



Fortalecimiento de la política de competencia en los países de América Latina:

Aplicación de la ley de competencia en el sector de las telecomunicaciones

Martin Cave

A. Andreas Avgousti

Adrian Foster

Julio 2013

Contenido

PREFACIO	4
1 INTRODUCCIÓN	6
2 EL PAPEL DE LA LEY DE COMPETENCIA EN EL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES.....	7
3 LAS BASES: DEFINICIÓN DEL MERCADO Y EVALUACIÓN DEL PODER DE MERCADO	28
4 TEMAS COMUNES DE LA LEY DE COMPETENCIA EN AMÉRICA LATINA	47
5 CONCENTRACIONES ENTRE OPERADORES DE TELECOMUNICACIONES	167
6 CONCLUSIÓN	196
ANEXO 1: GLOSARIO	198
ANEXO 2: TABLA DE CASOS RESUMIDOS	¡Error! Marcador no definido.
ANEXO 3: SELECCIÓN DE BIBLIOGRAFÍA.....	210
ANEXO 4: DATOS BIOGRÁFICOS DE LOS AUTORES	211



El presente informe ha sido preparado para el Programa de colaboración entre el Banco Mundial y los Países Bajos -

"Fortalecimiento de la política de competencia en los países de América Latina":

Aunque se ha hecho todo lo posible para garantizar la exactitud del material que aparece en el presente documento, no se puede garantizar su total exactitud. Este documento es para fines de información general solamente y no pretende ofrecer asesoramiento jurídico o comercial, por lo que ninguna entidad deberá tomar acción alguna basada en su contenido sin consultar la legislación pertinente y en su caso, buscar asesoramiento o asistencia profesional. Las referencias a libros, artículos, enlaces a sitios web, etc., se proporcionan sólo para comodidad del lector y no se deberán tomar como un aval. Los autores de este trabajo no aceptan ninguna responsabilidad por pérdidas o daños ocasionados o que se afirme fueron ocasionados, en parte o en su totalidad, como consecuencia de que cualquier persona haya actuado o que se haya abstenido de actuar como resultado del material aquí contemplado.

PREFACIO

En este trabajo exponemos formas en que la ley de competencia se puede aplicar al sector de las telecomunicaciones. El público objetivo está formado por funcionarios de las autoridades de competencia de los países de América Latina. Nuestro objetivo no es proporcionar una guía detallada sobre cómo llevar a cabo una investigación, llegar a una decisión y argumentar un caso, sino esbozar el tipo de conducta que una autoridad podría desear investigar, indicar la naturaleza de la evidencia que pueda ser necesaria para determinar si la ley ha sido violada, y mostrar en términos generales cómo esa evidencia se puede exponer en un documento de decisión y cómo esta se puede defender en apelaciones posteriores. A modo ilustrativo, también resumimos varios casos anteriores, provenientes de América Latina, o en algunos casos, de otras jurisdicciones.

El documento comienza con tres capítulos introductorios. El primero establece el plan del trabajo; el segundo se refiere a la relación entre la ley de competencia y la legislación específica del sector que también se aplica, a menudo de forma simultánea, al sector; el tercer capítulo analiza brevemente la aplicación al sector de las telecomunicaciones de dos instrumentos fundamentales empleados por las autoridades de competencia, es decir, la definición de los mercados y la evaluación del poder de mercado. Hacemos hincapié en que muy probablemente la naturaleza de los temas será diferente entre las redes fijas y las móviles (alámbricas e inalámbricas), debido a la mayor posibilidad de que existan múltiples competidores en el caso de las redes inalámbricas.

Los capítulos introductorios van seguidos de un análisis de los siete temas de competencia que la experiencia reciente sugiere que las autoridades son propensas a investigar o los que, debido a las quejas, llaman su atención. Por último, revisamos aspectos del control de las concentraciones en el sector.

Cada país tiene su propia legislación de competencia, y no ha sido factible comparar y



contrastar las leyes que operan en la región. Nos ayudó, sin embargo, el hecho de que en los últimos años se ha producido una cierta convergencia en los principios básicos, a menudo gobernados por la reflexión en la ley y en la práctica de una mejor comprensión de las fuerzas económicas fundamentales en operación en mercados particulares, y de cómo los clientes, los consumidores y los competidores pueden, en determinadas circunstancias, necesitar ser protegidos de los proveedores. En el apartado siguiente buscamos presentar una versión de este modo de análisis cada vez más común. **Pero puede no ajustarse a las disposiciones de la ley en un país en particular.**

Esto significa que nuestro trabajo no se puede utilizar directamente en cualquier caso particular. Esperamos, sin embargo, que sirva de punto de partida para comprender las cuestiones fundamentales, y que los ejemplos que se proporcionan de casos de éxito muestren cómo la ley puede ser aplicada en beneficio de los consumidores en el sector y la economía en su conjunto.

Martin Cave

A. Andreas Avgousti

Adrian Foster

Londres, Julio 2013

1 INTRODUCCIÓN

El sector de las telecomunicaciones ha experimentado cambios radicales en los últimos veinte años, con la asombrosa propagación de nuevos servicios móviles y el desarrollo de servicios de datos, entregados tanto a través de redes fijas como móviles. La introducción de las redes móviles ha cambiado radicalmente la dinámica de la competencia, al permitir que varias redes coexistan, en comparación con el monopolio que normalmente se encuentra en las redes fijas. Este desarrollo ha aumentado considerablemente el alcance de la competencia y, en consecuencia, de la ley de competencia.

Al elegir qué aplicaciones de la ley de competencia a las telecomunicaciones cubrir en este informe, hemos optado en gran medida por las formas de comportamiento abusivo que se han observado ampliamente en el sector de las telecomunicaciones en todo el mundo. Estas son:

- Fijación de precios excesivos o de explotación
- Discriminación con base en precios y factores distintos del precio
- Precios predatorios
- Estrechamiento de márgenes (*margin squeeze*)
- Comportamiento colusorio
- Uso compartido de redes móviles.

En cada caso, exponemos el comportamiento que pudiera ser ilegal; la evidencia sobre si hubo violación a la ley de competencia; y los remedios que pudieran aplicarse. También presentamos algunos de resúmenes de casos relevantes.

En el capítulo final, ofrecemos un análisis de cómo una autoridad de competencia podría abordar cuestiones relacionadas con concentraciones es o *joint ventures* entre empresas

de telecomunicaciones.

Empezamos, sin embargo, con dos capítulos en los que se establece la relación entre la ley de competencia y la regulación específica de las telecomunicaciones, y resumimos, en relación con el sector de las telecomunicaciones, dos herramientas analíticas utilizadas ampliamente en la ley de competencia, es decir, la definición del mercado y la evaluación del poder de mercado.

2 EL PAPEL DE LA LEY DE COMPETENCIA EN EL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por lo general, la ley de competencia no es la única forma de legislación destinada a influir en la estructura y el comportamiento de las empresas en el sector de las telecomunicaciones. Por lo general, las compañías de telecomunicaciones también están sujetas a regulación económica a través de legislaciones específicas del sector. En este capítulo se describen las características clave del sector que lo distinguen de muchas otras industrias, y se plantea, en el contexto de este sector, la interacción de la ley y de la regulación de competencia.

Características de las redes fijas y móviles

La discusión de las características del sector se divide esencialmente en dos partes, una correspondiente a las redes fijas y la otra a redes inalámbricas. Las redes fijas, cuando sirven a los clientes en un área determinada, normalmente están limitadas en número de una o dos,¹ excepto en los distritos centrales de negocios donde puede haber un gran número de redes de fibra que sirvan a grandes empresas, a menudo internacionales. Este tipo de redes de distribución locales fijas o "bucles locales" requieren de una inversión

¹ Por ejemplo, en la Unión Europea, sólo a través de una casa de cuatro pasan dos o más redes fijas

irrecuperable (costo hundido)² por adelantado sumamente alta, y es difícil que los competidores la dupliquen.³ Las redes móviles requieren menos inversión, son escalables, y por lo general son entre dos y cinco, controladas por la política de la administración del espectro del gobierno pertinente. Incluso si no existiera esta limitación, el número de operadores de telefonía móvil se puede restringir porque en el marco de las tecnologías móviles actuales las características de costo y demanda pueden limitar el número de redes separadas a unas cuantas. El efecto de estas características es probable que dependa de la geografía, siendo las áreas urbanas más capaces que las rurales de sostener un mayor número de redes.

Las redes de distribución de industrias como la de telecomunicaciones fijas se distinguen por varias características que las diferencian de otros sectores. Estas incluyen:

- altos costos fijos, que imponen a los operadores una necesidad de implementar grandes cantidades de capital antes de poder ofrecer el servicio a los clientes;
- economías de escala, que dan una ventaja potencial de costos a la empresa más grande en el mercado;
- economías de densidad, que dan una ventaja de costos unitarios a la empresa con el mayor número de clientes en un área de entrega en particular;
- economías de alcance, que confieren una ventaja a una empresa que provea dos o más servicios (tales como servicios de voz y banda ancha, o voz, banda ancha y transmisión) con la misma infraestructura.

Estos factores hacen que la evolución del sector de las telecomunicaciones fijas a un

² Una inversión irrecuperable (costo hundido) es una inversión que no se podrá recuperar si la empresa quiebra.

³ Véase W M Sharkey, 'Representation of technology and production', in M Cave et al (eds.), *Handbook of Telecommunications Economics*, Volume 1, Elsevier, 2002, pp. 179-222.

sector "normal" competitivo o disputable sea problemática. Históricamente, el mercado fue aceptado como un monopolio y el problema asociado de poder de mercado fue tratado mediante la propiedad pública o la regulación de un operador propiedad de inversionistas, en donde la regulación se materializó controlando los precios al por menor cobrados por un monopolista integrado verticalmente a lo largo de toda la línea. Sin embargo, los resultados de estas formas de intervención no fueron del todo satisfactorios, especialmente conforme la innovación fue jugando un papel cada vez más importante en el desarrollo del sector. Fue así que entonces la atención se centró en el fortalecimiento del papel de la competencia como un catalizador para la inversión y la innovación.

En los últimos años esto ha tomado la forma, en muchos países, de una estrategia de desglosamiento ("desagregación") en varios componentes de las actividades que el incumbente fijo lleva a cabo. Esta empresa tiene que poner a disposición de los competidores el uso de los activos que, por las características de sus costos, no pueden ser replicados por un nuevo operador. Los competidores pueden entonces, mediante una combinación de insumos que ellos 'hacen' (o suministran ellos mismos) y los que ellos "compran" (al incumbente), competir en los mercados minoristas. Esta forma de competencia a menudo es llamada "*access-based*" (basada en el acceso), ya que los competidores dependen del acceso que tengan a los productos del incumbente para abastecer a sus propios clientes. La alternativa en la que los competidores dependen únicamente de sus propias instalaciones se le llama competencia por 'infraestructura'.

La regulación en la Unión Europea depende en gran medida de la competencia basada en el acceso. Pero no todas las jurisdicciones han adoptado esta estrategia. Estados Unidos es un ejemplo notable. Después de un coqueteo con la competencia basada en el acceso antes de 2004, en los últimos tiempos no ha dependido de la competencia basada en el acceso alcanzada a través de la desagregación sino de la promoción de la competencia

directa frente a frente entre redes separadas de telecomunicaciones y de cable. (Debido a que en muchos países las redes de cable se limitan a las zonas urbanas, esta forma de competencia es regional y no nacional.) Otros países, con redes fijas de menor desarrollo y con regímenes menos complicados para regularlas, también se han abstenido hasta ahora de imponer la desagregación. Existe una amplia controversia sobre los efectos de la estrategia de desagregación, pero no estamos considerando aquí sus méritos.⁴

Cuando se produce la desagregación, un operador, es decir, el incumbente o monopolista histórico, facilita el acceso a todos los demás. Esto se conoce como un 'acceso unidireccional'. La otra forma de acceso 'bidireccional' se plantea cuando los operadores necesitan interactuar recíprocamente para llevar a cabo llamadas o transferencias de datos que se originan en una red y terminan en otra. En muchas jurisdicciones, el que llama paga el cargo total por la llamada, es decir, el operador de la persona que llama tiene que pagarle al operador de la parte que recibe la llamada por el servicio de terminación de la llamada.⁵ En este caso, el operador de terminación puede ejercer el poder de mercado a través de su control exclusivo de acceso al receptor en la línea telefónica en cuestión, y usar ese poder de mercado mediante el cobro de un precio alto para la terminación.⁶ Esto puede proporcionar una justificación para alguna forma de intervención, ya sea en virtud de la ley de competencia o de leyes de telecomunicaciones específicas del sector.⁷ Sin embargo, si la parte que recibe tiene que pagar por la terminación de la llamada,⁸ entonces el operador que termina la llamada tiene que competir por el negocio del suscriptor mediante el cobro de un precio bajo tanto por la

⁴ Para una revisión, véase C Cambini and Y Jiang, 'Broadband investment and regulation – a literature review', *Telecommunications Policy*, 33, 2009, pp. 559-574.

⁵ A esto se le conoce como "personas que llaman" (calling party) CPP *por sus siglas en inglés*.

⁶ El activo que da este control a menudo se conoce como un 'cuello de botella'.

⁷ Más adelante consideramos la diferencia y la elección entre estas dos alternativas

⁸ Conocido como "el que recibe paga" o RPP, *por sus siglas en inglés*.

terminación como por las llamadas salientes, y no disfruta del mismo poder de mercado que bajo el principio de 'el que llama paga'.

Este relato demuestra que, en el caso de las redes fijas, normalmente el operador incumbente puede adquirir poder de mercado mediante la propiedad de las instalaciones que los nuevos participantes no pueden replicar. Por el contrario, en ciertas circunstancias, cualquier operador puede ejercer poder de mercado mediante su control de una instalación de cuello de botella, como por ejemplo la terminación.

La cuestión de la terminación descrita anteriormente surge tanto con redes móviles como fijas; en la práctica, puede ser aún más grave ya que el precio que los operadores han cobrado por la terminación móvil ha sido alto. Sin embargo, las redes móviles son significativamente más fáciles de replicar que las fijas. Los costos iniciales de inversión pueden ser bajos, con más capacidad adicional a medida que aumenta la demanda. Sin embargo, la disponibilidad de espectro representa una barrera clave para la entrada. Sin una cierta voluntad por parte del gobierno o del regulador del espectro para expedir licencias de espectro adicionales, no pueden haber entradas. Por otra parte, puede ser necesario establecer un tope a la cantidad de espectro adicional que los operadores existentes puedan adquirir en las subastas posteriores; de lo contrario pueden impedir nuevas entradas mediante la compra de todo lo que esté disponible.⁹

El estudio de la estructura de la industria de la telefonía móvil sugiere que, con excepción de unos cuantos casos atípicos, como la India, que tiene una docena o más de operadores, el número de redes separadas se encuentra por lo general entre dos y cinco. Esto puede ser un artilugio de la política del espectro, o el resultado de que el sector móvil tiene una estructura de costos y de demanda que limitan el número de operadores

⁹ Para saber sobre la experiencia latinoamericana con tales topes, véase Arthur D Little, *Mobile broadband, competition and spectrum caps*, GSMA, 2009.

de redes en el mercado.

Un estudio reciente ha sugerido que se pueden alcanzar altos niveles de difusión de servicios con tan sólo tres operadores.¹⁰ También parece haber dificultades sistemáticas en la manera en que las empresas entran al mercado de telefonía móvil que ya está saturado, cuando ya está siendo atendido por tres o más operadores, aunque esto puede deberse tanto a barreras de entrada estratégicas aplicadas por los operadores existentes como a barreras 'inocentes' relacionadas con los costos. Las estructuras de mercado que se limitan a un pequeño número de empresas plantean cuestiones relativas a la posibilidad de colusión en el mercado actual o después de una fusión.¹¹

Muchos operadores móviles de todo el mundo han celebrado acuerdos voluntarios con entidades llamadas operadores de redes virtuales móviles o MVNOs (Mobile Virtual Network Operator), que dan servicio a sus propios clientes minoristas utilizando las instalaciones de un operador de redes móviles o MNO (Mobile Network Operator). Esta es la manifestación (voluntaria) de desagregación del sector móvil. Un MVNO puede ser desde solamente un revendedor de servicios de los servicios del MNO hasta ser proveedor de muchas entradas él mismo y simplemente depender del MNO para acceder a un mástil o a antenas. Cuando los MNOs se niegan a contratar con los MVNOs, puede plantearse la cuestión de si una autoridad de competencia debería considerar esto como un acto contrario a la competencia.

En general, sin embargo, las cuestiones de competencia que se plantean en el sector de la telefonía móvil son menos espinosas que las que surgen en las telecomunicaciones fijas.

¹⁰ Para acceder a cierta evidencia sobre este tema véase Y Li and B Lyons, Three Private Firms and an Independent Regulator are Sufficient for Rapid Mobile Network Penetration, CCP Working Paper 11-1, University of East Anglia.

¹¹ Para acceder a cierta evidencia sobre este tema véase Y Li and B Lyons, Three Private Firms and an Independent Regulator are Sufficient for Rapid Mobile Network Penetration, CCP Working Paper 11-1, University of East Anglia.

Ley de competencia y regulación sectorial

Se observó en el sector de las telecomunicaciones, más claramente en el caso de las redes fijas que en las móviles, que tiene características que hacen que sea más difícil garantizar la eficiencia y proteger a los clientes y a los competidores de los abusos del poder de mercado. Los dos instrumentos jurídicos a disposición para alcanzar estos objetivos son la ley de competencia y la regulación de las telecomunicaciones.

La ley de competencia normalmente se aplica a la actividad económica dentro de una economía. Se basa en la prohibición de formas específicas de abuso de poder de mercado. Se aplica ex post o "después del hecho", por lo general a través de una investigación de la conducta de una empresa en respuesta a una denuncia o por propia iniciativa de una autoridad de competencia. Una empresa que sea sorprendida en infracción de la ley de competencia normalmente está sujeta a la sanción civil de una multa, aunque sus ejecutivos también pueden estar sujetos a sanciones penales. Tales sanciones ex post tienen, por supuesto, un efecto disuasivo con respecto a conductas futuras¹².

Un capítulo separado de la ley de competencia permite a la autoridad prohibir las concentraciones que den lugar a una posición dominante o una disminución significativa de la competencia. Por su propia naturaleza, estas son medidas ex ante o prospectivas en lugar de ex post o retrospectivas.

La regulación sectorial se diseña para enfrentar los retos particulares identificados en una industria. Al igual que el control de las concentraciones, a menudo se describe como de

¹² Las autoridades de competencia en algunos países también tienen la facultad de imponer medidas provisionales en espera del resultado final del caso. Sin embargo, normalmente estas se ejercen cuando hay pruebas claras de que existe un caso *prima facie* de un abuso y en donde si no se toman medidas, habrá un daño irreparable. Estas medidas están por encima de cualquier otra facultad que los tribunales pudieran tener para establecer medidas provisionales o facultades para dictar medidas de emergencia en espera de audiencia de un caso.

funcionamiento ex ante o prospectivo. Por ejemplo, podría adoptar la forma del regulador llevando a cabo un análisis del mercado de los bucles de cobre a futuro, y sobre esa base solicitarle a un operador que suministre esos bucles a sus competidores en un período de, por ejemplo, los cuatro años siguientes, a un precio y sujeto a otros términos establecidos por el regulador. La falta de cumplimiento conllevará una sanción. En un régimen normativo en el que las obligaciones están incorporadas a una licencia de operación, la multa puede ser incluso el retiro de la licencia.

En la práctica, sin embargo, la perfecta línea divisoria entre la ley de competencia ex post y la regulación ex ante es borrosa.¹³ Esto es necesariamente así con el control de las concentraciones, en donde la autoridad debe realizar un análisis que anticipe el efecto de una mayor concentración y puede, en algunas circunstancias, imponer condiciones a la concentración, a veces incluyendo una condición que implique el suministro a los competidores.¹⁴

Sin embargo, incluso fuera del ámbito de las concentraciones, la ley de competencia y las disposiciones reglamentarias pueden converger. Por ejemplo, la ley de competencia en muchas jurisdicciones prohíbe tanto la discriminación basada en precios como la basada en factores distintos del precio por parte de algunas empresas. En el marco regulador europeo de las telecomunicaciones, por ejemplo, se puede imponer una prohibición de la discriminación¹⁵ a una empresa regulada conforme a la legislación específica del sector y usando la ley de competencia. En la misma jurisdicción, el "margin squeeze"¹⁶ está

¹³ Véase M. Cave and P. Crowther, 'Pre-emptive competition policy meets regulatory anti-trust,' *European Competition Law Review*, Vol. 26, 9, 2005, pp. 481-490.

¹⁴ Por ejemplo, en abril de 2011, el Departamento de Justicia de EE.UU. permitió la adquisición por parte de Google de ITA, una empresa de software de viajes, a condición de que Google continuara otorgando licencias de uso del software a otras empresas durante 5 años, desarrollara productos de ITA y los ofreciera a los competidores, y que erigiera un firewall de tal manera que no pudiera ver información sensible de la competencia.

¹⁵ Véase el capítulo 4.3.

¹⁶ Véase el capítulo 4.5.

prohibido tanto en el derecho europeo como en las reglas sectoriales.

Como tercer ejemplo, el uso de las instalaciones de un incumbente por parte de los competidores puede manejarse como una imposición ya sea a través de las disposiciones reglamentarias para la obligación de conceder acceso, o a través de las prohibiciones que existen en la ley de competencia sobre negativa a tratar.¹⁷

Por tanto, es necesario reconocer que la distinción entre la ley y la regulación de competencia no es absoluta, y hasta cierto punto pueden ser sustitutos. Esto plantea dos cuestiones adicionales que se abordan a continuación. ¿Se deben aplicar simultáneamente? Y, ¿si ambas se despliegan en una instancia específica, las tendría que desplegar la misma autoridad o una autoridad independiente? Pero en primer lugar revisemos las ventajas y desventajas de cada una.

En Europa se han examinado sistemáticamente las ventajas relativas de la ley de competencia y de la legislación específica de las telecomunicaciones. Cuando se introdujo el nuevo marco regulador de las telecomunicaciones en 2002, se hizo sobre la base de que la operación de la regulación sectorial se limitaba a los mercados que cumplían con los tres criterios siguientes:¹⁸

"El primer criterio es que un mercado está sujeto a barreras de entrada significativas y no transitorias. La presencia de barreras de entrada significativas y no transitorias, aunque es una condición necesaria, no es por sí misma una condición suficiente que justifique la inclusión de un mercado definido dado ...

El segundo criterio es que un mercado tiene características tales que no

¹⁷ Véase el capítulo 4.2.

¹⁸ Comisión Europea, *Commission Recommendation on Relevant Product and Service Markets within the electronic*

tenderá con el tiempo hacia una competencia efectiva. Este criterio es dinámico y toma en cuenta una serie de aspectos estructurales y de comportamiento.

El tercer criterio considera la insuficiencia de la ley de competencia por sí sola para hacer frente a las fallas del mercado (sin la regulación ex ante), teniendo en cuenta las características particulares del sector de las comunicaciones electrónicas".

Los dos primeros criterios describen la presencia y la continuación de barreras de entrada prevista. Como se señaló anteriormente, estas pueden surgir ya sea de las condiciones de costos de 'monopolio natural', o del control por parte de una empresa de un 'cuello de botella' en particular, que pueden presentarse, por ejemplo, cuando un operador fijo o móvil controla el único medio de terminar una llamada para un cliente en su red.

El tercer criterio implica una preferencia por la ley de competencia, excepto cuando sea insuficiente para hacer frente al problema. ¿Por qué podría ser insuficiente? Según la Comisión Europea,¹⁹

"Dichas circunstancias podrían incluir, por ejemplo, situaciones en las que la obligación reguladora necesaria para subsanar una falla del mercado no se podría imponer a través de la ley de competencia (por ejemplo, las obligaciones de acceso en determinadas circunstancias o los requisitos específicos de contabilidad de costos), donde los requisitos de cumplimiento de una intervención para remediar una falla del mercado son muy amplios (por ejemplo, la necesidad de una contabilidad detallada para fines de regulación, evaluación de costos, seguimiento de términos y condiciones, incluidos los parámetros técnicos, etc.) o donde una intervención frecuente y/o puntual es indispensable, o

¹⁹ *Ibidem*, Pp 10-11.

donde la creación de certeza jurídica es una preocupación primordial (por ejemplo, las obligaciones de control de precios de varios periodos)".

Dado que la decisión de regular se tiene que renovar cada cierto número de años, en esencia, esto crea un sistema en el que todas las intervenciones reguladoras tienen integradas 'cláusulas de caducidad', en el sentido de que sólo pueden continuar sujetas a que se constate expresamente que aún se necesitaban. A falta de dicha constatación, la acción predeterminada es la aplicación de la ley de competencia. Detrás de este enfoque hay una fuerte creencia en los méritos de la desregulación y, por lo tanto, una preferencia por la ley genérica de competencia sobre la regulación sectorial.

No todos los países tendrán, o expresarán tan claramente, esta preferencia. Pero las observaciones anteriores acerca de la diferencia entre la ley y la regulación de competencia tienen una aplicación más general, en particular la observación de que la ley de competencia puede carecer de algunos instrumentos, por ejemplo, el mandato de acceso o solicitar el suministro de información, a que un regulador puede recurrir. Por otro lado, que la aplicación de algunos de los recursos pueden exigir un control más detallado y continuo de la conducta de una empresa de lo que suelen exigir las autoridades de competencia, que por lo general prefieren remedios estructurales definitivas por sobre intervenciones continuas para regular el comportamiento. Y por último, que la regulación *ex ante* puede dar más seguridad a los competidores que realizan inversiones sustanciales que la que puede ofrecer la ley de competencia *ex post*.

Hay un mayor factor adicional que el debate de la Comisión Europea amablemente omite: que el regulador en una jurisdicción en particular pueda no ser eficaz, por ejemplo, que pueda estar capturado por los proveedores de telecomunicaciones dominantes. En tal situación, la ventaja comparativa de la autoridad de competencia para intervenir es mayor.

La coordinación entre las autoridades de competencia y regulatorias

En la sección anterior se ha hablado de las ventajas relativas de la ley y la regulación de competencia para hacer frente a los problemas relacionados con la competencia en las telecomunicaciones. Sin embargo, las intervenciones tienen que ser coordinadas en lo posible entre las entidades encargadas de la aplicación. Cada entidad responsable (autoridad de competencia o regulador de telecomunicaciones) se regirá por su propio estatuto que le da un mayor o menor grado de libertad para decidir cuándo y cómo intervenir.

Se plantean dos cuestiones distintas. En primer lugar, ¿cuál es la división del trabajo entre la regulación de las telecomunicaciones, con base en la ley específica del sector, y la aplicación de la ley de competencia? En segundo lugar, ¿qué organización es responsable de hacer cumplir la ley de competencia?

En relación con la segunda cuestión, se pueden observar los siguientes modelos:

- (a) el regulador sectorial no tiene poderes de competencia,
- (b) el regulador sectorial tiene poderes plenos de competencia sobre el sector, con exclusión de todas las demás autoridades (incluyendo la autoridad de competencia),
- (c) el regulador sectorial y la autoridad de competencia ejercen los poderes de competencia simultáneamente; en otras palabras, los comparten, y
- (d) una sola entidad hace cumplir tanto la ley de competencia como la ley específica del sector.

En todos los casos, excepto en el último, en algún momento surgirá la necesidad de que haya coordinación y cooperación. Incluso en aquellos casos en que el regulador sectorial

tiene poderes de competencia exclusiva en su sector, la coordinación y la cooperación a nivel de política (por ejemplo, directrices sobre temas económicos, principios de buenas prácticas), enfoque e incluso en temas administrativos (desde capacitación hasta contratación) pueden ser útiles a todos. Cuando los poderes de competencia se ejercen de manera conjunta o concurrente, hay una mayor necesidad de ponerse de acuerdo sobre quién hace qué cosa, para evitar la duplicación o las decisiones inconsistentes.²⁰

La cuestión fundamental se refiere al alcance y aplicación de la ley de competencia, por una parte, y la regulación sectorial, por el otro. Aquí pueden surgir los siguientes problemas:

- a) Qué ley está mejor posicionada para hacer frente a un caso en que un tema puede ser tratado tanto conforme a la ley de competencia por la autoridad de competencia como conforme a la ley específica del sector por el regulador, ¿o deberían intervenir ambos?
- b) ¿Cómo evitan las autoridades que los agentes del mercado las utilicen para seleccionar qué foro les conviene?
- c) ¿Cómo pueden cooperar de la mejor manera para beneficio del país?

Cuando la coordinación entre las agencias es factible, lo más probable es que la división de trabajo propuesta anteriormente por la Comisión Europea tenga sentido. Esto da ampliamente la regulación *ex ante* al regulador de las telecomunicaciones. Por ejemplo, si el tema en cuestión es el acceso a una red local, y el instrumento elegido es un cargo de acceso obligatorio basado en el costo, es claro que el regulador de las telecomunicaciones probablemente estará en mejores condiciones en términos de

²⁰ Para ver cómo esta forma de concurrencia ha sido tratada en el Reino Unido, véase *Competition Act 1998 (Concurrency) Regulations 2000*, así como Office of Fair Trading, *Guideline 405, Concurrent Application to Regulated Industries*.

facultades y experiencia tanto para establecer como para hacer cumplir el control de precios.

Otros temas pueden caer dentro del ámbito de ambas autoridades, y su ventaja comparativa puede no estar clara. En particular, hay muchos aspectos de la conducta del operador que no están sujetos a regulación *ex ante*, pero que son potencialmente objeto de investigación conforme a los estatutos de competencia y de telecomunicaciones. Un buen ejemplo es la discriminación de precios, donde se han presentado una serie de reclamos en el sentido de que los operadores móviles han fijado tarifas minoristas para llamadas dentro de la red de origen (*on-net*), que están muy por debajo de las tarifas equivalentes para llamadas fuera de la red de origen (*off-net*) de tal forma que se vuelven anticompetitivas. Los economistas han argumentado a este respecto que un grado de diferencia se justifica, e incluso puede beneficiar a los consumidores, pero si la práctica se lleva al exceso por una empresa con un alto grado de poder de mercado, el efecto puede ser la restricción o el distorsionamiento de la competencia. En otras palabras, el patrón de cargos no es automáticamente ilegal, pero si se lleva al exceso puede llegar a serlo.

En un caso como este, tanto la ley de competencia como la de telecomunicaciones pueden dar a la autoridad competente una base para llevar a cabo una investigación. Puede ser mejor en primera instancia, si sólo una actúa. ¿Pero cuál? El regulador de las telecomunicaciones puede tener un mayor conocimiento de los mercados en cuestión y haber cotejado datos pertinentes a través del tiempo, pero la autoridad de competencia puede tener más experiencia sobre discriminación de precios en una variedad de sectores, y sobre dónde ésta cruza la línea de la conducta ilegal.

OFTEL, el antiguo regulador de las telecomunicaciones en el Reino Unido ofrece un ejemplo en el que un regulador había decidido que la autoridad de competencia estaba

en mejor posición para hacer frente a un problema. En 1996 opinó que una serie de casos en relación a cláusulas abusivas en contratos de telefonía móvil con los consumidores podían ser abordados mejor por la autoridad de competencia porque esta última tenía experiencia en esta área y porque el tema era más genérico que específico de la industria.

En tales casos «límitrofes» es mejor que la coordinación se negocie con antelación, posiblemente dentro de un marco para el establecimiento de un memorando de entendimiento (MoU, por sus siglas en inglés) entre las dos autoridades. Esto establecerá, entre otras cosas, cómo se tratarán los casos de este tipo y cómo se llevará a cabo la coordinación y el intercambio de información entre las autoridades. Los factores que podrían tenerse en cuenta son:

- Si el caso va más allá del ámbito del regulador, en cuyo caso no será capaz de manejarlo,
- Si el regulador o la autoridad de competencia ha manejado el asunto, o uno relacionado, con anterioridad,
- Qué entidad está en una mejor posición en términos de experiencia y acceso a datos para manejar el asunto;
- Los recursos que muy probablemente se impondrán, si son necesarios los recursos, y si se requiere monitoreo detallado e intervención continua, entonces el regulador puede estar en mejores condiciones para asumir el liderazgo;
- Qué tan cerca se encuentran los mercados en cuestión con respecto a una competencia efectiva. Entre más competitivos, mayor es la probabilidad de que la autoridad de competencia esté en mejores condiciones para intervenir.

En Jordania se firmó un memorando de entendimiento entre el regulador y la autoridad

de competencia con el fin de coordinar la relación entre ellos, buscando con ello "*evitar la duplicación de procedimientos y decisiones en el sector, evitar cualquier variación de las decisiones, garantizar el progreso en el cumplimiento y mejorar la eficiencia económica a través del intercambio de información y conocimiento entre las dos entidades*".²¹ Un MoU similar está vigente en Mauricio.²²

En los Países Bajos un Protocolo de Cooperación establece los acuerdos de cooperación entre el regulador holandés ICT, OPTA, y la autoridad de competencia holandesa, NMa. El Protocolo describe los acuerdos que determinan cómo se abordarán las cuestiones que puedan implicar el ejercicio de funciones tanto por la OPTA como de la NMa conforme a sus respectivas legislaciones habilitantes a fin de facilitar la acción coordinada. El Protocolo también describe los acuerdos sobre el tratamiento de asuntos que requieren que la OPTA interprete y aplique ciertos términos previstos en la Ley de Competencia de Holanda. Actualmente se pretende que a partir de 2013 las dos entidades se fusionen,

²¹ Al parecer, los términos del MoU obligan a cada parte a:

- Proporcionar a la otra parte toda la asistencia y apoyo legal, técnico o económico necesaria en relación con quejas o solicitudes que reciban relacionadas con la competencia en el sector de las telecomunicaciones.
- Cooperar en la realización de investigaciones.
- Notificar a la otra parte para hacer sus declaraciones cuando reciba cualquier queja o reclamación relativa a la competencia. La otra parte deberá informar a la primera con su declaración preliminar sobre la queja o reclamación dentro de un plazo no mayor de 2 semanas a partir de la fecha de notificación.
- Informar a la otra parte con su decisión preliminar sobre la queja, con el fin de ofrecer una oportunidad a la otra parte para hacer sus declaraciones antes de que la Parte Examinadora emita la decisión.
- Que la Parte Examinadora proporcione a la otra parte una copia de los estudios realizados con respecto a la queja, y una copia de la decisión tomada al respecto.
- Que ambas partes se abstengan de realizar cualquier procedimiento hasta que la otra parte haga sus declaraciones.
- Consultarse mutuamente antes de ejercer cualquier función, en el caso de que ambas partes reciban, al mismo tiempo, una queja o reclamación relativa a la competencia en el sector de las telecomunicaciones.
- Le da derecho a la TRC a solicitar al CD llevar a cabo cualquiera de las facultades que le fueron conferidas por la Ley de Competencia.

Presentación - Salvaguardas de la competencia en el sector de las telecomunicaciones - El caso de Jordania presentado en el taller Regional Árabe de la UIT/BDT sobre "Desarrollo de Políticas y Estrategias de Competencia en Telecomunicaciones" Rabat (Marruecos) 19, -21 Diciembre de 2005 por Muwaffaq Abu Aqla Comisionado de la Comisión Reguladora de Telecomunicaciones de Jordania.

²² MoU entre la Comisión de la Competencia de Mauricio (CCM) y la Autoridad de Tecnologías de la Información y la Comunicación (ICTA).

cosa que provocará que el Protocolo sea redundante.

Por supuesto, la firma de un MoU sobre cooperación en general, no exime a la autoridad de intervenir si determina que, conforme a su estatuto, tiene obligación de hacerlo. Si una autoridad concluye que otra entidad ha permitido que se desarrolle una situación que va en contra de la ley por la que se rige, entonces, en muchas jurisdicciones estará obligada a actuar. En la siguiente sección se proporciona un ejemplo de un acontecimiento de este tipo en la Unión Europea.

La cooperación entre las autoridades de competencia y un regulador de telecomunicaciones puede asumir también otras formas. Por lo tanto, puede ser admisible que los dos compartan algunos datos en casos específicos, pero esto requeriría normalmente una disposición jurídica expresa ya que, en la mayoría de los casos, los datos presentados serían confidenciales y su intercambio sin el acuerdo expreso de las partes o un poder legal para hacerlo puede estar prohibido.

La cooperación también puede abarcar la elaboración de directrices o políticas comunes respecto a áreas en las que ambas pueden tener jurisdicción. Esto no sólo ayuda a mejorar la coordinación entre las dos autoridades, sino también elimina la incertidumbre del mercado con respecto a la posibilidad de búsquedas de foros de conveniencia (forum shopping) (es decir, cuál sería la autoridad más conveniente para el caso de alguien en particular) y asegura que se llegue a resultados similares independientemente de qué autoridad sea la que tome la decisión.

Así mismo, las dos autoridades pueden tratar diferentes etapas de la cuestión. Si lo permite la ley, una autoridad de competencia puede investigar un caso y llegar a una decisión que requiera un seguimiento posterior de la conducta futura de un operador de telecomunicaciones. En tal caso, puede ser mejor para el regulador de las telecomunicaciones llevar a cabo el seguimiento y reportar los resultados o infracciones a

la autoridad de competencia.

¿Debe dejarse de aplicar la ley de competencia cuando existe regulación?

La discusión anterior ha supuesto que la ley de competencia y la ley de telecomunicaciones se aplican simultáneamente. Pero esto no es necesariamente el caso. Esta pregunta ha saltado recientemente a un primer plano como resultado de una decisión de la Corte Suprema de EE.UU. en el caso de *Trinko*,²³ en el sentido de que en ciertas circunstancias la legislación antimonopólica no debe aplicarse si hay recursos regulatorios disponibles.²⁴ La sentencia, que implicó una desviación del precedente anterior, se refería a una situación en la que Trinko, un cliente de AT&T, afirmó en una demanda colectiva que Verizon, el monopolista del bucle local, se había negado a suministrarle a AT&T ciertos servicios indispensables, y solicitó la indemnización de daños y perjuicios. La Corte Suprema sostuvo que la doctrina de las instalaciones esenciales²⁵ no podía tener aplicación en los casos en los que una entidad estatal o federal tenga facultades efectivas para obligar a compartir y regular su alcance o las condiciones. En este caso, la Comisión Federal de Comunicaciones, siendo el regulador, no sólo tenía tales facultades sino también las había ejercido.²⁶

La comparación entre el caso de Trinko y un caso contemporáneo en Europa llamó la atención sobre las agudas diferencias entre los enfoques adoptados en los dos. En el

²³ Verizon Commc'ns Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, 540 U.S. 398 (2004).

²⁴ Se puede encontrar un resumen claro de los temas en R. Brunell, *The Regulated Conduct Defence*, OECD DAF/COMP/WP2 (2011)2.

²⁵ Véase la sección 4.2 relativa a las instalaciones esenciales y el enfoque de la Corte Suprema de los EE.UU.

²⁶ Canadá ha adoptado un enfoque similar al de los EE.UU. La Oficina de Competencia de Canadá afirma que cuando dos brazos del gobierno federal se ocupan de la competencia, como en el caso en el sector de las telecomunicaciones con la Oficina de Competencia y la Comisión de Radio-televisión y Telecomunicaciones Canadiense (CRTC), la Oficina no perseguirá una cuestión donde el Parlamento haya expresado su intención de desplazar la aplicación de la ley de competencia mediante el establecimiento de un régimen normativo integral y proporcionando a un regulador las facultades para tomar, o autorizar a otro para tomar, medidas incompatibles con la Ley, siempre que el regulador haya ejercido sus facultades reguladoras en materia de la conducta en cuestión. Cuando dicho regulador se haya abstenido de regular (como es el caso del mercado de telefonía móvil en Canadá) la Oficina aplicará la Ley a la conducta no regulada hasta que el regulador ejerza su autoridad para modificar o anular dicha abstinencia. Competition Bureau, *Regulated Conduct Bulletin*, September 2010.

caso de *Deutsche Telekom*,²⁷ el Tribunal Europeo confirmó una decisión de la Comisión Europea de que el operador había violado la ley de competencia al llevar a cabo un "margin squeeze", incluso en circunstancias en las que el regulador nacional de telecomunicaciones había aprobado los precios y no había encontrado específicamente un "margin squeeze" contrario a la competencia. En una decisión posterior de la Comisión Europea se ha confirmado recientemente la aplicación permanente de la ley europea de competencia.²⁸

No es nuestra intención hacer comentarios sobre los méritos o no de la llamada "defensa de conducta regulada" en contra de la ley de competencia implícita en la doctrina Trinko, excepto para señalar que el criterio de la Corte Suprema de EE.UU. para su aplicación de un poder efectivo para regular puede ser difícil de establecer cuando el regulador no tiene la voluntad o los recursos para implementar la legislación vigente.

Por lo que sabemos, la doctrina no ha conseguido avanzar fuera de América del Norte.

Una pregunta relacionada es si es deseable que la misma entidad haga cumplir la regulación y la ley de competencia. Esto puede ocurrir cuando un organismo único aplica la ley de competencia a todos los sectores, y, además, hace cumplir la regulación en todos los sectores regulados pertinentes. Australia y Nueva Zelanda son ejemplos. También puede existir cuando hay una autoridad general de competencia, pero esencialmente delega a un regulador sectorial el cumplimiento de al menos algunos aspectos de la ley de competencia en ese sector del regulador. Esto sucede en varios países europeos, incluyendo Grecia²⁹, Irlanda y el Reino Unido.

Algunos sostienen que ninguno de estos enfoques conduce a la implementación más

²⁷ Deutsche Telekom AG v. European Commission, Case C-280/08 (2010).

²⁸ Case COMP / 39.525 - Telekomunikacja Polska (se resume más adelante - Case 4.3.1).

²⁹ Hasta principios de 2012, cuando en virtud de la nueva ley de telecomunicaciones se estableció que las disposiciones de la ley de competencia en relación con la industria de las telecomunicaciones las aplica el regulador sectorial.

efectiva de las dos formas de intervención por arte de una sola inteligencia rectora. Otros apuntan al riesgo de que si el organismo único falla, no hay nadie más que recoja los platos rotos.

Conclusión

En este capítulo se ha examinado las posibles funciones de la ley y de la política de competencia en el sector de las telecomunicaciones, desde varias perspectivas. En resumen, el sector plantea retos particulares en la prestación de una competencia efectiva y buenos resultados para los clientes. Tanto la ley como la regulación de competencia pueden ser utilizadas para lograr estos fines. Se argumenta que la regulación sectorial tiene ventajas a la hora de abordar las barreras a la entrada que persisten y los cuellos de botella resultantes en las redes fijas. Pero eso deja un margen importante para la ley de competencia, tanto en el sector móvil como en las partes más significativas del sector de telefonía fija, donde se puede establecer la competencia³⁰. Además, la autoridad de competencia puede ser llamada para reforzar o reemplazar los esfuerzos de un regulador de escasos recursos o endeble. Aunque es deseable una relación constructiva entre los dos organismos, la autoridad de competencia debe poder ejercer libremente su responsabilidad legal hacia el sector de las telecomunicaciones, a menos que tenga explícitamente prohibido hacerlo.

Detrás de la cuestión de qué regulador debe actuar está la cuestión fundamental de si efectivamente se requiere de alguna acción. Tanto las autoridades de competencia como las reguladoras pueden cometer dos tipos de errores al no actuar cuando se justifica la acción (conocido como un error de tipo I), y al actuar cuando no se justifica (un error de

³⁰ Aunque en los últimos años se ha dicho que la regulación de las telecomunicaciones será reemplazada por una ley general de competencia, esto no ha sido posible dada la naturaleza actual de los mercados. Se han estado presentando ciertos cambios en esa dirección en donde los mercados se están tornando cada vez más competitivos. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, incluso en un mercado competitivo todavía hay margen para la regulación, no del tipo económico, pero si una que satisfaga otras necesidades de la industria (protección al consumidor, servicio universal, numeración, etc.) y de políticas.

tipo II). Como ejemplo del primer tipo, la autoridad de competencia puede fallar en identificar y sancionar conductas colusorias por parte de operadores móviles. Como ejemplo del segundo, un regulador puede imponer controles de precios en un mercado realmente competitivo, y por ende, restringir o distorsionar ese mercado. Arreglos institucionales pueden influir en la probabilidad de estos resultados, pero se ven principalmente afectados por la calidad de los análisis que realizan las autoridades.

3 LAS BASES: DEFINICIÓN DEL MERCADO Y EVALUACIÓN DEL PODER DE MERCADO

3.1 INTRODUCCIÓN

Hay dos herramientas de análisis que figuran en la mayoría de los casos de competencia. La primera es la definición del mercado, que proporciona una forma estructurada de pensar acerca del terreno sobre el cual opera una empresa o empresas en particular. La segunda es la evaluación del poder de mercado, que da una idea del potencial de cualquier empresa (o empresas) para dañar a sus clientes o competidores. En general, la conducta de una sola empresa sin poder de mercado puede ser ignorada, ya que no tiene la capacidad de hacer daño. Pero esto no aplica a una empresa dominante, y menos aún a los monopolios que se encuentran a menudo en los mercados de telecomunicaciones.

Este capítulo proporciona información breve sobre cómo las autoridades de competencia pueden poner en práctica estas herramientas en los mercados de telecomunicaciones. Los problemas se plantean sólo en términos generales. El análisis de cada caso particular dependerá de las características específicas que sean de aplicación en la jurisdicción correspondiente.

3.2 DEFINICIÓN DEL MERCADO RELEVANTE

La mayoría de las autoridades de competencia están obligadas a elegir o definir los mercados que analizan. En teoría, esto no es indispensable, ya que el objetivo del ejercicio normalmente es establecer la fuerza de las presiones competitivas que aplican a la empresa bajo análisis, y esto a veces se puede evaluar sin pasar por la etapa intermedia de definir el mercado o mercados en los que la empresa opera. También se reconoce en general que, cuando se define un mercado, las empresas fuera del mercado ejercen cierta restricción sobre el comportamiento de las empresas en ese mercado. De ese modo, viajar en tren y en avión entre dos puntos puede ser un tema de mercados

distintos, pero las tarifas de tren pueden sin embargo afectar lo que las aerolíneas pueden cobrar. Esto significa que la evaluación del poder de mercado debe considerar lo que está pasando en el exterior así como en el interior de un mercado.

Es importante que la definición del mercado responda a las cuestiones que estén en juego en la investigación en cuestión. No necesariamente se adoptará la misma definición cuando se busque establecer un control de precios en virtud de la legislación sectorial, o en un caso de concentración, o en el caso de un abuso tal como el "*margin squeeze*". Por lo tanto, en un caso de fusión, el punto de partida para la búsqueda de una definición del mercado podrían ser las áreas en las que se superponen las actividades de las dos partes que se van a fusionar, mientras que en el caso de un "*margin squeeze*", la atención podría enfocarse en el patrón de entrada (y riesgo de exclusión) en el área de servicio correspondiente.

Si bien la definición apropiada depende siempre, en cualquier situación, del contexto de la investigación y de las características específicas del comportamiento de la empresa y el usuario final, todavía es posible decir algo acerca de las herramientas de uso común para la definición del mercado y sobre los problemas habituales en el sector. Al igual que en otras partes, los argumentos que aquí se presentan no se basan en la ley o en la práctica en alguna jurisdicción en particular, lo que tratamos de hacer es describir las definiciones del mercado, como muy probablemente lo haría una autoridad típica. En consecuencia, lo que sigue no debe ser visto como algo que sea de aplicación en alguna jurisdicción en particular.

Herramientas de la definición del mercado

Los mercados tienen una dimensión del producto (¿qué bienes o servicios se incluyen?), una dimensión geográfica (¿qué área cubren?), y una dimensión temporal (que surge de la variación a lo largo del tiempo en los mercados y su operación). Estas se consideran a su vez a continuación.

Los mercados de productos combinan bienes o servicios que son relativamente buenos sustitutos entre sí. La forma más común de sustitución la hacen los usuarios, quienes cambian o pueden cambiar su consumo de un servicio a otro, cuando los precios cambian. En algunas jurisdicciones se produce una forma de sustitución (por lo general secundaria) cuando las empresas cambian su capacidad existente de producción de un servicio a la producción de uno similar. Esto a menudo es diferente del caso en el que una empresa construye nueva capacidad, que es probable que sea un proceso más largo, menos relevante para los problemas de mercado actuales.

Algunos mercados de productos comprenden bienes o servicios que los usuarios compran para el consumo, la inversión o la exportación. Otros son los mercados mayoristas, en el que se compra un producto como insumo para la producción de bienes o servicios que luego se venden a usuarios finales. Este aspecto es importante en el sector de las telecomunicaciones, donde la compra y venta de los insumos mayoristas la realizan operadores que luego los utilizan para prestar servicios a usuarios finales, tales como llamadas de voz o banda ancha.³¹

El grado al que los usuarios son capaces de cambiar el consumo de un servicio a otro puede establecerse observando la funcionalidad y otras características de los dos servicios. Por ejemplo, una llamada en una red móvil comparte muchos de los atributos

³¹ Ejemplos de ello son: la terminación de llamadas, la originación de llamadas, bucles de cobre desagregados, los servicios de transporte en una red fija o móvil, acceso de banda ancha al por mayor, y *roaming* internacional al por mayor.

de una llamada en una red fija, pero añade también la movilidad. Esta diferencia en funcionalidad podría ser un factor relevante para decidir si las llamadas fijas y móviles están en el mismo mercado.³²

Un enfoque alternativo más analítico consiste en la aplicación de la llamada 'prueba del monopolio hipotético'.³³ Imagine una situación en la que una empresa tuviera el monopolio de la oferta de un solo bien o servicio, por ejemplo, una marca de refresco de cola. ¿Podría esa firma, suministrando a un precio competitivo basado en los costos, obtener beneficios adicionales al aumentar el precio en un 10%? Esto, obviamente, dependerá de cuántos de sus clientes vayan a cambiar a otra bebida, o se abstengan en absoluto de comprar. Si muchos lo hacen, la empresa perderá una gran cantidad de negocios y tendrá menos ganancias. Si esto sucede, eso nos dice que la única marca de refresco de cola no es un mercado separado.

Ahora repita el experimento, en el supuesto de que la empresa tiene el monopolio de todas las bebidas de cola. ¿Podría (de manera libre) aumentar de manera rentable su precio por encima del nivel competitivo en un 10%? En este caso, los consumidores tendrían que cambiar a las bebidas sin cola para escapar del presunto monopolio. Si sólo unos pocos están preparados para hacerlo, el aumento de precios podría aumentar las ganancias de la empresa. En este caso las bebidas de cola serían un mercado separado. Pero si las ganancias de la empresa cayeran, usted tendría que repetir el experimento bajo la premisa de que una empresa tiene el monopolio de todas las bebidas con gas, y después de todas las bebidas embotelladas o enlatadas, y continuar hasta que haya encontrado un conjunto de bienes sobre los que fuera rentable que un monopolista aplicara un aumento de precios. El conjunto *más pequeño* sobre el cual un monopolio

³² O puede apoyar la conclusión más compleja que una llamada de telefonía móvil es un sustituto para una llamada de telefonía fija, pero no *viceversa*.

³³ Desarrollado por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, ahora se utiliza ampliamente. Véase US Department of Justice and Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines, August 19, 2010. Disponible en: <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/hmg-2010.html>

hipotético puede imponer de manera rentable un aumento de precios pequeño pero significativo y no transitorio en el mercado de productos es el mercado correcto (esto se conoce a veces como la prueba SSNIP).

Este ejercicio mental se puede repetir, empezando con un solo operador que vende llamadas salientes de telefonía móvil, y luego, suponiendo un monopolio hipotético de todas las llamadas de telefonía móvil; y así sucesivamente. Sin embargo, el punto acerca de la prueba es que casi siempre es de naturaleza hipotética. Normalmente no observamos un monopolio completo de las bebidas de cola y, por lo tanto, no podemos observar el comportamiento real del mercado para aplicar la prueba. En lugar de ello, la prueba, en el peor de los casos, nos brinda una manera útil de pensar acerca de la cuestión de la definición del mercado.

Se podría decir que en algunos mercados de telecomunicaciones al por menor y al por mayor a veces sí observamos monopolios reales. Pero incluso esto conlleva algunos peligros. La prueba anterior se debe aplicar sobre la base de un aumento del 10% sobre el precio competitivo. Pero si hay un monopolio no regulado real, ya habrá elevado su precio a un nivel al que los usuarios finales están a punto de cambiar a otro producto. A ese precio, el grado de sustitución se sobre-estimarán y el mercado se definirá demasiado extensamente.³⁴

En la práctica, cuando las autoridades de competencia definen los mercados de productos, tienden a usar una variedad de métodos y fuentes de información. Sin embargo, la definición del mercado es sólo un paso en el camino para una evaluación del poder de mercado, y puede llegar a resultados aparentemente divergentes. Siempre y cuando la evaluación tome debidamente en cuenta todas las fuentes de restricción en una empresa en particular bajo investigación, los detalles más finos de la definición del

³⁴ Esto se conoce, por razones históricas, como la "falacia del celofán".

mercado no son decisivos.

Los mercados geográficos de las telecomunicaciones se definen a menudo por el régimen de licencias: si las licencias son nacionales, entonces también lo son los mercados. Este es un punto de partida razonable, pero en ciertas ocasiones el número de operadores fijos o móviles varía a través del territorio de la nación. En el caso en que el operador fijo dominante o los mayores operadores móviles están obligados a, o, por razones comerciales, optan por cobrar precios geográficamente uniformes en todo el país, entonces el mercado geográfico se toma a menudo como nacional. Este resultado puede considerarse que tiene el efecto de colocar restricciones a la empresa en las áreas más competitivas y menos en las zonas menos competitivas, haciendo que las condiciones de competencia sean más uniformes. Pero donde las diferentes condiciones de competencia se asocian con diferentes precios u otras condiciones de la oferta, los distintos mercados geográficos dentro de un país tendrían que distinguirse. Los reguladores de telecomunicaciones rara vez han hecho esto, pero una autoridad de competencia podría optar por hacerlo cuando se trata de un caso particular.

Finalmente, hay una dimensión temporal de los mercados. Un ejemplo tradicional de esto surge cuando las variaciones estacionales de los cultivos conducen a cambios en las definiciones de los mercados de alimentos.³⁵ Más importante para la definición del mercado de las telecomunicaciones es el efecto del cambio técnico, en especial la convergencia. Por ejemplo, hasta hace 20 o 30 años, las telecomunicaciones y las redes de cable existieron en "silos" separados sin que hubiera traslape entre los servicios que estas producían. Ahora estas, y con frecuencia las redes móviles también, pueden causar traslape de servicios, incluidas llamadas, video y otros servicios de datos. Esto ha cambiado radicalmente la definición de los mercados, no a nivel minorista, pero a nivel de red o de servicios al por mayor.

³⁵ R. Whish, *Competition Law*, 6th edition, 2009, pp. 39-40.

Ejemplos de preguntas que deben plantearse cuando se trata de la definición del mercado

Hacer las siguientes preguntas debe ayudarle a la autoridad a entender mejor el mercado.

- No pretende ser una lista exhaustiva.

- ¿Qué productos o servicios se están estudiando?
- ¿Qué funciones cumplen?
- ¿Quiénes son los clientes meta de los productos o servicios de referencia?
- ¿Qué características son importantes para el cliente?
- ¿Cómo funcionan los mercados? ¿Existen alternativas similares a los productos o servicios en cuestión?, ¿cómo reaccionarían los clientes si el producto o servicio subieran de precio, es decir a qué otros productos podrían cambiar?
- ¿Hay costos asociados al cambiar a productos o servicios alternativos, es decir, se utiliza equipo dedicado al proveedor específico (como los teléfonos móviles bloqueados)? ¿Hay alguna evidencia de cambios por parte de los clientes entre productos o servicios?
- ¿Cuáles consideran las partes son los mercados relevantes? ¿Alguna de las otras definiciones del mercado sugieren que son ellos mismos (por ejemplo, de casos anteriores)?
- ¿Cómo se proporcionan los productos o servicios al cliente? ¿Los productos o servicios comparten una tecnología común o instalaciones de red comunes con cualquier otro producto o servicio?
- ¿Cuál es el alcance geográfico de referencia del mercado para el suministro de los productos o servicios, por ejemplo, regional, nacional o internacional?
- ¿Están los avances tecnológicos, por ejemplo los asociados con la convergencia, expandiendo o de alguna otra manera cambiando la definición de los mercados?

Hay casos donde puede haber varias definiciones alternativas de mercado que pudieran ser de aplicación. Identifíquelas y decida cuál es la más adecuada. En algunos casos no habrá necesidad de decidir cuál de los mercados identificados es la

definición de mercado apropiada para el caso particular, debido a que el veredicto sobre la cuestión de la competencia es el mismo independientemente de la definición que se utilice.

Algunas cuestiones clave sobre la definición del mercado en las telecomunicaciones

Esta sección hace algunas observaciones breves sobre algunos mercados clave de telecomunicaciones que pueden desempeñar un papel fundamental en casos de competencia.³⁶ Comenzamos con los mercados al por menor, con el argumento de que la demanda de productos al por mayor, tales como la terminación de llamadas y productos de acceso como por ejemplo bucles de cobre desagregados se deriva de la demanda de productos al por menor. Esto significa que, al margen de otros factores, si dos servicios (tales como la banda ancha suministrada por una empresa de telecomunicaciones a través de un alambre de cobre y banda ancha suministrada por una red de cable) están en el mismo mercado al por menor, entonces los insumos mayoristas en ambos servicios son necesariamente sustitutos entre sí y, por tanto, también en este sentido en el mismo mercado.

Mercados al por menor de voz y datos, fijos y móviles

El tema individual más importante de la definición del mercado en las telecomunicaciones es si colocar los servicios minoristas fijos y móviles en el mismo mercado. En muchas partes de América Latina y en otros lugares, los clientes tienen que conformarse con solamente servicios de voz móvil, pero esto no quiere decir que los servicios de voz fija e inalámbrica sean buenos sustitutos cuando estén disponibles

³⁶ En la Recomendación de la Comisión Europea (2ª edición, 2007) se puede encontrar una interesante discusión sobre las definiciones del mercado de las telecomunicaciones en general, pero esta está preparada para fines de regulación *ex ante*, incluido el control de precios, por lo que no puede extrapolarse a las investigaciones de ley de competencia. (Recomendación de la Comisión del 17 de diciembre de 2007 sobre los mercados de productos y servicios pertinentes dentro del sector de las comunicaciones electrónicas susceptibles de regulación *ex ante* de conformidad con la Directiva 2002/21/EC - (2007/879/EC) <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:344:0065:01:EN:HTML>).

juntos. Los dos servicios presentan diferencias en la funcionalidad (lo más obvio, uno es móvil) y, en un grado que varía de una jurisdicción a otra, en el precio también.

Por lo que sabemos, se trata de un caso raro en el que una autoridad de competencia ha determinado que los servicios prestados en redes fijas y los prestados en redes móviles se encuentran en el mismo mercado.³⁷ Si se llegara a tal determinación, eso tendría un efecto importante en el análisis de redes fijas, que, cuando existen, suelen ser un monopolio o, en contadas ocasiones, un duopolio.

Agregar redes móviles a las redes fijas incrementaría el número de competidores a cuatro o cinco, con efectos previsibles sobre la evaluación del poder de mercado. Este resultado de convergencia puede ocurrir en el futuro, pero la práctica actual predominante es la de separar los mercados de telefonía fija y móvil a nivel minorista, y por lo tanto normalmente a nivel mayorista también.

Mercados de terminación de llamadas

El capítulo 2 discute las diferentes formas cómo se paga la terminación de llamadas. Bajo el esquema de "el que recibe paga" (RPP, *por sus siglas en inglés*), el operador que atiende a la parte receptora proporciona el servicio, y recupera los costos de alguna manera de sus clientes. En consecuencia, los clientes eligen racionalmente su operador

³⁷ Una excepción regulatoria conocida es la conclusión del regulador austriaco (RTR) en el sentido que el mercado de acceso de banda ancha al por menor residencial incluía no sólo las conexiones DSL a base de cobre, sino también conexiones a banda ancha móvil y televisión por cable (CATV). Las circunstancias específicas del mercado austriaco incluían el hecho de que la banda ancha móvil era utilizada por alrededor de 35% de los clientes residenciales, en comparación con ADSL a 40% y CATV a 22%. También el porcentaje de conexiones de banda ancha móvil se incrementó fuertemente representando aproximadamente el 70% de las nuevas líneas de banda ancha en los tres primeros meses de 2009. Las 4 redes HSDPA móviles en Austria ya cubrían entre el 70% y el 94% de la población y el análisis mostró que los precios de las conexiones de banda ancha fijas y móviles se estaban acercando entre sí y que los proveedores de banda ancha fija reaccionaron directamente a las reducciones de precios introducidas por los operadores de banda ancha móvil. El regulador también encontró que el 75% de los clientes residenciales de banda ancha móvil utilizaban su conexión de forma independiente y la mayoría de las conexiones de banda ancha móvil se utilizaban en lugares fijos, como la casa del cliente. Este análisis se realizó en el marco de una decisión relativa a la regulación de un mercado mayorista de banda ancha.

sobre la base de lo que cobran los operadores por una combinación de llamadas salientes y por la terminación de llamadas entrantes. Bajo el esquema "el que llama paga" (CPP, *por sus siglas en inglés*) el operador del que llama remunera al operador del que recibe la llamada pagándole una tarifa por terminación. Si la parte receptora tiene sólo un número conocido por la persona que llama, no hay ningún método obvio por el cual la tarifa de terminación se puede evitar.

Sobre esta base, los reguladores y las autoridades de competencia han llegado a la conclusión general de que bajo el esquema CPP la terminación de cada operador es un servicio por el que no hay otra alternativa disponible, por esta razón, la terminación de un operador fijo y de uno móvil es un mercado separado con un proveedor monopolista.

Llamadas salientes y servicios de originación de llamadas

Si hay más de una red de telefonía móvil, es probable que haya varias opciones de servicios de llamadas salientes y de proveedores de los servicios mayoristas subyacentes (que los operadores de redes virtuales móviles, o MVNOs, compran). Los servicios probablemente van a estar en el mismo mercado y, a menos que las redes de telefonía móvil se estén coludiendo, debe haber un cierto nivel de competencia. Pero si un monopolio o una empresa con un alto grado de poder de mercado está prestando los servicios de voz fija en un mercado, entonces ni el mercado minorista ni el mercado al por mayor subyacente será competitivo.

Por otro lado, si el monopolio en el mercado al por mayor está obligado a vender ese servicio a minoristas competidores (a través del proceso de "desagregación" descrito en el capítulo 2), entonces el mercado al por mayor puede ser un mercado con un solo operador, mientras que el mercado al por menor es un mercado con operadores múltiples.

Mercados minoristas de acceso a Internet fijo

Es habitual que los productos de banda estrecha (acceso telefónico o *dial-up*) al por menor se coloquen en un mercado diferente al de los servicios de banda ancha, debido a las diferencias de velocidad y funcionalidad. La noción de identificación independiente de mercados de servicio de *banda ancha* basados en la velocidad ha fracasado generalmente por la dificultad de establecer una clara 'separación' en los rangos de velocidades que parecen ser continuamente sustituibles.

Por esta razón los reguladores tienden a colocar todos los servicios de banda ancha en el mismo mercado. La autoridad de competencia tiene que decidir en cada caso si esto es adecuado.

Mercados mayoristas de acceso a Internet fijo

Los reguladores generalmente definen los medios de acceso de cobre y de fibra óptica (un bucle de cobre y una fibra desagregada) como caer en el mismo mercado. Lo mismo aplica al acceso de banda ancha al por mayor a base de fibra y cobre, una combinación de servicios de acceso pasivo como un bucle de cobre o de fibra y componentes electrónicos que permiten a un competidor interconectarse con un 'acceso indirecto (*bitstream*) en un punto de interconexión regional o nacional.

Mercados del espectro

No tenemos conocimiento de casos de ley de competencia que hayan identificado el grado en el que la acumulación de espectro por operadores de telecomunicaciones a diferentes frecuencias caiga en el mismo mercado. Pero esta pregunta está implícita en los casos de concentración, donde el requisito de devolver o cancelar ciertas frecuencias es a menudo una condición para permitir que se lleve a cabo la fusión.

Conclusión

El objetivo de esta sección ha sido establecer algunos principios comúnmente adoptados para la definición del mercado y para identificar cómo algunas autoridades de competencia han abordado cuestiones particulares de definición del mercado. Se ha hecho hincapié en que no existe un único conjunto correcto de definiciones del mercado. La discusión de casos a continuación contiene ejemplos de mercados de telecomunicaciones definidos por las autoridades de competencia en América Latina y en otros lugares.

3.3 EVALUACIÓN DEL PODER DE MERCADO

El objetivo fundamental de la ley de competencia es impedir que las empresas abusen del poder de mercado, en detrimento de los consumidores. No es de extrañar que lograr este objetivo requiera una evaluación del poder de mercado, que podría ser ejercido unilateralmente por una sola empresa o por varias empresas que se manejan de una manera coordinada. En muchas jurisdicciones, las acciones sólo se consideran como un abuso si son realizadas por una empresa o empresas cuyo poder de mercado supera un determinado umbral. Así, una empresa sin poder de mercado sólo se perjudicará a sí misma si trata de cobrar un precio excesivo o intenta expulsar a otras empresas mediante una política de depredación. En segundo lugar, al investigar un posible abuso y diseñar un recurso en su caso, una autoridad de competencia deseará hacer una evaluación de cuánto poder ejerce la empresa o empresas en cuestión.

Volviendo en primer lugar al umbral para la investigación o la intervención con una sola empresa, esto es descrito en varias jurisdicciones como "dominancia", "poder de mercado significativo", u otro término similar. La Ley Federal de Competencia Económica (LFCE) de México utiliza el término "poder sustancial de mercado" (SMP, *por sus siglas en inglés*). No define explícitamente el poder sustancial de mercado pero la ley

establece los elementos que deben ser analizados con el fin de determinar si un agente económico goza de tal poder (participación de mercado, barreras de entrada, etc.) Uno de los elementos es 'la capacidad de fijar precios unilateralmente o restringir sustancialmente la oferta en el mercado relevante sin que agentes competidores puedan realmente o potencialmente ser capaces de contrarrestar esa capacidad". No hay un umbral explícito de cuota de mercado por encima del cual una empresa se presume que sea dominante. En México, como en otras jurisdicciones la dominancia es sólo uno de los elementos (requisitos legales) que se necesitan evaluar en el proceso de determinación de daño. Debido a que la prevención de los abusos del poder de mercado es el objetivo de la investigación antimonopolio, la sola presencia de ese poder no es ilegal en sí mismo.

En Argentina, según el artículo 4 de la Ley de Defensa de la Competencia No. 25.156, existe dominancia cuando la persona o entidad interesada:

- Es el único proveedor o comprador de un determinado bien o servicio, ya sea en un mercado local, regional, nacional o mundial,
- No está expuesta a una competencia sustancial de otros competidores, o está en condiciones de determinar la viabilidad económica de un competidor en el mercado.

Para determinar si una empresa está en una posición dominante o no, el artículo 5 de la Ley enumera los siguientes factores:

- Posibilidad de sustitución de los bienes o servicios de que se trate,
- Barreras legales a la entrada, y
- la influencia que la empresa dominante puede tener sobre el precio o suministro del bien o servicio objeto de análisis y el poder compensatorio de sus

competidores.

En Brasil, la Ley No. 8884/94 (artículo 20, II) presupone la existencia de una posición dominante cuando una empresa o grupo económico controla el 20 por ciento del mercado relevante. Para sectores específicos de la economía, el Consejo Administrativo de Defensa Económica de Brasil (CADE) puede considerar un porcentaje diferente de 20 por ciento para presuponer dominancia.

En Colombia, de acuerdo con la Constitución, el Estado tiene el deber de evitar y controlar el abuso de una posición dominante en el mercado nacional, y una posición de dominancia en el mercado no está prohibida, pero sí un abuso de dicha posición. El abuso de una posición dominante cae dentro de la prohibición general del artículo 1 de la Ley de 1959 (155/59) y del Decreto de 1992 (2153/92), artículo 50, mismos que enumeran diversos tipos de conducta que constituyen un abuso de posición dominante (como fijación de precios depredadora, negativa de suministro, precios de explotación, etc.). La Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) debe demostrar la existencia de una posición dominante, para lo cual la legislación no establece umbrales de cuota de mercado ni ningún otro criterio para la definición de una posición dominante. La evaluación de una posición dominante se hace caso por caso, a la luz de las circunstancias particulares de la empresa y el mercado en cuestión.

En la Unión Europea, el concepto de dominancia o posición dominante se definió en una sentencia de 1978 del Tribunal Europeo, como:³⁸

"posición de poder económico de la que goza una empresa y que le permite impedir que se mantenga una competencia efectiva en el mercado relevante, dándole el poder de actuar en gran medida con independencia de sus competidores, clientes o, en última instancia, de los consumidores".

³⁸ Case 27/76 United Brands v Commission [1978] ECR 207.

Pero en Europa, estar en una posición dominante no está prohibido, pero abusar del dominio sí. Sin embargo, el Tribunal Europeo ha señalado que una empresa dominante "tiene la responsabilidad particular de velar por que sus actuaciones no falseen la competencia en el mercado común".³⁹

La Ley Sherman de EE.UU. condena la monopolización, y la Corte Suprema ha definido poder de monopolio como "el poder de controlar los precios y excluir la competencia".⁴⁰ Sin embargo, se requiere un nivel bastante alto de tal poder, a pesar de que el tribunal lo ha dejado sin definir.⁴¹

Cuando se ha definido un mercado, es natural que se busque una prueba de "participación de mercado" para definir umbrales de diversos tipos, para una mayor investigación o para una presunción de dominio. Muchos países han adoptado este tipo de pruebas, pero las participaciones van desde un mínimo de 20% en Brasil hasta 60% en Singapur.

De manera general, la opinión ha ido abandonando la utilización de tales pruebas y se ha ido acercando a un proceso más multidimensional que considera una serie de factores y llega a una evaluación global. Esto es probable que incluya el grado de barreras a la entrada o la expansión, la participación de mercado (también comparando la participación de otras empresas), los cambios en las acciones a lo largo del tiempo, la facilidad para cambiar y así sucesivamente.

El poder de mercado también puede ser ejercido por empresas que actúan no sólo de manera coordinada sino también unilateral. En la Unión Europea, cuando esto se hace de manera tácita (sin un acuerdo explícito) se describe como una posición de dominio

³⁹ Case 322/81 Michelin v Commission [1983] ECR 3461, [1985] 1 CMLR 282, para. 57.

⁴⁰ Berkey Photo, Inc. v Eastman Kodak Co., 603 F.2d 263, 297 (2d Cir. 1979) en 481

⁴¹ Véase E Elhauge and D Gerardin, *Global Competition Law and Economics*, Hart publishing, 2nd Edition, 2011, pp. 283-4.

conjunto o colectivo (véase el capítulo 4.6 a continuación). En algunos países los umbrales de investigación se establecen para las cuotas de mercado combinadas de dos o más empresas.

Los altos niveles de concentración en el lado de la oferta se pueden limitar o neutralizar mediante altos niveles en el lado de la demanda. Como resultado, para la evaluación del poder de mercado se tiene que tomar en cuenta el "poder de negociación compensatorio".

En las telecomunicaciones, los niveles de concentración tienden a ser altos a nivel de red, que normalmente es un monopolio o duopolio en redes de distribución fijas, y normalmente hay menos de seis operadores de telefonía móvil. Cuando se ha implementado la reventa o la desagregación, otras partes de la cadena de valor pueden estar menos concentradas.

El poder de mercado de una empresa puede estar limitado desde fuera del mercado, así como desde el interior. Esto significa, en particular, que una autoridad de competencia que evalúa el poder de mercado de una red fija tendrá que considerar el grado en que se ve limitada por los servicios móviles.

El mismo principio aplica a los mercados de terminación de llamadas. Como se señaló anteriormente, cuando el sector de telefonía móvil opera un régimen de "el que llama paga", la terminación en la red de cada operador se define por lo general como un mercado separado, respecto del cual este operador es un monopolista. Pero la autoridad de competencia también tiene que considerar hasta qué punto una persona que llama podría "puentear" (by-pass) el servicio de terminación del abonado al que se está llamando, por ejemplo, ponerse en contacto con la persona en otra red, y tomar en cuenta el poder de compra compensatorio.

La estructura vertical del sector de las telecomunicaciones también plantea la cuestión de cómo el poder de mercado de un operador a un nivel puede verse restringido por competencia indirecta de otro nivel. Considere la siguiente situación. Un operador fijo es el único proveedor (de sí mismo y de otros operadores) de bucles de cobre en una región geográfica. Al mismo tiempo, los servicios de voz y banda ancha minoristas prestados a través de la red de cobre son impugnados por una red de cable, que, por razones técnicas, no puede ser desagregada de la misma manera que una red de cobre. El hecho de la competencia a nivel minorista limitará indirectamente el precio que el operador de la red de telecomunicaciones puede cobrar por sus bucles de cobre, ya que, si cobra demasiado por ellos, los clientes estarían dispuestos a cambiar a la red de cable. El hecho de que la restricción impuesta sea indirecta disminuye pero no elimina su fuerza.

Por último, observamos tres situaciones frecuentes en el sector de las telecomunicaciones que presentan dilemas en la evaluación del poder de mercado.

La primera surge en el sector de telefonía fija cuando se está desarrollando competencia basada en el acceso. El incumbente fijo sigue siendo dominante en los mercados del "monopolio" en los que tiene que suministrar servicios a sus competidores, pero si esos competidores prosperan entonces reducirán el poder de mercado del incumbente en áreas como redes básicas y venta directa al consumidor (al menudeo). Una autoridad de competencia puede tener que decidir cuando la erosión del poder de mercado ha sido tanta que ya no puede caracterizarse como significativo o dominante. La identificación de este umbral es una tarea difícil.

En segundo lugar, en algunas jurisdicciones, un único operador de telefonía móvil es capaz de mantener una participación de mercado muy superior a la de sus competidores individuales, por ejemplo, una cuota de mercado del 50 al 65%. Decidir si esta empresa es dominante o tiene un poder de mercado significativo implicará casi inevitablemente

tener que considerar una serie de atributos de la empresa y de sus competidores en el mercado (véase el recuadro), así como ejercer el criterio.

Por último, cuando los competidores móviles están más equilibrados, se puede plantear la cuestión de la posición dominante colectiva o la colusión tácita. Esto se discute ampliamente en el capítulo 4.6.

Ejemplos de preguntas que deben plantearse cuando se considera el poder de mercado

La otra parte "económica" del análisis, después de la definición del mercado, es establecer si una empresa es dominante en el mercado o mercados relevantes. En el caso de una concentración se plantearían preguntas similares a éstas, pero ahí el análisis ha de tener visión de futuro.

Mire el contexto en el cual el supuesto abuso se está llevando a cabo y la forma en que opera el mercado relevante (por ejemplo, los principales competidores, los principales tipos de clientes, el tamaño del mercado, tanto por valor como por volumen, en su caso, junto con cuotas de mercado de las partes y de los competidores en un período de tiempo).

Analice si las acciones tienen un efecto negativo sobre la competencia en el mercado o mercados afectados. Usted tendrá que entender cómo interactúan las diversas fuerzas competitivas dentro de un mercado en particular. Analice cómo las empresas compiten (por ejemplo, la diferenciación por precio o por calidad), pero también otras influencias competitivas en el mercado (por ej., una evaluación de las barreras a la entrada (o salida) para este mercado, el potencial de las nuevas tecnologías).

Hacer las siguientes preguntas debería permitir a la autoridad entender la situación de la competencia. Esta no pretende ser una lista exhaustiva.

- ¿Cuáles son los volúmenes de negocios (aproximados) pertinentes de las partes?
- ¿Cuál es el tamaño total aproximado de cada mercado relevante, en términos de valor y volumen?
- ¿Cuáles son las cuotas de mercado de las partes y sus competidores en cada mercado?
- ¿Qué otras empresas compiten en el mercado?
- ¿Cómo compiten las empresas en este mercado, por ej., en precio,

calidad/servicio? ¿Cómo está organizada la competencia, por ej., hay procesos formales de licitación? ¿Tienen los clientes un grado de poder de compra?

- ¿Cómo se diferencian los precios que cobran las diferentes empresas? ¿Qué sabemos acerca de la historia de los precios de este mercado, por ej., están los precios en una tendencia a la baja o a la alza?
- ¿Son importantes las economías de escala y de alcance?
- ¿Existen ventajas importantes para el primero en actuar?
- ¿Existen barreras significativas para la entrada a este mercado?, es decir, ¿qué problemas podría enfrentar un nuevo participante?, por ejemplo, ¿existen grandes gastos fijos en que se debe incurrir?, ¿hay barreras reguladoras a la entrada?
- ¿Han entrado nuevas empresas en los últimos 3 a 5 años? ¿Ha salido alguna?

4 TEMAS COMUNES DE LA LEY DE COMPETENCIA EN AMÉRICA LATINA

Este capítulo proporciona una breve reseña sobre los abusos o problemas encontrados con frecuencia en los procedimientos de derecho de competencia en América Latina o en otros lugares. Las formas de comportamiento que trataremos son:

- Fijación de precios excesivos o de explotación (4.1).
- Negativa a tratar (4.2).
- Discriminación con base en precios y factores distintos del precio (4.3).
- Precios predatorios (4.4).
- Estrechamiento de márgenes (4.5).
- Comportamiento colusorio (4.6).
- Uso compartido de redes (4.7).

4.1 FIJACIÓN DE PRECIOS DE EXPLOTACIÓN POR UNA SOLA EMPRESA

Introducción

Las violaciones de la ley de competencia se dividen en dos categorías principales: explotaciones abusivas en las que una empresa (o empresas) abusan directamente de los clientes cobrando en exceso o por otros medios, y la exclusión abusiva en la que una o varias empresas eliminan o debilitan a los competidores, mejoran su poder de mercado y se benefician de ello.

Las leyes de competencia en casi todas las jurisdicciones prohíben ciertas formas de

conducta excluyente. Pero hay una diferencia fundamental de enfoque en relación con las prácticas de explotación. En los Estados Unidos, no existe una prohibición⁴². En Europa, los "precios desleales" están enumerados expresamente en el Tratado Europeo como un abuso si los practica una empresa dominante:

*"Dicho abuso puede, en particular,
consistir en:*

*a) imponer directa o indirectamente precios de compra o de venta desleales u otras condiciones comerciales desleales;.."*⁴³

En esta sección explicamos el potencial y las dificultades asociadas con penalizar a una empresa por la fijación de precios excesivos, y mostramos algunos ejemplos de cómo se ha llevado a cabo dicha acción en el sector de las telecomunicaciones.

Escepticismo sobre el abuso de los precios excesivos

En los Estados Unidos, no es un delito mantener un monopolio (a menos que se base en conducta excluyente ilegal), pero sí lo es utilizar el poder de monopolio. Como dictaminó un tribunal de EE.UU. en 1979, "*un monopolista puro... puede cobrar una tarifa tan alta como el mercado la soporte*".⁴⁴ Igualmente, la ley de competencia de México no prohíbe los abusos de explotación, que se concentran en las prácticas de exclusión⁴⁵ pero tiene la opción de declarar un mercado como no competitivo, lo que permite que el Presidente

⁴² Tenga en cuenta, sin embargo, que la Ley de la Comisión Federal de Comercio (1914) prohíbe los métodos actos y prácticas de competencia desleal en el comercio interestatal, y puede ser utilizada en ocasiones en relación con problemas de precios en todos los estados.

⁴³ Article 102 TFEU.

⁴⁴ *Berkey Photo, Inc. v Eastman Kodak Co.*, 603 F.2d 263, 297 (2d Cir. 1979). En este contexto, "puro" significa limpio o sin tacha.

⁴⁵ OECD, *Review of Telecommunications Policy and Regulation in Mexico*, OECD 2012, p. 80.

de México regule los precios.⁴⁶

Las autoridades de competencia de jurisdicciones fuera de los EE.UU. que prohíben la fijación de precios excesivos tienen claramente una opción para tomar medidas sobre esta base. Sin embargo, por lo general tienen recursos limitados y tienen que tomar decisiones estratégicas acerca de donde se pueden aplicar mejor sus recursos. Como resultado, se deberá tomar en cuenta la discusión acerca de la conveniencia y viabilidad de llevar a la justicia casos de precios excesivos.

El argumento conceptual básico en contra de tomar medidas contra una empresa que esté cobrando precios excesivos es que, al hacerlo, se reducen los incentivos para competir e innovar. Esto queda explícito en la sentencia de un Tribunal de EE.UU. en un caso de telecomunicaciones, que establece:

" la mera posesión de un poder monopolístico y el cobro simultáneo de precios de monopolio, no sólo no es ilegal: es un elemento importante del sistema de libre mercado. La oportunidad de cobrar precios de monopolio por un período corto es lo que atrae a la perspicacia empresarial en primer lugar; induce a la toma de riesgos que produce innovación y crecimiento económico".⁴⁷

Este argumento es bastante convincente en el caso de una empresa de alta tecnología que a fuerza de innovación exitosa gana un monopolio temporal que está constantemente amenazada por rivales igualmente ingeniosos. Es menos convincente en el caso de monopolios otorgados sin un proceso competitivo y posteriormente plenamente protegido por barreras regulatorias a la entrada.

En lo que a nosotros respecta no expresamos una opinión sobre la conveniencia de reconocer precios excesivos como un abuso, pero un documento reciente de la OCDE ha

⁴⁶ Sobre todo de artículos de primera necesidad como los alimentos básicos.

⁴⁷ Verizon Comm'ns Inc v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. 398, 407 (2004).

resumido las ventajas y desventajas de la intervención, como se muestra en la Tabla 1.⁴⁸

Tabla 1. Los pros y los contras de intervenir

Motivos para no intervenir	Motivos para intervenir
los mercados se corrigen a sí mismos	los mercados no siempre se corrigen a sí mismos (existen fallas de mercado)
las fallas de la regulación pueden agravar las fallas del mercado	la conducta provoca una reducción en el bienestar de los consumidores
el costo de la intervención, incluso si remedia con éxito las fallas del mercado, supera sus beneficios	la conducta causa una reducción en el bienestar total (efecto de inercia)
La intervención es redundante, ya que los precios excesivos se ven limitados por las presiones competitivas	puede llenar el vacío en la ley de competencia y permitir una segunda oportunidad si la autoridad omitió alguna conducta excluyente
regulación de precios/recursos son difíciles de concebir	aumenta el apoyo popular a la política de competencia
incertidumbre/arbitrariedad del concepto (la desmesura es difícil de determinar)	el vínculo entre el precio de entrada y el precio previo a la entrada excesivo es espurio
prohibir los precios de monopolio equivale a prohibir el monopolio	abusos excesivos de precios son una infracción a la ley de competencia
distorsiona las inversiones, y el comportamiento de las empresas en general fomenta quizá la "sobre-regulación"	consideraciones de política pública / voluntad del legislador / presión política (primacía de la política)

¿Cuál es el abuso?

La discusión anterior nos ha llevado a intentar establecer condiciones o "filtros" que identifiquen los casos en que sea apropiado que las autoridades de competencia tomen medidas contra los precios excesivos. Algunas de estas son lo suficientemente estrictas

⁴⁸ OECD, *Excessive Prices. Background Paper*, p. 8. Disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/14/18/49482277.pdf>

como para descartar dicho comportamiento en casi todas las circunstancias. Por ejemplo Evans y Padilla proponen el uso de estas tres condiciones siguientes:⁴⁹

- La empresa goza de una posición (casi) monopólica en el mercado, que no es el resultado de inversiones o innovaciones realizadas en el pasado, y que está protegida por barreras insuperables para la entrada, y
- Los precios que la empresa cobra superan ampliamente sus costos promedio totales, y
- Existe el riesgo de que esos precios pueden impedir la aparición de nuevos bienes y servicios en los mercados adyacentes.

Otros recomiendan pruebas de detección menos duras. Röller propone:⁵⁰

- La presencia de importantes barreras de entrada,
- Es poco probable que el mercado se corrija a sí mismo,
- La posición dominante se debió a la exclusión abusiva o a las acciones del gobierno,
- No hay regulador o hay una falla regulatoria,
- No está disponible un remedio estructural.

Es bastante probable que las tres primeras condiciones se puedan cumplir en los mercados de telecomunicaciones fijas. Sería natural esperar que un regulador tuviera acceso a una ley específica del sector que le permitiera fijar precios de manera *ex ante*, o imponer reglas de acceso o de desagregación que proporcionaran una solución estructural. Sin embargo, este tipo de intervenciones no siempre están disponibles, y el uso de la ley de competencia para hacer cumplir las reglas de acceso puede ser

⁴⁹ Evans D.S., Padilla A.J. (2005), Excessive Prices: Using Economics to Define Administrative Legal Rules, *Journal of Competition Law and Economics* 1(1), 97-122.

⁵⁰ Röller L-H. (2007), Exploitative Abuses, in Ehlermann and Marquis (eds), *European Competition Annual 2007: A reformed Approach to Article 82*.

problemático (Véase el capítulo 4.2 sobre "Negativa a tratar"). Sobre esta base, la autoridad de competencia que aplica criterios similares a los de Röller (evitando así los posibles y obvios efectos nocivos de la intervención que se señalaron anteriormente) también puede decidir que hay motivos *prima facie* para considerar un cobro de precios excesivos.

Recopilación de evidencia

La escasez (o ausencia total) de casos de precios excesivos en la mayoría de las jurisdicciones proporciona pocos precedentes que muestren cómo se puede demostrar la existencia de precios excesivos. En términos generales hay tres formas principales, que no son mutuamente excluyentes:

- Comparaciones de precios,
- Análisis de rentabilidad,
- Comparaciones precio-costo.

En la jurisprudencia de la Unión Europea, cada uno de estos métodos se aplica para mostrar que los precios son excesivos en relación con el valor económico del producto suministrado.

1. Comparaciones de precios o evaluación comparativa (*benchmarking*).

Es posible comparar el precio que se cobra por un producto o servicio en el contexto objeto de investigación con el que se cobra en otro contexto similar. Pueden ser los precios que se cobran en otras áreas geográficas, o por otros productores, o los precios que se cobran por productos o servicios similares. En el famoso caso de *United*

Brands,⁵¹⁵¹ la Comisión Europea concluyó que los precios que la empresa cobraba por plátanos diferían ampliamente en Europa, por razones no relacionadas a los costos de transporte. De ahí que los precios más altos eran excesivos. El Tribunal Europeo de Justicia, sobre la base de una comparación más completa de costos, revocó esta decisión.

Otro enfoque aplicable en las telecomunicaciones podría ser el comparar los precios de un servicio objeto de investigación con los precios de otros servicios utilizando insumos de red similares. Por ejemplo, los insumos que se utilizan para una llamada de roaming internacional, realizada por un visitante de un país, son ahora esencialmente los mismos que los insumos que se utilizan para una llamada equivalente originada por un abonado con base en el país visitado por el usuario de roaming. El único costo adicional es probable que sea alguna señalización relativamente barata para autorizar la realización de la llamada por el usuario de roaming, y pequeños costos adicionales de transacciones al mayoreo. Sin embargo, los cargos por la llamada de roaming internacional a menudo son más altos que los de la misma llamada iniciada por un abonado en el país. Esta diferencia puede ofrecer evidencia de fijación de precios excesivos, si el proveedor del servicio de roaming al por mayor es dominante.

La dificultad con este enfoque es la presunción subyacente de que los precios de productos similares o idénticos o los precios por productos con los mismos insumos deben ser los mismos, o que la discriminación de precios (precios diferentes por el mismo artículo) es un abuso. Sin embargo, buena parte del análisis económico sugiere que algunas formas de discriminación de precios son deseables, y surgen incluso en mercados competitivos.⁵²

En consecuencia, a menos que las comparaciones de precios revelan enormes variaciones, pueden no ser concluyentes por sí mismas.

⁵¹ Caso 27/76 *United Brands co and United Brands Continental BV v Commission* [1978] ECR 207.

⁵² M. Motta, *Competition Policy: Theory and Practice*, 2004, Ch 6; see also Chapter 5.3 below.

Una complicación adicional surge en las telecomunicaciones debido a que muchos de los servicios que se prestan benefician a dos partes, por ejemplo, a las personas que llaman y a los receptores de las llamadas. La distribución de los cobros entre las partes puede no reflejar sus ventajas relativas. En un mercado de este tipo llamado "bilateral", los precios pueden asumir, de manera muy eficaz, una variedad de formas.⁵³

2. Análisis de rentabilidad.

Este parece ofrecer una vía más directa para demostrar precios excesivos: si una empresa está obteniendo ganancias excesivas, debe estar cobrando precios excesivos. Sin embargo, la alta rentabilidad de la empresa puede ser debido a una eficiencia inusual, y por el contrario, una empresa que no esté obteniendo ganancias excesivas puede estar malgastándolas por ineficiencia.

Incluso pasando por encima de estos problemas, hay problemas de medición bastante graves. En una economía de mercado, una empresa tiene que ofrecer a los inversores la rentabilidad mínima que necesitan para persuadirlos de poner su dinero en la actividad de que se trate, teniendo en cuenta sus riesgos. Los proveedores de deuda y de capital propio necesitarán diferentes rendimientos, ya que la deuda está generalmente asociada con un menor riesgo. El promedio del costo de deuda y el costo de capital propio es conocido como el costo promedio ponderado del capital (*WACC, por sus siglas en inglés*). El rendimiento real sobre el capital empleado debe compararse con este costo del capital específico de la actividad.⁵⁴

Al hacer la comparación surgen una serie de preguntas. En primer lugar, ¿qué tan por encima del costo de capital debe ser el retorno del capital empleado para que los precios

⁵³ On two-sided markets and competition policy, see David S. Evans, *Essays on the Economics of Two-sided Markets*, ch. 4, available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1714254.

⁵⁴ Tim Jenkinson, 'Regulation and the cost of capital', in M Crew and D Parker (eds), *International Handbook on Economic Regulation*, 2006.

subyacentes se consideren excesivos? Si los monopolios supieran este número, podrían escapar de la censura simplemente no rebasándolo. En la práctica, es poco probable que una autoridad de competencia actúe en respuesta a un pequeño "exceso de ganancias", pero podría estar interesada en grandes disparidades, por ejemplo, un costo de capital de 15% y un retorno de capital de 50%, sin evidencia aparente de una eficiencia excepcional.

Hay, sin embargo, un problema adicional de medición con respecto a la tasa de retorno del capital. Para una empresa, se da por:

Retorno sobre el capital empleado (ROCE) = Utilidades/Valor del capital empleado.

Ambos elementos del lado derecho de esta ecuación son inciertos. En el caso más simple, cuando un proyecto se ha desarrollado hasta llegar a su conclusión, sería posible calcular todos los flujos de caja y calcular la tasa (interna) de retorno (teniendo en cuenta las fechas en las que se gastó o devengó el dinero). En la práctica, sin embargo, la autoridad de competencia estará viendo datos de pérdidas y ganancias y balances generales que cubrirán sólo un segmento de la vida del proyecto. Los datos de este segmento son, pues, sensibles a la velocidad a la que se deprecian los activos y al enfoque adoptado para revaluar los activos conforme el proyecto continúa.

Esto causa problemas importantes con activos de larga duración, tales como los que se encuentran en las obras civiles asociadas a las redes de telecomunicaciones fijas, pero es menos grave en el caso de las redes móviles, en las que los activos tienen vidas mucho más cortas o, como en el caso de terrenos para estaciones base y torres, a menudo se comercializan en los mercados donde se pueden observar los precios. En este caso, una revisión de las convenciones aplicadas debería permitir a la autoridad establecer si los datos contables financieros de una empresa de telefonía móvil son suficientemente

robustos para proporcionar una estimación aceptable de la rentabilidad de una actividad.

En algunos sectores hay problemas para valorar activos intangibles como por ejemplo la propiedad intelectual. Si estos se descuidan, la tasa de ganancias puede ser exagerada. Sin embargo, esto no debería ser un problema muy grave en las telecomunicaciones, donde gran parte de la propiedad intelectual está en manos de los proveedores de equipos o proveedores de servicios.

Por último, la acusación de fijar precios excesivos se plantea no en contra de las actividades de una empresa en su conjunto, sino normalmente contra un conjunto de los productos que la empresa produce y que caen en un sólo mercado sujeto a investigación. En telecomunicaciones, los operadores normalmente realizan actividades en varios mercados, como por ej., al por mayor/red y al por menor, llamadas entrantes y salientes, voz y datos, fijo y móvil. Para capturar los datos relacionados a las actividades objeto de examen, se requiere el ROCE específico de un producto. Esto requerirá de la distribución de los ingresos y costos totales de la empresa. Si el regulador sectorial ha impuesto a la empresa que lleve una separación contable, puede ya estar disponible una contabilidad separada de, por ejemplo, la terminación móvil. O el regulador del sector puede haber establecido una metodología contable o haber preparado cuentas para sus propios fines, a las que la autoridad de competencia puede recurrir.⁵⁵ Si estas condiciones no aplican, el cálculo puede ser difícil de lograr. Sin embargo, el intercambio de datos sólo puede tener lugar si no es comercialmente confidencial o cuando la práctica está permitida por la ley.

⁵⁵ El Tribunal Europeo de Justicia ha declarado expresamente que una autoridad de competencia puede basarse en la metodología contable (en particular, para prorratear los gastos comunes) que se utiliza en la regulación sectorial para determinar si un precio es excesivo. Ahmed Saeed Flugreisen et al. v. Zentrale zur Bekämpfung, [1989] E.C.R. 803, point 43.

3. Comparaciones de costo-precio

Cuando no se dispone de datos de rentabilidad, un enfoque alternativo es calcular la relación entre el precio y el costo, o, alternativamente, el retorno sobre las ventas. Esto también puede requerir una distribución de costos en varias líneas de productos, y la elección de un criterio de comparación adecuado.

El alcance de uso de estos métodos será diferente de un caso a otro. En la práctica, la mejor política puede ser la de tratar de utilizar todos los métodos y examinar en qué medida los resultados apuntan en la misma dirección.

Remedios

Supongamos que una autoridad ha establecido que un bien o servicio está sujeto a un precio excesivo. ¿Qué se puede hacer al respecto? La solución obvia es controlar el precio directamente, como lo hacen a menudo los reguladores específicos del sector que normalmente establecen precios o techos de precios para servicios de terminación, interconexión y otros y, a veces, para los servicios al por menor. El problema es que la autoridad de competencia puede carecer de conocimientos técnicos del sector o de facultades para recopilar información que le permitan hacer esto de manera efectiva. Por ejemplo, establecer un control de precios a futuro implica por lo general la construcción de un modelo de cómo van a cambiar los costos de la actividad a través de los períodos del control, como resultado de cambios de productos y progresos técnicos.

Si esto está más allá de la capacidad de la autoridad, tendrá que recurrir a un enfoque más elemental basado en una estimación de costos. Si los precios anteriores fueron significativamente superiores a los costos, se obtendría un importante beneficio para los usuarios finales. Se puede imponer el uso de la alternativa de un control sobre el margen de utilidades, pero esto eliminaría los incentivos para reducir costos.

Una forma de resolver la limitada capacidad de la autoridad de competencia, misma que es mucho más hábil para detectar precios excesivos pero menos para establecer controles de precios, es entregar al regulador sectorial la tarea de idear un remedio.

La alternativa es buscar un remedio estructural, dividiendo una empresa en dos, ya sea horizontal o verticalmente. Desafortunadamente, en las telecomunicaciones el poder de monopolio que hace posible la fijación de precios excesivos es a menudo un 'cuello de botella', como el control sobre el acceso a un cliente. (Como por ejemplo el poder para terminar una llamada móvil o la propiedad de la línea de cobre que va a las instalaciones de un cliente). No es fácil quitarles el poder a las empresas que controlan el acceso de esta manera mediante la división del recurso.

Casos⁵⁶

Caso 4.1.1. -Albania -2007 - Terminación móvil en Albania.⁵⁷

En noviembre de 2007 a raíz de una investigación de mercado iniciada de oficio en 2005, la Comisión de Competencia de Albania impuso a AMC (Albanian Mobile Communications) y Vodafone una multa por un importe de 454.185.000 Lek (aproximadamente \$4.4 millones de dólares, que equivalieron a un 2% de la facturación anual de cada empresa en el mercado de productos de referencia). La Comisión de Competencia determinó que ambas empresas mantenían una posición conjunta dominante en el mercado de la telefonía móvil en Albania y que ambas empresas abusaron de su posición dominante al aplicar precios injustos de 2004 a 2005.

El artículo 9(2)(a) de la Ley de Albania sobre la Protección de la Competencia identifica los precios injustos como una de las principales formas de abuso de una posición dominante. De acuerdo con la autoridad de competencia un precio se considera desleal si es superior a un precio en un mercado competitivo. Para decidir si este es el caso, se examina en primer lugar si el precio cobrado guarda relación razonable con el

⁵⁶ No damos resúmenes completos de los casos elegidos, muchos de los cuales involucran numerosos abusos. Nuestro relato está diseñado para enfatizar el manejo del abuso que se menciona en la sección correspondiente de este informe.

⁵⁷ Véase OECD, Excessive Pricing, DAF/COMP/WP2 (2011)7, pp. 84-85.

valor económico del producto, que básicamente significa que el precio se compara con los costos de producción. En segundo lugar, cuando es imposible determinar los costos, el precio real y la tasa de utilidad se comparan con los precios y niveles de utilidad de productos similares o idénticos en otros mercados geográficos. Según la autoridad, dicho análisis se basa en tres enfoques diferentes:

- (i) Establecer que el alto precio no guarda relación razonable con el valor económico del producto,
- (ii) La evaluación de la utilidad, (que llevó a la conclusión de que las utilidades de AMC y Vodafone serían menores en un mercado supuestamente competitivo), y
- (iii) La comparación de precios de un determinado producto con precios aplicados en otros mercados geográficos precios.

El análisis de la relación entre el precio real y el valor económico del producto fue corto. La Comisión de Competencia declaró que "los precios de los servicios aplicados por [AMC y Vodafone] no tienen ninguna relación razonable con el costo", y basaron esta conclusión en el hecho de que ambas empresas implementaron una tarifa nacional de terminación para la telefonía móvil a un nivel superior al del umbral recomendado por la Autoridad de Telecomunicaciones de Albania. En lo que respecta a las utilidades, la Comisión de Competencia de Albania señaló que mientras que en mercados competitivos las tasas de utilidad suelen disminuir, ambas empresas tenían "tasas de EBITDA y de utilidad elevadas y crecientes". Además, la comparación del ARPU (ingreso medio por usuario) por minuto de uso contra países de Europa Occidental mostró que las tarifas móviles en Albania eran altas. Por último, la comparación de los precios de Albania con los precios en otros mercados geográficos se basaron en una conclusión que se extrae del informe de unos consultores, según el cual "Albania representa una excepción con respecto a la fijación de precios, Albania se coloca entre los países de la UE que aplican los precios más altos".

A raíz de la investigación, la Comisión de Competencia adoptó una decisión en la que recomendó al Consejo de Ministros y a la Agencia Reguladora de Telecomunicaciones que se tomaran medidas inmediatas (en particular, la introducción del tercer operador de telefonía móvil "Eagle Mobile" y el inicio del proceso de concesión de licencias para un cuarto operador) para hacer efectiva la liberalización del mercado de la telefonía móvil.

Caso 4.1.2. - Colombia - 2008 - Telefonía móvil.⁵⁸

En agosto de 2008, la Superintendencia de Industria y Comercio (SAIT), con la Resolución N° 29631, encontró que COMCEL SA y TELEFÓNICA MÓVILES SA, en contravención de la Sección 2 del artículo 50 del Decreto 2153 del año 1992, abusaron de su posición dominante en la terminación de llamadas de fijo a sus respectivas redes móviles y multó a cada empresa con \$520,000 dólares.

El párrafo 1 del artículo 2 del Decreto 2153 del año 1992, establece que las funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio (SAIT) son garantizar el cumplimiento de las disposiciones de la Constitución y de la ley sobre la promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas en los mercados nacionales. La sección 2 del artículo 50 del Decreto 2153 del año 1992 limita a las empresas dominantes, (de acuerdo con el artículo 45 del Decreto 2153, una posición dominante es aquella en que una empresa tiene la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado).

A partir de la determinación de si las empresas objeto de la investigación eran dominantes en un mercado relevante, la SAIT llevó entonces a cabo un análisis de los precios del producto/servicio en el mercado pertinente y si había productos/servicios sustitutos con precios comparables. En este caso, la SAIT determinó que no había servicios sustitutos para llamadas de telefonía fija a telefonía móvil y que los precios que cobraba el operador móvil bajo el esquema "el que llama paga" no guardaban relación con el tiempo o el costo y estaban por encima de los costos.

COMCEL SA, TELEFÓNICA MÓVILES SA, y COLOMBIA MÓVIL tenían una posición dominante en su mercado relevante en cuanto a llamadas de telefonía fija a sus respectivas redes móviles. Cada operador de forma individual tiene un monopolio en cada uno de los mercados analizados, es decir, en la terminación de una llamada iniciada en una red fija y terminada en cada una de sus redes. En términos de precios excesivos, la SAIT encontró evidencia en apoyo de la determinación de que a partir de septiembre de 2003, los precios de las llamadas de fijo a móvil de COMCEL SA y TELEFÓNICA MÓVILES SA eran 20% más caras que las llamadas de móvil a fijo. No se hallaron pruebas suficientes para respaldar una decisión de precios excesivos contra COLOMBIA MÓVIL.

⁵⁸ Ministro de Comercio, Industria y Turismo, Superintendente de Industria y Comercio, Resolución Número 29631, 20 de agosto de 2008. Número de expediente, 04126607

Conclusión

Muchas autoridades de competencia poseen las facultades necesarias para aplicar medidas de lucha contra los precios excesivos. El enfoque de EE.UU., que abjura de esto por completo, puede ser más adecuado para una economía competitiva muy grande que para una pequeña, donde el número de competidores reales o potenciales es limitado. Sin embargo, los analistas tienen razón al señalar el peligro de que el uso excesivo del abuso pueda enfriar la inversión y la innovación, y las autoridades de competencia deberían pensar seriamente en el diseño de filtros que eviten intervenciones nocivas.

En relación a las telecomunicaciones, tenemos la cuestión importante (que se examinan en el capítulo 2) de si se debe confiar en la ley de competencia o en la regulación sectorial para controlar un abuso. En las telecomunicaciones, muchos regímenes han favorecido la regulación *ex ante* para los monopolios persistentes, pero ese enfoque no siempre está disponible. Cuando no lo está (e incluso cuando sí lo está, pero no es totalmente efectiva), la aplicación de muchos filtros propuestos identificará los mercados mal regulados con persistentes barreras a la entrada y satisfaciendo otras condiciones pertinentes en donde la acción contra el abuso de precios excesivos puede ser apropiada. Existen precedentes de aplicación de evaluación comparativa (*benchmarking*), análisis de rentabilidad y de precio-costo para recopilar una base de pruebas para llegar a una decisión.

Tal vez el mayor desafío es encontrar un remedio apropiado. Por sí solo, puede ser difícil para una autoridad de competencia calibrar un remedio de comportamiento apropiado; y es difícil encontrar remedios estructurales definitivos. Pero si los precios eran inicialmente muy altos, y los daños causados a los usuarios finales muy significativos, incluso un remedio aproximado al control de precios puede proporcionar un respiro durante el cual se puede estudiar y concebir una solución de regulación a largo plazo.

4.2 NEGATIVA DE TRATO⁵⁹

Introducción

Como señaló una sentencia de la Corte Suprema de EE.UU. en 1919, por regla general, la ley " *no restringe el derecho reconocido desde hace tiempo de [un] comerciante o fabricante dedicado a un negocio completamente privado, el libre ejercicio de [su] propio criterio independiente respecto a las partes con las que tratará*".⁶⁰

Este enfoque sustenta, en ambos lados del Atlántico, el principio de libre mercado y el derecho a elegir con quién tratar. Sin embargo, en la ley de competencia se ha reconocido que, en determinadas circunstancias, una empresa puede tener que tratar con otras empresas, le guste o no, incluso si dichas empresas son sus competidores.⁶¹

Esta sección examina las circunstancias en las que, conforme a la ley de competencia, una empresa puede estar "obligada" a tratar con otros, es decir, cuando una negativa a tratar o suministrar a otra empresa puede constituiría una violación a la ley de competencia.

¿Cuál es el abuso?

Como se mencionó anteriormente, el punto de partida es que cada empresa puede elegir con quién tratar. Una empresa sólo puede ser obligada a tratar con otros si abusa de su monopolio o posición dominante en un mercado. Este concepto de abuso a través de la negativa a tratar es una obligación bien establecida en jurisdicciones como la Unión Europea, México, Panamá y Chile.

En México, la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE) no menciona explícitamente

⁵⁹ Los términos "negativa a tratar" y "negativa a suministrar" se usan aquí indistintamente.

⁶⁰ Verizon Commc'ns Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. 398, 408 (2004) (quoting United States v. Colgate & Co., 250 U.S. 300, 307 (1919)).

⁶¹ La obligatoriedad de acceso a un monopolista o a las instalaciones de un incumbente es también un recurso muy utilizado por los reguladores sectoriales.

la infraestructura o insumos esenciales. Sin embargo, faculta a la autoridad de competencia (la CFC) para investigar y sancionar prácticas monopólicas relativas (unilaterales) que limitan injustificadamente el acceso a un insumo requerido por un competidor para competir de manera efectiva. Específicamente, el artículo 10 de esta ley prohíbe diversas prácticas establecidas que practican entidades con poder de mercado con el objeto de desplazar competidores del mercado. Entre estas prácticas se encuentran la negativa a tratar, la discriminación de precios y el incremento de costos, que pueden utilizarse como medios para limitar el acceso a insumos esenciales. La CFC determina si un insumo es esencial sobre la base de que no tiene sustitutos viables, define el mercado relevante, determina en qué medida el responsable de la práctica tienen poder sustancial en dicho mercado y el posible efecto de la conducta en ese mercado o uno relacionado ya sea hacia arriba o hacia abajo de la cadena. Si la CFC considera que la empresa en cuestión tiene poder de mercado y que hay un efecto de exclusión que resulta de este comportamiento, puede exigir acceso no discriminatorio al insumo en cuestión.

La Ley 45 de Competencia de Panamá del 31 de octubre de 2007 prohíbe a los agentes económicos con poder sustancial en el mercado relevante emprender una acción unilateral diseñada con vistas a, o que tenga el efecto de "obstruir injustificadamente el acceso al mercado". También prohíbe cualquier acto que injustificadamente dañe u obstruya la libre competencia económica y la presencia en la producción, procesamiento, distribución, suministro o comercialización de bienes o servicios por parte de agentes económicos con poder sustancial en el mercado pertinente (artículo 16, sección 9). Esta cláusula ha sido interpretada de manera suficientemente amplia para cubrir cualquier limitación a la libre competencia, incluido el control del, y la negativa a suministrar, acceso a una instalación esencial propiedad de una empresa con poder de mercado.

La legislación antimonopolio en Chile tampoco contiene normas específicas sobre la

negativa a tratar. Sin embargo, las sentencias o resoluciones dictadas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) han sentado jurisprudencia en este sentido. Con base en tales resoluciones, es posible inferir los principios utilizados por el TDLC para decidir si una infraestructura se tiene que suministrar. Los principales criterios de definición que se utilizan han sido:

1. El uso de la infraestructura es esencial para que las empresas puedan participar en el mercado de que se trate,
2. Es imposible reproducir la infraestructura bajo condiciones técnica y económicamente viables, ya que sería muy costoso hacerlo,
3. No existe una alternativa económicamente viable a disposición de las empresas de la competencia, y
4. No hay ninguna limitación técnica o de capacidad que impida al dueño vender los servicios que ofrece la instalación.

Básicamente, la idea de la obligación de tratar con competidores, y no de ayudarlos, se basa en el principio de que una empresa dominante puede ser obligada a tratar si su negativa pudiera causar un grave daño a la competencia en el mercado relevante. Su propósito principal es evitar la distorsión de la competencia y, en particular, salvaguardar los intereses de los consumidores en lugar de proteger a determinados competidores.⁶²

En la mayoría de los casos, el mercado afectado (es decir, en el cual el abuso tendría el efecto perjudicial) puede ser distinto de aquel en el que la empresa es dominante. Por lo general este mercado es un mercado descendente o "aguas abajo" de aquel en el que la empresa es dominante.

⁶² Advocate General Jacobs in Bronner case [1998] ECR I-7791 at. 7811.

Por lo tanto, los elementos **básicos** de los que nos tenemos que preocupar cuando examinamos dichos casos son:

1. ¿Cuál es el mercado afectado?
2. ¿La empresa en cuestión tiene una posición dominante en ese mercado o en un mercado conectado?
3. ¿Hay una negativa expresa o constructiva a suministrar/tratar?
4. ¿Es esa negativa a suministrar/tratar abusiva?
5. ¿Existe alguna defensa a la acusación de negativa?

Mercados pertinentes y dominancia

En la mayoría de las jurisdicciones es necesario demostrar que una empresa es dominante antes de que se pueda plantear la cuestión de un abuso. De lo contrario, sus acciones no tendrán ningún efecto sobre la competencia. Sin embargo, en casos de este tipo podemos encontrar que el sujeto demandado es dominante en un mercado distinto a aquel en el que el abuso está ocurriendo. Este es el caso más común en los casos de negativa a suministrar relacionado con empresas que tienen una posición dominante en un mercado (de redes) ascendente y mejoran sus ganancias al negarse a suministrar a una empresa en un mercado (al por menor) descendente, favoreciendo así sus propios negocios descendentes o "aguas abajo" o a empresas afiliadas. Ejemplos de estos casos son el operador de una red de telecomunicaciones que se niega a facilitar el acceso a un proveedor de valor agregado evitando que acceda a los clientes finales, o el fabricante de un producto al que se le niega un componente/materia prima que se necesita para producir el producto final.

También, dependiendo de la jurisdicción, puede ser relevante determinar si el producto es nuevo y como tal, el operador dominante está protegiendo sus innovaciones, o puede

ser un producto viejo también, respecto al cual la empresa dominante ha estado suministrando el producto en el pasado y ahora se niega a hacerlo dejando al cliente sin los bienes o servicios que se le estaban suministrando en vez de no tener obligación alguna de suministrar y sin nunca haber tenido que hacerlo.

Sin embargo, la necesidad de ejercer dominio está siempre allí. Por ejemplo, en el caso de la empresa **brasileña** Columbia Tri-Star, un grupo de empresas fueron acusadas de negarse a suministrar películas de estreno a un exhibidor que era dueño de cines ubicados en el centro de una ciudad beneficiando por lo tanto a su único competidor. En opinión del CADE, una negativa a tratar es ilegal sólo si la lleva a cabo una empresa con una posición dominante, ya que la negativa a tratar es inofensiva para la competencia si existen proveedores alternativos.⁶³

¿Qué constituye una negativa a tratar?

Son evidentes los casos en que una empresa se niega rotundamente a suministrar a otra empresa o a tratar con ella. Estos casos son claros con respecto al hecho de la negativa. Sin embargo, hay otros casos en que no es tan obvio, porque no hay una negativa rotunda. En este caso la parte dominante encuentra continuamente razones para retrasar el llegar a un acuerdo, o pretende imponer condiciones exageradas a los acuerdos de suministro. En tales casos, la autoridad tendrá que determinar si la conducta fue equivalente a una "negativa constructiva" a suministrar.⁶⁴ Por otro lado, la insistencia

⁶³El CADE sostuvo que ningún proveedor gozaba de una posición dominante ya que el mercado era muy volátil debido a su dependencia en el éxito de las películas lanzadas y que era razonable que los proveedores eligieran al exhibidor mejor equipado que estuviera en una mejor posición para atraer a más consumidores y por lo tanto generar más ingresos para los proveedores. CADE pudo inferir que el mercado de la distribución estaba fragmentado y que las barreras a la entrada eran extremadamente bajas. Sentencia Nº 080012.007758/1977-66 Rio Grande Ltda. v Columbia Tristar, Buena Vista Filmes do Brasil Ltda. et al.

⁶⁴ La Comisión de la UE en sus *Directrices sobre las prioridades de control de la aplicación del artículo [82] 102*, señala que puede haber una negativa constructiva de suministro cuando hay demoras injustificadas u otros obstáculos para suministrar.

en que la otra parte debe aceptar condiciones comerciales normales como parte del contrato, que no acepta, no constituirá una negativa.

Una pregunta final es si existe una razón objetiva que justifique la negativa a tratar. Suponiendo que todas las otras pruebas identificadas más arriba⁶⁵ se han cumplido, la carga se desplaza a la empresa dominante, quien tiene que establecer tal "defensa".

Obviamente, no es una defensa argumentar que la negativa se basó en una decisión comercial con el fin de reducir la competencia que la empresa enfrenta, o para ayudar a una empresa vinculada. Al mismo tiempo, no es ilógico que la empresa responda de una manera justa y proporcional a una amenaza, cuando, por ejemplo, el distribuidor se alinea con un competidor. En tales casos, podría ser razonable para la empresa dominante tomar medidas para que reduzca y termine con los suministros a través de un período de tiempo⁶⁶. Otras justificaciones aceptables incluyen negarse a suministrar a un deudor en mora⁶⁷ o, más generalmente, una empresa que no sigue las "*prácticas comerciales habituales*". Este enfoque es el que se tiene en Argentina, donde la defensa de la negativa a suministrar se basa en razones comerciales justificables tales como: la falta de pago, la existencia de una relación exclusiva con otro distribuidor o cliente, la falta de acuerdo sobre el precio (suponiendo que este es similar al que se cobra a terceros), dudas sobre la solvencia de la otra parte, etc.

En *D&S v Rosen* (Resolución 1016/1997), la antigua Comisión de Competencia de **Chile** declaró que las negativas a tratar eran legales si las condiciones generales de suministro

⁶⁵ Es decir, (i) ¿tiene la empresa en cuestión una posición dominante en ese mercado o en un mercado conectado? (ii) ¿hay una negativa a suministrar/tratar? (iii) ¿es esa negativa a suministrar un abuso a la condición de tratar?

⁶⁶ Ver *BBI/Boosey & Hawkes* OJ 1987 L 286/36

⁶⁷ Véase también la Comunicación de la UE sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones, que establece: "Puede haber, por supuesto, justificaciones para tal negativa, por ejemplo, frente a candidatos que representan un riesgo potencial de crédito". - *Comunicación sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones, es decir, marco jurídico, mercados relevantes y principios*. Official Journal C 265, 22/08/1998 P. 0002 – 0028. Para 85.

por parte del proveedor dominante eran razonables y objetivas. La objetividad requiere que las condiciones impuestas no estén dentro de la discreción del proveedor. Por lo general, una negativa a suministrar sería razonable cuando la ley imponga las condiciones pertinentes que no son aceptadas por el cliente potencial.

Otros ejemplos que pueden ser aceptados se podrían extraer de la Comunicación de la UE sobre el acceso en virtud de la ley de competencia en las telecomunicaciones⁶⁸ que menciona lo siguiente:

"En este contexto se podrían incluir justificaciones pertinentes tales como una dificultad primordial de proporcionar acceso a la empresa solicitante, o un propietario de instalaciones que ha llevado a cabo inversiones destinadas a la introducción de un nuevo producto o servicio que tiene necesidad de disponer de tiempo y oportunidad para utilizar las instalaciones para colocar ese nuevo producto o servicio en el mercado. Sin embargo, aunque es necesario examinar toda justificación con cuidado y caso por caso, en el sector de las telecomunicaciones es particularmente importante que los beneficios a los usuarios finales que se van a derivar de un entorno competitivo no se vean socavados por las acciones de los antiguos monopolios estatales que quieran evitar que la competencia surja y se desarrolle".

En algunos casos, puede, por tanto, ser necesario que la autoridad establezca los hechos a través de visitas físicas. Sabemos de casos en los que una autoridad tuvo que inspeccionar emplazamientos en cuanto a la colocación de equipos entre operadores, cuando la empresa dominante afirmaba que, como no había espacio disponible para que el resto de los operadores instalaran equipo, no podía ser obligado a permitir el acceso a

⁶⁸ Comunicación sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones, es decir, marco jurídico, mercados relevantes y principios. Official Journal C 265, 22/08/1998 P. 0002 – 0028

terceros.

Otra defensa incluye preocupación sobre la seguridad o degradación del servicio y la eliminación gradual del producto.

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) de Chile considera, al examinar un caso de una instalación esencial, si existen o no limitaciones técnicas o de capacidad que impidan al dueño vender los servicios prestados por la instalación esencial.⁶⁹

Instalaciones esenciales

El término "instalación esencial" ya ha aparecido varias veces en nuestra discusión sobre la negativa a suministrar, y el término puede definirse en la ley de competencia pertinente. Cuando la ley abarca prohibiciones en cuanto a prácticas anticompetitivas de suministro de bienes o servicios, la negativa a suministrar un servicio básico no es más que un ejemplo extremo de una negativa contraria a la competencia.

La doctrina de los servicios esenciales (EFD, *por sus siglas en inglés*) tiene su origen en un caso del ferrocarril que data de 1912 en los EE.UU., aunque en ese entonces no se utilizó el término.⁷⁰ Se desarrolló aún más con el caso *Aspen Skiing*,⁷¹ donde la Corte Suprema de EE.UU. concluyó que un monopolio tiene el deber de cooperar con sus rivales, sobre

⁶⁹ Véase OCDE *Foro Latinoamericano de Competencia, Sesión I Principios de competencia en las instalaciones esenciales, Contribución de Chile (TDLC)*, Septiembre de 2010.

⁷⁰ EE.UU. contra Terminal Railroad Association (224 U.S. 383 (1912)) El caso trató sobre la adquisición y combinación en un solo sistema de todas las instalaciones de las terminales independientes de St. Louis, bajo el control de la empresa terminal que a su vez era propiedad y estaba controlada por catorce de las veinticuatro compañías ferroviarias que convergían en St. Louis. El Corte Suprema declaró que la negativa del dueño de una red de vital importancia, como la terminal de trenes, a darle acceso a los no propietarios puede "*restringir [...] el comercio entre los Estados y [constituye] un intento de monopolizar el comercio entre los Estados [...]*" y ordenó a las catorce compañías de ferrocarriles que "*garanticen la admisión de cualquier ferrocarril existente o futuro al esquema de propiedad conjunta y control de las propiedades de las terminales combinadas, en condiciones justas y razonables de tal manera que coloquen a dicha empresa solicitante en un plano de igualdad con respecto a los beneficios y cargas de las presentes empresas propietarias*".

⁷¹ 472 U.S. 585 (1985)

todo cuando se toman sus acciones contra la competencia en busca de efectos perjudiciales a largo plazo sobre los competidores a costa de beneficios a corto plazo. Sin embargo, la renuencia a aplicar esta doctrina ha sido muy clara recientemente en el caso Trinko, en el que la Corte Suprema declaró (aunque se puede argumentar que las declaraciones no son realmente vinculantes) que:⁷²

"Llegamos a la conclusión de que la supuesta falta de apoyo por parte de Verizon en la prestación de servicio a rivales no es una demanda antimonopólica reconocida conforme a los precedentes existentes en esta Corte de negativa a tratar. Esta conclusión sería la misma, incluso si consideráramos la doctrina de "instalaciones esenciales" diseñada por algunos tribunales de primer instancia como una ley establecida,

Nunca hemos reconocido tal doctrina, ..., y no tenemos ninguna necesidad de reconocerla o repudiarla aquí. Basta para nuestro propósito señalar que el requisito indispensable para invocar la doctrina es la falta de acceso a las "instalaciones esenciales", pero cuando existe el acceso, la doctrina no sirve para nada".

Por tanto, en los Estados Unidos la obligación de suministrar se interpreta como una excepción al principio general de la libertad de comercio y como tal, el acceso obligatorio, si es que existe, es y debe ser sumamente excepcional. Los elementos de la doctrina de instalaciones esenciales en los EE.UU. se pueden por lo tanto resumir⁷³ como:

- Propiedad y/o control de una instalación, sea importante o no,
- Imposibilidad de que los competidores usen medios sustitutivos de

⁷² Verizon Commc'ns Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, 540 U.S. 398 (2004).

⁷³ "The essential facility doctrine: similarities and differences between the American and the European approach" Antonio Capobianco. 2001 *ELRev* 548

competencia y/o para duplicar la instalación,

- la instalación es un verdadero cuello de botella, y por lo tanto es esencial para el desarrollo de la competencia en el mercado descendente⁷⁴.

El enfoque de la UE según lo establecido por el Tribunal de Justicia Europeo (TJE) en el caso Bronner⁷⁵ (donde el demandante se quejó que no podía ni crear un esquema de entrega a domicilio de periódico en todo Austria similar al de la empresa dominante, ni tampoco podía encontrar un método alternativo, debido a su bajo número de suscriptores), es que para establecer abuso hay tres condiciones:

- La negativa muy probablemente excluya a toda la competencia en el mercado relevante,
- El acceso es esencial e indispensable para poder continuar con la actividad empresarial de que se trate,
- El acceso se niega sin justificación razonable y por lo tanto, se puede designar como arbitrario, discriminatorio o abusivo.

El Tribunal de Justicia Europeo (TJE) consideró que el mero hecho de que establecer una instalación alternativa no fuera económicamente viable no significa que el esquema existente es indispensable⁷⁶.

⁷⁴ Los factores complementarios necesarios para encontrar una violación a las leyes contra los monopolios son:

- Una negativa formal o *de facto* a conceder acceso a una instalación esencial,
- Ausencia de justificaciones legítimas de la negativa,
- La eliminación de la competencia no debe ser momentánea, sino relativamente permanente.

⁷⁵ Oscar Bronner GmbH v. Mediaprint Zeitungs und Zeitschriftenverlag GmbH, Case C-7/97, 1998 E.C.R. I-7791, [1999] 4 C.M.L.R. 112.

⁷⁶ El acceso puede considerarse indispensable sólo si el establecimiento de una segunda instalación no era viable para una empresa cuya facturación fuera comparable a la facturación de la empresa con el esquema existente. La posibilidad de duplicación habrá de examinarse en general, y no en relación con el demandante particular. En consecuencia, el TJE dictaminó que no había "*obstáculos técnicos, legales o incluso económicos que pudieran hacer imposible, ni siquiera enormemente difícil, para cualquier otro [empresa], sola o en colaboración con otra[s]*" para la creación de una alternativa a la instalación en cuestión ya que la instalación de la empresa dominante era potencialmente sustituible en términos económicos.

Por tanto, es importante tener en cuenta que, ya sea utilizando el enfoque de EE.UU. o el enfoque de la UE (o para el caso cualquier otro enfoque aquí identificado), no es suficiente demostrar que tener una alternativa será más costoso ya que "*[como] lo indica la palabra "esencial", el demandante debe demostrar más que meros inconvenientes, o algún perjuicio económico, de hecho, debe demostrar que no es factible una alternativa a la instalación*⁷⁷". Esto es similar al enfoque en Brasil bajo la Ley N° 8884/94 artículo 20. La jurisprudencia del Consejo Administrativo de Defensa Económica de Brasil (CADE) define que existe abuso cuando, entre otros, la denegación de acceso pueda eliminar toda competencia en el mercado, sea indispensable para entrar en el mercado, no haya ningún objetivo o justificación razonable para la negativa y el competidor no pueda, de manera razonable, o en la práctica, duplicar la instalación esencial.

Recopilación de evidencia

En casos de negativa a facilitar la evidencia, su recopilación, en ocasiones, puede ser difícil.

La primera área posible de dificultad se refiere a casos en que el abuso sucede en un mercado distinto a aquel en el que el sujeto de la demanda es el dominante. En tales casos, es necesario establecer la dominancia bajo las reglas normales como se señalan en el Capítulo 3 y luego proporcionar evidencia de la conexión entre ese mercado y aquel en el que está ocurriendo el abuso. En las telecomunicaciones esto puede ser sencillo, ya que por lo general hay una posición dominante en un mercado ascendente o de redes y un abuso en un mercado descendente, que a menudo es minorista, haciendo que la conexión sea fácil.

La segunda cuestión es la evidencia relativa a la "negativa". Una vez más, en algunos casos puede haber una negativa rotunda. Sin embargo, estos casos son los menos. Es

⁷⁷ Twin Labs v. Weider health & Fitness, 900 F.2d 566, 570 (2nd Circ, 1990)

más común que la autoridad de competencia se encuentra con una negativa "constructiva" a suministrar, mediante la cual el operador dominante está retrasando prestar un servicio. En estos casos será necesario que la autoridad evalúe correspondencia/correos electrónicos intercambiados a lo largo de un período de tiempo para asegurarse de que el ente dominante estaba simplemente usando tácticas dilatorias. Un buen ejemplo es la decisión de la Comisión de la UE en el caso COMP / 39.525 - Telekomunikacja Polska, (Caso 4.3.1, que se resume a continuación) en el que la empresa dominante utilizó una serie de tácticas dilatorias para retrasar y denegar efectivamente el suministro de los servicios a un competidor de su filial minorista.

La autoridad también debe establecer que el sujeto de la queja es el propietario y/o controla la instalación. Por ejemplo, se puede plantear que la instalación es rentada y que es conforme a los términos del arrendamiento que no se puede proporcionar el acceso. Este era un argumento común en los casos de cables submarinos, en los que los cables los fabricaban terceros y el operador dominante de telecomunicaciones en un país argumentaba que las restricciones relativas al acceso a terceros eran impuestas por el propietario del cable y no por la propia empresa. Así, la empresa afirmaba que la negativa no se debía a su decisión.

También, en un caso de una instalación esencial es probable que la autoridad necesite recopilar evidencia de que los competidores no pueden utilizar servicios o instalaciones alternativas o duplicar la instalación, y demostrar que la instalación es un verdadero cuello de botella. Por lo tanto, se necesitarán pruebas de que establecer una instalación alternativa no es viable para una empresa cuya facturación es comparable a la facturación de la empresa que es objeto de la queja.

Por último, hay que recordar que cualquier defensa contra dicha reclamación, es decir, que se niega el acceso debido a una justificación razonable, la tiene que establecer la empresa que se esté defendiendo y no la autoridad. No obstante, corresponde a la

autoridad refutar esa defensa cuando así se plantee.

Remedios

Los recursos disponibles en estos casos incluyen la decisión de imponer el acceso o continuar con el suministro del servicio, la imposición de sanciones pecuniarias, y combinaciones de ambos.

Sin embargo, la autoridad tiene que estar consciente de que al ordenarle a una empresa dominante que suministre bienes o servicios podría involucrarse en largos procedimientos sobre los términos y condiciones en los que se hará el suministro. Cuando sea legalmente posible una opción puede ser que la autoridad de competencia remita los detalles de los acuerdos al regulador sectorial que cuenta con los recursos y los sistemas para establecer y supervisar esos acuerdos. Si no es así, puede ser necesario que la autoridad de competencia tenga que hacerlo. Un ejemplo de esta situación es el caso de Telecom Corporation of New Zealand Limited contra Clear Communications Limited⁷⁸ donde tras la liberalización del sector de las telecomunicaciones en Nueva Zelanda, hubo conflictos prolongados conforme a la ley de competencia entre el incumbente y un nuevo operador, donde se recurrió a la autoridad de competencia para determinar, entre otras cosas, el nivel de precio del acceso. Tras una serie de audiencias, finalmente se decidió que las disposiciones pertinentes de la Ley de Comercio⁷⁹ que prohíben el uso de una posición dominante para fines de restringir la entrada, impedir o disuadir a la competencia o eliminar a alguien del mercado, no se habían violado.

En el caso particular, la entidad dominante intentó fijar el precio del acceso conforme a la base del Método de los Componentes Eficientes para Tarifas de Acceso (Efficient Pricing

⁷⁸ [1995] 1 NZLR 385 (PC).

⁷⁹ S.36.

Rule o ECPR).⁸⁰ En opinión de los tribunales, esto produciría el mismo resultado que si una empresa hipotética fijara los precios en un mercado de perfecto acceso irrestricto.

Casos⁸¹

Caso 4.2.1. -México-2001 - Cobros excesivos y prácticas de discriminación en el mercado de reventa de México.⁸²

Avantel, Alestra y Marcatel presentaron una denuncia contra Telmex refiriéndose a: el doble cobro impuesto por Telmex al proporcionar servicios de reventa. Estos cobros fueron implementados a través del "Plan Lada Operador (PLO)" ofrecido por Telmex, discriminación de precios en comparación con otros clientes comerciales, restricciones en el suministro de puertos de reventa; restricciones en enlaces arrendados, incumplimiento injustificado de tales servicios, y la imposición de usar enlaces de 2 Mbps (lo que constituye una venta atada).

La Comisión Federal de Competencia Económica de México (CFC) definió que los mercados afectados eran: la reventa de capacidad de transmisión de larga distancia y el acceso o los servicios de interconexión, ambos a nivel nacional.

Como resultado de la investigación, la CFC encontró que:

- Telmex cobró dos veces por la interconexión en el lugar de origen, debido a que la tarifa de reventa incluía tanto las interconexiones en la ciudad de origen como en la de destino. Telmex también estaba aplicando una cuota de interconexión adicional.
- Los operadores de larga distancia pagaban un precio más alto por los servicios de larga distancia (adquiridos en el mercado de reventa) que las tarifas minoristas que pagaban los clientes de Telmex.
- Telmex retrasó indebidamente la prestación de enlaces y circuitos de interconexión.
- Telmex suspendió la provisión de enlaces sin ofrecer opciones tecnológicamente

⁸⁰ El ECPR, también conocido como la Regla de Baumol-Willig, es una forma de precio al por menor rebajado que fija el precio de un insumo monopolizado utilizado en un mercado al menudeo igual al precio al menudeo aguas abajo del monopolista integrado verticalmente, menos los ahorros de costos alcanzados por el monopolista debido a la elección del competidor de suministrar él mismo algunos insumos. Véase L. Cabral, *Introduction to Industrial Organisation*, 2000, pp. 78-82.

⁸¹ No damos resúmenes completos de los casos elegidos, muchos de los cuales involucran numerosos abusos. Nuestro relato está diseñado para enfatizar el manejo del abuso que se menciona en la sección correspondiente de este informe.

⁸² DE-033-99; esta descripción se basa en OECD Policy Round table, *Margin Squeeze*, DAF/COMP(2009)36, 2010, p.p. 164-165. Sokol Fourth Annual Latin American Round Table On Competition & Trade 2001

competitivas. La mayoría de estas interrupciones se produjeron en ciudades recientemente abiertas a la competencia.

- Los requisitos de transmisión de algunas ciudades estaban por debajo de 2 Kbps, y por lo tanto los operadores se vieron obligados a adquirir capacidad de reserva. Sin embargo, Telmex no permitió que los operadores de larga distancia compartieran enlaces de 2 Kbps.
- Los enlaces de microondas y por satélite no eran sustitutos del servicio de interconexión prestado por Telmex a través de su red de cable, para los servicios de reventa y de interconexión.
- Telmex tenía poder sustancial en los mercados relevantes. La CFC definió el mercado de reventa como uno de los mercados relevantes, debido a que la práctica se llevaba a cabo en relación con un insumo utilizado por los operadores de larga distancia para proveer servicios finales de larga distancia a sus clientes.

Basada en estos hechos, la CFC determinó la existencia de prácticas contrarias a la competencia destinadas a obstaculizar la prestación competitiva de servicios de interconexión y de reventa, reduciendo con ello la demanda por parte de los competidores. Por ello, la CFC impuso una multa y ordenó los siguientes remedios:

- Desagregar la tarifa de interconexión que se cobraba en la ciudad de origen de la tarifa de reventa y suspender la discriminación de precios en relación con los servicios de reventa. Sí le permitió a Telmex aplicar descuentos uniformes sobre la base del volumen a todos los clientes, y ordenó la aplicación de tarifas basadas en costos.
- Proporcionar puertos de reventa a tiempo.
- No retrasar o negar el suministro de enlaces arrendados y circuitos de interconexión, a menos que se verificaran restricciones técnicas.
- Eliminar las interrupciones del servicio indebidas, y si éstas se producen en algún momento, deberá comprobar que son el resultado de condiciones técnicas. Si estas interrupciones son una consecuencia del mantenimiento de los equipos, se deberá advertir a los operadores de larga distancia de esta situación.
- Permitir a los operadores de larga distancia compartir enlaces de 2 Mbps y eliminar la obligación de compra de estos enlaces, si la cantidad de tráfico no justifica su compra.

Caso 4.2.2 – México – 2011- Negativa de Telmex a suministrar⁸³

La Comisión Federal de Competencia (CFC) resolvió el 1 de junio de 2011 sancionar a Telmex con una multa de \$ 6.9 millones de dólares por la comisión de una práctica relativamente monopólica consistente en negarse a suministrar el servicio de interconexión a la empresa Mexican Telecommunications Group Company (GTM), una subsidiaria de Telefónica, por un período de siete meses entre 2007 y 2008. Esta negativa a suministrar fue una violación de la fracción V del artículo 10 de la Ley Federal de Competencia Económica, porque Telmex tenía un mercado significativo y la conducta y el propósito de la ley tuvo el efecto de impedir sustancialmente el acceso a otro agente económico.

Asimismo, la CFC resolvió que debido a que Telmex ya había reincidido en el pasado con un comportamiento similar (caso DE-22-2003), la multa máxima para este tipo de acción podría ser del doble de la multa normal, es decir el 10% de las ventas anuales o el 10% de los activos de la empresa. La CFC decidió sin embargo que la práctica, aunque grave, ameritaba una sanción sustancialmente menor que el máximo porque el daño se limitaba a una pequeña porción del mercado (una empresa en siete áreas de servicio local) y que la conducta fue durante un período relativamente corto.

⁸³ DE-039-2007 Comisión Federal de Competencia de México, Negativa de Acceso de Interconexión de Telmex.

Caso 4.2.3. - Chile - 2007 - Solicitud contra compañías de telefonía móvil incumbentes que impiden la entrada de MVNOs⁸⁴

SUBTEL (La Subsecretaría de Telecomunicaciones) informó a la Fiscalía Nacional Económica (FNE), el 29 de agosto de 2006 (Carta N° 39148/GN ° 39), que todos los operadores de telefonía móvil con licencia para servicio público se habían negado a celebrar un acuerdo con todos los operadores virtuales móviles (MVO, *por sus siglas en inglés*).

La FNE luego presentó una solicitud ante el Tribunal de la Libre Competencia (TDLC) que las tres compañías de telefonía móvil (Movistar, Entel PCS y Claro) habían rechazado las solicitudes presentadas por los operadores de redes móviles virtuales (MVNOs), y además habían negado acceso a instalaciones necesarias por los MVNOs para ofrecer servicios para la reventa, restringiendo así la competencia en el mercado.

EL TDLC encontró (N° 104/201) que no era posible llegar a la conclusión de que las compañías de telefonía móvil actuaron de forma inequívoca para evitar o impedir la libre competencia y rechazaron la solicitud de la FNE. Además, consideró que se carecía de una definición reglamentaria de los MVNOs.

La FNE presentó un recurso ante la Suprema Corte (reclamo_004_2010) en el sentido de que la falta de reglamentación de la definición relacionada con los MVNOs era por lo menos discutible, señalando el artículo 26 de la Ley de Telecomunicaciones N° 18.168, que establece que "los titulares de licencias de telecomunicaciones podrían implementar sus propios sistemas o usar los sistemas de otras compañías según las licencias concedidas".

Posteriormente el TDLC se pronunció a favor de la solicitud de la FNE sobre la necesidad de nuevos operadores sin redes en el mercado de la telefonía móvil (MVNOs), teniendo en cuenta la existencia de barreras de entrada, y ordenó a SUBTEL (la autoridad reguladora) asegurarse de que "los operadores móviles" tuvieran la obligación de ofrecer instalaciones a los MVNOs.

También se argumentó que las tres empresas (Movistar, Entel PCS y Claro) se aprovecharon de su poder de mercado dominante, y sistemáticamente le negaron el acceso a las instalaciones de infraestructura a los MVNOs para evitar que operen como proveedores de servicios móviles.

⁸⁴ Decisión de la Corte Suprema 104_2011.

El 23 de diciembre de 2011, la Corte Suprema de Justicia (decisión 104_2011) llegó a la conclusión de que las empresas demandadas, con el propósito de evitar, restringir e impedir la competencia en el mercado de la telefonía móvil, crearon barreras artificiales a la entrada de los MVNOs, y les negaron, en forma injustificada, acceso a las instalaciones de reventa, y la Corte ordenó que:

1. Pagaran una multa de US\$ 2.7 millones,
2. Presentaran, dentro de un plazo de 90 días, un plan de reventa de instalaciones a los MVNOs, con base en criterios objetivos y no discriminatorios.
3. Responder adecuadamente a las solicitudes de los operadores de redes virtuales móviles (MVNOS).

Caso 4.2.4. - Chile - 2005 - Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. (CTC) restringe el acceso de la telefonía IP a la banda ancha⁸⁵

En 2004, la Fiscalía Nacional Económica (FNE) inició una investigación relativa a los contratos de telefonía IP firmados entre la Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. (CTC) (ahora Movistar, la operadora de telefonía incumbente) y varios proveedores de servicios de Internet (ISPs, *por sus siglas en inglés*) para ofrecer acceso a Internet de banda ancha a través de ADSL . Estos contratos incluían restricciones para que los ISPs no pudieran ofrecer ciertos servicios como protocolo de transmisión de voz por Internet (VoIP) o telefonía IP. En 2005, Voissnet S.A., una pequeña empresa que ofrecía este tipo de servicios a través de Internet, acusó a CTC de levantar barreras y obstáculos para el uso del ancho de banda y acceso a Internet, impidiéndole a Voissnet comercializar aplicaciones tales como la telefonía IP, al mismo tiempo que protegía los negocios de telefonía pública local y de larga distancia de CTC .

En 2005, la FNE intervino en el caso y solicitó al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) que comprobara, entre otras cosas, si CTC rompió la libre competencia mediante la creación de barreras artificiales a la entrada de nuevos competidores en el mercado de telefonía local y que ordenara a CTC modificar los contratos para eliminar las cláusulas que limitan la oferta de los servicios de VoIP, y multara a CTC.

En octubre de 2006, el TDLC determinó que los servicios de VoIP eran diferentes a la telefonía tradicional y no necesitaban de una licencia de servicio público, que los servicios de Internet y de telefonía eran complementarios y podían comercializarse de forma independiente y que las cláusulas contractuales que impedían el uso de las capacidades de banda ancha proporcionadas por CTC no tenían justificación técnica o económica. En efecto, estas cláusulas estaban allí para evitar la oferta de un servicio que sustituyera la telefonía tradicional. El TDLC encontró que CTC había incurrido en prácticas restrictivas con el fin de evitar la entrada del demandante Voissnet S.A. y de otros competidores potenciales al mercado de servicios de telefonía y fue multada con 1.1 millones de dólares. También se le ordenó modificar todos los contratos y eliminar todas las restricciones sobre el uso de ancho de banda para la telefonía IP o para enrutar paquetes entre los usuarios de los servicios de acceso a Internet y abstenerse de aplicar dichas restricciones o impedimentos en el futuro.

CTC apeló la decisión ante la Suprema Corte, quien rechazó todos los alegatos de CTC, a excepción de la reducción de la cuantía de la multa a \$400,000 dólares.

⁸⁵ Decisión del TDLC N° 45/2006.

Caso 4.2.5. - Perú - 2003 - Denuncia de Alfatel contra Telefónica por negarse a tratar⁸⁶

En septiembre de 2001, Alfatel solicitó a Telefónica del Perú (Telefónica) arrendar sus postes a fin de permitirle a Alfatel ofrecer servicios de televisión por cable en Huaycán (Ate-Vitarte, Lima). Debido a que Telefónica no respondió ni a su solicitud inicial ni a la segunda solicitud que fue sometida en noviembre de 2001, Alfatel presentó una demanda contra Telefónica por abuso de su posición dominante derivada de su negativa a arrendar sus postes a Alfatel.

En enero de 2003, el Órgano Colegiado Ordinario (OCO), a cargo del análisis de la controversia, llegó a la conclusión de que la negativa de Telefónica a negociar con Alfatel limitaba la posibilidad de entrada de un nuevo operador de servicios de televisión por cable en Huaycán, quien podría competir contra su empresa relacionada (Telefónica Multimedia S.A.C.). Por lo tanto, se le impuso una multa de \$25,000 dólares).

Telefónica apeló la decisión y el Tribunal de Solución de Controversias tuvo que decidir si Telefónica ejercía dominancia en el mercado relevante y determinar si la negativa de Telefónica a negociar con Alfatel tuvo el efecto de disminuir la competencia beneficiando con ello a Telefónica.

El Tribunal de Resolución de Disputas confirmó la decisión del OCO, mismo que declaró la demanda de Alfatel como legítima, ordenó a Telefónica atender la solicitud de arrendamiento de postes, y confirmó la multa de \$25,000 dólares.

En cuanto a la definición del mercado, el Tribunal declaró que la instalación de postes por parte de Alfatel o el uso de MMDS no eran sustitutos adecuados para el uso de postes de otras empresas que ya estaban operando en Huaycán (Telefónica, el operador incumbente de telefonía fija, y Luz del Sur, la compañía de distribución de electricidad). El mercado geográfico se definió como el área de cobertura de la red de postes de Telefónica en Huaycán, ya que Alfatel tenía como objetivo primordial ofrecer los servicios en esa área.

El mercado tenía características que limitaban los incentivos de las empresas para competir y las dos compañías que operaban mostraron falta de interés en arrendar sus postes en Huaycán. En consecuencia, el Tribunal concluyó que Telefónica y Luz de Sur ejercían una posición dominante conjunta en el mercado relevante.

Según el Tribunal, la negativa a negociar restringió el acceso de Alfatel a un insumo importante para la prestación de servicios. Este hecho restringió la competencia en el mercado de servicios de televisión por cable en Huaycán, ya que retrasó la entrada de un nuevo operador. Por otra parte, Telefónica pertenecía al mismo grupo que Telefónica

⁸⁶ Resolución N° 019-2003-TSC/OSIPTEL.

Multimedia, la compañía que tenía una licencia para ofrecer servicios de televisión por cable en Lima. Esta empresa ofrecía servicios utilizando los servicios de transmisión de señal de Telefónica. Aunque Telefónica Multimedia no operaba en Huaycán, es un competidor potencial de Alfatel. Además, la negativa a negociar impidió a Alfatel fortalecer sus operaciones en Huaycán y expandir su cobertura a otras zonas del distrito de Ate-Vitarte, donde Telefónica Multimedia sí estaba operando. Por lo tanto, aunque Telefónica no se benefició directamente de la negativa a negociar, sí recibió un beneficio indirecto ya que protegió a una empresa relacionada de una cierta competencia potencial.

Conclusión

Los casos de negativa a tratar pueden parecer algunos de los casos más comunes que se han presentado, en particular, en las primeras etapas de la liberalización del mercado. Aunque uno puede entender la renuencia a obligar a una empresa a tratar con o suministrarles a otra, en particular cuando son competidoras, no hay que olvidar que en la mayoría de los casos los operadores dominantes en telecomunicaciones recibieron posiciones monopolistas privilegiadas. La necesidad de que nuevos participantes obtengan acceso a estos servicios para poder proveer y ofrecer servicios en algunos casos es indispensable (por ejemplo, el acceso al bucle local). Por lo tanto, la autoridad de competencia, a quien se le solicita intervenir en estos casos, tiene que mantener ese equilibrio en mente. Por último, la autoridad de competencia también debe tener en cuenta la necesidad de asegurar que cuando exija que se proporcione acceso a las instalaciones propiedad de otra empresa, también se debe determinar un precio adecuado para ese servicio. Si el precio es muy bajo, el operador dominante no invertirá en futuros desarrollos de redes, y los nuevos participantes tampoco tendrán un incentivo para construir su propia red. Un precio demasiado alto y los nuevos competidores son expulsados del mercado.

4.3 DISCRIMINACIÓN CON BASE EN PRECIOS Y FACTORES DISTINTOS DEL PRECIO

Introducción

La ley de competencia sólo se ocupa de la discriminación cuando tiene el efecto de disminuir o distorsionar la competencia. Aquí, examinaremos dos tipos de discriminación; la basada en el precio y la basada en factores distintos al precio. Ambos comparten ciertas características que examinaremos en la primera parte de este capítulo.

¿Cuál es el abuso?

En la UE, la prohibición surge del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), donde se pone de manifiesto que:

"Cualquier abuso por parte de una o más empresas, de una posición dominante ... estará prohibido

...

"Dicho abuso puede, en particular, consistir en:

...

(c) Aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales por transacciones equivalentes, colocándolos en una desventaja competitiva,

..."

Esto cubre discriminación basada en precios y en aspectos distintos del precio.

México asume un enfoque similar en virtud de la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE). El artículo 10, fracción X, de la LFCE establece que la imposición de precios o

condiciones de compra o venta disimilares a compradores o vendedores situados en igualdad de condiciones es una práctica monopólica relativa⁸⁷. La discriminación basada en precios y en factores distintos del precio se considerará ilegal si:

- La conducta la lleva a cabo la empresa que posee poder (significativo) de mercado,
- El propósito o efecto de la conducta es desplazar indebidamente del mercado a otros agentes económicos, o impedir sustancialmente su acceso al mercado o crear ventajas exclusivas a favor de una o varias personas, y
- Los beneficios para los consumidores no superan los efectos anticompetitivos de la conducta.

Esto se puede contrastar con la Ley Robinson-Patman Act 15 USC § 13 de EE.UU. sobre "Discriminación en precio, servicios o instalaciones", que sólo se relaciona con el precio y establece que:

"Será ilegal para cualquier persona involucrada en el comercio, que, durante el curso de dicho comercio, ya sea directa o indirectamente, discrimine en precios entre distintos compradores ... y cuando el efecto de este tipo de discriminación pueda ser la disminución sustancial de la competencia o que tienda a crear un monopolio en cualquier ramo del comercio, o perjudicar, destruir o impedir la competencia ..."

¿Qué es la discriminación?

La discriminación basada en factores distintos al precio abarca la aplicación de condiciones desiguales a transacciones equivalentes con distintas partes. Y también

⁸⁷ Las prácticas monopólicas absolutas se consideran contrarias a la competencia *de por sí* (lo que significa que siempre son ilegales), mientras que la legalidad de las prácticas monopólicas relativas depende si el agente económico involucrado en esta práctica goza o no de poder sustancial de mercado en el mercado relevante, por lo tanto se dice que estas prácticas deben analizarse bajo una norma de "criterio razonable".

incluye lo contrario, es decir, la aplicación de un tratamiento similar a transacciones diferentes. La dificultad surge en la búsqueda para identificar cuándo las transacciones que estamos comparando son equivalentes y cuándo son diferentes, especialmente cuando pueden diferir en múltiples dimensiones.

Del mismo modo, a pesar de que la definición de discriminación de precios como "*cobrar precios diferentes por diferentes unidades y/o a diferentes clientes*"⁸⁸ puede sonar simple, la pregunta que surge es qué diferencias pueden justificar la diferenciación de precios.

El enfoque práctico es decir que *cualquier* diferencia en el tratamiento de transacciones similares es discriminatoria y corresponde a la empresa acusada de trato discriminatorio proporcionar evidencia de la "justificación objetiva" para justificar la diferenciación. Este es el enfoque que se adopta tanto en la UE como en los EE.UU.⁸⁹

⁸⁸ Informe del Grupo Asesor Económico en Materia de Política de la Competencia (GCEPC) encargado por Dirección General para la Competencia. http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/eagcp_La Comisión de la UE ha declarado en su decisión sobre Aeropuertos Portugueses que "debe haber una justificación objetiva para cualquier diferencia de trato entre los distintos clientes de una empresa en posición dominante". Del mismo modo en Aeroports de Paris, el Tribunal Europeo de Primera Instancia (TPI) sostuvo, con respecto a la política del administrador aeroportuario ADP, que "... la Comisión tenía razón al deducir, a partir de la diferencia en las tarifas exigidas a los operadores de tierra por ADP, que ADP estaba imponiendo tarifas discriminatorias, a menos que justificara esa diferencia de trato con razones objetivas". El tribunal también sostuvo que "en caso de disparidad, ADP tiene que justificar las razones y la pertinencia de las diferencias en las tarifas". [july_21_05.pdf](#).

⁸⁹ La Comisión de la UE ha declarado en su decisión sobre Aeropuertos Portugueses que "debe haber una justificación objetiva para cualquier diferencia de trato entre los distintos clientes de una empresa en posición dominante". Del mismo modo en Aeroports de Paris, el Tribunal Europeo de Primera Instancia (TPI) sostuvo, con respecto a la política del administrador aeroportuario ADP, que "... la Comisión tenía razón al deducir, a partir de la diferencia en las tarifas exigidas a los operadores de tierra por ADP, que ADP estaba imponiendo tarifas discriminatorias, a menos que justificara esa diferencia de trato con razones objetivas". El tribunal también sostuvo que "en caso de disparidad, ADP tiene que justificar las razones y la pertinencia de las diferencias en las tarifas aplicadas a diferentes operadores de tierra que operan en los aeropuertos de Orly y Roissy-CDG". La CFI también sostuvo en el caso de Tetra Pak II, en lo que respecta al diferencial de precios de las máquinas de Tetra Pak que "a falta de cualquier argumento del demandante que pueda dar una justificación objetiva a su política de precios, tales diferencias eran incuestionablemente discriminatorias ... ". En los EE.UU., para demostrar discriminación de precios conforme a la Ley Robinson-Patman, hay que demostrar solamente una "diferencia de precios" y por ley "Al presentarse pruebas, en cualquier audiencia de alguna demanda conforme a esta sección, de que ha habido discriminación en precio o servicios o suministro de instalaciones, la carga de refutar el caso *prima facie* así establecido mediante la demostración de justificación recaerá sobre la persona acusada de una violación de esta sección".

No estamos sugiriendo que cualquier diferencia debe ser tratada por las autoridades como discriminación sin mayor análisis. Lo que estamos sugiriendo es que cuando las autoridades tengan evidencia de un tratamiento diferencial entre lo que parecen ser clientes similares, cuando no exista una justificación obvia para la diferenciación, y cuando este tipo de discriminación si se demuestre que tendría un efecto sobre la competencia, entonces se deberá solicitar a la empresa correspondiente que justifique la diferencia de manera objetiva.

¿Cuáles son los elementos necesarios en un caso de discriminación?

Hay ciertos elementos básicos ("una lista de comprobación") que puede ser útil tener en cuenta a la hora de examinar un caso de posible discriminación anticompetitiva.

Estos son:

- ¿Cuáles son los mercados relevantes?
- ¿Tiene la empresa acusada de discriminación una posición fuerte o dominante en el mercado en el que ocurrió la supuesta discriminación, o en otro mercado relacionado?
- ¿Ha celebrado la empresa dominante transacciones equivalentes con otras partes?
- Si la respuesta anterior es afirmativa, ¿ha aplicado la empresa dominante precios distintos o condiciones desiguales a esas transacciones equivalentes?
- Si la respuesta anterior es afirmativa, ¿coloca el trato discriminatorio a la otra parte en desventaja competitiva?
- Si la respuesta anterior es afirmativa, ¿existe una justificación objetiva para el trato discriminatorio?

Normalmente es sólo cuando la autoridad de competencia responde a todas estas

preguntas en sentido afirmativo que la empresa en cuestión es llamada a justificar⁹⁰ la diferencia de trato⁹¹.

Es importante destacar que a menos que la empresa en cuestión sea dominante, no se puede hablar de discriminación anticompetitiva. Igualmente importante es el hecho de que el dominio no necesita ejercerse en el mismo mercado en el cual está llevándose a cabo la discriminación. A menudo, en casos de discriminación basada en factores distintos del precio, el efecto se observa en un mercado aguas abajo de aquel en el que la empresa es dominante (por ejemplo, una posición dominante en un mercado mayorista de redes y trato discriminatorio en el mercado de los proveedores de servicios de Internet (ISPs)).

La siguiente pregunta es si la empresa en cuestión ha aplicado distintos precios o condiciones desiguales a esas transacciones equivalentes. No es suficiente que una empresa haya ofrecido celebrar un contrato o haya tenido intención de hacerlo; la transacción debe haberse implementado. La ley de competencia (a excepción de las concentraciones) se ocupa de las violaciones que hayan ocurrido en el pasado o que continúen.

Discriminación basada en factores distintos del precio.

Como se mencionó anteriormente la discriminación basada en aspectos distintos del precio es la aplicación de condiciones desiguales a transacciones equivalentes con diferentes partes, o por el contrario, es decir, la aplicación de un tratamiento similar a transacciones diferentes, con respecto a aspectos distintos del precio de la transacción.

⁹⁰ Un ejemplo de tal justificación sería la de establecer que hay diferencias en el costo del suministro de los bienes, por ejemplo, costos de transporte adicionales, se requiere equipo especial, etc.

⁹¹ En Argentina, en virtud del artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia No. 25,156 está prohibida la discriminación con base en precio y a factores distintos del precio cuando no hay razones comerciales legítimas para ello. Como resultado de la jurisprudencia, los requisitos para establecer discriminación anticompetitiva incluyen:

- El sujeto de la demanda mantiene una posición dominante
- No hay razones comerciales legítimas para la discriminación, y
- La práctica da como resultado real o potencial la exclusión de un competidor del mercado.

En la industria de las telecomunicaciones, debido a la relación entre el propietario de la red y otras empresas, la cuestión del trato discriminatorio por motivos distintos del precio ha sido siempre delicada. Por ello, una serie de reguladores sectoriales o autoridades de competencia han tratado de lidiar con eso a través de condiciones, reglamentos o compromisos de los operadores de redes. Sin embargo, todavía hay casos de este tipo de discriminación, y por eso hemos visto que se han dado pasos, en los últimos años, hacia medidas más drásticas, como la separación funcional o estructural.⁹²

Ejemplos de dicho tratamiento discriminatorio ajeno al precio incluyen:

Uso discriminatorio o la retención de información. Esto se refiere a la práctica discriminatoria mediante la cual el operador dominante en el mercado al por mayor le proporciona a su división minorista información que no proporciona a otros minoristas o se niega a suministrar otra información que sea necesaria para aceptar la oferta al por mayor y suministrar el servicio minorista.

Esto puede provocar que el competidor no pueda ofrecer su servicio a sus clientes o que llegue tarde al mercado.

Otro aspecto de la discriminación no relacionada con el precio es el uso de tácticas dilatorias, mediante las cuales la empresa dominante suministra bienes o servicios a los competidores aguas abajo después de haber suministrado a su propia empresa relacionada minorista. Esto puede manifestarse de varias maneras, tales como largos períodos previos al pedido o supuestos problemas técnicos. De esta manera la empresa dominante puede intentar retrasar la entrada de competidores o alejar clientes de sus competidores si no pueden cumplir con los nuevos pedidos de manera oportuna.

Relacionada con lo anterior está la discriminación basada en la calidad, mediante la cual

⁹² No proporcionamos detalles sobre esto aquí, ya que rara vez se impone la separación en virtud de la ley de competencia. Véase el simposio sobre la separación en el sector en *Telecommunications Policy*, 34(7), 2010.

la empresa dominante puede o bien aumentar los costos de los rivales o restringir las ventas de sus rivales. Los costos se pueden elevar si se requiere de mano de obra o inversión adicional para compensar los problemas de calidad encontrados. O los clientes pueden abandonar a un minorista de servicios fijos, si el operador de red ofrece una mala calidad de servicios a sus clientes, cuyas llamadas se caen o cuyas líneas reciben un mal mantenimiento.⁹³

En el Caso 4.3.1 más adelante se proporcionan ejemplos de lo anterior.

La autoridad de competencia italiana, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), encontró que Telecom Italia, (el incumbente de líneas fijas en Italia) había abusado de su posición dominante mediante una serie de prácticas contrarias a la competencia, incluida la discriminación no basada en precios. Más específicamente, AGCM encontró que cuando Telecom Italia licitaba los contratos de grandes negocios, ofrecía significativamente mejores características de servicio de las que sus rivales podían lograr mediante el uso de los insumos mayoristas que podían comprar. El proceso de licitación en el mercado descendente significaba que las condiciones ofrecidas por Telecom Italia a grandes clientes empresariales no eran directamente observables por el regulador sino por los clientes empresariales. Por lo tanto, a pesar de que el regulador establecía características aguas arriba en los Contratos de Nivel de Servicio (SLA) publicados, no tenía visibilidad de lo que se estaba ofreciendo. La discriminación basada en factores distintos del precio fue descubierta cuando la AGCM inició una investigación sobre otros tipos de abusos.⁹⁴

⁹³ Si el servicio mayorista en cuestión esté sometido a un control de precios en virtud de la ley específica del sector, el regulador de telecomunicaciones puede estar mejor situado para abordar el problema a través de la aplicación de controles de precios.

⁹⁴ Véase AGCM, Comportamenti Abusivi di Telecom Italia, A351, 16 November 2004.

Discriminación con base en precios

La discriminación con base en precios "es un término que usan los economistas para describir la práctica de vender el mismo producto a diferentes clientes a diferentes precios a pesar de que el costo de venta es el mismo para cada uno de ellos. Más precisamente, se trata de vender a un precio o precios tales que la relación entre precio y costo marginal es diferente en diferentes ventas".⁹⁵ Es cierto que los costos unitarios del suministro de distintos clientes puede variar, si están involucrados costos de transporte o si el tamaño de los pedidos son diferentes. Estas son cosas que pueden influir sobre los diferentes precios que se cobrarán por un producto o servicio. Sin embargo, hay que tener en cuenta que en las telecomunicaciones, como una cuestión de política pública, algunos operadores están obligados a cobrar el mismo precio, independientemente del costo. Por ejemplo, el costo de una llamada de teléfono o alquiler de una línea debe ser el mismo en una zona rural y en una zona urbana, aunque los costos sean diferentes. Estrictamente bajo la ley de competencia, esta práctica constituiría una práctica de precios discriminatorios.

Así que, al examinar la discriminación basada en precios que ejerce una empresa dominante, las preguntas que surgen son:

1. Si el servicio es el mismo o si se justifica *cualquier diferenciación de precio* en términos de una diferencia en costos, y
2. Si el *nivel de diferenciación* se justifica con base en la diferencia de costos.

Por lo tanto, normalmente no es suficiente establecer la existencia de diferencias de costos, también hay que establecer si el nivel de diferencia se justifica. Por ejemplo, puede que sea obvio que la compra a granel de minutos de tráfico tenga un impacto en términos de costos de administración que podrían justificar una reducción del precio. Sin

⁹⁵ Richard Posner, *Antitrust Law*, 2nd edn (University of Chicago Press, 2001) at 79-80.

embargo, es necesario preguntarse si el nivel de reducción de precio ofrecido en estos casos se justifica.

No toda discriminación de precios es mala, y por lo general se acepta que para decidir si la discriminación de precios es un abuso, es pertinente considerar si la estructura de precios en cuestión permite la recuperación eficiente de costos fijos y si expande sustancialmente la demanda o abre nuevos segmentos de mercado que pueden ser buenos para los consumidores. Sin embargo, esta recuperación eficiente por parte de la empresa no debe constituir un comportamiento abusivo por ser contrario a la competencia. Esto es de particular importancia en la industria de las telecomunicaciones, misma que se caracteriza por altos costos fijos, donde los clientes se pueden dividir en grupos de acuerdo con su disposición a pagar, y en donde los grupos con baja disposición a pagar no comprarían nada en ausencia de discriminación basada en precios. Por lo tanto, la discriminación de precios requiere de un análisis caso por caso, y todos los casos necesitan examinarse según sus hechos específicos.

La discriminación con base en precios cubre muchos tipos específicos de comportamiento de fijación de precios, algunos de los cuales examinaremos a continuación. Una vez más, cuando se analizan estos casos, hay que tener en cuenta la lista de comprobación (dominancia, oferta real, etc.) que proporcionamos al principio. La verificación más importante es si los dos productos o servicios son los mismos.

A partir de la experiencia, uno puede encontrar que dos productos que pueden parecer ser iguales, en realidad, no lo son. Por ejemplo, dos servicios de líneas arrendadas no son lo mismo si uno tiene un contrato de nivel de servicio (SLA) adjunto, mientras que el otro no. En este caso, la diferenciación de precios se puede justificar plenamente, aunque la cuestión del nivel legítimo de diferenciación de precios surgirá nuevamente.

Por último, antes de que veamos ejemplos de discriminación en función de precios se

debe tener en cuenta que dependiendo de la jurisdicción, la autoridad puede tener que demostrar expresamente que la competencia está distorsionada. En algunas jurisdicciones, como los EE.UU., esto no es necesario. En otras sí lo es.

Ejemplos de discriminación en función de precios.

Descuentos: descuentos por volumen otorgados a clientes que reflejen los costos más bajos de suministro a ellos no plantean en general problemas de competencia. Sin embargo, uno de todas maneras tendría que tener cuidado al examinar su estructura. En el Reino Unido, Vodafone ofreció un descuento por volumen a los proveedores de servicios y revendedores de sus servicios, cosa que se descubrió tuvo un efecto adverso en el mercado en la forma en que estaba estructurado. El descuento era tan fuerte y discontinuo que un distribuidor que ofrecía servicios a través de la red de Vodafone sólo podía tener una utilidad razonable si obtenía el máximo descuento, y esto significaba que no tenía más remedio que comprar todos los servicios a Vodafone.⁹⁶

Los siguientes tipos de discriminación en función de precio tendrían casi siempre que examinarse con más cuidado ya que en la inmensa mayoría de los casos suscitarán problemas:

Descuentos por fidelidad: Cuando el descuento depende de que el cliente no compre suministros a la competencia. Cabe señalar que esto se puede hacer ya sea estableciendo metas antes de activar el descuento, por ejemplo, por un mes de uso o un nivel establecido de gasto, o por acuerdo entre las partes. Estos pueden tener el efecto de evitar que los compradores obtengan un servicio de terceros.⁹⁷

⁹⁶ Caso Oftel BX/663 141

⁹⁷ En México la cuestión de las rebajas se trata en el artículo 10, fracción VIII, de la LFCE mediante el cual el otorgar descuentos o incentivos con el requisito de no usar, adquirir, vender, comercializar o proporcionar los bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero se considera como una posible conducta anticompetitiva.

Descuentos entre productos: estos pueden asumir varias formas, tales como un descuento que se calcula y aplica a los productos que se ofrecen en una amplia gama de mercados, incluyendo aquellos en los que la empresa es dominante y donde no lo es (por ejemplo, minutos de llamadas y servicios de Internet). Aquí hay que tener cuidado ya que tales descuentos pueden ser utilizados por una empresa dominante para ocultar discriminación en el suministro de productos en los que es dominante, colocando así a sus competidores aguas abajo en desventaja.

Descuentos dirigidos a un pequeño grupo de clientes: estos también son motivo de preocupación, particularmente cuando el grupo se compone de sólo aquellos clientes que tienen la capacidad de cambiar de proveedor. En cualquier caso, la mayoría de las veces resultaría difícil que la empresa pudiera justificar la diferenciación de precios para esos clientes en comparación con los demás.

Defensas contra la discriminación con base en los precios

Corresponde a la autoridad de competencia establecer la diferenciación de precios y a la empresa plantear una defensa de diferenciación justificada de precios. Por lo tanto, además de la protección de la eficiencia que se señaló anteriormente, las dos defensas evidentes en estos casos son que la compañía demuestre que, o bien:

- los productos/servicios no son en realidad los mismos (es decir, diferentes especificaciones) en cuyo caso esto ya no es realmente un caso de discriminación con base en precios, o
- la diferenciación de costo es objetivamente justificable (por ejemplo, como se explicó anteriormente, hay diferencias comprobables en los costos).

En virtud de la Ley Robinson-Patman de EE.UU.,⁹⁸ que prohíbe las diferencias de precios

⁹⁸ Cabe señalar, sin embargo, que los tribunales de Estados Unidos han llegado a la conclusión de que la Ley **no** aplica a los productos intangibles tales como el servicio de telefonía celular y el servicio de activación de telefonía celular (Metro Communications v. Ameritech Mobile Com., 984 F.2d at 745) o a los servicios de telecomunicaciones de voz de

que aplique "cualquier persona involucrada en el comercio", la ley o los tribunales aceptan dos defensas estatutarias y una judicial a la fijación de precios discriminatorios. Las defensas estatutarias son:

1. *"diferenciales que tengan en cuenta solamente las diferencias en el costo de fabricación, venta, o entrega como resultado de los diferentes métodos o calidades en las que esos productos se venden o entregan a tales compradores"*.
2. la diferenciación de precios *"se hizo de buena fe para alcanzar un precio igualmente bajo de un competidor"*.

Además,

los tribunales han sostenido que no hay discriminación de precios ilegal si el precio más bajo está *"funcionalmente disponible"* al comprador desfavorecido⁹⁹ o si los compradores que reciben diferentes precios operan a diferentes niveles funcionales en la cadena de producción o distribución.

Aunque parece estar generalmente aceptado que la diferenciación en costos es una justificación en tales casos, la defensa de "igualar a la competencia" identificada expresamente en la legislación estadounidense no es necesariamente aceptable en otras jurisdicciones y se necesita tener cuidado. Por ejemplo, en la jurisprudencia de la Unión Europea una empresa dominante no puede utilizar el argumento de "igualar a la

larga distancia (National Communications Ass'n v. AT&T, 808 F.Supp. 1131, 1136 (S.D.N.Y. 1992)). Cuando una transacción involucra tanto la venta de bienes como la venta de servicios, la Ley aplica "sólo si la "naturaleza dominante" de la transacción es una venta de bienes".

⁹⁹ Es decir, el mismo precio está disponible para ese comprador, pero él no lo aprovecha a su favor. Para que esto suceda, él debe saber del precio y éste deberá estar realmente disponible para él. Un ejemplo es el descuento "estante compartido", es decir, se da un descuento al comprador si está le da una posición predominante a los productos en la tienda y en los estantes a cambio de un descuento. Este es un motivo aceptable para dar el descuento, sin embargo un descuento por volumen no sería aceptable ya que un pequeño comprador no podría comprar los volúmenes pertinentes que harían efectivo el descuento correspondiente

competencia" para justificar un precio que sea depredador.¹⁰⁰

Recopilación de evidencia

Hemos mencionado anteriormente, los principales elementos de un caso de discriminación. Todos y cada uno de ellos tiene que ser establecido por la autoridad de competencia antes de llamar a la empresa para que justifique la discriminación.

En otra sección del documento abordamos lo relativo a la forma en que los mercados se definen y si la empresa tiene una posición dominante o no. Por lo tanto, estamos buscando determinar qué tipo de evidencia se podría buscar para establecer discriminación.

Una fuente obvia en donde uno podría buscar evidencia es cualquier acuerdo contractual entre las partes. Es posible que la práctica discriminatoria pueda no ser evidente al leer las condiciones del contrato. Puede que sea necesario examinar otro tipo de correspondencia, incluyendo los correos electrónicos entre las partes (en particular, si el cliente es relativamente nuevo y si se ofreció algún incentivo), y las facturas para ver si lo que se cita en el contrato corresponde a las ventas. También será importante ver la descripción detallada de los productos o servicios para verificar si a primera vista son de naturaleza similar. Dependiendo de la naturaleza de la demanda, también puede ser necesario examinar otros documentos dentro de la empresa. Por ejemplo, en los casos en que la denuncia es que la empresa dominante está dando un tratamiento preferencial a su propio brazo aguas abajo a través de:

- Mejor calidad de servicio,
- Una más rápida rectificación de fallas técnicas,
- O proporcionar información anticipada a su propio ISP acerca de los cambios

¹⁰⁰ Véase el capítulo 4.4 sobre precios predatorios.

en la red,

y entonces sería necesario examinar los procesos para el manejo de pedidos, para la rectificación de defectos, y para la notificación de cambios en la red.

Es importante ir educando a las empresas en la industria de manera que cuando traten las unas con las otras mantengan registros adecuados, que puedan ayudar a las autoridades a hacer frente a este tipo de denuncias. Por ejemplo, es útil si el quejoso ha documentado adecuadamente sus tratos con la empresa, ya que es un problema común que los nuevos operadores no registren formalmente las quejas presentadas en relación con problemas técnicos y su rectificación. Así, cuando se le solicite proporcionar respaldo de su queja de trato discriminatorio, a menudo no son capaces de proporcionar pruebas adecuadas.

Otra posible fuente de información sería que la autoridad hiciera pública la demanda, si tal divulgación está permitida por la ley. La publicidad sobre el caso investigado puede hacer que otras empresas que también hayan sufrido un trato discriminatorio se presenten y proporcionen a la autoridad evidencia adicional de la violación.

En los casos de discriminación de precios, además de la evidencia obvia de lista de precios y contratos, puede ser útil examinar las cuentas y facturas. El análisis detallado del uso y de los cobros puede descubrir casos en los que se ofrecieron descuentos o bonos de fidelidad.

Como se ha señalado, es la autoridad de competencia la que tendrá que establecer un caso *prima facie* de discriminación. En ese momento, es la compañía la que tendrá que proporcionar evidencia de la justificación objetiva. La empresa tendrá que proporcionar evidencia verosímil de que la diferencia de precios se debe a una diferencia en costos. Si la empresa no puede proporcionar una justificación para el tratamiento o precio diferencial, entonces la autoridad puede comprobar la existencia de actos de

discriminación. La empresa debe tener la información de costos pertinente que pueda justificar objetivamente la discriminación.

Remedios

La discriminación basada en factores distintos del precio puede ser difícil de detectar y, en ocasiones, difícil de controlar. Así, aunque tendemos a ver algunas de las posibles soluciones indicadas a continuación como parte del conjunto de herramientas de los reguladores sectoriales en determinados casos, la autoridad de competencia podrá optar por recurrir a ellos también si la legislación aplicable les otorga las facultades para hacerlo.

Las herramientas contra la discriminación basada en factores distintos del precio tendría que incluir una obligación más exigente a *no discriminar* conocida como equivalencia de insumos (*Eoi, por sus siglas en inglés*), que requiere que la empresa dominante aplique condiciones equivalentes en circunstancias equivalentes, en particular, mediante la discriminación a favor de la propias filiales o socios de la empresa dominante. Estas incluyen el suministro de los mismos "plazos, términos y condiciones y con los mismos sistemas y procesos". En pocas palabras, los competidores minoristas deben obtener el mismo producto que obtienen las compañías minoristas de la empresa dominante.

Casos¹⁰¹

Caso 4.3.1. – UE – 2011 Decisión de la Comisión Caso COMP / 39.525 Telekomunikacja Polska¹⁰²

En junio de 2011, la CE impuso una multa al incumbente polaco de telecomunicaciones *Telekomunikacja Polska* (TP) por abusar de su posición dominante en Polonia violando con ello el artículo 102 TFUE. El caso incluyó diferentes tipos de abuso de posición dominante y también planteó cuestiones sobre la relación entre el marco regulatorio y de competencia y su aplicación conjunta.

Las CE constató cinco tipos principales de abuso de posición dominante:

- (1) Proponer condiciones excesivas que regulen el acceso de los operadores alternativos (AOs, *por sus siglas en inglés*) a los productos de banda ancha al por mayor.
- (2) Retrasar el proceso de negociación,
- (3) Limitar el acceso a la red,
- (4) Limitar el acceso a las líneas de abonados, y
- (5) Negarse a proporcionar información general confiable y precisa indispensable para los AOs.

Este caso es un buen ejemplo de la situación que en ocasiones se presenta en las que la autoridad de competencia descubre numerosos incumplimientos aislados contra terceros, mientras que, paralelamente, descubre trato discriminatorio por la empresa dominante a favor de su propio negocio aguas abajo.

La Comisión, en este caso, identificó tres mercados de productos:

- (a) El mercado de acceso de banda ancha al por mayor ("el mercado de BSA"),

¹⁰¹ No proporcionamos resúmenes completos de los casos elegidos, muchos de los cuales involucran numerosos abusos. Nuestro relato está diseñado para enfatizar el manejo del abuso que se menciona en la sección correspondiente de este informe.

¹⁰² http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39525/39525_1916_7.pdf Cabe destacar que el caso está siendo apelado con número de referencia de caso T-486/1

(b) El mercado de acceso a la red (física) de infraestructura al por mayor (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija ("el mercado mayorista de LLU"), y

(c) El mercado masivo al por menor, que es el mercado aguas abajo de productos de banda ancha estándar que se ofrecen en un lugar fijo, ya sea proporcionados a través de DSL, módem por cable, LAN/WLAN y otras tecnologías como por ej., FTTx, CDMA, WiMAX, etc.

El mercado minorista pertinente, excluidos los servicios de banda ancha móvil. El mercado geográfico relevante abarcaba todo el territorio de Polonia. TP se consideraba dominante porque era el único proveedor mayorista e banda ancha y el bucle local en Polonia (tenía el 100 de participación de mercado en los mercados al por mayor) y, durante el período de la infracción, tenía altas cuotas de mercado en el mercado minorista¹⁰³. La CE constató que TP había estado abusando de su posición dominante en los mercados de acceso de banda ancha de Polonia al negarse a dar acceso a su red y a suministrar los productos al por mayor del mercado de BSA y LLU. La CE comprobó que TP desarrolló una estrategia para limitar la competencia en los mercados en todas las etapas del proceso de acceso a sus productos al por mayor. Varios documentos internos de TP indicaban la existencia de una estrategia de este tipo.

La CE, entre las varias infracciones, descubrió que:

I. En el caso de la violación de limitar el acceso a la red de TP,

- (a) TP rechazó un elevado número de solicitudes de los AOs por motivos formales y técnicos (más del 30 por ciento),
- (b) Tardo demasiado tiempo en poner en práctica las solicitudes aceptadas, mientras que la CE constató que ese TP podría haber otorgado mejores condiciones de acceso debido a que la filial de TP, PTK, se benefició del acceso a la red en condiciones no disponibles para otros AOs.

TP también propuso estimaciones exageradas de costos para colocación en LLU y retrasó la implementación de órdenes y ejecutó ciertas obras de colocación con retraso. Una vez más la CE comprobó que TP aplicó mejores condiciones a su filial PTK y cooperó estrechamente con PTK.

I. Una situación similar se descubrió en el caso de la limitación al acceso a líneas de abonados, TP también había retrasado considerablemente la aplicación de los pedidos de los AOs solicitando líneas de abonado, obstaculizado el

¹⁰³ En términos de ingresos, la cuota de mercado de TP estuvo entre 57% y 46%. En términos de números de líneas, la cuota de mercado de TP estuvo entre 58% y 40%. Además, la presencia en el mercado de PTK (filial de TP) se suma y fortalece la posición del Grupo de TP en el mercado minorista.

acceso de los AOs a los abonados, en particular, debido al alto número de rechazos de pedidos de AOs por cuestiones formales y técnicas. Sólo PTK, la filial de TP, tenía una menor tasa de rechazo. TP también retrasó significativamente la implementación de las órdenes presentadas por los AOs solicitando líneas de abonado. Estos retrasos se debieron principalmente a la falta de recursos dedicados a los servicios regulados por el lado de TP, falta de experiencia, falta de una interpretación clara de cómo se debe implementar el proceso, una división poco clara de las competencias entre las unidades internas de TP, y soporte insuficiente en cuanto a TI.

II. TP no proporcionó información general (IG) confiable a los AOs, misma que les era necesaria para decidir sobre el acceso a los productos de banda ancha al por mayor de TP en lugares específicos, o proporcionó información inexacta. Además, los AOs recibieron información general incorrecta e incompleta, la información se les suministró en un formato (en papel o pdf escaneado) que era difícil de procesar, y no se les proporcionó una interfaz de TI que les permitiera un acceso eficiente a la información y al procesamiento de pedidos. Una vez más, la Comisión constató que TP le proporcionó a su filial PTK canales complementarios de información, así como información adicional que no fue puesta a disposición de otros AOs. De esta manera, el proceso de obtención de la información general fue más rápido y más barato para PTK y condujo a una reducción en el número de pedidos rechazados.

Habiendo examinado el comportamiento de TP, la CE encontró que la conducta de TP tuvo el efecto abusivo de obstaculizar el acceso a la red y logró restringir la competencia en el mercado minorista. Este hallazgo fue apoyado por una serie de documentos internos de TP que establecían su estrategia para conservar sus ingresos proveniente del mercado al por menor. Era probable que la negativa de TP a suministrar redujera la entrada y la expansión de los competidores en el mercado minorista de servicios de línea de abonado digital (DSL, *por sus siglas en inglés*).

El bajo número de bucles locales desagregados se consideró que era un indicador revelador del efecto probable de la negativa de TP a proporcionar acceso a sus productos al por mayor, retrasando con ello el crecimiento de la competencia y por lo tanto del desarrollo de infraestructuras alternativas. Del mismo modo, la CE declaró que la negativa de TP a suministrar muy probablemente tuvo un impacto negativo en los usuarios finales, mismo que se reflejó en la baja penetración de la banda ancha, altos precios de la banda ancha y bajas velocidades promedio de conexión a la banda ancha.

La UE decidió que TP había infringido el artículo 102 del Tratado. Se le impuso una multa de \$165 millones de dólares y TP recibió órdenes de poner fin a la infracción, en la medida que aún no lo había hecho, y de abstenerse de repetir cualquier acto o conducta que tuviera el mismo o similar objeto o efecto.

Caso 4.3.2. - UK - 1996 - El caso Oftel respecto a equipos de identificación de llamadas¹⁰⁴

Este es un caso de regulación pero ilustra una respuesta a la discriminación, parte del cual puede estar disponible a las autoridades de competencia. Oftel, el regulador de telecomunicaciones del Reino Unido, publicó, en junio de 1996, una orden para retrasar una promoción propuesta por BT de su Equipo de Identificación de Llamadas en asociación con una promoción del Servicio de Identificación de Llamadas.

La promoción propuesta por BT tenía dos elementos: uso libre durante tres meses del servicio de identificación de llamadas y tres meses gratis de renta del equipo de BT, ambos de los cuales normalmente conllevarían un cargo. La promoción parecía estar diseñada para estimular la venta de equipos y servicios. Oftel recibió quejas de vendedores de equipos sobre el corto periodo de tiempo entre el anuncio y la fecha propuesta de introducción de la promoción. La queja era que el período de tiempo no permitía a los competidores en el mercado de equipo telefónico conseguir inventario para satisfacer la creciente demanda de equipos, ya que el período de promoción propuesto por BT era muy corto, lo que daba una ventaja injusta al propio negocio de equipos de BT. Como resultado de la información que se obtuvo de BT y otros proveedores de equipos de identificación de llamadas, el Director General consideró que BT estaba incumpliendo las obligaciones establecidas en su Licencia de no ejercer discriminación contra terceros o favoritismo indebido por terceros (incluyendo por sus propios negocios aguas abajo).

En este caso, BT no notificó con suficiente antelación a los proveedores de equipos respecto a la promoción que tenía previsto hacer del Servicio de Identificación de Llamadas, para que pudieran preparar su punto de venta y material de promoción y, en algunos casos, adquirir más existencias de equipo para satisfacer una mayor demanda.

Para garantizar que la competencia estuviera protegida, el Director General emitió una Orden provisional contra BT. La Orden exigía que:

- a) En ninguna Promoción de provisión de servicios de telecomunicaciones BT proporcionara u ofreciera proveer dicho servicio de manera que discriminara indebidamente contra los competidores, en particular favoreciendo injustamente de manera importante cualquier tipo de negocio (llevado o no a cabo por BT) en el suministro de equipos para uso en relación con la prestación de tales servicios de telecomunicaciones y Servicios Pertinentes como por ejemplo la Promoción en cuestión, a fin de poner a personas que compiten en ese negocio en una desventaja competitiva significativa.
- b) BT debía proporcionar a sus competidores (incluyendo sus posibles competidores) que suministraban o podían suministrar equipos en el Reino Unido, notificación anticipada de cualquier Promoción de un servicio existente o de la

¹⁰⁴ Referencia del caso BX/580 017

introducción de un nuevo servicio con suficiente anticipación para darle a los competidores tiempo suficiente para preparar material de promoción, publicidad y existencias y con ello poder satisfacer cualquier aumento de la demanda de equipo razonablemente previsible que dicha Promoción pudiera provocar.

c) BT debe asegurarse de que cualquier material de promoción y publicidad para cualquier Promoción lanzada por o en nombre de BT deje claro que la Promoción no depende de comprar o rentar equipo suministrado por BT y que el equipo también se podrá rentar o comprar (si ese es el caso) con otros proveedores.

Caso 4.3.3. - Francia - 2012 - Abuso de posición dominante - Orange y SFR - Telefonía móvil - Llamadas en red sin límite - discriminación ¹⁰⁵.

A raíz de una denuncia presentada por Bouygues Télécom, la Autorité de la Concurrence multó a France Télécom, Orange France y SFR con €183.1 millones de euros por la implementación de prácticas contra la competencia en el sector de la telefonía móvil, mediante la comercialización ilimitada de oferta "en red", es decir, dándole a sus abonados llamadas ilimitadas a interlocutores que fueran abonados de la misma red.

Al comercializar estos ofrecimientos, Orange y SFR implementaron prácticas excesivas de diferenciación de tarifas entre las llamadas "en red" (realizadas dentro de su propia red) y las llamadas "fuera de red" llama (a una red rival), por lo tanto, estaban abusando de la posición dominante que cada uno ejercía en sus respectivos mercados de terminación de llamadas (es decir, en el servicio de interconexión que ofrecen a otros operadores mediante la "terminación" de llamadas en sus redes).

La Autorité consideró que aunque la oferta parecía atractiva, a primera vista, para los consumidores, estos ofrecimientos obstaculizaban la dinámica del mercado, manteniendo a los suscriptores encerrados y debilitando a Bouygues Télécom, el más propenso a estimular el mercado, por ser éste el último en entrar hasta ese momento.

Desde 2005, Orange y SFR, con una participación respectiva de 47% y 36% del mercado de telefonía móvil para clientes residenciales, es decir un total de 83%, comercializaba ofertas de llamadas ilimitadas en red, dando así a sus clientes llamadas ilimitadas a abonados del mismo operador, es decir, por un precio global, independientemente de la cantidad y duración de las llamadas.

Todas estas ofertas incluían una diferenciación de tarifas en red y fuera de red, reservando la ventaja de llamadas ilimitadas solamente a las llamadas en red.

¹⁰⁵ http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=418&id_article=2014

Orange y SFR no demostraron que la diferenciación de tarifas entre las llamadas "en red" (en inglés "on-net") (que significa dentro de su propia red) y las llamadas "fuera de red" (en inglés "off-net") (que significa a una red rival) estuviera justificada objetivamente, es decir, una diferencia de costos atribuible al suministro de los dos tipos de llamadas. También la Autorité opinó que no podían tampoco demostrar que era indispensable para el logro de mejoras en la eficiencia, prevaleciendo sobre sus efectos contrarios a la competencia, sobre todo porque ambos operadores podían haber comercializado ofertas de llamadas ilimitadas a todos los operadores (ofertas "a cualquier red" o en inglés "cross-net"), en las que no hay ninguna diferenciación entre los dos tipos de llamadas.

La Autorité consideró que esta práctica tuvo varios efectos negativos en el mercado de la telefonía móvil.

a) Ellos acentuaron artificialmente el efecto de "club", es decir, la propensión a que familiares cercanos se reagruparan bajo el mismo operador, animando a los consumidores a cambiar de operador y unirse al de sus familiares. Estas ofertas desempeñaron un gran papel ya que este factor fue, por encima del precio, el principal incentivo para las suscripciones (70% del consumo de un suscriptor se usa con sus tres personas favoritas).

Una vez que se formaron los clubes, estas ofertas hicieron que los consumidores quedaran "cautivos" de su operador mediante el aumento sensible de los costos de cancelación que tendrían que pagar tanto los abonados de ofertas de llamadas ilimitadas "en red" como sus familiares que desearan suscribirse a una nueva oferta con un operador de la competencia.

La Autorité consideró que la diferenciación de tarifas entre las llamadas "on net" y "off net" aplazaba cualquier cambio de operador porque por consiguiente el abonado o sus familiares ya no podían realizar ni recibir llamadas "ilimitadas". Esta diferenciación entre las llamadas "en red" y "fuera de red" dañaba por lo tanto la fluidez del mercado minorista al obstaculizar la migración de los clientes hacia otros operadores existentes.

b) Dado que los abonados estaban interesados en llamar al mayor número de personas sin que estas llamadas se facturaran, las ofertas de llamadas ilimitadas "en red" favorecía automáticamente a Orange y SFR porque ellos tenían el mayor número de abonados. De esta manera, los abonados optimizaban sus posibilidades de encontrar abonados del mismo operador que ellos y, por tanto, beneficiarse más de la oferta de llamadas ilimitadas "en red".

En vista de su pequeña base de abonados, Bouygues Télécom (17% del total de abonados) no pudo igualar las ofertas de llamadas en red de Orange y SFR.

En consecuencia, Bouygues Télécom se vio obligada a comercializar ofertas de llamadas ilimitadas "a cualquier red"

(*cross net*) permitiéndole a sus clientes hacer llamadas ilimitadas a sus interlocutores, cualquiera que fuera su red (lanzamiento de la oferta Néó en 2006), pero a expensas de un fuerte aumento en sus costos.

Con el lanzamiento de esta oferta, Bouygues Télécom tuvo que hacer frente a costos mucho mayores de terminación de llamadas, lo que debilitó su capacidad de estimular la competencia en el mercado. En vista de los efectos negativos de estas ofertas en su salud financiera, había un gran peligro de que Bouygues fuera expulsado del mercado.

En consecuencia, la Autorité multó a France Télécom, Orange France y SFR con 183.1 millones de euros.

Conclusión

Los principios que inspiran una conclusión de discriminación basada en precios o basada en factores distintos del precio son más o menos universales, como lo son también las defensas aceptables de una empresa cuando argumenta que la discriminación está justificada. La discriminación a través del tiempo puede conducir fácilmente a la salida del mercado de nuevos operadores y aún así permanecer sin ser detectada. Por esta razón las autoridades necesitan mantener una debida vigilancia. Al mismo tiempo, las autoridades de competencia también deben tener cuidado de no caer en la trampa de investigar todas las denuncias de trato o precio diferencial cuando estas se pueden justificar fácilmente por diferencias en las circunstancias o los costos.

La parte más difícil de estos casos es la discriminación basada en factores distintos del precio. Se han hecho diversos intentos para detener a los operadores incumbentes de incurrir en este comportamiento, incluyendo la división del operador en empresas o divisiones separadas con el fin de disuadirlo de prácticas discriminatorias.

Sin embargo, todavía es posible hacer frente a estos casos, incluso sin tales facultades, siempre y cuando la autoridad esté dispuesta a investigarlos rápidamente y, cuando encuentre dichas infracciones, a imponer compromisos adecuados (incluidas obligaciones de comportamiento y de cumplimiento) combinados con multas

sustanciales que hagan poco lucrativo el participar en tal comportamiento. Al igual que con todos los demás abusos, la clara determinación de una autoridad para cortarlos de tajo puede ser el mejor remedio a su disposición.

4.4 *PRECIOS PREDATORIOS*

Las prácticas de precios predatorios se producen cuando los precios que cobra una empresa dominante son inferiores a una medición apropiada de los costos y, debido a que no hay una justificación comercial razonable para la política o práctica de precios bajos, como por ej., liquidar productos percederos o igualar el precio de un competidor, el motivo parece ser expulsar o debilitar a los competidores y luego subir los precios. Sin embargo, la fijación de precios predatorios puede ser una estrategia arriesgada, ya que la empresa involucrada incurre en pérdidas elevadas por adelantado, sin garantía de ganancias futuras como resultado de la monopolización. Por otra parte, si la empresa está sujeta ya sea a una regulación directa de precios o a algún otro tipo de control, es probable que la estrategia de precios predatorios fracase.

En la práctica, los precios predatorios requieren de altas barreras a la entrada y/o a la salida, ya que si las empresas pueden entrar y salir del mercado con poco costo, entonces cada vez que el incumbente aumente sus precios para recuperar ganancias, nuevos participantes se sentirán atraídos hacia el mercado y harán que el operador baje nuevamente sus precios.

A pesar de lo mucho que se ha escrito sobre precios predatorios, ha habido muy pocos casos comprobados en el sector de las telecomunicaciones. Esto puede ser debido a que, en la práctica, puede ser difícil distinguir precios predatorios de precios competitivamente agresivos por debajo del costo (por ejemplo, "los ganchos" y las actividades de promoción) y que se cumpla con las condiciones establecidas en la ley de

competencia, o puede ser debido a que no hay muchas empresas que la consideren una estrategia rentable.

¿Cuál es el abuso?

La fijación de precios predatorios implica una empresa dominante que establece deliberadamente precios para incurrir en pérdidas por un período de tiempo suficientemente largo para eliminar, disciplinar o impedir la entrada de otros competidores, con la expectativa de que la empresa sea capaz posteriormente de recuperar sus pérdidas mediante el cobro de precios por encima del nivel que habría prevalecido en ausencia de la conducta impugnada, con el efecto de que la competencia se reduce o evita sustancialmente. La estrategia sólo será rentable si, una vez que todos los competidores se han visto obligados a abandonar el mercado, el incumbente es capaz de elevar sus precios a un nivel de monopolio y mantenerlos allí durante un período de tiempo suficiente como para justificar las pérdidas.¹⁰⁶

La legislación, los precedentes legales o las prácticas administrativas de las distintas jurisdicciones definen las circunstancias que una autoridad de competencia tiene que demostrar con el fin de probar el abuso. Estas incluyen algunas o todas las siguientes:

- Características de las empresas que están sujetas a posibles demandas, todas las empresas o sólo ciertas empresas, es decir, empresas dominantes,
- Características de los precios cobrados, en relación con los costos,
- Una demostración de la intención predatoria por parte de la empresa, teniendo en cuenta que todas las empresas competitivas tienen interés

¹⁰⁶ En Argentina los precios predatorios están específicamente prohibidos en la sección 2(m) de la Ley de Defensa de la Competencia No. 25,156, siempre que se demuestre que el depredador está fijando precios por debajo de los costos marginales y que, de tener éxito, el depredador será capaz de aumentar los precios a fin de recuperar las pérdidas.

en arrebatar negocios a sus rivales;

- Una demostración de si se espera que las pérdidas sufridas en el período de precios bajos vayan a recuperarse después.

En la Unión Europea, la autoridad de competencia, es decir, la Comisión Europea, primero determina si una empresa es dominante y luego determina si ha llevado a cabo actividades de estrategia de precios predatorios en un período relevante de tiempo con la intención de excluir o debilitar a uno o más de sus competidores. En general se considera que las empresas con una baja participación de mercado son un buen indicio de una falta de poder de mercado importante. La experiencia de la Comisión sugiere que si la cuota de mercado de la empresa es inferior al 40% en el mercado relevante, entonces es poco probable que ocurra abuso con respecto a conducta excluyente con base en precios, es decir precios predatorios.¹⁰⁷

Para determinar la existencia de precios predatorios, la práctica de la Comisión, con base en una decisión clave del Tribunal Europeo¹⁰⁸, era aplicar una prueba conjunta. Un precio es abusivo si:

- Está por debajo del costo variable promedio (AVC, *por sus siglas en inglés*), entonces el precio es predatorio,
- Está entre el AVC y el costo total promedio (ATC, *por sus siglas en inglés*) y si el precio es parte de un plan para eliminar a un competidor.

Posteriormente, en un documento de 2009 sobre prioridades en materia de cumplimiento de la normativa, la Comisión favoreció una prueba basada en el costo

¹⁰⁷ *EU Competition Law Rules Applicable to Antitrust Enforcement, Volume 1: General Rules as at 1st December 2011.*

¹⁰⁸ Akzo Chimie contra la Comisión Caso 62/86 [1991] ECRI-3359.

medio evitable (AAC, *por sus siglas en inglés*).¹⁰⁹

En el mismo documento, la Comisión consideró la sustitución de la prueba de ATC por una basada en el costo incremental medio a largo plazo (LRAIC, *por sus siglas en inglés*). El costo incremental medio a largo plazo es el valor medio de todos los costos (variables y fijos, pero no comunes) en que una empresa incurriría para producir un producto en particular. Es probable que sea el más complejo de estimar al involucrar bienes de capital y dado que se trata de un enfoque orientado a futuro que puede implicar revisar las valoraciones de los activos existentes o incluso "reemplazarlos" hipotéticamente con un nuevo "activo equivalente moderno". En ausencia de costos de capital significativos, AVC y LRAIC pueden ser similares.

De manera similar, la ley federal de los Estados Unidos prohíbe la fijación de precios predatorios como ocurre cuando una empresa dominante aplica precios bajos durante un período suficientemente largo de tiempo con el fin de sacar a un competidor del mercado o impedir que otros entren y luego aumenta los precios para recuperar sus pérdidas.¹¹⁰ La Corte Suprema de los EE.UU., con su decisión de 1993 en el caso *Brooke*¹¹¹ estableció los criterios para el análisis judicial de precios predatorios. En el caso de precios predatorios es necesario comprobar la fijación de precios por debajo del costo, aunque no se impone una prueba de costos en particular, a menudo se usa el costo variable promedio. Luego, es necesario que haya una posibilidad razonable de que el depredador subirá más tarde los precios lo suficiente para recuperar su inversión en la fijación de precios por debajo de

¹⁰⁹ Orientación sobre Prioridades en materia de cumplimiento de la normativa de la Comisión al aplicar el artículo 82 del Tratado [actualmente artículo 102 TFUE], 2009.

¹¹⁰ Dos leyes antimonopolio diferentes en los Estados Unidos tratan la cuestión de los precios predatorios. Con frecuencia se argumenta que los precios predatorios son un intento de monopolización que está prohibido en virtud de la Sección 2 de la Ley Sherman, 15 U.S.C. § 2. Son también la teoría empleada en casos de línea primaria (nivel vendedor) interpuestos en virtud de la Ley Robinson-Patman, 15 U.S.C. § 13 y *siguientes*. La Ley Robinson-Patman prohíbe cierta discriminación de precios. Un tipo implica la denuncia de que un vendedor está fijando los precios de sus productos "por debajo del costo" en una cierta área mientras que en otra área fija precios "por encima del costo". La Ley Robinson-Patman se promulgó en un esfuerzo por detener el crecimiento de las cadenas de tiendas en Estados Unidos.

¹¹¹ *Brooke Group contra Brown & Williamson Tobacco*, 509 U.S. 209 (1993)

costo.

El requisito de recuperación, que no está presente en Europa, diferencia notablemente entre precios predatorios y otras conductas abusivas o excluyentes, en donde la inferencia de daño a la competencia se deriva de la conducta excluyente y de la estructura de mercado. La prueba de la recuperación no sólo requiere que el precio por debajo de costo excluya o discipline a la víctima, sino que también compruebe que el depredador será capaz de subir los precios por encima del nivel competitivo (capacidad de recuperación) lo suficiente como para compensar al depredador por su inversión depredadora (suficiencia de la recuperación). En el examen de los hechos, la Corte Suprema de EE.UU. ha dejado claro que el elemento de recuperación se puede cumplir demostrando ya sea que el sistema depredador de hecho produjo precios supra-competitivos sostenidos, o que muy posiblemente pudo haber causado ese resultado, incluso si en realidad no lo causó. Por lo tanto, bastaría con presentar evidencia de la probabilidad de precios más altos persistentes y conducentes a una recuperación parcial, o simplemente una estructura de mercado menos competitiva u otras condiciones de mercado.

Las autoridades de competencia por lo general intervienen sólo cuando se puede demostrar que la conducta predatoria debilitó o eliminó deliberadamente a un competidor que no habría sufrido, en cualquier caso, debido a su ineficiencia. Sin embargo, la distinción entre la intención competitiva y anticompetitiva es una de las partes más difíciles en un caso de precios predatorios. Subcotizar los precios de un rival con el fin de "robar" su negocio es un sello distintivo del proceso competitivo. Esto significa distinguir entre subcotizar, de manera saludable y contra la competencia, en la "zona gris" entre digamos el costo variable promedio (AVC, (es decir, costos que excluyen los costos de capital) y el costo total promedio (ATC) (es decir, costo variable más costo fijo).

Recopilación de evidencia

La recopilación de evidencia dependerá en cierto grado de cuál prueba de costos se usa. El AVC y el ATC normalmente se pueden calcular a partir de datos de administración o contabilidad financiera. Cuando se solicitan cuentas reglamentarias al regulador sectorial de una empresa de telecomunicaciones, estas serán de gran ayuda. El AAC probablemente será cercano o el mismo que el AVC, ya que la mayoría de los costos evitables son variables. Es probable que para el cálculo del LRAIC se necesite ya sea la reconstrucción total de las cuentas propias de la empresa, en particular en el ámbito de la valoración de activos, o desarrollar y presupuestar un modelo de ingeniería de abajo hacia arriba de una empresa hipotética. Esto muy probablemente está más allá de los recursos de muchas autoridades de competencia, y no se deberá emprender a la ligera.

La evidencia de la recuperación, cuando se requiera, puede provenir de la observación, si el período de la depredación ha terminado. Por ejemplo, si los precios altos que siguieron a la expulsión de un grupo de competidores atrajeron inmediatamente a otro grupo, entonces la recuperación parecería no haber funcionado, o los datos pueden sugerir que los precios subieron sin ninguna entrada competitiva adicional.

Por último, puede haber evidencias de intención predatoria en los archivos del operador sujeto a la investigación. Lo que una autoridad estaría buscando sería evidencia clara de un plan concertado de depredación adoptado en los más altos niveles de la empresa. Esto excluiría cosas tales como los discursos de motivación y presentaciones a los equipos de ventas, que podrían, durante períodos de máxima rivalidad, hablar de "golpear" o "destruir" a un competidor, pero papeles de consejo que establezcan una estrategia valorada de, por ejemplo, apuntar a los clientes de una empresa en particular con ofertas debajo de costo con el fin de eliminarlo, calificaría como prueba de intención.

Remedios

El hallazgo y una multa, y la perspectiva de nuevas multas en caso de que el abuso se repita, deberían obligar a un depredador a que cesara su estrategia de depredación. En las jurisdicciones en donde se puede demandar de manera privada, la víctima puede además presentar una demanda por daños y perjuicios. Un aspecto potencialmente incómodo de una demanda exitosa contra un depredador es que puede conducir a precios más altos. La autoridad de competencia puede argumentar que actuó en el interés a largo plazo de los clientes y consumidores, pero puede que ellos no queden plenamente convencidos de ello.

Caso¹¹²

Caso 4.4.1. - UE - 2003 - France Telecom contra la Comisión Europea - Wanadoo¹¹³

En 2003, la Comisión concluyó que Wanadoo había violado el artículo 82 del Tratado de la CE mediante el cobro de precios predatorios por sus servicios de ADSL y que esta práctica restringía la entrada y el desarrollo potencial de mercado para los competidores. En vista de la gravedad de los abusos y la duración del período durante el cual se cometió, la Comisión impuso una multa de 10.35 millones de euros. La Comisión consideró que, a partir de finales de 1999 y hasta octubre de 2002, Wanadoo comercializó sus servicios ADSL a precios inferiores a los costos. Los precios que Wanadoo estuvo cobrando fueron muy inferiores a los costos variables hasta agosto de 2001 y en el período posterior fueron aproximadamente equivalentes a los costos variables, pero significativamente por debajo del costo total¹¹⁴.

France Télécom impugnó la decisión de la Comisión a través de una serie de apelaciones, pero no tuvo éxito. Los tribunales confirmaron que el método de cálculo de la recuperación de costos era una evaluación económica compleja y por esa razón la Comisión debe contar con amplio margen de discrecionalidad en la selección de la evaluación apropiada. El tribunal rechazó la afirmación de que el método elegido por la Comisión era estático. La Comisión decidió tomar en cuenta el hecho de que, para las suscripciones, los gastos y los ingresos generados por los abonados se extienden por un largo período de tiempo, en este caso decidió extender los costos de la adquisición de clientes a lo largo de 48 meses¹¹⁵. Asimismo, el tribunal sostuvo que a pesar de que France Télécom estaba a favor de la metodología de flujo de caja descontado y no del método utilizado por la Comisión para este caso (es decir, la metodología de costos ajustados), no demostró la ilegalidad del uso de este último método.

¹¹² No proporcionamos resúmenes completos de los casos elegidos, muchos de los cuales involucran numerosos abusos. Nuestro relato está diseñado para enfatizar el manejo del abuso que se menciona en la sección correspondiente de este informe.

¹¹³ Sentencia definitiva del tribunal Caso C-202/07 P - <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-202/07> Commission case - COMP/38.233 — Wanadoo Interactive.

¹¹⁴ La Comisión decidió considerar el abuso a partir de la fecha en que Wanadoo inició su comercialización masiva en marzo de 2001. La Comisión concluyó que Wanadoo sufrió pérdidas sustanciales hasta fines de 2002 y coincidió con un plan de la empresa para impedir la entrada de los competidores en el mercado de acceso a internet de alta velocidad. La participación de mercado de Wanadoo aumentó considerablemente, mientras que para el final del período durante el cual se cometió el abuso, ningún competidor poseía más del 10% del mercado, e incluso uno de ellos salió del negocio. Al mismo tiempo, France Télécom (que poseía el 72% de Wanadoo en ese momento) tenía casi el 100% del mercado de los servicios de ADSL al por mayor para proveedores de servicios de Internet y esperaba considerables beneficios de dicho mercado.

¹¹⁵ "El análisis ..., ..., se refiere a la recuperación real de los costos ajustados. De acuerdo con el principio de la depreciación de activos, la Comisión extendió los costos de adquisición de clientes a lo largo de 48 meses. Sobre esa base, hizo una evaluación por separado de los costos variables ajustados y de los costos totales ajustados"

En cuanto al análisis de depredación, el tribunal confirmó la prueba de doble criterio existente:

- Los precios por debajo del costo variable siempre deben considerarse abusivos y
- Los precios inferiores a los costos totales promedio deben considerarse abusivos si forman parte de una estrategia de depredación.

En el caso actual, la Comisión aportó pruebas de la existencia de un plan de depredación presentando documentos internos que se encontraron en las oficinas de Wanadoo.

Es interesante notar que el tribunal rechazó la línea de defensa de "igualar a la competencia" que presentó France Télécom y sostuvo que *"incluso si la alineación de precios por parte de la empresa dominante con los de sus competidores no es en sí misma una práctica abusiva u objetable, puede serlo cuando está dirigida no solamente a proteger sus intereses, sino también a fortalecer y abusar de su posición dominante"*.

Por último, surgió nuevamente la cuestión de si es necesario demostrar la recuperación de pérdidas en los casos de abuso de precios y los tribunales rechazaron la idea de exigir pruebas de la posibilidad de recuperar pérdidas con el fin de demostrar la depredación. Sin embargo, el Tribunal Europeo de Justicia declaró que la Comisión no estaba impedida de llegar a la conclusión de que la posibilidad de recuperar pérdidas puede ser un factor pertinente para evaluar si la práctica en cuestión es abusiva.

Caso 4.4.2. - GRECIA - 2009 - Prohibición de servicio combinado "double-play" - precios predatorios¹¹⁶

En 2009, la Autoridad Reguladora de Telecomunicaciones de Grecia (EETT) (también responsable de la competencia en el sector de las telecomunicaciones) emitió una Decisión (512/63/23-02-2009) negándose a autorizar las nuevas ofertas combinadas que el incumbente (OTE) había propuesto.

Estas ofertas incluían entre otras cosas:

- Precio único para acceso a la red telefónica pública conmutada (PSTN, *por sus siglas en inglés*), llamadas locales y de larga distancia ilimitadas (en red y fuera de red), acceso a Internet de banda ancha y un número de minutos en llamadas de teléfono fijo a móvil (FTM, *por sus siglas en inglés*),
- El suscriptor se comprometería a un contrato mínimo de 12 meses. Cancelar antes del vencimiento de la duración mínima implicaba una sanción,

¹¹⁶ C.T.L.R. 2009, 15(7), 166-167

http://www.eett.gr/opencms/export/sites/default/admin/downloads/telec/apofaseis_eett/apofaseis_epi_akroaseon/2009/AP512-63.pdf.

- La oferta duraría tres meses.

En su análisis, La EETT tomó en cuenta los siguientes factores:

Que se había determinado que OTE tenía poder de mercado significativo (SMP, *por sus siglas en inglés*) en los mercados relevantes y que en al menos uno de ellos no había cumplido plenamente con sus obligaciones ex ante como operador con poder de mercado significativo.

También se hizo referencia a la "responsabilidad especial" de OTE, como un participante dominante en los mercados de referencia, de no distorsionar la competencia.

En relación con la cuestión del paquete de ofertas, EETT se refirió a la oferta de OTE como un "esquema de descuento por paquete de productos múltiples", ya que incluía:

- PSTN y acceso a red digital de servicios integrados (ISDN, *por sus siglas en inglés*) a tarifa básica;
- Llamadas locales y de larga distancia ilimitadas (en red y fuera de red),
- Acceso a Internet de banda ancha a 4 y 8 Mbps, y
- 60 minutos gratis de llamadas de teléfono fijo a móvil a un precio único.

EETT solicitó a OTE que proporcionara datos adicionales con el fin de evaluar lo siguiente:

- Si los ingresos incrementales por cada producto incluido en el paquete cubrían el costo de OTE por la introducción del producto en el paquete, y
- Si los ingresos totales del paquete eran mayores que el costo incremental medio a largo plazo (LRAIC) de OTE, es decir, si el precio del paquete constituía precios predatorios.

También se le solicitó a OTE que proporcionara sus estimaciones con respecto a eficiencias económicas que pudieran derivarse de dicha oferta (por ej., debido a economías de alcance, sinergias relacionadas con la prestación conjunta de servicios diferentes, etc.)

De acuerdo con la decisión de EETT, OTE no proporcionó los datos solicitados, mismos que le hubieran permitido a EETT evaluar el impacto de dicha oferta en la competencia. Por lo tanto, la decisión menciona que EETT se reserva el derecho de evaluar si la oferta es un caso de precios predatorios.

EETT también examinó la oferta de OTW como un posible estrechamiento de márgenes (*margin squeeze*). EETT aplicó la prueba de si la oferta era replicable o no por un operador razonablemente eficiente (REO, *por sus siglas en inglés*) que estuviera utilizando insumos mayoristas proporcionados por el operador con poder de mercado significativo (OTE).

Para este fin, la EETT aplicó dos escenarios, uno para un REO que suministrara el paquete a través de acceso indirecto (CPS y Bitstream) y otro a través de acceso directo (LLU). Para realizar esta prueba, EETT tuvo en cuenta lo siguiente:

- Los resultados del control de contabilidad de costos realizado a OTE de los precios de 2008, a fin de definir el costo de los servicios pertinentes,
- Las respuestas de operadores alternativos al cuestionario enviado por EETT,

- Las nuevas tarifas de terminación a los operadores de redes móviles (MNOs) vigentes desde el 1 de enero del 2009,
- El costo minorista menos un descuento (retail minus cost) del arrendamiento mayorista de líneas telefónicas (WLR, por sus siglas en inglés),
- El compromiso a 12 meses del abonado y el cargo por desconexión,
- La duración de tres meses de la oferta, y
- Las previsiones de OTE (tráfico, abonados, ingresos) para la introducción al mercado de la oferta en paquete.

Como resultado de la prueba realizada nuestra EETT concluyó que el margen para un operador razonablemente eficiente que ofreciera los servicios usando acceso directo o indirecto sería negativo y como tal, las ofertas constituirían un estrechamiento de márgenes.

Sobre la base de las conclusiones anteriores, la EETT decidió no aprobar las ofertas de doble play propuestas por OTE.

Conclusión

Comparativamente, rara vez se encuentran casos de precios predatorios en el sector de las telecomunicaciones, donde los incumbentes a menudo tienen la opción de participar en la alternativa menos costosa de un estrechamiento de márgenes (véase 4.5 más adelante). Las autoridades de competencia sin embargo tienen la ventaja de contar con experiencia internacional para desarrollar este tipo de casos cuando se presentan denuncias de depredación.

4.5 ESTRECHAMIENTO DE MÁRGENES (*margin squeeze*)

Introducción

El ejemplo clásico de un estrechamiento de márgenes se produce cuando una empresa dominante suministra un insumo a otro operador y compite también con ese mismo operador en el mercado minorista - véase la Figura

1. Supongamos que la empresa que "comprime" cobra 8 centavos por el insumo, mismo que se vende en el mercado minorista a 10 centavos. Esto le da al competidor un margen minorista de 2 centavos con el cual jugar. Pero si los costos de venta al por menor son de más de 2 centavos, el competidor perderá dinero, y quedará debilitado o incluso se verá obligado a salir del mercado. La imposición de un *margin squeeze* es, pues, una estrategia de bloqueo. Es potencialmente más rentable que la depredación, ya que un depredador se ve obligado a vender por un cierto tiempo a niveles por debajo del costo. Pero si una empresa que está ejerciendo un estrechamiento de márgenes establece un precio de venta alto y protege ese precio de la competencia mediante un precio al por mayor excesivo, seguirá obteniendo ganancias de principio a fin.

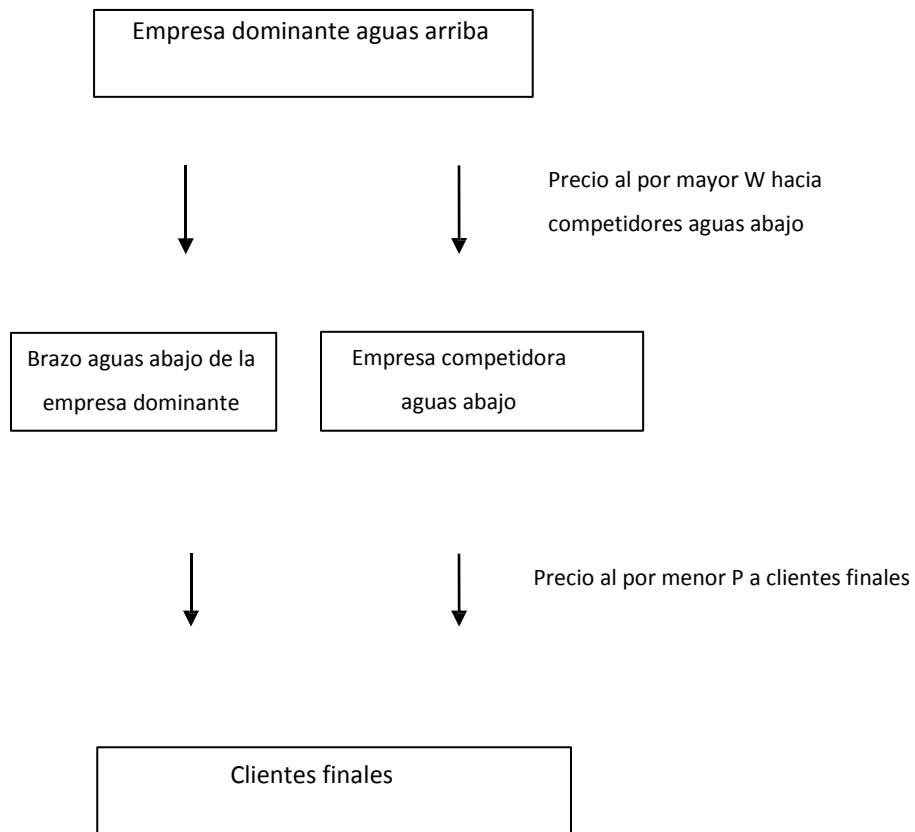


Figura 1. Un estrechamiento de márgenes (*margin squeeze*).

En algunas leyes de competencia o sentencias de tribunales, los estrechamientos de margen están explícitamente condenados. En otras, se manejan conforme a otros rubros de conducta impugnada. Así, en México, el comportamiento identificado anteriormente se puede describir como precios discriminatorios o precios predatorios en el mercado minorista, o subvención cruzada entre los precios al por mayor y los precios al por menor.

Pero en la práctica es más probable que sea procesado como la elevación de los costos de un rival a nivel mayorista infringiendo el artículo 10 (XI) de la Ley Federal de Competencia Económica.¹¹⁷

Debido a que los minoristas compran servicios al mayoreo de telecomunicaciones a otros operadores (a veces mutuamente, a veces con acceso en una sola dirección¹¹⁸), los estrechamientos de márgenes son una posibilidad real. Consideremos dos ejemplos. En el primero, un incumbente alquila bucles de cobre a sus competidores, y también compite con ellos en los mercados minoristas. Si elige una configuración de un precio al por menor y un precio de bucle local que le de a sus competidores un margen insuficiente para cubrir los costos de ofrecer entradas de circuito no locales en sus servicios, es posible que se vean forzados a salir del negocio.

En el segundo ejemplo, un operador de telefonía móvil cobra a sus competidores 5 centavos por minuto para terminar una llamada de uno de sus clientes. Al mismo tiempo, el operador de telefonía móvil cobra a sus propios clientes un precio al menudeo de 3 centavos por minuto para hacer una llamada en red (una llamada a otro cliente de la misma red). Esa llamada en red también requiere de la misma entrada mayorista de terminación de llamadas, por la que el operador cobra a su competidor 5 centavos. En este caso el margen es negativo, ya que la entrada mayorista cuesta 2 centavos *más* que el precio al menudeo del proveedor de la entrada. Este caso es diferente al primero, ya que, si un operador móvil puede aplicar un *margin squeeze* sobre otro cobrando más por la terminación que por una llamada saliente, el segundo operador puede hacer exactamente lo mismo con respecto al primero. Esta posibilidad, y el hecho de que los abonados se han acostumbrado, y disfrutan los bajos precios resultantes de las llamadas en red, ha significado que las autoridades de competencia en Europa y en otros lugares

¹¹⁷ OECD Policy Round table, *Margin Squeeze*, DAF/COMP (2009)36, 2010, pp. 157-8.

¹¹⁸ Véase el capítulo 2.

por lo general no hayan demandado a operadores móviles por motivos de estrechamiento de márgenes¹¹⁹. Como resultado de ello, las acusaciones de estrechamiento de márgenes han tendido a presentarse sólo en el caso de un operador de telefonía móvil muy dominante, o incluso evitar un *squeeze* se ha introducido como condición para una fusión.

El relato anterior ha pasado por alto varias cuestiones importantes:

- ¿Son las compresiones de márgenes siempre ilegales, o son ilegales sólo cuando las cometen empresas dominantes?
- ¿Qué tan grande debe ser un conjunto de servicios para evaluar un *margin squeeze*?
- ¿Al comparar el margen entre un precio mayorista y uno minorista con los costos pertinentes, cómo deben calcularse los costos?

Estos temas se discuten a continuación. Pero hay una cuestión más importante en juego. Esto se debe a que en los Estados Unidos, a diferencia de Europa y la mayoría de las jurisdicciones, un estrechamiento de márgenes no es contraria a la ley de competencia. Este ha sido el caso desde una sentencia de la Corte Suprema de EE.UU. en el 2009 con el caso *Linkline*.¹²⁰

Este caso involucró la venta por parte de AT&T de instalaciones de infraestructura que le permitían a sus competidores competir en el mercado de servicios de banda ancha. En el caso *Trinko*¹²¹ que se comentó en el capítulo 2, el Tribunal dictaminó que la empresa cuya conducta fue impugnada no tenía obligación de tratar conforme a la ley de

¹¹⁹ En su lugar, han esperado a que los reguladores europeos de telecomunicaciones reduzcan enormemente el precio regulado de la terminación móvil, que muchos ahora han hecho.

¹²⁰ Pacific Bell Telephone Company v Linkline Communications Inc 129. S. Ct. 1109, (2009).

¹²¹ Verizon Commc'ns Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, 540 U.S. 398 (2004).

competencia. En el caso *Linkline* llegó a la conclusión de que la empresa impugnada no tenía obligación de tratar a un precio determinado (por ej., un precio que *no* daría lugar a un *margin squeeze*), y tampoco estaba la empresa obligada a suministrar un servicio de cualquier calidad en particular. El Tribunal señaló que la venta al por menor por parte de AT&T a un precio abusivo o predatorio seguiría siendo ilegal, pero no había ninguna evidencia de depredación.

Esto deja abierta la posibilidad de que un caso de estrechamiento de precios podría tener éxito en los EE.UU. si hubiera una obligación de tratar en el servicio al por mayor, pero, como señala Coates¹²², "*hay cierta dudas sobre si un caso de estrechamiento de márgenes se podría interponer en cualquier circunstancia ...*"

Este resultado va exactamente en contra de una sentencia del 2011 del Tribunal Europeo de Justicia¹²³. Esto se refería a una situación en la que el incumbente de telecomunicaciones sueco, durante la transición de servicio de datos de banda estrecha (*marcación*) a banda ancha, ofreció voluntariamente a sus competidores minoristas un producto de banda ancha al por mayor, a un precio que se encontró que involucró un estrechamiento de márgenes (*margin squeeze*). El Tribunal Europeo consideró que, a pesar de que no había obligación de tratar, el estrechamiento de márgenes era ilegal. TeliaSonera fue entonces multada con \$21 millones de dólares en el Tribunal Municipal de Estocolmo.¹²⁴

Antes de dejar este tema, vale la pena señalar que, en ciertas circunstancias, el hallazgo de un estrechamiento de márgenes ilegal puede parecer que conduce a consecuencias adversas para los consumidores. Así, la empresa que ejerce el "squeeze" podría evitar el estrechamiento de márgenes simplemente elevando el precio minorista a los usuarios,

¹²² K Coates, *Competition Law and Regulation of Technology Markets*, Oxford University Press, 2011, p.80

¹²³ Konkurrensverket v TeliaSonera Sverige AB (C-52/09) [2011] 4 C.M.L.R. 18.

¹²⁴ Véase http://www.kkv.se/t/NewsPage_7825.aspx

quienes entonces sufrirían. Pero si el precio al por mayor fuera excesivo, entonces el mejor resultado para los consumidores sería una reducción de ese precio. Si esto se lograra la prohibición de un "squeeze" protegería además a la competencia en la actividad de venta al por menor. Dada la estructura vertical compleja de las telecomunicaciones, no es de extrañar que, en América Latina, así como en otras jurisdicciones fuera de Estados Unidos, la mayor parte de la actividad de la autoridad de competencia haya girado en torno a las compresiones de márgenes. En la siguiente sección, investigamos las condiciones que pueden ser necesarias para llegar a la conclusión de que se ha llevado a cabo un estrechamiento de márgenes.

¿Cuál es el abuso?

Un estrechamiento de márgenes surge cuando una empresa establece precios que generan un margen que es inferior a los costos de llevar a cabo las actividades que ese margen cubre. En muchos casos, el "squeeze" está entre un servicio mayorista y un servicio minorista. Pero también puede estar entre dos servicios al por mayor. Por ejemplo, los servicios podrían ser bucles de cobre desagregados y un servicio de acceso de banda ancha al por mayor (acceso indirecto o *bitstream*).¹²⁵ Para simplificar la exposición, se dará por sentado en la discusión que sigue que un estrechamiento de márgenes al por mayor/al por menor se está investigando, pero el relato aplica igualmente bien a un estrechamiento entre dos productos al por mayor. En esta sección, identificamos las condiciones que podrían permitir que una autoridad de competencia llegara a la conclusión de que existía un estrechamiento de márgenes y era ilegal.

i) Condiciones en la empresa que ejerce el "estrechamiento" en los mercados aguas arriba y aguas abajo

¹²⁵ En este caso, un estrechamiento de márgenes ocurriría si el exceso de los precios de acceso directo (*bitstream*) sobre un bucle desagregado fueran menores que el costo de los insumos necesarios para añadirse a un bucle de cobre para generar un servicio directo.

En términos generales, la conducta de una empresa sin poder de mercado no es motivo de preocupación para las autoridades de competencia. Esto se aplica también en el caso de un "squeeze" de mercado. Por tanto, es una condición natural para la comprobación de una conducta contraria a la competencia que la empresa tenga una posición fuerte (en Europa, dominante) en el mercado aguas arriba (al por mayor), que luego se puede utilizar para distorsionar la competencia en el mercado aguas abajo (al por menor). Pero el mismo nivel de poder de mercado en el mercado aguas abajo no es una condición necesaria.

ii) Condiciones en el mercado

Si el mercado se define de manera muy estricta, se puede encontrar un estrechamiento abusivo de mercado incluso cuando no haya tenido impacto en la competencia. Por ejemplo, un operador podría fijar un precio de venta al por menor para una llamada en una ruta en particular que, comparada con su precio de venta al por mayor o de interconexión, dejó un margen al por menor inadecuado para un competidor. Sin embargo, esa ruta en particular podría ser demasiado pequeña para atraer o repeler a un competidor, que, si entrara en absoluto, entraría al mercado de larga distancia en su conjunto. Un efecto anticompetitivo sólo se produce si se aplica un "squeeze" en un área que coincide con un "ámbito de competencia" factible.

iii) Elección de la prueba de costos 1: ¿Qué costos del operador deben compararse con el margen observado?

En un sorprendente gran número de casos, resulta que el precio al por mayor es superior al precio de venta al por menor, por lo que el margen de venta al por menor es negativo.¹²⁶ Esto simplifica la demostración de un estrechamiento de márgenes, ya que por pequeños que sean los costos, no pueden ser negativos. En la mayoría de los casos,

¹²⁶ Véase el caso de 4.5.1 a continuación.

sin embargo, el margen es positivo, de modo que el costo al por menor tiene que ser calculado y comparado con el margen de venta al por menor. El costo al por menor se puede definir en una de al menos tres maneras:

- Los costos para un nuevo participante,
- Los costos del supuesto estrechamiento de márgenes, o
- Los costos de un minorista perfectamente eficiente.

La última opción es prácticamente imposible de calcular. Es muy probable que los costos minoristas de un nuevo participante a pequeña escala sean superiores a los del incumbente a gran escala. Elegir los costos de este último como punto de referencia probablemente reducirá el margen permitido de manera que hará que la entrada sea más difícil¹²⁷ Por otro lado, la adopción de los mayores costos de venta al por menor del nuevo competidor, para un precio mayorista determinado, tenderá a hacer subir los precios al por menor para los clientes.

No hay una opción correcta obvia. En la Unión Europea, el Tribunal General del Tribunal de Justicia Europeo en el caso de Deutsche Telekom que se discute más adelante, adoptó los costos del incumbente como criterio de medición. Sin embargo, en otros contextos regulatorios, la Comisión Europea ha aceptado la posibilidad de elegir entre varias alternativas.¹²⁸

iv) Elección de la prueba de costos 2: ¿Qué definición de costos se debe usar?

Los costos de venta al por menor pueden definirse en términos de:

- a) Los costos variables promedio de la función minorista, o

¹²⁷ Si el precio de venta es 10 y el margen minorista mínimo es 2, el precio al por mayor puede llegar a ser de 8. Si el margen mínimo fuera 3, el precio mayorista no podría ser mayor de 7.

¹²⁸ Recomendación de la Comisión del 20 de septiembre de 2010, sobre el acceso regulado a las Redes de acceso de próxima generación (NGA) (2010/572/UE), párrafo 27.

- b) Los costos incrementales medios a largo plazo de la adición de una función minorista a un negocio mayorista; esto suele ser equivalente al valor de los costos que, en el largo plazo, se restarían si se abandonara la función minorista,¹²⁹ o,
- c) Costo distribuido íntegramente o totalmente asignado, lo que incluye los costos directamente atribuibles a la venta al por menor, además de una parte de los costos comunes o generales.

Los dos primeros apartados a) y b) son dos de las opciones de costos adoptadas al establecer si los costos son predatorios. Véase el capítulo 4.4 anterior. La diferencia entre ellos es que a) sólo incluye los costos variables, como los costos de mano de obra y de operación, mientras que b) también incluye gastos de inversión o de capital. Si el margen de interés es el de menudeo, la cantidad de inversión involucrada puede ser pequeña, por lo que la diferencia entre ellos también puede ser pequeña.

Como se señaló en el capítulo 2, la ley de competencia opera mediante la identificación de ciertas prácticas como ilegales, y por otra parte permite a las empresas tomar sus propias decisiones. Esto debe contrastarse con la regulación específica del sector, conforme a la cual el regulador del sector da instrucciones a la empresa con antelación sobre qué suministrar y a qué precio. En consonancia con el espíritu más permisivo de la ley de competencia está el otorgar una discrecionalidad firme sobre la forma en que recupera sus costos conjuntos y comunes, en lugar de, como en la opción c), establecerla como desearía hacerlo un regulador que fija precios, estableciendo precios totalmente distribuidos basados en los costos. Así que normalmente se adopta ya sea la opción a) o la opción b).

v) ¿Los costos minoristas y el margen minorista deben ser los del año actual solamente o

¹²⁹ Habría una diferencia entre los costos incrementales y los costos decrecientes/evitables si, por ejemplo, se tuviera que pagar un derecho de licencia para entrar en el mercado al por menor, que no fuera reembolsable si cesara la actividad minorista. En este caso, el costo incremental excedería el costo decreciente/evitable.

hay que promediar varios años?

Este problema puede asumir importancia si los productos mayoristas y minoristas en cuestión son nuevos, en el inicio de sus curvas de difusión. El problema es que a bajos niveles de asimilación, los costos unitarios de venta al por menor, como sea que se midan, pueden ser muy altos. Por ejemplo, cuando la demanda es muy baja, el costo minorista de un producto de banda ancha puede ser de \$25 al mes. Normalmente, un minorista buscaría recuperar la secuencia de los costos unitarios promediados durante el tiempo de vida de un cliente de adopción temprana, no los costos unitarios exactos en cada período de tiempo.

Este problema se puede resolver mediante el cálculo de los costos de la función minorista de manera que permita promediar el margen minorista a través de un mayor número de años, a lo largo de los cuales el valor actual neto del margen cubre el valor actual neto de los costos. Este puede ser un proceso complicado, sobre todo si hay dudas acerca de la viabilidad del plan de negocios de la compañía. Una estrategia alternativa es diferir la aplicación de la prueba de estrechamiento de márgenes hasta que la difusión del nuevo servicio haya alcanzado un nivel razonable. Sin embargo, se corre el riesgo de dar al incumbente ventajas por llevar la iniciativa (*first mover advantages*).

vi) ¿Es necesario demostrar que el estrechamiento de márgenes tiene un efecto negativo sobre la competencia?

En algunas jurisdicciones, como en México,¹³⁰ esto sí es necesario. La posición de la Unión Europea se discute en el Caso 4.5.1 a continuación.

No hay una opción correcta "teórica" que se pueda tomar con respecto a las cuestiones mencionadas anteriormente. Cuando la legislación de competencia de un país proporciona una orientación clara en cuanto a cómo se aplica la prueba de

¹³⁰ Mesa redonda de políticas de la OCDE, Estrechamiento de márgenes, DAF/COMP (2009)36, 2010, pp 162.

estrechamiento de márgenes (*margin squeeze*), el camino a seguir por la autoridad de competencia está claro. En otros casos, se tendrán que hacer elecciones. O puede ponerse de manifiesto que el resultado de la prueba de estrechamiento de márgenes es el mismo, independientemente de la opción que se adopte. Así, si el precio mayorista es superior al precio minorista, no importa cómo se midan los costos.

Recopilación de evidencia

Las decisiones que deberán tomarse y los datos que se tendrán que recopilar siguen una secuencia similar a la que señaló antes, y los requisitos precisos dependerán de las disposiciones de ley empezando por identificar los servicios en la prueba.

Identificación de los servicios en la prueba

En el caso más simple, hay un solo producto y precio minorista, y un solo producto y precio mayorista. Pero a menudo la situación es más complicada. Por ejemplo, si el producto mayorista es la terminación de una llamada de teléfono móvil, la regulación sectorial podrá fijar una tarifa mayorista uniforme que se puede cobrar. Sin embargo, el precio minorista de un minuto de llamada nacional saliente puede tener que promediarse sobre los precios cobrados en virtud de una gama de tarifas. Es aún más complicado cuando el servicio minorista se vende en un paquete (por ejemplo, una combinación de servicios de telecomunicaciones fijas y móviles o de servicios de telecomunicación y de transmisión). Si las ventas en paquete predominan, probablemente sería necesario aplicar la prueba en base agrupada, es decir, comparar el margen minorista en el paquete con los costos minoristas del paquete. Sin embargo, en la mayoría de las jurisdicciones, los mercados de servicios minoristas generalmente siguen estando definidos de manera desagregada.

Así mismo, el producto mayorista se puede utilizar como un insumo en varios servicios minoristas diferentes. Este es el caso, por ejemplo, cuando se emplea un producto

mayorista como un bucle de cobre desagregado para proporcionar tanto servicios de voz como de banda ancha. Esta cuestión surgió en el caso de Deutsche Telekom resumido más adelante como Caso 4.5.1. En ese caso, se utilizó el producto mayorista al que se le fijó un precio uniforme para ofrecer tres servicios minoristas aguas abajo (voz analógica, ISDN y ADSL o banda ancha) con tres cobros diferentes de acceso minorista. En este caso, el Tribunal confirmó que la manera adecuada para establecer el margen minorista cobrado era comparar el precio mayorista contra el promedio ponderado de los tres precios minoristas.

Costeo del margen

La opción de utilizar o no el costo del incumbente o de los competidores lo determina ya sea la ley o un precedente o, a discreción de la autoridad de competencia. La preferencia por usar los costos del incumbente en Europa se basa, en parte, en el hecho de que es probable que estén mejor documentados y que la entidad potencial que ejerce el estrechamiento de márgenes pueda estimarlos por sí misma con certeza.

La medición de los costos, es decir, del costo variable promedio (AVC), del costo incremental medio a largo plazo (LRAIC) o los costos totalmente distribuidos (FDIC), ya se ha comentado con anterioridad. Desde el punto de vista de la complejidad, el LRAIC probablemente sea el más complejo de estimar al involucrar bienes de capital y dado que se trata de un enfoque orientado a futuro que puede implicar revisar las valoraciones de los activos existentes o incluso "reemplazarlos" hipotéticamente con un nuevo "activo equivalente moderno". En ausencia de costos de capital significativos, el AVC y el LRAIC pueden ser similares. Los costos totalmente distribuidos (FDIC) implican la asignación de costos comunes o indirectos a través de las actividades mayoristas y minoristas, cosa que puede presentar dificultades. El tomar una instantánea de los costos actuales es simple y conveniente, excepto en una fase de puesta en marcha de un nuevo servicio.

En la práctica, muchas compresiones de precios (*price squeezes*), incluyendo aquellas que

puedan ser más destructivas para la competencia, son tan atroces que casi cualquier prueba de costos las pondría en evidencia. No obstante, la resolución o sentencia muy probablemente contendrá tanto una penalización como una señal clara en cuanto a cómo se puede evitar incurrir en conducta ilegal en el futuro. Esto significa que, cuando una autoridad de competencia tiene cierta discrecionalidad para determinar la naturaleza de la prueba, se debe considerar cuidadosamente cómo afectará su decisión la conducta futura.

Remedios

Una empresa operadora que se encontró llevó a cabo un estrechamiento de márgenes debe esperar una multa. El estrechamiento en sí se puede solucionar ya sea reduciendo el precio mayorista o incrementando el precio minorista. Una autoridad de competencia no será bien vista si logra este último resultado, sobre todo si el efecto de su acción consiste en aumentar el precio minorista de todos los operadores de forma simultánea.

Con el fin de evitar este resultado, la autoridad de competencia debería por lo menos tratar de eliminar los obstáculos a la opción de reducir el precio mayorista. Esto puede implicar una coordinación previa con el regulador de las telecomunicaciones, que podría fijar ese precio. También es apropiado que la autoridad despliegue en forma preventiva la opinión pública contra la tentativa de un operador de aumentar los precios minoristas, en lugar de bajar los mayoristas.

Casos¹³¹

Caso 4.5.1. UE - 2010 - Deutsche Telekom AG contra la Comisión Europea. ¹³²

Este caso europeo prominente presentó varias características interesantes. DT fue investigada por la Comisión Europea por llevar a cabo un estrechamiento de márgenes que implicó un producto mayorista fijo de telecomunicaciones (bucles locales desagregados, que proporcionan acceso a una casa o a un local comercial) y servicios minoristas variados (acceso a llamadas de voz, red digital de servicios integrados (ISDN, *por sus siglas en inglés*) y banda ancha a base de cobre o ADSL) proporcionados a los clientes a los que se les aplicó una tarifa minorista.

Una característica inusual del caso fue que el regulador de telecomunicaciones alemán impuso un control sobre los precios minoristas propios de DT en el mercado, en forma de un tope de precios a una canasta de servicios minoristas, incluyendo las llamadas de voz y servicio de renta mensual de línea. El precio minorista por la renta de la línea no se fijó de forma única; DT tenía una opción sobre cuánto cobrar por las llamadas y cuánto por la línea, siempre y cuando una cifra total no se contraviniera.

La Comisión Europea, siendo la autoridad de competencia, sostuvo que el precio mayorista de acceso superaba el precio minorista en el período 1998-2001, mientras que en el periodo 2002-2003 el excedente del precio minorista sobre el precio mayorista fue inferior a los costos minoristas específicos por producto de DT.

En la apelación, el Tribunal de Primera Instancia desestimó el alegato de que, debido a que el regulador había aprobado la configuración de los precios minoristas de DT, y había fijado el precio mayorista, (*sic*) con el argumento de que DT podría haber elegido un conjunto diferente de precios que habrían evitado el *squeeze*. Asimismo, el Tribunal dejó en claro que la prueba de costos adecuada se basaba en los costos del incumbente, argumentando que cualquier otro enfoque sería contrario al principio general de seguridad jurídica, mismo que sería violado si la legalidad de la fijación de precios de una empresa dependiera de los costos de un competidor, que la primera empresa no conocería. También estableció que la Comisión actuó correctamente al constatar que debido a la existencia del *margin squeeze* por sí solo, la competencia en el mercado por servicios de acceso minorista estaba restringida; la Comisión no tuvo que demostrar en mayor medida los efectos contrarios a la competencia.

Se presentaron varias apelaciones ante el Tribunal Europeo de Justicia, en las cuales se estableció que el hecho de

¹³¹ No proporcionamos resúmenes completos de los casos elegidos, muchos de los cuales involucran numerosos abusos. Nuestro relato está diseñado para enfatizar el manejo del abuso que se menciona en la sección correspondiente de este informe.

¹³² Deutsche Telekom AG contra la Comisión Europea (C-280/08 P) [2010] 5 C.M.L.R. 27

que el precio mayorista de Deutsche Telekom haya tenido que ser aprobado en el marco nacional de reglamentación, eso no absolvía a Deutsche Telekom de su deber de cumplir con las normas de competencia de la UE, y evitar un estrechamiento de márgenes. La multa fue de 12.6 millones de euros.

Caso 4.5.2. - UE - 2012 - Wanadoo España contra Telefónica¹³³

Este caso fue similar al caso 4.5.1., excepto que se relacionaba con un estrechamiento de márgenes que se llevó a cabo durante el período 2001-2006 por el operador dominante en telefonía fija en España entre los precios mayoristas y los precios minoristas de banda ancha de cobre.

La Comisión utilizó los costes del incumbente, según el caso DT, pero hizo hincapié en la conveniencia de comparar el margen disponible con el competidor con costos calculados con base en costo incremental medio a largo plazo (LRAIC). La multa se fijó en 151 millones de euros.

En marzo de 2012, la decisión y la multa fueron confirmadas por el Tribunal General de la Unión Europea.¹³⁴

Los dos casos difieren en el sentido de que en el caso de DT, el "problema" era un precio minorista bajo, mientras que con Telefónica, la Comisión observó que los precios minoristas eran excepcionalmente altos. Esto ilustra el hecho de que un caso de estrechamiento de márgenes sólo se concentra en el tamaño del margen, o en lo "justo" de la competencia minorista. Un margen inadecuado puede ser el resultado de un precio minorista que es demasiado bajo o un precio mayorista que es demasiado alto. Estos dos casos requerirán de intervenciones muy diferentes, si el objetivo es llevar a los precios a algún tipo de correspondencia con los costos de distribución completos.

¹³³ Caso COMP/38.784 – Wanadoo España contra Telefónica

¹³⁴ <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-03/cp120040en.pdf>

Caso 4.5.3. - México -2011 - Estrechamiento de márgenes en la interconexión de Telcel¹³⁵

La Comisión Federal de Competencia (CFC) resolvió el 15 de abril de 2011 multar a Telcel (Radiomóvil Dipsa, S.A. de C.V.), una empresa de telefonía móvil perteneciente a Telmex y una unidad de América Móvil con 910 millones de dólares por abuso de su poder de mercado significativo con el fin de desplazar indebidamente a sus competidores y por lo tanto afectar el proceso de competencia en los mercados de telefonía fija y móvil, en perjuicio del consumidor, incurriendo en una práctica monopólica relativa prevista en la sección XI del artículo 10 de la Ley de Competencia. El importe de la multa corresponde al 10 por ciento de los activos de Telcel, que era la pena máxima prevista en el artículo 35 de la Ley de Competencia en caso de reincidencia. Se aplicó la multa máxima dadas las condiciones de gravedad, daño, intencionalidad, participación de mercado, tamaño del mercado, duración de la práctica, reincidencia y capacidad económica del infractor, conforme a lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley de Competencia. La sanción impuesta a la empresa Telcel fue por prácticas monopólicas relativas repetidas en el mercado de terminación de llamadas en teléfonos móviles por una denuncia interpuesta por numerosos operadores, entre ellos, Axtel, Alestra, Marcatel, Megacable, Protel y Telefónica. DE-037-2006

La CFC determinó que Telcel había participado en estrechamiento de márgenes mediante el cobro de tarifas a otros proveedores que les impedían competir. La Comisión determinó que Telcel aumentó los costos de sus competidores mediante la imposición de una tarifa de interconexión (fuera de red u *off-net*), que era más alta que los precios que cobraba a sus usuarios finales. Se estimó que los problemas asociados a las altas tarifas de interconexión en México generaron daños de 6 mil millones de dólares cada año a los clientes.¹³⁶

La CFC exigió a Telcel implementar una solución para corregir o eliminar las prácticas y eliminar el daño al proceso de competencia y a los consumidores. En 2011, Telcel apeló el fallo de la CFC, y en abril de 2012, Telcel retiró su recurso de reconsideración de la decisión y aceptó el régimen de tarifa reducida hasta 2014. La CFC ha anunciado que retirará la multa contra Telcel siempre y cuando cumpla con estas condiciones.

¹³⁵ Comisión Federal de Competencia de México, Comunicado 04-2011 Prácticas monopólicas relativas de interconexión. La decisión se puede encontrar en <http://resoluciones.cfc.gob.mx/DOCS/Asuntos%20Juridicos/V45/6/1518064.pdf>

¹³⁶ Recomendaciones para promover un marco normativo favorable a la competencia en la interconexión de redes de telecomunicaciones, junio de 2009, OCDE, <http://www.oecd.org/dataoecd/32/6/45049465.pdf>.

Caso 4.5.4. - Chile - 2010 - Discriminación de precios on-net/off-net - Estrechamiento de márgenes.¹³⁷

El 21 de diciembre de 2010, la Fiscalía Nacional Económica (FNE) presentó una demanda ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) para que considerara fallar en contra de la discriminación de precios en las tarifas on-net/off-net en el mercado de telefonía móvil pública.

La principal preocupación de la FNE era la discriminación de precios que podría suponer una barrera para los nuevos participantes cuyos abonados pagarían tarifas off-net más caras. Estos nuevos participantes se caracterizan por pequeñas cuotas de mercado y las diferencias en las tarifas serían una barrera adicional para la captación de nuevos clientes. Además, el TDLC argumentó que no había una razón verdadera relacionada con el costo que explicara esa discriminación de precios.

La FNE, en su demanda, identificó medidas con el fin de corregir las siguientes distorsiones que son importantes para la discriminación on-net/off-net:

- i) Cobros de acceso excesivos,
- ii) Inconsistencias entre los cobros mayoristas (regulados) y los precios (no regulados) a los clientes finales,
- iii) Discriminación de precios on-net/off-net sin justificación de costos.

En consecuencia, la FNE hizo recomendaciones al Tribunal para que tomara las siguientes medidas:

1. Permitir diferencias de precios y descuentos por volumen únicamente con base en costos,
2. Ordenar a las empresas de telefonía móvil ofrecer sus planes tarifarios alternativos tanto a los clientes prepago como a los clientes postpago sin discriminación de precios (ya sea para red de destino u hora del día),
3. Prohibir las promociones por tiempo indefinido, así como las que incluyen una gran cantidad de minutos on-net dentro de un plan regular,
4. Establecer un precio on-net más alto que la tarifa de acceso móvil,
5. Aplicar el criterio de "retail minus" (es decir, establecer una diferencia mínima entre el precio minorista y la tarifa de acceso) entre la tarifa de acceso y el precio final al cliente por planes tarifarios basados en la afinidad y las relaciones familiares.

¹³⁷ Informe de la FNE itlc_0001_2011.

En su informe itlc_0001_2011 el TDLC concluyó lo siguiente:

- No fue posible establecer que la discriminación de precios on-net/off-net es por sí misma un comportamiento contrario a la competencia para obstaculizar la entrada de nuevos operadores, teniendo en cuenta la compleja causalidad de la asimetría, como por ej., la diferencia entre los cargos de acceso fijados por la autoridad y los costos reales de utilización de la red para terminar llamadas; así como los incentivos de las empresas a usar sus propias redes, aprovechando las economías de escala.
- Un nuevo operador tiene mayores costos por terminación de llamadas que los operadores incumbentes, debido a la diferencia entre el cargo de acceso y el costo real de utilización de la red.
- La implementación de medidas para eliminar completamente la discriminación on-net/off-net podría dificultar la creación de nuevos planes tarifarios, especialmente los relacionados con empresas filiales.

Caso 4.5.5. - Francia - definición del mercado - servicio combinado o "bundling" - servicio multiplay ofrecido por operadores de ADSL¹³⁸

El Consejo de la Competencia de Francia examinó si dos servicios eran separados o un único producto integrado en su decisión sobre las ofertas de *multiple play* (TV, acceso a internet y telefonía) de operadores de ADSL (es decir, operadores de "Línea digital asimétrica de abonado", una tecnología de comunicación de datos que permite una transmisión de datos a través de líneas telefónicas de cobre más rápida que un módem de banda vocal convencional).

El examen que realizó el Consejo de la Competencia de la práctica de vender programas "catch up TV" (televisión a la carta que ofrece repeticiones de series y programas) de France Télévisions como parte de los servicios de televisión ADSL de una presunta empresa dominante, sin ofrecer la posibilidad de separar el acceso a estos dos servicios, se basó en dos consideraciones: (i) Si esta oferta global era estándar en el mercado; y

(ii) si era técnicamente posible separar los servicios.

Sostuvo que los productos pertenecían al mismo mercado relevante y no había vinculación. La Autoridad de Competencia de Francia señala que, de hecho, cualquier servicio *multiplay* que ofrecen los operadores de ADSL requiere de una suscripción de acceso a Internet que contenga un paquete básico de canales que no se pueden separar.

¹³⁸ Decisión No. 08-D-10, ADSL

Caso 4.5.6. - Luxemburgo - Abuso de posición dominante - venta obligatoria - empresa de distribución por cable.¹³⁹

En diciembre de 2010, el Consejo de la Competencia de Luxemburgo emitió una decisión en el sector de las telecomunicaciones al encontrar que una empresa de distribución por cable de Luxemburgo había abusado de su posición dominante (resolución No. 2010-FO-03). El Consejo consideró que Coditel S.à rl, un proveedor de servicios de televisión por cable (y otros servicios de telecomunicaciones a través de cable), había abusado de su posición dominante al

- (i) Cobrar precios excesivos por servicios de televisión por cable,
- (ii) Obligar a sus clientes a adquirir el equipamiento técnico necesario para recibir los programas de televisión comercializados por Coditel, y
- (iii) La agrupación (técnica) o *bundling* de ciertas funciones de este equipo.

El Consejo definió el mercado de productos de referencia como el mercado para la distribución de servicios de televisión por cable, DSL y satélite. Desde un punto de vista geográfico, el Consejo limitó el mercado a aquellas áreas del territorio nacional cubiertas por la red de cable propiedad de Coditel.

La decisión del Consejo no impuso una multa a Coditel pero sí las siguientes soluciones:

- i. La prohibición de cobrar costos injustificados a sus clientes,
- ii. La obligación de permitirle a los clientes comprar su propio equipo técnico con otros proveedores, y
- iii. La obligación de comercializar el equipo técnico sin las funciones adicionales. Para los dos últimas soluciones, el Consejo estableció, además, la obligación de que Coditel informara de manera activa y claramente a sus clientes de estas nuevas posibilidades.

¹³⁹ G.C.L.R. 2011, 4(1), R8-9.

Conclusión

Las compresiones de márgenes son especialmente atractivas para las empresas de telecomunicaciones dominantes. Si se logran con éxito, mantienen simultáneamente altas ganancias y excluyen o debilitan a los competidores.

Como se señala en el relato anterior, interponer un caso de estrechamiento de márgenes es un ejercicio bastante intrincado. A menos que el margen sea negativo, se requiere hacer un ejercicio de costos. Por esta razón, la decisión de interponer un caso no se debe tomar a la ligera.

Por último, la autoridad de competencia, al desplegar sus limitados recursos, ha de tener en cuenta el impacto del acto correspondiente en los consumidores. En la práctica, esto puede significar tener que considerar qué tan efectiva es un estrechamiento de márgenes para enfriar la competencia o excluir a los competidores.

4.6 COMPORTAMIENTO COLUSORIO

Introducción

Si las redes fijas tienden a ser monopolios, entonces el mercado móvil tiende a contener un pequeño número de redes. Este es el producto conjunto de la regulación y de los factores de la demanda y de la oferta que determinan la estructura del mercado. La regulación juega un papel fundamental, porque las autoridades normalmente otorgan licencias a operadores de redes y asignan espectro para que las redes lo utilicen. Esto significa que la regulación y la política juegan un papel importante en la determinación de la estructura. Al mismo tiempo, estas decisiones tienen en cuenta el hecho de que la estructura de costos de las telecomunicaciones móviles se inclina hacia una estructura de mercado de "pequeñas cantidades"; en otras palabras, el sector parece ser un oligopolio natural. A nivel mundial, la tendencia en la actualidad es hacia una mayor concentración,

a través de concentraciones y adquisiciones, y, en algunos casos,- debido a la salida de operadores sin éxito.

Otra tendencia, impulsada por consideraciones de costo, es el uso compartido de redes por parte de operadores. Esto puede ser simplemente compartir torres, o puede extenderse a compartir la electrónica o incluso de espectro. Nos ocupamos de este tema en el capítulo 4.7.

¿Cuál es el abuso?

La colusión implica que empresas trabajen juntas en contra de los intereses de los clientes, en lugar de competir y perseguir sus propios intereses de forma independiente de modo que, según los economistas desde tiempos de Adam Smith, beneficie a los clientes. La cuestión de la colusión entre los operadores se plantea tanto en relación con las estructuras existentes y cuando se contempla una fusión o adquisición. El análisis de la política de competencia es diferente en estos dos casos en un aspecto importante. Si una estructura de mercado existente es objeto de examen, la conducta y el desempeño de las empresas relevantes son el problema, y el análisis es después de los hechos o *ex post*. Si la autoridad de competencia está considerando una propuesta de fusión, la pregunta es si un *cambio* en la estructura del mercado va a crear o reforzar el poder de mercado o posición dominante o disminuirá la competencia (efectos coordinados). El análisis está, pues, orientado hacia el futuro, y requiere de hacer conjeturas antes del hecho o *ex ante* acerca de una futura estructura de mercado diferente.¹⁴⁰ Estos dos tipos de investigaciones requieren enfoques diferentes, pero pueden confiar en el mismo análisis subyacente de los factores que operan para alentar o desalentar la colusión.

La colusión puede ser explícita o implícita. Es explícita cuando los operadores se

¹⁴⁰ Los órganos de regulación del sector tienden a operar en un tercer contexto temporal. Miran hacia el futuro (operando sobre una base *ex ante*), pero normalmente dentro de una estructura de mercado existente.

comunican entre sí para acordar la forma de fijar precios o cómo dividir el mercado.¹⁴¹ Los acuerdos pueden ser verbales o por escrito. El *modus operandi* alternativo, conocido como la colusión tácita, comportamiento paralelo o conducta coordinada, implica que las empresas reconozcan su interdependencia y luego se comporten de maneras que reduzcan o eliminen la competencia. Un ejemplo muy simple sería que cada una de dos o tres empresas cobrasen el mismo precio por un servicio para que cada una reconociera que si se recorta ese precio, las demás harían lo mismo, y como resultado, todas enfrentarían menos ganancias. En ciertas circunstancias, los precios altos podrían mantenerse sin ninguna comunicación.

Esto sugiere que las dos formas de abuso son similares, o pueden estar presentes simultáneamente. En Francia, el regulador de las telecomunicaciones publicó un documento cuestionando si los operadores móviles del país se estaban coludiendo tácitamente al negarse a conceder licencias a operadores de redes virtuales móviles (MVNOs).¹⁴² Poco después, la autoridad de competencia descubrió que se reunían regularmente para fijar ofertas especiales y cuotas de mercado (véase el Caso 4.6.1 a continuación).

Desde el punto de vista del cliente, los efectos de la colusión explícita y tácita, son básicamente los mismos: altos precios, mala calidad e innovación limitada. Pero hay una diferencia en cuanto a la prueba del daño. Si las empresas acuerdan expresamente fijar precios o repartirse los mercados y los acuerdos se mantienen, el caso contra ellas es tan claro como el agua. De hecho, en un número creciente de jurisdicciones, tales conductas violan no solamente la ley penal, sino también la ley de competencia. Sin embargo, demostrar colusión tácita es más difícil, como se muestra a continuación. El problema es

¹⁴¹ Véase la famosa cita de Adam Smith en *La riqueza de las naciones*: "Las personas que se dedican al mismo oficio rara vez se reúnen, incluso para entretenimiento o diversión, pero la conversación termina en una conspiración contra el público, o en alguna estratagema para elevar los precios."

¹⁴² Los operadores comenzaron a hacerlo, por lo que la demanda fue retirada.

que, si las empresas se están coludiendo tácitamente respecto a precios, se observa que cobran lo mismo. ¿Qué es lo que observamos si compiten vigorosamente en un mercado homogéneo? Cobran lo mismo.

Como se señala en el apartado 2 anterior, las autoridades de competencia pueden cometer dos tipos de errores. En uno, el comportamiento dañino e ilegal no es reconocido ni castigado. En el otro, una conducta legal que beneficia a los consumidores se condena injustamente. Sería un error del segundo tipo si las empresas fueran disuadidas de participar en competencia de precios, ya que de hacerlo podrían quedar susceptibles a ser acusadas de comportamiento paralelo. Es debido a esta posibilidad que se debe tener cuidado cuando se llevan casos de competencia con colusión tácita.

Hay una diferencia en el manejo de la colusión entre Europa y los Estados Unidos. En Europa, los acuerdos explícitos están sujetos al artículo 101 del Tratado¹⁴³, que los prohíbe a menos que "*contribuyan a mejorar la producción y distribución de bienes o el avance técnico*". La colusión tácita está sujeta al artículo 102, que prohíbe el abuso de posición dominante por "*una o más empresas*". Cuando varias empresas están operando de manera tácita en paralelo, se dice que existe dominancia colectiva o conjunta. El manejo conforme a artículos separados ha llevado a diferentes procedimientos con respecto a la colusión explícita y tácita. En otras jurisdicciones, se manejan de manera más uniforme.

En los casos antimonopolio en los EE.UU., los tribunales permiten que los acuerdos se establezcan mediante pruebas circunstanciales, pero han solicitado que las pruebas circunstanciales económica vayan más allá de un movimiento paralelo en el precio para llegar a la conclusión de que la conducta de las empresas ha cruzado la línea y entrado al ámbito de violación potencial de la ley de competencia. Las formas adicionales de evidencia económica circunstancial se conocen colectivamente como "factores

¹⁴³ Tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea

adicionales".¹⁴⁴

¿Cómo y dónde funciona la colusión tácita?

Nuestro entendimiento de las circunstancias en las que la colusión tácita puede funcionar se ha desarrollado en los últimos años, y esto ha dado lugar a la adopción de principios de la ley de competencia que están vinculados con el análisis económico. Este enfoque en los efectos económicos probables, más que en los aspectos formales o legales de la conducta ha mejorado los efectos benéficos de las medidas contra la colusión.

El enfoque básico adoptado en Europa es el de suponer que cada una de las siguientes tres condiciones tiene que cumplirse para que sea posible la coordinación tácita:¹⁴⁵

- Las empresas tienen que ser capaces de llegar a un acuerdo sobre los términos de su coordinación y para asegurarse de que sus socios se adhieran al mismo; (Esta condición es necesaria, ya que cada empresa tiene que comprobar si las otras se están saliendo del acuerdo.)
- La coordinación tiene que ser sostenible internamente entre el grupo de las empresas involucradas. Esto significa que debe ser en el interés de todas las empresas cumplir con el acuerdo; (En particular, si se descubre que una empresa está haciendo trampa, debe temer represalias por parte de los demás).
- La coordinación tiene que ser sostenible externamente. Esto no se cumpliría si una empresa externa pudiera entrar y tomar los negocios del grupo que se está coordinando. (Por lo tanto, la coordinación entre las empresas nacionales no sería eficaz si las importaciones fueran de libre acceso).

¹⁴⁴ Véase W Kovacic et al. "Factores adicionales y acuerdo sobre la ley antimonopolio", *Michigan Law Review*, 110, 2011, pp 393-435.

¹⁴⁵ Estos son generalmente conocidas como las condiciones de Airtours, ya que fueron expuestas por primera vez en la sentencia del Caso Airtours contra la Comisión T-342/99[2002] ECR II-258.

Ahora bien, es necesario comprobar si y cuándo estas condiciones pueden ser cumplidas por los operadores móviles.

De acuerdo con la primera condición, se tiene que alcanzar un acuerdo sin comunicación. Esto es de por sí más probable en un mercado de "pequeñas cantidades", como en el de las telecomunicaciones móviles. ¿Qué podría ser acordado en estas circunstancias?¹⁴⁶Una solución podría ser acordar tácitamente precios o cuotas de mercado. Con la proliferación de tarifas, un acuerdo nuevo y completo sobre precios podría ser difícil de lograr. Sin embargo, es más simple un acuerdo para mantener los precios tal y como están, y puede funcionar si la relación entre la caída de costos y la tasa de inflación permite lograr ganancias con precios nominales constantes. Por otra parte, un operador, o cada operador, a su vez, podría subir los precios, y luego todos los demás harían lo mismo. Si las cuotas de mercado son el punto focal, es posible que se tengan que lograr acuerdos separados en cuanto a clientes prepago, postpago y corporativos.

En segundo lugar, cada operador debe ser capaz de observar los resultados de los otros operadores en relación con precios o participación de mercado sin necesidad de comunicaciones especiales. Los precios de los servicios móviles son casi transparentes de esta manera, como resultado de la publicidad, excepto por los clientes corporativos que pueden recibir ofertas especiales. Asociaciones comerciales, servicios comerciales o incluso los reguladores a menudo publican los datos de participación de mercado con un breve retraso. Los operadores también pueden tomar una decisión coordinada de no permitir a operadores de redes virtuales móviles entrar en sus redes. La decisión de hacerlo será transparente para los competidores. Por tanto, parece probable que la primera condición se pueda cumplir.

¿Se adherirán los operadores móviles al acuerdo, según lo requerido por la segunda

¹⁴⁶ O, para decirle técnicamente, en qué "punto focal" podrían ponerse de acuerdo los operadores.

condición?

Esto es más probable si son similares en términos de costos y tamaño. Un acuerdo sobre un precio coordinado será difícil entre una empresa con un alto costo marginal y una empresa con uno bajo. Además, dos empresas, cada una con una cuota de mercado del 20% tendrán dificultades para acordar un precio coordinado con una empresa con una cuota de 60%, ya que la mayor parte de las ganancias irán a la gran empresa. En un análisis de colusión una autoridad de competencia tiene que decidir, de acuerdo a la evidencia, qué operadores están dentro y cuáles están fuera del grupo que se está coordinando.

La coordinación sólo funciona si los operadores se adhieren a lo que han acordado. Esto requiere de un método por el cual una parte que incumpla pueda ser castigada y colocada en una situación peor de aquella en la que estaría si se hubiera adherido al acuerdo tácito. Si un operador amplía su participación de mercado en contra del acuerdo, otros probablemente encontrarían beneficioso para sus propios intereses reducir los precios y recuperar la participación perdida. Por lo tanto, en las telecomunicaciones móviles, es probable que esta condición se cumpla y, como resultado, todos sufrirían. Depende, sin embargo, de interacciones repetidas entre las partes. Si todos enfrentaran una oferta única e irrepetible, todos harían trampa.

La condición final se refiere a la existencia de operadores fuera del acuerdo. Un competidor móvil necesita acceso al espectro. A falta de un acuerdo de red móvil virtual (MVNO)¹⁴⁷, se requiere de una licencia de espectro por parte del gobierno o de un regulador. Por lo general no son fáciles de conseguir. Si un operador de red con licencia de tamaño pequeño y económicamente vulnerable es excluido del acuerdo, puede elegir no provocar a los operadores más grandes con recortes de precios significativos, prefiriendo beneficiarse de los precios más altos que provocar una guerra de precios.

¹⁴⁷ Véase capítulo 2.

Estas, sin embargo, son excepciones, como se analiza en el Caso 4.6.2 a continuación.

En resumen, es muy probable que se cumplan las condiciones de la coordinación tácita en muchos casos en mercados de comunicaciones móviles ya que:

- Transparencia de tarifas es una característica de dicho mercado,
- Están disponibles puntos focales,
- Las estructuras de costos son muy similares,
- A menudo, los mayores operadores tienen cuotas de mercado más o menos simétricas,
- Los operadores interactúan a través de oportunidades frecuentes para establecer tarifas,
- Es muy probable que sea racional que otros participantes "castiguen" a un operador que rompa el acuerdo tácito,
- Existen barreras a la entrada, algunas de ellas (a través de MVNOs) ejercidas por los operadores que están en colusión tácita.

Por supuesto, esto sólo demuestra que, en algunos casos, algunos operadores pueden tener la motivación y los medios para coludirse tácitamente. La autoridad de competencia tiene que demostrar (en los casos de fusión) que es probable que suceda, y en casos *ex post*, que ha ocurrido.

Recopilación de evidencia

Cuando la colusión es explícita, debe estar basada en acuerdos, que, incluso si se hicieron verbalmente, seguramente se escribieron en algún momento, por ejemplo, cuando los funcionarios de menor nivel, quienes normalmente hacen los acuerdos, reportaron por correo electrónico a sus superiores. Los operadores pueden ser reacios a confiar en memorias falibles para dicho acuerdo comercial tan importante, y los registros escritos reducir las posibilidades de conflictos. A modo de ejemplo, cuando la Autorité de la

Concurrence de Francia investigó un acuerdo de reparto de mercado entre res operadores móviles franceses, encontraron evidencia de los acuerdos escrita a mano, refiriéndose de forma explícita a acuerdos, incluso el uso del término "Yalta de la cuota de mercado".¹⁴⁸ Las políticas de comercialización concertadas de los operadores apoyaban la evidencia directa de una serie de acuerdos. (Véase el Caso 4.6.1 a continuación) Programas de clemencia para el primer participante en confesar también pueden ayudar a generar evidencia.¹⁴⁹

En el caso de colusión tácita, dicha evidencia no existe. Por tanto, es necesario contar con evidencia indirecta en relación con la conducta del mercado y los resultados. El alcance de la recopilación de pruebas difiere entre casos de fusión y casos relativos a conducta coordinada dentro de una estructura de mercado determinada.

En el caso de una fusión, hay cuatro posibilidades en relación con efectos coordinados:

- No hay coordinación antes y después,¹⁵⁰
- Coordinación antes, que empeoró por la fusión,
- Coordinación antes, que no se vio afectada por la fusión,
- Coordinación tras la fusión.

Evidencia de coordinación previa, basada en observaciones del tipo que se indica a continuación, es, por lo tanto, relevante. Sin embargo, en ausencia de tal evidencia, sigue siendo necesario considerar si la coordinación es más probable que surja tras, digamos, una fusión móvil de "cinco a cuatro" o de "cuatro a tres". Esto se tiene que hacer sobre la base de los postulados básicos, abordando esencialmente en el caso que nos ocupa las

¹⁴⁸ Yalta fue la ubicación de una reunión en 1945 entre Stalin, Roosevelt y Churchill en la que acordaron la división de esferas de influencia en la Europa de la posguerra.

¹⁴⁹ Véase, por ejemplo, el programa de indulgencia brasileño que se describe en Mauro Grinberg, 'Leniency program in Brazil', in E Fox and D Sokol (eds.) *Competition Law and policy in Latin America*, Hart Publishing, 2009, pp. 147-156.

¹⁵⁰ La concentración aún puede tener efectos nocivos a través de una conducta diferente de la empresa fusionada.

características del mercado analizadas en la sección anterior. De acuerdo con la ley pertinente, la autoridad de competencia tiene entonces que decidir si permite que la fusión siga adelante, con o sin condiciones, o si la bloquea. En el Caso 4.6.2 a continuación se ofrece un ejemplo de este tipo de investigación.

Cuando se alega coordinación dentro de una estructura de mercado preexistente, la cantidad de conjeturas que se requieren baja significativamente. La tarea aquí es examinar el comportamiento y los resultados, y llegar a una conclusión. En particular, en el caso de las comunicaciones móviles, se pueden investigar los siguientes asuntos:

- *La evolución de las cuotas de mercado.* Estas se pueden rastrear durante un período de, por ejemplo, 5 a 8 años, y el grado de estabilidad establecido.
- *El examen del comportamiento de los precios.* Esto es más difícil de lo que parece, debido a la multiplicidad probable de tarifas, lo que las hace difíciles de comparar. Una posible forma de evitar esto es tomar canastas típicas de consumo, por ejemplo, las de un usuario frecuente prepago o postpago, las de un usuario medio y las de un usuario poco frecuente, y, utilizando antiguas listas tarifarias, comparar el precio más barato disponible en todas las redes. En algunas jurisdicciones, hay servicios comerciales que ofrecen este servicio, o un organismo como la OCDE puede encargarlo. Como muestra el Caso 4.6.3 siguiente, esto podría mostrar precios muy estables, o cambios de precios coordinados, pero hay que tener en cuenta la interpretación alternativa de tal paralelismo como la marca de un mercado competitivo.
- *El momento oportuno de las innovaciones.* El comportamiento paralelo puede extenderse a la innovación, así como a los precios.
- *Los contratos con operadores de redes virtuales móviles (MVNOs).* En un mercado competitivo, un operador de red probablemente pensaría en otorgar licencias a uno o más MVNOs, que operaran en un segmento diferente al del

mercado del propio operador. Si no hay ningún operador de red que haya otorgado alguna licencia a un MVNO, pese a diversas solicitudes, esto puede ser una señal de una negativa concertada.

- *La rentabilidad del operador.* Si los rendimientos de los operadores de red superan sistemáticamente el costo del capital, esto puede apoyar la propuesta de que se están obteniendo ganancias a través de un comportamiento coordinado.

Remedios

La pena por hacer un acuerdo explícito de fijación de precios o reparto de mercados suele ser una multa al operador de que se trate, que puede ir acompañada de acción penal y encarcelamiento de los individuos involucrados. Otorgar indulgencia a la primera empresa participante que revele el acuerdo a las autoridades ha sido eficaz en muchas jurisdicciones, sembrando desconfianza entre los conspiradores.

Cuando el delito es colusión tácita, las penas pueden ser las mismas, o pueden limitarse únicamente a multas. En este caso, la autoridad debe estar consciente de que el temor a las penas puede disuadir a los operadores de dar una respuesta competitiva normal a, por ejemplo, una reducción de precio por parte de un rival. Para mantener los beneficios a los consumidores, es útil si la autoridad de competencia busca aclarar qué acciones son aceptables y cuáles pueden dar lugar a una investigación.

Casos¹⁵¹

Caso 4.6.1. - Francia 2005 - Colusión entre operadores móviles de Francia.¹⁵²

El 1 de diciembre de 2005, la Autoridad de Competencia de Francia anunció que había impuesto multas por un total de 698 millones de dólares a tres operadores de telefonía móvil: Orange France, SFR y Bouygues Telecom. Se descubrieron dos prácticas.

En primer lugar, entre 1997 y 2003, los operadores de telefonía móvil habían intercambiado mensualmente números específicos e información confidencial de suscripciones nuevas y canceladas. El Consejo consideró que, aunque los datos intercambiados no estaban relacionados con las decisiones de fijación de precios que los operadores tenían intención de adoptar, los intercambios de información tendían a reducir la intensidad de la competencia en el mercado móvil.

En un mercado con sólo tres participantes donde la entrada era muy difícil, el intercambio de información de este tipo seguramente iba a afectar la competencia, reduciendo la incertidumbre acerca de la estrategia de otros actores y reduciendo la autonomía de las empresas individuales, especialmente cuando, como en el caso del mercado de la telefonía móvil de 2000, el crecimiento de la demanda se estaba desacelerando bruscamente. Además, el Consejo observó que, estos intercambios permitían a los operadores monitorear el acuerdo que habían alcanzado, además de la evolución de sus respectivas cuotas de mercado.

En segundo lugar, se encontró que los tres operadores habían acordado estabilizar la evolución de la cuota de mercado entre 2000 y 2002. Se comprobó la existencia de un diálogo a través de documentos manuscritos que mencionaban explícitamente un "acuerdo" entre los tres operadores o la "pacificación del mercado" o la "Yalta de la cuota de mercado", así como similitudes observadas durante este período en las políticas de los operadores. Este diálogo dio lugar a una relativa estabilidad en el mediano plazo en la participación de mercado de los tres operadores en cuanto a nuevas suscripciones.

En relación con la práctica de intercambio de información, el Consejo tomó en cuenta la duración de las prácticas (1997 a 2003) y el gran tamaño del mercado afectado. El daño a la economía se midió contra la duración de la práctica (tres años) y el gran tamaño del mercado en cuestión. Cabe señalar también que el acuerdo se llevó a cabo en un mercado cerrado en el que los operadores de red no hicieron ningún acuerdo de operador virtual de red móvil (MVNO) durante el período en cuestión.

¹⁵¹ No proporcionamos resúmenes completos de los casos elegidos, muchos de los cuales involucran numerosos abusos. Nuestro relato está diseñado para enfatizar el manejo del abuso que se menciona en la sección correspondiente de este informe.

¹⁵² Con base en un boletín de prensa emitido por la Autoridad de Competencia de Francia, disponible en http://www.autoritedelaconurrence.fr/user/standard.php?id_rub=160&id_article=502

Caso 4.6.2. - UE - 2005 - M.3916 - T-MOBILE AUSTRIA / TELE.RING¹⁵³

La transacción de T-Mobile Austria/tele.ring en 2005 implicó la toma de control del número 4 en el mercado de la telefonía móvil de Austria (tele.ring) por el número 2 del mercado (T-Mobile Austria). Aunque la fusión incrementó la cuota de mercado de T-Mobile Austria a cerca de un tercio del mercado, la compañía se mantuvo más pequeña que Mobilkom, el mayor operador en el mercado de la telefonía móvil de Austria.

La CE planteó la preocupación de que tele.ring pudo haber tenido un impacto competitivo particularmente fuerte en el mercado austriaco dada su condición de proveedor de bajo precio y su cuota de mercado en continuo crecimiento, no obstante, se autorizó la operación después de que T-Mobile ofreció soluciones específicas diseñadas para fortalecer la posición de mercado de los operadores más pequeños vendiendo frecuencias UMTS a uno de ellos.

La Comisión Europea se refirió a tele.ring como un "inconformista"¹⁵⁴ ya que, desde su entrada en el mercado, había aumentado su cuota de mercado hasta 12% en 4 años (con base en el número de abonados y considerando solamente operadores de red). La Comisión temía que la eliminación de tele.ring del mercado austriaco podría reducir significativamente la presión competitiva sobre los operadores restantes.

A partir del análisis del comportamiento competitivo de tele.ring en el pasado, la Comisión concluyó que tele.ring era el operador más activo en el mercado, ejercía considerable presión competitiva y desempeñaba un papel crucial en limitar su política de precios. Por tanto, el análisis sugirió que tele.ring desempeñó el papel de un "maverick" (o no conformista) en el mercado.

La Comisión analizó adicionalmente los incentivos de los operadores de telefonía móvil para ofrecer precios agresivos, en particular, con el fin de atraer a nuevos clientes. La Comisión consideró que la fusión aumentaría aún más el número de clientes de T-Mobile y con ellos se fortalecería su incentivo para concentrarse en la rentabilidad de sus clientes existentes en vez de apuntar a la captación de nuevos clientes. Asimismo, la Comisión consideró que después de la transacción ningún otro operador podría asumir el papel que tele.ring había desempeñado en el pasado.

¹⁵³ 2007/193/EC: Decisión de la Comisión del 26 de abril de 2006 declarando una concentración compatible con el mercado común y el funcionamiento del Acuerdo EEE (Caso COMP/M.3916 — T-Mobile Austria/tele.ring) (notificada con el número de documento C(2006) 1695) *Official Journal* L 088 , 29/03/2007 P. 0044 – 0046.

¹⁵⁴ A fin de mantener la colusión, las partes en coordinación tienen que desviarse de la conducta que sería óptima en el corto plazo, es decir, teniendo en cuenta los precios de los competidores sería rentable fijar el precio por debajo del nivel de colusión. Los inconformes o "mavericks" son rivales que no deseen formar parte del grupo de coordinación, debido a su cultura empresarial o por otras razones. La existencia de un inconforme puede evitar que otras empresas se coordinen de manera efectiva.

La Comisión llegó a la conclusión de que, debido a la eliminación del no conformista en el mercado, seguramente la operación provocaría efectos no coordinados e impediría significativamente la competencia efectiva.

Para permitir la operación, la Comisión aceptó soluciones que crearían un operador que probablemente jugaría un papel en el mercado similar al que jugaba tele.ring. Las soluciones elegidas fueron vender dos paquetes de frecuencias y desincorporar un número muy grande de emplazamientos de telefonía móvil (incluyendo todo el equipo técnico necesario), principalmente a operadores más pequeños. Así, el otro operador pequeño (H3G) adquiriría las partes esenciales de la infraestructura de red de tele.ring con el fin de poder construir una red en todo el país y convertirse rápidamente en un operador de red completa. Esto crearía incentivos similares para H3G similares a los que tele.ring había utilizado en el pasado para hacerse de nuevos clientes. Estos compromisos eliminarían el riesgo de un obstáculo significativo para la competencia efectiva en el mercado minorista de servicios de telefonía móvil en Austria en lo que respecta a posibles efectos no coordinados y coordinados.

Decisión: La adquisición de Tele.ring por parte de T-Mobile fue aceptada bajo la condición de que Tele.ring desincorporara frecuencias y emplazamientos de telefonía móvil, con el fin de preservar la competencia.

Caso 4.6.3. - Irlanda - 2004 - Investigación del mercado móvil de Irlanda.¹⁵⁵

En este caso se describe una investigación conforme a la legislación específica del sector del grado de competencia en el mercado móvil irlandés. No es un caso de derecho de competencia, sino una ilustración de una técnica analítica para investigar el grado al que los precios en el sector móvil se mueven en paralelo. Cabe destacar que el regulador no encontró nada en cuanto a colusión tácita o posición dominante colectiva. Esto subraya el punto de que las pruebas examinadas pueden apuntar ya sea a un abuso o a ningún abuso.

Las participaciones de mercado de los operadores en el mercado móvil irlandés cambiaron considerablemente en la década hasta 2004. El antiguo monopolio, ahora Vodafone, perdió rápidamente participación cediéndola al participante inicial, ahora O2, pero las participaciones luego se estabilizaron. El tercer operador, Meteor, encontró dificultades para avanzar.

¹⁵⁵ Commission for Communications Regulation, *Market Analysis: Wholesale Mobile Access and Call Origination*, (04/118a), December 2004

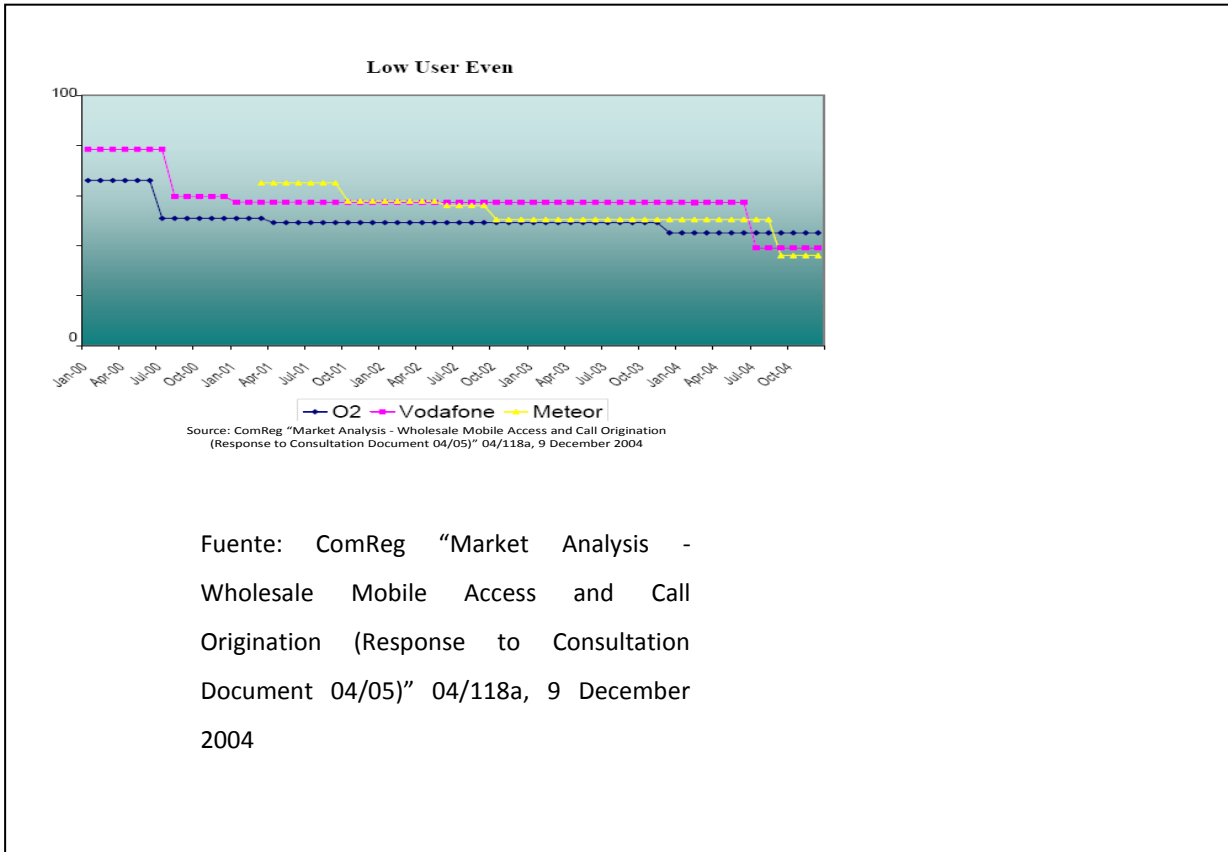


Figura 4.6. Tarifas de tres operadores irlandeses 2000-04 para un usuario poco frecuente con un equilibrio entre llamadas a hora pico/no pico.

Cuando existen múltiples tarifas, es difícil comparar los precios de los operadores en cualquier fecha o a lo largo del tiempo. Se puede hacer, sin embargo, estableciendo las tarifas mínimas que un cliente con un patrón de demanda "representativo" podría obtener de cada uno de los operadores. La figura muestra la trayectoria de dichas tarifas disponibles durante el período 2000-2004 para un usuario poco frecuente con un buen equilibrio de llamadas a hora pico/no pico. Con base en estos datos, la autoridad de competencia luego evalúa el grado de paralelismo y forma un juicio acerca de su interpretación.

También se recogieron datos de rentabilidad, con miras a determinar rendimientos superiores, si los hubiere. Por último, se señaló que ningún MVNO tenía licencia en Irlanda durante el período en cuestión. Esto puede haber sido debido a la reticencia por parte de los operadores a celebrar acuerdos con potenciales competidores minoristas; pero puede haber sido debido a la falta de ofertas razonables de posibles MVNOs.

Conclusión

La evidencia internacional sugiere que la colusión, ya sea explícita o tácita, es un riesgo significativo en los mercados móviles. La transparencia de los precios, la capacidad de las empresas para igualar reducciones de precios realizadas por otro operador contrarias al arreglo abierto o tácito y la falta de competidores "externos", hacen que la práctica sea factible cuando se cumplen las condiciones apropiadas sobre simetría. Los programas de indulgencia pueden ayudar a descubrir carteles explícitos. La demostración de colusión tácita es más difícil, pero no imposible. Pero se tiene que tener cuidado de no confundir un comportamiento competitivo con conducta coordinada.

4.7 USO COMPARTIDO DE REDES MÓVILES

Introducción

En secciones anteriores se han examinado casos en que los operadores (solos o en combinación con otros) podrían contravenir las leyes de competencia, actuando de maneras que van en detrimento de los usuarios finales. Aquí examinaremos acuerdos entre operadores móviles para compartir infraestructura, una zona que puede ser favorable a la competencia, por ejemplo, facilitando la entrada, o anticompetitiva, por ejemplo, facilitando la colusión tácita.

En este capítulo, vamos a ver la base sobre la que tales acuerdos se pueden examinar, los diferentes niveles de uso compartido de infraestructura que pueden estar involucrados, y dónde se puede trazar la línea entre los acuerdos que promuevan la competencia y los que pueden dañarla. El uso compartido de la infraestructura puede ser beneficioso para los usuarios finales y para la comunidad en general debido a que:

- Trae beneficios ambientales y de salud pública,
- Facilita el desarrollo rápido de la red, en particular en zonas remotas, y

- Produce eficiencias que a su debido tiempo deberían dar lugar a precios bajos al consumidor.

La Comisión Europea reconoció el costo como una razón para compartir redes en relación con el desarrollo móvil de 3G, donde afirmó que dentro del alcance del marco jurídico consultaría "con el fin de explorar medidas concretas para facilitar el despliegue de redes y servicios 3G. Los temas a tratar incluyen, entre otros: ...

condiciones que deben cumplirse a fin de permitir compartir infraestructuras de red, que la Comisión considera en principio positivo debido a los beneficios económicos potenciales, con la condición de que se respeten las normas de competencia y las disposiciones pertinentes del derecho Comunitario".¹⁵⁶

¿Cuál es el problema?

Hay tres circunstancias básicas por las que se puede solicitar a una autoridad de competencia que examine situaciones que dos operadores de telefonía móvil proponen para compartir redes:

- Cuando por ley o reglamento, los operadores están obligados a compartir la infraestructura. En estos casos, puede haber todavía temas que sean del ámbito de la autoridad de competencia, dependiendo del origen y detalle del alcance de la obligación. Si, por ejemplo, el uso compartido es consecuencia de la regulación sectorial, se tendrá que considerar en qué medida la regulación estipula y determina los detalles del uso común. Si la ley es muy prescriptiva puede no haber un margen de discrecionalidad en cuanto a la

¹⁵⁶ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de Regiones: *The Introduction of Third Generation Mobile Communications in the European Union: State of Play and the Way Forward* COM (2001) 141. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52001DC0141:EN:NOT> Véase también el informe final en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0301:FIN:EN:PDF>

forma de actuar de los operadores de telefonía móvil. En tales casos, si la autoridad de competencia tuviera problemas de competencia, es posible que los operadores plantearan la defensa de la "compulsión o coerción estatal", es decir, que era algo que tenían que hacer. En tales casos, los problemas se tendrían que tratar al nivel de las autoridades competentes y no al nivel de los operadores. Si, sin embargo, la ley simplemente se limita a establecer los parámetros generales para este tipo de acuerdos y hay margen de negociación entre los operadores, entonces corresponde a las autoridades de competencia determinar si la forma en que la ley ha sido aplicada por los operadores plantea inquietudes de competencia o no.

- Cuando el acuerdo entre los operadores va más allá del mero acuerdo comercial de compartir y la transacción resultante es una *joint venture*, por ej., una compañía independiente y separada. En este caso, la transacción normalmente tiene que examinarse conforme a diferentes reglas (por lo general igual que una fusión).¹⁵⁷
- Cuando el acuerdo es un acuerdo comercial entre dos empresas independientes que deciden compartir infraestructura. Estos son los casos en que las partes acuerdan comercialmente compartir partes de su infraestructura. En estos casos la autoridad puede normalmente determinar si el acuerdo entre dos competidores tiene por objeto o efecto impedir, restringir o distorsionar la competencia en el mercado relevante.

¹⁵⁷ Un ejemplo es Mobile Broadband Network Limited (MBNL) del Reino Unido. Esta es una empresa conjunta o *joint venture* de administración creada por 3UK y T-Mobile (actualmente Everything Everywhere). MBNL es responsable de establecer y administrar una nueva red consolidada de emplazamientos para estaciones base. La consolidación de la red consiste en que T-Mobile y 3UK combinan sus emplazamientos de estaciones base, así como su hardware e infraestructura para operar una red única. La consolidación de la red es una forma de Uso Compartido de la RAN (Red de Acceso de Radio). De manera similar, pero no legalmente, una empresa conjunta o *joint venture* es el equipo conjunto de O2 y Vodafone llamado Cornerstone establecido en el 2009 para compartir sus antenas combinadas en el Reino Unido. Esto funciona de forma diferente a MBNL, ya que es un sistema mediante el cual O2 y Vodafone comparten las estructuras físicas en las que está situado su equipo de radio, en lugar de compartir las antenas, etc.

La cuestión para la autoridad de competencia en cualquier jurisdicción en particular es elegir cuál, en su caso, instrumento jurídico pertinente se debe aplicar a un caso de uso compartido de infraestructura.

¿Qué inquietudes surgen de ese uso compartido?

En la mayoría de las jurisdicciones existen disposiciones sobre conducta anticompetitiva que surgen de acuerdos entre competidores, cuya forma más extrema es el cartel. La base jurídica sobre la que se examinan los acuerdos de uso compartido de infraestructuras entre competidores es a menudo la misma, en pocas palabras, la cuestión de la competencia en estos casos es si el acuerdo tiene un efecto negativo sobre la competencia o si las partes involucradas en el acuerdo de uso compartido de infraestructuras:

- a) Mantienen su control independiente sobre elementos importantes de la red, y
- b) Permanecen siendo competidores totales sin elemento alguno de colusión.

Es importante recordar que para que los acuerdos entre competidores tengan efectos contrarios a la competencia, no es necesario que cualquiera de las partes tenga poder de mercado en un mercado relevante a pesar de dicho poder pueda ser relevante en el análisis a realizar.

Es poco probable que un uso compartido de infraestructuras vaya a tener como objetivo expreso la restricción de la competencia. Al igual que en la mayoría de los casos, la autoridad de competencia tiene que llevar a cabo el análisis económico necesario para determinar si el acuerdo va a tener tal efecto. Las áreas de preocupación que suscita el uso compartido de infraestructuras que hay que tener en cuenta son:

- Una reducción de la infraestructura/competencia mayorista,
- Posible bloqueo de otros operadores, y

- La competencia de los servicios aguas abajo se ve afectada ya que la actividad mayorista aguas arriba se convierte en un punto de contacto para iniciar efectos de colusión tácita /indirectos, debilitando así la competencia.

La competencia en las infraestructuras, donde los operadores tienen dos redes distintas e independientes, es una forma más fuerte de competencia que el acceso o la competencia basada en el servicio representada por los operadores de redes virtuales móviles (MVNOs). Esto se debe a que los proveedores de servicios toman como un hecho la red y sus costos, y compiten principalmente en términos de los factores de costo minorista y de servicio al cliente. Las redes de infraestructura que compiten, lo hacen en toda la cadena de valor y pueden diferenciar sus redes. Esto a su vez puede inhibir la innovación en el sector de la tecnología de la comunicación y la información (TCI), ya que la reducción en el número de infraestructuras competidoras puede provocar el uso de menos tecnologías por parte de todos los operadores. Este uso compartido puede reducir la innovación tanto en el nivel de hardware como de software, así como a nivel de nuevo producto/servicios minorista(s).¹⁵⁸

Otra área de preocupación es cuando los acuerdos establecen exclusividad entre las partes contratantes, lo que excluye a terceros. Si esto se permite, y en función de quiénes son las partes (por ej., si una ya tenía la cobertura más amplia debido a una anterior posición de monopolio), podría dar lugar a la exclusión de otros operadores que pueden tener dificultades para encontrar sus propios emplazamientos y competir con los que comparten la red.

El problema final y más difícil de tratar es el llamado efecto de "indirecto" de dicho acuerdo. Es posible que el acuerdo de uso compartido de infraestructura pudiera recaer

¹⁵⁸ Además, aunque se trata de una consideración política más que una de competencia, la ausencia de redes alternativas también puede tener un impacto en la seguridad de la red para el país, es decir, si hay un problema en una red como resultado de una falla, puede que no haya una red alternativa confiable para los usuarios.

indirectamente en un entendimiento que resultara en una competencia menos agresiva o incluso colusión entre los operadores en los mercados minoristas aguas abajo. En respuesta a una propuesta de uso compartido, las autoridades del Reino Unido señalaron que:

"Tales efectos pueden surgir de manera informal, facilitados por el acuerdo, por ej., de la coordinación de las disposiciones de la red, la cercanía de la relación entre los operadores y el reconocimiento de un interés común en reducir la competencia minorista. Se puede contribuir a la colusión tácita cuando un competidor tiene una amenaza verosímil de que puede tomar represalias con rapidez y eficacia "castigando" al otro si compite con fuerza en el mercado minorista. Estas amenazas pueden entonces fungir como un elemento de disuasión, de tal manera que el resultado es una competencia débil. Es concebible que el uso compartido de infraestructuras podría facilitar este tipo de comportamiento, haciendo que cada operador dependa de la infraestructura del otro".¹⁵⁹

Diferentes niveles de uso compartido de infraestructura

El interés entre los operadores en compartir el uso de la infraestructura ha crecido como resultado de la recesión económica, el aumento en el costo para obtener espectro y la construcción de nuevas redes 3G y 4G, así como un aumento en la preocupación respecto al ambiente y la salud pública por la proliferación de emplazamientos móviles. Los operadores tienen una política pública válida y razones comerciales para compartir que no pueden ser ignoradas. Sin embargo, como se indicó anteriormente, el uso compartido de las infraestructuras plantea problemas de competencia que deben equilibrarse con estos objetivos legítimos.

¹⁵⁹ Respuesta del Reino Unido en relación con el acuerdo de uso compartido de infraestructuras O2/T-Mobile 3G, Caso COMP/C1/N.38.370. Oct 2002

En las redes fijas, el uso compartido de infraestructuras ha tomado diferentes formas, algunas de las cuales han sido obligatorias por un cierto número de años. Estas incluyen reventa de líneas fijas, desagregación de bucle local, acceso indirecto, etc. Esto no se adoptaba normalmente en el sector móvil, donde las redes se podían duplicar más fácilmente.¹⁶⁰

Por lo general, el uso compartido de redes móviles se clasifica en dos grandes apartados:

- **Uso compartido de infraestructura pasiva**, es el uso compartido de elementos no electrónicos, de ingeniería civil de la red de telecomunicaciones. Esto incluye el derecho de paso, conductos, antenas, trincheras, torres, salas de máquinas y su correspondiente fuente de alimentación, aire acondicionado, etc.
- **Uso compartido de infraestructura activa**, es el uso compartido de los elementos activos de red o la inteligencia en la red, como por ej., estaciones base y nodos para redes de telefonía móvil, enlaces de transmisión, registro propio de posiciones, que, en combinación con una asignación de espectro genera el servicio móvil.

Aunque los enfoques adoptados en los EE.UU. y en la Unión Europea difieren, en principio, el uso compartido de elementos pasivos en general no plantea problemas de competencia, mientras que el uso compartido de frecuencias o componentes centrales de la red (es decir, elementos activos de red) será considerado en general como un problema.

Por ejemplo, tanto la Comisión Federal de Comunicaciones de EE.UU. (FCC) y la Comisión Europea fomentan el intercambio de "mástiles, antenas, torres y estructuras de soporte" sin importar el poder de mercado de las partes. Sin embargo, este no es el caso con los

¹⁶⁰ Véase Capítulo 2

elementos activos de la red. En dos casos europeos que se citan a continuación, la Comisión consideró que el uso compartido de emplazamientos entre operadores móviles no restringía la competencia, ya que la cooperación se extendía sólo a los elementos básicos de la red y las partes mantenían el control independiente de sus redes centrales incluyendo todas las partes inteligentes de la red y las plataformas de servicio que determinan la naturaleza y el alcance de los servicios prestados.

Por lo tanto, la Comisión decidió que el *roaming* nacional, que implica la prestación de servicios de llamadas a nivel mayorista entre operadores móviles puede limitaba la competencia a nivel mayorista, con posibles efectos perjudiciales en los mercados minoristas aguas abajo, debido a que:

- a) Barreras extremadamente altas, si no absolutas, a la entrada a nivel de red debido a la escasez de frecuencias, requisitos de concesión de licencias, y el nivel de inversión impiden cualquier forma de entrada al mercado,
- b) El *roaming* socava la competencia basada en las infraestructuras, ya que limita de manera significativa la competencia en cobertura, calidad y velocidades de transmisión,
- c) Este uso compartido reduce el alcance de la competencia de precios a nivel de servicios ya que los operadores se enfrentan a costos subyacentes similares y se les impide diferenciar sus ofertas a los clientes sobre la base de precio o calidad.

La ley de competencia europea permitió a la Comisión que excluyera dichos acuerdos, si los perjuicios eran compensados por los beneficios. Pero hacerlo dependerá de la evidencia.

Recopilación de evidencia

La recopilación de pruebas pertinentes puede ser un poco más fácil en estos casos que en otros. El número de operadores de telefonía móvil, sus áreas de cobertura, sus posiciones relativas en el mercado, y así sucesivamente, son fáciles de reconocer por las autoridades de competencia a partir de datos estadísticos disponibles. La naturaleza del acuerdo, sus términos y condiciones y los detalles de lo que ha de ser compartido debe describirse a detalle en el acuerdo entre las partes. Por consiguiente, puede ser fácil identificar, con asesoramiento técnico, en algunos casos, si los elementos que se van a compartir caen dentro del concepto de partes activas o pasivas de la red.

Es importante comprobar si existe algún elemento en el acuerdo que conlleve un comportamiento colusorio. Esto podría incluir obligaciones de precios minoristas e intercambio de datos entre los operadores que vayan más allá de lo necesario por razones puramente de seguridad de la red. Por último, las autoridades tienen que saber si, durante las juntas para discutir el uso compartido de redes, las discusiones corren el peligro de desviarse a otras áreas que pueden dar lugar a un comportamiento colusorio. Esto es particularmente peligroso cuando personal comercial asiste a juntas técnicas ya que dicho personal comercial es el responsable de la planificación y lanzamiento de nuevos productos y servicios.

El Organismo¹⁶¹ de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas (ORECE), que reúne a los reguladores de las telecomunicaciones en la Unión Europea, ha identificado algunos criterios no exhaustivos que podrían considerarse cuando se analiza este tipo de acuerdos. Estos incluyen:

- *"Si los acuerdos de uso compartido son unilaterales (un operador se*

¹⁶¹ Informe ORECE-GPER sobre infraestructura y uso compartido del espectro en redes móviles/inalámbricas - Junio 2011.

compromete a proporcionar acceso a otro), bilaterales (dos operadores están de acuerdo en permitirse acceso recíproco) o multilaterales (varios operadores están de acuerdo en los términos en que se prestarán acceso entre ellos),

- El ámbito geográfico del acuerdo de uso compartido (un emplazamiento, varios o todos los emplazamientos de una determinada región o el territorio de un estado miembro, internacional),
- El impacto en la situación de la competencia en los mercados afectados antes y después del acuerdo de repuso compartido (¿afecta el acuerdo parámetros de competencia importantes tales como cobertura, precio y calidad de red?)
- *Si los operadores que participan en el acuerdo de uso compartido mantienen su control independiente sobre la planificación de la radio y la libertad de añadir emplazamientos,*
- *Si los operadores están habilitados para celebrar acuerdos similares con otras partes (sin cláusulas de exclusividad),*
- *Si está garantizado que el intercambio de información entre las partes se limita a lo estrictamente necesario para los fines del acuerdo de uso compartido y no se extiende al intercambio de información comercial confidencial.*
- *Si los operadores mantienen la capacidad de diferenciarse en términos de precios, calidad y variedad servicios,*
- *Si la independencia de un operador de red esta predispuesta (en la que el énfasis estaría en evitar conductas colusorias)"*

Remedios

En vista de la naturaleza de la cuestión, los posibles remedios que la autoridad podría considerar incluyen:

- a) Prohibición total del acuerdo,
- b) Condiciones que se impongan; estas podrían adoptar la forma de requisitos para separar los activos o servicios compartidos o realizar otras modificaciones,
- c) Aprobación parcial, permitiendo el uso compartido de sólo aquellos elementos que no planteen problemas de competencia.

Aquí no se trata de otras soluciones posibles que se pueden considerar cuando la red host es también dominante, ni de temas de no discriminación.¹⁶²

En todos los casos las soluciones disponibles dependerán del ámbito de competencias de la autoridad. Por ejemplo, ha habido casos en el pasado donde las autoridades no tenían el poder de imponer soluciones de carácter estructural, como la separación estructural y, como tal, estas opciones eran limitadas.

Como se señaló anteriormente, los casos de infraestructura pasiva, suponiendo que el resto de los términos y condiciones fueran aceptables, normalmente no deberían causar problemas de competencia y, si estuvieran sujetos a notificación, dichos acuerdos podrían obtener la autorización necesaria.

En los casos de uso compartido de infraestructura activa la autoridad puede considerar la posibilidad de limitar la duración del período durante el cual se aplicará el acuerdo, si, por ejemplo, el objetivo es permitir que un nuevo operador se establezca. Se pueden requerir medidas de seguridad para permitir que otros operadores también tengan acceso a los mismos emplazamientos si hay preocupación de que no puedan ser capaces

¹⁶² Véase el capítulo 4.3 sobre discriminación.

de instalar infraestructuras competitivas debido a las leyes de planificación. En lo que se refiere a los elementos inteligentes de la red, puede ser conveniente prohibir el uso compartido, pero exigir que ambas partes instalen y ejecuten de forma independiente sus propios elementos para permanecer como competidores.

Finalmente, la autoridad puede necesitar quedar satisfecha de que haya salvaguardias apropiadas establecidas para que el intercambio de información entre las partes se limite al mínimo (por ej., información técnica) y que las partes no discutan entre sí cuestiones comerciales relativas a servicios, precios, etc. En un caso, se sugirió que los planes de cumplimiento de estos operadores pudieran estar sujetos a un escrutinio independiente de vez en cuando. Esta podría ser una solución más apropiada.

Casos¹⁶³

Caso 4.7.1. - UE - 2003 y 2004 - T-Mobile y O2¹⁶⁴ de Alemania y O2 y T-Mobile¹⁶⁵ del Reino Unido

En 2002, la Comisión Europea recibió dos solicitudes de operadores que proponían compartir sus redes 3G. Las solicitudes fueron en relación con Alemania (T-Mobile y O2) y con el Reino Unido (T-Mobile y O2)¹⁶⁶. El acuerdo alemán estipulaba uso compartido de emplazamientos, uso compartido de red de acceso de radio (RAN, *por sus siglas en inglés*) y *roaming* nacional. En el Reino Unido acordaron uso compartido de emplazamientos y *roaming* en las respectivas redes del otro en las que había huecos de cobertura, y uso compartido de emplazamientos sobre la base de un plan de radio común y en áreas remotas. También acordaron que, en el futuro, lanzarían sus redes con base en un plan común.

La Comisión consideró que existían dos mercados directamente afectados en ambos casos. En primer lugar, el mercado de emplazamientos e infraestructura de emplazamientos para equipos de radiocomunicaciones móviles digitales y en segundo lugar, el mercado de acceso mayorista al *roaming* nacional para servicios de comunicaciones 3G. También se vieron afectados, aunque sólo de manera indirecta, los mercados de acceso mayorista a los servicios 3G, así como los mercados minoristas aguas abajo para los servicios 3G.

La cuestión legal era si los acuerdos podían tener efectos negativos sobre la competencia, no sólo por la naturaleza del acuerdo, sino también por el contexto económico, como por ej., el poder de mercado de las Partes y otros factores con respecto a la estructura del mercado en relación con los mercados relevantes definidos y que se vieron directamente afectados por el acuerdo.

En relación con el acuerdo del Reino Unido, la Comisión consideró que el uso compartido de emplazamientos era ya algo común dependiendo de las necesidades, y aunque "*el uso compartido de instalaciones puede ser de beneficio ...*" también podía tener un impacto negativo sobre la competencia. En particular, mediante la reducción de la competencia entre redes negándoles a los competidores el acceso a los emplazamientos necesarios y a la infraestructura de los emplazamientos, bloqueado así a los competidores y, en algunos casos, posiblemente facilitando las conductas colusorias. Cuando el acuerdo de uso compartido de emplazamientos cubría componentes

¹⁶³ No proporcionamos resúmenes completos de los casos elegidos, mismos que involucran numerosos aspectos. Nuestro relato está diseñado para enfatizar el manejo de los asuntos que se abordan en la sección correspondiente de este informe.

¹⁶⁴ Caso COMP/38.369: T-Mobile Deutschland/O2 Germany: Network Sharing Rahmenvertrag, OJ 2004, L 75/32.

¹⁶⁵ Caso COMP/38.370: O2 UK Limited / T-Mobile UK Limited: Network Sharing Agreement, OJ 2003, L 200/59.

¹⁶⁶ La decisión con respecto al *roaming* nacional en Alemania se apeló con éxito en el CFI (O2 (Alemania) GmbH & Co OHG contra la Comisión de las Comunidades Europeas (Caso T-328/03)), sin embargo, como el *roaming* nacional no es realmente uso compartido de red sino uso de las redes de cada uno para prestar servicios a sus propios clientes, no hemos examinado esto a detalle.

"pasivos" de la red, como la estructura de soporte de la antena, estantes para la estación de base (Nodo B), refrigeración y alimentación eléctrica se consideraba que tenía un impacto limitado debido a los elementos de red involucrados y las partes retenían el control independiente de los componentes clave de sus redes de acceso, así como sus redes centrales que determinaban la naturaleza y el alcance de los servicios prestados. El uso de la Red de Acceso de Radio (RAN) para uso compartido podría incrementar el riesgo de que las partes tuvieran un nivel significativo de costos en común que podría facilitar la coordinación de los precios de mercado y la producción. Sin embargo, dado el grado limitado de uso compartido de componentes de la red por parte de los involucrados, el nivel de gastos comunes derivados del uso compartido de emplazamientos muy probablemente sería bajo. Por lo tanto, la Comisión concluyó que el alcance del uso compartido de emplazamientos era limitado y este aspecto particular del acuerdo de uso compartido de emplazamientos no planteaba problemas de competencia.

En relación con los riesgos derivados del uso compartido de información, la Comisión declaró que había una presunción de que el intercambio de información comercialmente delicada entre competidores era perjudicial para la competencia efectiva, ya que podía reducir la incertidumbre en el mercado y podía facilitar el comportamiento colusorio. En los casos particulares, la información intercambiada entre las partes podría considerarse secreto comercial, pero era principalmente de carácter técnico y no permitía que una de las partes comprendiera la estrategia general competitiva de la otra parte. Las partes también habían introducido resguardos que incluían (i) una cláusula que prohibía el intercambio de información sobre los precios de los productos y servicios, desarrollo de productos y planes de lanzamiento, y (ii) se habían comprometido a garantizar que todos los empleados involucrados en la implementación del proyecto recibirían orientación apropiada en cuanto a la ley de competencia pertinente, confidencialidad y cuestiones y obligaciones regulatorias. Aunque se sugirió que sería apropiado llevar a cabo una auditoría independiente de los resguardos de confidencialidad, la Comisión decidió que en este caso no era necesaria.

Las conclusiones de la Comisión fueron que las partes, en lo que se refería a uso compartido de infraestructura, conservaban el control independiente de sus respectivas redes, incluida la red central crítica, ya que esto se limitaba a componentes pasivos de la red de acceso. También conservaban la capacidad de diferenciar sus servicios aguas abajo ya que el nivel de gastos comunes provocados por el uso compartido de los emplazamientos no era significativo y mantenían el control de la red central y de las plataformas de servicios que determinan la naturaleza y el alcance de los servicios prestados. Por lo tanto, aunque el acuerdo tenía en algunos aspectos un efecto negativo sobre la competencia en virtud del derecho de la UE se podría excluir porque se cumplían ciertas condiciones.¹⁶⁷

Las partes que intervenían en el acuerdo alemán impugnaron el caso en los tribunales sobre los aspectos de la

¹⁶⁷ Las pruebas de la UE para hacer una excepción son si el acuerdo (i) contribuye a mejorar la producción o la distribución y fomenta el progreso técnico o económico, y (ii) si hay una parte justa de beneficios para los consumidores derivados del acuerdo, (iii) si es indispensable y (iv) si no elimina la competencia con respecto a una parte sustancial de los bienes y servicios afectados.

decisión relativos al *roaming* en los que la Comisión llegó a la conclusión de que los acuerdos de *roaming* nacional entre las partes restringieron la competencia. En el caso relacionado con el *roaming* el comentario del Tribunal sería relevante en casos similares ya que en su sentencia declaró que el examen de estos casos consistía esencialmente en tomar en cuenta el impacto del acuerdo sobre la competencia actual y potencial, y que la situación de la competencia en ausencia del acuerdo estaba intrínsecamente ligada a esos dos factores. (sic) El examen de la competencia sin un acuerdo de por medio "*parece ser especialmente necesario en lo relativo a los mercados que están en proceso de liberalización o mercados emergentes, ..., donde la competencia efectiva puede ser problemática debido, por ejemplo, a la presencia de un operador dominante, la naturaleza concentrada de la estructura del mercado o la existencia de importantes barreras de entrada*".¹⁶⁸

Caso 4.7.2. - Dinamarca - Acuerdo de uso compartido de Red de Acceso de Radio entre Telia Denmark A/S y Telenor A/S¹⁶⁹

El 29 de febrero de 2012, el Consejo de la Competencia de Dinamarca (DCC) autorizó un caso relativo a un acuerdo de producción horizontal en el sector de las telecomunicaciones móviles sujeto a condiciones. Telia Denmark y Telenor A/S planeaban implementar un acuerdo de uso compartido de redes a través de una empresa conjunta o *join venture*, Newco, mediante la cual de manera conjunta tendrían la propiedad, control y desarrollo de la infraestructura de la RAN (Red de Acceso de Radio)¹⁷⁰ que necesitaban para sus respectivos negocios. El objetivo del acuerdo era optimizar sus respectivos negocios mediante mejoras en la eficiencia, es decir, reducción de costos y la creación de una mejor red, en términos de una mejor cobertura y tecnología.

El DCC encontró que el acuerdo de uso compartido de redes sí implicaba una mejor y más eficiente red para los negocios individuales de Telia y Telenor, mejorando la cobertura y la disponibilidad de la tecnología en las respectivas redes de las partes que sería beneficiosa para los consumidores. El DCC determinó que el acuerdo de las partes podría infringir las disposiciones del derecho de la competencia en el sentido de que el acuerdo de cooperación podía tener un impacto anticompetitivo en el mercado del acceso a emplazamientos (para antenas móviles), en el mercado mayorista de la telefonía móvil y la banda ancha móvil, el mercado minorista de telefonía móvil y la banda ancha móvil y, finalmente, en el mercado de compra de licencias de frecuencias.

El DCC identificó las siguientes preocupaciones anticompetitivas:

¹⁶⁸ En este caso, bajo el supuesto de que Oz no estaba presente en el mercado de comunicación móvil, la Comisión no ha considerado con mayor detalle si, en la ausencia del acuerdo notificado, hubiera estado presente en el mercado de 3G.

¹⁶⁹ <http://www.kfst.dk/en/service-menu/press/presse-2012/radio-access-network-sharing-agreement-between-telia-denmark-as-and-telenor-as/radio-access-network-sharing-agreement-between-telia-denmark-as-and-telenor-as/>

¹⁷⁰ Las partes no hubieran compartido la parte "inteligente" de sus respectivas redes móviles.

1. El acuerdo podría aumentar el riesgo de un resultado colusorio en el mercado mayorista de telefonía móvil y banda ancha móvil.
2. La estructura tarifaria inicialmente elegida por las partes para recuperar los costos de la *joint venture* podría cambiar la estructura de costos subyacente de la red RA en comparación con la situación anterior al acuerdo de manera que los costos fijos se convertirían en costos variables. Esto podría reducir los incentivos de las partes para competir y atraer nuevos clientes.
3. Las partes podrían obtener una cantidad conjunta de recursos de frecuencias que en el largo plazo superaría con creces los de los operadores de la competencia.
4. Las partes reducirían el número de antenas y mástiles en su red RA común, lo que podría crear problemas de cobertura para los competidores que rentaban posiciones de antenas en los mástiles de las partes.
5. El acuerdo aumentaba el riesgo de intercambio de información comercialmente estratégica que superaba el intercambio de datos necesarios para la producción conjunta de los bienes sujetos al acuerdo de uso compartido de redes.
6. El acuerdo reducía la competencia en parámetros significativos, como la cobertura, el desarrollo y la difusión de nuevas tecnologías (LTE, LTE-Advanced).

Las partes presentaron compromisos que resolvieron las cinco primeras preocupaciones mencionadas anteriormente.

Respecto a la preocupación No. 1, las partes aceptarían todas las peticiones de clientes mayoristas que desearan comprar telefonía móvil y banda ancha móvil en condiciones habituales y de mercado.

En cuanto a la preocupación No. 2, las partes tendrían que pagarle a la *joint venture* de propiedad común por el suministro de capacidad de acceso de radio de acuerdo a una estructura tarifaria que en todo momento reflejaría la estructura de costos subyacente de la red RA.

Sobre la preocupación No. 3, en el futuro, las partes estarían obligadas a comprar licencias de frecuencias en común (a través de la *joint venture*) con el fin de evitar una situación en la cual las partes compraran espectro separado y

después pusieran los recursos de frecuencias obtenidas en un *pool* como parte de la *joint venture*, ganando así acceso a una cantidad total mayor de espectro.

Respecto a la preocupación No. 4, las partes tendrían la obligación de vender o dejar a cualquier participante interesado en el mercado los emplazamientos de antenas que se demostrara que fueran superfluos. Sobre la preocupación No. 5, las partes adoptaron una serie de restricciones en cuanto a la designación de los miembros del consejo de la *joint venture*, la contratación de la dirección y los empleados de la *joint venture*, la información que podría intercambiarse dentro de la *joint venture* y entre la *joint venture* y las partes, etc.

Con respecto a la preocupación No. 6, el DCC encontró que como las partes habían proporcionado pruebas suficientes de que los requisitos previstos en el artículo 101 TEUF (3)¹⁷¹ y el artículo correspondiente de la Ley de Competencia danesa se habían cumplido, no había bases en ese momento para actuar.

Conclusión

Las autoridades públicas no pueden subestimar la importancia de las razones ambientales y de salud pública, el rápido lanzamiento y las eficiencias que lleven a una reducción de costos. Estas son razones cruciales para promover o al menos no obstaculizar el uso compartido de elementos de redes entre operadores competidores. Sin embargo, corresponde a la autoridad de competencia garantizar que los resultados positivos, de por ejemplo, compartir un mástil, no conduzcan a conductas colusorias o carteles puros y llanos. Hemos tratado de ofrecer algunas indicaciones de los elementos de este tipo de acuerdos que las autoridades tienen que atender y que pueden proporcionar a los operadores cierta transparencia del nivel de cooperación que puede permitirse. Al igual que todas las demás cuestiones antes señaladas, la autoridad debe analizar los detalles del acuerdo (los que son expresos o que están implícitos) y debe decidir dónde trazar la línea entre uso compartido beneficioso y abuso anticompetitivo.

¹⁷¹ Esta es la condición en el tratado de la UE que exime a los acuerdos de su prohibición si cumplen con ciertos criterios (mejorar la producción o distribución de bienes o promover el progreso técnico o económico).

5 CONCENTRACIONES ENTRE OPERADORES DE TELECOMUNICACIONES

Introducción

En esta sección se examinan posibles concentraciones desde el punto de vista de la competencia. Se revisa la UE,¹⁷² los EE.UU.¹⁷³ y ciertas jurisdicciones latinoamericanas como ejemplos para determinar cuestiones importantes en el manejo y decisión de tales casos, con especial énfasis en operaciones que involucran a operadores móviles.

Se reconoce¹⁷⁴ que las transacciones que conduzcan a la reestructuración de la industria de las comunicaciones pueden ser beneficiosas si permiten a las empresas racionalizar y lograr economías de escala que son necesarias para que sean competitivas. Sin embargo, no todas las concentraciones tienen beneficios económicos positivos y algunos pueden dar lugar a la creación anticompetitiva o el fortalecimiento de un participante dominante, poniendo en peligro el mantenimiento de la competencia efectiva. Cuando se analiza una posible fusión, las autoridades tienen que equilibrar estas dos cuestiones. Lo que hace este acto de equilibrio más difícil es el hecho de que a diferencia de los casos "normales" de competencia en los que se aplica la ley de forma retroactiva, es decir,

¹⁷² A nivel de la UE el principal instrumento legislativo para la aplicación de la competencia en el caso de una fusión es el Reglamento sobre Fusiones de la CE complementado por una serie de otros instrumentos (Reglamento del Consejo (CE) No. 139/2004, del 20 de enero de 2004, con sus respectivas modificaciones). Hay que tener en cuenta sin embargo que la aplicación de la UE en comparación con las normas nacionales es una cuestión de pruebas jurisdiccionales y como tales, una transacción puede llegar a ser examinada por la UE o las autoridades locales.

¹⁷³ En los EE.UU., la sección 7 de la Ley Clayton, promulgada en 1914 y enmendada en 1950, es la principal ley antimonopolio de EE.UU. que regula las concentraciones y adquisiciones. La sección 7 prohíbe las adquisiciones de activos o acciones donde "el efecto de tal adquisición pueda ser una disminución sustancial de la competencia o que tienda a crear un monopolio". Las transacciones también pueden ser impugnadas en virtud de la sección 1 o 2 de la Ley Sherman como restricciones injustas al comercio o como intentos de monopolización. La Comisión Federal de Comercio (FTC, por sus siglas en inglés) también tiene facultades, en virtud de la sección 5 de la Ley de la FTC, para impugnar una transacción como un "método injusto de competencia".

¹⁷⁴ Véase las bases de competencia de 1991 emitidas por la Comisión Europea (*Directrices sobre la aplicación de las normas comunitarias sobre competencia en el sector de las telecomunicaciones* (1991/C233/02).

mirando a la conducta en el pasado, en el caso del control de las concentraciones esta se aplica de forma prospectiva, es decir, mirando a la posible conducta futura y su papel en el mercado de la empresa fusionada.

El control de las concentraciones consiste básicamente de responder a dos preguntas:

- a. ¿Supone la transacción propuesta una amenaza para la competencia, derivada de la conducta de la entidad combinada sola o de las interacciones coordinadas de las empresas en el mercado tras la fusión?
- b. Si la respuesta es sí, ¿se puede eliminar esa amenaza, o al menos reducirla?

La amenaza se puede eliminar ya sea mediante la prohibición del proyecto de fusión o imponiendo condiciones.

¿Qué transacciones caen dentro de las reglas de Concentraciones y Adquisiciones?

Una fusión o adquisición se define en términos generales con el fin de garantizar que todas las transacciones que podrían causar problemas de competencia puedan ser examinadas y si es necesario controladas por las autoridades. Desde el punto de vista de la autoridad de competencia, la definición debe permitirle intervenir en los casos apropiados, pero el objetivo de las partes puede ser el colocar su transacción fuera de las reglas de Concentraciones y Adquisiciones, eximiéndola así del proceso de aprobación de la fusión.¹⁷⁵

El término genérico que se utiliza para las transacciones que caen dentro de la Regulación de las Concentraciones conforme a las reglas de la UE es "*concentraciones*".

¹⁷⁵ Pero posiblemente sujeto a un conjunto diferente de reglas, por ej., el examen de un acuerdo.

Se considera que una concentración sucede:

- cuando dos (o más) empresas anteriormente independientes¹⁷⁶ se combinan en una fusión legal completa, es decir, cuando dos entidades se unen para crear una nueva entidad o cuando dos entidades están sujetas a una administración económica común, o
- cuando una o varias empresas "*ya sea a través de compra de acciones o activos, mediante contrato o por cualquier otro medio*" adquieren el control directo o indirecto de una o más empresas; esto car dentro de las adquisiciones en donde dos o más partes adquieren conjuntamente una empresa de un tercero.

En Chile, el Decreto Ley 211 del año 1973 que establece el marco legal para asuntos antimonopolio establece la revisión de cualquier operación de concentración, incluyendo transacciones horizontales, verticales y de conglomerado, en la medida en que pudieran impedir, restringir o entorpecer la libre competencia o tender a producir tales efectos.

En México, la Ley Federal de Competencia Económica define una concentración como una fusión, adquisición de control o cualquier acto que resulte en la concentración de empresas, incluyendo fideicomisos, acciones o activos en general entre competidores, proveedores, clientes o cualesquiera agentes económicos.

En los EE.UU., la ley antimonopolio denominada Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act de 1976 (Ley HSR), que fue promulgada para darle responsabilidad a entidades federales para la revisión de las implicaciones antimonopolio de las concentraciones y adquisiciones, puede aplicar a cualquier tipo de operación que implique una adquisición de activos o acciones con derecho a voto. El término "*activos*" no está definido en la Ley HSR, pero el enfoque adoptado es similar al de la sección 7 de

¹⁷⁶ Cabe señalar que el término "*undertaking*" (empresa) en el derecho de la UE tiene un significado amplio e incluye cualquier entidad que realice actividades de naturaleza comercial o económica.

la Ley Clayton. Por lo tanto, incluye adquisiciones tanto de activos tangibles como intangibles. "Acciones con derecho a voto" incluyen cualquier acción en una entidad corporativa que, ya sea autorice en ese momento al titular a votar en la elección de miembros del consejo, o sea convertible en una acción de ese tipo.

Procedimientos

Los procedimientos de autorización de una operación en general se pueden dividir en cuatro etapas:

- i. Notificación - cuando las partes informan a las autoridades de la operación propuesta,
- ii. Examen inicial - la etapa en la que, con base en la información disponible, las autoridades examinan si el acuerdo propuesto cae dentro del sentido de una fusión y si plantea graves problemas de competencia; esto puede llevar directamente a una decisión,
- iii. Examen detallado - en esta etapa se examinan detalladamente casos que tratan temas complejos y/o problemas graves de competencia con el fin de decidir si se permite que la fusión siga adelante o no,
- iv. Decisión - la etapa "final" - sujeto a apelaciones judiciales - en la que se aprueba la transacción - con o sin condiciones - o se prohíbe.

Se debe tener en cuenta que la gran mayoría de los casos generalmente se manejan después de la etapa de examen inicial y normalmente no hay necesidad de ir a la etapa de examen detallado. Sin embargo, el marco analítico básico sobre el cual se toma la decisión, tras cualquiera de las etapas, sigue siendo el mismo.

Notificación

La regla que exige notificación previa de una operación tiene como objetivos garantizar:

- a. Que las autoridades competentes tomen conciencia de la operación y la revisen, y
- b. Que la revisión se lleve a cabo antes de que la operación se haya consumado, permitiéndole a las autoridades prevenir los efectos que tiene una fusión en contra de la competencia y evitando la necesidad de deshacer un acuerdo concluido.

En la mayoría de las jurisdicciones existe la obligación de notificar la operación¹⁷⁷ antes de que se implemente, pero no siempre es así. En México, por ejemplo, aunque el término control no está definido, el reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica incluye las siguientes disposiciones:

- La notificación de control de concentraciones establece que la notificación se tendrá que presentar antes de ejercer un control directo o indirecto, de hecho o de derecho, en caso de que la concentración rebase determinados montos,
- La notificación deben presentarla las partes que participan en la concentración, o si por cualquier motivo no pueden, la notificación la deberá presentar el que adquiera el control de la sociedad, o la entidad que pretenda acumular las acciones, participación en fideicomisos, activos, etc.,
- Si dentro de los 10 días siguientes a la presentación la CFC no ordena a

¹⁷⁷ En Uruguay, por ejemplo, de acuerdo con la Ley de libertad de comercio y de preservación de la libre competencia (ley número 18,159 de 2007), todas las concentraciones, adquisición de acciones, cuotas o participaciones, adquisición de negocios como empresas en marcha, adquisición total o parcial de activos de empresas, así como cualquier otro tipo de acuerdos jurídicamente válidos que impliquen la transferencia del control de la totalidad o parte de las unidades económicas o empresas deberá ser notificado a la Comisión de Promoción y Defensa de la Libre Competencia.

las partes abstenerse de ejecutar la concentración hasta que se emita una decisión favorable, entonces las partes, bajo su propio riesgo, pueden ejecutar la concentración.

En los EE.UU., si se cumplen los requisitos mínimos, es obligatoria la presentación de documentación conforme a la ley contra los monopolios llamada Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act (la Ley HSR) y la operación no se puede realizar hasta que la presentación se haya completado y los periodos de espera aplicables hayan expirado. Además, incluso después de que se hayan presentado los documentos necesarios, constituye una violación de la Ley HSR que la parte adquiriente tome medidas a efecto de transferir la titularidad efectiva de la sociedad meta al adquirente antes de que venza el período de espera. El incumplimiento de la Ley HSR en esos casos puede resultar en una multa de hasta 16,000 dólares estadounidenses por día y las entidades correspondientes podrán tratar de deshacer una operación que se haya efectuado incumpliendo la ley.

Sin embargo, en Chile, por ejemplo, la notificación es voluntaria ya que no existe obligación legal de notificar previamente de una operación de concentración o fusión horizontal a las autoridades de competencia o de hacer cualquier presentación de documentos obligatoria solicitando autorización. Las Partes podrán solicitar voluntariamente la aprobación del Tribunal Antimonopolio, mediante el inicio de un procedimiento de consulta voluntaria. Sin embargo, las concentraciones bancarias requieren de aprobación previa por parte de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras.

Actualmente en Brasil la notificación también es voluntaria. Sin embargo, en virtud de la nueva Ley de Competencia de Brasil - Ley 12.529/2011, que entrará en vigor en mayo de 2012, las operaciones que entren dentro de las nuevas reglas de control de

concentraciones deberán notificarse previamente y no se podrán cerrar hasta que se haya obtenido la aprobación de la autoridad de competencia (CADE).

¿Cómo se notifica la transacción?

Las concentraciones suelen notificarse a través de la cumplimentación de un formulario estándar. Esto es para ayudar a la autoridad competente a obtener la información necesaria para poder evaluar la transacción propuesta.

En la UE, la forma estándar es un cuestionario detallado que establece la información que las partes deben proporcionar. Incluye, entre otras, secciones sobre quiénes son las partes, sus actividades, facturación, acuerdos que dan lugar a la fusión, los efectos que la operación puede provocar sobre la competencia, etc., y por lo general se adjuntan materiales de respaldo. Esto se presenta en un número determinado de copias en papel y CD.

En los EE.UU. "La Notificación y el Formulario de Informe"¹⁷⁸ que se tiene que presentar requiere que la parte solicitante proporcione información básica acerca de sus ingresos en Estados Unidos, estructura corporativa y determinadas participaciones minoritarias de entidades que intervengan en una industria similar a las operaciones meta a nivel mundial, y la estructura de la operación, así como una variedad de documentos comerciales.¹⁷⁹

Otros organismos han adaptado los formatos y los datos requeridos para satisfacer las necesidades y complejidades específicas del mercado en cuestión. Un formato bien

¹⁷⁸ Véase el sitio de la Federal Trade Commission (FTC) de EE.UU. , <http://www.ftc.gov/bc/hsr/hsrform.shtm> para consultar la última actualización sobre los requisitos del formulario, de fecha 18 de enero 2012.

¹⁷⁹ En particular, las partes están obligadas a presentar: "todos los estudios, encuestas, análisis e informes que fueron preparados por o para cualesquiera funcionarios o directores [de cualquier entidad dentro de la parte que presenta los documentos] con el propósito de evaluar o analizar la adquisición con respecto a participación de mercado, competencia, competidores, mercados, potencial para el crecimiento o expansión de las ventas hacia mercados de producto o geográficos". El formulario de EE.UU. no requiere ninguna discusión o descripción de los mercados relevantes o de las condiciones de competencia en esos mercados.

diseñado permitirá a las partes y a las autoridades identificar y recopilar todos los datos necesarios a fin de:

- identificar e investigar todas las cuestiones importantes que deban ser abordadas en un caso de fusión, tales como definición del mercado, efectos sobre los consumidores, etc., y
- permitirá la tramitación ágil de casos simples, reduciendo al mismo tiempo la carga sobre los recursos de por sí limitados de la autoridad de competencia.

Etapa de examen inicial

La etapa de exploración inicial deberá primero garantizar que la autoridad pueda determinar rápidamente si la operación notificada califica como una fusión. Si la respuesta es no, el caso de la fusión se cierra, pero se puede abrir un caso basado en un acuerdo contrario a la competencia. Si la respuesta es sí, la autoridad examinará la transacción propuesta sobre la base de la información disponible.

Si en esta etapa de análisis no se plantean problemas de competencia, la transacción puede ser aprobada sin condiciones. Si surgen inquietudes que se puedan corregir fácilmente, la operación puede seguir adelante con sujeción a determinadas condiciones. Si, tras el examen inicial, se tienen pendientes problemas importantes, la autoridad llevará el caso a la etapa de examen detallado.

La etapa de examen detallado

La etapa de examen detallado es para hacer frente a los casos que no pueden manejarse con facilidad en la etapa inicial. Se concentra en la recopilación de todos los datos pertinentes (véase el análisis de las pruebas más adelante), la obtención de los puntos de vista de los consumidores y otras partes afectadas, tales como los competidores, y la

realización de los análisis necesarios. La autoridad debe dar a las partes que se pretenden fusionar la oportunidad de responder a las preocupaciones identificadas, y si está permitido, ofrecer soluciones a estas preocupaciones (por ej., la venta de parte de la nueva sociedad). También es recomendable, antes de tomar cualquier decisión final, permitir que terceros comenten con respecto al punto de vista de la autoridad y las posibles soluciones que se consideraron. Esto permitirá no solamente que terceros puedan expresar sus puntos de vista, sino también que señalen posibles deficiencias de las soluciones propuestas. Hay que tener en cuenta que puede haber aspectos de la operación del mercado de los cuales la autoridad no esté consciente y que podrían hacer que la solución propuesta no sea factible.

Considerando todos los datos anteriores, comentarios y análisis, la autoridad debe entonces emitir una decisión sobre la operación propuesta.

La etapa de decisión

Aunque esto puede parecer algo obvio que se tiene que hacer, se debe tener en cuenta que la etapa de decisión es tan decisiva como llevar a cabo un análisis preciso. Es importante ya que establece las “decisiones” de la autoridad (razones, resultados y condiciones) de una manera clara y sin ambigüedades para evitar dar motivos de impugnación legal y eliminar la incertidumbre sobre las condiciones impuestas. La redacción de las decisiones de fusión está sujeta a los mismos principios que todas las decisiones emitidas por las autoridades públicas. Se debe tener precaución en el tratamiento de la información comercial confidencial. La práctica normal en dichos casos sería que la decisión se redactara incluyendo todos los datos y argumentos pertinentes con los que se tomó la decisión, aunque hay que tener en cuenta que las partes involucradas tendrían la oportunidad de presentar sus observaciones sobre la información que se debería retener de la versión pública de la decisión. La autoridad entonces puede eliminar cualquiera de los datos o información comercial confidencial de la decisión, y las

partes eliminadas se pueden marcar con una nota adecuada.¹⁸⁰

La decisión final puede ser:

- La fusión se aprueba sin condiciones;
- La fusión se aprueba sujeta a condiciones; o
- Se prohíbe la fusión.

Las disposiciones de los procedimientos europeos se indican en el cuadro que se incluye aquí.

¹⁸⁰ En el caso de la Unión Europea, la nota dice lo siguiente: “En la versión publicada de la presente decisión, se ha omitido cierta información de conformidad con el Artículo 17(2) del Reglamento (CEE) No 4064/89 del Consejo relativo a la no divulgación de los secretos comerciales y otra información confidencial. Las omisiones se muestran así [...]. En la medida de lo posible, la información omitida se reemplazó por rangos de cifras o una descripción general”.

El examen o prueba sustantiva de una fusión

Procedimientos – El caso de la Unión Europea

Investigación de la Fase I:

La Comisión Europea tiene 25 días hábiles para examinar la solicitud de fusión. Durante este periodo:

Invita a terceros a formular observaciones sobre la operación. Esto se hace mediante una publicación en la web y en el Diario Oficial de la UE de un aviso de la operación propuesta. Las observaciones deben ser enviadas dentro de los 10 días siguientes a la publicación,

Invita a los proveedores, clientes y competidores de las partes a dar su punto de vista a través de cuestionarios,

Puede solicitar a las partes información complementaria o comentar sobre las observaciones hechas por terceros en sus presentaciones.

Si los resultados preliminares son que la fusión puede necesitar recursos, se informará a las partes para darles la oportunidad de redactar y presentar las propuestas de recursos adecuados. Si las partes ofrecen tales recursos, la Comisión (que tiene 35 días hábiles en total en los casos donde existe una oferta de recursos) realizará un “análisis del mercado” y con sujeción a cualquier modificación que pueda pedirles la Comisión, podrán decidir al final de la Fase I que:

- El Reglamento sobre control de Concentraciones no es aplicable, ya que, por ejemplo, la operación es tal que no cae dentro de las reglas;
- La fusión se puede aprobar sin condiciones;
- La fusión se puede aprobar sujeta a los compromisos ofrecidos por las partes y aceptados por la Comisión; o
- Existen serias preocupaciones (“serias dudas” como se conocen bajo las reglas de la UE) en cuanto a la compatibilidad de la fusión propuesta y, por lo tanto, se debe realizar la Investigación de la Fase II.

Investigación de la Fase II:

Los Casos de la Fase II conlleva una investigación detallada de la propuesta de fusión. La Comisión debe tomar una decisión en la Fase II dentro de 90 días hábiles que se pueden ampliar a 105 días hábiles si las partes ofrecen compromisos.

Durante la Fase II la Comisión se concentrará en la investigación complementaria y en la preparación de la declaración de la Comisión sobre las objeciones, es decir, las inquietudes planteadas. Después de la emisión de la declaración sobre las objeciones, las partes tienen la oportunidad de tener acceso al expediente elaborado por la Comisión, responder al pliego de cargos y ejercer su derecho a tener una audiencia oral y discutir sobre los recursos del proyecto. Las partes tienen dos semanas para responder al pliego de cargos y si solicitan tener una audiencia oral, por lo general será una semana después. Los terceros pueden ser invitados a asistir a dicha audiencia.

Las partes podrán presentar compromisos para tratar cualquiera de las inquietudes de la competencia sobre los resultados y como en la Fase I, estos se les realizarán “análisis de mercado”.

Al finalizar la fase II, la Comisión podrá decidir que:

- La fusión puede ser aprobada sin condiciones;
- La fusión puede ser aprobada sujeta a los compromisos ofrecidos por las partes y aceptados por la Comisión; o
- La fusión debe ser prohibida.

Como hemos mencionado, el control de la concentración consiste básicamente en responder a dos preguntas:

1. ¿Supone la operación propuesta una amenaza para la competencia?, y
2. De ser así, ¿se puede eliminar esa amenaza?

El análisis de la fusión en sí misma, de acuerdo con las normas de la UE, es si puede esperarse que la fusión propuesta *“obstaculizará en forma significativa la competencia efectiva”* (prueba “SIEC”). Esta prueba es conceptualmente similar a la prueba de *“disminución sustancial de la competencia”* que se aplica en los EE. UU, en el Reino Unido y en otras jurisdicciones. La creación o fortalecimiento de una posición dominante (la prueba legal hasta el 2004) es un ejemplo de una SIEC, pero la Comisión tiene derecho a aplicar otras teorías de perjuicios a la competencia (p.ej.: los efectos unilaterales que no dan lugar a una sola empresa dominante) en sus decisiones.

El objeto de la prueba de EE. UU. en virtud de la Ley Clayton es prohibir el efecto de una propuesta de adquisición que *‘puede disminuir en forma sustancial la competencia o tender a crear un monopolio’*.

La legislación argentina prohíbe las concentraciones económicas cuyo objeto o efecto puede ser el de limitar o disminuir la competencia de manera que pueda ocurrir en detrimento del *“interés económico general”* (Ley de Competencia 25,156, Sección 7).

Conceptualmente, existen tres tipos de concentraciones:

- Concentraciones horizontales;
- Concentraciones verticales; y

- Concentraciones conglomeradas.

Esta conceptualización ayuda a identificar los temas de competencia que requieren un análisis.

Concentraciones horizontales: es decir, concentraciones entre entidades que son competidores reales o potenciales en los mismos productos y mercado geográfico. Estos son los casos más obvios donde la operación puede tener un efecto sobre la competencia. Las formas en que la fusión horizontal podrían tener un efecto adverso sobre la competencia son:

1. Mediante la eliminación de importantes presiones competitivas sobre uno o más operadores del mercado permitiendo que la empresa resultante de la fusión incremente rentablemente los precios por sí sola, sin la necesidad de una coordinación con sus rivales (*efectos unilaterales*). Los factores que pueden determinar si es probable que se produzcan efectos unilaterales de una fusión incluyen:
 - Partes que se fusionan con una gran participación en el mercado;
 - Partes que se fusionan siendo competidores directos;
 - Clientes que tienen dificultad para cambiar de proveedores;
 - Competidores que no pueden incrementar su producción si la entidad combinada limita la oferta;
 - La entidad combinada es capaz de impedir la expansión de los competidores, p.ej. porque son propietarios de los derechos de la Propiedad Intelectual clave; o
 - La fusión elimina una fuerza competitiva importante, p.ej. un jugador con una participación en el mercado históricamente pequeña pero que dispone de productos nuevos con buenas perspectivas a futuro.

2. Al cambiar la naturaleza de la competencia en el mercado de manera que las empresas que no coordinaban previamente su comportamiento ahora sea más probable que lo hagan, al incrementar los precios o de otra manera, y con ello perjudicar la competencia efectiva (*efectos coordinados*). La cuestión es si la fusión alterará los medios e incentivos de los operadores en el mercado (por lo general un mercado oligopolístico, vulnerable a la colusión tácita) de tal manera que es probable que impongan aumentos en los precios, reduzcan la producción o la calidad del producto, para repartirse el mercado entre ellos o para limitar la innovación y con ello lograr un resultado más rentable. Según lo establecido en el artículo 4.6 anterior, los factores que pueden determinar si es probable que los efectos coordinados den lugar a una fusión incluyen:

- La probabilidad de que los operadores configurados recientemente en el mercado sean capaces de alcanzar términos de coordinación o que la nueva estructura del mercado facilite la coordinación;
- Si la transparencia del mercado permitiría que las empresas controlen las desviaciones de los términos de coordinación;
- La capacidad de los operadores del mercado para castigar a las empresas que se desvíen de los términos de la coordinación;
- Si terceros podrían frustrar los esfuerzos de las empresas que se coordinan para lograr los resultados que dañan a los consumidores; y
- Si los clientes de las partes que se fusionan ejercen un poder compensatorio en el mercado.

Al observar las concentraciones horizontales, los tribunales federales de EE. UU. han adoptado en gran medida la metodología analítica que figura en los Lineamientos de Concentraciones Horizontales emitidos por los organismos antimonopolio del país. Los

Lineamientos revisados en 2010¹⁸¹ tienen como base la idea de que no se debe permitir que continúe la fusión si va a crear o aumentar el poder de mercado o facilitar su ejercicio. En Chile, por ejemplo, la oficina de la Fiscalía Nacional Económica (FNE) emitió sus “Lineamientos Internos para Operaciones de Concentración” (los Lineamientos) que establecen los límites para su propia revisión interna. De acuerdo con los Lineamientos, la FNE, mediante el uso del Índice Herfindahl-Hirschman o la concentración de mercado (IHH), supondrá que una operación de concentración que no exceda los siguientes límites no tendrá ningún efecto potencial antimonopolio, y por lo tanto, la FNE descartará una investigación adicional:

- Si el índice después de la fusión es inferior a 1000; si el índice después de la fusión es de $1000 < IHH < 1800$ (el valor de este índice indica un mercado moderadamente concentrado), y el aumento en el IHH es inferior a 100; y
- Si el índice después de la fusión es $IHH > 1800$ (el valor de este índice indica un mercado altamente concentrado) y el aumento en el IHH es inferior a 50.

El poder de mercado se define como la capacidad de un vendedor “rentable para mantener los precios por encima de los niveles de la competencia por un periodo de tiempo significativo”. Bajo los Lineamientos de EE. UU., la probabilidad de que una operación propuesta creará o aumentará el “poder de mercado” o facilitará su ejercicio podrá establecerse por la evidencia directa de los efectos anticompetitivos probables (o efectos anticompetitivos reales en casos de operaciones consumadas) o alternativamente por evidencias circunstanciales.

Concentraciones verticales: las concentraciones verticales son concentraciones entre entidades que operan en niveles diferentes pero adyacentes en la cadena de producción o distribución (ascendente o descendente). Puesto que las concentraciones no horizontales no afectan el número de empresas que operan en un mercado, son menos propensas a

¹⁸¹ www.ftc.gov/os/2010/08/100819hmg.pdf

tener efectos nocivos para los consumidores y en algunos casos puede incrementar la eficiencia que podría mejorar a su vez los incentivos para competir. La atención aquí debe centrarse en las estructuras de mercado donde una fusión vertical puede conducir a un efecto adverso sobre la competencia. El énfasis aquí está en los efectos unilaterales y especialmente en el riesgo de exclusión. Como tal la autoridad de competencia se ve en riesgo de:

- Bloqueo de insumos (es decir, cuando la empresa fusionada es probable que eleve los costos de los rivales en forma descendente restringiendo su acceso a una materia prima importante, haciéndolos menos competitivos). Para que esto sea un motivo de preocupación, la empresa fusionada tendría que tener “un grado significativo de poder de mercado” ascendente, y
- Bloqueo de clientes (es decir, cuando la entidad fusionada excluye a sus rivales en forma ascendente restringiendo su acceso a una base de clientes adecuada. Para que esto sea motivo de preocupación, la empresa fusionada tendría que ser un “cliente importante” con un grado significativo de poder de mercado.

Cuando la participación en el mercado de la empresa fusionada es inferior al 30% en el mercado ascendente y descendente, la UE considera que existe una presunción de que no surgirán problemas en la fusión no horizontal.

Concentraciones de conglomerados: Se aplica un marco analítico similar al utilizado en las concentraciones verticales para las concentraciones de conglomerados, es decir, las concentraciones entre entidades cuyos negocios son complementarios o pertenecen a la misma gama de productos, sin que exista una superposición horizontal o una relación vertical. Los efectos de la fusión de conglomerados que pueden ser susceptibles de ser examinados son en particular por bloqueo mediante la vinculación o la venta por paquetes.

Remedios

Las condiciones y recursos impuestos o los compromisos establecidos en la entidad combinada deben responder a las inquietudes planteadas, las cuales se clasifican normalmente en dos categorías, estructurales y de comportamiento. Estas pueden incluir:

- La venta de empresas y activos relacionados;
- Acuerdos contractuales como el licenciamiento de la propiedad intelectual; y
- Otros recursos de comportamiento/ recursos cuasi estructurales como la concesión de acceso a una red o infraestructura en condiciones no discriminatorias o favorables.

Como alternativa, cuando existen grandes preocupaciones que surgen de la fusión y no pueden cumplirse por las condiciones, puede prohibirse la operación.

Por ejemplo en Chile, el Tribunal de Defensa de la Competencia (Decisión No. 02/2005), en relación con la adquisición de BellSouth Chile Inc. y BellSouth Chile Holdings Inc. por Telefónica Móviles, S.A., aprobó la operación con base en la eficiencia que crearía la integración, a pesar de la existencia de barreras de entrada a un mercado altamente concentrado donde se reduciría de cuatro a tres el número de operadores en el mercado, con el consiguiente aumento de la concentración del mercado. Sin embargo, el Tribunal aprobó la fusión sujeta a las siguientes condiciones:

- Telefónica Chile debe transferir parte de sus concesiones en telecomunicaciones a través de una licitación pública, cuyas condiciones fueron previamente aprobadas por el Tribunal de Defensa de la Competencia;
- La empresa subsistente después de la fusión, Telefónica Chile, debe estar sujeta a las reglas establecidas por la Ley No. 18,046 para las sociedades

anónimas abiertas y estar bajo la supervisión de la Superintendencia de Valores y Seguros de Chile (SVS); y

- Telefónica Chile tiene prohibida la aplicación de políticas de discriminación de tarifas “on-net” y “off-net” hasta que se transfieran las concesiones antes mencionadas.

Aunque puede ser tentador en algunos casos tratar de resolver otras cuestiones a través de la decisión de fusión (p.ej. las cuestiones sociales como el empleo, la pluralidad de contenidos, etc.), las autoridades no deben considerarlas a menos que la ley les exija claramente que deben tomar en cuenta estas cuestiones.

Casos¹⁸²

Hay que reconocer que las operaciones conducen a una reestructuración, incluyendo la industria de la telefonía móvil, puede ser favorable, si permiten la racionalización y el logro de economías de escala u otros beneficios. Sin embargo, estas concentraciones y adquisiciones pueden ocasionar efectos anticompetitivos. Esto es más que una preocupación en los mercados como el de la telefonía móvil debido a su naturaleza, es decir, mercados oligopólicos y con grandes barreras de entrada. Aunque eso puede requerir una investigación más exhaustiva, según nuestro conocimiento, no existe ningún caso de prohibición total de una operación (aunque algunas pudieron haber sido abandonadas por las partes durante el proceso).¹⁸³ Sin embargo, ha habido casos donde las autoridades han impuesto ciertas condiciones / compromisos a las partes para remediar los efectos anticompetitivos de la operación propuesta.

¹⁸² No proporcionamos resúmenes completos de los casos elegidos, los cuales a menudo abarcan muchos aspectos. Nuestra cuenta está diseñada para enfatizar sobre el tratamiento de los temas que se cubren en este capítulo.

¹⁸³ Estos incluyen la reciente propuesta para reducir el número de operadores de telefonía móvil en Grecia de tres a dos, la cual fue abandonada frente a la hostilidad de la Comisión Europea.

Entre los casos que involucran a operadores de telefonía móvil¹⁸⁴ se incluyen en los Estados Unidos los casos de AT&T/Dobson, Verizon Wireless/Rural Cellular y Verizon Wireless/Alltel y en la UE se incluyen Vodafone Airtouch/Mannesmann, France Telecom/Orange, Pirelli/ Edizione /Olivetti/Telecom Italia y T-Mobile/Tele.ring, y más recientemente T-Mobile/Orange en el Reino Unido.

Para generalizar, las autoridades de competencia tienden a permitir, posiblemente con recursos, concentraciones que reducen el número de operadores de cinco a cuatro, o de cuatro a tres, pero no permiten concentraciones de tres a dos o de dos a uno, aunque pueden haber excepciones.

Caso 5.1. –UE – 2010 - Orange de RU y T-Mobile de RU COMP/M.5650¹⁸⁵

La fusión de las subsidiarias de telefonía móvil Deutsche Telekom y France Telecom en Reino Unido tomó la forma de una combinación de T-Mobile de RU y Orange de RU en una nueva empresa conjunta con una participación 50:50 que cubre una gama de clientes que va desde empresas hasta consumidores post-pago, así como a clientes mayoristas. Las partes de la fusión han sostenido que la combinación de sus operaciones de telefonía móvil en el Reino Unido traerían beneficios importantes a los clientes de ese país, incluyendo la ampliación de la cobertura de la red, una mayor calidad de la red, la explotación de nuevas tecnologías y un aumento en la capacidad de I+D. También esperaban que el potencial ahorro sustancial en costos les permitiría competir más eficazmente en el Reino Unido.

La Comisión Europea que fue notificada sobre la operación no identificó ninguna preocupación directa en relación con la prestación de los servicios de telefonía móvil a los consumidores finales, el mercado mayorista de acceso, la originación de llamadas en teléfonos móviles públicos y el mercado mayorista de roaming internacional y mercados relacionados. Sin embargo, lo que planteó inquietudes fue en relación con el acuerdo de uso compartido de la red que T-Mobile de RU tuvo en lugar de con Hutchison 3G UK¹⁸⁶ (3UK). Esto podría amenazar la viabilidad de 3UK en el mercado y posiblemente eliminar a un competidor. Con la fusión de Orange y T-Mobile, habría sólo cuatro operadores en el RU, de manera que el

¹⁸⁴ Los casos relacionados con el sector fijo pueden implicar la consolidación basada en la fusión de los operadores de redes de telefonía fija en dos territorios (posiblemente adyacentes). Ver por ejemplo la fusión de Telia/Telenor y la fusión Telia/Sonera.

¹⁸⁵ *Diario Oficial* C 108, 28/04/2010, pág. 0004.

¹⁸⁶ El operador más pequeño de red de telefonía móvil en el Reino Unido.

destino de 3UK era importante debido a su papel como fuerza impulsora de la competencia. Por ejemplo, fue el primero en introducir un paquete de banda ancha móvil con tarifa fija a bajo costo y ofreció el paquete de datos en banda ancha móvil más barato en el mercado.

Debido a la dependencia de 3UK en las redes de las dos partes fusionadas y porque las partes pueden proceder a la rescisión anticipada del contrato existente con 3UK, la Comisión llegó a la conclusión de que la operación podría haber afectado indirectamente el papel de 3UK en el mercado minorista, así como la viabilidad de 3UK como un competidor después de la operación propuesta. Las partes para resolver estas preocupaciones concluyeron un acuerdo revisado con 3UK.

La investigación de la Comisión también reveló que la cantidad combinada de espectro contiguo¹⁸⁷ en la banda de 1800 MHz en poder de las partes sería más grande que la cantidad de espectro en manos de los competidores en el mercado. Esto podría dar lugar a una nueva entidad siendo el único operador de red de telefonía móvil (MNO) en el Reino Unido en condiciones de ofrecer servicios de datos móviles de próxima generación a través de la tecnología Long Term Evolution (LTE) a la mejor velocidad posible en un mediano plazo. La Comisión también consideró el escenario de lo que podría suceder si la fusión no se realizase y era de la opinión que en ausencia de la fusión, parecía probable que más de una red LTE habría surgido en el mercado del Reino Unido. Por lo tanto, la concentración del espectro en la banda de 1800 MHz podría tener un impacto anticompetitivo en el futuro del mercado de la telefonía móvil de Reino Unido, a nivel mayorista y minorista. Con el fin de tratar los problemas de competencia identificados por la Comisión, las partes ofrecieron vender 15 MHz de espectro de la banda de 1800 MHz, lo cual fue aceptado como una condición para aprobar la operación.

Caso 5.2. –EE. UU. – 2011 - AT&T y T-Mobile¹⁸⁸

El 21 de abril de 2011, AT&T Inc. ("AT&T") y Deutsche Telekom AG ("Deutsche Telekom") presentaron una serie de solicitudes para obtener el consentimiento de la FCC para la transferencia del control de las licencias y autorizaciones de T-Mobile EE. UU. y las subsidiarias de propiedad y control absoluto de Deutsche Telekom a AT&T. La operación propuesta combinaría a dos de los mayores proveedores de servicios de telefonía inalámbrica y banda ancha de los Estados Unidos. Si se aprobaba la operación propuesta, AT&T se convertiría en el proveedor más grande de telefonía móvil inalámbrica, líder en abonados inalámbricos, dándole dos y medio veces más abonados que el tercer proveedor más grande. Al mismo tiempo que AT&T aumentaría de tamaño, la operación propuesta eliminaría simultáneamente a T-Mobile, un proveedor cuyos precios e innovación disruptiva había beneficiado a los consumidores de servicios

¹⁸⁷ El espectro contiguo en general es preferible, ya que puede permitir la prestación de servicios a usuarios finales a más velocidad y la prestación de servicios a usuarios finales a una velocidad moderada más consistentes sobre un área mayor.

¹⁸⁸ DOJ -11-cv-01S60.

inalámbricos en todo Estados Unidos. La pérdida potencial de la fuerza competitiva en el mercado fue un motivo de seria preocupación. Aunque la FCC analizó la solicitud de conformidad con la Ley de Comunicaciones para determinar si “se atenderá el interés, conveniencia y necesidad pública” mediante la concesión de la solicitud, el Departamento de Justicia intentó bloquear la operación ante los tribunales. Es interesante señalar que el Departamento de Justicia en su demanda judicial (similar al caso de T-Mobile Austria/tele.ring en los Estados Unidos mencionado anteriormente) hizo especial referencia al hecho de que T-Mobile se ha auto descrito como una “marca retardora” y había desarrollado e implementado planes de fijación de precios disruptivos aplicando presión competitiva sobre sus tres mayores rivales, sobre todo en términos de precios. El Departamento de Justicia estaba particularmente preocupado por la eliminación de T-Mobile por AT&T, como un rival independiente con bajos precios, eliminaría una fuerza competitiva importante del mercado y la adquisición disminuiría sustancialmente la competencia en violación de la Sección 18 de la Ley Clayton.¹⁸⁹

El Departamento de Justicia identificó dos mercados de productos, a saber:

- a) Los servicios de telecomunicación móvil inalámbrica que incluyen los servicios de voz y datos prestados a través de una red de radio y permiten que los clientes mantengan sus llamadas telefónicas o sesiones de datos de forma inalámbrica cuando viajan.
- b) Los servicios de telecomunicación móvil inalámbrica prestados a los clientes empresariales.

Los mercados geográficos relevantes de acuerdo con el Departamento de Justicia eran para los clientes minoristas “locales” con base en las licencias concedidas, mientras que para los clientes empresariales, debido a la forma en que los operadores del mercado competían entre sí, el hecho de que los clientes empresariales tenían oficinas en diferentes estados, empleados que viajaban y porque los clientes generalmente requerían un proveedor de telefonía móvil inalámbrica con una red en el ámbito nacional y estaban dispuestos a contratar un operador en cualquier lugar de los Estados Unidos que tuviera una red de este tipo, se consideraba que los Estados Unidos (es decir, en el ámbito nacional) era el mercado geográfico para los clientes empresariales.

El Departamento de Justicia hizo especial referencia al hecho que T-Mobile se había posicionado como la opción de valor para servicios inalámbricos, centrándose en precios agresivos, liderazgo de valor e innovación. Por lo tanto, estaba preocupado de que la adquisición de T-Mobile por AT&T eliminaría una importante competencia en precios, calidad, variedad de productos e innovación que un T-Mobile independiente traía al mercado. También estaba preocupado de

¹⁸⁹ “Ninguna persona que intervenga en el comercio o en cualquier actividad que afecte el comercio deberá adquirir, directa o indirectamente, la totalidad o parte de las acciones u otro capital social y ninguna persona sujeta a la jurisdicción de la Comisión Federal de Comercio deberá adquirir la totalidad o parte de los activos de otra persona que intervenga también en el comercio o en cualquier actividad que afecte el comercio, donde en cualquier línea de comercio o en cualquier actividad que afecte el comercio en cualquier sección del país, el efecto de tal adquisición pueda disminuir sustancialmente la competencia o tender a crear un monopolio”.

que la fusión propuesta eliminaría a uno de los cuatro competidores nacionales, dando lugar a una pérdida significativa de la competencia. Los operadores locales se enfrentaron a importantes limitaciones competitivas, en gran parte debido a la falta de espectro y redes en el ámbito nacional. Por lo tanto, se vieron limitados en su capacidad para limitar la competencia con las Cuatro Grandes operadores nacionales.¹⁹⁰

Otra preocupación era el hecho que el aumento sustancial en la concentración, que resultaría de la fusión y la reducción en el número de proveedores nacionales, podría provocar una reducción de la competencia debido a un mayor riesgo de la coordinación anticompetitiva. Ciertos aspectos de los mercados de servicios de comunicación móvil, incluyendo la transparencia de precios, poco poder de mercado por parte del comprador y grandes barreras de entrada los hicieron particularmente propicios a la coordinación. Cualquier coordinación anticompetitiva en el ámbito nacional se traduciría en precios más altos en todo el país por los proveedores nacionales restantes.

También entre las preocupaciones citadas estaba el hecho que mediante la eliminación de T-Mobile se reduciría la innovación y la variedad de productos. T-Mobile introdujo una serie de “primeros” en el pasado (el primer teléfono Android, el primer Blackberry con correo electrónico, etc.) lo que podría perderse como resultado de la fusión.

También, existía la preocupación de que la fusión podría dar lugar a menos inversiones en tecnología, porque era probable que la operación propuesta redujera los incentivos competitivos para invertir en redes inalámbricas para atraer y retener a los clientes; y la pérdida de competencia que ha dado lugar a precios más bajos para los servicios de telecomunicación móvil inalámbrica.

Se identificaron consideraciones similares para el segundo mercado identificado, es decir, el mercado nacional para servicios de telecomunicación móvil inalámbrica prestados a los usuarios empresariales.¹⁹¹

¹⁹⁰ Entre otras limitaciones, los proveedores locales tuvieron que apoyarse en una de los cuatro operadores en el ámbito nacional para proporcionarles los servicios mayoristas en la forma de "roaming" para prestar el servicio en las áreas que están fuera de sus respectivas áreas de servicio. Esto los coloca en una desventaja de costos significativa, especialmente para el creciente número de clientes que utilizan teléfonos inteligentes y muestran una considerable demanda de los servicios de datos. Los proveedores locales tampoco tienen las ventajas de economías de escala de los cuatro operadores en el ámbito nacional, dando lugar a dificultades para obtener los teléfonos móviles más populares, entre otras cosas. Debido en gran parte a estas limitaciones y desventajas, estos proveedores locales y regionales suelen tener acciones pequeñas y ninguno es una limitación tan eficaz como lo es T-Mobile sobre AT&T, Verizon y Sprint.

¹⁹¹ Los elementos específicos identificados fueron:

(i) El hecho que la reducción en el número de licitadores de contratos de negocios, y en particular, la eliminación potencial del licitador más atractivo resultante de la empresa fusionada, así como de sus competidores que tenían un menor incentivo para presentar ofertas bajas.

(ii) Se esperaba que T-Mobile fuera aún más importante en este tipo de contratos según lo evidenciaba su plan de negocios en el que planeaba aumentar su participación en el mercado en el sector empresarial.

La eliminación de T-Mobile, un competidor agresivo, era probable que diera lugar a un menor número de opciones y precios más altos para los usuarios de negocios.

Debido a estas preocupaciones el Departamento de Justicia había solicitado una orden judicial para bloquear la operación. Mientras tanto las partes ahora han solicitado poner en espera la operación y han retirado la solicitud para proceder con la fusión.

Caso 5.3. – Chile -2005 – Adquisición de BellSouth Chile Inc. y BellSouth Chile Holdings Inc. (junto a BellSouth) por Telefónica Móviles, S.A.¹⁹²

Telefónica Móviles, S.A. (TEM) adquirió las subsidiarias chilenas de BellSouth Corporation (BellSouth Chile, Inc. y BellSouth Chile Holdings, Inc.). Estos operadores solicitaron la aprobación del Tribunal de Defensa de la Competencia (el Tribunal) para la adquisición de BellSouth por TEM, en virtud del Decreto Ley N° 211 de 1973, modificada por la ley 19,911 de 2003.

BellSouth Comunicaciones, S.A. prestaba servicios de comunicación móvil en Chile y BellSouth Inversiones, S.A. poseía el 99,99% de participación del capital de BellSouth Chile, S.A. (un operador que ofrecía servicios de larga distancia). La adquisición de BellSouth Chile se clasificó como una consolidación de las operaciones entre los competidores en el mercado de comunicación móvil. El Tribunal analizó los mercados por mercados de servicios de comunicación móvil analógica y digital, que se ofrecían a través de concesiones para el uso del espectro radioeléctrico dentro de Chile, teniendo en cuenta que la consolidación en el mercado de comunicación móvil aumentaría después de la adquisición propuesta.

El Tribunal estaba preocupado por (i) el principal obstáculo para el acceso al mercado de comunicación móvil que era la disponibilidad de espectro, ya que sólo podía ser accesible a través de una concesión otorgada mediante una licitación pública y dado que no había planes para licitar espectro adicional y (ii) el tamaño de la banda de espectro asignado a cada operador, debido a sus efectos sobre los costos de operación y calidad del servicio.

Una mayor consolidación en un mercado con barreras de acceso, costos irrecuperables y la inversión en publicidad ayudaría a los operadores a coordinar su comportamiento competitivo. Por otra parte, los operadores competirían bajo condiciones asimétricas (asignación desigual de espectro). Además, el operador que resultara de la adquisición incrementaría su posición dominante en el mercado, puesto que se podría diferenciar entre los precios de las llamadas *on-net* y *off-net*. Asimismo, dada la relación entre el operador dominante de telefonía fija (Telefónica CTC) y el operador resultante, podría tener lugar la colaboración.

¹⁹² Resolución No. 02/2005, Adquisición de BellSouth Chile, Inc. y BellSouth Chile Holdings, Inc. (junto con BellSouth) por Telefónica Móviles, S.A.

Sin embargo, dadas las características de la industria, el Tribunal concluyó que la adquisición podía aprobarse sujeto al establecimiento de medidas de seguridad para mantener la competencia en el mercado que fueron:

1. TEM debe transferir las concesiones que le dieron más de 25 MHz en la banda de 800 MHz en el ámbito nacional a terceros no relacionados bajo un proceso de licitación abierto y no discriminatorio, dentro de los 18 meses de la decisión, con la condición de que ningún operador debe poseer más de 60 MHz del espectro. También se deben presentar los documentos de la licitación al Tribunal para su aprobación.
2. Las empresas surgidas de la fusión aprobada deben respetar los reglamentos para las sociedades anónimas de responsabilidad limitada e inscribirse en el Registro de Valores de la Superintendencia de Valores y Seguros.
3. Durante el proceso de transferencia del proceso, ni el titular ni la nueva entidad fusionada podían ofrecer planes de precios que incluyeran precios diferentes en las llamadas *on-net* y *off-net*.
4. También se impusieron obligaciones con respecto al suministro de información relativa a los cambios en los números de teléfonos a los clientes.
5. La Subsecretaría de Telecomunicaciones (SUBTEL) supervisaría la eliminación de obstáculos al cambio para los consumidores y en particular la eliminación del bloqueo a los teléfonos móviles que evitaran el uso de los teléfonos móviles en las redes de otros operadores.
6. Cualquier oferta conjunta de servicios fijos y móviles lanzada por el titular o el nuevo operador que incluyera los servicios de Telefonica CTC sería considerada una oferta de CTC y como tal, estaría sujeta a los reglamentos de SUBTEL.
7. El Tribunal aconsejó a SUBTEL instruir a los operadores de comunicación móvil a ofrecer planes de reventa a empresas que no uvieran sus propias redes.

Caso 5.4. – Argentina -2005 -Telefónica Móviles, S.A. y Telefónica Comunicaciones Personales, S.A.¹⁹³

Al igual que el caso 5.3, éste es otro caso donde Telefónica Móviles, S.A. adquirió los activos de BellSouth Corporation en Latinoamérica, ahora en Argentina. El resultado de la fusión propuesta fue que el control de la Compañía de Radiocomunicaciones Móviles, S.A. (Movicom) y la Compañía de Teléfonos del Plata, S.A. fue transferido a Telefónica

¹⁹³ Notificación del Art. 8 de La Ley N. 25.156 (Conc. 0448).

Móviles, S.A.

La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) de Argentina en el asesoramiento al Ministro para permitir la fusión determinó proceder a analizar los siguientes mercados afectados: telefonía fija local, telefonía de larga distancia, transmisión de datos, acceso a Internet, prestación de servicios de operador (circuitos de larga distancia y local) y servicios móviles. En la definición de los mercados relevantes la CNDC tomó en cuenta:

1. La presencia de economías de escala y los costos irrecuperables;
2. La presencia de servicios de valor agregado que se proporcionan más eficientemente en un producto combinado (economías de alcance); y
3. Que algunos servicios eran proporcionados en paquetes y eran considerados complementarios por los consumidores.

La adquisición también presentó relaciones verticales en diferentes servicios (p.ej. la prestación de líneas de telefonía fija para teléfonos de pago, la prestación de acceso local a proveedores de servicios de Internet por conexión telefónica, terminación de llamadas en redes móviles locales y servicios de roaming).

En cuanto al mercado de telefonía fija, la CNDC se mostró satisfecha de que la adquisición propuesta no planteará ninguna preocupación, ya que el aumento de la concentración no fue significativa. En los mercados de transmisión de datos o servicios de larga distancia, el funcionamiento de los operadores basados en instalaciones y otros participantes mitigaron los posibles efectos no deseados sobre la competencias. En el mercado de servicios de telefonía pública, surgieron algunas preocupaciones ya que participaría un operador importante en el mercado de telefonía fija en un mercado a la baja, resultando en incentivos para cerrar el mercado.

En el mercado de telefonía móvil la adquisición produjo un aumento significativo en el nivel de concentración del mercado. Sin embargo, la CNDC tomó en cuenta el hecho de que la competencia en el mercado era fuerte y con respecto al roaming, que los reglamentos imponían a los operadores establecer acuerdos de una manera no discriminatoria. Al mismo tiempo surgió la preocupación debido a la posibilidad de que Telefónica podría fijar cargos altos de terminación de llamadas en redes móviles en detrimento de sus competidores. Además la nueva empresa poseería 85 MHz de espectro radioeléctrico, cuando el máximo permitido por los reglamentos era 50 MHz

Decisión

La CNDC asesoró al Secretario de la Coordinación Técnica para:

1. Que la aprobación de la adquisición dependiera de la reducción efectiva de la concentración del espectro al nivel

autorizado por los reglamentos;

2. Obligar a las partes a prestar las líneas telefónicas públicas a los operadores de teléfonos públicos no relacionados en condiciones no discriminatorias; y

3. Que se abstuvieran de utilizar los cargos de terminación móvil para excluir a los competidores del mercado, mientras que la regla de “él que llama paga” para llamadas de teléfono móvil a teléfono móvil no entrara en vigo.

Caso 5.5. – Chile -2004 - Liberty Comunicaciones De Chile Uno Ltda. y Cristalchile Comunicaciones, S.A.¹⁹⁴

El Tribunal de la Competencia (el Tribunal) examinó la fusión de Metrópolis Intercom, S.A. y VTR, S.A. – una fusión entre competidores en el mercado de televisión por cable, que creó un monopolio en la prestación de servicios de televisión por cable.

El Tribunal consideró tres mercados relevantes: la televisión por cable (distribución de señales de televisión nacional e internacional, además de las que se ofrecen a través de la televisión abierta), el acceso a Internet de banda ancha y la telefonía fija. Estos mercados estaban interrelacionados en términos de oferta y demanda. Por un lado, los operadores de televisión por cable ofrecieron telefonía fija y acceso de Internet de banda ancha. Por otra parte, los operadores de telefonía fija ofrecieron banda ancha y fueron capaces de ofrecer televisión de pago.

En cuanto a la demanda, hubo algún grado de sustitución entre esos tres servicios, ya que la banda ancha servía como un medio de comunicación, así como un servicio de entretenimiento y, por lo tanto, representó un sustituto, en cierta medida, de la televisión de pago y la telefonía. El mercado geográfico fue el territorio nacional.

El Tribunal tomó en cuenta la existencia de los costos e inversiones no recuperables en el mercado de televisión por cable que afectan la competencia en el mercado, ya que en ellas participaban mayores riesgos de salida.

El Tribunal hizo hincapié en los siguientes posibles efectos anticompetitivos:

1. Si la compañía resultante tenía beneficios fuera de lo común, podía subsidiar los productos y servicios relacionados (p.ej. la telefonía fija y banda ancha) y sería posible que la empresa ofreciera servicios vinculados (televisión por cable, banda ancha y telefonía).

2. La fusión podía amenazar la variedad de ofertas de programación. Por otra parte, la baja probabilidad de pérdida de clientes podía dar lugar a un servicio de menor calidad.

¹⁹⁴ Resolución N° 01 /2004.

3. La compra de contenido por una empresa dominante podía generar algunas distorsiones.

4. Aunque la fusión generaría reducción de costos para los operadores y una mayor competencia en el mercado de telecomunicaciones, podía tener efectos negativos para los consumidores.

Sin embargo, el Tribunal decidió que la fusión podía ser positiva para el mercado nacional de telecomunicaciones, ya que reduciría los costos de inversión para ofrecer conjuntamente los tres servicios y al hacerlo permitiría un aumento en la penetración de los servicios de telecomunicaciones. La competencia en esos servicios esenciales para el desarrollo de Chile compensaba tener, por un periodo, un operador con una clara posición dominante en el mercado de televisión de pago. Además, el Tribunal estaba convencido que el dinamismo tecnológico eliminaría esta posición dominante en el mercado de la televisión de pago. No obstante, dada la importancia de los costos irre recuperables en esta industria, los nuevos participantes podían enfrentar prácticas predatorias. Por lo tanto, el Tribunal impuso algunas restricciones sobre el operador resultante.

Decisión

El Tribunal aprobó la fusión y estableció las siguientes condiciones:

1. El grupo que controla la empresa fusionada no podía participar en la propiedad de operadores de televisión por satélite y por microondas en Chile.
2. La empresa fusionada tenía prohibido participar directa o indirectamente en la propiedad de las empresas consideradas como operadores dominantes en el mercado de telefonía fija. El acuerdo entre CTC (el operador titular en el mercado de telefonía fija) y Metrópolis debía terminar. Cualquier acuerdo con los operadores dominantes en el mercado de telefonía fija se debía presentar al Tribunal para su aprobación.
3. Si la empresa fusionada ofreciera diferentes servicios de telecomunicaciones como paquetes, debía indicar por separado el precio y condiciones de cada servicio. La empresa no podía vincular los servicios de televisión por cable al acceso de Internet de banda ancha o telefonía fija. Podía ofrecer esos servicios como un paquete sólo si la aceptación de la oferta por parte del usuario era voluntaria. Además, se le impidió discriminar en la calidad de la programación.
4. La empresa fusionada debía proporcionar una oferta mayorista para los ISP, de manera no discriminatoria y de acuerdo con los precios competitivos en el mercado de acceso a internet.
5. La empresa fusionada tenía prohibido usar su poder de mercado en los programadores que venden señales o producciones para la televisión de pago, con el fin de negar injustificadamente la compra u ofrecer un precio no relacionado con las condiciones de competencia del mercado.
6. En el futuro la empresa fusionada debía abstenerse de actuar como distribuidor en Chile de canales temáticos producidos o distribuidos nacional o internacionalmente. También debía abstenerse de aceptar los derechos de exclusividad para la retransmisión de películas, canales temáticos u otros producidos por cualquier empresa de contenido nacional o internacional. Esta condición no era aplicable a los acuerdos para la transmisión exclusiva de eventos específicos.
7. Durante los tres años siguientes a la fusión, la empresa fusionada no debía aumentar sus precios o reducir la calidad

de la programación en las zonas donde ya se prestaban los servicios, a menos que los ajustes reflejaran las variaciones de costos.

8. La empresa fusionada debía aplicar una política de precios uniforme para todo el territorio nacional, sin aplicar una discriminación por zona geográfica, sin tomar en cuenta la presencia de otros operadores que ofrecen servicios de televisión de pago a través de cualquier plataforma.

Caso 5.6. - Honduras -2011- Millicom Cable Honduras adquisición de Cable Televisión Choluteca¹⁹⁵

La Comisión para la Defensa y Promoción de la Competencia (CDPC) en Honduras emitió la Resolución 16-CDPC-2011 el 7 de octubre de 2011 después de recibir la solicitud de Millicom Cable Honduras para adquirir Cable Televisión Choluteca. La CDPC determinó, después de completar el análisis de competencia, autorizar la adquisición de los activos en la ciudad de San Lorenzo para ofrecer servicios de televisión por cable y acceso a Internet fijo. En la misma resolución se prohibió la adquisición de activos para ofrecer servicios de televisión por cable y acceso a Internet fijo en la ciudad de Choluteca. De acuerdo con la Comisión, la adquisición de Choluteca daría lugar a una entidad que tendría una participación del mercado de 78% para el mercado de televisión por cable (IHH de 8,634..8) y una participación de mercado de 76% para los servicios de acceso a Internet (IHH de 6,086.3).

El 16 de diciembre de 2011, la CDPC emitió la Resolución 22-CDPC-2011 que derogaba la Resolución 16-CDPC-2011 la cual acepta la apelación hecha por Millicom Cable Honduras (MCH) para adquirir los activos de Cable Televisión Choluteca en la ciudad de Choluteca y permite que MCH realice la compra. Al tomar su decisión, la CDPC llegó a la conclusión que la compra se traduciría en importantes transferencias de eficiencia a los consumidores. MCH garantizó que ofrecería a los consumidores en Choluteca los mismos precios que los ofrecidos en el mercado de Tegucigalpa que de acuerdo con la Comisión son altamente competitivos. En su resolución la Comisión estableció los precios máximos para los clientes nuevos y existentes en los mercados de televisión por cable y acceso a Internet fijo de Choluteca para el periodo 2012 – 2016.

Conclusión

Las concentraciones son una de esas raras ocasiones donde se recurre a las autoridades de competencia para decidir no sobre la base de pruebas presentadas ante ellos, sino en lo que creen que podría suceder en el futuro. Esto puede ser un reto, ya que se debe justificar un análisis basado en hechos con una mirada hacia el futuro.

¹⁹⁵ 16-CDPC-2011

La autoridad debe tener en mente que las empresas que combinan sus fuerzas es una parte saludable de una economía próspera y puede aportar beneficios a la economía a través del desarrollo de nuevos productos y mercados, así como a través de una mayor eficiencia. Sin embargo, el difícil papel de la autoridad es ver hacia el futuro e identificar los casos que puedan conducir a la reducción de la competencia en un mercado, a través de la creación o fortalecimiento de un operador dominante o al hacer que la colusión entre los operadores sea más sencilla.

Las decisiones de la autoridad en tales casos tienen un impacto importante no sólo sobre las partes involucradas, sino también en el desarrollo futuro del mercado.

Algunas jurisdicciones requieren que las autoridades de competencia tengan en cuenta otras cuestiones al margen del alcance del derecho puro y la economía. Pueden variar desde la protección de la industria local en los medios locales, el idioma, entre otros. Esto simplemente hace que la tarea sea más complicada.

El propósito de este capítulo ha sido identificar los procesos que se pueden adoptar para identificar las concentraciones que pueden plantear problemas de competencia. Es notable que el enfoque global en términos de la definición del mercado, las inquietudes del mercado y los recursos tienden a ser similares en las diferentes jurisdicciones analizadas.

6 CONCLUSIÓN

En este trabajo se ha expuesto la manera en que la ley de competencia se ha aplicado en el sector de telecomunicaciones. Hay que volver a insistir que no se basa en la ley de competencia de un solo país, sino en la construcción de una versión contemporánea “representativa” de la ley y práctica de los operadores. **Por consiguiente no puede utilizarse como una guía para el desarrollo de los procedimientos en cualquier jurisdicción en particular, que tendrá sus propias leyes, precedentes y procedimientos.** Sin embargo, esperamos que sea útil para indicar en términos generales cómo se puede aplicar la ley de competencia y que la inclusión de los casos seleccionados sirva para ilustrar este tema.

Nuestra cuenta del funcionamiento de la ley de competencia (y los resúmenes de los casos que se incluyen) muestra que se puede aplicar contra las prácticas ilegales por parte de los operadores, las cuales tienen efectos perjudiciales en los usuarios finales de los servicios de telecomunicaciones y también en el proceso competitivo y en los competidores. La carga de la prueba a la autoridad encargada de hacer cumplir la ley es importante, pero la tarea se puede lograr con éxito y fácilmente mediante una comprensión clara de lo que se tiene que demostrar. La autoridad tiene entonces la satisfacción de que las sanciones impuestas, si son aplicadas, deben tener un efecto disuasorio en el mercado de las telecomunicaciones.

En el documento también se ha analizado la relación en el sector de las telecomunicaciones entre la legislación sectorial y la ley de competencia. Hemos demostrado que las dos, en cierta medida, se refuerzan entre sí (si son aplicables) y hasta cierto punto son sustitutos. En relación con los aspectos de la sustitución, se pueden mencionar dos puntos más. El primero es que, si por alguna razón se carece de

reglamento sectorial o es mal aplicado, entonces la autoridad de competencia puede intervenir. En segundo lugar, el peso cada vez mayor dentro del sector de las tecnologías inalámbricas ha permitido que entren más operadores primero en el mercado de voz y ahora en el de datos. Para nosotros, esto permite que las intervenciones basadas en los reglamentos *ex ante* de los monopolios fijos sean sustituidos cada vez más por la aplicación *ex post* de la ley de competencia en los mercados que aún tienen un número pequeño de operadores y barreras de entrada, pero pueden mostrar mucha más competencia cara a cara que la que se encuentra generalmente en las redes fijas.

Esto amplía considerablemente el papel potencial de la ley de competencia en las telecomunicaciones.

ANEXO 1: GLOSARIO

Este glosario se basa en el Glosario de términos utilizado en la política de competencia de la UE, producido por la Comisión Europea, y en el Glosario de la organización de la economía industrial y la ley de competencia de la OCDE. Cabe señalar que estas definiciones son breves, generales y, como tales, no son exhaustivas.

Abuso de posición dominante

Las prácticas empresariales anticompetitivas (incluyendo la explotación inadecuada de los clientes o la exclusión de los competidores) que una empresa (o empresas) dominante pueden utilizar con el fin de mantener o aumentar su posición en el mercado.

La ley de la competencia prohíbe tal comportamiento, que daña la verdadera competencia entre las empresas, perjudica a los consumidores y hace que sea innecesario para la empresa dominante competir con otras empresas en el mérito.

Agrupación

Esto ocurre cuando un producto se vende en proporción a los otros como un requisito para la venta. Se relaciona con el concepto de ventas vinculadas. La agrupación de productos puede ser una fuente de economía o eficiencia para el fabricante, ya que puede llevar a un precio compuesto más bajo para el comprador, que si todos los diferentes productos fueran suministrados o comprados por separado. Sin embargo, la agrupación también puede dificultar la entrada de las empresas para suministrar los componentes individuales de la agrupación. Las implicaciones de la competencia de la agrupación, incluyendo el de las ventas vinculadas, por lo general son complejas y deben evaluarse tomando caso por caso adoptando un criterio de sentido común.

Poder de compra

Capacidad de uno o más compradores, en función de su importancia económica en el mercado en cuestión, de obtener condiciones de compra favorables de sus proveedores. El poder de compra es un aspecto importante en el análisis de la competencia, ya que los compradores poderosos pueden disciplinar la política de precios de los vendedores poderosos, creando así un “equilibrio de poderes” en el mercado correspondiente. Sin embargo, el poder de compra no necesariamente tiene un efecto positivo. Cuando un comprador fuerte se enfrenta a vendedores débiles, por ejemplo, el resultado puede ser peor que cuando el comprador no es poderoso. Los efectos de la fuerza de un comprador también dependen de si el comprador, a su vez, tiene poder de venta en un mercado descendente.

Cártel

Acuerdos entre las empresas que compiten diseñados para limitar o eliminar la competencia entre ellas, con el objetivo de aumentar los precios y las ganancias de las empresas participantes y sin producir ningún objetivo de beneficios compensatorios. En la práctica, esto se hace generalmente mediante la fijación de precios, la limitación de la producción, el reparto de mercados, la asignación de clientes o territorios, la manipulación de las licitaciones o mediante una combinación de estos tipos específicos de restricción. Los cárteles son perjudiciales para los consumidores y la sociedad en su conjunto debido a que las empresas participantes cobran precios más altos (y obtienen mayores ganancias) que en un mercado competitivo.

Falacia del celofán

Al determinar si dos productos o servicios son buenos sustitutos el uno del otro, a ambos se les debería cobrar por su competitividad, no por sus precios reales. Esto se debe a la práctica monopolista de fijación de precios para un nuevo producto, como el celofán en la década de 1950, que subirá hasta el punto donde los clientes estén a punto de dejar de comprarlo. Este comportamiento de fijación de precios deliberada crea la ilusión de la sustitución, incluso cuando, a precios competitivos, no existirían.

Colusión

La Colusión se refiere a la coordinación del comportamiento competitivo de las empresas. El resultado probable de esa coordinación es que los precios suben, la producción se restringe y las ganancias de las empresas que actúan en colusión son más altas de lo que normalmente serían. El comportamiento colusorio no siempre depende de la existencia de acuerdos explícitos entre las firmas. El comportamiento colusorio también puede deberse a situaciones donde las empresas actúan sin comunicarse entre sí pero, al reconocer su interdependencia con los competidores, ejercen conjuntamente el poder de mercado con los otros que actúan en colusión. Esto normalmente se describe como “colusión tácita”.

Competencia

Una situación en un mercado en el cual los vendedores de un producto o servicio se esfuerzan de forma independiente por el patrocinio de los compradores con el fin de lograr un objetivo de negocio en particular, por ejemplo, ganancias, ventas o participación en el mercado. La rivalidad competitiva entre las empresas puede tener lugar en términos de precio, calidad, servicio o la combinación de estos y otros factores que los clientes pueden valorar.

Costos

Los costos se refieren al valor de los usos alternativos de los factores de producción utilizados por una empresa (costos de mano de obra, costos materiales, costos de capital). Los costos pueden ser fijos o variables.

Costos fijos son los costos que no varían con la cantidad producida. Ejemplos de ellos son los intereses sobre la deuda, los impuestos sobre la propiedad y el arrendamiento. Los economistas también añaden a los costos fijos el retorno adecuado del capital que es suficiente para mantener ese capital en su uso actual. Esto refleja la idea de que todos los costos económicos son costos de oportunidad, el costo de alternativas previsible. Por lo tanto, el retorno de capital si se emplea en otros lugares constituye su costo de oportunidad.

Costos variables son costos que varían con la cantidad producida. Ejemplos de ello son los materiales, energía, mano de obra y mantenimiento. A medida que se amplía el periodo de tiempo relevante, más costos se vuelven variables.

Costos totales se refieren a la suma de los costos fijos y variables.

Costos promedio se refieren a los costos totales divididos entre la producción.

Costo promedio incremental es el incremento por unidad del costo total que resulta de tener un incremento adicional de la producción.

Costo marginal es el costo incremental de la producción de una sola unidad de producción.

Elasticidad cruzada del precio de demanda

Se refiere a la variación porcentual de la cantidad demandada de un producto dado debido a un cambio porcentual en el precio de otro producto “relacionado”. Si se permite que todos los precios varíen, la cantidad demandada de un producto X dependerá no sólo de su propio precio, sino también de los precios de otros productos. El concepto de elasticidad cruzada del precio de demanda se utiliza para clasificar si los productos son “sustitutos” o “complementos”. También se utiliza en la definición del mercado de productos que pueden competir entre sí. Si un aumento en el precio del producto Y da lugar a un incremento en la cantidad demandada de X (mientras que el precio de X se mantiene constante), entonces los productos X e Y son vistos como sustitutos.

Posición dominante

Una empresa tiene una posición dominante si tiene la capacidad de actuar con independencia de sus competidores, clientes, proveedores y en última instancia, del consumidor final.

Una empresa dominante que posea ese poder de mercado tendría la capacidad de fijar los precios por encima del nivel competitivo, vender los productos con una calidad inferior o reducir su tasa de innovación por debajo del nivel que existiría en un mercado competitivo.

Mercado descendente

El mercado es descendente en la siguiente etapa de la cadena de producción y distribución; por ejemplo, la venta minorista de los servicios de banda ancha a los consumidores finales a partir del suministro mayorista de dichos servicios.

Duopolio

Caso especial de oligopolio: estructura de la industria con dos vendedores. En los casos de competencia el término se utiliza a menudo también para situaciones donde dos vendedores principales dominan la estructura de competencia y un núcleo de pequeños vendedores se adapta a su comportamiento. Los dos principales vendedores se denominan entonces como el duopolio.

Economías de escala

Las economías de escala se producen cuando las empresas logran ahorros por unidad al producir más de un producto o servicio (es decir, cuando los costos promedio disminuyen a medida que aumenta la producción).

Economías de alcance

Las economías de alcance se producen cuando las empresas logran ahorros de costos al aumentar la variedad de productos y servicios que producen (producción conjunta). Estos efectos se presentan cuando es posible compartir componentes y utilizar las mismas instalaciones y personal para producir varios productos.

Eficiencia

El término tiene una gran cantidad de usos. En el contexto de la organización de la economía industrial y la ley y política de competencia, se refiere a la manera más eficaz de utilizar recursos escasos. Generalmente se distinguen tres tipos de eficiencia: la eficiencia técnica, la asignativa y la dinámica. Una empresa es efectiva técnicamente si tiene una producción sin desperdicios y a un costo mínimo. La eficiencia alocativa surge cuando se emplean los recursos en su uso más eficiente, dada la demanda del usuario final y la estructura de los costos de producción. La eficiencia dinámica surge del uso de mejores procesos tecnológicos y la disponibilidad de nuevos

productos y servicios. La competencia generalmente es considerada por los economistas como posible para estimular las tres clases de eficiencia.

Barreras de entrada

Las barreras de entrada son factores que impiden o dificultan la entrada de empresas a un mercado específico. Las barreras de entrada pueden resultar, por ejemplo, de una estructura de mercado en particular (tal como, el requisito de costos irrecuperables considerables o la lealtad de los consumidores a los productos existentes), o el comportamiento de las empresas ya establecidas. Es importante agregar que los gobiernos también pueden ser una fuente de barreras de entrada (por ejemplo, a través de los requisitos y otras normas para la obtención de licencias).

Instalación esencial

Una instalación o infraestructura que es necesaria para llegar a los clientes y permitir que los competidores lleven a cabo sus negocios. Una instalación es esencial si su duplicación es imposible o extremadamente difícil debido a las limitaciones físicas, geográficas, legales o económicas.

Prácticas excluyentes

La práctica de una empresa dominante que tiende a perjudicar las oportunidades de los competidores con base en consideraciones distintas a la competencia sobre los méritos. Un ejemplo sería la decisión, de una empresa dominante en el mercado de producción de un determinado producto, de no abastecer a un cliente porque es un competidor activo en el mercado de distribución de ese producto.

Comportamiento explotador

Una situación en la cual un proveedor o proveedores de servicios utilizan su poder de mercado para cobrar a sus clientes precios excesivos, ofrecer una mala calidad, imponer condiciones injustas o limitar la innovación.

Bloqueo

Comportamiento estratégico de una empresa o grupo de empresas para limitar el acceso a

competidores potenciales, ya sea en el mercado ascendente o descendente. El bloqueo puede tomar diferentes formas, desde el rechazo absoluto a hacer negocios hasta formas más sutiles de discriminación como la degradación de la calidad del acceso.

Índice Herfindahl-Hirschmann (IHH)

Medición específica de la concentración del mercado o el grado en el que un pequeño número de empresas representa una gran proporción de la producción. El IHH se utiliza como un posible indicador del poder de mercado o de competencia entre las empresas. Mide la concentración del mercado sumando la participación de mercado de las empresas en la industria al cuadrado. Así, un mercado monopolístico tiene una puntuación de 10,000 y un mercado perfectamente competitivo tiene una puntuación de 0. Así que, por ejemplo, cinco compañías en un mercado donde cada una tiene una participación de mercado del 20%, el IHH es $400 + 400 + 400 + 400 + 400 = 2,000$. Cuanto mayor sea el IHH para un mercado específico, la producción se concentra más en un pequeño número de empresas. En términos generales, un mercado en una economía grande con un IHH por debajo de 1 000, se puede caracterizar por tener una baja concentración, un mercado con un IHH entre 1,000 y 1,800 tiene una concentración moderada y un mercado con un IHH por encima de 1,800 está muy concentrado. Las economías más pequeñas son más propensas a mostrar una puntuación más alta.

Acuerdo horizontal

Acuerdo entre competidores reales o potenciales que operan en el mismo nivel de producción. Los acuerdos horizontales pueden limitar la competencia, en particular cuando involucran la fijación de precios o el reparto de mercado, o cuando el poder de mercado resultante de la cooperación horizontal provoca efectos negativos en el mercado con respecto a los precios, la producción, la innovación o la variedad o calidad de los productos.

Por otro lado, la cooperación horizontal puede ser un medio para compartir los riesgos, ahorrar costos, compartir conocimientos técnicos y lanzar las innovaciones con mayor rapidez. En particular para las pequeñas y medianas empresas, la cooperación puede ser un medio importante para adaptarse a la evolución de los mercados.

Prueba del monopolio hipotético (HMT)

Una manera de establecer cómo se debe definir un mercado. Comienza eligiendo un candidato pequeño de “mercado” y formulando la pregunta si un único vendedor de los productos en cuestión podría obtener una ganancia elevando el precio un 5 o 10% durante aproximadamente un año. Si muchos clientes cambian a un producto alternativo, las ganancias no subirán aumentando los precios. Esto muestra que el conjunto de productos elegidos no es un mercado. En consecuencia, el investigador añade más productos al mercado y repite la pregunta. Cuando se ha encontrado un conjunto más pequeño de productos para los que un aumento de precios es rentable, ese conjunto de productos es el mercado. Es difícil administrar la prueba en la práctica porque el monopolio imaginado es hipotético, pero la prueba sugiere una manera útil de pensar acerca de los límites de los mercados.

Estrechamiento de márgenes

El estrechamiento de márgenes se produce cuando el margen entre el precio de un proveedor para la venta de insumos necesarios para un rival y su mercado descendente o precio minorista para los clientes es tan estrecho que el rival no puede sobrevivir o competir. El estrechamiento de márgenes sólo puede presentarse cuando (a) una empresa ascendente tiene una producción para la que no existen productos sustitutos económicos, (b) la empresa ascendente vende esa producción a una o más empresas descendentes y (c) la empresa ascendente compite también directamente en ese mercado descendente contra esas empresas. La principal preocupación antimonopolio es que una empresa que participa en un estrechamiento de márgenes pueda limitar, restringir o evitar el desarrollo de la competencia en el mercado descendente.

Definición de mercado

El punto de partida en cualquier tipo de análisis de la competencia es la definición del mercado “relevante”. Existen tres dimensiones fundamentales de la definición de mercado: (i) el mercado de productos, es decir, productos para agrupar; (ii) el mercado geográfico, es decir, cualquiera de las áreas geográficas para agrupar; y (iii) el mercado temporal, que describe el periodo de tiempo en el que existe el mercado. La definición de mercado toma en cuenta las consideraciones de

oferta y demanda. Por el lado de la demanda, los productos deben ser sustituibles desde el punto de vista del comprador. Por el lado de la oferta, deben estar incluidos los vendedores que producen o pueden cambiar fácilmente a la producción de los productos en cuestión o a sustitutos cercanos. La definición demasiado amplia o demasiado estrecha conduce a la subestimación o sobreestimación de la medición de la concentración y participación de mercado.

Poder de mercado

La fuerza de una empresa en un mercado en particular. En términos económicos básicos, el poder de mercado es la capacidad de una empresa rentable de fijar los precios por encima del costo marginal. Una empresa con alto nivel de poder de mercado se dice que es “dominante”. En el análisis de la competencia, el poder de mercado se determina con la ayuda de un análisis estructural del mercado, en particular el cálculo de la participación de mercado que requiere un examen de la disponibilidad de otros productores de los mismos productos o de productos sustitutos. La evaluación del poder de mercado también necesita incluir un análisis de las barreras de entrada o crecimiento, y de la tasa de innovación. Puede involucrar criterios cualitativos, tales como los recursos financieros, el grado de integración vertical y la gama de productos de la empresa afectada.

Participación del mercado

Medida por el tamaño relativo de una empresa en una industria o mercado, en términos de la proporción de la producción, ventas o capacidad total que representa. Además de los beneficios, uno de los objetivos de negocio citado con frecuencia por las empresas es aumentar su participación en el mercado. Esto se debe a que la participación del mercado, las economías de escala y las ganancias se correlacionan positivamente a menudo en las economías de mercado. En el análisis de la política de la competencia, la participación del mercado es un indicador del poder de mercado. Se debe prestar atención no sólo al nivel absoluto de la participación de mercado de la empresa, sino también a su participación de mercado en relación con la de sus competidores. Sin embargo, incluso las empresas con una gran participación de mercado no necesariamente poseen un poder de mercado, por ejemplo, en los casos donde las barreras para entrar en el mercado en cuestión son muy bajas y la amenaza de entrada impide el ejercicio del poder de

mercado.

Monopolio

Situación del mercado con un único proveedor que, debido a la ausencia de la competencia, tiene una forma extrema de poder de mercado. Bajo el monopolio, la producción es normalmente más baja y los precios más altos que en condiciones competitivas de precios. Un monopolio puede también ser considerado para obtener ganancia por encima de lo normal (es decir, las ganancias que superan la remuneración normal del capital).

Oligopolio

Una estructura de mercado con pocos vendedores, que se dan cuenta de su interdependencia en la toma de decisiones estratégicas, por ejemplo en los precios, la producción y la calidad. En un oligopolio, cada firma es consciente de que su comportamiento en el mercado afectará claramente a los otros vendedores y su comportamiento en el mercado. Como resultado de ello, cada empresa tomará en cuenta expresamente las posibles reacciones de los otros jugadores. En los casos de competencia, el término se usa también a menudo para situaciones en las que un número reducido de grandes vendedores dominan conjuntamente el mercado y los pequeños vendedores marginales se adapta a su comportamiento. Los grandes vendedores son denominados como los miembros del oligopolio. En ciertas circunstancias esta situación se puede considerar como una colusión tácita.

Competencia potencial

La presión ejercida sobre las empresas establecidas ante la posibilidad de que las empresas nuevas o existentes entren en un mercado específico. Los nuevos participantes pueden ser atraídos por las ganancias superiores a lo normal realizadas por empresas establecidas, posiblemente como resultado de una competencia débil. La entrada en el mercado de empresas adicionales aumentará la cantidad total suministrada con el efecto que los precios caen y desaparecen las ganancias por encima de lo normal. Así que la posibilidad de entrada en el mercado tiene un cierto “efecto disciplinario” en el comportamiento de los operadores tradicionales. Sin embargo, la amenaza de una competencia potencial es relativamente pequeña cuando las barreras de entrada

son altas.

Precios predatorios

Una estrategia deliberada para eliminar a la competencia del mercado mediante la fijación de precios por debajo de los costos de producción. Si la empresa depredadora tiene éxito en eliminar del mercado a la competencia existente y en disuadir la futura entrada de nuevas empresas, posteriormente puede aumentar los precios y obtener mayores ganancias. Los precios fijados por debajo de los costos variables promedio a menudo se presume que son predadores, porque no tienen otra justificación económica que la de eliminar a la competencia, ya que de otro modo sería más irracional producir y vender un producto que no puede tener un precio por encima del costo variable promedio. Cuando los precios se fijan por debajo del costo total promedio (pero por encima de los costos variables), se pueden requerir algunos elementos adicionales que demuestren la intención de la empresa depredadora para calificarla como depredadora.

Discriminación de precios

La discriminación de precios se produce cuando los clientes en diferentes segmentos del mercado pagan diferentes precios por el mismo producto o servicio, por razones no relacionadas con los costos. La discriminación de precios puede tomar muchas formas, incluyendo el establecimiento de diferentes precios para distintos grupos de edad, distintas ubicaciones geográficas y diferentes tipos de usuarios (como los usuarios residenciales vs. comerciales). Cuando los grupos de clientes pueden ser identificados y segmentados entonces se puede demostrar que a las empresas les resultará más rentable fijar precios más altos en los mercados donde la demanda es menos elástica. Esto puede resultar en una mayor producción total, un efecto favorable a la competencia. La discriminación de precios también puede tener consecuencias anticompetitivas. Por ejemplo, las empresas dominantes pueden bajar los precios en determinados mercados para eliminar a la competencia.

Sustituibilidad

Medición del grado en que los productos pueden ser vistos como intercambiables desde el punto de vista de los productores o consumidores. La política de fijación de precios de una empresa para



un producto específico es disciplinada si los consumidores tienen la posibilidad de comprar otro producto, que juzgan como equivalente por su naturaleza, uso y precio.

Acuerdo vertical

El acuerdo celebrado entre dos o más empresas que operan, a efectos del acuerdo, a un nivel diferente en la cadena de producción o distribución, y que se refiere a las condiciones bajo las cuales las partes pueden comprar, vender o revender determinados productos o servicios.

ANEXO 2: SELECCIÓN DE BIBLIOGRAFÍA

Ley de Competencia – América Latina

- I. De Leon, An institutional Assessment of Antitrust Policy – The Latin American Experience. Wolters Kluwer, 2009.
- E. Fox y D. Sokol (eds), Competition law and Policy in Latin America, Hart Publishing, 2009.

Ley de Competencia - General

- F. Alese, Federal Antitrust and EC Competition Law Analysis, Ashgate Publishing, 2008.
- Bellamy & Child, European Community Law of Competition, 6a. Edición y Suplementos, Oxford University Press, 2008/2012.
- M. S. Gal, Competition Policy for Small Market Economies, Harvard University Press, 2003.
- H. Hovenkamp Federal Antitrust Policy, The Law of Competition and Its Practice, 4a. edición, West Publishing, 2006.
- R. Posner, Antitrust Law, 2a. edición, University of Chicago Press, 2001.
- R. Whish y D Baily, Competition Law, 7a. edición, Oxford University Press, 2012.

Ley de Competencia – Economía

- R. Bishop y M. Walker, The Economics of EC Competition Law: Concepts, applications and measurements, 3a. edición, Sweet & Maxwell, 2010.
- D. Gerardin, A. Layne-Farrer y N. Petit, EU Competition Law and Economics, Oxford University Press, 2012.
- K. N. Hylton (ed), Antitrust Law and Economics, Encyclopedia of Law and Economics, volumen 4, 2a. Edición, Edward Elgar Publishing, 2010.
- G. Niels, H. Jenkins y J Kavanagh, Economics for Competition Lawyers, Oxford University Press, 2011.
- Posner, Richard A., Economic Analysis of Law, 8a. Edición, Wolters Kluwer, 2010.

Ley de Competencia – Telecomunicaciones

- S. M. Benjamin, D. G. Lichtman, H. A. Shelanski, P. J. Weiser, Telecommunications Law and Policy, 2a. edición, 2006.
- C. Blackman y L. Srivastava, Telecommunications Regulation Handbook, 10a. edición, ITU, disponible en <http://www.infodev.org/en/Publication.1057.html>.
- K. Coates, Competition Law and Regulation of Technology Markets, Oxford University Press, 2011.
- L. Garzaniti & M. O'Regan (eds) Telecommunications, Broadcasting and the Internet. UE Competition Law and regulation. 3a Edición, Sweet & Maxwell, 2010.
- Ian Walden, Telecommunications Law and Policy, 3a. edición, Oxford University Press, 2009.

Sitios Web útiles

Kit de herramientas normativas para las TIC

<http://www.ictregulationtoolkit.org/en/index.html>

Red Internacional de Competencia

<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/>

ANEXO 4: DATOS BIOGRÁFICOS DE LOS AUTORES

A. Andreas Avgousti es abogado y director general de la empresa de consultoría A.A.C.S., Ltd. Ha ocupado varios cargos directivos, el último de ellos como regulador de telecomunicaciones en

Bahrein. Antes de eso, trabajó como director de asuntos legales y normativos de un nuevo competidor de telefonía fija, como consultor senior para la Autoridad Normativa en Telecomunicaciones (OFTA) y la Autoridad de Radiodifusión (BA) de Hong Kong, ocupó diversos cargos en la autoridad normativa en telecomunicaciones de Reino Unido (OFTEL, ahora OFCOM), el último de ellos como Director de Competencia y del Comercio Justo. Ha sido consultor en materia de competencia y otras cuestiones en el sector de las telecomunicaciones y la radiodifusión.

Martin Cave es profesor visitante en la Escuela de Negocios Imperial College y Presidente Adjunto de la Comisión de Competencia de Reino Unido. Ha ocupado cátedras en la Universidad de Brunel, la Universidad de Warwick y la Escuela de Economía de Londres. Es autor y editor de Handbook of Telecommunications Economics (2002 y 2005), el Oxford Handbook of Regulation (2010) y Understanding Regulation (2011), así como de artículos en revistas académicas. Ha sido consultor de numerosas autoridades de competencia y reguladores de servicios de telecomunicaciones en todo el mundo.

Adrian Foster es consultor de gestión y socio fundador de McLean Foster & Co., donde dirige la práctica de Gestión del Espectro y las TIC de las empresas. Su trabajo ahí incluye la revisión de la política de las TIC y del espectro, la preparación de la gama completa de las TIC y los reglamentos de gestión del espectro, como la concesión de licencias, autorizaciones, cuotas regulatorios, sistemas de gestión del espectro y las operaciones. Es el autor principal del Kit de herramientas normativas para las TIC, UIT/ InfoDev en línea, Módulo 5: Gestión del Espectro. Ha sido consultor de muchos reguladores de servicios de telecomunicación en todo el mundo, en la competencia y otras cuestiones en el sector de las telecomunicaciones.