

**RESOLUCIÓN DEL CUERPO COLEGIADO N° 054-2008-CCO/OSIPTEL**

Lima, 9 de septiembre de 2008

EXPEDIENTE	001-2005-CCO-ST/LC
MATERIA	LIBRE COMPETENCIA
ADMINISTRADOS	Nextel del Perú S.A. Telefónica Móviles S.A. América Móvil S.A.C.

**SUMILLA:** Se declara **INFUNDADA** la demanda planteada por Nextel del Perú S.A. contra Telefónica Móviles S.A. en cuanto a la pretensión subordinada referida a la comisión de actos de abuso de posición de dominio en la modalidad de precios predatorios al cobrar, para las comunicaciones dentro de su red, una tarifa que estaría por debajo de costos, tipificados en el inciso f) del artículo 5° del Decreto Legislativo N° 701.

Asimismo, se declara que no corresponde sancionar a Telefónica Móviles S.A., por la supuesta comisión de actos de abuso de posición de dominio en la modalidad de prácticas con efectos depredadores tipificados en el inciso f) del artículo 5° del Decreto Legislativo N° 701.

El Cuerpo Colegiado a cargo de la controversia entre Nextel del Perú S.A. (en adelante, "NEXTEL") y Telefónica Móviles S.A. (en adelante, "TELEFÓNICA MÓVILES"), por supuesta infracción a las normas sobre libre competencia, en la modalidad de abuso de posición de dominio.

**VISTO:**

El Expediente N° 001-2005-CCO-ST/LC.

**CONSIDERANDO:****I. EMPRESAS INVOLUCRADAS:****1. Demandante:**

**NEXTEL** es una empresa privada constituida en el Perú, que mediante fusión por absorción de las concesiones otorgadas mediante Resoluciones Ministeriales Nos. 70-96-MTC/15.17, 467-95-MTC/15.17, 132-95-MTC/15.04, 131-95-MTC/15.04, 318-95-MTC/15.17, 418-95-MTC/15.17, 447-95-MTC/15.17, 043-96-MTC/15.17 y 069-96-MTC/15, obtuvo la concesión para prestar el servicio de canales múltiples de selección automática (en adelante "servicio troncalizado") en el Departamento de Lima, y la Provincia Constitucional del Callao, y los Departamentos de Ancash, Ica, La Libertad, Lambayeque, Piura y Tumbes.

**2. Demandada:**

**TELEFÓNICA MÓVILES S.A.** es una empresa privada constituida en el Perú, que en virtud de las Resoluciones Ministeriales Nos. 373-91-TC/15.17 y 055-92-

TC/15.17, tiene la concesión para prestar el servicio público de telefonía móvil en el ámbito nacional.

### 3. Tercero incorporado al procedimiento por el Cuerpo Colegiado

**AMÉRICA MÓVIL S.A.C.** (en adelante "AMÉRICA MÓVIL") es una empresa constituida en el Perú, que tiene la concesión para prestar el servicio público de comunicaciones personales en el ámbito nacional. Esta empresa ha sido incorporada en el presente procedimiento en calidad de tercero, conforme a lo dispuesto por el Cuerpo Colegiado mediante Resolución N° 017-2005-CCO/OSIPTEL de fecha 31 de octubre de 2005.

## II. ANTECEDENTES:

2.1. Mediante escrito de fecha 10 de diciembre de 2004, NEXTEL interpuso una demanda contra TELEFÓNICA MÓVILES por la violación de las normas que protegen la libre y leal competencia; y, en tal sentido, solicitó la siguiente pretensión principal:

- Dar inicio a una investigación e imponer una sanción a TELEFÓNICA MÓVILES por el desarrollo de conductas que califican como supuestos de abuso de posición de dominio en la modalidad de incremento indebido de los costos del rival (*Raising Rival's Costs*), de conformidad con lo establecido en el literal f) del artículo 5° del Decreto Legislativo N° 701; ordenándose además el cese de dichas conductas.

Asimismo, NEXTEL planteó como pretensión subordinada lo siguiente:

- De concluirse que TELEFÓNICA MÓVILES no desarrolló las conductas que califican como supuestos de abuso de posición de dominio en la modalidad antes señalada, se diera inicio a una investigación y se sancione a TELEFÓNICA MÓVILES por el desarrollo de conductas que califican como supuestos de abuso de posición de dominio en la modalidad de predación de precios, de conformidad con lo establecido en el literal f) del artículo 5° del Decreto Legislativo N° 701; ordenándose además el cese de dichas conductas.

2.2. Mediante Resolución N° 002-2005-CCO/OSIPTEL del 20 de enero de 2005, el Cuerpo Colegiado admitió las pretensiones principal y subordinada planteadas por NEXTEL y corrió traslado de la demanda a TELEFÓNICA MÓVILES. En dicha resolución, el Cuerpo Colegiado precisó que solo analizaría la pretensión subordinada en el supuesto en el que la pretensión principal fuera desestimada<sup>1</sup>.

2.3. Con fecha 1 de febrero de 2005, TELEFÓNICA MÓVILES formuló excepción de incompetencia respecto de la pretensión principal planteada por NEXTEL, señalando que el Cuerpo Colegiado no tenía competencia para analizar las infracciones demandadas, por referirse a materias propias de la potestad regulatoria; y, precisando que el OSIPTEL ya se había pronunciado vía regulatoria con relación al valor del cargo.

<sup>1</sup> Conforme a lo dispuesto por el artículo 87° del Código Procesal Civil, aplicable al presente procedimiento, conforme a la Segunda Disposición Final del Reglamento de Solución de Controversias.

Mediante Resolución N° 008-2005-CCO de fecha 11 de marzo de 2005, el Cuerpo Colegiado declaró fundada la citada excepción; en consecuencia, dispuso la anulación de todo lo actuado, dando por concluido el procedimiento administrativo respecto a la pretensión principal de NEXTEL. Asimismo, dispuso continuar la tramitación del procedimiento administrativo respecto de la pretensión subordinada de NEXTEL<sup>2</sup>.

2.4. Mediante Resolución N° 014-2005-CCO/OSIPTEL, de fecha 2 de septiembre de 2005, el Cuerpo Colegiado:

- Denegó la solicitud de improcedencia in limine planteada por TELEFÓNICA MÓVILES, mediante su escrito de contestación de demanda, de fecha 9 de febrero de 2005, y dispuso la continuación del procedimiento en contra de dicha empresa por la pretensión subordinada planteada por NEXTEL. El Cuerpo Colegiado determinó que se contaba con evidencias que constituían indicios razonables de que se podría estar cometiendo la práctica objeto de la demanda; por lo que ameritaba continuar la investigación iniciada en contra de TELEFÓNICA MÓVILES por supuestas prácticas predatorias, al cobrar una tarifa para las comunicaciones dentro de su red por debajo de costos.
- Dispuso la ampliación del procedimiento en contra de TELEFÓNICA MÓVILES por la supuesta realización de prácticas con efectos depredadores en el establecimiento de tarifas para las comunicaciones originadas en su red por debajo de costos, conducta que constituiría una infracción prevista en el artículo 5° inciso f) del Decreto Legislativo N° 701. La citada ampliación fue dispuesta en atención a la información contenida en el Informe de la Gerencia de Políticas Regulatorias, remitido a la Secretaría Técnica mediante memorando N° 291-GPR/2005, de fecha 22 de agosto de 2005. De acuerdo a ello, el Cuerpo Colegiado consideró que:
  - La Gerencia de Políticas Regulatorias había calculado la tarifa promedio de los planes de TELEFÓNICA MÓVILES, considerando tarifas incluidas y por minuto adicional; luego había estimado con carácter preliminar el costo promedio del plan y, finalmente había comparado ambos valores, concluyendo que la tarifa promedio de un porcentaje significativo de los planes de TELEFÓNICA MÓVILES se encontraba por debajo del costo estimado.
  - Conforme a este análisis preliminar, existirían indicios de que TELEFÓNICA MÓVILES estaría cobrando a los usuarios finales tarifas para las comunicaciones móviles originadas en su red (on-net, off-net y móvil-fijo) por debajo de costos, lo que podría constituir una infracción a las normas de libre competencia.
  - Se verifican los supuestos contemplados en el artículo 41° del Reglamento de Solución de Controversias aprobado por la Resolución N° 010-2002-CD/OSIPTEL, en adelante, Reglamento de Solución de Controversias, para ampliar la investigación, incorporando la presunta infracción detectada.

<sup>2</sup> El pronunciamiento del Cuerpo Colegiado fue apelado por NEXTEL ante el Tribunal de Solución de Controversias. Mediante Resolución N° 006-2005-TSC/OSIPTEL, de fecha 21 de abril de 2005, dicha instancia confirmó la Resolución del Cuerpo Colegiado.

- Declaró que el procedimiento sería tramitado de conformidad con el procedimiento regulado por los artículos 72º y siguientes del Reglamento de Solución de Controversias, correspondiente a los procedimientos por la comisión de infracciones.

2.5. En atención a la solicitud de aclaración de la Resolución N° 014-2005-CCO/OSIPTEL, presentada el 15 de septiembre de 2005, por TELEFÓNICA MÓVILES; el Cuerpo Colegiado expidió la Resolución N° 015-2005-CCO/OSIPTEL, el 27 de septiembre de 2005, mediante la cual aclaró la Resolución N° 014-2005-CCO/OSIPTEL en los siguientes términos:

- La Resolución N° 014-2005-CCO/OSIPTEL definió que el servicio objeto de la ampliación de la investigación es el servicio minorista de telefonía móvil, es decir, el servicio a usuarios finales. Al haberse referido en conjunto a todas las comunicaciones locales originadas en la red de TELEFÓNICA MÓVILES, se entiende que se analizarán todos los segmentos del referido mercado, sin perjuicio de que en el transcurso de la investigación se evalúen algunos segmentos en particular.
- Dada la elevada y persistente participación de mercado de TELEFÓNICA MÓVILES, se considera, admitiendo prueba en contrario, que existen indicios de que esta empresa ostentaría posición de dominio en el mercado.
- Existe evidencia que permite considerar preliminarmente que TELEFÓNICA MÓVILES está cobrando a sus usuarios tarifas para las comunicaciones móviles originadas en su red por debajo de los costos, lo que constituye un indicio suficiente de la posible realización de una práctica con efectos depredadores.
- La infracción adicional a ser investigada en el procedimiento es un supuesto de abuso de posición de dominio, en la modalidad de prácticas con efectos depredadores, manifestadas en el establecimiento de tarifas promedio por plan, tanto incluidas como por minuto adicional, para las comunicaciones locales originadas en su red (on-net, off-net y móvil-fijo) por debajo de costos, con la finalidad de impedir o limitar la competencia del mercado, en el período comprendido entre enero de 2004 hasta septiembre de 2005, conducta que constituiría una infracción prevista en el inciso f) del artículo 5º del Decreto Legislativo N° 701.
- Con relación a la supuesta afectación al derecho de defensa de TELEFÓNICA MÓVILES, se precisó que la imputación de la presunta infracción en su contra se ha realizado con el grado de verosimilitud requerido para el inicio de una investigación y sin afectación alguna al debido proceso.

### III. OBJETO DE LA CONTROVERSIA

De acuerdo con las actuaciones realizadas en el presente procedimiento y a lo determinado por éste Cuerpo Colegiado, la presente resolución recaerá sobre las siguientes cuestiones:

#### (i) Pretensión Subordinada de NEXTEL

La supuesta comisión por parte de TELEFÓNICA MÓVILES de actos de abuso de posición de dominio en la modalidad de precios predatorios al cobrar, para las

comunicaciones dentro de su red, una tarifa que estaría por debajo de costos. Conforme a lo señalado por NEXTEL dicha conducta podría constituir un acto de abuso de posición de dominio tipificado en el inciso f) del artículo 5° del Decreto Legislativo N° 701.

**(ii) Infracción incluida de oficio**

La supuesta comisión por parte de TELEFÓNICA MÓVILES de actos de abuso de posición de dominio en la modalidad de prácticas con efectos depredadores, manifestada en el establecimiento de tarifas, para las comunicaciones locales originadas en su red, por debajo de costos, con la finalidad de eliminar a sus competidores del mercado. Conforme a lo señalado por éste Cuerpo Colegiado dicha conducta podría constituir un acto de abuso de posición de dominio tipificado en el inciso f) del artículo 5° del Decreto Legislativo N° 701.

**IV. INFORME INSTRUCTIVO:**

En el Informe Instructivo, la Secretaría Técnica concluyó lo siguiente:

**4.1. La pretensión subordinada planteada por NEXTEL:**

- Existen argumentos desarrollados por la literatura económica y por las agencias de competencia que indican que el servicio de llamadas on-net no es, en sí mismo, un servicio relevante, toda vez que la complementariedad de este tipo de llamadas con los demás servicios ofrecidos por el operador móvil, requeriría tratar a todos los servicios que ofrece éste último como una canasta de servicios.
- Las llamadas on-net son en la práctica solo un componente del servicio de telefonía móvil. Así, el análisis de las características de la dinámica del servicio móvil en el mercado peruano determinó que, tanto desde la perspectiva de la demanda como de la oferta, las llamadas on-net no puedan ser consideradas como un servicio relevante.
- La pretensión subordinada de NEXTEL, conforme a los términos expresados en la Resolución N° 014-2005-CCO/OSIPTEL, está referida a que el análisis de los actos de abuso de posición de dominio en la modalidad de precios predatorios, debe realizarse respecto de las comunicaciones dentro de la red de TELEFÓNICA MÓVILES; por ello, la Secretaría Técnica consideró que existía una definición del servicio en cuestión restringida por parte de NEXTEL, la cual no permitía realizar una adecuada determinación del mercado relevante, de la posición de dominio de TELEFÓNICA MÓVILES y de la existencia de prácticas con efectos depredadores.
- En consecuencia, se descartaron los fundamentos expuestos por NEXTEL en su pretensión subordinada; y, se señaló que no correspondía continuar con el análisis de la pretensión de dicha empresa.

**4.2 La ampliación de oficio**

- El mercado relevante para analizar la ampliación de oficio aplicable a la controversia es el correspondiente al servicio de telefonía móvil en el ámbito nacional. Dicho servicio está constituido por los servicios relacionados a la originación y terminación de tráfico y por las interrelaciones que existen entre estos componentes.

- TELEFÓNICA MÓVILES ostenta posición de dominio en el mercado relevante, principalmente por los efectos del tamaño de red que posee. Asimismo, otros factores que contribuyen a esta posición son: los efectos del sistema "el que llama paga" y la complementariedad entre los componentes del servicio móvil sobre las demandas por los servicios de originación y terminación de llamadas, la asignación del espectro y el comportamiento estratégico.
- De la información que consta en el expediente se detectaron indicios de que TELEFÓNICA MÓVILES estaría en capacidad de realizar una práctica con efectos depredadores financiada a través del subsidio entre segmentos del mercado.
- Sin embargo, luego, aplicando la metodología adecuada al caso, al verificar que los ingresos globales de TELEFÓNICA MÓVILES se encontraban por encima de sus costos, se determinó que no se habría configurado una práctica con efectos depredadores.
- Sin perjuicio de lo anterior, en el supuesto negado que los ingresos se hubieran encontrado por debajo de sus costos, tampoco se hubiera podido comprobar la presencia de una conducta anticompetitiva en el mercado, en tanto el análisis de la información que obra en el expediente no permite demostrar un efecto directo y significativo en la disminución del desarrollo de la competencia.
- Por lo tanto, se considera que de la evaluación de los medios probatorios que constan en el expediente no existe evidencia suficiente de los supuestos actos anticompetitivos materia del procedimiento.

## **V. ANÁLISIS:**

### **5.1. Posiciones de las partes**

Respecto a las posiciones manifestadas en el presente procedimiento por NEXTEL y TELEFÓNICA MÓVILES, el Cuerpo Colegiado se remite a lo señalado sobre el particular en el Informe Instructivo.

### **5.2. Alegatos**

#### **5.2.1. Alegatos de NEXTEL**

El 9 de julio de 2008, NEXTEL presentó sus alegatos al Informe Instructivo N° 001-2008/ST elaborado por la Secretaría Técnica. En dichos alegatos, NEXTEL ha expresado su desacuerdo con las conclusiones del Informe Instructivo, señalando que éste adolece de errores de fondo y de forma, por lo que no debería ser tomado como referencia por el Cuerpo Colegiado al momento de resolver; según los siguientes argumentos:

- (i) La afirmación de la Secretaría Técnica respecto a que NEXTEL no habría identificado correctamente el mercado relevante, en el que TELEFÓNICA MÓVILES habría realizado la práctica de predación de precios, no es correcta. Al respecto, indicó que había realizado la misma identificación del mercado relevante que el Informe Instructivo, tanto en su escrito de demanda, como en un escrito del 28 de febrero del 2005, y en el Informe

de Málaga – Webb Asociados del 7 de julio del 2005, que remitió a la Secretaría Técnica.

- (ii) La Secretaría Técnica no cumplió con la obligación de valorar debidamente los medios probatorios ofrecidos, al decidir, sobre la base de una supuesta equivocación en la delimitación del mercado relevante, que debían descartarse todos los argumentos expuestos por NEXTEL para sostener su pretensión en contra de TELEFÓNICA MÓVILES por la supuesta comisión de predación de precios.

De esta forma, NEXTEL señaló que, aun en el caso en que hubiera cometido un error en la definición del mercado relevante, el Cuerpo Colegiado estaría en la obligación de continuar con el análisis de la conducta demandada, pues lo contrario implicaría la vulneración tanto del debido procedimiento de su empresa, así como, del interés público subyacente a todos los procesos iniciados por presuntas prácticas anticompetitivas.

- (iii) NEXTEL reiteró su tesis con relación a la práctica de precios predatorios implementada por TELEFÓNICA MÓVILES, señalando que dicha empresa sí ha incurrido en la citada práctica, por las siguientes razones:
- De las afirmaciones sostenidas por el propio OSIPTEL ha quedado evidenciado que TELEFÓNICA MÓVILES sí estableció una tarifa on-net por debajo de sus costos.
  - De la información contenida en el Informe Instructivo N° 001-2008/ST elaborado por la Secretaría Técnica, ha quedado plenamente acreditado que TELEFÓNICA MÓVILES estaba recibiendo ganancias supra-competitivas como consecuencia de los cargos de terminación de llamadas; por lo que se encontraba en la posibilidad de sostener su práctica predatoria en el sector de las llamadas on-net.
  - La conducta desarrollada por TELEFÓNICA MÓVILES produjo efectos anticompetitivos; en tanto la estrategia de diferenciación de tarifas on-net y off-net estaba destinada a producir dichos efectos anticompetitivos.
- (iv) La metodología utilizada por la Secretaría Técnica para evaluar una práctica de subsidios cruzados, resulta contradictoria; en tanto aún cuando dicho órgano resalta las características particulares de las empresas multiproducto toma en cuenta únicamente los ingresos y costos globales de la empresa para descartar la existencia de una práctica predatoria.

#### 5.2.2. Alegatos de TELEFÓNICA MÓVILES

El 8 de julio de 2008, TELEFÓNICA MÓVILES presentó sus alegatos al Informe Instructivo N° 001-2008/ST elaborado por la Secretaría Técnica. En dichos alegatos, TELEFÓNICA MÓVILES ha expresado su desacuerdo con la conclusión del Informe Instructivo, en la que se afirma que dicha empresa cuenta con posición de dominio en el mercado. Dicha empresa ha señalado entre otros argumentos lo siguiente:

- (i) Si bien TELEFÓNICA MÓVILES tenía una participación mayoritaria en el mercado, la misma no contaba con la característica principal de una empresa con posición de dominio, en tanto no tenía la capacidad para actuar con prescindencia de sus competidores.

- (ii) En el análisis realizado, la Secretaría Técnica ha omitido considerar una serie de debilidades de TELEFÓNICA MÓVILES, generadas por la coyuntura regulatoria y comercial, que contrarrestaban sus fortalezas destacadas en el Informe Instructivo; y, que le impedía competir en igualdad de condiciones con el resto de operadoras móviles.
- (iii) El ejercicio de simulación teórica realizado por la Secretaría Técnica, sobre el cual se sustentaría el análisis de la posición de dominio cuestionado, resulta errado en tanto se sustenta en:
- La posibilidad de variar unilateralmente los precios de terminación, lo cual no resulta posible en el mercado peruano dado que desde el 2001 los cargos de terminación se encontraban regulados.
  - La premisa de que a mayor red, mayor tráfico y por ende mayores ingresos resulta incorrecta, dado que se ha comprobado que no existe una simetría entre el tamaño de la red y el tráfico recibido.
- (iv) La segmentación del análisis sólo hasta el tercer trimestre de 2005, crea una impresión errónea acerca de la verdadera posición de la empresa en el mercado, pues no permite ponderar los efectos de la fusión con Comunicaciones Móviles S.A. ocurrida en el período investigado; y, los aspectos de la misma que pudieron perjudicar el desempeño de TELEFÓNICA MÓVILES.
- (v) El Informe Instructivo sugiere que TELEFÓNICA MÓVILES ostentaba posición de dominio, entre otras cosas, por contar con dos bandas de 800 MHz, afirmación que no es exacta, en tanto parte de la banda de 800 MHz fue entregada al MTC en el 2005; asimismo, no se han tomado en cuenta los efectos de la migración de la banda 800 MHz a la banda de 1900 MHz, a la que se vio obligada TELEFÓNICA MÓVILES en virtud de la Resolución Viceministerial N° 160-2005-MTC/03<sup>3</sup>.
- (vi) En el Informe Instructivo se señala que para analizar la existencia de barreras estructurales a la entrada en el mercado debe analizarse también los costos de cambio de operador. Sin embargo, en el análisis se ha obviado algunos elementos determinantes que hicieron que este costo disminuyese para el usuario que deseaba pasar de TELEFÓNICA MÓVILES o a sus competidores, pero no así el de aquel que desease pasar de la competencia a TELEFÓNICA MÓVILES, derivados de las restricciones impuestas a esta última empresa, mediante la Resolución Viceministerial N° 160-2005-MTC/03.
- (vii) La afirmación respecto a que TELEFÓNICA MÓVILES era la operadora que cobraba a sus usuarios las tarifas promedio menores, es el resultado de una comparación incompleta, en tanto:
- En el propio Informe Instructivo<sup>4</sup> se concluye que tanto AMERICA MÓVIL como NEXTEL tienen tarifas promedio menores que TELEFÓNICA MÓVILES.
  - El único cuadro que muestra una comparación de tarifas<sup>5</sup> está referido sólo a tarifas on-net en la modalidad de postpago corporativo, según dicho cuadro TELEFÓNICA MÓVILES tendría tarifas on-net más bajas sólo en siete (7), de los cuarenta y tres (43) meses comparados; y, en el mismo cuadro, no se incluye información sobre las tarifas de Tim Perú

<sup>3</sup> Dicha migración se produjo entre los periodos de abril de 2005 y abril de 2007.

<sup>4</sup> Sección 10.5

<sup>5</sup> Gráfico N° 25



S.A.C., empresa que operaba en el mercado móvil en el período analizado.

- (viii) La afirmación respecto a que TELEFÓNICA MÓVILES tendría un mayor grado de diferenciación de los servicios, en tanto era la empresa que tenía mayor diversificación de servicios, es incongruente con el resto del contenido del Informe Instructivo, en tanto el mismo concluye que era NEXTEL quien había lanzado mayores planes tarifarios; y, que era AMERICA MÓVIL quien lanzó mayor número de promociones, en el período materia de análisis.

### 5.3 Informe Oral

El 12 de agosto de 2008 se realizó el informe oral ordenado por el Cuerpo Colegiado mediante Resolución N° 051-2008-CCO/OSIPTEL del 10 de julio de 2008. En dicha diligencia se escucharon las posiciones de NEXTEL y de TELEFÓNICA MÓVILES.

## VI. CUESTIONES PROCESALES PREVIAS

### 6.1. La aplicación del Decreto Legislativo 701 al presente caso

Con fecha 25 de junio de 2008 se publicó en el Diario Oficial El Peruano, el Decreto Legislativo N° 1034 que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, la cual entró en vigencia el 25 de julio de 2008. El Decreto Legislativo N° 1034 derogó el Decreto Legislativo N° 701, tal como se aprecia del literal a) de su Segunda Disposición Complementaria Derogatoria.

Sin embargo, conforme a su Única Disposición Complementaria Transitoria, las disposiciones del Decreto Legislativo N° 1034 de naturaleza procesal se aplicarán a los procedimientos en trámite bajo el Decreto Legislativo N° 701, en la etapa en que se encuentren. En consecuencia, *contrario sensu*, las disposiciones de naturaleza sustantiva, tales como la tipificación de infracciones contenida en el Decreto Legislativo N° 1034, no serán aplicables de manera inmediata a los procedimientos en trámite iniciados bajo el Decreto Legislativo N° 701. Por ello, los procedimientos iniciados bajo el Decreto Legislativo N° 701 continuarán tramitándose de acuerdo a las disposiciones sustantivas contenidas en dicho Decreto Legislativo.

De acuerdo a lo anterior, el presente procedimiento iniciado bajo la vigencia del Decreto Legislativo 701 continuará tramitándose conforme a las normas sustantivas contenidas en dicho Decreto Legislativo.

### 6.2. Los pedidos formulados por NEXTEL

Mediante escrito de fecha 19 de septiembre de 2005, NEXTEL solicitó al Cuerpo Colegiado que requiera la siguiente información a TELEFÓNICA MÓVILES, a fin de obtener medios probatorios sobre la existencia de las infracciones investigadas en el procedimiento:

- a) Relación de planes tarifarios en los que la aplicación de tarifas off-net resultan menores al cargo de terminación.
- b) Relación de clientes a los que TELEFÓNICA MÓVILES cobra una tarifa off-net menor que el cargo de terminación.
- c) Relación de clientes con más de 20 equipos captados por TELEFÓNICA MÓVILES desde enero de 2004 y de los planes tarifarios que les fueron ofrecidos.

Con respecto a los pedidos de información consignados en los literales a) y b), cabe señalar que la Secretaría Técnica contaba con una base de planes tarifarios de TELEFÓNICA MÓVILES para el periodo de la controversia, basada en información de diciembre de 2004, presentada por dicha empresa, la cual incluía tráfico cursado e ingresos facturados por cada plan. Dicha base fue completada y actualizada por TELEFÓNICA MÓVILES, por requerimiento de la Secretaría Técnica, efectuado mediante Oficio N° 497-ST/2006, del 9 de diciembre de 2005.

Con respecto al pedido de información consignado en el literal c), cabe señalar que dicha información fue solicitada a TELEFÓNICA MÓVILES mediante Oficio N° 086-ST/2006 del 6 de febrero de 2006 y a NEXTEL mediante Oficio N° 078-ST/2006 del 2 de febrero de 2006.

De otro lado, NEXTEL ha solicitado mediante el referido escrito de fecha 19 de septiembre de 2005 que se disponga que las Gerencias competentes del OSIPTEL remitan la información sobre ingresos, tráfico, patrones de consumo y decisiones de afiliación por parte de los usuarios del mercado de telefonía móviles.

Al respecto, cabe señalar que de la revisión del expediente se aprecia que la Secretaría Técnica requirió la información solicitada por NEXTEL tanto a las Gerencias respectivas del OSIPTEL así como a las partes, de acuerdo a lo siguiente:

➤ Información sobre tráfico:

Mediante Oficios N° 497, 496 y 495-ST/2005 se ha solicitado a TELEFÓNICA MÓVILES, NEXTEL y AMÉRICA MÓVIL respectivamente, información respecto al número de minutos de tráfico telefónico local originados por clientes corporativos y residenciales (a teléfonos fijos, móvil on-net y móvil off-net, especificando en este caso la red de destino) por modalidad cursado trimestralmente en el periodo comprendido entre enero de 2004 y septiembre de 2005.

➤ Información sobre ingresos:

Mediante Oficios N° 497, 496 y 495-ST/2005 se ha solicitado a TELEFÓNICA MÓVILES, NEXTEL y AMÉRICA MÓVIL respectivamente, información sobre los ingresos facturados por tráfico por red entre enero de 2004 y septiembre de 2005.

➤ Información sobre patrones de consumo:

- Los patrones de consumo pueden determinarse por los cambios entre planes y dentro de ellos; así se requirió la siguiente información:
  - Se remitió cuestionarios a TELEFÓNICA MÓVILES, NEXTEL y AMÉRICA MÓVIL mediante Oficios N° 499, 500 y 498-ST/2005 respectivamente, donde se solicitó información respecto al número de líneas que cambian de modalidad correspondiente a diciembre 2003, diciembre 2004 y septiembre 2005. Asimismo, se solicitó información sobre el número de líneas que cambian de tipo de plan correspondiente a diciembre 2003, diciembre 2004 y septiembre 2005.
  - Mediante el Oficio N° 204-ST/2006, de fecha 24 de marzo de 2005<sup>6</sup>, se remitieron cuestionarios a 539 empresas peruanas, seleccionadas aleatoriamente entre las 10,000 empresas más importantes del año 2004,

<sup>6</sup> Las cartas que se encuentran en el expediente tienen como fecha el 24 de marzo del 2005; sin embargo, el número del oficio evidencia que este fue expedido en el año 2006; según su ubicación en el expediente, dicho oficio habría sido remitido los últimos días de marzo; posiblemente se trata de un error material en la fecha consignada en las cartas.

para conocer el perfil y las preferencias del usuario empresarial del servicio de telefonía móvil. En este cuestionario se solicitó información respecto a los planes a los que estuvo afiliada la empresa, el operador al que pertenecían dichos planes y el tiempo de afiliación.

- Por otro lado, los planes establecidos por las empresas operadoras de telefonía móvil también pueden reflejar el patrón de consumo de los usuarios, de esta forma se requirió la siguiente información:
  - Mediante Oficio N° 495-ST/2005, de fecha 7 de diciembre de 2005, se solicitó a AMÉRICA MÓVIL el número de planes y líneas en servicio de la Red Privada América Móvil Empresa para los meses de diciembre de 2001, diciembre de 2002, diciembre de 2003, diciembre de 2004 y septiembre de 2005<sup>7</sup>.
  - Mediante Oficio N° 497-ST/2005, de fecha 9 de diciembre de 2005, se solicitó a TELEFÓNICA MÓVILES, el número de planes y líneas en servicio de la Red Privada Movistar (RPM) para los meses de diciembre de 2001, diciembre de 2002, diciembre de 2003, diciembre de 2004 y septiembre de 2005<sup>8</sup>.

➤ Información sobre decisiones de afiliación de los usuarios del mercado de telefonía móvil:

Mediante cuestionario remitido mediante Oficio N° 204-ST/2006 a 539 empresas peruanas, se solicitó información respecto a las razones por las que el usuario eligió un operador de servicio móvil determinado, las razones por las que continúa contratando con dicho operador; o, de ser el caso, las razones por las que se cambió a otra empresa; y, el número de veces que se ha cambiado de operador.

## VII. ANÁLISIS DE LA PRETENSIÓN SUBORDINADA

La pretensión subordinada planteada por NEXTEL consiste en la supuesta comisión, por parte de TELEFÓNICA MÓVILES, de actos de abuso de posición de dominio en la modalidad de precios predatorios al cobrar, para las comunicaciones dentro de su red, una tarifa que estaría por debajo de costos.

En el Informe Instructivo, la Secretaría Técnica señaló que la pretensión subordinada de NEXTEL se encontraba referida a que el análisis de los actos de abuso de posición de dominio en la modalidad de precios predatorios debía realizarse respecto de las comunicaciones dentro de la red de TELEFÓNICA MÓVILES; por lo cual, la Secretaría Técnica consideró que existía una definición del servicio en cuestión restringida por parte de NEXTEL, la cual no permitía realizar una adecuada determinación del mercado relevante, de la posición de dominio de TELEFÓNICA MÓVILES y de la existencia de prácticas con efectos depredadores.

De acuerdo con ello, la Secretaría Técnica indicó que no correspondía continuar con el análisis de la pretensión de dicha empresa.

<sup>7</sup> América Móvil Perú S.A.C. remitió la información solicitada mediante Carta DMR/CE/N° 548/05, de fecha 13 de diciembre de 2005.

<sup>8</sup> Telefónica Móviles S.A. remitió la información solicitada mediante Carta TM-925-AR-01-06, del 4 de enero de 2006.

En el presente acápite el Cuerpo Colegiado procede a pronunciarse sobre la primera práctica materia de investigación; es decir, la pretensión subordinada planteada por NEXTEL.

## 7.1. Metodología para el análisis de la práctica denunciada por NEXTEL

### 7.1.1. Metodología de análisis de prácticas de abuso de posición de dominio

La práctica denunciada por NEXTEL se encuentra referida a la comisión de actos de abuso de posición de dominio consistentes en precios predatorios tipificados en el inciso f) del artículo 5) del Decreto Legislativo 701.

Al respecto, el artículo 5° del Decreto Legislativo 701 establece que: *"Se considera que existe abuso de posición de dominio en el mercado, cuando una o más empresas que se encuentran en la situación descrita en el artículo anterior, actúan de manera indebida, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros que no hubieran sido posibles de no existir la posición de dominio (...)".*

Asimismo, el artículo 4° de la misma norma, establece que: *"Se entiende que una o varias empresas gozan de una posición de dominio en el mercado, cuando pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores, debido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, 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 suministros, así como redes de distribución."*

De acuerdo con las normas citadas, corresponde en el presente acápite desarrollar la metodología general de análisis que se utilizará para evaluar la conducta denunciada.

De lo expuesto en los párrafos anteriores se concluye que, a fin de determinar si TELEFONICA MÓVILES ha incurrido en actos de abuso de posición de dominio, primero debe analizarse si la demandada cuenta con posición de dominio. Para ello, de conformidad con lo establecido en los Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Libre Competencia en el Ámbito de las Telecomunicaciones<sup>9</sup> (en adelante LINEAMIENTOS), corresponde efectuar un análisis en dos etapas:

*"a. Debe determinarse el mercado relevante, es decir, qué bienes y/o servicios puede considerarse que compiten con el de la empresa cuya posición de dominio en el mercado se quiere determinar, y dentro de qué espacio geográfico y en qué nivel comercial se da dicha competencia; y*

*b. Determinar el nivel de competencia en el mercado relevante previamente determinado, y el poder real de mercado de la empresa investigada en dicho mercado."*

En tal sentido y en la misma línea de lo señalado por el Informe Instructivo, en la presente resolución se procederá a analizar los siguientes aspectos de la pretensión subordinada de NEXTEL de acuerdo al siguiente orden:

- El Servicio en Cuestión: es decir, el servicio sobre el cual se centra la discusión y sobre la base de la cual se desea conocer si existen o no sustitutos.
- El Mercado Relevante: para lo cual se debe proceder a analizar previamente: i)

<sup>9</sup> Aprobados mediante la Resolución N° 003-2000-CD/OSIPTEL y publicados en el diario oficial El Peruano el 8 de febrero de 2000.

la delimitación de producto, es decir, el conjunto de servicios que sean sustitutos desde el punto de vista de los consumidores del servicio en cuestión que se haya definido; ii) la delimitación geográfica, es decir, la localización de compradores y vendedores que influyen en la formación del precio del servicio; y, iii) la delimitación del nivel comercial, es decir, la identificación del nivel de la cadena comercial en el cual los consumidores adquieren los servicios respectivos.

- La Posición de Dominio: es decir, si es que, dentro del mercado relevante determinado TELEFÓNICA MÓVILES puede actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores.

#### **7.1.2. Aspectos metodológicos en la determinación de mercados relevantes en el ámbito de las telecomunicaciones**

Antes de desarrollar el análisis señalado en la sección previa, resulta importante exponer algunas características de los servicios de telecomunicaciones que tienen incidencia en la definición de mercados relevantes en esta industria y que permitirán contar con mayores elementos de juicio para evaluar los alcances de la pretensión planteada por NEXTEL.

Tal como fue recogido en el Informe Instructivo, debe indicarse que si bien la aplicación de la metodología tradicional para la delimitación de los mercados relevantes en el ámbito de las políticas de competencia puede ser extendida a la industria de las telecomunicaciones, se requieren algunos ajustes a dicha metodología con el fin de que las autoridades de regulación y de competencia capturen adecuadamente la naturaleza de las fuerzas competitivas en esta industria. Estos ajustes estarán relacionados con las características y particularidades económicas propias de ésta.

Al respecto, Gual<sup>10</sup> indica que la aplicación de la metodología tradicional en las telecomunicaciones sólo arroja luces parciales para un análisis adecuado. Ello se debe a que estos mercados presentan características económicas propias, tales como:

- La existencia de costos fijos o hundidos.
- El hecho de que los servicios de telecomunicaciones ofrecen un amplio rango de servicios que dependen del avance tecnológico.
- La característica de red de esta industria, lo que genera importantes externalidades de red.
- Los servicios de telecomunicaciones son comúnmente ofrecidos y demandados en conjunto.

Para efectos del análisis de la pretensión de NEXTEL y en la misma línea del desarrollo efectuado por la Secretaría Técnica, se enfatizará en la última de las características mencionadas, esto es, el hecho de que los servicios de telecomunicaciones son usualmente ofrecidos y demandados conjuntamente<sup>11</sup>.

En los mercados de servicios de telecomunicaciones, de un lado, debido a su condición de multiproducto, las empresas tienen incentivos a brindar los servicios en paquetes. Asimismo, estos servicios son también consumidos por los usuarios como un paquete. Es decir, el usuario generalmente consume una canasta de servicios, por lo que su demanda por un servicio individual puede ser afectada por las condiciones en las que se da la prestación de otro servicio. Asimismo, en algunos casos el consumidor no necesariamente

<sup>10</sup> Gual, Jordi, Market definition in the telecom industry. En: The economics of antitrust and regulation in telecommunications. Pierre Bulgués y Patrick Rey. Edward Elgar Publishing, 2004.

<sup>11</sup> Al respecto, en esta sección se abordan las ideas planteadas por Gual, Jordi, op cit. Detecon (2003). "A competition policy framework for telecommarkets: Preventing the abuse of marketpower and controlling merger and acquisition activities". Opinion Paper.

identifica los componentes efectivos del paquete en términos tecnológicos. Por todo ello, la demanda de los servicios de telecomunicaciones presenta importantes complementariedades.

La literatura económica ha estudiado la complementariedad que existe entre los servicios prestados por los operadores de telecomunicaciones y su relación con el establecimiento de servicios relevantes. En esta línea, se afirma que al momento de realizar un análisis de servicio relevante, se debe considerar las complementariedades de la demanda y las economías de producción conjunta (economías de ámbito), en la medida que esta industria se caracteriza por ofrecer servicios que son un conjunto de sub-servicios.

Desde una perspectiva teórica, los servicios de telecomunicaciones, al igual que otros bienes o servicios, pueden ser definidos de una forma muy reducida. Ello implica descomponer la totalidad del servicio final, tal y como es percibido por el usuario, en un conjunto de componentes, considerando individualmente cada servicio respecto al cual podría considerarse que puede ser consumido u ofertado independientemente. En este contexto, podría pensarse que un servicio telefónico de voz es un servicio integral que incluye un conjunto de componentes definidos de forma reducida, tales como acceso, terminación, originación en la red local, originación en la red de larga distancia, servicios de directorio, entre otros. No obstante, en la práctica, estos componentes muchas veces no son consumidos independientemente, y existen entre ellos, niveles variables de complementariedad.

Si un análisis de mercado relevante parte de considerar cada uno de estos componentes como un servicio individual, la existencia de fuertes complementariedades con otros componentes, reduce la elasticidad precio de este servicio considerado individualmente, lo que significa que un incremento del precio del mismo no disminuirá significativamente la demanda si los precios de los otros componentes no se modifican. La existencia de complementariedades, incrementa entonces los costos de cambio. Más aun, la posibilidad de que el consumidor cambiase a un proveedor alternativo del servicio estaría limitada por el número de empresas que efectivamente podrían proveerle de ese componente individual.

De acuerdo con ello, las fuertes complementariedades existentes en la demanda y las características de la oferta pueden justificar que en muchos casos el análisis para la definición de mercados relevantes sea realizado al nivel de considerar un conjunto de servicios. Al respecto, Gual destaca que la conveniencia de realizar la distinción entre cada componente individual del paquete de servicios dependerá del caso de competencia tratado.

Tal como fue recogido por la Secretaría Técnica en el Informe Instructivo, en la práctica, las autoridades de competencia han tomado en cuenta esta característica de los servicios de telecomunicaciones en el análisis, entre otros, de los siguientes casos específicos:

- En el caso Nynex/Bell Atlantic, la FCC se señaló que el hecho de que los consumidores demanden un conjunto empaquetado de servicios fuerza a los operadores a ofrecer dichos paquetes de servicios. Por lo tanto, el ofrecimiento empaquetado de servicios locales y de servicios de acceso a larga distancia podría ser considerado un mercado relevante de producto.
- Por su parte, específicamente para el caso de los servicios móviles, OFTEL ha señalado que todos los componentes del servicio móvil son consumidos conjuntamente. Al respecto, esta agencia ha señalado que los consumidores adquieren un servicio empaquetado, y que los consumidores del servicio móvil compensan las pérdidas sufridas por realizar determinados tipos de llamadas con las ganancias que obtienen por

realizar otros tipos de llamadas o por usar otros servicios, lo que sugiere cierto grado de complementariedad entre los tipos de llamadas ofrecidos como una canasta<sup>12</sup>.

## 7.2. Análisis y determinación del servicio relevante en cuestión

A fin de determinar los productos o servicios sustitutos, requiere determinarse, en primer lugar, cuál es el producto o servicio sobre el cuál se desea conocer la existencia de sustitutos o complementos. Al respecto y de acuerdo con las materias de investigación del presente procedimiento señaladas anteriormente, NEXTEL afirma la supuesta comisión, por parte de TELEFÓNICA MÓVILES, de actos de abuso de posición de dominio en la modalidad de precios predatorios al cobrar, para las comunicaciones dentro de su red, una tarifa que estaría por debajo de costos.

En ese sentido, de acuerdo a lo señalado por NEXTEL el servicio en cuestión serían **las comunicaciones cursadas dentro de la red** de TELEFÓNICA MÓVILES. Ello implica que a efectos de evaluar la práctica debe analizarse en primer lugar si las llamadas on-net constituyen por sí mismas un servicio relevante.

Conforme a lo señalado en el Texto Único Ordenado del Reglamento General de Telecomunicaciones aprobado por Decreto Supremo N° 020-2007-MTC, el servicio telefónico móvil que presta TELEFÓNICA MÓVILES es un servicio final. Como servicio final proporciona la capacidad completa que hace posible la comunicación entre usuarios.

Dada la condición de servicio telefónico, de acuerdo a lo establecido en los artículos 53° inciso 1) y 56° del citado reglamento, este servicio permite a los usuarios la conversación telefónica en tiempo real, en ambos sentidos de transmisión, y se presta a través del medio radioeléctrico en las bandas que el MTC haya especificado, mediante terminales móviles que se pueden transportar de un lugar a otro dentro del área de servicio de la empresa operadora.

De acuerdo con lo anterior, el servicio de telefonía móvil posibilita que los usuarios se puedan comunicar con usuarios de su propia red, así como con los usuarios de otras redes, sean fijas o móviles, que se encuentren interconectadas. Asimismo, el servicio de telefonía móvil permite que se realicen y reciban llamadas locales y de larga distancia nacional e internacional. Este servicio posibilita además la utilización del sistema de mensajes cortos de texto (Short Message System), la transmisión de datos y el acceso a Internet.

Seguidamente y en la línea del Informe Instructivo, se reseñan los diferentes tipos de productos ofrecidos por las empresas móviles y las diferenciaciones tarifarias que las mismas establecen entre los distintos componentes de su servicio en el marco de sus estrategias comerciales; así como la naturaleza y tipos de tarifa on-net. Ello a efectos de analizar si las comunicaciones on-net constituyen un servicio relevante y, en ese sentido, resulta necesario analizar si existe demanda por este servicio en forma exclusiva, o en general cómo se demanda este servicio.

### 7.2.1. Servicios de telefonía ofrecidos en el Perú

En el Perú, las empresas ofrecen los servicios de telefonía móvil bajo diferentes modalidades. De acuerdo con la oferta comercial de las empresas, podemos distinguir las siguientes modalidades de prestación de los servicios móviles:

- Los planes de la modalidad postpago otorgan un número determinado de

<sup>12</sup> Effective Competition Review: Mobile. Issued by the Director General of Telecommunications, Office of Telecommunications. Febrero 2001.

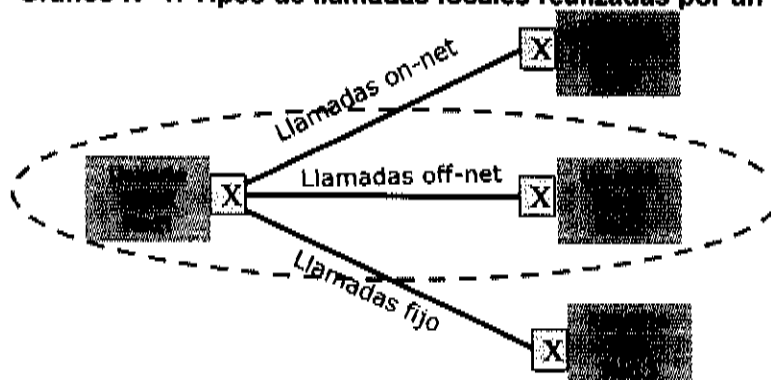
Review of the charges Control on Calls to Mobiles. Office of Telecommunications. Septiembre 2001.

minutos libres a cambio del pago mensual de un cargo fijo. Este plan le permite al usuario que una vez concluidos dichos minutos libres, éste pueda seguir cursando tráfico, pero al precio de un minuto adicional, el cual es mayor al precio implícito que se paga con el cargo fijo.

- En cuanto a los **planes de modalidad controlada** al igual que los planes postpago también otorgan un número determinado de minutos libres a cambio del pago mensual de un cargo fijo. La diferencia radica en que estos planes sólo pueden realizar el consumo de minutos adicionales a los correspondientes a su cargo fijo, mediante el uso de tarjetas prepago.
- En el caso de los **planes prepago** -tal como su nombre lo indica- el usuario puede acceder al servicio a través de la adquisición del equipo terminal, cuyo pago generalmente incluye algunos minutos libres y luego que este saldo (que es mucho menor al contemplado para planes de modalidad controlada o postpago) se termina, el usuario puede continuar cursando tráfico a través de mecanismos de pago previo.

Por su parte, en relación con los tipos de llamadas que puedan ser realizados desde un terminal móvil, los usuarios de servicios móviles pueden realizar dos tipos de llamadas locales: (i) llamadas dentro de su misma red (on-net) y (ii) llamadas fuera de su red (off-net en general); estas últimas pueden estar destinadas a un usuario de otra red móvil o a un usuario de la red fija (sea local o internacional)<sup>13</sup>.

**Gráfico N° 1: Tipos de llamadas locales realizadas por un usuario móvil**



Elaboración: Gerencia de Relaciones Empresariales - OSIPTEL

Tal como ha sido señalado por la Secretaría Técnica en el Informe Instructivo, en general, los operadores móviles ofrecen un gran número de planes tarifarios en los que utilizan recurrentemente las siguientes variables señaladas para dirigir sus estrategias a distintos grupos de usuarios finales:

- La modalidad de pago (prepago, control y postpago), que suele condicionar el precio del terminal y las tarifas por minutos adicionales.
- Diferenciación de las tarifas entre las llamadas que se cursan en la propia red o en una red diferente (llamadas on-net vs. llamadas off-net).
- Recientemente, lanzamiento de promociones dirigidas a sectores de menores recursos consistentes en el otorgamiento de bonos de minutos además de descuentos en la adquisición de equipos.

<sup>13</sup> Los usuarios también pueden realizar envío de mensajes de texto a otros celulares dentro y fuera de su red. Para efectos de la presente resolución, solo se consideran los tipos de llamadas posibles.



Considerando que la pretensión de NEXTEL está referida a las comunicaciones cursadas por TELEFÓNICA MÓVILES dentro de su red, cabe indicar que en el mercado peruano existen diversas tarifas para las comunicaciones que se originan y terminan dentro de una red, estrategia utilizada comúnmente por los operadores móviles:

- **Tarifa on-net en general:** tarifa que se cobra para comunicaciones dentro de la misma red.
- **Tarifa on-net para comunicaciones dentro de una red de usuarios:** tarifa que se cobra para comunicaciones que se dan entre personas que pertenecen a un grupo delimitado de consumidores: empleados de una empresa en particular o usuarios que pertenecen a una familia, por ejemplo.
- **Tarifa on-net para comunicaciones entre redes de usuarios:** tarifa que se cobra para comunicaciones que se dan entre los grupos definidos en la tarifa anterior. Por ejemplo, la tarifa que se cobra a las comunicaciones que se dan entre las personas que pertenecen a distintas empresas, clientes del mismo operador.

Por su parte, en el caso de NEXTEL, debido a que utiliza la tecnología IDEN (*Integrated Dispatch Enhanced Network*), los usuarios pueden combinar en un terminal digital tanto el servicio de radio digital two-way como el de conexión con otras redes, entre otros. El servicio de radio es ofrecido por NEXTEL bajo el nombre de **conexión directa** y desde la perspectiva del usuario funciona como una comunicación on-net, en la medida que permite comunicarse a bajo costo con todos los usuarios de la red de NEXTEL. Ello, sin perjuicio de que desde la perspectiva tecnológica, el servicio de radio de NEXTEL pueda no ser considerado un sustituto adecuado de las llamadas on-net, y que, potencialmente, pueda tener costos de provisión distintos.

#### 7.2.2. La forma en que se demanda el servicio

Una vez descritos brevemente los distintos tipos de productos ofrecidos por las empresas móviles y las diferenciaciones tarifarias que las mismas establecen entre los distintos componentes de su servicio en el marco de sus estrategias comerciales; así como la naturaleza y tipos de tarifa on-net; a efectos de analizar si la misma constituye un servicio relevante, resulta necesario evaluar si existe demanda por este servicio en forma exclusiva, o en general cómo se demanda este servicio.

En la misma línea de lo señalado por la Secretaría Técnica, el referido análisis se realizará tanto desde una perspectiva teórica, como desde una perspectiva práctica, considerando para el efecto la forma en la que son consumidos los servicios móviles en el mercado peruano.

Tal como se señaló en la sección previa, la teoría económica ha abordado la problemática de la complementariedad en la industria de telecomunicaciones y este análisis también ha sido efectuado en particular respecto del servicio de telefonía móvil.

Al respecto, se señala que para propósitos de las normas de competencia, el servicio móvil puede ser definido como un conjunto de componentes, tales como el acceso a la red, la originación y terminación de las llamadas, llamadas dentro de la red, llamadas fuera de la red, *short message system* (SMS); y todos estos componentes son ofrecidos como un solo servicio. Existen importantes complementariedades en la demanda de estos componentes y economías de ámbito en la provisión de estos servicios, lo que influirá en la real decisión de consumo de los usuarios y en el servicio de los proveedores.

Considerando lo anterior, el Cuerpo Colegiado coincide con la Secretaría Técnica en que una definición de mercado relevante que considere cada uno de estos componentes como un servicio individual podría llevar a resultados incorrectos desde la perspectiva de competencia. Ello, en primer lugar, porque la elasticidad precio del servicio así definido será considerablemente baja, teniendo en cuenta que existen complementos y que no existen sustitutos. En segundo lugar, si se amplía el grupo de servicios a fin de incluir los servicios complementarios, tales como acceso u originación, usualmente encontraremos que la demanda residual que enfrenta esta firma se vuelve cada vez mas elástica, lo que refleja una pérdida de poder de mercado. Esto es, si se comienza con un servicio individual, el poder de mercado se incrementa si se incluyen los servicios comparables proveídos por otros operadores, pero se reduce si se incluyen los servicios complementarios.

De acuerdo con ello, si los efectos de la complementariedad son importantes, como en el caso de la telefonía móvil, y considerando el hecho de que los componentes del servicio no son usualmente consumidos independientemente; la definición estándar de mercado relevante tendrá sentido únicamente cuando sea aplicada a sistema de componentes. Un conjunto de componentes constituirá un sistema si estos bienes son complementarios. En el caso particular, en la misma línea de lo señalado por la Secretaría Técnica, el Cuerpo Colegiado considera que lo importante es determinar si efectivamente desde el punto de vista de la demanda no cabe duda que los componentes son complementarios a tal medida que son vistos como uno solo desde el punto de vista del usuario: es decir, no existe un mercado para cada componente individual sino para el conjunto de componentes.

Al respecto, OFTEL ha precisado que no existe evidencia que muestre que las elasticidades de los segmentos on-net y off-net son distintas y desde la perspectiva del usuario, incluso el acceso y las llamadas son consumidos conjuntamente y forman parte de un mismo mercado<sup>14</sup>.

Asimismo, en estudios posteriores, como resultado de un análisis de *clusters* de mercado en los servicios móviles, OFTEL ha considerado que todos los tipos de llamadas salientes desde una red móvil pueden ser consideradas dentro de un mismo mercado, porque los diferentes tipos de llamadas minoristas están sujetas a las mismas restricciones de precios. Más aún, para efectos de captar a un cliente del servicio móvil, la empresa le ofrece un paquete en el que se incluyen todos los tipos de llamadas. Por su parte, ha precisado que existen economías de ámbito en la comercialización conjunta a nivel minorista de los distintos tipos de llamadas móviles<sup>15</sup>.

Si se aplican los argumentos desarrollados por la literatura económica y por las agencias de competencia respecto del servicio móvil, puede concluirse que por lo menos desde una perspectiva teórica, **no podría afirmarse que las llamadas on-net son en sí mismas un servicio relevante**, toda vez que la complementariedad de este tipo de llamadas con los demás componentes requeriría tratar a todos los componentes o segmentos que ofrece el operador móvil como una canasta de componentes o segmentos. En efecto, las llamadas on-net son en la práctica sólo un componente del servicio de telefonía móvil.

No obstante lo anterior, este análisis debe también ser realizado considerando las características de la dinámica del servicio móvil en el mercado peruano; esto es, si de la información disponible puede considerarse que, tanto desde la perspectiva de la demanda como de la oferta, las llamadas on-net podrían ser consideradas un servicio relevante.

<sup>14</sup> OFTEL. Effective Competition Review: Mobile y Review of the Price Control on Calls to Mobiles, 2001.

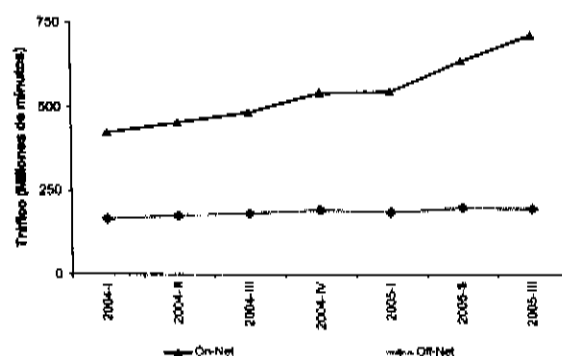
<sup>15</sup> Mobile access and call origination services market. Identification and analysis of market and determination on market power. Explanatory statement and Notification. Office of Telecommunications, UK. Noviembre de 2003.

### 7.2.3. Características dinámicas del servicio móvil: oferta y demanda

Al respecto, si se analiza la demanda de los distintos tipos de llamadas de servicios móviles en el ámbito general del mercado, se observa que como resultado de las estrategias comerciales y las diferenciaciones tarifarias aplicadas por los operadores de telefonía móvil, los usuarios efectúan llamadas on-net en un porcentaje mucho más significativo que los otros tipos de llamadas; sin embargo, esto no significa que los consumidores no realicen llamadas fuera de la red sino que más bien, independientemente de las diferencias tarifarias, los usuarios mantienen una proporción significativa de llamadas fuera de su red tanto a teléfonos fijos como móviles.

En ese sentido, el Cuerpo Colegiado coincide con la Secretaría Técnica en que el análisis del patrón de consumo peruano evidenciaría que el servicio de telefonía móvil es consumido como una canasta de servicios compuesta por las llamadas efectuadas dentro y fuera de la red, así como las llamadas a teléfonos fijos.

**Gráfico N° 2: Evolución del Tráfico Móvil por Red de Destino - Periodo de la controversia**



Nota: El tráfico off net en este gráfico corresponde al tráfico off net móvil local más el tráfico hacia la red fija.

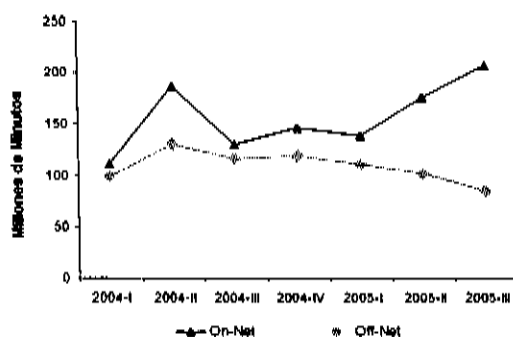
Fuente: Empresas Operadoras

Elaboración: Gerencia de Relaciones Empresariales - OSIPTEL

Ahora bien, con la finalidad de determinar si dicha tendencia de consumo se mantiene en el ámbito de todo el mercado; resulta relevante analizar la demanda de los distintos grupos de usuarios minoristas, los mismos que presentan patrones de tráfico significativamente distintos.

Al respecto, en el segmento residencial se observa que los patrones de consumo de los distintos tipos de llamadas son incluso más homogéneos que los que se observan en el ámbito de toda la industria, lo que permite concluir que en este segmento también el servicio on-net es demandado como parte de una canasta.

**Gráfico N° 3: Evolución del Tráfico Móvil Residencial por Red de Destino - Periodo de la controversia**



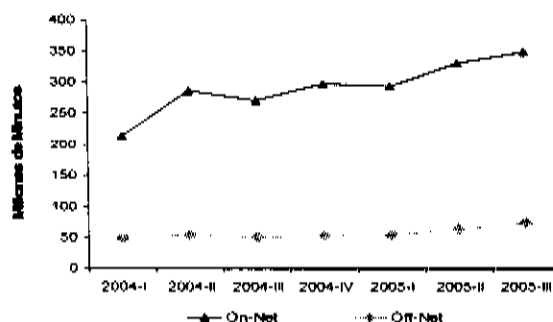
Nota: El tráfico off net en este gráfico corresponde al tráfico off net móvil local más el tráfico hacia la red fija.

Fuente: Empresas Operadoras

Elaboración: Gerencia de Relaciones Empresariales - OSIPTEL

De otro lado, conforme se ha señalado previamente, como parte de las estrategias comerciales desarrolladas por las empresas de telefonía móvil, en el segmento empresarial estos operadores fomentan el consumo intensivo de llamadas on-net. Esta estrategia se refleja en los patrones de consumo que se presentan en el referido segmento.

**Gráfico N° 4: Evolución del Tráfico Móvil Empresarial por Red de Destino - Periodo de la controversia**



Nota: El tráfico off net en este gráfico corresponde al tráfico off net móvil local más el tráfico hacia la red fija.

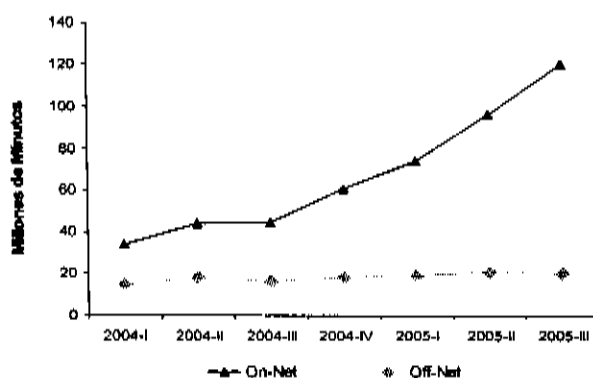
Fuente: Empresas Operadoras

Elaboración: Gerencia de Relaciones Empresariales - OSIPTEL

Finalmente, con el propósito de comprobar si aún en los planes del segmento corporativo que presentan un uso más intensivo de las llamadas on-net, los usuarios consumen también otro tipo de llamadas, se analizó la evolución del tráfico de los planes de bolsa de minutos, ofrecidos por las empresas TELEFÓNICA MÓVILES, COMUNICACIONES MÓVILES Perú S.A. y TIM Perú S.A.C.<sup>16</sup>

<sup>16</sup> A través de estos planes, los usuarios corporativos contratan a tarifas preferenciales un determinado número de minutos libres para ser utilizados por un grupo de usuarios, que les permiten efectuar llamadas a diferentes destinos, dependiendo del tipo de plan contratado. Así, en las bolsas se pueden contratar para efectuar llamadas a todo tipo de destinos, sólo a las redes privadas de usuarios, para la red fija, entre otros.

**Gráfico N° 5: Evolución del Tráfico Móvil de Bolsas de Minutos por Red de Destino - Periodo de la controversia**



Nota: El tráfico off net en este gráfico corresponde al tráfico off net móvil local más el tráfico hacia la red fija.

Fuente: Empresas Operadoras

Elaboración: Gerencia de Relaciones Empresariales - OSIPTEL

Como puede advertirse, dadas las características de este tipo de planes, el tráfico realizado por el usuario básicamente es efectuado dentro de la red de la empresa móvil a la que está afiliado dicho usuario. Adicionalmente, se observa una tendencia creciente del tráfico de las llamadas on-net en el periodo de análisis. Sin embargo, incluso en este supuesto también se consumen las llamadas a destinos fijos y off-net.

Conforme al análisis realizado previamente, puede concluirse que el servicio móvil es demandado por los usuarios como un paquete de llamadas y, que esta tendencia se mantiene, aún para los tipos de usuarios que presentan un consumo más intensivo de llamadas on-net; esto es, los del segmento corporativo, aunque con menor intensidad.

De acuerdo con ello, puede afirmarse que, de un análisis de la demanda de los distintos segmentos de usuarios del servicio móvil en el Perú, se observa que este servicio es requerido por los usuarios como un paquete que incluye la posibilidad de realizar distintos tipos de llamadas, entre los que se encuentran las llamadas on-net. En tal sentido, estas no podrían ser consideradas un servicio relevante en sí mismo, en la medida que no existe un mercado definido para ellas.

Por otro lado, desde la perspectiva de la oferta de los operadores móviles, conforme a lo señalado previamente en el mercado de servicios móviles peruano, todas las empresas móviles ofrecen servicios de voz y datos. Por lo general, sus planes tarifarios incluyen minutos para realizar llamadas a distintas redes, es decir on-net, off-net móvil y off-net fija.

Si el análisis se efectúa en el ámbito de segmentos; de acuerdo con la información disponible para el periodo de análisis, en el segmento residencial, existían planes que incluyen comunicación ilimitada o a menor costo con determinados números telefónicos, pero ningún operador ofrece planes que sólo incluyan el servicio de llamadas on-net.

De acuerdo con ello, los planes que sólo ofrecen al usuario la posibilidad de efectuar comunicaciones dentro de la red están dirigidos al segmento corporativo.

Como se advierte de lo anterior, en el segmento corporativo sí existe un grupo de planes en los que se ofrece a los usuarios únicamente la posibilidad de realizar llamadas dentro de la red.

Si bien el número de planes que ofrecen la posibilidad de realizar sólo llamadas on-net no es significativo respecto de la oferta comercial de las empresas, a fin de determinar si

pudiese existir un mercado, aunque fuese reducido, en el que sólo se demandase llamadas on-net, se procedió a analizar, en primer lugar si se ofrecía comercialmente la posibilidad de que los usuarios pudiesen realizar otro tipo de llamadas distintas a las incluidas en sus planes y de otro lado, si de los patrones de tráfico de dichos planes podía observarse que se consumían distintos tipos de llamadas.

En relación con el primer aspecto, según la información disponible, los usuarios de estos planes pueden realizar llamadas fuera de la red (off-net) a través de la compra de una tarjeta prepago que el operador provee a los clientes que no posean en sus planes minutos incluidos para llamar a usuarios fuera su red o si el tipo de plan adquirido es de tipo prepago. En relación con el segundo aspecto, se ha comprobado que de los patrones de tráfico sí se aprecia consumos de distintos tipos de llamadas.

**Cuadro N° 1: Características de las tarjetas prepago-2004**

Tarjetas Prepago		
<b>Telefónica</b>	Tarjetas prepago empresariales	S/.30 y S/.60
<b>Claro</b>	Tarjetas prepago (las líneas de clientes emp. tarifa pref.)	Varias denominaciones
<b>Nextel</b>	Tarjetas prepago	Varias denominaciones

Fuente: Empresas Operadoras

Elaboración: Gerencia de Relaciones Empresariales - OSIPTEL

Por tanto, tomando en cuenta todo lo analizado previamente, el Cuerpo Colegiado coincide con la Secretaría Técnica en que los operadores móviles ofertan en sus planes tarifarios un conjunto o paquete de servicios que incluye llamadas dentro de su propia red, llamadas a otras redes móviles y llamadas a fijos. En efecto, de acuerdo al análisis efectuado por la Secretaría Técnica que el Cuerpo Colegiado ha hecho suyo, los usuarios consumen el paquete de servicios que las empresas móviles les ofrecen y existe evidencia de que efectivamente realizan ese tipo de llamadas. En conclusión, de acuerdo al análisis realizado, las llamadas dentro de la misma red no constituyen un mercado relevante en sí mismo.

Ahora bien, la pretensión subordinada de NEXTEL, conforme a los términos expresados en la Resolución N° 014-2005-CCO/OSIPTEL, está referida a que el análisis de los actos de abuso de posición de dominio en la modalidad de precios predatorios, debe realizarse respecto de las comunicaciones dentro de la red de TELEFÓNICA MÓVILES.

Al respecto, cabe precisar que mediante Resolución N° 014-2005-CCO/OSIPTEL de fecha 2 de septiembre de 2005, el Cuerpo Colegiado estableció que la pretensión subordinada había sido admitida considerando que la investigación se realizaría respecto de las tarifas on-net de todos los planes de TELEFÓNICA MÓVILES existentes al momento de la demanda, tanto incluidas como por minuto adicional y no sólo respecto de la tarifa denunciada inicialmente por NEXTEL<sup>17</sup>. Dicha resolución no ha sido impugnada por NEXTEL.

En atención a ello, el Cuerpo Colegiado coincide con la Secretaría Técnica en que existe una definición del servicio en cuestión restringida por parte de NEXTEL, que no permite realizar una adecuada determinación del mercado relevante, de la posición de dominio de

<sup>17</sup> Al respecto, cabe señalar que el Cuerpo Colegiado ya había requerido a NEXTEL que precise el objeto de su demanda, a lo cual NEXTEL respondió que sin perjuicio de analizarse la tarifa on-net de US\$ 0,07 a la que hacía referencia su denuncia, debían analizarse todas las tarifas de TELEFÓNICA MÓVILES, mayores o menores, que vulnerasen las normas de libre competencia. En atención a la precisión de NEXTEL, el Cuerpo Colegiado admitió la pretensión subordinada señalando que la conducta investigada sería el establecimiento, por parte de TELEFÓNICA MÓVILES, de una tarifa para comunicaciones dentro de su red (on-net) por debajo de costos.

TELEFÓNICA MÓVILES y de la existencia de prácticas con efectos depredadores en el mercado minorista. Por ello, el Cuerpo Colegiado considera que la pretensión formulada por NEXTEL resulta infundada y deben descartarse los fundamentos expuestos por dicha empresa respecto de la pretensión subordinada.

En sus alegatos, NEXTEL ha señalado que el Informe Instructivo parte del error de considerar que NEXTEL identificó el mercado relevante como aquel conformado por las llamadas on-net.

Al respecto, NEXTEL indicó que no era correcta la afirmación de la Secretaría Técnica respecto a que dicha empresa no habría identificado correctamente el mercado relevante en el que TELEFÓNICA MÓVILES habría realizado la práctica de predación de precios. En efecto, NEXTEL señaló que había definido el mercado relevante en los mismos términos que la Secretaría Técnica, es decir como el mercado de originación y terminación de llamadas en las redes móviles, tal como se podía apreciar en su escrito de demanda, del 28 de febrero de 2005, así como en el Informe de Málaga – Webb Asociados que había remitido a la Secretaría Técnica.

Contrariamente a lo señalado por NEXTEL, en el Informe Instructivo cuyo análisis ha sido acogido por el Cuerpo Colegiado, no se indicó que NEXTEL haya identificado el mercado relevante como aquel conformado por las llamadas on-net.

En efecto, tanto en el Informe Instructivo como en la presente resolución se ha indicado que NEXTEL solicitó que se analice la supuesta predación de **una parte** de un servicio y no de un servicio en sí mismo, por lo cual, no resulta posible analizar la existencia de una práctica predatoria en un servicio que no existe como tal.

En vista de ello, es claro que NEXTEL formuló inadecuadamente su pretensión subordinada porque el **servicio** había sido definido de manera restringida y, por tanto, no permitía el análisis de la práctica denunciada por la propia empresa.

La pretensión subordinada planteada por NEXTEL consiste en la supuesta comisión, por parte de TELEFÓNICA MÓVILES, de actos de abuso de posición de dominio en la modalidad de precios predatorios al cobrar, para las comunicaciones **dentro de su red**, una tarifa que estaría por debajo de costos.

Como corresponde de acuerdo a ley y a la doctrina procesal administrativa, la pretensión subordinada de NEXTEL ha sido analizada en los términos planteados por dicha empresa.

Por ello, se ha considerado que, en el caso, existe una definición del servicio restringida por parte de NEXTEL, la cual no permite realizar una adecuada determinación del mercado relevante, de la posición de dominio de TELEFÓNICA MÓVILES y de la existencia de prácticas con efectos depredadores en el mercado minorista.

De esta forma, NEXTEL planteó de manera inadecuada su pretensión subordinada, en la medida que solicitaba que se analice la supuesta predación de **una parte** de un servicio y no de un servicio en sí mismo. De esta forma, no resulta posible analizar la existencia de una práctica predatoria en un servicio que no existe como tal.

En consecuencia, no existe una interpretación errónea por parte de la Secretaría Técnica respecto a la pretensión subordinada planteada por NEXTEL, sino una evaluación de los términos en que **la propia NEXTEL formuló su pretensión subordinada**.

De otro lado, NEXTEL ha señalado que la Secretaría Técnica no cumplió con la obligación de valorar debidamente los medios probatorios ofrecidos, al decidir, sobre la base una

supuesta equivocación en la delimitación del mercado relevante, que debían descartarse todos los argumentos expuestos por NEXTEL para sostener su pretensión en contra de TELEFÓNICA MÓVILES por la supuesta predación de precios.

De esta forma, NEXTEL ha expresado que, incluso en el caso en que hubiera cometido un error en la definición del mercado relevante, el Cuerpo Colegiado estaría en la obligación de definir correctamente el mercado relevante y continuar con el análisis de la conducta denunciada, pues lo contrario implicaría la vulneración del debido procedimiento de su empresa, más aún cuando existe un interés público subyacente a todos los procesos iniciados por presuntas prácticas anticompetitivas.

Al respecto, el Cuerpo Colegiado reitera que la pretensión subordinada de NEXTEL resulta infundada debido a que ha sido inadecuadamente formulada por dicha empresa. En esa medida, los argumentos y medios probatorios no han sido tomados en consideración únicamente en tanto sustento de la pretensión subordinada de NEXTEL.

Cabe señalar que, el Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil<sup>18</sup>, establece que el Juez *"no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes"*.

De acuerdo con ello, el Cuerpo Colegiado al conocer la pretensión interpuesta por NEXTEL debía evaluarla tal y como ésta había sido planteada, sin poder modificar ni el objeto de la pretensión (*petitorio*), ni los hechos que conformarían la causa de la pretensión, es decir, los hechos que coinciden con el supuesto de hecho de la norma jurídica respecto de la cual se ha derivado la consecuencia jurídica solicitada (*causa petendi*)<sup>19</sup>.

Tal como se ha indicado previamente, en el presente caso, se ha concluido que los operadores móviles ofertan en sus planes tarifarios un paquete de segmentos que incluyen llamadas dentro de su propia red, llamadas a otras redes móviles y llamadas a fijos. Los usuarios consumen el paquete que las empresas móviles les ofrecen y existe evidencia de que efectivamente realizan ese tipo de llamadas. Por tanto, se ha establecido que las llamadas dentro de la misma red no pueden analizarse separadamente del resto de componentes del servicio.

Ahora bien, la definición del servicio en cuestión realizada por NEXTEL forma parte de la *causa petendi*, por lo que el Cuerpo Colegiado no se encuentra facultado para modificarla a efectos de continuar el análisis de la pretensión subordinada de NEXTEL. Por tanto, dado que dicha definición resulta demasiado restringida para realizar una adecuada determinación del mercado relevante y, en consecuencia, de la posición de dominio de TELEFÓNICA MÓVILES, la pretensión planteada por NEXTEL no resultaba fundada.

No obstante y tal como expresamente se señala y se aprecia en la presente resolución, los argumentos y medios probatorios ofrecidos por NEXTEL han sido tomados en cuenta en el

<sup>18</sup>Según establece la Segunda Disposición Final del Reglamento de Solución de Controversias, para todo lo no previsto expresamente por dicho reglamento se aplicará, de ser pertinente, la Ley del Procedimiento Administrativo General y el Código Procesal Civil.

<sup>19</sup> En el mismo sentido GONZÁLES PEREZ, Jesús, MANUAL DE DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO, pág. 215, señala que el órgano jurisdiccional juzgará dentro del límite de la pretensión, pues la voluntad del demandante delimita en principio el contenido del proceso.

Al respecto, Dante Apolín, señala que la doctrina española es prácticamente unánime al considerar que los hechos que configuran la *causa petendi* de la pretensión son aquellos que coinciden con el supuesto de hecho de una norma jurídica respecto de la cual se ha derivado la consecuencia jurídica solicitada.

APOLÍN, Dante. *Apuntes iniciales en torno a los límites en la aplicación del aforismo iura novit curia*. En: Ius et Veritas. N° 29 Año XIV.



análisis de la investigación de oficio que se describe en el acápite siguiente. Esto último, en la medida que ello fue necesario para determinar la verdad material de los hechos investigados<sup>20</sup>.

Por ello, en la medida que la investigación dispuesta de oficio incluyó un escenario de análisis más amplio que el pretendido por NEXTEL en su pretensión subordinada, se ha efectuado una evaluación necesaria para determinar si se han cometido actos de abuso de posición de dominio en la modalidad de prácticas con efectos depredadores. En dicho análisis se han tomado en consideración junto con los demás medios probatorios requeridos de oficio a las partes y solicitados a las demás Gerencias del OSIPTEL, los medios probatorios y argumentos esgrimidos por NEXTEL en cuanto resultaron pertinentes<sup>21</sup>.

Conforme a lo indicado, señalar que los fundamentos de NEXTEL no pueden ser amparados, no ha implicado que este Cuerpo Colegiado haya concluido la investigación, sino que ésta continuó de oficio en atención a las evidencias actuadas en el procedimiento administrativo que constitulan indicios razonables de la comisión de una infracción. En ese sentido, tal como se evidencia tanto del Informe Instructivo como de la presente resolución, en la investigación se han evaluado los argumentos y medios probatorios presentados por NEXTEL, por lo cual, de existir alguna práctica predatoria que pudiera tener efectos *on-net*, ello se reflejaría en las conclusiones de la presente resolución.

Así, la evolución conjunta y razonada de todos los medios probatorios que obran en el expediente, sobre la base del criterio de libre valoración de la prueba, ha llevado al Cuerpo Colegiado a las conclusiones que se advierten en el acápite siguiente de la presente resolución respecto a la ampliación de oficio.

En consecuencia, no se ha incurrido en alguna afectación al derecho a probar de NEXTEL, por lo cual las alegaciones de dicha empresa sobre este punto no resultan atendibles.

### VIII. CUESTIÓN PREVIA: LA DECISIÓN DE AMPLIAR DE OFICIO EL PROCEDIMIENTO

En el presente caso y tal como ha sido expuesto en las Resoluciones N° 015, 016 y 017-2005-CCO/OSIPTEL, el Cuerpo Colegiado amplió el procedimiento de oficio en ejercicio de sus facultades legales como encargado de supervisar el cumplimiento de las normas de libre competencia en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, sustentándose en indicios suficientes y necesarios, conforme se expone a continuación.

<sup>20</sup> El Artículo IV, numeral 1 del Título Preliminar de la Ley de Procedimiento Administrativo General, establece que el procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios:

(...)

1.11 Principio de verdad material.- En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.

En el caso de procedimientos bilaterales la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a éstas. Sin embargo, la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también al interés público.

<sup>21</sup> A título de ejemplo, tal como se advierte de la lectura del Informe Instructivo y de la presente resolución, se ha tenido en consideración lo siguiente:

- **Presenta pruebas adicionales presentadas el 1 de marzo de 2005.** La información presentada por NEXTEL, mediante escrito del 1 de marzo de 2005, relativa a planes ofrecidos por TELEFÓNICA MÓVILES a determinados clientes, denominados bolsa de minutos, fue debidamente analizada por éste Cuerpo Colegiado como un indicio sobre la existencia de conductas anticompetitivas en la ampliación de oficio.
- **Informe de Málaga – Webb & Asociados.** Asimismo, los indicios sobre una conducta anticompetitiva por parte de TELEFÓNICA MÓVILES contenidos en el Informe de Málaga – Webb & Asociados presentado por NEXTEL para sustentar su pretensión subordinada, el 07 de Julio de 2005, también fueron debidamente analizados por éste Cuerpo Colegiado, como un indicio sobre la existencia de conductas anticompetitivas en la ampliación de oficio.

Conforme se precisó en la Resolución N° 015-2005-CCO/OSIPTEL, para el inicio de una investigación por presuntos actos de abuso de posición de dominio, se requiere contar con elementos de juicio que permitan considerar que la empresa investigada ostentaría dicha posición en el mercado, así como tener indicios de que se habría cometido la práctica abusiva. Esto no incluye, sin embargo, la evaluación de las posibles justificaciones de la práctica o de la existencia de condiciones para que ésta sea exitosa, así como tampoco supone la identificación de los efectos que la misma habría ocasionado en el mercado. Dichos aspectos constituyen materia de la investigación y análisis de fondo que debe realizarse dentro de cada procedimiento en particular. En tal virtud y en la misma línea de lo señalado en el Informe Instructivo, lo que se requiere para dar inicio a una investigación por actos de abuso de posición de dominio es contar con indicios sobre la existencia de tal posición en el mercado y sobre la comisión de la supuesta práctica ilícita.

En atención a ello, mediante Resolución N° 014-2005-CCO/OSIPTEL se decidió la ampliación de la investigación en contra de TELEFÓNICA MÓVILES a efectos de investigar un supuesto abuso de posición de dominio, en la modalidad de prácticas con efectos depredadores, manifestada en el establecimiento de tarifas, incluidas como por minuto adicional, para las comunicaciones locales originadas en su red (on-net, off-net y móvil-fijo) por debajo de costos. Los indicios encontrados fueron los siguientes:

- **Indicios de posición de dominio en el mercado:** Es un hecho conocido que desde su ingreso al mercado en 1993, TELEFÓNICA MÓVILES ha registrado siempre una cuota superior al 50% del número de usuarios de servicios móviles y durante varios años ha tenido una participación superior al 65%. Tomando en cuenta la elevada y persistente participación de mercado de TELEFÓNICA MÓVILES, el Cuerpo Colegiado consideró, admitiendo prueba en contrario, que existían indicios de que dicha empresa ostentaría posición de dominio en el mercado indicado en el párrafo anterior<sup>22</sup>.
- **Indicios de existencia de la supuesta práctica ilícita:** Se encontró que las tarifas promedio del 67% de los planes de TELEFÓNICA MÓVILES que cuentan con usuarios finales, independientemente de que sean comercializados o no, se encontraban por debajo del costo estimado del plan. Esta situación permitió considerar preliminarmente que TELEFÓNICA MÓVILES estaba cobrando a sus usuarios tarifas para las comunicaciones móviles originadas en su red por debajo de costos, lo que constituye indicio suficiente de la posible realización de una práctica con efectos depredadores<sup>23</sup>.

De acuerdo a estos indicios, en la Resolución N° 014-2005-CCO/OSIPTEL se señaló que la infracción adicional a ser investigada en el procedimiento es un supuesto abuso de posición de dominio, en la modalidad de prácticas con efectos depredadores, manifestadas en el establecimiento de tarifas promedio por plan, incluidas por minuto adicional, para las comunicaciones locales originadas en su red (on-net, off-net y móvil – fijo) por debajo de costos, con la finalidad de impedir o limitar la competencia del mercado, en el periodo comprendido entre enero de 2004 hasta septiembre de 2005, conducta que constituiría una infracción prevista en el inciso f) del artículo 5° del Decreto Legislativo 701.

<sup>22</sup> Tal como puede apreciarse, para ampliar la investigación se analizaron las características del mercado de servicios móviles en el ámbito general conjuntamente con la evidencia del nivel tarifario de la empresa investigada y teniendo en cuenta los potenciales efectos de una práctica predatoria.

<sup>23</sup> En la Resolución N° 014-2005-CCO/OSIPTEL se expresó lo siguiente: "En el informe antes comentado, la Gerencia de Políticas Regulatorias calculó la tarifa promedio de los planes, considerando tarifas incluidas y por minuto adicional; luego estimó con carácter preliminar el costo promedio del plan y, finalmente, comparó ambos valores para concluir que la tarifa promedio del 67% de los planes de TELEFÓNICA MÓVILES se encuentra por debajo del costo estimado".

Como puede apreciarse, la imputación de la presunta infracción en contra de TELEFÓNICA MÓVILES se ha realizado con el grado de verosimilitud requerido para el inicio de una investigación y sin afectación alguna del debido proceso.

Sin perjuicio de ello, debe recalcar, en la misma línea de lo señalado en la Resolución N° 017-20005-CCO/OSIPTEL, que los indicios que sustentan el inicio de una investigación por infracciones a las normas de libre competencia son de naturaleza distinta de aquellos medios probatorios utilizados para acreditar la existencia de tales infracciones en el pronunciamiento final.

De esta forma, como ha sido señalado, para iniciar una investigación por infracciones a las normas de libre competencia sólo se requiere la existencia de indicios razonables de violación de la ley. Esto es, se requiere hechos o circunstancias que hagan verosímil la existencia de las conductas infractoras, es decir, que permitan inferir razonablemente su ocurrencia, sin que ello signifique que causen certeza ni convicción sobre los hechos imputados. No obstante, la acreditación de las infracciones demandará una evaluación más amplia de la totalidad de los medios probatorios generados en el procedimiento a fin de determinar si dicho material probatorio genera certeza en el Cuerpo Colegiado respecto a la existencia de las infracciones.

En tal sentido, cabe recalcar que en el presente caso si bien se ha ampliado la investigación sobre la base de indicios razonables sobre la existencia de una presunta infracción a las normas de libre competencia, ello no ha significado que las imputaciones realizadas contra TELEFÓNICA MÓVILES se sustenten únicamente en los indicios razonables antes señalados, pues como se verá más adelante, durante la investigación llevada a cabo se ha producido material probatorio para evaluar la existencia de la práctica.

Por lo expuesto, los argumentos y pruebas presentadas por las partes durante la investigación, así como los alegatos y escritos posteriores presentados por éstas con posterioridad al Informe Instructivo, han sido considerados por el Cuerpo Colegiado al analizar el fondo de la cuestión en discusión.

## **IX. ANÁLISIS DE LA AMPLIACIÓN DE OFICIO**

### **9.1 Marco Teórico**

El Cuerpo Colegiado hace suyo el marco teórico desarrollado en el Informe Instructivo, el cual fue necesario para llevar a cabo el análisis de la ampliación de oficio. Así, se ha visto por conveniente resaltar los aspectos más importantes de esta sección, los cuales fueron considerados en la definición del mercado, la posición de dominio y el análisis de la práctica.

#### **9.1.1. Lógica del Negocio Móvil**

Tal como señaló la Secretaría Técnica, los operadores móviles pueden obtener beneficios correspondientes al tráfico saliente (que se origina en su red), el tráfico entrante (tráfico que termina en su red), y la venta de equipos.

El beneficio por el tráfico saliente proviene de la venta de llamadas on-net (o dentro de la red), llamadas off-net (o fuera de su red), llamadas hacia la red fija y de larga distancia. De otro lado, el beneficio por el tráfico entrante proviene de la venta de la terminación de llamadas originadas en otras redes móviles, teléfonos públicos y redes de larga distancia. Asimismo, el beneficio obtenido por la venta de equipos es una variable que también forma parte de los beneficios totales que teóricamente enfrenta una operadora móvil.

Teóricamente, se puede concebir la función de maximización de una operadora de servicios móviles de la siguiente forma:

$$\max_{\left\{ \begin{matrix} p_i^{off}, p_i^{on}, p_i^{ld} \\ p_i^{f-m}, p_i^h, p_i^{ld} \end{matrix} \right\}} \pi_i = \pi^{saliente} + \pi^{equipos} + \pi^{entrante}$$

$$\underbrace{(p_i^{on} - c_i^{on})q_i^{on}}_{\text{Llamadas on-net}} + \underbrace{(p_i^{off} - c_i^{sal}) \sum_{i \neq j}^n q_i^j - \sum_{i \neq j}^n a_i^j q_i^j}_{\text{Llamadas off-net}} + \underbrace{(p_i^f - c_i^{sal})q_i^f - a_i^f q_i^f}_{\text{Llamadas a fijo}} + \underbrace{(p_i^{ld} - c_i^{ld})q_i^{ld}}_{\text{Llamadas a LD}} \Rightarrow \pi^{saliente}$$

$$\underbrace{\sum_{h=1}^i (p_i^h - c_i^h)q_i^h}_{\text{Equipos}} \Rightarrow \pi^{equipos}$$

$$\underbrace{\sum_{i \neq j}^n (a_i^j - c_i^{ent})q_i^j}_{\text{Llamadas desde otros móviles}} + \underbrace{(p_i^{f-m} - c_i^{ent})q_i^j}_{\text{Llamadas fijo-móvil}} + \underbrace{\sum (a_i^j - c_i^{ent})q_{tup}^j}_{\text{Llamadas desde TUPs}} + \underbrace{\sum (a_i^j - c_i^{ent})q_{ld}^j}_{\text{Llamadas desde LD}} \Rightarrow \pi^{entrante}$$

Donde:

$p_i^{on}$  : Precio on-net de la firma i.

$c_i^{on}$  : Costo de la firma i asociado al tráfico on-net que esté cursando.

$q_i^{on}$  : Minutos on-net de la firma i.

$p_i^{off}$  : Precio off-net de la firma i.

$c_i^{sal}$  : Costo de la firma i asociado al tráfico saliente que esté cursando.

$q_i^j$  : Minutos off-net de la firma i hacia la firma j.

$a_i^j$  : Cargo de terminación correspondiente al tráfico off-net de la firma j hacia la firma i.

$p_i^f$  : Precio móvil-fijo de la firma i.

$q_i^f$  : Minutos hacia la red fija de la firma i.

$a_i^f$  : Cargo de terminación correspondiente al tráfico fijo-móvil de la red fija a la firma i.

$p_i^{ld}$  : Precio larga distancia de la firma i.

$c_i^{ld}$  : Costo total de terminar una llamada en la red de larga distancia de la firma i.

$q_i^{ld}$  : Minutos de larga distancia de la firma i.

$p_i^h$  : Precio de los terminales de la firma i.

$c_i^h$  : Costo de los terminales de la firma i.

$q_i^h$  : Número de terminales de la firma i.

$a_i^j$  : Cargo de terminación correspondiente al tráfico off-net de la firma i hacia la firma j.

$q_i^j$  : Minutos off-net de la firma j hacia la firma i.

$p_i^{f-m}$  : Tarifa implícita de las llamadas fijo-móvil de la firma i.

$c_i^{ent}$  : Costo de terminar una llamada en la red móvil de la firma i.

$q_i^j$  : Minutos desde la red fija hacia la firma i.

$q_{tup}^j$  : Minutos entrantes a la firma i desde la red TUP.

$q'_{id}$ : Minutos desde la red de larga distancia hacia la firma  $i$ .

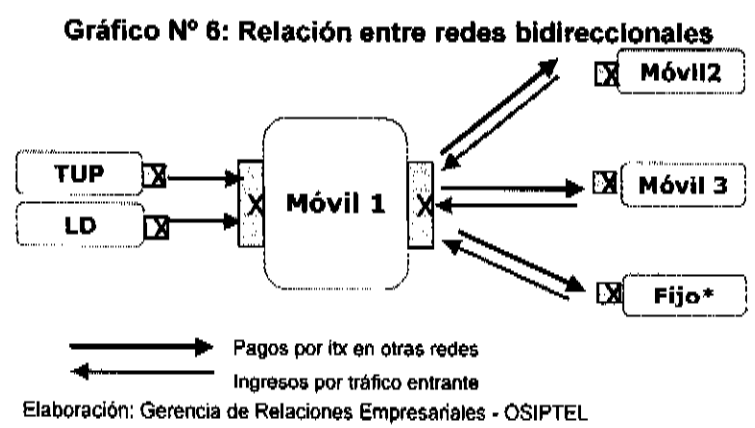
Tomando en cuenta esta función de maximización, se puede observar que los operadores en esta industria cuentan con -por lo menos- seis tarifas relevantes que influyen en la maximización de beneficios del operador. Estas son: las tarifas de las llamadas on-net, las tarifas de las llamadas móviles off-net, las tarifas móvil-fijo, las tarifas móvil-larga distancia, las tarifas fijo-móvil, el precio de los equipos terminales que ofrecen al público.

Cabe señalar que los operadores móviles para las llamadas on-net y off-net cuentan en algunos casos (para las modalidades postpago y control) con tarifas que están incorporadas en los cargos fijos o rentas mensuales. Asimismo, dado que el cargo se encuentra regulado, no entra en la función de maximización de los beneficios porque se toma como un valor dado.

### 9.1.2. Interdependencia entre el tráfico saliente y el tráfico entrante dentro del negocio móvil: Principales efectos

La competencia en el negocio de servicios móviles se efectúa entre redes en donde la interconexión se da en ambas direcciones (interconexión bidireccional). Dicha característica determina el comportamiento estratégico de las operadoras a diferencia del que se aplica en otros mercados, como en el de telefonía fija. En efecto, en el caso de la telefonía fija tradicional, los competidores de la red incumbente necesitan interconectarse y terminar llamadas en dicha red; sin embargo, la red incumbente fija casi no necesita terminar llamadas en las redes de sus competidores. En el caso de los servicios móviles, las empresas participantes en el mercado necesitan terminar llamadas en la red de sus competidores y, a su vez, sus competidores también requieren dicho servicio. En tal sentido, puede señalarse que las empresas participan en un mercado de tráfico entrante donde requieren la interconexión con otras empresas y en un mercado de tráfico saliente en el cual compiten por usuarios que buscan realizar llamadas a través de un móvil.

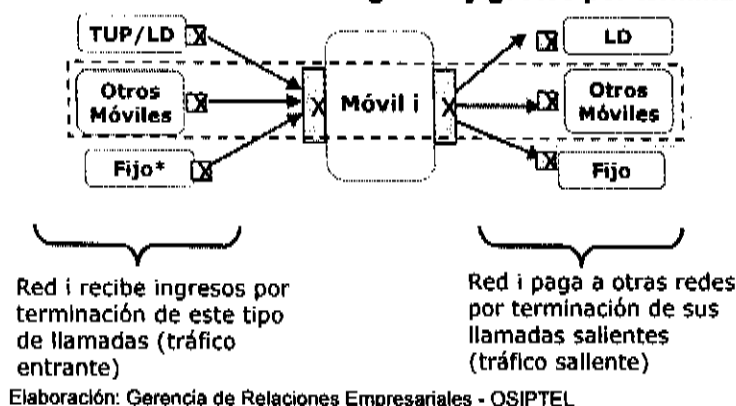
De alguna forma, la interdependencia entre ambos segmentos genera la complejidad del negocio de servicios móviles. Gráficamente se puede observar cómo la red móvil "1" recibe ingresos por terminación por parte de otras redes (móviles, fijas, entre otras) y a la vez paga a estas redes por terminar sus llamadas (ver gráfico N° 6).



En el caso de las llamadas off-net móvil, la red móvil "1" obtiene ingresos por el tráfico entrante desde sus competidoras pero a su vez debe pagarles por la interconexión necesaria para que sus usuarios terminen llamadas en las redes rivales (tráfico saliente). Manteniendo el tráfico saliente constante, una red móvil obtiene mayores ingresos cuando se incrementa su tráfico entrante. Asimismo, la red móvil "1" es consciente que cuanto más tráfico saliente off net realiza, mayores serán los ingresos de sus competidores. En ese sentido, una red de

servicios móviles se encuentra ante un dilema, por un lado, quisiera incrementar el número de usuarios de tal forma que se incremente su tráfico entrante y sus ingresos por interconexión; por otro lado, si expande su base de usuarios también se incrementa la posibilidad de realizar llamadas off-net salientes y los gastos por interconexión. Por ello, dado que la maximización de beneficios es conjunta (tráfico entrante y saliente), cada operador podría tener incentivos para reducir los tráficos hacia fuera (off-net) y fomentar en su lugar el tráfico dentro de su red (on-net).

**Gráfico N° 7: Relación entre ingresos y gastos por terminación**



Con respecto a los ingresos por los otros tráficos entrantes -diferentes a off-net móvil- es importante señalar que estos surgen por la necesidad de las otras redes de terminar las llamadas de sus usuarios hacia determinada red móvil. Así, dado que todas las redes están interconectadas, todas las operadoras demandan y ofrecen la interconexión y, en ese sentido, pueden obtener ingresos por la terminación, los cuales pueden ser usados para financiar un conjunto de estrategias destinadas a competir en el mercado final. En este caso, a diferencia de las llamadas off-net móvil, los incentivos de cada operador serán tratar de expandir su base de usuarios de tal forma de que se incremente la probabilidad de recibir tráfico entrante.

De otro lado, se reconoce por la literatura económica que en caso exista competencia en el mercado minorista de servicios móviles, los beneficios extra que obtienen las empresas por interconexión son generalmente utilizados para ofrecer menores precios de acceso o tarifas que generen externalidades de red por llamada.

Ahora bien, la magnitud de estos ingresos y beneficios puede variar entre operadoras y dependerá de la relación existente en términos del patrón de tráfico entre las redes y del tamaño relativo de cada una de ellas.

En efecto, el tráfico entrante que cada red recibe y envía a las demás redes está en función de los siguientes factores:

- (i) Tamaño relativo de la red en términos de las redes de sus rivales lo cual se refuerza con el efecto externalidad de red.
- (ii) Patrón de tráfico saliente de la red (tráfico on-net y tráfico off-net).
- (iii) Nivel y estructura de cargos de terminación (cargos recíprocos, no recíprocos).

En ese sentido, la interconexión constituye parte de los ingresos y de los pagos en los que debe incurrir una empresa de servicios móviles, y de este modo, el resultado neto de interconexión puede contribuir con la posición competitiva que las empresas ostentan en el mercado.

### 9.1.3. Revisión teórica sobre predación y criterios identificados en la jurisprudencia sobre dichas prácticas en una industria multiproducto

En principio, la industria de servicios móviles se caracteriza por ser multiproducto por lo cual muchas de las conclusiones de la teoría económica sobre predación clásica podrían no resultar aplicables al presente caso, debido a que los supuestos de estas teorías no se ajustan a este tipo de industrias. Así, los principales supuestos que no resultarían aplicables en el presente caso serían los siguientes: (i) competencia en bienes homogéneos por parte de empresas uniproducto, (ii) la inexistencia de contacto multimercado, (iii) la política de precios predatorios implica la disminución de precios en todas las unidades vendidas del bien, (iv) los efectos perjudiciales requieren la salida o el no ingreso al mercado por parte del competidor y (v) la recuperación debe efectuarse en el mismo mercado.

En los modelos teóricos desarrollados en la literatura económica reciente, la característica principal es que el incumbente posee mayor información que el rival y aprovecha esta situación para influir en las expectativas que tiene el rival con relación al mercado, logrando evitar su entrada, disciplinar su comportamiento o evitar su crecimiento.

Asimismo, este desarrollo teórico incorpora nuevos supuestos, tales como la presencia de empresas multiproducto como protagonistas de la práctica predatoria. Así por ejemplo, cuando Bolton et. al. desarrolla las condiciones esenciales para analizar una estrategia de reputación señala que en el caso de una firma multiproducto, la empresa puede contar con un mercado de "demostración", en el cual realiza la práctica predatoria y con un mercado de "recuperación", en el cual consigue crear el efecto de ser considerado un competidor agresivo, esto es, donde los actuales o potenciales competidores podrían verse disuadidos a competir o entrar al mercado.

Las características de mercados multiproducto, como el de servicios móviles, podrían reunir las condiciones para que pueda surgir una práctica predatoria. Cabe señalar que la literatura económica destaca la posibilidad de que este tipo de prácticas utilicen como medio los subsidios cruzados.

En cuanto a la jurisprudencia sobre prácticas de predación en una industria multiproducto, en el ámbito internacional las agencias de competencia han desarrollado algunos criterios para evaluar las prácticas de predación en casos de industrias multiproducto. Así de esta revisión jurisprudencial se pueden destacar los siguientes puntos<sup>24</sup>:

- El estándar de costos empleados al evaluar casos de predación de precios son principalmente los **costos evitables medios y los costos incrementales de largo plazo**.
- La jurisprudencia norteamericana no considera la **intencionalidad** como un elemento para evaluar este tipo de prácticas, mientras que los criterios de la Comunidad Europea (CE) la consideran como elemento relevante, en particular cuando el precio se encuentra por encima de los costos evitables medios, pero por debajo de los costos totales medios.
- Los lineamientos de la CE reconocen que prácticas de este tipo son probables cuando la empresa participa en varios mercados y se reconoce como parte de la intencionalidad el tener fondos para financiar la práctica. Al respecto, en Canadá se destaca que en el caso de **firmas multiproducto**, la utilización de la prueba de costos evitables es muy importante porque al tener estas empresas costos comunes, esta evaluación evita la asignación de los costos a cada producto específico.

<sup>24</sup> El detalle de los casos, los criterios y costos usados se recogen en el Informe Instructivo.

- La jurisprudencia norteamericana destaca el tema de la recuperación de las **pérdidas** como requisito obligatorio para probar que se cometió la infracción, no obstante la CE y en Australia se señala que si bien este criterio es importante no es necesario para catalogar a una práctica como predatoria.

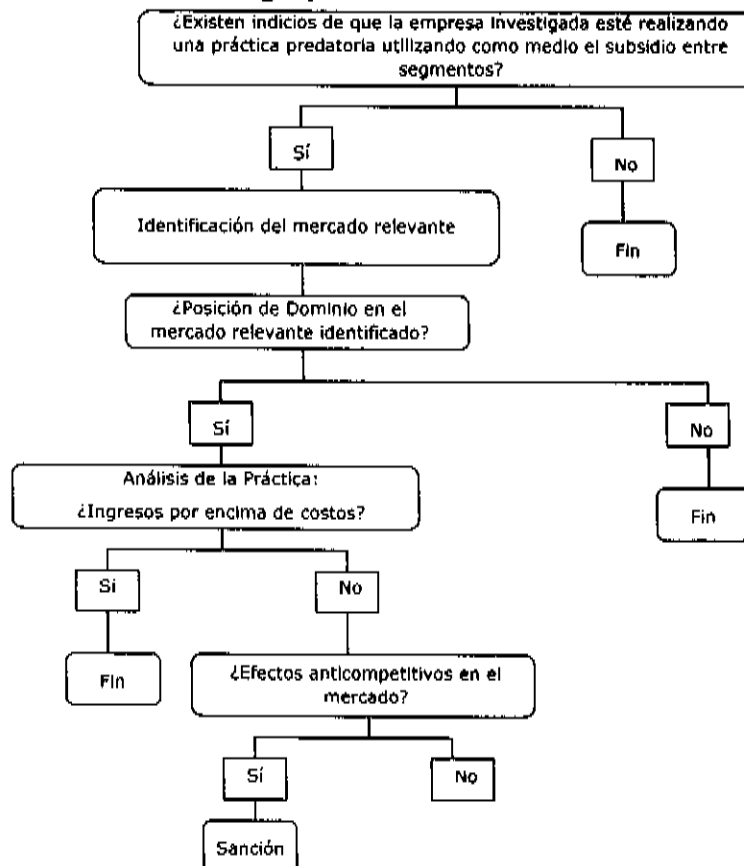
El Cuerpo Colegiado considera que, en principio, las características de los mercados en la industria de telecomunicaciones podrían resultar propicias para escenarios de predación usando como medio los subsidios cruzados, debido a que la característica de ser multiproducto facilitaría el subsidio entre mercados o segmentos. No obstante, podrían existir casos en los cuales la complementariedad de los segmentos o mercados hace imposible un análisis que sólo considere alguno o algunos de ellos, la cual a su vez podría determinar que el análisis de mercado sea efectuada de manera global.

#### 9.1.4. Metodología práctica para analizar el caso

En este contexto, la Secretaría Técnica planteó una metodología para analizar el caso de una práctica con efectos depredadores en la modalidad de precios predatorios, la cual podría haber utilizado como medio el subsidio entre segmentos del mercado (ver gráfico N° 8). Dicha metodología recoge el hecho de que en los mercados de telecomunicaciones podrían encontrarse características que faciliten la realización de prácticas de predación a través de subsidios entre segmentos del mercado.

En atención a dichas razones, el Cuerpo Colegiado considera que la metodología propuesta por la Secretaría Técnica es idónea para analizar el presente caso.

**Gráfico N° 8: Metodología para el análisis del caso - Pasos a seguir**



Elaboración: Gerencia de Relaciones Empresariales - OSIPTEL



Tal como señaló la Secretaría Técnica, en primer lugar, el análisis debe partir por identificar si existen indicios que señalen que la empresa investigada podría realizar una práctica con efectos depredadores en la modalidad de precios predatorios, la cual podría haber utilizado como medio el subsidio entre mercados o segmentos del mercado, es decir, se deberá analizar si esta empresa pudiese estar en capacidad de transferir ingresos provenientes de un mercado o segmento para realizar una práctica depredadora en otro. Para ello se debe evaluar si la empresa potencialmente se encuentra en condiciones de subsidiar cruzadamente entre mercados. En tal sentido, se deberán analizar los siguientes aspectos:

- (i) Determinar si la empresa analizada es una empresa multiproducto que participa en varios mercados o servicios interrelacionados, sean estos definidos en función al área geográfica, a los productos ofertados, a segmentos de mercados específicos, entre otros.
- (ii) Determinar si la empresa se encuentra obteniendo ingresos significativos, por ejemplo, si se cuenta con indicios de que dicha empresa ostentaría beneficios supranormales (ingresos por encima de costos), lo cual indirectamente es una evidencia que el nivel de competencia en el segmento en el cual obtiene dichos ingresos es reducida o se cuenta con alguna ventaja derivada del marco legal.

Posteriormente, debe identificarse el mercado relevante, partiendo de analizar el segmento que financia la práctica, no obstante el mercado relevante podría ser menor o mayor que éste (uno con varios segmentos o dos o mas mercados). Luego de ello, se busca identificar si la empresa investigada cuenta con posición de dominio en el mercado relevante determinado.

Como señaló la Secretaría Técnica, una vez determinada la posición de dominio por parte de la empresa denunciada, se procede a analizar si existe una práctica con efectos depredadores, evaluando la relación tarifas-costos, a través de una comparación entre los ingresos y costos correspondientes.

En el caso que los ingresos no cubran los costos, se pasará a evaluar los efectos de la práctica en la dinámica y el grado de competencia en el (los) mercado(s) afectado(s) por la misma. De lo contrario, se podrá archivar el caso.

Finalmente, el análisis de efectos incluye una evaluación de intencionalidad de la empresa que ha venido aplicando la práctica en el mercado, así como una evaluación de los efectos potenciales y reales sobre la competencia en el mercado afectado. Así, el análisis de este aspecto permitirá contar con elementos de juicio suficientes que permitan presumir o no, que la práctica realizada generó efectos perjudiciales en el mercado analizado.

Es pertinente precisar que dicha metodología difiere del análisis en dos etapas realizado en el caso de predación clásica<sup>25</sup>, debido a que en este caso en particular nos encontramos frente a una empresa multiproducto que participa en mercados diferenciados y potencialmente en distintas líneas de negocio, lo cual modifica la racionalidad y lógica de la práctica predatoria<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> Como se señaló anteriormente, en la predación clásica pueden distinguirse dos etapas, una etapa de predación o sacrificio en la cual la empresa incurre en pérdidas de corto plazo y una etapa de recuperación o de monopolización en la cual la empresa recupera dichas pérdidas a través de la fijación de precios monopólicos que le permiten obtener beneficios extranormales en el largo plazo.

<sup>26</sup> TELEFÓNICA MÓVILES ha señalado que al ampliar la investigación de oficio sólo con base en lo señalado por el informe de GPR, el CCO ha contradicho pronunciamientos anteriores en la materia. En particular, el emitido en la controversia 010-2001 (Boga vs Multimedia) en el que se señaló que a efectos de determinar la existencia de una práctica predatoria debería realizarse un análisis en una serie de etapas, las mismas que son consecutivas y excluyentes:

"(a) Determinar si existen las condiciones básicas requeridas para la existencia de una discriminación y si en los hechos se produjo efectivamente un comportamiento diferenciado por parte de MULTIMEDIA en los mercados donde compite con BOGA y en los mercados en que no compite con ella."

## X. APLICACIÓN DE LA METODOLOGÍA PLANTEADA

La presente sección presenta el análisis realizado con relación a la supuesta comisión por parte de TELEFÓNICA MÓVILES de actos de abuso de posición de dominio en la modalidad de prácticas con efectos depredadores.

Al respecto, de acuerdo a la revisión realizada en el marco teórico y la experiencia internacional, se puede afirmar que la práctica analizada en la presente controversia está referida a una práctica con efectos depredadores en la modalidad de precios predatorios en el mercado de servicios móviles. En tal sentido, se seguirá la metodología descrita previamente para analizar el presente caso.

### 10.1. Análisis de indicios

De acuerdo a la metodología práctica de análisis, en primer lugar debe evaluarse si TELEFÓNICA MÓVILES se encuentra en condiciones de realizar una práctica con efectos depredadores en la modalidad de precios predatorios, la cual podría haber utilizado como medio el subsidio entre segmentos del mercado. Ello en la medida que la empresa participa básicamente en dos tipos de negocio: negocio por tráfico saliente y negocio por tráfico entrante.

Ahora bien, para que TELEFÓNICA MÓVILES se encuentre en capacidad de utilizar como medio el subsidio entre segmentos o mercados, debería contar con beneficios supranormales en al menos uno de los negocios en los cuales participa. De acuerdo a la evaluación realizada, se evidencia que TELEFÓNICA MÓVILES obtuvo beneficios extranormales por el tráfico entrante facturado en el periodo de análisis de la práctica (enero 2004-septiembre 2005) en tanto:

1. TELEFÓNICA MÓVILES registró costos de acceso menores a los cargos efectivamente cobrados.

En efecto, tal como se ilustra en el siguiente cuadro, previamente y durante el periodo de la controversia, TELEFÓNICA MÓVILES cobró a sus competidores por interconexión cargos de acceso mayores a los costos incrementales de largo plazo (LRIC) estimados por el OSIPTEL en el marco del procedimiento de la fijación de cargos de interconexión tope por terminación de llamadas en las redes móviles.

*(b) Determinar si de haberse producido dicho comportamiento diferenciado, el mismo podía encontrarse justificado por la naturaleza y características de la transacción o de lo contrario constituía una discriminación ilegal según lo dispuesto por el Decreto Legislativo 701.*

*(c) Determinar si el mercado presenta las condiciones requeridas para que una práctica predatoria sea exitosa, evaluando si existen elevadas barreras de acceso para potenciales competidores y si la demanda es lo suficientemente inelástica como para que los usuarios continúen comprando el servicio de MULTIMEDIA a pesar de que impusiera mayores precios.*

*(d) Sólo de comprobarse lo anterior, determinar si MULTIMEDIA incurrió en pérdidas de corto plazo de manera no esporádica para eliminar a BOGA del mercado.*

*(e) Por último, definir los efectos perjudiciales que habrían tenido las conductas denunciadas por BOGA sobre el mercado, es decir, sobre el usuario como sobre el competidor.*

En tal sentido, TELEFÓNICA MÓVILES señala que para el presente caso no se ha verificado que en el mercado existen las condiciones necesarias para la realización de una práctica de precios predatoria exitosa.

Cuadro N° 2: Cargos de acceso y LRIC de Telefónica Móviles

Anexo A.1 - Cargos de acceso y Fijo de Telefonía Móviles												
		(*) Cargo que recibe de:						Margen con:				
Trimestre		BS	AM	NX	Cargo implícito Fijo-Móvil (**)		LRIC (*)		BS	AM	NX	C.I. F-M
Período de la Controversia	2004-I	0.250	0.250	0.207	0.324	✓	0.064		0.186	0.186	0.271	0.260
	2004-II	0.250	0.250	0.207	0.324	✓	0.064		0.186	0.186	0.271	0.260
	2004-III	0.250	0.250	0.207	0.332	✓	0.064		0.186	0.186	0.271	0.267
	2004-IV	0.250	0.250	0.207	0.341	✓	0.064		0.186	0.186	0.271	0.277
	2005-I	0.250	0.250	0.207	0.345	✓	0.064		0.186	0.186	0.271	0.281
	2005-II		0.250	0.207	0.346	✓	0.064			0.186	0.271	0.282
Períodos adicionales	2005-III		0.205	0.205	0.344	✓	0.064			0.141	0.270	0.280
	2005-IV		0.205	0.205	0.332	✓	0.064			0.141	0.270	0.268
	2006-I		0.177	0.177	0.337	✓	0.064			0.113	0.241	0.273
	2006-II		0.177	0.177	0.342	✓	0.064			0.113	0.241	0.278
	2006-III		0.177	0.177	0.348	✓	0.064			0.113	0.241	0.283
	2006-IV		0.177	0.177	0.350	✓	0.064			0.113	0.241	0.285
	2007-I		0.149	0.149	0.353	✓	0.064			0.084	0.213	0.289
	2007-II		0.149	0.149	0.355	✓	0.064			0.084	0.213	0.291
	2007-III		0.149	0.149	0.357	✓	0.064			0.084	0.213	0.293

Fuente:

(\*) Resoluciones del Consejo Directivo de OSIPTEL que regulan los cargos de terminación móvil.

(\*\*) Cálculo estimado por la Gerencia de Relaciones Empresariales - OSIPTEL.

Elaboración: Gerencia de Relaciones Empresariales - OSIPTEL

En tal sentido, TELEFÓNICA MÓVILES contaba con un margen de ganancia significativo en la interconexión, producto del nivel de cargos de acceso existentes con anterioridad a la regulación de cargos asimétricos de interconexión tope por terminación de llamadas en las redes móviles de fines del año 2005.

Al respecto, NEXTEL en sus alegatos sostuvo que *"la estrategia predatoria si era sostenible por Telefónica porque contaba con ingresos supra-competitivos en otros sectores que le permitían financiarla"*.

Sobre este aspecto, el Cuerpo Colegiado considera que el hecho que TELEFÓNICA MÓVILES haya tenido ingresos significativos en el segmento de tráfico entrante no implica la realización de una práctica predatoria. Si bien es cierto esta situación contribuye a otorgarle posición de dominio en el mercado relevante -como se verá más adelante- ello no implica que haya abusado de tal posición.

2. El sistema El Que Llama Paga (EQLLP) y la forma de fijación de la tarifa fijo-móvil le otorga mayores ventajas a TELEFÓNICA MÓVILES por ser la red con mayor número de usuarios.

El EQLLP permitió que las empresas operadoras de servicios móviles obtuvieran un cargo implícito mayor por parte de la red fija por la terminación de llamadas en las redes móviles. En efecto, el EQLLP estableció que la tarifa fijo-móvil fuera determinada por las empresas operadoras de servicios móviles y que éstas a su vez, retuvieran los ingresos de tales llamadas devolviendo a la red fija los cargos de originación, facturación, recaudación y morosidad. De acuerdo a los estimados realizados por la Secretaría Técnica, en el caso de TELEFÓNICA MÓVILES, ésta retenía un total de US\$ 0.33 promedio durante el periodo de la controversia por minuto cursado; lo cual constituía un cargo implícito por terminación mayor al cargo de interconexión fijado por la terminación con las redes móviles.

Tal como se evidencia en el siguiente cuadro (y en mayor detalle en las siguientes secciones), el sistema El Que Llama Paga tiende a favorecer en términos absolutos a las redes con mayor número de usuarios. En tal sentido, si bien todas registran ingresos, TELEFÓNICA MÓVILES es la única que tiene ingresos sustanciales incluso luego de estimar sus costos.

**Cuadro N° 3: Ingresos estimados correspondientes a llamadas fijo-móvil<sup>27</sup>**

Período de la Controversia	Ingresos fijo móvil (*)				Participación por ingresos fijo móvil			
	TM	BS	AM	NX	TM	BS	AM	NX
2004-I	11,863,485	7,465,420	7,792,668	2,262,081	40.4%	25.4%	26.5%	7.7%
2004-II	11,351,544	6,937,644	7,855,383	2,156,996	40.1%	24.5%	27.8%	7.6%
2004-III	11,438,473	6,511,061	8,903,481	2,175,555	39.4%	22.4%	30.7%	7.5%
2004-IV	11,960,997	6,173,937	8,341,673	2,191,836	41.7%	21.5%	29.1%	7.6%
2005-I	11,665,022	5,778,845	8,997,438	2,093,662	40.9%	20.3%	31.5%	7.3%
2005-II	16,338,297		9,285,000	2,104,348	58.9%		33.5%	7.6%
2005-III	19,759,347		9,823,164	2,094,642	62.4%		31.0%	6.6%

Fuente:

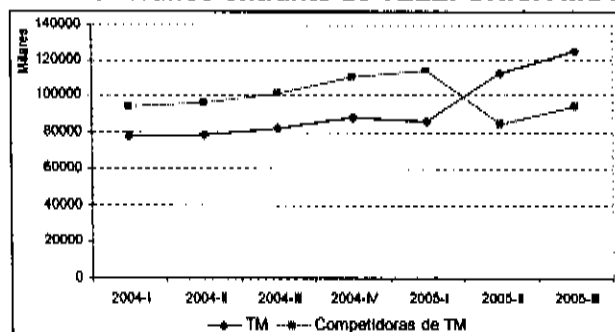
(\*) El cálculo fue realizado por la Gerencia de Relaciones Empresariales, sobre la base de los cargos implícitos fijo-móvil estimados anteriormente y el tráfico que se obtuvo de la Resolución N° 121-2003-CD/OSIPTEL

Elaboración: Gerencia de Relaciones Empresariales - OSIPTEL

3. TELEFÓNICA MÓVILES mantuvo su nivel de tráfico entrante a lo largo del periodo independientemente de sus competidores.

Autónomamente del nivel de ingresos y crecimiento de sus competidores, TELEFÓNICA MÓVILES mantuvo su nivel de tráfico entrante durante el periodo de la controversia, lo cual demuestra que potencialmente estuvo en condiciones de sostener una práctica con efectos depredadores.

**Gráfico N° 9: Tráfico entrante de TELEFÓNICA MÓVILES**



Fuente: Resolución N° 121-2003-CD/OSIPTEL

Elaboración: Gerencia de Relaciones Empresariales - OSIPTEL

Tomando en cuenta lo anterior, el Cuerpo Colegiado coincide con la Secretaría Técnica en que existen indicios y evidencias suficientes de que TELEFÓNICA MÓVILES habría estado en condiciones de realizar una práctica con efectos depredadores en la modalidad de precios predatorios, la cual podría haber utilizado como medio el subsidio entre segmentos del mercado, en tanto se cumplan las siguientes condiciones previamente:

- (i) Una empresa multiproducto que participa en varios mercados o servicios interrelacionados.

<sup>27</sup> Tráfico cursado fijo móvil multiplicado por el cargo implícito (estimado) que reciben.

- (ii) Se encontraría obteniendo ingresos significativos (ingresos por encima de costos) por tráfico entrante.

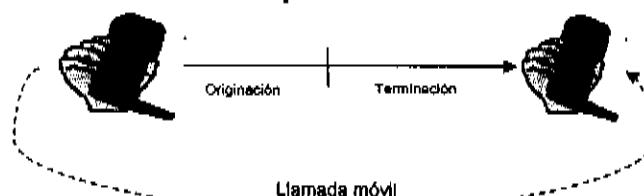
## 10.2. Determinación de mercado relevante y análisis de posición de dominio

El Cuerpo Colegiado coincide con la Secretaría Técnica en el desarrollo realizado en la identificación del mercado relevante y con el análisis de posición de dominio. Asimismo, tal como se señaló en el Informe Instructivo, cabe señalar que aún cuando en la Resolución N° 015-2005-CCO/OSIPTEL -la cual aclara la Resolución admisorio- se definió que el servicio objeto de la ampliación de la investigación es el servicio de telefonía móvil brindado a usuarios finales; éste podría ser más o menos amplio. Así, el análisis tomará en cuenta como punto de partida lo señalado en la Resolución mencionada, pero sólo el detallado análisis del caso permitirá identificar si el servicio es el mismo o es más o menos amplio.

### 10.2.1. Determinación del mercado relevante

El Cuerpo Colegiado coincide con la Secretaría Técnica en que el mercado relevante es el servicio móvil de telecomunicaciones en el ámbito nacional. Esto parte del hecho que este servicio está constituido por los servicios relacionados a la originación y terminación de tráfico<sup>28</sup> y por las interrelaciones que existen entre estos componentes. Desde el punto de vista de los usuarios, estos dos componentes -originación y terminación de llamadas- tienen interrelaciones muy fuertes entre sí, en tanto ambos son necesarios para completar una llamada con éxito. De esta manera, bajo esta perspectiva, la naturaleza de cualquiera de éstos es inseparable del otro<sup>29</sup>.

**Gráfico N° 10: Componentes del servicio móvil**



Elaboración: Gerencia de Relaciones Empresariales - OSIPTEL

En este sentido, la definición del servicio móvil como producto relevante permitiría capturar los efectos sobre el consumo de los usuarios en función de las interrelaciones entre los componentes de originación desde un móvil y terminación a un móvil.

En lo que sigue, se discute los criterios empleados para la definición del servicio móvil como servicio relevante. En primer lugar, se discute brevemente algunas consideraciones previas con relación al conjunto de servicios de partida para la definición del servicio relevante; en segundo lugar, se analiza el grado de sustitución entre los servicios comprendidos en el conjunto de partida, lo que implica un análisis de cómo las interrelaciones entre los componentes de originación desde un móvil y terminación en un móvil llegan a constituirse en un servicio único. En tercer lugar, se concluye con la definición del mercado relevante.

<sup>28</sup> Específicamente, los servicios de originación desde una red móvil a una red fija, móvil, TUPs, etc. y los servicios de terminación a una red móvil desde una red fija, móvil, TUPs, etc.

<sup>29</sup> Algunos autores, como Valletti, han reconocido que estos dos componentes se constituyen en un servicio único proveído a los usuarios finales. En palabras de este autor, "clearly there is no market for call origination without call termination, and vice versa. Perfect complementarity. Without termination, there would be no demand for origination. What matters for consumers is the ability to communicate, and this exchange necessitates two inputs: origination and termination..." En Market definition and remedies in mobile telephony, Imperial College, London.

#### a) Conjunto de partida para definir el mercado relevante

Líneas arriba se ha definido al servicio móvil como la conjunción de los componentes de originación de llamadas desde un móvil y terminación de llamadas en un móvil, que se basa en que ambos poseen interrelaciones muy fuertes, en tanto uno no existiría sin la presencia del otro. Con relación a ello, es conveniente decir que la limitación del ámbito del servicio relevante a la originación de llamadas **desde un móvil** y la terminación de llamadas **en un móvil** responde a la naturaleza de la práctica en análisis, la cual es imputada a una empresa móvil.

En línea con lo anterior, cabe resaltar que, desde el punto de vista de los usuarios, la originación de llamadas desde un móvil tiene características muy distintas a la originación de llamadas desde un fijo o TUPs. El grado de sustitución del servicio móvil con otros servicios es bastante limitado, por cuanto quien realiza una llamada a una persona en particular no tiene sustitutos cercanos con similares características de movilidad a la del servicio móvil. Ello quiere decir que una persona puede estar dispuesta a pagar un adicional para comunicarse con una persona a través del servicio móvil, en lugar de hacerlo a través del servicio fijo u otros medios. Así, si el precio de una llamada desde un móvil aumenta<sup>30</sup>, el usuario probablemente reducirá el número o la extensión de las llamadas, de acuerdo a su elasticidad de demanda, pero parece poco probable que encuentre un sustituto perfecto para este servicio<sup>31</sup>. Similarmente, un criterio análogo es válido en el caso de la terminación de llamadas en un móvil.

Por lo tanto, se tienen dos segmentos que conforman el conjunto de partida de servicios, originación desde un móvil y terminación desde un móvil, para los cuales es necesario examinar el grado de sustitución entre ellos a fin de determinar el servicio relevante final.

#### b) Análisis del grado de sustitución de los posibles servicios relevantes

El análisis de sustitución entre los servicios comprendidos en el conjunto de partida debe considerar tres características importantes propias del servicio móvil<sup>32</sup>: i) la existencia del sistema "EQLLP", ii) la presencia de externalidades de red y iii) la característica multiproducto de los operadores que ofrecen servicios o componentes complementarios.

##### • Sistema EQLLP

La delimitación del mercado relevante debe realizarse considerando la conducta de los usuarios del servicio móvil; es decir de quienes hacen y reciben llamadas. En principio, en el contexto del sistema EQLLP, ante un incremento en el precio por terminación<sup>33</sup>, los usuarios de la red de destino no se verían afectados. Así, el comportamiento de los que reciben llamadas no impondría una restricción a la acción del operador que recibe la llamada.

Sin embargo, desde un punto de vista dinámico, si quienes reciben las llamadas reaccionan a este incremento del precio, la conducta del operador sí podría verse limitada. Este es el caso de usuarios que se preocupan por la satisfacción de quien les llama. Esto es probable que ocurra en grupos de usuarios –tipo empresas o

<sup>30</sup> Ello es válido independientemente se trate del precio de acceso al servicio (cargo fijo) o del precio por el consumo del servicio (tarifa por consumo).

<sup>31</sup> Diversos autores y autoridades de competencia han analizado el tema de sustitución del servicio móvil con otros servicios, como telefonía fija u otros. Por ejemplo en Gual, Market Definition in the Telecoms Industry, 2002; OFTEL Effective competition review: mobile, 2001 y la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones de España.

<sup>32</sup> Algunas de estas características han sido estudiadas por Evans en The antitrust economics of two sided-markets, 2002 y en Two sided-market definition, 2008.

<sup>33</sup> El cargo de terminación puede ser entendido como una aproximación indirecta al precio de terminación para fines del presente análisis.

familias- pues no tendrían como objetivo la maximización de su utilidad individual o de cada miembro, sino la maximización de la utilidad del grupo.

Por lo tanto, bajo el sistema EQLLP, el efecto de un incremento del precio de terminación se trasladaría a los usuarios que realizan llamadas, pudiendo estos disminuir su consumo por originación y, consecuentemente, provocar una disminución del tráfico terminado. Sin perjuicio de lo anterior, en otros casos, el efecto de un incremento del precio de terminación sí tendría efectos directos sobre los usuarios que reciben llamadas, ello sería posible en circunstancias donde imperan usuarios empresariales o usuarios que se comunican entre grupos. Así, en ambos casos, es evidente que existiría un grado de complementariedad entre los servicios de originación y terminación de llamadas.

- **Externalidades de red**

El efecto de las externalidades de red se traduce en una mayor valoración de los usuarios por una red, en la medida en que a ésta se encuentren asociados un mayor número de usuarios a los que pueden contactarse. Al respecto, Church y Gandal<sup>34</sup> señalan dos tipos de externalidades: i) efectos directos, si la utilidad de un individuo por el consumo de un bien se incrementa directamente con el número de consumidores de ese bien (caso de redes físicas o de comunicaciones)<sup>35</sup> y ii) efectos indirectos, si la utilidad se incrementa indirectamente con el número de consumidores del bien debido a sus efectos en la disponibilidad de productos complementarios (caso de redes virtual o redes de hardware-software)<sup>36</sup>.

En el caso del servicio móvil, ambos tipos de externalidades de red están presentes. Este mercado cuenta con efectos de red directos porque la probabilidad de afiliarse a una red se incrementa con el número de usuarios que tenga una red. De esta manera, a mayor número de usuarios de una red, habría un mayor número de nuevos usuarios. Asimismo, cuenta con efectos de red indirectos porque la utilidad de un usuario por el uso de uno de los servicios se incrementa indirectamente por el uso de otros usuarios por el otro servicio complementario. Así, cuando mayor sea el número de llamadas terminadas, mayor sería el número de llamadas originadas y, por consiguiente, mayor sería el número de usuarios de esa red.

En este contexto, si se incrementase el precio por hacer llamadas, quienes realizan llamadas disminuirían su consumo y, dado que hay menos usuarios que realizan llamadas, ello ocasionaría una disminución en el tráfico terminado. De esta manera, estos componentes son complementarios.

En relación con lo anterior, se puede añadir que los efectos de red determinan las estrategias y prácticas aplicadas por las empresas operadoras. Así, las externalidades de red directas pueden ser internalizadas por las empresas cuando crean redes privadas de usuarios, estableciendo precios menores a usuarios de una misma red. De igual forma, las externalidades de red indirectas son internalizadas parcialmente a través de la discriminación on net - off net. El establecimiento de tarifas on net incentiva que un usuario se asocie a la red más grande o con aquella en la que se encuentran sus contactos.

<sup>34</sup> Church, Jeffrey and Gandal, Neil, "Platform Competition in Telecommunications" (October 2004). CEPR Discussion Paper No. 4659. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=629206>

<sup>35</sup> Un efecto de red se refiere a las externalidades positivas para los usuarios que son generadas por el incremento del tamaño de una red.

<sup>36</sup> Suomi, Evaluating Network Externalities, 2006.

Por otro lado, con la presencia de externalidades de red bajo el sistema EQLLP, si el precio de terminación se incrementara, el tráfico saliente caería, puesto que los usuarios que realizan llamadas tendrían que pagar más por terminar sus llamadas. Sin embargo, si un operador goza de efectos de red significativos, el incremento del precio de terminación podría originar ingresos extraordinarios para el operador, ya que los usuarios estarían menos dispuestos a cambiar de operador debido al efecto del tamaño de red. En un entorno competitivo, estos ingresos extraordinarios serían trasladados a los usuarios a través de una disminución en los precios de originación, por lo que se contrarrestaría el efecto inicial del incremento del precio de terminación.

Por lo tanto, ante la presencia de externalidades de red, el grado de complementariedad de los componentes es reforzado, y los operadores pueden internalizar los efectos de red. Asimismo, se puede decir que las redes más grandes tendrían mayores facilidades en la internalización de estos efectos. Así, el incremento del precio de originación puede no llevar a una disminución en el tráfico originado y terminado, cuando quien efectúa tal incremento es la red más grande, pues la probabilidad de que la mayoría de contactos de un usuario se encuentran en dicha red es mayor<sup>37</sup>.

- **Complementariedad de los servicios de originación y terminación**

Se ha mencionado anteriormente que los operadores móviles son empresas multiproducto, pues existen razones de eficiencia para que un operador provea al mismo tiempo los servicios de originación y de terminación de llamadas para los usuarios<sup>38</sup>. Los componentes del servicio móvil son producidos y consumidos en conjunto, por lo que las complementariedades en la producción y demanda implican que sería inapropiado separar los servicios de originación y terminación.

Al respecto, según la Australian Competition & Consumer Commission, los servicios de originación y terminación móviles confluyen para la formación del servicio de telecomunicación móvil. La complementariedad en la producción y la demanda indicarían que la definición de un mercado referido solamente a originación o terminación sería inapropiada.

La complementariedad entre ambos componentes del servicio móvil refuerza los efectos indirectos de las externalidades de red<sup>39</sup>. De esta forma, si se incrementase el precio por hacer llamadas, el tráfico saliente disminuiría, dado que hay menos usuarios que realizan llamadas, ello ocasionaría que también haya menos tráfico entrante.

### c) Servicio móvil de telecomunicaciones

El análisis previo permite incorporar en la definición del servicio relevante el efecto de las interrelaciones presentes entre los servicios de originación y terminación de llamadas. Ello es importante en la medida que la incorporación de estos efectos es propia a la naturaleza del servicio móvil. Adicionalmente, como se verá más adelante, tales interrelaciones determinan el comportamiento estratégico de los operadores.

<sup>37</sup> Ello adicionalmente depende de la elasticidad de demanda del usuario.

<sup>38</sup> Las economías de ámbito – por el lado de la oferta – y la fijación de precios para servicios complementarios – por el lado de la demanda son algunas razones para la provisión conjunta de servicios. Para mayores detalles, ver Gual, Market Definition in the Telecoms Industry, 2002, Valletti on Market definition and remedies in mobile telephony, Imperial College, London y Australian Competition & Consumer Commission on Mobile Service Review, Mobile originating access service, 2004.

<sup>39</sup> Suomi, Evaluating Network Externalities, 2006.



De esta manera, desde el punto de vista de los usuarios, el análisis previo mostraría que no existe sustitución entre ambos componentes, sino que éstos son complementarios y, como tales, conforman un solo servicio. Por otro lado, desde el punto de vista de la oferta, el servicio móvil está conformado por estos dos componentes, en tanto las empresas operadoras proveen ambos y cobran un precio diferenciado por ellos. En este sentido, tales empresas operadoras son multiproducto, aún cuando el usuario final no distinga entre dichos componentes.

En cuanto al ámbito geográfico del mercado, éste es de ámbito nacional, por cuanto la regulación tiene este ámbito y el área de cobertura real y potencial de las empresas es en el ámbito nacional<sup>40</sup>.

Por lo tanto, se concluye que el servicio móvil en el ámbito nacional –entendido en los términos de los párrafos precedentes– se constituye como el mercado relevante, el cual está compuesto por dos segmentos, aquél asociado a la originación de llamadas desde un móvil y otro asociado a la terminación de llamadas en un móvil, pero en el que ambos confluyen en brindar un único servicio.

En este contexto, el servicio móvil involucraría de forma global las interrelaciones entre los servicios de red necesarias para la comunicación móvil<sup>41</sup>. Así, a la demanda de los usuarios por el servicio de comunicación móvil subyace una demanda conjunta por los componentes de originación y terminación de llamadas. De esta forma, los operadores móviles son proveedores de las plataformas en las cuales confluyen las demandas de los usuarios que llaman y que reciben llamadas.

Las interrelaciones entre estos segmentos van más allá de una vinculación entre un segmento mayorista y otro minorista<sup>42</sup> -en la que el primero provee de insumos al segundo- sino que principalmente se constituye como la interrelación económica necesaria para la producción de un servicio. Desde esta perspectiva, dicha interrelación puede ser vista como la confluencia de los elementos necesarios para completar una llamada.

Los elementos de red asociados a la originación y terminación de llamadas<sup>43</sup> serían demandados indirectamente por los usuarios. Así, el usuario que realiza una llamada tiene una demanda por los servicios implicados en la originación de dicha llamada. Al mismo tiempo, este usuario demandaría los servicios implicados en la terminación de la llamada, ya sea dentro de su propia red o en otra red; ya que de otra manera la llamada nunca sería completada. De forma semejante, es evidente que el usuario que recibe una llamada tiene una demanda por los servicios de terminación de llamadas en su red.

De esta manera, se puede decir que la complementariedad entre los componentes del servicio móvil afecta la demanda de los usuarios por ellos. Este es un aspecto que los operadores móviles tienen en cuenta al momento de determinar sus estrategias de mercado y en el desarrollo de sus conductas.

<sup>40</sup> TELEFÓNICA MÓVILES y AMÉRICA MÓVIL tiene cobertura casi en la totalidad del territorio nacional, mientras que NEXTEL en doce departamentos del país; sin embargo, para este último caso, se puede considerar que la ampliación del área de cobertura de esta empresa es factible en el mediano plazo, en tanto en el 2004 esta empresa operaba en seis departamentos. Ver <http://www.mtc.gob.pe/portal/comunicacion/concesion/concesiones/plocal.pdf> y <http://www.nextel.com.pe/cobertura/landing.asp>

<sup>41</sup> Esta definición está en línea con la definición de servicio móvil contenida en el Informe 093-GPR/2005. "Procedimiento para la Fijación de Cargos de Interconexión Tope por Terminación de Llamadas en las Redes de los Servicios Móviles".

<sup>42</sup> De hecho las relaciones entre estos segmentos pueden ser vistas desde esta perspectiva, pero ésta refleja más que nada las relaciones de compensaciones de tráfico e ingresos entre redes.

<sup>43</sup> Se entiende elemento de red como una facilidad utilizada en la prestación de un servicio de telecomunicaciones.

### 10.2.2. Análisis de posición de dominio

En cuanto al análisis de posición de dominio, el Cuerpo Colegiado comparte las conclusiones del análisis realizado por la Secretaría Técnica. Asimismo, considera importante recalcar que en el presente caso, la determinación de la existencia de posición de dominio se restringe al análisis del mercado de servicios móviles considerando las condiciones y características existentes en el periodo comprendido entre enero de 2004 y septiembre de 2005.

Al respecto, la Secretaría Técnica señala que el análisis de posición de dominio debe ser desarrollado en el marco de la definición del mercado relevante y debe ser congruente con las características del servicio móvil presentadas anteriormente. Previo a este análisis y en sintonía con el concepto de complementariedad como determinante de las estrategias de los operadores, resulta conveniente hacer una breve explicación sobre los objetivos de los operadores y la forma en que éstos fijan los precios por los componentes del servicio móvil<sup>44</sup>.

Los efectos del sistema EQLLP, de las externalidades de red y de la complementariedad entre los componentes del servicio móvil sobre las demandas por los servicios de originación y terminación de llamadas son tomados en cuenta por los operadores en la maximización de sus beneficios globales.

La fijación de los precios por terminación y originación por parte de una empresa depende de las demandas por ambos componentes. Se puede decir que un operador incurre en un costo marginal  $C_s$  en la producción del servicio y que fija un precio  $P^o$  por el servicio de originación y  $P^t$  por el servicio de terminación. Así, las demandas de los componentes de originación y terminación estarían dadas por  $D^o(P^o)$  y  $D^t(P^t)$ , respectivamente<sup>45</sup>.

Considerando los efectos antes señalados, la demanda total estaría dada por todas las comunicaciones posibles entre los usuarios que originan y terminan llamadas:

$$Q_s = D^o(P^o) * D^t(P^t)$$

Así, los beneficios a maximizar por el operador estarían dados por:

$$\pi_s = (P_o + P_t - C_s) * Q_s.$$

Ante la presencia de los efectos antes señalados, la condición de maximización de beneficios es:

$$(D_o') D_t = (D_t') D_o$$

Donde:  $D'$  es la variación en la demanda con respecto a un cambio en el precio.

En el equilibrio, el efecto sobre los beneficios debe ser igual si se aumenta el precio de terminación o de originación, dependiendo de la elasticidad de cada demanda, la cual a su vez depende de los factores de efectos de red y complementariedad de los servicios. Así, la condición de fijación de precios estaría dada por:

<sup>44</sup> El modelo presentado se base en Evans en The antitrust economics of two sided-markets, 2002. Asimismo, Roson en Two sided markets: A tentative survey, 2005 también plantea un modelo similar en donde se llega a similares conclusiones.

<sup>45</sup> Cabe recordar que el componente de originación es un servicio demandado por los usuarios que realizan llamadas. Por su parte, el componente de terminación es un servicio demandado por los usuarios que realizan y reciben llamadas. Esta visión es concordante con la visión del caso del acceso a la modalidad prepago, mediante la cual los usuarios accederían a un servicio básicamente con el fin de recibir llamadas y no tanto para realizarlas. En cambio, los usuarios que acceden a las modalidades postpago y control demandan tanto el servicio de originación, como de terminación, pues serían más propensos a realizar llamadas y por tanto a demandar el servicio de terminación.

$$\frac{P_o}{\epsilon_o} = \frac{P_t}{\epsilon_s}$$

Donde:

$\epsilon$  es la elasticidad de demanda de los servicios

Esta función de beneficios implica que un operador configura una estructura de precios, mediante la cual no necesariamente se cumple que el ingreso marginal es igual al costo marginal, como sucede en el caso de monopolio, o que el precio es igual al costo marginal, como sucede en competencia. Lo anterior implica que la condición de competencia imperfecta en la que el ingreso marginal es igual al costo marginal no se cumple en mercados caracterizados por este tipo de interrelaciones; así como tampoco se cumple la condición de competencia perfecta, en la que el precio es igual al costo marginal. Ello se produce porque el servicio móvil involucra beneficios y costos conjuntos, que implica la complementariedad de ambos servicios, originación y terminación.

La principal conclusión que se puede extraer del modelo presentado es que los operadores móviles fijan: i) una estructura de precios y ii) un nivel de precios<sup>46</sup>. Estos deben ser tales que los ingresos generados por los componentes de originación y terminación cubran los costos globales de la provisión del servicio móvil. Asimismo, los efectos del sistema EQLLP, de las externalidades de red y de la complementariedad entre los componentes del servicio móvil afectarían directamente la demanda por estos componentes. Estos efectos estarían incluidos en el modelo a través de la elasticidad de demanda de los usuarios.

La segunda conclusión que se puede extraer del modelo es que los efectos antes señalados pueden traducirse en estrategias que un operador puede implementar<sup>47</sup>.

En el análisis de posición de dominio se tiene que considerar que, dado que el sistema EQLLP y la complementariedad de los componentes del servicio móvil son factores que afectan del mismo modo a todos los competidores<sup>48</sup>, el factor clave que determinaría la posición de dominio en el mercado relevante es el tamaño de red de cada operador. Así, los efectos de red varían según el tamaño de cada operador.

En el caso peruano, en el periodo de la controversia, TELEFÓNICA MÓVILES mantuvo una participación de mercado hegemónica (en términos del número de líneas en servicio). Ello implica que esta empresa tiene los efectos de red más significativos de la industria. Estos efectos fueron reforzados, posteriormente, cuando TELEFÓNICA MÓVILES consolida su tamaño de red con la adquisición de COMUNICACIONES MÓVILES en el periodo 2005-III.

**Cuadro N° 4: Tamaño de red de los operadores móviles (número de líneas)**

Datos	Telefónica Móviles	AMÉRICA MÓVIL	COMUNICACIONES MÓVILES	NEXTEL
2004-I	52%	21%	22%	5%
2004-II	53%	22%	20%	5%
2004-III	55%	21%	19%	5%

<sup>46</sup> Los operadores móviles deben tener, además de un nivel de precios, una estructura de precios, siendo ésta configurada de tal forma que tenga el objetivo de maximizar los beneficios globales del servicio móvil. Por ello, es de esperarse que los precios de cada servicio no tengan una relación directa con los costos marginales en la provisión de cada uno de ellos, sino que la estructura de precios o precio global tenga una relación directa con los costos marginales globales en la provisión del servicio móvil.

<sup>47</sup> La demanda de los usuarios por el servicio móvil es un determinante importante del crecimiento del mercado y de la estructura del mismo. Asimismo, las estrategias y conductas de los operadores son establecidas en función a captar la demanda de los usuarios. Por lo tanto, los cambios en los ingresos, el tráfico, el número de líneas y las migraciones son resultado de estos factores asociados a la demanda.

<sup>48</sup> El sistema EQLLP forma parte de la regulación y por lo tanto produciría los efectos requeridos sobre las empresas, mientras que la característica de complementariedad es propia del servicio móvil.

2004-IV	55%	23%	18%	5%
2005-I	52%	27%	16%	5%
2005-II	50%	31%	15%	5%
2005-III	63%	32%		5%

Fuente: Empresas Operadoras

Elaboración: Gerencia de Relaciones Empresariales - OSIPTEL

En línea con la práctica analizada, con el modelo presentado y con el análisis referente a los efectos de externalidades de red, la evaluación de la posición de dominio en el mercado relevante debe además contemplar la captura de las interrelaciones entre los componentes del servicio móvil y de los efectos que estas pueden tener sobre el volumen de beneficios globales de los operadores móviles.

**a) Simulación: papel de los efectos de red en la generación de beneficios para el operador**

Con el fin de fundamentar la posición de dominio en este mercado, se ha efectuado una evaluación basándose en una simulación que capture el papel de los efectos de red de las interrelaciones de los componentes del servicio móvil sobre los beneficios globales de los operadores. En este ejercicio se observa: i) la vital importancia del tamaño de red móvil para generar beneficios y ii) que la presencia de las redes fijas, de TUPs y de larga distancia pueden intensificar el efecto de las externalidades de red entre las redes móviles.

Como resultado final se ha encontrado que ante un incremento del precio de terminación, se pueden generar ingresos supranormales que pueden financiar una disminución del precio de originación, manteniendo los ingresos globales del operador inalterados. Ello es producto de la misma lógica del negocio, pero los operadores con redes más grandes son los que aprovechan mejor esta situación.

En esta simulación se consideran cuatro redes (A, B, C y D) de distintos tamaños, de las cuales la red A es la más grande y la red D, la más pequeña. El tamaño de la red está medido en términos de las participaciones de mercado según número de líneas en servicio. Así, la red A tiene el 54% del mercado, la red B el 26%, la red C el 15% y la red D apenas el 5%<sup>49</sup>. Estas cifras se mantendrán constantes durante todos los periodos de análisis, con el fin de capturar el efecto de red en distintos escenarios. Asimismo, cabe resaltar que el tamaño de red determina las probabilidades de que una red realice o reciba una llamada. Así, en esta simulación, ello es representado por las respectivas participaciones de mercado de cada red.

Adicionalmente, se ha considerado los efectos de externalidades de red a través de los beneficios globales de los operadores, es decir de la suma de los beneficios por originación y terminación. Asimismo, se ha considerado los costos en componentes distintos para cada operador, pero constantes en todos los periodos de análisis<sup>50</sup>.

Se considera un nivel de tráfico saliente igual para cada red de destino, tanto a móvil como a fijo. Este tráfico es multiplicado por la probabilidad de que llegue a una determinada red<sup>51</sup>, para obtener el tráfico entrante esperado de cada operador.

<sup>49</sup> Se consideraron tamaños de redes similares al tamaño de las redes de los operadores en Perú durante el periodo de la controversia.

<sup>50</sup> Los costos de cada componente son US\$ 550 184 para la red A, US\$ 205 452 para la red B, US\$ 361 935 para la red C y US\$ 228 487 para la red D. Como se puede apreciar estos costos son proporcionales al tamaño de red de cada operador y se asume que el costo por terminar una llamada es el mismo que por originar una llamada.

<sup>51</sup> Esta está dada por la participación de mercado de la red de destino.

Asimismo, éste es multiplicado por la probabilidad de que salga de una determinada red<sup>52</sup> para obtener el tráfico saliente esperado de cada operador.

Este ejercicio considera los siguientes periodos:

#### Periodo 1

En este periodo, todas las empresas cobran un precio por terminación igual entre todas de US\$ 0.25/minuto. Asimismo, cobran un precio por originación igual de US\$ 0.35/minuto. Así, multiplicando los tráficos terminados esperados por los precios por terminación, se obtienen los ingresos esperados por terminación para cada operador. De la misma forma, multiplicando los tráficos originados esperados por los precios de originación, se obtienen los ingresos esperados por originación de cada operador. La suma de ambos resulta en los ingresos globales del servicio móvil.

Así, en este periodo inicial, los beneficios por terminación están directamente correlacionados con el tamaño de la red. A mayor tamaño de red, mayores beneficios por terminación. Por su parte, los beneficios por originación también están directamente correlacionados con el tamaño de la red. Por lo tanto, los beneficios globales del servicio móvil son mayores para la red más grande.

**Cuadro N° 5: Resultado inicial de los operadores – US\$**

	A	B	C	D
Beneficios por terminación	30,124,111	15,894,213	9,541,614	1,800,818
Beneficios por originación	7,620,399	2,599,768	1,094,288	258,258
Beneficios globales	37,744,510	18,493,981	10,635,902	2,059,076

Elaboración: Gerencia de Relaciones Empresariales - OSIPTEL

#### Periodo 2

En este periodo se supone que la red A incrementa el precio del servicio de terminación a US\$ 0.30/minuto, *ceteris paribus*. En estas condiciones, los ingresos por los servicios de terminación aumentan para la red más grande y disminuye para el resto. Por lo tanto, se puede decir que una red puede afectar negativamente los beneficios globales de las demás redes, manteniéndose el resto de factores constante.

**Cuadro N° 6: Resultado de los operadores ante un aumento del precio de terminación por parte de la red A – US\$**

	A	B	C	D
Beneficios por terminación	30,590,553	15,727,749	9,391,831	1,650,623
Beneficios por originación	7,620,399	2,599,768	1,094,288	258,258
Beneficios globales	38,210,952	18,327,517	10,486,119	1,908,881

Elaboración: Gerencia de Relaciones Empresariales - OSIPTEL

#### Periodo 3

En este periodo, los demás operadores responden al incremento en el precio de terminación de la red A, aumentando sus precios de terminación al mismo nivel (US\$ 0.30/minuto). Lo que se produce es que las redes B y C mejoran en algo sus ingresos, pero la red más pequeña –D– resulta perjudicada. Por lo tanto, a las redes más pequeñas nunca les convendría un incremento simultáneo de los precios por terminación. Así, si se compara con los beneficios globales del periodo 1, se observa

<sup>52</sup> Esta está dada por la participación de mercado de la red de origen.

que solamente las redes A y B resultaron beneficiadas, por lo que el aumento de los precios de terminación es conveniente sólo para las redes más grandes.

**Cuadro N° 7: Resultado de los operadores ante un aumento del precio de terminación por parte de las demás redes – US\$**

	A	B	C	D
Beneficios por terminación	30,391,692	15,922,929	9,458,652	1,587,483
Beneficios por originación	7,620,399	2,599,768	1,094,288	258,258
Beneficios globales	38,012,091	18,522,698	10,552,939	1,845,741

Elaboración: Gerencia de Relaciones Empresariales - OSIPTEL

#### Periodo 4

Ahora, en este periodo se supone nuevamente que la red A vuelve a incrementar el precio del servicio de terminación a US\$ 0.33/minuto. De esta forma, la red A tiene unos ingresos netos extraordinarios esperados de US\$ 279 865, los cuales pueden ser usados para financiar una reducción del precio por originación. Así, manteniendo constante el tráfico, el nuevo precio de originación es US\$ 0.335/minuto. El resultado final es un mantenimiento de los ingresos globales para la red A y una disminución de éstos para el resto de redes.

**Cuadro N° 8: Resultado de los operadores ante un aumento del precio de terminación y una disminución del precio de originación por parte de la red A – US\$**

	A	B	C	D
Beneficios por terminación	30,671,558	15,823,051	9,368,782	1,497,365
Beneficios por originación	7,340,536	2,599,768	1,094,288	258,258
Beneficios globales	38,012,093	18,422,820	10,463,069	1,755,623

Elaboración: Gerencia de Relaciones Empresariales - OSIPTEL

Como se observa en el desarrollo de este ejercicio, en todas las etapas, los beneficios globales del operador más grande siempre son mayores que los del resto. Así, se puede afirmar que los efectos de red se constituyen como el factor más importante en la generación de ingresos de los operadores.

El Cuerpo Colegiado considera importante recalcar que el objetivo de este ejercicio es destacar principalmente el rol que cumple el tamaño de red sobre la generación de beneficios de los operadores móviles. Ahora bien, **dado que la simulación presentada es de carácter teórico, las conclusiones de la misma son independientes en este caso de la variable utilizada.**

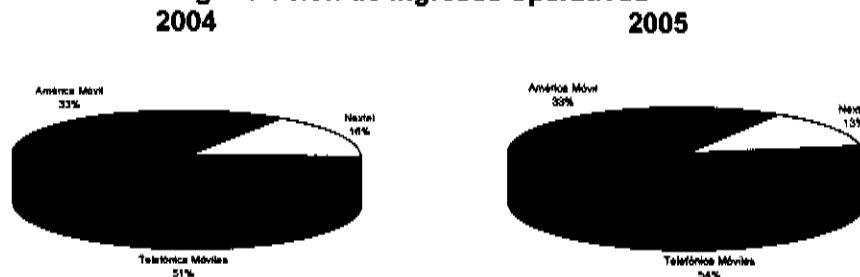
#### b) Ingresos globales de TELEFÓNICA MÓVILES en el mercado relevante

En este contexto, una empresa multiproducto, con un tamaño de red significativo, debe fijar precios tal que sean atractivos tanto para los usuarios que realizan llamadas, como para los que las reciben. Ello implica resolver el problema de cómo atraer usuarios que realizan llamadas sin desatender a los usuarios que reciben llamadas y viceversa. La solución a este problema de coordinación entre los dos componentes del mercado implica la recaudación no proporcional de ingresos entre estos componentes.

En este sentido, además del tamaño de red como factor para determinar la posición de dominio en el mercado peruano, se debe considerar las capacidades de los operadores para la generación de beneficios globales por la provisión del servicio

móvil. Así, durante los años de la controversia, se conoce que TELEFÓNICA MÓVILES es la empresa que más ingresos operativos ha generado<sup>53</sup>. En el siguiente gráfico se muestra las participaciones de las empresas en la generación de ingresos operativos para los años 2004 y 2005.

**Gráfico N° 11: Participación de los operadores móviles en la generación de ingresos operativos\***



\*La información de COMUNICACIONES MÓVILES no se encuentra disponible

Fuente: Resolución N° 121-2003-CD/OSIPTEL y Balances Financieros Auditados.

Elaboración: Gerencia de Relaciones Empresariales - OSIPTEL

### c) Barreras a la entrada al mercado

En el presente caso se distinguen barreras estructurales y legales a la entrada al mercado. Las comunicaciones móviles hacen uso del espectro radioeléctrico. Así, el espectro, al ser un recurso natural escaso, es considerado por la teoría económica como una barrera a la entrada en el mercado de servicios móviles<sup>54</sup>. En tal sentido, esta característica es una barrera estructural a la entrada, pero dado que el espectro es un bien público es necesaria la regulación para normar el acceso, así es que surge el procedimiento de asignación del espectro para que las empresas móviles puedan operar, como la principal barrera legal de entrada al mercado.

La forma de la asignación del espectro otorga ventajas, pues para atender una misma área se requerirá contar con un menor número de estaciones base si se opera en la banda de 800 MHz que si se opera en la banda de 1900 MHz<sup>55</sup>. En la siguiente tabla se detalla la evolución en la asignación del espectro radioeléctrico entre las empresas de servicios móviles y el total de ancho de banda disponible en cada año de la controversia.

<sup>53</sup> En términos rigurosos, la posición de dominio en el mercado debería ser analizada en función de los beneficios de las empresas, pero esta medida puede estar distorsionada debido a la presencia de ineficiencias en costos. Asimismo, no se contaba con información real sobre ingresos para los componentes de terminación y originación.

<sup>54</sup> Para mayor detalle ver Haucap (2003).

<sup>55</sup> Existe una relación inversa entre la frecuencia y la longitud de onda: las frecuencias bajas poseen longitudes de onda mayores y permiten que la señal llegue a una mayor distancia, mientras que las frecuencias altas poseen longitudes de onda más pequeñas, lo cual las hace más propensas a ser bloqueadas por los obstáculos de la ruta y, en consecuencia, tienen un menor alcance.

**Cuadro N° 9: Asignación del espectro radioeléctrico**

	Frecuencias		Ancho de banda (Mhz)	Servicio
	Retorno	Ida		
2004				
TELEFÓNICA MÓVILES	869 - 880	824 - 835	25	Celular
	890 - 891,5	845 - 846,5		
AMÉRICA MÓVIL	1930 - 1945	1850 - 1865	30	PCS
NEXTEL	851 - 869	806 - 824	25	Troncalizado*
COMUNICACIONES MÓVILES	880 - 890	835 - 845	25	Celular
	891,5 - 894	846,5 - 849		
Disponible	200			
2005				
TELEFÓNICA MÓVILES	869 - 880	824 - 835	25	Celular
	890 - 891,5	845 - 846,5		
AMÉRICA MÓVIL	1930 - 1945	1850 - 1865	30	PCS
NEXTEL	851 - 869	806 - 824	25	Troncalizado*
COMUNICACIONES MÓVILES	880 - 890	835 - 845	25	Celular
	891,5 - 894	846,5 - 849		
Sercotel**	1975 - 1990	1895 - 1910	30	PCS
Disponible	200			

\*Troncalizado digital que permite realizar comunicaciones telefónicas y vía radio e interconectarse con las redes de otros operadores

\*\*Sercotel sociedad controlada en su totalidad por AMÉRICA MÓVIL

Fuente: MTC

Elaboración: Gerencia de Relaciones Empresariales - OSIPTEL

En general, cuatro operadores móviles contaban con espectro radioeléctrico asignado; sin embargo, el espectro disponible era de 200 MHz, lo cual indicaba que existía espacio para el ingreso de nuevos operadores. No obstante ello, debe precisarse que a pesar de la existencia de espectro disponible, las ventajas generadas por la banda de 800 MHz hace que ésta sea la más atractiva para potenciales entrantes, jugando así un rol clave en el acceso al mercado. Por lo tanto, se puede decir que existe espacio en el espectro para la entrada de otro operador.

Otra barrera a la entrada que puede ser catalogada como una barrera estructural en el mercado de servicios móviles es la existencia de costos de cambio, los cuales están asociados con renunciar al número telefónico asignado. No obstante, existen también costos monetarios asociados a la penalidad por rescindir el contrato, los cuales pueden ser utilizados estratégicamente por los operadores para conservar a sus usuarios.

Durante el periodo de evaluación de la presente controversia (enero 2004 – septiembre 2005), la portabilidad numérica no se había implementado; en tal sentido, la ausencia de esta medida representó una limitante de acceso al mercado, en tanto dificultó el cambio de operador por parte de los usuarios.

Ahora bien, de acuerdo a Haucap (2003), teóricamente no es claro que solamente la existencia de costos de cambio conduzca a una reducida entrada al mercado. Así, esta barrera es relevante y debe ser evaluada en conjunto con otras características que determinen la entrada a un mercado en particular.

En sus alegatos y en el Informe Oral, TELEFÓNICA MÓVILES ha manifestado que el análisis de posición de dominio realizado por la Secretaría Técnica no es correcto, toda vez que dicha empresa carece de posición dominio en el mercado relevante.



Seguidamente, el Cuerpo Colegiado procederá a analizar los alegatos de TELEFÓNICA MÓVILES a fin de pronunciarse sobre la posición de dominio en el mercado relevante.

### 10.2.3. Alegatos sobre posición de dominio de TELEFÓNICA MÓVILES

Mediante escrito de fecha 8 de julio de 2008, TELEFÓNICA MÓVILES presentó sus alegatos, en los cuales principalmente sostuvo que *"existen elementos que demuestran que, pese a su importante participación en el mercado, TELEFÓNICA MÓVILES no tenía la capacidad para actuar con prescindencia de ellos y que, no sólo se encontraba impedida de variar los precios de los servicios de terminación sino que inclusive, ni siquiera se encontraba en capacidad de seguir a sus competidores en el movimiento de precios del servicio de originación"*.

Así, los alegatos de TELEFÓNICA MÓVILES estuvieron orientados a rebatir el argumento de la Secretaría Técnica que señala que dicha empresa contó con posición de dominio en el mercado definido y que el análisis que se llevó a cabo fue incompleto.

**Alegato N° 1: "¿Puede TELEFÓNICA MÓVILES actuar con prescindencia de sus competidores?" y Alegato N° 6: "No se ha tomado en cuenta las restricciones impuestas por la Resolución Viceministerial N° 160-2005-MTC/03".**

TELEFÓNICA MÓVILES señaló que si bien es cierto cuenta con una buena posición en el mercado, esto no implica que tenga posición de dominio, principalmente porque no puede actuar con prescindencia de sus competidores. Asimismo, expresó que la posición de dominio no se puede deducir a partir de la participación de mercado con la que cuenta o los ingresos operativos que obtiene. Finalmente, destacó la imposibilidad que tuvo para competir como consecuencia de la limitación regulatoria para ofrecer planes con tarifas diferenciadas on net y off net<sup>56</sup>.

Al respecto, el Cuerpo Colegiado considera necesario esclarecer el tema referido a que TELEFÓNICA MÓVILES no cuenta con posición de dominio porque no puede actuar con prescindencia de sus competidores, el cual sostiene dicha empresa y sobre el cual fundamenta el resto de sus alegatos.

Si bien es cierto el Decreto Legislativo 701 en su artículo 4° sostiene que una o varias empresas gozan de posición de dominio *"cuando pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores (...)"*, los Lineamientos de Libre Competencia en el Ámbito de las Telecomunicaciones<sup>57</sup> señalan que ese actuar de modo independiente con prescindencia de los competidores, *"se entiende en el sentido que la o las empresas pueden, por ejemplo, establecer las condiciones económicas que regirán en el mercado sin que los competidores sean un factor, o sean un factor prácticamente irrelevante, a tomar en cuenta al momento de establecer dichas condiciones"*.

Asimismo, en esta misma línea, señala que *"en un mercado competitivo, las decisiones respecto de precios, calidades y cantidades a vender de las empresas se desarrollan en un ambiente de interdependencia"*.

En tal sentido, los Lineamientos brindan la orientación necesaria para interpretar qué constituye "actuar con prescindencia de los competidores" y, en esa medida, señalan cuáles son los factores que se deben tomar en cuenta para determinar si una empresa ostenta posición de dominio. Al respecto, dichos Lineamientos señalan que estos factores pueden ser los siguientes:

<sup>56</sup> Este último argumento es reiterado por TELEFÓNICA MÓVILES a lo largo de sus alegatos, en particular en el Alegato 6 de su escrito de fecha 13 de agosto de 2008.

<sup>57</sup> Aprobados mediante la Resolución N° 003-2000-CD/Osiptel.

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

Es preciso indicar que estos criterios deben utilizarse en la medida que resulten idóneos para el análisis, teniendo en cuenta las características del mercado analizado, los desarrollos teóricos y la jurisprudencia sobre estos temas.

Cabe señalar que hay experiencia internacional que refleja comentarios similares a los formulados por la empresa TELEFÓNICA MÓVILES en la presente controversia. Así está el caso de Wanadoo Interactive<sup>58</sup>, en el cual la Comisión de la Comunidad Europea, inició un procedimiento de investigación a dicha empresa, la cual es subsidiaria de France Telecom, por posibles prácticas predatorias en el mercado de Internet.

Dicha empresa, argumentó que según la Corte de Justicia la posición de dominio se define como: *"aquella posición de poder económico que permite que la empresa dominante evite que en el mercado relevante exista competencia efectiva, debido a que ésta empresa puede actuar de forma independiente a sus competidores, compradores y consumidores"*. Sin embargo, Wanadoo expresó que carecía de posición de dominio, en términos de independencia, debido a que los cargos que se le imputaban habían sido ocasionados por la actitud de sus competidores y por la presión de los actuales y potenciales competidores.

En dicho caso, la Comisión señaló que Wanadoo había malinterpretado el concepto de *"comportarse de manera independiente a sus competidores"*. Así, señaló que el poder de comportarse de forma independiente no significa que la empresa dominante se encuentre en una posición de completa *"invulnerabilidad"* con respecto a los demás competidores. De ser así, cualquier *"invulnerabilidad"* de ese tipo volvería irrelevante al concepto de abuso de posición de dominio, debido a que si la empresa dominante estuviera protegida contra cualquier riesgo producto de la competencia (es decir, si fuera invulnerable), no tendría la necesidad de implementar prácticas anticompetitivas. En consecuencia, la Comisión precisó que disfrutar de una posición de dominio no implica no tener presión competitiva.

Asimismo, tal como TELEFÓNICA MÓVILES, Wanadoo hizo una serie de objeciones a los factores utilizados por la Comisión, para probar la dominancia de dicha empresa. Al respecto, Wanadoo argumentó que el análisis individual de estos factores no mostraba evidencia de que la empresa ostentaba posición de dominio. Ante esta situación, la Comisión señaló que no se había realizado un análisis individual de cada factor, sino que habían examinado un conjunto de elementos, que al ser analizados globalmente, le permitían a Wanadoo ostentar posición de dominio<sup>59</sup>.

El caso Wanadoo antes comentado resalta un punto que el Cuerpo Colegiado considera necesario enfatizar, el concepto de *"actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores"* no implica que la empresa dominante se encuentre en una posición de *"invulnerabilidad"* en relación con sus

<sup>58</sup> COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES (2003) "Decisión de la Comisión en un procedimiento bajo el artículo 82 del Tratado". COMP/38.233 - Wanadoo Interactive.

<sup>59</sup> Op. cit. Párrafo 210. Pág. 55.

competidores puesto que si ello fuera así, no tendría la necesidad de implementar prácticas anticompetitivas.

Ahora bien, el literal g) 4.1.1. de los Lineamientos antes descritos, señala que el OSIPTEL podrá tomar en consideración para determinar si una firma ostenta posición de dominio en un mercado relevante, cualquier otro factor, distinto a los consignados en los literales a) al f), que permita evaluar el nivel de independencia con el que una empresa está en capacidad de actuar con relación a sus competidores o clientes.

En el presente caso el elemento más relevante para determinar posición de dominio son las externalidades de red que constituye una característica típica de la industria de telecomunicaciones. Al respecto, cabe señalar que en este aspecto el Cuerpo Colegiado ha seguido la línea de otros pronunciamientos del OSIPTEL en casos de abuso de posición de dominio, en los cuales se ha tomado en cuenta las externalidades de red al evaluar la posición de dominio.

En efecto, en el caso de AT&T Perú S.A. contra Telefónica del Perú S.A.A. por la implementación de una estrategia anticompetitiva integral, se evaluó la posición de dominio de la empresa dominante en telefonía fija. En ese caso se enfatizó que la red de telefonía local era un ejemplo típico de externalidades de red, debido a que tanto los nuevos como los antiguos abonados se beneficiaban cuanto más opciones de comunicación tuviera la red de telefonía fija a la que estuvieran asignados o a la que quisieran estar conectados. En tal sentido, al ser las redes más grandes las que producen mayores externalidades de red, el tamaño de dicha red, en comparación con las de su competencia, constituye un argumento para determinar posición de dominio<sup>60</sup>.

En el caso particular del mercado de servicios móviles, **la importancia de las externalidades de red estará determinada por el número de abonados con los que cuenta dicha red. Así, el Cuerpo Colegiado considera que a mayor tamaño de red mayores externalidades de red podrá obtener, lo cual puede determinar en gran medida la posición de dominio de una empresa.**

En tal sentido, tal como se señaló en el cuadro N° 4, **TELEFÓNICA MÓVILES mantuvo una participación de mercado significativa en términos del número de líneas en servicio.** Esta situación implica que esta empresa tiene los efectos de red más significativos de la industria. Estos efectos fueron reforzados, posteriormente, cuando TELEFÓNICA MÓVILES consolidó su tamaño de red con la adquisición de COMUNICACIONES MÓVILES en el periodo 2005-III.

Al respecto, cabe señalar que existe consenso en las agencias de competencia respecto a que una elevada y a la vez constante participación de mercado puede reflejar la existencia de posición de dominio en el mercado, sobre todo cuando este factor se analiza conjuntamente con otros elementos.

<sup>60</sup> Esta posición se reafirma en algunos aspectos relevantes que se señalaron en el caso U.S. v. Microsoft, el cual es uno de los casos de antitrust más renombrados. Así, en la discusión sobre este caso, planteada por RUBINFELD, Daniel en su artículo "Maintenance of Monopoly: U.S. v. Microsoft (2001)", en: The Antitrust Revolution: Economics, Competition and Policy, Kwoka y White editores (United States of America, Oxford University Press, 2004), se señaló que la característica de efectos de red que tienen los sistemas operativos, refuerza e incrementa la cuota de mercado que tenía Microsoft, porque de esta manera más aplicaciones son escritas para Windows en lugar de ser escritas para otros sistemas operativos.

En esta misma línea, en los comentarios a la Resolución que publicó la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (con fecha 23 de febrero de 2006), en la cual se aprueba la definición y análisis de los mercados de terminación de llamadas en redes móviles individuales, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de las obligaciones específicas; el Servicio de Defensa de la Competencia (agencia de competencia de España), resaltó que "sería conveniente analizar más detalladamente las externalidades de red, debido a que esta característica, entre otras, podría reforzar la posición en el mercado de los operadores que cuentan con una mayor cuota de mercado."

En tal sentido, las Directrices de la Comunidad Europea, señalan que según jurisprudencia reiterada, las cuotas de mercado que se encuentran sostenidamente por encima del 50%, atestiguan por sí mismas, salvo circunstancias excepcionales, la existencia de posición dominante. En el caso de la jurisprudencia norteamericana, se destaca que participaciones de mercado menores al 50% son insuficientes para demostrar que se cuenta con el poder de mercado necesario para la monopolización, mientras que cuotas de 67% o superiores, indican la existencia de poder de mercado. Finalmente, cabe señalar que en los casos que ha visto OSIPTEL no se ha considerado que existe posición de dominio cuando la empresa denunciada ha contado con cuotas menores a 43%.

Adicionalmente, el Cuerpo Colegiado considera que la posición de dominio imputada a TELEFÓNICA MÓVILES en el Informe Instructivo no se desvirtúa con el modelo presentado en la sección 10.2.2 de dicho informe<sup>61</sup>. El modelo concluye que son las externalidades de redes las determinantes de la posición de dominio en el mercado, en la medida que el resto de factores es común a todos los operadores. Esta conclusión es complementada a través de una simulación, la cual busca ilustrar que las externalidades de red, medida a través del tamaño de red, actúan sobre el desempeño del mercado. En esta línea, la simulación concluye que los efectos de red son los determinantes más importantes en la generación de beneficios globales de los operadores.

En razón de los argumentos presentados por TELEFÓNICA MÓVILES, cabe realizar algunas precisiones sobre el enfoque de tal modelo y la perspectiva de su aplicación en la materia de la controversia.

Cuando se analizan mercados donde existen interrelaciones entre las demandas y los precios en dos segmentos diferenciados del mismo mercado, se debe tener cuidado que la noción de posición de dominio se aplique a ambos segmentos en conjunto y no solamente a uno de ellos.

En este contexto, tal como se demostró en el ejercicio de simulación del Informe Instructivo, desde el operador con la red menos extensa hasta el operador con la red más extensa puede ejercer cierta influencia en los beneficios de cualquier operador. Si un operador estuviera en la libertad de mover sus precios, ello tendría un impacto sobre los resultados del resto de operadores. Justamente este es el efecto surgido a partir de la complementariedad de los servicios de originación y terminación, el cual es atribuible a todos los operadores.

Tal como se demostró en el ejercicio de simulación del Informe Instructivo, los operadores con redes más extensas son los que siempre tienen mejores resultados en relación al resto, bajo cualquier escenario. Esta posición relativa puede ser mantenida de forma sostenible por tales operadores, independientemente de las acciones que tomen los operadores con redes menos extensas. Asimismo, dicha posición otorga un mayor margen a los primeros para realizar ciertas conductas.

Por lo tanto, en términos de los resultados del ejercicio anterior, TELEFÓNICA MÓVILES mantiene posición de dominio durante el periodo comprendido entre enero de 2004 y septiembre de 2005, conforme a lo señalado en los artículos 4º y 5º del Decreto Legislativo N° 701.

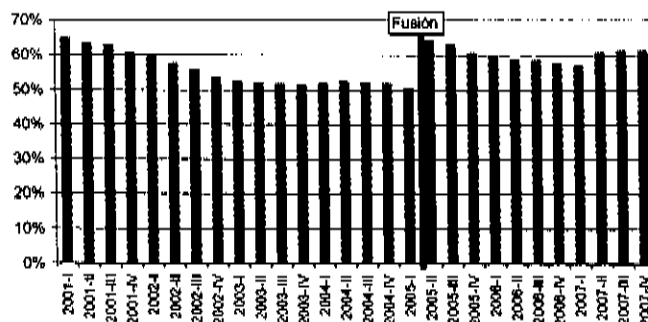
Por otro lado, mediante escrito de fecha 08 de julio de 2008, TELEFÓNICA MÓVILES ha presentado información sobre la evolución de la participación de mercado de cada operador para los años 2004, 2005 y 2006. Dicha empresa argumentó que producto de la agresividad

<sup>61</sup> Dicho modelo presenta las relaciones e interdependencia entre los precios de los servicios de originación y terminación de llamadas. Asimismo, este modelo incorpora los efectos de los determinantes de la elasticidad de demanda de los usuarios en esta industria: el sistema EQLLP, las externalidades de red y la complementariedad entre los componentes del servicio móvil.

de sus competidores durante el periodo, la participación de COMUNICACIONES MÓVILES y TELEFÓNICA MÓVILES de 66% a 61%.

Al respecto, debe señalarse que durante todo el periodo de investigación pueden presentarse incrementos o reducciones de la participación de mercado, sin embargo, el aspecto relevante a considerar es que la mayor participación se mantenga durante todo el periodo analizado. Así, TELEFÓNICA MÓVILES ha mantenido una participación promedio de 54%, durante el periodo de investigación de la presente controversia, tal como se aprecia en el siguiente gráfico.

**Gráfico N° 12: Evolución del tamaño de red de TELEFÓNICA MÓVILES (número de líneas)**



Fuente: Resolución N° 121-2003-CD/OSIPTel

Elaboración: Gerencia de Relaciones Empresariales - OSIPTel

Finalmente, con respecto al argumento de esta empresa, respecto a la limitación regulatoria que tenía para ofrecer tarifas diferenciadas on net y off net, cabe señalar que si bien es cierto que a partir del 2005 el lanzamiento de planes y promociones por parte de TELEFÓNICA MÓVILES fue más restringido, esta situación no limitó la capacidad de la empresa para competir porque, en primer lugar, ya contaba con una cartera importante de clientes que gozaban de tarifas diferenciadas<sup>62</sup> y, en segundo lugar, esta empresa ofreció diversas promociones con tarifas preferenciales<sup>63</sup>. Adicionalmente, cabe recordar que tal limitación se inició en abril de 2005 y terminó en noviembre de ese año.

En tal sentido, esta restricción regulatoria, que dicha empresa sostiene como una debilidad reiteradamente en sus alegatos, sólo habría estado vigente durante menos de un cuarto del periodo de la controversia.

#### **Alegato N° 2: "el Informe ha omitido considerar una serie de debilidades de la empresa"**

Según TELEFÓNICA MÓVILES, el Informe Instructivo no consideró una serie de debilidades, que no le permitieron competir adecuadamente. Entre las debilidades, se señaló la no utilización de la tecnología GSM (la cual fue usada por AMÉRICA MÓVILES), lo cual no le permitía competir con equipos a menores precios.

Al respecto, el Cuerpo Colegiado considera importante señalar que los aspectos evaluados en el análisis de posición de dominio recogen la situación de esta empresa respecto de sus competidores, durante el periodo de la controversia. Dicha posición se refiere a la existencia de ciertas ventajas de parte de TELEFÓNICA MÓVILES respecto de sus competidores, las

<sup>62</sup> A fines de 2003 y a inicios del 2004, TM contaba con el mayor número de planes lanzados al mercado, tanto en el ámbito residencial, como corporativo (Ver gráficos 18 y 19 del Informe Instructivo). Asimismo, TM fue la empresa con mayor número de promociones lanzadas al mercado durante el 2004 en el ámbito corporativo (Ver gráfico 21 del Informe Instructivo).

<sup>63</sup> Entre las promociones que se destacan, se encuentran: Dúo mundo y Dúo SMS (julio de 2005 a agosto de 2005), Dóblate (julio 2005 a noviembre de 2005) y promociones de abonos (septiembre de 2005 a marzo de 2006).

cuales se reflejaron sobre los resultados de desempeño e ingresos de la empresa. Sin embargo, aún asumiendo que existieran una serie de debilidades generadas por la coyuntura regulatoria, estos mismos resultados indicarían que aquellas debilidades no fueron tan significativas como para afectar el desempeño general de la empresa.

Ahora bien, aun cuando aparentemente en el análisis del mercado relevante se omitió incluir el factor referido a la venta de equipos, tal como lo señala TELEFÓNICA MÓVILES; es preciso aclarar que dicho factor se encuentra implícito en el segmento de originación. En ese sentido, teniendo en cuenta este elemento, las conclusiones sobre el mercado relevante y posición de dominio se mantienen.

**Alegato N° 3: "el tamaño de la red es por sí un factor determinante? Hipótesis erradas llevan a conclusiones erradas"**

Con este alegato TELEFÓNICA MÓVILES discute los supuestos de la simulación realizada en el Informe Instructivo para identificar la posición de dominio de dicha empresa. En tal sentido, TELEFÓNICA MÓVILES señala que los hechos no demuestran que el tamaño de la red determina las probabilidades de que una red realice o reciba una llamada. Asimismo, una segunda suposición señalada como incorrecta por dicha empresa, es que las redes pueden incrementar el precio del servicio de terminación.

Al respecto, en primer lugar, dicha simulación tiene el objetivo de ilustrar sobre el papel que tiene el tamaño de red sobre la generación de beneficios de los operadores móviles. La simulación presentada tiene un carácter teórico en la medida que se basa en hipótesis de trabajo a fin de facilitar la exposición del tema.

En segundo lugar, la validez de la simulación se mantiene por cuanto puede ser aplicable a los hechos concretos ocurridos en el periodo de análisis, manteniéndose sus principales conclusiones. En este sentido, a continuación se presenta un Ejercicio de Aplicación, basado en la mecánica de la simulación teórica contenida en el Informe Instructivo, el cual utiliza datos reales provistos por la propia empresa.

**Ejercicio de Aplicación**

**a) Insumos**

- Se considera la evolución de tráfico trimestral saliente de cada operador por red de destino entre el primer trimestre de 2004 y el tercer trimestre de 2005. Dicha información provino de los requerimientos efectuados a las empresas en el marco de la controversia. Por lo tanto, se supera la suposición teórica de que hay una correlación positiva entre tráfico y líneas<sup>64</sup>.
- Se considera la evolución de tráfico trimestral entrante de cada operador desde teléfonos fijos, larga distancia y teléfonos públicos (TUPs) entre el primer trimestre de 2004 y el tercer trimestre de 2005. Dicha información provino de los requerimientos efectuados a las empresas en el marco de la Resolución N° 121-2003-CD/OSIPTEL<sup>65</sup>.
- Se considera los cargos de interconexión pactados entre las empresas entre el primer trimestre de 2004 y el tercer trimestre de 2005. Asimismo, sobre la base del Sistema de Información y Registro de Tarifas (SIRT), se considera un precio de originación promedio para el mismo periodo.

<sup>64</sup> En la simulación, se consideraba un tráfico constante a lo largo de los periodos. Dicho tráfico estaba en relación directa al tamaño de red.

<sup>65</sup> En la simulación, se consideraba dichos tráficos como constante a lo largo de los periodos.

- No se considera costos en la provisión de los servicios por cuanto no están disponibles para todos los operadores<sup>66</sup>.

b) Resultados

De esta manera, se produjeron los siguientes resultados:

**Cuadro N° 10: Ejercicio de Aplicación: Resultados de ingresos de los operadores móviles por servicio – US\$**

		TM	AM	CM	NX
2004-I	Terminación	26,185,408	13,993,210	11,935,155	2,191,494
	Originación	30,850,624	25,218,045	13,547,014	20,140,357
	Global	57,036,032	39,211,255	25,482,170	22,331,852
2004-II	Terminación	25,365,949	14,381,873	11,334,069	2,346,693
	Originación	34,347,803	28,862,828	14,062,193	23,226,902
	Global	59,713,752	43,244,500	25,396,262	25,573,595
2004-III	Terminación	25,416,869	15,765,944	10,745,810	2,409,255
	Originación	40,763,738	33,819,180	14,610,941	26,115,591
	Global	66,180,607	49,585,124	25,356,751	28,524,846
2004-IV	Terminación	26,056,381	16,343,570	10,508,163	2,376,762
	Originación	49,230,632	39,318,592	16,154,940	29,968,994
	Global	75,287,013	55,662,162	26,663,103	32,345,756
2005-I	Terminación	24,994,091	18,061,721	9,801,818	2,192,602
	Originación	54,262,600	36,604,657	16,238,066	29,260,751
	Global	79,256,691	54,666,379	26,039,884	31,453,353
2005-II	Terminación	31,824,761	18,800,895		1,656,513
	Originación	65,186,856	45,454,943		32,576,125
	Global	97,011,618	64,255,838		34,232,638
2005-III	Terminación	38,967,882	19,859,125		536,497
	Originación	71,782,226	54,749,768		34,739,846
	Global	110,750,109	74,608,893		35,276,344

Fuente: Información proporcionada por los operadores en el marco de la controversia, OSIPTEL y GPR.  
Elaboración: Gerencia de Relaciones Empresariales – OSIPTEL

Como se observa en el desarrollo de este ejercicio, en todos los trimestres, los ingresos globales del operador más grande siempre son mayores que los del resto. Los resultados de esta hipótesis son concordantes con los resultados del proceso de maximización de la función de beneficios de un operador. En este sentido, las conclusiones de la simulación se mantienen al aplicarse al mercado peruano de servicios móviles, tanto desde el punto de vista empírico, como del teórico.

De esta manera, al considerar tráfico cursado en el periodo de análisis, la aplicación del ejercicio incluye los efectos de diversos factores, como el patrón de consumo y los resultados de las estrategias comerciales que los operadores hayan tenido. Aún en estas circunstancias, TELEFÓNICA MÓVILES mantiene su posición. Por lo tanto, estos resultados no desvirtúan que TELEFÓNICA MÓVILES haya contado con posición de dominio en el periodo comprendido entre enero de 2005 a septiembre de 2005.

Cabe resaltar que estos resultados desvirtúan los argumentos presentados por la empresa, en sus escritos de fechas 13 y 15 de agosto de 2008<sup>67</sup>. En tal sentido, el Cuerpo Colegiado

<sup>66</sup> En la simulación, se consideraba costos estimados a partir de la información del procedimiento para la fijación del cargo de terminación.

<sup>67</sup> Mediante escrito presentado el 13 de agosto de 2008, TELEFÓNICA MÓVILES señaló que adjuntaba información relativa al tráfico facturado entre dicha empresa y los operadores de telefonía móvil y fija. Sin embargo, omitió adjuntar al referido escrito

coincide con la Secretaría Técnica en cuanto a que una red más grande determina las probabilidades de que ésta realice o reciba una llamada, contrariamente a lo señalado por TELEFÓNICA MÓVILES en dichos escritos.

Finalmente, con respecto a la suposición señalada como incorrecta por TELEFÓNICA MÓVILES de incrementar el precio del servicio de terminación, el objetivo de la simulación era mostrar la importancia del tamaño de red en la generación de beneficios. La suposición de elevar precios es una herramienta válida en el contexto de una simulación. La conclusión de tal simulación fue que el tamaño de red era el factor relevante en la generación de ingresos<sup>68</sup>.

#### **Alegato N° 4: "Los Ingresos de las empresas"**

TELEFÓNICA MÓVILES ha sostenido que *"si bien es cierto el Informe Instructivo no señala de modo concluyente el mayor nivel de ingresos operativos de TELEFÓNICA MÓVILES sea el elemento que permite determinar su supuesta posición dominante, si es importante anotar algunas omisiones contenidas en dicha sección."* Dichas omisiones se refieren a que al realizar el análisis sólo hasta el año 2005, no se evidencia la afectación de la empresa por la fusión con COMUNICACIONES MÓVILES.

Es relevante destacar que el objetivo del periodo de análisis es delimitar la evaluación de los aspectos relevantes del caso, como la posición de dominio y el análisis de la práctica. En este caso particular se determinó un periodo de 21 meses, el cual se inicia en enero de 2004. Ello, en atención a que la comisión de la supuesta práctica se habría producido a inicios de 2004; asimismo, dicho periodo se extendió hasta septiembre de 2005 para poder recoger los efectos de la supuesta práctica.

De otro lado, lo que se identificó en términos de ingresos operativos durante el periodo comprendido entre enero de 2004 y septiembre de 2005, es que TELEFÓNICA MÓVILES contaba con una participación de mercado entre 51% y 54%, lo cual no desvirtúa la posición de dominio de TELEFÓNICA MÓVILES en dicho periodo.

#### **Alegato N° 5 : "Disponibilidad del espectro"**

TELEFÓNICA MÓVILES ha señalado que el Informe Instructivo determinó que contaba con posición de dominio, entre otras cosas, por contar con dos bandas y que en ese sentido la Secretaría Técnica omitió el análisis correspondiente a los costos y problemas generados por la migración de dichas bandas (producto de la Resolución Viceministerial N° 160-2005-MTC/03).

Al respecto, el Cuerpo Colegiado considera que la afirmación de TELEFÓNICA MÓVILES no es exacta en tanto el análisis sobre la asignación del espectro corresponde al análisis de una de las barreras a la entrada al mercado, la cual es solo un componente para la determinación de la posición de dominio. Asimismo, cabe recordar que el elemento fundamental para determinar posición de dominio en este caso fueron las externalidades de red.

dicha información. Mediante escrito presentado el 15 de agosto de 2008, TELEFÓNICA MÓVILES subsana la omisión anteriormente señalada, remitiendo la información referida.

<sup>68</sup> En este sentido, una suposición no puede ser catalogada de correcta o incorrecta, en la medida que es un supuesto, una suposición. Más bien, los supuestos pueden ser aplicados a algún escenario real. En este caso, considerando los precios del servicio de terminación conforme lo sucedido en el periodo de análisis de la controversia, se encontró los mismos resultados que en la simulación.



**Alegato N° 8: "No se explica la relación entre una supuesta existencia de ingresos superiores a los de los competidores y la posibilidad de prescindir de ellos al tomar decisiones"**

TELEFÓNICA MÓVILES señala que aún cuando sea cierto que dicha empresa cuenta con ingresos importantes, esto no implica que esta empresa tenga posición de dominio.

Asimismo, dicha empresa también señala que en el Informe Instructivo se consideraron los ingresos, pero no el beneficio, el cual cubre los costos correspondientes.

Al respecto, el Cuerpo Colegiado considera que, en efecto, como señala TELEFÓNICA MÓVILES, la existencia de importantes ingresos no determina que la empresa tenga posición dominante. Tal como se explicó en la respuesta al alegato N° 1 del presente documento, este aspecto es complementario, siendo el principal elemento la presencia de externalidades de red.

En cuanto a si se consideraron los costos asociados cuando se evaluó la posición de dominio, cabe señalar que en la sección que analiza la posición de dominio en el Informe Instructivo (sección 10.2.2.) se utilizaron beneficios simulados, los cuales incorporaron una estimación de los costos, así como el efecto de que a la red más grande le correspondería un costo mayor. Por lo tanto, la afirmación de TELEFÓNICA MÓVILES es incorrecta.

En consecuencia, el Cuerpo Colegiado considera que los alegatos de TELEFÓNICA MÓVILES<sup>69</sup> no desvirtúan el hecho que TELEFÓNICA MÓVILES contaba con posición de dominio en el mercado de servicios móviles durante el periodo comprendido entre enero de 2004 y septiembre de 2005.

### **10.3. Evaluación de la práctica: Análisis de tarifas y costos**

Tal como señaló la Secretaría Técnica, siguiendo con la metodología planteada en el gráfico N° 8, una vez identificada la posición de dominio de la empresa TELEFÓNICA MÓVILES en el mercado de servicios móviles, corresponde en el presente caso determinar si se ha configurado una práctica con efectos depredadores en la modalidad de precios predatorios, la cual podría haber utilizado como medio el subsidio entre segmentos del mercado.

Considerando que los servicios de esta empresa multiproducto tienen demandas interdependientes, lo cual ha sido ampliamente detallado en la sección de posición de dominio, **la estructura de precios de una empresa móvil busca maximizar los beneficios globales del servicio móvil que ofrece**, de esta forma dicha estructura de precios no guarda relación directa con los costos marginales en la provisión de cada uno de los servicios, sino que guarda relación directa con los **costos marginales globales** en la provisión del servicio móvil.

Desde el punto de vista de la oferta, cabe señalar que un **análisis de ingresos versus costos globales no implica que los componentes de originación y terminación sean considerados como un solo servicio (caso de empresa uniproducto), sino como dos servicios diferentes pero interrelacionados (caso de empresa multiproducto con servicios complementarios)**. Dicha interrelación surge a partir de la interdependencia por el lado de la demanda, la cual es incluida en la maximización de beneficios.

En vista de lo anterior, es conveniente realizar un análisis de costos que evalúe de

<sup>69</sup> Cabe indicar que el alegato N° 7 formulado por TELEFÓNICA MÓVILES cuestiona las barreras estratégicas consideradas en el Informe Instructivo. Dado que el Cuerpo Colegiado no ha incluido este aspecto en su análisis de mercado relevante, no corresponde pronunciarse sobre dicho aspecto.

**manera global** si esta empresa se encontraba operando por debajo de costos.

Al respecto, la Secretaría Técnica aclaró que no se estaba utilizando el estándar de costos que comúnmente se usa en los casos de predación, debido a que la literatura económica sugiere que en casos de segmentos o servicios interrelacionados, como los de originación y terminación, una mejor aproximación estaría dada por una evaluación de costos globales. Por ese motivo, el Cuerpo Colegiado coincide con la Secretaría Técnica al considerar que la mejor aproximación para determinar si la empresa realiza la práctica investigada, es aplicando una metodología en la cual se analiza los ingresos y los costos totales del negocio móvil. Ahora bien, en caso la empresa no cubra los costos incurridos se tomará este hecho como una prueba de que podría haberse producido una práctica predatoria. De otro lado, si los ingresos cubren los costos, se podrá concluir lo contrario. Finalmente, en el primer caso, se evaluará si existen indicios adicionales de intencionalidad para eliminar cualquier duda acerca de que la práctica potencialmente podría tener efectos anticompetitivos.

### 10.3.1 Evaluación de costos en el ámbito global

En el Informe Instructivo, la Secretaría Técnica consideró que las fuertes interrelaciones entre el segmento de originación y terminación que caracterizan el mercado de servicios móviles y que hacen que este sea un mercado relevante en este caso en particular, determinan que la evaluación de ingresos versus costos para analizar la presencia de predación, sea global, es decir, debe analizar los ingresos y costos globales del negocio sin diferenciar los segmentos en los cuales participa.

Cabe señalar que esta evaluación sí permitiría identificar la existencia de prácticas predatorias. Así lo señala Holland (2007) cuando sostiene que prácticas predatorias en este tipo de mercados pueden ocurrir cuando los precios en los segmentos involucrados, pueden ser fijados por una firma en un nivel que es insuficiente para cubrir los costos variables totales de la plataforma.

En tal sentido, se evaluará si los ingresos correspondientes al segmento de originación más los ingresos asociados a la terminación de llamadas se encuentran por encima de los costos asociados a originar y terminar tráfico en la red móvil.

En cuanto a los ingresos del segmento de originación se consideraron los correspondientes al tráfico originado (cargos fijos y tráfico adicional), mensajes de texto, más "otros" ingresos relacionados a la venta de este tráfico, los cuales fueron obtenidos de los balances de comprobación de la empresa durante el periodo de la controversia.

Con respecto a los ingresos del segmento de terminación, éstos incluyen los pagos recibidos por llamadas desde la red móvil, red fija, red de larga distancia, red de telefonía pública y el ingreso fijo-móvil<sup>70</sup>.

En cuanto a los costos del segmento de originación y terminación, se consideraron los costos incrementales asociados a originar y terminar tráfico en la red móvil de la empresa investigada, los pagos realizados hacia otras redes y los costos comunes y los costos necesarios para proveer el servicio a nivel minorista (costos retail).

<sup>70</sup> Asimismo, durante el primer trimestre del año 2004 y el segundo trimestre del año 2005 se está considerando los cargos de terminación móvil que las empresas acordaban. Cuando NEXTEL plantea su demanda (en diciembre de 2004) y cuando ésta es admitida posteriormente (en enero de 2005), la regulación de cargos de terminación en la red móvil ya se había iniciado, pero no se habían determinado todavía los valores de los cargos. Así, las empresas durante ese periodo y hasta noviembre de 2005 se cobraban los cargos de terminación que acordaban.

En el cuadro N° 11 se observa que los ingresos totales (suma de ingresos de originación y terminación) que obtiene la empresa investigada, cubren todos los costos de originación y terminación señalados en el párrafo anterior. En tal sentido, basándonos en esta evaluación, la empresa no estaría aplicando una práctica con efectos depredadores porque en el ámbito global los ingresos del negocio estarían por encima de sus costos correspondientes durante todo el periodo de análisis de la controversia.

**Cuadro N° 11: Ingresos y Costos durante el periodo de análisis de la controversia (US\$)**

<b>Costos:</b>	Costo total de operación (por originar y recibir llamadas on net)		[...]
	Pagos a otras redes	M - M off local	47,464,837
		M - M off ldn	[...]
		M - LDI (fijo o móvil)	2,332,403
		M - F local	4,058,378
		M - F ldn	[...]
	Retail		[...]
	Costo Común		[...]
	<b>Costo Total</b>		[...]
<b>Ingresos:</b>	Ingresos de Originación (BC)		[...]
	Ingresos de Terminación	Ingreso entrante móvil	49,085,500
		Ingreso entrante TUP	57,058,888
		Ingreso entrante LD	33,827,717
		Ingreso fijo móvil	116,630,079
	<b>Ingresos Totales</b>		[...]
	<b>Ingreso menos Costo</b>		[...]

Nota: [...] corresponde a información declarada confidencial en el marco del Reglamento de Información Confidencial

Fuente: Telefónica Móviles

Elaboración: Gerencia de Relaciones Empresariales - OSIPTEL

De acuerdo a la metodología planteada para el análisis de este caso, si los ingresos se encuentran por encima de sus costos en el ámbito global, el Cuerpo Colegiado coincide con la Secretaría Técnica en que corresponde dar por concluido el análisis porque tal evidencia demostraría que no se produjo una práctica predatoria durante el periodo investigado.

El Cuerpo Colegiado considera que sin perjuicio de lo anteriormente señalado, en el supuesto negado que los ingresos se hubieran encontrado por debajo de sus costos, tampoco se hubiera podido comprobar la presencia de una conducta anticompetitiva en el mercado, en tanto el análisis de la información que obra en el expediente no permite demostrar un efecto directo y significativo en la disminución del desarrollo de la competencia. Así lo demuestra la sección 10.1 del Informe Instructivo en la cual se desarrollan los efectos en el mercado de la práctica analizada.

En sus alegatos, NEXTEL ha considerado que la metodología aplicada, la cual usa los costos globales de la empresa para descartar una práctica predatoria, no es aplicable para el caso de una industria multiproducto. En esta misma línea, NEXTEL sostiene que la Secretaría Técnica debió evaluar aisladamente un determinado sector del negocio de TELEFÓNICA MÓVILES, por ejemplo el segmento de las llamadas on net.

Asimismo, señala que cuando se trata de una práctica de subsidios cruzados desarrollada por una empresa multiproducto, la evaluación debe focalizarse en las pérdidas que pueden ser causadas en determinados sectores del negocio, y no necesariamente en el consolidado de ingresos y costos totales de la empresa.

Al respecto, el Cuerpo Colegiado considera necesario reiterar que la práctica analizada es la de predación financiada a través de subsidios cruzados, es decir, una práctica predatoria que podría haber utilizado como medio el subsidio entre segmentos del mercado. Dicha práctica implica la interacción de los servicios de originación y terminación de llamadas. A partir del análisis de dicha práctica se define el mercado relevante, la posición de dominio y se evalúa si existió o no abuso de posición de dominio.

En el caso, se ha aplicado la metodología estándar para este tipo de análisis (sección 9.9 del Informe Instructivo), pero adaptada a ciertas particularidades (efectos de red y complementariedad de los servicios) propias del mercado relevante definido.

Por tanto, cuando se analizan mercados donde existen interrelaciones entre las demandas y los precios en dos segmentos del mismo mercado, se debe tener cuidado que la metodología sea apropiadamente aplicada a ambos segmentos en conjunto y no solamente a uno de ellos.

La forma apropiada de aplicar esta metodología es justamente, incluir los efectos de externalidades de red y complementariedad en el análisis, lo que implica la consideración de los ingresos y costos globales por ambos segmentos. Como ya se ha mencionado anteriormente, esto último provoca que la maximización de beneficios de los operadores comprenda las demandas por ambos servicios, por lo que estos configuran una estructura de precios, donde los precios de cada servicio no guardan una relación directa con los costos.

Lo anterior no equivale a negar la característica multiproducto de los operadores móviles. En este caso, desde el punto de vista de la oferta, los servicios de originación y terminación son servicios distintos ofrecidos por las empresas operadoras, por lo que éstas son consideradas empresas multiproducto. Simplemente, estos servicios son consumidos de forma conjunta por los usuarios.

Por tanto, la evaluación de los beneficios globales del operador son una forma adecuada de medición del desempeño del operador, teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, ya que incluyen los efectos de los precios, demanda, la competencia y costos.

En consecuencia, de acuerdo a la metodología planteada para el análisis del presente caso, dado que se ha comprobado que los ingresos se encuentran por encima de sus costos en el ámbito global dentro del periodo comprendido entre enero de 2004 y septiembre de 2005, el Cuerpo Colegiado considera que corresponde dar por concluida la evaluación de la práctica porque de los medios probatorios que constan en el expediente no se ha comprobado la existencia de una práctica predatoria implementada por TELEFÓNICA MÓVILES durante el periodo investigado.

Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, en el supuesto negado que los ingresos se hubieran encontrado por debajo de sus costos, tampoco se hubiera podido comprobar la presencia de una conducta anticompetitiva en el mercado, en tanto el análisis de la información que obra en el expediente no permite demostrar un efecto directo y significativo en la disminución del desarrollo de la competencia. Así lo demuestra el análisis desarrollado en la sección 10.1 del Informe Instructivo.<sup>71</sup>

<sup>71</sup> Sobre el tema de los efectos de la práctica en el mercado, el Cuerpo Colegiado considera pertinente efectuar algunas precisiones sobre los alegatos formulados por NEXTEL.

NEXTEL señaló que en el Informe Instructivo había quedado acreditado que la práctica desarrollada por TELEFÓNICA MÓVILES produjo efectos anticompetitivos en el mercado, al generar un traslado de clientes a favor del operador dominante. Al respecto, el Cuerpo Colegiado sostiene que la Secretaría Técnica reconoció una disminución en la participación de mercado de NEXTEL, pero no relacionó esta pérdida como producto de la supuesta práctica de TELEFÓNICA MÓVILES.

De acuerdo con ello, el Cuerpo Colegiado considera que no corresponde sancionar a TELEFÓNICA MÓVILES por la supuesta comisión de actos de abuso de posición de dominio en la modalidad de prácticas con efectos depredadores.

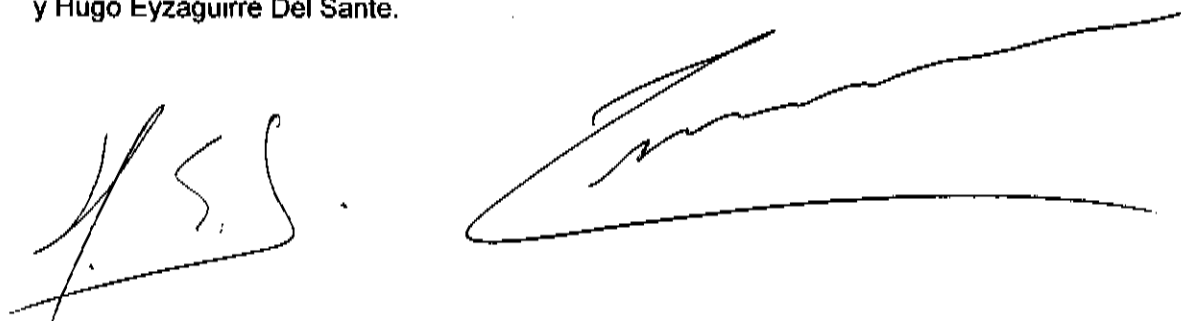
**SE RESUELVE:**

**Artículo Primero.-** Declarar INFUNDADA la demanda planteada por Nextel del Perú S.A. contra Telefónica Móviles S.A. en el extremo referido a la pretensión subordinada consistente en la comisión de actos de abuso de posición de dominio en la modalidad de precios predatorios, tipificados en el inciso f) del artículo 5º del Decreto Legislativo N° 701, de acuerdo a los argumentos expuestos en los considerandos de la presente resolución.

**Artículo Segundo.-** Declarar que no corresponde sancionar a Telefónica Móviles S.A., por la supuesta comisión de actos de abuso de posición de dominio en la modalidad de prácticas con efectos depredadores, tipificados en el inciso f) del artículo 5º del Decreto Legislativo N° 701; por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

**COMUNÍQUESE Y ARCHÍVESE.**

Con la firma de los señores miembros del Cuerpo Colegiado Fernando Cantuarias Salaverry y Hugo Eyzaguirre Del Sante.



El Informe Instructivo reconoce un hecho comprobable, al encontrar una pérdida de participación de mercado de parte de NEXTEL. Sin embargo, dicho evento no puede ser directamente atribuible a una determinada práctica. En este sentido, vale aclarar que durante el periodo de controversia, NEXTEL siempre tuvo un crecimiento en su número de líneas corporativas, no obstante, el crecimiento del mercado fue mayor, lo que provocó la disminución en la participación de NEXTEL.

**Crecimiento de Mercado (Líneas) – Corporativo  
durante el periodo de la controversia**

	<b>NX</b>	<b>Mercado Corporativo</b>
2004-II	6.18%	6.95%
2004-III	6.22%	7.92%
2004-IV	6.21%	8.36%
2005-I	6.48%	7.36%
2005-II	6.96%	10.50%
2005-III	8.34%	10.90%

Fuente: Empresas Operadoras  
Elaboración: Gerencia de Relaciones Empresariales - OSIPTEL

De igual modo, el Informe Instructivo contiene un análisis de las altas y bajas de clientes entre los operadores móviles (pag. 122), el cual tenía ciertos problemas respecto de la información proporcionada por las mismas operadoras, concluyendo que no podía analizar los datos en términos cuantitativos. Ante ello, se analizó los resultados en términos cualitativos, encontrándose que el análisis de las bajas y altas de NEXTEL no evidencia indicios claros sobre un efecto negativo o perjudicial sobre la empresa.