

**“Revisión internacional de casos de política de competencia y fusiones en
Telecomunicaciones”**

Lucía Tamayo Flores, Claudia Ruiz Chipa, María Rojas Huapaya *

Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia

Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones

Resumen

El presente documento hace una revisión, en varios países, de los principales casos de política de competencia y de fusiones analizados por las agencias de regulación de telecomunicaciones o por las agencias de competencia, y presentados por diversas empresas (de parte) o iniciados por dichas agencias (de oficio). Su objetivo principal es revisar la forma de evaluación realizada por parte de los reguladores o agencias de competencia, según el tipo de comportamiento o conducta denunciado. Con el fin de ordenar la presentación, se ha añadido una breve revisión acerca de lo que la literatura económica señala, respecto de las conductas analizadas en los principales casos presentados.

© 2011 OSIPTEL. Derechos reservados.

Palabras clave: Revisión de Casos Internacionales, Política de Competencia, Fusiones, Perú.

*El documento ha recibido los comentarios de Sergio Cifuentes. Las opiniones vertidas en el mismo son de responsabilidad exclusiva de las autoras y no reflejan necesariamente la posición del OSIPTEL. Remitir comentarios y sugerencias a: ltamayo@osiptel.gob.pe.

Revisión internacional de casos de política de competencia y fusiones en Telecomunicaciones

CONTENIDO

I. INTRODUCCIÓN	3
II. REVISIÓN DE CASOS SEGUN TIPO DE CONDUCTAS	6
2.1. CONDUCTAS RELATIVAS A LOS PRECIOS.....	7
2.1.1. Precios predatorios	7
2.1.2. Estrechamiento de márgenes o precios.....	18
2.1.3. Subsidios cruzados	33
2.1.4. Discriminación de precios	37
2.2. PRÁCTICAS QUE NO INVOLUCRAN PRECIOS	41
2.2.1. Barreras a la entrada	41
2.2.2. Negativas de venta	45
2.2.3. Contratos de exclusividad	50
III. REVISIÓN DE FUSIONES Y ADQUISICIONES	53
3.1. En Estados Unidos.....	54
3.2. En Europa.....	57
IV. BALANCE FINAL	62
V. BIBLIOGRAFÍA	66
VI. ANEXO: RESUMEN DE CASOS	69

Revisión de casos de política de competencia y fusiones en Telecomunicaciones, a nivel internacional

I. INTRODUCCIÓN

El presente documento lleva a cabo la revisión de un conjunto de casos en los que se evalúa supuestas prácticas anticompetitivas y casos de fusiones de mercados de telecomunicaciones, de países de Europa, Latinoamérica, Estados Unidos y Australia.

Esta revisión es importante por varias razones. La primera es que este tipo de estudios pueden producir interesantes puntos de vista para extraer evidencia acerca del comportamiento de las firmas o de la competencia en las industrias (J. Tirole, 2000). La segunda es que permiten acercarse a los estudios empíricos al momento de evaluar conductas anticompetitivas o fusiones por parte de las agencias de competencia o investigadores en dicho campo. La tercera está referida al conocimiento que permite del marco normativo e institucional sobre la política de competencia, la fusión de empresas, además de la regulación sectorial en la industria de las telecomunicaciones en otros países¹.

La primera parte del documento trata los comportamientos que han sido considerados como anticompetitivos en las normas Antitrust o de Política de Competencia de los países, y por lo cual han sido evaluados por las agencias de competencia. La segunda parte destaca los casos más resaltantes, a nivel internacional, de fusiones o adquisiciones que se han dado recientemente en el sector de las telecomunicaciones sólo en dos zonas geográficas: EE.UU. y la Comunidad Europea.

La pregunta que inició este documento fue sobre el vínculo entre el desarrollo de la teoría de la organización industrial y de la investigación empírica de la organización industrial durante las últimas décadas, con la forma en que las agencias o reguladores analizan los supuestos comportamientos anticompetitivos o fusiones, en el sector de las telecomunicaciones². La interrogante es válida en tanto la teoría y práctica de la organización industrial apuntan a entender el funcionamiento de los mercados que se caracterizan por ser mercados imperfectos, que son la mayoría. Por ejemplo, Einav y Levin (2010), realizan una interesante

¹ No obstante, diferencias en los marcos legales y/o institucionales entre países deben ser tomados en cuenta respecto de la solución de los casos.

² Si bien la respuesta a esta pregunta pasa también por analizar el vínculo entre la práctica de la Organización Industrial y la normativa de política de competencia de cada país, este último punto se ha dejado de lado en este documento.

revisión de los avances de la investigación empírica en materia de la organización industrial, poniendo énfasis en varios puntos relevantes para el análisis de la competencia en diversas industrias.

El sector de las telecomunicaciones se distingue de otras industrias por la existencia de 'externalidades de red' o efectos de red (*network effects*) que se basan en la importancia de la conectividad y en la valoración que los consumidores ponen en esa característica al momento de valorar los servicios de telecomunicaciones, en tanto externalidades en el consumo (Cave et al, 2006, p9.). No obstante, este sector comparte con el resto de "industrias de redes" otras características como la complementariedad y la compatibilidad, los costos de cambio (*switching costs*) y el consecuente encierro (*lock-in*)³ de consumidores, así como significativas economías de escala en la producción. Ejemplos de "productos de redes" son la telefonía, el email, el Internet, también al hardware de computadoras, el software de computadoras, los reproductores de música, los títulos de música, los reproductores de video, las películas de video, los servicios bancarios, los servicios de aerolíneas, los servicios legales, entre otros (Shy, 2001, p.1).

Pero hay otro conjunto de consideraciones al momento de analizar el desempeño de la industria de telecomunicaciones: si los operadores están o no verticalmente integrados, teniendo presencia tanto en mercados mayoristas como minoristas; si dicha presencia es importante y puede afectar el acceso de los competidores a una facilidad esencial necesaria para la provisión de servicios finales. Asimismo, aspectos relativos a la forma en la que compiten las empresas, tanto en mercados mayoristas como minoristas. Del mismo modo, la existencia de alternativas de provisión de servicios a través de diferentes tecnologías, la existencia de diferentes modalidades de pago por parte de los usuarios, el marco regulatorio, legal y macroeconómico existente.

La evaluación del comportamiento de las empresas contra la competencia no es una tarea fácil. Como señala Motta (2004), la identificación de las prácticas exclusorias, llevadas a cabo por un incumbente con el fin de disuadir la entrada o forzar la salida de empresas rivales, es uno de los tópicos más difíciles en la política de competencia, en la medida que dichas prácticas, a menudo, no pueden ser fácilmente distinguidas de acciones competitivas para beneficiar a los consumidores⁴.

³ Los costos de cambio afectan el grado de encierro de los consumidores de determinado servicio. Shy (2001) menciona diversos encierros (*lock-ins*) revisados por Shapiro y Varian (1999) en su libro *Information Rules: A Strategic Guide to the Network Economy*, tales como el que se da en cierto tipo de contratos donde los costos de cambio equivalen al costo por la sanción al que rompe el acuerdo, también en ciertos tipos de prácticas en los que los usuarios son entrenados para usar productos que operan en determinado estándar, siendo el aprendizaje y el costo de entrenar a las personas en otro estándar el costo de cambio. Asimismo, los costos de búsqueda y de compra por nuevos productos, que impedirían a los usuarios el cambio, o los costos de perder ciertos privilegios de lealtad, como son, por ejemplo, las millas de viajero frecuente la industria de aerolíneas.

Más aún, la identificación de este tipo de prácticas en el caso del sector telecomunicaciones y de países como el Perú, debería recibir mayor atención. Motta (2004, p.411) señala dos razones para atender este tipo de temas: (i) porque en países cuyos procesos de liberalización que resultaron en estructuras asimétricas de la industria, donde un incumbente enfrenta a potenciales entrantes, se crean fuertes incentivos para comportamientos potencialmente exclusorios; y (ii) porque las economías cuentan con una participación creciente de sectores como las telecomunicaciones, el Internet, el software de computadoras, que exhiben efectos de red (network effects) y efectos de encierro (lock-in effects). En tales casos, les puede ser muy difícil a los entrantes competir con los incumbentes, por lo que debería ponerse particular atención a posibles prácticas exclusorias.

En la siguiente sección del documento (parte II) se hará una revisión de los principales casos de prácticas anticompetitivas encontradas en un conjunto de países (Estados Unidos, Francia, Chile, Argentina, Alemania, España, Reino Unido, Italia, Bélgica y Australia), que han sido categorizados según el tipo de práctica anticompetitiva principal sobre el cual tratan los mismos. En primer lugar, se tratarán las conductas que tienen que ver con los precios, es decir, cuando las variables sobre las que una empresa actúa para supuestamente perjudicar a sus competidores son los precios (precios predatorios, estrechamiento de márgenes, subsidios cruzados o discriminación anticompetitiva de precios). Cabe señalar que el alcance de dichos precios será tanto a nivel minorista, como mayorista. En segundo lugar se tratarán las conductas referidas a las barreras a la entrada, la negativa de venta o los contratos de exclusividad.

La revisión de casos ha incluido aquellos que fueron iniciados de parte (por alguna denuncia o queja) o de oficio, los mismos que pudieron haber culminado o no. Los casos han podido resultar en fundados, infundados o improcedentes, o han podido ser resueltos en una etapa de conciliación. Otros casos pueden encontrarse aún en revisión por parte de las autoridades. Esta ha sido la razón por lo cual en todos los casos revisados no se cuenta con toda la información disponible, y una de las razones que motiva a seguir elaborando reportes de revisión de los casos, periódicamente. En algunos casos, se ha encontrado información bibliográfica que reseña algunos casos importantes, por lo que han sido incluidos en el documento.

En la sección III del documento se lleva a cabo una breve revisión de los pasos llevados a cabo por las autoridades en el análisis de casos de fusiones de empresas del sector

⁴ Suponiendo, por ejemplo, que luego de la entrada de una empresa a la industria, la firma dominante reduce sus precios considerablemente, ¿debería esto ser considerado una estrategia anticompetitiva que busca forzar al nuevo entrante fuera de la industria, después de lo cual los precios de la dominante volverán a elevarse dañando a los consumidores en el largo plazo? (Motta, 2004).

telecomunicaciones, en Estados Unidos y en la Comunidad Europea. Asimismo, se presentan los principales casos ocurridos en dichos mercados durante los últimos años.

En la sección final (parte IV) se incluye una reflexión final sobre la evidencia encontrada, los estudios empíricos para la evaluación de conductas, así como detalles relativos al marco normativo sectorial o de política de competencia, a partir de los casos revisados.

II. REVISIÓN DE CASOS SEGÚN TIPO DE CONDUCTAS

Existen dos tipos de prácticas anticompetitivas según la forma en que el operador con posición de dominio trate de afirmar su posición en el mercado⁵: las prácticas que involucran precios y las que no involucran precios. A continuación se detallarán las conductas específicas que involucran cada tipo de prácticas, pero inicialmente señalaremos qué se entiende por posición de dominio.

La posición de dominio en un mercado se refiere a *“la situación en la que una empresa tiene la posibilidad de desarrollar un comportamiento relativamente independiente que le permite actuar en el mercado sin tener en cuenta a los proveedores, clientes o competidores”*.⁶ En otras palabras, la dominancia implica poseer poder significativo de mercado, es decir, la habilidad de establecer precios por encima del costo marginal.

En el Acuerdo de Promoción Comercial firmado entre el Perú y EE.UU. se define también lo que es un proveedor importante, como *“un proveedor de servicio público de telecomunicaciones que tiene la capacidad de afectar de manera importante las condiciones de participación (desde el punto de vista de los precios y del suministro) en el mercado relevante de servicios de telecomunicaciones, como resultado de: a) control de las instalaciones esenciales; o b) la utilización de su posición en el mercado”* (Mincetur, 2007).

El que un operador posea posición de dominio no implica que incurra necesariamente en prácticas anticompetitivas, entendidas como aquellas que afirman la posición de una empresa incumbente en un mercado causando daño a la competencia, de tal forma que se impida la entrada de nuevos competidores o se fuerce la salida de los existentes. Esto es posible cuando una empresa posee posición de dominio en un mercado y abusa de dicha posición mediante su comportamiento.

⁵ También es posible la clasificación según el tipo de daño a la competencia que ocasionan (daño en un mercado con un operador con presencia significativa, daño en un mercado adyacente o daño en un mercado vertical), pero se ha optado por la clasificación mencionada.

⁶ CNC. <http://www.cncompetencia.es>.

2.1. PRÁCTICAS QUE INVOLUCRAN PRECIOS

Las **prácticas anticompetitivas que involucran precios** se refieren a aquellas en las cuales las variables sobre las que una empresa actúa para afectar a sus competidores son los precios. Estos pueden referirse a los precios mayoristas de acceso a una necesidad esencial que un operador posee, como a los precios de los productos en los mercados finales.

Como ejemplo de estas prácticas se pueden mencionar: los precios predatorios, el estrechamiento de márgenes, los subsidios cruzados o la discriminación de precios.

A continuación se realizará una breve revisión teórica sobre las prácticas más importantes que involucran precios y se presentarán ejemplos de casos de análisis del sector de telecomunicaciones en diversos países del mundo en los que una empresa (supuestamente) incurrió en una de ellas.

2.1.1. Precios predatorios

La **predación** es una práctica que consiste en que una empresa incurra en pérdidas de corto plazo al reducir sus precios para inducir a la salida de los rivales del mercado o evitar la entrada de nuevos competidores.

Una vez que los competidores son eliminados del mercado, la empresa que llevó a cabo esta práctica recupera los beneficios perdidos elevando los precios en los siguientes periodos. Para poder llevar a cabo esta estrategia, es necesario que la empresa involucrada posea poder de mercado.

Si la estrategia es exitosa, se traducirá en una reducción de precios a corto plazo y un incremento del bienestar para los consumidores en ese plazo. Sin embargo, a largo plazo los consumidores sufrirán un incremento de precios y reducción de bienestar al no haber tantos competidores en el mercado y reducirse las oportunidades de elección.

Para la teoría clásica sobre predación (*Deep Pocket Theory*), la racionalidad detrás de esta conducta radica en que una empresa grande con gran financiamiento (*deep pocket*) puede iniciar una guerra de precios contra un competidor pequeño porque tiene la certeza que éste tiene financiamiento limitado (*small pocket*), lo cual no le permitirá mantenerse en el mercado.⁷

Sin embargo, esta teoría no explicaría del todo algunos puntos, como los siguientes:

⁷ Motta (2004).

- Dado que la empresa grande produce en mayor escala, sus pérdidas serán mayores al reducir el precio de venta, por lo que incurrir en pérdidas de gran magnitud no sería racional.
- Es posible que una vez que la empresa pequeña quede fuera del mercado, sea reemplazada por otra, pues sus activos pueden ser aprovechados. En este caso, la pérdida de beneficios de corto plazo no tendría sentido porque siempre incursionará en el mercado un nuevo competidor.
- La empresa pequeña podría no informar a sus inversionistas que está siendo sujeta de predación, lo cual no reduciría su financiamiento y le permitiría mantenerse en el mercado a pesar de la guerra de precios.
- La compra de la empresa pequeña por parte de la empresa grande (es decir, una fusión) podría ser más beneficioso que llevar a cabo una conducta de precios predatorios.

Algunas objeciones a las críticas anteriores, señalan que la predación sí sería una conducta racional. Por ejemplo, si bien la empresa grande incurre en pérdidas por reducir el precio de su mayor producción, podría ser selectiva y solo reducir el precio de los productos competidores de la empresa pequeña.

Otra objeción sería que no es tan fácil que al salir del mercado el competidor pequeño, éste sea reemplazado por otro debido a los altos costos de entrada, en particular en algunas industrias. Además, la empresa grande con su reputación predatoria podría desincentivar la entrada al mercado. Este hecho sí podría restringir el financiamiento a una empresa pequeña sujeta de predación.

Finalmente, la compra de un competidor por parte de la empresa grande incentivaría la entrada de más competidores, al tener la certeza que la empresa preferirá la fusión a la práctica de precios predatorios. Además, podrían existir barreras legales para la fusión horizontal con competidores.

Existen otras teorías más recientes que explican la conducta de precios predatorios:

- Modelos de reputación (Kreps y Wilson, 1982)
Según estos modelos, una guerra de precios tiene un impacto real en el futuro, pues evita la entrada de potenciales competidores, dado que la firma dominante se crea una reputación de "fuerte", es decir, con bajos costos. Para varios periodos, con información imperfecta, un monopolista querrá tener reputación de fuerte, por lo que incurrirá en una práctica de precios predatorios.
- Modelos de señalización (Milgrom y Roberts, 1982)

Estos modelos también se basan en la existencia de información imperfecta, pues los potenciales competidores no saben si el monopolista es débil o fuerte. El competidor débil querrá dar la señal de ser fuerte mientras que el competidor fuerte no quiere ser confundido con uno débil.

- Modelos con mercados financieros imperfectos

En un mercado financiero perfecto, todo proyecto rentable encontraría un inversionista. Sin embargo, si éstos son imperfectos, el acceso al financiamiento se vuelve endógeno y la predación altera la percepción de riesgo de continuar financiando a la empresa sujeta a predación. El principal problema es de información, pues los inversionistas no tienen garantías de que el dinero prestado sea utilizado de forma eficiente y poco riesgosa.

En la práctica, no siempre es sencillo distinguir una estrategia de predación llevada a cabo por una empresa grande, de una simple reducción de precios. Algunas aproximaciones para identificar una práctica de precios predatorios dependerán de la definición de la misma, es decir, si incluyen el componente de precios, de recuperación de beneficios o de incentivar a la salida del mercado de los competidores. Entre ellas en la literatura se han mencionado las siguientes:

- Areeda y Turner (1975) indican que en un mercado perfectamente competitivo, el precio sería igual al costo marginal de corto plazo o del costo variable promedio. Por tanto, precios por debajo de este costo serían un indicio de sacrificio de beneficios.
- Para Joskow y Klevorick (1979) se debe tener en cuenta si el operador tiene suficiente poder de mercado para recuperar los beneficios perdidos con la reducción de precios (para ello es necesario que el operador sea dominante). Como siguiente paso, se evalúa si existe sacrificio de beneficios, como la fijación de un precio por debajo de los costos promedio totales o costos variables totales.
- Ordover y Willig (1981) siguen un planteamiento similar. En primer lugar se debe demostrar un sacrificio de beneficios en el corto plazo (de preferencia, utilizando costos marginales) y que la recuperación de las pérdidas es posible si la competencia se reduce.⁸
- Según el enfoque utilizado por el Departamento de Justicia de EE.UU. en el caso contra American Airlines (Corporación AMR), aunque no fue aceptado en instancias superiores, se puede considerar la predación si los ingresos marginales son menores a los costos marginales.

⁸ Estos mismos criterios fueron utilizados por la Corte Suprema de EE.UU. en el caso Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. 209 (1993).

- Un enfoque distinto, de “competidor igualmente eficiente” indica que debe considerarse que existe predación solo si se excluye del mercado a competidores igual o más eficientes que el incumbente (Baumol y Posner 2002). Para ello utilizan el término “costo evitable promedio”. Los precios por debajo del costo evitable promedio excluirían a rivales eficientes mientras que el establecimiento de precios por encima de ellos solo excluye al entrante menos eficiente.
- En la Unión Europea, se pueden usar dos tipos de tests para determinar abuso en la forma de precios predatorios: (i) precios debajo de costos variables promedio son siempre considerados abusivos; (ii) precios debajo del costo total promedio, pero por encima del costo variable promedio son considerados abusivos solamente si forman parte de un plan para eliminar a los competidores (Gurpegui, 2009)

Los test de costos conllevan dificultades inherentes a la medición de los mismos. Los test para predación han probado ser difíciles de implementar aún en la industria más estable y más simplemente estructurada. En general, hay mucha discusión acerca de cómo calcular y asignar los costos. Por ejemplo, cómo tratar los costos en industrias con costos marginales cercanos a cero, cómo aplicar los test de costos en situaciones en los que firmas igualmente eficientes tienen diferentes ratios de costos fijos a variables. En cuanto a las empresas multiproducto, la asignación de costos comunes, que cubren diferentes mercados, genera problemas. Dificultades de asignación de costos surgen cuando existen en la industria economías de ámbito combinadas con efectos de red (De la Mano y Durand, 2005).

Teóricamente, el uso de los test de costos también tiene sus limitaciones. Tienen el supuesto implícito de que las firmas producen el mismo bien y compiten en precios. Implícitamente, también asumen que en situaciones normales los precios igualan los costos marginales. No obstante, estos supuestos son discutibles, particularmente en el caso de industrias muy concentradas (De la Mano y Durand, 2005).

Asimismo, una aplicación demasiado literal de la lectura de un test de precio y costo podría conllevar a concluir estrategias de precios predatorias, cuando no lo son. Bolton et al. (2000) señalan razones de expansión de mercado para que una empresa lleve a cabo reducciones de precios, sin intención de dañar la competencia, como por ejemplo, los precios introductorios para promover productos nuevos o para entrar a un nuevo mercado, la reducción de costos vinculadas al *learning-by-doing*, o el incremento de valor del producto por externalidades de red.

Del mismo modo, en la presencia de mercados “two-sided”, un análisis miope basado en un lado del mercado caracterizaría fácilmente una reducción de precios como predatoria. Se menciona como ejemplo de un mercado “two-sided” al modelo de negocio de Adobe Acrobat Reader, que es ofrecido gratuitamente por Internet (a un precio bajo costo) y Adobe Acrobat

Writer, que no es gratuito. La racionalidad detrás de esta estrategia de precio surge del hecho que el incentivo a comprar y crear archivos con Acrobat Writer es mayor cuando hay un número grande de usuarios que tienen el Acrobat Reader instalado en sus computadoras

Bolton (2006) recomienda una evaluación que incluya elementos de eficiencia, basado en un análisis estratégico de precios predatorios, que considere el mercado financiero, efectos de reputación, los test de mercado. Tal política sería mejor para reducir el riesgo de falsos positivos de conducta predatoria, y explotar la evidencia de intento (esfuerzo deliberado de excluir, búsqueda de una estrategia predatoria específica).

A continuación se revisarán algunos casos sobre denuncias o investigaciones de oficio acerca de la predación de precios, para una muestra de países, en los que se podrá observar los indicios que hubo para investigar (cuando los casos no estén concluidos), así como los *tests* para determinar si un operador estaba incurriendo en este tipo de práctica o no.

a. Comisión Europea vs. Wanadoo (Francia)

La Comisión Europea inició una investigación de oficio en Setiembre de 2001 al proveedor de acceso a Internet de alta velocidad Wanadoo Interactive (filial de France Telecom, operador incumbente de telefonía en Francia) con el objetivo de encontrar si ésta incurría en prácticas de precios predatorios y/o barreras a la entrada en el mercado de banda ancha residencial (ADSL). Esta investigación se inició en base a información de un *estudio de mercado sobre desagregación del bucle local* en Francia.⁹

Para determinar si Wanadoo Interactive infringía las leyes de competencia (Artículo 82 del Tratado de la Comisión Europea)¹⁰, se definió el mercado relevante (acceso a Internet de alta velocidad usando la tecnología ADSL) mientras que el mercado geográfico era toda Francia. Para ver si la empresa poseía posición de dominio, como primer paso se evaluó la cuota de mercado por parte de Wanadoo, la cual había crecido entre diciembre de 2000 a agosto de 2002 de un rango de 40%-50% a 70%-80%. Además, el vínculo con France Telecom le daba un lugar privilegiado en el mercado pues contaba con mayores facilidades técnicas y comerciales, así como con potencial financiamiento. Dado lo anterior, la Comisión determinó que Wanadoo

⁹ Decisión C(99)2435 de 27/Julio/1999.

¹⁰ Letra a) del Artículo 82: *“Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo. Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:*

a) Imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas...”.

Desde el 1 de Diciembre de 2009, el Artículo en cuestión es el 102 del Tratado de Funcionamiento de la Comunidad Europea. No ha habido modificaciones en el texto.

sí poseía posición de dominio en el mercado relevante. Cabe señalar que la existencia de posición de dominio de Wanadoo no implicaba que no existiese presión competitiva en el mercado, sino que le permitía tener influencia sobre las condiciones en las que la competencia se desarrollaba.

La Comisión analizó los precios de dos productos: eXtense y Wanadoo ADSL. Para demostrar que Wanadoo no incurría en una práctica de precios predatorios, era necesario que la empresa demostrara que podía recuperar sus costos ajustados (suma de los costos unitarios y costos no recurrentes divididos en un periodo de tiempo)¹¹. Para la investigación del equilibrio económico de los servicios de Wanadoo Interactive, la Comisión utilizó los costos de adquisición de clientes en 48 meses a pesar que el contrato de suscripción sólo era de un año. La Comisión sostuvo que ello no reflejaba las verdaderas condiciones del mercado ya que los clientes, en promedio, se mantienen más tiempo que el indicado por el contrato.

La Comisión halló que la empresa tuvo pérdidas netas durante el periodo 1999-2001. Además, desde 2001 a Octubre de 2002 los costos totales ajustados tampoco fueron recuperados. Wanadoo criticó el método usado por la Comisión y sugirió dos métodos alternativos: analizar la recuperación de los costos variables y totales observando sólo a la nueva generación de suscriptores en cada periodo y realizar un análisis de flujo de caja descontado para cada nueva generación de suscriptores.

El primer método ignoraba los costos de adquisición de clientes de generaciones anteriores lo que minimizaba el rol de las pérdidas de la fase inicial de desarrollo. El segundo método sugería que se debía considerar en cada generación si el flujo de caja por consumidor acumulado en el promedio del periodo de uso de ese suscriptor, era positivo. Al respecto la Comisión concluyó que:

- De Enero/2001 a Julio/2001, no se cubrieron los costos variables.
- De Agosto/2001 al 15/Octubre/2002, casi se cubrieron los costos variables ajustados, pero muy por debajo de los costos totales, que no fueron cubiertos.
- Después del 15/Octubre/2002, se cubrieron los costos ajustados.

Según la comisión, la política de Wanadoo fue deliberada, en tanto percibía las pérdidas en que incurría.¹² De acuerdo a documentos internos de la empresa, se esperaba continuar

¹¹ Wanadoo identificaba 3 tipos de costos para sus productos ADSL: los costos de red, los costos para adquisición de clientes (publicidad, marketing, servicios de acceso, etc.) y otros costos de producción.

¹² Dado que el marketing masivo de los servicios ADSL de Wanadoo empezaron sólo en Marzo del 2001, la Comisión consideró que el abuso empezó en dicha fecha (Gurpegui, 2009).

vendiendo con pérdidas durante los años 2003 y 2004.¹³ Esta práctica hacía incapaz a Wanadoo, de recuperar sus costos totales ajustados y disuadía a potenciales competidores pues implicaba soportar un alto nivel de pérdidas. Al final del periodo de estudio, ningún competidor poseía más de 10% de cuota de mercado, su principal competidor había reducido la suya notoriamente y el proveedor Mangoosta salió del mercado en Agosto de 2001.

Finalmente, en julio de 2003, debido a la naturaleza de la infracción, la Comisión le impuso una multa de 10.35 millones de Euros. France Telecom buscó anular el pronunciamiento de la Corte de Primera Instancia de la Comunidad Europea (CFI) que confirmó la decisión de la Comisión del 16 de julio de 2003, con referencia a Interactive Wanadoo¹⁴. Posteriormente, en abril de 2009, la Corte de Justicia de la Comunidad Europea (ECJ) denegó la apelación de la empresa (Gurpegui, 2009).

b. Telefónica del Sur vs. VTR Banda Ancha Chile (Chile)

Telefónica del Sur (Telsur) demandó al operador de televisión de paga VTR Banda Ancha Chile en agosto de 2007 por incurrir presuntamente en una práctica de precios predatorios aplicados en la "Región X". Telsur señaló que había constatado que VTR ofrecía el mismo servicio para el resto del país a mayores precios. Sólo en esta región, que es una de las únicas dos donde Telsur operaba, lo ofrecía a un precio menor.

VTR es producto de la fusión entre las empresas Metrópolis Intercom y VTR¹⁵. Esta fusión despertó polémica en su momento por el peligro que podía generar a la libre competencia. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia decidió aprobarla pero sometiéndola a ciertas condiciones, (ocho en total), dentro de las cuales se señala en la número ocho que: *"La empresa fusionada deberá mantener una única política de precios uniforme para todo el territorio nacional sin discriminar entre zonas con o sin presencia de otros operadores que brinden servicios de Televisión pagada, mediante cualquier plataforma."*¹⁶

¹³ La práctica coincidió con un plan de la compañía para apropiarse del mercado estratégico de acceso de Internet de alta velocidad. Si bien Wanadoo sufrió pérdidas en el servicio, France Telecom –que en el momento tenía casi el 100% del mercado para servicios mayoristas ADSL para proveedores de servicios de Internet, incluyendo a Wanadoo- estaba anticipando ganancias considerables en el futuro cercano por sus productos ADSL mayoristas (Gurpegui, 2009).

¹⁴ Al momento de la decisión de la Comisión (Julio de 2003), Wanadoo Interactive era parte del grupo de France Telecom. En el año 2004, Wanadoo Interactive se fusionó con France Telecom.

¹⁵ VTR es dominante del mercado de televisión de paga a nivel nacional, con alrededor del 50% de cuota de mercado.

¹⁶ Resolución N° 01/2004 del TDLC.

En junio del 2007, Telsur lanzó al mercado el producto de televisión digital vía Banda Ancha denominado WiTV. Posteriormente, VTR lanza una campaña ofreciendo el Triple Pack, que incluye los servicios de telefonía local, internet y televisión por cable empaquetados.

Telsur señaló que además de que VTR ofrece el servicio a un precio menor en la X Región que en el resto del país (esta rebaja es casi de un 30% o 40%), también ofrece al cliente bajar el precio de su plan en aproximadamente 30%. Este efecto se conoce como retención para evitar corte por cambio a Telsur.

De igual manera, Telsur señaló otras prácticas adicionales por parte de VTR referidas a dar información engañosa a los clientes, como incentivar a los clientes de Telsur a sacar los equipos instalados por dicha empresa y desmotivar a los vendedores de esta empresa. Telsur señaló que VTR intentaba mantener o aumentar las barreras de entrada al mercado con sus acciones pre señaladas.

El caso fue archivado, pues las partes llegaron a una conciliación (Resolución de Término N°54-2008), asumiendo una serie de compromisos. VTR se comprometió a comprobar en las futuras promociones que realice en las ciudades de la décima región (Valdivia, Osorno, Puerto Montt y Puerto Varas), que éstas cumplan con los requerimientos legales y aquellos que hayan sido dispuestos por los organismos de defensa de la libre competencia, como lo hizo con la promoción de lanzamiento de sus servicios “Triple Pack” que motivó la demanda. Por su parte, Telsur se comprometió a no imponer o eliminar cláusulas que se pudieran interpretar como una intención de imponer costos de salida que dificulten a los clientes la posibilidad de terminar sus contratos de servicios de telecomunicaciones.

c. Telmex Servicios Empresariales vs. Compañía de Telecomunicaciones de Chile y Telefónica Larga Distancia (Chile)

En noviembre de 2008, Telmex Servicios Empresariales demandó a la Compañía de Telecomunicaciones de Chile (Telefónica CTC) por distintas conductas contrarias a la libre competencia. En la demanda se especificaba que los mercados relevantes de análisis debían ser el de acceso al mercado prepago de Telefónica CTC, a través de la Tarjeta Línea Propia, y el servicio público telefónico de larga distancia para teléfonos prepago de Telefónica CTC. La empresa, a través de esta tarjeta, controlaría el acceso y los precios del mercado de telefonía de larga distancia de los clientes prepago, los cuales han ido creciendo continuamente.

Telefónica CTC es dominante en el mercado de telefonía local. Ofrece líneas prepago como opción para clientes postpago morosos, de esta forma, no procede el corte de su servicio telefónico. El servicio prepago también se ofrece a nuevos usuarios y clientes postpago

solventes que lo soliciten. Al año 2007, se había migrado al 25% de los usuarios de telefonía fija. Esta línea prepago requiere de la Tarjeta Línea Propia (TLP) para generar tráfico.¹⁷

Esta modalidad de migración perjudica a los *carriers* de LD en tanto ya no existe una Cuenta Única Telefónica, mediante la cual Telefónica CTC cobre las deudas que los abonados tenían con los *carriers*. Por el contrario, un usuario moroso puede migrarse al sistema prepago y continuar generando tráfico mediante la Tarjeta Línea Propia sin pagar su deuda con los *carriers*. Dado que muchos de ellos no cuentan con sistemas masivos de facturación y cobro, optan por dejar de ofrecer el servicio de larga distancia a usuarios prepago.

Otro mercado afectado es el de llamadas LDN y LDI, siendo Telefónica Larga Distancia dominante, a pesar de considerarse un mercado “competitivo”, pues solo tres concesionarios poseen red propia. En este mercado, Telefónica Larga Distancia opera con el número 188 y mediante el *carrier* Globus 120, mientras que Telmex opera con el 171.

Telefónica CTC invita a los *carriers* de LD a que envíen sus tarifas para el sistema prepago pero es ella quien establece el precio final al usuario de realizar las llamadas. Así, sobre la tarifa propuesta por Telmex, Telefónica CTC establece un “cargo de administración por el servicio complementario TLP” (remarcación). Esto desincentiva el uso de los diversos *carriers*, pues Globus 120, subsidiaria de Telefónica Larga Distancia, ofrece tarifas hasta 10 veces menores a las de otros *carriers*. Si se restase la tarifa de Globus del remarque resulta en un precio inalcanzable para el resto de *carriers*, lo cual sería indicio de precios predatorios. Otra evidencia de ello es el servicio ofrecido por concesionarios distintos de Telefónica CTC que no remarcan en tal magnitud las tarifas propuestas por los *carriers*.

Según Telmex, la dominancia de Telefónica CTC en el mercado local ya ha sido reconocida por el Tribunal, a lo cual debe agregarse el control respecto del acceso al mercado de “Tarjeta Libre Prepago”, dado que es monopolista respecto de este medio técnico. Asimismo, Telefónica Larga Distancia ha incrementado su cuota de mercado, tráficos e ingresos en detrimento del resto de *carriers*.

Como antecedente, se mencionan casos en los cuales Telefónica CTC y Telefónica Larga Distancia ya han incurrido en prácticas anticompetitivas, siendo sancionadas por el Tribunal al vulnerar el artículo 3 del Decreto 211 (letras b y c, referidas a la explotación abusiva por parte de un agente económico de su posición de dominio y las prácticas predatorias o de competencia desleal).

¹⁷ Esta tarjeta también permite llamar desde teléfonos públicos, teléfonos móviles y para el servicio de Internet controlado o prepago.

Así, específicamente para el caso de precios predatorios, Telmex acusa a las empresas del grupo Telefónica porque Telefónica Larga Distancia cumple la condición de poseer posición de dominio en el mercado de larga distancia y la ha incrementado en los últimos años. Además, fija precios muy bajos (comparado a los cargos de acceso y de administración), con lo cual no lograría cubrir sus costos. Finalmente, la empresa tiene la posibilidad de recuperar las pérdidas incurridas al contar con recursos de Telefónica CTC. Evidencia adicional sería que Telefónica Larga Distancia ya ha incurrido en esta conducta con anterioridad.¹⁸

En la Resolución Intermedia del 13.01.2010 se consigna que las partes acordaron conciliar y que el TDLC aprobó dicha conciliación. El acuerdo de conciliación incluye la celebración de un nuevo contrato entre Telmex y Telefónica Chile, respecto de la operación del servicio de larga distancia nacional e internacional de portadores en el Servicio Complementario de "Tarjeta Línea Propia (TLP)", que pretende mejorar las condiciones de competencia en que se presta dicho servicio, siendo las condiciones del mismo extensivas a todos los *carriers*. Asimismo, se establece la facultad de cada uno de estos *carriers* de definir libremente los precios de sus respectivos servicios, y realizar ofertas y descuentos sin la autorización previa de Telefónica Chile. Asimismo, en el contrato se establecen los cargos de administración que cobrará Telefónica Chile por cada llamada de larga distancia que utilice el sistema de prepago TLP y la distribución de los correspondientes cargos de acceso.

d. Movicom Bellsouth y CTI vs. Telecom Argentina - France Telecom y Telecom Personal (Argentina)

Movicom Bellsouth y CTI denunciaron a las empresas Telecom Argentina-France Telecom (operador incumbente de telefonía fija) y Telecom Personal (subsidiaria de telefonía móvil de Telecom Argentina) por el lanzamiento conjunto, a mediados del año 2000, de tres planes de telefonía: "Plan Grupo Familiar Básico", "Plan Grupo Familiar Full" y "Plan Grupo Pymes".

Estos planes incluían descuentos del 50% en el precio de determinadas llamadas, con la condición que el cliente tenga una línea fija de Telecom Argentina (servicio local), haya preseleccionado el servicio de larga distancia de esta empresa y tenga dos líneas celulares de Personal.

Los denunciantes destacaron que Telecom Argentina era incumbente en el "servicio básico telefónico local", por lo que no tendría competencia sustancial en este mercado, que incluso poseería poder de mercado suficiente para determinar los precios de este mercado sin que sus competidores puedan contrarrestar esta posibilidad.

¹⁸ Existía antecedente de caso Entel. vs. Compañía de Teléfonos de Chile Transmisiones Regionales (ahora Telefónica Larga Distancia), en el cual se ordenó a la segunda como medida precautoria no cobrar tarifas más bajas que la suma de los cargos de acceso a las redes telefonía de origen y destino más la tarifa de transporte conmutado.

La denuncia podía encajar, en primer lugar, como "venta atada" (Artículo 2", inciso i de la Ley Nº 25.156 de Defensa de la Competencia) ya que en el derecho estadounidense existe el criterio de que, una forma indirecta de imponer operaciones vinculadas, es mediante la concesión de descuentos u otras condiciones especiales a favor de quienes estén dispuestos a adquirir productos o servicios adicionales. También se manifestó que la conducta podía encuadrar en una práctica de precios predatorios (Artículo 2", inciso m de la Ley Nº 25.156) ya que:

- Resultaba evidente que si el precio del servicio, sea fijo o móvil, era rebajado en un 50%, ello implicaba una fuerte presunción de que se está prestando a un valor inferior a su costo, con la finalidad de perjudicar a la competencia.
- Se cumplen los dos presupuestos fundamentales para la configuración de esta práctica, a saber: significativo poder financiero de quien la realiza como para permanecer un período considerable en el mercado a pesar de las pérdidas y altas barreras de entrada para evitar el reingreso de la empresa excluida.

Para investigar el caso, en primer lugar, la Comisión analizó los productos relevantes en la demanda, evaluando sus costos. Esta evaluación se basó en los costos generados por las llamadas fijo-móvil, las llamadas móvil-fijo y las llamadas móvil-móvil.

Para las llamadas fijo-móvil, se concluyó que el Grupo Telecom poseía una ventaja de ingresos que estaba directamente vinculada con el hecho de la integración, lo cual permitía al Grupo reducir sus tarifas para este tipo de llamadas. Sin embargo, la Comisión destacó que del total del descuento solo un centavo correspondía al descuento sobre el tramo fijo, lo cual representaba solamente el 2.8% de la tarifa regulada. Por lo tanto, este descuento no era de una magnitud tal que un operador móvil no pudiese otorgarlo, absorbiendo éste el costo, y equiparando así la oferta del Grupo.

Para las llamadas móvil-fijo, se concluyó que en este tipo de llamadas los descuentos efectivos son mucho más bajos que lo anunciado por las empresas denunciadas, y además solo inciden sobre el 0.005% de llamadas salientes de teléfonos móviles de Personal.

Para las llamadas móvil-móvil, no existía una ventaja relativa para un operador integrado como el Grupo denunciado. El operador móvil factura la llamada y solo paga una tarifa en el caso de que la llamada esté dirigida a un equipo de otra red móvil. Pero al mismo tiempo recibe ingresos por todas aquellas llamadas que terminan en su red.

En segundo lugar, se evaluó la posición de las denunciadas en los mercados relevantes de los productos: mercado de telefonía móvil y mercado de telefonía fija; de igual manera dentro del

mercado geográfico relevante. Finalmente, se analizó la conducta ejercida por las demandadas en relación con los productos denominados "Plan Grupo Familiar" y "Plan Grupo Pymes".

Los resultados de la investigación mostraron que no se configuraron las circunstancias necesarias para que se presente la conducta denunciada, es decir la existencia de precios predatorios ante el descuento ofrecido por parte del Grupo, de manera que pueda surgir un perjuicio al interés económico general. Por ello, se concluyó que el GRUPO no había incurrido en alguna de las prácticas encuadradas en la Ley Nº 25.156 de Defensa de la Competencia.

2.1.2. Estrechamiento de márgenes o precios

En la industria de telecomunicaciones, los operadores dependen de ciertas facilidades esenciales de un operador verticalmente integrado. A la vez, este operador compite con operadores alternativos en el mercado minorista. Si este operador es dominante en el mercado mayorista puede extender su posición de dominio al mercado minorista.

La práctica de estrechamiento de márgenes se da cuando el operador dominante, que controla la facilidad esencial, establece precios minoristas muy cercanos al precio del servicio mayorista ofrecido a sus competidores. El operador dominante verticalmente integrado puede incrementar el precio mayorista de acceso (incrementando los costos de los competidores) o puede reducir sus precios minoristas. Así, se impide que un competidor eficiente obtenga un margen por sus operaciones en el mercado minorista.

Formalmente, el estrechamiento de márgenes se define como:
$$M = P_a - P_m$$
, con

P_a = precio de acceso cobrado por el incumbente a los entrantes

P_m = costo de ofrecer el servicio minorista

P_m = precio minorista del incumbente.

La ecuación implica que el incumbente incurriría en pérdidas si él comprara el acceso a la facilidad esencial al precio " P_m ". P_m no refleja el costo minorista del incumbente " P_m ".

La racionalidad detrás de esta conducta es que un operador verticalmente integrado tiene incentivos para excluir a un competidor en el mercado minorista. Según la Escuela de Chicago no hay necesidad de exclusión porque el operador dominante aún puede obtener beneficios como monopolista en el mercado mayorista. Sin embargo, la competencia puede ser imperfecta en el mercado minorista o se puede querer proteger el poder monopólico en el mercado mayorista (objetivo de evitar que otro operador se integre hacia atrás).

Este tipo de práctica es más común si existe un operador incumbente monopolista en el mercado mayorista, si además éste posee poder de mercado en el mercado minorista o si los productos ofrecidos en el mercado minorista son fácilmente sustituibles entre sí¹⁹.

En sí, el estrechamiento de márgenes reduce la competencia pero no necesariamente el bienestar, pues un operador verticalmente integrado puede ser más eficiente que sus potenciales competidores. Sin embargo, si éste no lo es, a la vez se impedirá la entrada de nuevos competidores eficientes o se forzará a la salida de estos. Los reguladores o agencias de competencia generalmente examinan los efectos de la práctica antes de sancionar esta práctica *per se*.

Cabe mencionar que el estrechamiento de márgenes puede probarse de las siguientes formas:

- Si el dominante no es rentable en el mercado minorista simulando que opera con el costo que ofrece a sus competidores.
- Si el margen entre el precio del servicio final y el precio de la facilidad esencial no permite que un proveedor eficiente obtenga unos beneficios “normales”.
- Test de operador igualmente eficiente: si la empresa está verticalmente integrada, es decir opera en el mercado ascendente (upstream) y en el mercado descendente (downstream), siendo dominante en el mercado upstream. Además, escoge un margen entre el precio de venta en el mercado downstream y el mercado upstream (pagado por los competidores) que es suficiente para cubrir sus costos en el mercado downstream. Desde un punto de vista global, es decir entre las actividades downstream y upstream, la empresa es rentable. Es posible que haya un rival en el mercado río abajo, tan o más eficiente que el incumbente, que pueda competir en dicho mercado.
- Test de costo de entrante razonablemente eficiente: en circunstancias apropiadas se debe demostrar que el margen entre el precio cargado a los competidores en el mercado río abajo y el precio cargado en el mercado río arriba es suficiente como para que permita a un competidor razonablemente eficiente obtener beneficios normales.

A continuación se presentan algunos casos que ilustran prácticas de estrechamiento de márgenes en el caso europeo, donde las empresas incumbentes que incurrieron en esta práctica fueron sancionadas fuertemente, en Australia, Estados Unidos y Chile.

¹⁹ La negativa de venta es una forma extrema de estrechamiento de márgenes (o de imposición de precio excesivo a un insumo).

a. Comisión Europea vs Deutsche Telecom (Alemania)

La Comisión Europea decidió abrir una investigación de oficio a raíz de las denuncias realizadas por Mannesmann Arcor y 14 operadores alemanes de redes fijas con licencias de reducido alcance geográfico contra Deutsche Telecom (DT) y la República Federal Alemana, en julio de 1999. DT era la empresa que contaba con el monopolio legal para la prestación de servicios de telecomunicaciones a usuarios finales a través de la red fija. No obstante, se encontraba expuesta a una competencia de diversa intensidad por parte de otros operadores desde la liberalización del mercado en agosto de 1996.

Tres de las denuncias alegaban que el margen entre las tarifas que DT aplicaba a sus competidores por el acceso desagregado al bucle local y las tarifas que han de pagar los consumidores finales por la conexión a la red fija de DT era insuficiente para que pudieran competir otros proveedores en el mercado de acceso minorista a través de las redes locales.²⁰

Para evaluar si DT incurrió en estrechamiento de márgenes, la Comisión Europea determinó, en primer lugar, si contaba con posición de dominio. Para ello, primero definió el mercado relevante tomando en cuenta los servicios de acceso mayorista (tarifas asociadas al acceso completamente desagregado al bucle local) y los servicios de acceso minorista (tarifas para líneas analógicas, líneas ISDN y líneas ADSL).

Una vez que se determinó la posición de dominio, se evaluó si DT incurrió en la práctica de estrechamiento de márgenes. Para la Comisión, hay abuso de posición dominante cuando una empresa integrada dominante establece, entre los precios mayoristas aplicados a los servicios destinados a sus competidores en un mercado ascendente (*upstream*) y los precios minoristas en un mercado descendente (*downstream*), una relación que dé lugar a una restricción de la competencia en el mercado mayorista o minorista. En referencia al acceso a la red local considerado en este caso, se presumió que se aplicaba una compresión abusiva de márgenes cuando la diferencia entre las tarifas minoristas de una empresa dominante y las tarifas mayoristas -para servicios comparables que aplica a sus competidores- es negativa o insuficiente para cubrir los costos específicos de producto incurridos por el operador dominante en la prestación de sus propios servicios minoristas en el mercado descendente.

La Comisión realizó una comparación de los servicios de acceso mayoristas y minoristas. Para efectos de establecer “comparabilidad” se utilizó un criterio ponderado para los

²⁰ La queja principal contra la República de Alemania fue que la autoridad reguladora había fijado las tarifas al por mayor a un nivel superior al de las tarifas para los usuarios finales.

precios y costos. En este método se tuvieron en cuenta todas las formas de acceso minorista al bucle local (analógico, ISDN, y ADSL) que se agrupan sobre la base del número de variantes de cada línea que el operador incumbente comercializa entre sus propios clientes finales. En la misma línea, se realizó la ponderación de los precios minoristas. Por tanto, los servicios mayoristas y minoristas comparables fueron el bucle local completamente desagregado y el acceso minorista a todas las variantes, es decir, analógicas, ISDN y ADSL. Luego, se realizó la determinación de los costos específicos de productos. Finalmente, para determinar el alcance del estrechamiento de márgenes, se realizó el cálculo del precio minorista promedio de acceso a la red local así como del precio mayorista para la determinación del margen entre ambos.

Si los precios minoristas promedio se situaban por debajo del nivel de las tarifas mayoristas, cabía concluir que había una compresión de márgenes. Los costos específicos de producto del operador incumbente por la prestación de sus propios servicios minoristas sólo se tenían en cuenta si los precios minoristas promedio se situaban por encima del nivel de las tarifas mayoristas. En tal caso, se estaba en presencia de una compresión de márgenes si los costes específicos de producto superaban el margen entre las tarifas minoristas y mayoristas.

Como los márgenes entre las tarifas minoristas y mayoristas de DT siempre fueron negativos entre 1998 y 2001, se demostró la existencia de una compresión de márgenes durante este período, sin ser necesario determinar si dichos márgenes eran suficientes para cubrir los costes incurridos por DT en la parte del *mercado downstream*, en sus relaciones con los usuarios finales. Estos márgenes negativos, por mes y línea, constituyeron más bien una cuantificación directa del alcance de la compresión de márgenes entre principios de 1998 y finales de 2001. Después de que en el año 2002, DT procediera por primera vez a un aumento de determinadas tarifas mensuales y fijas del ámbito minorista, se produjo un margen positivo entre las tarifas minoristas y mayoristas de DT. Por ello, para demostrar la existencia de una compresión de márgenes durante el año 2002, se realizó el cálculo de los costos promedio. Se desprendió que la compresión de márgenes continuó incluso después de los aumentos de precio de DT de mayo de 2002, julio de 2002 y enero y febrero de 2003, puesto que los costes específicos de producto continuaron siendo superiores al margen positivo entre las tarifas minoristas y mayoristas. A ello hay que añadir que los costos específicos de producto promedio de DT aumentaron continuamente con cada nuevo cliente del servicio ADSL.

La Comisión concluyó que DT abusó de su posición dominante en el mercado de acceso directo a su red de telefonía fija, afirmando que había infringido desde 1998 la letra a) del artículo 82 del Tratado CE al aplicar a sus competidores y clientes finales unas tarifas

mensuales y fijas no equitativas para el acceso a la red local, perjudicando con ello de manera considerable la competencia en el mercado del acceso a la red local.

Se dispuso que la empresa DT cesara inmediatamente de incurrir en la infracción mencionada y se abstuviera de incurrir en el futuro en un comportamiento similar. Además, se le impuso una multa de 12.6 millones de euros.

b. Wanadoo vs Telefónica España (España)²¹

En julio de 2003, la empresa Wanadoo (France Télécom España S.A) presentó a la Comisión una denuncia contra Telefónica España alegando que el margen entre los precios mayoristas que las filiales de Telefónica cobraban a sus competidores por el acceso de banda ancha mayorista en España y los precios minoristas que cobraban a los usuarios finales, no era suficiente para que los competidores de Telefónica pudieran competir con ella en el suministro de acceso minorista a Internet de banda ancha. Cabe recalcar el papel central de Telefónica en la prestación de todos los servicios de acceso de banda ancha mayorista disponibles en España y su presencia en el mercado minorista de acceso de banda ancha.

Para iniciar la investigación, la Comisión identificó los mercados mayoristas de referencia: el mercado del acceso de banda ancha mayorista cuyo tráfico se entrega a nivel regional y el mercado del acceso de banda ancha mayorista cuyo tráfico se entrega en un punto nacional de entrega (sin incluir acceso vía cable-módem u otras tecnologías distintas del ADSL).

En segundo lugar, se distinguieron los mercados minoristas de servicios de banda ancha dirigidos al mercado de masas de los servicios de banda ancha a medida. En este caso, sólo se tomó en cuenta el primero de ellos. De igual forma, se consideró el mercado geográfico de referencia, tanto minorista como mayorista, a nivel nacional.

En tercer lugar, se analizó la posición de dominio de Telefónica en los mercados de referencia definidos anteriormente. La Comisión señaló que desde 1999, Telefónica era el único operador que proporcionaba acceso regional mayorista en España (100% de cuota de mercado). Así, era poco probable que los compradores de la oferta regional mayorista poseyeran poder de negociación suficiente, así como los clientes, que sólo tendrían poder de negociación si pudieran plantear una amenaza creíble de comprar un producto mayorista regional competidor, pero tal producto no existía.

²¹ COMP/38.784 Telefónica S.A.

Además, desde 2001, la cuota de Telefónica había sido más de 11 veces mayor que la de su principal competidor en el mercado minorista. La posición dominante de Telefónica también se basaba en las características distintivas de los servicios de red: economías de escala y alcance e integración vertical. Telefónica siempre ha estado en condiciones de influir perceptiblemente en la disponibilidad de los productos mayoristas, que sus competidores minoristas de ADSL necesitaban para replicar sus ofertas minoristas tanto técnica como económicamente, por lo cual se determinó que Telefónica también era dominante en el mercado minorista.

Para estudiar el supuesto estrechamiento de márgenes por parte de Telefónica se, propuso un método que consideraba cinco elementos importantes:

- El nivel de eficiencia de los competidores (test del "competidor igualmente eficaz")
- El estándar de costos apropiado, que es el de los costos promedio incrementales a largo plazo (LRAIC)
- El tipo de análisis de rentabilidad: la Comisión ha analizado la rentabilidad con los métodos "periodo a periodo" y "flujos de caja descontados"
- El nivel de agregación que debe utilizarse para determinar la existencia del estrechamiento de márgenes, el cual ha sido calculado en base a la cartera agregada de los servicios minoristas ofrecidos por Telefónica
- La elección del insumo ascendente al determinar la posibilidad de replicar los precios descendentes: los precios minoristas de Telefónica tienen que poder ser replicables por un operador igualmente eficaz con base en al menos un producto de Telefónica en cada mercado mayorista.

La Comisión evaluó si el margen entre las tarifas en los mercados ascendente (upstream) y descendente (downstream) de Telefónica cubría al menos los LRAIC en sentido descendente de la empresa. Para desarrollar el modelo, la Comisión optó por un método de rentabilidad. Sin embargo, ambos, el llamado método periodo a periodo y el método de los flujos de caja descontados llevaron a la misma conclusión: que Telefónica había impuesto un estrechamiento de márgenes a sus competidores. Este hecho le permitió controlar e influir en los precios del mercado, la producción, la innovación, la variedad y la calidad de servicios en el mercado durante un importante periodo de tiempo.

La infracción se consideró como "muy grave". Se concluyó que Telefónica S.A. y Telefónica de España S.A.U. infringieron el artículo 82 del Tratado CE al aplicar tarifas no equitativas a la prestación de servicios mayoristas y minoristas de acceso de banda ancha desde septiembre de 2001 hasta diciembre de 2006. Por esta infracción, se impuso una multa de 151,87 millones de euros a Telefónica S.A. solidariamente con Telefónica de España S.A.U.

c. Freeserve vs. British Telecom Openworld (Reino Unido)

La empresa Freeserve y British Telecom Openworld (BTOW), ésta última subsidiaria de British Telecom (operador incumbente de telefonía fija) eran proveedores de banda ancha en Reino Unido. La primera presentó una queja formal ante OFTEL (regulador de telecomunicaciones) sobre supuestas prácticas anticompetitivas en marzo de 2002. Aunque la mayoría de los alegatos fueron descartados en abril de 2003, el Director de OFTEL reanudó la investigación respecto al tema de los precios.

La queja inicial fue causada por el anuncio de BTOW de recortes de precios minoristas dirigidos a la instalación del servicio de banda ancha Home 500 y el lanzamiento del producto autoinstalable Plug & Go al mismo precio reducido. Estos se ofrecieron días después de los recortes de precios mayoristas de banda ancha de BT Wholesale.

Según Freeserve, BTOW presuntamente incurría en una práctica de precios predatorios, ya que no era posible generar ingresos suficientes para cubrir sus costos variables e incrementales. Esta conducta también podría estar acompañada por la existencia de subsidios cruzados y estrechamiento de márgenes con British Telecom (BT). Por tanto, BTOW estaría infringiendo la prohibición del Capítulo II del Acta de Lineamientos de Competencia de la OFT de 1998 (abuso de posición de dominio).

Oftel reinició la investigación en mayo de 2003, enfocándose en estas tres conductas. En el documento, se consideró que la predación y el estrechamiento de márgenes (como caso particular de subsidio cruzado) estaban muy relacionados, aunque existieran ligeras diferencias entre ambas conductas. La predación podía ocurrir sin integración vertical e implicaba una recuperación posterior de las pérdidas, lo cual no necesariamente ocurriría en un escenario de estrechamiento de márgenes. Además, el estrechamiento de márgenes podría incrementar la rentabilidad de una firma. Finalmente, la predación generalmente produce la salida de competidores del mercado mientras que el estrechamiento de márgenes solo distorsiona los términos de la competencia. El caso bajo investigación se llevó a cabo como si fuera uno de estrechamiento de márgenes, aunque se reconoció que las preguntas sobre si BT incurrió en estrechamiento de márgenes o si BTOW incurrió en predación de precios eran las mismas: ¿el margen entre el insumo de BT y los precios de BTOW es suficiente para permitir la recuperación de costos minoristas? Esto probaría si un competidor igualmente eficiente sería capaz de competir en el mercado minorista.

En el análisis realizado, BTOW no fue denominado operador dominante en el mercado minorista de acceso a banda ancha (mercado relevante) a pesar de ser el proveedor de Internet con mayor cuota de mercado. En el mercado *upstream* relacionado (de Servicios Intermedios), BT sí fue denominado operador con posición de dominio.

Son principalmente dos los métodos analíticos para determinar si la empresa es rentable o si incurre en pérdidas: análisis *forward-looking* de flujos de caja descontados y, como enfoque alternativo, el análisis de datos históricos de contabilidad financiera. Una ventaja de usar el flujo de caja descontado es que considera explícitamente la recuperación de costos de capital en el tiempo, por lo que OFTEL adoptó dicho método.²²

Para el análisis del margen entre los precios minoristas de BTOW y los precios mayoristas de BT Wholesale, se tomó como referencia el costo incremental promedio de largo plazo como estándar relevante, dado que permitía recuperar los costos del capital así como los gastos operativos. Si la firma hiciera que sus precios fueran iguales al costo variable promedio en el corto plazo (de forma perpetua), ésta nunca recobraría el costo de capital y por lo tanto no sería rentable. Para que un precio sea sostenible se necesita que éste sea lo suficientemente alto como para permitir a la empresa recuperar todos sus costos en el largo plazo. Para el caso de costos de capital, un concepto clave es el de “sendas” que permitan recuperar el costo en el tiempo, en vez de recuperar costos en un año determinado. Ambas aproximaciones tratan este tema pero de formas diferentes. El flujo de caja descontado explícitamente considera la manera en que los costos son recuperados en un periodo de tiempo. En el caso de análisis histórico de datos el tratamiento de costos implícitamente especifica una senda de costos que se recuperan en el tiempo.

En noviembre de 2003, la investigación concluyó y no se impuso una multa a BTOW porque la evidencia no fue suficiente para demostrar que esta empresa hubiera abusado de su posición de dominio y hubiera dañado a la competencia en el mercado. Basándose en el análisis de todos los puntos anteriores, se declaró que no había pruebas suficientes por las cuales se podía determinar que BT estuviera incurriendo en alguna práctica anticompetitiva. Particularmente, se determinó que BTOW no realizaba prácticas de precios predatorios, subsidios cruzados ni estrechamiento de márgenes. Tampoco se pudo denominar a BTOW como operador dominante. Sin embargo, sí se denominó a BT como operador con posición de dominio en el mercado de banda ancha mayorista.

d. Base vs Belgacom Mobile (Bélgica)

En octubre de 2005, el operador Base presentó una queja ante el Consejo de Competencia Belga, responsabilizando a Proximus, empresa vinculada a Belgacom, de prácticas exclusionarias en el mercado móvil.

²² Sin embargo, OFTEL consideró en la investigación las posibles desventajas de este método.

La investigación por parte del Consejo se inició con la definición del mercado relevante. Se debatió la sustituibilidad entre la telefonía fija y móvil, y si era posible la segmentación del mercado móvil entre tipos de clientes. Sobre el primer tema, se definió que no eran sustituibles desde el lado de la demanda y de la oferta en el periodo 2002 – 2005. Sobre el segundo, se tomaron en cuenta las diferencias de precio, características del servicio, ofertas y estrategias adoptadas por los operadores para cada segmento: clientes residenciales, clientes comerciales sin requerimientos a medida y clientes comerciales con requerimientos a medida (como grandes empresas). Aunque el mercado relevante sería el de telefonía móvil a nivel nacional, también se tomaría en cuenta el segmento de clientes comerciales con requerimientos a medida (aunque no fuera reconocido como un mercado distinto).

El Consejo encontró que Proximus era dominante en el mercado móvil minorista debido a su cuota mayor al 50%, y que esta cuota era más importante en el segmento de clientes comerciales con requerimientos a medida (alrededor del 70%), que correspondía a un mercado duopólico. Además, aunque el mercado mostraba características dinámicas, la posición de dominio de Proximus se veía reforzada por los vínculos con la incumbente de telefonía fija Belgacom (en cuestión de clientes y de red de comercialización), su posición para establecer precios elevados y barreras a la entrada.

Se analizaron los diversos reclamos contra Belgacom. El primero de ellos se refería a las rebajas tarifarias para fidelizar clientes comerciales, en particular, aquellos con requerimientos a medida. Los efectos de la fidelización podrían impedir la competencia en este mercado pero esto no se demostró en el análisis, ya que Mobistar ofrecía ofertas similares y, en general, los clientes de este tipo generaban presión competitiva en el mercado.

El segundo y tercer reclamo se refirieron a los altos cargos de terminación de Belgacom Mobile hacia sus competidores, sin embargo, estos cargos de terminación habían sido fijados por la autoridad regulatoria (IBPT) durante el periodo de 2002 a 2005, por lo cual también se desestimaron.

El cuarto reclamo fue por estrechamiento de márgenes. En este caso, se observó que los cargos de terminación móvil en la red de Proximus para llamadas originadas en las redes de Base o Mobistar (precio mayorista) eran mayores que el precio de las llamadas *on net* de Belgacom Mobile (precio minorista). El Consejo encontró que la estrategia adoptada por Proximus configuraba un estrechamiento de márgenes durante los años 2004 y 2005. Se consideró que constituía un abuso de posición de dominio ya que los competidores se encontraban imposibilitados de replicar esta estrategia. Cabe mencionar que el Consejo

no se pronunció sobre el nivel muy bajo de las tarifas on net o muy alto de las tarifas off net *per se*, sino en relación a los cargos de terminación.

La investigación concluyó en abril de 2008. En mayo de 2009 se decidió que se debía imponer una multa a la empresa de € 66.3 millones por infracciones al artículo 3 de la APEC²³ y el artículo 82 del Tratado de la Comunidad Europea durante los años 2004 y 2005. Para el cálculo de la sanción se tomó en cuenta la naturaleza de la conducta, la cuota de mercado de Proximus y el impacto económico de la conducta.

e. Australian Competition & Consumer Commission vs Telstra – I (Australia)

La ACCC inició una investigación de oficio ante la sospecha que Telstra, operador incumbente de telefonía fija en Australia, estaba incurriendo en al menos un tipo de práctica anticompetitiva. Se publicó el *Competition Notice* en Abril de 2006, vigente hasta Abril de 2007.²⁴

En Diciembre de 2005, Telstra incrementó el precio minorista de su producto “HomeLine Part” sin incrementar el precio de otros productos. Esta línea, en particular, permite la preselección del servicio de llamadas con otros proveedores. Además, incrementó el precio mayorista del producto “Home Access”, que era un insumo esencial que permitía a otros proveedores ofrecer el acceso y el servicio de llamadas.

En el mercado mayorista de servicios locales Telstra fue identificado como proveedor con poder de mercado. Esto se debió a varias razones, como el control de la única red de telefonía con cobertura casi nacional, su alta cuota de mercado, las barreras a la entrada, la integración vertical con el mercado minorista y la inexistencia de poder compensatorio de mercado por parte de sus competidores.

Se determinó que Telstra había abusado de su poder de mercado. Los efectos de esta conducta fueron evitar la competencia para el segmento de menores recursos (*Lower Spend Customers*) en el mercado minorista de telefonía fija, debido a la imposibilidad de los competidores de recuperar los costos totales de proveer el servicio. Además, redujo los incentivos de los competidores para mantener sus actividades en el mercado minorista de telefonía fija y produjo un incremento de precios en este mismo mercado. Finalmente, incrementó las barreras a la entrada.

²³ Act on the Protection of Economic Competition. En: statbel.fgov.be/en/binaries/apec-new_tcm327-56301.pdf.

²⁴ Según el Acta de Prácticas de Comercio de 1974 (*Trade Practices Act*), es necesaria la publicación de la *Competition Notice* antes de que terceros involucrados puedan solicitar una compensación. Además, permite que se inicie un proceso penal si la ACCC decide posteriormente llevar a cabo una medida correctiva.

En Agosto de 2006 se publicó la Revisión Estratégica de Servicios de Redes Fijas, la cual incluyó la declaración de Servicios Mayoristas de Alquiler de Líneas. En particular, la declaración trató sobre la resolución de conflictos en materia de acceso y precios del servicio mayorista. Dado que ahora la ACCC proveía principios para establecer precios mayoristas y Telstra se encontraba sujeta a esta regulación, en Febrero de 2007 se revocó la *Competition Notice* sin consecuencias legales para el operador incumbente.

f. Australian Competition & Consumer Commission vs Telstra – II (Australia)

En febrero del año 2004, la ACCC inició de oficio otra investigación a Telstra en el mercado de banda ancha mayorista, debido a la sospecha de una práctica de estrechamiento de márgenes.

La ACCC analizó el poder de mercado de Telstra en el mercado mayorista de banda ancha, concluyendo que sí poseía poder de mercado. Luego evaluó que los precios al por mayor de servicios de banda ancha, cobrados por Telstra a sus clientes mayoristas, eran dados a un nivel de precio con una pequeña diferencia positiva o negativa de los precios al por menor. De igual manera, evaluó la posibilidad de barreras de entrada al mercado minorista.

La ACCC emitió una notificación (*advisory notice*) a Telstra en relación a su política de precios del servicio de Internet de banda mayorista a fin de que redujera los precios mayoristas para la provisión de servicios de banda ancha a sus usuarios mayoristas, a un nivel menor al de los precios minoristas "...siendo suficiente habilitar a sus usuarios mayoristas a proveer servicios de banda ancha a sus usuarios minoristas a precios que no dañaran sustancialmente o previnieran a los usuarios mayoristas de competir con Telstra en el mercado de banda ancha minorista". El anuncio advertía a Telstra que cambiara su conducta para evitar la comisión una práctica competitiva.

El 20 de marzo de 2004 entró en vigor la "Parte A" de una norma (*competition notice*) que emitió la ACCC respecto a Telstra, por la cual se consideró que ésta había incurrido en, al menos, un caso de conducta contraria a la competencia. La ACCC concluyó que Telstra había tomado ventaja de su alto grado de poder de mercado en el mercado mayorista de banda ancha mediante la participación en las conductas descritas anteriormente.

En febrero de 2005, la ACCC anunció que había revocado la parte A (*competition notice*) que había emitido para Telstra. La resolución incluyó un descuento a los clientes afectados y además, se llegó a un acuerdo con Telstra por el cual la empresa estaría obligada de informar a la ACCC de cambios en los precios futuros para servicios de banda ancha.

g. Linkline Communications vs. Pacific Bell (Estados Unidos)

Linkline Communications, proveedor minorista de banda ancha, acusó a Pacific Bell, subsidiaria de AT&T, por llevar a cabo una práctica de estrechamiento de márgenes, negativa de venta y negativa de acceso a una facilidad esencial en el mercado de banda ancha en California, en el año 2008.²⁵ La Federal Communications Commission (FCC) había impuesto, como condición de aprobación de una previa fusión, que AT&T proveyera de DSL mayorista a sus competidores a un precio no mayor al que ofrecía a nivel minorista. Según la demandante, AT&T estaba obligada a asegurar, según la ley de competencia, un margen “justo” entre los precios minoristas y mayoristas.

AT&T respondió a la demanda afirmando que el caso era similar al de Verizon vs. Curtis Trinko²⁶, por lo que no se podía establecer un caso de práctica anticompetitiva si un operador verticalmente integrado no tenía obligación de comerciar bajo el Acta de Sherman (*antitrust duty to deal*), es decir, de asegurar beneficios para sus competidores. Para lidiar con el caso, la Corte separó la demanda en dos: una por obligación de venta a nivel mayorista y otra de precios predatorios a nivel minorista.

Sobre la demanda a nivel mayorista, como en el caso de Verizon vs. Trinko, en el que también existía un monopolista en el mercado *upstream* que abusaba de su posición de dominio para impedir la competencia en el mercado *downstream*, no existía obligación a nivel mayorista de comerciar según el Acta de Sherman, por lo que tampoco existía responsabilidad de ofrecer una venta favorable para los competidores. Así, la Corte decidió que no se había establecido correctamente la base legal del caso.

Sobre los precios predatorios a nivel minorista, era necesario demostrar dos hechos²⁷: el establecimiento de precios por debajo de los costos de los competidores y que exista una probabilidad “peligrosa” de recuperación de pérdidas. Estos test debían realizarse con cuidado porque se podría castigar injustamente a un operador que por la dinámica competitiva del mercado baje los precios de los servicios que ofrece. Al realizar los test, se demostró que AT&T no había establecido precios por debajo de costos. Dado que la demanda no contenía ninguno de estos dos elementos, el caso tampoco prosperó por este lado.

²⁵ Cabe mencionar que hay conductas que pueden juzgarse bajo el Acta de Telecomunicaciones de 1996, como bajo el Acta de Sherman de prácticas anticompetitivas de 1890.

²⁶ Ver página 49.

²⁷ Test realizado en 1993 para el caso Brooke Group v. Brown & Williamson Tobacco.

Los desarrollos en la Ley de Competencia, según la Corte, permitían la existencia de un monopolista con derecho a establecer precios según este esquema, sin interferencia estatal, lo cual sería parte de un mecanismo de mercado.

En el año 2009, la Corte Suprema decidió unánimemente que, dado que AT&T no tenía obligación de negociar a nivel mayorista y no había incurrido en una práctica de precios predatorios a nivel minorista, tampoco tenía obligación de garantizar beneficios a sus competidores, y la acusación no podía proceder bajo el Acta de Sherman.

h. OPS Ingeniería, ETCOM, Interlink Global Chile Ltda. y Sistek Ltda vs. Telefónica Móviles de Chile

El caso se compuso de una serie de demandas contra Telefónica Móviles de Chile (TMCH) que fueron incorporándose a un solo expediente. La primera fue de OPS Ingeniería en abril de 2007, luego ETCOM en junio, Interlink en julio y, finalmente, Sistek en septiembre del mismo año.

Las empresas ofrecían el servicio de conversión de llamadas fijas a móviles (celulink) para lo cual requerían contratar planes de minutos con todos los operadores móviles; de esta forma podían ofrecer tarifas on-net a sus clientes. Cabe señalar que este servicio también era ofrecido por TMCH.

Las cuatro empresas presentaron demandas por las alzas injustificadas y abusivas de los precios del servicio de telefonía móvil, lo que constituiría un caso de discriminación de precios (pues estas alzas no se aplicaban para todos los clientes), que se tradujo en un estrechamiento de márgenes de las demandantes.

Al respecto, para probar la discriminación de precios, la Fiscalía Nacional Económica, comparó el precio de los planes ofrecidos a distintos clientes según el tráfico que generaban. De dicha evaluación, concluyó que los precios no eran objetivos ni transparentes, es decir, sólo a los clientes que representaban competencia para TMCH se les había incrementado el precio. Esta discriminación arbitraria de precios se tradujo en un estrechamiento de márgenes de los competidores al encarecer el precio del insumo esencial para que operen en el mercado de terminación de llamadas fijo-móvil on-net.

Por su parte, OPS y Sistek agregaron una demanda adicional por haber bloqueado ciertos elementos básicos para la prestación de su servicio. Estas dos empresas, junto con ETCOM también denunciaron la imposibilidad de migrar líneas de tecnología analógica a digital (negativa de ventas).

La demanda de OPS y Sistek por bloqueo de servicios no pudo ser probada, dada la existencia de e-mails de funcionarios de TMCH en los que constaba que hubo intención de solucionar el problema de bloqueo de *simcards*.

El 15 de octubre de 2009 se sancionó a Telefónica Móviles de Chile con una multa de \$2.6 millones. Se le acusó de haber incurrido en una práctica de discriminación de precios que se tradujo en un estrechamiento de los márgenes en el mercado de servicios de terminación de llamadas fijo-móvil on net. Además de la multa, se le prohibió cobrar precios discriminatorios a las empresas que ofrecen el servicio de terminación de llamadas fijo-móvil on-net, respecto de los que cobra a sus demás clientes del servicio de telefonía móvil. Solo podría discriminar precios fundándose en circunstancias objetivas y aplicables a todo el que se encuentre en las mismas condiciones.

i. Telmex Servicios Empresariales vs. Compañía de Telecomunicaciones de Chile y Telefónica Larga Distancia (Chile)

Como se mencionó en la sección de precios predatorios, este caso iniciado a fines del año 2008, se basó en la denuncia de Telmex a Telefónica CTC respecto a la oferta de línea prepago de la última, que generaba tráfico mediante la Tarjeta Libre Prepago. Las tarifas de larga distancia de esta tarjeta para realizar llamadas mediante otros carriers serían mayores debido a que CTC añadía un cargo por administración de servicios a las tarifas propuestas por los *carriers*. De esta forma, se impediría que compitan con el operador Globus 120, integrado a Telefónica Larga Distancia, con tarifas hasta diez veces menores.

En el caso de la denuncia por estrechamiento de márgenes, Telmex alegó que Telefónica CTC y Telefónica Larga Distancia cumplían con la condición de ser empresas verticalmente integradas. Además, señaló que Telefónica CTC era dominante en el mercado ascendente (*upstream*), que el margen entre el precio al usuario final y el precio del insumo era insuficiente para cubrir los costos y que esa conducta había durado lo suficiente para debilitar a la competencia.

Como se mencionó anteriormente, el TDLC aprobó el acuerdo de conciliación entre las partes a inicios del año 2010. Dicho acuerdo incluyó la celebración de un nuevo contrato entre Telmex y Telefónica Chile, respecto de la operación del servicio de larga distancia nacional e internacional de portadores en el Servicio Complementario de “Tarjeta Línea Propia (TLP)”, que pretende mejorar las condiciones de competencia en que se presta dicho servicio: se establece la facultad del carrier (extensivo al resto) de definir libremente los precios de sus respectivos servicios, y realizar ofertas y descuentos sin la autorización previa de Telefónica Chile, a la vez de establecer los cargos de administración que cobrará

esta última Telefónica Chile por cada llamada de larga distancia que utilice el sistema de prepago TLP y la distribución de los correspondientes cargos de acceso.

j. Outremer Telecom y Mobius vs. France Telecom (Regiones de Ultramar Francesas)

El caso de las regiones de ultramar francesas es interesante en tanto se aplica la misma normativa que la de Francia, es decir, las Directivas de la Comunidad Europea. Las empresas Outremer Telecom y Mobius denunciaron ante la Autoridad de Competencia Francesa en julio de 2005 y octubre de 2006 que Wanadoo Interactive (subsidiaria de France Telecom, operador incumbente en la región) había incurrido en abuso de posición de dominio.

Outremer Telecom era el principal operador alternativo en estas regiones, mientras que Mobius era un operador más pequeño en las Regiones Francesas de Ultramar (Reunión). Ambos ofrecían los servicios minoristas de telefonía fija y banda ancha gracias a la oferta mayorista de France Telecom.

Se realizó la denuncia por diversas prácticas anticompetitivas en los mercados de banda ancha y telefonía fija en las regiones de Martinica, Guadalupe, Guyana Francesa y Reunión, entre ellas, la de estrechamiento de márgenes que se habría dado en Reunión. Aunque ambas empresas retiraron su denuncia durante el año 2009, la investigación continuó de oficio.

Según la Autoridad de Competencia, entre los años 2001 y 2006, France Telecom incurrió en una serie de medidas para debilitar a sus competidores y elevar las barreras a la entrada de los mercados en los cuales participaba, evitando la entrada de nuevos operadores alternativos:²⁸

- Estrechamiento de márgenes en oferta de banda ancha en Reunión. Aplicó tarifas minoristas irreplicables por cualquier otro operador (en particular Mobius), dado que fueron menores que los precios mayoristas ofrecidos a operadores alternativos por los servicios de DSLE y Tránsito IP entre Reunión y Francia.
- Precios excesivos y negativa de seguridad para el servicio de líneas alquiladas para comunicaciones entre Reunión y Francia. Esta práctica dificultó el desarrollo del mercado de banda ancha en Reunión, evitando que los competidores alternativos ingresen al mercado o puedan ofrecer un servicio de calidad similar al ofrecido por France Telecom a nivel minorista.

²⁸ Las comunicaciones entre los territorios de ultramar y Francia se realizan mediante el Cable SAFE (South Africa-Far East), cable submarino de fibra óptica que bordea la costa africana y conecta Portugal con Malasia. France Telecom posee una red regional que permite el enlace entre sus clientes mayoristas y un punto centralizado.

- Prácticas de recuperación de clientes perdidos (*winback*). Dado que France Telecom poseía información de los usuarios que habían preseleccionado operadores alternativos (mediante los datos del bucle de abonado), comenzó a ofrecer ofertas específicas para atraer a sus antiguos clientes y a desacreditar a sus competidores.
- Retraso en la implementación de un servicio de restricción de llamadas compatible con la preselección de un operador alternativo. El mal funcionamiento del bloqueo de línea fue percibido por los consumidores como un error de los nuevos operadores alternativos, cuando fue un error de cumplimiento de France Telecom. Esto ocasionó el descrédito de estos nuevos operadores.

En particular, para el caso de estrechamiento de márgenes se analizó si France Telecom o una empresa igual de eficiente, podría ofrecer servicios minoristas sin pérdida si tuviera que pagar por los servicios mayoristas, el precio que cobraba a sus competidores. Se determinó que los precios minoristas eran irreplicables, encontrándose entre 4% y 83% por debajo de los costos mayoristas que enfrentaría un operador alternativo como Mobius. El mismo test se aplicó en comparación a otros operadores, encontrándose que esta práctica había sido extendida.

En julio de 2009, la Autoridad de Competencia terminó con la investigación determinando que France Telecom había incurrido en un abuso de su posición de dominio. Realizó una práctica de estrechamiento de márgenes en sus productos de acceso a internet de alta velocidad (eXtense y Wanadoo ADSL), entre otras prácticas mencionadas. Fue multada con € 27.6 millones, en base al Artículo 82 del Tratado de la Comisión Europea y al Artículo 420-2 del Código de Comercio.

El daño causado por las conductas de France Telecom es más grave si se toma en cuenta que afectó a población de bajos ingresos de territorios poco desarrollados. Por tanto, la Autoridad incrementó la multa en 50%, además, existían infracciones previas similares cometidas por el operador incumbente.²⁹ Por otro lado, la redujo en 20% debido a que France Telecom no impugnó la sentencia y se comprometió a modificar su comportamiento y a evitar futuras prácticas.

2.1.3. Subsidios cruzados

Un **subsidio cruzado** se refiere a la situación cuando una empresa financia las pérdidas en las que incurre al ofrecer un servicio en un mercado potencialmente competitivo, con los ingresos obtenidos por otro servicio en el que cuenta con poder de mercado. Así, es posible que ofrezca el servicio a un precio por debajo de su costo.

²⁹ 26 de julio de 2001 y 7 de noviembre de 2005.

Esta práctica puede tener dos objetivos concretos:

- El financiamiento de un servicio público poco rentable, como puede ser la telefonía rural. De esta forma se evita el cobro de un precio muy alto en zonas rurales y, a la vez, se evita que la empresa incurra en pérdidas.
- Perjudicar a los competidores, pues mediante el establecimiento de un precio por debajo del costo es posible que la empresa que incurre en esta práctica fuerce la salida de los competidores financieramente débiles del mercado.

Es justamente este último objetivo el que se encuentra prohibido porque restringe la competencia en los mercados y, por tanto, el bienestar de los consumidores. Como muestra de casos de prácticas de subsidio cruzado se encontraron tres casos, el primero de Argentina en el que la denuncia sobre esta conducta fue desestimada, el segundo de Chile, en el que la denuncia de subsidio cruzado venía junto con la de ventas atadas, y el tercero el caso de Telmex contra CTC de Chile, por la Tarjeta Libre Pago. Se desarrollan los dos primeros, pues el tercero ha sido desarrollado anteriormente (ver acápite 2.1.1). Cabe señalar que en el caso de Freeserve vs British Telecom y British Telecom Openworld (puede revisarse en la sección 2.1.2.), se consideró la práctica de estrechamiento de márgenes como un caso particular de subsidio cruzado.

a. Impsat vs. Telefónica de Argentina, Telecom Argentina, France Telecom y sus respectivas afiliadas (Argentina)

En 1998, Impsat denunció que las empresas licenciatarias del servicio básico de telefonía (Telefónica de Argentina, Telecom Argentina y France Telecom) aprovechaban sus facilidades de red para cobrar precios bajos por el servicio de transmisión de datos, utilizando a sus empresas subsidiarias (Startel, Advance y Telecom). De esta forma, estarían incurriendo en un subsidio cruzado desde el servicio de telefonía fija hacia el servicio de transmisión de datos en competencia.

Como Impsat no requería de la red de telefonía pública para brindar su servicio, dado que este era un servicio satelital, no existía un problema de acceso a una facilidad esencial. El caso pasó de la Comisión Nacional de Comunicaciones (CNC) a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC), sin que la primera se pronunciara sobre si éste constituía una infracción regulatoria o una infracción a la ley de competencia.

La CNDC procedió a definir el mercado relevante del producto, el cual era de alcance nacional. Al corroborar la posición de Startel, Advance y Telecom, no se pudo afirmar que fueran dominantes pues Impsat era un competidor importante para las tres. Sin embargo, se determinó que sí tenían una “posición ventajosa” al ser afiliadas de las licenciatarias de servicio público telefónico.

La CNDC analizó la conducta a la luz de la Ley 22262 (Ley de Defensa de la Competencia), no bajo el marco regulatorio. La denuncia era por subsidios cruzados desde el sector de telefonía básica (dado en exclusividad) al servicio en competencia de transmisión de datos, por lo que podían cobrar precios bajos (precios predatorios). La autoridad señaló que resultaba pertinente analizar las pérdidas a nivel de grupo económico de cada licenciataria de servicio telefónica básico con su respectiva afiliada.

En la investigación, se hizo alusión a un caso de subsidios cruzados en la Comisión Europea³⁰ en el que se propuso un test de ingresos netos, por el cual se comparaba la rentabilidad de ejecutar determinada acción.

Se planteó que si los precios cobrados por las denunciadas se hubieran encontrado por encima del costo incremental de largo plazo (“CILP”) de la prestación del servicio de transmisión de datos y la acción comercial denunciada generase una ganancia incremental para el grupo económico, la conducta de las denunciadas no sería violatoria. Si los precios cobrados por las denunciadas se encontraran por encima de dicha medida apropiada de costos, y únicamente reflejaran una ventaja en costos respecto de sus rivales, entonces no existiría conducta anticompetitiva por parte de las denunciadas (su comportamiento sería el esperable en un mercado competitivo, donde los precios tienden a reflejar los verdaderos costos de producción). En otras palabras, si la conducta de las denunciadas es maximizadora de beneficios en todo momento del tiempo, entonces no podría ser considerada anticompetitiva o predatoria.

Lo señalado en el párrafo anterior no respondió a una medición o estimación empírica de la relación precios/costo por parte de la autoridad, si no que constituyó una inferencia a la cual la autoridad arribó en base a determinados elementos de juicio.

En forma complementaria, se consideró apropiado realizar el análisis de los efectos de la conducta sobre la competencia, el mercado y el interés económico general. Al efectuar dicho análisis la autoridad detectó que este mercado no había avanzado hacia la monopolización, incluso que la conducta denunciada no había evitado que Impsat continuara siendo un competidor efectivo. En tal sentido, se desestimó la denuncia luego de realizarse el análisis del mercado relevante de transmisión de datos, concluyendo que era competitivo.

³⁰ El caso trató acerca de una denuncia contra Deutsche Post AG (DPAG) realizada por United Parcel Services (UPS), empresa de origen norteamericana, que era una de las principales competidoras de DPAG en el servicio de paquetería entre clientes empresariales.

b. Voissnet vs. Compañía de Telecomunicaciones de Chile (Chile)

En el año 2007 Voissnet interpuso una demanda contra la Compañía de Telecomunicaciones de Chile (Telefónica CTC) por realizar ventas atadas, al imponer a la venta de su producto de banda ancha, el de la telefonía fija o tradicional. De comprobarse, Telefónica CTC estaría infringiendo el D.L. 211 (en particular el artículo 3) al impedir la entrada de nuevos y potenciales competidores al mercado de la telefonía y expulsar del mercado a los que actualmente compiten. Así, estaría abusando de la posición dominante que posee en el mercado de banda ancha, con el fin de mantener su participación de mercado en telefonía fija.

Telefónica ofrecía al mercado “paquetes de servicios” por medio de los cuales ofertaba los servicios de telefonía y banda ancha conjuntamente. Adicionalmente, había dejado de ofrecer al mercado la contratación de banda ancha en forma separada y como servicio único (hasta hacía poco tiempo ofrecía o difundía que sí ofrecía el producto de banda ancha sin telefonía).

Voissnet presentó las siguientes, como pruebas (de ventas atadas y subsidio cruzado) que demostrarían las prácticas anticompetitivas que estaba ofreciendo Telefónica:

- Certificados notariales que mostraban el contrato para inscribirse a los planes “dúos”, mediante el cual se obligaba al cliente a mantener una suscripción telefónica con la compañía, de lo contrario el contrato de banda ancha no se realizaría.
- El reconocimiento del Gerente General de Telefónica CTC, que señaló en el juicio que *no comercializan la banda ancha sola*, respaldando su acción bajo dos supuestos: el primero, que técnicamente no es posible separar ambos servicios, y el segundo, que la regulación de la Subsecretaría de Telecomunicaciones (Subtel) señala al servicio de banda ancha como un *servicio complementario*. Posteriormente, esta afirmación se negó totalmente, ya que técnicamente sí era posible brindar los servicios por separado, y por el lado regulatorio, lo afirmado no era cierto.

Antes de la declaración del Gerente General, Telefónica había negado drásticamente que su servicio de banda ancha hubiera dejado de comercializarse independiente al de telefonía. Esta acción produjo que no hubiera clientes que contraten la banda ancha sola, ya que las tarifas que brindaba Telefónica por la afiliación a dos productos (telefonía y banda ancha) eran más atractivas que obtener un solo servicio en otra compañía, disminuyendo así la participación de mercado de Voissnet en el servicio de banda ancha.

Cabe mencionar dos importantes características del mercado:

- Telefónica, en un número importante de lugares y comunas de Chile, es el único operador que ha llegado con su red y por lo tanto puede ofrecer el servicio de acceso de banda ancha.
- La participación de mercado en banda ancha por parte de Telefónica llega aproximadamente al 50%.

Las prácticas anticompetitivas señaladas anteriormente constituyen un incumplimiento al Decreto 742 del 2003, dictado por el Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones. El caso aún se encuentra en proceso.

2.1.4. Discriminación de precios

La discriminación de precios ocurre cuando una empresa cobra diferentes precios por el mismo producto a distintos consumidores, con el objeto de utilizar mejor su poder de mercado en los distintos sub-mercados que abastece y sin que exista una causa originada en diferencias de costos de provisión. Esta práctica puede implicar tanto un aumento como una disminución en el excedente total de los agentes económicos, pero en todos los casos puede tomarse como una señal de que la empresa tiene poder de mercado en algún segmento de su actividad.

De acuerdo a Carlton y Perloff (1994), para que una empresa que comercializa un bien o servicio tenga la posibilidad de discriminar entre los precios que cobra por las distintas unidades que vende, es necesario que se cumplan al menos tres condiciones básicas: segmentabilidad del mercado, capacidad de impedir o dificultar la reventa, y existencia de poder de mercado.

La segmentabilidad del mercado implica que la empresa que desea discriminar precios tiene la posibilidad de distinguir entre las demandas de diferentes grupos de clientes. Dicha división puede obedecer a diferentes características de los compradores (estudiantes, jubilados, etc.), a distintos usos que los mismos le dan al bien que adquieren (residencial, industrial, etc.) o a diferente localización geográfica (clientes domésticos y del exterior, rurales y urbanos, etc.). La posibilidad de distinguir puede basarse en hechos externos que permitan una separación directa de los sub-mercados (localización del punto de venta del producto, posesión de un determinado carné de estudiante o jubilado, etc.) o bien puede tener lugar a través de la manera en la que el comprador elige adquirir el bien o servicio (en un local comercial o en su domicilio, en envases grandes o pequeños, etc.).

La segunda condición necesaria para la discriminación de precios es la dificultad o imposibilidad de que los distintos grupos en los cuales el mercado ha sido segmentado comercien el bien entre ellos. De nada le sirve a una empresa cargar un precio más bajo a un grupo de compradores y uno más alto a otro si los miembros del primero de tales grupos pueden revender sin costo sus unidades a los miembros del segundo, y arbitrar de ese modo entre los precios impuestos por el vendedor original.

El último requisito para que la discriminación de precios sea posible (o cuando menos, para que tenga algún sentido económico) es que la empresa que la lleva a cabo tenga poder de mercado en algún segmento, entendiéndose por tal la capacidad de influir sobre los precios del bien o servicio que vende. En efecto, si no existe poder de mercado (es decir, si la empresa es tomadora de precios), la capacidad de fijar precios es por definición nula, y por lo tanto todas las diferencias que se encuentren entre los precios que pagan los distintos compradores obedecerán a factores ajenos a la empresa vendedora. La posesión de poder de mercado, sin embargo, no implica necesariamente que la empresa no enfrente competencia de ningún tipo, sino tan sólo que tenga influencia sobre los precios. Es así que la discriminación de precios es un fenómeno posible en mercados competitivos con productos diferenciados, así como en mercados en los cuales existe una competencia basada en la localización de las empresas.

Dependiendo del nivel de información que tiene la empresa dominante y de la disposición de pago de los compradores se distinguen tres tipos de discriminación. Si bien estos están orientados a extraer ingresos del comprador y transferirlos al vendedor, algunos producen resultados eficientes mientras que otros resultan ineficientes.³¹

- Discriminación de primer grado

Se presenta cuando la empresa dominante conoce cuál es el monto máximo que está dispuesto a pagar cada uno de sus clientes por el producto o servicio. Así, fija el precio para cada cliente en dicho monto y vende a todos los clientes hasta llegar a aquellos que están dispuestos a pagar un precio igual al costo marginal. En ese sentido, este tipo de discriminación produciría los mismos resultados de la competencia perfecta en términos de cantidad, pues permitiría atender a todos los clientes sin reducir la cantidad producida. De esta forma, la discriminación de primer grado produciría resultados eficientes al maximizar el bienestar social, aunque éste se concentraría en el productor, quien absorbería todo el excedente del consumidor. Sin embargo, la posibilidad de contar con la información requerida para identificar la disponibilidad de pago de cada comprador es bastante reducida o implica incurrir en costos prohibitivos, por lo que resulta muy difícil que este tipo de discriminación se presente en los hechos.

³¹ Germán Coloma. "La Discriminación de precios y la defensa de la competencia".

- Discriminación de segundo grado

Se presenta cuando la empresa dominante sabe que sus clientes tienen distinta disposición de pago pero no puede identificarlos o separarlos en función a alguna característica exógena como la edad, el ingreso, su ocupación, etc. Por ello, ofrece un menú de precios para que sea el comprador quien elija el que más le conviene. En este esquema, el comprador paga precios distintos dependiendo de la cantidad consumida.

Dos ejemplos típicos son: (i) las tarifas en dos partes, esquema bajo el cual se cobra un precio base fijo y luego un precio variable por la cantidad consumida; y, (ii) los descuentos por volumen de compra, que permiten al consumidor pagar un menor precio en función a la mayor cantidad de producto que adquiera. Este tipo de discriminación permite al dominante obtener mayores ingresos que si cobrara un precio uniforme, pero menores a los que obtendría bajo un esquema de discriminación de primer grado.

- Discriminación de tercer grado

Se presenta cuando la empresa dominante identifica grupos de clientes diferentes considerando sus características observables (renta, ocupación, edad, conocimiento e información, ubicación geográfica, etc.), a fin de establecer precios distintos para cada grupo. Este es el tipo de discriminación más común. Dada la forma en que se definen los precios, dependiendo del caso concreto la discriminación de tercer grado puede generar resultados beneficiosos en términos de eficiencia o efectos negativos.

Entre los beneficios, el más importante es el incremento en la producción como consecuencia de la atención de segmentos del mercado que en un contexto de precio único (es decir monopólico) no serían atendidos. En efecto, si el dominante aplica un precio único sólo vendería a los compradores que están dispuestos a pagar dicho precio, dejando de lado a los demás compradores que podrían pagar un precio por encima del que se fijaría en una situación de competencia perfecta pero por debajo del precio monopólico. Pero si se permite que el dominante cobre precios distintos y no hay posibilidad de reventa, es probable que atienda a ciertos grupos de compradores cuya capacidad de pago se encuentra entre esos dos precios. De esta forma, la discriminación de tercer grado permitiría una mayor producción, comparada con una situación de monopolio que fija un precio único, lo cual sería beneficioso en términos de eficiencia.

Entre los principales efectos negativos de la discriminación de tercer grado se citan en primer lugar que eleva el precio sobre el nivel de competencia y ello deviene siempre en una reducción de la cantidad producida. En segundo lugar, se señala que ese tipo de discriminación

desaprovecha oportunidades de negocio por desconocimiento sobre la disposición máxima de pago por unidades adicionales del bien que tienen algunos clientes dentro de cada grupo. Finalmente, también se menciona que como consecuencia de la discriminación de tercer grado los compradores pueden incurrir en costos adicionales para obtener mejores precios sin que ello beneficie al proveedor que realiza la discriminación.

El caso encontrado sobre discriminación de precios, es el caso de Chile tratado anteriormente de OPS Ingeniería, ETCOM, Interlink Global Chile y Sistek vs. Telefónica Móviles de Chile, que fue sancionado por la autoridad de competencia debido a que efectivamente se estaba incurriendo en un abuso de posición de dominio a través de la modalidad de discriminación de precios, con efectos de estrechamiento de márgenes. Cabe señalar que en este caso chileno también se evaluaron otras prácticas como la negativa de venta, la cual será tratada con mayor detalle posteriormente.

a. OPS Ingeniería, ETCOM, Interlink Global Chile y Sistek vs. Telefónica Móviles de Chile (Chile)

Tal como se mencionó en la sección sobre estrechamiento de márgenes, las cuatro empresas presentaron demandas por las alzas injustificadas y abusivas de los precios del servicio de telefonía móvil, lo que constituiría un caso de discriminación de precios (pues estas alzas no se aplicaban para todos los clientes) que se tradujo en un estrechamiento de márgenes de las demandantes.

Al respecto, la Fiscalía Nacional Económica, para probar la discriminación de precios, comparó el precio de los planes ofrecidos a distintos clientes según el tráfico que generaban. De dicha evaluación, concluyó que los precios no eran objetivos ni transparentes, es decir, solo a los clientes que representaban competencia para TMCH se les incrementó el precio. Esta discriminación arbitraria de precios se tradujo en un estrechamiento de márgenes de los competidores al encarecer el precio del insumo esencial para que operen en el mercado de terminación de llamadas fijo-móvil on net.

El 15 de octubre de 2009 se sancionó a Telefónica Móviles de Chile con una multa de \$1.3 millones. Se le acusó de haber incurrido en una práctica de discriminación de precios que se tradujo en un estrechamiento de los márgenes en el mercado de servicios de terminación de llamadas fijo-móvil on-net. Además de la multa, se le prohibió cobrar a las empresas que ofrecen el servicio de terminación de llamadas fijo-móvil on-net, precios discriminatorios respecto de los que cobra a sus demás clientes del servicio de telefonía móvil. Solo podría discriminar precios fundándose en circunstancias objetivas y aplicables a todo el que se encuentre en las mismas condiciones.

2.2. PRÁCTICAS QUE NO INVOLUCRAN PRECIOS

En esta sección del documento, se han considerado los casos relativos a conductas en los que hay algún tipo de excluye a los competidores mediante otro tipo de mecanismos como los contratos de exclusividad, el empaquetamiento y las ventas atadas, inversiones estratégicas y negativa de ventas.

Existen dos grandes tipos de conductas abusivas: las explotativas, en las cuales la empresa se aprovecha de sus participación en el mercado para cobrar precios excesivos, para discriminar precios, etc. las cuales han sido vistas en la sección previa y las exclusorias a través de las cuales una firma intenta excluir a la competencia mediante otro tipo de mecanismos como son las negativas de venta de un insumo esencial, el aumento de los costos del rival, crear barreras a la entrada, empaquetamiento, ventas atadas, inversiones estratégicas, entre otros.

2.2.1. Barreras a la entrada

Una de las definiciones más aceptadas define barreras de entrada como el “costo de producir que debe ser incurrido por una empresa que busca ingresar en una industria, pero no es soportado por aquellas que están en la industria, y que implica una distorsión en la asignación de recursos desde el punto de vista social”.

Para Bain (1956), las barreras de entrada consistían en ventajas que las empresas establecidas en un mercado tenían sobre las potenciales entrantes al mismo, y se medían por la diferencia entre los precios capaces de inducir a la entrada y los precios competitivos.

Para Stigler (1968), lo que realmente definía que hubiera una barrera de entrada era la existencia de costos diferenciales entre empresas establecidas y competidores potenciales.

Las barreras de entrada se clasifican en: Naturales y Artificiales, dentro de éstas últimas tenemos las legales y otras.

La Barrera Natural clásica está dada por la existencia de economías de escala en la producción y distribución, que hace que cuanto mayor sea el nivel de producción y venta de una empresa, menores sean sus costos medios (esto hace referencia a la definición de Bain).

Según el concepto de Stigler, la verdadera barrera de entrada natural son los “costos hundidos”, que son aquellos costos que se incurren en el momento de ingresar al mercado, pero que luego dejan de ser relevantes en el momento de tomar decisiones, debido a que los mismos resultan irrecuperables si se decide luego salir del mercado.

Las barreras Legales de entrada surgen en situaciones en las cuales el Estado regula de alguna manera el acceso al mercado.

Por último, las otras barreras artificiales son las que ponen empresas que ya actúan en el mercado, para impedir que otras accedan al mismo. Lo cual implica la realización de acciones destinadas a dificultar el ingreso al mercado de nuevos competidores, a través de actos tales como la instalación de capacidad excedente de producción o almacenaje. Lo que debe darse aquí es que la empresa o grupo implicado haya decidido incurrir en costos adicionales con el objeto de disuadir a potenciales competidores de ingresar al mercado, y asegurarse así la continuidad de una posición dominante en el mismo.

Por su parte, Salop (1979) diferencia entre barreras de entrada inocentes y barreras de entrada estratégicas. Las primeras se levantan como subproducto de la búsqueda de la maximización de beneficio, mientras que las barreras de entrada estratégica se crean deliberadamente para reducir la posibilidad de entrada de nuevos competidores. Entre las barreras de entrada inocentes menciona las que dan una ventaja absoluta (tras la entrada del competidor potencial) a la empresa ya establecida –tales como superior tecnología, patentes, menor costo de factores- y las que generan una asimetría anterior a la entrada del competidor potencial, como las economías de escala ya alcanzadas por el pionero. Las técnicas que configuran la estrategia del marketing y que buscan una mayor cuota de mercado para la empresa pueden, con esta óptica, considerarse barreras de entrada inocentes, aunque su incidencia real no es ni equívoca ni suficiente como para inhibir a los competidores potenciales a dar el salto a ser competidores reales.

En tal contexto, E.B. Bailey (1981) expone ocho reglas generales para evitar los efectos exclusorios de las barreras de entrada:

- Remoción de barreras regulatorias o antitrust que previenen el acceso de competidores a la competencia en precios.
- El examen de los mercados para establecer si la competencia potencial es viable antes de tomar la concentración existente como signo de monopolio.
- Debe haber coordinación entre la política de precios y la de entrada.
- Las barreras reguladoras de entrada deben eliminarse siempre que sea posible.
- Debe haber una libertad de precios sustancial si hay contención competitiva derivada de la competencia intermodal.
- Debe hacerse que la entrada y salida sean tan fáciles como sea posible.
- Deben estimularse los cambios técnicos que sustituyan tecnologías que comportan costos irrecuperables por otras que den más opción a la movilidad o al uso compartido.

- Los reguladores deben tener cuidado con las reglas de acceso a instalaciones aptas para un solo usuario.

A continuación se citara un caso chileno que evalúa la demanda de una empresa por barreras a la entrada. Asimismo, se observó que esta demanda fue desestimada por la autoridad competente luego de que se concluyera que los argumentos dados no justificaban la práctica denunciada.

a. Telmex Servicios Empresariales vs. Compañía de Telecomunicaciones de Chile

Telmex Servicios Empresariales denunció a la Compañía de Telecomunicaciones de Chile (CTC) por abuso sistemático de procedimientos administrativos y judiciales con el objetivo de mantener su posición de dominio en la provisión del servicio público telefónico, al impedir o postergar el ingreso de una tecnología que competía directamente con la suya, como la tecnología WiMax, que permite ofrecer el servicio de telefonía local y banda ancha.

Según la acusación, se estaban violando los incisos b (abuso de posición de dominio) y c (prácticas de competencia desleal) del Artículo 3 del Decreto Ley Nº 211 para la Defensa de la Libre Competencia de 1973³².

En su sentencia, el TDLC rechazó la acusación de competencia desleal de Telmex, debido a que de los antecedentes allegados al proceso, no puede deducirse que las acciones intentadas por CTC hayan tenido por inequívoca finalidad impedir, restringir o entorpecer la entrada de Telmex al mercado. Por el contrario, a juicio del TDLC, obran en autos antecedentes suficientes que acreditan que CTC tenía un legítimo interés en adjudicarse la concesión nacional necesaria para la operación de WiMax, y que tenía argumentos al menos atendibles para justificar la procedencia de las acciones y recursos que presentó.

b. Fiscalía Nacional Económica vs. Telefónica Móviles Chile, Claro Chile, y Entel PCS

El 14 de agosto de 2007, la Fiscalía Nacional Económica (FNE) abre un proceso de oficio contra las empresas Telefónica Móviles Chile, Claro Chile y Entel PCS por la creación de barreras artificiales de entrada a los Operadores Móviles Virtuales (OMV).

³² (b) *La explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes.*

(c) *Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante.*

De acuerdo a la FNE, tales barreras se han materializado en el ejercicio abusivo de acciones administrativas y judiciales por parte de todas las operadoras móviles existentes, quienes se opusieron a todas y cada una de las solicitudes de concesión para prestar servicio de telefonía móvil presentadas por diversos interesados; y negaron la venta de servicios esenciales para el ingreso de las compañías OMV al mercado.

Las pruebas que han sido tomadas en este proceso para que se evalúe el caso básicamente fueron dos:

- i) Estructura y características del o los mercados en que incidirían las conductas denunciadas y evolución de la participación de las partes en los mismos desde el año 2005 a la fecha.
- ii) Efectividad que las requeridas hayan incurrido en las conductas imputadas. Hechos y circunstancias por las requeridas a las solicitudes de diversas compañías de telecomunicaciones para operar como operadores móviles virtuales, y demás conductas imputadas, tuvieron por objeto imponer barreras a la entrada en el o los mercados afectados.

La primera prueba resulta de la evaluación de la participación de mercado de las tres empresas operadoras así como su índice de concentración medido a través del HHI. Del mismo modo, se toma en cuenta el hecho de la escasez del espectro radioeléctrico, insumo esencial para la prestación del servicio al cual no pueden acceder. Ello conlleva también que se evalúen los costos hundidos que significa invertir en el mercado. Por otro lado, también se evalúan indicadores importantes como lo son la evolución del número de abonados, el tráfico cursado, así como el ARPU (Average Revenue Per User) que permiten una mejor caracterización del mercado.

En cuanto a la segunda prueba, se evaluó el ejercicio abusivo de acciones administrativas a través de las oposiciones presentadas por las requeridas que eran similares entre sí en formato y argumentos. Se afirma que del contenido de estas oposiciones así como de las declaraciones prestadas por los representantes de las empresas claramente se desprende una intención y motivación común, consistente en no querer que los nuevos actores logren entrar a competir dentro del mercado si no realizan las mismas inversiones en que ellos incurrieron.

La FNE señala que al no existir disponibilidad de espectro, la oferta de los OMV queda supeditada a la reventa por parte de las requeridas. Adicionalmente, de la investigación realizada se concluye que existe un interés común de impedir la entrada de OMV, dado que un incremento de la competencia en el mercado minorista de móviles llevaría a precios más bajos y a una consiguiente reducción de sus beneficios. Asimismo, las

empresas habrían abusado de su poder de mercado individualmente considerado al negar la venta a los OMV.

Así, en el informe del 09 de abril de 2010, la FNE concluye que las empresas mencionadas han infringido el artículo 3º del Decreto Ley Nº 211 al ejecutar prácticas exclusorias con el objeto de impedir, restringir y entorpecer la competencia en el mercado de la telefonía móvil, creando barreras artificiales de entrada a los OMV, e irrogando perjuicios no solo a los potenciales entrantes si no que todos los consumidores. Por ello, la FNE solicitó al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) se sancione a las empresas con una multa a beneficio fiscal ascendente a la suma de 20,000 Unidades Tributarias Anuales (US\$ 16 906 387.68)³³. Cabe resaltar que este caso aún se encuentra pendiente de resolución final por parte del TDLC.

2.2.2. Negativas de venta

La negativa de venta es una restricción cuantitativa impuesta por una empresa o grupo de empresas de naturaleza generalmente vertical, que consiste en negarse a vender a ciertos clientes y favorecer en cambio a otros. Su objetivo puede ser semejante al de la fijación vertical de precios, intentando extender el poder de mercado que se posee en cierto segmento hacia otras etapas del proceso productivo.

Para que una negativa de venta sea considerada anticompetitiva es necesario que la ésta se base en un acuerdo o práctica concertada entre dos empresas en el cual haya un arreglo para que no se provea el producto o servicio a otros competidores. Si no hay un acuerdo entre las dos partes no se puede concluir que la negativa sea anticompetitiva. No obstante, si esta negativa de manera unilateral por un incumbente se debe verificar que éste tenga posición de dominio en el mercado relevante para evaluar el efecto anticompetitivo de la negativa.

Asimismo, en la mayoría de casos la negativa de venta que presentan efectos anticompetitivos en el mercado se encuentra estrechamente relacionada con la doctrina de facilidades esenciales. Tal es el caso del incumbente que posee un insumo esencial para la provisión del servicio final que niega la prestación del éste. En tales casos es necesario comprobar que este insumo no es brindado por otra empresa existente en el mercado o que existan sustitutos. Una vez comprobado ese hecho se debe evaluar que la negativa de venta por parte del incumbente no se encuentra justificada en favorecer su posición de dominio en el mercado final o a una empresa verticalmente vinculada a ella.

³³ El valor de la Unidad Tributaria Anual para abril del presente año equivale a 442.344 pesos (US\$ 845.32).

Cabe mencionar el caso de Reino Unido³⁴ donde OFTEL (hoy OFCOM) tomó parte en la resolución de una controversia entre INMS (International Simple Voice Resale) y Vodafone y BT Cellnet (O2). En el referido caso, ambos operadores móviles habían denegado el pedido de INMS de interconexión para la provisión de acceso indirecto de servicios de llamadas. A partir de dicho caso se aplicó el sistema primero a redes fijas, y luego, a partir del año 1999, se empezó a discutir extender la obligatoriedad del acceso indirecto (que en UK incluye a Llamada por Llamada y Preselección) a los operadores de redes móviles,

En junio de 1999, OFTEL emitió una norma incluyendo al servicio de Llamada por Llamada (basada en acceso indirecto) entre los servicios de interconexión. En diciembre 1999, OFTEL señaló a Vodafone y a BT Cellnet (O2) como operadores con influencia en el mercado y los obligó a negociar acuerdos para brindar Llamada por Llamada con otros operadores de forma no discriminatoria, usando “retail-minus pricing”, a diferencia del mercado fijo (con orientación a costos). Y desde enero de 2000, el sistema de Llamada por Llamada fue obligatorio en el Reino Unido para llamadas de Móvil a Móvil.

A continuación se evaluarán dos casos que trataron la negativa de venta. Asimismo, se observa que el caso estadounidense fue desestimado debido a que los argumentos justificados no proporcionaba razón suficiente para iniciar el procedimiento; mientras que el caso chileno comprobó la comisión de la práctica de negativa de venta imponiéndosele una sanción a la empresa con esta conducta.

a. Covad Communications vs. Bell Atlantic Corporation (Estados Unidos)

En este caso Covad acusa a Bell Atlantic de haber usado el control que ésta tiene sobre los recursos esenciales para brindar telefonía local; afectando directamente la competencia en el sector de la tecnología DSL.

Asimismo, afirma que Bell Atlantic le negó el acceso de estos recursos esenciales sin ninguna razón justificada y de manera discriminatoria. Ello a pesar de que Covad y Bell Atlantic firmaron un acuerdo de interconexión siguiendo lo establecido en las Secciones 251 y 252 del Acta de 1996.

En la evaluación de este caso, la corte enfatizó que la doctrina de los recursos esenciales es una calificación limitada del derecho que tiene una firma de negar la venta de algún producto y/o servicio a sus competidores. Asimismo, reiteró que para prevalecer bajo esta teoría, el demandante debe demostrar el efecto anticompetitivo que origina la negativa. En línea con ello, Covad falló al establecer su queja por recursos esenciales ya que este tema se encontraba totalmente regulado por la FCC en lo referente a los acuerdos de

³⁴ Kim et.al, (2007). Economic effects of indirect Access regime in the mobile telecommunication market.

interconexión. Esta regulación requiere que todos los proveedores de la comunicación local se interconecten con otros proveedores, y específicamente solicita que los proveedores incumbentes locales intercambien sus redes con una serie de obligaciones designadas a incentivar la entrada de potenciales competidores locales.

Asimismo, se afirma que si las cortes hubieran accedido a la demanda hecha por Covad debían de probar la conducta exclusoria de la práctica evaluada. Al respecto, cabe mencionar que Covad enumeró varias teorías que desde su punto de vista reforzaban la viabilidad de su demanda. Esta lista hecha incluye teorías como la doctrina de recursos esenciales, monopolización, negativas de ventas ilegales y estrechamiento de márgenes. La doctrina de recursos esenciales fue interpretada únicamente en términos del Acta de 1996 para imponer deberes antimonopolio y no fueron enfocados bajo la Sección 2 del Acta de Sherman que hace referencia a las conductas exclusorias. Debido ello se desestimó la demanda.

b. OPS Ingeniería, ETCOM, Interlink Global Chile y Sistek vs. Telefónica Móviles de Chile (Chile)

Tal como se mencionó anteriormente, OPS, Sistek ETCOM denunciaron como negativa de venta la imposibilidad de migrar líneas de tecnología analógica a digital. A lo cual Telefónica Móviles de Chile (TMCH) respondió alegando que el negocio de reoriginación de tráfico al que se dedicaban las empresas demandantes era ilegal al utilizar la red pública telefónica, hecho que fue desestimado. Lo que explicaría el incremento de precios y la baja calidad del servicio sería la concentración de tráfico en un solo punto geográfico que saturaba la capacidad de ciertas celdas y obligaba a incurrir en costos adicionales.

Al respecto, la Fiscalía Nacional Económica definió el mercado relevante como el de “servicio de terminación de llamadas fijo-móvil on net”, ya que las empresas demandantes y TMCH ofrecían el servicio de gestionar una llamada fija a un teléfono móvil mediante un conversor (de tal forma que la llamada se convierta en una llamada on net). Dado que a las empresas demandantes les resultaba imprescindible acceder a planes de telefonía móvil de todos los operadores móviles para ofrecer su servicio, se concluyó que TMCH sí tenía poder de mercado en el mercado de terminación de llamadas fijo-móvil on net, pues ofrecía un insumo esencial en el mercado móvil sin sustituto a precio razonable.

La negativa de venta por el servicio de migración de líneas analógicas a digitales de OPS, Sistek y ETCOM sí fue probada por medio de las comunicaciones que mantuvieron las empresas con TMCH para las gestiones de la migración, en las que se indicaba que estas aparecían como “vetadas” en el registro de empresas.

Dado ello, en octubre de 2009 el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia sancionó a Telefónica Móviles de Chile con una multa de \$ 1.3 millones, de acuerdo al artículo 26 del D.L. N° 211³⁵.

c. CoreComm Communications y Z-Tel Communications vs. SBC Communications y subsidiarias (Estados Unidos)

El proceso se inicia en agosto de 2001 con la queja enviada por CoreComm y Z-Tel Communications a la FCC debido a que según un acuerdo con SBC (Acuerdo Pacífico), habían pagado por acceso a elementos de red (UNE) de la empresa y sus subsidiarias pero éstas se negaron a permitirles el uso de la red para transporte intraLATA (tipo de servicio local).

Asimismo, alegaron que se rehusaban a ejecutar el Memorando de Entendimiento, violando así las secciones 201(b), 251(c)(1), y 251 (c)(3) del Acta de Telecomunicaciones así como las Reglas de la Comisión 51.309 y 51.313.

No obstante, la queja formulada por las empresas no incluyó una copia del Acuerdo Pacífico. Por su parte, la empresa demandada alegó que el acuerdo de interconexión firmado con las empresas no obligaba a prestar los servicios mencionados.

Luego de la evaluación hecha por la Comisión respecto a los alcances del Acuerdo Pacífico, se pronuncia a favor de SBC. La FCC descartó el caso porque el acuerdo de interconexión entre ambas empresas no especificaba la posibilidad de llevar a cabo el transporte intraLATA y el Acta de Telecomunicaciones especificaba que prevalecían las reglas del acuerdo entre ambas empresas por lo cual no se justificaba la negativa de venta denunciada por las empresas. Finalmente, cabe señalar que Z-Tel efectivamente admitió que el acuerdo firmado no requería que la empresa demandada proveyera el uso de la red para transporte IntraLATA.

d. Curtis Trinko vs. Verizon (Estados Unidos)

La denuncia fue contra Verizon (antes Bell Atlantic), que es una empresa telefónica regional resultado del desmembramiento de AT&T a principios de la década del ochenta. De acuerdo con la ley de telecomunicaciones tiene la obligación de dar acceso a sus competidores al bucle local³⁶. Law Offices of Curtis V. Trinko L. L. P. es un despacho de abogados en Nueva York que tenían contratado los servicios de telefonía con AT&T,

³⁵ El último inciso contempla que la multa se calcule según el beneficio económico obtenido por la infracción, la gravedad de la conducta y la calidad de reincidente del infractor.

³⁶ Par de alambre de cobre desde el cliente hasta la central telefónica.

empresa que, al igual que otras telefónicas, tuvieron problemas con Verizon en el cumplimiento de obligaciones de acceso de esta última³⁷. Las empresas telefónicas presentaron una queja ante las autoridades sectoriales. El resultado de los procedimientos fue que se impusieron obligaciones que permitieran supervisar mejor el cumplimiento de las obligaciones de acceso y Verizon estuvo de acuerdo en pagar 3 millones de dólares a la Tesorería de Estados Unidos y 10 millones a las empresas afectadas. En junio del 2000 se declaró que Verizon cumplió lo establecido. El despacho de abogados Trinko presentó, un día después de haber entrado en vigor el decreto firmado con la FCC, una queja ante el juez, en nombre propio y de otros clientes de AT&T afectados indirectamente (“class action”), por el comportamiento de Verizon. El Juez en primera instancia desechó el caso, pero el tribunal de revisión la aceptó en la parte de competencia. Sin embargo, como implicó una contradicción de tesis con respecto a la decisión de un juez en el 2000 (Goldwasser vs. Ameritech), la Corte Suprema de Justicia aceptó analizar el caso sólo al respecto de si la corte de revisiones se equivocó en la resolución relativa a la queja de Trinko.

La práctica incurrida por Verizon según la resolución de la Corte Suprema consistió en la insuficiente asistencia en la provisión del acceso. Lo primero que analizó la corte fue si la Ley de Telecomunicaciones del año 1996 era aplicable para proteger los principios de competencia. La Corte negó que la autoridad reguladora fuera competencia exclusiva del regulador sectorial, pues la misma Ley de Telecomunicaciones es explícita en que su aplicación no exime de la de las Leyes de Competencia (Sherman Act). Explícitamente evitó declarar la validez o invalidez del principio de activos fundamentales (“Essential facilities”); solamente dijo que en el caso dicho principio no era aplicable porque la obligación de Verizon surgía de la ley de telecomunicaciones y no de una relación normal de negocios. La parte más controversial de la resolución, se origina al discutir si el caso actualizaba los supuestos de la Sección 2 de la Ley Sherman donde se prohíbe la monopolización.

Según la Corte Suprema, el precedente relevante fue *Aspen Skiing Co. vs. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U. S. 585, 601 (1985)³⁸. En su resolución, la Corte asentó que el derecho

³⁷ Curtis Trinko era cliente de ATT, quien le prestaba los servicios a través de las líneas de Verizon, a cambio de un pago. Trinko se quejó de que Verizon discriminaba contra los clientes de ATT mediante una menor calidad de las conexiones. Como se describe más adelante, el tema al que finalmente se la Corte Suprema circunscribió fue el de si existía una obligación de Verizon bajo las leyes de competencia, en lo referente al acceso a competidores, adicional a la que se desprendía de la legislación sectorial. Como también se señala posteriormente, la repuesta de la Corte fue negativa. Además fue una decisión unánime de los nueve ministros.

³⁸ Había en Aspen tres montañas acondicionadas para esquiar. Cada una era operada por una compañía distinta. Éstas vendían boletos por un día para esquiar en su propia montaña, o por seis días con acceso a las montañas de las otras compañías, lo que era valuado por los usuarios, pues añadía diversidad al servicio. Con el tiempo una empresa adquirió la montaña de otra y adquirió y acondicionó un tercera. Es decir, una empresa tenía tres montañas y la otra sólo una. La empresa con tres montañas comenzó a vender boletos con acceso sólo a sus tres montañas, y a discriminar en calidad de servicio contra los demandantes de boletos con acceso a todas las

a negarse a cooperar con competidores es de aplicación general y sólo en casos muy excepcionales, como el de este precedente, implica una conducta anticompetitiva en términos de la Sección 2 de la Sherman Act. Asimismo, señaló que el caso Aspen está dentro de los límites para ser considerado anticompetitivo y que el caso Trinko está más allá de los límites para considerarlo una violación a la Sherman Act. Para ello primero sostuvo que, dado que no se acreditó que Verizon hubiera voluntariamente establecido el acceso, no se mostró la intención de monopolizar; que la obligación de dar acceso era una obligación impuesta por el regulador a un costo significativo para Verizon; y que no era evidente que la negativa implicara que buscara castigar utilidades por futuras rentas monopólicas.

Por otro lado, sostuvo que en el análisis de competencia se tienen que tomar en consideración la estructura y las condiciones particulares de la industria. Al existir un regulador que está atendiendo efectivamente el problema se disminuye la probabilidad de algún daño por errores en la aplicación de las leyes de competencia.

2.2.3. Contratos de exclusividad

De las relaciones verticales existentes entre los mayoristas y minoristas para la provisión de un bien o servicio final se pueden observar acuerdos contractuales de los cuales se originan las denominadas restricciones verticales. Éstas consisten en la imposición de cuotas, tarifas no lineales, etc.; no obstante, también incluyen los contratos exclusivos que pueden originar efectos negativos tanto a nivel mayorista como nivel minorista.

Ellos consisten en sujetar una operación a la condición de no utilizar o comercializar bienes o servicios provistos por competidores. Es una práctica típicamente unilateral cuyo objetivo es incrementar el poder de mercado que se posee en cierto segmento, dificultando el acceso al mismo de nuevos competidores o forzando la salida de competidores existentes. La exclusividad, sin embargo, es perjudicial sólo si resulta en una limitación de la competencia y no si se trata de una forma en la cual dicha competencia se manifiesta.

Desde los años cincuenta, la Escuela Chicago enfatiza los efectos sobre la eficiencia de los contratos de exclusividad y descarta los argumentos que apoyan la teoría de que éstos pueden conllevar a una exclusión de competidores. En tal sentido, Posner (1976) y Bork (1978) resumen estos argumentos señalando que para la firma de un contrato de exclusividad entre un vendedor incumbente y un comprador (distribuidor) debe cumplirse que éste último reciba un beneficio de éste.

montañas, incluyendo la del competidor. La demanda por los boletos de este último se desplomó, como consecuencia. La Corte determinó que tal comportamiento era ilegal.

No obstante, estudios posteriores demuestran el efecto anticompetitivo que estos contratos de exclusividad pueden generar en el mercado. Al respecto, Ramusen (1991) y Segal y Whinston (2000) afirman que ésta exclusión se origina a partir de las economías de escala que se producen al firmarse el contrato obteniendo una posición más favorable a sus competidores que no cuentan con los mismos costos. Asimismo, se menciona que al darse un efecto discriminatorio producto de la exclusividad de contratos también se asocia la exclusión de competidores. Por su parte, Bernheim y Whiston (1998) explican los efectos anticompetitivos de los contratos de exclusividad cuando éstos se dan en mercados vinculados.

A continuación se evalúa el caso con más relevancia en Italia que fuese tratado por contratos de exclusividad realizado con la finalidad de excluir el competidor. Se verá que su relevancia radica principalmente en la multa de 152 millones de euros impuesta por la autoridad de competencia.

a. L’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato vs. Telecom Italia (Italia)

Este caso fue abierto por la autoridad de competencia (L’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato) de oficio en junio de 2003 y resuelto en noviembre de 2004. En ella, se acusa a Telecom Italia de abuso de posición de dominio al aplicar políticas comerciales desiguales en el suministro de servicios de red fija destinadas a excluir a lo demás operadores. En particular, en las ofertas de licitaciones públicas a los clientes empresariales que no podían ser replicables por otros operadores por ser incompatibles con los costos de interconexión que éstos debían tomar en cuenta para la presentación de sus ofertas.

La investigación mostró que el comportamiento adoptado por Telecom Italia ha sido parte de una estrategia unificada y claramente definida a nivel central con el objetivo explícito de excluir a los competidores o usuarios corporativos y mantener su posición de dominio histórica tanto en los mercados de servicios mayoristas y minoristas de telefonía fija.

Esta estrategia ha sido implementada por Telecom Italia a través de dos comportamientos que claramente violan el Artículo 3 de la Ley 287/90:

- El uso de condiciones contractuales, cuyas cláusulas de exclusividad y cláusulas de efecto equivalente a las cláusulas inglesas, como el de obligar a la misma compañía de una parte significativa de los usuarios. Ello hace difícil la posibilidad de que los operadores competidores puedan prestar el servicio en la red fija de telecomunicaciones. Estas cláusulas se consideran, por lo tanto, abusivas por su naturaleza ya que discrimina entre los diversos usuarios finales pudiendo excluirlos del mercado.

- La formulación económica y técnica no replicables por los competidores debido a los costos y condiciones técnicas asociadas. Ello se tradujo en condiciones menos favorables que las aplicadas para las empresas de sus unidades de negocios que se ven reflejado en una mejor posición en el mercado del servicio final.

Para la evaluación del segundo comportamiento se analizaron las condiciones económicas y técnicas de las licitaciones hechas por la empresa Telecom Italia. En línea con ello, se constata que la oferta lanzada era menor a los costos asociados para la provisión del servicio al usuario final.

Luego de la evaluación hecha por la autoridad de competencia, se concluye que Telecom Italia recurría a condiciones de exclusividad en los contratos y formulaba propuestas económicas y técnicas a su clientela que no podían ser replicadas por la competencia incurriendo a costos menores a los precios ofrecidos por lo que le impone una multa de 152 millones de euros, la cual fuera reducida a 115 millones por la Justicia Administrativa italiana.

b. OFT vs. BSkyB (Reino Unido)

La agencia de competencia británica, denominada Office of Fair Trading (OFT), inició en el año 1994 procedimientos con relación a la posición de dicha empresa en la provisión de programación a los operadores de televisión por cable que competían con ella, debido a las quejas de sus principales competidores que alegaban que la empresa estaba cometiendo posibles prácticas anticompetitivas. Cabe resaltar que BSkyB es una empresa verticalmente integrada en la producción, comercialización (mayorista y minorista) de canales.

Así, en 1995, la OFT concluyó que BskyB poseía poder de mercado en el segmento mayorista de la distribución de contenidos Premium. En particular, la OFT observó que la posición de dominio de BskyB en la oferta de contenidos Premium podría afectar la competencia del mercado. La investigación terminó con una serie de compromisos voluntarios, que fueron posteriormente clarificados y reforzados por una segunda investigación concluida en el año 1996, por la cual BskyB debía mantener contabilidades separadas para su división de contenidos y para su división de distribución, debía publicar un tarifario con los precios mayoristas de los canales y no debía vender en bloque ciertos canales.

De acuerdo a las conclusiones hechas por la OFT en 1996, BskyB oficialmente tendría que adoptar una serie de medidas y compromisos que podían ser agrupadas en:

- La obligación de realizar ofertas no discriminatorias mayorista a los competidores en el mercado minorista; y,
- El compromiso de evitar cualquier descuento o mecanismo de precio que pudiera disminuir los beneficios de los competidores minoristas.

La adopción de tales medidas representa un punto de partida para el análisis de poder de mercado en la provisión mayorista de contenidos de Reino Unido. Así, a fin de realizar los compromisos impuestos por la autoridad de competencia, BskyB adoptó una estructura de tarifas, para emplearse por los competidores que operaban con tecnologías de transmisión diferentes, en particular los operadores de televisión por cable físico.

III. FUSIONES Y ADQUISICIONES

A través de una fusión, varias empresas, que eran anteriormente independientes, se unen para crear una empresa; o, sin perder su personalidad jurídica propia, crear una única entidad económica. Tradicionalmente, las concentraciones empresariales han sido clasificadas en tres tipos: horizontales, verticales y de conglomerado.

Las concentraciones horizontales son aquellas que se dan entre firmas que producen y venden los mismos bienes, es decir, se trata de operaciones producidas entre empresas competidoras. Si el volumen de la operación es significativo, las concentraciones horizontales pueden traer, como consecuencia, una reducción de la competencia en el mercado; y son, normalmente, evaluadas minuciosamente por las autoridades de competencia en el marco de los sistemas de control de concentraciones, en la medida que implican una reducción de la competencia actual en el mercado.

Una concentración es estrictamente horizontal cuando (i) las dos empresas involucradas producen el mismo producto y (ii) las firmas venden su producto en el mismo mercado geográfico.

Por su parte, las concentraciones verticales se producen entre firmas que no operan en un mismo mercado, sino, más bien, en diferentes etapas de la producción, generalmente adyacentes. Esto es, las firmas fusionadas tienen entre sí una relación actual o potencial de vendedor - comprador. Así, se llama concentración vertical hacia atrás cuando una empresa se integra con uno de sus proveedores y concentración vertical hacia adelante cuando una empresa se integra con uno de sus clientes.

De otro lado, desde una perspectiva netamente teórica, las concentraciones de conglomerado son aquellas que se producen entre empresas que operan en distintos mercados no

relacionados entre sí. En la práctica, son denominadas concentraciones de conglomerado aquellas que no son horizontales ni verticales, y, la mayoría de ellas, se produce entre firmas que operan en mercados que están interrelacionados.

3.1. ESTADOS UNIDOS

La legislación norteamericana sobre control de fusiones y adquisiciones desde el punto de vista de la defensa de la competencia se remonta a la Ley Clayton de 1914. En la sección 7, esta ley prohíbe explícitamente las fusiones y adquisiciones de empresas o activos cuyo efecto sea el de reducir significativamente la competencia o tender a crear un monopolio. Una de las principales modificaciones que sufrió esta ley fue su incorporación en 1976 a la llamada “Ley Hart-Scott-Rodino” en la sección 7A.³⁹

La modificación de 1976 creó un procedimiento de notificación previa de las concentraciones y fusiones a cargo de la División Antitrust del Departamento de Justicia (DOJ) y de la Comisión Federal de Comercio (FTC). En el procedimiento se especifica que aquellas empresas cuyo volumen de negocios o participación de mercado superen cierto límite tienen la obligación de notificar a las autoridades de defensa de la competencia.⁴⁰

Luego de dicha notificación, las autoridades de aplicación pueden decidir investigar la operación en cuestión, lo cual puede conducir al inicio de un proceso judicial por parte del DOJ o de la FTC con el objetivo de bloquear la correspondiente adquisición o fusión. La idea es anticipar acciones legales que impliquen un proceso de desmembramiento una vez que la concentración ya ocurrió, lo cual sería muy costoso para el Estado y el grupo fusionado. El DOJ y el FTC han emitido conjuntamente los *Mergers Guidelines*, que se utilizan como el marco básico de análisis en los casos de concentraciones. Estos lineamientos abordan los siguientes aspectos⁴¹:

- Delimitación del mercado para el análisis de la concentración
- El nivel de concentración en el mercado relevante

³⁹ Modificada en el año 2001.

⁴⁰ El límite por encima del cual la operación debe informarse está definido por dos parámetros: por un lado, la empresa compradora debe tener activos o ingresos por ventas superiores a los U\$S 100 millones y la adquirida debe tener activos o ingresos por ventas superiores a los U\$S 10 millones. Adicionalmente, el valor de la transacción debe superar los 50 millones de dólares. Si la transacción supera los 200 millones de dólares, el test relativo a los activos o ventas de las empresas involucradas no se requiere. Como resultado de la modificación de la Sección 7a de la Clayton Act en el año 2000, las Hart-Scott-Rodino Act se rige por estos umbrales.

⁴¹ Kwoka, John y Larry White (2005). *The antitrust revolution: economics, competition, and policy*. New York: Oxford University Press.

- Los potenciales efectos anticompetitivos de la concentración
- La extensión de las barreras de entrada en el mercado
- Otras características de la estructura de mercado que podrían facilitar el ejercicio de poder de mercado por parte de la firma fusionada
- La magnitud de los ahorros en costos y eficiencias derivadas de la concentración que las partes han presentado como argumento para contrarrestar la posibilidad del ejercicio de poder de mercado y la evidencia de las eficiencias que deben ser consideradas

Sin embargo, ni la FTC ni el DOJ pueden por sí mismos prohibir la operación, esta función está reservada al poder judicial. Por tanto, para las fusiones consideradas ilegales, los organismos antitrust son los que inician los procesos judiciales ante diversos tribunales. No obstante, lo usual es que ante una intervención de estos organismos se abra una instancia de negociación entre los mismos y las empresas involucradas en la operación de concentración o fusión, cuya resolución suele llegar por consenso sin necesidad de recurrir a la justicia.

A continuación, se presentan dos casos de fusiones que fueron bloqueados por el Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio por implicar un daño a la competencia.

a. SBC y AT&T

SBC y AT&T eran dos de los mayores operadores de telecomunicaciones que ofrecían servicios minoristas y mayoristas de voz y datos a nivel nacional mediante red propia para sector comercial y residencial. Los ingresos por servicios utilizando la red fija de reportaron US\$ 36.9 billones en el 2004 a SBC y US\$ 30.5 a AT&T. AT&T tenía presencia en los 13 Estados donde operaba SBC. En enero de 2005, SBC acordó la adquisición de AT&T por US\$ 16 billones. De haberse aprobado la fusión, esta hubiera resultado en el establecimiento del operador más grande de telecomunicaciones de Estados Unidos.

En Octubre de 2005, el DOJ publicó una denuncia (*Complaint*) para bloquear la fusión propuesta ante la corte del Distrito de Columbia. Los mercados relevantes identificados fueron el mercado mayorista de líneas dedicadas (cobre o fibra) y el mercado minorista de servicios de voz y/o datos ofrecidos sobre estas líneas para clientes comerciales. Las razones para bloquear la fusión fueron:

- SBC es operador dominante en la provisión de líneas dedicadas en su territorio de concesión y AT&T es su principal competidor en el área de concesión del primero. Así, la empresa fusionada tendría la habilidad de incrementar los precios por estos servicios.

- En 11 áreas metropolitanas, estas dos empresas eran las únicas proveedoras de líneas dedicadas para clientes comerciales a nivel mayorista y minorista. En caso de un incremento de precios, no existiría para los clientes comerciales un sustituto del servicio de líneas dedicadas.
- En la mayor parte de su territorio de concesión, SBC era el único operador que poseía la “última milla” de la red. Para un porcentaje muy reducido, proveedores alternativos poseían o habían construido la conexión a la última milla, siendo AT&T el principal de ellos.
- En los edificios atendidos por AT&T, la fusión de ambas empresas provocaría la reducción de operadores alternativos disponibles que ofrezcan conexión a la última milla.
- Existen barreras a la entrada del mercado debido al alto costo y tiempo que requiere la construcción de una conexión a la última milla, incluso con los posibles incrementos de precios de la fusión.

En marzo de 2007 la Corte emitió su juicio final respecto al caso (*Final Judgement*). En él, aprobó la fusión de AT&T y SBC pero la condicionó a una división de activos (*Divestiture Assets*). La división de activos se refirió a los derechos de uso irrevocables de conexiones laterales a 445 ubicaciones en 11 Áreas Metropolitanas.⁴² Estos derechos también debían incluir facilidades de transporte.

b. VERIZON Y ALLTEL

Verizon y Alltel eran dos de los cinco operadores con mayor cuota de mercado en el mercado de telefonía móvil. Verizon era el segundo operador móvil con presencia en 49 Estados y 70 millones de suscriptores mientras que Alltel era el quinto proveedor ofreciendo el servicio en 35 Estados a 13 millones de suscriptores en el año 2007. En junio de 2008, Verizon notificó la adquisición de Alltel por US\$ 28 billones.

En Octubre 2008, el DOJ y la FTC publicaron una queja para bloquear la fusión propuesta ante la corte del Distrito de Columbia. Las razones para bloquear la fusión fueron los problemas de competencia que se generarían en el mercado relevante identificado, a saber, el mercado móvil en 94 áreas (*Cellular Market Areas*) en 18 Estados:

- En cada una de las CMA, ambos operadores tienen alta participación, y conjuntamente alcanzarían cuotas de 55% a 100%.
- La concentración en el mercado relevante es alta, con HHI de 2100 a 9100, con la fusión el índice se elevaría a 4000 ó 10000.

⁴² Una conexión lateral se refiere a los hilos de fibra desde el edificio hasta el punto de empalme con la red de fibra.

- La competencia entre ambos operadores ha resultado en menores precios y alta calidad de servicio al poseer más cobertura que otros operadores. De aceptarse la fusión se eliminaría la competencia y se incrementarían los precios.
- Incluso con un alza de precios, no es probable la entrada de nuevos competidores, por lo costoso de competir en un mercado concentrado y los altos costos de entrada.

En el juicio final de abril de 2009 se aprobó la fusión condicionándola a la división de activos tangibles e intangibles (licencias, autorizaciones, espectro, entre otros) en 18 Estados (94 CMA) para ser vendidos a nuevos proveedores alternativos. Además, se ordenó continuar con acuerdos previos de *roaming* con otros operadores y con compromisos voluntarios de Verizon hechos ante la FCC.

3.2. COMUNIDAD EUROPEA

En la Comunidad Europea, la norma que regula el sistema de control de concentraciones es el Reglamento Nº 139/2004/CE. Asimismo, la Comisión Europea ha emitido Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas.

El sistema de control de concentraciones de la Comunidad Europea⁴³ establece determinados supuestos que serán considerados como operaciones de concentración sujetas al sistema. Al respecto, precisan que se considerarán concentraciones económicas aquellas operaciones que supongan una modificación estable de la estructura de control de las empresas partícipes mediante:

- a) la fusión de dos o más empresas anteriormente independientes;
- b) la toma de control de la totalidad o de parte de una empresa o empresas mediante cualquier medio o negocio jurídico; y
- c) la creación de una empresa en común y, en general, la adquisición del control conjunto sobre una empresa.

Como puede advertirse, la definición de concentración asumida por la normativa de la Comunidad Europea tiene un carácter estrictamente cualitativo y no cuantitativo. Estas normas no hacen referencia a ningún porcentaje mínimo de adquisición de acciones, derechos de voto, etc., que determine la inclusión de una operación en el sistema de control. Ello, sin

⁴³ En la Comunidad Europea la Comisión Europea es la autoridad encargada de evaluar las concentraciones notificadas y ha emitido Directrices para la evaluación de las concentraciones horizontales de acuerdo con el Reglamento para la evaluación de concentraciones horizontales.

perjuicio de que dentro del universo de operaciones que puedan ser calificadas como una concentración conforme a la definición adoptada, sólo tenga que ser notificadas aquellas que superen los umbrales de carácter objetivo establecidos por la normativa comunitaria⁴⁴.

De otro lado, la definición de empresa adoptada por el Reglamento 139-2004/CE supone que esta sea una entidad económicamente independiente en relación con las demás partes involucradas en la operación o el acuerdo. En esta línea, la Comunicación de la Comisión, sobre el concepto de concentración, precisa que sólo se producirá una operación de concentración cuando dos o más empresas anteriormente independientes se fusionan en una nueva empresa y dejen de existir como entidades jurídicas diferenciadas.

Dentro de los grupos económicos, existen entidades que desde una perspectiva formal pueden ser consideradas empresas pero que no son competidores entre sí. En tal sentido, el grupo concentrado es una única empresa para los fines del derecho de la competencia, considerando que al interior del grupo no hay autonomía decisoria y, por lo tanto, competitiva. No es necesario que las empresas sean independientes de cualquier otra empresa, pero sí de las demás empresas que participan en el acuerdo.

Por su parte, de acuerdo con el criterio establecido por la legislación comunitaria, no toda modificación estructural entre dos empresas da lugar a una concentración, sino sólo aquella que tiene como resultado una fusión económica o una adquisición de control.

Es importante precisar que las dos formas son consideradas como el resultado económico de la operación de concentración, con prescindencia de los medios jurídicos utilizados para ello, siempre que como resultado de la concentración se produzca una modificación estructural de las empresas de tal magnitud que elimine la independencia de las empresas participantes.

Metodología General de Análisis en la Comunidad Europea

De acuerdo con lo previsto por las normas de la Comunidad Europea, las concentraciones económicas son evaluadas con la finalidad de determinar si son compatibles con el mercado común. Con este objetivo, debe analizarse si una concentración obstaculizará de forma significativa la competencia, en particular, como consecuencia de la creación o el refuerzo de una posición dominante en el mercado común.

⁴⁴ De acuerdo con el Reglamento 139-2004/CE, las operaciones de concentración serán consideradas de dimensión comunitaria cuando:

- a) el volumen de negocios total a escala mundial del conjunto de las empresas afectadas supere los 5 000 millones de euros, y
- b) el volumen de negocios total a escala comunitaria realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas por la concentración supere los 250 millones de euros.

El análisis realizado por la Comisión Europea normalmente involucra las siguientes etapas:

- (i) Definición de mercado de producto y del mercado geográfico de referencia.
- (ii) Cuotas de mercado y grado de concentración del mercado.
- (iii) Determinación de adquisición o refuerzo de una posición de dominio como resultado de la concentración.
- (iv) La probabilidad de que la concentración genere efectos anticompetitivos en los mercados de referencia si no hay factores que actúen como contrapeso.
- (v) La probabilidad de que el poder de la demanda actúe como contrapeso de un aumento de poder de mercado resultante de la concentración.
- (vi) La probabilidad de que la entrada en el mercado de nuevos competidores preserve la competencia efectiva en los mercados de referencia.
- (vii) La probabilidad de que las eficiencias actúen como factor que contrarreste los efectos perjudiciales para la competencia que, de otro modo, se derivarían de la concentración.

Por su parte, la Comisión Europea ha precisado que es posible que las eficiencias derivadas de una concentración contrarresten los efectos sobre la competencia y, en particular, el perjuicio potencial para los consumidores que la misma podría tener.

Al respecto, ha señalado que en la evaluación general de una concentración, la Comisión toma en consideración toda eficiencia invocada y probada. En tal sentido, podría decidir que, gracias a las eficiencias que la concentración trae consigo, no hay motivos para declarar la concentración incompatible con el mercado común.

Finalmente, se precisa que para que la Comisión pueda tener en cuenta las eficiencias invocadas en su evaluación de la concentración y llegar a la conclusión de que, gracias a las mismas, no hay motivos para declarar la concentración incompatible con el mercado común; las eficiencias deben beneficiar a los consumidores, tener un carácter inherente a la concentración y ser verificables. Estas condiciones son acumulativas.

A continuación se presentan dos fusiones que fueron evaluadas por la Comisión Europea. Una de ellas fue aprobada con condicionamientos:

a. TELEFÓNICA Y CESKY TELECOM

Esta concentración, evaluada por la Comisión en el 2005, constituía la adquisición de control exclusivo mediante la compra por parte de Telefónica del 51.1% de Cesky

Telecom. Cabe señalar que la concentración de las empresas afectadas tiene un volumen conjunto de negocios agregado, a nivel mundial, superior a los 5000 millones de euros.

Para la aprobación de esta operación, la Comisión realizó la evaluación de los mercados afectados tanto vertical como horizontalmente. En lo concerniente a los mercados afectados verticalmente se evaluó el mercado mayorista de “roaming” internacional y los mercados mayoristas de terminación de llamadas y su relación con los servicios de telefonía fija y móvil. De otro lado, al analizar los efectos horizontales de la operación se evaluó el mercado para la provisión de servicios móviles avanzados integrados pan-europeos para clientes internacionales.

En línea con ello, se definió la provisión de servicios mayoristas de “roaming” (itinerancia) internacional a través de redes móviles de otros países como la prestación de servicios de acceso y capacidad a operadores móviles extranjeros con el objeto de permitirles que sus clientes puedan realizar y recibir llamadas mientras se encuentren en una red extranjera. Asimismo, La Comisión definió el mercado de los servicios mayoristas de “roaming” internacional como eminentemente nacional.

La cuota de mercado de Telefónica en España era de 40-50% siendo la cuota de mercado de Cesky Telecom en la República Checa de aproximadamente un 30-40%. Cabe señalar que sus principales competidores eran T-Mobil con un 35-45% y Oskar Mobil con un 15-25%. Asimismo, se analizó el impacto sobre la competencia de la operación respecto de los servicios de “roaming” al por mayor en la República Checa tras la incorporación de Eurotel a la alianza “FreeMove”. Al respecto, se esperaba un aumento de la cuota de mercado de Oskar Mobil tras su incorporación al grupo Vodafone.

Dado ello, el riesgo de creación de una posición de dominio colectiva de Eurotel y T-Mobil en la República Checa en lo que respecta a la prestación al por mayor de servicios de “roaming” internacional quedo excluido.

En lo referente a los mercados de mayoristas de terminación de llamadas se evaluó en sus dos niveles (el bucle local y las redes internacionales y/o larga distancia) concluyéndose que tanto en la terminación móvil como en la fija no existen sustitutos para la terminación de llamadas en cada red individual ya que el operador debe ser capaz de terminar la llamada en la red del destinatario. En consecuencia, no existe sustituibilidad en el lado de la demanda en el nivel mayorista, disfrutando cada operador de red fija o móvil de una cuota del 100%. Cabe mencionar la cobertura de las redes móviles y fijas tienen alcance nacional.

Dado el nivel de tráfico de llamadas existente entre España y la República Checa y viceversa, cualquier intento de obstaculización de los competidores de Cesky Telecom y de Telefónica a través de los mercados de servicios al por mayor de terminación de llamadas hubiera tenido un efecto inapreciable en la situación de los competidores de Telefónica y Cesky Telecom en el mercado de servicios de llamadas internacionales y en el mercado de telefonía móvil. Sólo un 0-10% de las llamadas desde red fija en la República Checa y un 0-10% de las llamadas desde red móvil terminaron en España durante el año 2004. En el caso de las llamadas desde España hacia la República Checa, dichos porcentajes son inferiores al 0-10%.

Dado ella se concluyó que la operación no es susceptible de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, en particular como resultado de la creación o refuerzo de una posición dominante en los mercados español y checo de servicios de llamadas internacionales desde la red fija y servicios de telefonía móvil.

Un análisis similar se realiza al evaluar los efectos horizontales por lo que se concluye que la operación no es susceptible de afectar el nivel de competencia en el mercado español ni checo. Dado que en relación con los contratos para servicios pan-europeos de comunicaciones móviles Eurotel y T-Mobile competirán en el mismo Estado y éstos se registrarán bajo las reglas aplicables en el seno de la alianza Freemove por lo que no se vería afectado el mercado.

En vista de todos los argumentos que concluyen que la operación no afectaría el nivel de competencia, la Comisión aprobó la fusión sin ningún tipo de condicionamiento.

b. Telefónica y O2

En noviembre de 2005, la Comisión recibe la propuesta de la fusión entre Telefónica y O2. Cabe mencionar que Telefónica es una empresa global de telecomunicaciones que provee servicios de telefonía fija y móvil, transmisión de datos, banda ancha, entre otros; mientras que O2 es un proveedor de servicios de telecomunicación móviles de Reino Unido, que cuenta también con presencia en Alemania e Irlanda. Asimismo, los ingresos a nivel mundial de ambas empresas exceden los 5000 millones de euros pero no representa más de 2/3 de los ingresos en ninguno de los países miembros de la Unión Europea.

La Comisión Europea autorizó a Telefónica a comprar el operador británico de telefonía móvil O2, con la condición de que la empresa española cumpla su compromiso de abandonar la alianza de operadoras FreeMove. En el análisis realizado por la Comisión se concluye que la presencia de Telefónica en la alianza de operadoras FreeMove era

conflictiva porque si O2 salía de la alianza rival de la que formaba parte (Starmap) para integrarse en Freemove, como Telefónica; tres de las cinco redes más importantes de Reino Unido (T-Mobile, Orange y O2) formarían parte de una misma comunidad de usuarios.

Tanto FreeMove como Starmap son alianzas entre operadoras, para proveer servicios de itinerancia (interconexión cuando se viaja a otros países, "roaming"). FreeMove, destinada principalmente a hacer frente a la fuerte presencia internacional de Vodafone, fue creada en el 2003 por Orange, Telefónica Móviles, Telecom Italia Mobile (TIM) y T-Mobile y se encuentra presente en 21 países europeos. La alianza, presentada oficialmente en Londres en marzo de 2004, en un acto conjunto de sus cuatro fundadores, permite a cada operadora mejorar e incrementar las ofertas internacionales a sus respectivos clientes y favorecer las sinergias de las compañías, principalmente en la compra de terminales y ofertas de roaming.

Dado ello, Telefónica renunció a la condición del límite mínimo de aceptación al que había quedado sujeto, el 21 de noviembre de 2005, y declaró la operación "incondicional respecto del nivel de aceptaciones".

IV. BALANCE FINAL

El objetivo de esta primera revisión de casos internacionales ha sido el contar con información acerca de la forma en la que las agencias reguladoras o de competencia de otros países, evalúan las denuncias de conductas anticompetitivas y los casos de fusiones en el sector de las telecomunicaciones. En tal sentido, esta revisión pretende constituir un punto de partida para posteriores revisiones.

Si bien un "caso presentado" puede contener el análisis de más de un comportamiento supuestamente anticompetitivo, para una mejor exposición, se categorizaron los casos presentados según si la conductas tenían que ver o no, principalmente, con los precios de los servicios. Asimismo, se elaboró una breve revisión de la literatura económica sobre cada uno de los comportamientos tratados.

Una primera diferencia que destaca en los casos revisados es que cada país cuenta con una institucionalidad y normatividad regulatoria y de competencia particulares. No obstante, a pesar de su importancia, este documento no ha tenido como objetivo tratar estos aspectos.

En cuanto a la forma de análisis de las conductas, hay menos diferencias. En general, lo primero que hacen las agencias regulatorias o de competencia, es determinar si la empresa

denunciada tiene o no posición de dominio, para lo cual, el paso inicial es identificar el mercado de referencia donde se determinará dicha dominancia. Dependiendo de cada caso, el mercado geográfico de referencia puede ser nacional o regional. Asimismo, el mercado de producto puede estar acotado a uno o más servicios o productos, dependiendo del grado de sustituibilidad entre los mismos. En los casos revisados, el análisis de dominancia generalmente ha estado referido al grado de concentración del operador en el mercado. Dependiendo del tipo de comportamiento investigado, el mercado de referencia puede ser mayorista o minorista o ambos. Cabe resaltar que en el sector de las telecomunicaciones, es común que se investigue a un operador verticalmente integrado, y que el análisis de posición de dominio, se extienda, del mercado de servicios finales, a los mercados mayoristas o de insumos, casos en los que se pueden configurar ciertas conductas, como el estrechamiento de márgenes.

Posteriormente a la determinación de la dominancia en el mercado de referencia, dependiendo del comportamiento, se analiza dicha conducta mediante algún tipo de prueba o test. En cuanto al comportamiento de “precios predatorios”, los test apuntan a evaluar si el precio es menor al costo, el tipo de costo a tomar en cuenta, si hubo o no sacrificio de utilidades, la probabilidad de recuperación de pérdidas elevando el precio, etc.

Respecto de la conducta de “estrechamiento de márgenes”, la evaluación apunta a determinar si la empresa es rentable o si incurre en pérdidas con ese comportamiento. En los casos revisados se ha recogido dos métodos, un análisis *forward-looking* de flujos de caja descontados y, como enfoque alternativo, el análisis de datos históricos de contabilidad financiera. Una ventaja de usar el flujo de caja descontado es que considera explícitamente la recuperación de costos de capital en el tiempo. Respecto al estándar de costos apropiado, en por lo menos dos de los casos revisados se usaron costos promedio incrementales a largo plazo (LRAIC).

En cuanto a la conducta de “subsidiados cruzados”, se encontró un único caso iniciado en el año 1998, en el que la denuncia era por subsidiados cruzados desde el sector de telefonía básica (dado en exclusividad) al servicio en competencia de transmisión de datos, lo que le permitía a la empresa denunciada cobrar precios bajos (precios predatorios). En dicho caso la evaluación consistió en analizar las pérdidas, a nivel de grupo económico, de las empresas denunciadas.

Respecto del comportamiento de “precios discriminatorios anticompetitivos”, se encontró un caso en el que la forma de evaluar por parte de la autoridad fue buscar evidencia acerca del cobro de incrementos de precios, que fueran distintos para diferentes clientes, que a su vez eran competidores de la empresa denunciada en el mercado final. En este caso (OPS

Ingeniería y otras empresas versus Telefónica Móviles de Chile) se encontró que dicho cobro no se justificaba en razones objetivas, y que tuvo efectos anticompetitivos.

Usualmente se ha señalado, como una de las limitaciones para llevar a cabo test de margen de utilidades, así como de comparación de precios y costos –en el caso de precios predatorios-, la dificultad que conlleva el obtener los costos reales de la empresa, así como su medición. No obstante, ésta no sería una razón suficiente para descartar ex ante la aplicación de estos test por parte de las autoridades.

Asimismo, es importante tomar en consideración que se debe tener cuidado en la aplicación automática de una regla simple, a fin de no caer en falsos positivos (determinar una conducta como anticompetitiva sin que lo sea). Para ello, es recomendable tomar en consideración, al momento de analizar las conductas, tanto los efectos sobre la competencia, como los efectos en el bienestar, sopesando las ganancias en eficiencia para los usuarios, pero no sólo en forma estática sino también dinámica, y considerando las razones que puedan explicar reducciones de precios por debajo de costos, como la expansión de mercados, etc.

Adicionalmente, destaca en la revisión de muchos de los casos, el que las autoridades hayan podido probar la “intencionalidad” del comportamiento, mediante comunicaciones entre la empresa denunciada y las denunciadas o comunicaciones internas de la empresa, lo que señala la importancia de contar con agencias regulatorias y de competencia fuertes que puedan cumplir labores de supervisión y fiscalización.

Otro resultado interesante de la revisión, es haber identificado algunas denuncias sobre comportamientos de empresas incumbentes, por supuestamente debilitar a los competidores en diversos mercados, en relación a ciertas políticas promotoras de la competencia. Por ejemplo, respecto a ciertas medidas, como el posibilitar que cada usuario “preseleccione” al operador de su preferencia para la realización de sus llamadas telefónicas, la empresa Wanadoo Interactive, primero vinculada, y luego fusionada a France Telecom -que fue denunciada en España y también en las Regiones Francesas de Ultramar (Reunión) por precios predatorios y estrangulamiento de márgenes, respectivamente- también incurrió en prácticas de recuperación de clientes perdidos (winback) y en el retraso en la implementación del servicio de restricción de llamadas compatible con la preselección de un operador alternativo –lo que hizo que el mal funcionamiento de bloqueo de línea fuera percibido por los consumidores como un error de los nuevos operadores alternativos. En ese caso, el daño causado por dicha conducta fue considerado más grave aún, debido a que afectó a poblaciones de bajos ingresos de territorios poco desarrollados, donde el grado de competencia era escaso o nulo.

Asimismo, es importante que todo análisis esté íntimamente vinculado con la situación de los mercados en el país particular que se estudia, tomando en consideración si la estructura de los mismos muestra la presencia de operadores verticalmente integrados (OVI), si éstos tienen o no presencia en parte o todo el territorio de un país, si son o no dominantes tanto en el mercado upstream (acceso mayorista, en particular facilidades esenciales) como en el mercado downstream (minorista) de varios servicios de telecomunicaciones. Del mismo modo, se tendría que revisar los indicios de que dicho operador verticalmente integrado esté o no siendo más eficiente que sus potenciales competidores.

En cuanto a las sanciones impuestas, de los veintidós casos revisados sobre comportamientos anticompetitivos, siete de ellos concluyeron en sanciones. En el caso particular de la Comisión Europea, destaca el alto monto de las multas establecidas en casos vinculados a comportamientos anticompetitivos particularmente en el mercado de Banda Ancha (en Alemania, España y el Reino Unido). Con ello, la Comisión Europea habría tenido la intención de dar una señal al mercado acerca de la importancia que le da al desarrollo de la banda ancha en un marco de competencia en la Comunidad Europea. De otro lado, en Chile habría un mayor énfasis en mecanismos de resolución previa, como lo muestra el que buena parte de los casos revisados se resolvieron en conciliaciones y acuerdos entre las partes (empresas).

Por su parte, el documento también mostró algunos de los casos de fusiones más importantes ocurridos en EE.UU. y en la Comunidad Europea, que se resumen a continuación. Los casos revisados de fusiones fueron todos aprobados por los reguladores o agencias de competencia, no obstante, destaca la tendencia a aprobar dichos acuerdos, sujetos al cumplimiento de ciertas condiciones por parte de la autoridad, las cuales pueden consistir en la división de activos, en el mantenimiento de acuerdos previos y otros.

ESTADOS UNIDOS	AÑO	PROPUESTA DE OPERACIÓN	RESULTADO
SBS y AT&T	2005	En enero de 2005, SBC acordó la adquisición de AT&T por US\$ 16 billones.	Marzo de 2007: se aprobó la fusión condicionándola a una división de activos
VERIZON Y ALLTEL	2008	En junio de 2008, Verizon notificó la adquisición de Alltel por US\$ 28 billones.	Abril de 2009: se aprobó la fusión condicionándola a la división de activos, la continuación de acuerdos previos de roaming con operadores, entre otros.

COMISION EUROPEA	AÑO	PROPUESTA DE OPERACIÓN	RESULTADO
TELEFONICA Y CESKY TELECOM	2005	Adquisición de control exclusivo mediante la compra por parte de Telefónica del 51.1% de Cesky Telecom.	Aprobación de la fusión sin ningún tipo de condicionamiento.
TELEFONICA Y O2	2005	En noviembre de 2005, la Comisión recibió la propuesta de la fusión entre Telefónica y O2.	La Comisión Europea autorizó a Telefónica a comprar el operador británico de telefonía móvil O2, con la condición de que la empresa española cumpla su compromiso de abandonar la alianza de operadoras FreeMove.

V. BIBLIOGRAFÍA

ABITO, Jose Miguel y WRIGHT, Julián (2006). *“Exclusive dealing with imperfect downstream competition”*. International Journal of Industrial Organization Vol. 26, N° 1: 227-246.

AREEDA, Philip y Donald TURNER (1975). *“Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act”*. Harvard Law Review Vol. 88: 697-733.

BAUMOL, William. (1979). *“Quasi-permanence of price reductions: a policy for prevention of predatory pricing”*. The Yale Law Journal Vol. 89, N° 1: 1-26.

BERNHEIM, Douglas y Michael WHINSTON (1998). *“Exclusive Dealing”*. The Journal of Political Economy, Vol. 106, N° 1: 64-103.

BOLTON, BROADLEY y RIORDAN (2000). *“Predatory Pricing: Strategic theory and legal policy”* Georgetown Law Journal, 88, (2000) pp 2239.

BUIGUES, Pierre y Patrick REY (2004). *The Economics of Antitrust and Regulation in Telecommunications. Perspectives for the New European Regulatory Framework*. Gloucestershire, UK: Edward Elgar Publishing Limited.

CAVE, Martin, Sumit MAJUMDAR e Ingo Vogelsang. *“Structure, Regulation and Competition in the Telecommunications Industry”*. En Handbook of Telecommunications Economics. Volume 1, Elsevier, 2006.

COLOMA, Germán. "La discriminación de precios y la defensa de la competencia". Universidad CEM. En: <http://www.ucema.edu.ar/~gcoloma/discrim.pdf>

CHURCH, Jeffrey y Roger WARE (2000). *Industrial Organization: A strategic approach*. Mc Graw Hill.

DE LA MANO, M. y B. DURAND (2005). La Regla de la Razón Estructurada de Tres Pasos para Evaluar Predación bajo el artículo 82. Oficina del Economista Jefe. Paper para discusión. Dirección General de Competencia, Comisión Europea.

DOGANOGLU, Toker y Julian WRIGHT (2008). *Exclusive dealing with network effects*.

EINAV, Liran y Jonathan LEVIN (2010). "Empirical Industrial Organization: A Progress Report". NBER Working Paper N° 15786.

GURPEGUI, Iratxe y Agnes SZARKA (2009). Predatory pricing in the telecoms sector: the ECJ rules on the issue of recouping losses. Competition Policy Newsletter N°2.

JACQUEMIN, Alexis (1991). *The New Industrial Organization: Market forces and strategic behavior*. Cambridge: The MIT Press.

JOSKOW, Paul y Alvin KLEVORICK (1979). "A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy". Yale Law Journal, Vol. 89: 213-270.

KAHN, Alfred (1995). *The Economics of Regulation: Principles and Institutions*. Cambridge: The MIT Press.

KREPS, David y Robert WILSON (1982). "Reputation and Imperfect Information". Journal of Economic Theory, Vol. 27, N° 2: 253-279.

KWOKA, John y Larry WHITE (2005). *The Antitrust Revolution: Economics, Competition and Policy*. Oxford: Oxford University Press.

MILGROM, Paul y John ROBERTS (1982). "Predation, Reputation and Entry Deterrence". Journal of Economic Theory, Vol. 27, N° 2: 280-312.

MINCETUR (2007). Textos Completos del Acuerdo de Promoción Comercial Perú-EE.UU. Lima.

MOTTA, Massimo (2004). *Competition Policy: Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press.

POSNER, Richard (1976). *Antitrust Law: An Economic Perspective*. Chicago: University of Chicago Press.

RITTER, Cyril (2005). "Refusal to Deal and "Essential Facilities": Does Intellectual Property Require Special Deference Compared to Tangible Property?" *World Competition: Law and Economics Review*, Vol. 28, N° 3: 281-298.

SHY, Oz (1995). *Industrial Organization: Theory and Applications*. Cambridge: The MIT Press.

SHY, Oz (2001). *The economics of network industries*. Cambridge University Press.

VISCUSI, W. Kip, John VERNON y Joseph HARRINGTON (2000). *"Economics of Regulation and Antitrust"*. Tercera Edición. Cambridge: The MIT Press.

WILLIAMSON, Oliver (1977). "Predatory Pricing: A Strategic and Welfare Analysis". *The Yale Law Journal*, Vol. 87, N° 2: 284-340.

VI. ANEXO:

RESUMEN DE CASOS REVISADOS

Nº	Conducta anticompetitiva	País	Parte demandante	Parte demandada	Mercado	Fecha inicio	Fecha fin	Motivo	Resultado del proceso	Norma Infringida
1	Precios predatorios	Francia	Comisión Europea (de oficio)	Wanadoo	Banda ancha mayorista	sep-99	16/07/2003	Abuso de su posición dominante al haber realizado precios predatorios en sus productos de acceso a internet de alta velocidad (eXtense y Wanadoo ADSL) comprobándose que no se podían recuperar los costos en el periodo analizado.	Multa de €10.35 millones	Artículo 82 del Tratado de la Comisión Europea
2	Precios predatorios	Chile	Telsur (Telefónica)	VTR Banda Ancha Chile	Empaquetamiento / WTV	10/08/2007	-	Precios predatorios en la X Región al ofrecer sus productos empaquetados a precios menores a los que VTR cobra en el resto del país con el objetivo de afectar el desarrollo de la tecnología WTV de Telsur.	En proceso	Artículo 3 del Decreto Ley N° 211 para la Defensa de la Libre Competencia (1973)
3	Precios predatorios, Estrechamiento de márgenes y Subsidios cruzados	Chile	Telmex Servicios Empresariales	Compañía de Telecomunicaciones de Chile (Telefónica)	Telefonía de larga distancia minorista	26/11/2008	-	Diversos tipos de conductas anticompetitivas (subsídios cruzados, precios predatorios , entre otros)	En proceso	Artículo 3 del Decreto Ley N° 211 para la Defensa de la Libre Competencia (1973)
4	Precios predatorios	Argentina	Movicom Bellsouth y CTI	Telecom Argentina - France Telecom y Telecom Personal	Empaquetamiento minorista (telefonía fija, telefonía móvil y LD)	05/09/2000	27/10/2004	Lanzamiento de oferta conjunta (paquete de telefonía fija, móvil y LDN). Se denunció práctica de ventas atadas y precios predatorios .	Se desestimó la denuncia al no comprobarse que existan las condiciones necesarias para que el grupo incurra en precios predatorios	Ley 25156 de Defensa de la Competencia (1999)
5	Estrechamiento de márgenes	Alemania	Comisión Europea (de oficio)	Deutsche Telecom	Banda ancha mayorista	ago-99	21/05/2003	Abuso de su posición dominante al haber realizado estrechamiento de márgenes al cobrar precios injustos a sus competidores en los servicios de acceso mayorista y acceso minorista en la red local	Multa de €12.6 millones	Artículo 82 (a) del Tratado de la Comisión Europea. Se realiza análisis de las tarifas tope en el periodo de evaluación.
6	Estrechamiento de márgenes	España	Wanadoo (subsidiaria de France Telecom)	Telefónica España	Banda ancha mayorista	11/07/2003	04/07/2007	Abuso de su posición dominante al haber realizado estrechamiento de márgenes entre los precios mayoristas que las filiales de Telefónica cobran a sus competidores por el acceso a banda ancha mayorista y los precios minoristas que cobran a los usuarios finales para la competencia en el mercado de acceso a banda ancha minorista.	Multa de € 151.875 millones	Artículo 82 del Tratado de la Comisión Europea.
7	Estrechamiento de márgenes	Reino Unido	Freeserve	British Telecom Openworld (BTO)	Banda ancha mayorista	16/04/2002	20/11/2003	Presunto abuso de su posición dominante por medio de precios predatorios, subsidios cruzados y estrechamiento de márgenes en su producto Home 500 y Plug & Go	No se impuso multa pero se determinó posición de dominio	Capítulo II de Prohibiciones del Acta de los Lineamientos de Competencia de la OFT (Office Fair Trading)
8	Estrechamiento de márgenes	Bélgica	Base	Belgacom Mobile (subsidiaria de Belgacom)	Telefonía Móvil	07/10/2005	26/05/2009	Abuso de su posición dominante al haber realizado estrechamiento de márgenes entre las tarifas on net y los cargos de terminación de llamada que cobraba a sus competidores.	Multa de € 66.3 millones	Artículo 3 de la Ley de Protección de la Competencia Económica y Artículo 82 del Tratado de la Comisión Europea.
9	Estrechamiento de márgenes	Australia	ACCC (de oficio)	TELSTRA	Banda ancha mayorista	20/03/2004	13/03/2005	La ACCC sospecha de conductas anticompetitivas (estrechamiento de márgenes) por parte de Telstra para el servicio de banda ancha mayorista.	No hubo sanción. Se llegó a un acuerdo con Telstra para que avise por anticipado sobre cambios en precios	Parte A de Trade Practice Act
10	Estrechamiento de márgenes	Australia	ACCC (de oficio)	TELSTRA	Acceso a red de telefonía fija y mercado de telefonía fija minorista	12/04/2006	27/02/2007	<i>Abuso de posición de dominio: La empresa incrementó el precio de su línea minorista (Home Line Part) que permitía preseleccionarse con otro operador para la provisión del servicio de llamadas. Adicionalmente, incrementó el precio de un producto mayorista (Home Access) para proveer línea y llamadas a operadores competidores.</i>	No se siguió un proceso judicial porque se cambiaron las condiciones del servicio (Revisión estratégica de servicios de telefonía fija)	Parte A de Trade Practice Act
11	Estrechamiento de márgenes	EE.UU.	Linkline Communications	Pacific Bell (afiliada a AT&T)	DSL (Internet) mayorista y minorista en California	23/06/2008	25/02/2009	Se acusó a Pacific Bell (AT&T) de cobrar un precio mayorista a otros proveedores que no les permitía competir con el servicio minorista que ellos mismos ofrecían. Respecto al alto precio mayorista, AT&T no tenía obligación de ofrecer un producto mayorista en condiciones ventajosas para sus competidores (no duty deal). Respecto al bajo precio minorista, no se ofrecieron suficientes pruebas como para sostener la teoría de precios predatorios .	A favor de AT&T. No se pudo probar que se incurrió en estrechamiento de márgenes por no cumplir las condiciones en mercado minorista. Además, AT&T no tenía obligación de negociar con competidores.	Sección 2 de Acta Sherman / Acta de Telecomunicaciones 1996
12	Estrechamiento de márgenes, Discriminación de precios, y Negativa de venta	Chile	OPS Ingeniería, ETCOM, Interlink Global Chile Ltda. y Sistek Ltda	Telefónica Móviles de Chile	Terminación de tráfico en red móvil de TMCH	13/04/2007	15/10/2009	Varias demandas a la vez por abuso de posición de dominio: discriminación de precios que se tradujo en un estrechamiento de márgenes de competidores en el mercado de terminación de llamadas fijo-móvil on-net y negativa de venta	Multa de US\$ 2.4 millones y prohibición de cobrar a las empresas que ofrecen el servicio de terminación de llamadas fijo-móvil on-net precios arbitrariamente discriminatorios	Artículo 3 del Decreto Ley N° 211 para la Defensa de la Libre Competencia (1973)

Nº	Conducta anticompetitiva	País	Parte demandante	Parte demandada	Mercado	Fecha inicio	Fecha fin	Motivo	Resultado del proceso	Norma Infringida
13	Estrechamiento de márgenes	Francia	Outremer Telecom y Mobius	France Telecom	Telefonía fija y banda ancha (mayorista)	15/07/2005	28/07/2009	Abuso de su posición dominante al haber cobrado precios abusivos así como negativa de venta en sus enlaces.	Multa de € 27.6 millones	Artículo 82 del Tratado de la Comisión Europea y Artículo 420-2 del Código de Comercio
14	Subsidio cruzado	Argentina	Impsat	Telefónica de Argentina, Telecom Argentina - France Telecom. Afiliadas: Startel, Advance Comunicaciones y Telecom Soluciones	Transmisión de datos minorista	07/05/1998	20/02/2004	Impsat acusó a Startel, Advance, Telecom y sus respectivas afiliadas de las administradoras de la Red de Telefonía Pública de incurrir en subsidios cruzados del servicio de telefonía básica al de transmisión de datos.	Se desestimó la denuncia al realizarse un análisis del mercado relevante de transmisión de datos, concluyendo que este era competitivo	Ley 22262 de Defensa de la Competencia (1980)
15	Subsidio cruzado	Chile	Voissnet	Compañía de Telecomunicaciones de Chile (Telefónica)	Empaquetamiento minorista (telefonía fija e internet)	12/07/2007	-	Abuso de posición de dominio: "ofertas conjuntas" de servicios de telefonía fija e internet de banda ancha que lanza al mercado Telefónica aplicando subsidios cruzados .	En proceso	Artículo 3 del Decreto Ley N° 211 para la Defensa de la Libre Competencia (1973)
16	Barreras a la entrada	Chile	Telmex Servicios Empresariales	Compañía de Telecomunicaciones de Chile (CTC - Telefónica)	WMax	11/03/2008	30/01/2009	Abuso de procedimientos administrativos y judiciales a fin de dejar sin efecto la adjudicación que obtuvo Telmex de una concesión para la operación de la tecnología WMax	Se desechó la denuncia. No pudo deducirse que las acciones intentadas por la CTC hayan tenido por finalidad restringir la entrada de Telmex al mercado.	Artículo 3 del Decreto Ley N° 211 para la Defensa de la Libre Competencia (1973)
17	Barreras a la entrada	Chile	Fiscalía Nacional Económica (de oficio)	Telefónica Móviles Chile, Claro Chile y Entel PCS	Telefonía móvil minorista	14/08/2007	-	Creación de barreras artificiales de entrada a los Operadores Móviles Virtuales (OMV). Oposiciones presentadas a todas las solicitudes de concesión presentadas ante SUBTEL por diversas empresas interesadas en operar como OMV.	En proceso	Artículo 3 del Decreto Ley N° 211 para la Defensa de la Libre Competencia (1973)
18	Negativa de venta	EE.UU.	Covad Communications	Bell Atlantic (afiliada a Verizon)	Acceso a red de telefonía fija	2002	01/03/2005	Covad solicitó acceso a ciertos elementos de la red de telefonía local de Bell Atlantic, monopolista de servicios de telefonía fija e Internet, a lo cual esta última se negó.	A favor de Bell Atlantic. La Corte dictaminó que la denuncia se basaba en el Acta de 1996 (concernía a la FCC) y no en el Acta Sherman.	Sección 2 de Acta Sherman / Acta de Telecomunicaciones 1996
19	Negativa de venta	EE.UU.	CoreComm Communications y Z-Tel Communications	SBC Communications y subsidiarias	Acceso a elementos de red (Unbundled Network Element - UNE)	28/08/2001	28/04/2004	Core y Z-Tel enviaron una queja a la FCC debido a que según un acuerdo con SBC, habían pagado por acceso a elementos de red (UNE) de la empresa y sus subsidiarias pero estas se negaron a permitirles el uso de la red para transporte intraLATA (tipo de servicio local).	A favor de SBC. La FCC descartó el caso porque el acuerdo de interconexión entre ambas empresas no especificaba la posibilidad de llevar a cabo el transporte intraLATA y el Acta de Telecomunicaciones especificaba que prevalecían las reglas del acuerdo entre ambas empresas.	Acta de Telecomunicaciones 1996 y SBC/Ameritech Merger Order Conditions
20	Negativa de venta	EE.UU.	Curtis Trinko (persona natural, abonado fijo de AT&T)	Verizon	Acceso a red de telefonía fija en New York	10/03/2003	13/01/2004	Curtis Trinko, abonado fijo de AT&T, acusó a Verizon (proveedor del servicio mayorista) de no proveer servicio de calidad a sus competidores como AT&T de tal forma que esta empresa no podía hacerlo con sus clientes minoristas. Por tanto, la única opción para obtener un buen servicio es siendo cliente de Verizon, con lo que estaría excluyendo a sus competidores del mercado.	A favor de Verizon. La obligación de compartición de red no podía juzgarse bajo el Acta Sherman, por lo que la empresa no había incurrido en una práctica anticompetitiva.	Sección 2 de Acta Sherman / Acta de Telecomunicaciones 1996
21	Contratos de exclusividad para excluir a competidores	Italia	L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (de oficio)	Telecom Italia	Telefonía fija mayorista y minorista	05/06/2003	16/11/2004	Abuso de posición de dominio al aplicar políticas comerciales desiguales en el suministro de servicios de red fija destinadas a excluir a lo demás operadores. En particular, en las ofertas de licitaciones públicas a los clientes empresariales que no podían ser replicables por otros operadores por ser incompatibles con los costos de interconexión que éstos debían tomar en cuenta para la presentación de sus ofertas.	Multa de € 152 millones	Artículo 3 de la Ley 287/90
22	Contratos de exclusividad para excluir a competidores	Reino Unido	OFT	BSkyB	Televisión por cable y distribución de señales	1994	1996	La OFT decide abrir investigación de oficio debido a las quejas de sus principales competidores que alegaban que la empresa estaba cometiendo posibles prácticas anticompetitivas en los derechos de transmisión de sus señales.	BSkyB tendría que adoptar una serie de medidas y compromisos relacionados con la provisión mayorista de contenidos a sus competidores.	Artículo 82 del Tratado de la Comisión Europea.