



**sutel**

SUPERINTENDENCIA DE  
TELECOMUNICACIONES

# Guías de análisis de **Conductas Anticompetitivas**

Dirección General de Mercados



---

# Contenido

I.	INTRODUCCIÓN .....	3
II.	PRÁCTICAS MONOPOLÍSTICAS ABSOLUTAS.....	3
A.	Regla de análisis.....	4
B.	Elementos del tipo sancionador .....	5
1	Operadores de redes o proveedores de telecomunicaciones competidores entre sí, actuales o potenciales .....	5
2	Acto, contrato, convenio, arreglo o combinación .....	5
3	Objeto anticompetitivo.....	7
C.	Tipos de Prácticas .....	7
D.	Prueba del acuerdo .....	11
E.	Legislación Comparada .....	18
III.	PRÁCTICAS MONOPOLÍSTICAS RELATIVAS .....	19
A.	Regla de análisis .....	20
B.	Elementos del tipo sancionador .....	21
1	Realizado por operadores de redes o proveedores de servicios de telecomunicaciones.....	21
2	Acción unilateral o acuerdo .....	22
3	Conducta enlistada entre las prácticas prohibidas .....	22
4	Poder sustancial en el mercado .....	22
5	Objeto o efecto anticompetitivo .....	23
C.	Metodología de análisis de una práctica monopolística relativa .....	23
D.	Definición de mercados relevantes.....	25

---

1	El mercado relevante del producto en el sector de las telecomunicaciones	25
2	El mercado geográfico relevante en el sector de las telecomunicaciones	28
3	Experiencia internacional en la definición de mercados relevantes en el sector de las telecomunicaciones	28
E.	Existencia de poder sustancial	35
1	Posición de mercado de la empresa dominante y de sus competidores	36
2	Competencia potencial	36
3	Poder de negociación de la demanda	37
4	Legislación comparada en la evaluación del poder sustancial	38
F.	Conductas típicas	40
1	Precios o condiciones discriminatorios	41
2	Negativa de trato	47
3	Subsidios cruzados	53
4	Exclusividad	54
5	Imposición de precio o condiciones	57
6	Ventas atadas	60
7	Ventas sujetas a condición negativa	62
8	Ejercer presión	65
9	Precios o condiciones predatorias	67
G.	Efectos de las de prácticas monopolísticas relativas	76
IV.	REFERENCIAS	81

---

---

# I. INTRODUCCIÓN

El objetivo de la presente Guía es proporcionar una metodología de análisis de las conductas anticompetitivas recogidas en la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 8642 (en adelante la Ley 8642) y en el Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones (en adelante el Reglamento).

La Guía se estructura en torno a los dos tipos generales de conductas anticompetitivas que contiene la Ley 8642: las prácticas absolutas y las prácticas relativas.

Al emitir esta Guía se pretende delimitar y guiar el análisis de estas conductas conforme a la Ley 8642 y los principios de competencia aplicables. Sin embargo, el contenido de esta Guía no debe aplicarse de forma automática o mecánica. Por el contrario, los criterios aquí expresados deberán incorporarse dentro del análisis de cada caso concreto, según los hechos y circunstancias particulares.

## II. PRÁCTICAS MONOPOLÍSTICAS ABSOLUTAS

De acuerdo al artículo 53 de la Ley 8642 se considerarán prácticas monopolísticas absolutas los actos, los contratos, los convenios, los arreglos o las combinaciones entre operadores de redes o proveedores de telecomunicaciones competidores entre sí, actuales o potenciales, con cualquiera de los propósitos siguientes:

- a)** Fijar, elevar, concertar o manipular el precio de compra o venta al que son ofrecidos o demandados los servicios de telecomunicaciones en los mercados o intercambiar información con el mismo objeto o efecto.
- b)** Establecer la obligación de prestar un número, un volumen o una periodicidad restringida o limitada de servicios.
- c)** Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado de servicios de telecomunicaciones, actual o futuro, por medio de la clientela, los proveedores y los tiempos o los espacios determinados o determinables.
- d)** Establecer, concertar o coordinar las ofertas o la abstención en las licitaciones, los concursos, los remates o las subastas públicas.

---

## A. Regla de análisis

Las prácticas monopolísticas absolutas también se denominan prácticas horizontales, concertadas o carteles. Para determinar su ilegalidad se utiliza la llamada regla *per se*. Según esta regla, las prácticas horizontales son tan perjudiciales para el proceso de competencia y libre concurrencia que se consideran siempre ilegales, sin necesidad de probar sus efectos en el mercado, ni analizar eventuales justificaciones invocadas por el infractor<sup>1</sup>. Cualquier acuerdo entre dos o más empresas competidoras cuyo objeto sea cualquiera de los señalados en el artículo 53 deberá ser considerado perjudicial para los consumidores.

Un acuerdo de fijación de precios o de reparto de mercado tiene por sí mismo efectos negativos sobre el nivel de competencia en el mercado y en consecuencia sobre el bienestar del consumidor. Por tanto, el análisis no requiere evaluar los efectos reales del mismo, basta que se disponga de evidencia de la realización del acuerdo para que el mismo sea sancionable.

Esto significa que una vez comprobada la existencia de uno de los supuestos normativos establecidos en el artículo 53, se estará presencia de una práctica monopolística absoluta que es *per se* nociva para la competencia. La consecuencia jurídica de este tipo de prácticas es la nulidad absoluta.

Así las cosas, para analizar estas conductas se debe comprobar lo siguiente: a) Que la conducta es realizada por operadores de redes o proveedores de telecomunicaciones, competidores entre sí, ya sean éstos actuales o potenciales; y b) Que se ha cometido un acto, contrato, acuerdo, convenio, arreglo o combinación con el objeto de realizar alguna de las conducta anticompetitivas tipificadas en la Ley.

A continuación, se hará referencia a los elementos del tipo sancionador, las reglas de análisis y las formas de detectar y demostrar los carteles.

---

<sup>1</sup> International Competition Network (ICN), ICN Working Group on Cartels, *Defining Hard Core Cartel Conduct. Effective Institutions. Effective Penalties. Building Blocks for Effective Anti-Cartel Regimes*, vol. 1, Bonn, junio de 2005, pág. 14. Disponible en: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc346.pdf>.

---

## B. Elementos del tipo sancionador

De la anterior definición contenida en el artículo 53 de la Ley 8642, se extraen los siguientes elementos:

### 1 Operadores de redes o proveedores de telecomunicaciones competidores entre sí, actuales o potenciales

El primer elemento que debe analizarse, es que los operadores de redes o proveedores de telecomunicaciones son competidores entre sí. Es decir, la SUTEL deberá demostrar que éstos están en el mismo mercado relevante o, dicho de otra manera, que se encuentra en el mismo nivel de la cadena de producción o comercialización de un determinado bien o servicio.

Adicionalmente, la Ley indica que los competidores pueden ser actuales o potenciales. Es decir, que en el momento de realizarse la práctica éstos están ofreciendo los servicios en dicho mercado, o que tienen la voluntad y/o capacidad para ofrecerlos en un plazo de tiempo relativamente corto<sup>2</sup>.

### 2 Acto, contrato, convenio, arreglo o combinación

En segundo lugar, la SUTEL debe determinar qué tipo de acto, contrato, convenio, arreglo o combinación ha realizado el operador de redes o prestatario de servicios de telecomunicaciones. En este sentido, el Derecho del Competencia ha establecido una serie de conceptos desarrollados a partir de la teoría económica, que permiten interpretar los conceptos establecidos en el artículo 53 de la Ley 8642.

En este punto es importante indicar que, si bien el artículo 53 de la Ley 8642 incluye dentro de la prohibición los “actos”, de seguido señala que éstos deben ser realizados entre empresas que sean competidores entre sí. De ahí se desprende – conforme a las mejores prácticas internacionales – que para efectos de determinar la ilegalidad de estas conductas, debe existir algún grado de coordinación o comunicación entre los

---

<sup>2</sup> En este sentido, ver: COPROCOM. *Guía de Análisis de Concentraciones Económicas*. Mayo, 2014. Disponible en: [http://www.coprocom.go.cr/servicios\\_tramites/requisitos/guia\\_analisis\\_concevf.pdf](http://www.coprocom.go.cr/servicios_tramites/requisitos/guia_analisis_concevf.pdf)

---

agentes económicos. Considerando lo anterior, debe distinguirse entre las acciones meramente unilaterales y los actos coordinados.

Por ejemplo, el paralelismo consciente es una “situación que implica la existencia de un comportamiento paralelo por parte de los competidores en lo que se refiere a sus decisiones de precios, producción o ingreso a ciertos segmentos del mercado, que resulta consistente con una hipótesis de colusión encubierta. En la mayoría de los casos, sin embargo, este tipo de comportamiento resulta también consistente con otras hipótesis de comportamiento oligopólico no colusivo, por lo cual su empleo como elemento preponderante de prueba ha sido discutido y rechazado en numerosos casos”<sup>3</sup>. En otras palabras, típicamente en los casos de paralelismo consciente no existe coordinación o comunicación entre los competidores, sino que cada empresa unilateralmente se adapta de forma inteligente al comportamiento previsible de su rival, y por lo tanto este tipo de comportamiento no se considera ilegal.

Otra figura que también ha sido analizada, es el caso de la concertación en el que sí existen comunicaciones entre dos o más agentes económicos que, sin llegar a un acuerdo, les permite unificar su comportamiento. La concertación agrupa voluntades individuales que pactan bajo concurso una decisión, representando como consecuencia un “concierto de voluntades”. En estos casos, sí se considera que la conducta es ilegal ya que, aunque no se configura el acuerdo, sí existe algún tipo de comunicación entre las partes. Por ello, los elementos que constituyen una concertación son los siguientes: a) una actuación común en el mercado; b) la existencia de algún tipo de consenso<sup>4</sup>.

Finalmente, se puede analizar el caso de la colusión explícita y la colusión tácita. El primer caso implica la existencia de un acuerdo escrito o verbal entre los competidores<sup>5</sup>. En el segundo caso (colusión tácita), existe un acuerdo de voluntades entre dos o más agentes, sin que éste se alcance expresamente. Evidentemente, en ambos casos existe coordinación entre los competidores que les permite unificar su comportamiento.

---

3 Coloma, G. *Prácticas Horizontales Concertadas y Defensa de la Competencia*. Disponible en: <http://www.ucema.edu.ar/publicaciones/download/documentos/170.pdf>. págs. 10-11.

4 Beneyto, J. *Tratado de Derecho de la Competencia*. Tomo I. Bosch, Barcelona, 2005. pág. 188.

5 Coloma, G. *Prácticas Horizontales Concertadas y Defensa de la Competencia*. Disponible en: <http://www.ucema.edu.ar/publicaciones/download/documentos/170.pdf>. pág.1.



---

## 3 Objeto anticompetitivo

De conformidad con el artículo 53 de la Ley 8642, estos acuerdos son nulos de pleno derecho siempre y cuando su contenido (objeto) contenga alguno de los aspectos allí estipulados. Es decir, lo que se sanciona es el alcanzar un acuerdo que tenga un objeto anticompetitivo, sin importar sus efectos.

De ahí se desprende que aspectos como por ejemplo la intencionalidad de las partes, el tamaño de los agentes involucrados, la duración y efecto de la práctica en el mercado, el daño causado, etc. únicamente se analizarán para atenuar o agravar la conducta y eventual sanción, pero no para determinar su ilegalidad.

Esto por cuanto, bajo la regla *per se*, se presume que la conducta anticompetitiva tiene un efecto anticompetitivo intrínseco. Por tal motivo, no es necesario examinar si la práctica provocó en el mercado algún efecto anticompetitivo. La simple consumación de la conducta supone la lesión al bien jurídico y, en consecuencia, deviene en ilícita y sancionable.

### C. Tipos de Prácticas

El artículo 53 de anterior cita prohíbe las siguientes conductas:

- a) Fijar, elevar, concertar o manipular el precio de compra o venta al que son ofrecidos o demandados los bienes o servicios en los mercados, o intercambiar información con el mismo objeto o efecto.

Esta práctica se configura cuando los competidores acuerdan entre sí el precio al que ofrecerán o adquirirán los bienes o servicios en el mercado, eliminando así uno de los principales componentes de la competencia<sup>6</sup>.

Una fijación de precios puede realizarse de manera directa o indirecta, mediante la fijación de tarifas o márgenes de utilidad de los productos que venda a sus clientes o compra a sus proveedores. Aún más, por ser una práctica *per se* ilegal, no importa si la

---

<sup>6</sup> Los siguientes acuerdos son ejemplos de fijaciones de precios: a) acuerdos para aumentar los precios; b) acuerdo para establecer una fórmula para computar los precios; c) acuerdos para mantener una relación fija entre los precios de productos sustitutos pero no idénticos; d) acuerdos para eliminar descuentos o para establecer descuentos uniformes; e) acuerdos para establecer el sistema de créditos que será utilizado con los clientes; f) acuerdos para no reducir los precios sin notificar a los demás miembros del cartel; g) acuerdos para publicar precios.

---

fijación del precio entre los competidores es para bajarlos o para acordar un descuento. En ambos casos, la conducta sería ilegal.

En este sentido, la COPROCOM ha indicado lo siguiente:

*“Partiendo de lo anterior, se tiene por demostrado el acuerdo entre las distintas aerolíneas en la fijación del porcentaje de comisión. Independientemente de los argumentos referentes a la disminución de costos, fue una determinación que no surgió de manera unilateral en atención a los intereses de cada una, sino una concertación. Es importante aclarar que lo sancionable no es adoptar políticas para reducir costos, lo cual sería plenamente válido, pues de hecho lo que se busca es la colusión de agentes económicos competidores para fijar los precios o tarifas en los servicios ofertados o demandados. Esa conclusión en precios es sancionable, con independencia de los efectos que tal medida tuvo en el mercado y con independencia de los motivos que llevaron a tal determinación. Lo anterior, al considerarse este tipo de prácticas nulas per se por nuestra legislación.”<sup>7</sup>*

No obstante lo anterior, debe indicarse que la SUTEL podría considerar como indicio de un cartel la existencia de precios similares en el mercado por periodos de tiempo significativos. Por ejemplo, cuando se dan variaciones de precio que los competidores realicen simultáneamente, sobre todo si no puede atribuirse a variaciones en los precios de los factores de producción<sup>8</sup>.

El tipo del artículo considera como ilegal también el intercambio de información con el objeto de fijar los precios. En este contexto, los intercambios de información se refieren a cualquier revelación directa o indirecta de información de forma unilateral o multilateral sobre parámetros que pudieran influir sobre los precios futuros. Esta información puede ser compartida directamente por competidores o de forma indirecta a través de terceros.

Los intercambios de información sobre las intenciones individuales o estrategias de las empresas en cuanto a su conducta futura relativa a precios o cantidades resultarán con una alta probabilidad en un resultado colusivo. La información recíproca sobre tales intenciones puede permitir a los competidores señalar un determinado nivel de precios de coordinación.

---

<sup>7</sup> COPROCOM. *Sesión Ordinaria 37-2003*, celebrada a las 17:00 horas del día 02 de diciembre del 2003.

<sup>8</sup> Este tipo de prácticas es especialmente común en el caso de productos homogéneos.

---

Así pues, los intercambios entre competidores de datos individualizados sobre las estrategias, precios o cantidades previstos en el futuro se considerarán una restricción de la competencia equivalente a un cartel.

En este sentido, en la investigación a las empresas productoras de frijol, la COPROCOM indicó lo siguiente:

*“En cuanto al intercambio de información y la falta de derecho alegada, se debe señalar que la Comisión no está investigando o sancionando dos veces la misma conducta, sino que en el caso sub examine, según lo establecido en el artículo 11 inciso a) de la Ley 7472, se están investigando dos conductas distintas por un lado la fijación del precio de venta para la bolsa de 900 gramos de frijol negro y por el otro lado el intercambio de información que pueda conducir a manipular o a concertar el precio de compra para el frijol a granel, por lo que se rechaza la falta de derecho alegada.”<sup>9</sup>*

- b)** Establecer la obligación de adquirir, producir, procesar, distribuir o comercializar solo una cantidad restringida o limitada de bienes o la prestación de un número, un volumen o una frecuencia restringida o limitada de servicios.

Esta práctica se configura mediante la limitación de la cantidad de bienes o servicios que se ofrecen en el mercado. Por ejemplo, los competidores pueden limitar la capacidad de producción o fijar cuotas de producción. Los efectos adversos de estas conductas son similares a los acuerdos de precios entre competidores. Una restricción de la oferta de bienes o servicios puede producir un aumento de los precios en el mercado. Al restringir la oferta, los participantes en el acuerdo adquieren la capacidad de subir precios y obtener márgenes de ganancia superiores a los que se obtendrían en un mercado competitivo.

En este sentido, la COPROCOM ha indicado lo siguiente:

*“El proceso de congelamiento de carne de cerdo que llevaron a cabo los agentes económicos investigados, es un acto anticompetitivo en el sentido de que tenía como objetivo restringir la oferta de carne de cerdo en el mercado y no permitir que los precios disminuyeran. Cabe aclarar, que lo anticompetitivo no es que la Cámara alquile una red de frío para el congelamiento, porque eventualmente podría prestar este servicios a los productores, sino que el hecho anticompetitivo es que la Cámara y los productores de carne de cerdo, a los que tiene por probada su participación, siendo competidores*

---

9 COPROCOM. Sesión Ordinaria 19-1999, celebrada a las 17:00 horas del día 15 de junio de 1999.

---

*entre sí, controlaran la oferta mediante el congelamiento de la carne, manipulando así los precios del mercado.”<sup>10</sup>*

- c)** Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado, actual o futuro, en razón de la clientela, los proveedores, los tiempos, las zonas geográficas, o los espacios determinados o determinables.

Son acuerdos que tienen como objeto distribuir o asignar mercados entre competidores, ya sea mediante la división de territorios, clientes o proveedores. Estos se asignan de manera exclusiva, eliminando la competencia entre los participantes del acuerdo.

La SUTEL puede considerar como indicio de esta práctica que la empresa sólo ofrezca sus productos a ciertos clientes o en determinadas zonas geográficas o que las participaciones de mercado se mantengan invariables por un periodo de tiempo.

- d)** Establecer, concertar o coordinar las ofertas o la abstención en las licitaciones, los concursos, los remates o las subastas públicos.

Esta práctica se configura cuando los participantes en una licitación coordinan sus actuaciones al momento de elaborar o presentar sus ofertas. Por ejemplo, para aumentar los precios, para repartirse las licitaciones o para determinar cuál de los participantes ganará el concurso.

Se consideran indicios de esta conducta: actuar con negligencia evidente en la presentación de ofertas en las licitaciones; presentar ofertas inusualmente similares o sin fundamento económico; o cuando exista un patrón atípico de precios, de ofertas ganadoras, asignación geográfica o de clientela entre las ofertas presentadas en las licitaciones.

En el caso de una licitación del Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), la autoridad consideró que se configuraba esta práctica por la abstención de varias empresas a presentar su oferta:

*“La Comisión para Promover la Competencia (COPROCOM) determinó que Ericsson de Costa Rica S.A., Huawei Technologies Costa Rica S.A.; Continex Continental Importación y Exportación S.A. y Nokia Siemens Networks Costa Rica S.A., incurrieron en una práctica monopolística absoluta al concertar entre sí y acordar la abstención de ofertar bajo los términos establecidos en una contratación administrativa del Instituto*

---

<sup>10</sup> COPROCOM. *Sesión ordinaria 36-2002*, celebrada a las 17:00 horas del 26 de noviembre del 2002.

---

*Costarricense de Electricidad (ICE). Conducta que resulta sancionable de acuerdo a lo establecido en la Ley 7472 de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor”.*

El caso se originó a raíz de una denuncia del ICE por hechos relacionados con la contratación directa número 2008-CD-1742- PROV que buscaba el “Arrendamiento con opción de compra de un sistema inalámbrico de tercera generación ”.

De conformidad con el análisis de los elementos que la normativa establece, la COPROCOM determinó que la serie de actos en que se vieron involucradas las empresas sancionadas, desde poco tiempo después de la publicación del cartel, para finalmente expresar en una nota conjunta la imposibilidad de ofertar en caso de no modificarse las condiciones del cartel, configura un acuerdo explícito de abstención bajo las condiciones vigentes del cartel, conducta evidentemente anticompetitiva.”<sup>11</sup>

## D. Prueba del acuerdo

Según el artículo 6 del Reglamento, la SUTEL podrá considerar como indicios de la existencia de prácticas monopolísticas absolutas, entre otros, los siguientes:

- a) Que los precios de venta de los servicios ofrecidos por dos o más competidores, en el territorio nacional, sean sensiblemente superiores o inferiores a su precio de referencia internacional.
- b) Que dos o más competidores establezcan los mismos precios máximos o mínimos para un servicio, o se adhieran a los precios de venta o compra que emita una asociación o cámara empresarial o cualquier competidor.
- c) Que exista una correlación positiva, importante y continuada en los precios de dos o más competidores, durante un período significativo de tiempo, y que no pueda ser atribuida a variaciones en los precios de los factores de producción.
- d) Que uno o varios operadores o proveedores actúen con negligencia evidente en la presentación de ofertas en licitaciones u otros procedimientos de concurso, presenten ofertas inusualmente similares o sin fundamento económico, o que de las circunstancias del caso se deduzca la existencia de un patrón atípico de precios, de ofertas ganadoras, asignación geográfica o de clientela entre las ofertas presentadas.

---

11 COPROCOM. *Boletín de Competencia*. Costa Rica. Mayo-Junio, 2012. Edición No. 152. Año 15.

- 
- e) La presencia de un solo operador o proveedor en una zona geográfica determinada, sin una justificación razonable.
  - f) Las instrucciones o recomendaciones emitidas por cámaras o asociaciones a sus asociados, con el objeto de realizar conductas que podrían considerarse como prácticas monopolísticas absolutas.
  - g) Que los operadores o proveedores hayan acordado mecanismos de fiscalización o control de la conducta de otros competidores.
  - h) Que los presuntos infractores hayan sostenido reuniones u otras formas de comunicación, con el objeto de realizar conductas que podrían considerarse como prácticas monopolísticas.

Estos indicios no son por sí mismos evidencia de la existencia de un cartel, pero sí pueden ser un indicador de una posible conducta competitiva subyacente. Adicionalmente, los siguientes factores facilitan la realización de un cartel<sup>12</sup>:

- a) El grado de concentración del mercado: un número pequeño de empresas en el mercado aumenta las probabilidades de colusión en un mercado debido a varias razones. En primer lugar, un número pequeño de empresas hace más fácil llegar a un consenso sobre la modalidad del acuerdo colusorio. En segundo lugar, hace más fácil la monitorización del comportamiento de las empresas participantes en el acuerdo. Por último, a medida que aumenta el número de empresas, la cuota de mercado de cada una de ellas es menor de manera que aumentan los incentivos para desviarse del acuerdo y disminuye el temor al castigo derivado de la desviación del mismo.
- b) La existencia de barreras a la entrada: cuando no existen barreras a la entrada, los precios altos en un mercado atraerán a nuevos competidores en el futuro. Este hecho hace disminuir los beneficios futuros de la colusión y por tanto disminuye la penalización en caso de desviación del acuerdo.
- c) Restricciones de capacidad y exceso de capacidad: el efecto de la capacidad sobre las probabilidades de colusión tiene un efecto ambiguo. Por un lado, una empresa con restricciones de capacidad tiene menos incentivos para establecer un precio por debajo del de sus competidores dado que solo será capaz de satisfacer una determinada proporción de la demanda extra

---

12 La mera presencia de estos factores no indica que exista un cartel. Por otro lado, la ausencia de los mismos no indica que no pueda haber un acuerdo de carácter colusivo. Ver: Motta, M. *Competition Policy Theory and Practice*. Cambridge University Press. 2004. Capítulo 4.

---

generada. Por otra parte, las restricciones limitan el poder de represalia de la empresa puesto que el mayor castigo que se puede imponer a la desviación es precisamente producir a capacidad plena. Sin embargo, aunque la capacidad de las empresas puede tener un efecto ambiguo, la evidencia muestra que en todos los equilibrios colusorios aparece un exceso de capacidad dado que, a menos que exista un exceso de capacidad, las desviaciones del acuerdo de colusión no pueden ser penalizadas.

- d)** Estabilidad de la demanda: la inestabilidad de la demanda obstaculiza la colusión debido a que, respecto al escenario de una demanda estable, las fluctuaciones en la demanda endurecen los requisitos de una práctica colusoria (por ejemplo, un aumento significativo de la demanda en el presente, aumenta los incentivos a disminuir los precios respecto a los competidores). Por otro lado, el crecimiento de la demanda facilita la colusión. Esto se debe a que mayores beneficios futuros (derivados de un aumento en la demanda) hacen aumentar el coste de oportunidad de desviarse del acuerdo colusorio y por tanto hace más probable la colusión.
- e)** Frecuencia en la interacción y en el ajuste de precios: una mayor frecuencia en la interacción o una mayor velocidad en el ajuste de precios facilita la colusión ya que hace disminuir el tiempo de reacción ante desviaciones del acuerdo colusorio. Si el tiempo que transcurre entre la desviación del acuerdo y la penalización es largo, es posible disfrutar durante más tiempo de los beneficios derivados de la desviación, de manera que ésta se vuelve más atractiva.
- f)** Transparencia del mercado: la imposibilidad para las empresas de distinguir entre condiciones de demanda favorables o desfavorables mina la capacidad para establecer acuerdos de colusión dado que dificulta la tarea de medir los beneficios derivados de desviarse de dicha práctica.
- g)** Asimetrías en los costos y diferencias de calidad en los productos ofertados: las asimetrías en costes y las diferencias en la calidad de los productos hacen que la colusión sea más difícil de mantener. En entornos de asimetrías, el comportamiento de empresas de coste bajo o calidad alta es difícil de predecir dado que el daño que los rivales de coste alto o calidad baja pueden infringir sobre ellas es limitado. Así, las posibilidades de colusión disminuyen. Una aplicación importante en relación a este factor es el efecto derivado de la innovación sobre la colusión. Dado que la innovación fomenta las asimetrías en costes y/o calidad, deberíamos esperar menores posibilidades de colusión en mercados innovadores.



- 
- h) Contacto en múltiples mercados: podemos considerar el contacto en distintos mercados como una expansión del mercado en el que las empresas compiten. Esto tiene un efecto ambiguo ya que, por un lado se amplifican los beneficios de la desviación y, por otro, aumenta la capacidad de represalia en caso de desviación. En el caso de empresas simétricas, ambos efectos se compensan exactamente de forma que podemos entender que el contacto en diversos mercados no tiene efectos sobre la sostenibilidad de la colusión. Sin embargo, en caso de que existan asimetrías, el contacto en múltiples mercados puede fomentar la colusión, pues la capacidad de represalia se compensa parcialmente de acuerdo a la estructura de costes de la empresa en cada uno de los mercados.
  - i) Propiedad cruzada: existen múltiples casos en lo que las empresas realizan una inversión pasiva en sus rivales que proporciona una participación en los beneficios del mismo pero no en la capacidad de decisión. Por esta razón, la propiedad cruzada tiene un efecto ambiguo sobre la colusión: por un lado, debilita los incentivos de la empresa a desviarse ya que las pérdidas que infringe en el rival en el que posee la propiedad deben ser internalizadas; por otra parte, suaviza la represalia derivada de una ruptura del acuerdo colusorio.
  - j) Poder de los compradores: la existencia de grandes compradores o con mucho poder del lado de la demanda de mercado dificulta la colusión. Dado que los compradores se benefician de guerras de precios entre las empresas, actuarán de manera estratégica para evitar cualquier tipo de acuerdo entre éstas.

La evidencia<sup>13</sup> para probar la existencia de un cartel puede ser directa o indirecta (indiciaria). Es decir, en una investigación puede existir prueba explícita o indiciarias que acredite la existencia de la conducta ilegal. Para el caso de la prueba indirecta, la jurisprudencia nacional, siguiendo la jurisprudencia española, ha indicado que se deben cumplir ciertas condiciones para poder utilizar la prueba indiciaria en los casos de competencia: a) que los hechos estén bien acreditados; b) que exista una relación causal entre los indicios y los hechos que constituyen la infracción esté suficientemente razonada; c) en el supuesto de que existan otras interpretaciones para explicar las consecuencias de los indicios, deberán analizarse éstas y justificar las razones de su rechazo<sup>14</sup>.

---

13 Ejemplos de prueba comúnmente utilizada para las investigaciones por prácticas anticompetitivas son las siguientes: documentación pública, documentación presentada por clientes, documentación interna de las empresas implicadas o declaraciones de las partes, etc.

14 COPROCOM. *Sesión Ordinaria 37-2003*, celebrada a las 17:00 horas del día 02 de diciembre del 2003.



---

En otras palabras, “cuando el comportamiento paralelo pueda explicarse por razones distintas a la existencia de una concertación no podrá presumirse una concertación de esta naturaleza”<sup>15</sup>. Por ello, en ausencia de prueba directa de un acuerdo, el mero comportamiento de las empresas puede constituir prueba de un acuerdo anticompetitivo cuando la única forma razonable de explicar dicho comportamiento es con la existencia de un acuerdo. Si el comportamiento es explicable de forma plausible por motivos distintos al acuerdo, entonces el acuerdo debe descartarse. En estos casos no es necesario demostrar que la explicación alternativa es cierta, basta con que sea razonablemente plausible para que (en ausencia de otras pruebas) la autoridad esté impedida de concluir que existe un acuerdo.

Cuando la colusión es explícita suele haber evidencia del mismo. A modo de ejemplo, cuando la Autorité de la Concurrence de Francia investigó un acuerdo de reparto de mercado entre tres operadores móviles franceses, encontraron evidencia de los acuerdos escritos a mano, refiriéndose de forma explícita al acuerdo<sup>16</sup>. Además las políticas comerciales de las empresas eran coherentes con la evidencia directa de la existencia del acuerdo (Ver Cuadro 1).

En el caso de colusión tácita, dicha evidencia a veces no existe. Por tanto, es necesario contar con evidencia indirecta en relación con la conducta del mercado y los resultados. En particular, se puede investigar lo siguiente<sup>17</sup>:

- a) La evolución y variabilidad de las cuotas de mercado. Estas se pueden rastrear durante un período de, por ejemplo, 5 años.
- b) El examen del comportamiento de los precios. Esto es más difícil de lo que parece, debido a la multiplicidad 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 de prepago o de postpago, las de un usuario medio y las de un usuario poco frecuente.
- c) El momento de la introducción de las innovaciones. El comportamiento paralelo puede también extenderse a la innovación.

---

15 Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas. Sentencia de 13 de julio de 1989, *Asunto Tournier*, *Asunto 395/87*, Rec. pág. 2521. Citado por Fernández-Lerga Garralda, C., *Derecho de la Competencia, Comunidad Europea y España*. Ed. Arazandi, Pamplona, 1994, pág. 123.

16 [http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id\\_rub=418&id\\_article=2014](http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=418&id_article=2014). Este caso es analizado en: Cave, M., Avgousti, A. & Foster, A. 2013. *Fortalecimiento de la política de competencia en los países de América Latina: Aplicación de la Ley de Competencia en el Sector de las Telecomunicaciones*. Centro Regional de Competencia para América Latina. Londres, Reino Unido. Julio, 2013.

17 *Ibid.*

- 
- d) Los contratos con operadores de redes virtuales móviles (OMV). En un mercado competitivo, un operador de red probablemente otorgaría licencias a uno o más OMV, 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 OMV, pese a diversas solicitudes, esto puede ser una señal de una negativa concertada.
  - e) La rentabilidad del operador. Si los rendimientos de los operadores de red superan sistemáticamente el costo del capital, esto puede indicar que se están obteniendo ganancias a través de un comportamiento coordinado.

Existen dos formas a través de las cuales se puede detectar la existencia de un cartel: la observación de la manera en que las empresas se coordinan y la observación del resultado final de dicho proceso de coordinación. Para ello, en general, se analizan los siguientes indicadores a fin de tratar de hallar evidencias de la existencia de un comportamiento colusorio:

- a) Indicadores estructurales, que como se indicó, buscan en la estructura del mercado bajo consideración la existencia de factores que faciliten las prácticas colusorias.
- b) Indicadores de comportamiento, que tratan de dar respuesta a las siguientes preguntas:
  - ¿Es el comportamiento de las empresas consistente con la competencia?
  - ¿Difiere el comportamiento de las empresas bajo sospecha del comportamiento de empresas competitivas?
  - ¿Existe una ruptura o discontinuación en el comportamiento de la empresa?
  - ¿Existe un modelo colusorio que permita modelizar los datos de manera más adecuada que un modelo competitivo?
  - Evidencia dura (smoking guns), que trata de identificar evidencias explícitas de colusión tales como contratos, notas de reuniones, emails, llamadas de teléfono, etc.

---

Asimismo, para asegurarse de que efectivamente haya habido conductas cartelizadas luego de un aumento conjunto de precios, deben descartarse otras explicaciones<sup>18</sup> como:

- a) un aumento de los costos.
- b) un cambio en la demanda.
- c) un cambio en el precio de un bien sustituto.

### Cuadro 1: Francia 2005. Colusión entre operadores móviles<sup>19</sup>.

En 2005, la Autoridad de Competencia de Francia multó por 698 millones de dólares a Orange France, SFR y Bouygues Telecom. Entre 1997 y 2003, estos operadores de telefonía móvil habían intercambiado mensualmente información confidencial de suscripciones nuevas y canceladas. El Consejo consideró que, en un mercado tan concentrado y con altas barreras a la entrada, el intercambio de este tipo de información afectaba la competencia, reduciendo la incertidumbre acerca de la estrategia de los otros competidores, reduciendo la autonomía de las empresas individuales, especialmente cuando el crecimiento de la demanda se estaba desacelerando bruscamente. Además, el Consejo observó que, estos intercambios permitían a los operadores monitorear el funcionamiento del acuerdo que habían alcanzado.

Asimismo, la Autoridad encontró que los tres operadores habían acordado estabilizar la evolución de la cuota de mercado entre 2000 y 2002. También se comprobó la existencia de un diálogo a través de documentos manuscritos que mencionaban explícitamente un “acuerdo” entre los tres operadores y la “pacificación del mercado. Este acuerdo tuvo como resultado una relativa estabilidad en las participaciones de mercado de los tres operadores.

En relación con la práctica de intercambio de información, el Consejo tomó en cuenta la duración de las prácticas (1997 a 2003) y el tamaño del mercado afectado. Para determinar el importe de la multa se tuvo en cuenta la duración de la práctica (tres años) y el tamaño del mercado en cuestión.

---

18 Ver Petrecolli, D., *Manual para Investigar Conductas Anticompetitivas*. Ministerio de Economía y Finanzas. República Oriental del Uruguay. (2004). pág. 14.

19 [http://www.autoritedelaconurrence.fr/user/standard.php?id\\_rub=418&id\\_article=2014](http://www.autoritedelaconurrence.fr/user/standard.php?id_rub=418&id_article=2014). Este caso es analizado en Cave, M., Avgousti, A. & Foster, A. 2013. *Fortalecimiento de la política de competencia en los países de América Latina: Aplicación de la ley de competencia en el sector de las telecomunicaciones*. Centro Regional de Competencia para América Latina. Londres, Reino Unido. Julio 2013/2013, pág 146.

---

## E. Legislación Comparada<sup>20</sup>

Hay una diferencia en el tratamiento de la colusión entre Europa y los Estados Unidos. En la Unión Europea, conforme al artículo 101 del Tratado de Roma, son prohibidos los acuerdos entre competidores que afecten la competencia, a menos que los mismos contribuyan a mejorar la producción o distribución de productos, o a fomentar el progreso técnico (sujeto a ciertas condiciones). Es decir, interpretando literalmente la norma, todos los acuerdos podrían eventualmente justificarse por motivos de eficiencia. Jurisprudencialmente, sin embargo, los denominados “carteles de núcleo duro” (*hard core cartels*), no cumplen en ningún caso con las condiciones necesarias para poderse justificar bajo esta excepción. En los Estados Unidos, por su parte, los acuerdos cartelarios son directamente prohibidos y analizados bajo la regla *per se* descrita anteriormente, por lo que no admiten justificación ni siquiera en teoría.

En cuanto a la prueba de la colusión tácita, 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 determinar su existencia:

- a) Las empresas tienen que ser capaces de llegar a un acuerdo sobre los términos de su coordinación y (de ser necesario) para asegurarse de que sus socios se adhieran al mismo;
- b) 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 (*si se descubre que una empresa está haciendo trampa, debe temer represalias por parte de los demás*);
- c) 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.

En los casos antimonopolio en los EE.UU., los tribunales permiten que los acuerdos se demuestren mediante pruebas circunstanciales, siempre y cuando las mismas vayan más allá de un mero 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

---

20 Ver Cave, M., Avgousti, A. & Foster, A. 2013. *Fortalecimiento de la Política de Competencia en los Países de América Latina: Aplicación de la Ley de Competencia en el Sector de las Telecomunicaciones*. Centro Regional de Competencia para América Latina. Londres, Reino Unido. Julio, 2013. pág 137 y 138. Martin, S. 1994. *Industrial Economics*. Capítulo 6.

---

potencial de la Ley de Competencia. Las formas adicionales de evidencia económica circunstancial se conocen como “factores adicionales”.

### III. PRÁCTICAS MONOPOLÍSTICAS RELATIVAS

La prácticas monopolísticas relativas (también conocidas como prácticas “verticales” porque afectan a agentes que participan en distintos eslabones de la cadena de comercialización) se tipifican en el Artículo 54 de la Ley 8642 como los actos, los contratos, los convenios, los arreglos o las combinaciones realizados por operadores de redes o proveedores de servicios de telecomunicaciones, por sí mismos o actuando conjuntamente con otros agentes económicos, y cuyo objeto o efecto sea o pueda ser el desplazamiento indebido de otros operadores o proveedores del mercado, el impedimento sustancial de su acceso o el establecimiento de barreras de entrada o de ventajas exclusivas a favor de una o varias personas, en los siguientes casos:

- a) El establecimiento de precios o condiciones diferentes a terceros situados en condiciones similares.
- b) La negativa a prestar servicios de telecomunicaciones normalmente ofrecidos a terceros, salvo que exista una justificación razonable.
- c) El establecimiento de subsidios cruzados entre diferentes bienes o servicios ofrecidos por el operador o proveedor.
- d) La fijación, la imposición o el establecimiento de la compra, venta o distribución exclusiva de servicios de telecomunicaciones, por razón del sujeto, la situación geográfica o por períodos de tiempo determinados, incluso la división, la distribución o la asignación de clientes o proveedores, entre operadores o proveedores.
- e) La imposición de precio o las demás condiciones que debe observar un operador o proveedor, al vender, distribuir o prestar servicios.
- f) La venta o la transacción condicionada a comprar, adquirir, vender o proporcionar otro bien o servicio adicional, normalmente distinto o distinguible, o sobre la reciprocidad.

- 
- g) La venta, la transacción o el otorgamiento de descuentos o beneficios sujetos a la condición de no usar, adquirir, vender ni proporcionar los bienes o servicios disponibles y normalmente ofrecidos a terceros.
  - h) La concertación entre varios operadores o proveedores o la invitación a ellos para ejercer presión contra algún usuario, operador o proveedor, con el propósito de disuadirlo de una conducta determinada, aplicar represalias u obligarlo a actuar en un sentido específico.
  - i) La prestación de servicios a precios o en condiciones predatorias.
  - j) Todo acto deliberado que tenga como único fin procurar la salida de operadores o proveedores del mercado, o implique un obstáculo para su entrada.

Para determinar la existencia de estas prácticas, la SUTEL deberá analizar y pronunciarse sobre los elementos que aporten las partes para demostrar los efectos pro competitivos o la mayor eficiencia en el mercado derivada de sus acciones o cualquier otro elemento que se establezca reglamentariamente; y que producirá algún beneficio significativo y no transitorio a los usuarios finales. Asimismo, en el análisis se tomará en cuenta el criterio de la COPROCOM que sea aportado dentro del procedimiento.

## A. Regla de análisis

Al contrario de los acuerdos horizontales, las prácticas monopolísticas relativas no siempre tienen efectos anticompetitivos, e incluso en ocasiones pueden generar efectos pro competitivos y aumentar la eficiencia del mercado. Por esa razón, en el análisis de las mismas no aplica la regla *per se*, sino que estas conductas se deben analizar con base en sus efectos en el mercado, balanceando sus efectos pro y anti competitivos, y dando pie a la llamada *regla de la razón*<sup>21</sup>.

En aplicación de esta regla, una misma conducta podría ser prohibida o no dependiendo de si quien la realiza tiene poder en el mercado, y de si la misma causa o puede causar alguno de los efectos anticompetitivos que establece la Ley, es decir, el desplazamiento indebido de otros operadores o proveedores del mercado, el impedimento sustancial de su acceso o el establecimiento de barreras de entrada o de ventajas exclusivas a favor de una o varias personas.

---

21 Gerardin, D. and Da Silva Pereira Neto, C. *For a Rigorous "Effects-Based" Analysis of Vertical Restraints Adopted by Dominant Firms: An Analysis of the EU and Brazilian Competition Law*. June, 2012. pág. 8. Disponible en: <http://www.cedes.org.br/inscricao/pdf/final-study-on-vertical-restraints-final-clean.pdf>

---

En este análisis también se tomarán en cuenta los posibles efectos positivos y/o ganancias de eficiencia que genere la conducta, y se sancionarán solamente aquellas cuyo “efecto neto” sea negativo para el proceso de competencia en el mercado.

## B. Elementos del tipo sancionador

De la anterior definición de práctica monopolística relativa se desprenden los siguientes elementos:

### 1 Realizado por operadores de redes o proveedores de servicios de telecomunicaciones

El elemento de una práctica monopolística relativa en el mercado de las telecomunicaciones es el hecho que quien la comente debe necesariamente ser un operador de redes o proveedor de servicios de telecomunicaciones<sup>22</sup>. En caso que quien realice la conducta no tenga esta condición, la misma se rige por la Ley 7472, y sería del conocimiento de la COPROCOM. Lo anterior aún en aquellos casos en los que los efectos de la conducta afectan a alguno de los mercados de telecomunicaciones, ya que el encabezado del artículo 54 de la Ley 8642 es claro al establecer que las conductas prohibidas deben ser “realizadas” por operadores de redes o proveedores de servicios de telecomunicaciones.

---

22 Ley General de Telecomunicaciones, No. 8642. Dado en la Presidencia de la República. San José, a los 4 días del mes de junio del 2008.

**“ARTÍCULO 6.- Definiciones**

Para los efectos de esta Ley se define lo siguiente: (...)

12) Operador: persona física o jurídica, pública o privada, que explota redes de telecomunicaciones con la debida concesión o autorización, las cuales podrán prestar o no servicios de telecomunicaciones disponibles al público en general (...)

16) Proveedor: persona física o jurídica, pública o privada, que proporciona servicios de telecomunicaciones disponibles al público sobre una red de servicios de telecomunicaciones disponibles al público sobre una red de telecomunicaciones con la debida concesión o autorización según corresponda (...)

23) Servicios de telecomunicaciones: servicios que consisten, en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales a través de redes de telecomunicaciones. Incluyen los servicios de telecomunicaciones que se prestan por las redes utilizadas para la radiodifusión sonora o televisiva.”

---

## 2 Acción unilateral o acuerdo

Como un segundo elemento de la prohibición, el artículo 54 de la Ley 8642 incluye prácticas que sean realizadas por estos operadores o proveedores “por sí mismos o actuando conjuntamente con otros agentes económicos”.

De esta frase se desprenden dos conclusiones: a) Que las prácticas monopolísticas relativas incluyen tanto acuerdos como actos unilaterales; y b) Que basta con que un proveedor u operador esté involucrado en la práctica para que la misma califique bajo la Ley 8642, aun cuando los demás agentes económicos involucrados no operen en ninguno de los mercados de telecomunicaciones.

## 3 Conducta enlistada entre las prácticas prohibidas

Un tercer elemento del tipo es la realización de alguna de las conductas enlistadas en el artículo 54. Más adelante se analizará cada una de ellas con mayor detalle.

## 4 Poder sustancial en el mercado

El artículo 54 de la Ley 8642 establece que las conductas allí enlistadas, para ser prohibidas, “estarán sujetas a la comprobación de los supuestos establecidos en los artículos 13, 14 y 15 de la Ley 7472”.

En otras palabras, y según lo establecido por dichos artículos, el operador o proveedor que realiza la conducta debe ostentar un poder sustancial en el mercado relevante, y la conducta debe realizarse con relación al mercado en el cual se ostenta dicho poder.

La determinación de la existencia de poder en el mercado es un análisis técnico que se realiza caso a caso, sobre el cual se hará referencia más adelante.



---

## 5 Objeto o efecto anticompetitivo

No basta con realizar una conducta por parte de un operador o proveedor con poder en el mercado. Además, dicha conducta debe tener ya sea un objeto o un efecto anticompetitivo. Los efectos contemplados en el artículo 54 de la Ley 8642 para este análisis son el “*desplazamiento indebido de otros operadores o proveedores del mercado, el impedimento sustancial de su acceso o el establecimiento de barreras de entrada o de ventajas exclusivas a favor de una o varias personas*”.

En este punto es importante destacar que el estándar de prueba que establecen tanto la Ley 8642 como la Ley 7472, es si la práctica tiene o puede tener un objeto o efecto anticompetitivo. En otras palabras, el efecto puede ser actual o potencial. Este principio es coincidente con el criterio seguido por múltiples legislaciones de competencia alrededor del mundo, según las cuales “*la prueba de efectos reales del mercado no es necesaria siempre que hayan indicios de posibles efectos perjudiciales*”<sup>23</sup>.

Ahora bien, el efecto potencial debe ser razonablemente previsible como consecuencia de las conductas, no pudiendo sostenerse cualquier posible consecuencia, remota o improbable. El efecto actual o potencial debe tener como causa razonablemente atribuible la conducta del agente económico investigado.

En este análisis de los efectos anticompetitivos, se deben evaluar los elementos que aporten las partes para demostrar los efectos procompetitivos o la mayor eficiencia en el mercado derivada de sus acciones, y que producirá algún beneficio significativo y no transitorio a los usuarios finales.

### C. Metodología de análisis de una práctica monopolística relativa

Así las cosas, de acuerdo con la definición antes analizada, según el artículo 18 del Reglamento<sup>24</sup> y la jurisprudencia nacional<sup>25</sup>, para determinar la ilegalidad de estas

---

23 International Competition Network. The Unilateral Conduct Working Group. *Report on Predatory Pricing*. 7<sup>th</sup> Annual Conference of the ICN. Kyoto, April 2008, pág. 4. Disponible en: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc354.pdf>

24 *Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones*. San José, a los 6 días del mes de octubre de 2008.

25 En este sentido ver: COPROCOM. *Sesión ordinaria número 19-04*, celebrada a las 17:30 horas del 25 de mayo del año 2004; COPROCOM. *Sesión ordinaria número 37-05*, celebrada a las 17:30 horas del 15 de noviembre

---

conductas se debe aplicar la regla de la razón que implica las siguientes etapas de análisis:

- a)** Se debe determinar que la conducta investigada la realiza un operador de redes o proveedores de servicios de telecomunicaciones, por sí mismos o actuando conjuntamente con otros agentes económicos.
- b)** Se debe definir el mercado relevante del producto o servicio con relación al cual se comete la presunta práctica.
- c)** Se debe determinar que el operador de redes o proveedor de servicios de telecomunicaciones que comete la práctica tiene poder sustancial en el mercado relevante previamente definido<sup>26</sup>.
- d)** Se debe demostrar la comisión de alguna de las prácticas tipificadas en los incisos a) al j) del artículo 54 de la Ley 8642.
- e)** Se debe determinar que la práctica tiene o puede tener el objeto o efecto de desplazar indebidamente a otros agentes del mercado, impedir sustancialmente el acceso al mismo o establecer ventajas exclusivas a favor de una o varias personas.
- f)** Finalmente, se deben analizar los elementos que aporten las partes para demostrar los efectos procompetitivos o la mayor eficiencia en el mercado derivada de sus acciones o cualquier otro elemento que se establezca reglamentariamente; y que producirá algún beneficio significativo y no transitorio a los usuarios finales.

A continuación se analizarán los diferentes pasos de esta metodología.

---

del 2005. COPROCOM. *Sesión ordinaria número 30-07*, celebrada a las 17:30 horas del 6 de noviembre del año 2007.

26 Ver los artículos 20 y 21 del Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones.

---

## D. Definición de mercados relevantes<sup>27</sup>

A la hora de analizar casos de defensa de la competencia en cualquier sector de la economía, es preciso delimitar el mercado que será analizado. Este mercado, que se denomina mercado relevante, comprende dos dimensiones: el mercado del producto y el mercado geográfico<sup>28</sup>.

### 1 El mercado relevante del producto en el sector de las telecomunicaciones

El mercado relevante del producto comprende todos aquellos bienes y/o servicios que son considerados sustitutos por los consumidores dadas las características del producto, sus precios y el objeto de su consumo.


Si el bien producido por las empresas involucradas es sustituible por otros bienes, entonces el poder de mercado de las mismas se verá limitado por la conducta de los consumidores. En efecto, dichas empresas no podrán aumentar unilateralmente el precio de su producto sin generar un traspaso significativo de sus consumidores hacia otros bienes o servicios alternativos. En definitiva, los bienes y servicios que son sustitutos entre sí compiten por captar la demanda del consumidor, en este sentido es correcto incluirlos dentro de un mismo mercado relevante.

En consecuencia, el mercado relevante del producto se definirá como el menor grupo de productos respecto del cual, a un hipotético monopolista de todos ellos, le resultaría rentable imponer un aumento de precios pequeño, aunque significativo y no transitorio sin sacrificar sus ventas y sin que los consumidores puedan acudir a otros productos para satisfacer sus necesidades.

---

27 Esta sección se basa en las siguientes fuentes: COPROCOM. *Guía para el Análisis de Concentraciones*. 2014; Superintendencia de Telecomunicaciones. *Guía para el Análisis de Concentraciones Económicas en el Sector de las Telecomunicaciones*. 2015; Petrecolla, D. y Romero, *El Mercado de las Telecomunicaciones desde una Perspectiva de la Defensa de la Competencia*. En *Cuestiones Complejas de Derecho Mercantil Moderno*, Tomo II. Ana Piaggi, Editora. Abeledo Perrot. 2008; Petrecolla, D. *Manual para Investigar Conductas Anticompetitivas*. Ministerio de Economía y Finanzas. República Oriental del Uruguay. 2004.

28 Se hace la salvedad que la metodología para determinar el mercado relevante se desarrolló en un principio para ser utilizada en el análisis de concentraciones. Sin embargo, dicha metodología es útil también para la valoración de las prácticas monopolísticas, constituyéndose en un procedimiento común para ambos.



---

En términos generales en los mercados de las telecomunicaciones se puede clasificar a los mercados relevantes por tipo de mercado, mayorista y minorista, y por tipo de consumidor.

Dentro de los mercados mayoristas podemos encontrar, por ejemplo, acceso a la red fija y móvil (origen y terminación de llamadas), *itinerancia* internacional, transmisión de señales vía redes de cable, satelital o telefónicas, tránsito por redes. Dentro de los mercados minoristas se pueden mencionar llamadas locales, e internacionales. Por el lado de los consumidores se distinguen usuarios residenciales y corporativos tanto de redes fijas como móviles.

La separación de usuarios de telefonía fija y móvil es un claro ejemplo del papel que juega la sustitución, tanto del lado de la demanda como de la oferta (ver Cuadro 2).

---

## Cuadro 2: Inglaterra (2001). Distinción entre telefonía fija y móvil.<sup>29</sup>

Sobre la base de la evidencia disponible, los servicios de telefonía fija y móvil conforman dos mercados separados. La distinción puede fundamentarse tanto por el grado de sustituibilidad desde el lado de la demanda como por el lado de la oferta (OFTEL, 2001).

En primer lugar, si tenemos en cuenta el lado de la demanda, los consumidores consideran la telefonía móvil como un “valor agregado” a la telefonía fija. Es decir, permiten comunicarse, pero además son transportables. Es por ello, que resulta improbable que las líneas fijas constituyan sustitutos de las móviles. La telefonía fija involucra un mercado separado, en el sentido que si el precio de las llamadas por telefonía fija disminuye, no existirá un impacto en la utilización de la móvil. OFTEL ha basado su fundamentación en evidencia empírica. En este sentido, ha evaluado las respuestas de los consumidores con respecto a la introducción de “BT Talk Together Package”. Este paquete, el cual implicaba llamadas libres e ilimitadas a la noche y los fines de semana, puede tomarse como una proxy de una reducción significativa en las llamadas por líneas fijas. Los consumidores suscriptores fueron interrogados acerca de si este paquete había tenido algún tipo de influencia en su disposición de la telefonía móvil. Los resultados demostraron que el 75% de ellos negaron cualquier tipo de impacto. Este resultado permitió concluir que los precios de la telefonía fija no restringían los precios de la móvil.

Asimismo, por el lado de la oferta, la entrada de nuevos competidores al mercado de la telefonía fija o al de la móvil, se enfrenta con significativas barreras a la entrada. En particular, en el mercado de las líneas móviles existe una importante barrera, a saber, la indisponibilidad de espectro. Además, subsisten considerables costos hundidos en el desarrollo de las redes en dicho mercado. Un nuevo entrante debería alcanzar una cobertura nacional para poder competir eficientemente con los incumbentes.

Por su parte, las empresas argumentaron que existe cierto grado de sustituibilidad por cuanto ambos tipos de telefonía cumplen la misma función. Cabe destacar, que existe una asimetría en la posibilidad de sustitución, dado que la telefonía móvil puede ser sustituta de la fija, pero no viceversa. Para determinar el grado de sustitución, OFTEL realizó estudios empíricos, centrándose en el comportamiento del consumidor en relación a las llamadas. Los resultados apoyan la hipótesis de la sustituibilidad. Sin embargo, tanto el grupo de mayor edad (por encima de 55 años) y los usuarios de menor uso, los cuales representan un 30 % de los consumidores duales, no sustituyen totalmente entre las llamadas por línea fija y móvil.

Ahora bien, si nos remitimos a un estudio cualitativo llevado a cabo por la misma organización, la sustituibilidad se debilita si tenemos en cuenta la naturaleza de las llamadas. Una importante cantidad de llamadas por telefonía móvil, corresponde a llamadas cortas y en forma conveniente –aquellas llamadas hechas por alguien mientras camina de su casa a la estación de metro por ejemplo. Este tipo de llamadas no puede hacerse por líneas fijas. La conclusión a la que se arriba, es que el advenimiento de la telefonía móvil ha expandido el mercado de llamadas, pero no sustituyendo llamadas fijas. En este sentido, las llamadas móviles deben interpretarse como complementarias de las fijas.

En relación a los precios, OFTEL encontró que, para paquetes comparables de uso, los vinculados a la telefonía móvil eran en promedio 39 % mayores que los de BT. Por ello, la evidencia sostiene la distinción de ambos tipos de mercados.

Otros resultados obtenidos apoyan la separación de los mercados. A través de una encuesta se les preguntó a los consumidores cual debería ser el aumento en la cuenta de su telefonía fija, para inducirlos a cambiarse exclusivamente a la telefonía móvil. La respuesta fue que el incremento debería de ser del orden del 100 %. Asimismo, el 29 % de los usuarios duales afirman que ellos nunca se cambiarían completamente a las líneas móviles

---

29 OFTEL, *Effective Competition Review: Mobile*. 2001. Este caso también está analizada en Petrecolla, D y Romero, C. *El Mercado de las Telecomunicaciones desde una Perspectiva de la Defensa de la Competencia. En Cuestiones Complejas de Derecho Mercantil Moderno*, Tomo II. Ana Piaggi, Editora. AbeledoPerrot. (2008).

---

## 2 El mercado geográfico relevante en el sector de las telecomunicaciones

Una vez definido el mercado relevante del producto, se deberá delimitar el mercado geográfico relevante. Este último se entenderá como la menor región dentro de la cual resultaría beneficioso para un único proveedor del producto en cuestión imponer un incremento pequeño, aunque significativo y no transitorio, en el precio del producto.

Es particularmente importante para la definición del mercado geográfico relevante el análisis de la existencia de sustitución por el lado de la demanda. Si los consumidores del área en la cual operan las empresas participantes en la concentración pueden adquirir el bien en un área geográfica cercana, entonces resulta correcto considerar a ambas zonas como parte de un mismo mercado <sup>30</sup>. También es relevante analizar la capacidad de traslado de los bienes, por ejemplo, bienes para los cuales los costos de transporte no son altos suelen pertenecer a mercados relevantes geográficos más amplios, debido a la mayor facilidad de sustitución.

La definición del mercado geográfico relevante comenzará por considerar a las regiones en las que operan las empresas, para luego analizar la existencia de sustitución de la demanda entre los productos o servicios de éstas y los comercializados en otras localidades <sup>31</sup>. Por ejemplo, en el caso de la telefonía fija, la extensión de las redes es el límite natural para el mercado geográfico de llamadas urbanas. En el caso de las llamadas de telefonía móvil, el costo del itinerancia juega un papel fundamental para determinar la extensión del mercado geográfico.

## 3 Experiencia internacional en la definición de mercados relevantes en el sector de las telecomunicaciones

En esta sección se ejemplificarán aplicaciones de los conceptos de mercado relevante en el sector de las telecomunicaciones. Para ello se toma en cuenta básicamente el accionar de las Comisiones de Competencia de Europa y Estados Unidos.

La Comisión Europea, a través de la Dirección de Competencia, es el organismo encargado de autorizar aquellas fusiones entre empresas, cuyos efectos repercuten en más

---

30 Resolución 164/2001. Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor. *Lineamientos para el Control de las Concentraciones Económicas*. Argentina

31 Resolución 164/2001. Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor. *Lineamientos para el Control de las Concentraciones Económicas*. Argentina.

---

de un país de la Unión Europea. En los últimos años, dicha comisión debió expedirse sobre múltiples operaciones entre empresas del sector de las telecomunicaciones.

A continuación, a modo de referencia, se sintetizarán las definiciones adoptadas por la Comisión Europea y las discusiones planteadas en torno al tema, siendo las principales:

- a) Mercado telefonía fija vs. móvil.
- b) Mercado corporativo vs. residencial.
- c) Mercado mayorista vs. minorista.

La Comisión ha reconocido la existencia de un mercado de comunicaciones a través de la red de telefonía móvil, como un mercado distinto del de la telefonía fija. Esto es así dado que los llamados que se realizan a teléfonos celulares no son considerados sustitutos de llamados a teléfonos fijos por parte de los usuarios.

En relación a la existencia de un mercado móvil, es interesante mencionar los estudios que el organismo regulador británico OFTEL ha realizado al respecto. Una de las pruebas llevadas a cabo consistió en medir las variaciones en la demanda de servicios móviles, ante una reducción del precio de los servicios fijos; los resultados arrojaron que si el precio de las llamadas por telefonía fija disminuye, no existe un impacto en la utilización de los servicios móviles (Ver Cuadro 2). Por último, un análisis cualitativo de las llamadas determinó la naturaleza específica de una importante cantidad de llamadas de telefonía móvil. Estas suelen ser cortas y estar destinadas a personas que no se encuentran en un lugar en el que puedan disponer de una línea fija. Por todas estas razones, se concluye que el advenimiento de la telefonía móvil ha expandido el mercado total de llamadas, pero no sustituyendo llamadas fijas<sup>32</sup>.

Para la Comisión Europea, el mercado geográfico de los servicios de telecomunicaciones móviles es el nacional. El alcance nacional de las redes, la existencia de licencias y marcos regulatorios nacionales y los costos de la itinerancia motivan esta delimitación del mercado.

En el análisis de los distintos casos, tanto las partes como la Comisión esgrimieron argumentos varios a favor o en contra de la adopción de definiciones más puntuales que la del mercado de servicios de telecomunicaciones móviles.

---

<sup>32</sup> Petrecolla y Romero. (2004). *El mercado de las telecomunicaciones desde una perspectiva de la defensa de la competencia*.

---

Una de las segmentaciones planteada fue separar el mercado de servicios móviles corporativos del de servicios móviles residenciales. Para oponerse a esta idea se señaló que los usuarios de servicios corporativos reciben llamadas personales en sus celulares y viceversa. Asimismo se mencionó que la red utilizada para prestar el servicio móvil es la misma en ambos casos. Por otro lado, los requisitos de la demanda corporativa, entre ellos el de itinerancia internacional, fueron expuestos como posible fuente de diferenciación del servicio. La Comisión no zanjó la discusión, dejando abierta la posibilidad de implementar, en un futuro, esta segmentación del mercado.

En el caso de los demás servicios telefónicos, la distinción entre usuarios residenciales y corporativos se fundamenta en la existencia de diferencias en la demanda y en la oferta. En las Guidelines de la Unión Europea se reconoce que los servicios de telefonía se ofrecen a dos tipos de consumidores: los usuarios residenciales y los empresariales, estos últimos posiblemente desglosables, a su vez, en otros dos submercados, el de clientes profesionales y pequeñas y medianas empresas, y el de las grandes empresas. La Comisión ha delimitado mercados separados para los servicios prestados a grandes multinacionales, dadas las importantes diferencias en cuanto a la demanda (y a la oferta) de servicios a este grupo de clientes en comparación con otros clientes (empresariales) al por menor.

Asimismo, aun cuando los dos mercados sean servidos por los mismos productores, pueden tratarse como dos mercados diferenciados sobre la base de la habilidad para la discriminación de precios. Por ejemplo, la capacidad de los operadores que prestan servicios de comunicaciones electrónicas internacionales al por menor para discriminar entre clientes residenciales y empresariales, aplicando diversos grupos de precios y descuentos, ha llevado a la Comisión a concluir que estos dos grupos forman mercados separados en lo que respecta a dichos servicios<sup>33</sup>.

Otra segmentación discutida fue la de definir dos mercados: el de la prestación de los servicios de construcción y manutención de las redes para la telefonía móvil y el de la distribución del servicio, conjuntamente con el aparato telefónico. Las diferencias regulatorias (en algunos países sólo hace falta licencia para el primer caso) y de naturaleza en la prestación de los servicios, dieron lugar a esta propuesta de división del mercado. En el caso en cuestión, la Comisión no cerró esta discusión dado que no afectaba el tratamiento del caso.

Ahora bien, en casos posteriores la Comisión avanzó en la definición de dos nuevos mercados: el de aparatos telefónicos celulares y el de equipos para redes de telefonía

---

<sup>33</sup> Petrecolla y Romero. (2004). *El mercado de las telecomunicaciones desde una perspectiva de la defensa de la competencia*.



---

móvil. En el primero de los casos llegó a plantearse la posibilidad de una futura división entre el mercado minorista y el mayorista de venta de aparatos telefónicos. En cuanto al alcance geográfico, en ambos mercados se lo supuso global, quedando abierta la discusión.

Otra definición de mercado, adoptada por la Comisión en diferentes casos (Vodafone Airtouch–Mannesmann y France Telecom–Orange) es la de servicios especializados de telecomunicaciones móviles europeas, sin necesidad de itinerancia. Estos servicios, básicamente corporativos, permiten transferir una gran cantidad de información e integrarse con distintos tipos de redes dentro de la región. Los usuarios de este tipo de servicios requieren la prestación global, sin tener que recurrir a varios prestadores locales. Por este motivo los servicios específicos constituyen un mercado de producto en sí mismo.

Dos definiciones de mercado incorporadas en los casos más recientes son las del mercado mayorista de itinerancia para llamadas provenientes de redes internacionales y la de acceso a la interconexión de redes y la terminación de llamadas. El alcance de estos dos mercados es el nacional.

Una última distinción posible es la de servicios mayoristas y minoristas. La sustituibilidad en la demanda no es posible dado que ambos tipos de servicios se encuentran dirigidos a diferentes grupos de consumidores. No obstante, puede considerarse que ambos servicios pertenecen al mismo mercado relevante si la entrada de un mercado a otro resulta fácil. En este caso, subsiste cierta asimetría por cuanto los mayoristas pueden entrar fácilmente al mercado minorista ante un incremento del precio, pero no ocurre lo mismo en el caso contrario dados los altos costos vinculados con la necesidad de infraestructura para la provisión del servicio mayorista y las licencias del operador<sup>34</sup>.

Con respecto a esta segmentación, en el caso de la telefonía fija, OFTEL distingue los mercados mayorista y minorista sobre la base de la ausencia de la sustitución de demanda y la asimetría en la sustituibilidad de la oferta. Por el lado de la demanda, los consumidores no pueden cambiarse entre ambos mercados frente a un incremento del precio. Por el lado de la oferta, un minorista no podría entrar en el mercado mayorista, pero sí este último en el mercado del primero. De ahí que surja la mencionada asimetría, con la amenaza de entrada en las actividades minoristas restringiendo los precios, pero sin restricción en el precio de los servicios mayoristas que surgiría por la amenaza de entrada de los oferentes minoristas.

---

34 Petrecolla y Romero. (2004). *El mercado de las telecomunicaciones desde una perspectiva de la defensa de la competencia*.

---

La Comisión Europea ha distinguido algunos servicios mayoristas como alquiler (lease) de la capacidad de transmisión y la provisión de servicios relacionados, o el mercado pan-europeo para el acceso (SMS) a infraestructura móvil <sup>35</sup>. La Comisión argumentó que en los servicios fijos existe una diferencia entre el acceso de suscripción a la infraestructura minorista y el acceso del operador mayorista, pero en el caso de los servicios móviles debe decidirse caso por caso.

En Estados Unidos, la agencia específica del sector de las telecomunicaciones, la Federal Communication Commission (FCC), es quien autoriza o impide operaciones de concentración económica entre empresas de telecomunicaciones, que impliquen transferencias de licencias. Por su parte, la agencia de defensa de la competencia, la Federal Trade Commission (FTC) participa como autoridad de aplicación de la ley de competencia.

En distintas oportunidades, y considerando la sustitución desde el lado de la demanda, la FCC definió los siguientes mercados de productos:

- a)** Mercado de servicios de telefonía móvil.
- b)** Mercado de servicio móvil de voz.
- c)** Mercado de servicio de mensajería móvil.
- d)** Mercado móvil de servicios “trunked dispatch” (Servicios de telefonía celular y handy).
- e)** Mercado de servicios de telefonía celular prepagos.
- f)** Mercado de servicios de telefonía celular con abono.
- g)** Mercados residenciales de servicios telefónicos.
- h)** Mercado corporativo de servicios telefónicos.

La segmentación se realizó sobre la base de la agregación de los consumidores que enfrentan condiciones competitivas similares, pero en realidad fueron separados en función de la imperfecta sustituibilidad de los diferentes servicios ofrecidos a los hogares y a las compañías, como en el caso de NYNEX–Bell Atlantic. En este caso, la FCC destaca la posibilidad de distinguir y agregar, dentro de un mercado, a los

---

<sup>35</sup> Ver COMP/2598 - TDC/CMG/Migway JV.

---

consumidores con patrones de demanda similares. Es por ello, que resalta la existencia de tres grupos de consumidores:

- a) Consumidores residenciales o pequeños empresarios.
- b) Empresarios medianos.
- c) Grandes empresarios o funcionarios del gobierno.

Dichos grupos exhiben características dispares en relación al consumo, por ende su separación. Paquetes de servicios que resulten deseables para alguno de los segmentos (por ejemplo, los usuarios residenciales pueden desear servicios de llamada en espera –Call waiting) pueden no ser sustitutos aceptables de los servicios preferidos por otro grupo (por ejemplo, los grandes empresarios pueden no necesitar Call Waiting pero si líneas múltiples y/o un sistema extensivo de correo por voz). Asimismo, la FCC distingue el hecho que los distintos grupos de consumidores tienen una distinta topología en el proceso de toma de decisión. Los usuarios residenciales son “capturados” a través de técnicas de marketing masivas, como lo son la publicidad regional o el telemarketing. Por otra parte, los grandes empresarios o funcionarios de gobierno son “capturados” por contratos individuales y directos de compra.

En posteriores decisiones, como en el caso de MCI–Worldcom, la FCC resaltó que los activos en propiedad de los productores deberían ser distintos, de manera de servir a diferentes tipos de consumidores. En el caso Americitech–SBC, dicho organismo agregó que no solo deberían tener diferentes activos, sino también capacidades distintas. En este sentido, la experiencia resulta bastante contradictoria, ya que por un lado se desconoce la sustitución por el lado de la oferta, pero en decisiones posteriores se aplica en forma no explícita dicho tipo de sustitución, al momento de evaluar la definición del mercado relevante.

Con respecto a la definición de mercado geográfico, la FCC ha asumido como tales a las distintas áreas geográficas de Estados Unidos en donde las empresas en cuestión están en condiciones de prestar el servicio. En Estados Unidos, las licencias de telefonía móvil nacional son otorgadas por área geográfica. De acuerdo al tipo de licencia del que se trate, varía la definición de área que se asume. Por ejemplo, para el caso de licencias celulares, se adopta la definición estadística de área metropolitana y área rural.

Una vez determinadas las áreas, la FCC agrupa a los consumidores que enfrentan opciones similares en relación a la provisión del servicio en cuestión y analiza los efectos de la operación sobre el conjunto de las áreas. Por ejemplo, en el caso Motorola, se

---

diferenció entre áreas rurales y urbanas, tanto para el mercado de servicios celulares como para el de trunking.

El análisis de segmentación de mercados derivado de la identificación del mercado relevante debe considerar la existencia de un sistema de servicios. Se define como sistema de servicios todo aquel conjunto de servicios complementarios que el usuario adquiere de manera conjunta (Gual, 2002). Para el caso de telefonía móvil el conjunto estaría compuesto por los servicios de originación de llamada, de terminación de llamada, de itinerancia, etc. En este caso el mercado relevante debe contemplar el sistema como un todo siempre que el consumidor así lo adquiriera. Si bien los servicios pueden ser independientes, no tiene sentido definirlos como tales si los mismos se comercializan de manera conjunta<sup>36</sup>.

### Cuadro 3: Mercados de terminación de llamadas<sup>37</sup>

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 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.

---

36 Petrecolla y Romero. (2004). *El mercado de las telecomunicaciones desde una perspectiva de la defensa de la competencia*.

37 Este ejemplo es de Cave, M., Avgousti, A. & Foster, A. *Fortalecimiento de la Política de Competencia en los Países de América Latina: Aplicación de la Ley de Competencia en el Sector de las Telecomunicaciones*. Centro Regional de Competencia para América Latina. Londres, Reino Unido. Julio, 2013. pág. 36.

---

## Cuadro 4: Llamadas salientes y servicios de originación de llamadas<sup>38</sup>

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”), 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.

## E. Existencia de poder sustancial

Una o varias empresas tienen poder sustancial cuando individual o conjuntamente pueden comportarse de forma independiente a sus competidores y a sus clientes. La existencia de poder sustancial requiere el análisis del grado de presión competitiva ejercida por los competidores, existentes y potenciales, además del poder negociador de la demanda. La mera existencia de poder sustancial no es en sí sancionable pero sí un requisito imprescindible para que una conducta ejercida por la empresa o empresas supuestamente dominantes tenga un efecto excluyente en el mercado y afecte de forma negativa al bienestar del consumidor.

Este análisis persigue determinar si una o varias empresas tienen suficiente poder de mercado como para alterar la situación competitiva del mercado. La ausencia de poder de mercado suficiente implicará que las conductas de las empresas carecen de aptitud para causar un daño apreciable sobre el consumidor. La evaluación de existencia de poder sustancial en un mercado se lleva a cabo tomando en consideración los siguientes factores (todo de conformidad con el artículo 15 de la Ley 7472):

- a) Su participación en ese mercado y su posibilidad de fijar precios unilateralmente o de restringir, en forma sustancial, el abastecimiento en el mercado relevante, sin que los demás agentes económicos puedan, en la actualidad o en el futuro, contrarrestar ese poder.
- b) La existencia de barreras a la entrada y los elementos que, previsiblemente, puedan alterar tanto esas barreras como la oferta de otros competidores.

---

38 *Ibíd.* pág.37

- 
- c) La existencia y el poder de sus competidores.
  - d) Las posibilidades de acceso del agente económico y sus competidores a las fuentes de insumos,
  - e) Su comportamiento reciente.
  - f) La literatura económica, adicionalmente recomienda tener en mente los siguientes aspectos en este análisis:

## 1 Posición de mercado de la empresa dominante y de sus competidores

En mercados atomizados, dinámicos y con muchos competidores es poco probable que exista poder de mercado. El análisis de las cuotas de mercado proporciona una primera aproximación a la estructura de mercado y a la importancia relativa de las compañías presentes en el mercado. Las cuotas de mercado no son en ningún caso determinantes y habrá que analizarlas conjuntamente con otras características del mercado tales como la forma de funcionamiento del mercado, las características del producto, las características de la demanda y la evolución dinámica del mercado.

Unas cuotas de mercado bajas serán en general indicativas de la ausencia de poder de mercado aunque, en todo caso, habrá que analizar la capacidad de la empresa en cuestión para determinar el comportamiento del mercado.

En general, una cuota de mercado alta que se mantenga de forma sostenida o creciente durante un periodo largo de tiempo constituirá un indicio relevante de la existencia de poder sustancial.

## 2 Competencia potencial

Para determinar el grado de competencia en un mercado no sólo es relevante la competencia actual sino también la competencia potencial, es decir, la posibilidad de que los agentes presentes en un mercado amplíen su capacidad ante eventuales aumentos de precios o que se produzca la entrada de nuevos agentes.

---

Dicha posibilidad deberá ser creíble y factible en un periodo de tiempo relativamente corto de forma que constituya una amenaza suficiente para disciplinar el comportamiento de los agentes presentes en el mercado. Por ejemplo, las empresas presentes en el mercado pueden tener capacidad de producción inactiva que pueden activar rápidamente en respuesta a un incremento de precios o las barreras de entrada a un mercado podrían ser suficientemente bajas de forma que se pudiera producir la entrada de nuevos competidores ante subidas de precios.

La posibilidad de expansión de la producción existente o de entrada de nuevos competidores debe ser de una magnitud suficiente como para impedir el ejercicio del poder de mercado. Una expansión limitada o una entrada marginal de nuevos agentes no alterarán las condiciones competitivas de un mercado ni impedirá a una empresa dominante el ejercicio del poder de mercado.

Para evaluar la posibilidad de expansión o nueva entrada se analizará la existencia de barreras a la expansión de las empresas existentes o a la entrada en el mercado de nuevas empresas. Las barreras a expansión y entrada de nuevos operadores pueden adoptar la forma de obstáculos legales a los competidores o a los nuevos entrantes, ventajas legales a la empresa dominante, barreras técnicas a la entrada tales como la existencia de economías de escala, de alcance o economías de red, limitaciones en el acceso a insumos esenciales tales como que estos recursos sean escasos o que se restrinja el acceso mediante contratos de exclusividad o de largo plazo, la existencia de una red de distribución exclusiva, una alta fidelidad por parte del cliente o unos elevados costes de cambio por parte del mismo.

### 3 Poder de negociación de la demanda

La capacidad para poder ejercer el poder de mercado de una empresa depende también del poder negociador de la demanda. Si los clientes son pocos, tienen volúmenes de compra elevados, existen ciertos clientes esenciales para la viabilidad económica de las empresas o los clientes pueden cambiar fácilmente de proveedor, la capacidad de las empresas para ejercer el poder de mercado será limitada. Si el cliente tiene capacidad para modificar las condiciones de venta bien porque posee un volumen importante de compras o bien porque puede cambiar de proveedor fácilmente difícilmente existirá un aposición de dominio en el mercado. En todo caso se deberá contrastar que el poder de mercado de la demanda es suficiente para compensar el supuesto poder de mercado de la o las empresas dominantes.

---

## 4 Legislación comparada en la evaluación del poder sustancial

En línea con la legislación nacional, en la evaluación de prácticas monopolísticas relativas normalmente solo preocupan las conductas que son realizadas por empresas con poder sustancial. Este concepto es denominado en distintas jurisdicciones de diferentes maneras: “dominancia”, “poder de mercado”, “poder sustancial”, u otros términos similares. Si bien estos en teoría existen algunas diferencias conceptuales entre dichos términos, para efectos prácticos pueden tratarse como equivalentes. La Ley 8642 al igual que la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE) de México, utiliza el término “*poder sustancial de mercado*”.

En la Unión Europea, el concepto de dominancia o posición dominante se definió por primera vez en el caso “United Brands”, como: “*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*”<sup>39</sup>.

La Autoridad de Competencia de Reino Unido ha sostenido que señalar que un operador ocupa una posición dominante significa que posee un poder de mercado mayor al de cualquiera de sus competidores<sup>40</sup>.

Generalmente, son dos los criterios claves para determinar la existencia de poder de mercado. El primero de ellos es la participación de mercado de la empresa o grupo de empresas investigadas, y el segundo es la existencia de barreras de entrada al mercado.

En cuanto a la participación de mercado, en la Unión Europea, por ejemplo, se presume que como dominante a una empresa con una participación igual o mayor al 50% del mercado<sup>41</sup>, y sería inusual que una empresa con menos del 35% del mercado tenga poder.

En cuanto a las barreras de entrada, se considera que entre más altas las barreras de entrada a un mercado, mayor será la posibilidad que la empresa investigada tenga poder (y viceversa).

---

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

40 Ver Banco Mundial, Manual de Reglamentación de las Telecomunicaciones. 2000. Capítulo 5.

41 El Tribunal Europeo, en el análisis de operaciones de concentración, considera que debe suponerse la existencia de posición dominante con participaciones de mercado superiores al 50%. Comisión Europea, Guidelines on the Assessment of Horizontal Mergers. 2004.



---

En Perú, OSIPTEL, el regulador de las telecomunicaciones sostiene que “*El hecho de que la posición dominante de una empresa tenga su origen en la actuación del Estado -por ejemplo en la forma de asignación del espectro- no enerva la potestad de OSIPTEL para sancionar el abuso de tal posición*”<sup>42</sup>. Además señala que para determinar la existencia de una posición de dominio en el mercado deben seguirse dos pasos:

- a) Debe determinarse el mercado relevante, utilizando los criterios discutidos en secciones anteriores; y
- b) Determinar el nivel de competencia en el mercado relevante previamente determinado, y el poder real de mercado.

Entre las variables que OSIPTEL considera para determinar si una firma exhibe posición de dominio en un mercado relevante se encuentran<sup>43</sup>:

- a) El porcentaje de participación de la empresa en el mercado.
- b) El nivel de concentración del mercado.
- c) El control de recursos esenciales, que reviste particular relevancia en el sector de las telecomunicaciones o en tecnologías de red en general.
- d) El grado de integración vertical.
- e) La existencia de barreras para la entrada de competidores.
- f) La posibilidad de que las empresas utilicen su infraestructura para proveer otros servicios.
- g) Otros factores que permitan evaluar el nivel de independencia con el que una empresa está en capacidad de actuar con relación a sus competidores o clientes.

En la legislación de competencia de Argentina (Ley 25.156), existe posición dominante<sup>44</sup> cuando el agente económico:

---

42 OSIPTEL. *Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Libre Competencia en el Ámbito de las Telecomunicaciones*. 2014. pág. 9.

43 Es la evaluación combinada de estos y otros criterios lo que permite determinar la posición de dominio de una empresa.

44 Artículo 4 de la Ley 25.156 de Argentina.

- 
- a) Es el único proveedor o comprador de un determinado bien o servicio, ya sea en un mercado local, regional, nacional o mundial,
  - b) No está expuesto a una competencia sustancial de otros competidores, o está en condiciones de determinar la viabilidad económica de un competidor en el mercado.
  - c) Para determinar si una empresa está en una posición dominante o no, el artículo 5 de la Ley de Argentina (25.156) enumera los siguientes factores:
  - d) Posibilidad de sustitución de los bienes o servicios de que se trate,
  - e) Barreras legales a la entrada, y
  - f) 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.

A modo de resumen, el análisis de la existencia de una posición dominante es un proceso multidimensional que considera una serie de factores y llega a una evaluación global. Este análisis incluye la participación de mercado de la empresa analizada (también la participación de las otras empresas), la existencia de barreras a la entrada, los cambios en las participaciones de mercado a lo largo del tiempo (el grado de rivalidad), el comportamiento de los precios a lo largo del tiempo y la existencia de poder del lado de la demanda o “poder de negociación compensatorio”.

## F. Conductas típicas

El Artículo 7 del Reglamento dice que se considerarán prácticas monopolísticas relativas las establecidas en el artículo 54 de la Ley 8642 e indica los elementos que la SUTEL deberá tener en cuenta a la hora de investigar una conducta relativa. A continuación se analizará cada una de las prácticas señaladas en la Ley y su Reglamento.

Dentro de este análisis, es importante señalar que es imposible prever por anticipado la totalidad de formas mediante las cuales una empresa puede abusar de su poder en el mercado, de ahí que varias legislaciones de otros países optan por tipificar como práctica prohibida el “abuso de posición de dominio” (o redacciones similares), y es la jurisprudencia la que se ha dedicado a identificar las formas en que tal abuso se puede cometer.

---

En nuestro ordenamiento, dada la importancia y prevalencia del principio de tipicidad, la legislación opta por tipificar las formas más comunes en las que tradicionalmente se ha identificado la existencia de un abuso de poder de mercado, pero dejando abierta la posibilidad de – sujeto a determinadas condiciones – sancionar otras conductas que no están plenamente identificadas con detalle en la Ley y su Reglamento. Para ello, cobra especial relevancia la prohibición genérica contenida en el inciso j) del artículo 54 de la Ley 8642. Esta prohibición será objeto de análisis más adelante<sup>45</sup> en este documento.

Hecha esta aclaración, se procederá a analizar las diferentes prácticas monopolísticas relativas contempladas por Ley:

## 1 Precios o condiciones discriminatorios

Esta conducta está tipificada en el inciso a) del artículo 54 de la Ley 8642, en concordancia con el artículo 8 del Reglamento. Esta práctica consiste en el establecimiento injustificado de precios o condiciones diferentes a operadores y proveedores situados en condiciones similares.

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 de producción<sup>46</sup>. La discriminación de precios se puede manifestar de distintas formas: el establecimiento de diferentes precios para distintos grupos de edad, distintas ubicaciones geográficas o diferentes tipos de usuarios<sup>47</sup>.

La teoría económica sostiene que cuando los grupos de clientes pueden ser identificados y segmentados se puede demostrar que las empresas maximizaran sus beneficios fijando precios más altos en los mercados donde la demanda es más inelástica (es decir, cuanto menos reaccionan los consumidores a las variaciones de precios)<sup>48</sup>. En algunos casos esto puede tener como resultado un mayor nivel de producción total y por lo tanto tener un efecto favorable sobre el bienestar agregado de los agentes económicos. Sin embargo, también existen casos en los cuales la discriminación de precios puede tener consecuencias anticompetitivas. Por ejemplo, las

---

45 Ver Sección F.10. infra

46 Ver Martin, S. *Industrial Economics*. 1994. Capítulo 15.

47 Ver Cave, M., Avgousti, A. & Foster, A. *Fortalecimiento de la Política de Competencia en los Países de América Latina: Aplicación de la Ley de Competencia en el Sector de las Telecomunicaciones*. Centro Regional De Competencia Para América Latina. Londres, Reino Unido. Julio, 2013. pág. 90.

48 Ver Martin, S. *Industrial Economics*. 1994. Capítulo 15.

---

empresas dominantes pueden bajar los precios en mercados donde enfrenan mayor competencia y subirlos en otros en los que enfrenta menor presión competitiva y así desplazar del mercado a sus competidores.

De conformidad con el artículo 8 del Reglamento antes citado, *“se configura esta práctica cuando un operador o proveedor provee infraestructura, servicios, sistemas o información a una o más empresas de su grupo económico o a sus clientes a precios o en términos y condiciones más favorables que los otorgados a empresas que no pertenecen a su grupo económico”*.

Esta disposición debe aplicarse con cautela. No solo porque esta no es la única forma en la cual una empresa puede discriminar (pueden haber otros casos distintos de discriminación), sino que también porque de acuerdo con una posición no despreciable dentro de la doctrina internacional, la discriminación ocurre cuando se dan tratos distintos a dos o más compradores que sean independientes del vendedor, considerando a todas las empresas de un mismo grupo como una sola entidad<sup>49</sup>. Según esta postura, cuando inciso a) del artículo 54 de la Ley 8642 menciona a “terceros situados en situaciones similares”, una empresa del mismo grupo económico no sería técnicamente un “tercero”.

Sin embargo, de la lectura del artículo 8 del Reglamento, se concluye que las regulaciones del sector de telecomunicaciones en nuestro país no siguen esta postura. Por el contrario, en nuestro país, el hecho que un operador o proveedor de telecomunicaciones con poder de mercado aplique a terceros condiciones distintas que los otorgados a empresas de su mismo grupo económico sí podría constituir una práctica monopolística relativa. Esto es consecuente con las reglas establecidas en el Reglamento de Acceso e Interconexión de Redes de Telecomunicaciones (para los casos contemplados dentro del objeto de esta norma).

Por ello, es importante tenerse especial cuidado al momento de analizar los efectos en el mercado de esta modalidad específica de discriminación (lo cual corresponde a la última etapa de análisis de las prácticas monopolísticas relativas, conforme a la metodología explicada anteriormente).

En la Unión Europea, la discriminación de precios está prohibida como una modalidad de abuso de posición de dominio, definida en el artículo 102 del Tratado de Roma como la conducta de *“Aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales por transacciones equivalentes, colocándolos en una desventaja competitiva”*. De forma similar, el artículo 10.X. de la Ley Federal de Competencia Económica en México prohíbe como

---

49 ABA Section of Antitrust Law, (2006). *Antitrust Law and Economics of Product Distribution*, pág. 320.

---

práctica monopolística relativa “la imposición de precios o condiciones de compra o venta disimilares a compradores o vendedores situados en igualdad de condiciones”.

El principio del que parte el análisis es que las empresas gozan de absoluta libertad para discriminar precios y condiciones entre sus clientes. Inclusive, en muchos casos la discriminación puede ser una práctica legítima, que puede beneficiar a los consumidores, a los productores y a la eficiencia económica. Además hay que tener en cuenta que los costos de suministrar bienes y servicios a todos los clientes no son necesariamente los mismos; la ubicación geográfica, las cadenas de distribución y comercialización, el nivel de riesgo, la disponibilidad de tecnología o de facilidades técnicas, las condiciones de compra (como volumen, forma de pago, etc.) determinan que no necesariamente los precios y condiciones deban ser los mismos para todos<sup>50</sup>.

Este principio, sin embargo, tiene excepciones. Por ello, cuando concurren las demás condiciones de Ley (poder de mercado y efecto anticompetitivo), la conducta pasa a considerarse prohibida.

Es importante considerar que el poder no necesita ejercerse en el mismo mercado en el cual está llevándose a cabo la discriminación. Frecuentemente, 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)<sup>51</sup>.

### **a) Discriminación basada en factores distintos del precio**

La discriminación no siempre se refiere al precio del producto o servicio. En ocasiones se observa que una empresa aplica desigualdad a transacciones equivalentes en otras condiciones de la prestación del servicio. Por ello, el inciso a) del artículo 54 de la Ley habla de “precios o condiciones diferentes”. Esta disposición va en línea con las legislaciones de otros países<sup>52</sup>.

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

---

50 OSIPTEL. *Lineamientos generales para la aplicación de las normas de libre competencia en el ámbito de las telecomunicaciones*. 2014. pág. 13.

51 Este ejemplo es de Cave, M., Avgousti, A. & Foster, A. (2013). *Fortalecimiento de la Política de Competencia en los Países de América Latina: Aplicación de la Ley de Competencia en el Sector de las Telecomunicaciones*. Centro Regional de Competencia para América Latina. Londres, Reino Unido. Julio, 2013. pág 88.

52 En Argentina, por ejemplo, el artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia No. 25,156 establece que está prohibida la discriminación con base en precio y a factores distintos del precio cuando no hay razones comerciales legítimas para ello.

---

del precio es delicada. Ejemplos<sup>53</sup> de dicho tratamiento discriminatorio ajeno al precio incluyen:

- a) El 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.
- b) La utilización 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.
- c) La discriminación basada en la calidad, mediante la cual 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.

## b) Discriminación de precios

Según se indicó, la discriminación de precios es la práctica de vender el mismo producto a diferentes clientes a diferentes precios a pesar de que el costo de producción es el mismo para cada uno de ellos<sup>54</sup>. En un caso de discriminación de precios las cuestiones a examinar son<sup>55</sup>:

---

53 Estos ejemplos son de Cave, M., Avgousti, A. & Foster, A. (2013). *Fortalecimiento de la Política de Competencia en los Países de América Latina: Aplicación de la Ley de Competencia en el Sector de las Telecomunicaciones*. Centro Regional de Competencia para América Latina. Londres, Reino Unido. Julio, 2013. pág. 88.

54 Ver Martin, S. *Industrial Economics*. 1994. Capítulo 5.

55 Ver Cave, M., Avgousti, A. & Foster, A. (2013). *Fortalecimiento de la política de competencia en los países de América Latina: Aplicación de la ley de competencia en el sector de las telecomunicaciones*. Centro Regional de Competencia para América Latina. Londres, Reino Unido. Julio 2013. Pag 91.

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

De conformidad con parte de la doctrina, en general, no es suficiente establecer la existencia de diferencias de costos, también hay que establecer si el nivel de diferencia se justifica. A modo de ejemplo se indica que puede haber descuentos en la compra a granel de minutos de tráfico, pero que es necesario preguntarse si el nivel de descuentos se justifica con los ahorros generados en esta transacción<sup>56</sup>.

No toda discriminación de precios es mala, ya que en muchos casos, producto de la misma se incorporan al mercado consumidores que, en ausencia de la discriminación de precios no consumirían. Este tema es de particular importancia en la industria de las telecomunicaciones, que se caracteriza por tener altos costos hundidos, 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 demandarían poco o nada en ausencia de una discriminación basada en precios<sup>57</sup>.

En definitiva, la teoría económica y la jurisprudencia internacional muestran que la discriminación de precios requiere de un análisis caso por caso, y cada caso debe examinarse según sus hechos específicos, para determinar la existencia o no de efectos anticompetitivos y su magnitud<sup>58</sup>.

### **c) Diferenciación de precios on-net/off-net**

La diferenciación entre tarifas *on-net* y *off-net* en las redes móviles es una modalidad de discriminación especialmente relevante para los mercados de telecomunicaciones. De ahí que amerite un análisis aparte.

En mercados donde las tarifas *on-net* se determinan a un valor por debajo de las tarifas *off-net*, los usuarios de las grandes redes enfrentan un precio promedio de llamadas menor que aquellos que están suscritos a redes más pequeñas. Esta situación se verifica ya que un alto porcentaje de sus llamados será realizado dentro de la propia

---

56 Ibid.

57 Ibid.

58 En Martin, S. Industrial Economics. 1994. Capítulo 5, se analizan una serie de casos de discriminación de precios sancionados bajo al Robinson Patman Act de los Estados Unidos que son muy controvertidos por no tener esto en cuenta.



---

red. Esto genera que las grandes redes sean más atractivas para los consumidores y genera desventajas competitivas para las redes más pequeñas<sup>59</sup>.

Esta diferenciación entre tarifas *on-net* y *off-net* en las redes móviles esta incentivada por: i) cargos de terminación entre redes móviles que exceden los costos marginales<sup>60</sup> e ii) incentivos estratégicos de las empresas para reducir las comunicaciones a redes de la competencia, disminuyendo así la atracción a estas última<sup>61</sup>.

Los últimos estudios en la materia han demostrado que las grandes redes tienen un diferencial de precios *on-net* y *off-net* mayor que el diferencial establecido en redes pequeñas o incipientes.

Colombia fue el primero de la región en regular la diferenciación entre precios *on-net* y *off-net*. En 2007<sup>62</sup>, la Comisión de Regulación de Comunicaciones, regulador colombiano comenzó sus estudios para aplicar políticas de control sobre el operador dominante<sup>63</sup>. Desde 2011 se está gestando un nuevo proceso en el que buscan extender la regulación a todos los operadores del mercado. La regla utilizada para controlar el nivel de diferenciación de tarifas es que, el precio *off-net* debe ser menor o igual a la suma del precio *on-net* y el cargo de terminación en redes de terceros<sup>64</sup>.

En Chile se ha determinado que el precio por minuto de llamadas a teléfonos móviles de otras compañías (llamadas *off-net*) no podrá ser superior a la suma del precio por minuto de llamadas a teléfonos móviles de la misma compañía (llamadas *on-net*) del mismo plan y el cargo de acceso aplicable (costos de terminación en redes de terceros). La decisión fue tomada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la Subsecretaría de Telecomunicaciones es la encargada de aplicarlo y hacerlo cumplir entre los operadores del sector. Esta medida limita y controla la diferenciación de precios *on-net* y *off-net*, al considerar que tal diferencial no tenía una justificación económica. Se concluyó que esa diferencia produce el efecto de excluir e impedir el ingreso de nuevos competidores, ya que establecía una diferencia de volumen e incrementaba la concentración de mercado por parte de las operadoras ya establecidas<sup>65</sup>.

---

59 Harbord D. y Pagnozzi M., 'On-net/O-Net Price Discrimination and 'Bill-and-Keep' vs. 'Cost-Based' Regulation of Mobile Termination Rates' MPRA Paper No. 14540, posted 9.

60 Cabe recordar que el costo marginal de una llamada en una red móvil tiende a cero.

61 Harbord D. y Pagnozzi M., 'On-net/O-Net Price Discrimination and 'Bill-and-Keep' vs. 'Cost-Based' Regulation of Mobile Termination Rates' MPRA Paper No. 14540, posted 9.

62 Decreto No. 2870 del 31 de julio de 2007, también denominado 'Decreto de Convergencia'.

63 Comcel, filial de América Móvil, tiene una cuota de mercado de 66%.

64 En enero 2013 se introdujeron cargos de terminación asimétricos, de esta forma el operador dominante debe ofrecer cargos de terminación menores a los de operadores entrantes.

65 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile. 'Instrucción General sobre los Efectos en la Libre Competencia de la Diferenciación de Precios en los Servicios Públicos de Telefonía, Tarifas *on-net* y *off-net* y Ofertas Conjuntas de Servicios de Telecomunicaciones', Diciembre, 2012.



---

La diferenciación de precios dentro y fuera de la red puede generar efectos anticompetitivos, las estrategias comerciales que acentúan esta diferenciación benefician a los grandes operadores y perjudican a operadores entrantes con cuotas de mercado bajas, e incluso pueden prevenir y limitar la entrada de futuros competidores.

## 2 Negativa de trato

La negativa de trato se regula en el inciso b) del artículo 54 de la Ley 8642, en relación con el artículo 9 del Reglamento. Esta práctica se configura con la acción unilateral de rehusarse a vender, comercializar o proporcionar a operadores o proveedores, servicios de telecomunicaciones disponibles, normalmente ofrecidos o adquiridos de terceros, sin que exista una justificación razonable. Para las situaciones que se presenten respecto de la interconexión y el acceso, se estará a lo dispuesto al respecto en la Ley 8642 y el reglamento sobre esa materia, sin perjuicio de que se configure la práctica prevista en este artículo.

La prohibición de negativa de trato es una excepción al principio general según el cual, como parte de la libertad de comercio, toda empresa tiene libertad de hacer (o no hacer) negocios con quien desee y en las condiciones que prefiera. Esto incluye el derecho a no contratar o no suministrar un servicio si así lo considera mejor para sus intereses. En ocasiones, sin embargo, quien ostenta poder de mercado no puede negarse a suministrar un servicio sin justificación válida.

En algunas jurisdicciones, como por ejemplo en la Unión Europea, esta conducta también se comete cuando la negativa no es absoluta, sino que el servicio se ofrece a precios excesivamente altos o en condiciones que no son razonables<sup>66</sup>. Asimismo, se ha considerado también que esta práctica se puede cometer de forma indirecta, mediante la obstaculización de acceso, establecimiento de precios diferenciados, reducción de la capacidad de servicio, etc.

La negativa de trato en ocasiones es un mecanismo para impedir el acceso o la expansión de un competidor en el mercado. En otras ocasiones, se da como una forma de disciplinar el comportamiento de otro agente económico que no desea actuar de la forma que le exige la empresa dominante. De ahí que en muchas legislaciones, como la

---

<sup>66</sup> International Competition Network. Unilateral Conduct Working Group. *Report on the Analysis of Refusal to Deal with a Rival Under Unilateral Conduct Laws*. Presented at the 9th Annual Conference of the ICN. Istanbul, Turkey. April, 2010. pág. 6-7. Disponible en: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc616.pdf>

---

costarricense, se incurre en esta práctica cuando la negativa se da tanto con relación a competidores como con relación a clientes o proveedores de la empresa dominante<sup>67</sup>.

Ahora bien, existen situaciones en las que aún un proveedor u operador con poder en el mercado puede válidamente negarse a suministrar servicio. Por ejemplo, es posible que exista morosidad de parte de quien solicita el servicio, incapacidad de suministro, incumplimiento contractual de la otra parte, etc. Es importante, sin embargo, que se trate de un motivo real (no potencial), demostrado y objetivamente justificado. En caso de duda sobre la razonabilidad de la justificación, deberá optarse por exigir el suministro del servicio.

En este contexto, el concepto de “facilidad esencial” es especialmente relevante. La negativa de acceso a una facilidad de este tipo es una modalidad de negativa de trato que es especialmente relevante en el sector de telecomunicaciones, donde el acceso a redes de terceros es central para promover la competencia.

#### **a) El concepto de facilidad esencial<sup>68</sup>**

La doctrina de las facilidades esenciales busca prevenir que una firma aproveche su control monopólico sobre un insumo esencial para excluir a competidores actuales o potenciales, o bien extienda su monopolio sobre el producto final.

En prácticamente todas las jurisdicciones con Leyes de Competencia, la cuestión de las facilidades esenciales surge cuando un agente económico que controla una facilidad de este tipo niega el acceso a la misma a un competidor o a un tercero, obteniendo una ganancia competitiva con ello<sup>69</sup>. Al igual que con los demás casos de negativa de trato, el abuso ocurre también cuando el acceso a la facilidad esencial se permite pero en condiciones tan desfavorables y/o discriminatorias que impiden a competidores competir de forma efectiva<sup>70</sup>.

Internacionalmente se han identificado tres elementos que deben confluir para determinar que estamos ante una facilidad esencial:

---

67 International Competition Network. *Unilateral Conduct Working Group. Report on the Analysis of Refusal to Deal with a Rival Under Unilateral Conduct Laws*. Presented at the 9th Annual Conference of the ICN. Istanbul, Turkey. April 2010. p,6-7. Recuperado de: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc616.pdf>

68 Esta sección se basa en Petrecolli, D y Romero, C (2008 ), Petrecolli, D y Ruzzier, C (2003) y en Banco Mundial (2000).

69 International Competition Network. *Unilateral Conduct Working Group. Report on the Analysis of Refusal to Deal with a Rival Under Unilateral Conduct Laws*. Presented at the 9th Annual Conference of the ICN. Istanbul, Turkey. April 2010. p, 5. Recuperado de: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc616.pdf>

70 Goyder, D.G., *EC Competition Law*. 3rd ed., 1998, pág. 346.

---

i) **La facilidad esencial debe ser provista en condiciones monopólicas**

La premisa de que el propietario de la facilidad esencial debe ser dominante es inherente al concepto de facilidad esencial, dado que es inadecuado aplicar esta doctrina en situaciones donde el propietario de la facilidad carece de poder de mercado ya que si el insumo puede competir con otros que son sustitutos perfectos, la disciplina impuesta por dicha competencia será suficiente para controlar la conducta del propietario del insumo, y le impedirá el abusar de su control de este insumo para evitar el ingreso o expansión de competidores.

### Cuadro 5: Doctrina de las facilidades esenciales<sup>71</sup>

La doctrina de las facilidades esenciales se originó en Estados Unidos con un caso sobre los servicios de ferrocarriles (United States vs. Terminal Railroad Association of Saint Louis -1912). Por su parte, la Unión Europea también ha desarrollado su correspondiente doctrina, la cual ha sido aplicada en sectores de infraestructura tales como puertos (Commission Decision of 11/6/92, case B&I vs. Sealink). Asimismo en Australia, han quedado establecido por ley (Trade Practice Act, 1974) distintos mecanismos, con la intervención de la comisión de competencia, para establecer las condiciones de acceso a la facilidad esencial en caso de que las partes no hayan podido llegar a un acuerdo por sí solas.

Las opiniones de las Cortes de Estados Unidos sugieren que la imposición de responsabilidades bajo la doctrina de las facilidades esenciales es particularmente apropiada cuando la negación del acceso es motivada por un ánimo anticompetitivo, usualmente demostrado por un cambio en las prácticas comerciales existentes con el intento aparente de perjudicar a los rivales. No obstante no existe una interpretación universalmente aceptada de esta doctrina y los criterios de aplicación de la misma no se encuentran bien definidos.

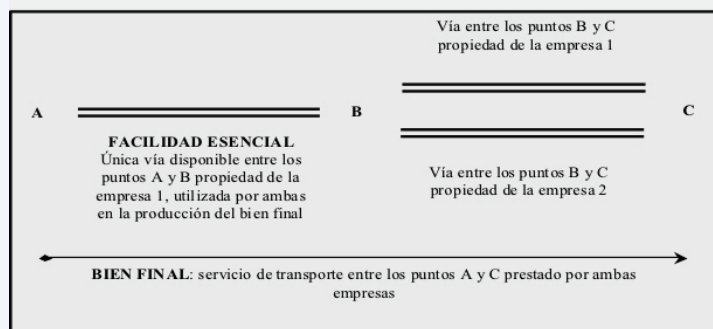
La doctrina de las Facilidades Esenciales ha sido considerada como un subconjunto de los casos denominados de “negativa a transar”. Estos casos se caracterizan por las limitaciones impuestas por un monopolista mediante la exclusión de sus actuales o potenciales rivales de la competencia con él mismo. Como ha sido establecido por un tribunal de apelación de Estados Unidos (Byars vs. Bluff City News, 1980): “La Doctrina de las facilidades esenciales impone responsabilidades cuando una firma, la cual controla la facilidad esencial, niega a una segunda firma un acceso razonable a un producto o servicio que la segunda firma debe obtener con en orden de competir con la primera”

El siguiente ejemplo hipotético ilustra el concepto anterior (Buccirosi, 1999). Dos empresas ferroviarias deciden proveer un servicio de transporte desde el lugar A hasta el C, a través de un punto intermedio B. Estas dos empresas poseen vías paralelas en el trayecto BC, pero sólo una de ellas posee la única vía disponible en el trayecto que se extiende desde A hasta B. Esta última vía es esencial para ambas firmas si ambas desean operar en el mercado de servicios de transporte desde A hasta C. En este ejemplo es útil pensar el servicio de transporte entre A y C como el bien final y las vías entre A y B como una facilidad esencial.

---

71 Este ejemplo es proporcionado por Petrecolla, D y Romero, C., *El Mercado de las Telecomunicaciones desde una Perspectiva de la Defensa de la Competencia. En Cuestiones Complejas de Derecho Mercantil Moderno*, Tomo II. Ana Piaggi, Editora. Abeledo Perrot. 2008.

*Ejemplo de una facilidad esencial*



Fuente: Elaboración Propia

El objetivo en la ilustración anterior sería preservar y promover la competencia y la eficiencia en el mercado competitivo de servicios de transporte entre A y C, aún si el mercado del servicio de paso por la vía que corre entre A y B mantiene características monopólicas.

La condición monopólica de la facilidad esencial puede originarse en diversas razones. La más usual es que se trate de un activo único debido a su ubicación geográfica o a características naturales que hacen del activo un monopolio natural.

**ii) *La facilidad esencial no se encuentra disponible en la actualidad proveniente de otra fuente y competidores carecen de posibilidades de replicar la misma por motivos económicos.***

El análisis de este punto tiene dos partes. Primero se debe analizar si alguna otra firma, además de la dominante, se encuentra proveyendo el insumo en cuestión. Segundo, si la facilidad no está siendo provista por otra firma, debe realizarse un análisis para determinar si es posible que esta sea replicada (o repetida). Si la respuesta a alguna de estas dos preguntas es positiva, no estaríamos ante una facilidad esencial.

El primer punto es relativamente sencillo de realizar, mediante una verificación en el mercado sobre la disponibilidad actual de un insumo idéntico o sustituto perfecto del insumo que sea propiedad del dominante.

Para verificar el segundo punto, requiere determinarse si existen alternativas económicas o tecnológicas que permitan razonablemente replicar este insumo. Esto, a primera vista, parece ser más difícil de determinar, debiéndose considerar las condiciones económicas existentes y sus probables cambios en el tiempo, pero existen determinadas condiciones que facilitan su identificación.

---

Si la facilidad esencial es considerada como un monopolio natural entonces existen motivos para regular el acceso, dado que la duplicación resulta inviable desde el punto de vista económico. Por otro lado, si una industria no es un monopolio natural, pero está caracterizada por rendimientos crecientes de escala, puede ser imposible para una firma entrar si solo tiene los recursos para operar en una pequeña escala.

Alternativamente en industrias caracterizadas por grandes efectos de redes, las firmas pequeñas son incapaces de competir. Esto se debe al hecho que los demandantes no están dispuestos a pagar por productos a menos que un gran número de otros consumidores hayan comprado o vayan a comprar productos idénticos o compatibles.

Por ello, aún si la facilidad esencial no es un monopolio natural, es posible que existan altas barreras a la entrada que sean prohibitivas, las cuales hagan imposible la duplicación de la facilidad en condiciones razonables.

**iii) *El acceso a la facilidad esencial por parte de terceros es necesario para mantener la competencia***

La doctrina de las facilidades esenciales puede ser aplicada sólo si la negativa de acceso a la facilidad hace que la firma propietaria de la facilidad esencial evite la competencia en el mercado aguas abajo. En esta premisa se debe realizar una distinción entre facilidades que son necesarias para la competencia y aquellas que son sólo propiedad de una firma dominante. Solo si la facilidad cae en la primera categoría, el ordenamiento del acceso sirve para proteger el proceso de competencia.

En otras palabras, estamos ante una facilidad esencial cuando: (1) es provista en condiciones monopolísticas, (2) es imposible de replicar en condiciones razonables; y (3) su acceso es necesario para mantener la competencia aguas abajo.

En aquellas situaciones en las que se verifiquen las tres características anteriormente mencionadas, la doctrina de la facilidad esencial define las condiciones bajo las cuales la empresa dominante está obligada a ofertar bienes o servicios en un mercado a sus competidores / proveedores / clientes en el otro mercado. Esta obligación adopta la forma de proveer acceso a su infraestructura sobre una base no indebidamente discriminatoria.

---

## Cuadro 6: Costa Rica (2007) Negativa a suministrar acceso a postiería<sup>72</sup>

---

COPROCOM sancionó a la Cooperativa de Electrificación Rural de San Carlos R.L. (COOPELESCA) por negarle a TELEVISORA DE COSTA RICA S.A. (CABLE TICA) el alquiler de la postiería de su propiedad para prestar el servicio de Internet de banda ancha vía cable módem, a pesar de que en virtud de un contrato anterior le venía ya alquilando la misma postiería para instalar líneas de transmisión de televisión por cable.

En su decisión, COPROCOM consideró que la postiería constituía una facilidad esencial para poder operar en ese mercado, y que COOPELESCA no proporcionó ninguna justificación válida para negar el acceso a la misma. La situación se agravó por el hecho que COOPELESCA había ya mostrado interés en participar de ese mercado proporcionando servicios de internet, lo cual la colocaba en una posición de competidor potencial de CABLE TICA, y confirmó el objeto anticompetitivo de la conducta.

A pesar de tratarse de un mercado relacionado con las telecomunicaciones, a la fecha en que se presentó este caso no se emitía aún la Ley 8642, razón por la cual el caso fue conocido por COPROCOM, y la conducta fue sancionada conforme a la Ley 7472.

---

## México (2011). Negativa a suministrar servicio<sup>73</sup>

---

La Comisión Federal de Competencia (CFC) resolvió sancionar a Telmex con una multa de 6.9 millones de dólares por la comisión de una práctica relativa monopólica que consistió 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. En este mercado Telmex tenía poder sustancial y su conducta tuvo por objeto y efecto impedir el acceso a otro agente económico al mercado.

---

72 COPROCOM. *Artículo quinto del acta de la Sesión ordinaria número 32- 2007, celebrada a las 17.30 horas del 11 de diciembre de 2007.*

73 DE-039-2007. Comisión Federal de Competencia de Méjico. *También puede consultarse Cave, M., Avgousti, A. & Foster, A. (2013). Fortalecimiento de la Política de Competencia en los Países de América Latina: Aplicación de la Ley de Competencia en el Sector de las telecomunicaciones.* Centro Regional de Competencia para América Latina. Londres, Reino Unido. Julio, 2013, pág. 77.

---

---

## 3 Subsidios cruzados

Esta práctica se tipifica en el inciso c) del artículo 54 de la Ley 8642, relacionado con el artículo 10 del Reglamento. Para los efectos de estos artículos, se configura esta práctica cuando se utilizan los ingresos provenientes del ofrecimiento de bienes o servicios de telecomunicaciones que no estén sujetos a competencia efectiva, para subsidiar el precio de cualquier servicio de telecomunicaciones, equipo o instalación que sí está sujeto a competencia efectiva, de manera tal que se restrinja o se pueda restringir injustificadamente la competencia en el mercado de telecomunicaciones.

En otras palabras, mediante los subsidios cruzados la empresa dominante financia las pérdidas de un servicio con los ingresos generados por otro u otros, para poder darle sostenibilidad y contenido financiero a sus precios artificialmente bajos.

A diferencia de los precios predatorios (que son analizados más adelante en este documento), la práctica de subsidios cruzados puede presentarse por largos períodos sin que la empresa tenga que incurrir en pérdidas. Es por esta razón que esta práctica es más común que la de los precios predatorios.

Esta práctica suele aparecer en mercados en los cuales coexisten segmentos regulados con segmentos desregulados, entre ellos en el de telecomunicaciones. Un operador que opera simultáneamente en un mercado regulado (en el que tiene poder sustancial) y otro desregulado (en el que enfrenta competencia), puede “subsidiar” el mercado desregulado con beneficios provenientes del mercado regulado y así distorsionar el proceso de competencia en el mercado desregulado. Por ejemplo, puede darse el caso en el que una empresa que tiene posición de dominio en el mercado de telefonía fija subsidie el precio de internet o de los servicios por TV paga. Este tipo de conductas dificulta la entrada de nuevos operadores o desplazar a operadores ya establecidos.

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



---

La práctica de subsidios cruzados no necesariamente implica que la empresa cobre un precio con el cual no puede cubrir sus costos en el mercado relevante que recibe el subsidio. De esta manera, la práctica podría ser sancionada incluso en el supuesto que la empresa que recibe el subsidio pudiera operar cubriendo sus costos sin necesidad de recibir el subsidio, siempre y cuando la práctica pueda generar potenciales efectos contra los usuarios o consumidores<sup>74</sup>.

## 4 Exclusividad

Los acuerdos exclusivos se regulan en el inciso d) del artículo 54 de la Ley 8642, y el artículo 11 del Reglamento. Esta práctica se configura con la fijación, la imposición o el establecimiento de la compra, venta o distribución exclusiva de servicios de telecomunicaciones, por razón del sujeto, la situación geográfica o por períodos de tiempo determinados, incluyendo la división, la distribución o la asignación de clientes o proveedores, entre operadores o proveedores.

Una empresa dominante puede intentar excluir a sus competidores mediante obligaciones de compra exclusiva o descuentos a sus clientes, denominados acuerdos exclusivos, que impidan a otros competidores venderles<sup>75</sup>.

Una obligación de compra exclusiva obliga a un cliente a comprar exclusivamente, o en gran parte, únicamente a la empresa dominante. Un acuerdo de compra exclusiva se caracteriza generalmente por una obligación total o parcial de compra que adquiere el comprador a cambio de algún tipo de compensación.

Las exclusividades también pueden alcanzarse por medios indirectos, tales como por vía de descuentos e incentivos, acuerdos de compra mínima, y otros. Por ello, algunas autoridades de competencia, como la de la Unión Europea, equiparan con la exclusividad los acuerdos o esquemas comerciales que comprometen el 80% o más de las necesidades de un cliente<sup>76</sup>.

El hecho de que para el consumidor individual sea beneficioso aceptar la exclusividad no implica necesariamente que el acuerdo de exclusividad sea positivo para el

---

74 OSIPTEL. *Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Libre Competencia en el Ámbito de las Telecomunicaciones*. 2014. pág 16.

75 Banco Mundial. *Manual de Reglamentación de las Telecomunicaciones*. 2000. Capítulo, 5.

76 Comisión Europea. *Directrices Relativas a Las Restricciones Verticales*, SEC(2010) 411., par, 129.



---

bienestar del consumidor en general<sup>77</sup>. El análisis de la SUTEL se centrará en aquellos acuerdos que excluyan del mercado a empresas competidoras o que impidan la entrada de nuevas empresas en el mercado.

Las obligaciones de compra exclusiva pueden dar lugar a un cierre anticompetitivo del mercado sobre todo mediante la reducción de la competencia potencial. Según lo ha resuelto COPROCOM, entre los principales efectos anticompetitivos de esta conducta se incluyen: *“el efecto de exclusión de otros proveedores, reducir la competencia intermarca, impedir economías de escala, mayores costos de transacción para los consumidores, dado que les llevaría más tiempo la búsqueda de sus productos preferidos. Aunado a lo anterior, en los casos en que existe un alto grado de poder sustancial en el agente que impone la restricción, los efectos negativos sobre la competencia son mayores y por ende está prohibida.”*<sup>78</sup>

En sentido similar, la autoridad de competencia de la Unión Europea ha señalado que *“Los posibles riesgos de competencia de la marca única residen en la exclusión de los proveedores competidores y potenciales, el debilitamiento de la competencia y la propiciación de la colusión entre proveedores en caso de uso acumulativo y, cuando el comprador sea un minorista que venda a los consumidores finales, una pérdida de competencia intermarca dentro de los comercios. Dichos efectos restrictivos tienen consecuencias directas para la competencia intermarca”*<sup>79</sup>.

El análisis de los efectos de las exclusividades debe centrarse en el acceso al mercado. La COPROCOM ha indicado *que los contratos de este tipo pueden ser una práctica prohibida solamente si se cierra prácticamente el acceso a canales de distribución o de producción a otros competidores*<sup>80</sup>. Es decir, son anticompetitivos solamente cuando puedan *“eliminar o restringir una porción del mercado tan significativa que otros competidores en la práctica no puedan competir eficientemente”*<sup>81</sup>. Así coincide también la tendencia más aceptada internacionalmente, según la cual:

*“El Derecho de la Competencia no pretende remediar cualquier “afectación remota” de la competencia. Por ello, un acuerdo de exclusividad no es ilegal a menos que limite la competencia en una “porción significativa” del mercado. Un acuerdo exclusivo normalmente no puede tener un efecto anticompetitivo salvo que las oportunidades*

---

77 Petrecolli, D. *Manual para Investigar Conductas Anticompetitivas*. Ministerio de Economía y Finanzas. República Oriental del Uruguay, 2004. pág 18.

78 Voto 03-2011 de 15-03-11.

79 Comisión Europea. *Directrices Relativas a Las Restricciones Verticales*, SEC(2010) 411, párr. 130.

80 COPROCOM. *Voto 03-2011 de 15 de marzo del 2011*.

81 COPROCOM. *Sesión Ordinaria Número 15-97 del 06 de mayo de 1997*.

---

de otros competidores para entrar o mantenerse en el mercado se limiten de forma significativa”<sup>82</sup>.

En este análisis de la afectación del acceso al mercado se valoran varios elementos, entre los cuales los dos más importantes son la cobertura del mercado afectado y la duración del acuerdo<sup>83</sup>. Por ello, cuando los contratos cubren una porción reducida del mercado, o cuando el cliente puede fácilmente rescindir el contrato y cambiar de proveedor, se considera que el contrato no perjudica la competencia, y por lo tanto no está prohibido<sup>84</sup>.

En cuanto a la cobertura del mercado, los contratos exclusivos que se consideran anti-competitivos son aquellos que abarcan una cantidad suficiente de clientes de forma tal que efectivamente se impida la entrada (o la expansión) de competidores a los distintos canales de comercialización mercado<sup>85</sup>. Por ende, cuanto mayor sea el porcentaje de clientes cautivos, menor la capacidad de producción disponible mayor será la probabilidad de que un acuerdo de compra exclusiva tenga un efecto excluyente sobre el mercado.

A modo de referencia, en algunas jurisdicciones se ha señalado que un cierre del mercado inferior al 30% normalmente no tiene efectos anticompetitivos (salvo que se presenten circunstancias especiales). Ese porcentaje de mercado es usado por la Unión Europea y los Estados Unidos como umbral de presunción de licitud de relaciones exclusivas en el mercado<sup>86</sup>. En otros países, la mayoría de sanciones por esta conducta se han dado cuando la afectación es menor al 50% del mercado<sup>87</sup>, y según parte de la doctrina, la afectación debe ser en el orden del 65% o 75%<sup>88</sup> para que se considere que se está impidiendo la entrada de competidores al mercado.

Estos porcentajes, sin embargo, deben ser considerados con cautela, ya que los mismos se han establecido para mercados de productos transables en general, y en mercados como los de las telecomunicaciones, que tienen altas barreras de entrada, el impacto de los acuerdos en exclusiva puede ser mayor. El impacto de los acuerdos exclusivos es también mayor en casos en los que el poder de mercado de la empresa investigada es sumamente alto (y alcanza lo que algunos llaman “super dominancia”). Bajo este principio, la COPROCOM sancionó en una ocasión una estrategia de

---

82 ABA Section of Antitrust Law. *Antitrust Law And Economics Of Product Distribution*. 2006., pág. 267.

83 Comisión Europea. *Directrices Relativas a Las Restricciones Verticales*, SEC(2010) 411, párr. 49.

84 ABA Section of Antitrust Law, *Antitrust Law and Economics of Product Distribution*, 2006. pág. 267.

85 *Ibíd.* pág. 130.

86 Comisión Federal de Competencia de México. *Resolución del 27 de junio de 2013 dentro del expediente N° DE-012-2010*, pág., 75.

87 International Competition Network (ICN). *Report on Single Branding/Exclusive Dealing*, Abril, 2008, pág. 17.

88 Conrath, C. Guía Práctica para la Ejecución de la Ley Antimonopolio para una Economía en Transición, Sección 6—25 y 6-26.

---

contratos de exclusividad sin necesidad de valorar la extensión de los mismos, ya que la empresa sancionada tenía una muy alta participación de mercado<sup>89</sup>.

En lo que respecta a la duración del acuerdo, en la Unión Europea se ha considerado generalmente que acuerdos menores a un año difícilmente darán lugar a efectos anti-competitivos, los acuerdos entre uno y cinco años se valoran caso a caso, y los de una duración superior a los cinco años se presumen anticompetitivos<sup>90</sup>.

Otros elementos comúnmente considerados en el análisis de las exclusividades son: a) Qué tan comunes son los contratos en el mercado, es decir, la proporción del mercado disponible para competidores, donde entre más comunes sean los acuerdos de exclusividad mayor será el impacto de cada acuerdo específico; b) La posición en el mercado del proveedor y de sus competidores; c) las eficiencias legítimas causadas por el acuerdo; d) Las barreras de entrada al mercado; e) El poder de compensación de los compradores; y f) El “nivel de comercio” en que se realiza la conducta (hay menor riesgo de exclusión en productos intermedios que en productos finales).

## 5 Imposición de precio o condiciones

Según el artículo 12 del Reglamento, para efectos del inciso e) del artículo 54 de la Ley 8642, se configura esta práctica con la imposición de precio o las demás condiciones que debe observar un operador o proveedor, al vender, distribuir o prestar servicios, de manera tal que resulte o pueda resultar en una restricción injustificada a la competencia.

La imposición de precios de reventa se da en los casos en que un operador o proveedor impone a otro los precios y/o condiciones a los que este otro debe ofrecer los servicios a terceros. Es decir, lo que se prohíbe es imponer las condiciones de reventa de un producto o servicio en etapas anteriores o posteriores de comercialización, y no el establecer los precios de – por ejemplo – una negociación en la que participa el propio agente económico.

Esta conducta incluye la fijación de los precios mínimos, fijos o máximos (aunque estos últimos normalmente se ven con más benevolencia), también mediante la fijación

---

89 COPROCOM. *Artículo sexto de la Sesión Ordinaria número 19-04 del 25 de mayo de 2004.*

90 Comisión Europea. *Directrices Relativas a las Restricciones Verticales*, SEC(2010) 411, párr. 133.

---

de márgenes o porcentajes de comercialización. Igualmente, una modalidad de esta conducta ocurre al imponerse alguna otra condición relevante distinta del precio.

La imposición de precios o condiciones de reventa puede darse tanto por medio de coerciones unilaterales como vía contrato. Lo que define la *conducta* es si se trata de una condición de acatamiento obligatorio o no por parte del agente económico que revende el bien o servicio. Es decir, si éste *último* tiene o no libertad de determinar los precios a los que vende los bienes o servicios en el mercado.

Por ello, generalmente los precios sugeridos se consideran como permisibles siempre y cuando se trate de una sugerencia real y su acatamiento no sea obligatorio. Algunas formas sutiles de coerción pueden en ocasiones considerarse también como una modalidad de imposición. Algunos ejemplos de esta coerción sutil lo es, por ejemplo, el anuncio masivo por parte de un mayorista del precio sugerido para la venta al detalle (ya que induce al consumidor a exigir ese precio). Asimismo, son sospechosas las estrategias comerciales mediante las cuales se otorga un incentivo a los comerciantes que acaten la lista de precios sugeridos.

Generalmente sí se admite la determinación del precio por parte del proveedor en los casos en que éste asume gran parte de los riesgos del negocio (más allá de la pérdida de ventas si el precio no es competitivo). Un ejemplo típico de esto son las ventas por consignación o los contratos de agencia.

Este tipo de restricciones tienen efectos nocivos sobre la competencia si son utilizados como medio para facilitar que un cartel funcione o para evitar la entrada de nuevos competidores<sup>91</sup>. Asimismo, el mantenimiento del precio o condiciones de reventa también socava el incentivo para que un proveedor recorte su precio a sus intermediarios, pues el precio de reventa fijo neutralizará cualquier eventual beneficio provocado por mayores ventas. De forma más general, esta conducta puede relajar la competencia tanto entre mayoristas como minoristas, y el de tender a una uniformidad de precios en perjuicio del consumidor<sup>92</sup>.

Por otro lado, esta conducta también puede ocasionar algunos efectos pro-competitivos. Por ejemplo, puede facilitar la introducción de un nuevo producto en el mercado, promover economías de escala, aumentar la demanda global del producto, facilitar la organización de un sistema de franquicia, y otros<sup>93</sup>.

---

91 Petrecolla, D., *Manual para Investigar Conductas Anticompetitivas*. Ministerio de Economía y Finanzas. República Oriental del Uruguay, 2004.

92 Comisión Europea. *Directrices Relativas a las Restricciones Verticales*, SEC(2010) 411, párr. 224

93 *Ibid.* párr. 225.

---

## Cuadro 7: Argentina (1999) Fijación vertical de precios en el mercado de cable<sup>94</sup>.

Denunciados: Tele Red Imagen S.A. (TRISA), Televisión Satelital Codificada S.A. (TSCSA), Video Cable Comunicación S.A. (VCC), Multicanal S.A. y Cablevisión TCI S.A.

Mercado: Transmisión televisiva en vivo, para Capital Federal y Gran Buenos Aires, de los partidos del viernes y del domingo correspondientes al Torneo de Primera División organizado por la Asociación de Fútbol Argentino (AFA).

La empresa Torneos y Competencias celebró un contrato con la AFA, en virtud del cual le fue otorgada la exclusividad en la explotación de la transmisión televisiva de todos los partidos de fútbol organizados por dicha asociación hasta el año 2010, con la posibilidad de extenderla hasta el 2014. A su vez Torneos y Competencias explotaba estos derechos a través de TRISA y TSCSA. Tanto VCC como Multicanal S.A. y Cablevisión TCI S.A. transmitieron durante el período investigado, en el área de Capital Federal y Gran Buenos Aires, los partidos en vivo del viernes y del domingo por el sistema codificado de televisión por cable. Las empresas TRISA y TSCSA, titulares exclusivas de los derechos de transmisión de los eventos referidos, procedieron durante el período investigado, años 1996, 1997 y 1998, a fijar precios mínimos a los cuales las empresas operadoras de cable VCC, Cablevisión TCI S.A. y Multicanal S.A. ofrecerían a sus abonados del área de Capital Federal y Gran Buenos Aires los partidos en cuestión, transmitidos por el sistema codificado.

La existencia de una fijación vertical de precios fue reconocida por las mismas empresas imputadas y la CNDC comprobó a través de una auditoría que los precios mínimos establecidos fueron respetados durante el período investigado. En el presente caso no se verificaba lo que en la jurisprudencia comparada y en la literatura especializada se conoce como “excepción de consignación”, aplicable a aquellas situaciones en las que quien comercializa el producto no asume riesgo. En efecto, las empresas operadoras de cable asumieron plenamente el riesgo directo asociado a la comercialización del fútbol codificado puesto que –independientemente de lo que recaudaran por su venta – debían abonar a TRISA y TSCSA sumas fijas previamente convenidas, ya sea sobre la base de los abonados totales al sistema de cable (1996) o sobre valores plaza representativos del potencial del sistema de cable en cada zona (1997 en adelante). La participación de las empresas denunciadas podía desdoblarse en dos aspectos: por un lado TRISA y TSC impulsaron la fijación de los precios mínimos de reventa a ser cobrados por los operadores de cable; por otro lado, los operadores participaron en la conducta imputada al reunirse y aceptar, en forma conjunta, condiciones de reventa para el fútbol codificado.

La mencionada conducta constituyó una violación de la Ley de Defensa de la Competencia Argentina (Ley 22.262 de 1980), ya que la fijación de precios mínimos limitó y restringió la competencia existente entre los operadores de cable para la provisión de los partidos de fútbol transmitidos por el sistema codificado. Puesto que TRISA y TSCSA fijaban con las operadoras de cable un precio mínimo, por debajo del cual éstas se comprometían a no comercializar el fútbol codificado, esto condujo a que se mantuvieran precios finales artificialmente elevados que perjudicaron a los consumidores. A su vez, no se hallaban presentes elementos de eficiencia, tales como el de evitar el “free riding”, la certificación de calidad y el mantenimiento de la imagen de marca, que hubieran podido hacer justificable la práctica. Más aún, y debido a la importancia que el fútbol reviste en el servicio de televisión por cable, su eliminación como elemento competitivo restringió la competencia existente en la provisión de este último servicio.

---

94 Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de Argentina, 2002. Dictamen No. 353. Disponible en: [http://www2.mecon.gov.ar/cndc/archivos\\_d/353.pdf](http://www2.mecon.gov.ar/cndc/archivos_d/353.pdf).

---

## 6 Ventas atadas

Las ventas atadas se tipifican en el inciso f) del artículo 54 de la Ley 8642, y el artículo 13 del Reglamento. Según éste último, se configura esta práctica con la venta o la transacción condicionada a comprar, adquirir, vender o proporcionar otro bien o servicio adicional, normalmente distinto o distinguible o sobre la reciprocidad.

Una empresa con poder sustancial puede intentar excluir a sus competidores mediante la vinculación o la venta por paquetes de dos o más bienes y/o servicios. La “vinculación” de productos implica la obligación a los clientes que compran un producto (el producto vinculante) a comprar también otro producto de la empresa dominante (el producto vinculado). La vinculación puede ser de carácter técnico o contractual. La “venta por paquetes” de productos implica la obligación de comprar dos o más productos conjuntamente o que la compra conjunta de dos o más productos resulte más ventajosa que la compra de los productos por separado. La venta por paquetes pura implica que los productos sólo se venden conjuntamente en proporciones fijas. La venta por paquetes mixta implica que el precio de los productos cuando se venden conjuntamente es más ventajoso que si los productos se adquirieran separadamente<sup>95</sup>. Se incluye también dentro de esta práctica la imposición de condiciones que por su naturaleza no guarden relación con el bien o servicio ofrecido.

La vinculación y la venta por paquetes son prácticas comunes que pretenden suministrar a los consumidores productos u ofertas mejores de forma más rentable o que simplemente facilitan la integración técnica de los mismos. En ocasiones las mismas tienen efectos beneficiosos para los consumidores.

Sin embargo, una empresa con poder en un mercado de producto (o en varios) vinculante o vendido por paquetes (denominado el mercado vinculante) puede perjudicar a los consumidores mediante la vinculación o la venta por paquetes al tratar de apalancar su poder cerrando otros mercados (denominado el mercado vinculado)<sup>96</sup>. Esta conducta puede utilizarse también para evadir regulaciones de precios (la empresa vende un producto “A” que tiene el precio regulado pero para poder evadir la regulación lo vende solamente en paquete con el producto “B” que no está regulado, y fija libremente un precio conjunto por el paquete “AB”).

---

<sup>95</sup> Banco Mundial. *Manual de Reglamentación de las Telecomunicaciones*, 2000. Capítulo 5.

<sup>96</sup> Petrecolla, D. *Manual para Investigar Conductas Anticompetitivas*. Ministerio de Economía y Finanzas. República Oriental del Uruguay, 2004.



---

Una forma indirecta en que puede también darse esta conducta es en aquellos casos que los dos productos están disponibles individualmente para quien los desee, pero se ofrecen juntos con un descuento sustancial. En estos casos, si estamos o no ante una venta atada dependerá de si el descuento es de tal magnitud que la compra conjunta es la única opción económicamente razonable, es decir, si la compra de los productos de forma individual carece de sentido comercial. En estos casos se entiende que la intención es vender los productos de forma atada o conjunta.

La sanción de la vinculación o la venta por paquetes requerirá que la empresa sea dominante en el mercado vinculante y que se cumplan las siguientes condiciones: i) los productos vinculantes y vinculados son productos distintos, es decir, existe una demanda para estos productos si se venden de forma separada (y existe suficiente demanda para el supuesto producto “atado”<sup>97</sup>); y ii) es probable que la vinculación dé lugar a un cierre anticompetitivo del mercado.

Por ejemplo, OSIPTEL (2014) considera como casos de empaquetamiento indebido de servicios públicos de telecomunicaciones que pueden distorsionar la competencia, entre otros, los siguientes:

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

En relación con esta práctica, se sugiere tomar en cuenta, entre otros, los siguientes elementos:

- Que se está en presencia de bienes o servicios separados o separables, ya sea por pertenecer a mercados distintos, por diferenciación de marca, o por cualquier otra razón.

---

97 International Competition Network (ICN). Unilateral Conduct Working Group. *Report on Tying and Bundled Discounting*. Presented at the 8th Annual Conference of the ICN. Zurich, Switzerland. June, 2009. pág., 3-4. Disponible en: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc356.pdf>

- 
- Que el bien o servicio atado no es una parte, elemento o componente necesario que pueda integrarse al bien o servicio principal para formar una sola unidad.
  - Que uno de los bienes o servicios (atado) no puede ser adquirido a menos que se adquiera otro bien o servicio (principal), sin que los mismos sean ofrecidos de forma independiente en condiciones económicas razonables.

Las ventas atadas o vinculadas pueden tener como efecto anticompetitivo el reforzar el poder de mercado elevando los costos de entrada, ya que un eventual nuevo competidor deberá entrar en todos los mercados vinculados para poder competir. Otra forma en la que se puede reforzar el poder de mercado se debe a que si una firma monopólica maximiza su beneficio afectará negativamente la demanda de los bienes complementarios a los que produce.

Asimismo, si existe un producto que es utilizado en conjunto con otro y los consumidores utilizan mucho este último, entonces la venta atada puede ser un mecanismo para discriminar precios y aumentar los beneficios conjuntos.

Entre los posibles efectos pro-competitivos se encuentra la posibilidad de generar eficiencias debido a la producción o distribución conjuntas, así como el facilitar economías de escala.

## 7 Ventas sujetas a condición negativa

Para efectos del inciso g) del artículo 54 de la Ley 8642, y conforme al artículo 14 del Reglamento, se configura esta práctica con la venta, la transacción o el otorgamiento de descuentos o beneficios sujetos a la condición de no usar, adquirir, vender ni proporcionar los bienes o servicios disponibles y normalmente ofrecidos a terceros.

En términos generales, el análisis de la venta sujeta a condición negativa es similar al de las ventas atadas, salvo que en este caso la condición es la de no adquirir otro producto. Aún así, existen modalidades especiales de esta conducta

Una forma indirecta de realizar esta conducta es mediante los descuentos condicionales. Estos son descuentos que se conceden a los clientes que cumplan con determinadas pautas de conducta de compra. Por ejemplo, descuentos que se aplican a partir de cierto volumen de compra o que dependen del volumen de compras acumulado



---

en el pasado. Estos descuentos pueden aplicarse sobre toda la cantidad vendida (descuentos retroactivos) o sobre aquellas compras que superan un umbral determinado (descuentos incrementales). Los descuentos condicionales pueden tener un efecto expansivo sobre la demanda y permitir a las empresas alcanzar ciertas economías de escala con el consiguiente beneficio para el consumidor. Por otra parte, estos descuentos cuando son aplicados por empresas dominantes pueden tener un efecto excluyente similar a los acuerdos de compra exclusiva<sup>98</sup>.

Es más probable que se produzca un cierre anticompetitivo del mercado cuando los competidores no pueden competir en igualdad de condiciones por toda la demanda de cada cliente. Un descuento condicional concedido por una empresa dominante puede permitirle utilizar la parte “no contestable” de la demanda de cada cliente (es decir, la cantidad que el cliente compraría en todo caso a la empresa dominante) como instrumento para disminuir el precio que debe pagarse por la porción “contestable” de la demanda (es decir, la cantidad que el cliente podría optar por sustituir o adquirir de otro competidor)<sup>99</sup>.

Los descuentos retroactivos tienen en general un mayor carácter excluyente que los descuentos incrementales ya que afectan normalmente a una mayor cantidad de compras. En todo caso el efecto dependerá del porcentaje de descuento aplicado y de la estructura del mismo y habrá que analizarlo caso por caso. Cuanto mayor sea el descuento en porcentaje del precio total y cuanto más elevado sea el umbral, mayor será el estímulo por debajo del umbral y, por lo tanto, más fuerte será la probable exclusión de competidores reales o potenciales.

La SUTEL estudiará si el sistema de descuento puede obstaculizar la expansión o la entrada de competidores con igual grado de eficiencia. Para ello, calculará el precio que tendría que ofrecer un competidor para compensar al cliente por la pérdida del descuento condicional si este último retirase parte de su demanda (la “gama de referencia”) a la empresa dominante. El precio efectivo que el competidor tendría que igualar será el precio de catálogo menos el descuento que perdería si cambiara de suministrador, calculado sobre la gama de referencia de las ventas y durante el período de referencia, tal y como se definen en los siguientes párrafos.

La gama de referencia para el cálculo del precio efectivo en un determinado caso depende de las circunstancias concretas de cada asunto y de si el descuento es incremental o retroactivo. Para los descuentos incrementales, la gama de referencia suele corresponder a las compras incrementales a las que aplica el descuento. Para los

---

98 Ver Motta, M., *Competition Policy Theory and Practice*. Cambridge University Press, 2004.

99 Banco Mundial, *Manual de Reglamentación de las Telecomunicaciones*, 2000. Capítulo 5.

---

descuentos retroactivos se evaluará en el contexto específico del mercado la cantidad de las necesidades de compra de un cliente que puede desviarse de forma realista a un competidor (la “parte contestable”). Si es probable que los clientes estén dispuestos y sean capaces de cambiar grandes cantidades de demanda a un competidor (potencial) con relativa rapidez, es probable que la gama de referencia sea relativamente amplia. Si por el contrario es probable que los clientes sólo quieran o puedan cambiar pequeñas cantidades, entonces la gama de referencia será relativamente pequeña. Para los competidores existentes, su capacidad de expandir las ventas a clientes y las fluctuaciones de dichas ventas a cierto plazo también pueden ofrecer una indicación de la gama de referencia. Para los competidores potenciales podrá evaluarse, cuando sea posible, a qué escala podría entrar, siendo realista, un nuevo operador<sup>100</sup>

Cuanto menor sea el precio efectivo calculado sobre la gama de referencia en comparación con el precio medio del proveedor con poder de mercado, mayor será el efecto de fidelización. Sin embargo, mientras el precio efectivo se mantenga regularmente por encima del costo incremental medio a largo plazo (“LRAIC” por sus siglas en inglés) de la empresa con poder de mercado, un competidor con igual grado de eficiencia podrá normalmente competir de forma rentable a pesar del descuento. En estas circunstancias el descuento no producirá un cierre anticompetitivo<sup>101</sup>.

Cuando el precio efectivo es inferior al costo medio evitable (AAC por sus siglas en inglés), por lo general el sistema de descuento puede producir un cierre incluso para los competidores eficientes. Cuando el precio efectivo esté entre el AAC y el LRAIC, la SUTEL investigará si otros factores llevan a concluir que es probable que la entrada o la expansión de competidores con igual grado de eficiencia se vea afectada. En este contexto, la SUTEL investigará si los competidores disponen de contra-estrategias realistas y eficaces y el alcance de éstas, por ejemplo la capacidad de aquéllos para utilizar también una parte rígida de la demanda de su comprador como instrumento para disminuir el precio de la gama de referencia. Cuando los competidores no dispongan de estas contra-estrategias, la SUTEL considerará que el sistema de descuento puede producir un cierre para los competidores con igual grado de eficiencia<sup>102</sup>.

---

100 Comunicación de la Comisión – Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes. Diario Oficial de la Unión Europea, C 45/7, 24.02.2009

101 Idem

102 El costo medio evitable (AAC) es la media de los costos que podrían haberse evitado si la empresa no hubiera fabricado una cantidad pequeña de producción (adicional). En general, el AAC y el costo variable medio (AVC) coincidirán, pues a menudo solamente pueden evitarse los costes variables. El costo incremental medio a largo plazo (LRAIC) es la media de todos los costos (variables y fijos) en que incurre una empresa para fabricar un determinado producto. El LRAIC y el costo medio total (ATC) son sustitutos adecuados, y son iguales en el caso de empresas monoproducción. Si las empresas son multiproducción y tienen economías de alcance, el LRAIC será inferior al ATC para cada producto individual, pues los costos comunes no se tienen en cuenta en el LRAIC. En el caso de los productos múltiples, los costos que se podrían haber evitado no fabricando un determinado producto o gama no se consideran costes comunes. Cuando los costes comunes son

---

## 8 Ejercer presión

La práctica tipificada en el inciso h) del artículo 54 de la Ley 8642 (y desarrollada en el artículo 15 del Reglamento) es la única práctica monopolística relativa que no puede cometerse de forma unilateral. Para ello, se requiere de la concertación entre varios operadores o proveedores o la invitación a ellos para ejercer presión contra algún usuario, operador o proveedor, con el propósito de disuadirlo de una conducta determinada, aplicar represalias u obligarlo a actuar en un sentido específico.

El análisis de tipicidad de esta conducta debe analizarse como una práctica monopolística absoluta en el tanto requiere una acción concertada entre varios operadores o proveedores (aunque en este caso no necesariamente competidores entre sí). A ella, se le deben agregar los elementos adicionales del tipo sancionador, es decir, la existencia de poder de mercado, y el efecto anticompetitivo neto.

---

significativos, es posible que haya que tenerlos en cuenta al evaluar la capacidad de excluir a competidores con igual grado de eficiencia. Ver Banco Mundial, Manual de Reglamentación de las Telecomunicaciones (2000). Apéndice B.

---

## Cuadro 8: Chile (2007). Investigación contra compañías de telefonía móvil incumbentes que impiden la entrada de MVNOs<sup>103</sup>

---

SUBTEL (La Subsecretaría de Telecomunicaciones) denunció ante la Fiscalía Nacional Económica (FNE), 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). La FNE denunció 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 para que los MVNOs pudieran ofrecer sus servicios para la reventa, restringiendo de esta forma la competencia en el mercado.

EL TDLC encontró 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 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 y ordenó a SUBTEL (la autoridad reguladora) que se asegurase 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 posición dominante, y sistemáticamente le negaron el acceso a las instalaciones de infraestructura a los MVNOs para evitar que operen como proveedores de servicios móviles. El 23 de diciembre de 2011, la Corte Suprema de Justicia 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. Finalmente la Corte ordenó que pagaran una multa de US\$ 2.7 millones, que 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 y que respondieran adecuadamente a las solicitudes de los operadores de redes virtuales móviles.

---

103 Decisión de la Corte Suprema 104\_2011. Este caso es analizado en Cave, M., Avgousti, A. & Foster, A. (2013). *Fortalecimiento de la Política de Competencia en los Países de América Latina: Aplicación de la Ley de Competencia en el Sector de las Telecomunicaciones*. Centro Regional de Competencia para América Latina. Londres, Reino Unido. Julio, 2013.

---

## 9 Precios o condiciones predatorias

Los precios predatorios están tipificados en el inciso i) del artículo 54 de la Ley 8642 y en el artículo 16 del Reglamento. Esta práctica nace de la prestación de servicios a precios o en condiciones predatorias.

Los precios predatorios son 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 predatora 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<sup>104</sup>.

Esta práctica implica una pérdida deliberada para la empresa dominante durante un periodo de tiempo (fase de “sacrificio”) con el objeto de excluir a sus competidores reales o potenciales del mercado, reforzando en el largo plazo su poder de mercado y perjudicando de esta forma a los consumidores. Una conducta predatoria supondrá por tanto la existencia de una fase de sacrificio y una fase de probable recuperación de las pérdidas incurridas, una vez se haya reducido la competencia en el mercado. El análisis del carácter predatorio de una conducta deberá incluir la verificación y caracterización de la fase de sacrificio en la que los precios están por debajo del estándar de precios relevante y la evaluación de la factibilidad de la fase de recuperación.

La fase de sacrificio será aquella en la que la empresa dominante aplica un precio a su producto inferior al estándar de coste relevante durante un periodo de tiempo de referencia incurriendo en pérdidas que no tienen otra justificación que la exclusión de competidores del mercado.

Esta conducta es exitosa solamente en aquellos casos en que el mercado tiene las condiciones que permitirían al depredador aumentar sus precios una vez que desplazó a la competencia del mercado en la fase de recuperación sin arriesgar la entrada de un nuevo competidor. Por ello, la práctica se valora bajo el conocido “análisis de las dos etapas”, según el cual se analiza si el mercado tiene las condiciones para que la práctica sea viable, y solo en caso afirmativo se pasa a evaluar la conducta del agente económico para determinar si comete la práctica. Al respecto, señala COPROCOM:

---

104 Ver Joskow y Klervorick. *A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy*, Faculty Scholarship Series Paper 1305. Yale Law School, 1979; OECD, *Predatory Pricing*, 1989; Banco Mundial. *Manual de Reglamentación de las Telecomunicaciones*, 2000.

---

*“La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico recomienda para la evaluación de los casos de depredación de precios la regla de dos etapas. Esta metodología es aplicada por las agencias de competencia de Estados Unidos, Canadá y México, entre otros. En Costa Rica ha sido aplicada dicha regla en el análisis de los expedientes 10-98, 49-97, 28-99, entre otros.*

*Mediante la regla de dos etapas primero se analiza el mercado relevante, el poder del presunto depredador, las barreras a la entrada, y se determina si el mercado se presta a la depredación. Si la estructura de mercado y las condiciones de entrada dificultaran que el presunto depredador abusara del poder de mercado en el período posterior a la depredación, la investigación debería darse por terminada, aún cuando hubiera daño para algunos competidores durante el período de los precios bajos.*

*Si la estructura de mercado permitiera la recuperación de los costos de la depredación se procedería a la segunda etapa que comprende un análisis extenso de la práctica, específicamente, de la relación precio-costo.”<sup>105</sup>*

Es importante considerar que las condiciones de mercado a las que hace referencia este principio usualmente se relacionan con altas barreras de entrada, las cuales están presentes con frecuencia en los mercados de telecomunicaciones (aunque esto no dispensa de la necesidad de hacer este análisis caso a caso).

Una vez realizado el análisis del mercado, procedería entonces valorar si el servicio se ofrece a precios o condiciones predatorias. Sobre el particular, la Ley 8642 y el Reglamento no contienen una definición de lo que debe entenderse como un precio “predatorio”, pero el consenso en la doctrina es que estos precios se relacionan con los costos de operación de la empresa, para diferenciarlos de los precios agresivos pero legítimos. En este sentido, se ha señalado que *“Eficiencia no es depredación de precios. Si una firma es más eficiente que otra, entonces tendrá la posibilidad de establecer precios por debajo de los costos de esa otra firma. Eventualmente, si no reaccionan, estos otros saldrán del mercado. Pero esto claramente no es depredación de precios. Más bien, es la esencia de la competencia”<sup>106</sup>.*

Sobre el particular, COPROCOM ha señalado<sup>107</sup>:

---

105 Acuerdo tomado en el artículo Sexto de la sesión 32-2005 de las 17:30 horas del 11 de octubre de 2005. En igual sentido, Artículo Sexto de la sesión 20-2009 de 7 de julio de 2009, Artículo Sexto de la sesión 35-2006 de 31 de octubre de 2006, y otros.

106 Conrath, C., *Practical Handbook of Antimonopoly Law Enforcement for an Economy in Transition*, 1993, pág. 6.9. (Original en inglés)

107 Ver entre otros: Voto 32-2005 del 11 de octubre de 2005.

---

*“En el análisis de la relación precio-costo no se aplica un límite único por debajo del cual el precio se considera predatorio, más bien se distinguen tres rangos de precios:*

*a. Los precios por arriba del costo medio total no deben considerarse predatorios, puesto que su prohibición tendería a proteger a productores ineficientes;*

*b. La fijación de precios entre el costo medio variable y el costo medio total, aunque no es sostenible en el largo plazo, podría ser económicamente sana en varias situaciones, por ejemplo, cuando hay un excedente de capacidad o cuando se trata de productos perecederos obsoletos. Asimismo, las propias presiones competitivas en un mercado pueden conducir a precios en este rango.*

*c. Aún los precios por debajo del costo medio variable podrían ser económicamente justificados.*

(...)

*En general, existe consenso en que los precios por arriba del costo medio total siempre se permiten, precios entre el costo medio variable y el medio total pueden ser predatorios en determinadas circunstancias y precios por debajo del costo medio variable son sospechosos, aunque igualmente son aceptables bajo algunas condiciones.”*

Específicamente para los mercados de telecomunicaciones, el Reglamento sobre el Régimen de Competencia señala que la SUTEL podrá considerar como indicios de existencia de una práctica predatoria, entre otros, los siguientes<sup>108</sup>:

- a)** Si el operador o proveedor vende un servicio de telecomunicaciones a un precio inferior a los Costos Incrementales Promedio de Largo Plazo (LRIC).
- b)** Si la venta del servicio ha provocado o podría provocar la salida del mercado de otros operadores o proveedores o impedir el ingreso al mercado de otros operadores o proveedores.
- c)** Si las barreras de entrada son significativas, de manera que el operador o proveedor que incurre en la conducta podría, después de provocar la salida o impedir la entrada de otros al mercado, imponer un aumento en los precios

---

<sup>108</sup> Ver Banco Mundial. *Manual de Reglamentación de las Telecomunicaciones*, 2000, Capítulo 5 y OSIPTEL. Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Libre Competencia en el Ámbito de las Telecomunicaciones, 2014.



---

suficiente para recuperar el monto total de la pérdida incurrida durante el periodo de los precios predatorios.

Los precios fijados por debajo de los costos variables promedio a menudo se presume que son predatorios ya que (salvo casos excepcionales) no tienen otra justificación económica que la de eliminar a la competencia<sup>109</sup>. Si los precios se fijan por debajo del costo total promedio, pero por encima de los costos medios variables, se deben analizar elementos adicionales que demuestren la intención de la empresa que realiza la conducta.

En particular, si una empresa dominante aplica un precio por debajo del costo medio evitable (AAC) a toda su producción o a una parte sustancial de la misma, no estará recuperando los costes de producción y estará incurriendo en pérdidas. En general, se considerará que los precios inferiores a los AAC son un indicio claro de sacrificio.

Toda evidencia complementaria que exprese la intención de la empresa de incurrir en pérdidas en el corto plazo con el fin de excluir a competidores o desincentivar la entrada de nuevos operadores podrá ser utilizada para evaluar la posible práctica anticompetitiva.

Para el análisis de la fase de sacrificio se analizará si un competidor con igual grado de eficiencia puede replicar la conducta del operador dominante sin incurrir en pérdidas.

Para el análisis de los efectos, se analizará si la conducta objeto de análisis reduce la probabilidad de que los rivales compitan así como de los mecanismos por los cuales se llevará a cabo esta reducción de la competencia. La probabilidad de que una conducta predatoria tenga éxito será mayor cuanto mayor sea la incertidumbre sobre los costes del operador dominante, cuanto menor sea la capacidad financiera de los competidores y cuanto más creíble sea la política de precios en el medio plazo.

No es necesario demostrar que los competidores han abandonado el mercado para demostrar que ha existido un cierre anticompetitivo del mismo. Es suficiente con demostrar el potencial de la práctica supuestamente predatoria para reducir el grado de competencia o impedir la entrada de nuevos competidores.

Las conductas predatorias no se extienden en general durante periodos largos de tiempo ya que la fase de sacrificio no será sostenible. Igualmente, es poco probable que una conducta predatoria afecte a una proporción grande del volumen de ventas de una empresa ya que resultaría poco realista recuperar las pérdidas en el futuro.

---

<sup>109</sup> OECD, *Predatory Pricing*, 1989.



---

## 10 Otras prácticas monopolísticas relativas

El inciso j) del artículo 54 de la Ley 8642, y el artículo 17 del Reglamento prohíben otras prácticas monopolísticas relativas distintas de las mencionadas en los artículos anteriores, cuando se trate de un acto deliberado que tenga como único fin procurar la salida de operadores o proveedores del mercado, o implique un obstáculo para su entrada.

En este punto, la Ley expresamente menciona que se debe estar ante un acto “deliberado”. Por ello, a diferencia de las demás prácticas monopolísticas relativas, no es suficiente la existencia de un objeto o efecto anticompetitivo, sino que estas conductas deben ser deliberadas, esto es, intencionales. Así se han pronunciado los Tribunales de Justicia con relación a una disposición similar contenida en la Ley 7472:

*“Debe tenerse presente que la práctica monopolística relativa que regula el artículo 12 inciso g) de la Ley 7472, y por la cual fue sancionada la cooperativa accionante consistió en la realización de actos deliberados que induzcan a la salida de competidores del mercado o eviten su entrada. Del texto de la causal, se extrae fácilmente que debe demostrarse que se realizó un acto deliberado, esto es intencional. Así las cosas, la intencionalidad constituye un presupuesto para poder acreditar la existencia de la práctica monopolística relativa”<sup>110</sup>.*

En igual sentido, COPROCOM ha señalado lo siguiente con relación a esa misma disposición de la Ley 7472:

*“la intencionalidad es un elemento que es requisito “sine qua non” para la existencia de la práctica monopolística prohibida por el artículo 12. g), el cual es muy claro a establecer como una práctica prohibida “En general, todo acto deliberado que induzca a la salida de competidores del mercado o evite su entrada”, vemos así que la letra de la ley es sumamente clara en su exigencia del elemento intencionalidad, a contrario sensu, si el acto no es deliberado no se puede incluir en la categoría establecida por el artículo 12.g.*

*En este orden de ideas debemos dejar claro que el elemento de la intencionalidad puede o no estar presente en las prácticas prohibidas por el artículo 12 en sus incisos a) al f); de hecho según el artículo 26 la intencionalidad es un elemento más a valorar*

---

110 Tribunal Contencioso Administrativo Sección VI. Sentencia 2508 de las 16:30 horas del 30 de junio de 2010.

---

*al imponer la sanción. Entiende así la Comisión que la voluntad del legislador fue prohibir y por ende sancionar las conductas enumeradas en el artículo 12 incisos a al f), independientemente de la existencia o no de indicios de intencionalidad, por tratarse de conductas o tipos específicos; sin embargo al establecer en el inciso g) un tipo abierto, una norma sancionatoria general impuso como requisito necesario para su prohibición y la respectiva aplicación de sanciones el elemento de intencionalidad según aquí se ha expuesto”<sup>111</sup>.*

Así, este tipo sancionatorio requiere la demostración que se realizó un acto deliberado o intencional para excluir indebidamente a la competencia del mercado o impedir su entrada. En este análisis debe tenerse precaución para no confundir las conductas ilegales con las prácticas comerciales legítimas que intenten aumentar ventas y participación de mercado de una empresa. En este sentido, exigir que una conducta sea “deliberada”, no significa solamente que se quiera obtener una posición de liderazgo en el mercado, sino más bien, que se pretenda hacerlo por medios ilegítimos. Así lo ha expresado la propia COPROCOM diciendo:

*“Al respecto, cabe señalar que para considerar sancionables los actos deliberados de un agente económico que induzcan a la salida de sus competidores del mercado o eviten su entrada, debe tratarse de actos expresos, groseros y evidentes, que no estén contemplados dentro de los incisos a), b), c), d), e) y f) del artículo 12 y que sobrepasen el lógico y normal interés que tiene toda empresa tendiente a lograr una mayor participación de mercado o defender la actual, con estrategias que le permitan hacerle frente a sus competidores.”<sup>112</sup>*

Esta posición es coincidente con la doctrina, la cual nos indica que la competencia vigorosa, y la búsqueda agresiva de objetivos comerciales legítimos no está prohibida, ni siquiera para una firma con poder de mercado, y ni siquiera cuando la conducta perjudica a uno o más competidores, o incluso si algunos llegan eventualmente a salir del mercado<sup>113</sup>.

En igual sentido, la jurisprudencia estadounidense ha indicado que:

*“Debemos ser claros acerca de que es lo que significa “intención”, porque en el contexto de un caso de monopolización “intención” es un concepto elusivo. (...) de hecho, el objetivo de toda empresa que pretende maximizar sus utilidades es obtener un monopolio al capturar una porción cada vez mayor del mercado (...) Monopolios alcanzados a través de habilidades superiores no son menos intencionales que los*

---

111 COPROCOM. Sesión Ordinaria N° 31-98, celebrada a las 17:00 horas del 20 de octubre de 1998.

112 COPROCOM. Sesión Ordinaria N° 9-95, celebrada a las 17:10 horas del 28 de noviembre de 1995.

113 ABA Antitrust Section. *Antitrust Law Developments*, 3rd ed. (1992), págs. 222-224. (Original en inglés)

---

*alcanzados por medios anticompetitivos (...) entonces la intención relevante para el Sherman Act es solamente la intención de mantener o alcanzar poder de mercado por medios anticompetitivos. La Sección 2 no prohíbe la búsqueda intencional del poder de mercado, sino el uso de medios ilegítimos para lograr dicho poder”*<sup>114</sup>.

Así, para sancionar a un operador o proveedor conforme al j) del artículo 54 de la Ley 8642 se debe demostrar que sus acciones pretenden de forma deliberada e intencional excluir a otros competidores del mercado o impedir su entrada utilizando medios ilegítimos, que vayan más allá del normal y razonable interés de una empresa de maximizar sus ganancias y de incrementar su posición en el mercado.

En ausencia de prueba directa de una intencionalidad anticompetitiva, este elemento volitivo del tipo se puede acreditar por medio de indicios, cuando la prueba muestre que la conducta desplegada carece de todo sentido comercial que no sea excluir a uno o más competidores del mercado, o que se trata de una estrategia que para tener éxito requiere de desplazar a competidores del mercado. Por ende, en ausencia de prueba directa de intencionalidad, si se demuestra que las actuaciones de la empresa investigada obedecen a una lógica comercial y a un propósito legítimo, no puede presumirse una intencionalidad anticompetitiva. En este sentido:

*“El problema difícil en esta área es distinguir competencia ordinaria y vigorosa (que debe ser alentada y protegida) de conducta exclusoria (que debe ser prohibida). Incluso a las empresa grandes se les debe permitir – y alentar – que compitan. Una guía es preguntar si la conducta tiene sentido comercial incluso si no se alcanza el resultado de crear o mantener poder de mercado. Si una firma excluye a sus competidores simplemente por ser mejor que ellos, esto no es conducta exclusoria”*<sup>115</sup>.

En un sentido similar, la jurisprudencia de los Estados Unidos de América ha señalado que una conducta es anticompetitiva cuando sería económicamente irracional salvo por su impacto en la competencia<sup>116</sup>. A *contrario sensu*, no puede presumirse una intención anticompetitiva cuando la conducta desplegada tenga sentido comercial.

## **a) Estrechamiento de márgenes**

Una práctica muy común en el mercado de las telecomunicaciones, que puede tener consecuencias anticompetitivas, es el estrechamiento de márgenes. La tipicidad de

---

<sup>114</sup> Hovenkamp, H. *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its practice*, 1994, pág. 250. En igual sentido: ABA Antitrust Section. *Antitrust Law Developments*, 3rd ed. (1992), pág. 226. (Original en inglés)

<sup>115</sup> Conrath, C. *Practical Handbook of Antimonopoly Law Enforcement for an Economy in Transition*, 1993, págs. 6-9 (Original en inglés).

<sup>116</sup> ABA Antitrust Section. *Antitrust Law Developments*, 3rd ed. (1992), págs. 222-223. (Original en inglés)

---

esta conducta ha sido objeto de discusión en algunas jurisdicciones. Por ejemplo, en los Estados Unidos de América la jurisprudencia la ha considerado como una modalidad de precios predatorios, mientras que en la Unión Europea sí la han considerado como una práctica monopolística autónoma, particularmente en el mercado de las telecomunicaciones<sup>117</sup>.

Existe estrechamiento de márgenes cuando el margen entre el precio mayorista que cobra un proveedor integrado a sus competidores y el precio que determina a nivel minorista es tan pequeño que el o los competidores no pueden subsistir en el mercado o competir de forma efectiva. La existencia de esta práctica puede limitar, restringir o evitar la competencia en el mercado minorista y que esta situación puede perjudicar a consumidores ya sea mediante un aumento de precios o una reducción de la cantidad y calidad de bienes o servicios ofrecidos.

Internacionalmente, se han destacado varios elementos como indispensables para que pueda razonablemente hablarse de un estrechamiento de márgenes<sup>118</sup>:

- a) Quien la comete debe controlar el mercado “aguas arriba”, en niveles muy superiores que los usualmente requeridos para determinar poder de mercado en otras prácticas, al punto de alcanzar lo que algunos llaman como una “super dominancia”.
- b) El producto o servicio transado debe de carecer de sustitutos razonables para el detallista que lo requiere “aguas abajo”. Es decir, que se trate de una “facilidad esencial”.
- c) El precio al que se vende el producto en el mercado aguas abajo debe ser tan bajo que impida – por un lapso de tiempo considerable – a un competidor tan eficiente como el infractor operar con un margen de beneficio razonable.<sup>119</sup>
- d) Solo resulta racional si quien la realiza tiene posibilidad de recuperar los beneficios a futuro (en un análisis similar al de las “dos etapas” de los precios predatorios).

---

117 En este sentido ver: Hay, G. y McMahon, K., *The Diverging Approach to Price Squeezes on the United States and Europe*, Cornell Law Faculty Working Papers. Paper 91, Disponible en [http://scholarship.law.cornell.edu/clsoops\\_papers/91](http://scholarship.law.cornell.edu/clsoops_papers/91)

118 Salvo aquellos con una cita específica, todos estos criterios son citados por: Cañizares, E. y Domínguez, D. *Aspectos Económicos Clave de las Investigaciones por Estrechamiento de Márgenes*, en IX Jornadas de Derecho de la Competencia, Universidad Carlos III Madrid, 2008. págs. 13-15.

119 COPROCOM. OP-02-12. *Sesión Ordinaria 02-2012, Artículo Cuarto, a las 17:30 horas del 17 de enero de 2012.*

---

Por sus características, esta conducta es más común en mercados basados en red, tales como los pertenecientes a industrias como la electricidad y las telecomunicaciones, que son altamente dependientes de la infraestructura. Internacionalmente es en este tipo de mercados en los que se ha dado prácticamente la totalidad de casos de estrechamiento de márgenes<sup>120</sup>, ya que fuera de estos mercados es sumamente raro que se dé la combinación de factores necesaria para poder realizar esta conducta de forma exitosa.

La Comisión Europea ha desarrollado un método para verificar la existencia de esta práctica, mediante dos posibles tests<sup>121</sup>:

- a) Test del competidor suficientemente eficiente, según el cual se determina si un competidor hipotético que sea igual de eficiente que el operador dominante podría lograr un margen adecuado en el mercado minorista haciendo frente a los precios para obtener acceso y utilizar las infraestructuras del operador dominante.
- b) Test de la atribución de costos: Se verifica si el operador dominante verticalmente integrado podría competir en condiciones adecuadas en el mercado minorista de tener que satisfacer los precios para obtener acceso a las redes que él mismo carga a sus competidores en el mercado minorista.

Por su parte, en los Estados Unidos (donde según vimos esta conducta no se considera como una práctica autónoma), la Corte Suprema de Justicia ha señalado que el análisis del estrechamiento de márgenes se debe hacer en dos partes<sup>122</sup>:

- a) A nivel mayorista, debe analizarse si estamos ante una facilidad esencial, escenario en el cual el agente económico está obligado a suministrar el producto aún en contra de su voluntad.
- b) A nivel detallista, se valora si los precios son predatorios o no. Si los precios no son predatorios no procede sancionar por estrechamiento de márgenes, ya que “reconocer un reclamo por estrechamiento de márgenes cuando los precios del demandado al detalle están por encima de los costos, invitaría a causar precisamente el daño que se pretende evitar: firmas subirían sus precios al detalle o declinarían competir agresivamente para evitar sanciones”.

---

120 International Competition Network. *Case Annex to ICN Unilateral Conduct Group*, 2009.

121 Comisión Europea. Comunicación sobre la *Aplicación de las Normas de Competencia a los Acuerdos de Acceso en el Sector de las Telecomunicaciones*, (98/C 265/02), párr. 117 y 118.

122 linkLine, 550 U.S. at 445. Citado por: ABA Antitrust Section. *Antitrust Law Developments*, 7th ed. 2012, pág. 288.

---

## G. Efectos de las de prácticas monopolísticas relativas

La evaluación de una conducta supuestamente anticompetitiva requerirá el análisis del efecto potencial o real de dicha conducta sobre el mercado. Para ser sancionable dicha conducta deberá ser susceptible de impedir la entrada o expulsar a otros operadores del mercado. No es por tanto necesario demostrar que la práctica analizada ha provocado efectivamente la salida o impedido la entrada de terceros en el mercado sino que es suficiente demostrar con los indicios necesarios que la conducta puede potencialmente suponer una barrera a la entrada de nuevos operadores en el mercado o contribuir a la salida de competidores existentes.

La SUTEL velará porque las empresas con poder sustancial no impidan la competencia efectiva mediante la exclusión de sus competidores del mercado afectando negativamente al bienestar de los consumidores y usuarios en forma de precios mayores, de limitación de la cantidad vendida, de reducción de las posibilidades de elección del consumidor o de reducción de la calidad del producto en cuestión.

La determinación del carácter excluyente de una conducta se llevará a cabo mediante el uso de indicios cualitativos y cuantitativos e utilizando argumentos económicos y legales sólidos. Para probar el carácter excluyente de una conducta se deberá determinar una “teoría del daño” que explicita los mecanismos por los cuales la conducta analizada resulta con una probabilidad alta en la exclusión de competidores del mercado y repercute negativamente sobre el bienestar del consumidor.

Corresponderá a la SUTEL demostrar el efecto anticompetitivo de la conducta. Para la evaluación del carácter excluyente de una conducta se analizará el contexto en el que se produce la conducta y los factores que favorecen que el impacto de la conducta sea mayor. Entre otros<sup>123</sup>:

- a) El poder sustancial: por lo general, cuanto mayor es el poder sustancial, mayor es la probabilidad de que la conducta que protege esta posición dé lugar a un cierre anticompetitivo del mercado,
- b) Las condiciones del mercado de referencia: las barreras legales, técnicas o económicas a la entrada aumentan la probabilidad de que una determinada conducta tenga carácter excluyente. La presencia de economías de escala, de

---

123 Ver Banco Mundial. *Manual de Reglamentación de las Telecomunicaciones*, 2000. Apéndice B.



---

alcance o de efectos de red también amplifican los efectos de una conducta con carácter excluyente.

- c) La capacidad de los competidores de la empresa con poder sustancial para responder a una determinada conducta: se deberá tener en cuenta si los competidores pueden de forma realista, racional y económicamente viable aplicar estrategias que anulen los efectos anticompetitivos de una determinada conducta de una empresa dominante. Ello será importante para distinguir aquellas estrategias de la empresa dominante que forman parte del libre juego competitivo de aquellas que tienen carácter anticompetitivo ante las cuales los competidores tan solo pueden reaccionar de forma limitada.
- d) El volumen y características de los consumidores afectados: la práctica en cuestión podría afectar a todos los consumidores o sólo a un grupo de estos consumidores y usuarios. Para la determinación de si el impacto sobre los consumidores es suficiente para justificar una sanción se tendrá en cuenta la proporción que los consumidores afectados representan sobre el total de los consumidores del mercado, las características del grupo de consumidores afectado (es decir, si por sus características representan un grupo particularmente importante en cuanto al patrón de consumo del resto de los consumidores, si se concentran entre consumidores de un determinado nivel de renta o si son los consumidores más propicios al cambio de proveedor de un determinado bien o servicio) o la concentración de los consumidores afectados en una determinada área geográfica.
- e) El alcance de la conducta presuntamente abusiva: cuanto mayor sea el porcentaje de ventas potenciales afectadas por la conducta mayor será la probabilidad de que la conducta tenga un efecto excluyente sobre el mercado.
- f) Los efectos reales de la conducta excluyente: en aquellos casos en los que se pueda probar que como consecuencia de la conducta analizada la cuota de mercado de la empresa dominante ha crecido en perjuicio de sus competidores o que nuevos entrantes no han conseguido sobrevivir en el mercado, ello será parte de los indicios del efecto excluyente de la conducta analizada.
- g) Las pruebas directas de una estrategia de cierre: los documentos y otras evidencias materiales que muestren la intención y los efectos excluyentes de una determinada conducta serán incorporadas en el análisis de una conducta de carácter excluyente.

---

En todo caso, no será necesario proveer evidencia sobre impacto global total de una conducta. Si mediante un análisis parcial del impacto real o potencial se pone de manifiesto que la conducta analizada tiene carácter excluyente ello será suficiente para sancionar dicha conducta.

Si los datos sugieren claramente que un competidor con igual grado de eficiencia puede competir eficazmente con el comportamiento de la empresa dominante, la SUTEL deducirá en principio que no es probable que dicho comportamiento de la empresa dominante tenga un impacto negativo en la competencia efectiva, y por ende en los consumidores, y por lo tanto será improbable que intervenga. Si, por el contrario, los datos sugieren que la conducta desplegada por la empresa dominante puede excluir a competidores con igual grado de eficiencia, entonces la SUTEL incorporará este elemento en su evaluación general del cierre anticompetitivo del mercado, teniendo en cuenta otras pruebas cuantitativas y cualitativas pertinentes.

Para determinar si es probable que un competidor hipotético tan eficiente como la empresa dominante quede excluido del mercado resultante de la conducta en cuestión, la SUTEL examinará los datos económicos relativos a los precios de costo y de venta, y, en especial, si la empresa dominante está aplicando unos precios inferiores al precio de costo. Para esto será necesario disponer de datos suficientemente fiables. La SUTEL utilizará la información sobre costos de la propia empresa dominante cuando se disponga de ella. Si no se dispone de información fiable sobre dichos costos, la SUTEL puede decidir utilizar los datos sobre costos de los competidores u otros datos fiables comparables.

## **Análisis de eficiencia**

Del Artículo 19 del Reglamento, en concordancia con el artículo 54 de la Ley 8642, surge que la SUTEL deberá analizar y pronunciarse sobre los elementos que aporten las partes para demostrar los efectos pro competitivos de la práctica o prácticas investigadas, tales como:

- a)** La obtención de ahorros en recursos que permitan, de manera permanente, producir la misma cantidad del bien al menor costo o a mayor cantidad del bien al mismo costo.
- b)** La obtención de menores costos si se producen dos o más bienes o servicios de manera conjunta que separadamente.
- c)** La disminución significativa de los gastos administrativos.



- 
- d) La transferencia de tecnología de producción o conocimiento de mercado.
  - e) La disminución del costo de producción o comercialización derivada de la expansión de una red de infraestructura.

Estos efectos procompetitivos de la conducta se compararán con el efecto negativo sobre el bienestar de la conducta de forma que se determinará el efecto neto de la misma. Si el efecto negativo derivado del carácter anticompetitivo de la conducta es superior al efecto positivo derivado de las ganancias de eficiencia de la conducta entonces el efecto neto de la conducta será negativo y será por consiguiente susceptible de ser sancionada.

Corresponderá al agente económico investigado demostrar los posibles efectos procompetitivos o de eficiencia económica de la conducta analizada. Para ello, la empresa deberá demostrar que su conducta es objetivamente necesaria o que genera eficiencias sustanciales que no se producirían en ausencia de la conducta y que estos beneficios superan al perjuicio sobre los consumidores de cualquier efecto anticompetitivo. Será la SUTEL la que evalúe el efecto neto resultante de la valoración de impacto anticompetitiva y del impacto pro competitivo y las ganancias de eficiencia derivados de la conducta analizada.

La cuestión de si la conducta es objetivamente necesaria y proporcional debe dilucidarse basándose en factores ajenos a la empresa con poder sustancial. Una conducta excluyente puede, por ejemplo, considerarse objetivamente necesaria si tiene por objeto el cumplimiento de normas de salud y seguridad públicas. La justificación del carácter objetivamente necesario de una medida será determinada por las autoridades públicas y no por la empresa investigada.

En todo caso, la empresa investigada deberá garantizar que el cumplimiento del objetivo perseguido se lleva a cabo de forma proporcional y con el menor efecto distorsionador sobre la competencia. Si existen medidas alternativas para alcanzar el objetivo perseguido con un efecto excluyente sustancialmente inferior y la empresa investigada tiene margen de maniobra suficiente para adoptar estas medidas alternativas, la conducta de la empresa dominante puede ser calificada de abusiva.

En relación a los efectos procompetitivos o las ganancias de eficiencia, la empresa investigada deberá justificar con pruebas comprobables que la medida que da lugar a la exclusión del mercado de competidores genera eficiencias suficientes que resultan con alta probabilidad en un beneficio neto para los consumidores.

---

En el análisis de los efectos de eficiencia y los efectos procompetitivos y la determinación del efecto neto la SUTEL tendrá en cuenta únicamente aquellos que cumplan con los siguientes factores:<sup>124</sup>

- a) Se han obtenido o es probable que se obtengan eficiencias que son fruto y consecuencia directa de la conducta cuestionada. Por ejemplo, pueden consistir en mejoras técnicas de la calidad de los bienes o en una reducción del coste de producción o de distribución;
- b) La conducta es imprescindible para obtener dichas eficiencias: no debe haber alternativas a la conducta que sean menos lesivas de la competencia y además capaces de producir las mismas eficiencias;
- c) Las eficiencias probables obtenidas de resultados de la conducta superan cualquier probable efecto negativo para la competencia y para el bienestar de los consumidores;
- d) La conducta no elimina la competencia efectiva o impide totalmente el desarrollo de la misma. Difícilmente una medida que suprima totalmente la competencia puede ser beneficiosa en términos netos para el consumidor.

Las ganancias de eficiencia son difíciles de verificar, por lo cual se requiere a los interesados presentar evidencia directa y relevante<sup>125</sup>, basada en estudios fundamentados en metodologías de reconocido valor técnico. No se considerarán las ganancias de eficiencias vagas, especulativas o que no puedan verificarse.

La SUTEL deberá tener presente que la legislación de competencia prioriza la protección de los consumidores sobre las eficiencias internas de una conducta, de ahí que le deberá dar mayor relevancia a aquellas eficiencias que contribuyan a la mejora de los sistemas de producción, comercialización y a la competitividad empresarial, así como aquellas que se traduzcan en una mayor o mejor oferta, menores precios o innovación de productos en beneficio de los consumidores intermedios y finales.

---

124 Comunicación de la Comisión – Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes. Diario Oficial de la Unión Europea, C 45/7, 24.02.2009

125 En consonancia con los lineamientos británicos de control de concentraciones (aplicables analógicamente en estos casos), se debe aplicar el estándar más alto de prueba, no aceptándose evidencia indirecta o circunstancial (Cf. U.K. Office of Fair Trade; U.K. Competition Commission, 2009, párr. 4.205)

---

## IV. REFERENCIAS

- ABA Section of Antitrust Law. *Antitrust Law and Economics of Product Distribution*, (2006).
- ABA Antitrust Section. *Antitrust Law Developments*. 3rd ed, (1992).
- Banco Mundial. *Manual de Reglamentación de las Telecomunicaciones*, (2000).
- Bergman, M. *The Role of Essential Facility Doctrine*, *Antitrust Bulletin* 46:2, (2001).
- Beneito, J. (2005). *Tratado de Derecho de la Competencia*. Tomo I. Bosch, Barcelona, 2005.
- Buccirossi, P. *Access to an essential facility: Efficient Component Pricing Rule or Unrestricted Private Property Rights*. *Journal of Regulatory Economics* 19:3, (1999).
- Buigues, P. y Rey, P. *The Economics of Antitrust and Regulation in Telecommunications Perspectives for the New European Regulatory*, en Institut d'Economie Industrielle, Sciences Sociales, France,(2002).
- Cañizares, E. y Dominguez, D., *Aspectos Económicos Clave de las Investigaciones por Estrechamiento de Márgenes*, en IX Jornadas de Derecho de la Competencia, Universidad Carlos III Madrid, (2008).
- Cave, M., Avgousti, A. & Foster, A. *Fortalecimiento de la Política de Competencia en los Países de América Latina: Aplicación de la Ley de Competencia en el Sector de las Telecomunicaciones*. Centro Regional de Competencia para América Latina. Londres, Reino Unido. Julio, 2013.
- Coloma, G. *Prácticas Horizontales Concertadas y Defensa de la Competencia*. Disponible en: <http://www.ucema.edu.ar/publicaciones/download/documentos/170.pdf>.
- Comisión Europea. *Commission Notice on the Definition of Relevant Market for the Purposes of Community Competition*. Official Journal C 372, 09/12/1997 P. 0005 – 0013, (1997).
- Comisión Europea. *Electronic Communications Framework Directive (2002/21/EC)*, (2002).
- Comisión Europea. *Guidelines on the Assessment of Horizontal Mergers*, (2004).
- Comisión Europea. *Communication from the Commission: Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings*, C(2009) 864 final, Bruselas, Febrero, 2009.
- Comisión Europea. *Directrices Relativas a las Restricciones Verticales*, SEC (2010) párr. 411.
- COPROCOM. *Boletín de Competencia*. Costa Rica. Mayo-Junio, 2012. Edición No. 152. Año 15.
- COPROCOM. *Guía de Análisis de Concentraciones Económicas*. Mayo, 2014. Disponible en: [http://www.coprocom.go.cr/servicios\\_tramites/requisitos/guia\\_analisis\\_concevf.pdf](http://www.coprocom.go.cr/servicios_tramites/requisitos/guia_analisis_concevf.pdf)
- Conrath, C. *Practical Handbook of Antimonopoly Law Enforcement for an Economy in Transition*, (1993).

- 
- Fernández-Lerga Garralda, C. *Derecho de la Competencia, Comunidad Europea y España*, Ed. Arazandi, Pamplona, 1994.
- Garzaniti, L. *Margin Squeeze: Some Observations from a Practitioner's Perspective*, Global Competition Law Centre Conference, London, December 10th, Fresfields, Bruckhaus, Deringer, (2004).
- Gerardin, D. and Da Silva Pereira Neto, C. For a Rigorous “Effects-Based” Analysis of Vertical Restraints Adopted by Dominant Firms: An Analysis of the EU and Brazilian Competition Law. June, 2012. Disponible en: <http://www.cedes.org.br/inscricao/pdf/final-study-on-vertical-restraints-final-clean.pdf>
- Gerpott, T., Rams, W. y Schindler, A. “Customer retention, loyalty and satisfaction in the German mobile cellular telecommunications market”, *Telecommunications Policy* 25:4, (2001).
- Goyder, D.G. *EC Competition Law*, 3ra ed., (1998).
- Gual, J. *Market Definition in Telecoms Industry*, European Commission, COMP/2001/7050 /PSE/02, (2002).
- Harbord D. y Pagnozzi M. On-net/O-Net Price Discrimination and ‘Bill-and-Keep’ vs. ‘Cost-Based’ Regulation of Mobile Termination Rates, MPRA Paper No. 14540, posted 9, (2008).
- Haucap, J. y Heimeshoff, U. *Customer Behavior Towards on-net/off-net Price Differentiation*, DICE discussion paper, No. 16, ISBN 978-3-86304-015-4., (2011).
- Hovenkamp, H. *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice*, ( 1994).
- International Competition Network (ICN). *ICN Working Group on Cartels, Defining Hard Core Cartel Conduct. Effective Institutions. Effective Penalties. Building Blocks for Effective Anti-Cartel Regimes*, vol. 1, Bonn, junio de 2005, Disponible en: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc346.pdf>
- International Competition Network(ICN). *Case Annex to ICN Unilateral Conduct Group*, (2009).
- International Competition Network. The Unilateral Conduct Working Group. *Report on Predatory Pricing*. 7th Annual Conference of the ICN. Kyoto, April, 2008. Disponible en: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc354.pdf>
- Joskow, P. y Klevorick A. *A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy*, Faculty Scholarship Series Paper 1305. Yale Law School,, (1979).
- Laffont, J- J. y J. Tirole. *Competition in Telecommunications*, Boston, The MIT Press, (2000).
- Martin, S. *Industrial Economics*. Macmillan, (1994).
- Motta, M (2004). “*Competition Policy Theory and Practice*”. Cambridge University Press.
- OECD. *Predatory Pricing*, (1989).
- OECD. *Margin Squeeze. Policy Roundtables*. DAF/COMP(2009)36, (2009).
- OECD. *Competition and Regulation Issues in Telecommunications*. Policy Roundtables, (2001).
-

- 
- OFTEL. *Effective Competition Review: Mobile*, UK, September, 2001.
- OSIPTEL. *Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Libre Competencia en el Ámbito de las Telecomunicaciones*, UK, (2014).
- Petrecolla, D. y Romero, C. *El Mercado De Las Telecomunicaciones desde una Perspectiva de la Defensa de la Competencia*. En *Cuestiones Complejas de Derecho Mercantil Moderno*, Tomo II. Ana Piaggi, Editora. Abeledo Perrot, (2008).
- Petrecolla, D. y Ruzzier, C. *Problemas de Defensa de la Competencia en Sectores de Infraestructura en la Argentina*, Buenos Aires: Temas, (2003).
- Petrecolla, D. *Manual para Investigar Conductas Anticompetitivas*. Ministerio de Economía y Finanzas. República Oriental del Uruguay, (2004).
- Pitofsky, R., Patterson, D. y Hooks, J. *The Essential Facility Doctrine under the U.S. Antitrust Law*, *Antitrust Law Journal*, 70:2, (2002).
- Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile. *Instrucción General sobre los Efectos en la Libre Competencia de la Diferenciación de Precios en los Servicios Públicos de Telefonía, Tarifas on-net y off-net y Ofertas Conjuntas de Servicios de Telecomunicaciones*. Diciembre, 2012.
- U.K. Office of Fair Trade; U.K. Competition Commission. *Merger Assessment Guidelines*. Consultation Document. OFT 1078, United Kingdom, Office of Fair Trading (OFT) & Competition Commission (CC), (2009).

