

OSIPTEL

Aprueban Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Libre Competencia en el Ambito de las Telecomunicaciones

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO N° 003-2000-CD/OSIPTEL

Lima, 31 de enero de 2000.

VISTO:

El Proyecto de Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Libre Competencia en el Ambito de las Telecomunicaciones presentado por su Gerencia General;

CONSIDERANDO:

Que, el inciso 1) del Artículo 77° del Texto Unico Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado mediante Decreto Supremo N° 013-93-TCC, establece que es función fundamental de OSIPTEL el mantener y promover una competencia efectiva entre los servicios portadores, finales, de difusión y de valor añadido;

Que, el numeral 114 de los Lineamientos de Políticas de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones señala que OSIPTEL puede dictar lineamientos que resuman los principios de aplicación general que viene aplicando o aplicará en el futuro;

Que, el mismo numeral establece que los lineamientos que dicte OSIPTEL, a diferencia de los precedentes, no tienen carácter vinculante u obligatorio, sino son referenciales;

Que, el proyecto de Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Libre Competencia en el Ambito de las Telecomunicaciones fue publicado en el Diario Oficial El Peruano para recoger las contribuciones que realicen los agentes involucrados en la prestación de estos servicios, recogiéndose valiosos aportes de los mismos;

Estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su Sesión N° 95;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Aprobar los "Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Libre Competencia en el Ambito de las Telecomunicaciones", los mismos que forman parte integrante de la presente resolución.

Artículo 2°.- La presente resolución entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

Comuníquese, publíquese y archívese.

JORGE KUNIGAMI K.
Presidente del Consejo Directivo

LINEAMIENTOS GENERALES PARA LA APLICACION DE LAS NORMAS DE LIBRE COMPETENCIA EN EL AMBITO DE LASTELECOMUNICACIONES

1. INTRODUCCION

Los Lineamientos de Políticas de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones, aprobados mediante Decreto Supremo N° 020-98-MTC, de fecha 4 de agosto de 1998, facultan a OSIPTEL a dictar lineamientos generales y referenciales sobre libre y leal competencia que, sin tener carácter vinculante, orienten a los agentes económicos sobre los criterios de interpretación y aplicación general que viene aplicando o aplicará en el futuro. Ello tiene por finalidad hacer predecibles las decisiones de la autoridad y de esa manera contribuir con la seguridad jurídica y con la creación

de un marco que brinde garantías a la inversión privada. Es dentro de tal marco que OSIPTEL dicta los presentes lineamientos generales para la aplicación de las normas de libre competencia en el ámbito de las telecomunicaciones.

Estos lineamientos al no tener carácter vinculante, no implican un prejuzgamiento sobre las controversias que se presenten a consideración de OSIPTEL. En este sentido, es importante tener en cuenta que la experiencia en la aplicación de los principios de libre competencia en el sector de las telecomunicaciones es bastante reciente en el caso del Perú. Por esta razón, los lineamientos que se proponen, recogen, de manera general, el consenso de las agencias de competencia y los académicos en el ámbito mundial, y han sido adaptados a las exigencias particulares de una economía en desarrollo como la peruana. De allí que constituyan el punto de partida para el análisis que OSIPTEL hará en cada caso concreto, pudiendo apartarse de ellos cuando las circunstancias así lo ameriten.

Es importante anotar que el ordenamiento económico peruano¹ se desarrolla en un régimen de libre competencia al que no es ajeno el mercado de las telecomunicaciones. Este mercado, en gran medida regulado, tiene características especiales originadas por la velocidad de los cambios tecnológicos que obligan a que la labor del Estado tenga diferencias con la labor de preservar y promover un régimen de libre competencia que desarrolla en otros mercados. Sin embargo, resulta necesario que la labor de OSIPTEL en el sector de las telecomunicaciones sea congruente con la que desarrollan otros organismos del Estado en sus respectivos sectores. Por esta razón, para la elaboración de los presentes lineamientos, se ha considerado no sólo la doctrina y jurisprudencia extranjera, sino que se ha tenido especial cuidado en recopilar la experiencia de las autoridades peruanas de competencia en la aplicación e interpretación de las normas contenidas en el Decreto Legislativo N° 701, en especial en lo referido a prácticas anticompetitivas.

Es importante señalar que, en este documento y en general, cuando nos referimos a servicios, debe entenderse que el concepto involucra todas aquellas facilidades que pueden ser brindadas a otros operadores o usuarios², y no sólo a aquellos servicios que han sido definidos expresamente como tales por la normativa vigente.

2. FINES DE LA LEGISLACION DE LIBRE COMPETENCIA EN TELECOMUNICACIONES

La legislación de libre competencia vela por el proceso competitivo a través del comportamiento de los agentes que interactúan en el mercado, siendo el fin último de la misma que la libre iniciativa privada se desenvuelva

¹ Contenido en el Título III de la Constitución Política del Perú, expresamente en el Artículo 61° que señala "El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopolísticas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios."

² En el procedimiento de solución de la controversia entre Tele 2000 S.A. y Empresa Radiodifusora Radio Tele S.A. - Radio Panamericana contra Telefónica del Perú S.A., sobre Interpretación y Ejecución Contractual del Roaming, la demandada invocó el Artículo Primero del Reglamento de OSIPTEL (que señala que este organismo es competente exclusivamente para los servicios públicos de telecomunicaciones) para fundamentar la incompetencia de OSIPTEL. Al respecto, en la resolución de primera instancia (Resolución N° 019-97-CCOIII del 1 de julio de 1997) se señaló:

"1.9. Que; el último párrafo del Artículo 1° del Reglamento de OSIPTEL, invocado por TdP para fundamentar la incompetencia de OSIPTEL, no resulta pertinente, puesto que dicha norma, al restringir la competencia del órgano regulador a los servicios públicos de telecomunicaciones, apunta no a excluir facilidades no calificadas de manera explícita como servicios de telecomunicaciones, sino a excluir a los servicios privados de telecomunicaciones de su ámbito de competencia".

La Resolución N° 073-97-PD/OSIPTEL, que puso fin a la referida controversia, aunque no lo señala de modo explícito, se basa en esta interpretación de la competencia de OSIPTEL.

procurando el mayor beneficio de los usuarios o consumidores. En ese sentido OSIPTEL asume que la finalidad de la legislación de promoción y protección de la competencia tiene efectos en el bienestar del consumidor y por ello orienta su actuación a cumplir con dicho objetivo.

De esta manera, la labor de OSIPTEL se orientará a alcanzar aquellas situaciones en las cuales el bienestar de los consumidores sea el máximo posible. Para evaluar estas situaciones, OSIPTEL tomará en cuenta tanto los efectos inmediatos que alguna práctica tenga en el mercado, cuanto los efectos de largo plazo que se generen en el mismo.

Al aplicar las normas de libre competencia OSIPTEL analizará si las ventajas obtenidas por una empresa en el mercado son consecuencia de una eficiencia superior en el uso de los recursos o son el resultado de prácticas penadas por la legislación. Para ello, la eficiencia se definirá en función al bienestar que la práctica pueda o no generar en los consumidores tanto en el corto como en el largo plazo.

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

A OSIPTEL se le ha encargado la labor de hacer cumplir las normas de libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones. Esto implica que tiene la función de prevenir que se presenten prácticas anticompetitivas en dicho mercado que pudieran atentar contra el bienestar de los consumidores -tanto en el corto como en el largo plazo- y sancionarlas en el caso de detectarlas.

En ese sentido, para cumplir con su función, OSIPTEL puede adoptar medidas dirigidas a prevenir el desarrollo de conductas que afecten (ilícitamente) a los competidores perjudicando a los consumidores (control de tarifas, estándares de calidad, obligaciones de interconexión, etc.). Estas medidas o conjunto de reglas establecidas normativamente componen el marco regulatorio al cual deben sujetarse las empresas que intervengan en el mercado de las telecomunicaciones.

Adicionalmente, OSIPTEL puede adoptar decisiones orientadas a sancionar (ex post) conductas consideradas anticompetitivas (concertaciones entre competidores, negativas injustificadas a contratar, cláusulas de atadura, precios predatorios, etc.). Estas decisiones se enmarcan dentro de la tradición de las legislaciones antimonopolio o "antitrust" aplicadas al mercado de las telecomunicaciones.

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

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

Teniendo en cuenta la existencia de dos marcos normativos, uno específico del sector de las Telecomunicaciones³ y otro de aplicación general⁴, resulta necesario que los presentes lineamientos establezcan cómo OSIPTEL va a compatibilizar la aplicación de los mismos.

La posición que acoge OSIPTEL refleja la tendencia que se puede apreciar en otros países donde existen situaciones similares. OSIPTEL entiende que para la promoción y preservación de la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones, se aplicará la normativa específica del sector y de manera supletoria la normativa general de libre competencia. Este principio, a su vez, está recogido en el punto 111 de los Lineamientos de Políticas de Apertura del Mercado de Telecomunicacio-

nes. Así, si bien el punto de partida es la aplicación de la normativa específica del sector -entendiéndose dentro de ésta al marco regulatorio específico-, también se admite la aplicación del marco general de libre competencia para corregir problemas no cubiertos expresamente por la normativa específica del sector; o para encontrar principios de interpretación que permitan una más adecuada aplicación de la referida normativa.

Esto implica que OSIPTEL aplicará las normas generales de libre competencia en el supuesto que una determinada práctica o conducta no esté tipificada o cubierta de manera expresa por la normatividad específica del sector, pero genere, sin embargo, efectos anticompetitivos. Así por ejemplo, si la normatividad del sector ha establecido expresamente la obligación de interconectarse a algunos operadores, en tales casos carece de sentido evaluar si tal conducta es un supuesto de negativa injustificada a contratar. Pero si para algún bien o servicio la normatividad específica no hubiese previsto algún tipo determinado de obligación, entonces sí deberá recurrirse a las normas del marco general.

Debe tenerse presente que en aquellos casos en los que los contratos de concesión suscritos por las empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones hayan definido que la empresa concesionaria posee posición de dominio, no se realizará un análisis previo para determinar si la misma ostenta tal posición. Asimismo, si los referidos contratos de concesión prohíben "per se" la realización de ciertas prácticas, OSIPTEL no aplicará la "regla de la razón" para determinar si las mismas son anticompetitivas o no. Esto no impide que OSIPTEL aplique las normas de libre competencia en aquellos casos que no estén expresamente prohibidos o en aquellos casos en los que los principios de interpretación permitan una más adecuada aplicación de la referida normativa.

Es importante agregar que OSIPTEL entiende que en la medida que la competencia se desarrolle y se ofrezcan servicios de calidad a precios razonables para los consumidores, la tendencia es a la desregulación de los servicios públicos de telecomunicaciones.

3. PRINCIPIOS GENERALES DE APLICACION DE LAS NORMAS DE LIBRE COMPETENCIA

En este punto corresponde explicar los criterios generales que utilizará OSIPTEL para evaluar los casos que se le presenten. Cabe destacar que estos criterios se utilizarán tanto en los casos en los que se requiera aplicar la normatividad específica del sector Telecomunicaciones, como en aquellos en los que corresponda aplicar las normas generales de libre competencia.

3.1. La Regla de la Razón y la Regla Per Se

El marco de libre competencia en telecomunicaciones debe establecer un sistema de reglas flexibles a la vez que claras. Por ello conviene distinguir aquellos casos que exigen análisis más complejos (costos y beneficios de las prácticas) de casos en los que tal análisis no es necesario, sino simplemente se requiere constatar objetivamente la existencia de la conducta para sancionarla. Ello para establecer reglas predecibles y precisas para los agentes económicos.

Una distinción básica para comprender los alcances e interpretación de las normas de libre competencia es aquella hecha por la jurisprudencia norteamericana (y hoy aceptada en muchos países, incluyendo al Perú)

³ Como se ha mencionado, este marco está compuesto por las normas pertinentes del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones y por el marco regulatorio que se aplique en el sector de las Telecomunicaciones.

⁴ Este marco general está compuesto por las disposiciones de los Decretos Legislativos N°s. 701 y 807, las del Decreto Ley N° 26122 y disposiciones modificatorias, complementarias, ampliatorias y conexas.

entre infracciones "per se" ilegales, llamadas prácticas anticompetitivas absolutas, e infracciones sujetas a la llamada "regla de la razón", llamadas prácticas anticompetitivas relativas.

En este entendido, la distinción entre estos tipos de reglas busca precisamente identificar los casos en que basta constatar una conducta para sancionarla, sin perjuicio de cuáles podrían ser sus efectos actuales o potenciales (regla "per se") y casos en que sí es necesario analizar los efectos concretos que la práctica podría tener para calificar su ilegalidad (regla de la razón).

a) La Regla de la Razón

La regla de la razón se aplica normalmente en situaciones en las que una conducta determinada podría tener efectos opuestos, los mismos que podrían incluso presentarse de manera simultánea en un mismo caso. Por una parte, podría favorecer la eficiencia y por ende al consumidor, pero por otro lado podría estar perjudicándolo.

En ciertos casos las agencias de competencia a nivel internacional, privilegian la eficiencia productiva sobre el beneficio de los consumidores, en el entendido que la mayor eficiencia productiva se convertirá en un plazo cercano en menores precios y/o mejor calidad y/o mayor cantidad de los bienes o servicios suministrados. Sin embargo, es necesario aclarar que esta percepción descansa en el supuesto que las barreras a la entrada no son importantes; de lo contrario no sería posible afirmar que se puedan privilegiar aspectos de eficiencia sobre la posición dominante. En cuyo caso habrá que evaluar puntualmente la práctica en el bienestar de los consumidores en el corto y largo plazo, en particular centrándose en el efecto sobre las condiciones de entrada a la industria para nuevos competidores.

En ese contexto, se trata de identificar aquellas prácticas en las que será necesario realizar un análisis de la razonabilidad de la práctica analizada, porque la prohibición a "raja tabla" o per se de las mismas podría hacer perder a la sociedad, y en particular a los consumidores peruanos, los beneficios que la conducta empresarial podría eventualmente generar.

b) La Regla Per Se

Existen otras prácticas comerciales anticompetitivas que se consideran per se ilegales. En otras palabras, se prohíbe objetiva y absolutamente el desarrollo de ciertas conductas independientemente de que en el caso concreto puedan o no generar una distorsión a la competencia. La idea es evitar incurrir en costos administrativos para determinar la razonabilidad, cuando de ordinario la práctica no contribuye en nada al desarrollo de un mercado competitivo, y más bien lo común es que dicha práctica esté restringiendo la competencia. Así se obvia el análisis de los efectos en los consumidores, para prohibir la conducta de manera directa. Al determinar estas conductas se considera nula la probabilidad de sancionar a empresas que podrían resultar inocentes, pues como acabamos de anotar en estos casos se ha evaluado que no puede generarse de modo alguno, algún efecto pro-competitivo.

Ambas reglas son aplicables dentro de un mismo sistema. Lo importante es que la lógica en su aplicación permita facilitar la resolución de casos de manera predecible y económicamente eficiente.

3.2. El Mercado Relevante

Uno de los problemas no resueltos de manera expresa en las normas de libre competencia es el referido a qué debe entenderse por mercado relevante. En general, este concepto se refiere al área geográfica sobre la base de la cual se va a definir la participación de una empresa en el mercado, el nivel comercial (ex fábrica, al por mayor, al por menor) y a los productos o servicios que deben ser considerados sustitutos adecuados, para determinar con qué productos o servicios se compite.

El concepto de mercado relevante es sumamente importante ya que sobre lo que se defina como tal se basará el desarrollo del estudio para determinar la existencia de

algunas prácticas anticompetitivas. Debido a ello, a continuación se desarrolla con mayor detalle los principales aspectos que se tomarán en consideración para definir correctamente el mercado relevante.

Un mercado relevante se suele definir en función de tres factores: la delimitación del producto, la geográfica, y la del nivel comercial:

a) Delimitación del Producto⁵

Esta delimitación restringe las consideraciones a los productos que son buenos sustitutos desde el punto de vista de los compradores. Para poder evaluar el grado de sustitución de los productos analizados se suele realizar un estudio sobre el producto, sus características y usos. Además se suele tener en cuenta las reacciones pasadas del mercado ante cambios en los precios. Otras técnicas usadas para la delimitación del producto son pruebas cuantitativas que permiten estimar las elasticidades de precios y elasticidades cruzadas de los mismos.

Una fuente importante de información está constituida por los demandantes de los productos analizados. El procedimiento que se utiliza es el de entrevistar a éstos para conocer su opinión sobre lo que consideran como sustitutos cercanos; una vez que se determina que un bien tiene esta característica, entonces se le considera como un competidor del producto analizado. Además de estos criterios, se debe tener en cuenta los precios de los productos en el análisis ya que lo que se pretende averiguar no es únicamente la posibilidad de sustitución física y/o las preferencias de los consumidores, sino la sustituibilidad de los productos en sus decisiones de compra, esto es, en su demanda individual, lo cual implica una evaluación cuantitativa de la sustituibilidad, pero a nivel de las decisiones de compra manifestadas en las entrevistas individuales.

Más específicamente, para determinar la delimitación de producto por el lado de la demanda se suelen plantear ciertas interrogantes y definir la sustituibilidad en el mercado según las respuestas que se obtengan. Inicialmente se podrían plantear cuáles son los productos que compiten con el producto analizado; para determinar si los productos compiten efectivamente o no, debe tomarse en cuenta si los consumidores al usar un servicio alternativo no son afectados en su nivel de bienestar. En términos generales se busca reunir a todos aquellos servicios que presentan características similares desde el punto de vista de los consumidores, aislando en un primer momento el factor de los precios. Es decir, se busca determinar la posibilidad de sustitución física de los productos.

Una vez que se han identificado aquellos productos que son sustitutos físicos para los consumidores, se busca determinar la posibilidad de sustitución total incorporando a los precios en el análisis. Para los consumidores que están utilizando el servicio que se analiza, se desea conocer si estarían dispuestos a cambiarse hacia alguno de los productos sustitutos si se produjese un incremento pequeño, pero significativo en el precio del servicio analizado. Para esto debe tenerse en cuenta que los consumidores deben percibir el incremento en el precio como permanente, o que al menos no va a volver a su nivel original por un período considerable de tiempo.

Con estas consideraciones, ya se pueden aislar aquellos productos que son buenos o cercanos sustitutos del producto analizado para los consumidores. Como se puede ver esta delimitación de producto por el lado de la demanda comprende dos pasos: separar los productos que son sustitutos físicos para los consumidores sin tomar en cuenta a los precios en el análisis; y en un segundo momento, de los productos que son físicamente sustituibles eliminar aquellos que los consumidores no estarían dispuestos a utilizar si se produjese un incremento en el precio del producto analizado.

⁵ En lo sucesivo, cuando se haga referencia al término "producto", se entenderá que éste se relaciona con algún servicio de telecomunicaciones.

b) Delimitación Geográfica

La delimitación geográfica considera la localización de los compradores y vendedores que influyen en la formación del precio del producto. Los principales criterios para la delimitación geográfica del mercado son el costo de transporte de los productos del lugar donde son producidos hacia el lugar donde se venden y la demanda residual del producto donde se desea venderlo. Es posible que dos bienes sean sustitutos cercanos, no obstante se puede presentar la situación que éstos sean producidos en dos lugares distintos y el costo de transporte de un lugar a otro haga que no sea rentable la comercialización de un producto en el otro mercado. En este caso se considera que ambos productos se encuentran en dos mercados relevantes distintos ya que uno no compite efectivamente con el otro.

Lo que se debe hallar para determinar el mercado geográfico relevante es la importancia de los costos de transporte⁶ en el precio de venta final del producto y determinar si con ese precio el producto puede competir en el otro mercado. Con este criterio se puede afirmar que si los costos de transporte no son significativos y por tanto un bien producido en la ciudad A puede competir con los de la ciudad B, entonces el mercado geográfico relevante estaría compuesto por ambas ciudades.

Para determinar el mercado geográfico relevante, al igual que en el caso de la delimitación del producto, se pueden utilizar pruebas cuantitativas que permitan calcular un aproximado de la elasticidad precio de la demanda en una localidad además de hacer entrevistas a los consumidores para determinar si consideran que el costo de transporte afectaría su decisión de adquirir el bien o no. Se debe tener presente que la comparación internacional de precios puede resultar compleja debido a factores como variaciones en el tipo de cambio, en los impuestos y la diferenciación de los productos.

c) Delimitación del Nivel Comercial

La delimitación del nivel comercial busca identificar el nivel de la cadena comercial en el cual los consumidores adquieren los servicios de telecomunicaciones; es decir, si la adquisición se hace al por mayor, al por menor, a concesionarios, a revendedores, entre otros.

Una vez que se ha delimitado el espacio geográfico relevante, el producto, y el nivel comercial, el paso final a realizar para definir cuál es el mercado relevante, consiste en intersectar los resultados obtenidos de dichas delimitaciones. De esta manera, se obtienen todos aquellos productos que realmente compiten con aquel que sea objeto de estudio.

4. EL ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO EN EL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES**4.1. Posición de Dominio en el Mercado**

Nuestra legislación general de libre competencia distingue dos categorías de infracciones (Artículo 3º del Decreto Legislativo N° 701): la primera categoría está vinculada a lo que se conoce como Abuso de una Posición Dominante en el mercado; la segunda categoría se refiere a las prácticas que impidan, limiten, restrinjan o distorsionen la competencia, conocidas normalmente como Prácticas Restrictivas.

Para determinar si existe un abuso de posición de dominio, debe en primer lugar definirse cuándo una empresa está en tal posición.

Se entiende que las empresas gozan de una posición de dominio en el mercado "...cuando pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores, debido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico de los bienes o servicios involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como a redes de distribución"⁷. Un aspecto importante que se desprende de esto es que la existencia de competido-

res no implica que una empresa no pueda tener una posición dominante en un mercado.

En este punto es necesario aclarar que el "...actuar de modo independiente con prescindencia de los competidores..." se entiende en el sentido que la o las empresas pueden, por ejemplo, establecer las condiciones económicas que regirán en el mercado sin que los competidores sean un factor, o sean un factor prácticamente irrelevante, a tomar en cuenta al momento de establecer dichas condiciones. Tal como se mencionó anteriormente, en un mercado competitivo, las decisiones respecto de precios, calidades y cantidades a vender de las empresas se desarrollan en un ambiente de interdependencia. De esta manera, la competencia se asocia con el concepto de rivalidad entre las empresas que participan en un mercado; sin embargo, en un mercado en el que una empresa ejerce posición de dominio, ésta puede fijar las condiciones comerciales sin considerar a sus rivales, teniendo los competidores que tomar las condiciones comerciales que se establezcan como dadas.

Un primer punto importante es que no se considera como infracción la situación dominante en sí misma, sino el abuso que se haga de ella. Mientras el uso de la posición dominante permita generar eficiencia y un mayor bienestar en los consumidores, dicho uso no podrá ser cuestionado. Este principio es especialmente importante en el área de las telecomunicaciones donde, debido a la existencia de economías de escala y de diversificación, se pueden encontrar empresas con posiciones dominantes en el mercado relevante. En consecuencia, OSIPTEL no sancionará a las empresas por ostentar una posición de dominio, sino sólo por hacer un mal uso de la misma.

El hecho de que la posición dominante de una empresa tenga su origen en la actuación del Estado -por ejemplo en la forma de asignación del espectro- no enerva la potestad de OSIPTEL para sancionar el abuso de tal posición.

Para determinar la existencia de una posición de dominio en el mercado deben seguirse dos pasos:

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

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

4.1.1. Determinación del nivel de competencia en el mercado relevante y del poder de mercado de la empresa.

Algunas de las variables que OSIPTEL podrá tomar en consideración para determinar si una firma exhibe posición de dominio en un mercado relevante determinado son:

a. El porcentaje de participación de la empresa en el mercado.

b. El nivel de concentración del mercado. Una alternativa es utilizar el índice conocido como el Herfindahl-Hirshman Index (en adelante, HHI) para medir el nivel de concentración en un mercado determinado.

Es importante señalar que debe concordarse la aplicación del HHI con la evaluación del porcentaje de participación de la empresa investigada en el mercado antes mencionado. Por esta razón, OSIPTEL podrá utilizar

⁶ En el presente texto se considera al costo de transporte como el costo total que implicaría poner a la venta un producto en otro lugar geográfico.

⁷ Artículo 4º del Decreto Legislativo N° 701.

critérios adicionales, tales como otros índices de concentración industrial complementarios para medir la concentración del mercado⁸.

c. El control de recursos esenciales reviste particular relevancia en telecomunicaciones o en tecnologías de red en general. Un recurso esencial se define como aquél servicio o infraestructura que: (i) es suministrado de modo exclusivo o de manera predominante por un solo proveedor o por un número limitado de proveedores, y (ii) cuya sustitución con miras al suministro de un servicio no sea factible en lo económico o en lo técnico⁹.

d. El grado de integración vertical. Obviamente, la integración vertical en sí misma no implica que una empresa es dominante. Sin embargo, una firma que es dominante en un mercado y se integra verticalmente en mercados hacia adelante o hacia atrás alrededor de ese mercado, puede tener la capacidad de afectar la competencia en estos otros mercados. Por lo tanto, el alcance de la integración vertical será un aspecto significativo del análisis de la estructura y de la competencia del mercado en telecomunicaciones. En el marco regulatorio existen algunas condiciones que prevén estas conductas¹⁰ (por ejemplo, las condiciones que se ocupan de la contabilidad separada).

e. La existencia de barreras para la entrada de competidores, evaluada con relación a los antecedentes de entrada y salida de competidores en el mercado relevante. Las barreras a la entrada no caracterizan per se una posición de dominio sino que están relacionadas con la dinámica de mantener dicha posición de dominio. Las barreras a la entrada son costos en los que incurre un entrante y en los que no incurre la firma establecida.

f. La posibilidad de que las empresas utilicen su infraestructura para proveer otros servicios.

g. Otros factores que permitan evaluar el nivel de independencia con el que una empresa está en capacidad de actuar con relación a sus competidores o clientes.

Es la evaluación combinada de estos y otros criterios la que permitirá a OSIPTEL determinar la posición de dominio de una empresa.

Algunas estructuras del mercado pueden permitir que dos o más empresas se comporten de una manera abusiva aun cuando ninguna de ellas sea dominante, y sin que existan acuerdos formales (o informales) o prácticas concertadas entre ellas, produciéndose lo que se denomina "*joint dominance*" o dominio común. En estas circunstancias las firmas pueden ser en común dominantes, y su comportamiento individual o colectivo podría ser abusivo. Tal dominación común probablemente sea encontrada donde hay conexiones económicas entre las compañías implicadas. La dominación común puede también presentarse donde hay barreras significativas a la entrada, aun si no existe conexión económica entre las empresas. Estos casos pueden presentarse, por ejemplo, donde existen restricciones de espectro que limitan el número de operadores de un servicio.

4.2. La Cláusula General de Abuso de Posición de Dominio.

Una vez establecida la posición de dominio de la empresa en el mercado relevante, el paso siguiente consiste en establecer si se abusó o no de tal posición, analizando para ello tanto los supuestos tipificados expresamente en la legislación, cuanto los posibles casos de efectos equivalentes que encajen dentro de las cláusulas generales establecidas legalmente¹¹.

El Decreto Legislativo N° 701 trata algunos criterios para resolver este problema. En su Artículo 5°, se establece que una o varias empresas abusan de su posición dominante cuando "...actúan de manera indebida, con el fin de obtener beneficios o causar perjuicios a otros que no hubieran sido posibles de no existir la posición de dominio".

El "actuar de manera indebida" debe entenderse referido a utilizar la participación en el mercado de manera tal que se produzca un daño distinto al mero daño concurrential, es decir, el derivado de una competencia leal y libre por medio de precios, calidad y condiciones de comercialización.

Basándose en lo que establece el citado Artículo 5° del Decreto Legislativo N° 701, OSIPTEL considera como

requisitos para que exista un abuso de posición de dominio:

a. Que exista posición de dominio, tal como ésta ha sido definida.

b. Que se actúe de manera indebida, es decir, que la empresa actúe en contra de principios básicos de conducta tipificados expresamente en la ley, o que su conducta pueda tener efectos análogos. La actuación indebida no implica necesariamente intencionalidad. Basta que la conducta rompa con lo que puede considerarse una competencia libre basada en la propia capacidad de satisfacer al consumidor.

c. Que exista la posibilidad de obtener beneficios o de causar perjuicios que no se podrían producir de no tener posición de dominio. No es necesario acreditar que se han causado los daños y se han obtenido los beneficios, basta con que ambos sean potencialmente consecuencia de la conducta. Conviene aquí destacar que el perjuicio realmente relevante es el que se ocasionaría al consumidor; sin embargo, en muchos casos el daño al consumidor es consecuencia o se produce simultáneamente con los daños a los competidores. Pero un daño a los competidores que no afecte o perjudique a los consumidores tanto en el corto como en el largo plazo respecto de la situación en la que no se hubiera producido dicho daño a los competidores, es un daño que no debe preocupar a la autoridad, pues podría ser considerado un simple daño concurrential.

El marco normativo sobre Abuso de Posición de Dominio busca regular las conductas de las empresas, en tanto éstas reflejan restricciones verticales a la competencia. El objetivo de esta normativa es evaluar el impacto en la eficiencia económica general de un conjunto de prácticas que restringen verticalmente las conductas de otros agentes económicos.

Es importante tener en cuenta que el hecho de que algunas de estas conductas se encuentren tipificadas expresamente no implica que se trate de infracciones "per se" ilegales.

4.3. Casos Especiales de Abuso de Posición de Dominio

4.3.1. Negativa Injustificada a Contratar

La negativa a contratar es, en principio, una decisión legítima de cualquier empresa. Es parte inherente de su autonomía de la voluntad, en especial de su libertad de contratar. Sin embargo, cuando la empresa en cuestión tiene posición de dominio en el mercado queda sujeta a algunas obligaciones especiales, como es el caso de no

⁸ Adicionalmente, es necesario dejar en claro que los índices de concentración industrial sólo reflejan un sistema de alerta sobre las condiciones de competencia en un mercado relevante, de tal manera, que si el índice de concentración resulta bajo, este hecho indica que en el mercado hay alternativas de proveedores para los consumidores. Si el valor del índice es elevado esto no implica necesariamente que no exista competencia, sino lo que indica es que se deben analizar en mayor detalle las conductas de mercado de los agentes.

⁹ Tomando la definición ofrecida en el Documento de Referencia del Acuerdo de Liberalización de servicios de telecomunicaciones, suscrito en el marco de la OMC.

¹⁰ Sin embargo, en aquellos casos en los que el marco regulatorio no logra su objetivo, entonces también se deben utilizar las normas de libre competencia (por ejemplo, la obligación de llevar contabilidad separada no implica que no se puedan presentar subsidios cruzados entre distintos servicios, por lo que adicionalmente se tendrían que aplicar las normas de libre competencia).

¹¹ Por "cláusula general" entendemos definiciones generales de prácticas dirigidas a cubrir supuestos no tipificados con toda especificidad. La estructura de la mayoría de leyes de competencia es similar. Cuentan con una enumeración relativamente detallada de conductas sancionables. Pero además cuentan con una cláusula general que se utiliza como "cajón de sastre" para contemplar conductas dañinas a la competencia que no han sido tipificadas expresamente en la enumeración específica de conductas. Ello ocurre con el Artículo 3° o con la primera parte del Artículo 5° del Decreto Legislativo N° 701 (concordado con el inciso f) del mismo artículo).

negarse, sin justificación, a contratar con un proveedor o con un cliente.

En principio, la ley deja libertad a las empresas individuales a negarse a contratar con otras, salvo que la negativa tenga por intención apoyar alguna otra restricción considerada ilegal o constituya un intento para monopolizar el mercado¹². Sin embargo existen casos en los que la práctica es comprensible y refleja condiciones de mercado.

La negativa no necesariamente tiene que ser abierta y clara. Formas de negativa más sofisticadas son simplemente no dar respuesta a los pedidos que se formulen, o dar excusas sobre la posibilidad de atenderlos en los términos solicitados sin que tales excusas tengan fundamento, o pedir nuevas aclaraciones o dar información errónea para bloquear o retrasar la atención de las solicitudes. Toda conducta que tenga por efecto la no satisfacción plena de un pedido efectuado o la demora sistemática de su atención, podría quedar tipificada bajo este rubro. Incluso la depredación de calidad, además de ser un caso de discriminación, podría ser considerado como un caso de negativa indirecta de brindar un servicio adecuado.

OSIPTTEL presumirá la legitimidad de la negativa y sólo excepcionalmente cuestionará la posibilidad de que una empresa se niegue a contratar. De esta manera, cuando potencialmente pueda derivarse eficiencia de la negativa unilateral de una empresa, y no exista evidencia clara que la intención de dicha negativa sea monopolizar algún mercado, es probable que OSIPTTEL no considere necesario intervenir en el caso.

El Decreto Legislativo N° 701 establece en su Artículo 5° "a" como un caso de abuso de posición de dominio, "La negativa injustificada de satisfacer demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación, de productos o servicios". La norma dispone que la negativa debe ser injustificada, pero no define qué debe entenderse por esta última. Sin embargo, recogiendo lo que señala la doctrina puede entenderse como algunos casos que justifican la negativa, la limitación real del aparato productivo para satisfacer la demanda del servicio solicitado, la existencia de factores ocasionales o eventuales que generan una desproporción evidente entre la oferta y la demanda, la escasez de insumos o recursos requeridos para brindar el servicio, el incumplimiento de obligaciones anteriores por parte del adquirente, u otras de naturaleza similar.

En el caso de prácticas de este tipo que pueden ser desarrolladas en materia de telecomunicaciones, la OFTEL (Office of Telecommunications - Reino Unido), ha desarrollado en sus "Guidelines on the Operation of the Fair Trading Condition"¹⁴, algunos supuestos, que, en su mayor parte, OSIPTTEL recoge y considera dentro de los alcances de esta prohibición a negarse a contratar de modo injustificado.

4.3.2. Discriminación de Precios y Condiciones.

Otra clase de práctica comercial que refleja una restricción vertical y que puede constituirse en abuso de posición de dominio es la discriminación de precios y condiciones en el mercado. Como la mayoría de casos de abuso en la legislación antimonopolios general, la discriminación es una práctica sujeta a la "regla de la razón", es decir, una práctica que sólo será ilícita si se demuestra que tiene efectos, aún potenciales, no deseados en el mercado y en particular en el bienestar de los consumidores. Si bien esta es una norma general, aplicable a cualquier relación comercial al interior de la industria de telecomunicaciones, OSIPTTEL considera de particular importancia analizar estas prácticas cuando se dan en el marco de las relaciones comerciales entre empresas que brindan servicios de telecomunicaciones, considerando una industria altamente integrada de forma vertical, en donde existen operadores dominantes en algunas de las fases intermedias de la producción de los servicios de telecomunicaciones.

Las empresas, en principio, se encuentran en absoluta libertad para discriminar precios y condiciones entre sus clientes. Sin embargo, las normas de libre competencia depositan obligaciones más gravosas sobre las empresas que gozan de posición de dominio. Pero incluso en este último caso la discriminación podría ser una práctica necesaria y legítima, pudiendo beneficiar a los consumidores. Los costos de suministrar bienes y servicios a todos los clientes no son los

mismos; la ubicación geográfica, las cadenas de distribución y comercialización, el nivel de riesgo, la disponibilidad de tecnología o de facilidades técnicas, las condiciones de compra (como volumen, forma de pago, etc.) determinan que no necesariamente los precios y condiciones deban ser los mismos para todos. Ello es lo que origina que esta práctica deba ser analizada bajo la "regla de la razón".

De esta manera OSIPTTEL actuará en los casos de discriminación de precios cuando ésta no tenga efectos favorables para el bienestar de los consumidores y sea meramente un mecanismo para transferir ingresos de los clientes y consumidores al proveedor, sin efectos de eficiencia que los compensen; o cuando tenga por efecto hacer exigible un acuerdo de concertación de precios.

4.3.3. Cláusula de Atadura y Empaquetamiento.

Esta infracción también se encuentra tipificada en la norma general de libre competencia, Decreto Legislativo N° 701. Así el Artículo 5° en su inciso c) establece que puede constituir un caso de posición de dominio, la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que por su naturaleza no guardan relación con el objeto de tales contratos.

En el campo de las telecomunicaciones suele usarse el término "empaquetamiento" para describir la situación en la que una empresa ata o une una serie de prestaciones y las vende u ofrece como un solo paquete, no dando la alternativa al consumidor de adquirir cada parte por separado.

Al igual que en las otras prácticas vistas en puntos anteriores, se considera que el empaquetamiento sólo puede tener un efecto anticompetitivo cuando es realizado por una empresa que tenga posición de dominio en un mercado determinado, cuando éste sea injustificado y muestre el intento de restringir la competencia en algún mercado; por tanto, cada práctica será analizada utilizando la regla de la razón. No obstante lo anterior, existen algunos casos de empaquetamiento que potencialmente generan daño al proceso competitivo y son considerados como abuso de posición de dominio o empaquetamiento indebido.

OSIPTTEL considera como casos de empaquetamiento indebido de servicios públicos de telecomunicaciones que pueden distorsionar la competencia, entre otros, los siguientes:

- Quando un operador dominante ata la venta de un servicio en el que tiene posición dominante en el mercado a la de uno en que se enfrenta a la competencia;
- Quando los servicios atados pertenecen parcialmente a un mercado de precios regulados y parcialmente a un mercado desregulado; y,
- Tratándose de servicios pertenecientes a un mercado competitivo, se considerará indebido el empaquetamiento de los insumos necesario para proveer tal servicio, si el operador ata los insumos para los cuales ejerce una posición dominante con los insumos que pueden ser suministrados por terceros.

¹² BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox. A Policy at War with Itself*. New York: The Free Press, 1993, p. 344.

¹³ Es importante mencionar, que, en este tipo de prácticas, el mercado afectado no es necesariamente el mercado en el que la empresa ostenta posición de dominio. Esto fue recogido, por ejemplo, en la Resolución N° 055-CCO/97 que puso fin en primera instancia a la controversia iniciada por Red Científica Peruana en contra de Telefónica del Perú S.A. por actos de competencia desleal, donde se definieron dos mercados: el de acceso a Internet (mercado afectado), y el de provisión de medios de transmisión (donde la demandada tenía posición de dominio).

¹⁴ <http://www.oftel.gov.uk/competition/cact0199.htm>. Las prácticas contempladas en esta sección, están basadas en los supuestos descritos en el documento de OFTEL a que se hace referencia.

4.3.4. Prácticas con Efectos Depredadores

Estas prácticas se caracterizan por tener un efecto negativo en los competidores, originadas principalmente, porque el depredador cobra, en algún mercado, un precio lo suficientemente bajo, de tal manera que impide o limita la presencia de competidores en dicho mercado. Es claro que, desde el punto de vista del marco de libre competencia, éstas prácticas no podrían sancionarse si la reducción de precios obedece a una mayor eficiencia productiva o a algunas ofertas de naturaleza transitoria. Sin embargo, en aquellos casos en los que la normativa específica del sector ha prohibido per se la presencia de dichas prácticas, entonces éstas sí podrían ser sancionadas sin necesidad de analizar los efectos que generen en el mercado. Algunas prácticas –entre otras– que OSIPTEL considera que tienen efectos depredadores, son las siguientes:

a) Precios Depredadores

Las normas generales de libre competencia peruanas no incluyen de manera expresa la existencia de precios depredadores como un caso de abuso de posición de dominio; sin embargo, OSIPTEL considera que de darse esta práctica, resultaría sancionable en tanto introduzca distorsiones al régimen de libre competencia. Es importante señalar que, además de OSIPTEL, la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI ha emitido una opinión similar¹⁵.

Considerando el régimen general, la práctica de precios depredadores debe ser analizada bajo la "regla de la razón"; es decir, ser sancionada sólo en aquellos casos en los que se demuestre que la misma tiene efectos nocivos para el bienestar de los consumidores en el largo plazo.

Se pueden definir los precios depredadores como aquellos que resultan inferiores a un nivel determinado de costos, establecidos con la intención de eliminar del mercado a uno o varios de los competidores. Como se puede apreciar se establece un requisito de intencionalidad en la práctica. El ofrecimiento del servicio o bienes gratuitamente puede configurar un caso de práctica depredadora siempre que se configuren los demás elementos relevantes.

Los efectos que OSIPTEL considera que se derivan de una práctica de precios depredadores son: (1) rebajas selectivas de precios, (2) nivel de precios no rentable o poco rentable en un determinado horizonte temporal, y (3) una política de precios dirigida a un competidor específico¹⁶.

b) Subsidios Cruzados

Se entiende por subsidios cruzados a aquella situación en la que los precios que determina una empresa para un producto en un mercado relevante determinado no reflejan sus costos y un margen de ganancia razonable, sino que más bien son el reflejo de precios de transferencia provenientes de ingresos resultantes de precios fijados en otros mercados relevantes por la misma empresa o una empresa relacionada a ésta.

Al igual que la práctica de precios depredadores, ésta se analiza utilizando la "regla de la razón"¹⁷, puesto que se considera que no tiene efectos nocivos para los consumidores en caso no la lleve a cabo alguna empresa que tenga posición de dominio. Cabe destacar que, a diferencia de los precios depredadores, la práctica de subsidios cruzados puede presentarse por largos períodos sin que la empresa tenga que incurrir en pérdidas. Es por esta razón por la que en muchos casos es más factible que esta práctica se presente en el mercado.

Los subsidios cruzados se refieren principalmente –pero no únicamente– a la transferencia de utilidades que una empresa puede llevar a cabo de un mercado en el que tiene posición de dominio, a otro en el cual no necesariamente es dominante, pudiéndose ver afectadas las empresas que compiten con la que recibe el subsidio, así como los consumidores que tendrían que pagar altos precios para financiar dicho subsidio.

Cabe señalar que aunque los consumidores del servicio que reciben el subsidio se puedan ver beneficiados en el corto plazo por las menores tarifas que podrían pagar, estas menores tarifas –que probablemente no permiten cubrir los costos de operación de dicho servicio–, en el largo plazo podrían generar una pérdida en las ganancias de eficiencia que hubiesen podido presentarse si competidores eficientes no se hubiesen visto forzados a salir del mercado por la existencia de dicho subsidio.

Como se ha mencionado, los subsidios cruzados constituyen un caso de abuso de posición de dominio; es decir, se requiere demostrar la existencia de una posición de dominio, aunque no necesariamente en el mercado en el que se produce, sino en otro distinto en el que participe la empresa. Así, puede darse el caso en el que una empresa que tiene posición de dominio en el mercado de Lima para un determinado servicio (siendo Lima el mercado relevante determinado según los criterios mencionados líneas arriba) use sus ganancias extraordinarias en dicho mercado para subsidiar su ingreso al mercado de Arequipa, o que utilice su posición de dominio en el mercado de telefonía fija para subsidiar el precio de otro servicio.

La práctica de subsidios cruzados no necesariamente implica que la empresa cobre un precio con el cual no puede cubrir sus costos en el mercado relevante que recibe el subsidio. De esta manera, la práctica podría ser sancionada incluso en el supuesto que la empresa que recibe el subsidio pudiera operar cubriendo sus costos sin necesidad de recibir el subsidio, siempre y cuando la práctica pueda generar potenciales efectos contra los usuarios o consumidores.

c) Precios Comprimidos

Esta práctica reconocida por el OFTEL con el nombre de *Price Squeeze* no se encuentra expresamente tipificada en la legislación peruana como una práctica anticompetitiva, sin embargo, OSIPTEL considera que de presentarse resultaría sancionable en tanto introduzca distorsiones al régimen de libre competencia.

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

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

4.3.5. Prácticas con Efectos Equivalentes

Como ya se ha visto, existe en la legislación general una cláusula abierta que permite sancionar otros casos

¹⁵ Así, en el caso María del Carmen Motta Wendell vs. PROQUINSA (Resolución N° 070-96-INDECOPI-CLC) la Comisión de Libre Competencia analizó la posibilidad de sancionar a la denunciada por precios predatorios. Si bien al final consideró que dicha política no había sido desarrollada, consideró que de haberse encontrado elementos de juicio suficientes deberían de haber sancionado a la denunciada.

¹⁶ Estos tres requisitos, contenidos en la Resolución N° 070-76-INDECOPI-CLC (emitida en el caso María del Carmen Motta Wendell vs. PROQUINSA) han sido tomados por la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI de la experiencia y jurisprudencia de la Comunidad Económica Europea, tal como se puede apreciar en BELLAMY, Christopher y Graham CHILD. Derecho de la Competencia en el Mercado Común, Madrid: 1992. Civitas, p. 537.

¹⁷ Salvo en aquellos casos en los que la regulación ha prohibido "per se" la existencia de subsidios cruzados

de abuso de posición de dominio que tengan efectos equivalentes a prácticas tipificadas de manera expresa. Disposición similar existe en el caso de prácticas restrictivas, por esto, lo que se señala en este punto también es de aplicación a dichas prácticas.

La norma mencionada, contenida en el inciso f) del Artículo 5º del Decreto Legislativo N° 701, permite que la legislación general tenga flexibilidad para que la autoridad identifique y sancione otras prácticas anticompetitivas cuya tipificación no se encuentra recogida con toda precisión en la ley. Así, con base en las cláusulas generales que tipifican de manera genérica las prácticas sancionables, podrán cubrirse otros supuestos. El Artículo 5º del D.L. N° 701 hace alusión a prácticas comerciales que tienen como propósito establecer restricciones verticales, sean éstas eficientes o anticompetitivas.

Bajo tal esquema, la aplicación del régimen general al marco de las telecomunicaciones se facilita pues se podría, por medio de precedentes administrativos y lineamientos, recoger otros supuestos diferentes.

La primera vez que se tipifique en un caso una nueva infracción, y siempre que su ilegalidad no haya sido previamente advertida a los agentes económicos por medio de lineamientos, OSIPTEL atenuará las sanciones usando como criterio de graduación la novedad en la identificación de este tipo de conductas.

En los casos de posible Abuso de Posición de Dominio que se presenten ante OSIPTEL, y que merezcan la actuación de dicho organismo, serán las empresas denunciadas las encargadas de mostrar los elementos probatorios que permitan desvirtuar, de ser el caso, la alegación planteada. De no presentarse estos medios probatorios, OSIPTEL podrá considerar dicha situación como un indicio de que la empresa denunciada sí ha incurrido en una práctica de abuso de posición de dominio. Ello sin perjuicio del derecho que tienen las empresas denunciadas de presentar todos los medios probatorios que tengan a su alcance. Se tendrá especial consideración de esta situación en los casos en los que se denuncie negativas injustificadas a contratar y discriminación de precios y condiciones.

5. PRACTICAS RESTRICTIVAS

Uno de los aspectos fundamentales para el adecuado funcionamiento del mercado, en particular de un mercado que se abre a la competencia, es el relativo a las prácticas restrictivas de la libre competencia. A diferencia de la categoría anterior (abuso de posición dominante), no exige que ninguna de las empresas intervinientes cuente con posición de dominio en el mercado, ni siquiera que las empresas que participan en el mercado vengan actuando en conjunto con posición de dominio.

Las prácticas restrictivas implican el comportamiento coordinado, normalmente mediante acuerdos, de dos o más empresas, teniendo estos acuerdos por efecto el restringir la competencia en el mercado.

Así, una de las formas en las que el funcionamiento del mercado puede ser alterado es si los proveedores deciden no competir y sus decisiones son adoptadas en conjunto. Si ello es así, la pluralidad de oferentes, en los hechos, resulta inocua pues, por ejemplo, la fijación concertada de precios, calidades y demás condiciones de comercialización (estas últimas terminan siendo formas indirectas de controlar el precio) restringen la elección del consumidor quien no tendrá más opción que adquirir los bienes o servicios a los precios o de la manera en que los proveedores han convenido, debido a que no tendrá opciones alternativas de consumo. Esto es, una conducta concertada muestra resultados de mercado similares a los que daría un monopolio.

De acuerdo con el Artículo 6º del Decreto Legislativo N° 701, las prácticas restrictivas de la competencia implican la existencia de un concierto de voluntades de las empresas participantes en el mercado como requisito mínimo para constituir una infracción a la citada norma. Son prácticas restrictivas de la competencia los acuerdos, decisiones, recomendaciones o actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas, que produzcan, o puedan producir, el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia.

Por lo general se podría decir que una práctica será concertada cuando una empresa independiente ajusta consciente y voluntariamente su conducta según los acuerdos establecidos con otra¹⁸.

La prueba de las prácticas concertadas se basa principalmente en indicios y presunciones ya que normalmente las empresas acostumbran eliminar las pruebas directas que demuestran su comportamiento coordinado. Sin embargo, la conducta paralela de las empresas en el mercado no es, por sí misma, suficiente para probar una práctica concertada, aunque constituye un fuerte indicio si es poco probable que tal conducta ocurra en condiciones de mercado normales. Existen ciertos factores adicionales que, unidos al paralelismo en el mercado, permiten fortalecer la hipótesis de existencia de prácticas concertadas, tales como:

- Conductas de competidores contrarias a su propio interés pero favorables al interés del grupo.
- Cambios radicales respecto de las prácticas comunes de las distintas empresas (como simultaneidad de los cambios en los precios).
- Requerimientos o quejas expresas o implícitas de los competidores en busca de acuerdos.
- Oportunidad para concertar (reuniones coincidentes con cambios radicales de precios, volúmenes de producción, y otros).
- Cualquier otro elemento de juicio que razonablemente indique la existencia de un acuerdo o actuación concertada entre las empresas.

Estos son algunos de los elementos que, siempre apreciados en conjunto, pueden servir para probar la existencia de prácticas colusorias prohibidas legalmente.

Existe una serie de prácticas restrictivas de la libre competencia, las mismas que de manera enunciativa se encuentran tipificadas en el Artículo 6º antes referido. Sin embargo, es necesario tomar en consideración que no todas las prácticas ahí mencionadas se analizan exclusivamente a la luz de "la regla de la razón" o bajo el tamiz de la regla "per se". Ello depende de la forma en que la ley las ha tipificado.

OSIPTEL analizará bajo la regla de la razón: la concertación de calidad (inciso d), la discriminación (inciso e), y las cláusulas de atadura concertadas (inciso f).

Dentro del esquema del Decreto Legislativo N° 701, los acuerdos horizontales de precios serán considerados prácticas "per se" ilegales, es decir, que no requieren de un análisis de su racionalidad para ser declaradas ilícitas. Así:

- El texto del inciso a) del Artículo 6º del Decreto Legislativo N° 701 no establece que deba hacerse un análisis para establecer la justificación de la concertación de precios y condiciones de comercialización.
- La exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 807, norma que modificó el indicado inciso a), claramente señala que se trata de una infracción per se ilegal sobre la base de la justificación de la eliminación del término "injustificada" de la versión original de la norma.¹⁹
- Finalmente la jurisprudencia de INDECOPI ha considerado per se ilegales los acuerdos de precios, en particular en la Resolución N° 276-97-TDC (acción de oficio contra diversas empresas avícolas por concerta

¹⁸ Sobre el particular, el Tribunal de la Comunidad Europea ha expresado lo siguiente: puede, no obstante, significar un fuerte indicio de tal práctica si conduce a unas condiciones de competencia que no corresponden a las condiciones normales en el mercado. Para decidir la cuestión de si las condiciones del mercado divergen de lo normal, es necesario examinar la naturaleza de mercado para los productos de que se trate" Citado en: Bellamy, Ch. Y Child, G., Derecho de la Competencia en el Mercado Común (Madrid, Editorial Civitas S.A., 1992), 87.

¹⁹ La versión original señalaba que era sancionable la fijación injustificada de precios. Incluso la exposición de motivos va más allá al señalar que en realidad fue el Decreto Legislativo N° 788 el que consagró la regla "per se" cuando derogó el Artículo 7º del Decreto Legislativo N° 701 que señalaba la posibilidad de solicitar aprobación de acuerdos sobre la base de ciertas justificaciones establecidas en la Ley. Según la exposición de motivos con la eliminación del texto de la Ley de los casos de justificación posible quedó eliminada a su vez la posibilidad de justificar los acuerdos, pero por una omisión no se eliminó la palabra "injustificada" del inciso a), lo que recién se hizo con el Decreto Legislativo N° 807.

ción de precios) en la que incluso se aprobó un precedente de observancia obligatoria sobre el particular.

Así en el caso que un conjunto de empresas se pongan de acuerdo para negociar de manera unificada los precios y condiciones de los contratos con un tercero, en principio dicha práctica debería ser declarada ilegal al amparo del Artículo 6º, inciso a) del Decreto Legislativo N° 701.

Los acuerdos de fijación de precios y reparto de mercado serán per se ilegales cuando tengan como finalidad y efectos únicos y esenciales restringir la competencia. Por otro lado, aquellos acuerdos de fijación de precios y reparto de mercado que sean accesorios o complementarios a una integración o asociación convenida y que hayan sido adoptados para lograr una mayor eficiencia de la actividad productiva que se trate, deberán ser analizados caso por caso a fin de determinar la racionalidad o no de los mismos. De ser considerados irracionales corresponderá declarar su ilegalidad.

Sobre algunas otras prácticas, debe tenerse en consideración que el Artículo 6º inciso b) del Decreto Legislativo N° 701, define el reparto de mercado como práctica restrictiva de la libre competencia. El reparto de mercado implica la decisión de un grupo de empresas de dividir el mercado donde participan de forma que cada una aproveche exclusivamente de una parte del mismo sin intervenir en la parte que corresponde a sus competidores. Este tipo de práctica puede presentarse en diversas formas o modalidades, sea como una división o repartición geográfica del mercado de productos o de los clientes que participan del mismo.

Dicha modalidad de práctica concertada crea barreras artificiales a la competencia, dando origen a submercados donde la competencia no existe aunque formalmente varias empresas continúen participando en ellos. La finalidad del reparto de mercado es eliminar la competencia, como medio para asegurar que todos los participantes del reparto se beneficien manteniendo una cuota de ese mercado.

Por otra parte, el control de la producción al interior de una empresa determinada normalmente es una herramienta importante dentro de la política empresarial porque permite manejar stocks, hacer proyecciones estimadas, calcular los beneficios futuros, etc. Sin embargo, cuando se realiza un control concertado de la producción entre empresas competidoras, se convierte en una restricción ilegal de la competencia. El acuerdo entre empresas para reducir la producción, al igual que el acuerdo para fijar precios, es considerado por la mayor parte de las legislaciones como la violación más grave de las leyes sobre competencia.²⁰

En nuestro país, dichos acuerdos se encuentran prohibidos y son sancionables en virtud de lo dispuesto en el inciso c) del Artículo 6º del Decreto Legislativo N° 701, el cual señala que: "Son prácticas restrictivas de la libre competencia: c) El reparto de las cuotas de producción.", inciso que fuera posteriormente desarrollado en el inciso h) del mismo artículo introducido por el Decreto Legislativo N° 807, el cual señala como una práctica restrictiva: "h) la limitación o control concertados de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones".

Al tener dichas prácticas, como objeto, el control concertado del precio de los productos -como cuando las empresas acuerdan reducir la producción para mantener un nivel de precios determinado o para permitir el establecimiento del precio deseado-, deben ser analizadas siguiendo los mismos criterios utilizados para la evaluación de los acuerdos que directamente se refieren al precio de los productos, esto es, como infracciones "per se" ilegales.

En efecto, la concertación directa de precios y los acuerdos para restringir la producción, son dos formas de visualizar un mismo fenómeno que distorsiona la competencia. Ambos tipos de acuerdos son, en el fondo, una misma forma de restringir ilegalmente la competencia.

Al igual que en el caso del reparto de cuotas de producción, los acuerdos sobre la calidad de los productos, -prohibidos expresamente por el inciso d) del Artículo 6º del Decreto Legislativo N° 701-, serán ilegales si se encuentran dirigidos a facilitar una concertación de precios. El análisis es similar a un acuerdo de precios, en la medida en que generan igual efecto sobre los mismos aunque por vía indirecta.

El acuerdo dirigido a desaparecer la diferenciación entre la calidad de los productos, debe ser analizado como una infracción "per se" si se encuentra dirigido a facilitar una concertación de precios.

Finalmente, OSIPTEL considera conveniente establecer que, respecto de las prácticas restrictivas consideradas ilegales de forma per se, no es relevante para la determinación de la infracción la efectividad de la misma, esto es, si el cartel es estable o inestable, si funcionó o no funcionó, si las condiciones existentes en el mercado son propicias para la formación de carteles o no lo son. Lo relevante es determinado por los hechos probatorios²¹ de la infracción al margen del éxito en la implementación del mismo.

DOCUMENTOS DE REFERENCIA

NORMAS LEGALES

- Constitución Política del Perú.
- Texto Unico Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones aprobada por D.S. N° 013-93-TCC.
- Lineamientos de Políticas de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones aprobado por D.S. N° 020-98-MTC.
- Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones aprobado por D.S. N° 06-94-TCC.
- Decreto Legislativo N° 701.

RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS

- Resoluciones N° 019-97-CCOIII y N° 073-97-PD/OSIPTEL emitidas en la Controversia entre Tele 2000 S.A. y Telefónica del Perú S.A., sobre Interpretación y Ejecución del Contrato sobre Roaming.
- Resolución N° 055-CCO/97 emitida en la controversia entre Red Científica Peruana y Telefónica del Perú S.A. sobre actos de competencia desleal.
- Resolución N° 206-97-TDC (INDECOPI) emitida en el caso entre Miguel Segundo Ciccía Vásquez (CIVA) en contra de Empresa Turística Mariscal Cáceres.
- Resolución N° 070-96-INDECOPI-CLC emitida en el caso entre María del Carmen Motta Wendell en contra de PROQUINSA.

BIBLIOGRAFIA DE REFERENCIA

- BANCO MUNDIAL y OECD.
1999 A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy.
- BELLAMY, Christopher y Graham CHILD
1992 Derecho de la Competencia en el Mercado Común.
Madrid: Civitas.
- BORK, Robert
1993 The Antitrust Paradox. A Policy at War with Itself.
New York: The Free Press.
- OFTEL
1999 Draft Guidelines on the application of the Competition Act in the Telecommunications Sector - Consultation
- ORGANIZACION MUNDIAL DE COMERCIO
1996 Documento de Referencia. Grupo de Negociaciones sobre Telecomunicaciones Básicas.
- POSNER, Richard
1976 Antitrust Law. An Economic Perspective
Chicago: University Press.

²⁰ Khemani y Shapiro "Glosario de Términos Relativos a la Economía de las organizaciones industriales y a las leyes sobre competencia", Publicación del Banco Mundial y la OECD, pág. 7.

²¹ Tal como se ha mencionado líneas arriba, la prueba de las prácticas se basa principalmente en indicios y presunciones.