	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 1 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	



Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados

Controversia de oficio contra Telefónica Móviles S.A


(Exp. 009-2013-CCO-ST/LC)

Informe Instructivo

Informe Nº 032-STCCO/2014


Lima, 22 de agosto de 2014




	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 2 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

Índice de contenido

I. INTRODUCCIÓN	4
II. EMPRESA INVESTIGADA	4
III. ANTECEDENTES.....	4
IV. PROCEDIMIENTO DE OFICIO Y HECHOS RELEVANTES.....	8
V. ALCANCES DEL INFORME INSTRUCTIVO	12
VI. DETALLE DE LAS DILIGENCIAS A CARGO DE LA SECRETARÍA TÉCNICA	12
6.1. INFORMACIÓN SOLICITADA A TELEFÓNICA MÓVILES.....	12
6.1.1. <i>Investigaciones preliminares previas al procedimiento.....</i>	<i>12</i>
6.1.2. <i>Etapa de investigación a cargo de la Secretaría Técnica</i>	<i>15</i>
6.2. INFORMACIÓN SOLICITADA A OTRAS EMPRESAS.....	18
6.2.1. <i>Empresas operadoras de LDI (competidores de Telefónica Móviles en el mercado aguas abajo).....</i>	<i>18</i>
6.2.2. <i>Empresas operadoras de larga distancia desde telefonía fija</i>	<i>25</i>
6.3. INFORMACIÓN SOLICITADA A INDECOPI	27
VII. POSICIÓN DE LA EMPRESA INVESTIGADA.....	27
VIII. CUESTIONES PREVIAS	32
8.1. CUESTIONES PRELIMINARES PLANTEADAS POR TELEFÓNICA MÓVILES.....	32
8.1.1. <i>Imputación contra Telefónica Móviles.....</i>	<i>32</i>
8.1.2. <i>Sobre la naturaleza de la figura de estrechamiento de márgenes.....</i>	<i>34</i>
8.2. SOBRE EL PRINCIPIO DE SUPLETORIEDAD.....	38
8.1.2. <i>Marco general del principio de supletoriedad en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones.....</i>	<i>39</i>
8.2.2. <i>Aplicación al caso concreto</i>	<i>43</i>
8.3. SOBRE EL PRINCIPIO DE PREDICTIBILIDAD	50
IX. ANÁLISIS.....	53
9.1. MARCO GENERAL SOBRE LA PRÁCTICA DE ESTRECHAMIENTO DE MÁRGENES.....	53
9.1.1. <i>Marco teórico del estrechamiento de márgenes.....</i>	<i>55</i>
9.1.2. <i>Diferencias entre el estrechamiento de márgenes y otras prácticas.....</i>	<i>59</i>
9.1.3. <i>Los efectos de la conducta</i>	<i>61</i>
9.1.4. <i>Críticas a la figura</i>	<i>62</i>
9.1.5. <i>Test de estrechamiento de márgenes: Problemática de costos y rentabilidad</i>	<i>63</i>
9.1.6. <i>A manera de conclusión.....</i>	<i>66</i>
9.2. LA PRÁCTICA DE ESTRECHAMIENTO DE MÁRGENES COMO SUPUESTO ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO EN EL PERÚ.....	67
9.3. RESPECTO A LA EXISTENCIA DE POSICIÓN DE DOMINIO DE TELEFÓNICA MÓVILES EN EL MERCADO RELEVANTE	71
9.3.1. <i>El mercado de producto</i>	<i>72</i>
9.3.2. <i>Mercado geográfico</i>	<i>80</i>
9.3.3. <i>Mercado relevante aplicable a la presente controversia.....</i>	<i>80</i>
9.3.4. <i>Sobre la posición de dominio de Telefónica Móviles.....</i>	<i>81</i>
9.4. ANÁLISIS DE LA CONDUCTA REALIZADA POR TELEFÓNICA MÓVILES.....	83
9.4.1. <i>Incentivos para la realización de una conducta anticompetitiva.....</i>	<i>83</i>
9.4.2. <i>Metodología para determinar si la conducta investigada constituye un estrechamiento de márgenes anticompetitivo.....</i>	<i>86</i>

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 3 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

9.4.3.	<i>Primer Paso: Evaluación de la existencia de un estrechamiento de márgenes para la conducta bajo análisis.....</i>	<i>87</i>
9.4.4.	<i>Segundo Paso: Frecuencia y temporalidad de las promociones.....</i>	<i>106</i>
9.4.5.	<i>Tercer Paso: Representatividad de los destinos involucrados en las ofertas investigadas.....</i>	<i>110</i>
9.4.6.	<i>Cuarto Paso: Impacto de las promociones en el tráfico de LDI de móviles prepago de Telefónica Móviles</i>	<i>111</i>
9.4.7.	<i>Efectos de la conducta de estrechamiento de márgenes</i>	<i>114</i>
X.	RECOMENDACIÓN FINAL	126

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 4 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

I. INTRODUCCIÓN

El presente informe tiene por objeto poner en conocimiento del Cuerpo Colegiado, el resultado de la investigación y análisis realizado por la Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados (en adelante, STCCO o Secretaría Técnica), en su calidad de órgano instructor del procedimiento seguido contra Telefónica Móviles S.A. (en adelante, Telefónica Móviles), por presuntas infracciones a los artículos 10.1 y 10.2, literal h) del Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas¹ (en adelante, DL 1034).

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

II. EMPRESA INVESTIGADA

Telefónica Móviles, es una empresa privada titular de las concesiones otorgadas mediante Resoluciones Ministeriales N° 022-99-MTC/15.03 y N° 582-2001-MTC/15.03 para la prestación del servicio público de portador de larga distancia nacional e internacional y de las concesiones otorgadas mediante Resoluciones Ministeriales N° 373-91-TC/15.17 y N° 055-92-TC/15.17 para la prestación del servicio público de telefonía móvil.

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

III. ANTECEDENTES

- Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 002-2010-CD/OSIPTEL de fecha 29 de enero de 2010, se aprobó el “Reglamento del Sistema de Llamada por Llamada en el servicio portador de larga distancia, aplicable a los usuarios de los Servicios Públicos Móviles” (en adelante, Reglamento de LLxLL) Con ello se dio inicio al proceso mediante el cual, a partir del 4 de setiembre de 2010², todas las llamadas de LDI originadas en las redes de los servicios públicos móviles se realizan mediante el sistema de LLxLL. Cabe precisar que si bien los concesionarios móviles estaban obligados a implementar este sistema a partir del 4 de setiembre de 2010; no obstante, recién podían ofrecer dicho servicio después de que al menos un concesionario de


¹ DL 1034

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

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

10.2. El abuso de la posición de dominio en el mercado podrá consistir en conductas de efecto exclusorio tales como: (...) h) En general, aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.

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

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 5 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

larga distancia iniciará sus operaciones comerciales bajo esta modalidad, lo cual ocurrió el 17 de octubre del 2010³.

2. Con fecha 8 de setiembre de 2011, la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia (en adelante, GPRC) puso en conocimiento de la STCCO, a través del Memorandum N° 228-GPRC/2011 (en lo sucesivo, el memorándum de la GPRC), acerca de la preocupación expresada por las empresas IDT Perú S.R.L. (en adelante, IDT) y Americatel Perú S.A. (en lo sucesivo, Americatel) por las ofertas “Promoción Prepago 1912” de América Móvil Perú S.A.C. (en adelante, América Móvil) y “Dúo de 6” de Telefónica Móviles, las cuales en opinión de la GPRC podrían tener efectos anticompetitivos.
3. En el marco de la función de seguimiento de los distintos mercados de servicios públicos de telecomunicaciones para la detección de prácticas anticompetitivas, la STCCO decidió evaluar el potencial anticompetitivo de las ofertas mencionadas así como de otras que tienen los operadores móviles en el mercado de llamadas LDI en el sistema de LLxLL, considerando las tarifas finales en relación a los cargos que estos imponían a los operadores de larga distancia.
4. Así, entre noviembre de 2011 y junio de 2012, la Secretaría Técnica evaluó la amplia oferta comercial de los operadores móviles y operadores de larga distancia para la realización de llamadas de LDI desde teléfonos móviles prepago. Asimismo, se analizaron los distintos costos que las empresas operadoras de larga distancia debían cubrir con sus tarifas, esto a través de una revisión de los diversos contratos y mandatos de interconexión.
5. Durante el mes de agosto de 2012 se enviaron cartas solicitando información referida al tráfico de LDI originado en teléfonos móviles según la red de origen y el operador elegido por el usuario, así como los principales costos de prestación del servicio de llamadas a larga distancia internacional desde redes móviles a las empresas operadoras de servicios móviles como América Móvil, Telefónica Móviles y Nextel del Perú S.A. (en adelante, Nextel) y a las empresas operadoras de larga distancia IDT, Convergía Perú S.A. (en adelante, Convergía) y Americatel⁴.


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

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

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

Las empresas operadoras respondieron a través de los siguientes documentos:

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

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 6 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

6. En el mes de Marzo de 2013 se envió un cuestionario a las empresas operadoras de larga distancia –Americatel, IDT y Convergía, por el cual se les solicitó, entre otros, emitan una opinión sobre los cargos de originación de llamadas en la red móvil y acceso a la plataforma prepago que los operadores móviles les cobraban, las tarifas finales que estos ofrecían en el mercado, y las condiciones de competencia en el mercado de llamadas LDI desde móviles desde la implementación del Sistema de LLxLL⁵.
7. Conforme a sus funciones de órgano instructor, la STCCO emitió, con fecha 27 de agosto de 2013, el Informe Nº 043-STCCO/2013 denominado *“Investigación Preliminar de Oficio: Presuntas prácticas anticompetitivas en el mercado de llamadas de larga distancia internacional desde teléfonos móviles a través del sistema de llamada por llamada en la modalidad prepago”* (en adelante, Informe Preliminar).

De acuerdo a esta Secretaría Técnica, la presunta práctica anticompetitiva realizada por Telefónica Móviles consistiría en un “estrechamiento de márgenes”, verificable en la diferencia entre los cargos mayoristas para la provisión del servicio de llamadas LDI desde móviles y las tarifas finales que esta empresa establece en el mercado.

información, solicitando se declare la confidencialidad de la misma. Respecto a esto último, mediante Resolución de Gerencia General Nº 567-2011-GG/OSIPTEL se declaró confidencial el Anexo II de la información enviada por América Móvil.


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

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

- Carta Nº 008-ST/2013 dirigida a Americatel.
- Carta Nº 009-ST/2013 dirigida a IDT.
- Carta Nº 010-ST/2013 dirigida a Convergía.

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

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


	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 7 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

Al respecto, esta diferencia podría generar problemas de competencia ya que para los operadores de larga distancia sería muy difícil replicar de forma rentable las ofertas de Telefónica Móviles, a su vez, esta posible afectación a la dinámica competitiva también podría haber generado una afectación indirecta al bienestar del consumidor.

En el referido Informe se señala lo siguiente:

- Deben ser evaluados dos escenarios: (i) Primer escenario: Desde setiembre de 2010 –se inicia el sistema de LLxLL- a diciembre de 2011, periodo en el cual no existía regulación del cargo por acceso a la plataforma de pago. (ii) Segundo escenario: Desde diciembre de 2011 a la fecha, periodo en el cual sí existe regulación de cargos de interconexión tope por acceso a la plataforma de pago (se descompone dicho cargo en un componente fijo y uno variable).
- En el primer escenario, la suma de costos que los operadores de larga distancia tenían que pagar a los operadores móviles eran superiores a muchas de las tarifas minoristas que estos últimos establecían para sus usuarios finales.
- Si bien en el segundo escenario los costos de los operadores de larga distancia habrían bajado, debe investigarse con mayor profundidad el impacto en la reducción de estos costos en las condiciones de competencia en el mercado, y si la práctica que se observó en el primer escenario o alguna de efectos equivalentes persiste.
- Respecto a las tarifas finales, América Móvil y Telefónica Móviles han venido estableciendo tarifas finales por debajo de los costos impuestos a los operadores de larga distancia a través de la renovación de distintas promociones y planes⁶. Lo anterior, no ocurrió con Nextel, cuyas tarifas han estado siempre por encima de los cargos que cobran por originación y acceso a plataforma de pago.
- Se observó que los operadores móviles tienen margen de actuación tanto en la fijación de tarifas a los usuarios finales (no reguladas), así como en los cargos mayoristas que se cobran a los operadores de larga distancia (en los dos escenarios de la investigación). Por lo tanto, las conductas de América Móvil y Telefónica Móviles pueden analizarse como una infracción anticompetitiva.
- El **mercado relevante** sería tanto el acceso a la red de América Móvil como el acceso a la red de Telefónica Móviles, para la originación de llamadas de LDI a través del sistema de LLxLL en el segmento prepago, ello debido a que cada red móvil en las que se originan llamadas de LDI configuraría un mercado diferente en la medida que la competencia se presenta dentro de cada red. Al respecto, se señaló que para el caso en particular se observa un insumo dominado por la empresa de telefonía móvil que es considerado esencial para poder prestar el servicio en un mercado aguas abajo, siendo así que cada red móvil no tiene sustitutos.
- En relación a la **posición de dominio**, al haber determinado como mercados relevantes a cada red móvil, tanto América Móvil como Telefónica Móviles tienen la propiedad de sus propias redes, y poseen una significativa ventaja que los operadores de larga distancia no tienen, y que sería sumamente costosa de replicar. Por su parte, en el mercado de telefonía móvil existen barreras a la entrada relacionadas con la disponibilidad de espectro y las inversiones hundidas, asimismo -entre otras barreras que se desarrollan en el Informe Preliminar-, se observó la existencia de operadores móviles integrados vertical y

⁶ En el caso de Telefónica Móviles, se tomaron en cuenta las siguientes promociones: “Dúo de 6” y “Tarifa Única”, “Prepago Más” y “Habla Más”.

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 8 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

horizontalmente. Conforme a estos hechos, cada uno de estos operadores móviles tendría posición de dominio en la originación de llamadas LDI en su propia red (mercado aguas arriba).


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

IV. PROCEDIMIENTO DE OFICIO Y HECHOS RELEVANTES

8. Por Resolución Nº 120-2013-CD/OSIPTEL de fecha 05 de setiembre de 2013 el Consejo Directivo designó un Cuerpo Colegiado para que evalúe el inicio de un procedimiento de oficio contra Telefónica Móviles por la presunta comisión de una infracción a la libre competencia, y de ser el caso, tramite y resuelva el procedimiento que decida iniciar.
9. Con fecha 12 de setiembre de 2013, mediante Resolución Nº 001-2013-CCO/OSIPTEL (en adelante, Resolución de Inicio), el Cuerpo Colegiado resolvió disponer el inicio del procedimiento de oficio contra Telefónica Móviles por la presunta comisión de abuso de posición de dominio en la modalidad de estrechamiento de márgenes, con posibles efectos exclusorios en el mercado de LDI desde teléfonos móviles prepago, tipificado en los artículos 10.1 y 10.2, literal h) del DL 1034.

Los fundamentos de la Resolución de Inicio fueron los siguientes:


- Se consideró que el comportamiento de Telefónica Móviles podría constituirse como una práctica anticompetitiva de estrechamiento de márgenes en relación a que esta empresa habría reducido el margen de ganancia de sus competidores en el mercado de LDI al imponerles costos en el mercado aguas arriba superiores a varias de las tarifas minoristas que Telefónica Móviles establecía para sus usuarios finales. La mencionada conducta se habría realizado desde que entró en vigencia el sistema de LLxLL hasta la regulación del cargo de acceso a plataforma de pago (primer periodo) y persistiría incluso después de la regulación de dicho cargo (segundo periodo) hasta la fecha.
- Telefónica Móviles ostenta posición de dominio en el mercado relevante constituido por el acceso a su red móvil, instalación que es necesaria para que sus competidores puedan prestar el servicio de llamadas móviles de LDI. Esto sucede porque cada concesionario de telefonía móvil, como es el caso de Telefónica Móviles, resulta ser el único agente económico que a través de su red puede originar una llamada de LDI realizada por su usuario de telefonía móvil.
- La afectación del proceso competitivo habría tenido lugar cuando a través de la conducta de Telefónica Móviles, consistente en el estrechamiento de márgenes, se habría impedido el crecimiento de sus competidores y una mayor dinámica

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 9 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

competitiva. Entendiéndose el efecto excluyente cuando la conducta realizada por el agente económico dominante tenga por efecto dificultar la permanencia de los competidores actuales (o dificultar el acceso a los competidores potenciales), ello puede surgir incluso cuando se impide el incremento de producción o se reducen los márgenes de ganancia de los competidores.

El Cuerpo Colegiado determinó que este procedimiento de oficio sea tramitado de conformidad con el procedimiento regulado por los artículos 68° y siguientes del Reglamento General de OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas aprobado por Resolución de Consejo Directivo Nº 136-2011-CD-OSIPTEL (en adelante, Reglamento de Controversias), referidos a los procedimientos que involucran la comisión de infracciones. Asimismo, se dispuso la incorporación del Informe Preliminar al expediente, poniendo dicho documento, conjuntamente con la resolución, en conocimiento de Telefónica Móviles, a fin de que presente sus descargos en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles.

10. Mediante escrito Nº 1 de fecha 20 de septiembre de 2013, Telefónica Móviles solicitó se le notificó con las comunicaciones realizadas por el OSIPTEL a diversos operadores de larga distancia, así como las respuestas de estos, mencionados en el Informe Preliminar y el análisis realizado por la Secretaría Técnica respecto a Nextel, que habría tenido como consecuencia su no inclusión en el procedimiento. Asimismo, solicitaron quince (15) días adicionales para presentar sus descargos.
11. Mediante el Oficio Nº 119-STCCO/2013, de fecha 25 de setiembre de 2013, la STCCO concedió la prórroga de quince (15) días hábiles solicitados por Telefónica Móviles para presentar sus descargos, y puso a disposición de la empresa copia de los documentos cursados con las empresas operadoras de LDI. Por su parte, en relación a la inquietud de Telefónica Móviles de la no inclusión de Nextel en el procedimiento, se explicó que tal como se señaló en el Informe Preliminar, de las investigaciones realizadas, no se encontraron indicios suficientes para iniciar un procedimiento en contra de Nextel, en la medida que las tarifas que este operador móvil ha establecido para las llamadas de LDI están por encima de los cargos que cobra por originación y acceso a plataforma de pago a los operadores de larga distancia.
12. El 5 de noviembre de 2013, mediante escrito Nº 2, Telefónica Móviles presentó su escrito de descargos.
13. Con fecha 13 de noviembre de 2013, por Resolución Nº 002-2013-CCO/OSIPTEL, el Cuerpo Colegiado resolvió (i) tener por presentado el escrito de descargos de Telefónica Móviles; y, (ii) dar inicio a la Etapa de Investigación por un plazo de ciento ochenta (180) días calendario, computados desde la notificación de la resolución.
14. Mediante Oficio Nº 165-STCCO/2013 de fecha 18 de diciembre de 2013, se requirió a Telefónica Móviles diversa información relativa a la prestación del servicio de llamadas LDI desde redes móviles prepago.
15. Mediante escrito Nº 3 de fecha 28 de enero de 2014, Telefónica Móviles solicitó un plazo adicional de veinticinco (25) días hábiles con el fin de presentar la información que le fue solicitada, dicho plazo fue concedido por la Secretaría Técnica a través del Oficio Nº 032-STCCO/2014 de fecha 29 de enero de 2014.

	DOCUMENTO	N° 032-STCCO/2014 Página 10 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	


16. Con escrito N° 4 de fecha 4 de marzo de 2014, Telefónica Móviles solicitó un nuevo plazo adicional de quince (15) días hábiles, el cual le fue concedido mediante el Oficio N° 046-STCCO/2014 de fecha 06 de marzo de 2014.
17. Finalmente, mediante escrito N° 5 presentado el 25 de marzo de 2014 y escrito N° 6 presentado el 11 de abril de 2014, Telefónica Móviles cumplió con entregar la información requerida.
18. En el mes de enero de 2014 la STCCO envió oficios tanto a las empresas operadoras de larga distancia como a las empresas de telefonía fija, por los cuales se les solicitó emitan una opinión sobre algunos aspectos relacionados al mercado de llamadas LDI desde móviles. Entre las empresas operadoras de larga distancia que fueron requeridas se encuentran Americatel, IDT y Convergía. Por su parte, las operadoras del servicio de llamadas de LDI en redes de telefonía fija a las cuales se solicitó información, fueron Infoductos y Telecomunicaciones del Perú S.A. (en adelante, Infoductos), Level 3 Perú S.A. (en adelante, Level 3), Amitel Perú Telecomunicaciones S.A.C. (en adelante, Amitel) y Velatel Perú S.A. (en adelante, Velatel)⁷.
19. El 21 de febrero de 2014, el Cuerpo Colegiado a través de la Resolución N° 003-2014-CCO/OSIPTEL declaró confidencial parte de la información contenida en la Carta 062-2014-GAR remitida por Americatel el 12 de febrero de 2014 como respuesta al oficio a través del cual la Secretaría Técnica le requirió su opinión sobre algunos aspectos relacionados al mercado de llamadas LDI desde móviles.
20. Mediante Resolución N° 004-2014-CCO/OSIPTEL de fecha 08 de abril de 2014 y Resolución N° 005-2014-CCO/OSIPTEL de fecha 24 de abril de 2014, el Cuerpo Colegiado resolvió declarar confidencial parte de la información contenida en los escritos 5 y 6, respectivamente, presentados por Telefónica Móviles.

⁷ La Secretaría Técnica remitió las siguientes comunicaciones el 21 de enero de 2014:

- Oficio N° 012-STCCO/2014 a Convergía.
- Oficio N° 014-STCCO/2014 a Americatel.
- Oficio N° 017-STCCO/2014 a IDT.
- Oficio N° 018-STCCO/2014 a Velatel.
- Oficio N° 020-STCCO/2014 a Level 3.
- Oficio N° 022-STCCO/2014 a Infoductos.
- Oficio N° 024-STCCO/2014 a Amitel.

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

- Americatel, mediante carta 066-2014-GLAR recibido el 5 de febrero de 2014, solicitó un plazo adicional de cinco (05) días hábiles, lo cual le fue otorgado mediante oficio N° 040-STCCO/2014. Posteriormente, Americatel mediante carta 062-2014-GAR presentada el 12 de febrero de 2014, cumplió con el pedido de información.
- Convergía, mediante carta GER-016-2014 de fecha 31 de enero 2014 solicitó una aclaración de la carta que se le fuera remitida, lo cual fue hecho a través del oficio N° 038-STCCO/2014, otorgándosele diez (10) días hábiles para enviar la información requerida. Finalmente Convergía cumplió con enviar la información mediante carta GER-029-2013 recibida el 21 de febrero 2014.
- IDT, mediante carta SN presentada el 06 de febrero de 2014.
- Infoductos, mediante carta INTEP/S-005-2014/PRE de fecha 04 de febrero de 2014.
- Level 3, mediante carta 010-2014-LEG de fecha 5 de febrero de 2014.
- Amitel, mediante carta 0003-GGAMITEL/2014 presentada el 06 de febrero de 2014.
- Velatel no respondió la comunicación.

	DOCUMENTO	N° 032-STCCO/2014 Página 11 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

21. Mediante Resolución N° 006-2014-CCO/OSIPTEL de fecha 12 de mayo de 2014, el Cuerpo Colegiado decidió ampliar el plazo de vencimiento de la etapa de investigación por treinta (30) días calendario adicionales, a razón de la solicitud efectuada por la Secretaría Técnica mediante el Oficio N° 094-STCCO/2014 del 9 de mayo de 2014.
22. Durante el mes de mayo de 2014 se requirió diversa información a Telefónica Móviles y a las empresas operadoras de larga distancia (Convergía, IDT y Americatel) sobre la prestación del servicio de llamadas de LDI desde móviles prepago⁸.
23. A través del Oficio N° 121-STCCO/2014 de fecha 10 de junio de 2014, se solicitó a INDECOPI, en ocasión del presente procedimiento, un Informe Técnico no vinculante sobre los lineamientos, precedentes y criterios interpretativos que vienen aplicando para la generalidad de los mercados y agentes económicos, sobre el abuso de posición de dominio en la modalidad de estrechamiento de márgenes.
24. A través del Oficio N° 123-STCCO/2014 de fecha 10 de junio de 2014, la Secretaría Técnica solicitó una ampliación del plazo para el vencimiento de la etapa de investigación por sesenta (60) días calendario adicionales, al no haber contado con toda la información que fue requerida a Telefónica Móviles y otras empresas en el plazo previsto, debido a las diversas solicitudes de prórroga efectuadas por las mismas.
25. Mediante Resolución N° 007-2014-CCO/OSIPTEL, de fecha 11 de junio de 2014, el Cuerpo Colegiado acordó ampliar por sesenta (60) días calendario el plazo de la etapa de investigación debido a que no se habían producido diversos medios probatorios ordenados por la Secretaría Técnica⁹, cuya actuación y análisis


⁸ La Secretaría Técnica envió las siguientes comunicaciones el 27 de mayo de 2014:

- Oficio N° 107-STCCO/2014 a Telefónica Móviles.
- Oficio N° 109-STCCO/2014 a Convergía.
- Oficio N° 111-STCCO/2014 a IDT.
- Oficio N° 113-STCCO/2014 a Americatel.
-

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

- Americatel, mediante carta 341-2014-GLAR de fecha 06 de junio de 2014, solicitó un plazo adicional de diez (10) días hábiles, lo cual le fue otorgado mediante Oficio N° 117-STCCO/2014. Posteriormente, Americatel mediante carta 367-2014-GLAR presentada el 25 de junio de 2013, cumplió con el pedido de información.
- IDT, a través de su carta SN de fecha 11 de junio de 2014. Al respecto, mediante Oficio N° 129-STCCO/2014, se solicitó a IDT realizar algunas precisiones entorno a la información que envió, lo cual cumplió con realizar a través de la carta SN de fecha 27 de junio de 2014.
- Telefónica Móviles, mediante escrito N° 08 de fecha 11 de junio de 2014, respondió solicitando revisar los términos del requerimiento de información formulado. Al respecto, a través del Oficio N° 132-STCCO/2014, la STCCO explicó a Telefónica Móviles los términos del requerimiento. Posteriormente, mediante Escrito N° 9 de fecha 26 de junio de 2014 la empresa operadora cumplió con enviar la información según lo señalado en el Oficio N° 132-STCCO/2014.
- En el caso de Convergía, mediante Oficio N° 127-STCCO/2014 de fecha 12 de junio de 2014 se le reiteró el pedido de información en vista de haberse cumplido el plazo que se le dio inicialmente. Finalmente, cumplió con enviar la información a través de la carta GER-103-2014 presentada el 27 de junio de 2014.

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

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 12 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

resultarían beneficiosos en la investigación a fin de contar con mayores elementos de juicio para la elaboración del informe instructivo.

26. Mediante Resolución N° 008-2014-CCO/OSIPTEL del 23 de junio de 2014 y Resolución N° 009-2014-CCO/OSIPTEL de fecha 15 de julio de 2014, el Cuerpo Colegiado declaró como confidencial parte de la información presentada por IDT mediante sus comunicaciones de fecha 11 y 27 de junio de 2014, respectivamente.
27. Mediante Oficio 085-2014/ST-CLC-INDECOPI de fecha 31 de julio de 2014, INDECOPI cumplió con remitir el Informe 031-2014/ST-CLC-INDECOPI sobre los lineamientos, precedentes y criterios interpretativos que se vienen aplicando para la generalidad de los mercados y agentes económicos, en relación con el abuso de posición de dominio en la modalidad de estrechamiento de márgenes.

V. ALCANCES DEL INFORME INSTRUCTIVO

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

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


VI. DETALLE DE LAS DILIGENCIAS A CARGO DE LA SECRETARÍA TÉCNICA ¹⁰

6.1. Información solicitada a Telefónica Móviles

6.1.1. Investigaciones preliminares previas al procedimiento

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

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

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 13 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

LDI desde móviles de otros operadores. El plazo otorgado fue de quince (15) días hábiles¹¹.

En respuesta a lo solicitado, mediante carta TM-925-A-332-2012 presentada el 7 de septiembre de 2012, Telefónica Móviles remitió la información de acuerdo al formato del Anexo N° 3 e indicó que respecto a lo solicitado en el formato del Anexo N° 4 su representada operaba como portador de LDI únicamente para cursar su propio tráfico, por lo que no correspondía enviar dicha información. Por otro lado, Telefónica Móviles señaló que la información solicitada en los formatos de los Anexos N° 1 y N° 2 correspondían a periodos antiguos que no se mantenían en línea en su sistema; por lo cual, con el propósito de realizar un proceso de restauración de información que le permita cumplir con el requerimiento, solicitaron una prórroga de quince (15) días hábiles adicionales.

Teniendo en cuenta lo anterior a través de la carta N° 025-ST/2012 de 10 de setiembre de 2012, la Secretaría Técnica concedió el plazo ampliatorio de doce (12) días útiles a Telefónica Móviles para que cumpla con el requerimiento de los Anexos N° 1 y N° 2.

Mediante carta TM-925-A-333-2012 presentada el 17 de septiembre de 2012, Telefónica Móviles indicó que debido a un error involuntario incluyó en su anterior carta (carta TM-925-A-332-2012) información de un escenario no requerido (escenario rural) y, además, realizó una precisión entorno al cargo de interconexión tope por facturación y recaudación.

Posteriormente, a través de la carta TM-925-AR-466-2012 presentada el 25 de septiembre de 2012, Telefónica Móviles remitió una parte de la información sobre el tráfico solicitado en el formato del Anexo N° 2 de la carta N° 015-ST/2012 correspondiente al periodo de enero a julio 2012. Respecto a la información restante (Anexo N° 1 y parte del Anexo N° 2), señaló que al ser necesario un proceso de extracción a cargo de su área de sistemas, solicitaban tener presente un cronograma de entrega elaborado por dicha área que extendía el plazo de entrega hasta el 26 de octubre de 2012¹².


A través de la carta N° 028-ST/2012 del 28 de setiembre de 2012, la Secretaría Técnica señaló que respecto a lo solicitado mediante carta TM-925-AR-466-2012 por Telefónica Móviles, se le concedía un plazo perentorio adicional de quince (15) días hábiles, que vencía indefectiblemente el día 19 de octubre de 2012, para la entrega de la información completa. Además, señaló que la entrega de dicha información era de carácter obligatoria, por lo que su incumplimiento podía ser sancionado conforme a lo establecido en el Reglamento General de Infracciones y Sanciones, aprobado por Resolución N° 002-99-CD/OSIPTEL y sus modificatorias¹³

¹¹ Como parte de las investigaciones preliminares previas al procedimiento también se requirió la misma información a las empresas América Móvil y Nextel, mediante Cartas C. 016-ST/2012 y C. 017-ST/2012, respectivamente, ambas también de fecha 15 de agosto de 2012.

¹² El cronograma presentado por Telefónica Móviles detalla la fecha de entrega de la información solicitada, de acuerdo a lo siguiente:

- Tráfico LDI (LLxLL desde móviles) 2010-2011: viernes 05 de octubre.
- Tráfico LDI (desde móviles) 2010: viernes 12 de octubre.
- Tráfico LDI (desde móviles) 2009: viernes 19 de octubre.
- Tráfico LDI (desde móviles) 2008: viernes 26 de octubre.

¹³ Actualmente Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 087-2013-CD-OSIPTEL del 20 de junio de 2013.

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 14 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

Telefónica Móviles, mediante carta TM-925-A-488-2012 presentada el 9 de octubre de 2012, remitió la información del tráfico solicitado en el formato del Anexo N° 2 de la carta N° 015-ST/2012, correspondiente al periodo de enero a julio de 2011. Luego, mediante carta TM-925-AR-498-2012 presentada el 12 de octubre de 2012, envió información del tráfico solicitado en el formato del Anexo N° 2 de la referida, correspondiente al periodo de octubre a diciembre de 2010, así como la solicitada en el formato del Anexo N° 1 correspondiente al periodo de enero a septiembre de 2010.

A través de la carta TM-925-AR-536-2012 presentada el 7 de noviembre de 2012, fuera del plazo concedido, remitió información de tráfico solicitada en el formato del Anexo N° 1 de la carta N° 015-ST/2012, correspondiente al periodo de enero 2009 a marzo 2009, señalando que el área de sistemas presentaba dificultades en la extracción, consolidación y validación de la información, por lo cual la información restante del periodo del 2009 sería entrega en los próximos días. Por otro lado, Telefónica Móviles solicitó en virtud del artículo 16° de la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL¹⁴, le sea exonerada la remisión de la información correspondiente al año 2008. Luego, por carta TM-925-AR-574-2012 presentada el 22 de noviembre de 2012, Telefónica Móviles envió información de tráfico solicitada en el formato del Anexo N° 1 de la referida, correspondiente al periodo de abril 2009 a junio 2009.

En relación a las últimas comunicaciones realizadas por Telefónica Móviles, mediante carta 041-ST/2012 de fecha 26 de noviembre de 2012, la Secretaría Técnica le indicó lo siguiente: (i) Respecto a la información solicitada en el anexo N° 1, correspondiente al periodo de enero 2009 a junio 2009, esta fue entregado fuera del plazo perentorio otorgado, incluso fuera del plazo que la misma empresa había solicitado (26 de octubre 2012); (ii) Respecto a la solicitud de la exoneración, la misma empresa Telefónica Móviles había señalado en reiteradas ocasiones que sí le era posible entregar la información correspondiente al año 2008, dando a entender de esta manera que sí la conservaba. Por lo tanto, se solicitó a Telefónica Móviles entregar la información faltante del año 2009 y todo el año 2008 correspondiente al Anexo N° 1, en un plazo de cinco (5) días hábiles.

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

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


¹⁴ **Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL**

Artículo 16.- Obligaciones de las entidades supervisadas

Las entidades supervisadas se encuentran obligadas a:

(...)

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

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 15 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

6.1.2. Etapa de investigación a cargo de la Secretaría Técnica


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

Mediante escrito N° 3 presentado el 28 de enero de 2014, Telefónica Móviles solicitó un plazo adicional de veinticinco (25) días hábiles para cumplir con el requerimiento de información realizado a través del Oficio N° 165-STCCO/2013, debido a la considerable extensión del mismo, y al encontrarse atendiendo otras solicitudes efectuadas por distintos órganos del OSIPTEL. En respuesta a dicha solicitud, a través del Oficio N° 032-STCCO/2014 del 29 de enero de 2014, la Secretaría Técnica le concedió la prórroga de veinticinco (25) días hábiles adicionales.

El 4 de marzo de 2014, por escrito N° 4, Telefónica Móviles solicitó una segunda prórroga de quince (15) días hábiles para cumplir con lo requerido en el Oficio N° 165-STCCO/2013, señalando que a pesar de sus esfuerzos no había podido procesar toda la información solicitada. Al respecto, mediante Oficio N° 046-STCCO/2014 del 6 de marzo de 2014, le fue concedida dicha prórroga (la cual vencía el día 26 de marzo de 2014) al considerarse la importancia de la información solicitada, señalándose además que la entrega de la información tenía carácter obligatoria y, en caso de incumplimiento, se evaluaría la aplicación del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado por Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL.

Con escrito N° 5 presentado el 25 de marzo de 2014, Telefónica Móviles remitió la información solicitada en el Oficio N° 165-STCCO/2013 de fecha 18 de diciembre de 2013¹⁵, haciendo las siguientes precisiones: (i) Respecto al Cuadro N° 6 (Tráfico LDI efectuado por líneas prepago a través de otros operadores de LDI, desagregado por plan

¹⁵ Como ya se señaló en los Antecedentes, parte de la información contenida en este escrito fue declarada como confidencial mediante la Resolución N° 004-2014-CCO/OSIPTEL de fecha 8 de abril de 2014.

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 16 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

y expresado en minutos facturados, reportado de forma mensual), estaba en la capacidad de entregar únicamente la información del periodo comprendido entre octubre de 2012 a diciembre de 2013, añadiendo que la información restante, al necesitar un proceso de restauración por referirse a periodo antiguos (2010 a 2012), sería presentada a la brevedad. (ii) Respecto al Cuadro N° 11 (Costos asociados a la presentación del servicio de llamadas de LDI desde móviles prepago, reportado de forma mensual), en la información se encuentra el detalle de los costos que asume la empresa por concepto de corresponsalía actualizado en relación a la información previamente reportada mediante carta TM-925-A-332-2012.


En su escrito N° 6 presentado el 11 de abril de 2014, Telefónica Móviles, fuera del plazo establecido, cumplió con remitir la información faltante que le fuera solicitada en el numeral 6 del requerimiento realizado por la Secretaría Técnica a través del Oficio N° 165-STCCO/2013 del 18 de diciembre de 2013 y, además, solicitó declarar la confidencialidad de dicha información. En respuesta a lo anterior, el Cuerpo Colegiado, a través de la Resolución N° 005-2014-CCO/OSIPTEL de fecha 24 de abril de 2014, declaró fundada su solicitud de confidencialidad y exhortó a la empresa a que, en lo sucesivo, cumpla con presentar la información solicitada con motivo de tramitación de los procedimientos de solución de controversias, dentro de los parámetros señalados por la Secretaría Técnica.

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

En su escrito N° 7 presentado el 14 de mayo de 2014, Telefónica Móviles respondió al Oficio N° 090-STCCO/2014, precisando lo siguiente: (i) Respecto a las supuestas inconsistencias, la información obtenida en el cuadro N° 4 se obtiene al dividir el total del tráfico entre la cantidad de líneas mientras que la información de los cuadros N° 2 y N° 3 se obtienen al dividir el total de las llamadas mensual entre la cantidad de líneas que han efectuado tales llamadas; por lo cual, la información contenida en el cuadro N° 4 no es comparable con la contenida en los cuadros N° 2 y 3; (ii) Respecto a la información del cuadro N° 7, señaló que de considerar relevante esta información, se le solicitara a los terceros operadores, debido a que no resultaba posible para su empresa brindar información precisa sobre el destino de las llamadas efectuadas por estos últimos; (iii) Respecto a la información del cuadro N° 8, informó que la información proporcionada corresponde a todo el tráfico de LDI.

Posteriormente, se remitió a Telefónica Móviles una nueva solicitud de información a través del Oficio N° 107-STCCO/2014 de fecha 27 de mayo de 2014, por el cual se requirió a Telefónica Móviles la siguiente información (toda indicada en US\$ sin IGV): (i) Cuadro N° 1 del anexo: Costos por minuto de instalaciones esenciales¹⁶ involucradas en el servicio de llamadas de LDI desde teléfonos móviles prepago durante el periodo de enero 2012 a diciembre 2013; en caso que los costos señalados no formaran parte de

¹⁶ Los conceptos a informar fueron: originación de llamadas, enlaces de interconexión, adecuación de red, transporte conmutado local y transporte conmutado de larga distancia nacional.

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 17 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	


los gastos efectivos del operador se le requirió, informar sobre los valores imputables a la prestación del servicio; (ii) Cuadro N° 2 del anexo: Costos por minuto por las facilidades requeridas en el tramo internacional para las llamadas de LDI desde teléfonos móviles prepago durante el periodo enero 2012 a diciembre 2013 y precisar los conceptos y sus costos correspondientes por los cuales el operador paga (explícita o implícitamente) a un carrier internacional, operador de red de destino y/u otro operador; (iii) Cuadro N° 3 del anexo: Costos por adecuación de red cobrados a cada operador de LDI que se ha interconectado con su red móvil. Se requirió indicar la metodología de cálculo seguida para obtener los valores por minuto para cada uno de los conceptos considerados en los anexos. El plazo otorgado fue de diez (10) días hábiles.

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

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

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

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

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 18 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

Teniendo en consideración la importancia del cumplimiento adecuado y oportuno de los requerimientos de información formulados por esta Secretaría Técnica, ésta es de la opinión que atendiendo a las comunicaciones antes referidas, las cuales fueron realizadas tanto en la etapa de investigaciones preliminares previas al procedimiento, así como en la etapa de investigación dentro del presente procedimiento, Telefónica Móviles no tuvo una esperada correcta disposición de colaborar con las investigaciones realizadas en ninguna de las dos etapas mencionadas. Lo anterior se entendería básicamente por la continua demora en la entrega de las informaciones requeridas, solicitándose, en diversas ocasiones, más de una prórroga, cuyos plazos en ciertos casos no fueron respetados.

Esta situación, que no solo ha dificultado las investigaciones preliminares previas al presente procedimiento, sino también las investigaciones dentro del procedimiento, se ha repetido en diversas ocasiones, haciendo que en ambas etapas se tenga incluso que renunciar a ciertas partes de los requerimientos por la excesiva demora que implicaría su entrega, debiendo suplirse dicha información con otros insumos que permitiesen llevar a cabo las investigaciones de esta Secretaría Técnica (tal como sucedió con el pedido de información hecho durante la etapa de investigaciones preliminares, en el cual se debió renunciar a la información faltante dado que ya habían transcurrido 4 meses desde el requerimiento inicial). Adicionalmente, en una ocasión el Cuerpo Colegiado tuvo que exhortar a la empresa a atender los requerimientos de información atendiendo a los parámetros establecidos por la Secretaría Técnica y el Cuerpo Colegiado.

Al respecto, esta Secretaría Técnica deja constancia de los inconvenientes ocasionados por la conducta mostrada por Telefónica Móviles desde la etapa previa al presente procedimiento, la cual persistió durante la tramitación del mismo.

6.2. Información solicitada a otras empresas


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

Con el propósito de conocer la competencia del mercado de LDI desde teléfonos móviles prepago, se solicitó a las empresas IDT, Americatel y Convergía enviar información basada en datos objetivos y responder preguntas en relación a su situación y actuación en el mercado mencionado.

6.2.1.1. Investigaciones preliminares previas al procedimiento

Pedido de Información N° 1¹⁷: Se solicitó informar (i) Anexo 1: costos de terminación para la prestación del servicio de llamadas LDI desde móviles, según el país y red de destino; (ii) Anexo 2: costos de originación, facturación y recaudación, y de plataforma prepago en los que incurren para la prestación del servicio de llamadas LDI desde móviles, según cada uno de los operadores móviles en los cuales presta el servicio de llamadas LDI.

¹⁷ Se solicitó la información a las empresas IDT, Americatel y Convergía a través de las Cartas C. 018-ST/2012, C. 019-ST/2012 y C. 020-ST/2012, respectivamente, todas de fecha 15 de agosto de 2012.

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 19 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

Pedido de Información N° 2¹⁸: Se requirió responder el siguiente cuestionario: (i) Indicar si antes del establecimiento del sistema de LLxLL en la telefonía móvil, este segmento le parecía rentable o atractivo comercialmente; (ii) Explicar qué expectativas, en términos de demanda, tarifas y nivel competitivo tenía respecto al sistema de LLxLL en la telefonía móvil; (iii) Señalar si en su opinión- las empresas operadoras de telefonía móvil establecieron obstáculos para prestar servicios de llamadas de LDI en sus redes móviles y de ser afirmativa la respuesta, detallar cuáles fueron dichos obstáculos; (iv) Detallar los cargos de originación y acceso a plataforma prepago que su empresa pagaba a cada uno de los operadores móviles durante el periodo constituido desde el inicio del sistema LLxLL hasta la implementación de la regulación de cargos de acceso a plataforma, manifestar qué opinión tenían de estos cargos y responder si los mismos le permitían ofrecer tarifas competitivas respecto a las tarifas establecidas y promocionales ofertadas por los operadores móviles para las llamadas de LDI; (v) Opinar si la regulación del cargo por acceso a plataforma de pago había sido beneficiosa para la competencia en el mercado de llamadas de LDI desde móviles; (vi) Describir si existía alguna barrera que impidiese el adecuado funcionamiento de la competencia en el mercado de llamadas LDI desde móviles; (vii) Opinar sobre la actuación de quienes brindan la plataforma de telefonía móvil y explicar si los operadores móviles permitieron su ingreso y permanencia en el mercado de llamadas de LDI desde móviles; (viii) Indicar si percibe al sistema de LLxLL en la telefonía móvil como un segmento rentable o atractivo comercialmente. El plazo otorgado para responder el cuestionario fue de diez (10) días hábiles.


6.2.1.2. Etapa de investigación a cargo de la Secretaría Técnica

Pedido de Información N° 3¹⁹: Se solicitó absolver el siguiente cuestionario: (i) Indicar si considera que el servicio de llamadas LDI desde móviles enfrenta una fuerte competencia de otros tipos de servicios como los teléfonos fijos o públicos, locutorios, servicios de internet; (ii) Señalar si consideraba que los montos por cargos de originación y acceso a plataforma prepago, establecidos desde el inicio del sistema de LLxLL en móviles hasta la implementación de la regulación de cargos de acceso a plataforma prepago, que le cobraban los operadores móviles limitaron su actividad, producción o crecimiento; (iii) Manifestar si desde la implementación de la regulación de cargos de acceso a plataforma observó que la competencia en el mercado de llamadas de LDI desde móviles se ha fortalecido permitiéndole tener tarifas competitivas frente a las ofrecidas por los operadores móviles; (iv) Emitir una opinión sobre si considera que la regulación de cargos de acceso a plataforma prepago permitió a los operadores de larga distancia reducir sus tarifas y de no ser así, explicar las razones por las que, en su caso, no ha reducido sus tarifas. El plazo otorgado para responder el cuestionario fue de diez (10) días hábiles.

En el caso de Americatel, adicionalmente, se le solicitó indicar a qué se refería con que la regulación del cargo de acceso a plataforma de pago le había permitido mantenerse en el mercado y si antes de la referida regulación su empresa estaba considerando salir

¹⁸ Se solicitó la información a las empresas IDT, Americatel y Convergía mediante las Cartas C. 009-ST/2013, C. 008-ST/2013 y C. 010-ST/2013, respectivamente, todas de fecha 22 de marzo de 2013.

¹⁹ Se solicitó la información a la empresas IDT, Americatel y Convergía mediante los Oficios N° 017-STCCO/2014, N° 014-STCCO/2014 y N° 012-STCCO/2014, respectivamente, todas de fecha 21 de enero de 2014.

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 20 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

del mercado²⁰. Además se le solicitó algún estudio que sustente su respuesta sobre que *“era insostenible seguir asumiendo el sobre costo de acceso a plataforma de pago”*.

En el caso de IDT, también se le requirió explicar por qué consideraba que los costos variables elevados del sistema LLxLL no habrían permitido a los operadores entrantes de larga distancia disminuir significativamente sus tarifas²¹. Asimismo, se le solicitó que amplíe la afirmación sobre que la disminución del costo de acceso a plataforma de pago no habría sido suficiente para que el servicio de llamadas LDI desde móviles tenga el atractivo necesario²². Por último, se le solicitó enviar algún estudio de costos que tuviese al respecto.

Pedido de Información N° 4²³: Se solicitaron los siguientes datos objetivos: (i) Cuadro N° 1 del anexo: Costos por minuto de instalaciones esenciales²⁴ involucradas en el servicio de llamadas de LDI desde teléfonos móviles prepago durante el periodo de enero 2012 a diciembre 2013. En caso estos costos no formen parte de los gastos efectivos del operador, se les requirió informar sobre los valores imputables a la prestación del servicio; (ii) Cuadro N° 2 del anexo: Costos por minuto por las facilidades requeridas en el tramo internacional para las llamadas de LDI desde teléfonos móviles prepago durante el periodo enero 2012 a diciembre 2013; además se le solicitó indicar los conceptos y sus costos correspondientes en los que incurría (explicita o implícitamente) por un carrier internacional, operador de red de destino y/u otro operador; (iii) Cuadro N° 3 del anexo: Costos por adecuación de red pagados a los operadores móviles a los que se han interconectado; (iv) Cuadro N° 4 del anexo: El tráfico de LDI generado en teléfonos móviles prepago, desagregado por red móvil de origen, para el periodo de octubre de 2010 a diciembre de 2013; (v) Cuadro N° 5 del anexo: Los ingresos totales por llamadas de LDI generado en teléfonos móviles prepago, desagregado por red móvil de origen, para el periodo de octubre de 2010 a diciembre de 2013. Se requirió indicar la metodología de cálculo seguida para obtener los valores por minuto para cada uno de los conceptos considerados en los anexos. El plazo otorgado fue de diez (10) días hábiles.


²⁰ Esto se le preguntó a razón de lo señalado por la empresa en su carta 223-2013-GAR (durante la etapa de investigaciones preliminares).

²¹ Esto se le preguntó a razón de lo señalado por la empresa mediante carta SN recibida el 11 de abril de 2013 (durante la etapa de investigaciones preliminares).

²² Afirmación brindada por la empresa en su carta SN recibida el 11 de abril de 2013.

²³ Se solicitó la información a la empresas IDT, Americatel y Convergía mediante los Oficios N° 111-STCCO/2014, N° 113-STCCO/2014 y N° 109-STCCO/2014, respectivamente, todos de fecha 27 de mayo de 2014. Adicionalmente, mediante Oficio N° 127-STCCO/2014 de fecha 12 de junio de 2014 se reiteró el pedido de información a Convergía.

²⁴ Los conceptos a informar fueron: originación de llamadas, enlaces de interconexión, adecuación de red, transporte conmutado local y transporte conmutado de larga distancia nacional.

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 21 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

Respuesta de las empresas²⁵:


A) IDT²⁶

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

- IDT siempre consideró al mercado de LDI desde teléfonos móviles sumamente interesante para seguir desarrollando su amplia experiencia en larga distancia. Este atractivo se basaba en dos aspectos: El importante número de líneas celulares que al inicio del sistema de LLxLL eran de 29 millones y a las estadísticas de minutos originados en móviles con destino internacional que a setiembre del 2010 ya eran de 7 millones de minutos.
- A pesar de las grandes inversiones en publicidad, no se han obtenido buenos resultados en términos de tarifas y competencia, debido a una estructura de costos sumamente alta, tanto en los cargos de originación como de uso de la plataforma pre-pago. En ese sentido, los altos costos variables no han permitido disminuir las tarifas, más allá de promociones puntuales por periodos determinados.
- Solo con la emisión de los mandatos de interconexión para el establecimiento del sistema de LLxLL desde móviles, las empresas operadoras de telefonía móvil dejaron de establecer mayores obstáculos para la efectiva implementación de este sistema para los operadores de larga distancia. Siendo así que, antes de la emisión de dichos mandatos de interconexión, las negociaciones con los operadores móviles se dilataban de manera continua (hasta el plazo máximo). De otro lado, luego de los mandatos algunos operadores se han mostrado reticentes a compartir cierta información para la efectiva implementación del sistema de LLxLL, sobre todo en lo que se refiere a acceder a información de sus abonados (para contactarlos y ofrecerles el servicio de larga distancia por un operador distinto), lo cual sería un ejemplo de conducta poco leal a la competencia.
- Los cargos de originación y acceso a plataforma de prepago que los operadores móviles cobran han mejorado pero siguen siendo un obstáculo importante en la mejora de las tarifas al usuario final del sistema, dado que estos impactan directamente en la estructura de costos de IDT y otros operadores entrantes, mas no así en los operadores celulares. Asimismo, la reducción gradual de los cargos tope aplicables a los operadores no permite ver reflejado este cambio en la tarifa a los usuarios finales, lo cual repercute en la competencia, ya que los operadores de larga distancia no pueden ofrecer tarifas mas competitivas en el mercado. Por otro lado, los cargos diferenciados dificultan implementar una tarifa única.
- La disminución en el costo de acceso no ha sido suficiente para atraer operadores y usuarios. Asimismo, el volumen de llamadas se mantiene en un nivel poco atractivo para IDT.

²⁵ Debido a que algunos requerimientos de información antes expuestos se refieren solo al envío de datos objetivos, en esta parte la STCCO considerará solo las respuestas que contienen los argumentos que exponen las posiciones y opiniones de las empresas operadoras a las cuales se les requirió información respecto a su situación y actuación en el mercado de LDI desde móviles (es decir, la relacionada a los pedidos de información N° 2 y 3).


²⁶ IDT dio respuesta a los Pedidos de Información N° 1 y 4 a través de los escritos de fecha 11 de septiembre de 2012 y 11 de junio de 2014, respectivamente.

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 22 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

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

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

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

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 23 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	


B) Americatel²⁷

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

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

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

²⁷ Americatel dio respuesta a los Pedidos de Información N° 1 y 4 a través de las Cartas C. 520-2012-GAR, de fecha 28 de agosto de 2012, y C. 341-2014-GLAR, de fecha 06 de junio de 2014, respectivamente.

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 24 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

- Los locutorios, llamadas por tarjetas y aplicaciones de smartphones que brindan servicios de voz a llamadas LDI de forma gratuita o a tarifas competitivas sí constituyen una fuerte competencia²⁸.
- Hasta antes de diciembre de 2011, solo el costo de plataforma prepago representaba el 55% del costo total de las llamadas del segmento de llamadas LDI desde móviles. Entonces, al contar con costos elevados, era imposible competir con las tarifas de los operadores móviles.
- La regulación del cargo de acceso a plataforma de pago permitió presentar tarifas competitivas frente a las tarifas promocionales de los operadores móviles. No obstante, los operadores móviles continúan teniendo venjata frente a los operadores de larga distancia.
- A pesar de la regulación del cargo de acceso a plataforma, los costos son elevados.
- Se refieren a un Informe para el calculo del cargo de plataforma de pago, que fue remitido al OSIPTTEL mediante carta Nº 241-210-GAR, recibida el 18 de mayo de 2010 para sustentar su respuesta sobre que la regulación del mencionado cargo permitió a Americatel mantenerse en el mercado.


C) Convergencia²⁹

A través de la Carta GER-060-2013 de fecha 22 de abril de 2013, Convergía respondió a las preguntas realizadas en el Pedido de Información Nº 2. A modo de resumen, esta empresa señaló lo siguiente:

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

²⁸ Basaron sus afirmaciones en el estudio bimestral que hace Americatel de seguimiento de marca “*Brand Tracking*” y en los estudios de Ipsos Apoyo.

²⁹ Convergía dio respuesta a los Pedidos de Información Nº 1 y 4 a través de las Cartas GER-061-2012, de fecha 23 de agosto de 2012, y GER-103-2014, de fecha 26 de junio de 2014, respectivamente.

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 25 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

única por país no permite establecer tarifas diferencias por destino (fijo y móvil), las cuales se caracterizan por tener una diferencia importante en los costos de terminación.

- Sobre la actuación de los operadores móviles, estos tienen ventaja respecto a los costos de originación y utilización de plataforma de pago, colocándolos en mejor posición de ofrecer tarifas más bajas.
- Considerando el crecimiento de la telefonía móvil, el sistema de LLxLL en este segmento resulta prometedor.

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

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

6.2.2. Empresas operadoras de larga distancia desde telefonía fija³⁰

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

³⁰ Durante la Etapa de Investigación del presente procedimiento se solicitó información a la empresas Velatel, Level 3, Infoductos y Amitel, mediante los Oficios N° 018-STCCO/2014, N° 020-STCCO/2014, N° 022-STCCO/2014 y N° 024-STCCO/2014, respectivamente, todos de fecha 21 de enero de 2014. Cabe indicar que Velatel no atendió al requerimiento efectuado por esta Secretaría Técnica.

en el mercado LDI desde móviles? ¿Considera que las operadoras de telefonía móvil establecen obstáculos a las empresas que intentan ingresar a dicho mercado?; (v) Dado los cargos del operador móvil y las tarifas finales que son ofrecidas por los operadores móviles a sus usuarios para las llamadas LDI, ¿Considera que su empresa podría mantenerse u operar en el mercado? ¿Los cargos le permitirían ofrecer tarifas competitivas respecto a las tarifas establecidas y promocionales ofertadas por los operadores móviles para las llamadas LDI?

A) Level 3

Mediante Carta C. 010-2014-LEG de fecha 5 de febrero de 2014, en respuesta al Oficio N° 020-STCCO/2014, Level 3 manifestó lo siguiente:

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


B) Infoductos

Mediante carta INTEP/S-005-2014/PRE de fecha 04 de febrero de 2014, que dio respuesta al Oficio N° 022-STCCO/2014 de fecha 21 de enero de 2014, Infoductos indicó que a la fecha no ha incursionado en el servicio de LLxLL a través de teléfonos móviles ni ha realizado estudios al respecto.

C) Amitel

Mediante Carta C. 0003-GGAMITEL/2014 de fecha 04 de febrero de 2014, se respondió al Oficio N° 024-STCCO/2014 de fecha 21 de enero de 2014. Al respecto, AMITEL señaló lo siguiente:

- El sistema de LLxLL hizo más competitivo y atractivo el mercado de larga distancia.
- El mercado LDI desde móviles no es rentable por los costos en los que se debe incurrir, como los pagos de alquiler de circuitos, coubicación de equipos, mantenimiento de equipos, pago de la plataforma prepago de las operadoras móviles. Tendría que haber un alto volumen de tráfico internacional para que este mercado sea rentable.

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 27 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

- Analizaron ingresar al mercado pero desistieron por el alto costo que generaba mantener el servicio.
- No realizaron negociaciones con las empresas operadoras de telefonía móvil, por lo cual no pueden afirmar si estas obstaculizan el ingreso de nuevas empresas.
- Para AMITEL el mayor obstáculo que observa en el mercado LDI desde móviles es el costo de operación. Las tarifas ofrecidas por los operadores móviles son insostenibles para AMITEL en el caso de brindar el servicio con interconexión directa a nivel nacional por el poco tráfico internacional.
- No pueden ofrecerse tarifas competitivas por los altos costos de operación y cargos cobrados por los operadores móviles y el poco tráfico que se tiene para destinos internacionales.

6.3. Información solicitada a INDECOPI

Mediante Oficio Nº 121-STCCO/2014, de fecha 10 de junio de 2014, esta Secretaría solicitó al INDECOPI un Informe Técnico no vinculante sobre los lineamientos, precedentes y criterios interpretativos que se vienen aplicando para la generalidad de los mercados y agentes económicos, en materia de posición de dominio, en la modalidad de estrechamiento de márgenes, de conformidad con lo establecido en el artículo 74º del Reglamento de Controversias.

Absolviendo lo solicitado por esta Secretaría Técnica, mediante Oficio Nº 085-2014/ST-CLC-INDECOPI, de 31 de julio de 2014, la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI (en adelante, la CLC) remitió el Informe Nº 031-2014/ST-CLC-INDECOPI.

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


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

VII. POSICIÓN DE LA EMPRESA INVESTIGADA³¹

En su escrito de descargos de fecha 05 de noviembre de 2013, Telefónica Móviles solicitó al Cuerpo Colegiado declarar:

1. Que carece de competencia para conocer del presente procedimiento dándolo por concluido; o, de ser el caso,
2. Infundada en todos sus extremos la imputación formulada en su contra al no haberse configurado una conducta sancionable bajo las normas de competencia.

³¹ Se considerarán los argumentos de hecho y de derecho expuestos por Telefónica Móviles en su Escrito de descargos de fecha 5 de noviembre de 2013; así como algunos argumentos expuestos en el escrito Nº 8 presentado el 11 de junio de 2014.

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 28 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

Previamente a resumir los fundamentos de Telefónica Móviles en relación a sus dos pretensiones, esta Secretaría Técnica considera relevante exponer dos cuestiones preliminares desarrolladas por la empresa operadora en su escrito de descargos: (i) Su interpretación en relación a la imputación formulada en su contra; y, (ii) Su posición en relación a si la figura de *price squeeze* –para la generalidad de los casos- puede ser considerada una conducta anticompetitiva bajo las normas de competencia.

En relación a la cuestión (i), la empresa sostiene que la imputación formulada en su contra se podría resumir en el cuestionamiento al haber ofrecido tarifas bajas y competitivas para sus usuarios finales del servicio de LDI y no haber “protegido” a sus competidores ni haberles asegurado un “nivel mínimo de ingresos”. Esto, a razón de la empresa no tiene sentido desde la perspectiva económica y contradice la lógica y los objetivos de la regulación en materia de competencia.

En relación a la cuestión (ii), la posición de Telefónica Móviles es que la figura del estrechamiento de márgenes no puede ser considerada como una conducta anticompetitiva debido a que no es susceptible de generar perjuicios para el mercado (ni afectación negativa al proceso competitivo ni a los consumidores); sino que, por el contrario, siempre es el reflejo de la existencia de eficiencias y/o una competencia agresiva que termina por beneficiar a los consumidores con precios bajos (que al no encontrarse por debajo de los costos del proveedor, no generan perjuicio para el proceso competitivo).


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

Por ello, para la empresa investigada, los objetivos de la regulación en materia de competencia resultan contradictorios con aquellos que sustentarían la sanción de una conducta de *price squeeze*. Esto explicaría por qué no se incluyó el *price squeeze* como un supuesto sancionable en el DL 1034 ni se ha sancionado (ni denunciado) hasta ahora una practica de este tipo.

Luego de exponer las dos cuestiones preliminares esbozadas por Telefónica Móviles en su escrito de descargos –las cuales serán analizadas más adelante-, corresponde indicar los fundamentos de hecho y de derecho relevantes desarrollados por la empresa investigada en relación a sus dos pretensiones en el presente procedimiento:

1. El CCO carece de competencia para conocer el caso

Telefónica Móviles solicita al CCO declarar la nulidad de la resolución admisorio y el archivamiento del expediente, sustentando ello en que los hechos que se le han imputado exceden las competencias que le han sido legalmente atribuidas al CCO.

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 29 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

Según la empresa investigada, la conducta anticompetitiva imputada a Telefónica Móviles de haber reducido el margen de ganancia de sus competidores se sustentaría en dos cuestionamientos: (i) Los montos “elevados” aplicados por Telefónica Móviles en el mercado aguas arriba, a pesar de que el cargo por la originación en la red móvil y el acceso a plataforma de pago han sido establecidos dentro de los parámetros impuestos por la regulación del OSIPTEL, y, (ii) Las tarifas “bajas” (no predatorias) aplicadas a sus usuarios finales en el mercado aguas abajo, establecidas como consecuencia de las presiones competitivas que afronta Telefónica Móviles en este mercado competitivo.

Sin embargo, el CCO no tendría competencia para pronunciarse en relación a los cuestionamientos anteriores, en la medida que no puede pronunciarse respecto de materias para las cuales carece de competencia. Sobre lo primero, el CCO lo haría respecto a la legalidad de los cargos cobrados por Telefónica Móviles, los cuales han sido establecidos bajo una regulación sectorial y con aprobación de OSIPTEL. Sobre lo segundo, el OSIPTEL tendría que pronunciarse respecto a la legalidad de las tarifas, lo cual está prohibido por la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada- Decreto Legislativo N° 757.


La posición de Telefónica Móviles en relación a estos dos cuestionamientos ha sido desarrollada a través de los siguientes argumentos:

A) La falta de competencia del CCO para evaluar la conducta en el mercado aguas arriba

- Sobre los *cargos de originación*, este cargo se encontró sujeto a una regulación tope ordenada por OSIPTEL desde el inicio del sistema de LLxLL. En relación al cargo de *acceso a plataforma*, este se encontraba sujeto a lo dispuesto en los contratos o mandatos de interconexión hasta que, en diciembre de 2011, el OSIPTEL instituyó una regulación de cargos de interconexión tope para el acceso a plataforma.
- En ese sentido, el CCO debe considerar que su intervención a través de este procedimiento significaría una invasión a las competencias regulatorias ejercidas en el mercado de LLxLL por otros órganos del OSIPTEL, mediante la regulación de cargos tope, la emisión de mandatos o la aprobación de contratos de interconexión.
- En relación a los **cargos tope**, estos constituyen un límite establecido por el organismo regulador luego de evaluar su conveniencia para la no afectación de la competencia. De esta manera, los cargos tope poseen dos dimensiones: (i) son una limitación a la libertad de los agentes de establecer los cobros por el acceso a su red (ii) fijan la licitud de los cobros hasta por el monto tope establecido.

Al respecto, Telefónica Móviles señala que estos cargos tope no se efectúan de manera arbitraria y sin atender a las condiciones de mercado, sino con un proceso técnico reglado por la regulación sectorial, en el cual los agentes involucrados tienen derecho a participar e incluso a formular las objeciones que estimen pertinentes.³²

³² Telefónica Móviles señala que, durante el procedimiento de fijación de cargos de interconexión tope por acceso a la plataforma de pagos, una de las empresas supuestamente afectadas (Americatel), formuló algunas observaciones y solicitó al OSIPTEL adoptar medidas en aplicación de mecanismos regulatorios

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 30 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

Así, el propio OSIPTEL habría establecido un rango de precios dentro del cual la actuación de Telefónica no puede ser cuestionada. Lo contrario implicaría que, pese a que por vía regulatoria se autoriza a Telefónica Móviles a efectuar un determinado cobro, por vía de las normas de libre competencia se le sancione por una presunta conducta ilícita.


- Existe un pronunciamiento anterior: Caso Nextel contra Telefónica Móviles (Resolución No. 006-2005-TSC/OSIPTEL), en el cual el OSIPTEL se declaró incompetente sustentándose en que la denuncia buscaba cuestionar la regulación existente a través de normas de competencia. Bajo esta lógica, con el actual procedimiento de oficio se estaría violando el Principio de Predictibilidad.
- En relación a **los mandatos y acuerdos de interconexión**, Telefónica Móviles señala que también son decisiones regulatorias respecto de los competidores presuntamente afectados y, por ello, si OSIPTEL brindó su aprobación a tales acuerdos o emitió mandatos, las instancias de Solución de controversias no deberían cuestionar posteriormente la actuación de Telefónica Móviles basada precisamente en dichos actos regulatorios.
- Para aclarar el presunto problema de incompetencia en el Informe Preliminar se señala que Telefónica Móviles podía establecer un cargo de acceso menor al que efectivamente cobró, lo que demostraría que Telefónica Móviles sí tuvo libertad de fijar los cargos, pudiéndose aplicar normas de competencia. No obstante, aun cuando Telefónica Móviles hubiera podido aplicar cargos menores, ello no hace que tales cargos tope pierdan su carácter de “regulados”. Así, al tener los cargos naturaleza regulatoria, se excluye la posibilidad de que sean analizados bajo las normas de competencia.
- Por otro lado, según el régimen de especialidad normativa una situación que tiene una solución regulatoria específica (disposiciones de interconexiones y acceso a redes) no puede ser ilícita y analizada como una infracción de normas de competencia. De lo contrario, el CCO tendría que analizar los cargos de originación y acceso a plataforma de pago, lo cual constituiría una violación al *Principio de Supletoriedad*, que prohíbe aplicar normas de competencia a un mercado regulado.

Así, al analizar conductas de price squeeze bajo la normativa de libre competencia en mercados regulados, se estaría cuestionando indirectamente la regulación existente y se estaría re-regulando el mercado mediante autoridad que no tienen las facultades para hacerlo.

B) La falta de competencia para evaluar la conducta en el segmento aguas abajo

- La imputación formulada a Telefónica Móviles consistiría en haber formulado tarifas “muy bajas” a sus usuarios finales, no pudiendo estas ser replicadas por

(no de normas de competencia), en relación a supuestas distorsiones que podrían generarse en términos de competencia.

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 31 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

algunos competidores. Sin embargo, un precio “bajo”, en tanto no implique una situación de predación, es algo que beneficia a los consumidores.


En ese sentido, al prohibir un precio “bajo” se estaría obligando al imputado a elevar sus precios con el único fin de que sus competidores no sean afectados. Con ello se pasaría de proteger el bienestar de los consumidores a proteger el bienestar de los competidores.

- El CCO tendría que fijar el “precio minorista aceptable”, lo cual sería una regulación indirecta de precios, excediendo así sus competencias.

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

- Telefónica Móviles no está de acuerdo con la determinación del mercado relevante y la determinación de la posición de dominio establecida por el CCO y la Secretaría Técnica.³³ Asimismo, indica que no se habrían probado los efectos anticompetitivos en la medida que la conducta imputada no produce afectación alguna a los consumidores del mercado investigado, cuya protección es la finalidad última de la legislación en materia de libre competencia.
- La conducta de Price Squeeze que se le atribuye no ha sido cuestionada por la aplicación de una reducción de precios de las tarifas minoristas por debajo de los costos, ya que ello no habría sido incluido o mencionado en la imputación, identificándose como supuesta conducta anticompetitiva tan solo el estrechamiento y reducción de los márgenes de ganancia de los competidores de Telefónica Móviles (en el mercado aguas abajo) y no una supuesta aplicación de tarifas predatorias.
- Una conducta de *price squeeze* no sería ilegal si se logra dar a los consumidores: menores precios, mejores productos y métodos de producción más eficientes. En este caso, Telefónica Móviles estaría ofreciendo precios competitivos a sus consumidores finales.
- En relación al perjuicio de sus competidores, Telefónica Móviles señala que cualquier actuación de los agentes en el mercado tiene como efecto reducir la posición de sus competidores, lo cual es conocido como “daño concurrencial lícito”. En ese sentido, una conducta es anticompetitiva no cuando afecta a otro competidor sino cuando es susceptible de generar un problema en el proceso competitivo.
- Sobre el efecto exclusorio, no basta acreditar cualquier afectación a un competidor en el mercado aguas abajo (disminución de su participación en el mercado, pérdida de clientes, aumento de costos), sino que resulta necesario y obligatorio acreditar que la conducta tiene como efecto real la expulsión de un competidor del mercado (o su incapacidad de seguir compitiendo) y, con ello, la

³³ En la pg. 15 de su escrito de descargos, Telefónica Móviles señala que se habría incurrido en errores en la determinación del mercado relevante y en la determinación de la posición de Telefónica en el mercado. En relación a este punto se reservó el derecho de ampliar sus descargos sobre este extremo. Sin embargo, durante la tramitación del procedimiento no presentó fundamentos que sostengan su posición sobre este punto.

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 32 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

obtención de poder en dicho mercado. Si el agente enfrenta niveles importantes de competencia en el mercado afectado, el beneficio anticompetitivo no existirá.

- Telefónica Móviles no incrementaría su poder de mercado, a pesar de que ciertos competidores fueran excluidos, al tener importantes presiones competitivas en el mercado como son los otros operadores móviles (Nextel y América Móvil) y las nuevas tecnologías, entre ellas, los servicios de voz con IP (Skype o FaceTime) que incluso se encuentran en dispositivos celulares, por lo que su uso no generaría mayores costos de cambio para un usuario de telefonía móvil.

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

VIII. CUESTIONES PREVIAS

8.1. Cuestiones preliminares planteadas por Telefónica Móviles

Como se señaló en el punto anterior, esta Secretaría Técnica considera necesario aclarar dos cuestiones preliminares desarrolladas por la empresa operadora en su escrito de descargos: (i) Su interpretación en relación a la imputación formulada en su contra; y, (ii) Su posición en relación a si la figura de *price squeeze* –para la generalidad de los casos- puede ser considerada una conducta anticompetitiva bajo las normas de competencia.


8.1.1. Imputación contra Telefónica Móviles

Telefónica Móviles afirma lo siguiente: *“Si tuviéramos que resumir la imputación formulada en contra de Telefónica, lo podríamos hacer de la siguiente manera: Telefónica habría incurrido en una supuesta conducta sancionable por establecer tarifas bajas y competitivas para sus usuarios finales del servicio de larga distancia internacional, lo que habría generado que ciertos competidores no pudieran conseguir un “nivel adecuado de ganancias”. En otras palabras, se cuestiona que, con su conducta, Telefónica no haya “protegido” a sus competidores y les haya asegurado un “nivel mínimo de ingresos”.*

Al respecto, este “resumen” realizado por Telefónica Móviles llama la atención de esta Secretaría Técnica, ya que en ningún momento se ha cuestionado a la empresa el establecimiento de las “tarifas bajas” o “competitivas” que haya establecido para sus usuarios finales LDI así como tampoco se le ha cuestionado que no haya asegurado un “nivel mínimo de ingresos” o “protegido” a sus competidores.

En efecto, de una lectura íntegra del Informe Preliminar elaborado por esta Secretaría Técnica así como de la Resolución de Inicio no se encuentran referencias a lo interpretado por Telefónica Móviles así como tampoco se evidencia la imputación, que según dicha empresa, se habría formulado en su contra.

Por el contrario, Telefónica Móviles reconoce en su escrito de descargos que la acusación en su contra consistiría en la reducción de margen de ganancia de sus

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 33 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

competidores, la cual estaría afectando a la competencia y cuyos efectos en el mercado serían evaluados en el presente Informe Instructivo. Por ello, esta Secretaría Técnica considera que tal reconocimiento no guarda coherencia con la afirmación realizada por Telefónica Móviles.


Ahora bien, sin perjuicio de “la falta de pertinencia” de lo señalado por Telefónica Móviles en sus escrito de descargos respecto a la supuesta imputación en su contra, esta STCCO estima conveniente dejar en claro la imputación en su contra. Así, cabe recordarle que el Cuerpo Colegiado resolvió disponer el inicio del procedimiento de oficio por una presunta comisión de abuso de posición de dominio en la modalidad de estrechamiento de márgenes, con posibles efectos exclusorios en el mercado de LDI desde teléfonos móviles prepago, tipificado en los artículos 10.1 y 10.2, literal h) del DL. N° 1034. La conducta a evaluar consistiría en la reducción del margen de ganancia de sus competidoras en el mercado “aguas abajo” de LDI originada desde su red móvil prepago, mediante el cual podría estar perjudicando a la competencia en el mercado “aguas abajo” y reduciendo el bienestar de los usuarios en el mediano y largo plazo.

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

- El comportamiento de Telefónica Móviles se podría constituir como una practica anticompetitiva de estrechamiento de márgenes en relación a que esta empresa habría reducido el margen de ganancia de sus competidores en el mercado de LDI al imponerles costos superiores a varias de las tarifas minoristas que establecía para sus usuarios finales. La mencionada conducta se habría realizado desde que entró en vigencia el sistema de LLxLL hasta la regulación del cargo de acceso a plataforma de pago (primer periodo) y persistiría incluso después de la regulación de dicho cargo (segundo periodo) hasta la fecha.
- Telefónica Móviles ostenta posición de dominio en el mercado relevante constituido por el acceso a su red móvil, instalación que es necesaria para que sus competidores puedan prestar el servicio de LDI móvil. Esto sucede porque cada concesionario de telefonía móvil, como es el caso de Telefónica Móviles, resulta ser el único agente económico existente para originar una llamada de LDI realizada por su usuario.
- La afectación del proceso competitivo podría haber tenido lugar cuando de manera anticompetitiva, la conducta de Telefónica Móviles habría impedido el crecimiento de sus competidores y una mayor dinámica competitiva. Al respecto se precisó que el efecto exclusorio de la conducta realizada por el agente económico dominante podría dificultar la permanencia de sus competidores actuales (o dificultar el acceso a los competidores potenciales), pudiendo surgir esto incluso cuando se impide el incremento de producción o se reducen los márgenes de ganancia de los competidores.

De otro lado, Telefónica Móviles también señala: *“Estimamos respetuosamente que una imputación de este tipo no tiene sentido desde una perspectiva económica, sino que, además, resulta abiertamente contradictoria con la lógica y los objetivos de la regulación en materia de competencia”.*

Consideramos que aclarada la imputación a Telefónica Móviles, no es necesario responder lo indicado en el párrafo precedente toda vez que no se ha realizado la imputación que aduce la empresa para indicar aquello. Si, por el contrario, es

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 34 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

conveniente informarle a Telefónica Móviles que la imputación realizada no solo tiene sentido desde la perspectiva económica, sino que, se enmarca perfectamente con la lógica y objetivos del derecho de la competencia. Esto será desarrollado posteriormente cuando se desarrolle el marco teórico y se realice el análisis de la conducta.

8.1.2 Sobre la naturaleza de la figura de estrechamiento de márgenes

8.1.2.1. Lo señalado por Telefónica Móviles

Telefónica Móviles cuestiona la posibilidad de sancionar prácticas de estrechamiento de márgenes como supuestos anticompetitivos, al considerar que este tipo de conducta no perjudica el proceso competitivo ni afecta el bienestar de los consumidores y, en términos generales, sería el reflejo de la existencia de eficiencias y/o una competencia agresiva que termina por beneficiar a los consumidores con precios bajos (pero no por debajo de los costos del proveedor).


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

Por ello, para la empresa investigada, los objetivos de la regulación en materia de competencia resultan contradictorios con aquellos que sustentarían la sanción de una conducta de price squeeze. Esto explicaría por qué no se incluyó el price squeeze como un supuesto sancionable en el DL 1034 ni se ha sancionado (ni denunciado) hasta ahora una práctica de este tipo.

8.1.2.2. Posición del OSIPTEL frente a esta figura

Como se explicará con mayor detalle en el marco teórico, considerando la relación que existe entre la empresa verticalmente integrada (presente tanto en el mercado aguas arriba como en el mercado aguas abajo) y sus competidoras en el mercado aguas abajo (a la vez, sus clientes en el mercado aguas arriba), la reducción en los márgenes de ganancia de los competidores en los casos de estrechamiento de márgenes no responde necesariamente a una cuestión de eficiencia económica ni competencia agresiva como lo señaló Telefónica Móviles, ya que podemos estar frente a competidores que pueden ser tan o más eficientes que la firma verticalmente integrada, pero que se pueden ver perjudicados por la posibilidad que tiene esta última de reducir los márgenes de ganancia de sus competidores incrementando el costo del recurso esencial y/o reduciendo los precios que ella cobra al público en el mercado aguas abajo³⁴. Ello claramente se aparta

³⁴ Considerando 237. “(...) En efecto, si los precios minoristas de la demandante son inferiores a las tarifas por sus servicios mayoristas o si el margen entre las tarifas por los servicios mayoristas y las tarifas minoristas de la demandante es insuficiente para permitir a un operador de su misma eficiencia cubrir sus costes específicos por la prestación de servicios de acceso a los abonados, un competidor potencial, igual de eficiente que la demandante, sólo podría entrar en el mercado de los servicios de acceso para abonados incurriendo en pérdidas”.

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 35 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

de la eficiencia económica que busca promover el DL 1034.

En relación a lo mencionado por Telefónica Móviles sobre que el estrechamiento de márgenes no genera un impacto negativo en el proceso competitivo del mercado y en los usuarios finales³⁵, esta Secretaría Técnica espera poner en claro que es completamente errada la interpretación realizada por Telefónica Móviles en relación a que los casos de estrechamiento de márgenes buscan la protección de ciertos competidores en un mercado, dado que en virtud de este procedimiento –así como de todo procedimiento de libre competencia- no se busca proteger a competidores ineficientes ni asegurarles un nivel adecuado de ingresos como erróneamente habría señalado la empresa investigada en su escrito de descargos. Entender lo contrario, podría sugerir que esta Secretaría Técnica tiene intenciones de favorecer a ciertas empresas; razón por lo cual, resulta fundamental aclarar que el presente procedimiento se ha iniciado con el único fin de proteger el desarrollo de la competencia en el mercado de telecomunicaciones, y con ello el bienestar de los consumidores.


De otro lado, en relación al cuestionamiento de Telefónica Móviles referido a que la sanción a las prácticas de estrechamiento de márgenes daría lugar a un efecto redistributivo que consistiría en trasladar los beneficios de obtener precios bajos de los que hoy gozan los consumidores, a los competidores. Esta Secretaría Técnica considera importante resaltar que la sanción de casos de estrechamiento de márgenes no persigue evitar que empresas con posición de dominio, como es el caso de la empresa investigada, establezcan precios bajos a los consumidores para así proteger que sus competidores obtengan márgenes de utilidad adecuados. La real intención de sancionar estas prácticas es el de proteger la libre y real competencia en el mercado de telecomunicaciones, con lo cual si una empresa con posición de dominio establece precios bajos, esto deberá responder a una cuestión de eficiencia económica en el mercado y no a una finalidad de estrechar márgenes de los rivales a través del manejo del margen que se deja entre el precio que se cobra por el insumo esencial y el precio minorista de la empresa dominante en el mercado aguas abajo.

Asimismo, esta Secretaría Técnica lamenta lo mencionado por Telefónica Móviles en su escrito de descargos en relación a que la sanción de conductas de estrechamiento de márgenes generaría incentivos para que las empresas se comporten de manera similar a un cartel de precios. Al respecto, es necesario explicarle a la empresa investigada que esta Secretaría Técnica considera que, evidentemente, no estamos ante dos figuras equiparables, dado los distintos elementos de configuración y la finalidad que persigue cada práctica, aún más cuando recordemos que la existencia de un cartel de precios supone la presencia de dos o más empresas a través de un acuerdo de cooperación entre ellas para mantener precios similares; es decir, se requiere de la voluntad de las empresas participantes para conformarla y no, simplemente, de percibir ciertos “incentivos” para hacerlo.

Pensar lo contrario daría lugar a la errónea idea de justificar conductas anticompetitivas ante la supuesta existencia de “incentivos” en un mercado, lo cual no debe ser la conducta esperada por parte de Telefónica Móviles o cualquier otra empresa de telecomunicaciones que respeta la normativa de libre competencia. Así, si Telefónica

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

³⁵ Este tema será desarrollado al detalle en el acápite 9.1.3.

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 36 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

Móviles considera que, al observarse condiciones favorables o “incentivos” para que se generen acuerdos colusorios, las empresas se comportarán así, no estaría brindando buenas señales del comportamiento de Telefónica Móviles en el mercado de telecomunicaciones. La sanción a los casos de estrechamiento de márgenes anticompetitivos justamente debería generar un escenario competitivo donde exista mayor presión competitiva para los operadores integrados verticalmente que se traduzca en mejores tarifas al usuario final y una mayor capacidad de elección y no en el acuerdo de tarifas por parte de los competidores en el mercado aguas abajo.

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

De otro lado, no es acertada la afirmación de Telefónica Móviles sobre que al no encontrarse tipificada la práctica de estrechamiento de márgenes en el DL 1034 ni al haberse sancionado hasta el momento en nuestro país este tipo de conductas, esto explicaría que los objetivos de la regulación en materia de competencia son contrarios a los de esta práctica. Al respecto, si bien en la experiencia peruana aún no se han sancionado este tipo de prácticas, eso no descarta la posibilidad de que existan, se investiguen, y, de ser el caso, se sancionen; particularmente en el sector telecomunicaciones. En ese sentido, al remitirnos a la experiencia internacional, en la Unión Europea esta práctica ha sido continuamente investigada y sancionada por la Comisión Europea, como se puede apreciar en los casos Deutsche Telekom³⁶, Wanadoo³⁷, entre otros. A su vez, en algunos países de América como Chile³⁸ y México³⁹, también se han investigado y sancionado casos de estrechamiento de márgenes en el mercado de telecomunicaciones.

Por su parte, en relación a que la figura de estrechamiento de márgenes no se encuentra tipificada en el DL 1034, se hace necesario recordarle a Telefónica Móviles la existencia y la finalidad del literal h) del artículo 10.2⁴⁰ de la mencionada ley, la misma que al ser

³⁶ Asunto C-280/08 P: Deutsche Telekom AG vs. Comisión Europea.

³⁷ Asunto COMP/38.784 – Wanadoo España vs. Telefónica.

³⁸ Al respecto se pueden observar: (i) Sentencia N° 88/2009, de 15 de octubre de 2009, emitida en la controversia entre Telefónica Móviles de Chile S.A. y OPS Ingeniería Ltda., ETCOM S.A. y otros; (ii) Demanda de Netline Mobile S.A. contra Entel PC S Telecomunicaciones S.A., Claro Chile S.A. y Telefónica Móviles Chile S.A., presentada el 23 de diciembre de 2013. (En curso)

³⁹ En el año 2011 se sancionó a varias empresas por llevar a cabo prácticas consistentes en estrechamiento de márgenes en el mercado de telecomunicaciones de ese país. Pleno de fecha 07 de abril de 2011, emitida en la controversia seguida entre Axtel S.A., Alestra S. de R.L. y otros contra Radiomóvil Dipsa, S.A. (Expediente DE-37-2006 y acumulados).

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

⁴⁰ **DL 1034**

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

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

una cláusula de tipificación abierta contiene a todas las conductas de abuso de posición de dominio en general que no se encuentran expresamente tipificadas en la ley⁴¹. En ese sentido, al no ser posible enumerar todas las conductas anticompetitivas existentes, la cláusula general sanciona a todas aquellas prácticas que dificulten o impidan el ingreso de nuevas empresas en un mercado o la permanencia de las ya existentes por razones distintas a una mayor eficiencia económica. Por lo tanto, esta Secretaría Técnica considera que, sin lugar a dudas, la conducta de estrechamiento de márgenes podría ser sancionada según la cláusula abierta del literal h) del artículo 10.2 del DL 1034 si se constituye como una conducta de abuso de posición de dominio que afecta el proceso competitivo en el mercado de telecomunicaciones por razones diferentes a la mayor eficiencia económica. Es relevante señalar que esta posición es compartida por el INDECOPI –en su calidad de agencia de competencia para los demás mercados–, como puede observar Telefónica Móviles en el punto 6.3. del presente Informe⁴².

Incluso, sobre el particular, los “Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Libre Competencia en el Ámbito de las Telecomunicaciones” (en adelante, los Lineamientos)⁴³ establecen que, para el OSIPTEL, si se presentara una conducta de “Price Squeeze” (en los Lineamientos se reconoce como “precios comprimidos”) resultaría sancionable en tanto introduzca distorsiones al régimen de libre competencia. Es decir, no cabe duda que una conducta de estrechamiento de márgenes que afecte el mercado de telecomunicaciones puede ser evaluada y sancionada bajo el marco normativo de libre competencia.

Finalmente, sobre lo señalado por Telefónica Móviles en relación a que las empresas no han denunciado conductas de estrechamiento de márgenes, cabe señalar que en el mercado de telecomunicaciones muchas veces existe temor a realizar denuncias por las características mismas del mercado. En diversas controversias, empresas medianas y pequeñas de telecomunicaciones nos han señalado que prefieren no argumentar contra las operadoras “grandes”. Un claro ejemplo es lo señalado por Americatel en sus comentarios al Proyecto de Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Represión de Conductas Anticompetitivas en el Ámbito de las Telecomunicaciones⁴⁴,

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

⁴¹ “El DL 1034 contiene dos cláusulas de tipificación abierta de prácticas anticompetitivas y en ambas se hace referencia expresa a la eficiencia económica. En efecto, además de prohibir expresamente diversos casos de abuso de posición de dominio, la ley también incluye una prohibición general de actos de abuso que impiden o dificultan el acceso o permanencia de competidores en el mercado por razones distintas a una mayor eficiencia económica.” (El autor cita los artículos 10.2 literal h) y 11.1)


QUINTANA SÁNCHEZ, Eduardo. “El Objetivo de la Ley de Competencia Peruana y la Interpretación de las Conductas Prohibidas”. En Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual Nº 12. Pág. 35. Consultado el 20 de agosto de 2014.

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

⁴² En el Informe Nº 031-2014/ST-CLC-INDECOPI, la Secretaría Técnica de la CLC Que si bien el estrechamiento de márgenes no se encuentra expresamente contemplado entre las conductas de abuso de posición de dominio listadas, a modo de ejemplo, entre los literales a) y g) del artículo 11.2 del Decreto Legislativo 1034, puede ser analizada como una modalidad de abuso de posición de dominio de conformidad con el artículo 10.1 y el literal h) del artículo 10.2. del DL 1034.

⁴³ Aprobados mediante Resolución Nº 003-2000-CD/OSIPTEL.

⁴⁴ Emitido mediante Resolución de Consejo Directivo Nº 009-2014-CD/OSIPTEL.

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 38 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

en los cuales señaló que debería establecerse en los Lineamientos que debe primar el impulso de oficio en los casos de libre competencia⁴⁵.

Es por ello que, siendo un argumento frecuente utilizado por las empresas investigadas por conductas anticompetitivas en el mercado de telecomunicaciones, esta Secretaría Técnica quiere dejar en claro que, así las empresas afectadas por conductas anticompetitivas no presenten denuncias, es deber de los órganos colegiados del OSIPTEL velar por el correcto funcionamiento del proceso competitivo. Por consiguiente, en caso se observen conductas anticompetitivas desarrolladas en el mercado de telecomunicaciones, el OSIPTEL iniciará de oficio los procedimientos para sancionar dichas conductas.

8.2. Sobre el Principio de Supletoriedad


Telefónica Móviles manifestó en su escrito de descargos que si los montos que cobra por concepto de cargos de originación y acceso a la plataforma de pagos en el mercado aguas arriba se encuadran dentro de lo específicamente establecido por el OSIPTEL y la regulación del sector (sea mediante la regulación de cargos tope, emisión de mandatos o la aprobación de contratos de interconexión), entonces no resultaría posible cuestionar la conducta a través de las normas de competencia.

Asimismo, agregó que así hubiera podido aplicar cargos con montos menores a los establecidos mediante regulación por el OSIPTEL, el no hacerlo no implica que se está cometiendo una práctica anticompetitiva, en la medida que resultaría ilógico deducir que se está desarrollando una conducta ilícita por cumplir con lo establecido en la regulación sectorial. Aún más, si los cargos tope, como en el presente caso, constituyen una limitación a la libertad de los agentes de realizar cobros por el acceso a su red y fijan la licitud de los cobros hasta por el monto tope establecido.

Además, según el régimen de especialidad normativa una situación que tiene una solución regulatoria específica (como sucedería en este caso) no podría ser analizada como una infracción a las normas de competencia. Por lo que, si el CCO asumiera el conocimiento de esta controversia tendría que pronunciarse sobre el monto de los cargos regulados, produciéndose un efecto de re-regulación a través de una autoridad que no tiene competencia para ello. De acuerdo a lo anterior, el CCO carecería de competencia para pronunciarse sobre esta controversia.

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

⁴⁵ En su correo enviado el 17 de marzo de 2014, señala lo siguiente: “Sugerimos que se establezca expresamente que primará el impulso de oficio en los expedientes iniciados para sancionar las prácticas anticompetitivas que pudieran presentarse en el mercado de las telecomunicaciones. Ello considerando que **los actores con una mínima participación en el mercado, dependemos muchas veces de los operadores establecidos, lo cual desincentiva a que se presenten denuncias que puedan afectar la relación comercial.**” (el resaltado es nuestro).

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 39 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

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

8.2.1.1. Marco Legal

De conformidad con la normativa vigente, las instancias de solución de controversias entre empresas del OSIPTEL son las encargadas de la aplicación en el sector de las telecomunicaciones de las normas que velan por la libre competencia, DL 1034⁴⁶. Por tanto, este órgano tiene la función de investigar y, de ser el caso, sancionar las infracciones a dicho cuerpo normativo; para ello, deben tomar en consideración el principio de supletoriedad, recogido en diversas normas, conforme se detalla a continuación.

El artículo 3º del DL 1034 señala que aquella conducta que es consecuencia de lo dispuesto en una norma legal se encuentra fuera de su ámbito de aplicación, por lo que el cuestionamiento a dicha norma se realizará mediante las vías correspondientes y no ante la autoridad de competencia⁴⁷.

Por su parte, el artículo 250º del Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por el Decreto Supremo Nº 020-2007-MTC, precisa que en lo que no esté previsto en la Ley y el Reglamento, en lo referido a la prohibición de las prácticas empresariales restrictivas de la libre competencia, se aplicarán las disposiciones legales vigentes sobre prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia⁴⁸.

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

⁴⁶ **DL 1034**

Artículo 17.- Del OSIPTEL.-

La aplicación de la presente Ley al mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones estará a cargo del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL de conformidad con lo dispuesto en la Ley Nº 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL. En tal sentido, las instancias competentes, las facultades de éstas y los procedimientos que rigen su actuación serán los establecidos en su marco normativo.

⁴⁷ **DL 1034**

Artículo 3º.- Ámbito de aplicación objetivo.-


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

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

⁴⁸ **Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones**

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

En lo que no esté previsto en la Ley y el Reglamento, en lo referido a la prohibición de las prácticas empresariales restrictivas de la libre competencia, se aplicarán las disposiciones legales vigentes sobre prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia.

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 40 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

ámbito de su competencia y que, en caso de conflicto, primarán las disposiciones dictadas por el OSIPTEL⁴⁹.

Los Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones del Perú, aprobados por el Decreto Supremo N° 020-98-MTC, señalan que para la promoción y preservación de la libre competencia en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, los órganos competentes del sector aplicarán la normativa sectorial específica y, supletoriamente, en cuanto sean pertinentes, las disposiciones del Decreto Legislativo 701 (hoy DL 1034)⁵⁰.

De otro lado, los Lineamientos precisan de manera más específica los alcances del principio de supletoriedad. Al respecto, en estos los Lineamientos se señala que, debido a la que existencia de dos marcos normativos, uno específico del sector de las telecomunicaciones y otro de aplicación general, el OSIPTEL ha optado por compatibilizar la aplicación de los mismos, entendiendo que para la promoción y preservación de la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones, se aplicará la normativa específica del sector y de manera supletoria la normativa general de libre competencia⁵¹.

⁴⁹ **Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL**

Artículo 12.- Principio de Supletoriedad

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

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

⁵⁰ **Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones del Perú**

111. Para la promoción y preservación de la libre y leal competencia en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, los órganos competentes del Sector aplicarán la normativa sectorial específica y, supletoriamente, en cuanto sean pertinentes, las disposiciones de los Decretos Legislativos N° 701 y 807, las del Decreto Ley N° 26122 y disposiciones modificatorias, complementarias, ampliatorias y conexas.

⁵¹ **Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Libre Competencia en el Ámbito de las Telecomunicaciones**

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

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

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


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

La posición que acoge OSIPTEL refleja la tendencia que se puede apreciar en otros países donde existen situaciones similares. OSIPTEL entiende que para la promoción y preservación de la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones, se aplicará la normativa específica del sector y de manera supletoria la normativa general de libre competencia.

(...)

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

(...)

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 41 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

Asimismo, en la misma línea, a través de la reciente jurisprudencia emitida por los órganos colegiados del OSIPTEL⁵² se concluye que en virtud del principio de supletoriedad se aplicará las normas generales de libre competencia en el supuesto que una determinada práctica o conducta que genere efectos anticompetitivos en el mercado no se encuentre tipificada o cubierta por la normatividad específica del sector. Por ello, para determinar si el principio de supletoriedad es aplicable a un caso concreto se deberá analizar si la conducta investigada está cubierta o no por la regulación sectorial.

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

8.2.1.2. Marco Conceptual

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

No obstante, un importante sector de la doctrina nacional e internacional ha advertido que una interpretación tan amplia presenta varios inconvenientes como son la absorción de figuras del derecho de la competencia por principios regulatorios, la doble tipificación de las prácticas que trae consigo la disparidad de sanciones, la extensión de supuestos de infracción regulatoria a infracciones de competencia, entre otros, por lo que se busca un redimensionamiento de la interpretación del principio de supletoriedad acorde con el mercado⁵³.

Además, bajo este criterio los operadores podrían acogerse a la defensa de la conducta reguladora o señalar que una determinada conducta surgió como consecuencia de la regulación con la intención de que en virtud del principio de supletoriedad no se le aplique las normas de competencia, aprovechando que no se han establecido reglas claras que definan cuándo se debe aplicar (o no) tal principio.


Hovenkamp y otros autores han subrayado la necesidad de que las normas de libre competencia sean de aplicación incluso en sectores intensamente regulados⁵⁴. Al

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

⁵² Al respecto, ver: la Resolución Nº 008-2005-CCO/OSIPTEL de fecha 11 de marzo de 2005, emitida en el Expediente 001-2005-CCO/ST/LC, seguido en la controversia entre Nextel del Perú S.A. contra Telefónica del Perú S.A.A. y la Resolución Nº 004-2013-TSC/OSIPTEL del 31 de enero de 2013, emitida en el Expediente 005-2011-CCO-ST/LC, en el procedimiento iniciado de oficio contra Telefónica del Perú S.A.A.

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

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

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 42 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

respecto, consideran que la naturaleza de las normas de libre competencia permite un grado de análisis “ex post” de la actividad de una empresa que ni el más incisivo esquema regulatorio podría prever⁵⁵.

Asimismo, Hovenkamp indica que la idea de que la aplicación de las normas sobre libre competencia sea rechazada simplemente porque existe cualquier tipo de regulación o supervisión, está desapareciendo del análisis a la luz de las más recientes resoluciones emitidas por las cortes de los Estados Unidos de América⁵⁶.

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

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

Así, por ejemplo, de acuerdo a los últimos pronunciamientos judiciales emitidos en la Unión Europea en los que se ha discutido si la sola existencia de una regulación sectorial impide (o no) que se aplique las normas de libre competencia, se ha concluido que si la regulación le permite al agente económico actuar de forma autónoma no habría justificación para dejar de aplicar las normas de libre competencia⁵⁹.


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

⁵⁶ Ídem, pág. 979.

⁵⁷ Ibidem.

⁵⁸ Al respecto, conviene precisar que en los Estados Unidos de América es común que las empresas reguladas que son denunciados por actos contrarios a la libre competencia en casos en los cuales no es claro que la ley haya ordenado la primacía de la regulación, invoquen la defensa denominada “inmunidad implícita”. Conforme a dicha doctrina se entiende que las normas regulatorias ya abarcan aspectos de competencia, por lo cual sería redundante la aplicación de normas de competencia. Frente a esta doctrina, las cortes americanas se han pronunciado por dejar cada vez más espacio para la aplicación de las normas de libre competencia. Así por ejemplo en el caso MCI Communications Corp. v AT&T, (708 F 2d 1081 (7th Cir. 1983)), la Corte señaló que la mera omnipresencia de la regulación no genera o crea una inmunidad frente a las normas de libre competencia, respecto de las conductas voluntariamente iniciadas por una empresa. Lo que determina la existencia de dicha inmunidad es que la conducta haya sido compelida o aprobada por el regulador, en ejercicio de su mandato legal, en una forma que resulta incompatible con la aplicación de las normas de libre competencia. En la misma línea se puede revisar el caso Credit Suisse Securities (USA) LLC. v. Billing, (551 U.S. 264, 127 S. Ct. 2383, 168 L. Ed. 2d 145 (2008)).

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

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 43 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

Por su parte, en América Latina cada vez va prevaleciendo la percepción de que incluso cuando existe una regulación podrá aplicarse las normas de libre competencia si ésta le permite a la empresa poder adoptar libremente sus decisiones⁶⁰.

Actualmente, un importante sector de la doctrina nacional ha recalcado que se debe ser muy cuidadoso con la aplicación del principio de supletoriedad, puesto que una interpretación extensiva de los alcances de la regulación podría generar la inaplicación de normas de libre competencia en el sector de las telecomunicaciones, pese a la importancia del objetivo de fortalecer las condiciones de competencia en dicho sector⁶¹.

8.2.2. Aplicación al caso concreto

Después de lo señalado anteriormente, esta Secretaría Técnica en la misma línea de lo dispuesto por los órganos colegiados del OSIPTTEL para otras controversias⁶², considera que para determinar si a un caso concreto le resulta aplicable (o no) el principio de supletoriedad se deberán evaluar de manera conjunta los siguientes criterios: i) si la regulación ha impuesto o aprobado una conducta que resulta incompatible con la aplicación de las normas de competencia, ii) cuál ha sido el rol del regulador en la aprobación o supervisión de la conducta conforme a las normas legales y iii) si la aplicación de las normas de libre competencia pueden colisionar con las decisiones y políticas establecidas por el regulador para el sector. Así, esta evaluación permitirá que se aplique el principio de supletoriedad para aquellas prácticas que cumplan con los tres requisitos en el orden de prelación que se detalla; caso contrario, como es lógico si una conducta no ha sido impuesta o aprobada mediante una normativa sectorial y genera

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


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

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

⁶⁰ Pleno del 7 de abril de 2011, emitida en la controversia iniciada por Axtel S.A., Alestra S de R.L. y otros contra Radiomóvil Dipsa S.A. (Exp.37-2006 y acumulados), Sentencia N° 88/2009 del 15 de octubre del 2009, emitida en la controversia entre OPS Ingeniería Limitada y Telefónica Móviles de Chile S.A.

⁶¹ QUINTANA SÁNCHEZ, Eduardo. “¿Es la política de competencia supletoria de la regulación de telecomunicaciones?”. Op. cit. pág. 21 y siguientes. En el mismo sentido ver CÁCERES FREYRE, Fernando. “La agencia de competencia frente a las regulaciones sectoriales”. En: Revista de Derecho Administrativo, Año 5, N° 10, Parte 1 (Nov. 2011). Lima, págs. 50 y 51.

⁶² Resolución N° 004-2013-TSC/OSIPTTEL del 31 de enero de 2013, emitida en el procedimiento iniciado de oficio contra Telefónica del Perú S.A.A. (Exp. 005-2011-CCO-ST/LC).

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 44 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

distorsiones en el proceso competitivo, la misma deberá evaluarse bajo el DL 1034, en la medida que sería resultado de la libre iniciativa empresarial del agente económico y no de la regulación.

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

8.2.3.1. La conducta materia de investigación

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

Telefónica Móviles señala que si los montos por concepto de cargos cobrados por los insumos en el mercado mayorista se encuadran dentro de lo específicamente establecido por el OSIPTTEL y la regulación del sector, no resultaría posible cuestionar la conducta a través de las normas de competencia. Además que si el CCO asumiera el conocimiento de esta controversia tendría que pronunciarse sobre el monto de los cargos regulados, produciéndose un efecto de re-regulación a través de una autoridad que no tiene competencia para ello.


Al respecto, cabe precisar que en el presente caso no se está cuestionando el monto ni el procedimiento a través del cual se aprobó el Cargo Tope por Acceso a la Plataforma de Pago⁶⁴ y el Cargo de Origenación en la Red Móvil⁶⁵ sino la conducta de Telefónica Móviles al haber reducido el margen de ganancias de sus competidores en el mercado

⁶³ Inclusive en algunos casos se sostiene que el regulador y la agencia de competencia podrían llegar a resultados diferentes ante un escenario particular. Así, la Comisión de Competencia de España en un Memo elaborado a raíz del caso Wanadoo contra Telefónica Caso Comp/38.784. Wanadoo España contra Telefónica. Decisión de la Comisión Europea del 04 de julio de 2007, señala lo siguiente:

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

⁶⁴ Resolución de Consejo Directivo N° 154-2011-CD/OSIPTTEL, publicado el 15 de diciembre del 2011.

⁶⁵ Resolución de Consejo Directivo N° 093-2010-CD/OSIPTTEL del 19 de agosto del 2010.

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 45 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

de llamadas de LDI desde redes móviles prepago, lo cual involucra una evaluación sobre la diferencia entre el precio mayorista de los insumos esenciales y el precio del servicio final en competencia y no la evaluación de cada uno (cargos y tarifas finales) en forma independiente.

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

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


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

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

Hasta ese momento los únicos que prestaban el servicio de llamadas móviles de LDI eran los concesionarios móviles, entre ellos Telefónica Móviles, quienes a través de su plataforma ofrecían este servicio a los usuarios que contrataban con ellos el servicio de telefonía móvil. Sin embargo, con la implementación del sistema de LLxLL móvil, se permitió a los operadores de larga distancia operar en este mercado accediendo a las instalaciones esenciales de los concesionarios móviles por lo que, bajo este escenario, tanto los operadores de larga distancia como los concesionarios móviles o sus vinculadas debían competir por este segmento de mercado. A entender de esta Secretaría Técnica, este es un claro escenario de promoción de la competencia.

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

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

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 46 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

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

En el 2005⁶⁶ se fijaron los cargos topes por terminación (originación) en la red del servicio de telefonía móvil que debía ser aplicable a cualquier llamada que terminase (originase) en dichas redes, con excepción del escenario fijo-móvil. Esta regulación tuvo como propósito preservar las condiciones de competencia en el mercado de servicios móviles que se venían produciendo y potenciar las mejoras en el bienestar de la sociedad⁶⁷.

En el 2010, después de la revisión de los cargos de terminación (originación) de llamadas móviles, se establecieron los nuevos cargos topes que debían aplicar Telefónica Móviles, América Móvil y Nextel a aquellos operadores que requiriesen este servicio. Asimismo, siguiendo los parámetros establecidos en la primera regulación de los cargos de originación en la red móvil se estableció que tales cargos topes estaban sujetos a una reducción gradual durante cuatro periodos⁶⁸.

En ese sentido, cuando se inició el sistema de LLxLL en las redes móviles el cargo que las concesionarias móviles debían aplicar a los operadores de larga distancia por la originación en su red móvil ya se encontraba regulado. Así, Telefónica Móviles podía negociar el monto por la originación de las llamadas en su red móvil tomando en consideración lo siguiente⁶⁹:

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

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

En el primer periodo investigado⁷⁰ las empresas titulares de la plataforma de pago, entre ellas Telefónica Móviles, disponían de la facultad para establecer libremente la tarifa por el acceso a su plataforma que aplicarían a sus competidores. Este cargo no estaba regulado sino podía ser producto de un acuerdo entre las partes, o en su defecto, cuando no llegaran a un acuerdo con el solicitante, cualquiera de las partes podía requerir al OSIPTTEL la emisión de un mandato de interconexión. Al respecto, cabe indicar que este último supuesto, el cargo no provenía de un proceso regulatorio analizado para esta situación específica sino que correspondía a lo que el regulador había observado en las


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

⁶⁷ Resolución de Consejo Directivo N° 070-2005-CD/OSIPTTEL, publicada el 24 de noviembre de 2005.

⁶⁸ Resolución de Consejo Directivo N° 093-2010-CD/OSIPTTEL del 19 de agosto del 2010.

⁶⁹ Desde la implementación del sistema de LLxLL móvil (04 de setiembre del 2010) hasta el 30 de octubre del 2010 el cargo tope fue de US\$ 0,0322.

⁷⁰ Periodo comprendido entre el 4 de setiembre del 2010 y el 15 de diciembre del 2011.

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 47 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

relaciones de interconexión de los operadores móviles, lo cual no les restaba libertad de actuación a las empresas.

Así, en el Informe N° 461-GPR/2010, que forma parte del mandato de interconexión emitido para Telefónica Móviles y Americatel⁷¹ y en el Informe N° 560-GPR/2010 que sirvió de sustento para la emisión del mandato de interconexión entre Telefónica Móviles e IDT⁷², se estableció que el cargo aplicable por el acceso a la plataforma sería el mismo que Telefónica Móviles venía cobrando a partir de sus relaciones de interconexión, ya sea derivado de un contrato o de un mandato de interconexión.

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

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

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

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


Posteriormente, en el segundo periodo entraron en vigencia los cargos topes⁷³ que debían aplicar Telefónica Móviles, Nextel, América Móvil y Telefónica del Perú S.A.A. a aquellos operadores de larga distancia que requiriesen acceder a su plataforma de pago⁷⁴. Entonces, a diferencia del primer periodo en este último ya estaban regulados en el

⁷¹ Resolución del Consejo Directivo N° 78-2010-CD/OSIPTEL, publicada el 13 de agosto del 2010.

⁷² Resolución del Consejo Directivo N° 117-2010-CD/OSIPTEL, publicada el 7 de octubre del 2010.

⁷³ Sobre ello, cabe resaltar que el cargo de interconexión tope por acceso a la plataforma de pago es aplicable para aquellas comunicaciones en donde un operador provee a otro el acceso a dicha plataforma y es este último quien establece la tarifa final al usuario.

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

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 48 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

mercado mayorista los cargos topes que Telefónica Móviles podía aplicar a sus competidores por la originación de llamadas en su red móvil y el acceso a la plataforma de pago.

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

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

Justamente, esta regulación de cargos topes tiene como propósito que los operadores móviles considerando el tope impuesto puedan elegir el cargo que les aplicará a sus competidores, tomando en consideración el cumplimiento de las obligaciones impuestas por las normas de libre y leal competencia.

Incluso, a través del Reglamento de Imputación Tarifaria⁷⁵ aplicable a las empresas verticalmente integradas que proveen facilidades esenciales a sus competidores y que están sujetas a un régimen tarifario regulado (por ejemplo, cargos topes) se ha establecido expresamente que la prueba de imputación tarifaria no excluye la aplicación de las normas de libre y leal competencia.

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

En ese sentido, cabe precisar que aun si Telefónica Móviles estuviese aplicando un cargo por los insumos en el mercado mayorista que se encuentren dentro del tope establecido por el OSIPTEL pero que, sin embargo, en base a su libre iniciativa privada adopte una conducta que genere una alteración al proceso competitivo, las instancias de solución de controversias serán competentes para pronunciarse sobre esta controversia.

Incluso, anteriormente los órganos colegiados del OSIPTEL ya han señalado que son competentes para pronunciarse sobre prácticas anticompetitivas aun cuando uno de los precios materia de análisis se encuentre regulado⁷⁶. Ello debido a que deberá evaluarse cada caso en concreto para determinar si una regulación ha desplazado las normas de competencia y no asumir -a priori- que por el solo hecho de establecerse una regulación


⁷⁵ Resolución de Consejo Directivo N° 049-2006-CD/OSIPTEL, publicada el 17 de agosto del 2006.

“Disposiciones Finales

(...)

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

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

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 49 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

esto implica que no sea posible cuestionar la conducta a través de las normas de competencia, como erróneamente Telefónica Móviles habría señalado.


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

De lo expuesto anteriormente se puede señalar que tanto el establecimiento de los cargos en el mercado mayorista, tomando en consideración el monto tope regulado por el OSIPTEL (segundo escenario investigado) o cuando tenían la libertad de fijar tales cargos (primer escenario investigado), como las tarifas aplicadas a los usuarios finales (en todo el período investigado) son consecuencia de la libre iniciativa privada de Telefónica Móviles, por lo que si se produce una conducta que pudiese afectar o causar perjuicios al proceso competitivo, las instancias de solución de controversias serán competentes para pronunciarse sobre dicha situación.

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

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

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

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 50 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

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

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

8.3. Sobre el Principio de Predictibilidad

El artículo IV del Título Preliminar de la Ley 27444, recoge los Principios Generales del Procedimiento Administrativo, dentro de los cuales se encuentra el Principio de Predictibilidad⁷⁷.

De acuerdo a lo indicado en este principio, la Administración debe brindar a los administrados o sus representantes una información veraz, completa y confiable sobre cada trámite, de tal manera que el administrado antes de iniciar cualquier procedimiento o trámite, pueda tener una conciencia bastante certera de cuál será el resultado final que se obtendrá. Es así que este principio constituye el reflejo en el ámbito de las relaciones administrativas del principio de seguridad jurídica reconocido a nivel constitucional⁷⁸.

Telefónica Móviles señala que con el actual procedimiento de oficio se estaría infringiendo el Principio de Predictibilidad en la medida que se aparta de decisiones previas emitidas por los órganos colegiados del OSIPTEL en casos similares. En particular, Telefónica Móviles sostiene que el OSIPTEL ya habría reconocido anteriormente que los montos por concepto de cargos cobrados no pueden cuestionarse a través de las normas de competencia. Así hace referencia a la controversia en la que se enfrentó Nextel contra Telefónica⁷⁹, señalando que en dicha oportunidad Nextel habría argumentado que Telefónica estaba desarrollando una conducta anticompetitiva al aplicar los cargos

⁷⁷ **LEY 27444**


Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

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

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

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

⁷⁹ Caso Nextel contra Telefónica Móviles (Resolución No. 006-2005-TSC/OSIPTEL en el marco del Expediente 001-2005-CCO-ST/LC).

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 51 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

establecidos en los contratos de interconexión que habían celebrado y que el OSIPTEL había aprobado, los cuales consideraba eran demasiado “elevados” y que tenía por efecto la reducción de sus márgenes de ganancia; sin embargo, las instancias de solución de controversias se declararon incompetentes para conocer la denuncia porque determinaron que lo que se buscaba en realidad era cuestionar la regulación a través de la aplicación de las normas de competencia.

Al respecto, la controversia a la que hace referencia Telefónica Móviles es el procedimiento tramitado bajo el expediente N° 001-2005-CCO-ST/LC, en el cual Nextel denunció a Telefónica Móviles por la comisión de actos de abuso de posición de dominio en la modalidad de incremento de costos del rival, debido a que esta última cobraba a sus competidores un cargo de terminación de llamadas en su red significativamente mayor a la tarifa que dicha empresa cobraba por la comunicación dentro de su red (*on net*) con el propósito de elevar indebidamente los costos de sus competidores, conducta que se encontraba tipificada en el inciso f) del artículo 5° del Decreto Legislativo 701⁸⁰.

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


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

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

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

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

⁸⁰ Adicionalmente como segunda pretensión se denunció la comisión de actos de abuso de posición de dominio en la modalidad de precios predatorios consistente en el establecimiento por parte de Telefónica de una tarifa para comunicaciones dentro de su red por debajo de sus costos.

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 52 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

(...)

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

Como se puede apreciar del caso citado, el CCO consideró que no era competente para pronunciarse sobre el fondo de la pretensión principal debido a que, en los términos planteados por la demandante, tendría que evaluar el valor del cargo por la terminación de llamadas en la red de Telefónica Móviles, ya que dicho valor era el que incrementaba indebidamente los costos del rival. No obstante, dicho monto ya había sido aprobado por el OSIPTTEL, además de que existía un procedimiento específico para cuestionar tales cargos o solicitar su revisión, remedios que estaban previstos en la regulación sectorial⁸¹.

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


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

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

En ese sentido, como se puede apreciar, la controversia a la que Telefónica Móviles hace referencia (Expediente Nº 001-2005-CCO-ST/LC) no es similar al presente procedimiento en la medida que no solo se refiere a supuestos distintos sino que mientras en el primero las instancias de solución de controversias del OSIPTTEL necesariamente debían pronunciarse sobre el monto de los cargos de un insumo esencial en la presente controversia no se evaluará ni se revisará el monto de los cargos en el mercado mayorista sino el estrechamiento de márgenes en el mercado de llamadas móviles prepago LDI.

Por otro lado, cabe precisar que las instancias de solución de controversias en anteriores controversias han señalado que para aplicar el principio de supletoriedad se deberá evaluar caso por caso en función de las circunstancias particulares de cada controversia. Incluso, en un reciente pronunciamiento, el Tribunal de Solución de Controversias del OSIPTTEL (en adelante, TSC) ha establecido los criterios que se deberán tomar en cuenta

⁸¹ Resolución 006-2005-TSC/OSIPTTEL del 21 de abril de 2005, emitida en la controversia iniciada por Nextel del Perú S.A. contra Telefónica Móviles S.A.

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 53 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

al momento de analizar si corresponde (o no) aplicar las normas de libre competencia a una determinada controversia. Así, el TSC a través de la Resolución N° 004-2013-TSC/OSIPTEL del 31 de enero del 2013, determinó lo siguiente⁸²:

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

Cabe resaltar que esta Resolución ha sido confirmada en todos sus extremos por la primera instancia del Poder Judicial⁸³. Por ello, justamente, siguiendo esta metodología, la Secretaría Técnica ha evaluado si para el presente caso es aplicable (o no) el principio de supletoriedad. Por lo que, en este extremo, tampoco habría una vulneración al principio de predictibilidad sino todo lo contrario, toda vez que se estarían aplicando porque se ha aplicado las reglas que ya anteriormente las instancias de solución de controversias de OSIPTEL habrían establecido para evaluar conductas en las que se cuestionase su competencia aduciendo la aplicación del principio de supletoriedad.

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

IX. ANÁLISIS


Para un correcto análisis en el presente Informe, la Secretaría Técnica evaluará lo siguiente: (i) determinar si Telefónica Móviles ha realizado una conducta de estrechamiento de márgenes; si fuese afirmativo aquello se debe (ii) analizar si dicha conducta constituye una infracción a las normas de libre competencia, en virtud de los artículos 10.1 y 10.2 literal h) del DL 1034.

9.1. Marco general sobre la práctica de estrechamiento de márgenes

En algunos sectores como el de telecomunicaciones, existen firmas integradas verticalmente (que podrían normalmente denominarse firmas dominantes) que venden insumos en el nivel mayorista a otras empresas no integradas que compiten con ella en el mercado minorista. Esto ocasiona que la empresa dominante obtenga un grado de

⁸² Cabe hacer la precisión que, cuando el TSC refiere al “rol de la *agencia de competencia* en la supervisión o aprobación de la conducta conforme a las normas legales”, se refiere al “rol de la *agencia regulatoria*”, como se desprende de una lectura íntegra de la resolución.

⁸³ Resolución N° 08 de fecha 30 de enero de 2014 emitida por el Octavo Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Lima, contenida en el Expediente 03415-2013-0-1801-JR-CA-08.

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 54 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

control sobre sus competidores dado que puede influir en sus costos e ingresos⁸⁴, con lo cual podría afectar negativamente en los márgenes de ganancia de las empresas competidoras en el mercado “aguas abajo” (minorista). Si la empresa realiza esta acción, podríamos estar frente a una práctica anticompetitiva denominada estrechamiento de márgenes o “price squeeze”.

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

Los casos más importantes de estrechamiento de márgenes se encuentran en un contexto post liberalización de monopolios, ya que las empresas que fueron monopolio en un sector luego del proceso de liberalización, como una medida para seguir teniendo poder de mercado, emplean esta práctica anticompetitiva⁸⁵. Entre los sectores donde se ha evidenciado en mayor medida esta práctica se encuentra el de telecomunicaciones⁸⁶, energía y agua dado que son sectores liberalizados que se caracterizan por haber sido monopolios y tener empresas integradas verticalmente⁸⁷.

Como ya ha sido explicado en el punto que desarrolla las cuestiones preliminares, si bien en la experiencia peruana aún no se han sancionado conductas de estrechamiento de márgenes, eso no descarta la posibilidad de que existan, se investiguen, y, de ser el caso, se sancionen. Si nos remitimos a la experiencia internacional, en la Unión Europea esta práctica ha sido continuamente investigada y sancionada por la Comisión Europea -particularmente en el sector telecomunicaciones-, como se puede apreciar en los casos Deutsche Telekom⁸⁸, Wanadoo⁸⁹, entre otros. A su vez, en algunos países de América

⁸⁴ Es decir, si aumenta el precio del insumo que vende, afecta los costos de la empresa competidora aguas abajo. De la misma manera, si varía el precio final del bien o servicio que ofrece en el mercado de aguas abajo afecta al ingreso.


⁸⁵ En general, las autoridades de competencia han sancionado diferentes prácticas anticompetitivas que suelen ser empleadas por firmas dominantes de un mercado que antes fue monopolístico, pero que luego de un proceso de liberalización del mercado enfrentan mayor competencia. Ante esta situación, las firmas dominantes ven amenazado su poder de mercado y ganancias, razón por la que pueden incurrir en prácticas anticompetitivas o desleales para no disminuir sus beneficios.

⁸⁶ Puede decirse que el sector de las telecomunicaciones constituye el paradigma de industria que ofrece las características idóneas para que puedan llevarse a cabo prácticas de estrechamiento de márgenes” en FERNÁNDEZ ÁLVAREZ-LABRADOR, M. “*Margin squeeze in the Telecommunications Sector: An Economic Overview*”, *World Competition*, 29(2), (2006).

⁸⁷ La OECD también anota que las prácticas de “margin squeeze” corresponden con frecuencia a los sectores liberalizados. Ver: OECD, “Margin Squeeze”, Policy Roundtables. Pg. 8. Disponible en: <http://www.oecd.org/regreform/sectors/46048803.pdf>

⁸⁸ Asunto C-280/08 P: Deutsche Telekom AG vs. Comisión Europea.

⁸⁹ Asunto COMP/38.784 – Wanadoo España vs. Telefónica.

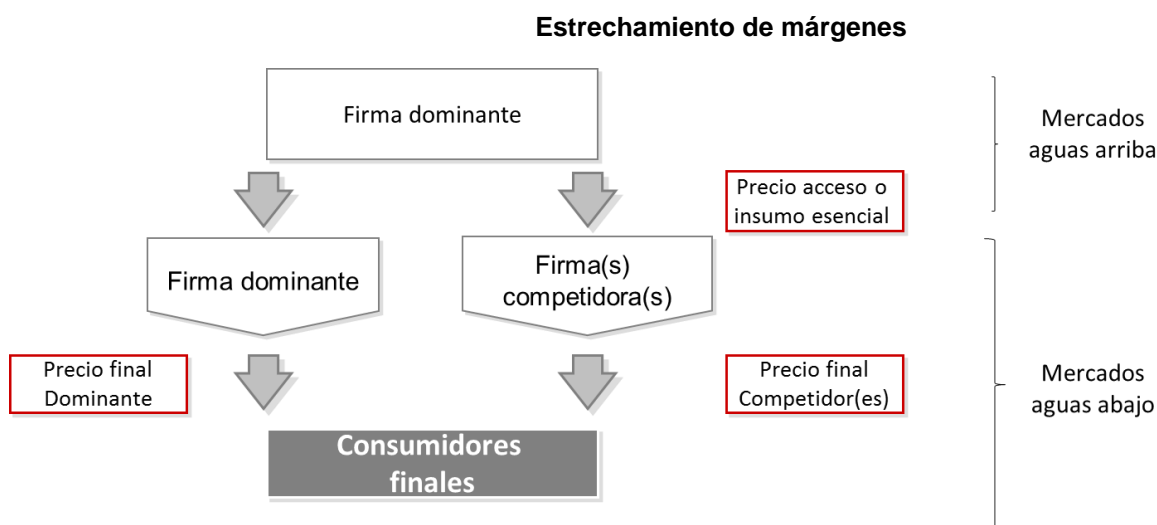
	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 55 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

como Chile⁹⁰ y México⁹¹, también se han investigado y sancionado casos de estrechamiento de márgenes en el mercado de telecomunicaciones.

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

9.1.1. Marco teórico del estrechamiento de márgenes

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




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

⁹⁰ Al respecto se pueden observar: (i) Sentencia N° 88/2009, de 15 de octubre de 2009, emitida en la controversia entre OPS Ingeniería Ltda., ETCOM S.A. y otros contra Telefónica Móviles de Chile S.A. y; (ii) Demanda de Netline Mobile S.A. contra Entel PC S Telecomunicaciones S.A., Claro Chile S.A. y Telefónica Móviles Chile S.A., presentada el 23 de diciembre de 2013. (En curso)

⁹¹ En el año 2011 se sancionó a varias empresas por llevar a cabo prácticas consistentes en estrechamiento de márgenes en el mercado de telecomunicaciones de ese país. Pleno de fecha 07 de abril de 2011, emitida en la controversia seguida entre Axtel S.A., Alestra S. de R.L. y otros contra Radiomóvil Dipsa, S.A. (Caso contra Telcel contenido en el Expediente DE-37-2006 y acumulados).

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

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 56 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

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

En efecto, un estrechamiento de márgenes podría llevarse a cabo a través de un incremento en el precio del insumo del mercado aguas arriba a niveles donde las firmas rivales no podrán mantener sus ganancias aguas abajo, en la medida que se incrementan sus costos (raising rivals cost)⁹². Alternativamente, la firma dominante podría fijar precios finales que se encuentren por debajo de aquellos establecidos por sus competidores en las ventas aguas abajo, lo que significa que su precio final sea menor que el costo de sus rivales. Finalmente, la firma dominante podría llevar a cabo ambas estrategias con el objetivo de crear un margen negativo en sus rivales, de tal forma que no les resulte rentable competir.

Entonces, como se puede observar, mediante el análisis de un estrechamiento de márgenes no se busca demostrar que el precio mayorista es excesivo, o que el precio minorista es muy pequeño, sino que el margen es insuficiente para un competidor⁹³. Como señala la Comisión de Europa en un Memo elaborado a raíz del caso Wanadoo contra Telefónica⁹⁴, lo importante en los casos de estrechamiento de márgenes es la diferencia entre los precios mayorista y minoristas de la empresa dominante en el mercado aguas arriba, y no el nivel específico de los precios minoristas y/o mayoristas⁹⁵.


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

⁹² GERADIN, Damien y O'DONOGHUE, Robert, "The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: The Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector", en *The Global Competition Law Centre Working Papers Series*, GCLC Working Paper 04/05, 2005. Ver: <https://www.coleurope.eu/content/gclc/documents/GCLC%20WP%2004-05.pdf>.

⁹³ Así lo señaló la Comisión de Europa en el caso contra Deutsche Telekom en PAVÓN-VILLAMAYOR, Víctor, "Tarifas On-Net & Off-Net: *Margin Squeeze* en el sector de las Telecomunicaciones", Oxford Economics, para XXIII Seminario Internacional y XI de Tecnología y Regulación: Mercado de Telecomunicaciones III.

⁹⁴ Caso Comp/38.784. Wanadoo España contra Telefónica. Decisión de la Comisión Europea del 04 de julio de 2007.

⁹⁵ Nota de Prensa de la Comisión Europea, MEMO/07/274 de fecha 4 de julio de 2007, en relación a la Decisión C(2007) 3196 final de la Comisión, relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 82 [CE] (Asunto COMP/38.784 — Wanadoo España contra Telefónica). Consultado el 20 de agosto de 2014. http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-07-274_es.htm

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 57 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

Siguiendo la perspectiva europea, el estrechamiento de márgenes necesita de algunas condiciones para poder considerar que la acción es una práctica anticompetitiva. Entre los requisitos para que exista un estrechamiento de márgenes debe cumplirse que el proveedor mayorista, firma que presuntamente estrecha los márgenes, *mantenga una posición dominante en el mercado aguas arriba*⁹⁶. Asimismo, se indica que dichos casos se refieren a la oferta de un producto mayorista que es subsecuentemente procesado aguas abajo para producir el producto minorista⁹⁷; sin embargo, debe aclararse que en sectores como el de las Telecomunicaciones se alude al acceso a la red y otros activos de la firma incumbente⁹⁸, y no a un producto mayorista destinado a ser empleado para futuras transformaciones.

Para entender cuando podríamos estar ante una posible conducta de estrechamiento de márgenes anticompetitiva, la doctrina especializada especifica seis condiciones que deben cumplirse para comprobar la existencia de un estrechamiento de márgenes⁹⁹:

- i) Un estrechamiento de márgenes solo ocurre en situaciones de *integración vertical* donde la firma dominante en el mercado del insumo aguas arriba ofrece el mismo a rivales que operan aguas abajo, donde la firma dominante también se encuentra activa.
- ii) El insumo provisto por la firma dominante aguas arriba debe ser en cierto sentido “*esencial*” para la competencia aguas abajo y no contar con alternativas o sustitutos; de otro modo, las firmas rivales no se verán obligadas a comprarlo al precio impuesto por la firma dominante.
- iii) Se asume que *el insumo provisto por la firma dominante constituye una proporción fija y relativamente alta de los costos aguas abajo*, en caso contrario, surgirían severos problemas prácticos al inferir que la aparente falta de rentabilidad de las firmas rivales es provocada por la fijación de precios sobre el insumo provisto por la firma dominante.
- iv) La cuarta condición se refiere a la identificación de la prueba legal que permita determinar si la fijación de precios en ambos mercados por parte de la firma dominante provoca que las actividades de las firmas rivales sean antieconómicas, es decir, que generen pérdidas o no generen ganancias razonables;


⁹⁶ OECD, “*Margin Squeeze*”, Directorate for financial and enterprise affairs Competition Committee, núm.DAF/COMP(2009)36, 2010.

⁹⁷ GENEVAZ, Simon, “*Margin Squeeze after Deutsche Telekom*”, en *Global Competition Policy GCP*, 2008.

⁹⁸ La firma incumbente es la firma dominante ex monopolística en muchos casos.

⁹⁹ GERADIN, Damien y O'DONOGHUE, Robert, “*The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: The Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector*”, en *The Global Competition Law Centre Working Papers Series*, GCLC Working Paper 04/05, 2005. Ver: <https://www.coleurope.eu/content/gclc/documents/GCLC%20WP%2004-05.pdf>.

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

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 58 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

- v) Se debe evaluar si existe una justificación para las pérdidas aguas abajo de la firma dominante, en los casos ocasionados por la fijación de precios por debajo de costos, que no involucre prácticas exclusorias¹⁰⁰, tales como que las condiciones del mercado sean temporalmente malas pero se espere una mejora, a causa de una estrategia temporal de marketing, la reciente introducción de un nuevo producto que cuenta con bajos volúmenes pero se espera que estos se incrementen, la entrada al mercado a una escala demasiado grande, entre otras;
- vi) Por último, es necesario considerar si la conducta de la firma dominante ha tenido, o es probable que tenga, un impacto significativo y persistente en la competencia, en el sentido de que tenga un impacto no transitorio sobre las firmas rivales aguas abajo, y sobre los consumidores del bien final en la forma de precios más altos o la reducción de elecciones.

Es importante resaltar que, según las características de los mercados aguas arriba y aguas abajo, existirá mayor o menor posibilidad de que se realice esta práctica anticompetitiva. En este sentido, si el mercado aguas arriba es más rentable que el mercado aguas abajo, los incentivos para excluir a las firmas rivales serán menores. Además, los incentivos dependerán, entre otros, de la capacidad de la firma dominante de cubrir la demanda que satisfacía la firma excluida ya que si las firmas rivales que no son excluidas tienen la capacidad de capturar dicha demanda, los incentivos a excluir serán incluso menores¹⁰¹. Adicionalmente, si las firmas rivales aguas abajo ofrecen productos diferenciados, los incentivos de la firma dominante de excluirlas se reducirán; por último, si las firmas rivales son más eficientes que la firma dominante en el mercado aguas abajo sería más eficiente que la firma dominante se dedique únicamente a operar aguas arriba.

Asimismo, los incentivos para el estrechamiento de márgenes existirán con mayor fuerza en aquellos casos en los que la industria se encuentre sujeta a una regulación por precios máximos aguas arriba (como los mercados de telecomunicaciones donde se regula el acceso) y a una baja o ninguna regulación aguas abajo¹⁰². En efecto, como señala Cave, estas conductas son particularmente atractivas para las empresas dominantes que operan en el mercado de telecomunicaciones; tanto así que, si la implementación de la estrategia resulta exitosa, la empresa operadora no solo mantiene ganancias altas sino que también puede debilitar o excluir a sus competidores¹⁰³. Así, el estrechamiento de márgenes podrá ser una estrategia

¹⁰⁰ Es decir, se requiere identificar que la práctica sea anticompetitiva y diferenciarla con alguna práctica competitiva. Según POLO, Michele: “la necesidad de distinguir un precio abusivo que ocasione el estrechamiento de márgenes con el precio normal de competencia” en *Price Squeeze: Lessons from the Telecom Italia Case*, presentado en la conferencia de CRESSE, 2007.


¹⁰¹ GERADIN, Damien y O'DONOGHUE, Robert, op.cit.

¹⁰² OECD, “Margin Squeeze”, Directorate for financial and enterprise affairs Competition Committee, núm. DAF/COMP(2009)36, 2010.

¹⁰³ CAVE, Martin. “Strengthening competition policy in Latin American countries: the application of competition law in the telecommunications sector”. CRC, Julio 2012.

Traducción libre de:

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

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 59 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

beneficiosa para eliminar o restringir la competencia y, por lo tanto, expandir o mantener los márgenes de la firma dominante en el mercado menos regulado aguas abajo. Por lo tanto, si existe un margen de competencia en un sector regulado, las normas de competencia se pueden aplicar cuando la firma dominante impide o restringe la competencia¹⁰⁴. Por otro lado, cuando la firma dominante no se encuentra regulada aguas arriba los incentivos para mermar la competencia aguas abajo son menos claros.

9.1.2. Diferencias entre el estrechamiento de márgenes y otras prácticas

Es necesario señalar que la práctica de estrechamiento de márgenes se suele confundir con otras prácticas anticompetitivas como predación de precios o discriminación; sin embargo, existen diferencias importantes entre estas prácticas. En relación a la comparación entre la figura del estrechamiento de márgenes y la predación, se plantean cinco diferencias¹⁰⁵:

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

¹⁰⁴ En el caso *Deutsche Telekom*, la CFI señala que se pueden aplicar las normas de competencia donde la legislación específica del sector deja un margen para la competencia en el sector regulado, pero la empresa dominante impide, restringe o distorsiona la competencia. En OECD, “*Margin Squeeze*”, *Working Party n°2 on Competition and Regulation*, 2009.

¹⁰⁵ GERADIN, Damien y O'DONOGHUE, Robert, op.cit.

Con respecto al punto ii), este se refiere a que la empresa dominante primero incurre en pérdidas porque cambia sus precios, puesto que serán menores que sus costos. Esto lo realiza para excluir a las competidoras del mercado. Y después de un tiempo, la empresa puede recuperar estas pérdidas en el largo plazo ya que podrá subir sus precios sin temor a la competencia, que ya no existirá o será limitada¹⁰⁶. En cambio, en la aplicación de un estrechamiento de márgenes no es necesario que se realice este *trade-off* entre tener pérdidas económicas en un primer momento, y luego obtener ganancias, ya que la reducción del precio del bien o servicio en el mercado aguas abajo sólo tiene que ser menor que los costos de la firma competidora pero no de los propios costos de la firma dominante.

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


De otro lado, en relación a una comparación entre la figura del estrechamiento de márgenes y la discriminación de precios, cabe indicar que esta última se produce cuando la firma dominante ofrece el insumo esencial en diferentes precios a sus competidores en el mercado de aguas abajo alterando sus costos con la finalidad de excluirlos o minimizar su actuación en el mercado. Asimismo, la discriminación de precios se considera una práctica anticompetitiva si se realiza una discriminación selectiva (se impone precios diferentes para un mismo insumo para los diferentes competidores) o se realiza discriminación geográfica de precios¹⁰⁷. Esta situación no se refleja en el estrechamiento de márgenes.

En la misma dirección, existen dos problemas que las firmas que aplican discriminación de precios deben intentar solucionar para que sea eficiente realizar esta práctica anticompetitiva. El primer problema es que dicha práctica tenga credibilidad para los competidores, es decir, que las otras firmas crean posible que dicha práctica se aplicará considerando la necesidad de tener adecuada información que es difícil tener en la realidad. El segundo problema es que esta práctica asume que no existe la posibilidad de arbitraje de los consumidores. Ninguno de estos dos problemas, se encuentran, en principio, en la práctica de estrechamiento de márgenes. Asimismo, una manera indirecta para aplicar esta práctica es variando la calidad de los servicios o bienes que la firma dominante vende a sus rivales en el mercado de aguas arriba con el fin de otorgarles el insumo esencial con una menor calidad. Esto genera que las firmas rivales se vean en la obligación de aumentar costos al momento de emplear dicho insumo esencial por lo que también tendrá que incrementar sus precios finales, que probablemente serán mayores que los de la firma dominante en el mercado de aguas abajo¹⁰⁸. De lo contrario, si la empresa competidora decide mantener su precio, tendrá que soportar pérdidas. La discriminación se aplica al ofrecer diferentes niveles de calidad, en donde la firma

¹⁰⁶ OECD, “Margin Squeeze”, Working Party n°2 on Competition and Regulation, 2009.

¹⁰⁷ ARMSTRONG, Mark, “Price Discrimination”, Departamento de Economía – University College London, 2006.

¹⁰⁸ WEISMAN, Dennis, “Access pricing and exclusionary behavior”, en *Economic Letters*, vol. 72, pag. 121-126, 2001.

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 61 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

dominante emplea el insumo en su calidad óptima y a las demás, les brinda los insumos con diferentes calidades. En cambio, entre las condiciones para que se considere una acción como estrechamiento de márgenes no se considera alguna variación de la calidad de los insumos esenciales.

9.1.3. Los efectos de la conducta

Cuando el estrechamiento de márgenes tiene una finalidad anticompetitiva puede generar un impacto negativo en el proceso competitivo del mercado y en los usuarios finales, que puede manifestarse, no solo a través de la exclusión efectiva de algún competidor del mercado, sino además en otras maneras que restrinjan el crecimiento del mercado y el desarrollo de la eficiencia económica en este, como pueden ser la limitación de la presencia, crecimiento y capacidad de competir de sus competidores.¹⁰⁹ Lo cierto es que, el mercado donde se despliega esta práctica anticompetitiva deja de ser atractivo no solo para las empresas ya presentes en este, sino además, para aquellas que consideren ingresar al mismo, dado que no se generan incentivos de permanecer o ingresar a un mercado en el cual los precios del mercado mayorista pueden ser incluso superiores al de los precios minoristas.

Así, los efectos negativos que puede producir una práctica de estrechamiento de márgenes son diversos, para lo cual, es importante referir algunos. El principal efecto de un estrechamiento de márgenes consiste en la exclusión de firmas competidores igualmente eficientes a la firma dominante, impidiendo o dificultando su acceso y su permanencia en el mercado, ya que no puede resultarle rentable participar en el mercado aguas abajo dado el estrechamiento de márgenes¹¹⁰. De esta manera, la exclusión de los rivales reduce la competencia en ese mercado, lo que reduce el nivel de presión competitiva sobre la empresa integrada para mantener los precios más bajos y/o una mayor calidad del producto. En efecto, la reducción o debilitamiento de los competidores en el mercado aguas abajo puede significar una disminución del bienestar social, en la medida que los consumidores pierden la opción de elegir entre diferentes competidores¹¹¹ así como obtener servicios (o bienes) con mejor calidad.


Un segundo efecto que se encuentra ante el estrechamiento de márgenes se refiere a la limitación del incentivo de los rivales para innovar en el mercado aguas abajo, en la medida en que cualquier ahorro de costos del rival por medio de una mayor eficiencia será capturada por la firma dominante a través del estrechamiento. Esto resulta en

¹⁰⁹ “Frente al estrechamiento de márgenes, proveedores competidores de acceso minorista de banda ancha, incluso tan eficientes como Telefónica, tuvieron que elegir entre salir del mercado o, soportar pérdidas si alineaban sus precios con los de Telefónica. Por lo tanto, aunque puede que el estrechamiento de márgenes no haya eliminado del mercado a ningún competidor, limitó su presencia y crecimiento sostenibles así como su capacidad de competir en el mercado.”

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

¹¹⁰ OECD, “Margin Squeeze”, Directorate for financial and enterprise affairs Competition Committee, núm. DAF/COMP(2009)36, 2010.

¹¹¹ LOPEZ, Antonio, “Abuso de posición de dominio”, en Derecho de la Competencia: Estudios y notas, 2012. Ver: <http://www.cne.es/cgi-bin/BRSCGI.exe?CMD=VEROBJ&MLKOB=654387924848> (consultado el 20 de agosto de 2014).

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 62 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

perjuicio de los consumidores, ya que evita la aparición de un mercado aguas abajo más eficiente¹¹².

Asimismo, el estrechamiento de márgenes en un mercado minorista puede generar una disminución de competidores, no solo en el mercado donde se genere la práctica sino en otro(s) mercado(s) en donde se brinde servicios parecidos con los mismos participantes. Al observar una disminución de sus márgenes, las firmas competidoras pueden ser más reacias a seguir interviniendo donde la empresa dominante participe, especialmente, si sigue teniendo poder en el mercado aguas arriba. Así, disminuiría la competencia en más de un mercado lo cual se consideraría dañino para el bienestar social, si las firmas que no participan son igual o más eficiente que la dominante.

De esta manera, los efectos de la práctica de estrechamiento de márgenes pueden generar una disminución directa de competencia así como posibles ineficiencias asignativas, distributivas y dinámicas, ello debido a que pueden existir factores de producción que no se emplearán óptimamente si se excluye a un competidor eficiente, afectándose así también a los usuarios finales. En efecto, como se viene observando durante el desarrollo de este acápite, se genera un impacto al consumidor que se da de forma indirecta, dado que al afectarse el proceso competitivo existe la posibilidad de que se reduzca el número de empresas en el mercado, se restrinja el crecimiento de las ya existentes o no se les permita competir en condiciones propias de eficiencia económica, provocando una limitación en el número de ofertantes o en el establecimiento de mejores precios. Entonces, ante la ausencia de presión competitiva, la firma verticalmente integrada podría abusar de su poder de mercado perjudicando a los consumidores, quienes verán reducidas sus posibilidades de elección y de obtener mejores precios en los bienes y/o servicios finales a adquirir¹¹³; es decir, no existirá una competencia en precios por los consumidores.


9.1.4. Críticas a la figura

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

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

¹¹² DUNNE, Niamh, “*Margin Squeeze: Theory, Practice, Policy*”, preparado para EUSA Conference, 2011.

¹¹³ Inclusive, en ciertos casos, podría haber una variación de precios en precios en el mercado aguas abajo. Así, si se asume que la firma dominante disminuye, en primer lugar, el precio del bien o servicio en el mercado aguas abajo y luego, al lograr excluir o limitar la participación de la firma rival, aumenta el precio mucho más de lo que era en un inicio.

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 63 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

como la firma dominante, dado que sí se considera negativo para el bienestar social si se excluye a una empresa eficiente.

Además, según lo propuesto por la escuela de Chicago, un monopolista explotará su poder de mercado en el mercado de aguas arriba impidiendo el ingreso de nuevos competidores y no tratará de disminuir el número de competidores en el mercado de aguas abajo, que se supone es perfectamente competitivo debido a la no existencia de costos a la entrada y salida de las empresas. Por lo tanto, el aumento del precio del insumo por parte de la empresa dominante puede darse como una práctica lícita en el mercado de aguas arriba, donde solo las empresas eficientes prevalecerán en el mercado de aguas abajo. Así, no existiría violación a las normas de competencia¹¹⁴. No obstante, esta postura no considera cuando el dominante es el que brinda acceso en el mercado aguas arriba a sus competidores en el mercado aguas abajo, ni cuando el dominante tiene mayores incentivos para generar ganancias en el mercado aguas abajo que en el “aguas arriba”. En estos casos podría presentarse una conducta anticompetitiva en los términos que han sido señalados anteriormente.

Una tercera crítica se relaciona con los costos de regulación y competencia ya que en sectores donde existe una regulación ex ante, aplicar las leyes de competencia puede ser un poco redundante dado que según el tipo de regulación tarifaria, puede que se evite un exceso en los precios de acceso y con ello impedir el estrechamiento de márgenes¹¹⁵. Por lo que aplicar una ley de competencia solo ocasionaría un aumento de costos para los agentes económicos.

En contraste a esta crítica se puede mencionar que la intervención conjunta de la regulación y política de competencia puede mejorar el bienestar social al impedir la salida o limitación de un competidor eficiente. En otras palabras, evitar el estrechamiento de márgenes, según la regulación del sector, es una medida de fomento a la entrada y se sanciona esta acción porque se considera una práctica de exclusión. Se observa que ambas opciones convergen en el mismo objetivo¹¹⁶.


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

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

¹¹⁴ CROCIONE y VELJANOVSKI, “Price squeezes, foreclosure and competition law Principles and guidelines”, Case Associates, 2003.

¹¹⁵ OECD, “Margin Squeeze”, Working Party n°2 on Competition and Regulation, 2009

¹¹⁶ PAVÓN-VILLAMAYOR, Víctor, “Tarifas On-Net & Off-Net: Margin Squeeze en el sector de las Telecomunicaciones”, Oxford Economics, para XXIII Seminario Internacional y XI de Tecnología y Regulación: Mercado de Telecomunicaciones III.

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 64 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

abajo, considerando los precios para obtener acceso a las redes que él mismo carga a sus competidores¹¹⁷.

Debido a su carácter más objetivo, a su mayor precisión, y a su consistencia con los costos de la firma dominante, se considera que el segundo de los métodos, conocido en la literatura como la “*prueba del competidor igualmente eficiente*”, es el más adecuado¹¹⁸. Sobre esta prueba, Genevaz señala que mediante la misma es posible rechazar la noción de que el precio mayorista fijado por la firma dominante pueda ser considerado abusivo únicamente porque los competidores aguas abajo incurran en pérdidas en la venta del producto final a causa de sus propios y más altos costos de procesamiento¹¹⁹. Dado que dichas pérdidas también podrían ser ocasionadas por la propia ineficiencia o incapacidad de la firma rival de satisfacer la demanda, este autor concluye que para determinar la existencia de un estrechamiento de márgenes deben considerarse los costos de la firma dominante. Por lo tanto, este enfoque evita que sea necesario formular hipótesis acerca del nivel de eficiencia de las firmas rivales.

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

Actualmente, existe más de un enfoque para emplear el test de estrechamiento de márgenes los cuales se diferencian principalmente en dos aspectos: si el modelo es estático o dinámico. Al respecto, se emplean los modelos estáticos en mercados maduros. Esta prueba es adecuada cuando los costos e ingresos corrientes son una buena previsión de márgenes futuros, por lo cual se emplea una contabilidad histórica¹²⁰. Mientras que los modelos dinámicos se aplican en mayor proporción en mercados nuevos, y se necesita un tiempo apropiado, empleándose un análisis de flujos de caja.

Esta división de modelos implica un uso diferente de los costos al momento de realizar el test de estrechamiento de márgenes. Usualmente, los costos que se emplean son: costos del incumbente¹²¹, costo de un operador alternativo¹²² y costo de capital. Dentro de estos tres, según el test que se esté empleando se utilizan diferentes costos como son los de acceso del insumo al por mayor, costo en la red propia, costos de terminación entre otros¹²³ (costos de publicidad, administrativos, etc.).

¹¹⁷ DÍEZ ESTELLA, Fernando y FERNÁNDEZ ÁLVAREZ-LABRADOR, Margarita, “El estrechamiento de márgenes en los mercados de telecomunicaciones”, en Jurisprudencia RCD, 2008.

¹¹⁸ Esta prueba es empleada por la Comisión de Europa.

¹¹⁹ GENEVAZ, Simon, “*Margin Squeeze after Deutsche Telekom*”, en *Global Competition Policy GCP*, 2008.

¹²⁰ Conocida como “periodo-periodo”.

¹²¹ Test del operador igualmente eficiente.

¹²² Prueba del operador razonablemente eficiente.

¹²³ Además, aunque no es materia de discusión de la presente sección, se pueden considerar otros tipos de costos al momento de realizar el estrechamiento de márgenes:

- Precio por costo (*cost pricing*)
- coste de descontar el cargo de acceso hasta el escenario

Asimismo, en la mayoría de test de estrechamiento de márgenes realizados hasta ahora los reguladores y agencias de competencia han empleado los costos incrementales promedio de largo plazo (LRAIC). El LRAIC es el valor medio de los costos que son necesarios para iniciar el suministro de un producto e incluye todos los gastos que son específicos para la prestación del producto en análisis. Cabe precisar que bajo esta metodología no se incluye los gastos comunes que no pueden ser directamente atribuidos a su fabricación y comercialización. Además, el LRAIC incluye costos hundidos y es consistente con el test de igualmente eficiente¹²⁴.

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

El enfoque de contabilidad histórica depende de los beneficios reales y las pérdidas realizadas por el operador dominante, y por tanto, constituye un enfoque *backward - looking*. El objetivo de este enfoque es tratar de igualar los costos con los ingresos, periodo a periodo. Así, se debe decidir el período de tiempo durante el cual se consideran los beneficios reales. Este enfoque no toma en cuenta las inversiones realizadas por la empresa dominante así como le resta importancia al impacto de la incertidumbre sobre las estrategias de las empresas. Existen dos críticas frente a este enfoque: 1) puede permitir la entrada de rivales ineficientes en pro de aumentar la competencia¹²⁵ y 2) existe un margen importante para distorsiones contables si se espera que cada sub-período se obtenga rendimiento positivo empleando técnicas de depreciación y amortización. Entre los casos donde se ha empleado esta metodología se encuentra en los casos previamente citados: Deutsche Telekom (Alemania) y Telefónica (España).


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

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

-
- costo fijos: costos fijos más altos genera un mayor “estrechamiento” entre la firma dominante y las competidoras
 - costo variable
 - costo unitario
 - costo contable

¹²⁴ Copenhagen Economics, “*Applied Margin Squeeze study*”, Final report for Post-og Teletilsynet, 2010.

¹²⁵ PADILLA, Jorge y ZOIDO, Elena, “*An economist’s look margin squeeze test in the telecoms industry*”, en *Política Económica y Regulatoria en Telecomunicaciones*, pags 64-75, 2013.

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 66 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

Entre los problemas de este enfoque se pueden señalar: i) puede mostrar resultados positivos a través del tiempo, pero no distinguir entre las situaciones en las que los márgenes positivos se deben a la fijación de precios y las situaciones en las que la única razón de los beneficios es la exclusión de los competidores legítimos; ii) sólo incluye a los clientes de un periodo específico y no tiene en cuenta el beneficio más allá de ese período de las perspectivas de un crecimiento en periodos posteriores; y iii) a menudo hay problemas de contabilidad en que la información disponible no se puede permitir una adecuada reconstrucción ex post de los flujos de ingresos previstos¹²⁶.

En la misma dirección, al analizar las posiciones de los organismos de regulación de las telecomunicaciones de Reino Unido (Ofel y actualmente Ofcom) en relación a este enfoque se observa que no existe un consenso sobre los beneficios y pérdidas de utilizarlo. Para el Ofel, uno de los problemas de este enfoque es que si los flujos de efectivo esperados incorporan las ganancias de largo plazo como resultado de un éxito de estrechamiento de márgenes se estaría obteniendo resultados incorrectos. Mientras que para Ofcom, este enfoque proporciona un método adecuado para la evaluación de la rentabilidad en los test de comprensión de márgenes. Este enfoque se ha aplicado en casos como *Freeserva* (por Ofel) y en Telefónica (Por la Comisión Europea)¹²⁷.

9.1.6. A manera de conclusión

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


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

Los efectos pueden ocasionar, en última instancia, una disminución del bienestar social afectando el crecimiento del sector. Por lo tanto, la lógica de impedir este tipo de prácticas es incuestionable ya que la variación en los costos y/o precios impiden que otros competidores, al menos tan eficientes como la empresa dominante, tengan éxito en el mercado¹²⁸ lo cual ocasiona los efectos negativos señalados previamente.

¹²⁶ Ibid.

¹²⁷ Estos casos se mencionan en PADILLA, Jorge y ZOIDO, Elena, "An economist's look margin squeeze test in the telecoms industry", en *Política Económica y Regulatoria en Telecomunicaciones*, pags 64-75, 2013. Ver para *Freeserva*: "Investigation by the Director General of Telecommunications into alleged anticompetitive practices by British Telecommunications plc in relation to BT Openworld's consumer broadband products", Ofel Decision of 20 November 2003 y para Telefónica: "COMP/38.784, Wanadoo España vs Telefonía", Commission Decision of 4 July 2007.

¹²⁸ PRIETO, Eduardo y RODRÍGUEZ José María, "Price squeeze en telecomunicaciones", NERA Economic Consulting, Regulación y Economía en Telecomunicaciones, 2005.

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 67 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

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

De una revisión del marco normativo peruano de competencia, es necesario advertir que la conducta de estrechamiento de márgenes no se encuentra tipificada expresamente en el DL 1034. Al respecto, es importante revisar el Artículo 10.2 inciso h) de dicha norma, en el que se señala que de manera general constituyen abuso de posición de dominio *“aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica”*.¹²⁹

En efecto, la existencia y la finalidad del literal h) del artículo 10.2 de la mencionada ley, consiste en que al ser una cláusula de tipificación abierta contiene a todas las conductas de abuso de posición de dominio en general que no se encuentran expresamente tipificadas en la ley¹³⁰ toda vez que no es posible enumerar todas las conductas anticompetitivas existentes. Por lo tanto, esta Secretaría Técnica considera que, sin lugar a dudas, la conducta de estrechamiento de márgenes podría ser investigada y sancionada según la cláusula abierta del literal h) del artículo 10.2 del DL 1034 si se constituye como una conducta de abuso de posición de dominio que afecta el proceso competitivo en el mercado de telecomunicaciones por razones diferentes a la mayor eficiencia económica. Es relevante señalar que esta posición es compartida por el INDECOPI –en su calidad de agencia de competencia para los demás mercados, como se puede observar en el punto 6.3. del presente Informe¹³¹.

En la misma línea, los Lineamientos establecen que, para el OSIPTEL, si se presentara una conducta de “Price Squeeze” (en los Lineamientos se reconoce como “precios comprimidos”) resultaría sancionable en tanto introduzca distorsiones al régimen de libre competencia. Asimismo, este tipo de conducta se presenta en un contexto en el que una

¹²⁹ DL 1034

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

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

...

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

¹³⁰ “El DL 1034 contiene dos cláusulas de tipificación abierta de prácticas anticompetitivas y en ambas se hace referencia expresa a la eficiencia económica. En efecto, además de prohibir expresamente diversos casos de abuso de posición de dominio, la ley también incluye una prohibición general de actos de abuso que impiden o dificultan el acceso o permanencia de competidores en el mercado por razones distintas a una mayor eficiencia económica.” (El autor cita los artículos 10.2 literal h) y 11.1)

QUINTANA SÁNCHEZ, Eduardo. “El Objetivo de la Ley de Competencia Peruana y la Interpretación de las Conductas Prohibidas”. En Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual Nº 12. Pág. 35. Consultado el 20 de agosto de 2014.

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

¹³¹ En el Informe Nº 031-2014/ST-CLC-INDECOPI, la Secretaría Técnica de la CLC señala: “Que si bien el estrechamiento de márgenes no se encuentra expresamente contemplado entre las conductas de abuso de posición de dominio listadas, a modo de ejemplo, entre los literales a) y g) del artículo 11.2 del Decreto Legislativo 1034, puede ser analizada como una modalidad de abuso de posición de dominio de conformidad con el artículo 10.1 y el literal h) del artículo 10.2. del DL 1034.”

empresa integrada verticalmente es dominante en un mercado aguas arriba que provee de un insumo esencial a compañías que compiten con una empresa relacionada en un mercado aguas abajo. En dicho contexto la empresa verticalmente integrada tiene la posibilidad de reducir los márgenes de ganancia de sus competidores (en el mercado aguas abajo) incrementando el costo del recurso esencial y/o reduciendo los precios que ella cobra al público en el mercado aguas abajo.¹³²

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

Bajo dicho escenario y bajo la premisa que la conducta de estrechamiento de márgenes puede ser evaluada bajo el marco general de la figura de abuso de posición de dominio, corresponde aproximarnos a la metodología de análisis de dicha figura. Al respecto, el numeral 1 del artículo 10º de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas señala que existe abuso de posición de dominio cuando un agente económico que ostenta posición de dominio¹³³ en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiese sido posible sin ostentar dicha posición.

Es preciso resaltar que no constituye un abuso el simple ejercicio de dicha posición sin afectar indebidamente a competidores reales o potenciales; ello debido a que la norma


¹³² La cita textual es la siguiente *“Esta práctica en general se presenta cuando una firma verticalmente integrada es dominante en un mercado hacia atrás (upstream market) que provee de un insumo esencial a compañías que compiten con una empresa relacionada en un mercado hacia adelante (downstream market). Esta firma puede tener una conducta tal que vaya en detrimento de sus competidores. La firma verticalmente integrada tiene la posibilidad de reducir los márgenes de sus competidores (en el mercado hacia adelante) incrementando el costo del recurso esencial y/o reduciendo los precios que ella cobra al público en el mercado hacia adelante (downstream market).”*

¹³³ Se considera que un agente económico ostenta posición de dominio cuando puede actuar al margen de preocuparse del accionar de sus competidores, proveedores o clientes debido a diversos factores.

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

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

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

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 69 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

tiene como objeto sancionar las prácticas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica. En ese sentido, observamos que las conductas deben tener un efecto exclusorio¹³⁴ para ser consideradas como abuso de posición de dominio.

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

En ese sentido, siguiendo la metodología de análisis establecido en la Resolución de Inicio para evaluar este tipo de conductas y, conforme a la normativa de libre competencia¹³⁵; esta Secretaría Técnica considera que, a fin de identificar y sancionar una práctica de “estrechamiento de márgenes” como abuso de posición de dominio, se debe verificar lo siguiente en el presente procedimiento:

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

Al verificarse estos tres requisitos, se habría acreditado la práctica de abuso de posición de dominio como conducta pasible de sanción. Sin embargo, siendo que este tipo de conductas constituyen prohibiciones relativas¹³⁶, de acuerdo a lo establecido en el numeral 4 del artículo 10º de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas¹³⁷, a fin de que se pruebe la existencia de una infracción administrativa y la conducta sea sancionada, se debe evaluar si existe justificaciones a la conducta y/o si la misma genera efectos positivos y/o eficiencias en el mercado. Finalmente, se debe ponderar los efectos negativos para la competencia y el bienestar del consumidor sobre los efectos positivos

¹³⁴ Incluso en el numeral 10.2 del artículo 10º del DL 1034 se señala “El abuso de posición de dominio en el mercado podrá consistir en **conductas de efecto exclusorio** tales como (...)”


¹³⁵ Análisis conforme a lo que señala el contenido del DL 1034.

¹³⁶ **DL 1034,**
Artículo 9.- Prohibición relativa.-

En los casos de prohibición relativa, para verificar la existencia de la infracción administrativa, la autoridad de competencia deberá probar la existencia de la conducta y que ésta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.

¹³⁷ **DL 1034,**
Artículo 10.4.-

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

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 70 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

y/o eficiencias en el mercado y solo cuando los primeros sean superiores a los segundos se deberá sancionar la práctica bajo análisis. Es decir, la práctica debe ser analizada conforme a la regla de la razón.

Finalmente, es importante señalar que, de una revisión de los Lineamientos vigentes, se observa que el efecto del estrechamiento de márgenes es reducir de manera significativa el margen de ganancia de las competidoras, de tal forma que el negocio ya “no sea rentable” para estas empresas, mientras que los beneficios totales del agente verticalmente integrado no se ven muy afectados. Esta Secretaría Técnica considera que este escenario se da cuando el margen entre el precio mayorista aplicado a los competidores en el mercado “aguas abajo”, incluidas las operaciones propias de la empresa dominante, y el precio que el operador de la red (dominante) aplica en el mercado “aguas abajo”, no basta para que un prestador de servicios eficiente en el mercado “aguas abajo” obtenga un beneficio normal que le permita competir en el mercado¹³⁸.

Bajo esta premisa y en opinión de la Secretaría Técnica, este escenario “no rentable” no corresponde solo a un escenario con margen negativo sino el cual cumpla con las condiciones antes señaladas, el mismo que también puede darse cuando el margen es 0 o incluso cuando el margen es muy pequeño, dependiendo de cada caso específico¹³⁹. Sin perjuicio de ello, para este caso en particular, esta Secretaría Técnica realizará el análisis de la conducta considerando únicamente si el margen es negativo, ello en la medida que bajo este escenario no existen dudas que esta conducta será considerada un estrechamiento de márgenes.¹⁴⁰


¹³⁸ Comisión Europea (1998). Comunicación sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones - Marco jurídico, mercados de referencia y principios. Diario Oficial n° C 265 de 22/08/1998 p. 0002 – 0028. Consultado el 20 de agosto de 2014.
Disponible en: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31998Y0822\(01\):ES:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31998Y0822(01):ES:HTML)

La cita textual es la siguiente:

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

¹³⁹ La conducta de estrechamiento de márgenes es pasible de ser investigada y sancionada, en cualquiera de los 3 siguientes escenarios: (i) Cuando el margen entre los precios aguas arriba y aguas es negativo (margen < 0); es decir, según la empresa, en los dos siguientes escenarios un estrechamiento de márgenes no podría configurar una conducta anticompetitiva; (i) Cuando los costos que impone el agente en el mercado aguas arriba a sus competidores aguas abajo son iguales al precio que dicho agente pone en el mercado aguas abajo, siendo el margen analizado igual a 0 (margen = 0); y, (ii) Cuando los costos que impone el agente en el mercado aguas arriba a sus competidores aguas abajo sean menores al precio que dicho agente pone en el mercado aguas abajo, siendo el margen analizado positivo (margen > 0).

¹⁴⁰ Esto no elimina la posibilidad que en otros casos de estrechamiento de márgenes que tramite el OSIPTTEL se puedan evaluar escenarios de márgenes positivos o neutros como posibles escenarios con potencial anticompetitivo.

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 71 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

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

Para determinar la posición de dominio, es necesario definir previamente el mercado relevante en el que la empresa investigada ostentaría esta posición. Al respecto, el mercado relevante debe delimitar de forma clara el marco en el que actúa la empresa investigada, identificando el conjunto de productos y empresas que ejercen presión competitiva sobre la empresa investigada, así como el ámbito geográfico al que se circunscribe¹⁴¹.

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

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

De acuerdo a lo establecido en el DL 1034¹⁴², como primer paso corresponde identificar el bien o servicio materia de la conducta investigada (mercado de producto), para luego determinarse aquellos servicios que sean capaces de sustituirlo.

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

De igual forma, los Lineamientos señalan que para poder evaluar el grado de sustitución entre los servicios deben evaluarse: (i) los sustitutos físicos; es decir, todos aquellos servicios que presentan características similares desde el punto de vista de los consumidores, luego, (ii) el análisis debe ampliarse para incluir los precios, indagando si los consumidores estarían dispuestos a cambiarse hacia alguno de los productos


¹⁴¹ Motta, Massimo. Competition Policy: Theory and Practice. Cambridge University Press: EE.UU, 2004. Pg. 101.

¹⁴² DL 1034,

Artículo 6.- El mercado relevante.-

6.1. El mercado relevante está integrado por el mercado de producto y el mercado geográfico.

6.2. El mercado de producto relevante es, por lo general, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución.

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 72 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

sustitutos si se produjese un incremento pequeño, pero significativo y permanente en el precio del servicio analizado. A esta metodología se le conoce como el “test del monopolista hipotético”¹⁴³.

Ahora bien, es importante señalar que todos estos conceptos relacionados al mercado relevante así como la determinación de la posición de dominio misma, cuando se aplican al sector de telecomunicaciones encuentran algunos factores que pueden hacer más complejo el análisis. Así, por el lado de la oferta estamos en presencia de industrias verticalmente integradas cuyas firmas competidoras necesitan relacionarse para proveerse insumos esenciales. Por el lado de la demanda los costos de cambios de proveedor son significativos, lo cual en algunos casos se debe básicamente a la presencia de externalidades de red. Y, finalmente, desde la perspectiva de la eficiencia dinámica, el cambio tecnológico acelerado del sector contribuye a complicar el análisis, al modificar los medios mediante los que se prestan los servicios, y en algunos casos, modificando a los servicios en sí mismos.¹⁴⁴

9.3.1. El mercado de producto


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

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

Ello se debe a que, en efecto, el único medio que tienen los operadores de larga distancia para poder brindar el servicio de llamadas de LDI desde los teléfonos móviles de Telefónica Móviles es precisamente accediendo a la red de esta empresa. En ese sentido, no existe un sustituto que permita a los operadores de larga distancia brindar el servicio de llamadas de LDI desde los teléfonos móviles de Telefónica Móviles, que no sean las

¹⁴³ Esta metodología, conocida también como el Test SNNIP, fue planteada inicialmente en 1982, tras la publicación de las “Merger Guidelines” en los Estados Unidos. El SNNIP consiste en preguntar cómo reaccionarían los consumidores ante un “pequeño pero significativo y no-transitorio” aumento de precios, manteniendo constantes los términos de venta de otros productos.

¹⁴⁴ Barrantes, Roxana y Agüero, Aileen. “¿Algún mercado es ajeno a un economista? Notas sobre el Mercado Relevante pensando en las Telecomunicaciones. En: Derecho de la Competencia, Tomo I, pg. 69, Círculo de Derecho Administrativo, Lima.

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 73 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

facilidades brindadas por dicho operador. Para ser más explicativos, un operador como IDT no podrá prestar el servicio de llamadas de LDI en una línea móvil de Telefónica Móviles a través de otro operador móvil como América Móvil.

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

Respecto a la telefonía móvil, debe señalarse que en la actualidad, por sus características y atributos, no tiene sustitutos que puedan ejercer presión competitiva sobre la misma. Las ventajas de la telefonía móvil radican básicamente en aspectos relacionados con la movilidad que este servicio ofrece, así como el nivel de cobertura que ha logrado. Así, la telefonía móvil permite realizar llamadas a una gran cantidad de destinos, con la característica de movilidad. Además, la telefonía móvil permite que los usuarios reciban llamadas casi en cualquier lugar en el que se encuentren. Estas características no están disponibles en los servicios de telefonía fija ni telefonía pública, ya que restringen el movimiento de los usuarios y tienen menor cobertura geográfica.

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

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

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

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

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


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

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

En los servicios de telefonía móvil se pueden observar claramente las externalidades de red. De acuerdo a lo que se observa en la distribución del tráfico móvil, en el año 2013, alrededor del 88% del tráfico móvil fue on-net. En ese sentido, para la elección del operador móvil con el cual se contrata dicho servicio la tarifa más importante será la tarifa de las llamadas on-net, por lo cual el usuario termina eligiendo la red donde tiene la mayor cantidad de contactos.¹⁴⁵

Así, una vez elegida la red móvil a la que pertenecerá el usuario, cuando este demande el servicio de llamadas de LDI desde su teléfono móvil, tendrá que elegir al operador de larga distancia que le brindará dicho servicio. Esta elección normalmente será ajena a la elección del operador móvil, ya que el tráfico de LDI no representa una parte significativa del tráfico desde redes móviles (aunque, como se verá más adelante, sí representa una parte significativa del tráfico de LDI considerando otras redes).

¹⁴⁵ Adicionalmente, en los últimos años ha cobrado especial importancia la cantidad de MB que el operador móvil ofrece en sus planes para que los usuarios accedan a internet. Sin embargo, esto sería más relevante en los planes postpago.

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 75 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

Para esta elección, desde que empezó a operar el sistema de LLxLL, en octubre de 2010, los usuarios del servicio de telefonía móvil tienen básicamente dos opciones: (i) realizar sus llamadas de LDI desde teléfonos móviles a través de su propio operador móvil; o (ii) realizar sus llamadas de LDI desde teléfonos móviles a través de un operador de larga distancia alternativo. En tal sentido, como ya se ha señalado, cada red móvil constituye en sí misma un mercado en el cual compiten el operador móvil propietario de la red y los distintos operadores de larga distancia (competencia dentro de cada red móvil).

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

Recapitulando, para el presente caso, el mercado mayorista, es el mercado de las facilidades para la originación de llamadas de LDI desde teléfonos móviles en el que participan como “clientes” solo las empresas operadoras de LDI, mientras que el mercado minorista es el mercado de llamadas de LDI desde teléfonos móviles prepago en el que participan como “clientes” los consumidores finales. Es decir, la empresa verticalmente integrada (Telefónica Móviles) y las operadoras de larga distancia interactúan de la siguiente manera: vendedor-comprador (mercado aguas arriba) y competidores (mercados aguas abajo)¹⁴⁶. Al respecto, estas interacciones en la red de Telefónica Móviles se pueden graficar de la siguiente manera:

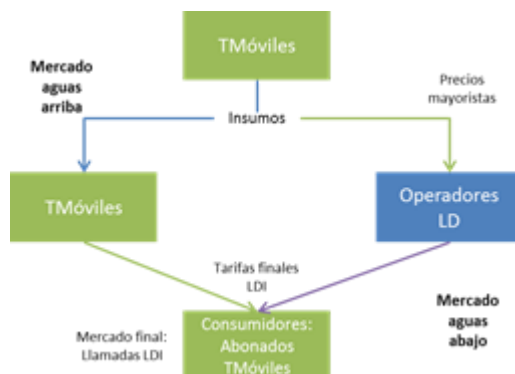
¹⁴⁶ EIJBERTS, Charlotte A. "The Margin Squeeze in the EU Telecommunications Sector; No changes thus far". June 13, 2011. Pág. 4.

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

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

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

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




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

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

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

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

Conforme a ello, es importante recordar que el mercado relevante no siempre corresponde al mercado afectado; en efecto, si bien es cierto que la definición de mercado relevante debe tener en cuenta la definición del mercado afectado, no es cierto que el primero deba tener el mismo alcance que el segundo. Como se ha visto en diversas controversias tramitadas ante las instancias de solución de controversias ante el

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 77 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

OSIPTEL, en determinados casos, el mercado relevante y el mercado afectado podrían tener alcances distintos¹⁴⁷.

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

Por otro lado, es preciso tener en cuenta que la red de Telefónica Móviles funciona como una plataforma que atiende a aquellos operadores que desean originar llamadas desde su red. Cabe señalar que estos operadores LDI realizan “multihoming”¹⁴⁸, en la medida que buscan acceder no solo a la plataforma móvil de Telefónica Móviles sino también a la de los otros operadores móviles para prestar sus servicios LDI a los usuarios de cada red móvil. No por ello el mercado relevante debería considerar a todas las redes móviles donde se originan llamadas, toda vez que, para realizar el análisis de sustituibilidad, es imprescindible identificar previamente las características de los usuarios que tendrán acceso al servicio que brindarán estos operadores LDI desde la plataforma de Telefónica Móviles.

Al respecto, se observa que un usuario que necesita hacer una llamada de LDI desde su teléfono móvil, podrá hacerlo usando el servicio de su propio operador móvil, o utilizando el servicio de un operador de larga distancia, en ambos casos a través del sistema de LLxLL. Sin embargo, lo que el usuario no hará es ser “multihoming”, en la medida que usualmente el usuario móvil no utiliza varias redes móviles para efectuar sus llamadas¹⁴⁹, así como tampoco va a migrar a otra red Móvil, porque como ya se ha señalado, los usuarios de la telefonía móvil prefieren su red no solo por los servicios LDI, sino por más razones (combinación de otros servicios, llamadas on-net, promociones, etc.). Estando a


¹⁴⁷ A manera de ejemplo, podemos citar la Resolución del Cuerpo Colegiado N° 012-2013-CCO/OSIPTEL de fecha 8 de marzo de 2013, contenida en el Expediente 006-2011-CCO-ST/LC, (Controversia entre Red de Comunicaciones Digitales S.A.C. contra Televisión San Martín S.A.C. y Empresa de Radiodifusión Comercial Sonora Tarapoto S.R.L. por presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de acuerdos de exclusiva). Asimismo, la Resolución N° 017-2012-CCO/OSIPTEL de fecha 20 de julio de 2012, contenida en el Expediente 005-2011-CCO-ST/LC (Procedimiento de Oficio iniciado contra Telefónica del Perú S.A.A por presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de ventas atadas).

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

¹⁴⁸ Este concepto económico se da cuando existe una diferenciación que permite a las plataformas cubrir las preferencias específicas de las demandas que atiende y provoca que los agentes de una o ambas demandas acudan a más de una plataforma.

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

¹⁴⁹ Como pueden ser los casos en que los usuarios tengan doble chip, o dos o más terminales móviles, pudiendo utilizar los servicios de dos o más operadores móviles.

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 78 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

lo señalado, se observa que cada plataforma corresponde a un mercado diferente para los operadores LDI.

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

A manera de ejemplo, se citó el caso de la Sentencia N° 88/2009 de fecha 15 de octubre de 2009, que resuelve un caso de abuso de posición de dominio en la modalidad de discriminación de precios realizado por Telefónica Móviles de Chile (traducido en un estrechamiento de márgenes de sus competidores en el mercado de prestación de servicios de terminación de llamadas fijo-móvil on-net y en una negativa de venta). En los argumentos 43 y 58 de dicha Sentencia, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile señaló lo siguiente en relación a la delimitación del mercado relevante y la posición de dominio de Telefónica Móviles Chile:

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

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


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

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

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

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

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

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 79 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

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

Por su parte, adicionalmente al caso chileno citado por la Secretaría Técnica, el CCO citó en su Resolución de Inicio un caso evaluado por la agencia de competencia mexicana. Es el caso de la Resolución del Expediente DE-37-2006 y acumulados, de fecha 7 de abril de 2011, que resuelve un caso de abuso de posición de dominio en la modalidad de estrechamiento de márgenes realizado por Radiomóvil Dipsa, S.A. de C.V. -Telcel-. En este caso mexicano, la Comisión Federal de Competencia de México (la CFC) determinó que Telcel incurrió en dicha conducta anticompetitiva al establecer cargos que afectaban la dinámica competitiva del mercado, ello al incrementar los costos de sus competidores imponiéndoles un cargo de interconexión que resultaba más alto que las tarifas que Telcel establecía para sus usuarios finales. Respecto al análisis de la CFC, en relación a la delimitación del mercado relevante y la posición de dominio de Telcel, son relevantes las siguientes citas:

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

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

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


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

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

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

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

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

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 80 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

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

En relación a estos dos casos, se observó una particularidad en relación al mercado de producto: el mercado relevante del producto es bastante reducido y conlleva un insumo dominado por la empresa de telefonía móvil que es considerado esencial para poder prestar el servicio en un mercado aguas-abajo, siendo así que no tiene sustitutos. La referencia a esta jurisprudencia comparada tenía como objetivo entender esta lógica particular en el sector de telecomunicaciones que, en el presente caso, se replica ante el hecho de que Telefónica Móviles se constituye en el único agente económico existente para originar una llamada de LDI establecida por cualquiera de sus usuarios móviles prepago (por ser propietaria de su propia red), y, en consecuencia, el que ostenta posición dominante en dicho mercado.

Además, cabe precisar que la determinación del mercado relevante en las conductas de estrechamiento de márgenes se realiza en el mercado “aguas arriba”, donde participan la empresa verticalmente integrada, que vende el insumo, y sus competidores en el mercado aguas abajo, que demanda el insumo (como cliente). En ese sentido, debe quedar claro que los consumidores y sus demandas no participan en el mercado aguas arriba, por más que su demanda por minutos genere la demanda por el insumo. De esta manera, lo que en este caso se ha considerado para la definición del mercado relevante es la demanda que tiene los operadores de larga distancia por las facilidades esenciales para la prestación del servicio de llamadas LDI desde la red de Telefónica Móviles, para la cual no existen sustitutos.

De acuerdo con todos los argumentos antes mencionados, se concluye que **el mercado de producto relevante** para la presente controversia está conformado por el acceso a la red de Telefónica Móviles para la originación de llamadas de LDI a través del sistema de LLxLL en el segmento prepago.


9.3.2. Mercado geográfico

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

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

9.3.3. Mercado relevante aplicable a la presente controversia

Tomando en consideración el análisis realizado en los puntos precedentes, el mercado relevante aplicable a la presente controversia está conformado por el acceso a la red de

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 81 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

Telefónica Móviles para la originación de llamadas de LDI a través del sistema de LLxLL en el segmento prepago a nivel nacional.

9.3.4. Sobre la posición de dominio de Telefónica Móviles

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

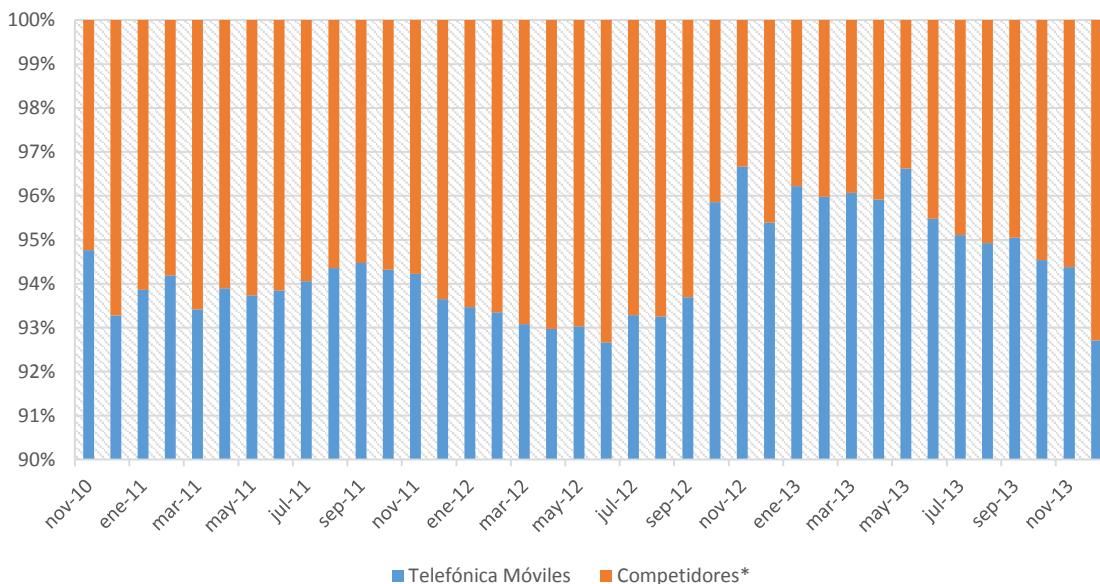
Por su parte, en el numeral 4.1.1. de los Lineamientos de Libre Competencia en Telecomunicaciones se establece que algunas de las variables que OSIPTEL podrá tomar en consideración para determinar si una empresa exhibe posición de dominio, son: porcentaje de participación de la empresa en el mercado,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

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

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

mayorista no tienen una presencia significativa en el mercado “aguas abajo” donde compiten por brindar tráfico LDI a sus usuarios prepago:

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



* Incluye: IDT, Convergía y Americatel.


Fuente: Empresas Operadoras

Elaboración: STCCO- OSIPTTEL

Respecto a las barreras económicas, es importante señalar que si bien un operador de larga distancia no requiere mayores inversiones para prestar el servicio de LDI sobre la red de un operador móvil, el cobro de altos cargos de acceso respecto a las tarifas finales de los operadores móviles podría constituir en sí misma una barrera económica y estratégica a la entrada, lo cual se evidenciaría en el bajo número de operadores de larga distancia brindando el servicio de llamadas de LDI en redes móviles: A la fecha solo hay tres operadores de larga distancia y habría que considerar que el último de ellos entró después de que se regulara el cargo de acceso a plataforma de pago (Convergía). Por su parte, algunas empresas que brindan servicios de llamadas de LDI en las redes de telefonía fija, cuando fueron consultadas en relación al mercado LDI desde móviles prepago, durante la etapa de investigación, señalaron: que habrían analizado ingresar al mercado LDI desde móviles pero que el mercado no era rentable por los costos en los que se debe incurrir, que podrían ingresar al mercado LDI desde móviles si pudiesen acceder a menores costos, que no podrían ofrecer tarifas competitivas, entre otras cuestiones¹⁵⁰.

¹⁵⁰ La empresa Amitel señaló que habría analizado ingresar al mercado pero se desistió por el alto costo que generaba mantener el servicio. También indicó que a pesar que el sistema de LLxLL hizo más competitivo y atractivo el mercado de larga distancia, el mercado LDI desde móviles no es rentable por los costos en los que se debe incurrir (entre ellos, el pago de la plataforma prepago de las operadoras móviles). De otro lado, para Amitel no se pueden ofrecer tarifas competitivas por los altos costos de operación y cargos cobrados por los operadores móviles.

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

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 83 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

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

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

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


9.4. Análisis de la conducta realizada por Telefónica Móviles

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

9.4.1. Incentivos para la realización de una conducta anticompetitiva

El inicio del sistema de LLxLL generó un importante cambio en el mercado de llamadas de LDI desde teléfonos móviles. La entrada de nuevos competidores a dicho mercado rompió el monopolio que los operadores móviles tenían en la realización de llamadas de LDI desde sus redes. En ese sentido, es lógico pensar que pueden existir incentivos para que los operadores móviles traten de excluir del mercado a los operadores de larga distancia.

En el caso particular de Telefónica Móviles, en el segmento prepago, se han observado ofertas que ofrecen importantes reducciones tarifarias, las cuales dados los costos que deben cubrirse para prestar el servicio, que incluyen insumos provistos por el operador móvil, pueden ocasionar un estrechamiento de márgenes que genere daños sobre la competencia.

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 84 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

Sin embargo, debe analizarse si es conveniente que una empresa dominante e integrada verticalmente como Telefónica Móviles realice una práctica de estrechamiento de márgenes que afecte al mercado de llamadas de LDI. Ello debido a que en este tipo de mercado los competidores aguas debajo de la firma verticalmente integrada generan ingresos para esta última en el mercado aguas arriba. Así, es necesario demostrar que para Telefónica Móviles es rentable excluir a sus competidores en el mercado aguas abajo, ya que pese a que perderá ingresos en el mercado mayorista, sus ingresos y ganancias en el mercado final son más atractivos.

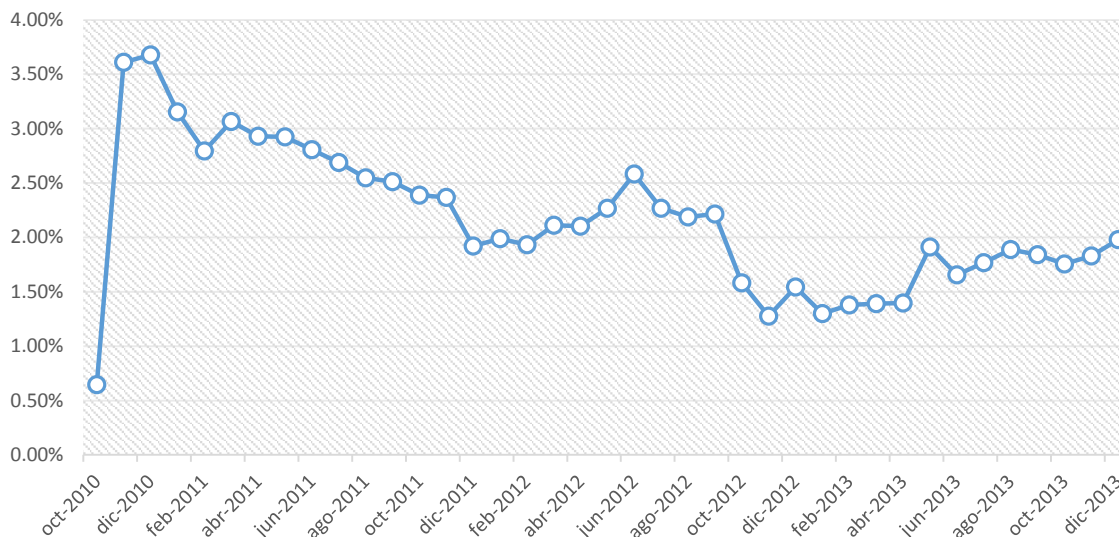
En esa misma línea, debe tenerse en cuenta que cuando una empresa dominante opera tanto en el mercado aguas arriba como en el mercado aguas abajo, la realización de una conducta anticompetitiva no necesariamente implica que la finalidad de ésta sea la exclusión total de sus competidores en el mercado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

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

Los ingresos mayoristas obtenidos por Telefónica Móviles en lo que respecta a las llamadas de LDI desde móviles provienen de los cargos de originación y de acceso a plataforma de pago que obtienen de los operadores de larga distancia. En el siguiente gráfico se observa que los ingresos obtenidos por Telefónica Móviles en el mercado mayorista representan en promedio alrededor del 2% del total de ingresos que obtiene en el mercado aguas abajo. En ese sentido, si bien la estrategia de TMóviles podría no necesariamente ser la exclusión total de sus competidores aguas abajo, ya que estos le generan ingresos en el mercado aguas arriba, si dicho efecto se logra, Telefónica Móviles no perderá muchos ingresos ya que los que le reportan los operadores de larga distancia son muy pequeños en relación a los ingresos que obtiene directamente de los consumidores finales. En ese sentido, no existen incentivos que hagan que Telefónica Móviles esté interesada en que los operadores de larga distancia se mantengan operando el servicio de llamadas de LDI en su red móvil. O visto desde otro ángulo, a Telefónica Móviles le genera más ingresos atender al mercado final que al mercado mayorista de facilidades para proveer servicios de llamadas de LDI, por lo que podría estar interesado en excluir a sus competidores aguas abajo para de esta manera quedarse con la totalidad de dicho mercado, tal como sucedía antes del establecimiento del sistema de LLxLL en la red móvil.¹⁵¹

¹⁵¹ Si bien un indicador más razonable serían los beneficios netos que obtiene el operador en cada mercado, en base a la información obtenida, se observa que para que las ganancias aguas arriba sean igual a las ganancias en el mercado aguas abajo, el margen de ganancia en este último mercado debería ser en promedio 2%, mientras que las ganancias aguas arriba deberían ser 100%; es decir, que todos los ingresos en el mercado aguas arriba constituyan ganancias netas, lo cual es imposible, ya que los cargos que permiten las ganancias aguas arriba están orientados a costos. Así, dada la diferencia en los ingresos de ambos mercados, siempre será más rentable para Telefónica Móviles atender el mercado aguas abajo.

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




Fuente: Telefónica Móviles
Elaboración: STCCO - Osiptel

Luego, para evaluar la existencia de la conducta de estrechamiento de márgenes en sí misma, se ha decidido dividir el periodo de análisis en dos escenarios, de acuerdo a la entrada en vigencia de la regulación del cargo de acceso a plataforma de pago. Cabe destacar que esta división del periodo de análisis no se realiza debido a la existencia de dos conductas distintas, sino que se debe al cambio regulatorio que modificó la forma en la que se determinan los costos que los operadores móviles imponen a los operadores de larga distancia a través del cargo de acceso a plataforma de pago. Así, como ya se ha señalado durante el presente procedimiento, el primer escenario está delimitado entre setiembre de 2010¹⁵², cuando se implementó el sistema de LLxLL, y el mes de diciembre de 2011, cuando entró en vigencia la regulación del cargo de acceso a plataforma prepago. El segundo escenario se ha definido entre diciembre de 2011, con la regulación del cargo de acceso a plataforma en vigencia, y setiembre de 2013, fecha en que se dio inicio al presente procedimiento sancionador mediante la Resolución de Inicio.¹⁵³

Finalmente, cabe resaltar que, de acuerdo a lo establecido en el DL 1034, no se requiere acreditar la intencionalidad del posible infractor para que se configure una práctica anticompetitiva sino que este elemento podría tomarse en cuenta para graduar la sanción.

¹⁵² Si bien el período de investigación comprende desde setiembre de 2010, el análisis de los efectos de la conducta investigada se realizará desde octubre de 2010. Ello en la medida que, si bien desde setiembre de 2010 regía el sistema de LLxLL y las empresas ya venían suscribiendo sus contratos de interconexión (y OSIPTTEL dictando mandatos), en la práctica la fecha de inicio de operación comercial de operadoras LDI en las redes móviles fue el 17 de octubre de 2010. Por su parte, el análisis de los efectos del segundo escenario se realizará desde enero de 2012.

¹⁵³ Si bien el periodo de investigación solo comprende hasta setiembre de 2013 (fecha en la que se emitió la Resolución de Inicio), el análisis de la conducta investigada se realizará hasta diciembre de 2013 con el fin de evaluar la duración de los efectos que habría producido dicha conducta.

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 86 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

En efecto, la finalidad del DL 1034 es proteger el proceso competitivo siendo que para aquellas prácticas de prohibición relativa, más que evaluar si un agente tuvo como propósito o no efectuar la práctica anticompetitiva lo que se evalúa es si a través de dicha conducta se ha producido efectos negativos –reales y/o potenciales- a la competencia y si estos son superiores a las eficiencias generadas por la misma. En consecuencia, las empresas son responsables por su conducta, así como por el resultado obtenido por este, independientemente de si su intención fue cometer la práctica anticompetitiva¹⁵⁴.

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

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

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


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



Elaboración: STCCO - Osiptel

Por su parte, en caso se haya determinado que las ofertas investigadas han producido efectivamente un estrechamiento de márgenes que tiene potencial anticompetitivo en el mercado de telecomunicaciones, será necesario determinar los efectos negativos reales

¹⁵⁴ El Tribunal de Solución de Controversias del OSIPTTEL, señaló que “para la determinación de la existencia de una infracción, debía cumplirse con demostrar la existencia de los elementos incluidos en la norma que tipifica el hecho como tal, en dicha medida, la metodología descrita responde estrictamente a lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 1034, el cual **no contempla el dolo como elemento configurante de una infracción a la normativa de libre competencia**.” (Resolución 004-2013-TSC/OSIPTTEL, emitida en la controversia iniciada de oficio contra Telefónica del Perú S.A. (Exp 005-2011-CCO-TSC/OSIPTTEL))

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 87 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

y potenciales que tiene la conducta. Asimismo, se deberá determinar si la conducta tiene justificaciones por parte de quien realiza la misma y si esta genera eficiencias en el mercado.

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

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


Debido a las dificultades que se presentan en el análisis para la determinación de un margen de ganancia razonable, en el presente caso se señalará la existencia de una conducta de estrechamiento de márgenes si la tarifa no permite que un operador tan eficiente como el dominante pueda recuperar por lo menos todos los costos en los que incurriría para prestar el servicio. En ese sentido, luego de una evaluación de los modelos para el análisis del estrechamiento de márgenes desarrollados en el marco teórico¹⁵⁵, esta Secretaría Técnica ha optado por descartar para el análisis, tanto los costos de los entrantes o de los competidores actuales, como los costos que tendría un operador eficiente hipotético. Así, se considerará al operador dominante que estrecha márgenes como el modelo de operador eficiente, por lo cual se tomarán en cuenta los costos del operador dominante que realiza la conducta de estrechamiento de márgenes (para el caso Telefónica Móviles).

En el análisis de la conducta se observa la presencia de tres costos muy importantes para la prestación del servicio de llamadas LDI desde móviles prepago: (i) costo por originación de llamadas en la red móvil, (ii) costo por acceso a plataforma de pago en la red móvil, y (iii) costo por terminación de llamadas en las redes de destino en otros países. Cabe destacar que los dos primeros costos son cargos cobrados por los operadores móviles a los operadores de larga distancia; es decir, son los costos asociados a los recursos esenciales que brinda el operador dominante.

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

A nivel de elementos de red necesarios para la prestación del servicio pueden identificarse otros que implican un costo, ya sea explícito o implícito. Un primer elemento a tener en consideración es el transporte conmutado, que en este caso solo se considera a nivel local, ya que debido a la existencia del Área Virtual Móvil, y en línea con la

¹⁵⁵ Ver Punto 9.1.5.

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 88 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

información recogida de los operadores, no existe transporte de larga distancia nacional. Asimismo, otro elemento a considerar es la capacidad de transporte internacional.

De otro lado, existen otros costos no relacionados propiamente a elementos de red usados para la prestación del servicio, pero que también se deberían considerar en el análisis. Todos estos costos pueden ser tomados como costos de retail, o costos de comercialización.

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

A) Cargo de originación en red móvil

En el último proceso de fijación de este cargo, realizado en el año 2010 a través de la Resolución de Consejo Directivo Nº 093-2010-CD/OSIPTEL, se determinó que el cargo de originación en la red móvil de Telefónica Móviles sería de US\$ 0.0322 por minuto (sin IGV¹⁵⁶), el cual reflejaba un aproximado de los costos en los que incurría Telefónica Móviles para proveer esta facilidad. Sin embargo, en la misma resolución, se estableció un cronograma de reducción de los cargos de originación/terminación en redes móviles, que en el caso de Telefónica Móviles es el que se muestra a continuación:

Cuadro N° 1: Cargos de originación/terminación en redes móviles (en US\$ sin IGV)

Periodo Empresa	01/oct/2010 - 30/set/2011	01/oct/2011 - 30/set/2012	01/oct/2012 - 30/set/2013	01/oct/2013 - 30/set/2014
Telefónica Móviles S.A.	0.0772	0.0622	0.0472	0.0322

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


La regulación de cargos de originación/terminación busca tener cargos orientados a costos, en ese sentido los cargos que se determinaron en el año 2010 se aproximan a los costos que efectivamente tenía Telefónica Móviles de acuerdo a la información disponible en ese momento. Es decir, si bien la regulación dijo que Telefónica Móviles podía establecer sus cargos por originación/terminación hasta el tope determinado para cada periodo, según el cronograma de reducción, sus costos en el año 2010 se aproximaban a US\$ 0.0322 por minuto (sin IGV), siendo este el supuesto valor de los costos en que incurre el operador móvil al comercializar o usar para sí misma esta facilidad.

B) Cargo de acceso a plataforma de pago

Desde el inicio del sistema de LLxLL en móviles el cargo por acceso a plataforma de pago estuvo libre de regulación. En ese sentido, existía libertad para determinar dicho cargo. La información recogida a través de los distintos contratos y mandatos de interconexión demuestra que el cargo por el concepto de acceso a plataforma de pago estaba alrededor de los US\$ 0.12 por minuto sin IGV.

Este cargo de acceso a la plataforma de pago se mantuvo vigente hasta el mes de diciembre de 2011, periodo en el que se reguló dicho cargo. En el Cuadro N° 2 se muestran los distintos cargos de interconexión tope por acceso a la plataforma de Pago

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

	DOCUMENTO	N° 032-STCCO/2014 Página 89 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

regulados a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 154-2011-CD/OSIPTEL. Así, el cargo regulado para Telefónica Móviles fue de US\$ 0.0017 por minuto tasado al segundo (sin IGV) como componente fijo y del 9.22% de los ingresos del operador que solicita el acceso a la plataforma de pago (sin IGV) como componente variable.

Cuadro N° 2: Cargos de interconexión tope por acceso a la plataforma de pago

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

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

Precisamente, debido a la existencia de un componente fijo por minuto y un componente variable que se calcula a partir de los ingresos percibidos por el operador que accede a la red, es probable que el cargo de acceso a plataforma de pago total por minuto (correspondiente a la suma de componente fijo y del componente variable) que finalmente paga un operador de larga distancia termine dependiendo de las tarifas que establece en el mercado minorista.

Por ello, es necesario calcular el pago por cargo de acceso a plataforma de pago total por minuto para cada uno de los operadores que prestan el servicio de larga distancia dentro de la red de Telefónica Móviles, incluyendo al mismo operador móvil, considerando el tráfico que cursaron y los ingresos que obtuvieron.

Los pagos totales por mes que un operador de larga distancia hace por el concepto de acceso a plataforma se pueden calcular de la siguiente manera:

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

Donde:

PTAPP: pago total por acceso a plataforma de pago.

Cf: componente fijo en US\$ por el cargo de acceso a plataforma (US\$ 0.0017 por minuto).

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

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

Cv: Componente variable por el cargo de acceso a plataforma (9.22% de los ingresos).

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

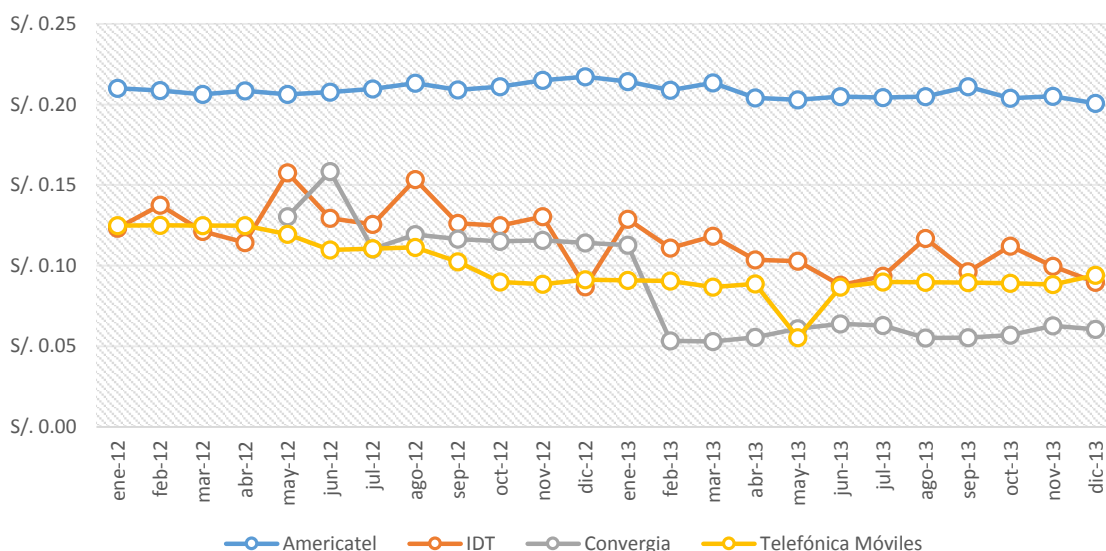
i: representa a cada mes

Entonces, el cargo estimado por minuto sería:

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

Luego, con la información recogida por esta Secretaría Técnica se procede a calcular el c_i^{app} que corresponde a cada operador de larga distancia en cada mes, incluyendo al propio operador móvil, para el periodo de enero de 2012 a diciembre de 2013. Como se puede ver en el siguiente Gráfico, el cargo más elevado resulta ser el de Americatel, mientras que los cargos de Telefónica Móviles, Convergía e incluso IDT resultan ser los más bajos.¹⁵⁷

Gráfico N° 4: Estimación de los costos por acceso a plataforma de pago por minuto, por empresa operadora



Fuente: Empresas operadoras
Elaboración: STCCO – Osiptel

De esta manera, teniendo como estándar de prueba el uso de los costos del propio operador dominante, en este caso vamos a tomar el costo de acceso a plataforma de pago total por minuto estimado para Telefónica Móviles, que resulta ser el más bajo de todos.

C) Costos de terminación de llamadas en el extranjero

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

Al respecto, Telefónica Móviles envió los valores que corresponden al costo total por minuto pagado a los carrier internacional u operadores de red de destino por el tramo internacional. Asimismo, es importante señalar que Telefónica Móviles envió la información con un mayor nivel de desagregación del que se le había solicitado, pues se le requirieron los valores promedio por destino internacional, distinguiendo únicamente por el tipo de red de destino (fijo o móvil); sin embargo, esta empresa reportó cargos de terminación desagregados incluso por zona geográfica.

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

Los costos remitidos están en dólares de Estados Unidos (sin IGV) y se pagan por minuto.

Cuadro N° 3 Costo de terminación (US\$ promedio por minuto sin IGV)

País de destino	Costo
Argentina-fijo	0.032
Argentina - Buenos Aires	0.0093
Argentina - Cordoba	0.021
Argentina - Mendoza	0.019
Argentina - Rosario	0.017
Argentina - Corredor	0.019
Argentina - Mobile	0.18
Bolivia-fijo	0.178
Bolivia - Cochabamba	0.103
Bolivia - La Paz	0.065
Bolivia - Mobile	0.17
Bolivia - Santa Cruz	0.103
Canadá-fijo	0.01
Canadá-móvil	0.01
Chile-fijo	0.02
Chile - Easter Island	1.98
Chile - Mobile	0.165
Chile - Rural Phone	1.2
Chile - Santiago	0.0172
Chile - Telcoy	1.12
China-fijo	0.015
China - Mobile	0.0153
China Hong Kong	0.0193
China Hong Kong Mobile	0.0115
China Macao	0.0385
China Macao-Mobile	0.0385
Colombia-fijo	0.139
Colombia - Barranquilla	0.026
Colombia - Bogota	0.026
Colombia - Cali	0.026
Colombia - Compartel	0.095
Colombia - Cucuta	0.068
Colombia - Medellín	0.042
Colombia - Mobile	0.068
Colombia - Palmira	0.151
Ecuador-fijo	0.0965
Ecuador - Mobile	0.173
Estados Unidos-fijo	0.0145
Estados Unidos-móvil	0.0145
Estados Unidos-destino de alto costo	0.22
Estados Unidos - Alaska	0.146
Estados Unidos- American Samoa	0.072
Estados Unidos - Hawaii	0.045
Estados Unidos - Virgin Islands	0.061
Estados Unidos - Marianas	0.091
Estados Unidos - Guam	0.054
España-fijo	0.0156

España - Mobile	0.085
España - Especiales	0.28
Francia-fijo	0.0325
Francia - Mobile	0.1435
Francia VAS	0.22
French Guiana	0.062
French Guiana - Mobile	0.291
French Department(Réunion)	0.283
French Department(Réunion)-Mobile	0.283
French Depart.(Guadeloupe))	0.046
French Depart.(Guadeloupe)-Mobile	0.321
French Depart.(Martinique)	0.0591
French Depart.(Martinique)-Mobile	0.143
French Depart.(Mayotte)	0.178
French Depart.(Mayotte)-Mobile	0.312
French Polynesia(Tahiti)	0.2
French Polynesia(Tahiti) - Mobile	0.242
Guatemala-fijo	0.136
Guatemala - Mobile	0.1342
Guatemala - Telefónica Rural	0.1466
Honduras-fijo	0.11
Honduras - Mobile	0.146
Italia-fijo	0.0155
Italia - Mobile	0.316
Jamaica-fijo	0.112
Jamaica - Mobile	0.195
Japón-fijo	0.17
Japón - IP Numbers KDD	0.17
Japón - Mobile	0.138
México-fijo	0.0696
México - Guadalajara	0.0189
México - México DF	0.0229
México - Mobile	0.09
México - Monterrey	0.0229
Panamá-fijo	0.042
Panamá - Mobile	0.13
Paraguay-fijo	0.037
Paraguay - Mobile	0.115
Puerto Rico -fijo	0.037
Puerto Rico-móvil	0.037
Reino Unido-fijo	0.016
Reino Unido-Mobile	0.086
Reino Unido-PNS	0.15
Reino Unido-RPS	0.2561
Reino Unido-Premium	1.7
Venezuela	0.0449
Venezuela - Mobile	0.142

Fuente: Telefónica Móviles

d. Tipo de cambio

Dado que parte importante de los costos están en dólares de Estados Unidos, el tipo de cambio se convierte en un componente muy importante en el test de estrechamiento de

márgenes. En este caso, para convertir todos los costos a nuevos soles, de modo que se comparable con la tarifa, se utiliza el tipo de cambio bancario de venta promedio mensual, obtenido de la información publicada por el Banco Central de Reserva del Perú.

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

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

Fuente: BCRP

E) Otros costos

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

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

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

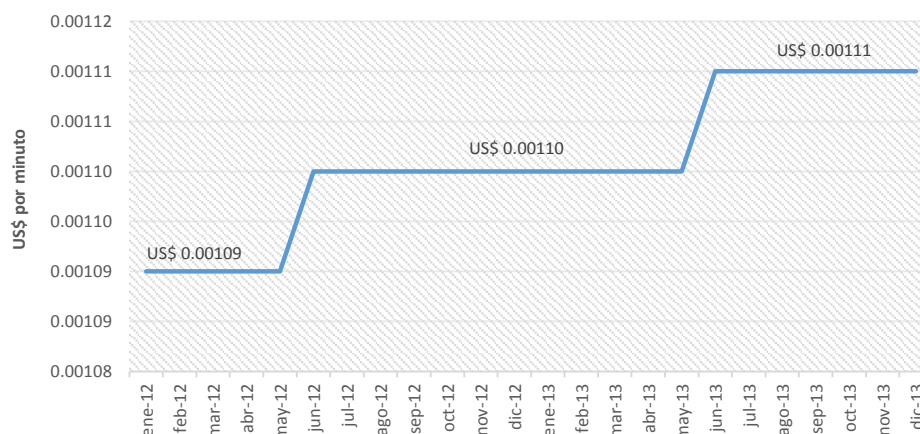
La inclusión del costo de transporte local tiene la misma lógica que la inclusión del costo por originación de llamadas o el de acceso a plataforma de pago. En todos los casos,

Telefónica Móviles hace uso de su propia red, y no realiza ningún desembolso efectivo de dinero.

Cabe destacar que, la consideración de un operador tan eficiente como el dominante no implica que solo se deban considerar los costos en los que un operador dominante incurra efectivamente; es decir, que constituyan desembolsos en favor de proveedores de los insumos, sino que se tenga en cuenta todos los costos necesarios para incurrir en la prestación del servicio, teniendo en cuenta la eficiencia del operador dominante.

En el caso de los costos de transporte conmutado local, dado que Telefónica Móviles no ha informado sus costos, se considerarán los costos informados por los operadores de larga distancia.¹⁵⁸ Estos costos de transporte conmutado de larga distancia se muestran en el siguiente Gráfico

Gráfico N° 5: Cargos por transporte conmutado local informado por los operadores de larga distancia




Fuente: Empresas operadoras
Elaboración: STCCO- Osiptel

Otro costo a considerar es el costo por capacidad de transporte internacional. Asimismo, deben considerarse otros costos que también son imputables al servicio. Existen costos como los costos por publicidad, impuestos, etc., los cuales normalmente son considerados como costos de retail.¹⁵⁹

Por ejemplo, de acuerdo a la información que obra en el expediente, los operadores móviles tienen la posibilidad de detectar la demanda por llamadas LDI, de tal manera que están en capacidad de llamar a posibles clientes. Sin bien estas llamadas no generan costos efectivos, ya que son llamadas a usuarios de su propia red, sí existe un costo económico que se debe considerar. Cabe destacar que en el caso de los operadores de larga distancia el realizar este tipo de publicidad sí genera costos efectivos, ya que paga una determinada tarifa por las llamadas que realiza a los abonados con demanda por llamadas de LDI.

¹⁵⁸ Los costos reportados por Americatel e IDT.

¹⁵⁹ Cabe destacar que el diversos procesos regulatorios de tarifas para llamadas específicas se ha considerado que solo el costo de retail equivale al aproximadamente el 10% de la tarifa final sin IGV. Entre estos procesos regulatorios podemos considerar al proceso para la determinación de la tarifa tope de las comunicaciones TUP-Móvil, así como para las llamadas fijo-móvil.

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 95 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

Así, existen costos que deben ser considerados en la prestación del servicio de llamadas de LDI desde redes móviles. Sin embargo, dado que no se cuenta con la información totalmente detallada de estos conceptos, porque Telefónica Móviles no reconoció la existencia de otros conceptos de costos involucrados en la prestación del servicio, será necesario realizar un importante supuesto con respecto a otros costos que puedan estar involucrados.

En este caso, se asume que el concepto de otros costos, que incluye a los costos de transporte conmutado local, costo por capacidad de transporte internacional y diversos costos de retail, representa en su conjunto el 10% de la tarifa final sin IGV (esto debido a que este porcentaje ha sido tomado en cuenta en diversos procesos regulatorios como se ha expuesto en el pie de página 159).

F) Test de estrechamiento de márgenes


En la sección de Marco Teórico¹⁶⁰ se analizó el debate existente entre dos métodos para realizar el test de estrechamiento de márgenes. El primero consistente en los costos históricos, en el cual básicamente se analiza periodo a periodo la diferencia entre los costos y la tarifa, es decir el margen de ganancia que se permite a lo largo del tiempo transcurrido desde que se inició la conducta. Luego, el segundo método es el del DCF; sin embargo, este método requiere de muchos supuestos, ya que hay que hacer proyecciones financieras por un periodo de tiempo importante, el cual también debe definirse.

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

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

A continuación, se presenta el test que se utilizará para determinar la existencia de un estrechamiento de márgenes a través de las promociones analizadas. Este test considera que el margen neto para la empresa debe al menos ser 0 (cero) o positivo luego de cubrir todos los costos asociados a la prestación del servicio. Así, de encontrarse un margen de ganancia negativo, se considerará que el operador dominante estrecha los márgenes de sus competidores. Además, al utilizar los costos del propio operador dominante, en este test queda descartada la posibilidad de que se fomente el ingreso de operadores ineficientes.

¹⁶⁰ Ver Punto 9.1.5.

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 96 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

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

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

Donde (conceptos mensuales):

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

T: Tarifa de la oferta en cuestión.

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

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

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


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

De esta manera, el test construido por esta Secretaría Técnica no constituye de ninguna manera un escenario a priori desfavorable para el operador investigado, ya que el test busca únicamente que al menos se cubran todos los costos asociados a la prestación del servicio de llamadas de LDI desde teléfonos móviles prepago. Asimismo, cabe destacar que, esta Secretaría Técnica no solo evalúa la diferencia entre los costos y las tarifas, sino que también evaluará la permanencia en el tiempo de las tarifas así como el tráfico que han generado.

Por su parte, debe señalarse que el hecho de que el test arroje un margen de ganancia negativo no implica necesariamente que el operador investigado incurra en pérdidas, o que realmente enfrente un margen de ganancia muy bajo. El test refleja que un operador tan eficiente como el incúmbete no podría obtener un margen de ganancia positivo si tuviera que pagar los mismos cargos que pagan los operadores de larga distancia. Sin embargo, como sabemos, el operador dominante no incurrirá en costos efectivos de originación de llamadas y de acceso a plataforma de pago, ya que estos no constituyen desembolsos reales de dinero en favor de un operador. Por ello, el margen de ganancia que obtiene el operador dominante podría estar tranquilamente en niveles rentables, a la par que estrecha los márgenes de sus competidores.¹⁶¹

Finalmente, debe descartarse que la conducta analizada solo resultará posible si quien la desarrolla se encuentra en capacidad de, una vez producida la exclusión, elevar los precios de los servicios que se prestan con base a la plataforma utilizada por los competidores de la empresa que realiza la conducta, sin experimentar una pérdida sustancial de consumidores. Esto sería correcto en el análisis de una conducta de precios predatorios, donde efectivamente el infractor en un primer momento incurre en pérdidas que no podrá soportar permanentemente, y luego de la exclusión deberá incrementar sus precios. Sin embargo, como ya se ha señalado, en los casos de estrechamiento de márgenes el operador investigado no necesariamente incurre en pérdidas, ya que los costos que realmente enfrenta podrían ser inferiores a los precios mayoristas que imponen a sus competidores en el mercado “aguas abajo”.

¹⁶¹ Al respecto cabe precisar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha determinado que no necesariamente en un estrechamiento de márgenes la empresa dominante incurre en pérdidas debido a que -en ocasiones- puede elevar los precios que cobra a sus competidores por los insumos esenciales y no incurrir en pérdidas. Sentencia del Tribunal de Justicia del 17 de febrero de 2011, mediante la cual se absuelve la consulta realizada por el Tribunal de Justicia de Suecia respecto al estrechamiento de márgenes.

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 97 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

9.4.2.1. Primer escenario: octubre de 2010 a diciembre de 2011

Con respecto al primer periodo, se ha observado la promoción denominada “Dúo de 6”, iniciada el 8 de agosto de 2008, que permite a los abonados de Telefónica Móviles realizar llamadas a tarifas preferenciales a seis números duados: tres dúos móviles on-net, un dúo fijo nacional, un dúo on-net para SMS, **y un dúo fijo o móvil internacional** (exceptuando destinos que podrían considerarse poco usuales desde el Perú)¹⁶². En principio, las tarifas a LDI, dependiendo del plan que tenga el usuario, se encontraban entre S/. 0.53096 y S/. 0.55640 por minuto (incluido el IGV). Sin embargo, de manera posterior, se estandarizó la tarifa a S/. 0.53096 por minuto (incluido el IGV) para el plan “Tarifa Única” y todos los planes prepago excepto para el “Plan Premium”, cuya tarifa era de S/. 0.56200 por minuto (incluido el IGV). Cabe destacar que el propio plan Tarifa Única tiene una tarifa especial de S/. 0.54 por minuto (incluido el IGV) a un dúo internacional incluidos en una diversa cantidad de destinos.¹⁶³

Telefónica Móviles también lanzó los planes “Prepago Más” y “Habla Más”, en los cuales se incluyen un conjunto de planes con recarga mensual mínima a los que se les ofrecen tarifas preferenciales para hacer llamadas de LDI a números duados. En el caso del plan “Prepago Más” dicha tarifa preferencial es de S/. 0.53 y en el caso del plan “Habla Más” es de S/. 0.54. Cabe destacar que el plan “Prepago más” está vigente desde el mes de diciembre de 2010, mientras que el plan “Habla más” se encuentra vigente desde el año 2009. Las tarifas preferenciales de estos tres planes permiten llamar a múltiples destinos de LDI¹⁶⁴.

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

¹⁶² Níger, Santo Tomás y Príncipe, Guinea Bissau, Diego García, Djibouti, Groenlandia, Falkland, Papúa Nueva Guinea, Salomón, Palau, Wallis y Futuna, Islas Cook, Islas Niue, Kiribati, Tuvalu, Polinesia Francesa (Tahití), Tokelau, Cuba, Islas Ascensión, Somalia, Santa Helena, Nauru, Vanuatu, República Democrática de Corea y Timor del Este. Se excluye cualquier llamada satelital.

¹⁶³ Las tarifas no incluyen las llamadas a Inmarsat, Níger, Santo Tomás y Príncipe, Guinea Bissau, Diego García, Djibouti, Groenlandia, Falkland, Papúa Nueva Guinea, Salomón, Palau, Wallis y Futuna, Islas Cook, Islas Niue, Kiribati, Tuvalu, Polinesia Francesa (Tahití), Tokelau, Cuba, Islas Ascensión, Somalia, Santa Helena, Nauru, Vanuatu, República Democrática de Corea ni Timor del Este. Adicionalmente se excluye cualquier llamada satelital.

¹⁶⁴ Se excluyen: Inmarsat, llamadas satelitales, llamadas a Islas Comores, Samoa Occidental, Níger, Djibouti, Palau, Polinesia Francesa (Tahití), Somalia, Wallis y Futuna, República Democrática de Corea, Vanuatu, Liechtenstein, Kiribati, Guinea Bissau, Groenlandia, Islas Cook, Tuvalu, Santa Helena, Tokelau, Papúa Nueva Guinea, Islas Ascensión, Cuba, Diego García, Salomón, Santo Tomás y Príncipe, Nauru, Falkland, Antártica – Islas Norfolk, Timor del Este e Islas Niue.

Cuadro N° 5: Condiciones de interconexión entre operadores móviles y operadores de larga distancia para el sistema de LLxLL desde móviles prepago

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

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

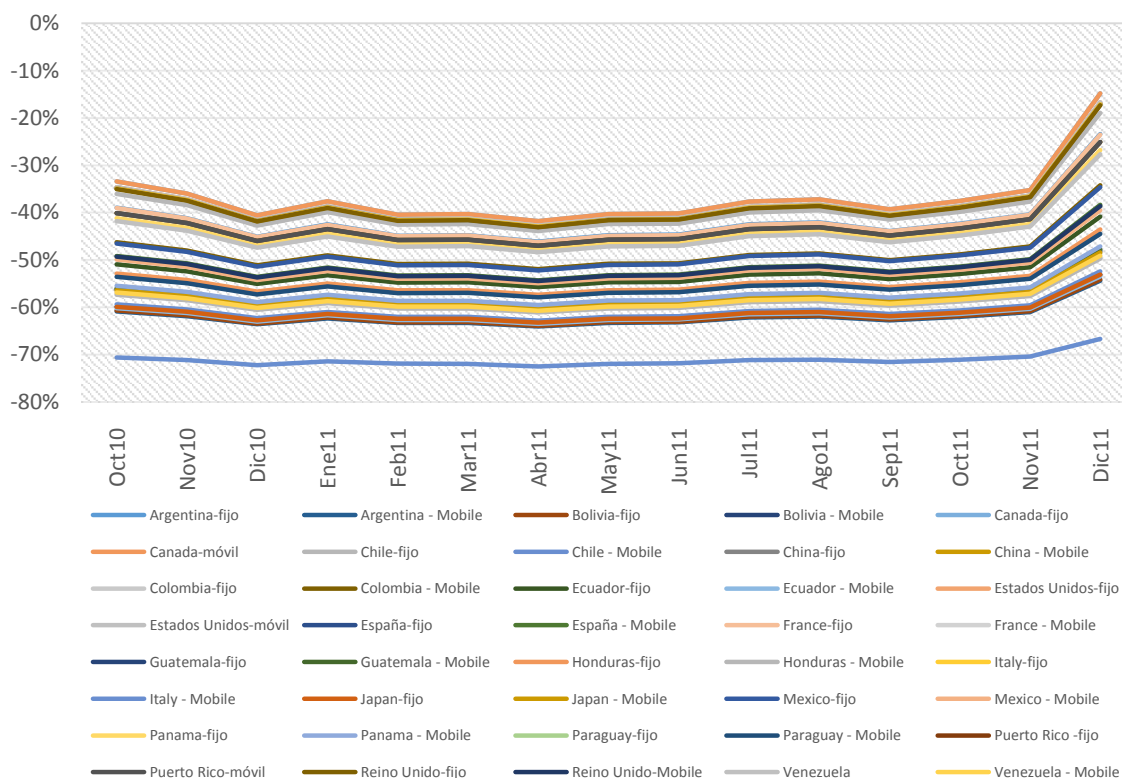
Fuente: Empresas Operadoras.

Elaboración: STCCO- Osiptel

Luego, esto fue corroborado a través de la información recibida de Telefónica Móviles, donde se observa que, en dicho caso, efectivamente la suma de los cargos de originación de llamadas y de acceso a plataforma de pago son superiores a las tarifas de alrededor de S/. 0.45 por minuto sin IGV establecida por Telefónica Móviles en sus ofertas arriba señaladas. Cabe destacar que aquí en adelante para el análisis se tomará las tarifas y costos sin incluir el IGV. La exclusión del IGV es simplemente por un tema práctico, ya que podría hacerse una comparación entre los costos y las tarifas sin IGV, o entre los costos y las tarifas con IGV, optándose en este caso por la primera forma.

Así, dado que no existen diferencias importantes entre las tarifas señaladas, se considera para el análisis solo la tarifa de S/. 0.53096 por minuto incluido el IGV, que es la más baja de todas, y que al restarle dicho concepto tributario se sitúa en un nivel de S/. 0.44997 por minuto. A esta tarifa se la llamará tarifa duada.

De la información reportada por Telefónica Móviles, si se aplica el test de estrechamiento de márgenes que hemos definido, se observa que el margen neto que queda para cada uno de los destinos considerados es negativo en todo el periodo. En ese sentido, resulta evidente la posibilidad de un estrechamiento de márgenes a través de las promociones analizadas.

Gráfico N° 6: Margen de ganancia Tarifas duadas


Fuente: Telefónica Móviles.
Elaboración: STCCO- Osiptel

9.4.2.2. Segundo escenario: enero de 2012 a diciembre de 2013

En el segundo periodo, con la regulación del cargo de acceso a plataforma en plena vigencia, se evaluarán las tarifas de números duados así como una oferta que se ha descubierto posteriormente, la “Promoción para llamadas de Larga Distancia Internacional (LDI) aplicable para clientes móviles prepago”.

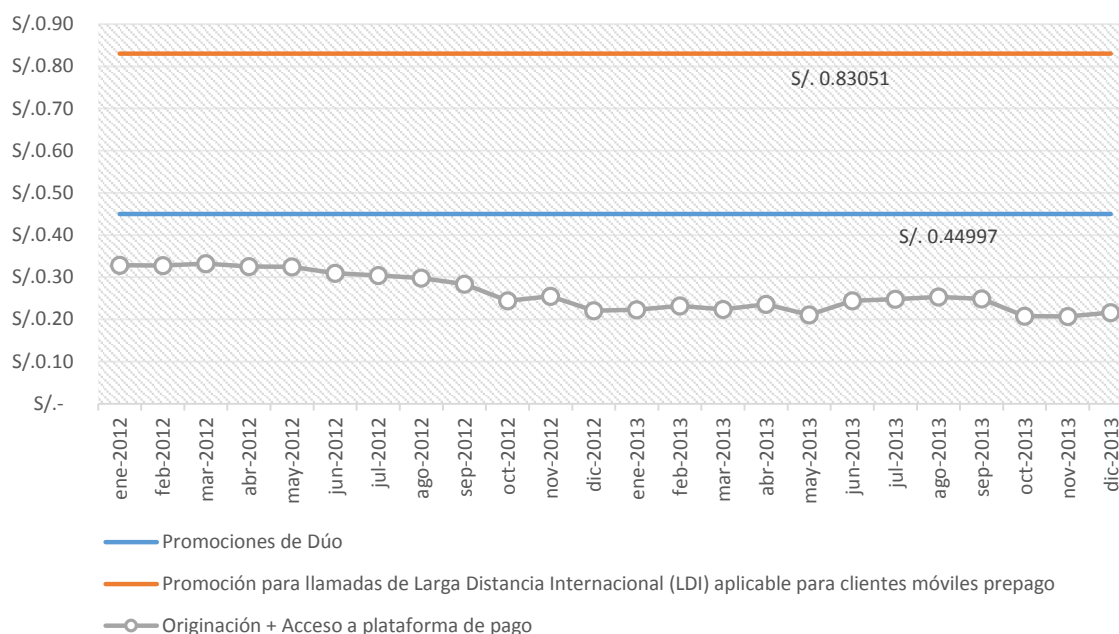
La “Promoción para llamadas de Larga Distancia Internacional (LDI) aplicable para clientes móviles prepago” establece una tarifa de S/. 0.98 por minuto (incluido el IGV) para llamadas realizadas desde celulares prepago de Telefónica Móviles a cualquier teléfono fijo de Estados Unidos, Canadá, América del Sur, América central y España. Esta promoción se lanzó en septiembre de 2012 y en mayo de 2013 amplió el beneficio otorgado sobre la tarifa para la realización de llamadas a teléfonos móviles de los mismos destinos.

Este segundo escenario se caracteriza por la vigencia de la regulación del cargo de acceso a plataforma de pago, la cual cambia la forma en la que se establecen estos cargos, pasando de un esquema de cargo fijo establecido en negociación entre empresas operadoras sin tope, a un esquema de cargo en dos partes regulado por cargo tope. Así, esta regulación no solo estableció tope a los cargos que eran cobrados por los

operadores móviles, sino que también modificó la estructura de dichos cargos, ya que descompuso el cargo en un componente fijo y uno variable.

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

Gráfico N° 7: Tarifas de las promociones comparadas con el costo de las facilidades que provee el operador móvil



Fuente: Telefónica Móviles
Elaboración: STCCO- Osipitel

A) Tarifa a números duados

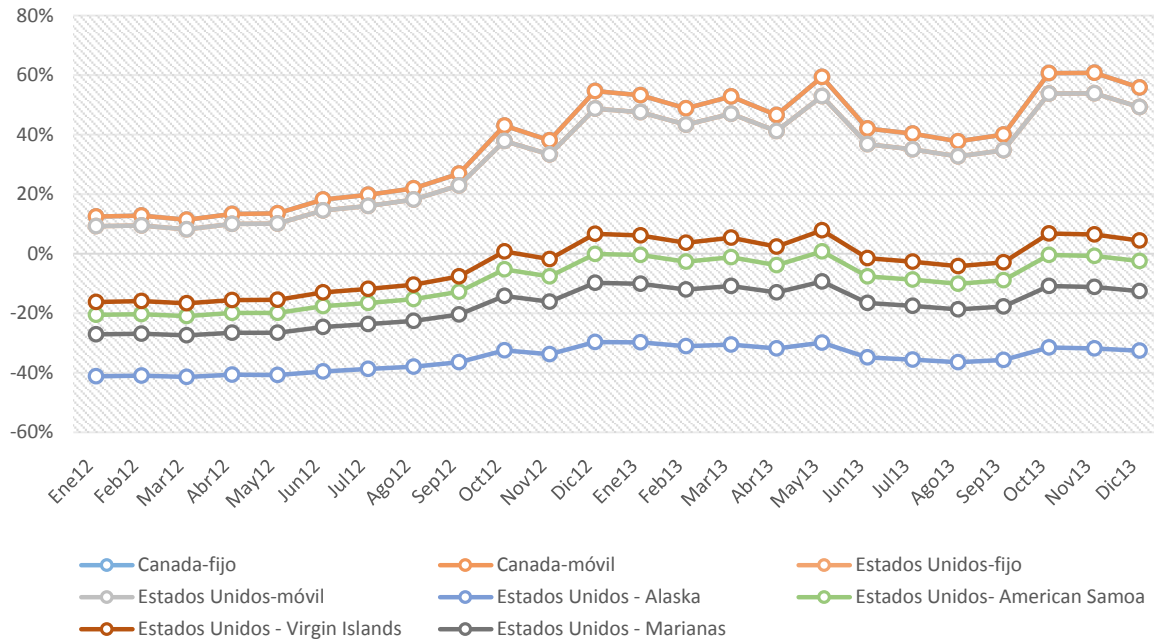
En primer lugar se procede a evaluar las ofertas para llamadas números duados, que tienen una tarifa de S/. 0.45 por minuto sin IGV para llamadas de LDI. Para todos estos conceptos de costos se consideran los del propio operador móvil. De esta manera, se busca probar si el mismo operador móvil, o un operador tan eficiente como el mismo, podría tener un margen de ganancia positivo en base a los precios de los insumos cobrados por el operador móvil, sus propios costos y la tarifa que establece.

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

En el caso de Estados Unidos y Canadá, según la desagregación presentada por Telefónica Móviles, se observa que las llamadas a estos destinos, tanto fijo como móvil, presentan importantes márgenes de ganancia, que incluso superan el 50%. Sin embargo,

la mayor desagregación que presenta Telefónica Móviles permite ver que existen destinos en los que el margen de ganancia sería negativo. Ello es importante ya que en las descripciones de estas promociones no se observa que estos destinos estén excluidos.

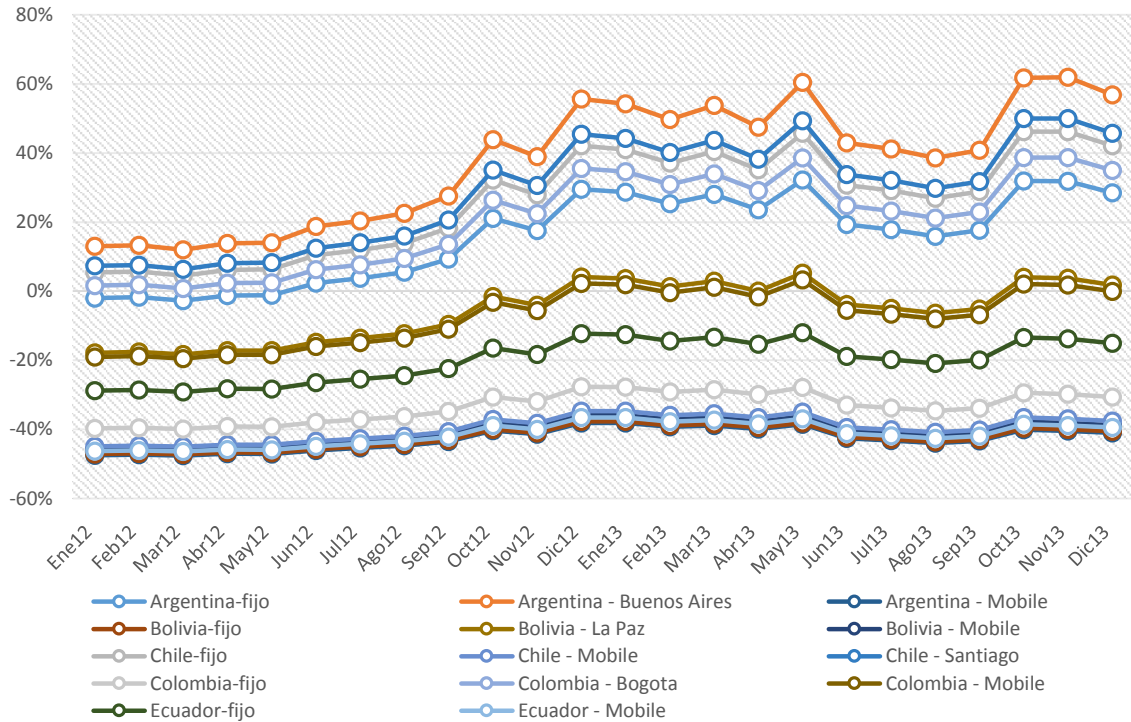
Gráfico N° 8: Margen de ganancia para Estados Unidos y Canadá



Fuente: Telefónica Móviles
Elaboración: STCCO - OSIPTTEL

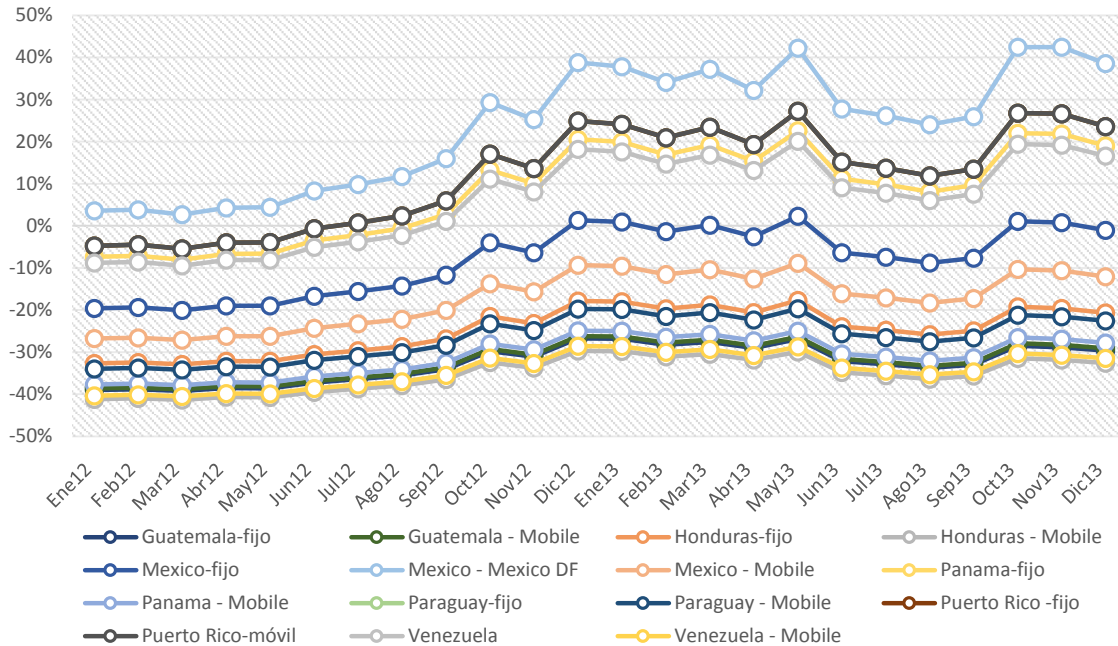
Luego, en el caso del Bloque Andino, conformado por Ecuador, Argentina, Chile, Bolivia y Colombia se observa que el margen de ganancia es negativo cuando las llamadas terminan en la red móvil. Asimismo, se observa que existe una importante cantidad de destinos donde el margen de ganancia es negativo. Varios de estos destinos son móviles y según la desagregación presentada por Telefónica Móviles, en muchos de los destinos geográficos de Colombia, Ecuador y Bolivia, el margen de ganancia también es negativo.

Gráfico N° 9: Margen de ganancia para bloque andino



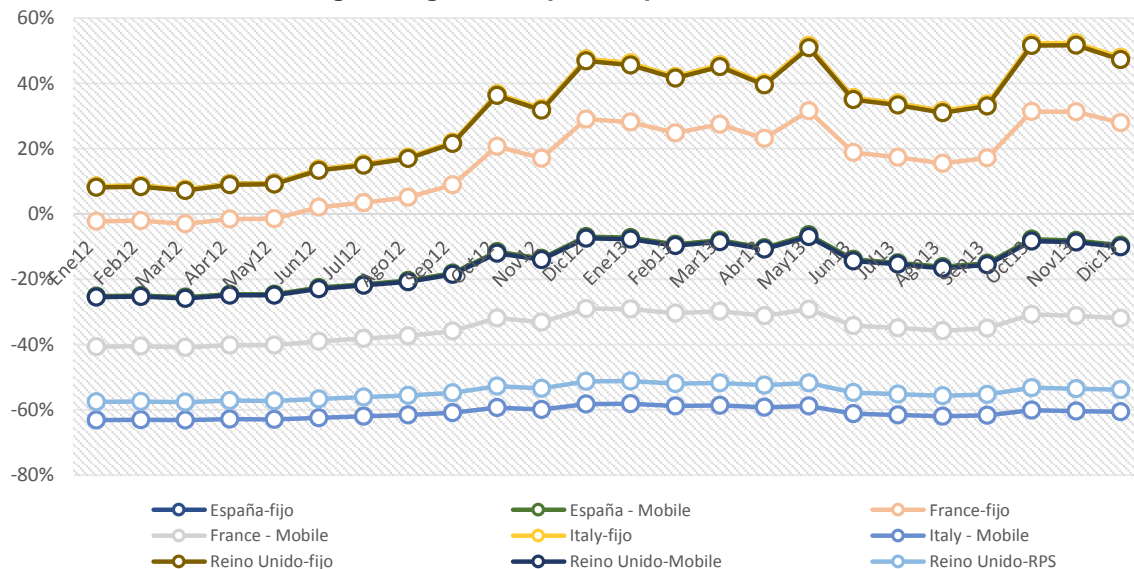
Fuente: Telefónica Móviles
Elaboración: STCCO- Osiptel

Si analizamos un segundo gran grupo de países de América vemos que existen muchos destinos móviles en los que el margen de ganancia es negativo. Como se puede ver en el siguiente Gráfico, solo existe un margen positivo para las llamadas a Puerto Rico, México y Venezuela. En el resto de destinos se observa que el margen de ganancia es negativo, y en una magnitud muy importante en México y Honduras.

Gráfico N° 10: Margen de ganancia para otros países de América


Fuente: Telefónica Móviles
Elaboración: STCCO- Osiptel

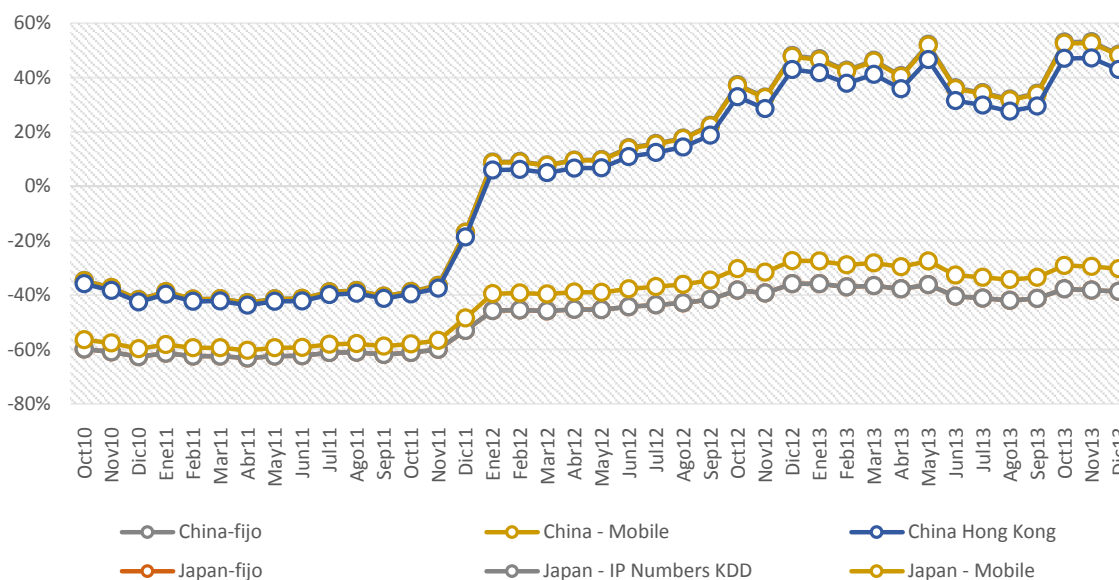
En el caso de los principales destinos europeos se observa evidencia de que en la mayoría de ellos no existe margen de ganancia positivo, tal como se puede ver en el siguiente Gráfico. Así, solo en las llamadas a Francia y Reino Unido a teléfonos fijos los costos están por debajo de la tarifa, encontrándose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

Gráfico N° 11: Margen de ganancia para España, Reino Unido, Francia, Italia


Fuente: Telefónica Móviles
Elaboración: STCCO- Osiptel

En el continente asiático, los principales destinos son Japón y China. En el caso de Japón se observa que el costo de la llamada está por encima de la tarifa con lo cual se puede ver que en efecto el margen de ganancia es negativo. Esto sin embargo no ocurre con respecto a las llamadas a destinos móviles en China.

Gráfico N° 12: Margen de ganancia para Japón y China



Fuente: Telefónica Móviles
Elaboración: STCCO- Osiptel

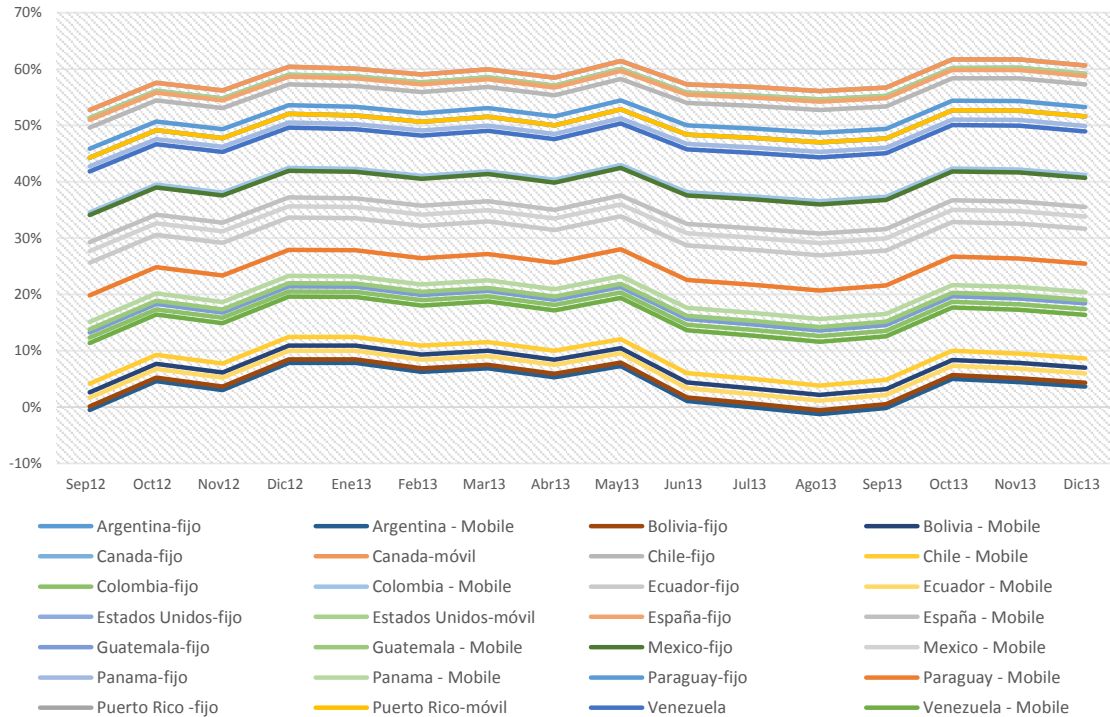
El análisis realizado permite ver que en la mayoría de destinos móviles de LDI, incluso en los más importantes, como se verá más adelante, la tarifa sin IGV de los promociones de dúos está por debajo de los costos considerados. De esta manera, existe importante evidencia de que ni siquiera un operador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

B) Promoción para llamadas de Larga Distancia Internacional (LDI) aplicable para clientes móviles prepago

La “Promoción para llamadas de Larga Distancia Internacional (LDI) aplicable para clientes móviles prepago” estableció una tarifa de S/. 0.98 por minuto incluido IGV para llamadas a teléfonos fijos desde septiembre de 2012 y a fijos y móviles desde mayo de 2013 de Estados Unidos, Canadá, América del Sur, América central y España.

Si se analizan los márgenes de ganancia que permite esta promoción se observa que estos son solo negativos en las llamadas a destinos especiales de España, Estados Unidos y a destinos móviles de Jamaica. Para el resto de destinos el margen es positivo, e incluso supera el 50%

Gráfico N° 13: Margen de ganancia de la Promoción para llamadas de Larga Distancia Internacional (LDI) aplicable para clientes móviles prepago



Fuente: Telefónica Móviles.

Elaboración: STCCO- Osiptel

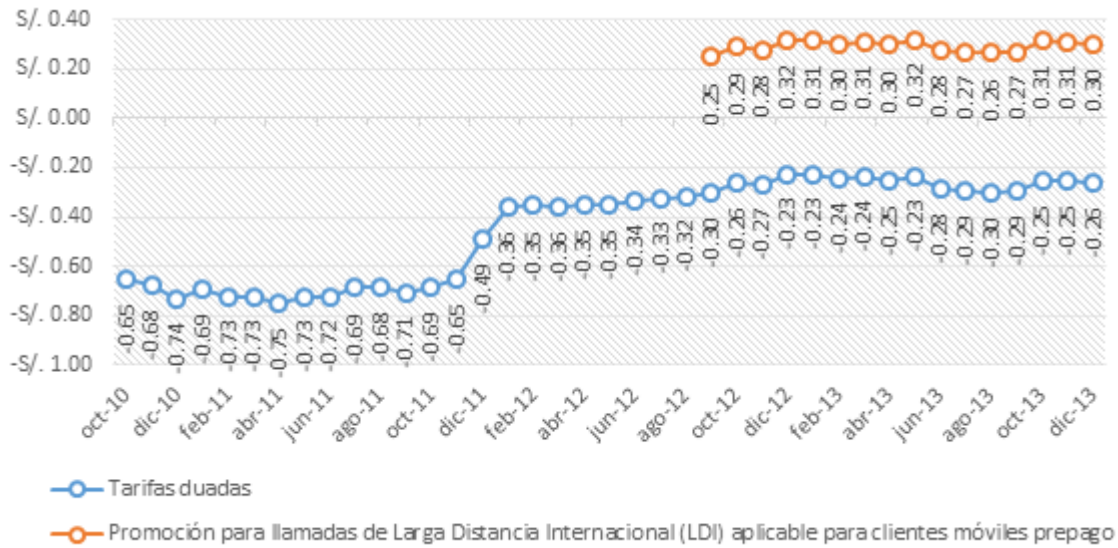
En ese sentido, no parece que la Promoción para llamadas de Larga Distancia Internacional (LDI) aplicable para clientes móviles prepago pueda haber generado un estrechamiento de márgenes con efectos negativos sobre la competencia.

Finalmente, en el Gráfico N° 14 se muestra el promedio de los márgenes de ganancia como la resta de los precios menos los costos para cada mes, esto es:

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

Este promedio se calcula en base al margen estimado para todos los destinos analizados respecto a cada una de las ofertas en cuestión. Como se observa en el siguiente Gráfico, el margen de ganancia es negativo durante todo el periodo para las tarifas de números duados, aunque el margen se va acercando a cero a lo largo del periodo de análisis debido a la reducción programada en el cargo de originación. De otro lado, se observa que la “Promoción para llamadas de Larga Distancia Internacional (LDI) aplicable para clientes móviles prepago” permite en todo el periodo que ha estado vigente un margen promedio de ganancia positivo.

Gráfico N° 14: Margen de ganancia promedio considerando todos los costos



Fuente: Telefónica Móviles.
Elaboración: STCCO- Osiptel

Sin embargo, dado que sí se ha encontrado **evidencia de estrechamiento de márgenes en las ofertas de llamadas a dúos**, deben analizarse otros factores que permitan que esta conducta genere efectos anticompetitivos. Para ello se evaluarán tres aspectos fundamentales:

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


9.4.4. Segundo Paso: Frecuencia y temporalidad de las promociones

Cabe indicar que las tarifas finales que se vienen analizando durante el presente procedimiento por la conducta de estrechamiento de márgenes son denominadas como "Promociones" por Telefónica Móviles.

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

¹⁶⁵ Cabe indicar que este Reglamento ha sido recientemente modificado, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 024-2014-CD/OSIPTEL, del 06 de febrero de 2014.

¹⁶⁶ Reglamento General de Tarifas aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 060-2000-CD/OSIPTEL

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 107 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

Conforme a su carácter temporal, el plazo de una tarifa promocional será de hasta 180 días calendario de forma continua o acumulada a través de renovaciones, en un período de doce (12) meses consecutivos.¹⁶⁷ Bajo esta premisa, sin importar que Telefónica Móviles denomine “tarifas promocionales” a las tarifas que vienen siendo analizadas en el presente procedimiento, esta Secretaría Técnica considera importante analizar si estas tarifas cumplen con las características de este tipo de tarifas, o si por el contrario, son tarifas que se repiten constantemente a lo largo de un periodo importante de tiempo, de tal manera que cumple las veces de una “tarifa establecida”, estando permanentemente disponibles para el usuario.¹⁶⁸

Así, conforme al Principio de Primacía de la Realidad que establece la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas¹⁶⁹, se analizará si las tarifas bajo análisis han estado vigentes por más de 180 días calendario, de forma continua o acumulada a través de renovaciones, en un periodo de doce (12) meses consecutivos, lo cual, a entender de esta Secretaría Técnica, les quitaría la característica de temporalidad que debe tener toda promoción, debiendo ser consideradas como “tarifas establecidas”.

Tal como se señaló en el Informe Preliminar, considerar lo contrario dejaría una puerta abierta para que las empresas realicen conductas anticompetitivas que conlleven un

Artículo 3°.- Definiciones

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

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

¹⁶⁷ Reglamento General de Tarifas aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 060-2000-CD/OSIPTEL

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

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

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

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

¹⁶⁹ DL1034

Artículo 5.- Primacía de la realidad.-

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

análisis de precios, en la medida que podrían señalar que los “precios” investigados no son tarifas establecidas sino que son “ofertas promocionales” que no tienen mayor capacidad de dañar a la competencia, con lo cual podrían blindar la finalidad anticompetitiva que pretenden con su accionar en el mercado.

Como se puede ver en el siguiente Cuadro, la Promoción “Dúo de 6” ha sido lanzada 26 veces desde octubre de 2010 y ha estado vigente de forma permanente hasta el mes de septiembre de 2012, volviendo a aparecer en los meses de julio de 2013 y junio y agosto de 2014. Cabe destacar que si bien no se observan tarifas Dúo de 6 entre el mes de setiembre de 2012 y agosto de 2013, Telefónica Móviles ha reportado tráfico cursado por esta promoción incluso durante dicho periodo. En ese sentido, considerando la permanencia en el tiempo y las veces que se ha repetido, esta tarifa pudo tener efectos sobre la competencia durante todo el periodo de análisis.

Código Tarifa	Nombre de Tarifa	Inicio	Fin / Cambio
TPTM201001442	DÚO DE 6	01/10/2010	31/10/2010
TPTM201001501	DÚO DE 6	01/11/2010	30/11/2010
TPTM201001619	DÚO DE 6	01/12/2010	31/12/2010
TPTM201001729	DÚO DE 6	01/01/2011	31/01/2011
TPTM201100093	DÚO DE 6	01/02/2011	28/02/2011
TPTM201100275	DÚO DE 6	01/03/2011	31/03/2011
TPTM201100405	Promoción “DÚO DE 6”	01/04/2011	30/04/2011
TPTM201100405	Promoción “DÚO DE 6”	29/04/2011	31/05/2011
TPTM201100668	Promoción “DÚO DE 6”	01/06/2011	30/06/2011
TPTM201100835	DÚO DE 6	01/07/2011	31/07/2011
TPTM201101027	DÚO DE 6	01/08/2011	31/08/2011
TPTM201101271	DÚO DE 6	01/09/2011	30/09/2011
TPTM201101388	DÚO DE 6	01/10/2011	31/10/2011
TPTM201101878	DÚO DE 6	01/01/2012	12/01/2012
TPTM201101878	DÚO DE 6	01/02/2012	29/02/2012
TPTM201101878	DÚO DE 6	01/03/2012	31/03/2012
TPTM201101878	DÚO DE 6	01/04/2012	15/04/2012
TPTM201101878	DÚO DE 6	23/04/2012	15/05/2012
TPTM201200666	Dúo de 6	28/05/2012	15/06/2012
TPTM201200873	Promoción Dúo de 6	01/07/2012	31/07/2012
TPTM201201005	Dúo de 6	01/08/2012	15/08/2012
TPTM201201084	Dúo de 6	16/08/2012	31/08/2012
TPTM201201138	Dúo de 6	01/09/2012	30/09/2012
TPTM201300805	Promoción Dúo de 6	19/07/2013	31/08/2013
TPTM201400807	Dúo de 6	01/06/2014	30/06/2014
TPTM201401121	Dúo de 6	01/08/2014	31/08/2014

Fuente: SIRT


De otro lado, de acuerdo a la información del tráfico reportada por Telefónica Móviles se observa que las promociones “Prepago Más” registraron tráfico entre diciembre de 2010 y diciembre de 2013, en ese sentido, considerando la temporalidad y la permanencia en

el tiempo, se considera que esta oferta tiene un importante potencial anticompetitivo. Algo similar ocurre con el “Plan Tarifa Única” que ha estado vigente durante todo el periodo de análisis, es decir, desde octubre de 2010 hasta diciembre de 2010. Por su parte, el plan “Habla Más” corresponde a una tarifa establecida vigente desde el mes de febrero de 2009. En ese sentido, al estar vigente durante todo el periodo de análisis puede también haber generado daño sobre la competencia.

Finalmente, la “Promoción para llamadas de Larga Distancia Internacional (LDI) aplicable para clientes móviles prepago” ha estado vigente de manera continua desde el mes de abril de 2013. Sin embargo, como ya se ha señalado, Telefónica Móviles no ha estrechado los márgenes de sus competidores a través de esta promoción.

Código Tarifa	Nombre de Tarifa	Inicio	Fin / Cambio
TPTM201201208	Promoción para llamadas de Larga Distancia Internacional (LDI) aplicable para clientes móviles prepago	20/09/2012	31/10/2012
TPTM201300281	Promoción para llamadas de Larga Distancia Internacional (LDI) aplicable para clientes móviles prepago	11/04/2013	20/04/2013
TPTM201300379	Promoción para llamadas de Larga Distancia Internacional (LDI) aplicable para clientes móviles prepago	02/05/2013	31/05/2013
TPTM201300379	Promoción para llamadas de Larga Distancia Internacional (LDI) aplicable para clientes móviles prepago	01/06/2013	02/06/2013
TPTM201300509	Promoción para llamadas de Larga Distancia Internacional (LDI) aplicable para clientes móviles prepago	03/06/2013	30/06/2013
TPTM201300647	Promoción para llamadas de Larga Distancia Internacional (LDI) aplicable para clientes móviles prepago	01/07/2013	31/07/2013
TPTM201300647	Promoción para llamadas de Larga Distancia Internacional (LDI) aplicable para clientes móviles prepago	01/08/2013	20/08/2013
TPTM201300912	Promoción para llamadas de Larga Distancia Internacional (LDI) aplicable para clientes móviles prepago	21/08/2013	31/08/2013
TPTM201301085	Promoción para llamadas de Larga Distancia Internacional (LDI) aplicable para clientes móviles prepago	21/09/2013	31/10/2013
TPTM201301085	Promoción para llamadas de Larga Distancia Internacional (LDI) aplicable para clientes móviles prepago	01/11/2013	30/11/2013
TPTM201301085	Promoción para llamadas de Larga Distancia Internacional (LDI) aplicable para clientes móviles prepago	01/12/2013	31/12/2013
TPTM201301085	Promoción para llamadas de Larga Distancia Internacional (LDI) aplicable para clientes móviles prepago	15/01/2014	31/01/2014
TPTM201400056	Promoción para llamadas de Larga Distancia Internacional (LDI) aplicable para clientes móviles prepago	03/02/2014	28/02/2014
TPTM201400235	Promoción para llamadas de Larga Distancia Internacional (LDI) aplicable para clientes móviles prepago	10/03/2014	31/03/2014
TPTM201400403	Promoción para llamadas de Larga Distancia Internacional (LDI) aplicable para clientes móviles prepago	03/04/2014	15/04/2014
TPTM201400420	Promoción para llamadas de Larga Distancia Internacional (LDI) aplicable para clientes móviles prepago	16/04/2014	30/04/2014
TPTM201400575	Promoción para llamadas de Larga Distancia Internacional (LDI) aplicable para clientes móviles prepago	06/05/2014	15/05/2014
TPTM201400710	Promoción para llamadas de Larga Distancia Internacional (LDI) aplicable para clientes móviles prepago	22/05/2014	31/05/2014
TPTM201400740	Promoción para llamadas de Larga Distancia Internacional (LDI) aplicable para clientes móviles prepago	01/06/2014	30/06/2014
TPTM201400939	Promoción para llamadas de Larga Distancia Internacional (LDI) aplicable para clientes móviles prepago	09/07/2014	31/07/2014
TPTM201401065	Promoción para llamadas de Larga Distancia Internacional (LDI) aplicable para clientes móviles prepago	08/08/2014	15/08/2014
TPTM201401217	Promoción para llamadas de Larga Distancia Internacional (LDI) aplicable para clientes móviles prepago	04/09/2014	15/09/2014

Fuente: SIRT.

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 110 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

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

El análisis realizado en esta sección permitirá determinar si las ofertas de Telefónica Móviles han estado dirigidas a los destinos más frecuentes en las llamadas LDI.

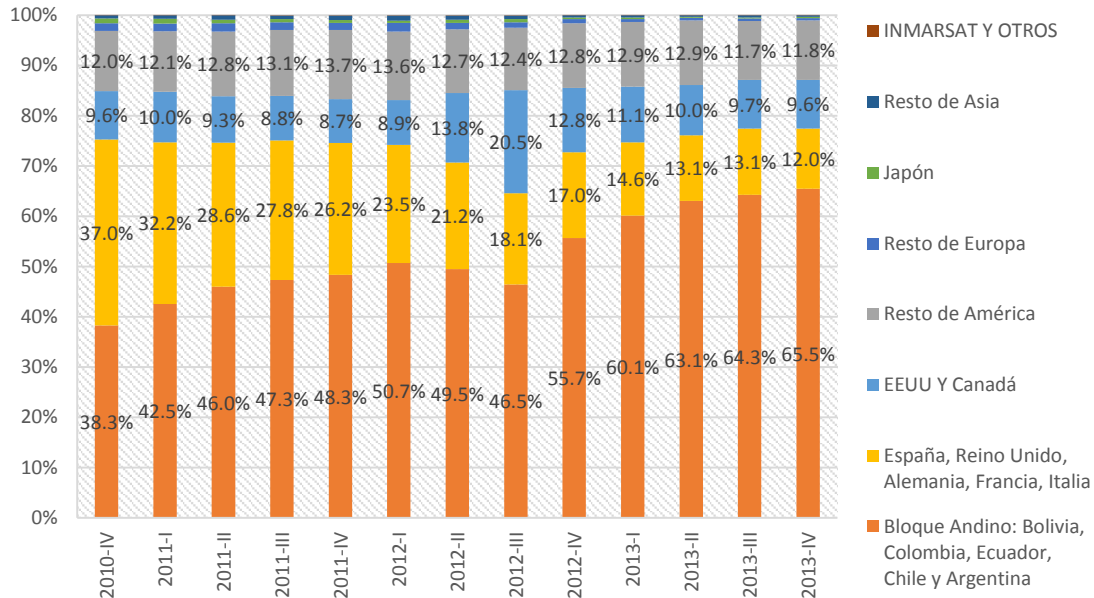
Cabe destacar que, debido a que las promociones de números duados permiten llamadas a casi todos los destinos, excepto los destinos poco comunes, este análisis no es indispensable respecto a ellas. Sin embargo, en el caso de la “Promoción para llamadas de Larga Distancia Internacional (LDI) aplicable para clientes móviles prepago” el análisis respecto a la distribución del tráfico por destino sí es importante, ya que esta promoción está dirigida a destinos específicos, aunque son varios los destinos incluidos.

Como ya se ha señalado, la “Promoción para llamadas de Larga Distancia Internacional (LDI) aplicable para clientes móviles prepago” aplica para llamadas a Estados Unidos, Canadá, América del Sur, América central y España, con una tarifa especial de S/. 0.98 por minuto incluido IGV. En ese sentido, resulta necesario evaluar la importancia que tienen estos destinos respecto al tráfico total de LDI originado a través de Telefónica Móviles.

En el siguiente gráfico, se puede observar que los destinos incluidos en la la “Promoción para llamadas de Larga Distancia Internacional (LDI) aplicable para clientes móviles prepago” se encuentran dentro de los grupos de países hacia donde se dirige la mayor cantidad del tráfico LDI cursado por Telefónica Móviles en su red prepago.¹⁷⁰ Así por ejemplo, países como Bolivia, Colombia, Ecuador, Argentina y Chile, incluidos en los destinos de Sudamérica pertenecen al bloque andino, hacia donde se dirige hasta el 65% del tráfico en el cuarto trimestre de 2013. Asimismo, Estados Unidos y Canadá se encuentran en otro grupo de países muy importantes, hacia donde se dirige alrededor del 10% del total del tráfico LDI cursado por Telefónica Móviles desde sus teléfonos prepago. Lo mismo ocurre con España, que se encuentra en un grupo de países hacia donde se dirige entre el 37% y el 12% del tráfico de LDI generado por Telefónica Móviles.

¹⁷⁰ Cabe destacar que solo se considera el tráfico por destino de Telefónica Móviles debido a que dicha empresa operadora no brindó el tráfico por destino que las empresas competidoras cursaron a través de su red móvil prepago. Para ello, en su Escrito N° 7 de fecha 14 de mayo de 2014, Telefónica Móviles señala que: *No resulta posible que Telefónica brinde información precisa respecto del destino de las llamadas efectuadas por terceros operadores, toda vez que la terminación es efectuada por el tercero sin que Telefónica necesariamente tenga información exacta de ésta (sic). En ese sentido, la información que brinde Telefónica podría no ser precisa. Además, debemos dicha información es ajena a la que se debe mantener resguardada para los reportes solicitados por OSIPTel (sic). Es por ello que, en caso de considerar relevante dicha información, ésta (sic) debería ser solicitada a los terceros operadores.*

Gráfico N° 15: Distribución del tráfico LDI generado por Telefónica Móviles en su red prepago, por grupos de destino



Fuente: Telefónica Móviles.

Elaboración: STCCO- Osiptel

Precisamente, destaca el desplazamiento del tráfico hacia los países andinos. Como se puede apreciar del Gráfico anterior, la participación del tráfico terminado en el bloque andino se ha ido incrementando a lo largo del tiempo, entre el cuarto trimestre de 2012 y el cuarto trimestre de 2013.

Cabe destacar que el crecimiento experimentado en el tráfico hacia el bloque andino podría estar impulsado en parte por las ofertas “SUPERCARGA LDI – España, Chile y Argentina” que establecen tarifas de S/. 0.50 por minuto incluido el IGV a todos los teléfonos fijo y móviles¹⁷¹ de España, Chile y Argentina. Sin embargo, estas ofertas no se han analizado debido a que fueron lanzadas poco antes del inicio de este proceso, el 24 de julio de 2012, además de incluir solo a dos países del bloque andino y España.

9.4.6. Cuarto Paso: Impacto de las promociones en el tráfico de LDI de móviles prepago de Telefónica Móviles

Luego de haber determinado que, en efecto las ofertas de números duados no permiten márgenes de ganancia positivos en los destinos más importantes, y que en promedio los márgenes de ganancia son negativos, así como que por su temporalidad y vigencia, es factible que produzcan efectos anticompetitivos en el mercado, en esta sección se analizará si estas ofertas han sido relevantes en términos del impacto generado en el tráfico de Telefónica Móviles.

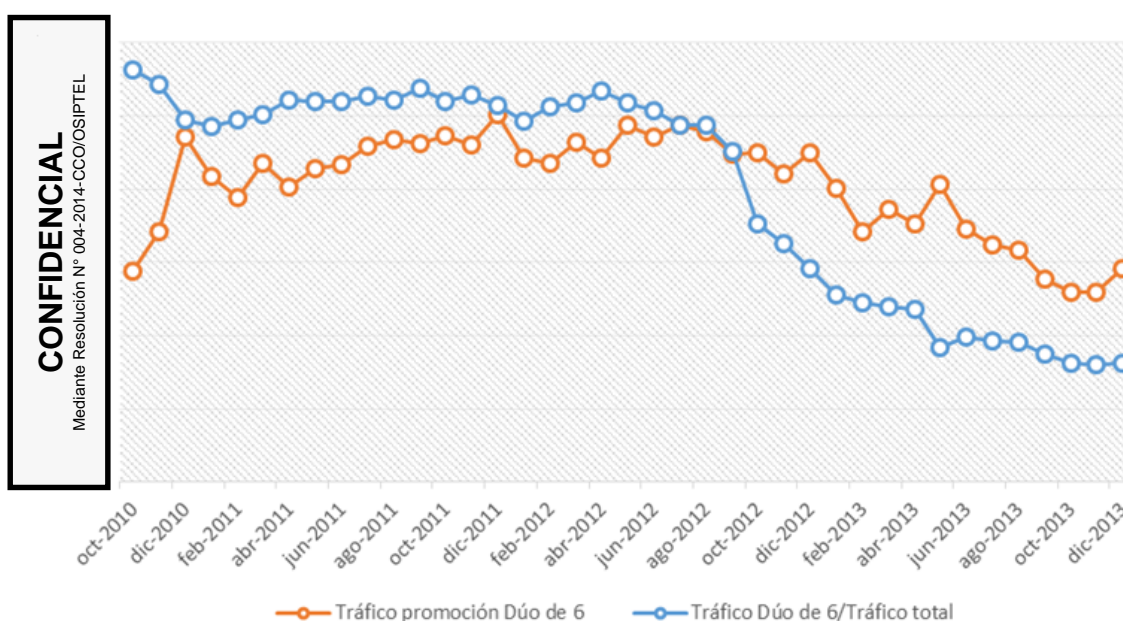
De esta manera, si las ofertas investigadas representan una parte importante del tráfico a LDI desde móviles prepago de Telefónica Móviles, efectuados a través de este operador móvil, entonces se tendrá evidencia de que esta estrategia fue efectiva para asegurar el

¹⁷¹ No incluye la isla de Pascua, rurales de Chile, Telcoy de Chile y teléfonos especiales de España.

tráfico de Telefónica Móviles y desplazar a los competidores, al generar ofertas que no permiten márgenes de ganancia positivos.

En el caso de las promociones Dúo de 6 se observa que si bien en principio estas generaban una parte muy importante del tráfico de Telefónica Móviles, llegando incluso a ser el 35% del tráfico total en su red prepago; finalmente, el tráfico termina siendo poco representativo para Telefónica Móviles, llegando incluso a ser apenas el 10% del tráfico total. En ese sentido, si bien las ofertas de Dúo de 6 pudieron haber tenido un importante potencial anticompetitivo, este parece haberse diluido con el paso del tiempo, dejando de ser importante para Telefónica Móviles, y perdiendo así su potencial anticompetitivo.

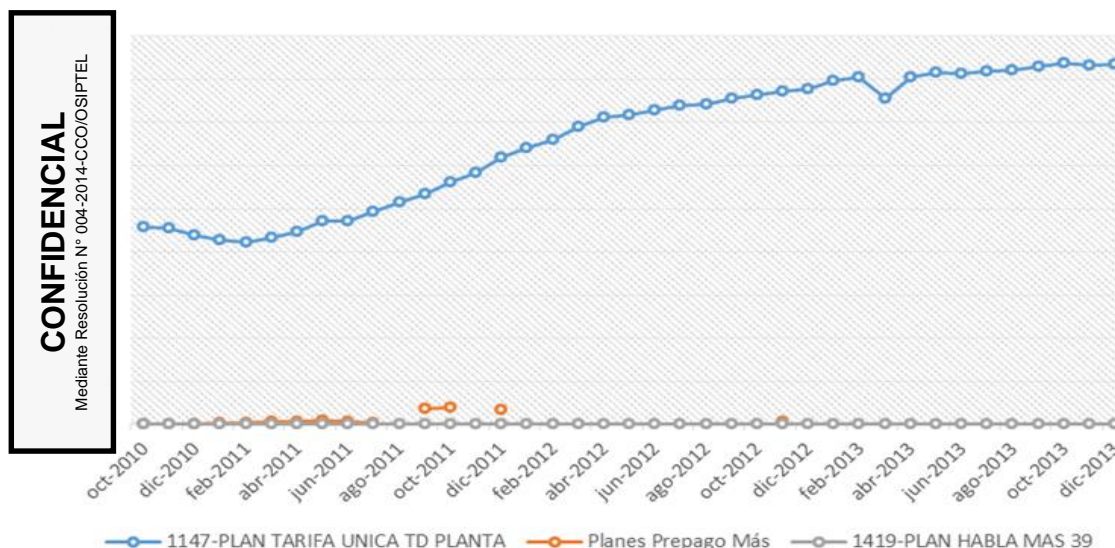
Gráfico N° 16: Representatividad del tráfico de las promociones Dúo de 6



Fuente: Empresas Operadoras.
Elaboración: STCCO- Osiptel

Luego, en el caso de los planes Tarifa Única, Prepago Más y Habla Más 39, se observa que solo el primero de ellos puede representar un riesgo para la competencia, dado el estrechamiento de márgenes que habría producido. Esto se debe a que el tráfico generado a través del plan Tarifa Única ha llegado a representar cerca del 80% del tráfico total de Telefónica Móviles en su red prepago.

Gráfico N° 17: Representatividad del tráfico de los planes Tarifa Única, Prepago Más y Habla Más 39



Fuente: Empresas Operadoras.
Elaboración: STCCO- Osiptel


Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en el plan Tarifa Única se aplican varias promociones, una de ellas es el propio Dúo de 6, otra es la “Promoción para llamadas de Larga Distancia Internacional (LDI) aplicable para clientes móviles prepago”, la “SUPERCARGA LDI – España, Chile y Argentina”, y finalmente el propio dúo que incluye la promoción. Sin embargo, de la información disponible no se puede distinguir a que promoción corresponde el tráfico generado, que muestra una tendencia creciente muy importante.

Al respecto, debe señalarse que el tráfico generado dentro del plan Tarifa Única por el Dúo de 6 no resulta preocupante, ya que como se ha señalado, este muestra una tendencia decreciente muy importante, para todos los planes a los que aplica, por lo tanto su potencial anticompetitivo dentro de la conducta de estrechamiento de márgenes no resulta ser importante.

Luego, respecto al “Promoción para llamadas de Larga Distancia Internacional (LDI) aplicable para clientes móviles prepago”, ya se ha señalado que la tarifa que establece dicha promoción no genera un estrechamiento de márgenes, en ningún destino importante.

Finalmente, la única preocupación anticompetitiva que puede producirse respecto al plan Tarifa Única, es que el importante crecimiento en el tráfico que ha experimentado se deba al dúo que incluye el propio plan, el cual se ha demostrado genera un estrechamiento de márgenes, dados los costos de las llamadas y la tarifa que impone.

Sin embargo, como ya se ha señalado, no se dispone de la información necesaria para determinar si sería la propia característica del plan la que ha generado el fuerte crecimiento del tráfico del plan Tarifa Única. Sin embargo, esta Secretaría Técnica

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 114 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

consideró que, para que sea necesario solicitar dicha información durante la etapa de investigación, debía analizarse previamente el posible efecto que pueda haber tenido el estrechamiento de márgenes producido por este plan, ya que de observarse efectos anticompetitivos sí era necesaria dicha información adicional respecto a la fuente de dichos efectos a partir del plan Tarifa Única. A continuación se procederá a realizar dicha evaluación.

9.4.7. Efectos de la conducta de estrechamiento de márgenes

9.4.7.1. Definición del mercado afectado


Como se ha señalado anteriormente, es importante recalcar que el mercado relevante no necesariamente es igual al mercado afectado¹⁷². Ahora bien, habiendo ya determinado el mercado relevante, corresponde determinar el mercado sobre el cual recaen los efectos de la conducta investigada, para luego proceder a analizar cada uno de los efectos que se pueden producir con la conducta.

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

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

En tal sentido, considerando la definición del mercado aguas arriba, el mercado afectado de partida es el mercado de llamadas de LDI desde teléfonos móviles prepago de Telefónica Móviles. Luego, en un primer momento, el mercado afectado debe incluir a todos aquellos servicios que permitan satisfacer la misma necesidad sin que el usuario experimente pérdida de bienestar, debido a menor calidad o mayor esfuerzo para establecer la comunicación. Si se encuentran sustitutos en el uso que cumplan con dicho

¹⁷² En la controversia iniciada por Arcos Dorados de Perú S.A. contra Administradora Jockey Plaza Shopping Center S.A., Sigdelo S.A. y otros, la CLC de Indecopi determinó que si bien la definición de mercado relevante debe tener en cuenta la definición del mercado afectado, no es cierto que el primero deba tener el mismo alcance que el segundo. Por el contrario, consideró que, en determinados casos, el mercado relevante y el mercado afectado podrían tener alcances distintos. Así en esta controversia se consideró como mercado relevante a la plataforma del centro comercial Jockey Plaza y como mercado afectado el conjunto de bienes o servicios que se ofrecen dentro de este centro comercial, entre ellos a la venta de hamburguesas. Resolución Nº 059-2011/CLC-INDECOPI del 15 de noviembre del 2011 emitida en el Expediente Nº 007-2007/CLC.

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 115 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

requisito, entonces deberá analizarse los precios para determinar si en términos económicos es posible la sustitución.

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

De esta manera, los posibles sustitutos se han elegido en base a la información observada en la Encuesta Residencial de Servicios de Telecomunicaciones (ERESTEL) – 2013. Tal como se observa en el siguiente Cuadro, los principales medios a través de los cuales los hogares realizan llamadas de LDI son el teléfono fijo, el teléfono móvil, los locutorios y cabinas de internet, y los teléfonos públicos. En ese sentido, en un primer momento, podría considerarse que todos estos medios pertenecen al mismo mercado relevante. Sin embargo, un correcto análisis de competencia no solo debe basarse en el número de usuarios u hogares que usan cada medio en un momento dado, ya que este análisis resulta ser estático y no permite observar factores que pueden afectar la sustitución.

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

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

Fuente: ERESTEL 2013

Elaboración: STCCO - Osiptel

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


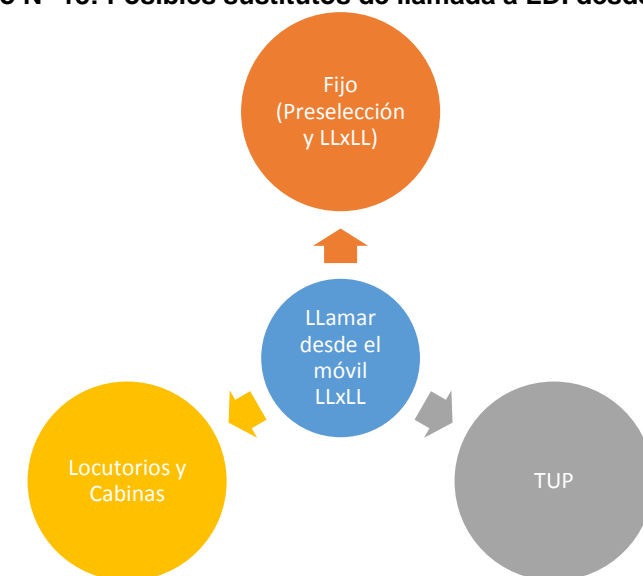
	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 116 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

Gráfico N° 18: Posibles sustitutos de llamada a LDI desde móviles




Elaboración: STCCO - Osiptel

En el caso de la telefonía fija, existen hasta tres formas de realizar llamadas de LDI, a saber: (i) el sistema de LLxLL en fijos, (ii) el sistema de preselección, y (iii) mediante tarjetas prepago. Sin embargo, en todos estos casos es necesario que el usuario del servicio móvil tenga acceso a un teléfono fijo, lo cual no siempre es posible ya que los niveles de penetración de ambos servicios son muy diferentes, considerando que solo el 33.5% de los hogares tiene acceso a teléfono fijo, mientras que el 86.8% de los hogares tiene acceso a teléfono móvil; además, solo el 29.7% de los hogares tiene acceso a ambos servicios.¹⁷³ Así, casi todos los hogares que disponen de teléfono fijo disponen de teléfono móvil, mientras que solo la tercera parte de los hogares que disponen de teléfono móvil disponen también de teléfono fijo. Esto es sin duda un impedimento para considerar que ambos servicios deben estar en el mismo mercado relevante, al menos si se considera la sustitución en el sentido del teléfono móvil al teléfono fijo.

Otra posible alternativa son las llamadas de LDI desde teléfonos públicos. Sin embargo, para que este servicio sea un buen sustituto de las llamadas de LDI desde móviles, el usuario debe tener acceso a un teléfono público, lo cual no siempre es sencillo, considerando que la distribución de teléfonos públicos no es homogénea y existen zonas en las que es difícil encontrar uno de estos teléfonos, o no están en funcionamiento debido al alto grado de vandalismo al que están expuestos. Otros costos que involucra el uso de teléfonos públicos es la necesidad de contar con tarjetas prepago con saldo, o contar con monedas en cantidad y valor suficiente para realizar la llamada. Por lo tanto, los teléfonos públicos, en el uso, no constituyen sustituto adecuados de los teléfonos móviles para la realización de llamadas de LDI.

¹⁷³ Según los resultados de la Encuesta Residencial de Servicios de Telecomunicaciones (ERESTEL) 2013, realizada por el OSIPTTEL. Cabe destacar que, la medición se hace a nivel del jefe de hogar.

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 117 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

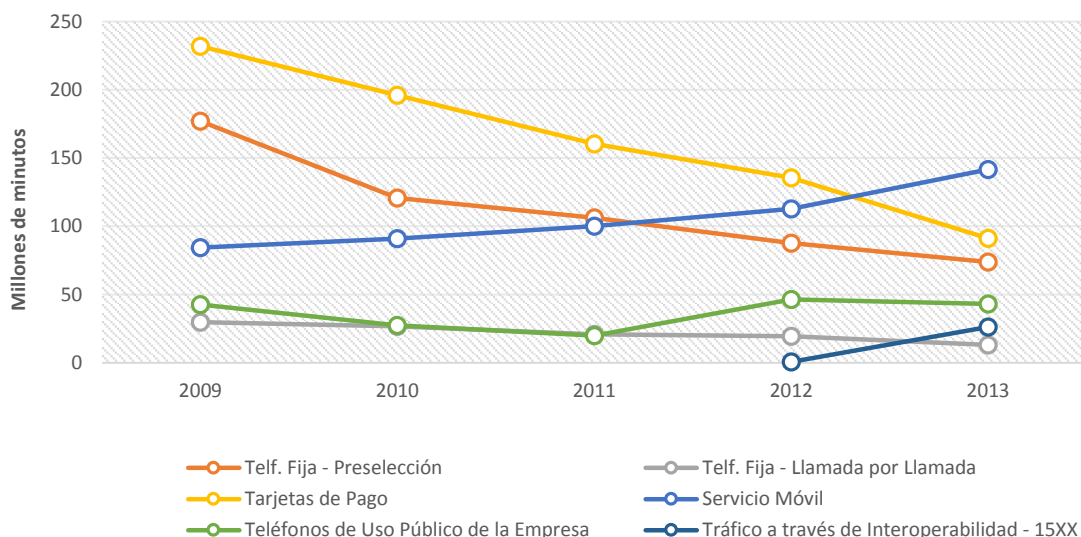
Finalmente, los locutorios y cabinas tienen la misma restricción que los teléfonos públicos. Es decir, la distribución de estos locales no es homogénea, y existen zonas en las cuales no se puede encontrar fácilmente.

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

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

Así, se observa que aquellos que utilizan la telefonía móvil para realizar sus llamadas de LDI son, mayormente, renuentes a cambiar de medio para comunicarse. Esto se evidencia en mayor grado al observar las tarifas de los locutorios y cabinas de internet, donde se observan precios en algunos casos mucho más bajos que los cobrados en las redes móviles. De la misma manera, pareciera que la demanda de llamadas de LDI desde redes móviles es distinta a la demanda a través de medios con tarifas más económicas. Por ejemplo, alrededor del 87% de las llamadas de LDI desde la red móvil prepago de Telefónica Móviles duran menos de 2 minutos. En ese sentido, los usuarios recurrían mayormente a al teléfono móvil para llamadas cortas, mientras que para llamadas largas se utilizarían otros medios, observándose de este modo dos tipos de demanda que no pueden pertenecer al mismo mercado relevante.

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

Gráfico N° 19: Evolución del tráfico de LDI, según el medio


Fuente: Osiptel

Elaboración: STCCO - Osiptel

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

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

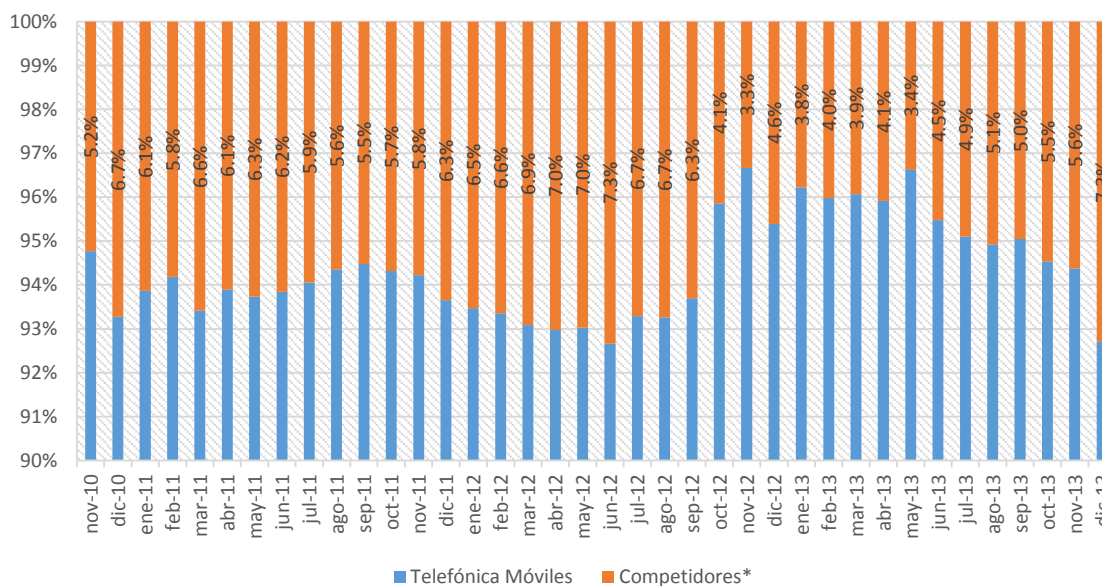
De otro lado, respecto al mercado geográfico afectado, debe señalarse que, dadas las características del mercado de telefonía móvil, que sirve de plataforma para la prestación del servicio en cuestión, se considera que el mercado geográfico está constituido por todo el territorio nacional.

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

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

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

Gráfico N° 20: Tasas de participación en el tráfico LDI generado en la red prepago de Telefónica Móviles



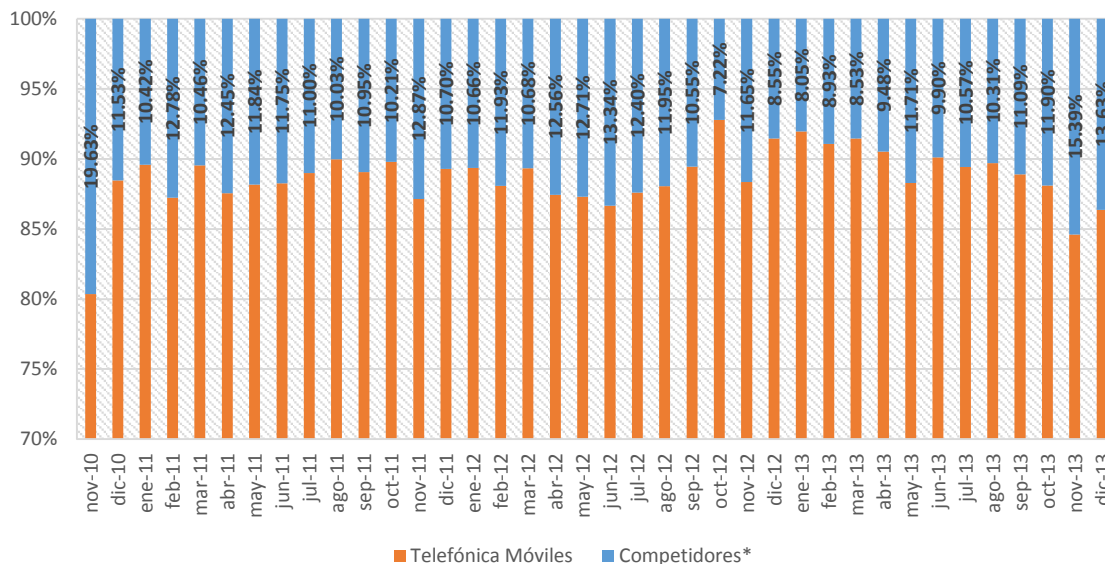
* Incluye: IDT, Convergía e IDT.

Fuente: Empresas operadoras

Elaboración: STCCO - Osiptel

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

Gráfico N° 21: Tasas de participación en los ingresos por tráfico LDI generado en la red prepago de Telefónica Móviles



* Incluye: IDT, Convergencia e IDT.

Fuente: Empresas operadoras

Elaboración: STCCO - Osipitel

Si observamos la concentración del mercado, a través del HHI,¹⁷⁴ podremos ver que esta se incrementó durante el cuarto trimestre de 2012. Sin embargo, luego ha mostrado una ligera tendencia decreciente. Así, mientras la concentración llegó a máximos alrededor de 9 300; sin embargo, al final del periodo de análisis ha llegado a niveles de cercanos a 8 600.

¹⁷⁴ El HHI (Herfindahl-Hirschman Index) fue definido en los Horizontal Merger Guidelines elaborados por el Departamento de Justicia de Estados Unidos. EL HHI fluctúa entre 0 y 10,000 siendo este último caso aquel del monopolio que cuenta con el 100% del mercado. Según los resultados del HHI la autoridad de defensa de la competencia asume un determinado grado de concentración del mercado y, según ello, permite inferencias sobre la posibilidad de ejercicio de poder de mercado, según se explica en el siguiente cuadro:

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

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

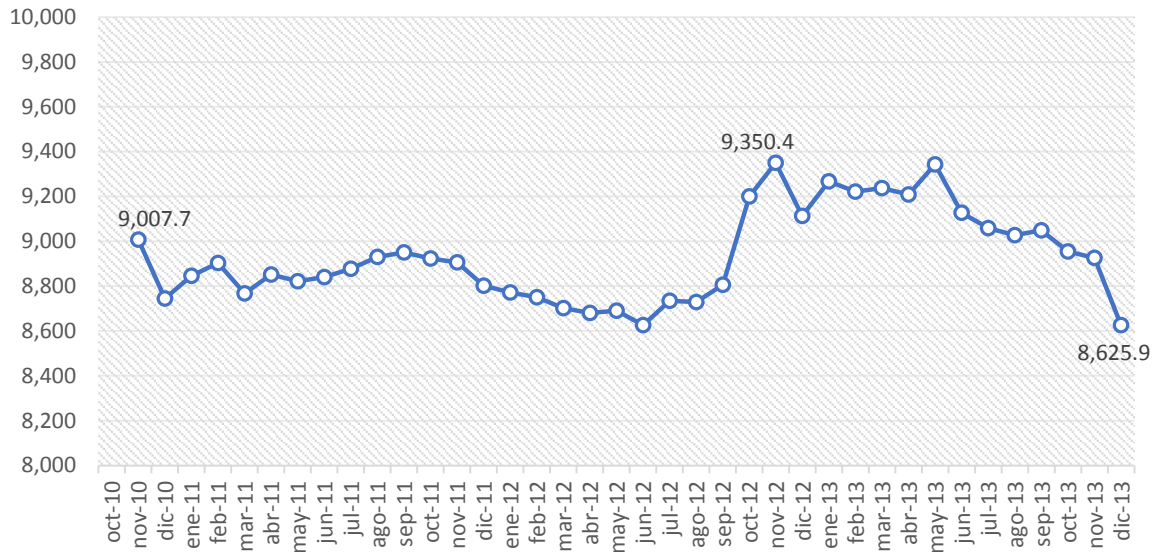
$$HHI = \sum_{i=1}^N S_i^2$$

Donde:

N = número de empresas en una industria

S_i = participación de mercado de la empresa i

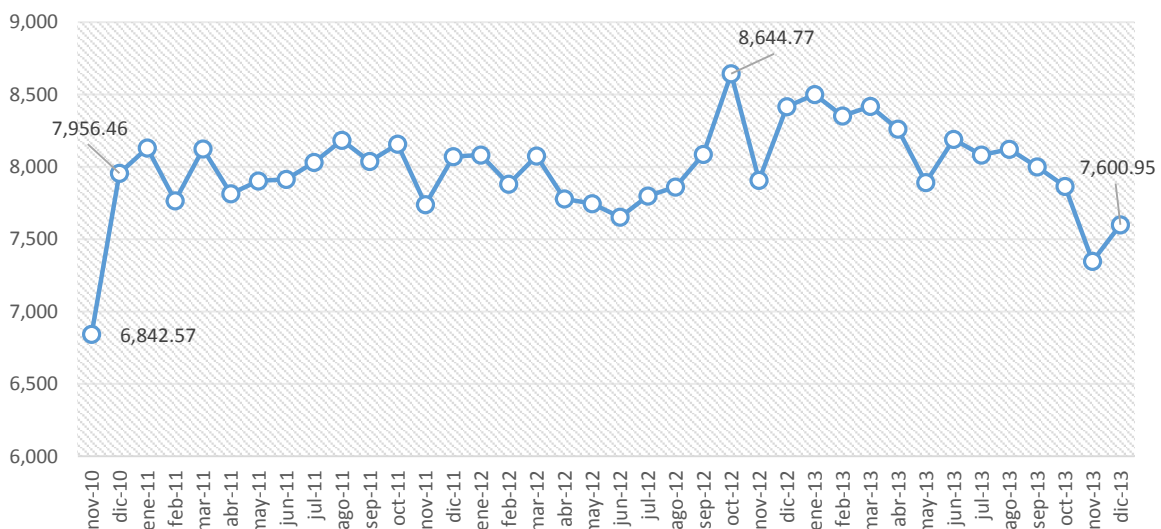
Gráfico N° 22: Índice de concentración HHI del mercado de llamadas de LDI en la red prepago de Telefónica Móviles, con respecto al tráfico



Fuente: Empresas operadoras
Elaboración: STCCO - Osiptel

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

Gráfico N° 23: Índice de concentración HHI del mercado de llamadas de LDI en la red prepago de Telefónica Móviles, con respecto a los ingresos en soles

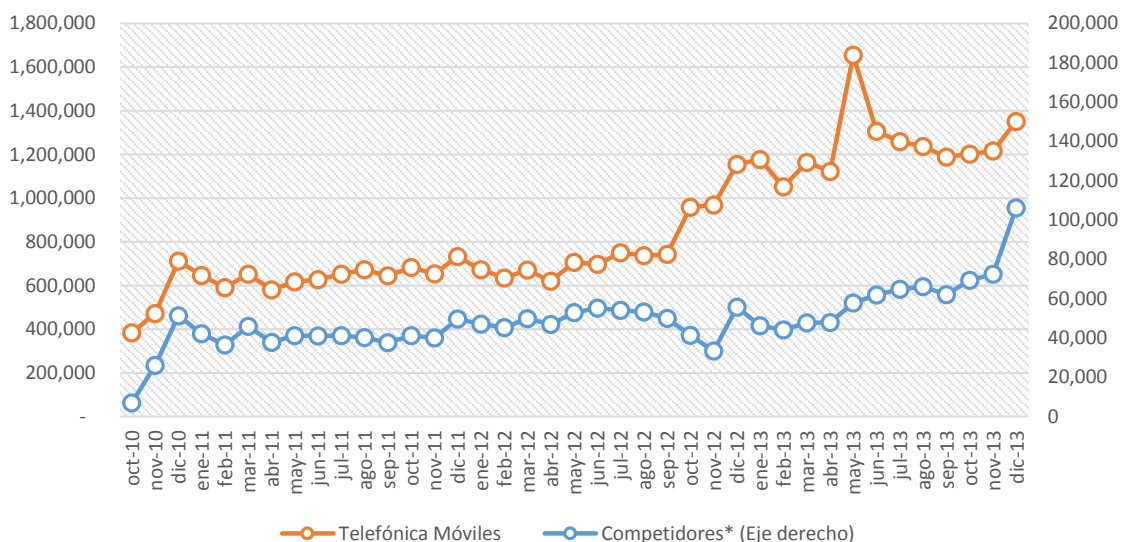


Fuente: Empresas operadoras
Elaboración: STCCO - Osiptel

Finalmente, en el siguiente gráfico se muestra que el tráfico de los competidores en la red prepago de Telefónica Móviles ha seguido la misma tendencia que el tráfico del propio operador móvil. Ello ocurre durante casi todo el periodo de análisis, a excepción de los meses de octubre y noviembre de 2012 en los cuales se observa una importante caída

en el tráfico de los competidores. Sin embargo, a partir del mes de diciembre de ese mismo año, el tráfico de los competidores comenzó a mostrar nuevamente una tendencia creciente que incluso al final del periodo de análisis parece superior a la del propio Telefónica Móviles

Gráfico N° 24: Evolución del tráfico LDI desde la red prepago de Telefónica Móviles, en minutos



* Incluye: IDT, Convergencia e IDT.

Fuente: Empresas operadoras

Elaboración: STCCO - Osiptel

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

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

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

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

Cuadro N° 7: Tarifas vigentes a marzo de 2013 de los operadores de larga distancia

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

Nota:

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

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

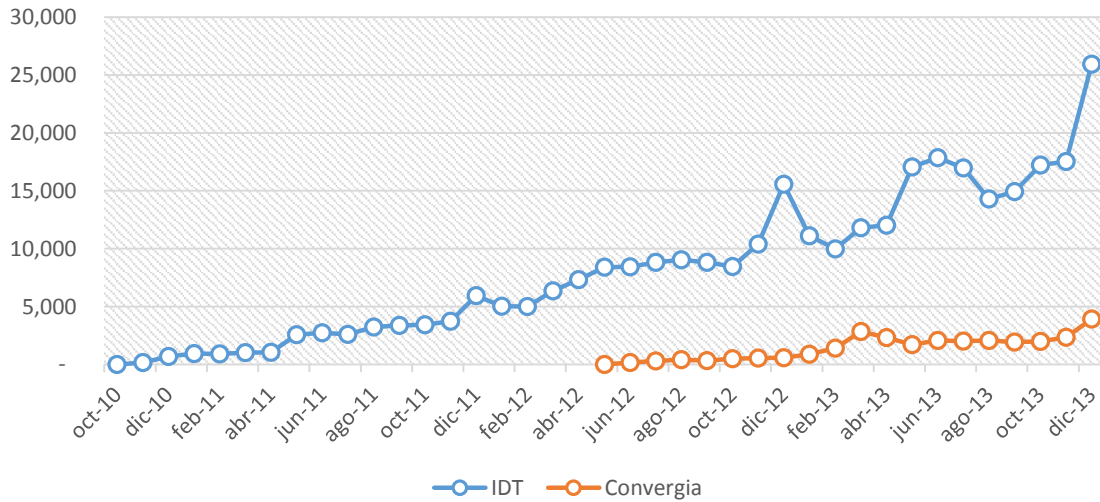
(3) Tarifas establecidas vigentes desde el 01 de marzo de 2011.

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

Fuente: GPRC - Osiptel

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

Gráfico N° 25: Evolución del tráfico de IDT y Convergencia en la red prepago de Telefónica Móviles, en minutos

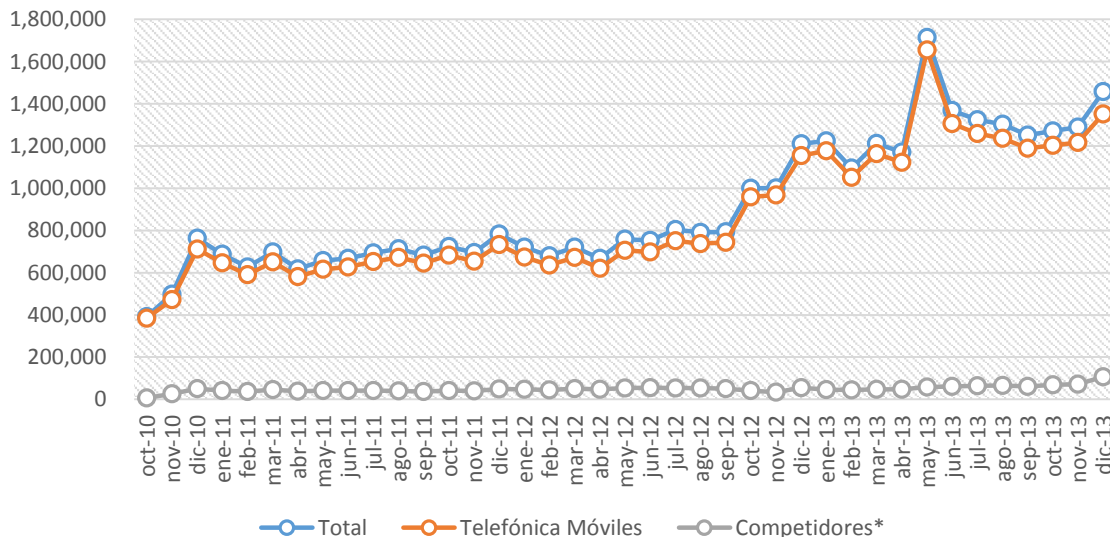


Fuente: Empresas operadoras
Elaboración: STCCO - Osiptel

9.4.7.3. Efectos positivos y justificaciones de la conducta

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

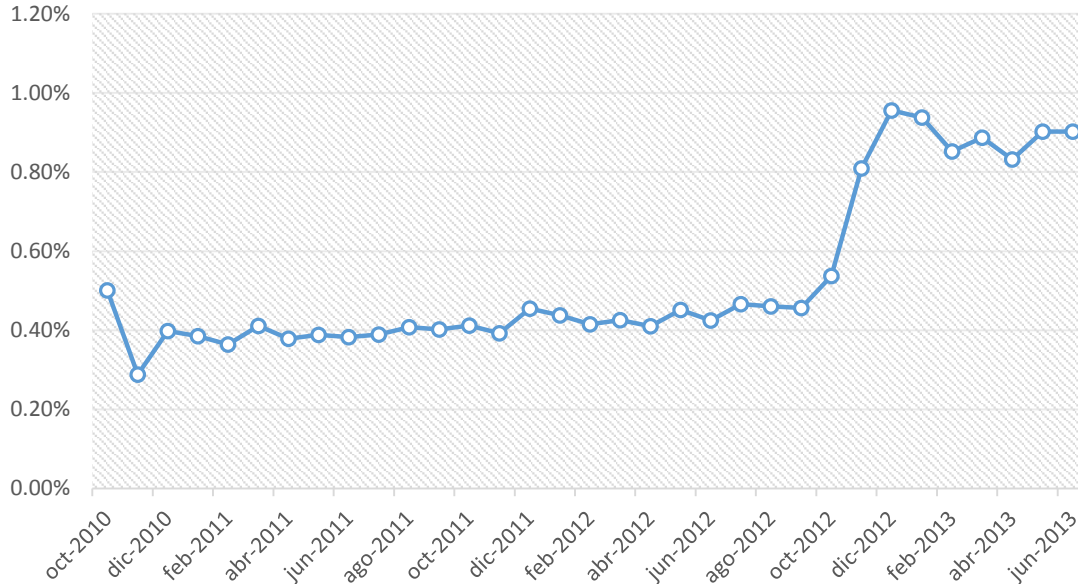
Gráfico N° 26: Evolución del tráfico total del mercado, en minutos



Fuente: Empresas operadoras
Elaboración: STCCO - Osiptel

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

Gráfico N° 27: Número de líneas prepago de Telefónica Móviles con tráfico LDI como porcentaje del total de líneas prepago



Fuente: Empresas operadoras
Elaboración: STCCO - Osiptel

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

De esta manera, pese a que Telefónica Móviles habría estrechado los márgenes de sus competidores, a través de las tarifas a números duados, no se habrían producido efectos anticompetitivos en el mercado, y por el contrario, se observan indicadores positivos en cuanto a tráfico y número de líneas que cursan llamadas de LDI.


9.4.7.4. Balance de efectos anticompetitivos y efectos procompetitivos

Para recomendar la sanción de una conducta anticompetitiva es necesario determinar que los efectos negativos de la misma son superiores a los efectos positivos que puede haber generado.

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

Asimismo, deben tenerse en cuenta los siguientes hechos:

- (i) No se observa una tendencia constante en la reducción de la participación de los competidores, ni a nivel de tráfico ni a nivel de ingresos.

	DOCUMENTO	Nº 032-STCCO/2014 Página 126 de 126
	INFORME INSTRUCTIVO	

- (ii) Tampoco se observa un incremento en la concentración del mercado. Por el contrario, al final del periodo de análisis parece que la concentración muestra una tendencia a la reducción.
- (iii) Se ha incrementado el tráfico de LDI desde móviles prepago en la red de Telefónica Móviles.
- (iv) Se observa que se ha incrementado el número de líneas que realizan llamadas de LDI.

En tal sentido, se observa que los efectos negativos generados por la conducta no son superiores a los efectos positivos que parecen haberse generado. De esta manera, debe concluirse que la conducta de Telefónica Móviles no es anticompetitiva y no debe ser sancionada.

X. RECOMENDACIÓN FINAL

En atención a los fundamentos expuestos en el presente informe se evidencia que, en relación a las ofertas analizadas, Telefónica Móviles no habría incurrido en la conducta anticompetitiva de estrechamiento de márgenes. Ante ello, esta Secretaría Técnica recomienda al Cuerpo Colegiado:

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

Zaret Matos Fernández
Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados