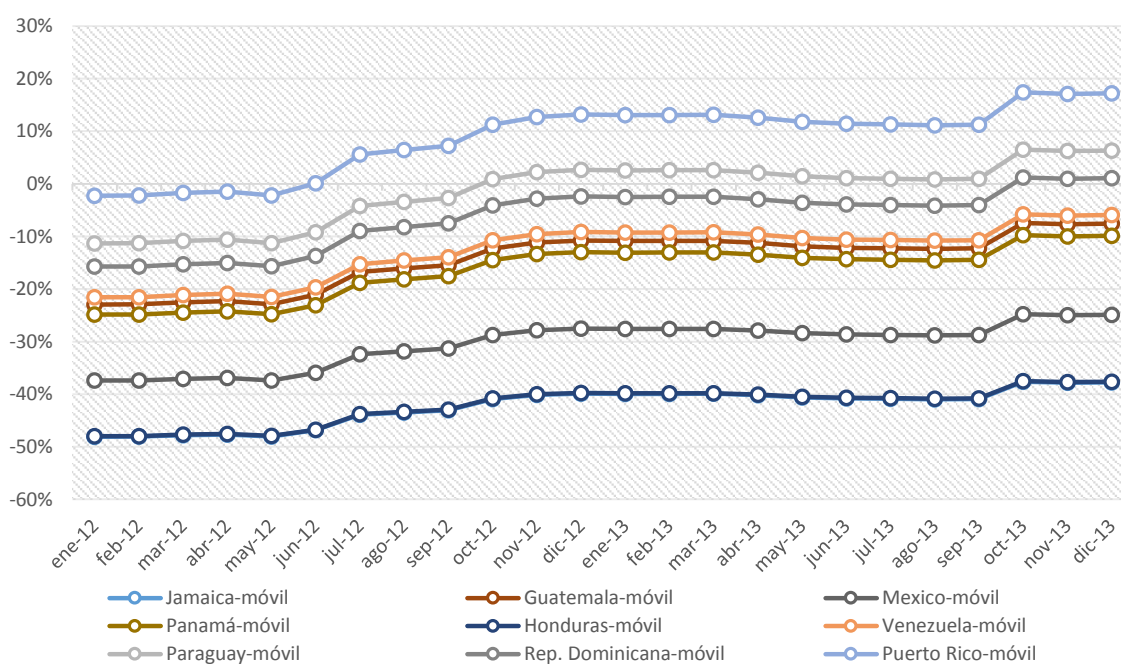
Fuente: América Móvil

Elaboración: STCCO- Osiptel



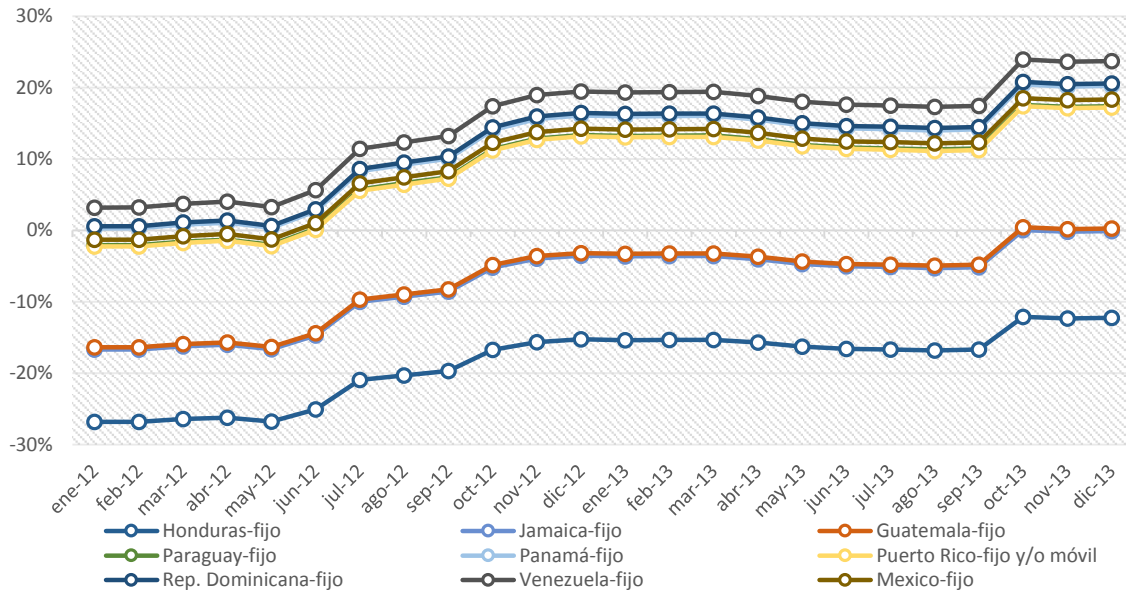
Si analizamos un segundo gran grupo de países de América vemos que existen muchos destinos móviles en los que el margen de ganancia es negativo. Principalmente los destinos cuyos costos son superiores a la tarifa son aquellos que corresponden a móviles. Como se puede ver en el siguiente Gráfico, solo existe un margen positivo para las llamadas a Puerto Rico desde julio de 2012, y para las llamadas a Paraguay desde octubre de 2013, esto último principalmente debido a la reducción programada del cargo de originación de llamadas en la red móvil. En el resto de destinos se observa que el margen de ganancia es negativo, y en una magnitud muy importante en México y Honduras.

**Gráfico N° 13: Margen de ganancia para otros países de América, a destinos móviles**



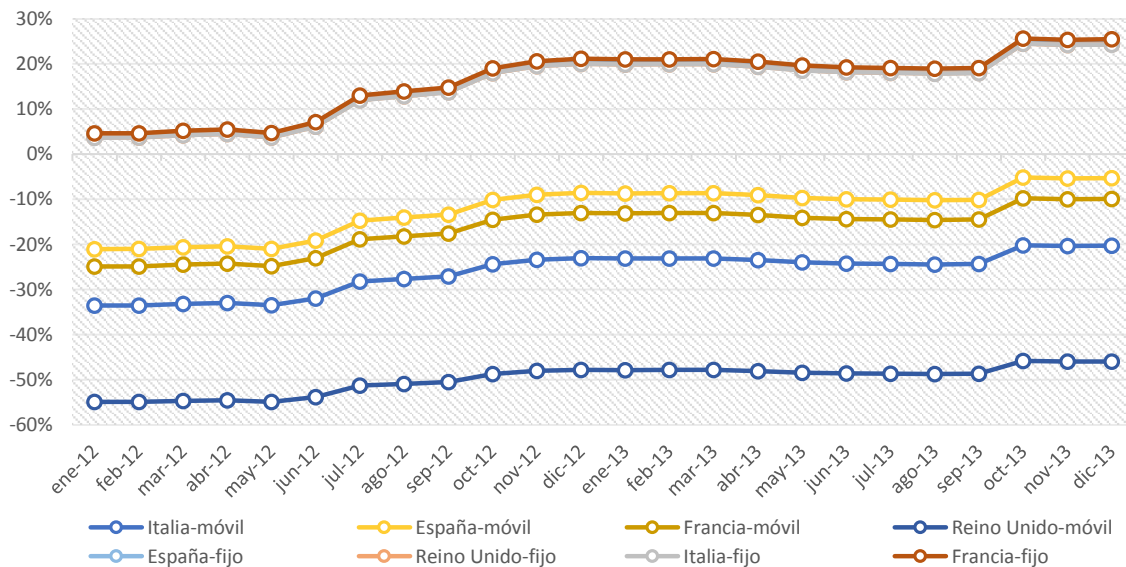
Fuente: América Móvil  
Elaboración: STCCO- Osiptel

Nuevamente, 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 todo el periodo, aunque se acercan a cero a partir de octubre de 2013. En casi todo el resto 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, principalmente debido a las reducciones en los cargos de originación en la red móvil y acceso a la plataforma de pago.

**Gráfico N° 14: Margen de ganancia para otros países de América, a destinos fijos**


Fuente: América Móvil  
Elaboración: STCCO- Osiptel

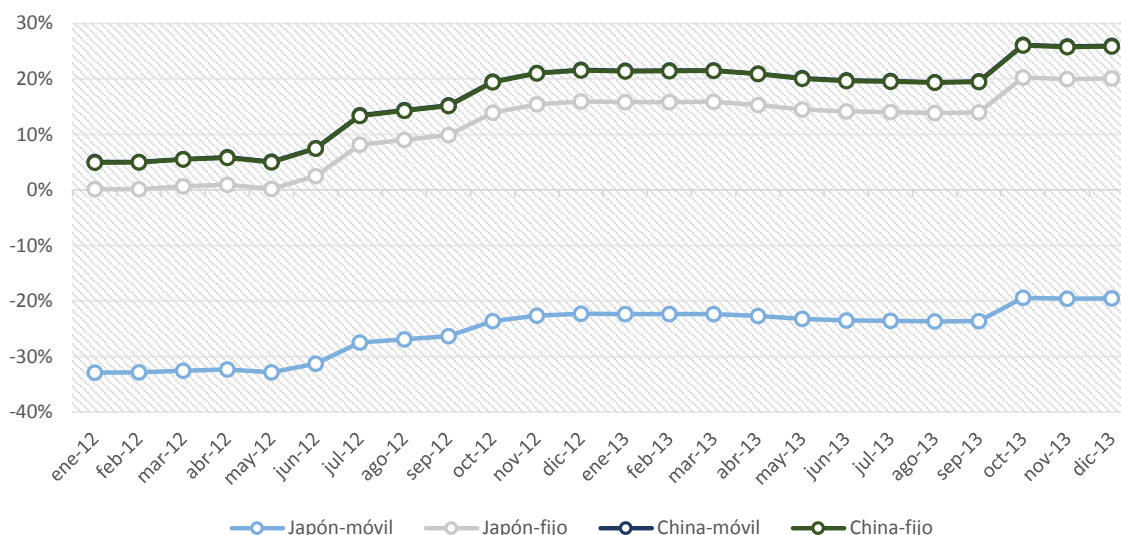
En el caso de los principales destinos europeos se observa evidencia de que en la mayoría de ellos no existe margen de ganancia positivo, tal como se puede ver en el siguiente Gráfico. Así, solo en las llamadas a Francia e Italia a teléfonos fijos los costos están por debajo de la tarifa, encontrándose en esos casos márgenes de ganancia positivos. De otro lado, cuando las llamadas terminan en redes móviles de España, Italia, Reino Unido y Francia, así como en las redes fijas de España y Reino Unido, el margen de ganancia es negativo, incluso superando valores negativos de 50% en el caso de Reino Unido.

**Gráfico N° 15: 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 a destinos móviles se observa que el costo de la llamada está por encima de la tarifa con lo cual se puede ver que en efecto el margen de ganancia es 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° 16: Margen de ganancia para Japón y China**



Fuente: América Móvil  
Elaboración: STCCO- Osiptel

El análisis realizado permite ver que en la mayoría de destinos móviles de LDI, incluso en los más importantes, como se verá más adelante, la tarifa sin IGV de los promociones Tarifa Especial a Números Frecuentes y Triados está por debajo de los costos considerados. De esta manera, existe importante evidencia de que ni siquiera un operador tan eficiente como el propio América Móvil podría obtener un margen de ganancia razonable al afrontar sus costos y cobrar la tarifa analizada. Siendo esto un importante elemento para señalar el estrechamiento de márgenes.

## B) 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, E.E.U.U., Colombia, Puerto Rico, Argentina, Chile, México y España.<sup>168</sup> Sin embargo, dado que para el análisis estamos

<sup>168</sup> 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.

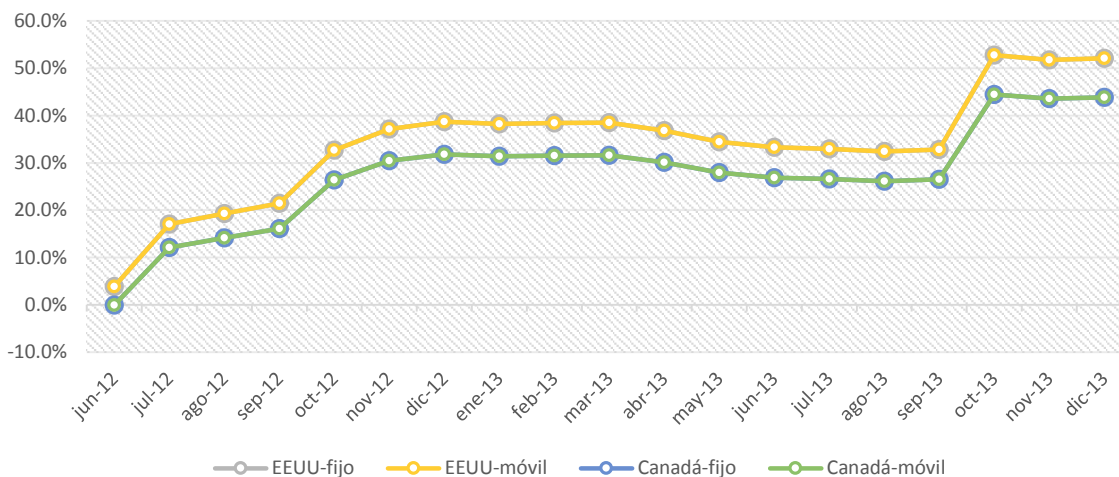
Sin embargo, la tarifa que aquí se analiza es la Promoción prepago 1912 relanzada en el mes de junio de 2012. Cabe destacar que, en el Informe Preliminar se señaló como parte de la investigación tanto la primera

usando los costos sin incluir el IGV, este elemento debe restarse también de la tarifa, así, la tarifa sin considerar este impuesto será de S/. 0.415.

Nuevamente, 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 los costos para llamadas a Estados Unidos y Canadá, en el siguiente gráfico se puede ver que tanto a destinos fijos como móviles existe un margen de ganancia positivo, el cual 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.

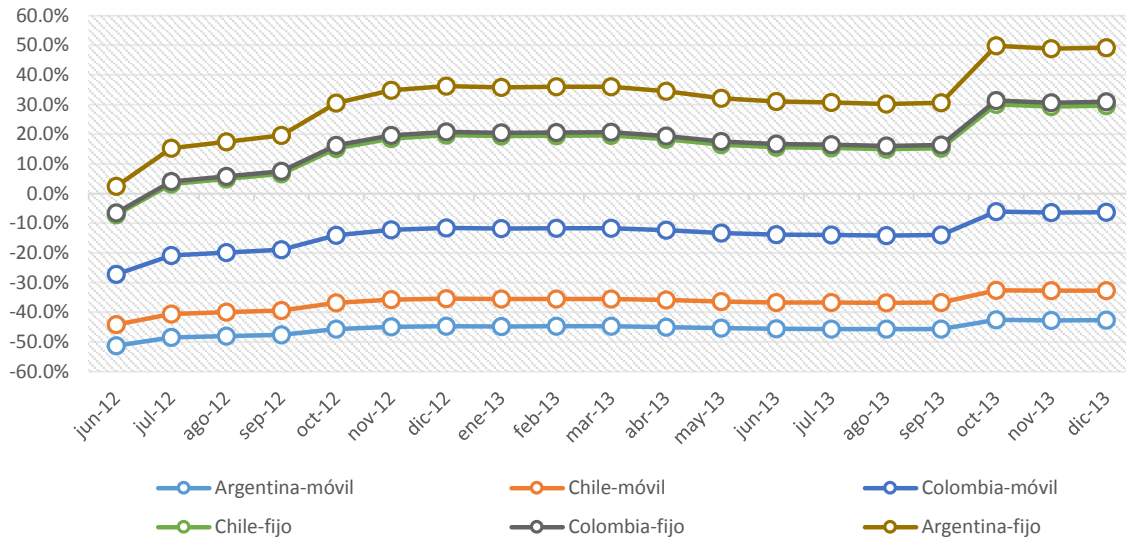
**Gráfico N° 17: Margen de ganancia para Estados Unidos y Canadá**



Fuente: América Móvil  
Elaboración: STCCO - Osipitel

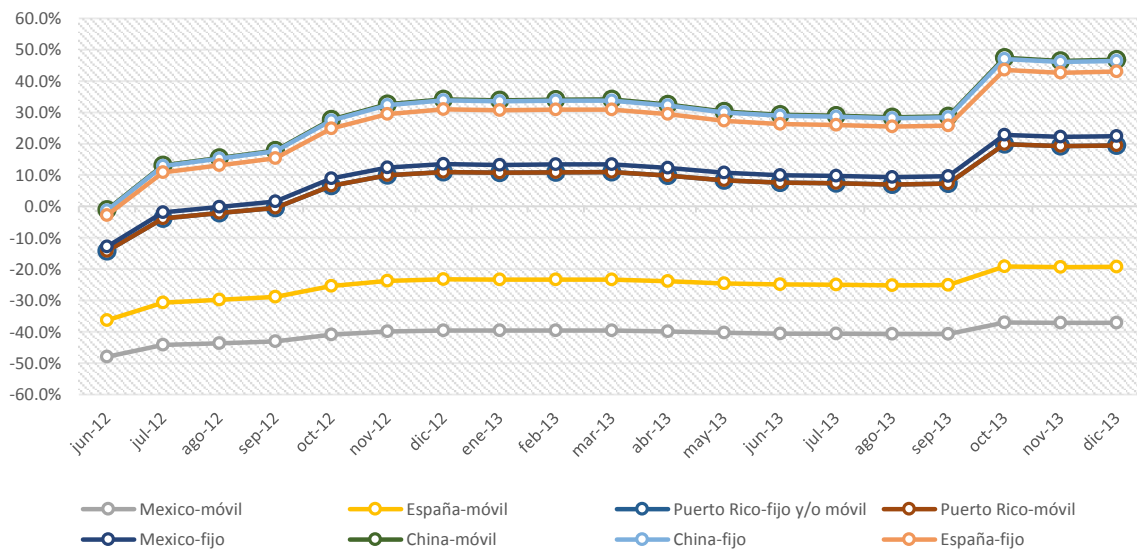
Luego, la Promoción Prepago 1912 incluye tres destinos del bloque andino, Argentina, Chile y Colombia. Al respecto, como se puede ver en el siguiente gráfico el margen de ganancia en las redes móviles es negativo, y muy amplio en los casos de Argentina y Chile. Por su parte, en el caso de los destinos fijos, se observa que el margen de ganancia es positivo a partir del mes de julio de 2012 en los tres países analizados.

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.

**Gráfico N° 18: 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 observa que tanto para España como para México con terminación en redes móviles, la tarifa está por debajo de los costos involucrados en la provisión del servicio, mostrándose 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 Argentina.

**Gráfico N° 19: Margen de ganancia México, España, Puerto Rico y China**


Fuente: América Móvil  
Elaboración: STCCO - Osiptel

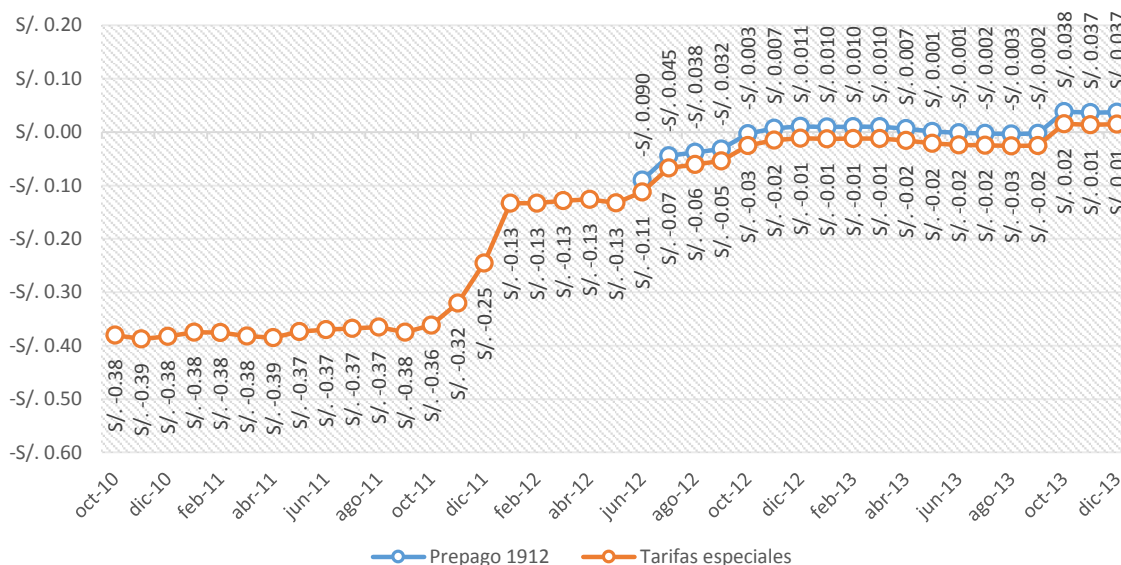
A manera de conclusión se puede señalar que la Promoción Prepago 1912 no permite márgenes de ganancia positivos para la mayoría de los destinos que incluye, principalmente de los destinos móviles. De esta manera, se observa que existe evidencia de un estrechamiento de márgenes.

Finalmente, en el Gráfico N° 20 se muestra el promedio de los márgenes de ganancia como la resta de los precios menos los costos para cada mes, esto es:

$$T - (c_o + c_{app} + c_t + c_R)$$

Este promedio se calcula en base al margen estimado para todos los destinos analizados respecto a cada una de las ofertas en cuestión. Como se observa en el siguiente Gráfico, los márgenes promedio de ambas tarifas son negativos en casi todo el periodo, aunque se vuelven ligeramente positivos en el cuarto trimestre de 2013, debido a la reducción programada en el cargo de originación. Cabe destacar que se obtienen estos resultados debido a que los márgenes negativos son más amplios que los márgenes positivos. Asimismo, debe tenerse en cuenta que, como se demostrará más adelante, los márgenes negativos más altos se presentan en las llamadas hacia los países que representan el mayor volumen de tráfico. Esto en efecto es muestra importante de que se ha producido un estrechamiento de márgenes a través de las tarifas de la Promoción Prepago 1912 y de las Tarifas Especiales Números Frecuentes y Triados.

**Gráfico N° 20: Margen de ganancia promedio considerando todos los costos**



Fuente: América Móvil  
Elaboración: STCCO - Osiptel

Así, luego de haberse determinado que **existe evidencia de estrechamiento de márgenes**, en la siguiente sección se evaluará si las promociones que producen este tipo de conducta tienen realmente el **potencial para afectar la competencia** en el mercado de llamadas LDI desde la red móvil de América Móvil en la modalidad prepago. Para ello se evaluarán tres aspectos fundamentales:

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.
3. El impacto de las promociones en el tráfico LDI de América Móvil desde móviles prepago.

#### 9.4.4. Segundo Paso: Frecuencia y temporalidad de las promociones

Cabe indicar que las tarifas finales que se vienen analizando durante el presente procedimiento por la conducta de estrechamiento de márgenes son denominadas como “Promociones” por América Móvil.

Según el Reglamento General de Tarifas (en adelante, RGT), aprobado mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 060-2000-CD/OSIPTEL y sus modificatorias<sup>169</sup>, 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 temporales<sup>170</sup>.

Conforme a su carácter temporal, el plazo de una tarifa promocional será de hasta 180 días calendario de forma continua o acumulada a través de renovaciones, en un período de doce (12) meses consecutivos.<sup>171</sup> Bajo esta premisa, sin importar que América Móvil denomine “tarifas promocionales” a las tarifas que vienen siendo analizadas en el presente procedimiento, esta Secretaría Técnica considera importante analizar si estas tarifas cumplen con las características de una promoción (o “tarifa promocional”), o si por

<sup>169</sup> Cabe indicar que este Reglamento ha sido recientemente modificado, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 024-2014-CD/OSIPTEL, del 06 de febrero de 2014.

<sup>170</sup> Reglamento General de Tarifas aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 060-2000-CD/OSIPTEL  
**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.

(...)

<sup>171</sup> Reglamento General de Tarifas aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 060-2000-CD/OSIPTEL  
**Artículo 26°.- Plazos de duración de las Tarifas Promocionales**

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. (...).

el contrario, son tarifas que se repiten constantemente a lo largo de un periodo importante de tiempo, de tal manera que cumple las veces de una “tarifa establecida”, estando permanentemente disponibles para el usuario.<sup>172</sup>

Así, conforme al Principio de Primacía de la Realidad que establece la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas<sup>173</sup>, se analizará si las tarifas bajo análisis 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, a entender de esta Secretaría Técnica, les quitaría la característica de temporalidad que debe tener toda promoción, debiendo ser consideradas como “tarifas establecidas”.

Tal como se señaló en el Informe Preliminar, considerar lo contrario dejaría una puerta abierta para que las empresas realicen conductas anticompetitivas que conlleven un análisis de precios, en la medida que podrían señalar que los “precios” investigados no son tarifas establecidas sino que 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.

De la información observada en el SIRT, si bien como señala América Móvil las tarifas son promocionales, estas se han repetido constantemente a lo largo del periodo de investigación (2010-2013), por lo cual al provocar un estrechamiento de márgenes, tienen el mismo potencial anticompetitivo que las tarifas establecidas. Así por ejemplo, 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 .

#### Frecuencia de promociones Tarifa Especial

2010-2013	Nº 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

<sup>172</sup> 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).

<sup>173</sup> 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.

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 promoción.

Estas promociones no solo han sido repetidas de manera permanente por América Móvil, sino que también le han permitido generar una parte importante del total del tráfico de LDI que este operador móvil ha facturado, como se verá más adelante.

Por su parte, la Promoción Prepago 1912 tuvo 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, salió de vigencia por un tiempo, para posteriormente volver a aparecer 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:

#### 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

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.

De esta manera, la vigencia y la temporalidad con la que han sido lanzadas las tarifas analizadas en esta sección permiten concluir que estas no han tenido el carácter de "tarifa promocional" o "promoción", aunque hayan sido llamadas 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 serán consideradas como "tarifas establecidas", posibilitando así un impacto sobre la competencia (mayor potencial anticompetitivo).

#### **9.4.5. Tercer Paso: Representatividad de los destinos involucrados en las ofertas investigadas**

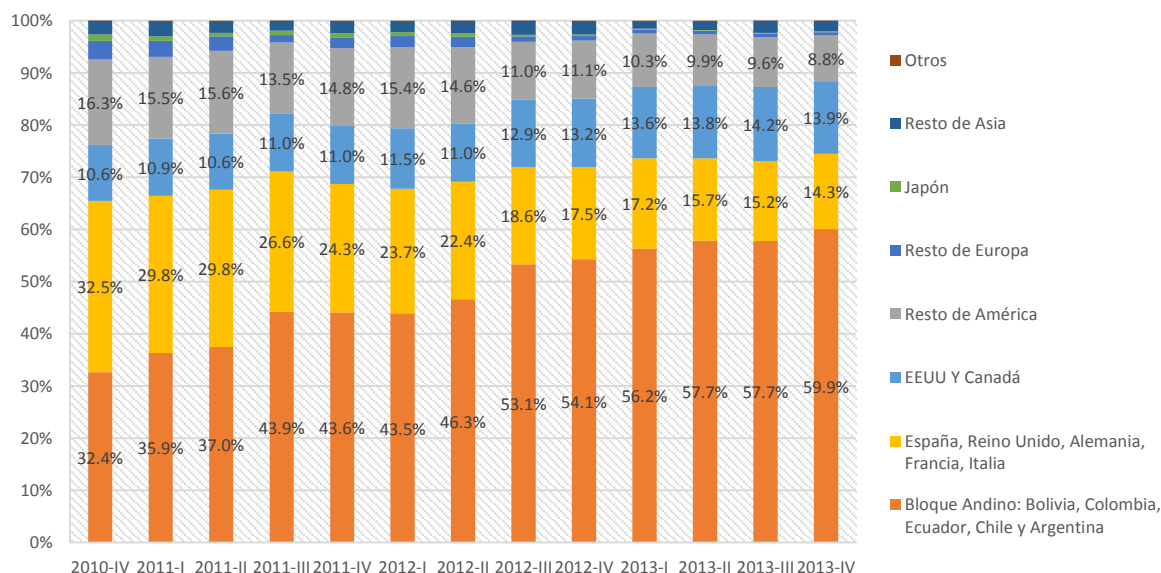
El análisis realizado en esta sección es básicamente para determinar si las ofertas de América Móvil analizadas en la presente controversia han estado dirigidas a los destinos más frecuentes en las llamadas LDI.

Cabe destacar que, debido a que las promociones de Tarifa Especial a Números Frecuentes y Triados, permiten llamadas a casi todos los destinos, excepto los destinos poco comunes, este análisis no es indispensable respecto a ellas. Sin embargo, 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.

Como ya 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 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. Así por ejemplo, Colombia, Argentina y Chile pertenecen al bloque andino, hacia donde se dirige 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° 21: 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

Precisamente, 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 tiempo, entre el tercer trimestre de 2012 y el cuatro trimestre de 2013.

De esta manera, al estar los destinos incluidos en la Promoción Prepago 1912 dentro de los grupos que más tráfico concentran, el potencial anticompetitivo de esta oferta es mayor. 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 todos los destinos más frecuentes.

#### 9.4.6. 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 (tráfico es generado por las tarifas bajo análisis gozan de representatividad).

De esta manera, si las ofertas investigadas representan una parte importante del tráfico a LDI desde móviles de América Móvil, efectuados a través de este operador móvil, entonces se tendrá evidencia de que esta estrategia fue efectiva para asegurar el tráfico

de América Móvil y desplazar a los competidores, al generar ofertas que no permiten márgenes de ganancia positivos.

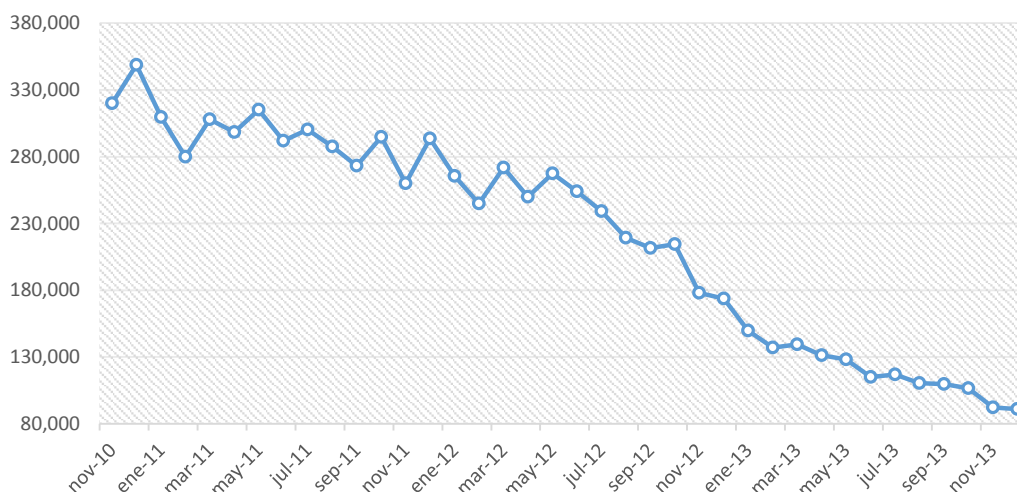
### A) Tarifas especiales a frecuentes y triados

El tráfico generado por estas promociones fue muy importante para América Móvil, ya que este estuvo alrededor de los 299 000 minutos al mes, lo que representó en promedio el 49% del tráfico total LDI cursado desde las líneas de América Móvil por este mismo operador (es decir, excluyendo el tráfico de los operadores de larga distancia). De esta manera, se observa que la tarifa con la cual América Móvil estrechó los márgenes de los operadores de larga distancia tenía una importancia relativa muy alta con respecto al tráfico total de LDI generado por este operador.<sup>174</sup>

En tal sentido, si bien la baja proporción de líneas que han accedido a esta promoción podría hacer pensar que esta ha sido poco exitosa, los niveles de tráfico logrados permiten afirmar que esto no ha sido así, y que quienes se han registrado en estas promociones han sido los usuarios más intensivos en tráfico.

En el siguiente gráfico se observa que el tráfico de las promociones incluso ha llegado a superar los 300 mil minutos al mes, manteniéndose en un promedio cercano a los 286 mil minutos por mes entre noviembre de 2010 y junio de 2012, mostrando una caída continua a partir del mes de julio de 2012, lo cual como se verá 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° 22: 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

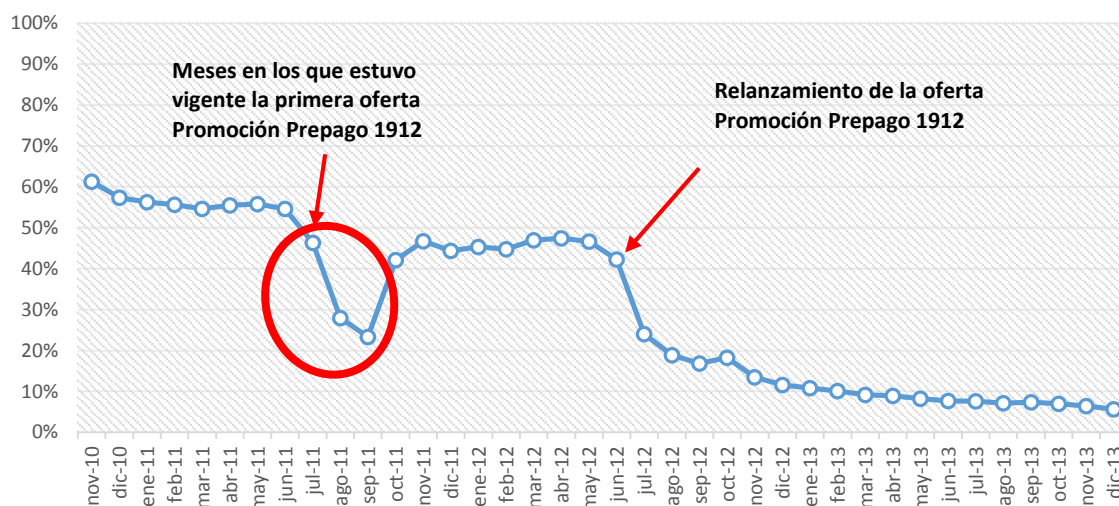
<sup>174</sup> Cabe destacar que se analiza de forma conjunta los cinco tipos de Promociones de Tarifas Especiales a Números Frecuentes y Triados debido a que la información del tráfico generado por ellas fue reportada de forma agregada por América Móvil.



Luego, si analizamos con mayor detalle el nivel de participación con respecto al tráfico total desde móviles LDI de América Móvil, en el siguiente gráfico se observa 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 el 55% del tráfico total entre noviembre de 2010 y junio de 2011. Cabe destacar que se registra 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 2011.<sup>175</sup> 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° 23: 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 ese sentido, al menos hasta el mes de junio de 2012, las ofertas de tarifa especial a números frecuentes y números triados tuvieron un importante potencial anticompetitivo, ya que fueron muy importantes dentro del tráfico total de América Móvil.

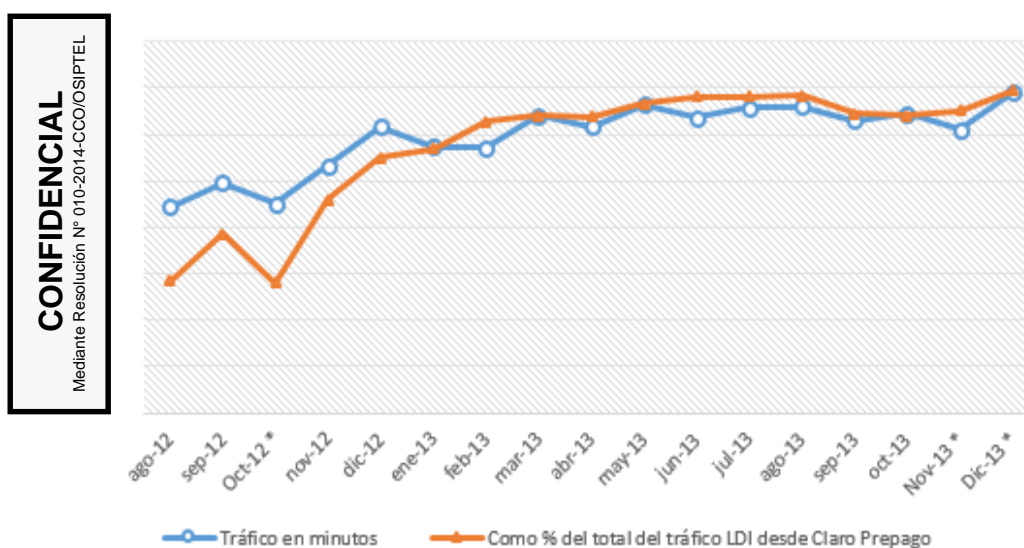
## B) Promoción Prepago 1912

De la información observada con respecto al tráfico generado por esta promoción se aprecia que esta tuvo una gran aceptación por parte de los abonados de América Móvil,

<sup>175</sup> Códigos SIRT: TPTM201100902 y TPTM201101104

ya que para acceder a esta solo bastaba con marcar el código 1912 antes del número LDI, sin requerir ninguna otra acción. Como se muestra 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 con respecto al tráfico total, se observa que el tráfico generado por la Promoción Prepago 1912 ha sido superior al 76% desde agosto de 2012, llegando a representar el 86% del tráfico total a LDI desde móviles prepago de América Móvil cursado a través del propio operador.

**Gráfico N° 24: Tráfico de la Promoción Prepago 1912**

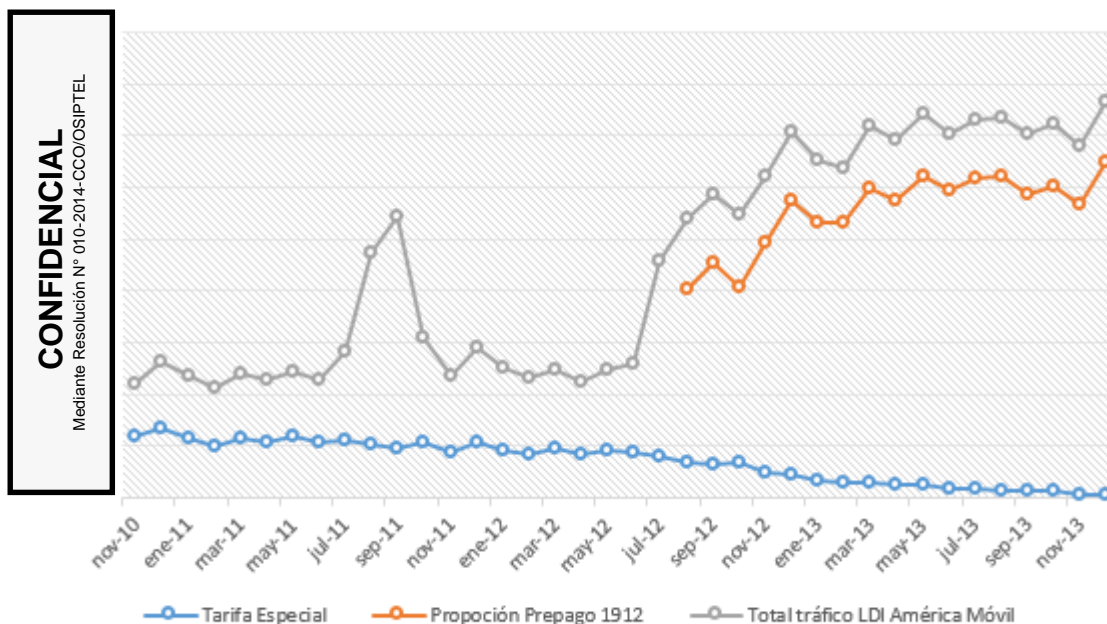


\* De acuerdo a lo señalado por América Móvil, se incluye todo el tráfico saliente prepago de la "Zona LDI Premium 1" del mes, incluyendo algunos días en que la "Promoción 1912" no estuvo vigente, por la imposibilidad de hacer un cálculo más específico dentro del plazo de entrega de la información otorgado.

Fuente: América Móvil

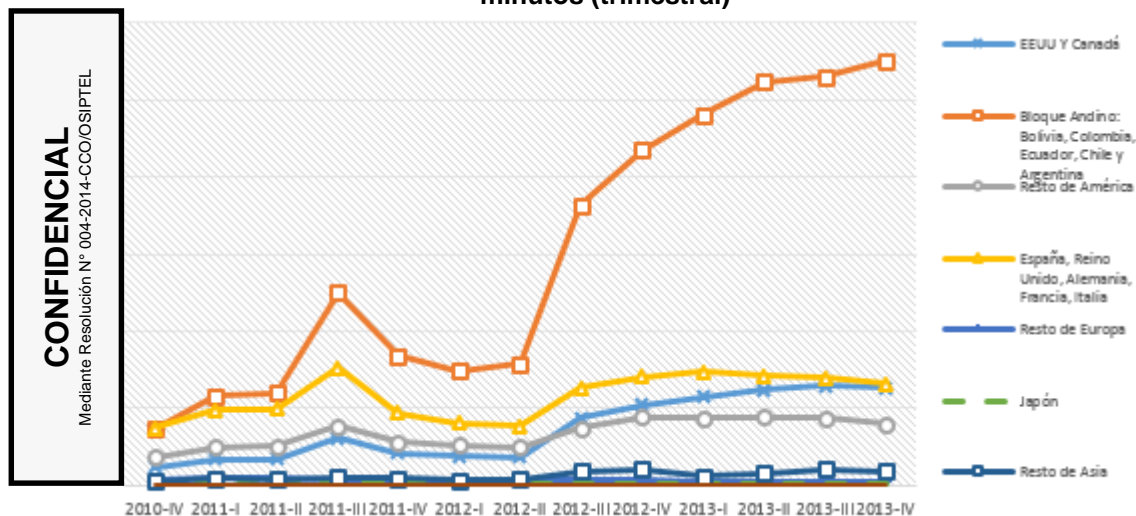
Elaboración: STCCO- Osiptel

En el siguiente Gráfico se muestra la evolución del tráfico total y el tráfico de las promociones de tarifa especial 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 ver existe una importante 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 las primeras siempre mostró una tasa decreciente. Así, de la información observada se podría inducir que la Promoción Prepago 1912 ha desplazado en el tráfico a las promociones de tarifa especial, generando incluso un incremento en el tráfico total de LDI de América Móvil dentro de su red.

**Gráfico N° 25: 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 observa al desagregar el tráfico por grupos de destinos. Como se puede ver en el siguiente gráfico, el mayor crecimiento en el tráfico a partir del tercer trimestre de 2012 se ha dado en aquel que corresponde al Bloque Andino, donde se encuentran países como Argentina, Colombia y Chile, que están incluidos como destinos de la Promoción Prepago 1912. Asimismo, otro bloque que ha mostrado un importante crecimiento desde el lanzamiento de la Promoción Prepago 1912 es el de los países europeos más importantes, donde está España, que también se incluye entre los destinos de esta oferta.

**Gráfico N° 26: Distribución del tráfico LDI de América Móvil, por grupo de destinos, en minutos (trimestral)**


Fuente: América Móvil  
Elaboración: STCCO - Osiptel

De esta manera, se ha observado que la Promoción Prepago 1912 ha contribuido de forma sustancial a la generación del tráfico en los destinos a los que se dirige. En ese sentido, queda en absoluta evidencia el **potencial anticompetitivo** que puede generarse a partir de ella.

#### **9.4.7. Efectos de la conducta de estrechamiento de márgenes**

##### **9.4.7.1. Definición del mercado afectado**

Como se ha señalado anteriormente, es importante recalcar que el mercado relevante no necesariamente es igual al mercado afectado<sup>176</sup>. Ahora bien, habiendo ya determinado el mercado relevante, corresponde determinar el mercado sobre el cual recaen los efectos de la conducta investigada, para luego proceder a analizar cada uno de los efectos que se pueden producir con la conducta.

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

En el informe preliminar se señaló que el mercado afectado era el servicio de llamadas de LDI desde teléfonos móviles prepago de América Móvil. Tomando ello como base, en el presente informe para validar el mercado afectado se seguirá básicamente la misma metodología que se sigue para la definición del mercado relevante. Así, en primer lugar se determinará el mercado de producto, en el cual se incluyen a todos aquellos servicios que permiten satisfacer la misma necesidad que el servicio en cuestión, y que dados los precios es posible la sustitución. Luego, se definirá el mercado geográfico, que permitirá distinguir las zonas donde se oferta y demanda el servicio en cuestión, y en las cuales los niveles de competencia son homogéneas.

En tal sentido, considerando la definición del mercado aguas arriba, el mercado afectado de partida es el mercado de llamadas de LDI desde teléfonos móviles prepago de América Móvil. Luego, en un primer momento, el mercado afectado debe incluir a todos aquellos servicios que permitan satisfacer la misma necesidad sin que el usuario experimente pérdida de bienestar, debido a menor calidad o mayor esfuerzo para establecer la comunicación. Si se encuentran sustitutos en el uso que cumplan con dicho requisito, entonces deberá analizarse los precios para determinar si en términos económicos es posible la sustitución.

---

<sup>176</sup> 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.

Así, en primer lugar debe tenerse en cuenta que el mercado de partida es un mercado de voz, y por lo tanto los sustitutos a considerar deben ser también servicios de voz. Ello debido a que, por ejemplo, los servicios de mensajería instantánea requieren que el usuario realice mayores esfuerzos para establecer una comunicación, ya que el usuario debe escribir lo que quiere comunicar, existiendo además otros inconvenientes relacionados con la calidad misma del servicio y la seguridad de las aplicaciones. En ese sentido, el análisis considerará solo aquellos sustitutos que permiten establecer comunicaciones de voz, tal como la telefonía móvil.

De esta manera, los posibles sustitutos se han elegido en base a la información observada en la Encuesta Residencial de Servicios de Telecomunicaciones (ERESTEL) – 2013. Tal como se observa en el siguiente Cuadro, los principales medios a través de los cuales los hogares realizan llamadas de LDI son el teléfono fijo, el teléfono móvil, los locutorios y cabinas de internet, y los teléfonos públicos. En ese sentido, en un primer momento, podría considerarse que todos estos medios pertenecen al mismo mercado relevante. Sin embargo, 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.

**Cuadro N° 6: Medios utilizados para hacer llamadas de LDI**

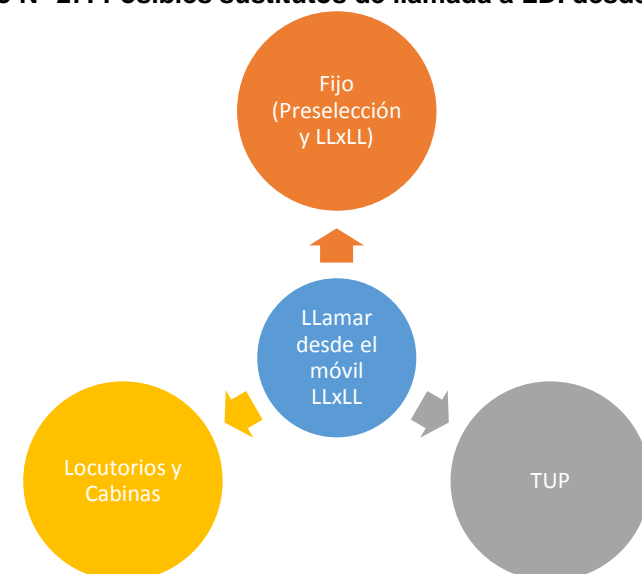
Teléfono fijo en casa	42.9%
Teléfono móvil propio	28.8%
PC o laptop (Skype, etc.) dentro del hogar	4.9%
Teléfono móvil informal	0.2%
Locutorio/cabina internet	17.8%
Teléfonos públicos	10.0%
Teléfono de bodega / tienda	1.0%
Teléfono de trabajo	0.6%
Teléfono de un familiar y/o vecino	0.2%

Fuente: ERESTEL 2013

Elaboración: STCCO - Osiptel

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

**Gráfico N° 27: Posibles sustitutos de llamada a LDI desde móviles**



Elaboración: STCCO - Osiptel

En el caso de la telefonía fija, existen hasta tres formas de realizar llamadas de LDI, a saber: (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 acceso a un teléfono fijo, lo cual no siempre es posible ya que los niveles de penetración de ambos servicios son muy diferentes, considerando que solo el 33.5% de los hogares tiene acceso a teléfono fijo, mientras que el 86.8% de los hogares tiene acceso a teléfono móvil; además, solo el 29.7% de los hogares tiene acceso a ambos servicios.<sup>177</sup> Así, casi todos los hogares que disponen de teléfono fijo disponen de teléfono móvil, mientras que solo la tercera parte de los hogares que disponen de teléfono móvil disponen también de teléfono fijo. Esto es sin duda un impedimento para considerar que ambos servicios deban estar en el mismo mercado relevante, al menos si se considera la sustitución en el sentido del teléfono móvil al teléfono fijo.

Otra posible alternativa son las llamadas de LDI desde teléfonos públicos. Sin embargo, para que este servicio sea un buen sustituto 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 vandalismo al que están expuestos. Otros costos que involucra el uso de teléfonos públicos es 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 sustituto adecuados de los teléfonos móviles 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.

<sup>177</sup> Según los resultados de la Encuesta Residencial de Servicios de Telecomunicaciones (ERESTEL) 2013, realizada por el OSIPTTEL. Cabe destacar que, la medición se hace a nivel del jefe de hogar.



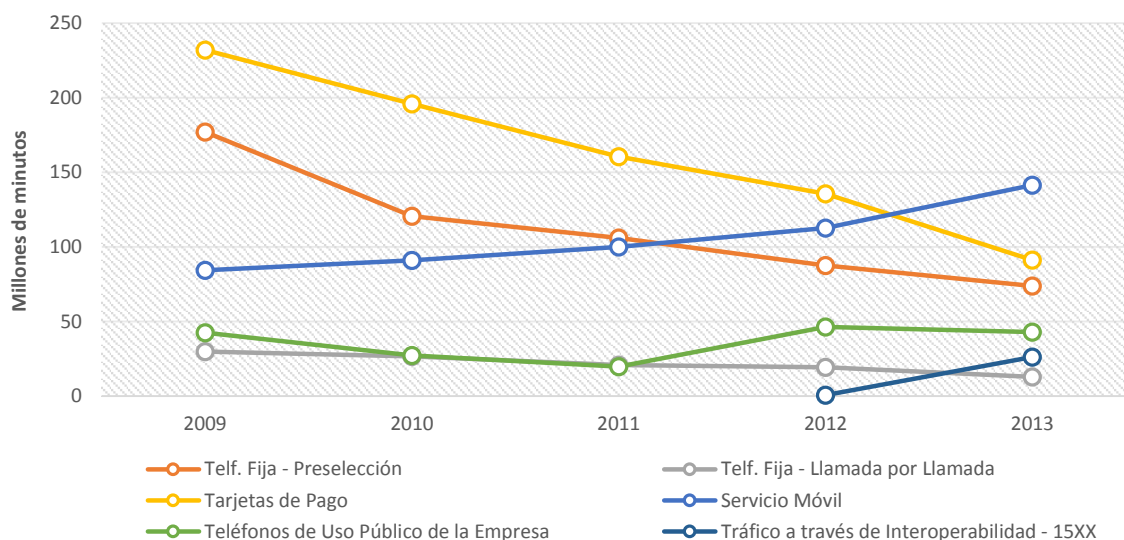
De otro lado, debe considerarse que las características propias del servicio de telefonía móvil hacen difícil que se pueda encontrar un sustituto cercano. Así, dos características altamente valoradas de la telefonía móvil son la movilidad y la disponibilidad. Es decir, el servicio de telefonía móvil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

Al respecto, América Móvil señala 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. Sin embargo, América Móvil no ha presentado dichos estudios.

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

Así, se observa que aquellos que utilizan la telefonía móvil para realizar sus llamadas de LDI son, mayormente, renuentes a cambiar de medio para comunicarse. Esto se evidencia en mayor grado al observar las tarifas de los locutorios y cabinas de internet, donde se observan precios en algunos casos mucho más bajos que los cobrados en las redes móviles. De la misma manera, pareciera que la demanda de llamadas de LDI desde redes móviles es distinta a la demanda a través de medios con tarifas más económicas. Por ejemplo, alrededor del 85% de las llamadas de LDI desde la red móvil prepago de América Móvil duran menos de 2 minutos. En ese sentido, los usuarios recurrían mayormente a al teléfono móvil para llamadas cortas, mientras que para llamadas largas se utilizarían otros medios, observándose de este modo dos tipos de demanda que no pueden pertenecer al mismo mercado relevante.

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

**Gráfico N° 28: Evolución del tráfico de LDI, según el medio**


Fuente: Osiptel

Elaboración: STCCO - Osiptel

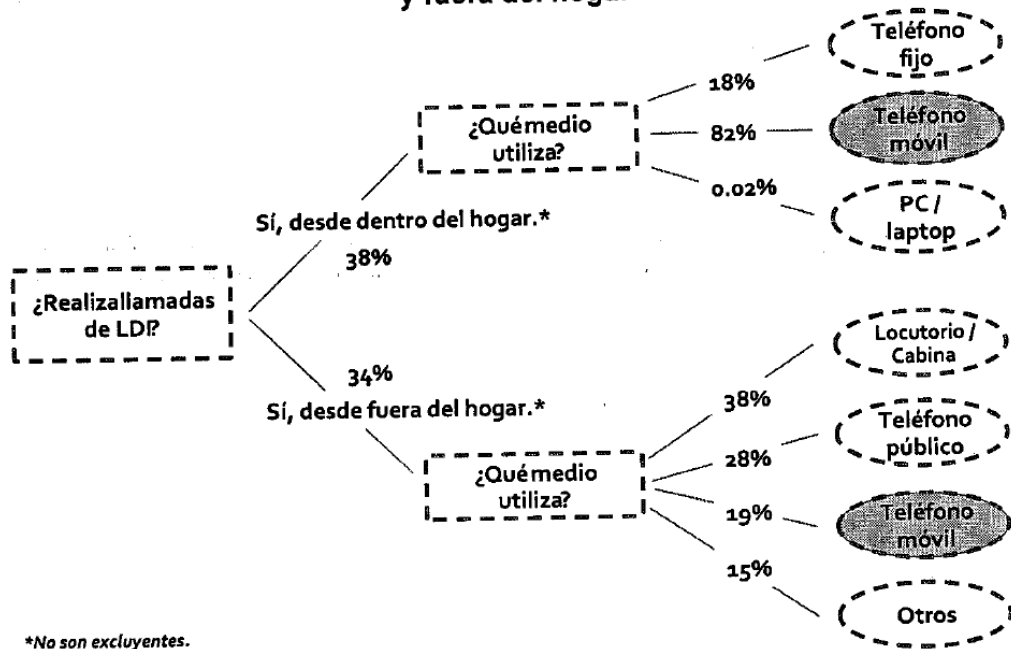
Respecto a lo señalado por América Móvil, en el sentido de que algunos estudios evidencian el crecimiento de servicios tipo Skype, esto no condiciona a que estos sean considerados como parte del mismo mercado relevante que el servicio de llamadas de LDI desde móviles. Si bien se reconoce que los servicios de comunicación a través de internet han tenido un importante crecimiento a nivel general, estos normalmente son usados para comunicarse con personas que están en la misma área geográfica, más no para comunicarse con personas que se encuentra en otras regiones geográficas, dentro o fuera del país. Esto queda en evidencia en la ERESTEL 2013, ya que en dicha encuesta se observa que solo el 4.9% de los hogares que realizan llamada de LDI utilizan una PC o laptop con servicios como Skype para realizar este tipo de llamadas. De otro lado, ninguno de los entrevistados ha señalado hacer uso de aplicaciones de mensajería, como el propio Skype, u otras como Line o Viber, para realizar llamadas de voz por IP desde sus teléfonos móviles.

En ese sentido, de acuerdo a todo lo señalado, queda en evidencia que el mercado afectado está conformado por el mercado de llamadas de LDI desde la red prepago de América Móvil. Cabe destacar que al no haberse encontrado sustitutos en el uso para este tipo de llamadas, no es necesario realizar un análisis de los precios ya que esto corresponde a una segunda etapa luego de encontrar sustitutos en el uso para el servicio en cuestión.

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

Finalmente, esta Secretaría Técnica debe informar al Cuerpo Colegiado respecto al uso de información incorrecta por parte de la empresa investigada. En efecto, en su escrito N° 12, América Móvil presenta el siguiente gráfico, donde señala que la información corresponde a la ERESTEL 2012, en la cual se mostrarían algunos indicadores respecto a las llamadas de LDI dentro y fuera del hogar.

**Gráfico 1: Llamadas de larga distancia internacional dentro y fuera del hogar**



Fuente: Osiptel, Elaboración propia

Al respecto, debe señalarse que, América Móvil utiliza información que corresponde a las llamadas de larga distancia en general, que incluye tanto llamadas de larga distancia nacional (LDN) como de LDI, señalando expresamente que corresponde a llamadas de LDI, hecho que es totalmente incorrecto, como se desprende de la revisión de las bases de datos y de los documentos que acompañan la encuesta en cuestión. Este hecho debe ser observado por el CCO y, conforme lo considere pertinente, podría ser evaluado dentro de la conducta procesal de la empresa investigada.

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

- **El estrechamiento de márgenes reduce la competencia en el mercado**

Previamente a desarrollar los efectos generados con la conducta investigada en el mercado, la Secretaría Técnica considera importante señalar que, como consecuencia de la conducta de América Móvil, se ha frenado los objetivos perseguidos por la regulación al no permitir que se cumpla con los objetivos de la implementación del sistema de LLxLL móvil en su red. Así recordemos que la finalidad de este sistema fue dinamizar la competencia en el mercado de llamadas móviles de LDI ya que hasta ese momento los únicos que podían ofrecer dicho servicio eran los concesionarios móviles, entre ellos América Móvil.

Al respecto, como se ha señalado anteriormente, 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, esta Secretaría Técnica considera que el Sistema de LLxLL móvil fue un mecanismo a través del cual el OSIPTTEL como órgano regulador procuró incentivar el ingreso de nuevas empresas para dinamizar la

competencia en este mercado y ello se hubiera podido concretar de no ser, en parte, por la conducta efectuada por América Móvil.

Actualmente si bien ingresaron a este mercado algunas concesionarias de larga distancia no se alcanzó el nivel esperado por la regulación, y las empresas que se encuentran operando no ejercen una presión competitiva capaz de generar una mayor eficiencia en el mercado; por consecuencia, no se ha logrado maximizar el bienestar de los consumidores como en un inicio se planificó.

Cabe resaltar que mientras los mecanismos de regulación que promueven el desarrollo de competencia solo pueden hacerlo 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 reducir las posibilidades para que surja una conducta anticompetitiva; no obstante, no se puede eliminar por completo dicho riesgo ya que ello depende de factores variables que no se pueden determinar con certeza y es ahí donde las normas de competencia deberán actuar como un complemento de la regulación.

Asimismo, se podrían observar otros hechos que, sin llegar a un análisis de intencionalidad, podrían dar señales que América Móvil se encontraba disconforme o buscaría evitar el cumplimiento de los objetivos perseguidos con la implementación del Sistema de LLxLL móvil tales como:

- La disconformidad de los operadores móviles frente a la implementación de este sistema la cual se manifestó a través de la comunicación conjunta enviada a la GPRC.<sup>178</sup>
- A pesar de la existencia de mandatos de interconexión entre los concesionarios móviles que les permiten competir entre ellos en el mercado de llamadas de LDI desde móviles prepago, en la práctica tales empresas no compiten o al menos ello pareciera del comportamiento que reflejan en el mercado.<sup>179</sup>

Al respecto, cabe precisar que si bien las conductas mencionadas por sí solas no constituyen un ilícito ni se están cuestionando en el presente procedimiento sí nos

---

<sup>178</sup> Con fecha 27 de enero de 2010, las tres empresas operadoras de servicios móviles (América Móvil, Telefónica Móvil y Nextel) remitieron una comunicación conjunta al OSIPTTEL, mediante la cual manifestaron lo siguiente:

- Resulta inconveniente bloquear y cerrar la posibilidad al usuario de realizar la marcación directa, mediante el bloqueo del “00”, en la medida que dicha disposición afectaría los derechos de los usuarios que tienen planes contratados donde se incluyen minutos para realizar llamadas de larga distancia internacional.
- Inconveniencia de duplicar esfuerzos de comunicación y difusión de información a los usuarios en dos momentos distintos (Área Móvil Virtual y Sistema de Llamada por Llamada), incurriéndose en el riesgo de generar confusión entre los usuarios al estar expuestos hasta en dos oportunidades distintas a información sobre diversas formas de marcación.
- Necesidad de otorgar plazos prudenciales y técnicamente viables para la implementación del sistema llamada por llamada, lo que determina que el proyecto no pueda ser llevado a cabo antes del 4 de setiembre de 2010.

<sup>179</sup> Al respecto, se observa que en el mercado de llamadas de LDI desde móviles prepago no existe competencia entre los concesionarios móviles, sino solo entre estos y los operadores de larga distancia. Así, un usuario solo puede realizar llamadas LDI a través de su propio concesionario móvil o de otro operador de larga distancia, pero no podrá hacerlo accediendo a la red de otro concesionario móvil.

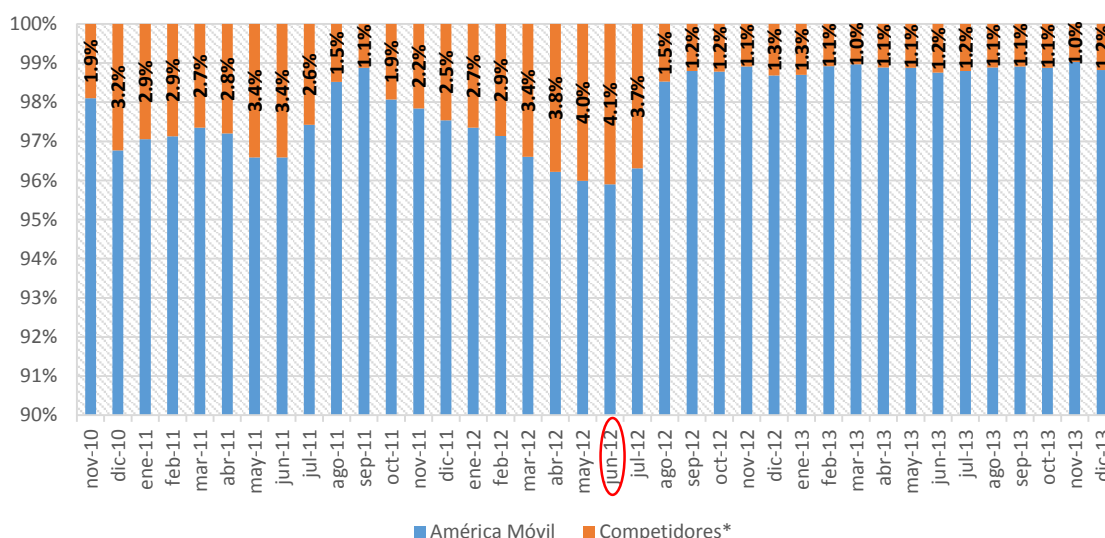
permiten concluir que el propósito de América Móvil fue seguir manteniendo su posición de dominio en el mercado de LDI móvil impidiendo que la regulación pueda ejecutarse debidamente y frenando la competencia LDI que se podía originar a través de su plataforma para su beneficio.

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 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° 29: Tasas de participación en el tráfico LDI generado en la red prepago de América Móvil**

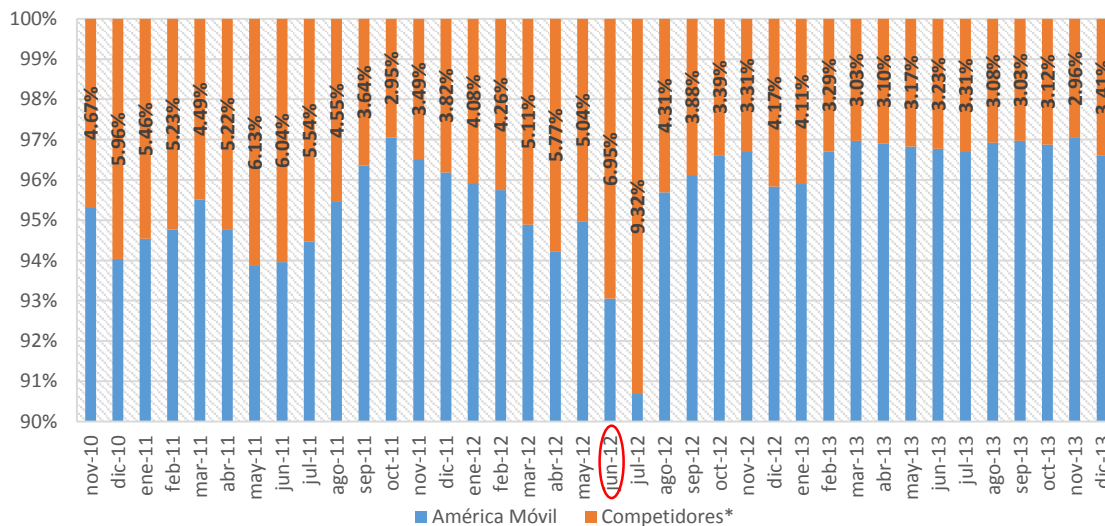


\* Incluye: IDT, Convergencia e IDT.  
Fuente: Empresas operadoras  
Elaboración: STCCO - Osiptel

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 observa el objeto de la práctica anticompetitiva de América Móvil, consistente en una estrategia única ejecutada en dos etapas. La primera era simplemente 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 la segunda etapa implementada a través de la promoción Prepago 1912 a partir de junio de 2012. Siendo esta última la que tuvo mayor éxito en la afectación a los competidores.

**Gráfico N° 30: Tasas de participación en los ingresos por tráfico LDI generado en la red prepago de América Móvil**



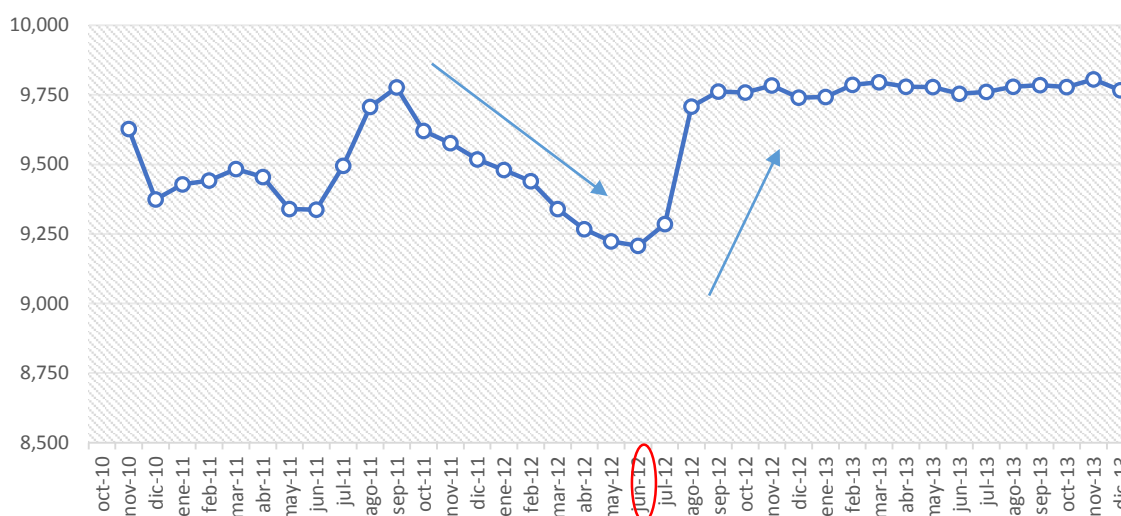
\* Incluye: IDT, Convergencia e IDT.  
Fuente: Empresas operadoras  
Elaboración: STCCO - Osiptel

Esto evidencia que en efecto, la estrategia de América Móvil ha sido efectiva, ya que se ha logrado reducir la participación de los competidores a niveles mínimos. Así, como ya se ha señalado anteriormente, en el mercado aguas abajo América Móvil obtiene ingresos mucho mayores a los que obtiene en el mercado “aguas arriba”. Asimismo, en caso se logre la exclusión o el relego de los competidores, es evidente que América Móvil se beneficiaría de la salida de sus competidores ya que se quedaría con la totalidad, o casi la totalidad, del mercado de llamadas de LDI desde su red, tal como ocurría antes del inicio del sistema de LLxLL en redes móviles, frustrando así la regulación del 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 HHI<sup>180</sup>, 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, se observa un importante crecimiento del HHI a partir de julio de 2012, llegando a niveles por encima de 9 700, mayor a lo que se tenía inicialmente.

**Gráfico N° 31: 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 evidencia en la concentración del mercado medida en términos de los ingresos generados por las

<sup>180</sup> 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 1,500	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:

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

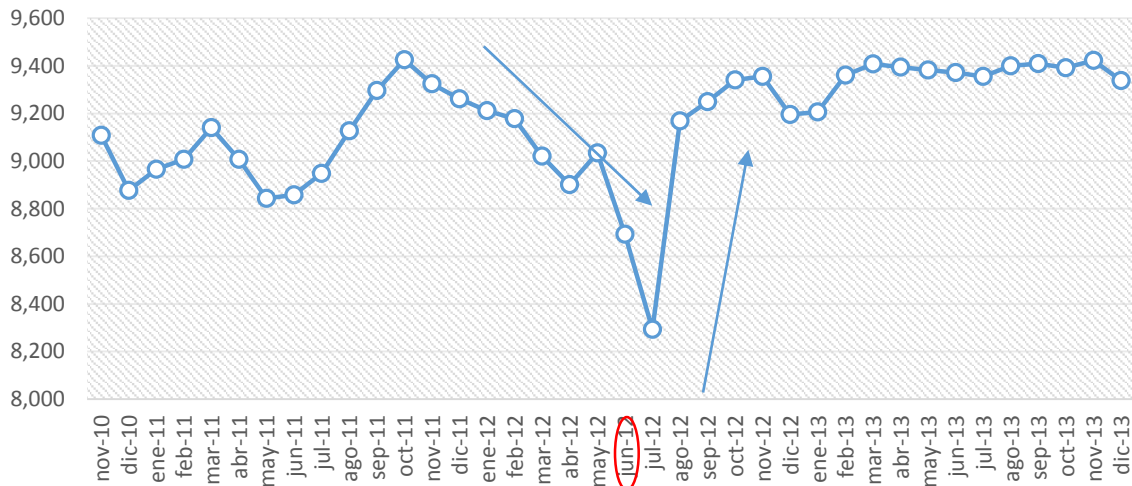
Donde:

$N$  = número de empresas en una industria

$S_i$  = participación de mercado de la empresa  $i$

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.

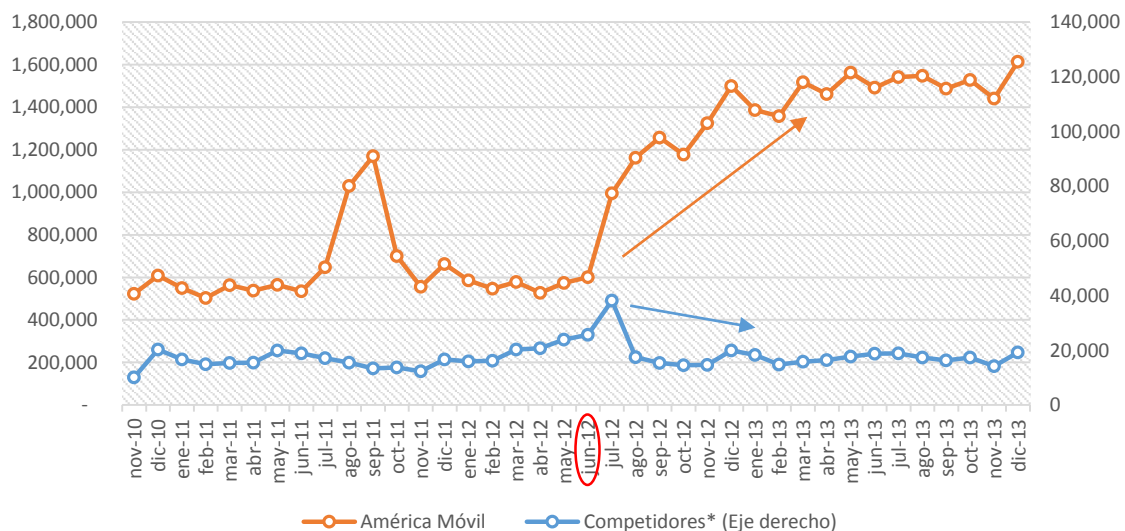
**Gráfico N° 32: Índice de concentración HHI del mercado de llamadas de LDI en la red prepago de América Móvil, con respecto a los ingresos en soles**



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 el mismo en el cual se relanza la Promoción Prepago 1912; es decir, a partir del mes de junio de 2012.

**Gráfico N° 33: Evolución del tráfico LDI desde la red prepago de América Móvil, en minutos**



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

En ese sentido, se observa que si bien América Móvil ha estrechado los márgenes de sus competidores en todo el periodo analizado, los efectos anticompetitivos reales se pueden ver a partir del lanzamiento de la Promoción Prepago 1912 en junio de 2012. Esta oferta, como se ha observado, 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 observa que los operadores de larga distancia han mantenido su crecimiento en otras redes, como la red de Telefónica Móviles.

Cabe destacar que, si bien es cierto que algunos competidores de América Móvil 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<sup>181</sup>, esto no exime de responsabilidad a América Móvil, ya que en una segunda etapa se ha observado que los competidores trataron de replicar 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 en beneficio de los usuarios finales.

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

Como se muestra en el siguiente Cuadro, Convergía replicó e incluso mejoró las tarifas de 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

<sup>181</sup> En su escrito de descargos, América Móvil haciendo referencia a lo mencionado por Americatel mediante comunicación C. 223-2013-GAR de fecha 22 de abril de 2013 dirigida a OSIPTTEL en relación a las expectativas que esta empresa mantenía respecto al establecimiento del sistema de LLxLL, señaló lo siguiente: “Al ser consultado sobre este aspecto por el propio OSIPTTEL, algunos de ellos (Americatel) informaron que su objetivo era capturar un [sic] participación promedio del 5% del mercado de LDI a partir de la plataforma móvil (350,000 minutos mes) (...) ¿Y cuánto fue lo que este operador logró finalmente capturar en la red de CLARO durante la vigencia de las promociones cuestionadas en el presente procedimiento? Hasta julio del 2012 este operador logró capturar en promedio entre el 3% y 4%, llegando algunos de [sic] meses a registrar una participación del 5% en las llamadas de LDI (pre pago, post pago y control). Nótese que sólo en la red de CLARO (que no es la que concentra el mayor volumen de usuarios) y durante la vigencia de las promociones, este sólo [sic] operador logró capturar un tráfico promedio mensual de 118,000 minutos mes, lo que equivale a un volumen entre el 3 y 4% de las llamadas de LDI, es decir, un volumen cercano de su objetivo inicial de negocio sobre el total de redes móviles.”

**Cuadro N° 7: 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. <sup>(1)</sup>	Tarifa Promoc. <sup>(2)</sup>	Tarifa Estab. <sup>(3)</sup>	Tarifa Promoc.	Tarifa Establ. <sup>(4)</sup>	Tarifa Promoc.
América del Sur	Argentina	1.89	-	2.00	-	0.90	-
	Bolivia	2.40	-	2.00	-	0.99	-
	Brasil	1.89	-	2.00	-	0.99	-
	Chile	1.89	-	2.00	-	0.90	-
	Colombia	2.40	-	2.00	-	0.99	-
	Ecuador	2.40	-	2.00	-	0.99	-
	Guyana	2.40	-	2.00	-	0.99	-
	Paraguay	2.40	-	2.00	-	0.99	-
	Surinam	2.40	-	2.00	-	0.99	-
	Uruguay	2.40	-	2.00	-	0.99	-
América Central	Venezuela	2.40	-	2.00	-	0.99	-
	Belize	2.40	-	2.00	-	-	-
	Costa Rica	2.40	-	2.00	-	0.99	-
	El Salvador	2.40	-	2.00	-	0.99	-
	Guatemala	2.40	-	2.00	-	0.99	-
	Honduras	2.40	-	2.00	-	0.99	-
	Nicaragua	2.40	-	2.00	-	0.99	-
América del Norte	Panamá	2.40	-	2.00	-	0.99	-
	Canadá	1.40	0.49	2.00	-	0.45	-
	USA	1.40	0.49	2.00	-	0.45	-
Europa	México	2.40	-	2.00	-	0.99	-
	Alemania	1.89	-	2.95	-	0.60	-
	España	1.89	-	2.80	-	0.60	-
	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: GPRC - Osiptel

De otro lado, si bien resulta extraño que Americatel e IDT no hayan bajado más sus tarifas aprovechando las reducciones realizadas en los cargos de originación (por el cronograma de reducciones) y acceso a plataforma de pago (por el inicio de su regulación), es evidente que en ningún escenario hubieran podido replicar las ofertas de América Móvil, ya que estas no permiten márgenes de ganancia positivos. En ese sentido, si bien podemos coincidir con América Móvil en que -probablemente- algún competidor actual no resulte eficiente, recordemos que a pesar de ello, la comparación del margen entre tarifas y costos (considerando si este margen resulta anticompetitivo o no) se hace sobre la base del modelo de operador eficiente (en este caso uno que sea tan eficiente como el dominante, América Móvil, que podría ser tanto uno de los que compiten actualmente o algún potencial entrante). Esto se puede verificar en el hecho de que donde había cierto margen para las competidoras, estas comenzaron a lanzar promociones competitivas (el caso de IDT y Convergía desarrollados en los párrafos anteriores).

En efecto, resulta evidente que si Americatel e IDT hubieran hecho el esfuerzo de reducir sus tarifas su tráfico no se hubiera reducido tanto, o incluso pudo haber crecido. Sin embargo, como se puede ver en el siguiente gráfico, donde solo se observa el tráfico de Convergía e IDT, si bien al principio estos operadores mostraron un crecimiento importante, este crecimiento no se pudo sostener, y en el caso de IDT se redujo a partir del mes de junio de 2012, mientras que lo mismo ocurrió en mayo de 2013, cayendo hasta en un 50% respecto a lo que había mostrado en sus primeros meses. Este hecho refleja el éxito de la estrategia de América Móvil, que apuntó a los destinos con mayor tráfico

(bloque andino) para asegurar un mayor tráfico a una tarifa de S/. 0.49, tarifa que evidentemente Convergía e IDT no pudieron replicar ya que no hubieran obtenido márgenes de ganancia positivos.

**Gráfico N° 34: Evolución del tráfico LDI de Convergía e IDT en la red de América Móvil, en minutos**

**CONFIDENCIAL**

Mediante Resolución N° 008-2014-CCO/OSIPTEL.

De esta manera, se observa de forma evidente 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.

- **El estrechamiento de márgenes eleva las barreras de entrada al mercado**

Otro punto a considerar son las barreras que podría haber generado la conducta de América Móvil en el mercado. En concreto, 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 19XX<sup>182</sup>, y el número de operadores de larga distancia que operan en el mercado de LDI desde teléfonos fijos de abonado y públicos está alrededor de 30.<sup>183</sup>

Así, llama la atención 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

<sup>182</sup> 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>

<sup>183</sup> 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](http://peru21.pe/noticia/448803/habra-mas-25-operadores-llamadas-internacionales_1) (última visita: 14/08/2014)

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, tendencia contraria a la mostrada por el resto de modalidades.

**Cuadro N° 8: 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
<b>Total Tráfico LDI Saliente</b>	<b>565,954,209</b>	<b>461,616,288</b>	<b>407,556,711</b>	<b>402,487,392</b>	<b>388,990,716</b>

Fuente: Osiptel

Elaboración: STCCO – Osiptel

De esta manera, entre los años 2010 y 2013 se observa que existen incentivos para que los operadores móviles 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, así como 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.

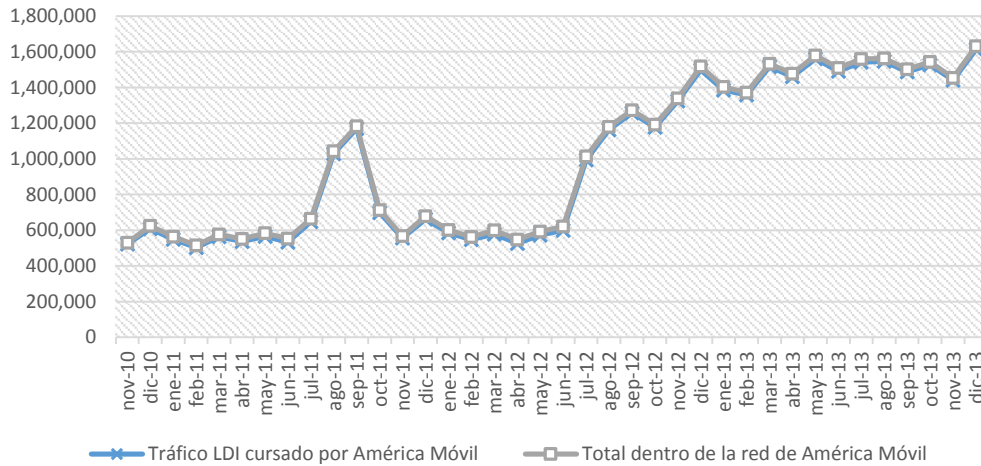
#### **9.4.7.3. Efectos positivos y justificaciones de la conducta**

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, habría que evaluar 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 la conducta investigada ha contribuido al crecimiento en el tráfico total de LDI en este mercado. 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 puede asumir, que esta promoción, que contribuyó a estrechar los márgenes de sus consumidores, tuvo como efecto positivo el incremento sustancial del tráfico de LDI desde móviles prepago.

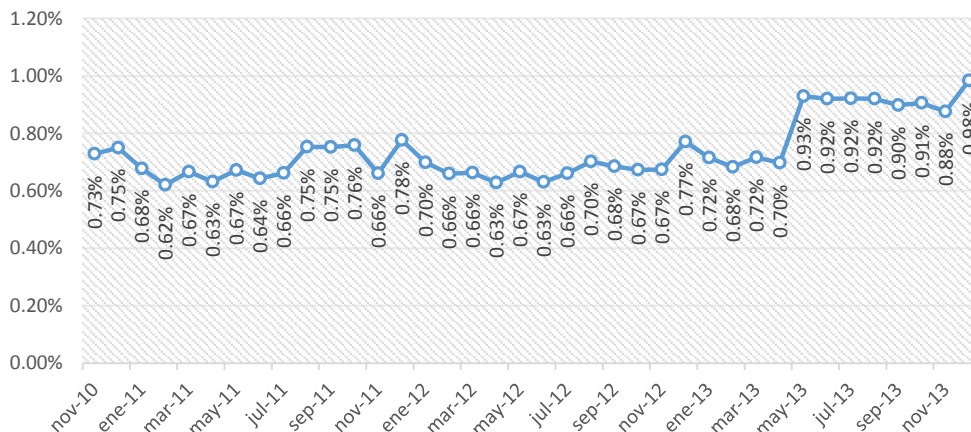


**Gráfico N° 35: Evolución del tráfico total de LDI desde móviles América Móvil Prepago**


Fuente: Empresas operadoras  
Elaboración: STCCO - Osiptel

Este parece ser un efecto positivo importante, sin embargo, ello no es suficiente para justificar la legalidad de la conducta analizada.

Tal como debería ocurrir en cualquier mercado, al producirse una reducción significativa de las tarifas, como en este caso principalmente a los destinos más importantes, es lógico que se produzca un incremento en la demanda por el servicio. En este caso, el incremento en la demanda por el servicio se ve reflejado básicamente en el tráfico; sin embargo, como se observa en el siguiente Gráfico N° 36, 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° 36: 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

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. Cabe destacar que también que estos hechos indicarían que no se atrajo a muchos usuarios que llaman desde locutorios o cabinas, tal como América Móvil afirma fue su objetivo, por el contrario, que se afectó a los competidores en el sistema de LLxLL.

Así, 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 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 se habría incrementado el mercado de llamadas de LDI desde teléfonos móviles prepago.

Asimismo, otro efecto positivo que habría podido generar la conducta de América Móvil sería las tarifas bajas que actualmente ésta ofrece a los usuarios finales del servicio de LDI móvil (lo cual ha sido una justificación presentada por América Móvil). Sin embargo, esta justificación pierde sustento cuando se toma en cuenta que la empresa a través de esta conducta puede lograr debilitar la competencia, y es justamente cuando podrá subir sus precios a niveles monopólicos o imponer condiciones que no maximicen el bienestar de los consumidores. De ninguna manera esta conducta puede ser considerada como un efecto procompetitivo en el mercado.

En efecto, un mercado donde se despliega esta práctica anticompetitiva deja de ser atractivo no solo para las empresas ya presentes en el mismo, sino además, para aquellas que consideren ingresar al mismo, dado que no se generan incentivos de permanecer o ingresar a un mercado en el cual los precios del mercado mayorista 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 puedan obtener mejores precios o una mejor calidad al momento de contratar este servicio.

Finalmente, cabe precisar que la intención de la Secretaría Técnica no es sancionar a una empresa por ofrecer precios bajos (ni en el presente caso se están evaluando el monto de los precios que establece América Móvil como tarifa final LDI desde los móviles prepago), sino lograr que estos respondan a una cuestión de eficiencia económica en el mercado y no a una finalidad anticompetitiva, que como se ha señalado, la única consecuencia que generará será un debilitamiento del mercado y con ello el perjuicio en el bienestar de los consumidores.

#### **9.4.7.4. Balance de efectos anticompetitivos y efectos procompetitivos**

Para recomendar la sanción de una conducta anticompetitiva es necesario determinar que los efectos negativos de la misma son superiores a los efectos positivos que puede haber generado. Sobre el particular, se han verificado diversos efectos negativos en el

mercado afectado y, por el contrario, no se han verificado 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 presente informe.

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 tarifas 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 tarifas 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 se ha demostrado estrechaba los márgenes de sus competidores, considerando la tarifa que establece a los consumidores finales y los cargos que cobra a estos últimos.
- (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. Sin embargo, como ya se ha señalado, este efecto no es tan importante, como lo pudo haber sido el incremento en el número de líneas que realizan llamadas de LDI.

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, esta Secretaría Técnica concluye que la conducta de América Móvil es anticompetitiva y debe ser sancionada.

**X. RECOMENDACIÓN FINAL**

En atención a los fundamentos expuestos en el presente informe se evidencia que América Móvil habría incurrido en una práctica anticompetitiva. Ante ello, esta Secretaría Técnica recomienda al Cuerpo Colegiado:

- 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.

En tal sentido, se recomienda al Cuerpo Colegiado que sancione a América Móvil por la comisión de actos de abuso de posición de dominio, conforme a lo establecido en el DL 1034.

**Zaret Matos Fernández**  
**Secretaria Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados**