
Las telecomunicaciones y la libre competencia: un marco analítico básico

Teresa V. Tovar Mena

Abogada.
Master en Derecho Empresarial.

1. Introducción.

Se ha discutido bastante en los últimos tiempos sobre la situación del mercado de las telecomunicaciones en relación con la promoción de la libre competencia y la necesidad de mayor (o menor) intervención del Estado (organismo regulador) para controlar las actuaciones empresariales.

Como es lógico, las opiniones de cada quien respecto de estos temas estarán determinadas, básicamente, por su concepción del rol del Estado en la economía y el grado de libertad económica que debe ser concedido a los individuos. Hay quienes opinan que la competencia no es posible en ningún mercado o servicio público de telecomunicaciones y que la intervención del regulador⁽¹⁾ debe ser intensa, incluyendo el control de fusiones. Otros consideran que la intervención del Estado en segmentos de mercado que exhiben competencia debe ser mínima o incluso desaparecer.

Sin embargo, independientemente de la diversidad de opiniones sobre estos temas, en

nuestro país, además de la regulación sectorial, existe un marco jurídico que limita las intervenciones estatales y encauza las actuaciones empresariales, lo que incluye a las disposiciones constitucionales sobre el régimen económico.

El propósito de este artículo es describir ese marco normativo y constitucional, con algunas anotaciones doctrinales y de legislación comparada, para proveer al lector de elementos de análisis de la política de competencia en el sector telecomunicaciones.

2. Política de competencia.

La política de competencia se ocupa de definir los valores que inspiran la actuación del Estado respecto del poder económico de las empresas⁽²⁾ y que, por tanto, son esenciales para el orden económico de una sociedad.

En este orden de ideas, se ha sostenido que la política de competencia, en un sentido amplio⁽³⁾, no comprende solo a la legislación de competencia, sino que también incluye la liberalización del

(1) Que en nuestro sistema tiene también funciones de agencia de competencia.

(2) "La política antimonopolios está referida a la medida en que los individuos privados puedan adquirir y mantener poder económico y la medida en que la sociedad, a través de las Cortes, deba hacer algo al respecto." (el énfasis es nuestro). ROSS, Stephen. *Principles of Antitrust Law*. Westbury, New York: The Foundation Press, 1993. p. 1 (traducción libre). En el mismo sentido, Robert Bork afirma que: "(l)os fines de la política antimonopolios son usualmente discutidos como si ellos estuvieran determinados enteramente por las intenciones del Congreso. Pero igualmente importante es un factor independiente y usualmente pasado por alto: la responsabilidad de las Cortes por la integridad de la ley y del proceso de producción de normas (...) las Cortes tienen otras obligaciones, además de la mecánica traducción de la intención del legislador, y estas obligaciones son particularmente importantes con leyes de textura tan abierta como las leyes antimonopolio". BORK, Robert. *The Antitrust Paradox. A Policy at War with itself*. New York: The Free Press, 1993. p. 72 (traducción libre).

(3) "La implementación de una política de competencia implica la adopción de diversas medidas que pueden agruparse en dos clases: (i) aquellas cuyo propósito es promover la competencia (eliminando barreras de entrada a los mercados, facilitando la inversión, brindando seguridad, etcétera); y, (ii) aquellas destinadas a evitar que los agentes del mercado realicen actos que puedan restringir tal competencia". QUIROGA, María del Rosario y Miguel RODRÍGUEZ. *La Concentración de Empresas y la Libre Competencia*. Fundación M.J. Bustamante de la Fuente. Cultural Cuzco, 1997. pp. 31 y 32.

comercio, la eliminación de barreras de acceso derivadas de la regulación estatal, el rol del regulador, de las instancias de solución de controversias, etcétera⁽⁴⁾.

De acuerdo con lo indicado, los valores involucrados en la política de competencia son conceptos relacionados con los principios fundamentales de un orden social. La legislación de libre competencia debe responder a dichos valores y se debe aplicar e interpretar de acuerdo con los mismos: “el Derecho de las limitaciones de la competencia persigue la eliminación de todas aquellas prácticas, y actuaciones limitativas de la competencia, debidas a acciones individuales o concertadas de los competidores que puedan resultar insoportables para la comunidad en general o para otro competidor, **desde el punto de vista de los valores implicados en el régimen de competencia** y sean aptas para desvirtuarlos”⁽⁵⁾ (el énfasis es nuestro).

Existe, pues, un conjunto de valores que subyacen en toda legislación de libre competencia y que sirven para orientar la labor del juez o del regulador, según el caso. En términos de lo dicho por Baylos, para una comunidad puede resultar intolerable que las pequeñas empresas desaparezcan por la existencia de empresas grandes, para otras la existencia de empresas grandes y la eliminación de las pequeñas no será tan grave si se logra la eficiencia.

En nuestro país, la implementación de política de competencia para el mercado de las telecomunicaciones está a cargo de OSIPTEL. El ejercicio de este rol de OSIPTEL debe ser coherente con las finalidades de la legislación de libre competencia, la misma que es supletoria de la

regulación sectorial, como veremos luego, y forma parte de la política de competencia.

2.1. Racionalidad de la política de competencia.

En un mercado perfectamente competitivo, no habría necesidad de una política de competencia, pues el propio mercado permitiría el máximo bienestar de la sociedad y de los consumidores.

Según Areeda, el mercado perfectamente competitivo sería aquel en el cual se cumplen las siguientes cuatro condiciones:

“(1) Los vendedores y compradores son tan numerosos que ninguna de sus acciones tiene un impacto perceptible en el precio de mercado, y no existe colusión entre vendedores o compradores.

(2) Cada consumidor registra sus preferencias subjetivas sobre varios bienes y servicios a través de transacciones de mercado a precios completamente conocidos.

(3) Todos los precios relevantes son conocidos por cada productor, quien también conoce todas las combinaciones técnicas de insumos capaces de producir cualquier específica combinación de productos, y quien realiza sus decisiones insumo-producto únicamente con el fin de maximizar la rentabilidad de su capital.

Cada productor tiene igualdad de acceso a todos los mercados de insumos y no existen barreras artificiales para la producción y venta de cualquiera de sus productos”⁽⁶⁾.

Así, en un mercado con tales características, los consumidores tendrán toda la información que requieran para tomar sus decisiones de consumo. Ningún productor o vendedor será lo suficientemente poderoso como para afectar en su favor la operación del mercado. No se darían

(4) “La finalidad general, y comúnmente admitida, de la política de la competencia es reducir al mínimo las ineficiencias económicas creadas en los mercados por comportamientos anticompetitivos. La política de competencia no sólo consiste en la aplicación de la Ley sobre la competencia, sino también en la liberalización y desregulación del comercio en interés del bienestar del consumidor”. UNCTAD Ley Tipo: Las relaciones entre los organismos de defensa de la competencia y los organismos reguladores incluidos los reguladores sectoriales. Documento TD/B/COM.2/CLP/23 de 18 de junio de 2001. En URL: <http://www.unctad.org> En el mismo sentido, se ha indicado: “(l)a legislación de competencia (...) prohíbe el abuso de la posición de dominio y acuerdos de carteles en los que dos o más empresas convienen en actuar conjuntamente como un monopolio. La política de competencia es un concepto más amplio que incluye aspectos de reforma de la regulación, desmonopolización, y privatización, y busca impedir el daño a la sociedad que es causado por una gama más amplia de acciones y prácticas anticompetitivas, incluyendo las concesiones corruptas de poder monopolístico y una regulación indebidamente restrictiva por parte del Estado”. (el énfasis es nuestro). SHELTON, Joanna. (OECD Deputy Secretary General) *Regulatory Reform, Demonopolisation and Privatisation: how to ensure consistency with competition*. Discurso pronunciado en el X Seminario Pre- UNCTAD sobre el Rol de la Política de Competencia para el Desarrollo en Mercados del Mundo Globalizado. Ginebra, Suiza 14-15 de junio de 1999. URL: <http://www.oecd.org/daf/clp/speeches/unctadsp.pdf> (traducción libre)

(5) BAYLOS, Hermenegildo. *Tratado de Derecho Industrial*. Madrid: Civitas, 1993. p. 286.

(6) AREEDA, Phillip. *Antitrust Analysis. Problems, Texts, Cases*. Toronto: Little, Brown and Company, 1981. pp. 7 y 8 (traducción libre).

concertaciones entre competidores, ni existirían barreras de acceso o asimetría en la información (cuando algún agente del mercado tiene más información que otro).

Pero, como sabemos, ningún mercado es perfectamente competitivo. En el caso de las telecomunicaciones la situación es particularmente grave, pues en este sector el monopolio fue la condición natural hasta hace pocos años y solo recientemente se ha empezado a liberalizar los mercados y acceder a la competencia en los segmentos más dinámicos. Sin embargo, los antiguos monopolios (*incumbents*) suelen conservar en la etapa de competencia gran parte de su poder de mercado, lo que dificulta la entrada y actuación de nuevos competidores y exige la existencia de una regulación y de un organismo regulador, así como de las agencias de competencia (en caso de violaciones a la libre competencia); con el fin de cautelar el eficiente funcionamiento del mercado. “La política de competencia se aplica generalmente a través de dos formas de intervención estatal una forma es conductual. En este campo, una autoridad pública busca modificar la conducta de una empresa o grupo de empresas a través de la regulación de su conducta. La regulación de precios es un ejemplo de intervención conductual. Otros ejemplos son los mandatos que prohíben prácticas colusorias o acuerdos, o los mandatos requiriendo la interconexión de redes de competidores. Una segunda forma de intervención es estructural. Dicha intervención afecta la estructura de mercado de la industria. Por ejemplo, el Estado puede intervenir para impedir la fusión de dos de los mayores operadores de redes en un mercado”⁽⁷⁾. En nuestra legislación sectorial de telecomunicaciones no se contempla la intervención estructural, como sí ocurre en el sector eléctrico. Igualmente, salvo este

sector, a las demás actividades económicas no se les aplican restricciones en cuanto a las concentraciones (fusiones, adquisiciones, etcétera.) como sí ocurre en otros países.

Ahora bien, como se ha anotado, existen dos formas en que el Estado puede intervenir en las actividades económicas: la regulación y la legislación en materia de abuso de posición de dominio y prácticas restrictivas de la competencia (colusión o concertación).

La legislación de competencia y la regulación, siendo parte ambas de la política de competencia en sentido amplio (acción del Estado frente al poder económico) son complementarias y cada una de ellas tiene una función diferente: “las políticas de competencia deben **evitar que se creen barreras de acceso al mercado** que limiten artificialmente el número de opciones de los consumidores. No eliminar la eficiencia como barrera, que es otra cosa. Deben buscar que los agentes, y muy especialmente **el Estado, no cree reglas que limiten la posibilidad de competir**. Pero su acción **no se dirige al resultado completo, sino a preservar el proceso**”⁽⁸⁾ (el énfasis es nuestro).

Por el contrario, la regulación se dirige a obtener un resultado concreto, busca que el mercado en el que la competencia no es viable dé los mismos resultados que si existiera⁽⁹⁾.

La preservación del proceso competitivo se basa en la existencia de un interés general involucrado en la política de competencia, no se busca proteger a tal o cual empresa en sí misma, sino el proceso competitivo en beneficio de todos los consumidores y de la economía del país⁽¹⁰⁾.

Así, pues, no se tutelan los intereses privados de los agentes económicos por sí mismos, sino en tanto parte de una economía de mercado. Existe un interés general en que ella funcione y que la

(7) INTVEN, Hank (editor) *Telecommunications Regulation Handbook*. Info Dev Program of the World Bank Module 5 Competition Policy. p. 2. El informe está disponible en www.infodev.org/projects/3144regulationhandbook.

(8) BULLARD, Alfredo. *El Indecopi ¿Por qué no es un organismo regulador?* En: *Advocatus*. Nueva época. Número 5. Diciembre 2001. pp. 252 y 253.

(9) “Cuando existen razones para presumir que no va a existir un fenómeno competitivo(...) entonces la respuesta es la regulación (...) la regulación es una opción cuando no es posible esperar que surja competencia. Por el contrario las políticas de competencia, aparecen precisamente cuando la competencia es posible y solo hay que preservar que el proceso competitivo se desarrolle con transparencia (...)

Las políticas de competencia se orientan a crear y mantener las condiciones de competencia, no ha de sustituirlas.

Por el contrario la regulación busca duplicar o simular resultados de un proceso competitivo que asume no existirá”. *Ibid.*; pp. 256 y 257.

(10) “El Derecho de las limitaciones de la competencia persigue que prevalezca el principio de la competencia en la acción concurrencial. **Protege, pues, el interés público implicado en todo régimen de competencia**, sin renunciar por ello a la tutela de los intereses privados que resulten lesionados por las restricciones o limitaciones a la competencia establecidas por los competidores”. (el énfasis es nuestro). BAYLOS, Hermenegildo. *Op. cit.*; p. 284.

competencia sea libre porque ello arrojará resultados económicos provechosos para toda la sociedad.

Entonces, se requiere que el Estado intervenga, de una forma u otra, para limitar el poder económico que atente contra la libertad de iniciativa privada y asegurar la efectiva vigencia de un régimen de libre competencia, a través de los mecanismos establecidos en la legislación, sea mediante la actuación de las instancias de solución de controversias (intervención *ex post*, por lo general a cargo de la agencia de competencia o de las Cortes), o por aplicación del regulador de las normas del marco regulatorio de las telecomunicaciones (intervención *ex ante*).

En nuestro país, la institución encargada de velar por la competencia es el Instituto de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual-Indecopi. Sin embargo, para el mercado de las telecomunicaciones tal misión le ha sido encomendada a OSIPTEL.

Como ya se ha anotado, detrás de la labor de estas entidades deben existir determinados principios orientadores o finalidades de la legislación y de su actuación. “La política antimonopolios no será racional hasta que no podamos dar una respuesta firme a una pregunta: ¿cuál es el propósito de la legislación-cuáles son sus fines? Todo lo demás se desprende de la respuesta que demos a esa pregunta. ¿Deberá el Juez antimonopolios estar guiado por un sólo valor o por varios? Si es por varios, ¿cómo va a resolver casos en los que se presente un conflicto entre los valores? Solamente cuando se haya resuelto el tema de los

fines será posible construir un cuerpo coherente de reglas sustantivas”⁽¹¹⁾.

A continuación desarrollaremos las finalidades que, según la doctrina, puede tener la legislación en materia de libre competencia o *antitrust* y la finalidad establecida en nuestro ordenamiento jurídico.

2.2. Finalidades de la legislación de libre competencia.

Las finalidades pueden clasificarse en económicas y no económicas. Desarrollaremos las variantes de cada una de ellas.

2.2.1. Finalidades económicas.

En este rubro se incluyen aquellas finalidades que se sustentan en la teoría económica para definir lo más beneficioso para una sociedad.

2.2.2. Búsqueda de la eficiencia.

Promover un sistema de mercado que maximice la riqueza de la sociedad mediante el despliegue de nuestros recursos en donde sean más altamente valorados(...)[es decir] promover la eficiencia distributiva-maximizando la cantidad de bienes deseados producidos por la sociedad dentro de nuestros limitados recursos disponibles. Los economistas y sus compañeros usualmente se refieren a esta finalidad como **“maximizar el bienestar del consumidor”**⁽¹²⁾⁽¹³⁾ (el énfasis es nuestro).

Como puede verse, se usa la teoría económica para definir lo que es más conveniente para la sociedad: la eficiencia, que según esta tesis redundaría en el bienestar del consumidor⁽¹⁴⁾.

(11) BORK, Robert. Op. cit.; p. 50.

(12) ROSS, Stephen. Op. cit.; p. 3.

(13) Ross señala lo siguiente: “es importante anotar que maximizar el bienestar del consumidor no siempre maximiza el bienestar de la mayoría de consumidores. Cuando buscamos maximizar la riqueza de la sociedad, lo hacemos en términos de dólares y mercados, no de personas. Supóngase, por ejemplo, que Sony tiene una planta electrónica, y que al mismo costo puede producir cada mes bien 100 grandes “centros de entretenimiento” multi-propósito o 400 televisores Trinitron. Si los ricos están dispuestos a pagar \$3000 por cada centro de entretenimiento (300,000 de renta), y el resto de nosotros estamos dispuestos a pagar no más de \$ 500 por el televisor (\$200,000 de renta) los economistas dirán que la riqueza de la sociedad es maximizada al producir Sony los centros, aún cuando la mayoría de nosotros hubiera preferido tener los televisores. En este sentido, el término “bienestar del consumidor” puede ser equívoco.

También debe anotarse que “eficiencia distributiva” no siempre significa “competencia”. El Congreso ha determinado, por ejemplo, que otorgarle a los inventores un monopolio exclusivo para sus inventos por 17 años fomentará las invenciones. En tales casos, la competencia puede ser eliminada en el corto plazo, pero el resultado a largo plazo es una asignación de recursos más eficiente a procesos y productos más innovativos”. ROSS, Stephen. Op. cit.; pp. 3 y 4 (traducción libre).

(14) “(...) la teoría económica provee una base sólida para la creencia de que la fijación de precios monopólicos, que resulta cuando las empresas crean una escasez artificial de su producto y, por ende, llevan el precio a un nivel por debajo de la competencia, es ineficiente. (...) en la medida en que la eficiencia sea el fin de la legislación antimonopolios, **no hay justificación para llevar el cumplimiento de la legislación a ámbitos donde la competencia es menos eficiente que el monopolio**, porque los costos de la fijación de precios monopólicos son sobrepasados por las economías derivadas de centralizar la producción en una o muy pocas

Propugnando la misma finalidad, Bork parte de definir lo que se debe entender por competencia para de allí derivar la finalidad de la legislación. Establece que:

“Competencia” puede entenderse como una expresión (...) que designa cualquier estado de cosas en que **el bienestar del consumidor no puede ser incrementado por el avance hacia otro estado de cosas mediante una decisión judicial.** Inversamente, “monopolio” y “restricción de la competencia” serán términos para designar situaciones en las que el bienestar del consumidor puede ser mejorado de la forma indicada, y “monopolizar” o realizar “actos restrictivos de la competencia” significarán usar prácticas contrarias al bienestar del consumidor.(...) este significado es consistente con el uso ordinario. Cuando hablamos de lo deseable de la competencia, normalmente tenemos en mente cosas tales como precios bajos, innovación, elección entre productos diferentes - todas estas cosas las pensamos como que son buenas para los consumidores. Nuestro entendimiento de los beneficios de la competencia para los consumidores es algo impreciso, pero eso no afecta el hecho de que es usualmente el principal valor que tenemos en mente”⁽¹⁵⁾ (el énfasis es nuestro).

Dentro de esta corriente de promover la eficiencia, Ross destaca la existencia de dos escuelas con teorías diferentes, según se trate de promover la eficiencia en el corto o en el largo plazo.

2.2.2.1. Eficiencias en el corto plazo.

Un sector de la doctrina, representado por la denominada escuela de Chicago, defiende la búsqueda de eficiencias en el corto plazo:

“(...) el uso por parte de la escuela de Chicago de la teoría microeconómica se ha fijado en las eficiencias de corto plazo. En tal sentido, **ella fomenta vigorosamente la conducta de negocios que más probablemente bajará inmediatamente el costo de producción.** Por ejemplo, los Profesores Ronald Coase y Oliver Williamson sugirieron que las empresas opten por celebrar contratos con otras empresas o por integrar la actividad económica dentro de la misma empresa, según cual práctica

sea la forma más eficiente de producir, distribuir y comerciar bienes y servicios. Para ilustrar, algunas compañías de acero pueden celebrar contratos de largo plazo para suministro de carbón; otras encontrarán que los costos de transacción y las incertidumbres implicadas en confiar en extraños son lo suficientemente altos como para que sea mejor tener sus propias minas de carbón. Por tanto, las implicancias de la “teoría de la empresa” son que **la ley antimonopolios no debe ser escéptica respecto de fusiones, joint ventures o acuerdos contractuales entre empresas, y deberá cuidarse de interferir con estas formas de hacer negocios eficientemente**”⁽¹⁶⁾ (el énfasis es nuestro).

Según esta teoría, el bienestar del consumidor consiste, pues, en lograr beneficios inmediatos, aunque en el largo plazo, se pudieran generar efectos que resulten perjudiciales para el consumidor.

2.2.2.2. Eficiencias a largo plazo.

De otro lado, la posición sustentada por Porter, hace énfasis en las eficiencias a largo plazo, aunque ellas generen mayores costos a los consumidores en el corto plazo: “doctrina económica reciente, prominentemente sustentada por el profesor Michael Porter, ha argumentado, en cambio, que la política de competencia debe aumentar el bienestar del consumidor centrándose en las eficiencias dinámicas de largo plazo. Esto es, la sociedad está mejor con empresas que están constantemente trayendo nuevos y mejores bienes al mercado. Bajo este enfoque, las industrias deben organizarse para **maximizar la probabilidad de continua innovación tecnológica, aún al costo de costos de producción más altos en el corto plazo.** El efecto principal que una aproximación dinámica a la eficiencia tiene en la ley antimonopolios es **ser más escéptico respecto de fusiones, joint ventures u otras conductas justificadas para permitir ahorros inmediatos en costos,** donde el acuerdo simultáneamente reduce el número de empresas independientes en un mercado que posiblemente participará en la “carrera de la innovación”⁽¹⁷⁾ (el énfasis es nuestro).

empresas. **No hay tampoco justificación para usar las leyes antimonopolio para cumplir metas no relacionadas con o contrarias a la eficiencia,** tales como promover una sociedad de pequeños comerciantes.... la finalidad de la legislación antimonopolios debe ser promover la eficiencia en sentido económico” (el énfasis es nuestro). POSNER, Richard. *Antitrust Law. An Economic Perspective.* Chicago: University Press, 1976. p. 4.

(15) BORK, Robert. Op. cit.; p. 61.

(16) ROSS, Stephen Op. cit.; p. 4.

(17) Ibid.; pp. 4 y 5.

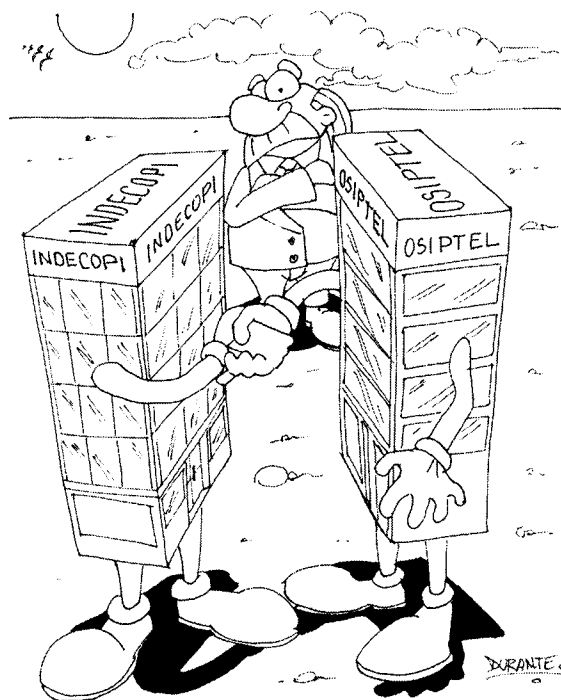
Esta doctrina acepta que las empresas pueden incurrir, a veces, en altos costos que deben ser asumidos por los consumidores, pero que son necesarios para mantener, a la larga, el eficiente funcionamiento de la economía. Considera que se deben sacrificar ciertos beneficios inmediatos, en vista de lograr un mayor bienestar en el largo plazo.

2.2.2.3. Transferencia de riquezas.

Esta teoría también busca definir la finalidad de la legislación antimonopolios valiéndose de los desarrollos de la teoría económica, pero en un sentido de defensa o protección del consumidor frente a los abusos de las grandes empresas, más que de promoción de la eficiencia y generación de riquezas para la sociedad. De acuerdo con esta tesis: "(...) la ley antimonopolios está primeramente dirigida a **proteger a los consumidores de la explotación por parte de monopolistas o cartelistas.** (...) En términos técnicos, esta visión sostiene que la política antimonopolios debe buscar maximizar no la riqueza de la sociedad en general, sino que deberá impedir la explotación de los consumidores por parte de los monopolistas o conspiradores cuyos precios más altos toman dinero de los bolsillos de los consumidores"⁽¹⁸⁾⁽¹⁹⁾.

Esta corriente de opinión supone que las empresas buscan explotar a los consumidores en su beneficio, y no satisfacer sus necesidades, para así lograr mayores ganancias.

2.2.3. Finalidades no económicas.



2.2.3.1. Mantenimiento de la rivalidad.

Bajo esta tesis se propugna que la ley promueva mantener la rivalidad entre competidores, partiendo de que "competencia" es el proceso de rivalidad. La premisa es que la eliminación de la rivalidad no es deseable (éste es un fundamento del control de fusiones)⁽²⁰⁾.

Dado que la lucha concurrencial supone rivalidad, pues se busca prevalecer sobre los otros competidores, no debe vérsela como algo que debe

(18) Ibid.; p. 5.

(19) Ross pone un ejemplo para ilustrar esta teoría que indicamos a continuación: "(...) supóngase que Sony ejercita poder monopolístico incrementando el precio de los Trinitrons en 20 por ciento, y como resultado sólo el 80 por ciento de quienes hubieran comprado el televisor al precio anterior siguen interesados en hacer la compra. Antes de la subida del precio de Sony, los compradores disfrutaron de lo que los economistas llaman "superávit del consumidor" (*consumer surplus*) que es la diferencia entre el precio máximo que los consumidores pagarían y el menor precio real pagado. Aun cuando aquellos interesados únicamente en la eficiencia distributiva hubieran estado preocupados por el hecho de que se producen menos televisores, aquellos interesados en las transferencias de riqueza hubieran estado preocupados por el 80 por ciento de clientes de la marca Sony que están pagando más por el televisor que lo necesario para cubrir los costos de producción (incluyendo una ganancia normal). Debido a que el número de americanos que compran televisores es mayor que el número de aquéllos que tiene acciones de Sony, esta visión de la ley antimonopolios tiene un claro sabor mayoritario o "populista". ROSS, Stephen. Op. cit.; pp. 5 y 6.

(20) Según Bork: "puede entenderse por "competencia" el proceso de rivalidad. Este es un uso natural del lenguaje, por cuanto la rivalidad es el medio por el cual una industria competitivamente estructurada crea y confiere sus beneficios y porque el evento que impulsa la aplicación de la ley es frecuentemente la eliminación de la rivalidad por fusiones o acuerdos de carteles. Pero es un significado poco preciso e invita a una ulterior y totalmente errónea conclusión de que la eliminación de la rivalidad es siempre ilegal(...) Pero esta identificación de competencia con rivalidad no sirve para los fines de la ley antimonopolio. Ella hace que la rivalidad sea un fin en y por sí misma, sin importar cuántos o cuán grandes sean los beneficios resultantes de la eliminación de la rivalidad. Y está claro cuáles son esos beneficios. Nuestra sociedad está fundada en la eliminación de la rivalidad, en tanto esto es necesario para toda integración o coordinación de esfuerzos productivos y para la especialización del esfuerzo". BORK, Robert. Op. cit.; p. 58.

ser eliminado. Pero de allí no debe derivarse que el mantenimiento de la rivalidad por sí misma sea la finalidad de la legislación de libre competencia sino, en todo caso, el permitir el “juego limpio” entre los rivales, como veremos luego.

2.2.3.2. *Protección de los pequeños negocios.*

Esta teoría, desarrollada por las Cortes norteamericanas al resolver casos *antitrust* en los años cincuenta, propugna que la finalidad de la ley antimonopolios es proteger a los pequeños negocios o pequeños comerciantes para defenderlos de las grandes empresas monopólicas que abusan de ellos para sacarlos del mercado. Para ello, como no se trata de una finalidad económica, no importa si la existencia de los pequeños negocios es menos eficiente (más costosa) que la existencia de un monopolio: “un tema decididamente no económico que es recurrente en muchas opiniones judiciales sostiene que las leyes antimonopolio deben proteger y preservar la independencia de negocios pequeños controlados localmente(...) los Jueces Louis Brandeis y William O. Douglas condenaron a los gigantes industriales de cambio de siglo por transformar a empresarios en empleados corporativos cuya falta de participación en la administración debilitaría su habilidad para participar como ciudadanos de la República (...). (Los jueces) obviamente no consideraban seriamente las opiniones económicas modernas. La teoría de las economías de escala, por ejemplo, enseña que se pueden fabricar muchos productos de manera más eficiente en grandes fábricas. (...) una política que insiste en empresas fabricantes locales puede resultar en costos más altos para los consumidores”⁽²¹⁾. Así, la finalidad de la ley es promover la existencia de numerosas empresas

pequeñas y no favorecer el mantenimiento de monopolios u oligopolios^{(22) (23)}.

2.2.3.3. *Dispersión del poder económico.*

Una finalidad alternativa es que la ley debe servir para impedir la concentración de poder económico:

“Otra finalidad no económica de la política antimonopolios es dispersar el poder económico. (...) un pequeño granjero no tiene otra opción que seguir al mercado al tomar sus decisiones económicas básicas; las cabezas de los poderosos conglomerados industriales, del otro lado, tienen el poder de ejercer discrecionalidad en formas que les pueden causar a otros un daño económico. La finalidad de dispersar el poder económico responde a la natural inclinación popular de ver al infortunio económico (como la falta de habilidad para adquirir un bien escaso) con mayor tolerancia cuando resulta de la impersonal mano del mercado que de la discrecional opción de algún poderoso individuo”⁽²⁴⁾

Dado que no siempre el poder económico implica daño al mercado o al consumidor, esta finalidad no debe ser, en todo caso, el principal objetivo de la legislación antimonopólica.

2.2.3.4. *La doctrina neopopulista enfocada en el consumidor.*

Como una respuesta a la doctrina que propugna la eficiencia distributiva como finalidad principal de la legislación de libre competencia, se ha desarrollado una nueva doctrina que se centra en el consumidor, ya no en las empresas, como el principal actor del mercado.

Según esta doctrina, basada en los escritos de Robert Lande y Herbert Hovenkamp, la legislación de libre competencia está centrada en el

(21) ROSS, Stephen. Op.; cit.; pp. 6 y 7.

(22) Respecto a esta teoría indica Bork: “puede entenderse por “competencia”(…) la existencia de “mercados e industrias fragmentadas” preservados “a través de la protección de negocios pequeños, viables y de nivel local”. (...) Hay muchas objeciones a esta definición. En primer lugar está su vaguedad. “Fragmentado” es una palabra sin mucho contenido. Tomando el término literalmente, un mercado con dos empresas es fragmentado o, -para verlo del otro lado- cualquier fusión entre empresas de un mismo mercado no importa cuán pequeña, disminuye la fragmentación. (...) En segundo lugar, según el uso ordinario, “competencia” nada tiene que hacer con el hecho de que los negocios sean locales. En tercer lugar, la definición llevaría, y de hecho casi ha llevado, a la Corte a decir que todas las fusiones horizontales son ilegales, lo que claramente no dice la ley (...)”. BORK, Robert. Op. cit.; p. 60.

(23) Posner critica esta posición defendiendo la finalidad de búsqueda de eficiencia:“(…) la única finalidad alternativa sugerida con cierta frecuencia o convicción-la protección de los pequeños negocios- cualquiera sea su mérito intrínseco, no puede ser alcanzada dentro del marco de los principios y procedimientos antimonopolio. El pequeño comerciante es, en general, ayudado más que dañado por el monopolio, por lo que, al menos que las leyes antimonopolio estén de cabeza, son un vehículo inapto (comparado con, por decir, los beneficios tributarios) para ayudar a los pequeños negocios”. POSNER, Richard. Op. cit.; p. 4. En otras palabras, según los autores que critican esta teoría, si se quiere cumplir con esa finalidad, deben usarse otros medios, no la legislación antimonopolios.

(24) ROSS, Stephen. Op. cit.; p. 8.

consumidor “como un fin en sí mismo, no meramente como un medio para maximizar la riqueza económica de la sociedad mediante la eficiencia distributiva”⁽²⁵⁾.

Para la doctrina en cuestión, bienestar del consumidor o “*consumer welfare*” como resultado de la eficiencia distributiva, no es sinónimo de protección del consumidor, para lograr el “*consumer well-being*”⁽²⁶⁾.

Considera que la doctrina que se centra en la eficiencia económica, como generadora de mayor riqueza para la sociedad, se olvida de cómo ésta es distribuida entre la población. Según Ross, “la conclusión que uno saca de los estudios de Hovenkamp es que si, forzado a escoger entre una legislación de competencia que permita varios acuerdos que elevan el precio pero asignan recursos más eficientemente o una legislación que hace que los productos sean más baratos para los americanos (aun cuando en términos estrictamente económicos el resultado sea ineficiente) el Congreso hubiera votado otra vez por una ley diseñada principalmente para proteger a los millones de americanos que son consumidores(...)”⁽²⁷⁾.

Esta teoría guarda semejanzas con la que propugna la protección de los consumidores frente a las grandes empresas ya mencionada, también de corte populista.

3. Finalidad de la legislación de libre competencia en nuestro sistema jurídico.

Nos referiremos a continuación a los principios fundamentales que rigen el orden económico y que son la base para determinar la finalidad de la legislación de libre competencia en nuestro sistema jurídico.

3.1. Normas constitucionales.

Stephen Ross inicia sus *Principles of Antitrust Law* con una digresión interesante: señala que

muchos estudiantes ven a esa disciplina (el derecho antimonopolios o de la competencia) como otra aplicación del *Law & Economics* (análisis económico del derecho) y que los que la encuentran atractiva lo hacen en parte porque encuentran estimulante el análisis económico aplicado. Pero, agrega, si bien es necesario conocer los rudimentos de la economía para entender las controversias relativas al futuro de esa rama jurídica, las diferencias fundamentales entre académicos, jueces y funcionarios públicos sobre la materia no se dan porque algunos estén en lo correcto y otros estén equivocados sobre la teoría económica, o porque sean partidarios de distintas teorías económicas, sino porque existen diferencias que son primordialmente políticas. Así, sostiene, la conclusión de cada persona sobre el régimen adecuado en materia de *antitrust* no se basará en la visión abstracta de las finalidades del derecho de la competencia, sino que más bien dependerá de las creencias de cada uno respecto de los mercados y el gobierno, lo que en el siglo XIX los filósofos denominaban Economía Política.

Trasladando estos aspectos que Ross denomina de Economía Política a nuestro sistema jurídico, veremos que se refieren a las definiciones básicas que en materia económica contiene la Constitución peruana y que se reflejan en las siguientes preguntas: En el Perú ¿qué rol tiene el Estado en la economía? ¿Cuándo se justifica la intervención estatal? ¿Debe ser la iniciativa privada el motor del desarrollo económico o es el Estado el que nos debe indicar qué debemos hacer? ¿Los precios resultan de la oferta y la demanda por las decisiones atomizadas de varios individuos que interactúan en el mercado o es posible que el Estado nos indique qué precios son los que se deben cobrar? etcétera.

Teniendo una Constitución Económica⁽²⁸⁾ que establece que la iniciativa privada es libre y se ejerce en una economía social de mercado, que el Estado tiene un rol subsidiario y que facilita y vigila la libre

(25) Ibid.; p. 9.

(26) La diferencia no se aprecia en la traducción al español, pues *consumer welfare* y *consumer well-being* pueden ser traducidos ambos, como bienestar del consumidor. La diferencia viene dada por el énfasis puesto en la eficiencia distributiva en la doctrina anterior, versus el énfasis en el protagonismo del consumidor y su protección, en que se basa el enfoque neo populista.

(27) ROSS, Stephen. Op. cit.; p. 10.

(28) En cuanto al concepto de Constitución Económica, se ha dicho que es “el sistema económico que es regulado expresamente en un determinado texto constitucional”. GARCIA BELAUNDE, Domingo. *La Constitución Económica Peruana*. En similar sentido, se ha anotado que la Constitución económica es “el marco y principios jurídicos de la Ley Fundamental que ordenan y regulan el funcionamiento de la actividad económica”. KRESALJA ROSELLÓ, Baldo y César OCHOA CARDICH. *Propuesta para un Nuevo Régimen Económico Constitucional*. Otro autor la define como “el establecimiento jurídico de una ordenación económica determinada”. DE LOJENDIO, Ignacio María *Derecho Constitucional Económico*.

competencia, no debería quedar mucho margen de discusión sobre qué derechos o libertades económicas tienen los ciudadanos o qué régimen económico es el que impera en nuestro país. Tampoco debería ser, en principio, discutible cuál es el límite a la intervención del legislador en la economía, pues al saber los derechos constitucionales o libertades individuales que no pueden ser vulnerados por ningún funcionario público tendremos claro lo que los legisladores o reguladores pueden o no pueden hacer.

En otras palabras, las discusiones sobre “Economía Política” en términos de lo indicado por Ross se deberían resolver a la luz de las disposiciones contenidas en nuestra Constitución Económica que dan una orientación al respecto.

La Constitución de 1993 en su Título III, Del Régimen Económico, Capítulo I, Principios Generales, establece los principios fundamentales del orden económico nacional.

El artículo 58 establece que “(1) a iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado(...)”; el artículo 59 señala que “El Estado estimula la creación de riqueza, y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria...”; y el artículo 61 “(e) El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios”.

La libre iniciativa privada debe entenderse como el derecho que tiene toda persona de dedicarse a la actividad económica que mejor convenga a sus intereses⁽²⁹⁾.

En las normas citadas, la Constitución garantiza que la iniciativa privada discurra libremente, en un régimen de economía social de mercado, que implica la existencia de libre competencia (libre juego de oferta y demanda) y de libertad de acceso a todas las actividades económicas, sin trabas provenientes de la actuación estatal.

Como veremos en los rubros siguientes, la libre iniciativa privada supone la libertad de acceso a cualquier actividad económica lícita, la libertad de auto organización de la empresa (forma jurídica) y de la actividad en sí (aspecto económico y comercial) y la libertad de competencia. Esta libertad de iniciativa privada debe ser respetada por el Estado y los poderes públicos, quienes no pueden intervenir creando impedimentos u obstáculos a la misma.

Consagrar constitucionalmente el principio de libre iniciativa privada en un régimen de economía social de mercado no impide reconocer que dicho régimen no es perfecto y que puede tener graves defectos que atentan no sólo contra el derecho a la libre iniciativa de otros ciudadanos, sino contra derechos fundamentales y valores sociales reconocidos por toda la comunidad. “La libertad de iniciativa sigue siendo el centro del sistema (de economía social de mercado), pero éste exige correcciones cuando el mismo mercado altera y falsea sus reglas, y cuando nos encontramos ante necesidades que rebasan lo estrictamente económico y que el mercado no puede atender, o también cuando es necesario hacer realidad algunos ideales éticos y sociales, como la desaparición de las desigualdades injustas y la marginación, etcétera, que la sociedad se ha propuesto llevar adelante. De otro lado, existen justificadas intervenciones estatales de carácter excepcional, coyuntural o temporal, es decir, ejerciendo el Estado funciones de suplencia cuando no existe el mercado, o cuando éste se ve amenazado por su propia debilidad”⁽³⁰⁾.

En gran medida la forma de evitar desigualdades y solucionar problemas que el mercado no puede autocorregir, es precisamente con la regulación en casos específicos. Por ejemplo, el Fondo de Inversión en Telecomunicaciones (FITE), al que deben contribuir todas las empresas concesionarias de telecomunicaciones para financiar subsidios focalizados en zonas rurales o de interés social, es un reconocimiento de que el mercado tiene imperfecciones naturales. Si para una empresa de

(29) Bassols Coma la define como: “(...) aquella libertad que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia”. BASSOLS COMA, Martín. *Constitución y Sistema Económico*. En: *Material de Lectura del Curso de Derecho Constitucional Económico*. Número 1. Universidad de Lima, Escuela de Postgrado. Maestría en Derecho Empresarial. p. 137.

(30) KRESALJA ROSELLO, Baldo y César OCHOA CARDICH. *Propuesta para un Nuevo Régimen Económico Constitucional*. En: *Material de Lectura del Curso de Derecho Constitucional Económico*. Número 2. Universidad de Lima, Escuela de Postgrado, Maestría en Derecho Empresarial. p. 743, siguiendo a Ariño.

telecomunicaciones no es rentable invertir en redes donde no hay demanda suficiente para ello, el Estado puede intervenir, sin distorsionar las condiciones de competencia en otros mercados, mediante mecanismos como el FITEL, que dirigen el subsidio a sectores que realmente lo necesitan.

3.2. Regulación legal de la libre iniciativa privada.

Antes de la Constitución de 1993, se dictaron en nuestro país normas legales que limitaron la intervención estatal en la actividad económica y consagraron la libertad de iniciativa privada y la libre competencia. El Estado dejó de ser empresario.

Así, el Decreto Legislativo No. 668, de 14 de septiembre de 1991, estableció en su artículo 1 que “(e)l Estado garantiza la libertad de comercio exterior e interior como condición fundamental para lograr el desarrollo del país”.

Esta norma, que contiene un postulado tan simple, resulta fundamental, considerando que, hasta ese entonces, la situación había sido la de una absoluta falta de libertad de comercio. La actividad de los empresarios había estado controlada y sujeta a múltiples y frondosas reglamentaciones sobre permisos, licencias y autorizaciones para ejercer las distintas actividades económicas.

El artículo 2 del referido Decreto Legislativo estableció que “(e)l Estado garantiza a los agentes económicos el libre acceso a la adquisición, transformación y comercialización de bienes, tanto finales como insumos y materias primas, y prestación de servicios”; norma que expresa una de las principales manifestaciones o aspectos de la libertad de iniciativa privada, como es el libre acceso a las actividades económicas y es un complemento de la norma antes citada: al existir libertad de comercio es coherente que el acceso a las

actividades económicas en general sea también libre.

En concordancia con esta libertad, se dispone la libre participación del sector privado en la prestación de servicios públicos, como las telecomunicaciones (artículo 3) y se elimina todo monopolio o exclusividad a favor del Estado (artículo 4). Estas normas son la contrapartida de las que consagran la libre iniciativa privada: si ésta es la que impulsa el desarrollo del país, el Estado debe abstenerse de interferir con ella reservándose actividades en ámbitos que no corresponden estrictamente a las funciones del Estado (rol subsidiario)⁽³¹⁾.

De otro lado, el Decreto Legislativo No. 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, publicado el 13 de noviembre de 1991, que tiene por objeto garantizar la libre iniciativa⁽³²⁾ y las inversiones privadas, establece en su artículo 2 que “(e)l Estado garantiza la libre iniciativa privada. La Economía Social de Mercado se desarrolla sobre la base de la libre competencia y el libre acceso a la actividad económica”.

De acuerdo con las disposiciones de esta norma, el Estado no puede obligar a las empresas a organizar su negocio de una forma determinada. Así, no puede decir a una empresa cuánto va a producir, qué insumos va a utilizar, ni forzarla a contratar con alguien y/o impedirle contratar con otras personas. Salvo las excepciones establecidas en la Ley, por razones de interés público (por ejemplo, las normas sanitarias), la Administración no puede intervenir en el proceso productivo de las empresas, indicando cómo y cuánto deben producir, cómo deben contratar y con quién, distorsionando el funcionamiento del mercado.

(31) Igualmente complementarias de esta libertad de comercio y de iniciativa privada son las otras normas de no menor importancia que contiene el referido Decreto Legislativo. Algunas contienen el germen de lo que sería el Indecopi. Por ejemplo, se establece que los reglamentos no deben constituir un obstáculo al libre flujo y uso de bienes y servicios. El cumplimiento de esta norma es cautelado por la Comisión de Acceso al Mercado de Indecopi. Igualmente, se establece que el Estado garantiza la adopción de medidas para evitar y corregir prácticas de *dumping* y subsidios, norma que daría origen a la Comisión correspondiente.

(32) Esta norma, en su artículo 3, define a la libre iniciativa privada como: “el derecho que tiene toda persona natural o jurídica a dedicarse a la actividad económica de su preferencia, que comprende la producción o comercialización de bienes o la prestación de servicios, en concordancia con lo establecido por la Constitución, los tratados internacionales suscritos por el Perú y las leyes”. El artículo 4 dispone que, “(l)a libre competencia implica que los precios resultan de la oferta y la demanda (...). Los únicos precios que pueden fijarse administrativamente son las tarifas de los servicios públicos, conforme a lo que se disponga expresamente por Ley del Congreso de la República”.

Asimismo, establece en su artículo 9 que: “(...) toda empresa tiene derecho a organizar y desarrollar sus actividades en la forma que juzgue conveniente. Queda derogada toda disposición legal que fije modalidades de producción o índices de productividad, que prohíba u obligue a la utilización de insumos o productos tecnológicos y, en general, que intervenga en los procesos productivos de las empresas en función al tipo de actividad económica que desarrollen, su capacidad instalada o cualquier otro factor económico similar, salvo las disposiciones legales referidas a la higiene y seguridad industrial, la conservación del medio ambiente y la salud”.

Conforme a lo indicado, libertad de iniciativa privada, libre competencia y libre acceso a las actividades económicas son principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico y constituyen las bases del régimen de economía social de mercado. En virtud de ellos, el Estado no puede intervenir en el mecanismo natural de determinación de precios (libre juego de oferta y demanda) ni en la forma de organización y realización de las actividades económicas, comerciales y/o productivas por los agentes privados (libre flujo de bienes y servicios). Toda intervención del Estado en estas áreas está prohibida, pues atenta contra la libertad de iniciativa privada.

3.3. La libre iniciativa privada como presupuesto de la libre competencia.

Toda libertad económica irrestricta e ilimitada genera situaciones que llevan a la negación de dicha libertad. Así, la libertad de iniciativa privada no da derecho a ejercerla sin restricciones⁽³³⁾.

En tal sentido, la vigencia de la libertad de iniciativa privada debe resguardarse a través de una legislación que, como una forma de disciplina de la actividad en el mercado, prohíba y sancione los abusos en que los agentes económicos pueden incurrir si se deja a dicha libertad discurrir libremente. De ahí la necesidad de regular esta libertad a través de una legislación en materia de libre competencia, precisamente para garantizar su plena vigencia.

La libertad de iniciativa privada debe considerarse como un presupuesto de la libre competencia o, dicho de otra forma, “(...) para la

competencia es indispensable la libertad de los empresarios”⁽³⁴⁾.

La libertad de iniciativa privada no solo es el presupuesto jurídico y de hecho de la competencia, sino también económico y se entretiene con otras libertades económicas para conformar un sistema de mercado. “(...) la libre competencia se concibe como el resultado fáctico y efectivo de la integración de las libertades económicas (...) y de aquellas libertades jurídicas coadyuvantes a la realización de la libertad de empresa: libertad de iniciativa económica privada (toda persona puede ejercer libremente una actividad económica destinada al mercado), libre autonomía de la voluntad(...) y libertad para determinar la organización de la propia actividad empresarial, la forma, calidad, cantidad y precio de los productos o servicios. He aquí los elementos típicos que conforman la libre competencia(...) fundamento del sistema económico de libre empresa y principio integrador del orden público económico y configurador del funcionamiento del mercado (...)”⁽³⁵⁾.

Desde otro punto de vista, se considera a la libertad de iniciativa privada como un derecho que engloba a la libre competencia. En tal sentido, Mezzetti anota: “también en las concepciones más recientes de la Constitución económica, la libre competencia es considerada como un valor implícito en la libre iniciativa en cuanto libertad de todos, no oponible a ella; se la considera como ocasión de ejercicio de la libre iniciativa y como su desarrollo natural que, desde luego, asume las consecuencias de las iniciativas de los demás”⁽³⁶⁾.

Es decir, al tener todos los ciudadanos libertad de iniciativa, esa libertad debe ejercitarse dentro de

(33) “(...) el principio de libertad de empresa no significa que los agentes económicos tengan la facultad de llevar a cabo actividades de esta naturaleza con prescindencia de ciertas reglas de comportamiento mínimas(...) Este principio garantiza el libre acceso pero no el ejercicio irrestricto de esa libertad”. DIEZ CANSECO, Luis. *Función Regulatoria, Promoción de la Competencia y Legislación Antimonopólica*. En: *Themis*. Segunda época. Número 36. p. 45.

(34) BROSETA PONT, Manuel. *Manual de Derecho Mercantil*. Madrid: Tecnos, 1994. p.125. Agrega este autor que: “(...) la libertad de competencia presupone necesariamente la presencia de tres requisitos: dos libertades y una igualdad. En primer lugar, la libertad de iniciativa, o de acceso a la actividad económica. En segundo lugar, libertad para determinar las circunstancias y el modo o forma de su actividad (calidad, modelos, cantidad, producción, etcétera). Finalmente, es esencial la igualdad de los competidores ante la ley”.

Font Galán indica que:“(...) la idea de competencia económica sustentada en el Derecho de la competencia presupone el ejercicio profesional de una actividad económica libre por parte de una pluralidad de empresarios que ofrecen a una misma masa de consumidores o usuarios, bienes o servicios análogos susceptibles de satisfacer las mismas o similares necesidades..”. FONT GALAN, Juan Ignacio. *Constitución Económica y Derecho de la Competencia*. Madrid: Tecnos, 1987. p. 51. Agrega que “(...) el presupuesto jurídico de la competencia, como dice Garrigues, es la libertad económica: libertad (económica) y competencia (económica) crean las condiciones ambientales necesarias para el libre establecimiento de relaciones económicas y jurídicas en el tráfico mercantil y determinan en buena medida la modalidad de las conductas de los empresarios en el mercado”.

(35) *Ibid.*; pp. 61 y 62.

(36) MEZZETTI, Luca. citado por RUBIO, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Tomo 3. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999. Op. cit.; p. 200.

un régimen de concurrencia de individuos en un mercado. La actuación se da en un sistema que reconoce que tales individuos libres compiten entre sí para obtener sus recursos. Así, puede decirse que ambas libertades son las dos caras de una misma moneda. “(...) el encabezamiento del artículo 58 [de la Constitución de 1993] se halla estrechamente vinculado al contenido del artículo 61 y ... en realidad, tanto la libre iniciativa como la libertad de competencia se interconectan la una con la otra y se hallan indisolublemente unidas”⁽³⁷⁾.

En suma, para disciplinar y garantizar la libertad de iniciativa privada existe una legislación de libre competencia, a la que nos referimos a continuación.

3.4. Finalidad de la legislación nacional de libre competencia.

En nuestro país, el Decreto Legislativo No. 701, Ley contra las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia y normas modificatorias⁽³⁸⁾, es una norma que, precisamente, busca garantizar la efectiva vigencia de un régimen de libre competencia, para lo cual se debe lograr que la libertad de iniciativa privada tenga plena vigencia.

El artículo 1 del referido Decreto Legislativo señala que: “(l)a presente Ley tiene por objeto eliminar las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia, en la producción

y comercialización de bienes y en la prestación de servicios, **permitiendo que la libre iniciativa privada se desenvuelva procurando el mayor beneficio de los usuarios y consumidores**” (énfasis es nuestro).

Conforme a lo indicado en rubros anteriores, se debe interpretar este artículo relacionando el bienestar del consumidor con la libertad de iniciativa privada, de lo contrario se puede distorsionar el sentido del aludido bienestar. Dicho bienestar se deriva del ejercicio de esa libertad por los empresarios. El bienestar del consumidor y de toda la sociedad en su conjunto, como hechos económicos, son una consecuencia natural, un resultado del ejercicio libre de la iniciativa privada⁽³⁹⁾. Así, debe entenderse que, la finalidad de esta legislación es que la libre iniciativa privada discurra libremente, porque tal es el principio fundamental de nuestra Constitución Económica que consagra una economía social de mercado.

Incluso, se podría intentar sostener que habrán casos en que el bienestar del consumidor se verá satisfecho, en mejor manera, con una restricción o impedimento a la iniciativa privada. Sin embargo, esto implicaría distorsionar el concepto de “bienestar del consumidor”. En efecto, tal interpretación tendrá, en el largo plazo, un efecto nefasto para los consumidores, al desincentivar al empresario a invertir y generar riqueza⁽⁴⁰⁾. Como

(37) En esta línea, Bassols Coma anota que: “(l)os postulados clásicos de la economía de mercado, como es bien sabido, presuponen un mercado de concurrencia perfecta y, en tal sentido, **la libre concurrencia y competencia es la garantía y a la vez autodisciplina de la libre iniciativa y la libertad de empresa**. La evolución de la economía capitalista ha evidenciado que esta concurrencia no se cumple y que en su lugar surgen situaciones de oligopolio y de monopolio que de hecho entrañan la negación de la libre empresa como libre iniciativa, condicionan la producción económica e, incluso, el ejercicio del poder político. La reacción de los poderes públicos (...) ha oscilado entre (...) las nacionalizaciones, hasta la puesta en funcionamiento de una legislación *antitrust* (...) o de disciplina de las concentraciones empresariales y de defensa de la competencia(...)” (el énfasis es nuestro). BASSOLS COMA, Martín. Op. cit.: p. 143.

(38) El Decreto Legislativo No. 701, publicado el 7 de noviembre de 1991, ha sido modificado en varias oportunidades (mediante Decreto Legislativo No. 708, publicado el 31-12-94, Decreto Legislativo No. 788, publicado el 31-12-94, Decreto Legislativo No. 807 publicado el 18-04-96, entre otros). En adelante, para simplificar la exposición, nos referiremos simplemente al Decreto Legislativo No. 701.

(39) La jurisprudencia norteamericana ha señalado que finalidad de su legislación de competencia es: “preservar la competencia libre y sin trabas como regla del comercio. Se basa en la premisa de que la libre interacción de las fuerzas de la competencia producirá la mejor asignación de nuestros recursos económicos, los precios más bajos, la calidad más elevada y el mayor progreso material, creando al mismo tiempo un entorno conducente a la salvaguardia de nuestras instituciones políticas y sociales democráticas”. *Northern Pacific Railway Co. v. United States*. 1958 citado por DIEZ CANSECO, Luis. Op. cit.: p.47.

(40) Como ha señalado el Tribunal de Indecopi, al referirse al Decreto Legislativo No 701: “(e)l concepto de economía de mercado se sustenta en el régimen de libre competencia, que resulta de la concurrencia en el mercado, tanto de ofertantes como de consumidores, quienes finalmente, como resultado de una interacción continua, son los que establecen las reglas de juego que regirán en dicho mercado. Es fundamental para la real existencia de un régimen de libre competencia que los agentes económicos participantes actúen con libertad de elección, es decir que, por un lado, los consumidores por cuenta propia puedan tomar una decisión de consumo que mejor satisfaga sus expectativas y, por otro lado, que los ofertantes, de forma autónoma tomen decisiones en función de lo que consideren más apropiado para sus intereses. La libertad de elección del consumidor y la del productor y ofertante son inseparables y de ellas depende en gran medida que se logre una asignación adecuada de recursos en la economía que mejore el bienestar de la sociedad en su conjunto.

señala Bork, bajo otra perspectiva, la finalidad de la legislación de libre competencia es “(...) preservar, mejorar y reforzar los poderosos mecanismos económicos que compelen a los empresarios a responder a las necesidades de los consumidores”⁽⁴¹⁾.

La legislación de libre competencia busca, por tanto, garantizar la efectiva vigencia de la libertad de iniciativa privada. Esa libertad de iniciativa ejercida por los empresarios dentro de una economía social de mercado, resultará en empresas eficientes, creadoras de riqueza para la sociedad y de bienestar para los consumidores. Es para lograr que esa libertad de iniciativa tenga efectiva vigencia que el Estado protege y vigila la libre competencia, conforme al artículo 61 de la Constitución.

Puede concluirse, entonces, que la finalidad de la legislación de libre competencia es proteger el modelo de economía social de mercado, pues es en dicho sistema que la iniciativa privada se puede ejercer plenamente, generando beneficios al conjunto de la sociedad. En este sistema, las empresas luchan por obtener el favor de los consumidores, porque sólo de esa forma pueden tener éxito. La Constitución ha elegido que sea ese el mecanismo de satisfacción de las necesidades de los ciudadanos, por exclusión de un sistema en que el Estado dicte qué, cuándo, cuánto y cómo se va a producir.

Ello, ciertamente, no implica que la libertad de iniciativa privada no debe ejercerse en armonía con el interés social, sino todo lo contrario. Es precisamente en aras del interés general -es decir, mejorar la situación de todos los consumidores- que se justifica la existencia de una legislación en materia de libre competencia, pues la misma disciplina y garantiza la libertad de los empresarios para crear empresas eficientes -protegiendo así a los consumidores- al sancionar a aquellos que atenten contra esa libertad mediante prácticas colusivas o abusos de posición de dominio⁽⁴²⁾.

3.5. Libertad de empresa en el ámbito de las telecomunicaciones.

Siendo la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones una actividad regulada por el Estado ¿cómo se condice esta situación con la libertad de iniciativa privada en un régimen de economía social de mercado? En otras palabras, teniendo en consideración que el estado regula esta actividad en aspectos como calidad y tarifas ¿puede decirse que el empresario ejerce su iniciativa libremente o debe concluirse que la existencia de regulación implica la eliminación de la libertad de iniciativa privada?

Hay autores que niegan la existencia de la libertad de empresa en el caso de las empresas concesionarias de servicios públicos, considerando que el empresario está en una situación de subordinación o sujeción absoluta respecto de la Administración, a la que han cedido sus facultades de dirección de la empresa.

En este orden de ideas, Ramón Entrena señala que: “(...) el servicio público supone, por definición, la titularidad pública de la actividad, cuya mera gestión se cede al concesionario, lo que, evidentemente, niega el derecho propio y originario de los sujetos económicos a emprender la actividad; pero no es solo esta cuestión, que podría considerarse formal: en la gestión del servicio público, el concesionario está sujeto a las cláusulas concesionales, y sobre todo, a los poderes exorbitantes de la Administración concedente de forma que, aunque frente al ejercicio de los mismos pueda el concesionario accionar su derecho al equilibrio financiero, no cabe sostener que el concesionario se encuentre en posición del ejercicio de la libertad de empresa”⁽⁴³⁾.

No obstante, puede decirse que, en nuestro sistema jurídico, las empresas concesionarias de servicios públicos sí gozan de libertad de empresa, aunque algunas manifestaciones de ella se encuentren sujetas a las condiciones de la legislación sectorial. Como anota Ariño, constatar “(...) la subsistencia de esa libertad en el ejercicio mismo de la actividad empresarial, en la toma de decisiones básicas que afectan a la marcha de la empresa, a

Así, en el artículo 1 del Decreto Legislativo No 701, se establece que la función primordial de dicha ley es permitir que la iniciativa privada se desenvuelva procurando el mayor beneficio de los usuarios y consumidores. De allí que el objeto de la ley mencionada es eliminar toda conducta que se encuentre encaminada a limitar la libertad de acción de los agentes económicos, toda vez que ello implicaría que el régimen de libre competencia se distorsione”. Resolución No. 229-97-TDC, publicada el 28 de octubre de 1997.

(41) BORK, Robert. Op. cit.; p. 91.

(42) Evidentemente, tal libertad de iniciativa es también consistente con la existencia de una legislación de protección de los consumidores, que les brinde una tutela de derechos de manera directa, básicamente, en razón de la asimetría informativa.

(43) Citado por ARIÑO, Gaspar. *Economía y Estado. Crisis y Reforma del Sector Público*. Madrid: Marcial Pons, 1993. p. 353.

sus políticas en los distintos campos que integran la gestión empresarial, sería a nuestro juicio suficiente para seguir manteniendo ese núcleo irreductible y esencial de la libertad de empresa, en una situación de máxima intervención estatal⁽⁴⁴⁾. Dado que pueden existir diferentes opiniones sobre lo que es el contenido esencial de la libertad de empresa, la cuestión es polémica⁽⁴⁵⁾.

En cualquier caso, la libertad de iniciativa privada consagrada constitucionalmente es un límite a la intervención del Estado mediante la regulación. Esta deberá limitarse a regular aspectos directamente relacionados con la prestación del servicio, sin interferir en la fijación de políticas de las empresas y otros aspectos relacionados con la gestión empresarial propiamente dicha. Además, en la medida en que se verifiquen condiciones de competencia en un mercado, la regulación deberá disminuir e incluso desaparecer. Asimismo, si la actuación administrativa no puede interferir con la dirección de la empresa, es precisamente porque la concesión implica que el Estado cede la gestión del servicio público al empresario privado, de tal forma que cualquier intromisión en actividades propiamente empresariales (gestión y fijación de políticas de la empresa) supondría un incumplimiento por el Estado del contrato de concesión respectivo y de las normas sectoriales correspondientes.

3.6. Finalidades de la legislación de libre competencia en el ámbito de las telecomunicaciones según OSIPTEL.

Según los Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Libre Competencia en el Ámbito de las Telecomunicaciones, aprobados por Resolución No. 003-2000-CD/OSIPTEL, publicada el 8 de febrero de 2000 (en adelante, “los Lineamientos”)⁽⁴⁶⁾:

“La legislación de libre competencia vela por el proceso competitivo a través del comportamiento

de los agentes que interactúan en el mercado, siendo el fin último de la misma **que la libre iniciativa privada se desenvuelva procurando el mayor beneficio de los usuarios o consumidores**. En este sentido, OSIPTEL asume que la finalidad de la legislación de promoción y protección de la competencia tiene efectos en el **bienestar del consumidor** y por ello orienta su actuación a cumplir con dicho objetivo.

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

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

Conforme a lo indicado por OSIPTEL, la legislación de libre competencia tiene una finalidad económica: maximizar el bienestar del consumidor a través del uso eficiente de recursos por parte de las empresas. Se entiende, pues, que la eficiencia, en su sentido económico (lograr la mejor asignación de recursos escasos) es un valor que debe orientar la aplicación de la ley. Como ya vimos, nuestro sistema jurídico privilegia la consecución de este objetivo (la eficiencia que redunde en bienestar del consumidor) mediante la plena vigencia de la libertad de iniciativa privada.

OSIPTEL ha establecido que el criterio para medir la eficiencia será el bienestar que la conducta empresarial pueda generar en los consumidores.

(44) ARIÑO, Gaspar. Op. cit.; p. 354.

(45) Sobre todo, cuando el exceso de regulación lleva a sujetar a la decisión del regulador aspectos que, si bien pudieran ser considerados poco significativos (por ejemplo, fijar el tamaño y tipo exacto de letra a usar en los contratos con usuarios), merman considerablemente (y muchas veces, innecesariamente) la capacidad de decisión de los empresarios respecto a la gestión de su negocio.

(46) Cabe anotar que los citados lineamientos son referenciales, no son normas legales sino que buscan orientar a los agentes económicos sobre los criterios de interpretación y aplicación general que OSIPTEL viene aplicando o aplicará en el futuro y han sido dictados al amparo de lo dispuesto por el numeral 114 de los Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones, que establece que “OSIPTEL puede dictar lineamientos que resuman los principios de aplicación general que viene aplicando o aplicará en el futuro. Los lineamientos, a diferencia de los precedentes, no tienen carácter vinculante u obligatorio, sino son simplemente referenciales”.

Como ya se dijo, tal bienestar se deriva precisamente de la concurrencia de empresarios y consumidores en un mercado.

De acuerdo con la finalidad adoptada por nuestra legislación, se deben sancionar aquellas prácticas que implican un uso no eficiente de recursos mediante conductas que afectan la libre competencia, el libre juego de la oferta y la demanda. Ello será claro en algunos casos, por ejemplo, la concertación o acuerdo de productores o proveedores para fijar precios implica que los consumidores están pagando un precio mayor al que arrojaría el mercado en ausencia del acuerdo. Sin embargo, en otros casos, puede ser difícil determinar si una práctica implica un uso no eficiente de recursos⁽⁴⁷⁾.

OSIPTTEL señala que, para evaluar la eficiencia y bienestar del consumidor, tomará en cuenta los efectos de una determinada práctica tanto en el corto como en el largo plazo. Sin embargo, ha optado por no definir a qué tipo de eficiencia dará prevalencia.

Como hemos visto, al analizar las finalidades en la doctrina, puede privilegiarse la eficiencia que una práctica genera en el corto plazo, y preferir la práctica que implica una reducción inmediata de los costos de producción (y, por tanto, genera precios más bajos para los consumidores) o puede optarse por amparar aquella práctica que genera efectos provechosos para los consumidores en el largo plazo, aunque en el corto plazo implique costos de producción más altos (y por tanto mayores precios por servicios para los consumidores). Así, puede ocurrir que una determinada práctica no genere de inmediato un efecto de bienestar en el consumidor, pero que, si se considera sus efectos en el largo plazo, el resultado sea un mayor beneficio, por lo que dicha práctica no debería prohibirse.

En concreto, en casos relacionados con la innovación tecnológica, que es un factor muy importante en el desarrollo de los mercados de telecomunicaciones, como se verá más adelante, se constatará que dicha innovación implica mayores costos en el corto plazo (las empresas requieren invertir en innovar y desarrollar tecnología) y por ende, mayores precios para los consumidores, pero, en el largo plazo, tiene un efecto beneficioso. Este aspecto es de particular relevancia en un mercado como el de las telecomunicaciones, en que la inversión suele ser elevada. Si la política de competencia no incluye los incentivos necesarios para que las empresas inviertan y se apropien de los resultados de esa inversión, no se logrará el bienestar del consumidor en el largo plazo, pues no existirán redes e infraestructura suficientes⁽⁴⁸⁾.

Se debe entender que, al no definir OSIPTTEL que privilegiará los efectos en el corto plazo, y decir que evaluará tanto los efectos en el corto como en el largo plazo, no excluye la posibilidad de que se pueda permitir una práctica que, si bien en el corto plazo genera mayores costos, en el largo plazo puede resultar en un efecto beneficioso para el consumidor.

De acuerdo con el marco jurídico constitucional y legal, OSIPTTEL deberá aplicar las normas de libre competencia procurando que la iniciativa privada discorra libremente para lograr el bienestar de los consumidores. Ello tiene implicancias no sólo en la aplicación de las normas de libre competencia, sino en su actuación como regulador, por ello, ante la alternativa de regular o no regular una conducta, deberá optar por la segunda⁽⁴⁹⁾.

Cabe anotar que, las finalidades señaladas en la doctrina no son necesariamente excluyentes, en tanto, por ejemplo, lograr el bienestar del consumidor puede implicar que se reduzca el poder

(47) Véase el ejemplo de Ross en la nota al pie número 13.

(48) "La competencia es un fenómeno complejo y con muchas dimensiones. Las empresas no sólo compiten por precios. Compiten por calidad, por condiciones, por innovación, por inversión, por servicios complementarios, etcétera. Pero muchas veces por promover la competencia por precios fomentamos menos competencia por inversión o por innovación. Si una empresa innova con una nueva tecnología y luego la obligamos a compartirla con su competidor porque la consideramos una facilidad esencial, entonces estamos reduciendo los incentivos para competir por invertir nueva tecnología. Ello va a reducir el nivel de bienestar de los consumidores". BULLARD, Alfredo. Op. cit.; p. 258. En el mismo sentido, se ha dicho: "(e)n ciertos sectores de la economía-industrias de alta tecnología o industrias relacionadas con medios de comunicación, por ejemplo- la diversidad de las opciones puede ser más importante para los consumidores que la competencia por precio". AVERITT, Neil y Robert LANDE. *La Soberanía del Consumidor. Una teoría unificada de la Ley Antimonopólica y de Protección al Consumidor*. En: *Ius et Veritas*. Año XII. Número 23. Noviembre de 2001. p. 182.

(49) Por lo demás, este principio está recogido en el Reglamento de OSIPTTEL, aprobado por Decreto Supremo No. 008-2001-PCM, como Principio de Subsidiariedad: "(l)a actuación de OSIPTTEL es subsidiaria y solo procede en aquellos supuestos en los que el mercado y los mecanismos de libre competencia no sean adecuados para la satisfacción de los intereses de los usuarios y de los competidores. En caso de duda sobre la necesidad de aprobar disposiciones regulatorias y/o normativas, se optará por no aprobarlas y, entre varias opciones similarmente efectivas, se optará por la que menos afecte la autonomía privada" (Artículo 11).

económico de las empresas obtenido mediante prácticas contrarias a la competencia. Pero, no se cuestiona el poder económico en sí mismo sino el que se obtiene mediante actuaciones ilícitas. En todo caso, se deberá tener en cuenta nuestro marco jurídico constitucional, por lo que no será aceptable que, al resolver un caso de abuso de posición de dominio o de prácticas restrictivas de la competencia, bajo el argumento de lograr el bienestar del consumidor, se restrinja la iniciativa privada (por ejemplo, se fijen precios o condiciones de producción).

En conclusión, al resolver casos relacionados con infracciones a la libre competencia, OSIPTEL deberá evitar interferir con los mecanismos de mercado que produzcan resultados eficientes. Al aplicar la legislación de libre competencia, OSIPTEL actúa como agencia de competencia y no como regulador. Deberá verificar si se da una práctica anticompetitiva, de no ser así, no podrá introducir medidas que afecten el funcionamiento del mercado⁽⁵⁰⁾.

4. Algunas particularidades y características del mercado de las telecomunicaciones.

En este rubro veremos algunas características específicas del mercado de telecomunicaciones que, en mayor o menor medida, lo hacen diferente de otros mercados⁽⁵¹⁾. La existencia de características especiales del mercado de telecomunicaciones no implica que algunas de ellas no sean compartidas también por otros mercados. Sin embargo, no puede dejar de anotarse que este mercado presenta una serie de peculiaridades que, juntas, dan por resultado un mercado sumamente complejo y en constante cambio: “(...) la industria de telecomunicaciones posee caracteres que, si bien no la hacen una industria única, sí significan que ésta no es una industria típica y esto puede complicar el marco analítico (de los casos de libre competencia)”⁽⁵²⁾.

A continuación, mencionaremos brevemente tales caracteres.

De acuerdo con el marco
juridicoconstitucional y legal, OSIPTEL
deberá aplicar las normas de libre
competencia procurando que la
iniciativa procurando que
la iniciativa privada discurra
libremente para lograr el bienestar
de los consumidores.

4.1. El contexto histórico: privatización de empresas estatales y apertura a la competencia.

Luego de la segunda guerra mundial, los mercados de telecomunicaciones han pasado, al menos, por tres etapas bien definidas:

- Empresas que brindan servicios públicos de telecomunicaciones en condiciones de monopolio, generalmente de propiedad estatal.

- Privatización de las empresas estatales con la fijación de un período de limitación de la competencia a favor de la empresa resultante de la privatización. Por lo general, se abren a la competencia algunos servicios y otros se mantienen bajo competencia restringida.

- Apertura del mercado a la libre competencia.

En efecto, “(durante décadas, a nivel internacional, la estructura del sector de telecomunicaciones fue considerada como un “monopolio natural”. La presencia de un único operador con derechos exclusivos para proveer redes y servicios de telecomunicaciones se justificó por los enormes montos de inversión necesarios para iniciar la actividad, por las economías de escala generadas y por la ampliación de la cobertura de los servicios mediante la obligación del servicio universal para el operador”⁽⁵³⁾.

(50) Evidentemente, ello no obsta a que, en caso verifique la inexistencia de competencia, decida emitir una regulación tarifaria. Pero en este caso, su actuación será como regulador (*ex ante*) y no como agencia de competencia (solución de conflictos *ex post*).

(51) En efecto, como se establece en los Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Libre Competencia en el Ámbito de las Telecomunicaciones: “(e) importante anotar que el ordenamiento económico peruano se desarrolla en un régimen de librecompetencia al que no es ajeno el mercado de las telecomunicaciones. Este mercado, en gran medida regulado, tiene características especiales originadas por la velocidad de los cambios tecnológicos que obligan a que la labor del Estado tenga diferencias con la labor de preservar y promover un régimen de libre competencia que desarrolla en otros mercados”.

(52) OFTEL. *Effective Competition Review*. February 1998. URL: <http://www.oftel.gov.uk/competition/ecr298.htm>. Traducción libre.

(53) OSIPTEL *Memoria Anual 1996*. p. 2. Igualmente, la OECD ha señalado respecto de sus países miembros: “(e)n la gran mayoría de países y hasta el comienzo de los años ochenta, la provisión de servicios de telecomunicaciones era efectuada por empresas estatales que generalmente gozaban de un monopolio legal en los mercados donde operaban... sujetas a estrictas restricciones en (...) los

En los inicios de los años ochenta, hubo una presión hacia la privatización generada, básicamente, por los cambios tecnológicos. “En las dos últimas décadas, diversos factores han cambiado el enfoque de la política pública respecto de la regulación de industrias de red. Desarrollos en la tecnología y la expansión de la demanda indujeron a una nueva estimación de las fronteras entre los segmentos competitivos y no competitivos de estas industrias (...)”⁽⁵⁴⁾.

Este cambio en el enfoque llevó a liberalizar los mercados ante las presiones de los factores citados. Hubo un cambio sustancial respecto a la situación anterior: “el panorama se modificó radicalmente. El desarrollo tecnológico condujo a una reducción de costos en las redes y en los servicios de comunicaciones, y en consecuencia estimuló el ingreso de nuevos agentes al mercado”⁽⁵⁵⁾. Ello dio origen a una ola de privatizaciones a nivel mundial⁽⁵⁶⁾.

Todo ello tiene un efecto en el funcionamiento del mercado en la actualidad. Los sectores menos competitivos del mercado, como la telefonía fija, continúan siendo un monopolio de las empresas privadas participantes en la privatización en la mayoría de países, a pesar de la apertura. Ello ha llevado a decir que existe un monopolio natural en telefonía fija⁽⁵⁷⁾.

Como se ha señalado, una dificultad para la existencia de competencia es el hecho de que el operador establecido, luego de la liberalización, tiende a mantener significativo poder⁽⁵⁸⁾. Ciertamente, ello ha ocurrido en el Perú, donde la entrada de nuevos operadores se ha concentrado en los segmentos más dinámicos del mercado como la larga distancia, donde la inversión es menor y no se requiere de una infraestructura de red propia.

El proceso actual de implementación de la competencia, con existencia de un operador dominante verticalmente integrado, hace que la función de OSIPTEL de fomentar y promover la competencia sea particularmente importante.

4.2. La globalización.

Si bien la globalización⁽⁵⁹⁾ no es una característica del mercado, cabe hacer algunos comentarios respecto a sus efectos en los mercados de servicios de telecomunicaciones.

La expresión más evidente de este fenómeno es que la mayoría de empresas de telecomunicaciones actúan a nivel global, son empresas multinacionales que tienen presencia en muchos países y mercados. Es así que, las fusiones y adquisiciones más importantes ocurren también a nivel de grandes empresas que buscan, de esa forma,

precios de los servicios. Típicamente, tanto la estructura como el nivel de precios era regulada para alcanzar ciertas metas sociales (e incluso macroeconómicas) así como restricciones en las tasas de retorno explícitas o implícitas, imponiéndose obligaciones de servicio universal”. BOYLAUD, Olivier y Giuseppe NICOLETTI. *Regulation, Market Structure and Performance in Telecommunications*. Abril de 2000. En: URL: <http://www.oecd.org>.

(54) OECD. *Regulatory Reform in Network Industries: Past Experience and Current Issues*. En: URL: <http://www.oecd.org/eco/regulatory-reform/eo67-chapter4.pdf>. Las industrias de redes, como las telecomunicaciones, electricidad, ferrocarriles, etcétera son aquellas en las que se requiere una infraestructura fija para entregar los bienes o servicios a los usuarios finales.

(55) OSIPTEL. *Memoria Anual 1996*. p. 2.

(56) Sin embargo, en algunos países no se ha iniciado aún la privatización de las empresas (caso de Uruguay, por ejemplo). En otros, el período de concurrencia limitada ha terminado después que en el Perú (en Argentina el monopolio de Telefónica y Telecom finalizó el 8 de noviembre de 2000, en Venezuela el fin del monopolio de CANTV terminó en noviembre de 2000). Respecto de los países miembros de la OECD, hacia 1998 el acceso a telecomunicaciones locales y móviles se había liberalizado (o limitado sólo en razón del espectro) en la mayoría de dichos países. Cfr. OECD. *Regulatory reform...*

(57) De acuerdo con Richard Posner, monopolio natural es un término que “no se refiere al número real de vendedores en un mercado sino a la relación entre la demanda y la tecnología del suministro (de bienes o servicios). Si toda la demanda dentro de un mercado relevante puede ser satisfecha al más bajo costo por una empresa en vez de por dos o más, el mercado es un monopolio natural, cualquiera sea el número real de empresas que están en él”. POSNER, Richard. *Natural Monopoly and its Regulation*. CATO Institute: Washington DC, 1999. p. 1. Traducción libre. Hay quienes señalan la posibilidad de una competencia mayor en este segmento de mercado en nuestro país, lo que se vería confirmado con la entrada de un nuevo competidor al mercado (nos referimos a Teléfonos de México - TELMEX). Cfr. APOYO. *Cumpleaños sin torta. El día internacional de las Telecomunicaciones*. En: *Semana Económica*. 20 de mayo de 2002. p. 8.

(58) Cfr. OECD. *Regulatory Reform...* Ello ha llevado a que la regulación tenga que ser más acentuada en los segmentos menos competitivos, y se reduzca en los segmentos donde existe mayor competencia y menos poder de parte del operador establecido.

(59) La globalización ha sido definida como: “la difusión de modelos políticos, económicos, tecnológicos, equivalentes en todos los continentes y países, a partir del reordenamiento del tiempo y la distancia como consecuencia del impacto de las nuevas tecnologías de la información, las comunicaciones y la divulgación de los instrumentos generados por la informática”. GUERRA ARTEAGA, Hugo. Citado por NUÑEZ PONCE, Julio. *Software: licencia de uso, derecho y empresa*. Universidad de Lima: Fondo Editorial, 1998. p. 64.

estar en mejor posición para competir en una economía globalizada.

En efecto, como consecuencia de la globalización, se dio en los últimos años una tendencia a nivel mundial, de realización de fusiones entre grandes empresas de telecomunicaciones⁽⁶⁰⁾.

Sin embargo, la globalización también implica que los problemas financieros y el impacto de las tecnologías se sienten a nivel mundial⁽⁶¹⁾. Así, pues, el desarrollo explosivo de Internet, el incremento del tráfico de datos, la convergencia de servicios y redes influyen a nivel global en el desarrollo de los mercados de telecomunicaciones. A su vez, en un escenario globalizado, son las grandes empresas las que definen el uso de las tecnologías de comunicaciones y las modalidades de prestación de los servicios. En dicho escenario, los países en vías de desarrollo han sido receptores de estas tecnologías, vía el ingreso de las grandes empresas de telecomunicaciones a través de los procesos de privatización, en primer término, y como consecuencia de la apertura de la competencia o de fusiones y adquisiciones, luego.

4.3. Algunos aspectos económicos.

El mercado de servicios de telecomunicaciones presenta una serie de características respecto a su funcionamiento que lo distinguen de otros mercados: “Un factor que hace diferente al sector telecomunicaciones surge de una combinación de

caracteres tecnológicos y económicos. Si bien algunos de estos caracteres se encuentran en otros sectores de la economía, ellos son particularmente significativos y prevaletentes en el sector telecomunicaciones”⁽⁶²⁾. A continuación, describiremos brevemente estos caracteres económicos

4.3.1. Existencia de economías de escala⁽⁶³⁾.

Se sostiene que: “la provisión de servicios de telecomunicaciones se caracteriza por economías de escala en la provisión de redes (que se originan en parte en el hecho de que hay grandes elementos de costo que no varían con la cantidad de clientes o llamadas, aun en el largo plazo)”⁽⁶⁴⁾. Así, un gran operador de servicios de telecomunicaciones (antiguo monopolio) gozará probablemente de economías de escala en la provisión de redes, por lo que puede resultar más difícil entrar al mercado.

Los grandes operadores establecidos estarán en mejor posición para enfrentar los costos fijos elevados que requiere la industria, lo que determina que, cuanto más grande sea la empresa incumbente, menor impacto tendrán los altos costos fijos y será más difícil competir con ella.

En algunos casos, las economías de escala están relacionadas con la cobertura geográfica del servicio, lo que tiene un impacto en la cantidad de empresas existentes en el mercado y la capacidad de competir de las mismas⁽⁶⁵⁾. Esto guarda relación con la existencia de costos hundidos.

(60) Por ejemplo, en abril de 2000, la empresa Vodafone Airtouch Plc. del Reino Unido (la compañía de telefonía móvil más grande del mundo) adquirió Mannesman (empresa alemana principal competidora de Deutsche Telecom), en un proceso que fue calificado como la mayor concentración empresarial de la historia, por un valor de 190,500 millones de dólares. Cabe anotar que Vodafone Airtouch es, a su vez, el resultado de la fusión entre el operador británico Vodafone y el norteamericano Airtouch.

(61) “(...) la explosión en la oferta y demanda de ancho de banda y la preponderancia de servicios de datos han traído un reacomodo en el mercado de larga distancia a nivel mundial el cual afecta considerablemente a empresas importantes como AT&T y MCI.

La situación del mercado de telecomunicaciones se ha tornado particularmente compleja a tal nivel que la planeación estratégica y de negocios en este rubro se asemeja cada vez más a un proceso de apuestas donde inversionistas, proveedores de servicios y fabricantes de equipos juegan a la mejor y más atractiva oportunidad de éxito. Las grandes inversiones para adquirir espectro y poder competir en servicios de última generación, los vaivenes en los mercados y la necesidad de satisfacer a un público cada vez más diversificado y demandante hacen que la industria de las nuevas tecnologías de la información avance en un proceso de “aguas inciertas”. VIZCARRA ALARCÓN, Maite. *Perú: El reto de la regulación peruana en telecomunicaciones en la nueva economía*. En: *Revista Electrónica de Derecho Informático*. Número 40. SIN 1576-7124.

(62) OFTEL. *Draft Guidelines on the Application of the Competition Act in the Telecommunications Sector - Consultation*. January 1999. URL: <http://www.oftel.gov.uk/competition/cact0199.htm>. Traducción libre.

(63) Se puede definir a las economías de escala como: “...el principio económico por el que a medida que la producción aumenta, el costo de producir cada unidad disminuye. Por tanto, construir una fábrica grande será más eficiente que construir una fábrica pequeña porque la fábrica grande estará en capacidad de producir más unidades a un menor costo por unidad que la fábrica pequeña”. DOWNES, John y Jordan Elliot GOODMAN Op. cit.; p. 171. Traducción libre.

(64) OFTEL. *The Application of the Competition Act in the Telecommunications Sector. Guideline*. January 2000. URL: <http://www.oftel.gov.uk/competition/cact0100.htm>. Traducción libre

(65) “Los consumidores parecen dar gran importancia a la extensión geográfica de la red móvil que han escogido. Las redes móviles necesitan establecer una cobertura significativa de la población de un país si quieren dar un servicio competitivo. El costo de establecer una red de suficiente cobertura geográfica es en gran medida fijo y puede limitar el número de empresas que pueden sobrevivir en equilibrio. Los países con mayor densidad poblacional tienden a ser capaces de soportar un mayor número de redes móviles”. OECD. *Competition and Regulation*. p. 10.

4.3.2. Existencia de costos hundidos (*sunk costs*)⁽⁶⁶⁾.

Se ha señalado que “(m)uchos servicios de telecomunicaciones y servicios relacionados con ellos están basados en o alrededor de redes de telecomunicaciones en las que la inversión sustancial ha quedado hundida. Esto implica que es costoso entrar a estos mercados”⁽⁶⁷⁾. Para una empresa de telecomunicaciones establecida que efectuó la inversión en su red, ese costo queda hundido y ya no tendrá injerencia en la determinación de sus decisiones económicas futuras. Para estar en condiciones de competir, la nueva empresa, tendrá que construir una red similar a la de la empresa incumbent, que tiene un costo alto pero que no es determinante para la fijación de los precios de esta última (podrá ofrecer precios más bajos que la entrante).

En todo caso, se debe tener en cuenta que, en el ámbito de las nuevas tecnologías de la información, por efecto de la innovación constante, las empresas deben mejorar sus redes de manera permanente, e incurrir en nuevos costos, ya que si la calidad del servicio se reduce por una infraestructura o tecnología obsoleta, la empresa puede empezar a perder clientes, los que se pasarán a otras empresas que brinden una calidad superior. Con el avance tecnológico, la infraestructura queda obsoleta en plazos relativamente cortos. Así, pues, la existencia de costos hundidos en los mercados de telecomunicaciones será más relevante en los

segmentos de mercado no competitivos o en los que la innovación es escasa.

4.3.3. Integración vertical.

“Una característica particular de muchos mercados de telecomunicaciones es la amplitud de la integración vertical entre los operadores de redes. Si bien la integración vertical no es en sí misma anticompetitiva, cuando se une al poder de mercado (...) puede hacer más fácil el traslado (*leveraging*) del poder de mercado hacia los mercados relacionados”⁽⁶⁸⁾.

La integración vertical ocurre cuando una empresa concentra actividades de mercados que están en relación de compradores o proveedores entre sí, integra los diferentes mercados hacia arriba o hacia abajo.

Para paliar los potenciales efectos adversos de la integración vertical, el marco regulatorio establece el principio de neutralidad⁽⁶⁹⁾. Por este principio, la empresa que controla los mercados verticalmente, no debe usar el poder que tiene en un mercado para actuar en el otro de manera anticompetitiva (por ejemplo, cláusulas de atadura) ni imputar los gastos de un mercado poco rentable a otro más rentable (subsidios cruzados) sino que debe actuar en cada mercado como si no tuviera actuación en el otro u otros⁽⁷⁰⁾.

La existencia del cuello de botella a nivel de infraestructura de red (que crea incentivos para

(66) Los costos hundidos son aquellos costos “(e)n los que ya se ha incurrido en un proyecto, que no pueden ser cambiados por acciones presentes o futuras. Por ejemplo, si una empresa compró cierta maquinaria cinco años atrás, esa cantidad de dinero ya ha sido gastada y no puede ser recuperada. Esto, además, no afectará la decisión de la empresa respecto a si compra o no compra una nueva maquinaria, si la vieja pieza de maquinaria ya se ha convertido en inservible”. DOWNES, John y Jordan Elliot GOODMAN. Op. cit.; p. 608. Un ejemplo adicional puede ayudar a entender este concepto. Dice Posner: “(...) el costo para el economista es un concepto orientado hacia el futuro. Los costos hundidos (incurridos) no afectan las decisiones sobre el precio y la cantidad. Supongamos que la producción de un elefante blanco de porcelana, de tamaño natural, cuesta \$ 1000 (\$1000 es el precio alternativo de los insumos utilizados en su elaboración), pero que nadie pagará ahora más de \$ 10 por él. El hecho de que se hayan gastado \$ 1000 en la fabricación del elefante no afectará al precio de venta si el vendedor es racional; porque si el vendedor decidiera no vender el elefante en menos de lo que costó su fabricación, el único resultado sería que perdería \$ 1000 en lugar de \$990”. POSNER, Richard. *El Análisis Económico del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998. p.15.

(67) OFTEL. *Effective Competition Review*. February 1998. URL <http://www.oftel.gov.uk/competition/ecr298.htm>. Traducción libre

(68) OFTEL. *Guidelines on Market Influence determinations*. March 2000. URL: <http://www.oftel.gov.uk/fairtrade/mig0300.htm>.

(69) El artículo 9 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones establece: “(p)or el principio de neutralidad, el concesionario que es soporte de otros servicios o que tiene una posición dominante en el mercado, está obligado a no utilizar tales situaciones para prestar simultáneamente otros servicios de telecomunicaciones en condiciones de mayor ventaja y en detrimento de sus competidores, mediante prácticas restrictivas de la libre competencia, tales como limitar el acceso a la interconexión o afectar la calidad del servicio”.

(70) OFTEL señala como el ejemplo más obvio de *leveraging* “ (...) la opresión (*squeezing*) vertical, por parte de los operadores de redes con poder de mercado, de los competidores minoristas dependientes del acceso a sus redes. La capacidad, por ejemplo, de aumentar los precios de los insumos (input) o de ofrecer productos y servicios solo como un paquete, puede afectar significativamente la capacidad de los proveedores minoristas de servicios de competir efectivamente con la rama minorista de los proveedores de redes integrados (verticalmente) aún cuando la amplitud de esa conducta pueda ser restringida por un elemento de competencia entre los operadores integrados”. OFTEL. *Guidelines on Market Influence...*

excluir a otros operadores no integrados verticalmente) tiene relación con la obligación de dar acceso a la red que, en nuestro país, se manifiesta a través de la obligación de interconectarse que tienen todos los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones⁽⁷¹⁾.

4.3.4. Economías de alcance.

Una manifestación de la integración vertical y de las economías de escala es la característica observada en los mercados de telecomunicaciones en todo el mundo, de tender a ser empresas multi-producto: "(1) a provisión de servicios de telecomunicaciones se caracteriza por economías de escala en la provisión de redes (...) y economías de alcance en la provisión de servicios. Esto significa que las empresas de telecomunicaciones tienden a ser empresas multi producto(...)"⁽⁷²⁾. En esto influye el contexto histórico, es decir, muchas empresas multi - producto son el resultado de la privatización de la empresa pública de telecomunicaciones que brindaba todos los servicios.

Así, pues, las economías de alcance pueden determinar que las empresas busquen la incorporación de más servicios para ser más competitivas, lo que a la vez va unido al cambio tecnológico y a la tendencia a la convergencia de redes y servicios. Ello también tiene impacto en la regulación de cada país⁽⁷³⁾.

4.3.5. Presencia de externalidades⁽⁷⁴⁾.

Las externalidades son consideradas por la teoría económica como "fallas de mercado", es decir, situaciones que impiden que el mercado funcione perfectamente⁽⁷⁵⁾.

La presencia de externalidades es una característica que se deriva del propio funcionamiento de los servicios de telecomunicaciones, en el sentido de que éstos se basan en redes y por el hecho de que una comunicación o llamada implica la existencia de dos participantes que pueden no estar dentro de la misma red.

a) La externalidad de red (*network externality*).

(71) "En la industria de telecomunicaciones, en tanto un abonado esté solamente conectado a una red, cualesquiera llamadas a ese abonado solo pueden pasar por la red de dicho abonado. La red tiene una forma de monopolio sobre las llamadas a ese abonado. Una pregunta importante es ¿bajo qué circunstancias esa red tiene el incentivo y la capacidad para ejercer ese poder de mercado mediante la elevación de los cargos de interconexión por encima del costo? Es ampliamente reconocido que es esencial regular los cargos de terminación en redes fijas a fin de impedir a los operadores de redes fijas dominantes que usen cargos de terminación altos para impedir el crecimiento de la competencia. En años recientes, muchas autoridades han considerado la pregunta de si es también necesario regular los precios de terminación en las redes móviles". OECD. *Competition and Regulation Issues in Telecommunications*. DAF/COMP (2002) 6, *Executive Summary*. p. 9. En: www.oecd.org. Traducción Libre. Como señala el documento de la OECD citado, "bajo la convención de que el que llama paga (que es la situación usual para servicios móviles en los países de la OECD fuera de Estados Unidos), los usuarios móviles pagan indirectamente los cargos por terminación en redes fijas, pero no pagan los cargos por terminación fijo-móvil. Si se asume que los usuarios móviles se preocupan principalmente por el precio de las llamadas que realizan y no por el precio de las llamadas que les hacen, los usuarios móviles prestarán poca atención al precio de las llamadas fijo-móvil al momento de hacer su elección de a cuál red móvil suscribirse. Como resultado de ello, existirá poca presión competitiva en los cargos de terminación fijo-móvil". De hecho, esa es la situación en nuestro país, en que rige el sistema el que llama paga para la fijación de tarifas de los servicios móviles.

(72) OFTEL. *The Application of Competition Act*. Op. cit.

(73) En tal sentido, se ha señalado que "(e)l efecto de la Economía de la Información en el proceso regulatorio de telecomunicaciones se hace patente cuando Internet se convierte en motor de cambio y principal impulsor de tráfico de datos en el mundo. Las entidades regulatorias de los países, así como la mayoría de proveedores de servicios no han previsto de manera completa la magnitud del impacto de Internet". VIZCARRA, Maite. Op. cit.

(74) Las externalidades suelen definirse como el costo externo a un mercado: "(e)l intercambio dentro de un mercado es voluntario y mutuamente benéfico. Por lo general, las partes que intercambian captan todos los beneficios y asumen todos los costos. Pero a veces los beneficios de un intercambio pueden afectar a individuos distintos de quienes participaron explícitamente en él. Además, los costos del intercambio también pueden afectar a otras partes. El primer caso es un ejemplo de beneficio externo; el segundo de costo externo. Un ejemplo, de beneficio externo es la polinización que un apicultor provee a su vecino que mantiene un huerto de manzanos. Un ejemplo de costo externo es la contaminación del aire o el agua". COOTER, Robert y Thomas ULEN. *Derecho y Economía*. México: Fondo de Cultura Económica, 1999. p. 62.

(75) Cfr. AVERITT, Neil y Robert LANDE Op. cit.; pp. 189 y 192 y COOTER, Robert y Thomas ULEN. Op. cit.; pp. 61 y 66. "(1) as externalidades ocurren cuando la acción de un agente económico genera un beneficio o un costo sobre otro agente sin que éste último pague o sea compensado. Por ejemplo, una fábrica que produce acero genera una externalidad negativa. La externalidad se produce por efecto de los costos adicionales a los costos de producción que son causados por las emisiones contaminantes en la atmósfera. En este caso, el dueño de la fábrica no incluye en su contabilidad los costos ocasionados por la contaminación(...)". GUERRA-GARCIA, Gustavo. *Entre Costos y beneficios. El Análisis Económico del Derecho en Perspectiva*. En: *Cathedra Número 1-4*. URL: <http://www.unmsm.edu.pe/cathedra/1-4.htm>

Así, el efecto de red o economías de escala en la demanda se presenta “cuando la demanda de los consumidores por el producto o servicio aumenta con el tamaño de la red, desde que existen beneficios de estar conectado a una red más grande”⁽⁷⁶⁾. De ahí la importancia y el beneficio que genera la obligatoriedad de la interconexión para la vigencia de la competencia.

El concepto de externalidad de red supone que existen beneficios derivados de la conexión a una red con muchos usuarios, lo que puede impedir que otros entrantes compitan con ella⁽⁷⁷⁾.

Esta externalidad de red es el efecto derivado del hecho que: “(...) cuanto mayor es el número de personas conectadas a la red, mayor valor tiene para aquellos que ya se encuentran en ella. La importancia de esta externalidad disminuye a medida que la gran mayoría de clientes potenciales accede a la red”⁽⁷⁸⁾.

La presencia de externalidades puede llevar a hacer necesaria una regulación específica, pues será evidente que los competidores que no puedan acceder a la red más grande estarán impedidos de competir con ella y se convertirá en un monopolio⁽⁷⁹⁾. “Aun cuando esta externalidad no tiene impacto directo en la aplicación de las normas sobre libre competencia al sector telecomunicaciones, sí tiene implicancias en la regulación específica del sector (por ejemplo en los contratos de concesión y las obligaciones contenidas en ellos para el operador) lo que a su vez puede tener implicancias en las normas sobre libre competencia”⁽⁸⁰⁾.

En la regulación, los efectos de esta externalidad se corrigen disponiendo la obligación de dar acceso a los competidores a la red propia a cambio de una compensación económica, regulada o no.

b) La externalidad de terminación de llamadas (*call termination externality*).

Esta externalidad se refiere al hecho de que un operador debe terminar las llamadas que se originan en otras redes, es decir, indirectamente, debe atender a clientes que no son suyos, a los que no le interesa ofrecer tarifas más baratas ni mejores servicios. “El efecto surge porque la persona que origina la llamada no es el cliente del operador que termina la llamada. El operador que hace la terminación podrá aumentar el precio de la terminación sin que esto tenga un efecto directo en sus propios clientes. La externalidad de terminación de llamadas representa una principal barrera a la competencia efectiva y, aun en un mercado competitivo, puede permitir precios excesivos”⁽⁸¹⁾.

Los cargos de interconexión representan una “internalización” de la externalidad, pues las empresas pagan a la red por la originación y terminación de las llamadas que pasarán por sus redes.

Este razonamiento se aplica también a las tarifas. Por ejemplo, en nuestro país cabe citar el caso de las tarifas fijo - móvil, que son tarifas fijadas por las empresas de telefonía móvil pero que son pagadas por los usuarios de telefonía fija. Podría admitirse que la competencia existe a nivel de tarifas de servicios móviles (móvil - móvil), pero, en las tarifas fijo - móvil las empresas móviles no tienen incentivos para reducirlas pues no afectan a sus clientes sino a los usuarios de telefonía fija local, quienes no pueden presionar a las empresas móviles para que bajen estas tarifas. Esto probablemente sea un argumento a favor de la regulación de las indicadas tarifas.

4.4. Incidencia del cambio tecnológico.

El mercado de servicios públicos de telecomunicaciones se caracteriza por la rapidez con

(76) OECD. *Regulatory Reform...*

(77) “En los mercados que exhiben efectos de red (*network effects*) la utilidad que un consumidor obtiene de consumir el bien aumenta con el número de otros consumidores de ese bien. Ejemplos standard incluyen las redes de comunicaciones, donde la utilidad para cualquier usuario aumenta con el número de otros usuarios con los que se puede comunicar (...)”. OECD *Application of Competition Policy to High Tech Markets. Competition Policy Roundtables* OCDE /GD(97) 44 Background Note URL: <http://www.oecd.org/daf/clp/roundtables/hitec01.htm>.

(78) OFTEL Draft Guidelines... Respecto al efecto en los competidores, se ha señalado que: “(p)uede darse el caso de que una industria de servicios de infraestructura no pueda hacer frente a la competencia debido a la presencia de efectos de red o economías de escala en la demanda, es decir, cuando la demanda de los servicios de una compañía aumenta con el consumo de esos servicios”. UNCTAD. Op. cit.; párrafo 15.

(79) Así, se ha señalado que “(a) los mercados con externalidades de red bastante grandes podría bastarles con una sola empresa”. Ibid. Nota al pie.

(80) Ibid.

(81) Ibid.

que se dan los cambios en el desarrollo de las tecnologías que se utilizan en la prestación de tales servicios.

En tales mercados “existe un flujo constante de nuevos productos que son ofrecidos a los consumidores, que a su vez pueden dar por resultado mejoras en los productos existentes o incluso el desarrollo de mercados totalmente nuevos. Al cambiar la economía de la provisión de los productos existentes, los desarrollos tecnológicos pueden también reducir las barreras a la entrada en los mercados existentes. Por ejemplo, el desarrollo de redes fijas inalámbricas ha reducido los costos fijos de proveer una red local, los costos de capital por abonado serán menores que el costo de la tecnología fija alámbrica y una mayor proporción de los costos de estos operadores será variable”⁽⁸²⁾.

Es decir, un efecto del desarrollo tecnológico en la provisión de servicios es que crean nuevas condiciones de competencia, pues si el ingreso a un mercado determinado era muy costoso con el estado de una tecnología determinada, la creación de una nueva tecnología más barata permite que nuevas empresas puedan ingresar a competir. La tecnología abre nuevos espacios para la competencia. Otro ejemplo de ello es el desarrollo experimentado por la telefonía móvil, que viene compitiendo con el servicio de telefonía fija en muchos países, en los cuales el teléfono móvil ha llegado a ser sustituto del teléfono fijo.

El análisis de los casos de libre competencia parte de la definición del mercado relevante, el cual, a su vez, depende, entre otros factores, de los bienes o servicios sustitutos de aquél que es materia de análisis. La importancia del cambio tecnológico radica en que puede afectar la definición del mercado relevante al crear nuevos servicios sustitutos⁽⁸³⁾.

Debe reconocerse que el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones es un mercado

dinámico y que el análisis de una situación puede variar sustancialmente en un periodo de tiempo relativamente corto, como consecuencia del avance tecnológico.

5. El marco regulatorio y las normas de competencia.

El mercado de servicios públicos de telecomunicaciones está sujeto a la regulación del OSIPTEL, además de las normas que, en materias de su competencia, puede expedir el Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

Según Ariño, la regulación “es aquella actividad normativa en la que el Gobierno condiciona, corrige, altera los parámetros naturales y espontáneos del mercado, imponiendo determinadas exigencias o requisitos a la actuación de los agentes económicos”⁽⁸⁴⁾.

Existen, según este autor, dos tipos de regulación. Una es externa o de policía administrativa, que incluye aspectos de seguridad, salubridad, protección del medio ambiente, localización física de la actividad económica, pero sin entrar en el interior de ésta ni predeterminar las decisiones empresariales. La otra regulación es la que interesa en este punto, la denominada “regulación económica” la misma que “afecta a sectores intervenidos (en muchos casos, de servicio público), se centra fundamentalmente en la entrada y salida de la actividad (en muchos casos, mediante concesiones) y afecta las condiciones económicas en que la actividad se desarrolla: al *quantum* de producción, a las zonas o mercados que sirve cada empresa, a los precios o retribuciones que se perciben por ella y, en definitiva, al negocio mismo en que la actividad consiste”⁽⁸⁵⁾.

La regulación económica no supone un mero ejercicio del poder de imperio del Estado, sino que importa una labor de árbitro en el mercado,

(82) OFTEL. *Effective Competition Review*. Op. cit.

(83) “Los productos basados en nuevas tecnologías pueden ampliar el conjunto de servicios alternativos disponibles para los consumidores. Una consecuencia de estos desarrollos tecnológicos es que éstos hacen surgir la posibilidad de que la definición de los mercados relevantes cambie con el tiempo. Las definiciones del mercado no son inmutables y va a haber la necesidad de reconocer este elemento dinámico. Esto también sugeriría que habría una presunción en contra de definir los mercados en términos de las tecnologías subyacentes, debido a que la mayoría de consumidores adquiere servicios antes que las tecnologías específicas mediante las cuales tales servicios son prestados”. Ibid.

(84) ARIÑO, Gaspar. Op. cit.; p. 50.

(85) Ibid.

donde confluyen intereses contrapuestos, velando por el adecuado funcionamiento de aquél⁽⁸⁶⁾.

La regulación y la legislación de competencia son complementarias, pues ambas sirven para implementar la política de competencia en el sector telecomunicaciones. Como ya se ha anotado, la tendencia es que la regulación sea cada vez menos intensa a medida que la competencia vaya siendo viable.

Asimismo, los mercados de telecomunicaciones son considerados industrias de red, en las que existen segmentos competitivos y no competitivos. Así, por ejemplo, los segmentos potencialmente competitivos comprenden los servicios de larga distancia, mientras que los no competitivos, el bucle local⁽⁸⁷⁾. Ello supone que, en los segmentos no competitivos, no se pueda confiar sólo en el funcionamiento del mercado para que exista una competencia efectiva y que se requiere algún grado de intervención del Estado vía la regulación⁽⁸⁸⁾. Ello determina que las reglas del marco regulatorio coexistan con las del marco general en materia de libre competencia, y que prevalezcan sobre ellas⁽⁸⁹⁾.

Las características de los mercados de muchos servicios de telecomunicaciones pueden determinar que la competencia no sea viable (existen fallas de mercado). La regulación busca corregir las fallas de mercado directamente y deja menor margen de actuación a los particulares imponiendo

obligaciones específicas para tales mercados, es una legislación especial en razón de la realización de la actividad en un mercado determinado. En este caso, según el Derecho Administrativo, el administrado está sometido a una relación especial de sujeción con un estatuto especial de subordinación a la autoridad administrativa. Por el contrario, en el resto de actividades, donde no existe esta sujeción especial, se aplica la legislación de competencia que permite una mayor libertad de acción, sujetando a los agentes económicos únicamente a las prohibiciones de abuso de posición de dominio o prácticas restrictivas de la competencia.

Entonces, la regulación sectorial de telecomunicaciones (en tanto normativa específica para determinados administrados) es la que en primer término rige la conducta de los operadores de los servicios públicos de telecomunicaciones, siendo de aplicación a todas las empresas que prestan tales servicios, independientemente de si tienen o no posición de dominio y sin que se analice la situación de la competencia en el mercado para definir su cumplimiento (se entiende que el regulador ha hecho esta evaluación *ex ante* y por ello es precisamente que introdujo la norma especial).

En efecto, en la legislación de telecomunicaciones vigente se establece que, para la promoción y preservación de la libre competencia

(86) "La finalidad de la regulación no es imponer el mandato de una norma previa a través de actos administrativos, básicamente autorizatorios o sancionatorios. La idea de regulación supone la búsqueda de un equilibrio entre intereses generales, o entre derechos fundamentales que se limitan mutuamente, así como la actuación para concretar los principios o valores que deben regir la conducta tanto de personas públicas como privadas. El derecho que determina la actuación reguladora es uno prescriptivo, pero también principal y orientativo. Regular no supone imponer el mandato abstracto de la norma previa, supone buscar el funcionamiento correcto de un sistema complejo, en el que los derechos en juego no están claramente delimitados. Las resoluciones que se adopten tratarán de buscar su fuerza en el procedimiento de adopción o en la naturaleza del órgano del que emanan. Si la actividad de policía es la imagen del poder de imperio, la regulación reclama más bien la idea de equilibrio, consenso, acuerdo". TORNOS MAS, Joaquín. Citado por MARTÍN, Richard. *Análisis de la "función normativa" de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos*. En: *Ius et Veritas*. Año XII. Número 24, Junio 2002. p. 104.

(87) El bucle local es el circuito físico entre las instalaciones del usuario y la central local de la empresa operadora. Tradicionalmente adopta la forma de un par de hilos de cobre (un par por línea telefónica). Cabe anotar que en nuestro país no se ha regulado el acceso desglosado al bucle local, como sí ha ocurrido, por ejemplo, en Europa.

(88) Cfr. OECD. *Regulatory Reform...* y UNCTAD. Ley Tipo: (1) las relaciones entre los organismos de defensa de la competencia y los organismos reguladores incluidos los reguladores sectoriales. Documento TD/B/COM.2/CLP/23 de 18 de junio de 2001. En: URL: www.unctad.org.

(89) "La regulación económica viene asociada a una intervención del Estado en sectores de la actividad económica en los que no existen condiciones de competencia efectiva o donde no aparecen condiciones que permitan el desarrollo de la misma. En EE.UU., de donde proviene esta teoría, se asocia el empleo de la regulación en la presencia de los denominados monopolios naturales. Sin embargo, la regulación no puede ni debe agotarse en tal concepto(...). Ocurre que ciertos mercados son sometidos a la aplicación de instrumentos de regulación porque las fallas de mercado son tan intensas que para poder funcionar, dichos mercados requieren un intervención estatal que favorezca la libre concurrencia de los factores de la producción para luego poder instrumentar condiciones que favorezcan la competencia, hasta que esas fallas de mercado sean superadas y la actividad económica sea desregulada, tomando la acción del Estado un rumbo distinto, puesto que la actividad ahora es sometida a un control *ex post*: los agentes económicos se rigen libremente por las reglas del mercado, pero en caso cometan una infracción a las mismas, se les aplicarán las reglas del derecho de la libre competencia". MARTÍN, Richard. Op. cit.: pp. 102 y 103.

en el mercado de las telecomunicaciones se aplica la normatividad sectorial, siendo la legislación de libre competencia aplicable en forma supletoria⁽⁹⁰⁾.

Este criterio ha sido recogido en los lineamientos, indicando que: "OSIPTTEL entiende que para la promoción y preservación de la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones, se aplicará la normatividad específica del sector y de manera supletoria la normatividad general de libre competencia... Así, si bien el punto de partida es la aplicación de la normativa específica del sector -entendiéndose dentro de ésta al marco regulatorio específico-, también se admite la aplicación del marco general de libre competencia para corregir problemas no cubiertos expresamente por la normativa específica del sector; o para encontrar principios de interpretación que permitan una más adecuada aplicación de la referida normativa". Entonces, la existencia de regulación sectorial determina que resulten aplicables a una determinada conducta, en primer lugar, los dispositivos especiales en materia de telecomunicaciones. Esto es, hay que tomar en cuenta un elemento adicional para el marco analítico del caso de que se trate que es, precisamente, la propia regulación.

Por ello, para analizar un caso de libre competencia en materia de servicios de telecomunicaciones, es necesario conocer el marco regulatorio y tener conocimiento de las características, dinámica de funcionamiento y actores del mercado de telecomunicaciones. Este es un argumento a favor de que la legislación reserve

a OSIPTTEL, con carácter exclusivo, la facultad de conocer las controversias que se susciten entre empresas operadoras de servicios de telecomunicaciones en materia de libre competencia. No obstante, se ha argumentado en contra de esta postura la posibilidad de contradicción con los criterios que emplea Indecopi, aunque existe la obligación de que OSIPTTEL requiera la opinión técnica de aquél (si bien no es vinculante) antes de resolver un caso de libre competencia⁽⁹¹⁾.

Así, el órgano encargado de resolver las controversias en materia de libre competencia deberá realizar, en todos los casos, un trabajo previo de análisis de la regulación de telecomunicaciones, a fin de determinar si existen obligaciones específicas aplicables. En defecto de dicha regulación, como queda dicho, se aplicará la legislación de libre competencia⁽⁹²⁾.

Un ejemplo de la forma en que la regulación específica afecta la aplicación de las normas generales de libre competencia es el caso de la interconexión que, de acuerdo al marco regulatorio de telecomunicaciones, es obligatoria⁽⁹³⁾. En consecuencia, ningún operador puede negarse a contratar la interconexión con otro operador que se lo solicite (salvo excepciones muy puntuales, que no es del caso mencionar ahora).

En tal sentido, no será necesario aplicar el marco legal general de competencia aduciendo una negativa injustificada a contratar. El marco regulatorio de telecomunicaciones prevé los

(90) Así, el artículo 229 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones establece: "(e)n lo que no esté previsto en la Ley y el Reglamento, en lo referido a la prohibición de las prácticas empresariales restrictivas de la libre competencia, se aplicarán las disposiciones legales vigentes sobre prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia". Igualmente, el numeral 111 de los Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones, es más preciso al establecer que: "(p)ara la promoción y preservación de la libre y leal competencia en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones, los órganos competentes del Sector aplicarán la normativa sectorial específica y, supletoriamente, en cuanto sean pertinentes, las disposiciones de los Decretos Legislativos Nos. 701 y 807, las del Decreto Ley 26122 y disposiciones modificatorias, complementarias, ampliatorias y conexas". Posteriormente, el artículo 12 del Reglamento de OSIPTTEL, aprobado por Decreto Supremo No. 008-2001-PCM, publicado el 2 de febrero de 2001, establece el Principio de Supletoriedad, según el cual: "(l)as normas de libre competencia son supletorias a las disposiciones normativas y/o regulatorias - que dicte el OSIPTTEL en el ámbito de su competencia. En caso de conflicto, primarán las disposiciones dictadas por el OSIPTTEL".

(91) Es interesante anotar que ahora existirían dos criterios diferentes en materia de concertaciones, pues, según los Lineamientos de Aplicación de Normas de Libre Competencia al Sector Telecomunicaciones, existen prácticas que son per se ilegales. La aplicación de la regla per se ha sido excluida expresamente por el tribunal de Indecopi, mediante Resolución No. 0224-2003/TDC-INDECOPI, de 16 de junio de 2003.

(92) Así lo establece OSIPTTEL en los Lineamientos: "(...) OSIPTTEL aplicará las normas generales de libre competencia en el supuesto que una determinada práctica o conducta no esté tipificada o cubierta de manera expresa por la normatividad específica del sector, pero genere, sin embargo, efectos anticompetitivos (...). Si para algún bien o servicio la normatividad específica no hubiese previsto algún tipo determinado de obligación, entonces sí deberá recurrirse a las normas del marco general".

(93) De acuerdo a la Ley de Telecomunicaciones la interconexión es obligatoria. Si las partes no se ponen de acuerdo, OSIPTTEL emite un mandato fijando las condiciones de la relación de interconexión.

mecanismos necesarios para que el operador que no desee brindar la interconexión lo haga, pues de no hacerlo, OSIPTEL puede emitir un mandato que ordene la interconexión y establezca los términos y condiciones de dicha relación (sin perjuicio de la facultad de imponer una sanción administrativa, de ser el caso). Es así que la interconexión es una obligación de colaboración con los competidores, que no se presenta en la generalidad de mercados, sino en aquellos en los que existen facilidades esenciales. En este caso, no interesa si quien debe proveer la interconexión tiene o no posición de dominio para que exista la obligación de hacerlo (a diferencia de los casos de abuso de posición de dominio, donde precisamente se exige que la empresa tenga posición de dominio para obligarla a contratar con otra empresa).

Sin perjuicio de lo indicado, la legislación y jurisprudencia en materia de libre competencia pueden proporcionar principios y criterios de análisis necesarios para resolver un problema, aún cuando, en principio se determine que se aplica el marco regulatorio de telecomunicaciones.

6. Consideraciones finales.

Todo lo expuesto anteriormente nos lleva a constatar que existe un fundamento común en el marco regulatorio y en las normas sobre libre iniciativa privada y libre competencia. En efecto, siendo que la finalidad última de la regulación económica es generar los mismos resultados que el proceso competitivo, puede sostenerse que es una “regulación para la competencia” y debe estar en consonancia con los principios de la doctrina y legislación sobre la materia. “Las tendencias actuales coinciden en el uso de la regulación como un instrumento al servicio del mercado, y no como su sustituto. (...) Para que un orden económico no sea intervencionista, la regulación económica ha de ser básicamente conforme al mercado, es decir, una regulación pensada para favorecer el funcionamiento de los mercados y no para alcanzar objetivos políticos(...)”⁽⁹⁴⁾.

Una labor de los reguladores es la promoción de la competencia que, en última instancia, supone lograr la eficiencia en el funcionamiento de los mercados y la generación de mejores condiciones para los usuarios, mediante reglas claras y criterios

jurisprudenciales predecibles, todo lo cual creará condiciones propicias para las inversiones. En el tema que nos ocupa, la regulación y la legislación de competencia en el fondo buscan lo mismo: lograr el eficiente funcionamiento de los mercados de servicios públicos de telecomunicaciones (son instrumentos diferentes para lograr el mismo objetivo), mediante el ejercicio la iniciativa privada de las empresas operadoras en la gestión del negocio, dando cumplimiento a los contratos de concesión y demás obligaciones del marco regulatorio, con intervención del regulador en casos estrictamente necesarios.

Así, puede decirse que las normas y principios generales de libre competencia informan la regulación de telecomunicaciones. En tanto la regulación busca simular las condiciones de competencia, es una condición esencial que ella no distorsione los mercados en que existe competencia, es decir, el regulador debe cuidar de no interferir con la competencia donde ella existe. De hacerlo, desnaturalizaría una de las finalidades para las que precisamente fue creado el regulador (promover la competencia). OSIPTEL al regular siempre debe tener en cuenta las condiciones de competencia existentes y, al aplicar la legislación de competencia, debe tener en cuenta que está ante un mercado regulado. Igualmente, al dictarse normas legales, el legislador debe tener en cuenta los efectos económicos de sus disposiciones (así como respetar las atribuciones y potestades de los reguladores), además de los principios del régimen económico de nuestra Constitución, a fin de no crear obstáculos a la libre iniciativa e inversión privadas.

Una reflexión adicional que se desprende de la apretada síntesis que hemos realizado en las páginas precedentes es que la regulación es un instrumento a la medida de la industria regulada y como tal, debe ser preferido a otros que busquen solucionar problemas de ésta, como la concentración de empresas. Al momento de redactar este artículo, Indecopi ha anunciado que estudia la posibilidad de proponer introducir el control de fusiones para otras actividades distintas de las del sector eléctrico. Cualquiera sea la decisión que se tome respecto del resto de mercados no sujetos a regulación, se debería tener en consideración que precisamente, en las industrias reguladas, la propia regulación se presenta como un instrumento bastante más eficaz para

(94) ARIÑO, Gaspar. Op. cit.; p. 60.

controlar situaciones que no son deseables en tales mercados como, por ejemplo, la acumulación de espectro en el caso de servicios de telecomunicaciones, mediante la imposición de obligaciones concretas a las empresas. La aplicación de la legislación de control de fusiones, al igual que las normas de competencia, debería ser también residual. En cualquier caso, se deberá cuidar de no restringir irracional o excesivamente la iniciativa privada (debiendo incluirse reglas *de minimis* y

umbrales que originen la obligación de notificar una operación bastante altos) ni dificultarse la inversión. Asimismo, no es recomendable copiar regulaciones que surgieron en situaciones distintas, en países y mercados más desarrollados y con mayor ingreso *per cápita* que el nuestro (o simplemente, con objetivos de política distintos), sin una necesaria adaptación y considerando que, a diferencia de aquellos, somos receptores de inversión extranjera y de tecnología. ㄹ