



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor  
de Inversión Privada en  
Telecomunicaciones - OSIPTEL

## TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

### Resolución N° 006-2017-TSC/OSIPTEL (Versión Pública)

**EXPEDIENTE** : 010-2013-CCO-ST/LC

**ADMINISTRADO** : América Móvil Perú S.A.C.

**MATERIA** : Libre Competencia

**APELACIÓN** : Resolución N° 023-2015-CCO/OSIPTEL

**SUMILLA:** *Se declara FUNDADO el Recurso de Apelación presentado por América Móvil Perú S.A.C. contra la Resolución N° 023-2015-CCO/OSIPTEL emitida por el Cuerpo Colegiado el 23 de enero de 2015, que declaró FUNDADO el procedimiento administrativo sancionador iniciado de oficio contra América Móvil Perú S.A.C. por la presunta comisión de actos de abuso de posición de dominio en la modalidad de estrechamiento de márgenes con efectos exclusorios en el mercado de llamadas de larga distancia internacional y le impuso una multa de 92.3 UIT por la comisión de una infracción; y en consecuencia, REVOCAR dicha resolución en los artículos primero y segundo; en virtud de las razones expuestas en la parte considerativa del presente pronunciamiento.*

Lima, 31 de agosto de 2017

#### VISTOS:

- (i) El Expediente N° 010-2013-CCO-ST/LC.
- (ii) El recurso de apelación presentado por América Móvil Perú S.A.C. (en adelante, AMÉRICA MÓVIL) contra la Resolución N° 023-2015-CCO/OSIPTEL.

#### CONSIDERANDO:

##### I. ANTECEDENTES

1. Con Memorándum N° 228-GPRC/2011 del 8 de setiembre de 2011, la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia (en adelante, GPRC) puso en conocimiento de la Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados (en adelante, ST-CCO), su preocupación sobre, entre otras cosas<sup>1</sup>, las ofertas ofrecidas por AMÉRICA MÓVIL referidas a la "Promoción Prepago 1912", las

<sup>1</sup> También se indicaron las ofertas "Dúo de 6" de Telefónica Móviles S.A. Esta cuestión fue analizada en el Expediente N° 009-2013-CCO-ST/LC.

- cuales en opinión de la GPRC podrían tener efectos anticompetitivos. Ello, luego de que las empresas IDT Perú S.R.L. (en adelante, IDT) y Americatel Perú S.A. (en adelante, Americatel), mediante comunicaciones vía telefónica, expresaran la imposibilidad de replicar tales promociones tomando en consideración los costos que asumirían para brindar el servicio de llamadas Larga Distancia Internacional (LDI) en el marco del "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).
2. Conforme a su función de seguimiento de los distintos mercados de servicios públicos de telecomunicaciones para la detección de prácticas anticompetitivas, la ST-CCO evaluó el mercado LDI en el marco del Reglamento de LLxLL, considerando las tarifas finales en relación a los cargos que las operadoras móviles imponían a los operadores de LDI. Así, entre noviembre de 2011 hasta abril de 2013, la ST-CCO recabó diversa información a fin de evaluar la posible existencia de conductas anticompetitivas en el mercado.
  3. Luego de la evaluación de la información recabada durante la investigación preliminar, la ST-CCO emitió el 27 de agosto de 2013 el Informe N° 043-STCCO/2013 denominado "Investigación Preliminar de Oficio: Presuntas prácticas anticompetitivas en el mercado de llamadas de larga distancia internacional desde teléfonos móviles a través del sistema de llamada por llamada en la modalidad prepago" (en adelante, Informe Preliminar).
  4. De acuerdo a la ST-CCO, la presunta práctica anticompetitiva realizada por AMÉRICA MÓVIL consistiría en un "estrechamiento de márgenes" con posibles efectos exclusorios, verificable en la diferencia entre los cargos mayoristas para la provisión del servicio de llamadas LDI desde los operadores móviles prepago y las tarifas finales que esta empresa establece en el mercado. Al respecto, esta diferencia podría generar problemas de competencia ya que para los operadores de larga distancia sería muy difícil replicar de forma rentable las ofertas de AMÉRICA MÓVIL. Esta posible afectación a la dinámica competitiva también podría haber generado una afectación indirecta al bienestar del consumidor.
  5. Mediante Resolución N° 001-2013-CCO/OSIPTTEL del 12 de septiembre de 2013, el Cuerpo Colegiado (en adelante, CCO) dispuso el inicio de un procedimiento de oficio en contra de AMÉRICA MÓVIL por la presunta realización de actos de abuso de posición de dominio en la modalidad de estrechamiento de márgenes con efectos exclusorios en el mercado de llamadas de LDI desde teléfonos móviles prepago a través del sistema de llamada por llamada (sistema de LLxLL), conducta tipificada en los artículos 10.1 y 10.2 literal h) del Decreto Legislativo N° 1034 - Ley de Represión de las Conductas Anticompetitivas (en adelante, LRCA).<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas

**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:  
(...)

6. Con escrito N° 3 de fecha 28 de octubre de 2013, AMÉRICA MÓVIL presentó sus descargos. Posteriormente, mediante escrito N° 10 del 11 de junio de 2014 y escrito N° 12 del 11 de agosto de 2014, complementó los argumentos de sus descargos durante el período de la Etapa de Investigación<sup>3</sup>.
7. Luego de la evaluación de todas las investigaciones realizadas a partir de iniciado el procedimiento, la ST-CCO emitió el Informe Instructivo N° 031-STCCO/2014 de fecha 22 de agosto de 2014 (en adelante, Informe Instructivo), con lo cual recomendó declarar fundado el procedimiento de oficio iniciado contra AMÉRICA MÓVIL por haber incurrido en un estrechamiento de márgenes con efectos exclusorios en el mercado de LDI desde teléfonos móviles prepago a través del sistema de LLxLL, lo cual constituye un abuso de posición de dominio, infracción tipificada en los artículos 10.1 y 10.2, literal h) de la LRCA.
8. Con fecha 28 de agosto de 2014, a través de la Resolución N° 013-2014-CCO/OSIPTEL, el Cuerpo Colegiado dispuso, entre otros, poner en conocimiento de AMÉRICA MÓVIL el Informe Instructivo, otorgándosele un plazo de quince (15) días hábiles para presentar sus alegatos.
9. El 23 de noviembre de 2014, mediante Resolución N° 014-2014-CCO/OSIPTEL, previa solicitud efectuada por AMÉRICA MÓVIL con su escrito N° 13 de 17 de setiembre del 2014, el Cuerpo Colegiado resolvió: (i) conceder una ampliación de treinta (30) días hábiles solicitados por AMÉRICA MÓVIL para presentar sus comentarios y alegatos; (ii) disponer que la Secretaría Técnica procediera a atender el pedido de acceso a las hojas de cálculo e información de sustento empleados para realizar el test de estrechamiento de márgenes y la elaboración de los gráficos incluidos en el Informe Instructivo, y (iii) permitir el acceso a AMÉRICA MÓVIL a la información pública contenida en el CD presentado por IDT (folios 1114 al 1118).
10. Mediante escrito N° 14 de fecha 7 de noviembre de 2014, AMÉRICA MÓVIL presentó sus comentarios y alegatos al Informe Instructivo. Adicionalmente, solicitó se le concediera el uso de la palabra por el tiempo suficiente para que sus representantes y asesores puedan sustentar su posición.
11. El 9 de diciembre de 2014 se llevó a cabo el Informe Oral ante el Cuerpo Colegiado<sup>4</sup>, siendo así que AMÉRICA MÓVIL reiteró los argumentos expresados contra el Informe Instructivo, haciendo énfasis en el cuestionamiento al mercado relevante y en su propuesta de un test de estrechamiento de márgenes alterno al de la Secretaría Técnica, que demostraría que no habría incurrido en una conducta ilícita.

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

<sup>3</sup> Mediante Resolución N° 002-2013-CCO/OSIPTEL, el Cuerpo Colegiado resolvió, entre otras cuestiones, dar inicio a la Etapa de Investigación a cargo de la Secretaría Técnica por un plazo de ciento ochenta (180) días calendario, computados desde la notificación de la resolución de inicio del procedimiento. Este plazo fue prorrogado por la Resolución N° 006-2014-CCO/OSIPTEL del 12 de mayo de 2014 y la Resolución N° 009-2014-CCO/OSIPTEL del 11 de junio de 2014.

<sup>4</sup> El informe oral fue programado inicialmente para el 3 de diciembre, no obstante, a solicitud de AMÉRICA MÓVIL fue reprogramado para el 9 de diciembre.

12. Mediante Resolución N° 023-2015-CCO/OSIPTEL del 23 de enero de 2015, el CCO emitió su decisión final en el procedimiento en el siguiente sentido:
- a. Declaró fundado el procedimiento de oficio iniciado en contra de AMÉRICA MÓVIL, por la presunta comisión de actos de abuso de posición de dominio en la modalidad de estrechamiento de márgenes con efectos exclusorios en el mercado de llamadas de larga distancia internacional desde teléfonos móviles prepago a través del sistema de LLxLL, promovida con sujeción a los artículos 10.1 y 10.2 literal h) de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
  - b. Sancionó a AMÉRICA MÓVIL con una multa de 92.3 UIT, por la comisión de una infracción grave.
13. Los principales fundamentos de la Resolución N° 023-2015-CCO/OSIPTEL por medio de la cual el CCO declaró FUNDADO el presente procedimiento de oficio fueron principalmente los siguientes:
- a. En relación al mercado relevante, el CCO definió al mismo como el acceso a la red de AMÉRICA MÓVIL para la originación de llamadas de LDI a través del sistema de LLxLL a nivel nacional. Al respecto, determinó que los carriers LDI no consideraban como sustitutos el acceso a otras redes para brindar el servicio de llamadas LDI a través del sistema de LLxLL a los usuarios del servicio móvil prepago de AMÉRICA MÓVIL, por lo que identificó que el mercado relevante estaba conformado únicamente por el acceso a la red de AMÉRICA MÓVIL para la originación de llamadas de LDI a través del sistema de LLxLL a nivel nacional.
  - b. En relación a la posición de dominio de AMÉRICA MÓVIL en el mercado relevante determinado, se indicó que al ser el único quien podría originar –o permitir la originación– desde su plataforma móvil, AMÉRICA MÓVIL cuenta con posición de dominio. En adición a ello, el CCO consideró relevante indicar que la participación de mercado de AMÉRICA MÓVIL en el servicio de LDI originado en su plataforma móvil nunca fue menor al 90%<sup>5</sup>. Asimismo, el CCO consideró que los altos cargos de acceso a red respecto a las tarifas finales del servicio de llamadas LDI constituían barreras a la entrada estratégicas en sí mismas.
  - c. En relación a la conducta anticompetitiva, el CCO tomó como referencia la metodología del *flagship product* que fuera propuesta por la Comisión Europea para la aplicación de test de estrechamiento de márgenes, que indicaba que se debía analizar la replicabilidad de los productos emblemáticos del operador verticalmente integrado, y no de la oferta completa pues se podrían encubrir subsidios cruzados.
  - d. El CCO determinó que debía analizarse la replicabilidad de las tarifas nominales “Tarifas Especiales a Números Frecuentes” y “Promoción

<sup>5</sup> Ello, a pesar de que de manera posterior a la implementación del sistema de LLxLL, dicha empresa ya no era la única capaz de brindar el servicio de llamadas LDI a sus usuarios del servicio móvil, siendo que los carriers LDI también podían hacerlo accediendo a dicha red.

Prepago 1912", toda vez que las mismas fueron identificadas como relevantes y con potencial anticompetitivo, debido a la magnitud de tráfico que ambas habían generado durante el período investigado.

- e. Se determinó que AMÉRICA MÓVIL habría estrechado los márgenes de los carriers LDI que accedían a su red para brindar el servicio de llamadas LDI a sus usuarios del servicio móvil prepago, mediante las mencionadas tarifas, pues se determinó que las mismas no cubrían los costos asociados en los que los carriers LDI debían incurrir para prestar el mencionado servicio.
  - f. La tarifa "Promoción Prepago 1912" generó efectos negativos sobre la competencia al reducir la participación de mercado de los carriers LDI que accedían a la red de AMÉRICA MÓVIL. Se descartaron los efectos negativos de las "Tarifas Especiales a Números Frecuentes" pues esta promoción se vio desplazada por la "Promoción Prepago 1912", siendo que esta última incluso incrementó el tráfico total LDI prepago de AMÉRICA MÓVIL.
14. El 20 de febrero de 2015, AMÉRICA MÓVIL presentó un recurso de apelación contra la Resolución N° 023-2015-CCO/OSIPTEL (en adelante, la resolución apelada). Asimismo, AMÉRICA MÓVIL solicitó el uso de la palabra, solicitó la confidencialidad de cierta información, y solicitó el acceso, en formato digital, a las hojas de cálculo que se emplearon para realizar el estrechamiento de márgenes aplicado para cada uno de los períodos evaluados en la resolución apelada.
15. Los argumentos de la apelación de AMÉRICA MÓVIL son fundamentalmente los siguientes:
- Sobre el procedimiento:
    - a) No se habrían presentado indicios suficientes de la infracción para más de la mitad del periodo investigado<sup>6</sup>, con lo cual no se le habría dado a AMÉRICA MÓVIL la posibilidad de conocer de manera oportuna los fundamentos de la imputación respecto de una parte del periodo investigado.<sup>7</sup>
    - b) No se habría permitido a AMÉRICA MÓVIL contradecir la metodología aplicada. Esto se debería a que no fue hasta la notificación del Informe Instructivo que habría tomado conocimiento de la metodología aplicada, y no sería hasta la notificación de la Resolución Final del CCO que habrían tomado conocimiento del sustento conceptual de dicha metodología.
    - c) No se habría presentado evidencia que acredite las quejas de los supuestos afectados por la conducta. AMÉRICA MÓVIL señaló que el hecho de que una investigación conducente a la apertura de un procedimiento sancionador se haya iniciado de oficio, no libera a las autoridades del deber de informar al acusado sobre todos los elementos

<sup>6</sup> Comprendido entre diciembre de 2010 hasta octubre de 2013.

<sup>7</sup> Desde enero de 2012 hasta octubre de 2013.

de juicio que fueron tomados en cuenta al momento de determinar la imputación.

- Sobre el análisis:

- d) El CCO habría incurrido en una decisión contraria y violatoria del marco legal al cuestionar indirectamente el valor de los cargos tope de originación y de acceso a plataforma, cobrados por AMÉRICA MÓVIL y sus tarifas promocionales. Debe tenerse en cuenta que el CCO ha sancionado una conducta permitida y aprobada por la regulación. Inclusive, se estaría obligando a fijar un precio mayor por las llamadas de LDI, es decir regulando el precio de un servicio no regulado.
- e) Se habría definido un mercado relevante excesivamente estrecho dejando fuera servicios que constituyen sustitutos del servicio de LDI desde móviles prepago. Esto debido a los siguientes argumentos:
  - (i) No puede definirse el servicio relevante considerando solamente la sustitución en base a las características físicas y técnicas del servicio en cuestión. Por el contrario, debería tomarse como criterio más importante, el punto de vista del consumidor, en relación a los precios y elasticidad de demanda.
  - (ii) Los *carriers* de LDI<sup>8</sup> identifican como sustitutos todos aquellos servicios alternativos<sup>9</sup> que han sido excluidos por el CCO.
  - (iii) No hay justificación legal para negar la posibilidad de que servicios con características distintas puedan ser sustitutos para los usuarios en función de sus precios.
  - (iv) No hay prueba de que la movilidad sea la característica esencial del servicio. El CCO simplemente habría asumido que los usuarios que efectúan llamadas del LDI móvil prepago tienen las mismas características y necesidades que los usuarios de telefonía móvil, pero no habría aportado prueba alguna que lo demuestre.
  - (v) No hay prueba de que los usuarios valoren en especial el atributo de la movilidad para hacer llamadas de LDI, por lo que resulta cuestionable que la exclusión del mercado relevante de servicios que no tienen dicho atributo.
  - (vi) No hay prueba de que los usuarios de LDI móvil prepago no puedan utilizar otros servicios. En ese sentido, la resolución apelada no habría analizado este aspecto, ni demostrado que el usuario no estaría dispuesto a asumir los costos de cambio si se elevaran las tarifas de las llamadas de LDI desde móvil prepago.
  - (vii) No se habría probado que las redes de las empresas operadoras no son sustitutas para los *carriers* de LDI.
  - (viii) No se habría probado que cada red móvil de las empresas operadoras sea un mercado relevante independiente.

<sup>8</sup> IDT, Convergencia y Americatel.

<sup>9</sup> Teléfonos fijos, públicos, locutorios y servicios de comunicaciones por internet.

- f) El análisis de sustitución en el mercado aguas abajo sería incongruente con la delimitación del mercado relevante contenida en la resolución apelada. Esto se debería a que el CCO habría afirmado que la sustitución del insumo en el mercado relevante aguas arriba no depende en modo alguno de la posibilidad de sustitución del servicio final. Sin embargo, se habría evaluado este segundo aspecto dentro de la definición del mercado relevante, contradiciéndose así el CCO al evaluar un aspecto que supuestamente no tiene incidencia sobre la definición del mercado relevante.
- g) Se habría invertido ilegalmente la carga de la prueba en contra de AMÉRICA MÓVIL, toda vez que se le habría exigido probar la existencia de alternativas de sustitución de los servicios, y por consiguiente, probar que no ostenta una posición de dominio; cuando, en realidad, el acreditar si esta cuenta o no con una posición de dominio es obligación del CCO.
- Sobre la metodología:
- h) Se habría descartado sin fundamento la metodología propuesta por AMÉRICA MÓVIL<sup>10</sup>, debido a que el CCO se habría basado en un argumento no atingente referido a que dicha metodología podría permitir conductas anticompetitivas relacionadas a precios diferenciados.
- i) La Resolución Final no habría cumplido los criterios que plantea la metodología elegida<sup>11</sup>, sino que habría sido modificada en su aplicación<sup>12</sup>.
- j) La metodología de *flagship product* o *producto emblemático* utilizada en la Resolución Final no sería aplicable al presente caso, debido a que:
- (i) Es una metodología que no ha sido creada, ni aplicada a casos de libre competencia, sino para contextos regulatorios referidos a servicios de banda ancha, mercado que tiene características totalmente distintas al caso investigado.
  - (ii) Dicha metodología no reflejaría el comportamiento de los agentes, ya que el análisis se limita solamente a los destinos donde la competencia es más agresiva, con lo cual el resultado del test de estrechamiento estaría arbitrariamente sesgado. Esto, toda vez que se estaría excluyendo todos aquellos destinos donde los carriers de LDI tienen la posibilidad de ofrecer tarifas no

<sup>10</sup> En la que se toma en consideración la comparación entre todos los ingresos que percibe la empresa por el negocio de llamadas de LDI desde móviles prepago a través del ingreso promedio por minuto, frente al conjunto de costos que asume para efectuar dichas llamadas imputándosele los cargos de originación y acceso a la plataforma, así como otros valores como el *overhead* y el costo promedio de terminación de llamadas en el extranjero.

<sup>11</sup> Se consideran como "productos emblemáticos" aquellos que en suma representan una participación del 70% de los ingresos de todos los productos del Proveedor Importante en mercado de banda ancha. Además, para identificarlos se debe listarlos en orden decreciente según su participación en los ingresos.

<sup>12</sup> Se consideró los ingresos nominales de los productos más representativos de AMÉRICA MÓVIL; es decir, se tomó en cuenta las tarifas particulares que representan el 50% del tráfico de llamadas de LDI cursadas por la empresa desde su red móvil.

promocionales que permitan que en el agregado sus márgenes sean positivos, como lo son en el agregado para AMÉRICA MÓVIL.<sup>13</sup>

- k) En el supuesto negado de que se admitiera como válida la aplicación modificada de la metodología elegida, esta no determina un estrechamiento de márgenes, ya que no considera la verdadera representatividad de los tráficos de las promociones "Triados y Frecuentes" y "1912".
- Sobre los efectos anticompetitivos:
- l) Se habría cometido una 'ilegalidad' al sancionar una conducta sin acreditar fuera de toda duda razonable que la misma genera efectos negativos para la competencia y el bienestar del consumidor como lo exige la LRCA. En tal sentido, AMÉRICA MÓVIL habría demostrado que las promociones investigadas han generado un incremento considerable en el bienestar del consumidor, las cuales no habrían sido debidamente consideradas.
- m) Rechaza que la existencia de solo 3 carriers sea una consecuencia negativa de la conducta de AMÉRICA MÓVIL, toda vez que no se ha presentado evidencia de que su política de precios haya sido una barrera de entrada para los carriers de LDI.
- n) La resolución final no habría presentado evidencia que demuestre que la disminución en la participación de mercado de los *carriers* de LDI se haya debido a un "traslado" de tráfico hacia AMÉRICA MÓVIL. Por el contrario, la línea de tendencia del tráfico de los carriers de LDI tendría una pendiente positiva que demostraría lo opuesto a lo sostenido en la Resolución impugnada.
- o) La disminución de la correlación del tráfico de Americatel e IDT a través de las redes de AMÉRICA MÓVIL y Telefónica Móviles, no demostraría que las series ya no se mueven de manera relativamente similar. En ese sentido, una correlación de 0.45 sería positiva y moderada, lo que acreditaría que el comportamiento de los carriers de LDI en la red de AMÉRICA MÓVIL no ha estado asociado a la conducta imputada sino a factores diferentes.
- p) Un escenario donde los operadores de larga distancia habrían de tener los mismos resultados en todas las redes móviles no sería un indicador de que AMÉRICA MÓVIL no excluyó con su conducta a dichos operadores. Se basan en que los resultados de tráficos de los *carriers* de LDI en las redes móviles pueden ser distintos debido tanto a la estrategia del operador móvil como de los propios *carriers*.

<sup>13</sup> Así por ejemplo, en el caso de las llamadas a Estados Unidos y Canadá, según la resolución impugnada, se genera un margen positivo de entre 20% y 50%. En este caso, si los *carriers* deciden mantener tarifas cuatro veces más altas que las de AMÉRICA MÓVIL, tendrían un margen de más de 200%; siendo que el hecho de no contar con ofertas similares a las ofrecidas por aquella se debe no a una supuesta práctica de estrechamiento, sino a su estrategia comercial, falta de disposición para reducir sus márgenes y ofrecer tarifas más atractivas al usuario final.



- q) Se estaría desconociendo el efecto beneficioso que las promociones investigadas han tenido en el mercado, pues estas habrían generado un incremento significativo en el consumo de llamadas de LDI a través de móviles.
- r) Se estaría asumiendo sin sustento que en el largo plazo habrá un perjuicio para el consumidor, sin tomar en cuenta que este sería un mercado altamente contestable, en el cual las barreras de entrada son bajas y donde el consumidor cuenta con muchas alternativas económicas ante la salida de un operador.
16. Mediante Resolución N° 024-2015-CCO/OSIPTTEL del 26 de febrero de 2015, el CCO concedió el recurso de apelación presentado por AMÉRICA MÓVIL y dispuso elevar el expediente a la segunda instancia administrativa.
17. Con Oficio N° 009-STTSC/2015 notificado el 30 de marzo de 2015, la Secretaría Técnica Adjunta del Tribunal de Solución de Controversias (en adelante, ST-TSC) remitió en formato digital a AMÉRICA MÓVIL un CD que contiene las hojas de cálculo empleadas por la primera instancia para realizar el test de estrechamiento de márgenes aplicado en la resolución apelada.
18. Mediante carta DMR/CE/N° 879/17 remitida el 8 de mayo de 2017, posteriormente precisada con la carta DMR/CE/N° 1077/17 remitida el 2 de junio de 2017, AMÉRICA MÓVIL presenta evidencia consistente en que Entel Perú S.A. (en adelante, Entel) viene aplicando una serie de ofertas y/o promociones<sup>14</sup> que su representada no puede replicar en la medida que se habría visto obligada a limitar o suspender diversas promociones en el servicio de LDI por lo resuelto en la resolución apelada. Asimismo, a partir de ello, solicita que, a fin de que no se vulnere su derecho de competir en igualdad de condiciones con el resto de operadores móviles en el mercado, se resuelva la apelación presentada a la brevedad posible.
19. El 16 de junio de 2017, AMÉRICA MÓVIL presentó un escrito reiterando argumentos señalados con anterioridad y solicitando un pronunciamiento del Tribunal de Solución de Controversias (en adelante, el Tribunal), en el más breve plazo posible.
20. El 17 de julio de 2017 se llevó a cabo el informe oral ante el Tribunal. En dicho informe AMÉRICA MÓVIL reiteró los argumentos expresados contra la resolución apelada, haciendo énfasis en la inexistencia de efectos anticompetitivos producto de la presunta conducta materia de investigación.
21. Mediante carta DMR/CE/N°1420/17 recibida el 24 de julio de 2017, AMÉRICA MÓVIL presentó una versión impresa de la presentación e informe oral expuestos el 17 de julio ante el Tribunal, así como un anexo impreso con un breve resumen

<sup>14</sup> En particular, se indica la tarifa promocional denominada "Superyapa minutos", la cual, entre otras cosas, otorgaría a sus clientes prepago que realicen recargas de saldo a partir de S/. 3.00, un bono denominado "Minutos todo destino ilimitado" que les permitiría realizar llamadas ilimitadas de larga distancia internacional a Canadá, Chile y Estados Unidos. La promoción se encuentra detallada en el Sistema de Consultas Tarifarias (SIRT) con código TPTM20170000352, vigente para su contratación del 16/04/2017 al 30/04/2017.

de la misma. Por su parte, solicita confidencialidad de parte de la información presentada.

22. El 16 de agosto de 2017, a través de la Resolución N° 003-2017-OSIPTTEL/TSC, el Tribunal resolvió los cuatro (4) recursos de apelación presentados por AMÉRICA MÓVIL contra resoluciones emitidas por el CCO que resolvieron solicitudes de confidencialidad de la información presentada por la empresa durante la tramitación del expediente en primera instancia<sup>15</sup>. Asimismo, mediante Resolución N° 004-2017-OSIPTTEL/TSC, el Tribunal declaró como confidencial parte de la información contenida en la carta DMR/CE/N°1420/17 presentada por AMÉRICA MÓVIL.

## II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

23. El Tribunal considera que corresponde analizar el recurso de apelación presentado por AMÉRICA MÓVIL. Al respecto, las cuestiones en discusión son las siguientes:

(i) Evaluar si existieron transgresiones al procedimiento iniciado contra AMÉRICA MÓVIL.

(ii) Determinar si la resolución apelada ha sancionado una conducta permitida y aprobada por la regulación, vulnerando así el principio de supletoriedad.

(iii) Analizar si AMÉRICA MÓVIL ha incurrido en un abuso de posición de dominio en la modalidad de estrechamiento de márgenes con efectos exclusorios en el mercado de LDI desde teléfonos móviles prepago a través del sistema de LLxLL, con sujeción a los artículos 10.1 y 10.2 literal h) de la LRCA.

(iv) De ser el caso, determinar si corresponde imponer una multa a AMÉRICA MÓVIL por la comisión de actos contrarios a la libre competencia.

## III. ANÁLISIS

### 3.1. Las supuestas transgresiones al procedimiento alegadas por AMÉRICA MÓVIL

#### 3.1.1. La presunta no existencia de indicios suficientes de la infracción para más de la mitad del período investigado

24. En su apelación, AMÉRICA MÓVIL ha señalado que se le acusó de cometer un supuesto estrechamiento de márgenes sin presentar indicios de la infracción para más de la mitad del período investigado, con lo cual no ha tenido la posibilidad de conocer de manera oportuna los fundamentos de la imputación respecto de una parte del período investigado. Al respecto, se indica que solo se habrían presentado indicios de la infracción para el período de diciembre de 2010 a

<sup>15</sup> Estos recursos de apelación fueron elevados al Tribunal mediante Resoluciones N° 005-2014-CCO/OSIPTTEL, N° 012-2014-CCO/OSIPTTEL, 021-2014-CCO/OSIPTTEL y 022-2015-CCO/OSIPTTEL.

diciembre de 2011, mas no para el período comprendido desde diciembre de 2011 a octubre de 2013 en la Resolución de Imputación de Cargos.

25. En particular, la apelante señaló lo siguiente *“si la acusación contra CLARO fue que cometió la misma infracción durante todo el período investigado (diciembre 2010 a octubre 2013) y que la división de este período en dos escenarios sólo fue para fines prácticos, ello no liberaba al CCO de su obligación de presentar al inicio de la investigación (y no al final de esta) los indicios que muestren que el supuesto estrechamiento de márgenes habría ocurrido durante todo el período investigado”*.
26. Asimismo, indica *“(…) Dada la ausencia de indicios de la infracción para todo el período investigado, CLARO no conoció en su integridad los fundamentos que sustentaban la acusación. Esta situación fue señalada expresamente por CLARO desde el inicio del procedimiento, y se ha mantenido durante toda la etapa de investigación.”*
27. En relación a este punto, es necesario evaluar si se presentaron indicios razonables al inicio del procedimiento que sustentaran una tesis verosímil de que AMÉRICA MÓVIL realizó una conducta anticompetitiva de abuso de posición de dominio conforme a la LRCA, en función de los elementos necesarios para su configuración. Al respecto, en la resolución de imputación, el CCO consideró que los tres elementos sobre los cuales debían encontrarse indicios razonables eran:
- (i) La conducta de estrechamiento de márgenes;
  - (ii) La posición de dominio en el mercado relevante; y,
  - (iii) La obtención de un beneficio así como un perjuicio a sus competidores.
28. A partir de ello, el Tribunal determinará si es cierta la afirmación de la apelante en relación a que no conoció en su integridad los fundamentos que sustentaban su acusación. No obstante, previo a este análisis, es preciso reconocer la naturaleza de las resoluciones que dan inicio a los procedimientos sancionadores y el grado de rigurosidad que deben guardar conforme a la etapa que corresponde.
29. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha reconocido la diferenciación entre las exigencias de un auto apertorio en el proceso penal –asimilable a la resolución de inicio- y la sentencia penal –asimilable a la resolución final-, estableciendo lo siguiente:

*“(…) la finalidad del auto apertorio es dar inicio al proceso penal, por lo que no puede exigirse en dicha instancia el mismo grado de exhaustividad en la descripción de los hechos que sí es exigible en una sentencia, que es el momento en el que recién se determina la responsabilidad penal del imputado, luego de haberse realizado una intensa investigación y de haberse actuado las pruebas presentadas por las partes.”<sup>16</sup>*

<sup>16</sup> Sentencia del 4 de agosto de 2011 emitida por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 02657-2011-PHC/TC (Huánuco) seguido por Julio Eloy Feria Zevallos (Fundamento 4).

En la misma línea, la Sentencia de fecha 11 de agosto de 2010 emitida en el Expediente N° 02748-2010-PHC/TC, señala lo siguiente: *“Si bien no puede exigirse que el auto de apertura de instrucción tenga el mismo grado de exhaustividad en la descripción de los hechos y valoración de pruebas que sí sería exigible en una sentencia condenatoria, que es el momento en el que recién se determina la responsabilidad penal del imputado, luego de haber realizado una intensa investigación y de haber actuado las pruebas de cargo y descargo, si es exigible que contenga una suficiente justificación”*

30. En efecto, este Tribunal reconoce que las investigaciones preliminares están orientadas a encontrar los indicios razonables que sustenten el inicio de un procedimiento sancionador, sin que se exija el mismo grado de exhaustividad respecto a los hechos investigados que se requiere en una sentencia condenatoria. En efecto, no se trata de una instrucción completa del caso y de sus responsables, sino solo una indagación con efecto de delimitar mejor los contornos del caso.<sup>17</sup>
31. Partiendo de esta premisa, este Tribunal evaluará si AMÉRICA MÓVIL conoció los fundamentos que sustentaban la imputación. En primer lugar, en relación a la **conducta de estrechamiento de márgenes**, se observa que los indicios razonables de la conducta imputada a AMÉRICA MÓVIL encontrados por el CCO se generaban a partir de la reducción del 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<sup>18</sup>.
32. Al respecto, tomando en cuenta la regulación del cargo de acceso a la plataforma de pago, el CCO dividió en dos períodos la conducta imputada. Por su parte, el Informe Preliminar detalla que previamente a la regulación del cargo de acceso a plataforma de pago, se observó que una muestra de tarifas de AMÉRICA MÓVIL estaba por debajo o muy cerca a la suma de los cargos de originación y acceso a plataforma de pago que estos les cobraban a los operadores de larga distancia. En ese sentido, se señaló que era poco probable que los operadores de larga distancia pudieran replicar de forma rentable las tarifas investigadas.<sup>19</sup>
33. De otro lado, en el mencionado informe se indicó que si bien a partir de la regulación del cargo de acceso a plataforma de pago, los costos de los operadores de larga distancia habrían bajado, los operadores móviles aún tenían margen de actuación respecto a los cargos mayoristas y a sus tarifas finales<sup>20</sup>, siendo así que la potencialidad anticompetitiva persistiría. No obstante, debía investigarse con mayor profundidad el impacto en la reducción de estos costos en las condiciones de competencia en el mercado, y si es que se generaría alguna práctica de efectos equivalentes que persista incluso con la existencia de dicha regulación.
34. En efecto, para este órgano colegiado, el acto constitutivo de la infracción consistía en reducir el margen de ganancia de sus competidoras en el mercado "aguas abajo" de LDI originada desde su red móvil prepago.
35. Por su parte, también se observa que en el Informe Preliminar se identificaron los cargos y tarifas que se evaluarían en conjunto a fin de verificar si es que, a partir de los mismos, se originaba una reducción anticompetitiva al margen de las

de la decisión adoptada, expresando los hechos imputados, así como las pruebas o indicios que vincularían la conducta atribuida a los favorecidos con el delito imputado, situación que como se ha explicado no ha sido cumplido.

<sup>17</sup> MORÓN URBINA, Juan Carlos. "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General", Novena Edición, Lima, Gaceta Jurídica, 2011, pág. 746.

<sup>18</sup> Página 5 de la Resolución de Inicio.

<sup>19</sup> Página 8 del Informe Preliminar.

<sup>20</sup> Página 11 del Informe Preliminar.

competidoras de AMÉRICA MÓVIL. Estos cargos y tarifas que se establecieron durante todo el período investigado, fueron conocidos por AMÉRICA MÓVIL desde el inicio del procedimiento.

36. A partir de ello, se identificaron los indicios razonables de la existencia de la conducta imputada a AMÉRICA MÓVIL. En efecto, de las investigaciones preliminares se observó que AMERICA MOVIL tenía la posibilidad de reducir el margen de ganancia de sus competidores en el mercado de larga distancia internacional<sup>21</sup>, lo cual habría realizado según el CCO.
37. Así, este Tribunal considera que sí se identificaron y se desarrollaron los hechos que acontecieron en el período investigado y que habrían tenido que ser probados con anterioridad a la resolución final del procedimiento. Por su parte, se observa que el CCO y la Secretaría Técnica, en su investigación preliminar, consideraron que se debía investigar con mayor profundidad el impacto de los cambios que ocurrieron durante el tiempo con los cargos en el período investigado, a fin de encontrar la persistencia de los efectos.<sup>22</sup>
38. De otro lado, en relación a la **posición de dominio** en el mercado relevante, cabe indicar que se observa del expediente, que se han identificado y desarrollado los indicios para todo el período investigado (incluidos los dos períodos).
39. Al respecto, en el Informe Preliminar se realizó un análisis para la determinación de mercado relevante, a partir del cual la ST-CCO concluyó 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, determinando que el mercado relevante estaría constituido por el acceso a la red de AMÉRICA MÓVIL para la originación de llamadas de larga distancia internacional a través del sistema de Llamada por Llamada en el segmento prepago. Así, se determinó que AMÉRICA MÓVIL ostentaba posición de dominio en el mercado relevante determinado, toda vez que es el dueño de su red móvil y ello le daba una ventaja significativa respecto de los operadores de larga distancia.<sup>23</sup>
40. Finalmente, respecto a los indicios sobre el **beneficio obtenido o el perjuicio a competidores**, cabe señalar que estos sí fueron conocidos por AMÉRICA MÓVIL en la Resolución de Inicio, la misma que se basó en el Informe Preliminar.
41. Al respecto, en el Informe Preliminar se analizó la distribución y evolución del tráfico LDI de AMÉRICA MÓVIL y de los operadores de larga distancia que operaban en su red móvil prepago, información a partir de la cual la STCCO señaló que AMÉRICA MÓVIL habría mantenido más del 90% de participación del tráfico LDI generado en su red durante el primer período y parte del segundo, así como

<sup>21</sup> Ello en su calidad de empresa verticalmente integrada que le provee a los carriers el insumo esencial en el "mercado aguas arriba" (acceso a su plataforma móvil) y puede imponer el costo de dicho insumo a las empresas con las que compete en el mercado "aguas abajo", además de reducir los precios al usuario final en dicho mercado. Véase páginas 11 a la 13 del Informe Preliminar.

<sup>22</sup> Ver página 14 del Informe Preliminar

<sup>23</sup> Todos los indicios se desarrollan en las páginas 15 - 21 del Informe Preliminar y las páginas 7-11 de la Resolución de Inicio.

que el tráfico LDI en la red móvil prepago de AMÉRICA MÓVIL no creció desde la implementación del sistema de LLxLL.

42. En ese sentido, el CCO concluyó que los mencionados indicios eran suficientes en relación a los efectos de la presunta conducta de AMÉRICA MÓVIL, toda vez que ésta dificultaba la permanencia de sus competidores en el mercado de llamadas LDI en su red prepago móvil. Al respecto, el CCO señaló que no era necesario evidenciar que los operadores de larga distancia hayan sido expulsadas del mencionado mercado, sino únicamente que se evidencie la afectación al proceso competitivo y por lo tanto una reducción de la eficiencia económica.<sup>24</sup>
43. Al respecto, este Tribunal considera importante resaltar que, no se ha afectado el derecho de defensa y contradicción de AMÉRICA MÓVIL en cuanto conocía a lo largo del procedimiento y desde el inicio del procedimiento de oficio: los cargos y tarifas que estarían generando la conducta imputada (una reducción del margen de ganancia de los competidores a partir de los cargos y tarifas planteadas) durante todo el período investigado y los posibles efectos que genera este tipo de conducta.
44. En ese sentido, no es cierto que AMÉRICA MÓVIL no conoció en su integridad los fundamentos que sustentaban la acusación. Por el contrario, AMÉRICA MÓVIL conoció los hechos e indicios razonables identificados en el inicio del procedimiento de oficio, que le permitieron ejercer su derecho de defensa desde el mismo: la reducción de márgenes a partir de los cargos y tarifas que se le dieron a conocer desde la resolución de imputación, la imputación realizada conforme a la LRCA en torno a los elementos configurantes del tipo infractor, así como el período investigado.
45. Adicionalmente, incluso si se considerara lo indicado por AMÉRICA MÓVIL en su apelación, no se habría vulnerado la capacidad de contradicción de AMÉRICA MÓVIL en el presente procedimiento, en la medida que luego con el Informe Instructivo se sustentaron de manera más exhaustiva los indicios identificados al inicio del procedimiento de oficio. No se varió la imputación ni se extendió el período investigado, por el contrario, conforme a la evidencia encontrada luego del inicio del procedimiento, se descartó parte del período investigado y una tarifa que fuese materia de investigación preliminar.
46. A partir de ello, este Tribunal considera que AMÉRICA MÓVIL conoció de forma oportuna los fundamentos de la imputación realizada por el CCO y que, a pesar de que los mismos fueron desarrollados de una manera más exhaustiva con la emisión del Informe Instructivo, contó con un plazo razonable para contradecir todos y cada uno de los fundamentos de la imputación en su contra. Conforme a ello, conoció de manera oportuna los fundamentos de la imputación para el período investigado y no se evidencia el estado de indefensión alegado por la apelante.

<sup>24</sup> Ver página 22 del Informe Preliminar.

### 3.1.2. El presunto impedimento de AMÉRICA MÓVIL a contradecir la metodología específica

47. AMÉRICA MÓVIL señala en la página 4 de su escrito de apelación lo siguiente: *“Se ha impedido que CLARO conozca la metodología y el tipo de test de estrechamiento de márgenes que se ha utilizado para evaluar la conducta investigada”*. Por su parte, indica que recién habría tomado conocimiento de la metodología de análisis de estrechamiento de márgenes que se le está aplicando con la notificación del Informe Instructivo.
48. De otro lado, también indica que recién en la resolución final el CCO decidió poner en conocimiento de la empresa cuál era el sustento conceptual de tal metodología, y que este (la recomendación de la Comunidad Europea) debió ponerse en conocimiento de AMÉRICA MÓVIL desde el inicio de la investigación.
49. Al respecto, como se señaló en el punto anterior, para el CCO, el acto constitutivo de la infracción fue señalado como la reducción del margen de ganancia de sus competidoras en el mercado “aguas abajo” de LDI originada desde su red móvil prepago. El test de estrechamiento consistiría en analizar la relación entre las tarifas “aguas arriba” (cargos investigados) y las tarifas minoristas identificadas en la instrucción, para acreditar finalmente si hubo una reducción del margen de ganancia para los competidores que no permitiera replicar las tarifas “aguas abajo” establecidas por AMÉRICA MÓVIL.
50. Asimismo, a partir del acto constitutivo antes señalado se observa que se desarrollaron los indicios razonables que sustentaron –al inicio del procedimiento– la tesis verosímil de que AMÉRICA MÓVIL realizó una conducta de abuso de posición de dominio, en función de los elementos necesarios para su configuración: la posición de dominio en el mercado relevante, la realización de la conducta de estrechamiento de márgenes, y la obtención de un beneficio así como un perjuicio a sus competidores. Estos tres requisitos se tendrían que verificar en el procedimiento para acreditarse la conducta ilícita.
51. En general, este Tribunal considera que, dentro de la etapa de investigación se puede incorporar información o elementos probatorios que fundamenten de manera más específica y exhaustiva el análisis de instrucción realizado al inicio del procedimiento de oficio con la información recabada durante la etapa preliminar. En efecto, esto puede ocurrir durante el desarrollo de la investigación dentro del procedimiento en tanto no se alteren de manera significativa los términos establecidos al inicio del procedimiento. Al respecto, se observa del expediente que no se ha modificado la imputación ni los elementos configurantes del tipo infractor ni el período investigado.
52. Sin perjuicio de ello, se observa que, a partir de esta información y documentación que fue siendo recabada por la Secretaría Técnica dentro del procedimiento, como la misma AMÉRICA MÓVIL indica en su escrito de apelación<sup>25</sup>, se desarrolló una metodología específica para evaluar el estrechamiento de márgenes a partir de la

<sup>25</sup> En la página 5, se señala lo siguiente: *“Sin perjuicio de ello, la ST efectuó varios requerimientos de información a los que CLARO tuvo que responder desconociendo cómo iba a ser utilizada tal información (...).”*

información recabada en el presente procedimiento, la cual se expone en la siguiente ilustración incluida en el Informe Instructivo:

**Ilustración 1: Criterios para la determinación de una tarifa que estrecha los márgenes**



Elaboración: ST-CCO – Osiptel

Fuente: Resolución N° 023-2015-CCO/OSIPTEL

53. Conforme al Reglamento de Controversias<sup>26</sup>, la etapa de investigación sirve para recabar toda la información que se estime necesaria para el esclarecimiento de los hechos y que, inclusive, se puede conocer nueva evidencia que sustente con certeza lo señalado en la instrucción del procedimiento. Así, se cumple con el Principio de Verdad Material<sup>27</sup> que debe guiar todo procedimiento administrativo. La utilización de la metodología referida en la Ilustración 1, elaborada a partir de dicha información y evidencia encontrada durante la etapa de investigación, es la que viene siendo cuestionada por AMÉRICA MÓVIL.
54. Al respecto, cabe indicar que el uso de metodologías y tests es muy frecuente en los casos referidos a infracciones a la normativa de libre competencia. Se pueden utilizar para esclarecer los hechos imputados en un caso, para verificar o descartar la comisión de una práctica anticompetitiva, como fundamento adicional para la imposición o graduación de una sanción antitrust, así como otras circunstancias, dependiendo del caso en concreto.
55. En el presente caso, la metodología planteada es un razonamiento a partir del cual se busca esclarecer la imputación realizada al instruirse el procedimiento en la medida que conlleva a verificar los hechos sustentados por la Secretaría Técnica y el CCO durante el procedimiento sobre uno de los elementos configurantes de la conducta (la verificación del estrechamiento de márgenes). Esta metodología planteada en el Informe Instructivo, brinda la oportunidad a AMÉRICA MÓVIL para ejercer su derecho de contradicción, tal como en efecto lo hizo.
56. De otro lado, es preciso resaltar que, a partir de información que fue recabada durante la Etapa de Investigación, se confirmó que las tarifas que estaban siendo

<sup>26</sup> Reglamento de Controversias

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

<sup>27</sup> TUO de la Ley N° 27444- LPAG

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:

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



evaluadas en el presente procedimiento y que reducían los márgenes de ganancia de los competidores resultaban ser "las más representativas" y por ende, significativas y susceptibles de generar un impacto en la competencia y en el mercado.

57. En efecto, de una revisión del expediente, este Tribunal observa que la ST-CCO habría encontrado esta "significancia" o "representatividad" en relación a las tarifas que fueron identificadas en la instrucción, a fin de evidenciar si la conducta imputada podía ser potencialmente anticompetitiva. No obstante, ello no modificaría los elementos configurantes de la conducta ilícita ni los indicios encontrados a partir de la instrucción.
58. Adicionalmente, en relación a lo indicado por AMÉRICA MÓVIL sobre que recién en la resolución final se puso en su conocimiento cuál era el sustento conceptual de tal metodología, ello no resulta conforme a lo evidenciado en el Informe Instructivo. El hecho de que en la resolución final se haya precisado que la metodología se respalda a partir de una recomendación de la Comunidad Europea vigente desde setiembre de 2013<sup>28</sup>, no significa que el Informe Instructivo (es decir, cuando se presenta la metodología que esclarece los hechos y fundamentos imputados en la instrucción del caso) no desarrolle de lo que trata y lo que se utiliza en la metodología implementada, ni los fundamentos para utilizarse en el presente caso.
59. Contrario a lo argumentado por AMÉRICA MÓVIL, este Tribunal observa del Informe Instructivo el porqué de la utilización de la metodología de "representatividad" planteada. Así, se señala lo siguiente en la página 119 y 120 del Informe Instructivo:

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

*De esta manera, si las ofertas investigadas representan una parte importante del tráfico a LDI desde móviles de América Móvil, efectuados a través de este operador móvil, entonces se tendrá evidencia de que esta estrategia fue efectiva para asegurar el tráfico de América Móvil y desplazar a los competidores, al generar ofertas que no permiten márgenes de ganancia positivos."(El subrayado es nuestro).*

60. Finalmente, al haberse notificado la metodología al detalle con el Informe Instructivo, AMÉRICA MÓVIL tuvo la oportunidad de contestar la misma en un plazo razonable<sup>29</sup> e incluso fundamentar su propia metodología previo a la resolución final de primera instancia. Como señala la propia apelante, "(...) en su

<sup>28</sup> Ésta recomendación se puede ver en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013H0466&from=EN>

<sup>29</sup> De una revisión del expediente, este Tribunal observa que el Informe Instructivo fue emitido el 22 de agosto de 2014, y AMÉRICA MÓVIL tuvo la oportunidad de presentar sus alegatos y comentarios al Informe Instructivo el 7 de noviembre de 2014. Incluso, previamente a la presentación de sus alegatos realizaron un informe oral ante el Cuerpo Colegiado.

escrito de alegatos CLARO demostró las insuficiencias y errores de la metodología de la ST (...)<sup>30</sup>.

61. En ese sentido, este Tribunal considera que no se habría vulnerado el debido procedimiento ni vulnerado el derecho de defensa de AMÉRICA MÓVIL en el presente caso.

### **3.1.3. Sobre la falta de notificación de las supuestas quejas por los carriers de LDI**

62. AMÉRICA MÓVIL indica que “no se le notificaron las quejas presentadas por las empresas operadoras de larga distancia por la conducta que habrían sido el origen de la investigación materia del presente procedimiento, ni pudo conocer el contenido de las mismas, a pesar que sirvieron de base para que se dé inicio al presente procedimiento”.
63. Asimismo, indica lo siguiente: “El hecho de que una investigación conducente a la apertura de un procedimiento sancionador se haya iniciado de oficio, no libera a las autoridades del deber de informar al acusado sobre todos los elementos de juicio que fueron tomados en cuenta al momento de determinar la imputación (...). La falta de evidencia que acredite las quejas de los supuestos afectados por la conducta cuestiona directamente la legitimidad de la Resolución apelada”.
64. Al respecto, de una revisión exhaustiva del expediente, este Tribunal no encuentra referencias para señalar que las quejas previas al comienzo de las investigaciones preliminares hayan sido el sustento para la imputación o para que se dé el inicio al presente procedimiento<sup>31</sup>. Las motivaciones que pudiera tener el órgano instructor para comenzar su investigación preliminar no pueden ser cuestionadas por el administrado, siendo lo relevante en la instrucción que se desarrollen los elementos de juicio que son tomados en cuenta para la determinación de la imputación.
65. Adicionalmente a ello, cabe indicar que lo señalado por las empresas operadoras de LDI durante la etapa de investigaciones preliminares y luego de iniciado el procedimiento, ha sido conocido por AMÉRICA MOVIL y lo relevante para el caso ha sido expuesto por la Secretaría Técnica en su Informe Instructivo. En ese sentido, la información de los supuestos afectados recopilada durante el procedimiento consta en el expediente y –acredite o no lo imputado en primera instancia- no generaría un cuestionamiento a la legitimidad de la resolución apelada, como libremente indica AMÉRICA MÓVIL.
66. En conclusión, las quejas o información previa a las investigaciones preliminares de la Secretaría Técnica que no fueron tomadas en cuenta como elementos de juicio o fundamentos de la imputación no tendrían por qué ser notificadas a las partes del procedimiento. Asimismo, la información recabada de las empresas

<sup>30</sup> Inclusive durante la etapa de investigación, AMÉRICA MÓVIL cuestionaba la información solicitada y el análisis que venía realizando la ST-CCO. En efecto, el Informe Instructivo plasma las consideraciones de América Móvil, en relación a que la metodología utilizada en el análisis del estrechamiento de márgenes, respecto a la comparación de costos y tarifas que fue hecha sobre la base de tarifas nominales, resultaba arbitraria. Al respecto, incluso sugirió que se considere la Tarifa Promedio Ponderado Implícita y no la Tarifa Nominal.

<sup>31</sup> Los indicios que sustentan la imputación se encuentran recogidos en los numerales del 31 al 42.

operadoras de LDI durante la etapa de investigaciones preliminares que haya sustentado la imputación ha sido puesta en conocimiento de AMÉRICA MÓVIL. En tal sentido, este Tribunal considera que las afirmaciones señaladas por AMÉRICA MÓVIL en relación a este punto no tienen sustento en lo evidenciado del expediente.

### 3.2. Sobre la competencia de las instancias de solución de controversias para el análisis del presente caso

67. En su escrito de apelación, AMÉRICA MÓVIL ha señalado que el pronunciamiento del CCO sobre la conducta que se le imputa, involucra cuestionar sus decisiones que se encuentran cubiertas por el marco legal y regulatorio. En síntesis, los fundamentos esbozados por la empresa son los siguientes:
- (i) *Los cargos de originación y acceso a plataforma de AMÉRICA MÓVIL están regulados. Así cuente con libertad respecto al cobro, no se puede objetar si cobra el tope máximo.*
  - (ii) *Las tarifas LDI a través de móviles prepago no se encuentran reguladas, por lo cual no se puede obligarse a AMÉRICA MÓVIL a fijar un precio mayor.*
68. En ese sentido, AMÉRICA MÓVIL considera que no puede considerarse ilícita la diferencia entre cargos y tarifas, ni debido al cobro de los cargos tope (porque este cobro está permitido por la regulación) ni debido al cobro de las tarifas investigadas (porque se estaría regulando el precio de un servicio no regulado).
69. A fin de analizar el primer argumento expuesto por AMÉRICA MÓVIL, corresponde determinar los alcances del **principio de supletoriedad**, para luego determinar sus implicancias en el caso.
70. De conformidad con la normativa vigente, el OSIPTEL es el encargado de la aplicación en el sector de las telecomunicaciones de las normas que velan por la libre competencia, la LRCA. Por tanto, el OSIPTEL tiene la función de investigar y sancionar las infracciones a dicho cuerpo normativo y, en el cumplimiento de dicha labor, debe tomar en consideración el principio de supletoriedad, recogido en diversas normas.
71. El artículo 3 de la LRCA señala que aquella conducta que es consecuencia de lo dispuesto en una norma legal se encuentra fuera de su ámbito de aplicación, por lo que el cuestionamiento a dicha norma se realizará mediante las vías correspondientes y no ante la autoridad de competencia<sup>32</sup>.

<sup>32</sup>Decreto Legislativo N° 1034

Artículo 3.- 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.

72. Asimismo, el artículo 250 del Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por el Decreto Supremo N° 020-2007-MTC, aclara 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 competencia<sup>33</sup>.
73. Por otra parte, el artículo 12 del Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por DS N° 020-2007-MTC, indica que las normas de libre competencia son supletorias a las disposiciones normativas y/o regulatorias que dicte el OSIPTEL en el ámbito de su competencia y que, en caso de conflicto, primarán las disposiciones dictadas por el OSIPTEL<sup>34</sup>.
74. 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 N° 701 (hoy, LRCA)<sup>35</sup>.
75. De otro lado, los Lineamientos de Libre Competencia en Telecomunicaciones (en adelante, los Lineamientos)<sup>36</sup> precisan de manera más específica los alcances del principio de supletoriedad. Al respecto:

*Si bien el punto de partida es la aplicación de la normativa específica del sector- entendiéndose dentro de esta al marco regulatorio específico-, las instancias de solución de controversias del OSIPTEL aplicarán las normas de libre competencia en aquellos casos en que las conductas investigadas no estén cubiertas por la regulación sectorial, es decir, cuando la regulación no ha desplazado la aplicación de las normas de libre competencia.*

*El desplazamiento de las normas de libre competencia puede operar de manera explícita cuando la regulación sectorial así lo señale. Ello sucederá, por ejemplo, si al momento de regular una conducta específica, se dispone que no se aplique la ley de libre competencia a dicho supuesto. En sentido inverso, si la normativa específica del sector*

<sup>33</sup>Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones  
Artículo 250.- Prohibición de las prácticas empresariales restrictivas de la libre competencia  
En lo que no esté previsto en la Ley y el Reglamento, en lo referido a la prohibición de las prácticas empresariales restrictivas de la libre competencia, se aplicarán las disposiciones legales vigentes sobre prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia.

<sup>34</sup>Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL  
Artículo 12.- Principio de Supletoriedad  
Las normas de libre competencia son supletorias a las disposiciones normativas y/o regulatorias que dicte el OSIPTEL en el ámbito de su competencia.  
En caso de conflicto primarán las disposiciones dictadas por el OSIPTEL.

<sup>35</sup>Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones del Perú  
111. Para la promoción y preservación de la libre y leal competencia en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, los órganos competentes del Sector aplicarán la normativa sectorial específica y, supletoriamente, en cuanto sean pertinentes, las disposiciones de los Decretos Legislativos N°s. 701 y 807, las del Decreto Ley N° 26122 y disposiciones modificatorias, complementarias, ampliatorias y conexas.

<sup>36</sup> Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Represión de Conductas Anticompetitivas en el Ámbito de las Telecomunicaciones, aprobados mediante Resolución N° 006-2016-TSC/OSIPTEL.

establece que dicho régimen es independiente de la responsabilidad que se pudiese generar por infracciones a otros marcos normativos, como las normas de libre competencia, si corresponderá analizar dicha conducta bajo ambos marcos normativos.

Entre los aspectos claves que se deben ponderar a fin de determinar cuándo resultan de aplicación las normas de libre competencia, deben considerarse de manera conjunta, los siguientes criterios: (i) si la conducta investigada ha sido compelida o aprobada por la agencia regulatoria o si esta ha sido el resultado de una conducta no supervisada, por ejemplo, una decisión comercial, (ii) cuál es el rol del regulador 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.

76. Asimismo, los Lineamientos también señalan:

*En el análisis del posible conflicto entre la aplicación de las normas de libre competencia y la política regulatoria sectorial, también corresponde analizar cuál es el margen de actuación con el que cuentan las empresas. De este modo, se procura evitar que las empresas operadoras se enfrenten a mandatos irreconciliables entre la decisión regulatoria y la decisión de la agencia de competencia.*

77. A partir de lo señalado en la normativa vigente, el sustento adicional de lo desarrollado en los Lineamientos<sup>37</sup> y lo que se evalúa en el presente procedimiento, este Tribunal considera analizar en conjunto: si con la regulación de cargos se aprueba la conducta de AMÉRICA MÓVIL, si el regulador supervisa o ha aprobado la conducta conforme a las normas legales y si la aplicación de la normativa de libre competencia en el presente caso colisiona con la regulación de cargos (o con la “no regulación” de la tarifa final LDI al usuario final).

78. Para ello, es importante evaluar si AMÉRICA MÓVIL tiene un margen de actuación para fijar sus tarifas, tanto en los cargos que cobra a los que carriers LDI que acceden a su plataforma prepago para originar llamadas LDI “aguas arriba”, como las tarifas en el mercado “aguas abajo” a sus usuarios LDI finales.

79. Es preciso señalar que, en la modalidad prepago, los principales costos asociados a la prestación del servicio móvil LDI son el cargo de originación en la red móvil, el cargo de acceso a plataforma de pago y el cargo de terminación en la red del extranjero. Si bien este último no se encuentra regulado, este no es fijado por las operadoras móviles, siendo que cada carrier LDI negocia estos cargos con las operadoras, según país de destino. En cambio, en relación al cargo de originación y el cargo de acceso a plataforma de pago, como bien señala AMÉRICA MÓVIL estos se encontraban regulados durante el período investigado.

80. Ello también ha sido reconocido por el CCO en la resolución apelada<sup>38</sup>. En el caso del cargo de originación, durante todo el período investigado (primer y segundo período), el mismo se encuentra regulado. Por su parte, en relación al cargo por acceso a la Plataforma de Pago se encontraba regulado para el segundo período

<sup>37</sup> Que ha sido desarrollado en procedimientos de controversias resueltos con anterioridad a la emisión de los Lineamientos, como es el caso del Expediente N°005-ST-CCO/LC, referido al procedimiento de oficio contra Telefónica del Perú por la comisión de ventas atadas.

<sup>38</sup> Páginas 35 y 36 de la resolución apelada.

investigado. Ahora bien, estos cargos son tope (también denominados “price cap”), establecidos regulatoriamente como monto máximo a cobrar a los operadores de LDI<sup>39</sup>. Ello es importante en la medida que AMÉRICA MÓVIL tiene la libertad de decidir el cargo que considere conveniente sin excederse del “cargo tope” establecido por el regulador.

81. De otro lado, como bien señala AMÉRICA MÓVIL, la tarifa final al usuario prepago móvil que accede a los servicios LDI no se encuentra regulada. Ello, también ha sido reconocido por el CCO en la resolución apelada. Ante esta no regulación del precio “aguas abajo”, es decir, la tarifa final LDI al usuario móvil prepago, AMÉRICA MÓVIL tiene total margen de actuación a fin de fijar la tarifa que considere conforme a su estrategia a pesar de los cargos tope impuestos por la regulación.
82. Por su parte, es importante identificar lo que se analiza en el presente procedimiento de oficio: si la diferencia entre el precio mayorista de los insumos esenciales (acceso) y el precio del servicio final en competencia es capaz de generar un estrechamiento de márgenes con efectos exclusorios. En efecto, lo que se ha evaluado por parte del CCO –y ahora en segunda instancia por este Tribunal- es que AMÉRICA MÓVIL pueda estar generando efectos anticompetitivos mediante un estrechamiento de los márgenes de sus competidores en el mercado LDI.
83. En ese sentido, no se pretende evaluar los cargos establecidos en el mercado mayorista ni modificarlos. Tampoco se pretende fijar un precio o una tarifa LDI, en la medida que dicha tarifa es de libre fijación por parte de la empresa LDI.
84. Ahora bien, es cierto que para poder evaluar esta conducta presuntamente anticompetitiva –el estrechamiento de márgenes- es necesario evaluar los cargos en conjunto con las tarifas LDI establecidas por AMÉRICA MÓVIL, porque el objeto del presente procedimiento es identificar si las estrategias de la empresa influyen en el margen de ganancias de sus competidoras de tal manera que no puedan replicar la oferta de la operadora móvil.
85. Verificada la libertad de actuación de la empresa, cabe señalar que el hecho de que una empresa no cobre un cargo menor al monto tope no implica necesariamente que el titular de la infraestructura –en este caso de la plataforma móvil- incurra en una práctica anticompetitiva. Los operadores de telecomunicaciones regulados por el sistema de “cargos tope” pueden elegir el cargo a aplicar a sus competidores dentro de ese margen, sin incumplir las obligaciones impuestas por las normas de libre competencia.
86. Los órganos colegiados del OSIPTEL han señalado en procedimientos anteriores que son competentes para pronunciarse sobre prácticas anticompetitivas aun cuando uno de los precios materia de análisis se encuentre regulado<sup>40</sup>, sin que

<sup>39</sup> En caso, se considerara excederse de dicho monto estaría contraviniendo lo señalado por la regulación.

<sup>40</sup> Resolución N° 008-2005-CCO/OSIPTEL de fecha 11 de marzo del 2005, en relación al Expediente N° 001-2005-CCO-ST/LC.

ello signifique que se deba modificar tal regulación sobre un cargo en particular. Así, no se puede asumir que por existir una regulación general esto implicase la no evaluación de la conducta a través de las normas de competencia. Dependerá del caso en concreto que se evalúe si es que la regulación desplaza una evaluación bajo el marco de la LRCA.

87. En el presente caso, lo que corresponde es una evaluación de la replicabilidad de las tarifas LDI de AMÉRICA MÓVIL por parte de sus competidores LDI quienes acceden a su plataforma móvil. Este análisis de replicabilidad no se evalúa en el ámbito regulatorio.
88. Asimismo, el OSIPTEL en cuanto a su rol de supervisión sobre el cumplimiento de los cargos topes, deberá evaluar y de ser el caso buscar un remedio cuando detecte que una empresa operadora está aplicando cargos de interconexión mayores a los cargos topes aprobados. Ello no genera un conflicto ni contradicción con la aplicación de las normas de competencia para la conducta investigada, dado el margen de libertad de actuación de las empresas ya indicado.
89. Por su parte, se observa que ninguna de las normas o disposiciones previstas por la regulación referida, podría verse alterada o modificada por la aplicación de las normas de libre competencia al presente caso (estrechamiento de márgenes). Así, este Tribunal considera que no existe una colisión entre lo que las instancias de solución de controversias evalúen y decidan en este caso y las decisiones regulatorias establecidas por el OSIPTEL como agente regulador<sup>41</sup>.
90. En conclusión, luego de una evaluación de la resolución apelada, el Tribunal considera que el presente procedimiento no contraviene el marco legal regulatorio, en la medida que lo que viene siendo evaluado es la conducta de estrechamiento de márgenes que AMÉRICA MÓVIL habría realizado dentro de su margen de actuación. La regulación de los cargos por la originación de llamadas y por el acceso a la plataforma de pago así como la no regulación de la tarifa final LDI, no condiciona o induce a AMÉRICA MÓVIL a realizar la conducta materia de evaluación en el presente procedimiento.

### 3.3. Sobre la conducta imputada a AMÉRICA MÓVIL

91. La conducta imputada en el presente procedimiento a AMÉRICA MÓVIL consiste en la comisión de un acto de abuso de posición de dominio en la modalidad de estrechamiento de márgenes, con posibles efectos de exclusión en el mercado de LDI desde teléfonos móviles prepago. Al respecto, se observa que no existe una modalidad específica de abuso de posición de dominio mediante un "estrechamiento de márgenes", no obstante ello, corresponde su evaluación bajo el marco general de la figura de abuso de posición de dominio así como su cláusula abierta. Así, la evaluación de la conducta de AMÉRICA MÓVIL se ha

*"En tal sentido, las instancias de solución de controversias resultarían competentes, en virtud del Decreto Legislativo 701, para evaluar la justificación de precios diferenciados por prestaciones equivalentes, aun cuando uno de los precios materia de análisis pueda encontrarse regulado". (el resaltado es nuestro)*

<sup>41</sup> Tanto así que la información que da origen al inicio de las investigaciones proviene mediante un memorándum del área regulatoria. Ello evidencia que la supervisión de este tipo de conductas no la hace el OSIPTEL como organismo regulador, sino que requiere un análisis ex post como agencia de competencia.

enmarcado dentro de lo que establece el Artículo 10.1 y el literal h) del artículo 10.2 de la LRCA.

92. En consecuencia, se debe verificar lo siguiente en el presente procedimiento:
- (i) Que AMÉRICA MÓVIL ostente una posición de dominio en el mercado relevante;
  - (ii) Que la conducta evaluada en el procedimiento pueda ser considerada una práctica de estrechamiento de márgenes. Es decir, que AMÉRICA MÓVIL haya reducido los márgenes de ganancia de sus competidores LDI que acceden a su plataforma móvil prepago; y,
  - (iii) Que dicha conducta perjudique a sus competidores, siendo pasible de producir efectos exclusorios, entendido por exclusión no solamente la salida de algún competidor del mercado, sino también el debilitamiento del proceso competitivo.

93. Verificándose estos 3 elementos configurantes de la conducta de estrechamiento de márgenes anticompetitivo, luego correspondería ponderar los efectos negativos que se generan a la competencia y al bienestar del consumidor sobre los efectos positivos y/o eficiencias en el mercado a fin de determinar si la conducta realizada por AMÉRICA MÓVIL es sancionable conforme a la LRCA<sup>42</sup>.

94. Al respecto, AMÉRICA MÓVIL ha presentado sus argumentos para cada elemento configurante determinado y analizado en la resolución apelada. Seguidamente, se procederán a evaluar los argumentos relacionados a la determinación del mercado relevante y la posición de dominio de AMÉRICA MÓVIL identificada en el presente procedimiento.

### 3.3.1. Determinación de posición de dominio: sobre el mercado relevante y mercado afectado

95. En su escrito de apelación, AMÉRICA MÓVIL señala que el CCO habría definido un mercado relevante excesivamente estrecho, dejando fuera servicios que constituyen sustitutos del servicio de LDI desde móviles prepago. Al respecto, AMÉRICA MÓVIL indica lo siguiente: *"Claro ha explicado que no puede definirse el servicio relevante considerando solamente la sustitución en base a las características físicas y técnicas del servicio en cuestión, como pretende el CCO, y que el criterio más importante para definir si existen alternativas razonables desde el punto de vista del consumidor es más bien el de los precios y elasticidad de demanda."* Asimismo, señala que *"... no hay justificación legal para negar la posibilidad de que servicios con características distintas puedan ser sustitutos para los usuarios en función de sus precios."*

96. Al respecto, cabe mencionar que el CCO determinó que el mercado relevante debía diferenciarse del mercado afectado, toda vez que el primero se define en el

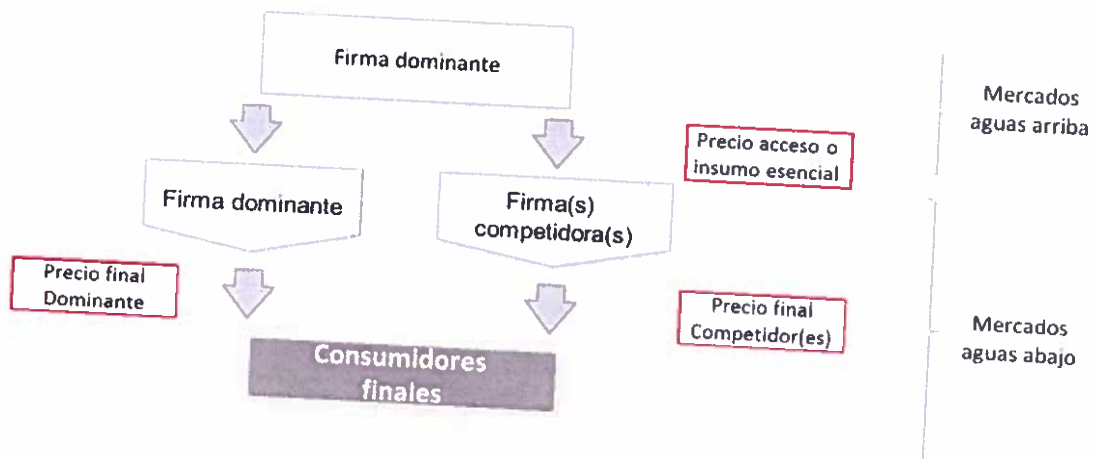
<sup>42</sup> Ello en la medida que las conductas de abuso de posición de dominio son prohibiciones relativas:  
DL 1034

Artículo 9.- Prohibición relativa.-  
En los casos de prohibición relativa, para verificar la existencia de la infracción administrativa, la autoridad de competencia deberá probar la existencia de la conducta y que ésta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores. (el subrayado es nuestro)



mercado aguas arriba, donde se demandan los insumos esenciales para la operación del mercado minorista (la originación de llamadas y el acceso a la plataforma de pago); y el segundo, en el mercado aguas abajo, donde se genera la demanda de servicios LDI que hace que se requiera el insumo esencial aguas arriba. A efectos de graficar la situación de hecho de estos mercados involucrados en la conducta, corresponde presentar la siguiente ilustración que desarrolló el CCO en la resolución apelada:

**Ilustración 2: Estrechamiento de márgenes**



Fuente: Resolución Final del CCO

97. Bajo este escenario es que el CCO definió el mercado relevante como el acceso a la red de AMÉRICA MÓVIL para la originación de llamadas de LDI a través del sistema de LLxLL a nivel nacional, y al mercado afectado como el mercado de llamadas de LDI desde la red prepago de AMÉRICA MÓVIL a nivel nacional.
98. Así, previamente a analizar los argumentos de AMÉRICA MÓVIL, el Tribunal considera preciso indicar que, a su entender, un caso de estrechamiento de márgenes se da cuando un operador verticalmente integrado ofrece aguas arriba un insumo esencial a quienes son sus competidores en el mercado aguas abajo, y lo hace a un precio tal que no les permite a estos replicar las tarifas que dicho operador ofrece en este último mercado.
99. Al respecto, en el análisis de este tipo de conductas siempre están involucrados dos mercados, uno aguas arriba y otro aguas abajo, siendo que el mercado relevante debe definirse en el mercado *aguas arriba*, toda vez que es ahí donde los competidores del operador verticalmente integrado pueden conseguir el insumo esencial que les va a permitir operar en el mercado *aguas abajo*; mientras que el mercado afectado sería el mercado *aguas abajo*, donde se presta el servicio final al usuario<sup>43</sup>. Es en este último donde se evidenciarían los efectos de la

<sup>43</sup> Este tipo de análisis es bastante común en los casos referidos a los mercados de telecomunicaciones donde las empresas concurrentes son operadoras verticalmente integradas. Recientemente en una investigación realizada por la Comunidad Andina se hizo esta diferenciación en relación al mercado "aguas arriba", como mercado relevante del caso, y el "mercado aguas abajo", como mercado afectado. Un extracto de la Resolución N° 1935 de fecha 3 de julio del 2017, que resuelve la investigación solicitada por las empresas Internexa S.A. e Internexa Perú S.A., por supuestas prácticas de abuso de posición de dominio previstas en

conducta, al observarse los precios finales que tanto el operador verticalmente integrado como sus competidores están en la posibilidad de ofrecer.

100. En ese contexto, consideramos que la mayoría de argumentos de AMÉRICA MÓVIL en relación a la definición del mercado relevante, estarían más bien dirigidos a la determinación del mercado afectado, y este Tribunal considera pertinente analizarlos de acuerdo a ello, toda vez que el mercado aguas abajo (mercado afectado) tiene incidencia en el mercado relevante, tal como se ha evidenciado en diversos casos a nivel internacional<sup>44</sup>, al ser ahí donde los competidores brindan el servicio final para el cual requieren el insumo que el operador verticalmente integrado ofrece en el mercado aguas arriba (mercado relevante). Por su parte, los argumentos que se encuentran orientados a refutar la definición de mercado relevante y la posición de dominio de la empresa, serán evaluados conforme corresponde.
101. Los argumentos de AMÉRICA MÓVIL están dirigidos básicamente al hecho de que el CCO no habría incluido servicios tales como teléfonos fijos, teléfonos públicos, locutorios y servicios basados en protocolo IP, dentro del mercado "afectado", debido a que no son sustitutos de uso del servicio de llamadas LDI desde móviles, y que dada esa determinación no consideraron relevante el análisis por el lado de precios que a su entender es el más relevante.
102. Cabe señalar que para la determinación del mercado afectado, de acuerdo a lo señalado por la LRCA y los Lineamientos, este Tribunal ha evidenciado que el CCO analizó el grado de sustituibilidad de los servicios considerando los siguientes niveles: (i) en un primer nivel los sustitutos físicos, es decir, todos aquellos servicios que presentan características similares desde el punto de vista de los consumidores; y (ii) en un segundo nivel, un análisis de los precios, indagando si los consumidores estarían dispuestos a cambiarse hacia alguno de dichos productos si se produjese un incremento pequeño, pero significativo y permanente en el precio del servicio analizado.
103. Así, este Tribunal ha evidenciado que el CCO realizó el análisis del grado de sustituibilidad de cada uno de los posibles sustitutos del servicio de llamadas LDI desde la red móvil, a saber, telefonía fija, telefonía pública, locutorios, cabinas de internet, llamadas LDI entrantes, y llamadas LDI a través de otras redes móviles, determinando que en términos de características y uso, ninguno de ellos podría ser considerado sustituto del servicio en cuestión, dado que su nivel de penetración, disponibilidad y acceso no se comparan a los que el usuario evidencia cuando hace uso del servicio móvil para realizar llamadas LDI. Así también, el CCO descartó que las llamadas LDI entrantes pudieran ser consideradas sustitutas de las llamadas LDI originadas por un usuario del servicio móvil, toda vez que las primeras no necesariamente se dan en el momento en el que el usuario lo requiere, siendo que para que ello sea así, era preciso una

los literales e) y g) del artículo 8 de la Decisión 608 por parte de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP, es el siguiente:

"(...) En tal virtud a continuación se determina cuál es la participación de los competidores en el mercado "aguas arriba" en el que, según las solicitantes CNT EP presuntamente abusa de su posición de dominio y se analizan los efectos de la posible posición de dominio de CNT EP en el mercado "aguas abajo". (El subrayado es nuestro).

<sup>44</sup> Op. Cit. 43

coordinación previa.

104. Asimismo, este Tribunal ha evidenciado que el CCO analizó los precios de los servicios sobre los cuales se realizó el análisis de sustituibilidad en función a características y uso, determinando que aunque los precios de estos eran significativamente menores que los correspondientes a las tarifas analizadas en el procedimiento, el tráfico de llamadas LDI desde móviles mantuvo una tendencia creciente desde 2009, mientras que el tráfico LDI generado en teléfonos fijos (preselección y llamada por llamada), y locutorios, mantuvo una tendencia decreciente, y el generado en teléfonos públicos se habría estancado hacia el final del período analizado (aunque estuvo creciendo entre el año 2011 y 2012). En ese sentido, el CCO determinó que, aunque los precios de los servicios que podrían ser considerados sustitutos del servicio de llamadas LDI desde móviles prepago hayan sido menores que los de este último, los usuarios que usan su servicio móvil para realizar llamadas LDI no habrían mostrado preferencia por ellos, demostrando así que los usuarios se resisten a cambiar dicho medio.
105. Por lo tanto, este Tribunal ha evidenciado que el CCO habría realizado ambos análisis, el de sustitución física y el de precios, a partir de los cuales desestimó que los servicios mencionados por AMÉRICA MÓVIL debieran ser considerados sustitutos del servicio de llamadas LDI desde móviles.
106. De otro lado, AMÉRICA MÓVIL señala en su escrito de apelación que los *carriers* de LDI<sup>45</sup> identifican como sustitutos todos aquellos servicios alternativos<sup>46</sup> que han sido excluidos por el CCO. Al respecto, AMÉRICA MÓVIL señala lo siguiente: *“Existe evidencia en el expediente de que los propios carriers de LDI consideran que el servicio que ofrecen desde móviles prepago enfrenta fuerte competencia de servicios alternativos (teléfonos fijos, teléfonos públicos, locutorios, servicios basados en protocolo IP). Siendo afirmaciones que provienen de quienes conocen el mercado a la perfección y son los supuestamente afectados por la conducta investigada, su testimonio debería haber tenido una especial consideración por parte del CCO. Sin embargo, se ha decidido no tomar en cuenta la opinión de los carriers de LDI”*.
107. Al respecto, este Tribunal considera pertinente manifestarse sobre algunas de las conclusiones a las que el CCO habría llegado a partir del análisis de sustitución física de los servicios telefonía fija, telefonía pública, locutorios, cabinas de internet, llamadas LDI entrantes, y llamadas LDI a través de otras redes móviles.
108. Primero, este Tribunal considera que la valoración de las características físicas de cada servicio y del precio que ofrecen, varía de acuerdo al tipo de llamada que el usuario pretende realizar. En ese sentido, la decisión del usuario respecto de qué servicio usar para realizar llamadas LDI, puede no ser la misma en cualquier caso. Sobre este aspecto, el Tribunal considera que las llamadas LDI pueden ser de distintos tipos, de acuerdo principalmente al grado de necesidad de comunicarse con alguien.

<sup>45</sup> IDT, Convergencia y Americatel.

<sup>46</sup> Teléfonos fijos, públicos, locutorios y servicios de comunicaciones por internet.

109. En ese contexto, por ejemplo, un usuario puede valorar más la característica “disponibilidad”, y menos, la característica “precio”, en aquellos momentos en los que surge la necesidad de comunicarse con alguien, de modo que considere únicamente utilizar su teléfono móvil, que aunque se sabía más caro para llamadas LDI que el resto de posibles servicios<sup>47</sup>, está disponible en cualquier momento que el usuario requiera hacer una llamada.
110. Cabe mencionar que ciertamente en escenarios como los descritos, los usuarios podrían hacer uso también de servicios alternativos, sin embargo, ello conllevaría una reducción en la utilidad que percibirían. Así, la utilidad que le generaría utilizar su teléfono móvil sería mayor al que le generaría el hacer uso de servicios alternativos (telefonía fija, teléfonos públicos, cabinas de internet), pues el primero le permitiría un acceso inmediato a la llamada, mientras que los otros le demandarían un esfuerzo adicional.
111. Lo contrario podría suceder en aquellos casos en los que el usuario requiere realizar una llamada no urgente y más extensa, toda vez que probablemente valore más la característica “precio” y menos la característica “disponibilidad”, al ser una llamada que pudo haber sido planeada con anticipación por el usuario, o para la cual el usuario puede esperar hasta encontrar un medio alternativo más barato. Así, en estos casos, el usuario puede elegir entre los servicios más baratos para hacer llamadas LDI, pero que no están disponibles en todo momento, tales como los locutorios, teléfonos públicos, cabinas de internet, o la telefonía fija (de disponer del servicio). Cabe precisar que en estos casos, para un usuario sería preferible usar un servicio cuyo precio por minuto sea menor, dado que hablaría más pudiendo haber elegido con anticipación un locutorio o teléfono público en particular para realizar la llamada.
112. Sobre el particular, Galetovic y Sanhueza (2008)<sup>48</sup>, exponen un modelo sencillo en el que se explica la diferencia en los excedentes que un consumidor obtendría al utilizar su teléfono móvil y su teléfono fijo ante una situación en la que surge la necesidad de realizar una llamada. Así, en el citado documento se demuestra que hacer una llamada a través del teléfono fijo, cuando surge la necesidad, implica esperar y trasladarse hacia el mismo, lo cual disminuye el valor de la llamada. El modelo supone que cada llamada se caracteriza por una distancia “d” entre el teléfono móvil y el teléfono fijo, siendo que esa distancia puede representar distancia física, tiempo o incluso la molestia sufrida al levantarse de la cama para llegar a la línea fija o de sacar la libreta de teléfonos para buscar el número, factores que permiten definir tipos de llamadas. Sobre el particular, el modelo demuestra que efectivamente los tipos de llamadas pueden determinar que, en algunos casos, para el consumidor ambos servicios si resulten sustitutos, dados determinados precios, pero en otros no. Así, el modelo concluye que aunque la telefonía fija no podría ser considerada un sustituto perfecto de la telefonía móvil en cualquier caso, sí lo es en el margen, es decir, ante aquellas llamadas en las que “d” es cero, o en las que da lo mismo esperar hasta estar al lado del teléfono fijo. Cabe mencionar que también concluye que a tarifas iguales el consumidor

<sup>47</sup> Fuente: OSIPTEL – Oferta Comercial Residencial. Disponible en <https://www.osiptel.gob.pe/articulo/entrar-a-oferta-comercial-residencial-a-enero-2011>

<sup>48</sup> Galetovic, Alexander y Sanhueza, Ricardo, “Sustitución móvil-fijo y la liberalización de las telecomunicaciones en Chile”, 2008.

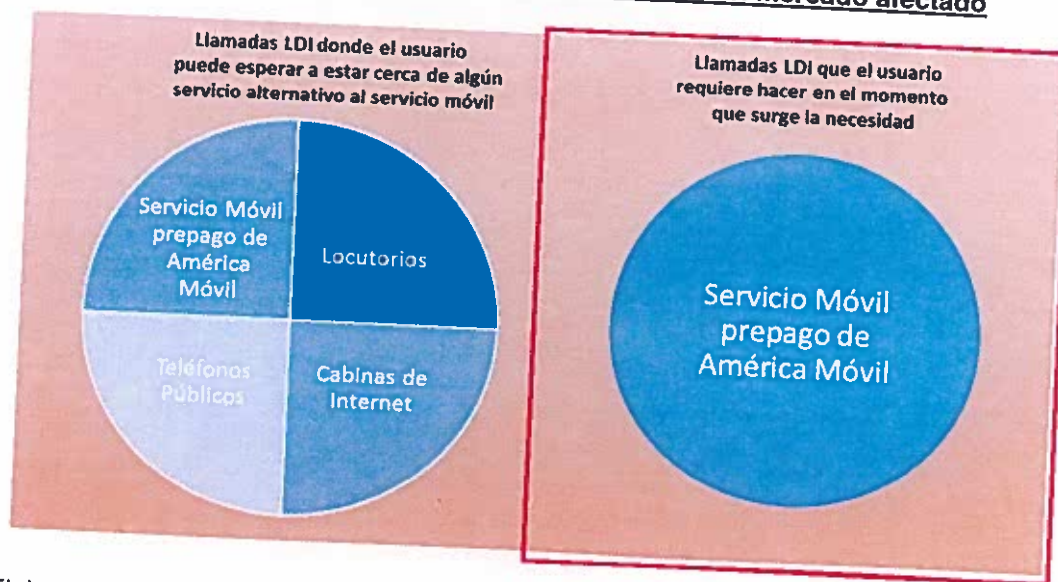
siempre prefiere llamar por móvil, y que es posible que una llamada móvil sea bastante más cara por minuto que una llamada por teléfono fijo pero que aun así convenga hacerla por móvil.

113. El citado modelo podría extenderse hacia más servicios alternativos a la telefonía móvil y particularmente en relación a las llamadas LDI, siendo que las conclusiones serían las mismas, pues lo relevante es que existen tipos de llamadas, las mismas que pueden determinar si dichos servicios pueden resultar sustitutos o no.
114. Así, se evidencia que existen escenarios en los que los usuarios del servicio móvil prepago de AMÉRICA MÓVIL, efectivamente, pueden considerar a la telefonía fija, los teléfonos públicos y locutorios, como sustitutos de dicho servicio para realizar llamadas LDI. Al respecto, cabe precisar que en el caso particular de la telefonía fija, el nivel de sustitución se ve limitado por el hecho de que el nivel de acceso a dicho servicio es reducido -la densidad de telefonía fija durante el año 2013 era de 10.5, es decir, de cada 100 habitantes, solo 10.5 tenían líneas de telefonía fija en servicio-<sup>49</sup>, con lo cual pocos usuarios hubieran podido considerar como sustituto de su servicio móvil, a la telefonía fija, mientras que en el caso de los teléfonos públicos o cabinas de internet, aunque su distribución era limitada, pensar en ellos como sustitutos no hubiera sido imposible.
115. Sin embargo, este Tribunal considera que, aun cuando existen escenarios en los cuales los usuarios efectivamente pueden considerar que su servicio móvil prepago presenta sustitutos para realizar llamadas LDI, lo cierto es que también existen escenarios en los cuales los usuarios podrían valorar únicamente las características disponibilidad y movilidad, como cuando surge la necesidad de hacer una llamada LDI y no es posible esperar a conseguir un servicio alternativo, escenario en el cual terminan desestimando a los posibles sustitutos.
116. De otro lado, AMÉRICA MÓVIL alega que *“No hay prueba de que la movilidad sea la característica esencial del servicio. El CCO simplemente habría asumido que los usuarios que efectúan llamadas del LDI móvil prepago tienen las mismas características y necesidades que los usuarios de telefonía móvil, pero no ha aportado prueba alguna que lo demuestre.”* Así, para AMÉRICA MÓVIL resulta cuestionable la exclusión del mercado relevante de servicios que no tienen dicho atributo.
117. Al respecto, de acuerdo a lo expuesto previamente, el Tribunal considera que existen escenarios en los cuales los usuarios requieren realizar llamadas LDI exactamente en el momento en el que les surge la necesidad, siendo que sólo utilizarían su teléfono móvil debido a sus atributos de disponibilidad y movilidad. No obstante, también ha identificado escenarios en los cuales los atributos disponibilidad y movilidad no son los más valorados por los usuarios para realizar una llamada LDI, en la medida que pueden estar en la posibilidad de buscar un servicio alternativo para satisfacer su necesidad. Así, no se considera que dichos atributos deban calificarse como esenciales del servicio de llamadas LDI desde móviles en cualquier caso, sino sólo en algunos escenarios.

<sup>49</sup> Fuente: Estadísticas de la página web del OSIPTEL. Disponible en: <https://www.osiptel.gob.pe/articulo/15-densidad-de-lineas-en-servicio-por-departamento>

118. Asimismo, AMÉRICA MÓVIL señala en su escrito de apelación, lo siguiente: "No hay prueba de que los usuarios de LDI móvil prepago no puedan utilizar otros servicios". En ese sentido, indica que "La sustitución en todos estos casos depende de los costos que estaría dispuesto a asumir el usuario ante un incremento del precio de las llamadas LDI móvil prepago. La Resolución Final no ha analizado este aspecto ni menos aún demostrado que el usuario no estaría dispuesto a asumir los costos de cambio si se elevaran las tarifas de las llamadas de LDI desde móvil prepago."
119. Al respecto, tal como se ha evidenciado previamente, existen escenarios en los cuales los usuarios podrían considerar como sustitutos de su servicio móvil prepago a los mencionados servicios alternativos, para realizar llamadas LDI, siendo que estarían dispuestos a asumir los costos que implicaría acceder a ellos cuando sus precios son menores a los correspondientes al del servicio móvil.
120. En ese sentido, dado todo lo expuesto hasta el momento, el Tribunal considera que la determinación del mercado afectado realizado por el CCO es correcta, siendo que este está definido como el mercado de llamadas LDI desde la red prepago móvil de AMÉRICA MÓVIL. De otro lado, de ampliar el mercado afectado e incluir como sustitutos de las llamadas de LDI desde la red móvil prepago de AMÉRICA MÓVIL, en cualquier caso, a los teléfonos públicos, locutorios y cabinas de internet, se estaría obviando los escenarios en los cuales los usuarios de internet, se estaría obviando los escenarios en los cuales los usuarios de AMÉRICA MÓVIL no encuentran mayor sustituto que su servicio móvil prepago para hacer llamadas LDI. Al respecto, el siguiente diagrama expone de manera gráfica cuál sería el mercado afectado descrito previamente:

**Ilustración 3: Esquema para la determinación del mercado afectado**



Elaboración: ST-TSC

121. Por otro lado, en su escrito de apelación, AMÉRICA MÓVIL señaló que "No se ha probado que las redes no sean sustitutas para los carriers de LDI" y que "cada red móvil sea un mercado relevante independiente".

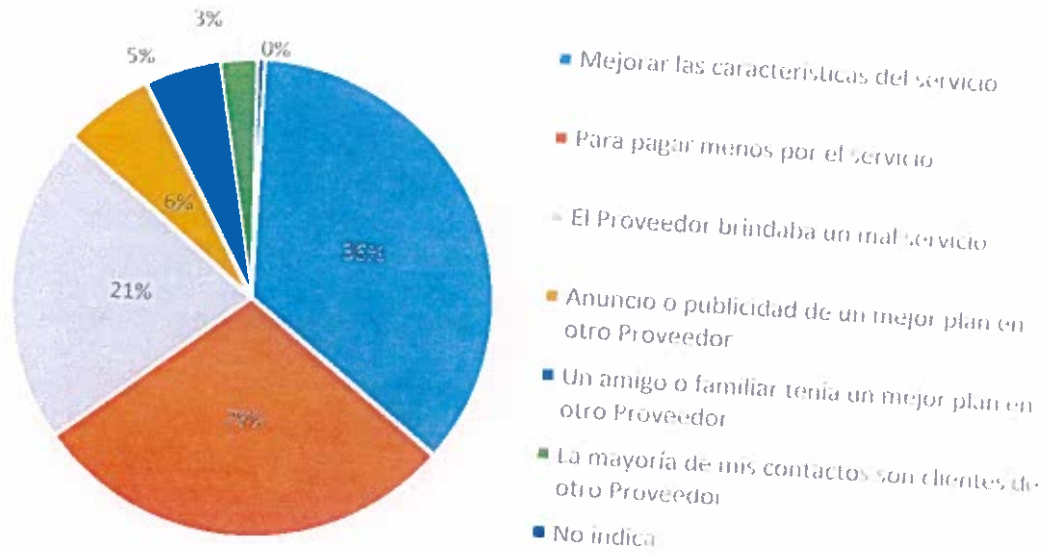
122. Sobre el particular, este Tribunal considera que lo señalado por AMÉRICA MÓVIL está en relación a la determinación del mercado relevante, por lo que lo analizará de acuerdo a ello.
123. Al respecto, cabe mencionar que la implementación del sistema de LLxLL promovida por el OSIPTEL<sup>50</sup>, tenía por objetivo lograr que dentro de cada red móvil hubiera competencia por brindar el servicio de llamadas LDI, dado que previamente los usuarios del servicio móvil que querían realizar llamadas LDI desde su móvil, sólo podían hacerlo a través de su mismo operador. Así, luego de la mencionada implementación, se permitió que operadores de nicho brinden este servicio accediendo a las redes móviles.
124. En tal sentido, no debería ser necesario que los carriers LDI accedan sólo a algunas redes móviles y a partir de ellas buscar usuarios de las redes a las cuales no accedió, aun cuando captar dichos usuarios sea posible, toda vez que para los carriers LDI debería ser factible acceder a todas las redes móviles.
125. Así, vale decir que si para un carrier no es conveniente acceder a una red móvil, sino que es preferible acceder a las demás y a partir de ellas captar los usuarios móviles de la red a la que no accedió, ello evidenciaría que la competencia en esa red se estaría limitando. Lo anterior se traduce finalmente en mayores costos para el carrier, toda vez que sería más costoso para él atender a los usuarios de la red a la que no accedió, pues tendría que esperar a que estos migren a las redes a las que sí tiene acceso.
126. En efecto, para los carriers LDI resulta importante acceder a todas las redes móviles de un país, toda vez que con ello estarían accediendo a todos los usuarios del servicio móvil. Así, las redes móviles de cara a los carriers LDI serían complementarios y no sustitutos, por lo que la determinación del mercado relevante debe reflejar ello, delimitándose al acceso a cada red móvil.
127. De otro lado, cabe analizar si para los carriers resultaría fácil lograr que los usuarios de una red migren a otra en función a lo atractivo que puede ser su servicio de llamadas LDI. Ello sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, en relación a que para los carriers debería ser factible acceder a todas las redes móviles.
128. Al respecto, el Tribunal considera que para que un usuario del servicio móvil considere cambiar de operador, evalúa una serie de factores, dentro de los cuales las tarifas de las llamadas LDI no resultarían ser un factor determinante. Así, cabe mencionar que la Encuesta ERESTEL 2015<sup>51</sup> del OSIPTEL, incluyó preguntas relacionadas a las razones que motivaron a los usuarios a cambiar de operador móvil, obteniéndose que las principales primeras razones para pensar en cambiarse de operador son "Mejorar las características del servicio" y "Para pagar

<sup>50</sup> 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"

<sup>51</sup> Tanto el cuestionario, como los resultados y bases de datos, están disponibles en la página web del OSIPTEL: <https://www.osiptel.gob.pe/documentos/erestel-2015>

menos por el servicio". El detalle de los resultados se observan en el siguiente gráfico.

**Gráfico 1: Primer motivo por el que pensaron cambiar de Proveedor de telefonía móvil - ERESTEL 2015**



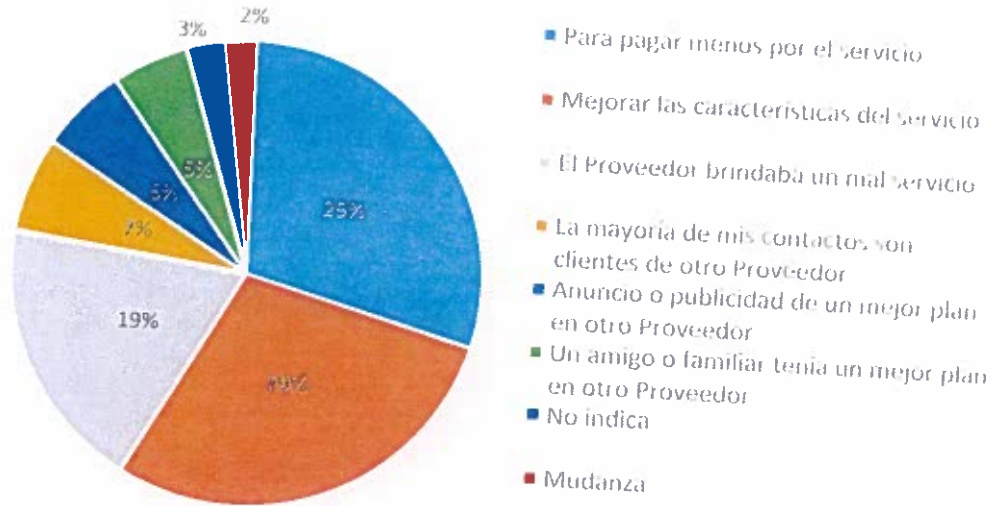
Fuente: Base de datos de ERESTEL 2015  
Elaboración: ST-TSC

129. Asimismo, en relación a las razones que motivaron a que los usuarios que pensaron en cambiar de Proveedor del servicio móvil, efectivamente lo hagan, resaltan nuevamente los factores "Para pagar menos por el servicio" y "Mejorar las características del servicio", aunque en orden de importancia inverso, tal como se observa en el siguiente gráfico.

*Handwritten signature or mark.*



**Gráfico 2: Primer motivo por el que efectivamente cambiaron de Proveedor de telefonía móvil - ERESTEL 2015**

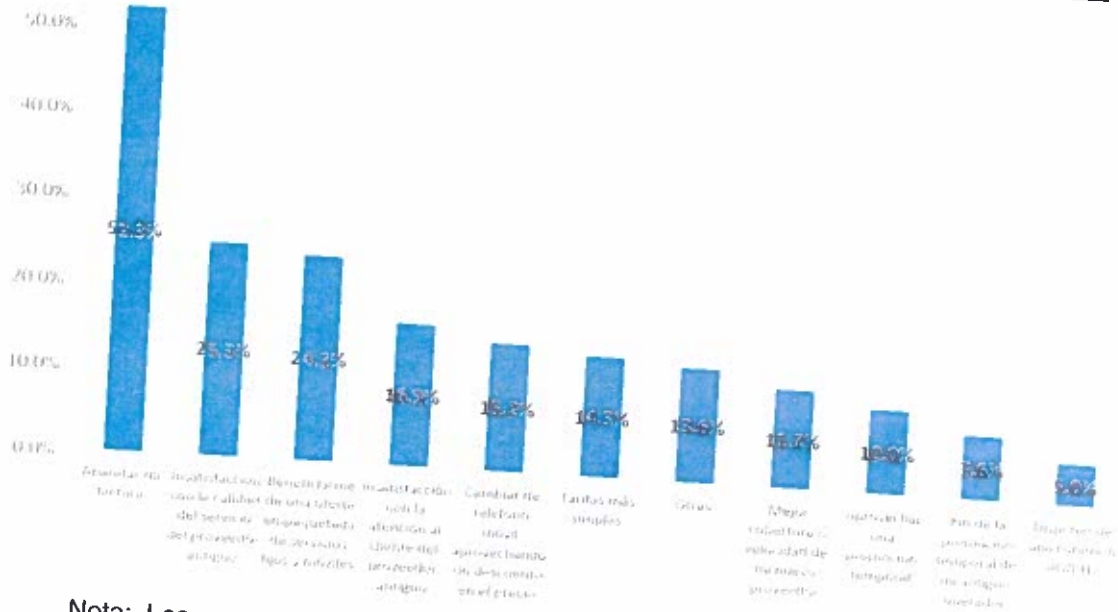


Fuente: Base de datos de ERESTEL 2015  
Elaboración: ST-TSC

130. De otro lado, se podrían revisar las conclusiones a las que ha llegado un estudio similar en otros países, como España por ejemplo, que viene evaluando las principales razones para cambiar de operador desde el año 2015.
131. Así, según la autoridad de competencia de España, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), en el 2015 la principal razón que motivó a los usuarios españoles a cambiar de operador móvil fue "Abaratar su factura", siendo otra razón relevante la "Insatisfacción con la calidad del servicio del proveedor antiguo". Al respecto, se puede observar el detalle de los resultados en el siguiente gráfico:

12

**Gráfico 3: Principales razones para cambiar de operador móvil – España**



Nota: Los porcentajes no suman 100% debido a que la pregunta relacionada en el cuestionario permitía respuesta múltiple.  
 Fuente: Panel de Hogares CNMC correspondiente al segundo semestre 2015 – CNMC Data  
 Elaboración: ST-TSC

132. Ahora bien, aunque no se ha encontrado estudios anteriores al año 2015 sobre los motivos para migrar de operador móvil, la información revisada permite tener conclusiones generales sobre las valoraciones de los usuarios al evaluar migrar a otro operador móvil, y por lo menos concluir que son varios los factores que estos toman en cuenta para tomar esa decisión.

133. Por lo tanto, de lo expuesto se concluye que los usuarios consideran distintos factores para decidir cambiar de operador móvil, dentro de los cuales predominan los relacionados a las características generales del servicio móvil, así como a las tarifas del mismo. Al respecto, cabe mencionar que dentro de este último factor, el usuario evalúa todas las tarifas asociadas a su servicio móvil, tales como tarifas de llamadas locales, consumo de internet, mensajes de texto, e incluso podrían evaluarse las tarifas para llamadas LDI. Sin embargo, no podría considerarse que estas últimas por sí solas podrían determinar que un usuario decida cambiar de operador móvil.

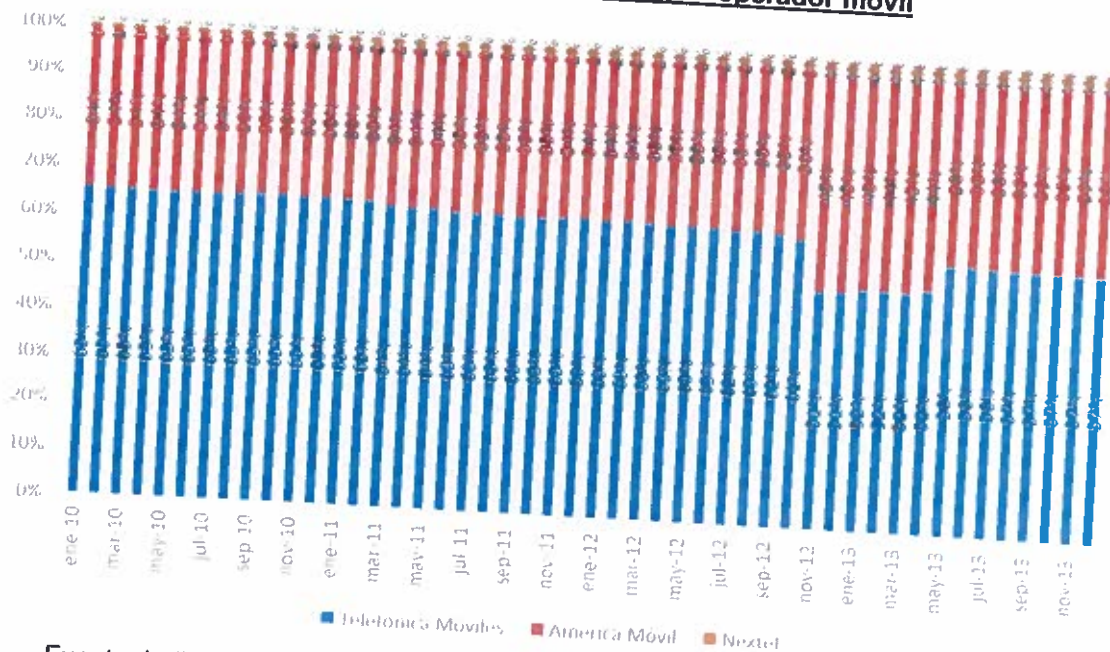
134. En ese sentido, no se podría concluir que todas las redes móviles sean sustitutas entre sí de cara a los usuarios que realizan llamadas LDI desde móviles, toda vez que las condiciones de dicho servicio particular no determinan por sí solas su decisión de cambiar de operador móvil.

135. Asimismo, este Tribunal considera no factible para un carrier tratar de atender a todos los usuarios del servicio móvil a nivel nacional en el escenario de que acceda sólo a algunas redes móviles respecto a todas las disponibles. Ello en la medida

que sería poco probable lograr que los usuarios de otras redes decidan migrar a la red a la cual el carrier accede para brindar llamadas LDI, en función a lo atractivo que puede ser dicho servicio, dado que estos evalúan diversos factores para determinar si migran o no de operador.

136. Por lo tanto, de lo expuesto hasta el momento, se concluye que las redes móviles de cara a los carriers LDI son complementarias y no sustitutas, siendo que la determinación del mercado relevante debe reflejar ello.
137. Finalmente, cabe mencionar que, durante el período investigado el mercado móvil estaba compuesto únicamente por 3 operadores móviles, lo cual hacía aún más relevante el hecho de que los carriers LDI estén en la capacidad de acceder a cada una de sus plataformas.
138. Al respecto, el siguiente gráfico muestra la distribución de líneas prepago por operador móvil, en el que se observa que el 96% de líneas se concentraba en Telefónica y AMÉRICA MÓVIL, por lo que era lógico que para los carriers LDI fuera necesario acceder a ambas redes. En el caso de Nextel (ahora Entel), si bien tenía un porcentaje reducido de usuarios del servicio móvil prepago, ello no podría ser un indicador de que era una red a la cual los carriers no hubieran considerado acceder, toda vez que la única forma que estos tienen de brindar el servicio de llamadas LDI a los usuarios de Nextel era accediendo a la red de este, toda vez que tal como se ha demostrado, sería complicado que los carriers logren que los usuarios migren de una red a otra en función de cuan atractivo es su servicio de llamadas LDI, además que el objetivo de la regulación LLxLL era lograr que haya competencia en cada red móvil, por lo que era preciso que los carriers LDI accedan a cada red móvil.

**Gráfico 4: Líneas prepago por operador móvil**



Fuente: Indicadores estadísticos elaborados por el OSIPTEL  
Elaboración: ST-TSC

139. De lo expuesto, este Tribunal considera que la determinación del mercado relevante realizada por el CCO es acertada, siendo que corresponde únicamente al acceso a la red de AMÉRICA MÓVIL para la originación de llamadas de LDI a través del sistema de LLxLL a nivel nacional.
140. A partir de ello, cabe mencionar que en el mercado relevante determinado AMÉRICA MÓVIL ostenta posición de dominio debido a que cada concesionario de telefonía móvil es el único agente económico que a través de su red puede originar una llamada LDI de un usuario del servicio móvil. Adicionalmente, sobre el mercado afectado, es importante señalar que, toda vez que previamente a la aplicación del sistema de LLxLL, AMÉRICA MÓVIL era el único que brindaba el servicio de llamadas LDI a sus usuarios móviles prepago, pues no era posible que algún carrier LDI acceda a la red de AMÉRICA MÓVIL para brindar el mismo servicio. Asimismo, aunque de manera posterior a la aplicación del sistema de LLxLL, accedieron a dicha red 3 carriers, la participación de estos en el mercado de llamadas LDI desde móviles prepago de AMÉRICA MÓVIL apenas llegó a alcanzar el 4% del tráfico total LDI generado en dicha red.

### 3.3.2. Sobre la conducta de estrechamiento de márgenes

141. AMÉRICA MÓVIL señaló en su escrito de apelación que se habría descartado sin fundamento la metodología propuesta por ella, indicando que *“La Resolución Final ha descartado la metodología propuesta por CLARO basándose en que podría permitir conductas anticompetitivas relacionadas con precios diferenciados, es decir, por una materia por completo impertinente en este procedimiento. De este modo, la Resolución Final no ha descartado que la metodología propuesta por CLARO sea inválida para analizar el supuesto estrechamiento de márgenes del que se le ha acusado, sino que ha pretendido deslegitimarla en base a un argumento no atinente al caso.”*
142. Al respecto, cabe mencionar que las tarifas analizadas en el procedimiento fueron las siguientes: la **“Tarifa Especial a Números Frecuentes”**, que permitía al usuario prepago de AMÉRICA MÓVIL elegir un número internacional (cualquiera de los destinos internacionales que ofrecía AMÉRICA MÓVIL) y llamar a éste bajo la tarifa de S/. 0.545 el minuto, y la **“Promoción Prepago 1912”** que permitía al usuario prepago de AMÉRICA MÓVIL llamar a S/. 0.49 el minuto a cualquier número en los siguientes destinos: Estados Unidos, Canadá, México, Puerto Rico, China, España, Colombia, Chile y Argentina.
143. AMÉRICA MÓVIL propuso un test de estrechamiento de márgenes que comparaba el ingreso promedio por minuto de su servicio de llamadas LDI prepago, con la suma de los costos en los que debía incurrir un carrier LDI para brindar el mismo servicio desde la red móvil de AMÉRICA MÓVIL (carga de originación, carga de acceso a plataforma de pago, carga de terminación LDI, y otros costos); mientras que el CCO aplicó un test de estrechamiento de márgenes para cada tarifa nominal analizada, es decir, comparó las tarifas nominales, “Tarifa Especial a Números Frecuentes” y la “Promoción Prepago 1912”, con la suma de los mencionados costos.

**Cuadro 1: Extracto del test de estrechamiento de márgenes propuesto por AMÉRICA MÓVIL**

Servicio de Larga Distancia Internacional LDI Móvil Prepago América Móvil  
Perú SAC - Claro Perú  
Prueba de Imputación Tarifaria

Variables	nov-10	dic-10	ene-11
<b>Tarifa Promedio (ARPM, sin IGV - LDI Prepago Saliente)*</b>	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]
Cargo de Origenación	S/. 0.26	S/. 0.26	S/. 0.25
Cargo de Acceso a Plataforma	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]
Costo de terminación LDI promedio ponderado (por minuto)	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]
Overhead (10% de la Tarifa sin IGV)	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]
Costo Total Promedio por minuto	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]
<b>Margen Promedio por minuto</b>	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]
Tráfico LDI Saliente Prepago **	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]
<b>Margen Total LDI Saliente Prepago</b>	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]
<b>Margen % ABPM</b>	18%	22%	23%

Fuente: Información remitida por AMÉRICA MÓVIL al CCO

144. En efecto, se observa que el test propuesto por AMÉRICA MÓVIL evalúa su oferta completa para el servicio de llamadas LDI en relación a si cubre los costos en los carriers LDI tenían que incurrir para brindar dicho servicio; ello, a diferencia del test planteado por el CCO que evalúa si cada tarifa nominal investigada cubría dichos costos.

145. Es importante resaltar que existen tarifas cuya importancia en la oferta de la empresa verticalmente integrada podría ser tan significativa que por sí solas podrían generar un impacto en los competidores; siendo así necesario un análisis de replicabilidad de específicamente las mismas, y no de la oferta completa. Ello en la medida que un análisis de replicabilidad agregado podría no detectar conductas de estrechamiento de márgenes llevadas a cabo a través de tarifas específicas, por lo que es atendible que el CCO haya evaluado la pertinencia del test propuesto por AMÉRICA MÓVIL en función a ello.

146. Por su parte, se observa que el CCO decidió aplicar el test de estrechamiento de márgenes a las tarifas nominales investigadas, apoyándose en la Recomendación de la Comisión Europea de fecha 11 de septiembre de 2013, "Relativa a la coherencia en las obligaciones de no discriminación y en las metodologías de costes para promover la competencia y potenciar el entorno de la inversión en banda ancha", que señalaba que el análisis de replicabilidad tarifaria ex-ante se debía realizar sobre las tarifas más representativas de la oferta del operador verticalmente integrado (metodología del *flagship product*) a fin de evitar conductas discriminatorias<sup>52</sup>.

147. A partir de esta metodología, el CCO determinó que el potencial anticompetitivo de las tarifas investigadas era importante a razón del tráfico generado durante el

<sup>52</sup> La mencionada Recomendación de la Comisión Europea está disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013H0466&from=EN>

período analizado. Con ello desestima la propuesta de test de estrechamiento de márgenes de AMÉRICA MÓVIL que analiza la replicabilidad de la oferta completa para llamadas LDI móvil prepago de AMÉRICA MÓVIL.

148. En relación a ello, AMÉRICA MÓVIL señaló en su escrito de apelación que la metodología de *flagship product* o *producto emblemático* utilizada en la Resolución Final no sería aplicable al presente caso, toda vez que “la metodología utilizada en la Resolución Final no ha sido creada para ni aplicada a casos de libre competencia sino para contextos regulatorios. Además, tampoco se refiere al mercado de LDI desde redes móviles, sino a servicios de banda ancha, mercado que tiene características totalmente distintas al caso investigado. No obstante, se ha asumido sin sustento ni respaldo legal que es la metodología adecuada para este caso.”
149. Al respecto, de una revisión a la metodología del *flagship product* propuesta por la Comisión Europea mediante la Recomendación, se observa que, efectivamente, la misma se planteó para contextos regulatorios, es decir, para realizar análisis de replicabilidad económica de tarifas de manera ex – ante, con la finalidad de evitar comportamientos discriminatorios e incentivar la inversión en el mercado de banda ancha.
150. No obstante, es importante señalar que en el mercado peruano la regulación no incluye un análisis de replicabilidad de tarifas minoristas ex ante, como sí ocurre en Europa, por ejemplo. Así, cabe señalar que la determinación de cargos tope de interconexión móvil es un análisis netamente mayorista, en la medida que se basa únicamente en un análisis de costos mayoristas históricos que las empresas operadoras proporcionan al organismo regulador. En ese sentido, este Tribunal considera que un análisis de replicabilidad tarifaria ex-post es necesario en la medida que la mencionada regulación no es suficiente para evitar conductas anticompetitivas tales como el estrechamiento de márgenes. Así, este Tribunal considera que una metodología similar a la del *flagship product* podría ser aplicada para el análisis ex post.
151. Al respecto, cabe precisar que la metodología del *flagship product* propone analizar la replicabilidad de las tarifas minoristas de aquellos productos más representativos del operador verticalmente integrado, asumiendo que dicha representatividad -ya sea en función de ingresos, número de suscriptores u otra variable- hace posible afectar a sus competidores aguas abajo en cuanto dichos productos no sean replicables.
152. En efecto, existen tarifas que podrían representar un potencial anticompetitivo y por lo tanto, resultar necesario un análisis de replicabilidad tarifaria ex post sobre estas (ante la ausencia de un análisis ex ante). A partir de ello, este Tribunal considera que la metodología del *flagship product* podría considerarse como guía para dicho propósito, pudiendo aplicarse una metodología alternativa pero que mantenga el mismo objetivo, es decir la identificación de aquellos productos que efectivamente podrían representar un potencial anticompetitivo.
153. Para el caso en particular, el objeto de la metodología del *flagship product* - identificar productos emblemáticos o representativos por su potencial

anticompetitivo para analizar replicabilidad tarifaria ex ante sobre ellas- que fuera recomendado por la Comisión Europea a fin de evitar conductas que desde un análisis de replicabilidad de la oferta agregada del operador verticalmente no se hubieran detectado; coincide con el objeto en el presente procedimiento, que consiste en identificar si las tarifas investigadas tienen potencial anticompetitivo y, a partir de ello, realizar un análisis de replicabilidad tarifaria de las mismas-en este caso, ex post-, a fin de determinar si estas estrechaban los márgenes a los competidores de AMÉRICA MÓVIL.

154. Es importante resaltar que analizando la replicabilidad de las tarifas identificadas con potencial anticompetitivo es posible identificar conductas o estrategias que bajo un análisis de replicabilidad de la oferta agregada del operador verticalmente integrado, no hubiera sido posible.
155. En relación a la utilización de la metodología por parte del CCO, AMÉRICA MÓVIL señaló en su escrito de apelación que la Resolución Final no habría cumplido los criterios que plantea la metodología elegida, sino que habría sido modificada en su aplicación. Así, indica que mientras que la Resolución final planteó que el test de estrechamiento de márgenes "se aplicará sobre tarifas particulares que representan más del 50% del tráfico de llamadas LDI cursadas por AMÉRICA MÓVIL desde su red móvil (flagship product) (...) al revisar los documentos que sustentan la metodología se encuentra que los "flagship products" se definen como aquellos que en suma representan una participación del 70% de los ingresos de todos los productos del Proveedor Importante en el mercado de banda ancha. Además, para identificar los "flagship products" se debe listar todos los productos finales de banda ancha en orden decreciente según su participación en los ingresos".
156. En esa misma línea, AMÉRICA MÓVIL señala que el CCO "ha decidido arbitrariamente tomar en cuenta -como productos- los destinos que generan el 50% del tráfico de CLARO, sin considerar los ingresos de la empresa por las llamadas a esos destinos. Si hubieran destinos con nivel de tráfico medio pero tarifa elevada, los ingresos obtenidos por las llamadas a ese destino podrían convertirlo, según la metodología, en un flagship product (ser parte del 70% de ingresos de CLARO), pero ni siquiera se contempla esta posibilidad."
157. Como se ha indicado en los numerales previos, este Tribunal considera que la utilización de la metodología del flagship product o producto emblemático es válida como guía para la identificación de productos que podrían representar un potencial anticompetitivo en tanto no puedan ser replicables por los competidores del operador verticalmente integrado, correspondiendo un análisis de replicabilidad tarifaria ex post. Así, se considera que no necesariamente tenían que ser aplicados los parámetros que la Comisión Europea propuso para la metodología del flagship product, siendo que se podrían haber planteado parámetros alternativos siempre y cuando permitieran identificar los productos con potencial anticompetitivo para este mercado en particular.
158. Sin perjuicio de ello, se ha evidenciado que el considerando (66) de la mencionada Recomendación de la Comisión Europea, indica lo siguiente en relación los flagship products o productos emblemáticos:

*“La ANR debe establecer y publicar previamente, en la medida que adopte tras un análisis del mercado, el procedimiento y los parámetros que aplicará al llevar a cabo el análisis ex ante de replicabilidad económica. La ANR puede efectuar el análisis antes del lanzamiento de una nueva oferta minorista por el operador con PSM, por ejemplo si la ANR considera apropiado armonizar el calendario del análisis de replicabilidad económica y del análisis de replicabilidad técnica en caso de que también se realice antes de tal lanzamiento. **La ANR no necesita efectuar el análisis para cada oferta minorista, sino solo cuando se trate de productos emblemáticos que ella misma identificará (...)**” (El subrayado es nuestro).*

159. Asimismo, en el numeral (iv) del Anexo II del mencionado documento, anexo en el cual se definen los “Parámetros del análisis de replicabilidad económica ex ante”, se señala lo siguiente:

*“Productos minoristas pertinentes:*

*Las ANR deben evaluar los productos minoristas más pertinentes, incluidos los servicios de banda ancha («productos emblemáticos») ofrecidos por el operador con PSM sobre la base del nivel identificado de acceso al por mayor basado en NGA. **Las ANR deben identificar los productos emblemáticos sobre la base de sus observaciones del mercado, actuales y prospectivas, en particular teniendo en cuenta su pertinencia para la competencia actual y futura. Este análisis debe incluir una valoración de las cuotas del mercado minorista en términos de volumen y valor de los productos sobre la base de los insumos mayoristas regulados NGA y, cuando se disponga de ellos, los gastos de publicidad.** Es probable que los productos emblemáticos se ofrezcan en forma de paquete. Las ANR deben evaluar las variaciones innovadoras de estos paquetes, en caso de que sea probable que sustituyan al producto emblemático. Además, las ANR deben considerar **si un determinado producto minorista, que puede no estar entre los productos minoristas más importantes del operador con PSM, es especialmente atractivo para los operadores minoristas de menor calidad. Las ANR pueden optar por incluir ese producto entre los productos emblemáticos.**” (El subrayado es nuestro).*

160. Por su parte, en la “Guía de BEREC<sup>53</sup> sobre el enfoque de contabilidad regulatoria para el análisis de replicabilidad económica”<sup>54</sup> se analizan las metodologías de estrechamiento de márgenes ex ante que venían aplicando las autoridades regulatorias europeas. Al respecto, en relación a la determinación de *flagship products*, dos autoridades habían logrado identificar dichos productos, siendo que una de ellos definió a los *flagship products*, como sigue: “*aquellos productos que, en orden descendiente, representan en suma una participación en el ingreso del 70% de todos los productos minoristas de banda ancha del operador con poder significativo en el mercado de banda ancha. Para identificar los productos*

<sup>53</sup> Body of European Regulators for Electronic Communications

<sup>54</sup> La finalidad de esta Guía era guiar a las autoridades regulatorias europeas respecto al test de replicabilidad económica ex ante propuesto en el Anexo II de la Recomendación de la Comisión Europea. Ver: [http://berec.europa.eu/eng/document\\_register/subject\\_matter/berec/regulatory\\_best\\_practices/guidelines/4782-berec-guidance-on-the-regulatory-accounting-approach-to-the-economic-replicability-test-ie-ex-antesector-specific-margin-squeeze-tests](http://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/regulatory_best_practices/guidelines/4782-berec-guidance-on-the-regulatory-accounting-approach-to-the-economic-replicability-test-ie-ex-antesector-specific-margin-squeeze-tests)



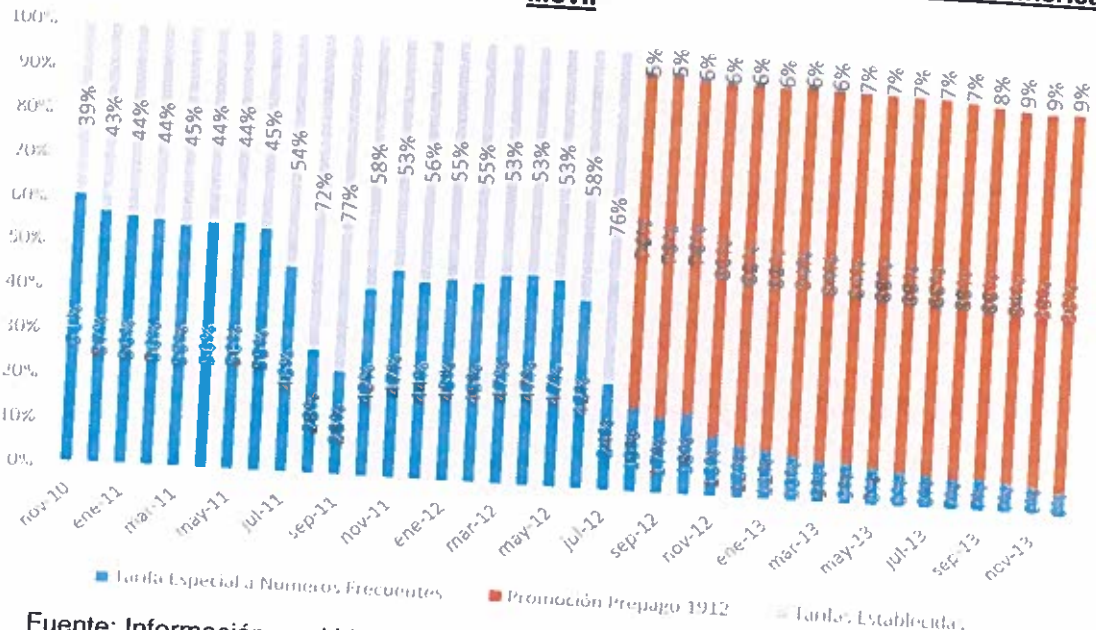
minoristas más importantes, los productos de banda ancha (independientes o paquetes que incluyan acceso a internet de banda ancha) deben ser listados de acuerdo a su participación en el ingreso en orden descendiente. Adicionalmente, todos los productos que representen una participación en el ingreso, de al menos 10% son tratados como flagship products”.

161. Asimismo, cabe mencionar que en dicha Guía, al igual que fuese sugerido por la Comisión Europea en la Recomendación, se afirma que otros criterios de selección de *flagship products*, además de participaciones de mercado, o de ingresos, podrían ser aplicables, tales como costos en publicidad, crecimiento de usuarios, altas brutas y netas y gasto relativo en publicidad.
162. De otro lado, en el documento de la Consultora Wik, “Desarrollo de una metodología de apoyo para el análisis de estrechamiento de márgenes”<sup>55</sup>, que fuera desarrollado con la finalidad de diseñar un test de estrechamiento de márgenes de acuerdo a los lineamientos de la Recomendación de la Comisión Europea de 2013, se propuso definir los *flagship products* de la misma forma como la Guía previamente mencionada había señalado que una autoridad regulatoria había identificado a los *flagship products*.
163. En ese sentido, de los documentos revisados se denota que los parámetros bajo los cuales se debían definir los *flagship products* no fueron definidos por la Comisión Europea, siendo que como referencia básica se ha considerado lo que habrían aplicado algunas autoridades regulatorias o lo que habrían propuesto consultoras independientes que trataron de darle practicidad a la Recomendación de la Comisión Europea. No obstante ello, se observa que la metodología para determinar los *flagship products* se define en función a participaciones de mercado, ingresos, costos de publicidad, altas brutas y netas, entre otros indicadores.
164. De lo expuesto se concluye que el CCO no tenía por qué considerar necesariamente el indicador de participación en los ingresos del 70% para considerar como *flagship products* a las tarifas analizadas en el presente procedimiento. Al respecto, el CCO bien pudo haber considerado otro indicador que se utilice para identificar *flagship products* –como por ejemplo, que los productos cuya participación en el ingreso sea de al menos el 10%, podrían ser considerados *flagship products*- o incluso algún otro que considerase pertinente para lograr el objetivo mencionado, sustentando su utilización.
165. En efecto, se pueden considerar otros indicadores para identificar los productos emblemáticos del servicio de llamadas LDI desde móviles prepago de AMÉRICA MÓVIL, toda vez que, para este Tribunal, el objetivo final es identificar qué tarifas tenían potencial anticompetitivo y sobre las cuales era necesario realizar un análisis de replicabilidad tarifaria. Al respecto, para el CCO, los productos emblemáticos serían aquellas tarifas que representen más del 50% de tráfico, siendo que las tarifas “Promoción Prepago 1912” y “Tarifas Especiales a Números Frecuentes” fueron consideradas como tal y sobre ellas se aplicó el test de estrechamiento de márgenes.

<sup>55</sup> Disponible en: <http://itsrio2014.com/public/download/Karl-Heinz%20Neumann%20-%20Stephan%20Jay%20-%20Development%20of%20a%20lean%20margin%20squeeze%20testing%20methodology.pdf>

166. Sobre el particular, cabe mencionar que este Tribunal no considera que el indicador "tráfico" sea el idóneo por sí solo para determinar la representatividad y potencial anticompetitivo de una tarifa. Así por ejemplo, una tarifa podría generar el 80% del tráfico, pero una participación reducida en ingresos, siendo que para el operador dicha tarifa podría no ser la más relevante, ni la más interesante de replicar por parte de los competidores.
167. En ese sentido, este Tribunal considera que, en este caso, el indicador de mayor relevancia para determinar si una tarifa es representativa y tendría potencial anticompetitivo, sería su participación en los ingresos del servicio en cuestión. Asimismo, cabe señalar que el ingreso generado por una tarifa (soles por minuto), es el producto del tráfico generado por esta y el valor mismo de la tarifa, lo cual evidencia que el ingreso también refleja la representatividad de la tarifa en cuanto a tráfico, además que refleja la representatividad del valor de la tarifa en sí, lo cual hace que este indicador tome relevancia para analizar el potencial anticompetitivo de las tarifas.
168. En este caso en particular, este Tribunal ha advertido que las tarifas "Promoción Prepago 1912" y la "Tarifa Especial a Números Frecuentes", han sido observadas en los siguientes gráficos 5 y 6:

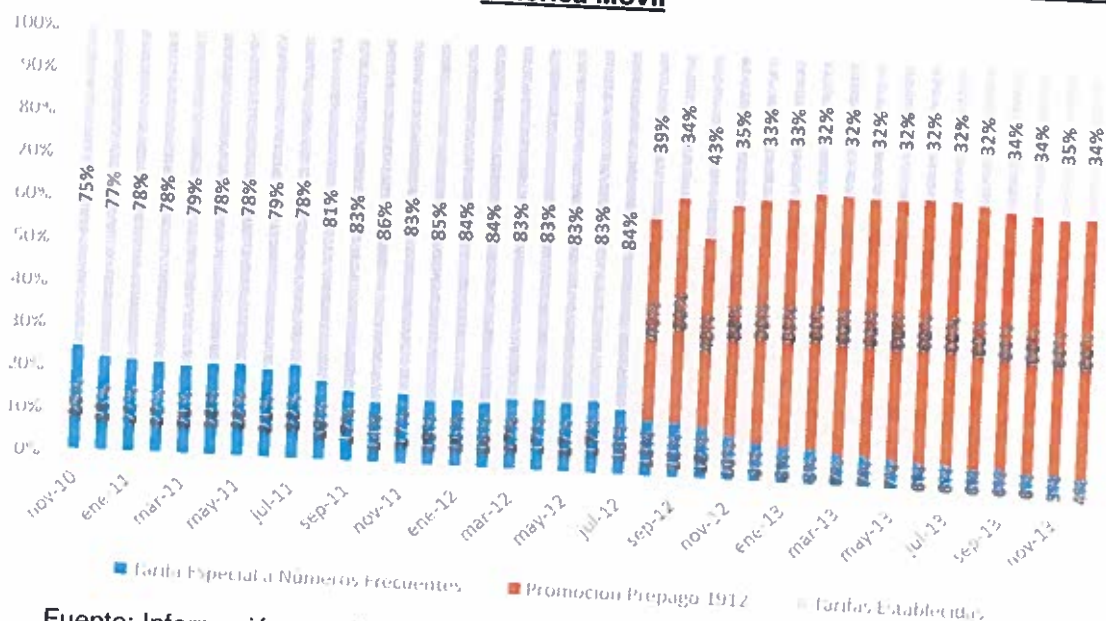
**Gráfico 5: Participaciones de las tarifas: Promoción Prepago 1912, Tarifa Especial a Números Frecuentes y Tarifas Establecidas, en el Tráfico LDI generado por América Móvil**



Fuente: Información remitida por AMÉRICA MÓVIL al CCO  
 Elaboración: ST-TSC

12

**Gráfico 6: Participaciones de las Tarifas: Promoción Prepago 1912, Tarifa Especial a Números Frecuentes y Tarifas Establecidas, en el Ingreso por el tráfico LDI generado por América Móvil**



Fuente: Información remitida por AMÉRICA MÓVIL al CCO  
Elaboración: ST-TSC

169. Así, de los gráficos previos se observa que previamente al lanzamiento de la Promoción Prepago 1912, la Tarifa Especial a Números Frecuentes representó en promedio, el 47% del tráfico LDI generado en la red móvil prepago de AMÉRICA MÓVIL, y el 19% del ingreso generado por ese mismo concepto. Al respecto, cabe resaltar que aquí se evidencia lo que se mencionó previamente en relación a que una tarifa puede generar una proporción importante de tráfico pero no ser tanto así en cuanto a ingresos.
170. Al respecto, este Tribunal considera tomar -como referencia- el 10% de participación en ingresos<sup>56</sup> para determinar si una tarifa tiene significancia en la oferta total de una empresa y ante la competencia, con lo cual se evidencia que la Tarifa Especial a Números Frecuentes tuvo esta característica por lo menos hasta noviembre de 2012. Aquí, cabe resaltar el hecho de que, como se evidencia en los gráficos previos, esta tarifa fue desplazada poco a poco por la Promoción Prepago 1912.
171. Asimismo, se observa que previamente al lanzamiento de la Promoción Prepago 1912, las tarifas establecidas eran bastante representativas en cuanto a tráfico e ingresos, ya que representaron en conjunto el 53% del tráfico LDI generado en la red móvil prepago de AMÉRICA MÓVIL, y el 81% del total de ingresos, en promedio de noviembre de 2010 a julio de 2012. Cabe precisar que las tarifas establecidas a las que se hace referencia son las siguientes:

<sup>56</sup> Véase el numeral 160 de la presente resolución.

**Cuadro 2: Tarifas establecidas de AMÉRICA MÓVIL**

Destinos	Tarifa
Destino LDI Premium 1	1.983
Destino LDI Premium 2	2.776
LDI América del Sur	1.983
LDI Europa y Resto del Mundo	3.966
Otros LDI 1	6.941
Otros LDI 2	13.882

Fuente: Oferta Comercial Residencial a diciembre de 2013 (tarifas evidenciadas desde enero de 2011).

Destino LDI Premium 1.- Canadá, China, E.E.U.U., Colombia, Puerto Rico, Argentina, Chile, México y España.

Destino LDI Premium 2.- Italia, Japón, Guatemala, Honduras, Jamaica y Reino Unido. Destino LDI América Sur.- Compuesta por los siguientes países: El Salvador, Nicaragua, Costa Rica, Brasil, Guadalupe, Martinica, Uruguay, Bolivia, República Dominicana, Ecuador, Francia, Panamá, Paraguay y Venezuela. Destino LDI Europa.- Grecia, Holanda, Bélgica, Gibraltar, Portugal, Luxemburgo, Irlanda, Islandia, Malta, Chipre, Finlandia, Bulgaria, Hungría, Bielorusia, Ucrania, Yugoslavia, Croacia, Bosnia, Rumania, Suiza, República Checa, Austria, Dinamarca, Suecia, Noruega, Polonia, Alemania y Rusia.

Destinos Resto del Mundo.-

Destino Otros LDI 1.- Compuesta por los siguientes países: Aruba, Andorra, Cuba, República Guyana, Australia, y Papua Nueva Guinea.

Destino Otros LDI 2.- Compuesta por los siguientes países: Barbados, Islas Vírgenes Americanas, Islas Caimán, Bermudas, Turcos y Caicos, Santa Lucía, Trinidad y Tobago, Mali, Zaire, Guinea Bissau, Diego García, Rwanda, Somalia, Namibia, Swazilandia, Santa Elena, Albania, Liechtenstein, Haití, Guyana Francesa, Surinam, Isla Norkfolk, Vanuatu, Wallis y Futuna, Islas Cook, Samoa Americana, Kiribati, Tuvalu, Polinesia Fr., República Democrática de Corea, Macao, Birmania y Mongolia.

172. Cabe mencionar que el 81% de participación en ingresos corresponde a las 6 tarifas previas, sin embargo, no se cuenta con la información de ingresos generados por cada una de ellas, para así poder valorar cuales representaban al menos el 10% del ingreso generado por llamadas LDI desde la red móvil prepago de AMÉRICA MÓVIL. Al respecto, este Tribunal considera que hubiera sido pertinente que el CCO contara con esta información a fin de que pudiera identificar si alguna de estas tarifas tenía significancia y, eventualmente, analizar la replicabilidad de las mismas y/o contrastarlas con la tarifa investigada.

173. Ahora bien, de manera posterior al lanzamiento de la Promoción Prepago 1912, se observa que la figura cambia totalmente, toda vez que inmediatamente esta tarifa pasa a ser la más relevante en cuanto a tráfico e ingresos. Así, se observa que durante el período analizado, representó en promedio el 83% del tráfico y el 58% de ingresos. Al respecto, cabe mencionar que esta tarifa aplicaba hacia los destinos más frecuentes, siendo que las tarifas establecidas pasaron a ser aplicables únicamente sobre destinos no frecuentes, por lo que estas llegaron a representar solo el 7% del tráfico LDI desde la aparición de la Promoción Prepago 1912, y respecto a ingresos hubo también una importante reducción pasando a representar en promedio 34%.

174. En ese sentido, este Tribunal considera que la Promoción Prepago 1912 fue la tarifa que representó un potencial anticompetitivo importante desde que se lanzó al mercado, pues representó en promedio una participación respecto a ingresos y

tráfico de 58% y 83% en promedio respectivamente, superando holgadamente el umbral del 10% mencionado previamente. Asimismo, es notable el impacto que esta promoción tuvo sobre las demás tarifas de la oferta LDI de AMÉRICA MÓVIL ya que las desplazó en importancia inmediatamente después de su lanzamiento, permaneciendo así en el transcurso del tiempo.

175. Respecto a las tarifas establecidas, tal como se mencionó previamente, no se cuenta con información de los ingresos generados por cada una, como para determinar si alguna representaba el 10% luego del lanzamiento de la Promoción Prepago 1912, aunque ello es muy poco probable luego del lanzamiento de la Promoción Prepago 1912, toda vez que esas tarifas pasaron de representar en promedio el 81% de los ingresos a representar en conjunto el 34%. Ello en la medida que las tarifas establecidas que generaban tráfico, luego del lanzamiento de la Promoción Prepago 1912, eran cinco (5).<sup>57</sup>
176. Por lo tanto, de lo revisado hasta el momento, este Tribunal considera como tarifas emblemáticas o que podrían afectar a la competencia, en su momento a la Tarifa Especial a Números Frecuentes (hasta noviembre de 2012) y a la Promoción Prepago 1912 (desde su lanzamiento). Respecto a las tarifas establecidas, no es posible evaluar cuál de ellas podría tener significancia debido a que no se cuenta con la información de ingresos generados por cada una de ellas.
177. No obstante ello, este Tribunal considera que la falta de dicha información no afecta el hecho de que se haya identificado a las tarifas Promoción Prepago 1912 y Tarifa Especial a Números Frecuentes como representativas y, por ende, pasibles de afectar a la competencia en el mercado “aguas abajo”.
178. De otro lado, AMÉRICA MÓVIL señala en su escrito de apelación que *“En el supuesto negado de que se admitiera como válida la utilización de la metodología de flagship products para este caso, los resultados de márgenes negativos que se han identificado en la Resolución Final impugnada no determinan la existencia de un estrechamiento de márgenes. Ello se debe a que la evaluación efectuada en la Resolución Final no considera la verdadera representatividad de los tráficos de las promociones Triados y Frecuentes y 1912.”*
179. Al respecto, AMÉRICA MÓVIL señaló que *“si el flagship product se define como cada uno de los destinos más atractivos, el test de estrechamiento tendría que haberse aplicado sobre todo el tráfico –con y sin promoción- dirigido a esos destinos y no sólo sobre el tráfico con promoción que asciende al 49%. Considerando todo ese tráfico, la tarifa a utilizar para la comparación sería mayor y el resultado de márgenes se modificaría de modo relevante.”*
180. Sobre el particular, de la revisión de la metodología aplicada por el CCO, este Tribunal ha evidenciado que no es cierto que el CCO haya definido como productos emblemáticos a los destinos más atractivos, sino que definió como tales a las tarifas que representaban más del 50% del tráfico LDI generado en la red móvil prepago de AMÉRICA MÓVIL, identificando así a la Promoción Prepago

<sup>57</sup> Si bien antes eran 6 tarifas establecidas, luego la tarifa para Destino LDI Premium 1 dejó de generar tráfico al incluir los destinos a los que aplicaba la Promoción Prepago 1912.

1912 y la Tarifa Especial a Números Frecuentes como productos emblemáticos.<sup>58</sup>

181. Cabe precisar que este Tribunal señaló en párrafos precedentes que, la evaluación para determinar los productos emblemáticos debió hacerse en función de los ingresos más que del tráfico, sin embargo, ello no habría afectado la conclusión a la que habría llegado el CCO, toda vez que para este Tribunal, luego una evaluación de los factores de tráfico e ingreso en conjunto, se habría determinado que las tarifas Promoción Prepago 1912 y Tarifa Especial a Números Frecuentes efectivamente fueron productos emblemáticos.
182. En ese sentido, para este Tribunal es correcto que el CCO haya evaluado el test de estrechamiento de márgenes respecto de las tarifas identificadas como productos emblemáticos, y no sobre las demás que no identificó como tales.
183. Asimismo, AMÉRICA MÓVIL señaló en su escrito de apelación que el CCO habría sobreestimado los márgenes negativos de algunos destinos, debido a que habría determinado su relevancia en función de la participación que representaban los bloques de destinos a los que pertenecían. Así, AMÉRICA MÓVIL señala que *“se ha asumido como tráfico con margen negativo al que corresponde a bloques de destinos donde hay algunos con margen negativo pero también varios con margen positivo. Lo cierto es que los ingresos de los destinos con margen positivo son suficientes como para permitir un margen promedio positivo de toda la promoción”*
184. Cabe señalar que el CCO dividió el período de análisis en dos, siendo que el primero correspondía al período previo a la regulación del cargo de acceso a la plataforma de pago, octubre 2010 – diciembre 2011, y el segundo al período posterior a la misma, es decir, enero 2012 – diciembre 2013.
185. Asimismo, cabe precisar que el CCO aplicó el test de estrechamiento de márgenes considerando que los costos en los que incurre un carrier para brindar el servicio de llamadas LDI desde redes móviles eran los siguientes: (i) cargo de originación, (ii) cargo de acceso a la plataforma de pago, (iii) cargo de terminación LDI, y (iv) otros costos (10% de la tarifa), donde el tercer costo variaba según destino internacional, de acuerdo a la información remitida por AMÉRICA MÓVIL al CCO.
186. Al respecto, durante el primer período, la única tarifa analizada que estaba vigente era la Tarifa Especial a Números Frecuentes, ya que la Promoción Prepago 1912 entró en vigencia en junio de 2012. Sobre el particular, se ha evidenciado que en dicho período, el margen de ganancia de la Tarifa Especial a Números Frecuentes se determinó negativa al comparar la misma únicamente con la suma de los cargos de originación y acceso a plataforma de pago. Cabe resaltar que en este primer período no resultó necesario calcular márgenes por destino, dado que no hizo falta incluir los costos por terminación LDI (que eran distintos para cada destino).
187. Así, fue en el segundo período en el que el CCO incluyó los costos de terminación LDI para calcular si el margen de las tarifas analizadas era negativo, ya que se había evidenciado que la suma de los cargos de originación y acceso a plataforma de pago no superaba a las tarifas analizadas. Así es como en este segundo

<sup>58</sup> Páginas 84 y 86 de la Resolución Final

período la suma total de los costos en los que debían incurrir los carriers LDI, y los márgenes de ganancia de las tarifas Promoción Prepago 1912 y Tarifa Especial a Números Frecuentes fueron determinados por destino.

188. En ese sentido, se ha evidenciado que durante el segundo período analizado, el CCO determinó que las tarifas Promoción Prepago 1912 y Tarifa Especial a Números Frecuentes generaron distintos márgenes de ganancia, algunos negativos, principalmente en llamadas hacia destinos móviles, y otros positivos, sobre todo en destinos fijos, tal como se evidencia en los cuadros que se expondrán en los numerales siguientes y que fueran calculados por el CCO, en los que este Tribunal está resaltando los márgenes negativos de ganancia por destino internacional.

**Cuadro 3: Márgenes de ganancia en destinos móviles, de la Tarifa Especial a Números Frecuentes, calculados por el CCO (2012)**

Pais destino MÓVIL	ene-12	feb-12	mar-12	abr-12	may-12	jun-12	jul-12	ago-12	sep-12	oct-12	nov-12	dic-12
Jamaica-móvil	-48%	-48%	-47%	-45%	-46%	-44%	-41%	-41%	-40%	-37%	-36%	-36%
Ecuador-móvil	-44%	-44%	-44%	-44%	-45%	-43%	-40%	-39%	-39%	-34%	-33%	-33%
Argentina-móvil	-39%	-39%	-39%	-38%	-38%	-37%	-33%	-33%	-32%	-31%	-30%	-30%
Chile-móvil	-31%	-31%	-31%	-38%	-38%	-37%	-33%	-32%	-32%	-29%	-28%	-28%
Italia-móvil	-31%	-31%	-31%	-28%	-28%	-27%	-22%	-22%	-21%	-20%	-19%	-19%
Bolivia-móvil	-29%	-29%	-29%	-28%	-28%	-27%	-22%	-22%	-21%	-18%	-17%	-17%
Guatemala-móvil	-24%	-24%	-23%	-21%	-22%	-20%	-15%	-14%	-14%	-15%	-14%	-14%
Mexico-móvil	-37%	-37%	-36%	-36%	-36%	-35%	-31%	-31%	-30%	-14%	-12%	-12%
Panamá-móvil	-26%	-26%	-25%	-23%	-24%	-22%	-18%	-17%	-16%	-12%	-11%	-10%
Honduras-móvil	-30%	-30%	-30%	-26%	-26%	-24%	-20%	-19%	-19%	-13%	-12%	-11%
Japón-móvil	-27%	-27%	-26%	-22%	-23%	-21%	-17%	-16%	-15%	-16%	-15%	-15%
Venezuela-móvil	-20%	-20%	-20%	-22%	-22%	-20%	-16%	-15%	-14%	0%	1%	1%
Paraguay-móvil	-14%	-14%	-14%	-19%	-19%	-17%	-13%	-12%	-11%	-7%	-6%	-6%
España-móvil	-16%	-16%	-15%	-12%	-12%	-10%	-5%	-4%	-4%	-7%	-6%	-6%
Colombia-móvil	-13%	-13%	-13%	-15%	-16%	-14%	-9%	-8%	-7%	-1%	1%	1%
Rep. Dominicana-móvil	-15%	-15%	-15%	-12%	-12%	-10%	-5%	-4%	-4%	1%	2%	3%
Francia-móvil	-24%	-24%	-23%	-15%	-15%	-13%	-8%	-8%	-7%	3%	5%	5%
Reino Unido-móvil	-13%	-13%	-13%	-11%	-12%	-10%	-5%	-4%	-3%	0%	2%	2%
Puerto Rico-fijo y/o móvil	4%	4%	5%	4%	3%	5%	11%	12%	13%	18%	20%	20%
Puerto Rico-móvil	4%	4%	5%	4%	3%	5%	11%	12%	13%	18%	20%	20%
China-móvil	5%	5%	5%	5%	4%	7%	13%	14%	15%	20%	21%	22%
EEUU-móvil	5%	5%	6%	6%	5%	8%	14%	15%	16%	21%	23%	23%
Canadá-móvil	4%	4%	5%	6%	6%	8%	14%	15%	16%	22%	24%	25%

Fuente: Márgenes calculados por el la ST-CCO

**Cuadro 4: Márgenes de ganancia en destinos móviles, de la Tarifa Especial a Números Frecuentes, calculados por el CCO (2013)**

País destino MÓVIL	ene-13	feb-13	mar-13	abr-13	may-13	jun-13	jul-13	ago-13	sep-13	oct-13	nov-13	dic-13
Jamaica-móvil	-36%	-36%	-36%	-37%	-37%	-37%	-38%	-38%	-38%	-37%	-37%	-37%
Ecuador-móvil	-33%	-33%	-33%	-35%	-35%	-35%	-35%	-35%	-35%	-34%	-34%	-34%
Argentina-móvil	-30%	-30%	-30%	-31%	-31%	-32%	-32%	-32%	-32%	-31%	-31%	-31%
Chile-móvil	-28%	-28%	-28%	-28%	-29%	-29%	-29%	-29%	-29%	-26%	-27%	-26%
Italia-móvil	-19%	-19%	-19%	-19%	-19%	-20%	-20%	-20%	-20%	-18%	-18%	-18%
Bolivia-móvil	-17%	-17%	-17%	-18%	-19%	-19%	-19%	-19%	-19%	-18%	-18%	-18%
Guatemala-móvil	-14%	-14%	-14%	-14%	-15%	-15%	-15%	-15%	-15%	-13%	-14%	-14%
México-móvil	-12%	-12%	-12%	-13%	-13%	-14%	-14%	-14%	-14%	-11%	-11%	-11%
Panamá-móvil	-10%	-10%	-10%	-11%	-12%	-12%	-12%	-13%	-13%	-10%	-11%	-10%
Honduras-móvil	-11%	-11%	-11%	-12%	-12%	-13%	-13%	-13%	-13%	-10%	-10%	-10%
Japón-móvil	-15%	-15%	-15%	-16%	-17%	-17%	-17%	-17%	-17%	-6%	-6%	-6%
Venezuela-móvil	1%	1%	1%	-3%	-4%	-4%	-4%	-5%	-4%	-3%	-3%	-3%
Paraguay-móvil	-6%	-6%	-6%	-4%	-5%	-5%	-5%	-6%	-6%	-2%	-2%	-2%
España-móvil	-6%	-6%	-6%	-6%	-7%	-7%	-7%	-7%	-7%	-2%	-2%	-2%
Colombia-móvil	1%	1%	1%	0%	0%	-1%	-1%	-1%	-1%	2%	2%	2%
Rep. Dominicana-móvil	3%	3%	3%	2%	1%	1%	1%	1%	1%	5%	5%	5%
Francia-móvil	5%	5%	5%	5%	4%	3%	3%	3%	3%	7%	7%	7%
Reino Unido-móvil	2%	2%	2%	5%	4%	3%	3%	3%	3%	8%	7%	7%
Puerto Rico-fijo y/o móvil	20%	20%	20%	18%	17%	17%	17%	16%	17%	22%	21%	22%
Puerto Rico-móvil	20%	20%	20%	18%	17%	17%	17%	16%	17%	22%	21%	22%
China-móvil	22%	22%	22%	21%	20%	20%	20%	19%	20%	24%	24%	24%
EEUU-móvil	23%	23%	23%	23%	22%	21%	21%	21%	21%	27%	26%	27%
Canadá-móvil	25%	25%	25%	23%	22%	22%	22%	22%	22%	27%	27%	27%

Fuente: Márgenes calculados por la ST-CCO

189. Al respecto, se observa que en los destinos móviles la mayor parte de márgenes de ganancia calculados de la Tarifa Especial a Números frecuentes resultaron negativos, siendo que durante el 2012 los únicos destinos donde ello no fue así fue en Estados Unidos, Canadá, China y Puerto Rico, y posteriormente, en el 2013, también en República Dominicana, Francia y Reino Unido.

190. Por su parte, en relación a los márgenes de ganancia de la Tarifa Especial a Números frecuentes observados en destinos fijos, se observa que estos en su mayoría fueron positivos, siendo que en el 2012, los únicos destinos donde los



márgenes resultaron negativos fueron, Honduras, Ecuador, Jamaica, Guatemala, Bolivia, Paraguay y Panamá, aunque en los tres últimos destinos mencionados, los márgenes pasaron a ser positivos en el 2013.

**Cuadro 5: Márgenes de ganancia en destinos fijos, de la Tarifa Especial a Números Frecuentes, calculados por el CCO (2012)**

Pais destino FIJO	ene-12	feb-12	mar-12	abr-12	may-12	jun-12	jul-12	ago-12	sep-12	oct-12	nov-12	dic-12
Honduras-fijo	-27%	-27%	-27%	-21%	-22%	-20%	-15%	-14%	-14%	-9%	-7%	-7%
Ecuador-fijo	-20%	-20%	-20%	-9%	-10%	-7%	-2%	-1%	0%	1%	2%	3%
Jamaica-fijo	-16%	-16%	-16%	-17%	-17%	-15%	-10%	-10%	-9%	-5%	-3%	-3%
Bolivia-fijo	-11%	-11%	-11%	-10%	-10%	-8%	-3%	-2%	-1%	3%	4%	5%
Guatemala-fijo	-15%	-15%	-15%	-12%	-12%	-10%	-5%	-4%	-3%	-1%	1%	1%
Paraguay-fijo	-2%	-2%	-1%	-1%	-2%	0%	6%	7%	8%	15%	16%	17%
Panamá-fijo	0%	0%	0%	0%	0%	2%	8%	9%	10%	15%	16%	17%
Chile-fijo	1%	1%	2%	1%	0%	3%	9%	10%	10%	16%	18%	18%
Japón-fijo	1%	1%	2%	2%	2%	4%	10%	11%	12%	16%	18%	18%
Puerto Rico-fijo y/o móvil	4%	4%	5%	4%	3%	5%	11%	12%	13%	18%	20%	20%
Colombia-fijo	0%	0%	1%	2%	1%	4%	9%	10%	11%	17%	18%	19%
Rep. Dominicana-fijo	1%	1%	1%	3%	2%	5%	11%	12%	13%	18%	20%	20%
Argentina-fijo	4%	4%	5%	4%	4%	6%	12%	13%	14%	18%	20%	20%
Venezuela-fijo	4%	4%	4%	4%	4%	6%	12%	13%	14%	19%	20%	21%
Mexico-fijo	-1%	-1%	-1%	3%	2%	5%	11%	12%	13%	19%	20%	21%
China-fijo	5%	5%	5%	5%	4%	6%	12%	13%	14%	19%	21%	22%
España-fijo	5%	5%	6%	6%	6%	8%	14%	15%	16%	20%	21%	22%
Reino Unido-fijo	5%	5%	5%	7%	6%	8%	15%	16%	16%	22%	23%	24%
Italia-fijo	4%	4%	4%	6%	5%	7%	13%	14%	15%	20%	22%	22%
EEUU-fijo	5%	5%	6%	6%	5%	8%	14%	15%	16%	21%	23%	23%
Canadá-fijo	4%	4%	5%	6%	6%	8%	14%	15%	16%	22%	24%	25%
Francia-fijo	5%	5%	5%	7%	6%	9%	15%	16%	17%	22%	24%	25%

Fuente: Márgenes calculados por la ST-CCO

**Cuadro 6: Márgenes de ganancia en destinos fijos de la Tarifa Especial a Número Frecuentes, calculados por el CCO (2013)**

País destino FIJO	ene-13	feb-13	mar-13	abr-13	may-13	jun-13	jul-13	ago-13	sep-13	oct-13	nov-13	dic-13
Honduras-fijo	-7%	-7%	-7%	-17%	-18%	-18%	-18%	-18%	-18%	-16%	-16%	-16%
Ecuador-fijo	3%	3%	3%	-2%	-3%	-3%	-3%	-3%	-3%	-6%	-6%	-6%
Jamaica-fijo	-3%	-3%	-3%	-4%	-4%	-5%	-5%	-5%	-5%	-1%	-1%	-1%
Bolivia-fijo	5%	5%	5%	4%	3%	3%	3%	3%	3%	4%	4%	4%
Guatemala-fijo	1%	1%	1%	-1%	-1%	-2%	-2%	-2%	-2%	5%	4%	5%
Paraguay-fijo	17%	17%	17%	11%	10%	10%	10%	9%	10%	14%	14%	14%
Panamá-fijo	17%	17%	17%	13%	12%	12%	12%	12%	12%	16%	16%	16%
Chile-fijo	18%	18%	18%	17%	17%	16%	16%	16%	16%	21%	21%	21%
Japón-fijo	18%	18%	18%	16%	15%	14%	14%	14%	14%	22%	21%	21%
Puerto Rico-fijo y/o móvil	20%	20%	20%	18%	17%	17%	17%	16%	17%	22%	21%	22%
Colombia-fijo	19%	19%	19%	18%	17%	17%	17%	16%	16%	22%	21%	22%
Rep. Dominicana-fijo	20%	20%	20%	17%	16%	15%	15%	15%	15%	22%	22%	22%
Argentina-fijo	20%	20%	20%	20%	19%	18%	18%	18%	18%	23%	22%	23%
Venezuela-fijo	21%	21%	21%	20%	19%	19%	19%	19%	19%	23%	23%	23%
México-fijo	21%	21%	21%	20%	19%	19%	19%	18%	19%	24%	24%	24%
China-fijo	21%	22%	22%	21%	20%	20%	19%	19%	19%	24%	24%	24%
España-fijo	22%	22%	22%	21%	20%	20%	20%	20%	20%	25%	25%	25%
Reino Unido-fijo	24%	24%	24%	23%	22%	22%	22%	21%	22%	27%	26%	27%
Italia-fijo	22%	22%	22%	23%	22%	21%	21%	21%	21%	27%	26%	27%
EEUU-fijo	23%	23%	23%	23%	22%	21%	21%	21%	21%	27%	26%	27%
Canadá-fijo	25%	25%	25%	23%	22%	22%	22%	22%	22%	27%	27%	27%
Francia-fijo	24%	25%	25%	24%	23%	23%	23%	22%	23%	28%	28%	28%

Fuente: Márgenes calculados por la ST-CCO

191. Luego, con respecto a la Promoción Prepago 1912, se observa una cantidad similar de márgenes positivos que de negativos en destinos móviles, mientras que en relación a los márgenes en destinos fijos, se observa que prácticamente todos los destinos generaron márgenes positivos en todo el período analizado.

**Cuadro 7: Márgenes de ganancia en destinos móviles, de la Promoción Prepago 1912, calculados por el CCO**

Pais destino MÓVIL	jun-12	jul-12	ago-12	sep-12	oct-12	nov-12	dic-12	ene-13	feb-13	mar-13	abr-13	may-13	jun-13	jul-13	ago-13	sep-13	oct-13	nov-13	dic-13
Argentina-móvil	46%	42%	-42%	-41%	40%	-39%	39%	-39%	39%	-39%	39%	-40%	40%	40%	-40%	-40%	39%	-39%	39%
Chile-móvil	45%	42%	-41%	-41%	38%	-37%	37%	-37%	37%	-37%	37%	-38%	38%	38%	-38%	-38%	36%	-36%	36%
Mexico-móvil	44%	41%	-40%	-40%	25%	-24%	24%	-24%	24%	-24%	24%	-25%	25%	26%	-26%	-26%	22%	-23%	23%
España-móvil	24%	17%	-15%	-14%	19%	-17%	17%	-17%	17%	-17%	17%	-18%	18%	18%	-19%	-18%	11%	-12%	12%
Colombia-móvil	27%	21%	-20%	-19%	10%	-8%	-7%	-8%	-7%	-7%	-9%	-10%	10%	11%	-11%	-11%	-6%	-7%	-7%
Puerto Rico-fijo y/o móvil	0%	13%	15%	17%	28%	32%	34%	33%	33%	33%	28%	26%	25%	24%	24%	24%	39%	38%	38%
China-móvil	4%	17%	19%	21%	33%	37%	39%	38%	38%	38%	37%	34%	33%	33%	32%	33%	47%	46%	47%
EEUU-móvil	6%	19%	22%	24%	37%	42%	44%	43%	43%	43%	42%	40%	39%	38%	38%	38%	58%	57%	58%
Canadá-móvil	6%	20%	23%	25%	42%	47%	49%	49%	49%	49%	45%	42%	41%	41%	40%	40%	61%	60%	60%

Fuente: Márgenes calculados por la ST-CCO

**Cuadro 8: Márgenes de ganancia en destinos fijos, de la Promoción Prepago 1912, calculados por el CCO**

Pais destino FIJO	jun-12	jul-12	ago-12	sep-12	oct-12	nov-12	dic-12	ene-13	feb-13	mar-13	abr-13	may-13	jun-13	jul-13	ago-13	sep-13	oct-13	nov-13	dic-13
Chile-fijo	-4%	7%	9%	10%	22%	26%	27%	27%	27%	27%	26%	24%	23%	22%	22%	22%	37%	36%	37%
Puerto Rico-fijo y/o móvil	0%	13%	15%	17%	28%	32%	34%	33%	33%	33%	28%	26%	25%	24%	24%	24%	39%	38%	38%
Colombia-fijo	-3%	9%	10%	12%	24%	28%	29%	29%	29%	29%	27%	25%	24%	24%	24%	24%	39%	38%	38%
Argentina-fijo	2%	15%	17%	19%	28%	33%	34%	34%	34%	34%	32%	30%	29%	29%	28%	28%	42%	42%	42%
Mexico-fijo	0%	12%	14%	16%	30%	34%	35%	35%	35%	35%	34%	31%	30%	30%	29%	30%	47%	46%	47%
China-fijo	3%	16%	18%	20%	32%	36%	38%	38%	38%	38%	36%	34%	33%	32%	32%	32%	48%	47%	48%
España-fijo	7%	21%	23%	26%	33%	38%	39%	39%	39%	39%	37%	35%	34%	34%	33%	33%	52%	51%	52%
EEUU-fijo	6%	19%	22%	24%	37%	42%	44%	43%	43%	43%	42%	40%	39%	38%	38%	38%	58%	57%	58%
Canadá-fijo	6%	20%	23%	25%	42%	47%	49%	49%	49%	49%	45%	42%	41%	41%	40%	40%	61%	60%	60%

Fuente: Márgenes calculados por la ST-CCO

192. Al respecto, cabe mencionar que el CCO concluyó que las tarifas Promoción Prepago 1912 y Tarifa Especial a Números frecuentes, podían haber estrechado márgenes en virtud de que la mayoría de los márgenes generados por estas eran negativos, y que los destinos internacionales a los cuales aplicaban dichas tarifas, eran los más relevantes en términos de tráfico LDI (según información por bloque de destino). Al respecto, cabe señalar que el CCO confirmó la existencia de la mencionada conducta, al analizar los otros factores que formaban parte de la metodología que había planteado, mediante los cuales se buscaba evidenciar el potencial anticompetitivo de las tarifas analizadas (Ver ilustración 1), factores

relacionados a la temporalidad de las tarifas y al impacto en tráfico que generaron desde su comercialización, los mismos que para este Tribunal efectivamente permiten corroborar dicho potencial.

193. Cabe precisar que este Tribunal considera que la relevancia de los destinos a los cuales aplicaban las tarifas analizadas no pudo ser determinada de manera apropiada por el CCO, toda vez que en el expediente sólo obraba información del tráfico LDI generado en la red móvil prepago de AMÉRICA MÓVIL, desagregado por bloques de destinos internacionales, es decir no por cada destino, ni por tipo de red de destino (fijo o móvil). Al respecto, cabe señalar que dado que en el segundo período analizado se determinaron márgenes negativos y positivos, para este Tribunal hubiera sido pertinente determinar la relevancia de cada uno de ellos a fin de afirmar que las tarifas efectivamente habían estrechado márgenes. En ese sentido, la conclusión a la que habría llegado el CCO, en relación a que las tarifas analizadas habían estrechado márgenes, podría no haber sido la correcta para el segundo período analizado.
194. No obstante, para este Tribunal considerar la superioridad de la relevancia de los márgenes negativos calculados respecto de los positivos, era bastante probable, toda vez que los márgenes negativos correspondían en su mayoría a destinos móviles. Al respecto, cabe mencionar que, tal como se desarrolló en el numeral 112, Galetovic y Sanhueza (2008)<sup>59</sup> demostraron que ante tarifas iguales, los usuarios siempre iban a preferir utilizar su servicio móvil frente a su línea fija, debido a su superioridad física y disponibilidad en el momento preciso en que se requiere hacer la llamada.
195. Sin perjuicio de que esta teoría se sustenta en las preferencias de un usuario cuando quiere originar una llamada, este Tribunal considera que dicha conclusión es válida también, incluso, si se quiere analizar la sustituibilidad fijo-móvil sobre el destino de la llamada. Bajo esta lógica, siempre que quien va a recibir la llamada cuente con ambos servicios y que la tarifa para llamar a cualquiera de ellos sea la misma, el usuario que llama preferiría llamar al móvil del receptor que a su teléfono fijo, ello tomando en cuenta sobre todo el factor disponibilidad, en la medida que es más seguro encontrar a quien se quiere llamar llamándole a su móvil que a su teléfono fijo, pues en el segundo caso se corre el riesgo de que el receptor no se encuentre en casa en el momento de la llamada.
196. En efecto, para el presente caso, siendo que las tarifas LDI no varían de acuerdo al tipo de red de destino (es decir, son las mismas sin importar si el destino es fijo o es móvil), en teoría, podemos afirmar que los usuarios de llamadas de voz, ante una situación de tarifas iguales, preferirían llamar al móvil del receptor de la llamada, que a su teléfono fijo.
197. En ese sentido, este Tribunal considera que las llamadas LDI con destino móvil muy probablemente han sido más relevantes en tráfico que las llamadas con destino fijo. Siendo que los destinos fijos arrojan en su mayoría márgenes positivos mientras que los destinos móviles arrojan en su mayoría márgenes negativos, es probable que los márgenes negativos podrían haber superado en relevancia a los

<sup>59</sup> Galetovic, Alexander y Sanhueza, Ricardo, "Sustitución móvil-fijo y la liberalización de las telecomunicaciones en Chile", 2008.

positivos, haciendo que, en el agregado, las tarifas analizadas hayan estrechado márgenes.

198. No obstante, sin perjuicio del hecho de que durante el segundo período analizado, las tarifas Promoción Prepago 1912 y Tarifa Especial a Números frecuentes, hayan estrechado los márgenes de los carriers LDI en la mayoría de destinos, y de lo desarrollado en los numerales 194 al 197; este Tribunal considera que ello no es suficiente para concluir que las tarifas analizadas efectivamente estrecharon márgenes durante el mencionado período.
199. Al respecto, al no poder determinarse un costo único asociado al servicio de llamadas LDI generadas en la red móvil prepago de AMÉRICA MÓVIL, durante el segundo período analizado, y por lo tanto no poder calcular un margen único de ganancia para cada tarifa, hubiera sido conveniente calcular un promedio de los distintos costos determinados, y a partir de ello determinar si las tarifas analizadas estrecharon márgenes.
200. En esa misma línea, este Tribunal considera que el mencionado costo promedio debía haber sido ponderado por el tráfico LDI por destino, ya que el costo variaba precisamente por destino internacional y por tipo de red de destino. Sin embargo, dicha información no consta en el expediente, tan sólo se evidencia la información del tráfico LDI generado en la red móvil prepago de AMÉRICA MÓVIL, desagregado por bloques de destinos internacionales.
201. Por lo tanto, este Tribunal considera pertinente recalcar que al haberse encontrado, durante el segundo período analizado, escenarios en los cuales las tarifas sí estrechaban márgenes y otros en los que no (debido a que hay costos distintos de acuerdo al destino internacional y al tipo de red de destino); hubiera sido conveniente contar con la información de tráfico LDI por destino internacional y tipo de red de destino, a fin de poder ponderar los distintos costos calculados y finalmente obtener un margen promedio que permita concluir si las tarifas analizadas, en global, efectivamente estrecharon márgenes o no.
202. De otro lado, cabe mencionar que AMÉRICA MÓVIL envió junto a su propuesta de test de estrechamiento de márgenes, un costo promedio ponderado de terminación LDI, el mismo que fue calculado como el ratio entre el costo y el tráfico de las comunicaciones de larga distancia que se han liquidado y pagado a los carriers internacionales, pero el tráfico considerado no sólo incluía el de origen móvil, sino que para el período noviembre 2010 - abril 2012 incluyó además el tráfico de larga distancia internacional con origen en roamers y visitors, telefonía fija inalámbrica, Pbx y hubbing; y para el período mayo 2012 - diciembre 2013, posterior a la fusión de América Móvil Perú S.A.C. y Telmex Peru S.A., incluyó además el tráfico de larga distancia internacional con origen telefonía fija alámbrica.
- 12 203. En relación a ello, este Tribunal considera que dicho costo promedio ponderado de terminación LDI no reflejaría el verdadero costo de terminación LDI de llamadas originadas en la red móvil de dicha empresa, toda vez que incluye el tráfico LDI generado en otras redes de AMÉRICA MÓVIL, por lo que no lo considera adecuado para el test de estrechamiento de márgenes.

204. En ese sentido, este Tribunal considera que el análisis realizado por el CCO no fue suficiente para determinar la existencia de la conducta de estrechamiento de márgenes que AMÉRICA MÓVIL habría llevado a cabo, durante el período enero 2012 – diciembre 2013, a través de sus tarifas Promoción Prepago 1912 y Tarifa Especial a Números frecuentes, toda vez que para ello hubiera sido preciso ponderar los márgenes de ganancia calculados por destino, para lo cual se requería información del tráfico LDI por destino, la misma que no obra en el expediente.
205. Cabe recordar que para el caso de la Tarifa Especial a Números Frecuentes, la determinación de la conducta sólo es cuestionable durante parte de la vigencia de la misma, toda vez que esta estuvo vigente también en el primer período analizado, en el cual si se evidenció un único margen de ganancia negativo. Por su parte, para el caso de la Promoción Prepago 1912, cabe señalar que la determinación de la conducta es cuestionable durante toda la vigencia de la misma.
206. Sin embargo, dada la potencialidad anticompetitiva determinada de las tarifas analizadas, y que probablemente la conducta podría haberse demostrado durante todo el período analizado de haber contado con la información mencionada en párrafos precedentes, este Tribunal considera pertinente realizar el análisis de efectos, el mismo que se desarrolla en el siguiente apartado.
207. Previamente a desarrollar el apartado referido a efectos, cabe evaluar el último argumento de AMÉRICA MÓVIL respecto a la metodología para identificar la conducta, que se encuentra relacionado estrechamente con la generación de efectos en el mercado de llamadas LDI en la red prepago móvil de AMÉRICA MÓVIL. Al respecto, cabe señalar que AMÉRICA MÓVIL señaló en su escrito de apelación que la metodología de *flagship products* no refleja el comportamiento de los agentes, ya que el análisis se limita solamente a los destinos donde la competencia es más agresiva, con lo cual el resultado del test de estrechamiento estaría arbitrariamente sesgado. Al respecto, señala que *“Si los carriers de LDI no pudieran ofrecer sus servicios a ciertos destinos entonces tendría sentido que los mismos no se consideren dentro del análisis porque los carriers no podrían cursar tráfico hacia ellos para replicar la oferta de CLARO. Pero siendo que los carriers de LDI también pueden ofrecer tarifas no promocionales a otros destinos que permitan que en el agregado sus márgenes sean positivos, como lo son en el agregado para CLARO, el análisis del tráfico de LDI agregado no podría “ocultar” prácticas anticompetitivas como se plantea en la Resolución Final para justificar el rechazo de la metodología generalmente aplicada en este tipo de casos.”*
208. Al respecto, como se mencionó previamente, la decisión del CCO de aplicar el test de estrechamiento de márgenes sobre tarifas nominales y no sobre la oferta completa de AMÉRICA MÓVIL respondía al hecho de que se habría evidenciado que las tarifas investigadas tenían potencial anticompetitivo por sí solas siendo que para los carriers LDI era relevante estar en la capacidad de replicarlas, y por lo tanto, era preciso aplicar el test de estrechamiento de márgenes sobre las mismas. Cabe recordar que para el Tribunal, la identificación de las tarifas analizadas como potencialmente anticompetitivas, se debía basar en un análisis de ingresos más que de tráfico como había planteado el CCO, pero que a pesar

de esa diferencia, la conclusión era la misma en relación a que dichas tarifas efectivamente tenían potencial anticompetitivo.

209. En relación a ello, este Tribunal considera que la decisión de analizar la replicabilidad de las tarifas Promoción Prepago 1912 y Tarifa Especial a Números Frecuentes, era una decisión que dependía de la determinación de la potencialidad anticompetitiva de las mismas, y no tanto de probar que los carriers LDI no podrían replicar la oferta completa de llamadas LDI prepago de AMÉRICA MÓVIL.
210. En tal sentido, si se demuestra que los carriers estaban en la posibilidad de replicar la oferta completa de AMÉRICA MÓVIL, aun cuando esta hubiera estrechado márgenes en relación a las tarifas analizadas, se concluiría que los efectos negativos en los carriers LDI respecto a las tarifas analizadas pudieron ser contrarrestados. Así, para este Tribunal, el análisis de si los carriers hubieran estado en la capacidad o no de replicar la oferta completa de AMÉRICA MÓVIL corresponde más bien a un análisis de efectos de la conducta propiamente.
211. Al respecto, cabe recordar que la conducta de estrechamiento de márgenes no es anticompetitiva per se, es decir, es preciso que se demuestren los efectos anticompetitivos –reales o potenciales- generados por la misma. Así, en un mercado competitivo es lógico ver que los participantes lancen ofertas que reduzcan las ganancias y participaciones de sus competidores, ello es propio de la libre concurrencia en el mercado.
212. En ese sentido, como se ha indicado anteriormente, este punto de la apelación se analizará en el siguiente apartado, correspondiente al análisis de efectos.

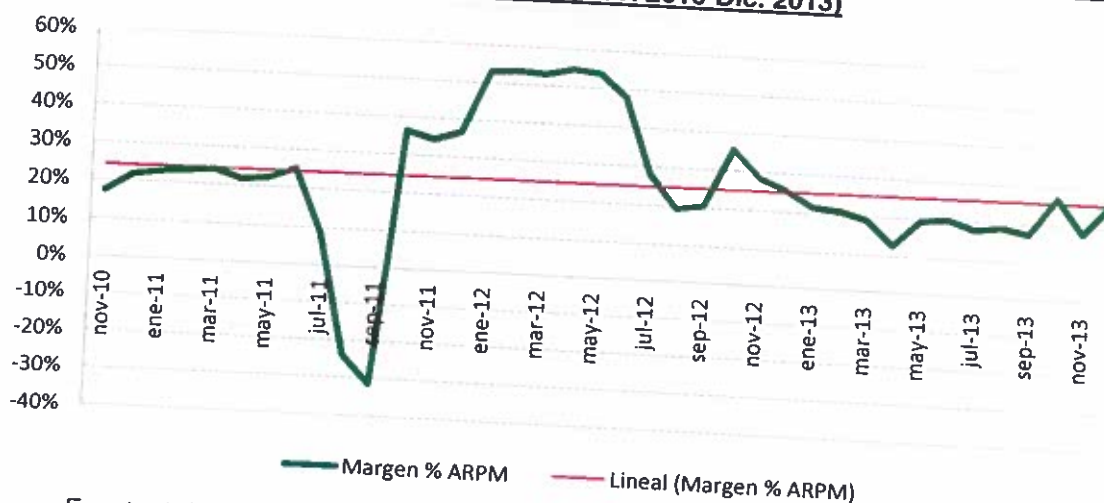
### **3.3.3. De los efectos de la conducta**

213. Se ha concluido que el análisis realizado por el CCO no fue suficiente para determinar la existencia de la conducta de estrechamiento de márgenes que AMÉRICA MÓVIL habría llevado a cabo a través de sus tarifas Promoción Prepago 1912 y Tarifa Especial a Números frecuentes, durante el segundo período analizado. No obstante ello, dada la potencialidad anticompetitiva identificada en ambas tarifas y que la conducta podría haberse demostrado de haber contado con mayor información, este Tribunal considera realizar el ejercicio de un análisis de efectos a partir de los argumentos más relevantes desarrollados en la apelación por AMÉRICA MÓVIL.
214. En relación al último punto analizado en el apartado previo, partimos de una evaluación de la oferta de AMÉRICA MÓVIL. En el contexto de que la Promoción Prepago 1912 muy probablemente podría haber estrechado márgenes, era preciso que AMÉRICA MÓVIL generara tráfico suficiente a partir de sus tarifas establecidas, y que estas a su vez generen el ingreso suficiente que permita que, en el agregado, la oferta LDI móvil prepago de AMÉRICA MÓVIL sea rentable. Cabe resaltar que esta promoción sólo aplicaba a ciertos destinos, los más intensivos en tráfico, lo cual hacía que las tarifas establecidas sólo aplicaran sobre destinos menos frecuentes.

215. Así, es importante precisar que, tal como se evidenció en los gráficos 5 y 6, la Promoción Prepago 1912 generó en promedio el 83% del tráfico LDI móvil prepago de AMÉRICA MÓVIL, mientras que las tarifas establecidas, luego del lanzamiento de dicha promoción, generaron únicamente el 7% de tráfico LDI en promedio. Al respecto, tal como se mencionó previamente, el porcentaje de tráfico generado por las tarifas establecidas posteriormente a la comercialización de la Promoción Prepago 1912, contrasta con el porcentaje que genera en relación a ingresos, ya que en promedio fue el 34% del total de ingresos generados por el servicio en cuestión.

216. En relación a ello, AMÉRICA MÓVIL envió una propuesta de test de estrechamiento de márgenes que evidenciaba la rentabilidad de su oferta agregada del servicio LDI prepago móvil. Dicho test comparaba el ingreso promedio por minuto de su servicio de llamadas LDI desde su red móvil prepago, con el total de costos que un carrier debía asumir para brindar el mismo servicio, a partir del cual concluía que, salvo dos meses, la oferta agregada LDI de AMÉRICA MÓVIL obtuvo márgenes positivos en todo el período analizado por el CCO, como se observa en el siguiente gráfico remitido por AMÉRICA MÓVIL:

**Gráfico 7: Margen como porcentaje de la tarifa Promedio (ARPM) del servicio LDI Móvil Prepago de Claro (Nov. 2010-Dic. 2013)**



Fuente: Información remitida por AMÉRICA MÓVIL al CCO

217. Cabe recalcar que, para este Tribunal, el componente costo de terminación LDI utilizado por AMÉRICA MÓVIL para determinar el margen de ganancia mencionado en el párrafo previo, no sería el adecuado al haber sido calculado considerando el tráfico de otros servicios además del móvil prepago, tal como se explicó en el apartado anterior. Sin embargo, se tomará como referencia dicho margen de ganancia para señalar la rentabilidad de la oferta agregada de AMÉRICA MÓVIL pues no considera que, en relación a ese punto, la falencia mencionada afecte de manera significativa la conclusión de dicho test.

218. A partir del Gráfico 7, se observa que el servicio de llamadas LDI en la red prepago móvil de AMÉRICA MÓVIL ha resultado rentable y que ello sería consecuencia de



la estructura de demanda que este generó a partir de su oferta agregada LDI prepago móvil. Al respecto, se evidencia que las tarifas establecidas de AMÉRICA MÓVIL generaron un tráfico reducido pero suficiente para obtener ingresos que permitan que la oferta agregada LDI prepago móvil de AMÉRICA MÓVIL haya sido rentable a pesar que la Promoción Prepago 1912 pudo haber estrechado márgenes por sí sola.

219. No obstante lo anterior, corresponde evaluar el escenario de los carriers LDI a fin de evidenciar si estuvieron en la capacidad de replicar las tarifas analizadas en el presente procedimiento, sobre todo luego del lanzamiento de la Promoción Prepago 1912. Para ello, es preciso desarrollar la evolución tarifaria de los carriers LDI y el despliegue de sus estrategias en el mercado.
220. Al respecto, se observa que las ofertas de los carriers LDI se caracterizaban por ofrecer tarifas diferenciadas por destino internacional, tal y como lo hacían los operadores móviles, siendo que las tarifas más bajas correspondían a los destinos más frecuentes, y las altas a los destinos menos frecuentes. El siguiente cuadro muestra las primeras tarifas por minuto LDI desde móviles prepago, de los carriers LDI:

**Cuadro 9: Primeras tarifas por minuto LDI desde móviles, de los carriers LDI**

Destino	Tarifas por minuto (Nuevos Soles)		
	Americatel	IDT	Convergía
USA/Canadá	2.00	1.40	1.90
Argentina, Chile y Brasil	2.00	1.89	1.90
Resto de América	2.00	2.40	1.90
España e Italia	2.80	1.89	2.66
Resto de Europa	2.95	2.40	2.80
Japón y China	3.00	1.89	2.84
Destinos caros	6.00	30.00	5.70/14.00
Resto del Mundo	6.00	1.89/2.40	5.70/14.00

Nota: Tarifas de Americatel publicadas en el SIRT el 23 de noviembre de 2010.  
 Tarifas de IDT publicadas en el SIRT el 15 de noviembre de 2010.  
 Tarifas de Convergía publicadas en el SIRT el 12 de setiembre de 2011

221. Cabe precisar que Americatel fue el primero en ingresar al mercado de llamadas LDI desde redes móviles luego de aprobado el Reglamento de LLxLL, siendo que inició sus operaciones comerciales el 17 de octubre de 2010. Por su parte, IDT presentó tarifas para llamadas LDI desde redes móviles a partir de noviembre de 2010 en el SIRT, mientras que Convergía lo hizo a partir de setiembre de 2011.
222. Asimismo, se ha identificado que las tarifas de los carriers LDI, IDT y Convergía, fueron cambiando en el tiempo, muy probablemente dada la competencia que debían enfrentar, sobre todo luego de la Promoción Prepago 1912 de AMÉRICA MÓVIL, ya que se evidenció una reducción de tarifas hacia algunos de los destinos a los que aplicaba precisamente dicha promoción, tales como Estados Unidos, Canadá y China. Cabe mencionar que llama la atención el caso de Americatel, toda vez que la última vez que actualizó sus tarifas fue el 01 de marzo de 2011, y las mantuvo como la primera vez, siendo que a la fecha sus tarifas vigentes son las que se observaron en el cuadro previo.

**Cuadro 10: Tarifas por minuto LDI desde móviles, de IDT (Cambios)**

Destino	Tarifas por minuto IDT (Nuevos Soles)				
	07/11/2012	17/06/2013	15/06/2016	03/10/2016	20/11/2016
USA, Canadá, China y Puerto Rico	1.388 (por promoción 0.49) menos China y Puerto Rico	1.388 (por promoción 0.49) menos Puerto Rico	0.49	0.49	0.49
Argentina, Chile y Brasil	1.874	1.874	1.89	2.50	3.5
Resto de América	2.379	2.379	2.95	2.95	3.5
España e Italia	1.874	1.874	1.89 (incluye Alemania)	2.50 (incluye Alemania)	3.5
Resto de Europa	2.379	2.379	2.95	2.95	3.5
Japón	1.874	1.874	1.89	2.50	3.5
Destinos caros	29.747	29.747	30	30	30
Resto del Mundo			2.95	2.95	3.5

Fuente: SIRT-OSIPTTEL  
Elaboración: ST-TSC

**Cuadro 11: Tarifas por minuto LDI desde móviles, de Convergencia (Cambios)**

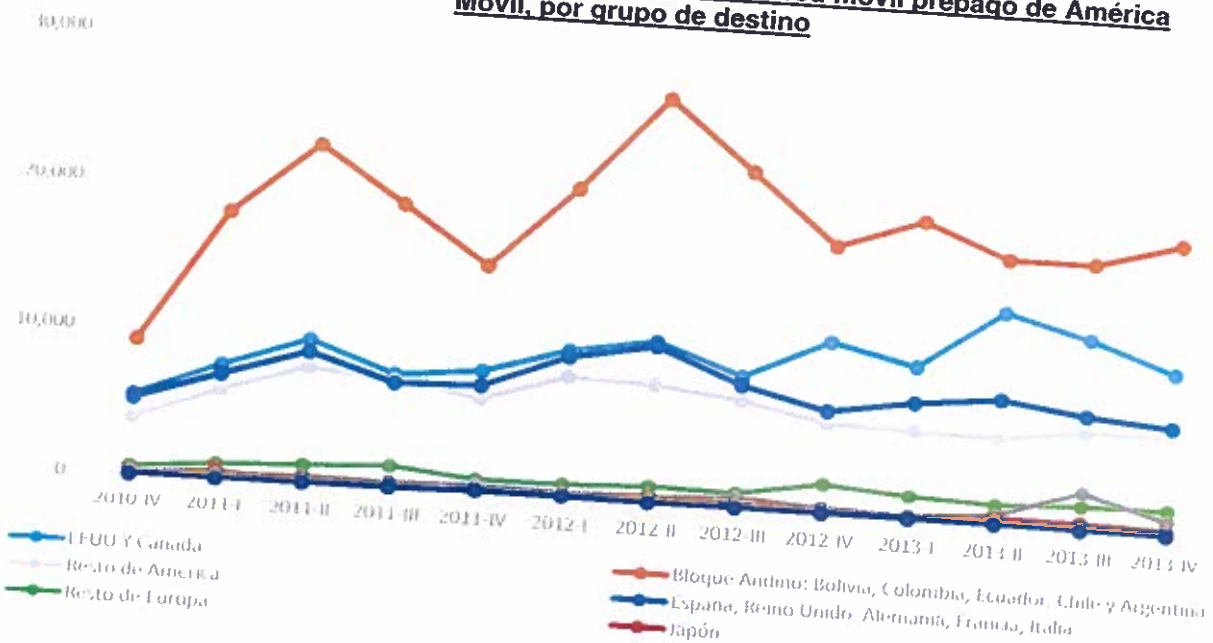
Destino	Tarifas por minuto Convergencia (Nuevos Soles)				
	01/07/2012	01/02/2013	23/05/2013	08/06/2016	20/05/2017
USA/Canadá	1.25	0.45	0.45	0.45	0.79
China	-				0.69
Colombia, México	-	-	-	0.59	0.79
Argentina, Chile y Brasil	1.70	0.90/0.99	0.90/0.99	0.79/0.99	1.09/1.49
Resto de América	1.90	0.99	0.99	1.19	1.59
España, Italia y Alemania	1.70	0.60/0.70	0.60/0.70	0.59/0.99	0.79/1.49
Resto de Europa	2.10	0.99	0.99	0.99	1.29
Japón	1.70	0.7	0.7	0.69	0.99
Destinos caros	5.00/13.00	5.00	3.00/5.00	5.00	5.00
Resto del Mundo	5.70	5.00	5.00	5.00	5.00

Fuente: SIRT-OSIPTTEL  
Elaboración: ST-TSC

223. De lo anterior se evidencia que los carriers LDI, desde su incursión en el mercado en cuestión, han ofrecido tarifas para llamadas no sólo a destinos frecuentes, sino también a los no frecuentes, siendo más agresivos en los primeros, de manera similar a como lo hacía AMÉRICA MÓVIL mediante la Promoción Prepago 1912. Sin embargo, para determinar que los carriers (tanto actuales como potenciales) hubieran estado en la posibilidad de replicar la oferta completa de AMÉRICA MÓVIL, es necesario evidenciar que los carriers hubieran podido lograr una demanda tal que dicha estrategia hubiera resultado rentable.

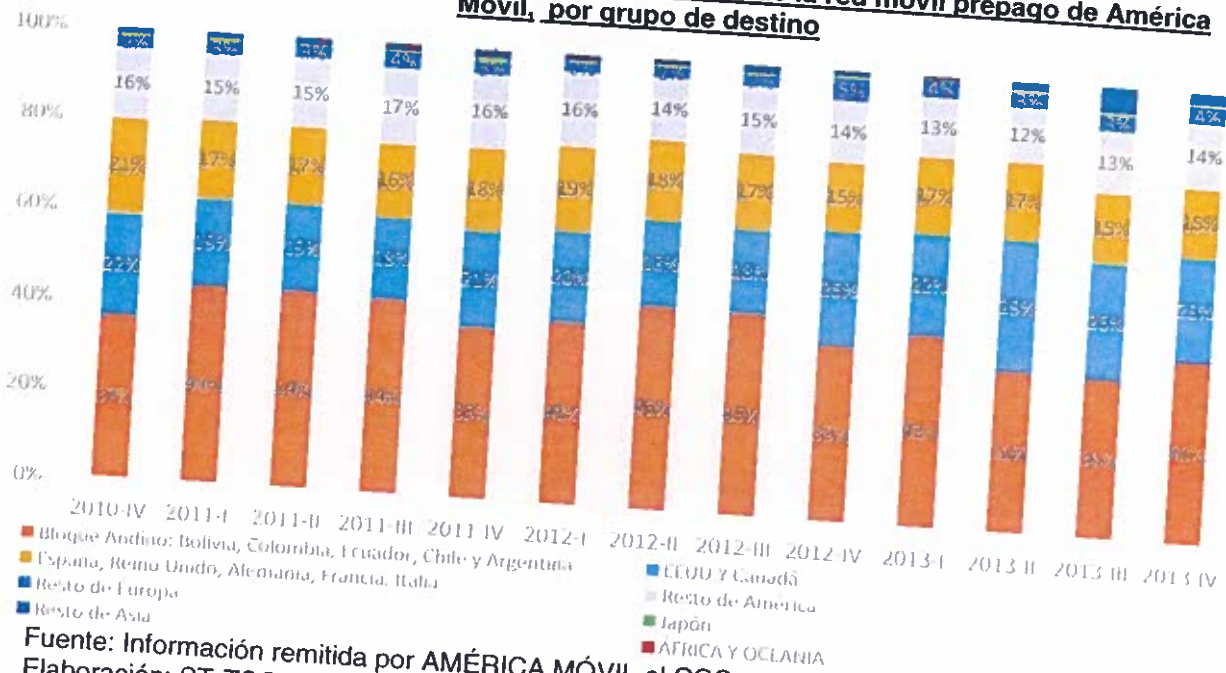
224. Por lo tanto, este Tribunal considera que para determinar si los carriers LDI hubieran podido replicar la oferta completa de AMÉRICA MÓVIL, es decir una que incluya una tarifa como la Promoción Prepago 1912, era preciso que sus demás tarifas, aplicables a destinos menos frecuentes, hayan podido generar al menos un mínimo de tráfico, que genere el ingreso suficiente para hacer que su oferta agregada LDI sea rentable en la red prepago de AMÉRICA MÓVIL.
225. De una revisión del expediente, se puede observar el tráfico de los carriers LDI generado en la red prepago de AMÉRICA MÓVIL, desagregado por bloques de destinos internacionales, a partir de la cual se evidencia que los carriers LDI han generado tráfico hacia todos los destinos, sean frecuentes o no frecuentes, tal y como consta en el siguiente gráfico:

**Gráfico 8: Tráfico LDI generado por carriers desde la red móvil prepago de América Móvil, por grupo de destino**



Fuente: Información remitida por AMÉRICA MÓVIL al CCO  
 Elaboración: ST-TSC

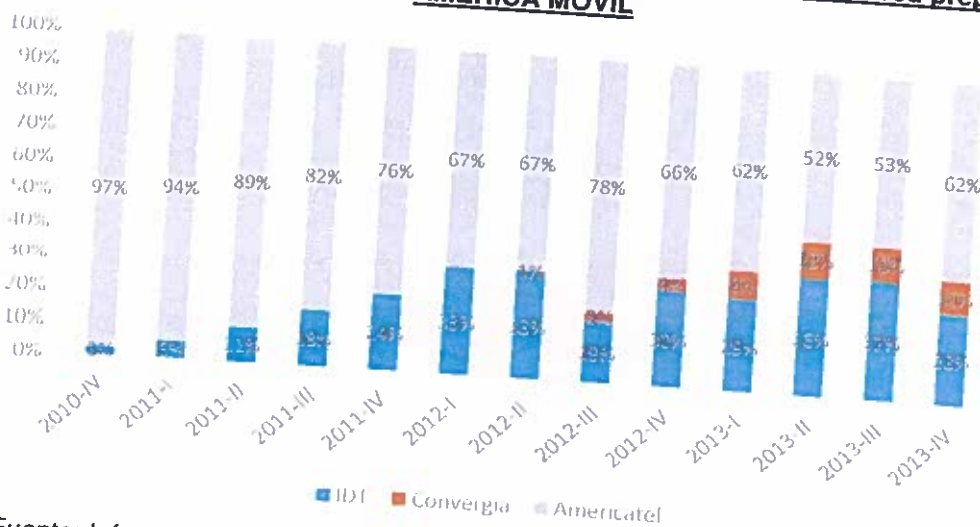
**Gráfico 9: Distribución del Tráfico LDI de carriers desde la red móvil prepago de América Móvil, por grupo de destino**



Fuente: Información remitida por AMÉRICA MÓVIL al CCO  
Elaboración: ST-TSC

226. Cabe mencionar que los gráficos previos muestran el tráfico, desagregado por bloque de destino, generado por los tres carriers LDI en la red móvil prepago de AMÉRICA MÓVIL. Sin embargo, aunque no se cuente con el tráfico de cada carrier LDI desagregado por destino, se podría concluir que la distribución por bloque de destino observada en el gráfico previo se evidenciaría también para el caso específico de Americatel, ello considerando que la participación de este carrier siempre fue el más importante, según se desprende del siguiente gráfico:

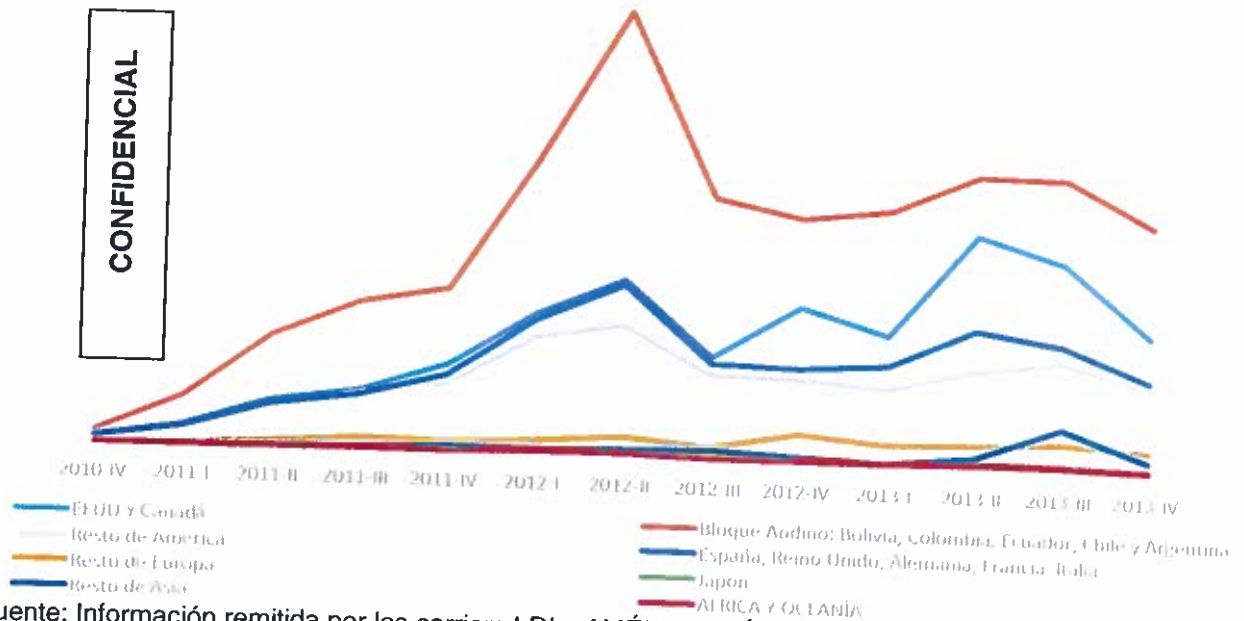
**Gráfico 10: Distribución del tráfico LDI generado por los carriers en la red prepago de AMÉRICA MÓVIL**



Fuente: Información remitida por AMÉRICA MÓVIL al CCO  
Elaboración: ST-TSC

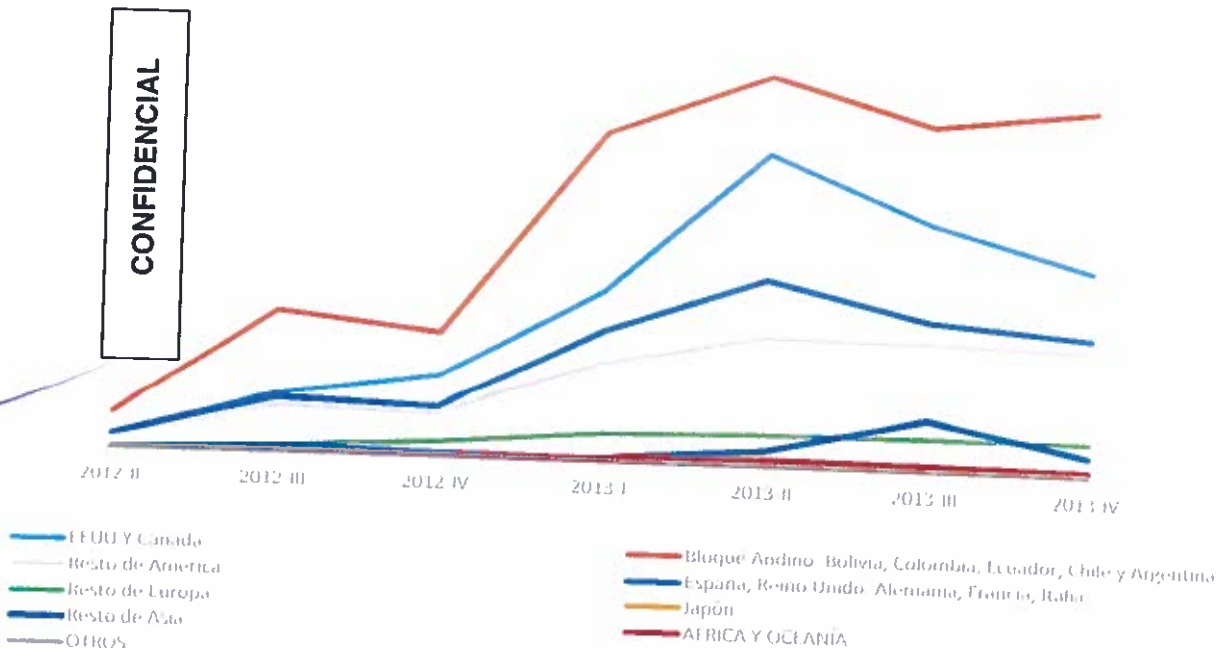
227. Al respecto, se observa que Americatel habría generado tráfico hacia todos los destinos, aun cuando su estrategia tarifaria siempre se mantuvo, es decir aun cuando no lanzó promociones más agresivas hacia ciertos destinos en respuesta a la estrategia de AMÉRICA MÓVIL. En ese sentido, este Tribunal considera que era factible para Americatel generar tráfico hacia todos los destinos, de modo que si hubiera estado en la capacidad de ser más agresivo en unos destinos que en otros y haber logrado en el agregado un margen positivo. No obstante, como se verá más adelante, el que este carrier no haya sido más agresivo se explica por el margen positivo generado a partir de la estrategia que mantuvo durante todo el período analizado.
228. Asimismo, cabe señalar que aun cuando la escala de tráfico generado por IDT y Convergía (sobre todo este último) era menor que la de Americatel, fueron estos los que siguieron, en parte, la estrategia de AMERICA MÓVIL, al reducir tarifas en destinos más frecuentes, tal como se evidenció en los cuadros 10 y 11.
229. En la misma línea, aunque no ha sido posible observar si los carriers IDT y Convergía generaron tráfico hacia todos los destinos, debido a que se cuenta con información agregada; el hecho de que estos hayan decidido ser agresivos sobre algunos destinos es muestra de que consideraban que esa estrategia les era rentable. En este escenario, podían generar tráfico en los destinos a los cuales aplicaban tarifas no agresivas, de modo que el ingreso generado por estas permita que en el agregado su oferta sea rentable, tal como se evaluará más adelante.
230. En ese sentido, es probable que los carriers LDI efectivamente pudieran haber imitado la estrategia de AMÉRICA MÓVIL en relación a las tarifas analizadas en el presente procedimiento, toda vez que sus tarifas estaban dirigidas a todos los destinos. En efecto, se ha evidenciado tráfico hacia todos los destinos en el caso de Americatel aun cuando este nunca cambió su estrategia tarifaria, y se ha evidenciado que IDT y Convergía introdujeron tarifas agresivas hacia destinos frecuentes, de manera similar a como lo hizo AMÉRICA MÓVIL.
231. No obstante lo anterior, cabe precisar que para el caso de nuevos carriers, probablemente el panorama no hubiera sido el mismo que se ha evidenciado con los carriers ya establecidos en el mercado. Al respecto, como se pudo evidenciar en el gráfico 10, IDT alcanzó apenas el 3% de participación en el tráfico LDI generado por los carriers, durante su primer trimestre de operaciones comerciales (2010-IV), mientras que Convergía el 1% (2012-II). Así, si se analiza el tráfico de estos dos carriers de manera individual, asumiendo que la distribución por destino observada en el tráfico total se repite en cada caso, se puede observar que en los primeros trimestres de operación de los carriers el tráfico hacia destinos poco frecuentes era bastante reducido, tal como se observa en los siguientes gráficos.

**Gráfico 11: Tráfico LDI generado por IDT desde la red móvil prepago de América Móvil, por grupo de destino**



Fuente: Información remitida por los carriers LDI y AMÉRICA MÓVIL  
Elaboración: ST-TSC

**Gráfico 12: Tráfico LDI generado por Convergía desde la red móvil prepago de América Móvil, por grupo de destino**

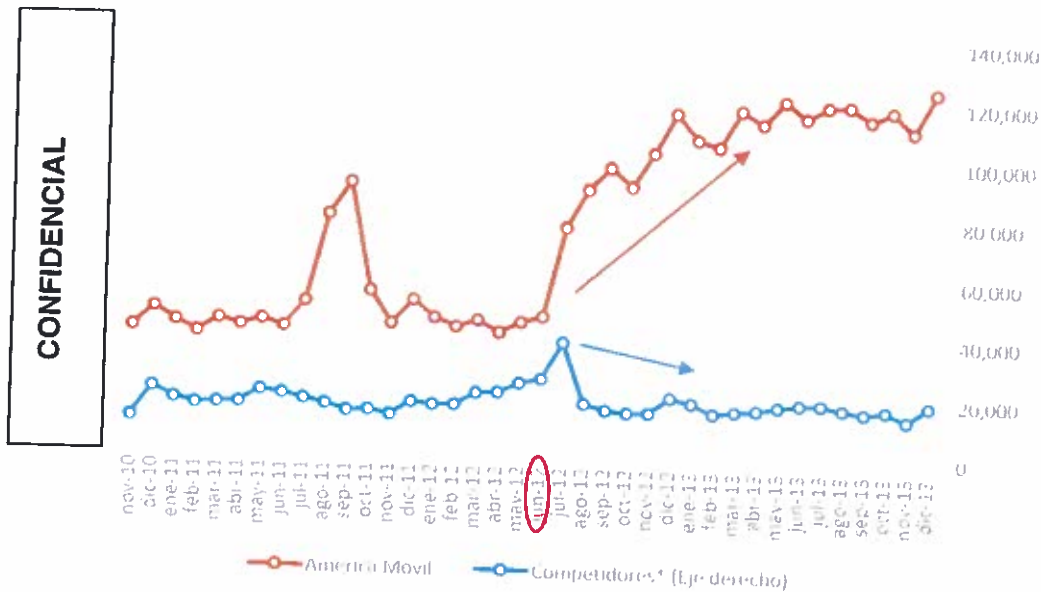


Fuente: Información remitida por los carriers LDI y AMÉRICA MÓVIL  
Elaboración: ST-TSC

232. Al respecto, el reducido tráfico generado por los carriers hacia destinos no frecuentes, al inicio de sus operaciones, no hubiera permitido que estos replicaran con un margen positivo una oferta como la Promoción Prepago 1912 (siempre que se demuestre que este ha estrechado márgenes), por lo menos en los primeros meses de su operación. Asimismo, cabe señalar que si los carriers entrantes hubieran replicado dicha tarifa, probablemente hubieran tenido que asumir pérdidas al inicio de su operación, toda vez que hubieran necesitado recuperar los posibles márgenes negativos generados por la misma, mediante tarifas establecidas hacia destinos no frecuentes, hacia donde hubiera sido complicado generar tráfico.
233. No obstante, cabe señalar que en el escenario en el cual los carriers entrantes hubieran tenido que competir con la mencionada promoción, la permanencia de los mismos en el mercado hubiera dependido además de otros factores, tales como el respaldo financiero con el cual hubieran incursionado, siendo que probablemente hubieran estado en la posibilidad de mantenerse en el mercado aun cuando al inicio estuvieran operando en pérdidas.
234. De otro lado, AMÉRICA MÓVIL señaló en su escrito de apelación que *"la evolución de los tráficos de los carriers LDI no acreditaba la práctica imputada"*, asimismo, indicó que la Resolución Final no presentó evidencia que demuestre que la disminución en la participación de mercado de los carriers LDI se haya debido a un traslado de tráfico hacia AMÉRICA MÓVIL. Además, señaló que el tráfico de los carriers LDI en las redes móviles puede ser distinto debido tanto a la estrategia del operador móvil como de los propios carriers.
235. En relación a ello, cabe señalar que el CCO presentó el siguiente gráfico señalando que en él se evidenciaba que el tráfico de los carriers se redujo tras la Promoción Prepago 1912. Sin embargo, este TSC considera preciso indicar que la reducción de tráfico de los carriers evidenciado en agosto de 2012 se debe en parte a que en julio de ese año el tráfico de estos había aumentado en 49% respecto del mes anterior, siendo que su tasa de crecimiento promedio entre enero de 2011 y junio de 2012 era de 2%. Así, en promedio el tráfico de los carriers entre enero 2011 y junio 2012 era de poco más de 17 mil minutos, siendo junio 2012 el mes en el que obtuvieron el mayor tráfico, más de 25 mil minutos, sin embargo, el mes siguiente el tráfico saltó a más de 38 mil minutos.

12

**Gráfico 13: Tráfico LDI generado en la red móvil prepago de América Móvil**



Fuente: Resolución Final del CCO

236. En ese sentido, probablemente el pico evidenciado en el mes de julio 2012 fue un evento fuera de lo normal, siendo que la caída evidenciada en agosto 2012 pudo haber sido un evento esperado y no tanto una consecuencia de la Promoción Prepago 1912 como lo planteó el CCO. Al respecto, cabe notar que en ausencia del pico mencionado, el comportamiento del tráfico de los carriers LDI no parece presentar una tendencia decreciente sino más bien estable.
237. Asimismo, si se desagrega por carrier el comportamiento del tráfico de los competidores, se evidencia que ese incremento evidenciado en julio 2012 se debió principalmente a Americatel, que en ese mes presentó un incremento de tráfico de 68% respecto al mes anterior, y en junio respecto a mayo un incremento de 44%, tasas de crecimiento que contrastan con el promedio evidenciado entre enero 2011 y mayo 2012 que era de -1%, tal como se puede evidenciar en el gráfico siguiente. En ese sentido, probablemente lo anterior se debió a factores fuera de lo normal, toda vez que son tasas de crecimiento fuera de la senda que el tráfico de Americatel venía mostrando.



**Gráfico 14: Tráfico LDI de Americatel desde red de América Móvil**

**CONFIDENCIAL**

Fuente: Información remitida por Americatel al CCO  
Elaboración: ST-TSC

238. Cabe mencionar también que la tendencia decreciente del tráfico de Americatel venía desde el inicio del período analizado por lo que los meses de junio y julio toman relevancia al presentar una tendencia sumamente creciente, siendo que no se podría concluir que esa tendencia pudo haber continuado durante todo el período si la Promoción Prepago 1912 no hubiera aparecido. Así, la reducción de tráfico de 63% que se evidencia en el mes de agosto de 2012, pudo haber sido consecuencia de que el tráfico volvió a la senda que venía presentando hasta mayo de 2012.
239. Ahora bien, aun si la tendencia del tráfico de Americatel a partir de junio de 2012 debió ser creciente como lo mostraban las tasas de crecimiento de ese mes así como del mes de julio, y la reducción de agosto fuera consecuencia de la Promoción Prepago 1912, lo cierto es que el estancamiento que se evidencia desde agosto de 2012 pudo haber sido contrarrestado por Americatel de haber replicado una oferta como la de AMÉRICA MÓVIL. Cabe mencionar que entre setiembre 2012 y diciembre 2013, la tasa de crecimiento promedio fue de 1%.
240. De otro lado, en relación al comportamiento del tráfico de IDT, el siguiente gráfico muestra una tendencia creciente desde el inicio del período analizado, llamando la atención el pico que se observa en mayo, en el cual se presenta una tasa de crecimiento de 55% respecto del mes anterior, lo cual contrasta con la tasa de crecimiento promedio evidenciada entre enero 2011 y abril 2012 que era de entre 18 y 19%.

R

**Gráfico 15: Tráfico LDI de IDT desde red de América Móvil**

**CONFIDENCIAL**

Fuente: Información remitida por IDT al CCO  
Elaboración: ST-TSC

241. Así, al igual que en el caso de Americatel, probablemente ese pico fue un evento fuera de lo normal, ya que en junio 2012 se evidenció una reducción de 43%, lo cual es importante pero puede ser reflejo de que el tráfico volvió a la senda que venía presentando previamente.
242. Cabe mencionar que aunque se evidenció una reducción de tráfico de IDT sostenida entre los meses de julio y octubre 2012, lo cierto es que períodos de reducción similares también se pudieron observar entre los meses de julio y noviembre 2013, por lo que el tráfico de IDT desde julio de 2012 más bien parece tener un comportamiento cíclico manteniendo una tasa de crecimiento promedio de -1% hasta diciembre de 2013.
243. Asimismo, cabe resaltar que IDT redujo su tarifa a destinos como Estados Unidos, Canadá y China desde noviembre de 2012, siendo que probablemente ello le ayudó a mantener sus niveles promedio de tráfico en poco más de 5.5 mil minutos desde diciembre de 2012, nivel similar al que venía mostrando entre enero y octubre de 2012, salvo mayo que fue el mes en el que el tráfico fue considerablemente elevado, más de 10 mil minutos.
244. Finalmente, se considera que la evolución del tráfico de Convergía presentó una tendencia creciente sobre todo a partir de 2013, lo cual se puede atribuir al hecho de que sus tarifas fueron agresivas hacia algunos destinos, precisamente desde enero de 2013.

**Gráfico 16: Tráfico LDI de Convergencia desde red de América Móvil**

**CONFIDENCIAL**

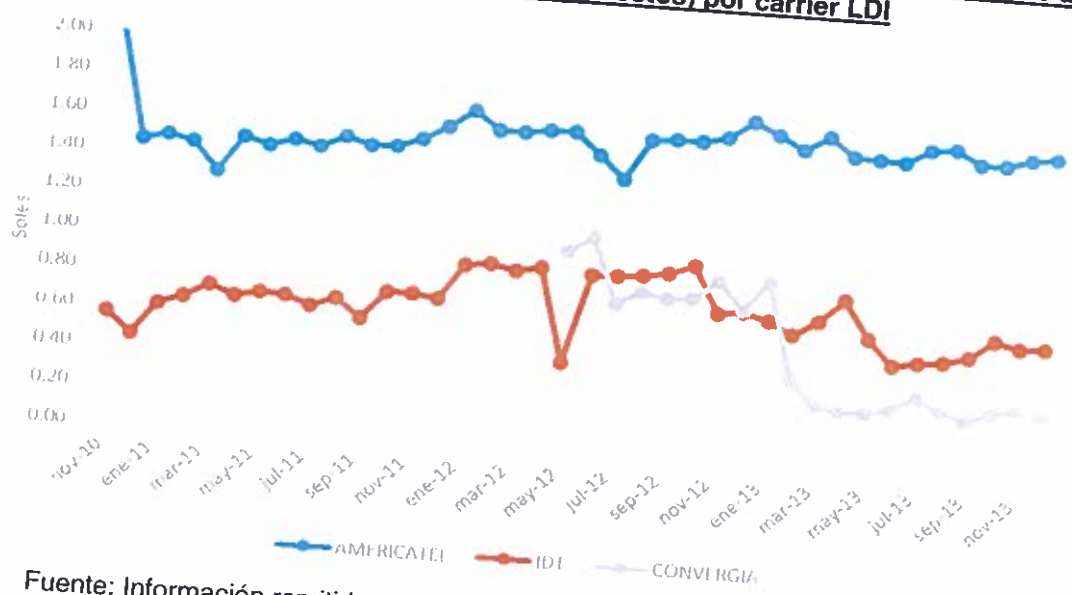
Fuente: Información remitida por Convergencia al CCO  
Elaboración: ST-TSC

245. De lo expuesto, este Tribunal considera que la aparente reducción de tráfico de Americatel e IDT luego de la aparición de la Promoción Prepago 1912 pudo deberse a que en ese momento habrían presentado picos de tráfico bastante mayores a la tendencia que venían mostrando, de modo que las reducciones posteriores pueden haber sido algo esperado. Asimismo, aun cuando esas reducciones hayan sido consecuencia de la mencionada promoción y, la tendencia creciente de Americatel e IDT hubiera debido continuar, probablemente ello hubiera podido lograrse si estos imitaban la oferta de AMÉRICA MÓVIL.
246. Cabe resaltar el hecho de que IDT logró una tarifa de 0.49 céntimos hacia 3 de los destinos frecuentes que incluía la Promoción Prepago 1912, con lo cual mantuvo sus niveles de tráfico. De otro lado, en el caso de Americatel, esta empresa no cambió su estrategia tarifaria desde que inició operaciones como carrier LDI en redes móviles, y aun así sus niveles de tráfico se mantuvieron en el promedio que siempre mostró. Ello hace pensar que la falta de respuesta de Americatel pudo haber sido parte de su propia estrategia en el mercado de llamadas LDI desde la red móvil de AMÉRICA MÓVIL.
247. En efecto, en el escenario posterior al lanzamiento de la Promoción Prepago 1912, los carriers debían decidir si cambiar de estrategia a una similar a la de AMÉRICA MÓVIL o si mantenían la que tenían en ese momento. De un lado, elegir lanzar una estrategia similar a la de AMÉRICA MÓVIL implicaba reducir tarifas en destinos frecuentes para ganar en tráfico, mientras que, por el otro lado, mantener su estrategia tarifaria, implicaba generar menos tráfico pero bajo las mismas tarifas.
248. Así, mientras que mantener la estrategia tarifaria iba a representar una reducción de ingresos totales en cualquier caso pues el tráfico se iba a reducir; cambiar a una estrategia como la de AMÉRICA MÓVIL podía haber aumentado el ingreso dependiendo del tráfico adicional que hubiera generado su reducción tarifaria en destinos frecuentes, existiendo también la probabilidad de que esta estrategia genere menos ingresos totales si no se lograba el tráfico adicional suficiente que contrarreste la reducción tarifaria.

249. De lo expuesto, se observa que el comportamiento del tráfico de los carriers LDI no sólo pudo ser consecuencia de la conducta de AMÉRICA MÓVIL, sino de sus mismas estrategias tarifarias, las cuales pudieron haber sido modificadas por ellos de considerarlo más favorable.

250. En efecto, de la información presentada por los carriers LDI, se puede desprender que los márgenes de los carriers LDI fueron positivos en todo el período analizado, si se compara el ingreso promedio por minuto generado por cada uno de ellos, con la suma de los costos que se les debería atribuir, sin considerar el costo de terminación LDI (por simplicidad)<sup>60</sup>. Al respecto, se evidencia que Americatel es quien presenta el mayor margen de ganancia, siendo que aun si se considerara los costos de terminación LDI, el margen continuaría siendo bastante grande. En el caso de IDI el margen más bajo fue de 0.69 céntimos, con lo cual, muy probablemente aun cuando se incluya los costos de terminación LDI, se estima que el margen continuaría siendo positivo.

**Gráfico 17: Diferencia entre ARPM y (cargo de originación + cargo de acceso a plataforma de pago + otros costos) por carrier LDI**



Fuente: Información remitida por los carriers LDI al CCO  
Elaboración: ST-TSC

251. Cabe resaltar el caso de Convergía, toda vez que a partir de 2013, sus márgenes se redujeron notablemente, pasando de un promedio de 0.90 céntimos a un promedio de 0.34 céntimos, con lo cual en ese año podría haber llegado a presentar márgenes cero o negativos si se incluyeran los costos de terminación LDI. Al respecto, cabe precisar que la reducción de los márgenes de Convergía en ese año se puede atribuir a su reducción tarifaria hacia destinos tales como Estados Unidos, Canadá y China, la misma que generó un aumento notable en el tráfico, lo cual se refleja finalmente en una reducción del ingreso promedio por minuto, y esto a su vez en un margen de ganancia menor.

<sup>60</sup> Sólo se consideró el cargo de originación, de acceso a plataforma de pago y los otros costos.

252. De otro lado, AMÉRICA MÓVIL indica que el CCO habría desconocido el efecto beneficioso de incremento de líneas que sus promociones habrían generado. Así, señala que el CCO reconoció que la conducta de AMÉRICA MÓVIL generó un aumento en el tráfico LDI pero que ello no era suficiente para que el efecto tenga un balance favorable para los consumidores. Al respecto, AMÉRICA MÓVIL ha mostrado evidencia en relación a que su política de precios habría incrementado el número de líneas activas que realizan llamadas de LDI.
253. Al respecto, de la información remitida por AMÉRICA MÓVIL, se observa que la cantidad de líneas activas prepago de AMÉRICA MÓVIL que realizaban llamadas LDI, efectivamente aumentó en términos absolutos a partir del lanzamiento de la Promoción Prepago 1912. De lo contrario, se observa que en términos relativos respecto al total de líneas prepago de AMÉRICA MÓVIL -tal como lo presentara el CCO-, dicho incremento podría no ser notable, toda vez que el porcentaje de líneas que realizan llamadas LDI es bastante reducido, y en ese entonces no llegaba ni al 1% de líneas.
254. En ese sentido, a pesar de que el incremento de líneas activas que realizaban llamadas LDI no significó un gran porcentaje del total de líneas prepago de AMÉRICA MÓVIL, este Tribunal lo considera como efecto positivo de la conducta de AMÉRICA MÓVIL, toda vez que hubieron usuarios que dejaron de llamar LDI a través de medios alternativos, para pasar a utilizar su teléfono celular, el cual le brinda mayor utilidad al ser más accesible a ellos así como más beneficioso comparado a otras alternativas<sup>61</sup>.
255. Por lo expuesto en el desarrollo de la presente resolución, este Tribunal considera que no se han probado todos los elementos configurantes de la conducta de estrechamiento de márgenes bajo el marco del abuso de posición de dominio tipificado en la LRCA e imputado a AMÉRICA MÓVIL en el presente procedimiento.
256. En efecto, la determinación del mercado relevante y la posición de dominio de AMÉRICA MÓVIL por parte del CCO ha sido acertada; no obstante, si bien se ha evidenciado que la metodología utilizada en el presente procedimiento ha permitido identificar las tarifas a partir de las cuales se debe hacer un análisis de replicabilidad, no se ha acreditado con certeza el estrechamiento de márgenes en todo el período analizado al no encontrarse que el margen promedio de cada tarifa investigada resulte negativo. Finalmente, no se ha acreditado que las tarifas analizadas no puedan ser replicadas por los carriers LDI, así como tampoco que, bajo la regla de la razón, los efectos negativos -reales o potenciales- identificados por el CCO sean mayores a las eficiencias o efectos positivos generados con la conducta de AMÉRICA MÓVIL. Por ello, corresponde que este Tribunal revoque la resolución apelada.

<sup>61</sup> Un ejemplo es la característica de movilidad, propia de la telefonía móvil y que, tal como se ha desarrollado en el numeral 112, genera que un usuario prefiera, ante precios iguales, llamar de teléfono móvil que de teléfono fijo.

**HA RESUELTO:**

**Artículo Único.-** Declarar FUNDADO el Recurso de Apelación presentado por América Móvil Perú S.A.C. contra la Resolución N° 023-2015-CCO/OSIPTEL emitida por el Cuerpo Colegiado el 23 de enero de 2015, que declaró FUNDADO el procedimiento administrativo sancionador iniciado de oficio contra América Móvil Perú S.A.C. por la presunta comisión de actos de abuso de posición de dominio en la modalidad de estrechamiento de márgenes con efectos exclusorios en el mercado de llamadas de larga distancia internacional y le impuso una multa de 92.3 UIT por la comisión de una infracción grave; y, en consecuencia, REVOCAR dicha resolución en los artículos primero y segundo; en virtud de las razones expuestas en la parte considerativa del presente pronunciamiento.

**REGÍSTRESE Y COMUNÍQUESE.-**

*Con el voto favorable de los señores vocales: Alfredo Juan Carlos Dammert Lira, Alejandro Martín Moscol Salinas, Armando Luis Augusto Cáceres Valderrama y María Tessy Torres Sánchez.*



**ALFREDO JUAN CARLOS DAMMERT LIRA**  
Presidente