
¿Es la política de competencia “supletoria” de la regulación de Telecomunicaciones?

Eduardo Quintana Sánchez
Abogado.

Introducción.

La política de competencia y la regulación económica son herramientas de control y supervisión de las actividades productivas por parte del Estado. Ambas definen en menor o mayor medida el comportamiento de los agentes económicos y buscan lograr el desempeño eficiente de las industrias. Mientras la primera evalúa la licitud de la conducta empresarial cuando ésta se ha producido, la segunda define previamente a su ocurrencia cuál es el comportamiento válido para las firmas.

La regulación económica actúa -y así se entenderá en este trabajo- cuando el mercado no puede lograr una asignación eficiente de recursos a través de la interacción de la oferta y demanda de bienes; en otras palabras, cuando la competencia no es suficiente para lograrlo o cuando no puede abrirse paso dadas las características del mercado. Así, lo común es que las actividades productivas sean supervisadas mediante la política de competencia y, excepcionalmente, controladas vía la regulación económica. La regulación trata de simular los efectos que generaría la competencia y, en tal sentido, constituye un segundo mejor frente a ésta. Por ello, en tanto sea posible la competencia, debe preferirse a la regulación.

La tendencia desreguladora que ha primado en la mayoría de países en las dos últimas décadas busca disminuir la intervención del Estado en el mercado, para que se incremente la competencia allí donde ésta pueda ser factible. Dicha tendencia ha sido el resultado, entre otros, de la identificación de las desventajas que la regulación presenta frente al mecanismo de mercado, así como de las posibilidades de desarrollar competencia en segmentos donde antes se consideraba imposible. Ello no supone la retirada irreflexiva de la

participación del Estado en la economía, sino su nueva orientación hacia un nuevo tipo de regulación del mercado, que promueva la competencia y se autoproscriba cuando esta última madure, dejando la supervisión de las actividades económicas a la política de competencia.

La política de competencia no sólo debe inspirar medidas desreguladoras en aquellos segmentos del mercado que lo permitan, sino también ser una válvula de escape para liberar las fuerzas del mercado cuando la actividad re-reguladora en favor de la competencia no sea suficientemente expeditiva para responder a las necesidades de las industrias reguladas. Así, debe servir para dar solución a los conflictos entre las empresas sobre prácticas o conductas que busquen retardar o limitar la competencia, debe permitir una lectura creativa de la regulación dándole el contenido más favorable para el desarrollo de la competencia en casos concretos y, en términos generales, debe estimular el retroceso paulatino de la regulación económica tradicional.

La experiencia peruana en materia de telecomunicaciones muestra la estrecha y necesaria interacción entre política de competencia y regulación económica, pero también indica los riesgos derivados de subordinar innecesariamente una a la otra o de no definir y priorizar sus funciones en la agenda desreguladora.

En tal sentido, a continuación se analiza cómo se ha desarrollado la política de competencia en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, considerando cuáles han sido los espacios que le ha reconocido la regulación del sector desde la privatización. Para ello, se evalúa su participación en la re-regulación del sector, en la desregulación de la industria y en la solución de conflictos entre empresas

operadoras relacionados con prácticas anticompetitivas.

De igual manera se discute los obstáculos que ha enfrentado la política de competencia para desarrollarse y en especial el origen y naturaleza del criterio que ha llevado a considerar que las normas de competencia son supletorias a la regulación de telecomunicaciones, así como los riesgos que ocasiona la forma en que tal criterio ha sido definido o entendido por las autoridades del sector.

Finalmente, se plantea algunos derroteros que deberían ser tomados en cuenta seriamente para redimensionar los alcances del referido criterio y evitar que una aplicación ilimitada del mismo permita que el diseño regulatorio pueda ser indebidamente utilizado por los operadores o malinterpretado por el regulador, demorando el avance de la competencia y dando pasos atrás en el camino hacia la desregulación.

1. Competencia y regulación.

1.1. Políticas de competencia.

La competencia supone la rivalidad entre las empresas para ganarse la preferencia del consumidor, ofreciéndole menores precios, mejor calidad y otros beneficios adicionales. Asimismo, incentiva el comportamiento eficiente de las empresas, que buscan reducir sus costos y mejorar su gestión para así enfrentar a sus rivales. A raíz de la competencia, las empresas se ven impulsadas a innovar, ya sea en nuevas tecnologías o en los beneficios adicionales que ofrecen -tales como servicios post venta y descuentos o promociones- para así lograr la fidelidad del usuario hacia sus servicios.

La política de promoción de la competencia, al igual que otras políticas públicas, no es un fin en sí misma sino un instrumento para lograr otras metas de relevancia para la sociedad. No existe consenso absoluto sobre el objetivo de la política de competencia.

Si bien se entiende que su finalidad es proteger el proceso competitivo dentro del mercado, se discute si ello se hace primordialmente para lograr una asignación eficiente de recursos o también para otros fines, como por ejemplo, proteger a la pequeña y mediana empresa frente a las de mayor tamaño, mantener la justicia y equidad en el mercado, o mantener el sistema de libre empresa⁽¹⁾.

El éxito de la política de competencia no radica en que tenga uno o diversos objetivos, sino en el balance que pueda hacerse de los mismos para efectos de su aplicación⁽²⁾. En todo caso, ante conflictos entre los objetivos de la política de competencia, debe tenerse en cuenta que entre los fines más comúnmente aceptados se encuentra lograr la eficiencia económica⁽³⁾.

Los instrumentos de política de competencia regularmente utilizados suelen ser de dos tipos. El control de conductas, para investigar y sancionar - algunas veces con carácter penal- determinados comportamientos, tales como los acuerdos entre competidores que tienden a restringir la rivalidad entre ellos -concertación de precios, reparto de mercado, etcétera- o los actos abusivos de empresas con posición de dominio en el mercado que buscan la exclusión de los competidores -negativa injustificada de trato, discriminación, etcétera. Este sistema sanciona prácticas que restringen la competencia una vez que las mismas se han producido y pueden evaluarse sus efectos sobre el mercado.

De otro lado, se encuentra el control de estructuras, que implica la intervención en la forma en que se organiza el mercado a través de la investigación o autorización de fusiones y adquisiciones de empresas -concentraciones económicas. A través de este instrumento se busca determinar los efectos de las concentraciones económicas, para así identificar y prohibir aquéllas que creen o refuercen una posición de dominio en el mercado. Este sistema busca prevenir las concentraciones de empresas que podrían otorgar

(1) KAYSEN, C. y D. TURNER. *Antitrust Policy*, obra glosada por: HAND, L. ER, M. y otros. *Trade Regulation, Cases and Materials*. 4ta. Edición. New York: The Foundation Press, 1997. pp. 2-8; KHEMANI, Shyam. *Objetivos de la Política de Competencia*. En: *Promoción de la Competencia y Desarrollo Económico*. Volumen XXIV. Número 2. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación, 1993. pp. 18-19 y 25-29.

(2) En el caso de la Comunidad Europea, por ejemplo, la política de competencia busca impulsar la integración económica facilitando la libre circulación de personas, bienes y capitales en el mercado común; su objetivo es evitar que los particulares restablezcan barreras internas para impedir la entrada de agentes económicos en sus respectivos mercados nacionales, así como promover la eficiencia, la innovación y precios más bajos. BELLAMY, Ch. y G. CHILD. *Derecho de la Competencia en el Mercado Común*. Madrid: Civitas, 1992. pp. 38-40. KORAH, Valentine. *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*. Great Britain: Hart Publishing, 1999. pp. 1 y 10.

(3) THE WORLD BANK-ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT-OECD. *A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy*. United States, 1999. p. 8.

a la nueva entidad producto de la operación el poder suficiente para incurrir eventualmente en prácticas anticompetitivas⁽⁴⁾.

1.2. Regulación económica.

La regulación puede definirse como la limitación que impone el Estado sobre la discrecionalidad que pueden ejercer las firmas o los individuos y que está soportada por la amenaza de una sanción. Es decir, la regulación es el uso del poder de coacción del Estado con el propósito de restringir las decisiones que pueden adoptar los agentes económicos sobre determinados aspectos de su desempeño⁽⁵⁾.

Dos trabajos iniciales dieron lugar a la noción actualmente en uso sobre la regulación, señalando que la regulación es una respuesta a las demandas de los grupos de interés que actúan para maximizar sus ingresos en base a decisiones racionales⁽⁶⁾ y que los grupos de interés compiten ofreciendo soporte político a cambio de regulaciones favorables, de manera que la regulación beneficia a aquellos grupos mejor organizados para ofrecer mayor soporte político a los creadores de la regulación⁽⁷⁾.

La regulación puede tomar dos formas. La regulación económica, que determina los precios que puede cobrar o los ingresos que puede percibir una firma, define quién puede entrar al mercado o utilizar un recurso específico; y la regulación social, que controla aspectos como la seguridad y salud -estándares de calidad, control de emisiones, etcétera-, o aquellos relacionados con la información que se brinda a los consumidores⁽⁸⁾.

Entre los supuestos típicos de regulación económica se encuentran aquellas actividades en que el mecanismo de mercado no funciona de manera eficiente, por la existencia de monopolios naturales relacionados con industrias de red, de asimetrías de información, entre otros -situaciones conocidas en general como fallas de mercado. En el caso del monopolio natural, resulta más eficiente la existencia de una sola empresa o de un número reducido de ellas, debido a que la duplicación de inversiones por potenciales competidores resultaría inadecuada, dados los elevados costos de la infraestructura involucrada y su lenta o no garantizada recuperación⁽⁹⁾. En dichos supuestos, la regulación tiene por finalidad controlar al monopolio y simular condiciones de competencia⁽¹⁰⁾.

Dentro de este grupo se encuentran industrias de redes tales como la de agua potable, electricidad, gas y telecomunicaciones. En estos casos, se permite la existencia de un único proveedor, pero evitando a través de la regulación que su comportamiento sea el de un monopolio, es decir, definiendo previamente a su actuación lo que debe o puede hacer.

Los instrumentos más importantes de la regulación económica son el precio, las cantidades y el número de firmas, aunque el primero y el tercero son los que por lo general se utilizan; con menor frecuencia se controla la calidad y las inversiones. La regulación del precio se refiere a topes máximos o mínimos, dependiendo de que se busque evitar la imposición de precios excesivos o una situación de probable competencia ruinosa, respectivamente. La regulación de precios puede venir acompañada de la determinación

- (4) GAVIL, Andrew y otros. *Antitrust Law in Perspective: Cases, Concepts and Problems in Competition Policy*. St. Paul Minn.: West Group, 2002. pp. 44-47; STIGLER, George. *Mergers and Preventive Antitrust Policy*. En: *The Organization of Industry*. Chicago: The University of Chicago Press, 1983. pp. 296-305.
- (5) HOOD, Christopher. *Explaining Economic Policy Reversals*. Great Britain: Open University Press, 1994. p. 19; VISCUSI, Kip y otros. *Economics of Regulation and Antitrust*. 2da. edición. Massachusetts: The MIT Press, 1997. p. 307.
- (6) STIGLER, George. *The Theory of Economic Regulation*. En: STIGLER, George (editor). *Chicago Studies in Political Economy*. Chicago: The University of Chicago Press, 1988. pp. 209-233.
- (7) PELTZMAN, Sam. *Toward a More General Theory of Regulation*. En: STIGLER, George (editor). *Chicago Studies in Political Economy*. Chicago: The University of Chicago Press, 1988. pp. 234-266.
- (8) JOSKOW, P y R. NOLL. *Regulación Económica, Desregulación y Reforma Regulatoria Durante la Década de los Ochenta*. Documento de Trabajo No. 175. Centro de Investigaciones Sociales, Económicas, Políticas y Antropológicas-CISEPA. Lima: Facultad de Economía de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999. pp. 1-2.
- (9) Los monopolios naturales se generan cuando lo más adecuado en términos de precios al consumidor y eficiencia es que sólo haya una empresa en el mercado debido a que se requiere una elevada inversión en infraestructura con un período de recuperación bastante largo y se generan economías de escala (a mayor producción menor costo unitario). En tales casos, el ingreso de una nueva empresa competidora al mercado no resultaría beneficioso porque incurriría en los mismos o mayores costos de entrada que la firma ya existente, sin generar con ello mayor bienestar para el consumidor ni ser rentable para el entrante. Por ejemplo, un nuevo distribuidor de agua potable tendría que instalar una segunda red de tuberías dentro de una misma zona y no podría ofrecer un precio menor que el proveedor ya establecido puesto que tendría que ir recuperando su inversión y, a la vez, competir.
- (10) PIERCE, R. y E. GELLHORN. *Regulated Industries in a Nutshell*. 3ra. edición. St. Paul Minn.: West Publishing, 1994. pp. 42-58; VISCUSI, Kip y otros. Op. cit.; pp. 351-376.

de cantidades a producir, para estabilizar el mercado o por cuestiones de similar naturaleza.

La regulación del número de empresas se realiza a través del control de la entrada y salida de las empresas del mercado. Así, se regula cómo y cuántas empresas pueden ingresar a una actividad o si las firmas ya establecidas pueden acceder a otras actividades vinculadas a la que ya realizan. Igualmente, se regula la forma y plazos en que los operadores pueden retirarse del mercado, por ejemplo, para garantizar que los usuarios no queden desatendidos.

Finalmente, la regulación de calidades se verifica a través de decisiones como la fijación de estándares necesarios para la efectividad de un servicio, mientras que la regulación de las inversiones se realiza mediante la determinación de la tecnología e insumos que pueden utilizarse⁽¹¹⁾.

En el caso de las telecomunicaciones, la red fija local constituye una industria de red con características similares a las de un monopolio natural; además, existen las denominadas externalidades de red, es decir, cuanto más abonados posee una red -normalmente la red del operador dominante- permite mayores comunicaciones entre los usuarios. Ambas características refuerzan la posición del operador de la red fija local, ya que todos los demás operadores tienen incentivos para conectarse con ella. En tales circunstancias, el operador de dicha red no sólo puede tener incentivos para cobrar precios elevados, sino también para excluir a los rivales a través de negativas de acceso a la red fija o a determinados servicios o facilidades.

1.3. Similitudes y diferencias en los enfoques.

Las políticas de competencia y la regulación económica comparten premisas, pero también se distinguen en diversos aspectos. En consecuencia, su aplicación recae, por lo general, en entidades gubernamentales autónomas, dividiendo su jurisdicción en función de la materia. A continuación se detallan las similitudes y diferencias más importantes entre las políticas de competencia y la regulación, así como entre los enfoques de las entidades que las aplican⁽¹²⁾:

a)Objetivos; ambas buscan lograr eficiencia económica en la industria, pero no dan la misma prioridad a este objetivo. Por lo general, la eficiencia económica es el principal objetivo de la política de competencia, mientras que la regulación económica considera también efectos redistributivos que la llevan a tolerar o incluso promover prácticas o estructuras de mercado no competitivas, como podrían ser los subsidios cruzados para asegurar el cumplimiento de las obligaciones de servicio universal.

b)Método de operación; la política de competencia asume una industria en la que operan las fuerzas del mercado, por lo que es necesario establecer prohibiciones para que los agentes económicos no restrinjan la competencia existente, así como determinar la legalidad de las conductas en cada caso concreto luego del proceso de investigación correspondiente. En contraste, la regulación asume una industria donde las fuerzas del mercado no son suficientes para lograr una asignación eficiente de recursos, por lo que resulta necesario definir cómo pueden comportarse las empresas, por ejemplo, los precios que pueden cobrar, las inversiones que deben efectuar o las líneas de negocio en que no pueden actuar⁽¹³⁾.

c)Etapa de intervención; las políticas de competencia operan *ex-post*, es decir, luego de ocurrida la conducta, con excepción del control de concentraciones económicas que opera *ex-ante*. La regulación funciona siempre *ex-ante*, definiendo las reglas de la industria y los precios. En otras palabras, la autoridad de competencia evalúa si en un caso concreto el operador eligió entre las conductas posibles aquélla que tenía efectos anticompetitivos, mientras que el regulador define previamente un conjunto de conductas posibles para los operadores.

d)Ámbito de funciones, relación con los agentes supervisados e información disponible; la autoridad de competencia supervisa todas las industrias y actividades económicas, mientras que los reguladores se circunscriben a una sola, con lo que ganan mayor experiencia sobre su funcionamiento. De otro lado, la relación de las empresas y grupos de interés es más estrecha y de más largo aliento con el regulador que

(11) VISCUSI, Kip y otros. Op. cit.; pp. 308-311.

(12) INTVEN, Hank y otros. *Telecommunications Regulation Handbook*. Washington: The World Bank, 2000. pp. 5.3-5.5; LAFFONT, J. y J. TIROLE. *Competition in Telecommunications*. Cambridge: The MIT Press, 2001. pp. 277-279; OECD. *Relationship between Regulators and Competition Authorities*. DAFNE/CLP(99)8. 1999. pp. 24-29.

(13) Como consecuencia de ello, por lo general, los agentes de una industria enfrentan mayor incertidumbre bajo las políticas de competencia que bajo la regulación, ya que con esta última la incertidumbre se define en parte antes que las empresas adopten sus decisiones. No obstante, a diferencia de la regulación, la aplicación de normas de competencia se beneficia de la mayor información disponible cuando la conducta ya fue llevada a cabo, porque en ese momento puede ser más claro identificar si la conducta es aceptable.

con la autoridad de competencia, por lo que en el primer caso el riesgo de captura se incrementa.

Si bien la autoridad de competencia y el regulador tienen dificultades para acceder a información sobre el mercado y los agentes supervisados, el segundo se encuentra en mejor situación para obtenerla por tres razones: (i) la función regulatoria se centra en una industria específica y la aplicación de normas de competencia no; (ii) el regulador tiene relaciones de largo plazo con las firmas reguladas y las agencias de competencia no; y, (iii) el regulador tiene procesos continuos de recolección de información⁽¹⁴⁾.

e) Independencia; los reguladores son independientes de la influencia privada o política, pero no en el mismo nivel que la autoridad de competencia. La probabilidad de captura del regulador por grupos de interés privados es mayor, puesto que cumple funciones en una sola industria y, en consecuencia, se relaciona más directa y constantemente con los agentes involucrados. Los reguladores también son más proclives a la captura política, en tanto que sus decisiones pueden afectar con mayor frecuencia las intenciones electorales de la ciudadanía y, por ende, atraer a grupos políticos que buscan influenciar el proceso regulatorio.

f) Instrumentos para su control; las decisiones de la autoridad de competencia se encuentran subordinadas a la revisión judicial y, en determinados contextos -los de origen anglosajón-, la revisión judicial se encuentra limitada por la necesidad de coherencia con precedentes anteriores. Por su parte, las decisiones del regulador también son revisadas judicialmente, pero su capacidad de decisión está limitada principalmente por exigencias procesales para adoptar medidas regulatorias, por salvaguardias contra decisiones expropiatorias o por restricciones legales en cuanto a los métodos regulatorios aplicables -por ejemplo, el sistema que debe utilizarse para fijar los precios.

2. Desregulación de las telecomunicaciones.

2.1. Corriente desreguladora.

La desregulación es la política por la que los Estados eliminan o reducen considerablemente su intervención en el desarrollo de las actividades productivas, suprimiendo parte de las disposiciones legales existentes con el objeto de que se incremente el tráfico económico originado en la iniciativa privada. **El fundamento de la desregulación podría resumirse, a grandes rasgos, con la siguiente frase: “la competencia es la mejor regulación”⁽¹⁵⁾.**

Los sectores tradicionalmente regulados han pasado por una etapa de desregulación en la mayor parte de países, dejando que su funcionamiento se rija por las fuerzas del mercado. La razón de ello fue que los hechos y estudios realizados indicaban que la competencia sí era factible y permitía que el mercado funcionara eficientemente. Entre los factores que dieron lugar a la ola desreguladora pueden mencionarse la teoría de los “mercados contestables”, así como la distinción entre segmentos competitivos y no competitivos junto con la identificación de las deficiencias que presentaba la regulación económica.

La teoría de los mercados contestables señala que la presencia de economías de escala no es suficiente por sí misma para eliminar la posibilidad de alguna forma de competencia, en particular de la competencia potencial que puede disciplinar a la empresa dominante. Si un competidor puede entrar exitosamente al mercado ofreciendo precios menores a los del dominante y retirarse antes que este último actúe en respuesta (*hit and run*), la sola amenaza de que ello ocurra sería suficiente para impedir comportamientos monopólicos. Ello supone que los posibles entrantes no incurran en costos que no puedan recuperar al salir del mercado⁽¹⁶⁾.

La desregulación de la industria aérea norteamericana, que dio lugar al explosivo crecimiento

(14) La reducida información disponible para las agencias de competencia hace que por lo general enfrenten mejor los casos basados en evidencia cualitativa -discriminación y concertación de precios, restricciones verticales- que aquellos basados en evidencia cuantitativa -predación, colusión tácita, precios de acceso. Por el contrario, los reguladores pueden enfrentar mejor estos últimos casos debido a la información con la que cuentan.

(15) Cabe señalar que la desregulación no es sinónimo de introducción de competencia en las actividades reguladas, en tanto que la competencia no requiere que se eliminen o supriman las normas existentes, pero sí normalmente que se creen nuevas disposiciones legales o que se modifiquen las existentes para promover el sistema de mercado. Más bien puede afirmarse que la desregulación crea por lo general las condiciones para introducir competencia.

(16) BAUMOL, William. *Contestable Markets: An Uprising in the Theory of Industrial Structure*. En: *American Economic Review*. Número 72. 1982. pp. 1-15.

del número de operadores, a través de una política de acceso abierto al mercado, se encuentra en sintonía con dichos planteamientos, aunque posteriormente se ha encontrado que algunos aspectos de dicha actividad, relacionados con la infraestructura utilizada por las aeronaves -espacios en los aeropuertos-, permiten neutralizar los efectos de la competencia, convirtiéndose en cuellos de botella cuyo control otorga un importante poder de mercado⁽¹⁷⁾.

Las industrias de redes se caracterizan por involucrar costos hundidos o de muy lenta recuperación, por lo que la contestabilidad de dichos mercados no sería un argumento relevante para la desregulación. En estos casos, la desregulación se debió a las desventajas de la regulación y a la competencia que se pudo generar en algunos segmentos de cada industria.

En efecto, varios aspectos desfavorables del proceso regulatorio y de la regulación en sí misma contribuyeron a la desregulación. Primero la desconfianza generada por los planteamientos sobre la captura del regulador por grupos de interés que ejercen influencia en la elaboración de la regulación y que podrían hacerlo para obtener disposiciones que inhiban la competencia⁽¹⁸⁾.

Asimismo, los incentivos perversos que puede generar la regulación, en tanto que si se controla el precio la empresa regulada puede reducir la calidad para no perder su margen de ganancia, lo que llevaría al regulador a establecer al detalle las características de los bienes, con lo que podría llegar al extremo de casi manejar su producción y distribución. Además, la regulación de precios puede desincentivar la innovación, si el regulador establece una reducción tarifaria cuando la empresa introduce una innovación que reduce los costos⁽¹⁹⁾.

Finalmente, los problemas de información que enfrenta el regulador para su labor así como los posibles errores en que puede incurrir al adoptar sus decisiones, que han llevado a concluir que la regulación es ineficiente y que lo más adecuado es reemplazarla por competencia cuando ésta sea viable⁽²⁰⁾.

De igual forma, también ha contribuido notoriamente a la desregulación el que progresivamente se hayan ido identificando segmentos de las industrias reguladas en los que la competencia es factible, ya sea porque los cambios tecnológicos lo permiten como sucedió por ejemplo con las telecomunicaciones de larga distancia⁽²¹⁾- o al separar la actividad que involucra el monopolio natural de las demás actividades que pueden regirse por las reglas de mercado por ejemplo, la distribución de energía eléctrica que utiliza una red con características de monopolio natural frente a la generación que es competitiva.

Ello hizo necesario reducir y en otros casos eliminar la regulación de dichos segmentos de mercado, a través de un proceso de transición hacia la competencia y luego con la competencia plena, sin perjuicio de mantener la regulación del monopolio natural e incluso de establecer una nueva regulación para facilitar el acceso de los competidores a los servicios de dicho segmento monopólico⁽²²⁾.

Las experiencias de desregulación indican que el cambio del monopolio a la competencia pasa por tres fases: (i) **mercado pre-competitivo**, en que la regulación puede ser utilizada para prevenir prácticas anticompetitivas del dominante en favor de las empresas de su mismo grupo y en perjuicio de sus competidores; (ii) **emergencia de mercados competitivos**, en que la regulación de precios debe ser eliminada de estos segmentos pero mantenida para la provisión de servicios del segmento monopolizado,

(17) HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy, the Law of Competition and its Practice*. St. Paul Minn: West Publishing, 1994. pp. 649-650.

(18) *Ibid.*; p. 651.

(19) BALDWIN, R. y M. CAVE. *Understanding Regulation, Theory, Strategy, and Practice*. Great Britain: Oxford University Press, 1999. p. 211.

(20) NEWBERRY, David. *Privatization, Restructuring, and Regulation of Network Industries*. Massachusetts: The MIT Press, 2001. pp. 162-163.

(21) Como se sabe, en el caso de las telecomunicaciones, el uso de tecnologías inalámbricas -comunicaciones vía microondas- permitió que ingresaran al mercado de servicios de larga distancia nuevas empresas, sin necesidad de invertir en redes fijas, con lo cual quedó desplazado uno de los elementos que llevaba a considerar que este segmento del mercado era un monopolio natural. Esta situación se ha ido repitiendo constantemente en distintos servicios de telecomunicaciones.

(22) HELM, D. y T. JENKINSON. *Introducing Competition into Regulated Industries*. En: HELM, D. y T. JENKINSON (editores). *Competition in Regulated Industries*. Great Britain: Oxford University Press, 1998. pp. 6-15; KLEIN, Michael. *Network Industries*. En: HELM, D. y T. JENKINSON (editores). *Competition in Regulated Industries*. Great Britain: Oxford University Press, 1998. pp. 43-49.

reduciéndose también la regulación de aspectos como la calidad; y, (iii) **mercados plenamente competitivos**, en que la regulación económica deviene en innecesaria y debe ser reemplazada por la aplicación de las normas de competencia, manteniéndose únicamente para materias tales como las condiciones para la compatibilidad de redes⁽²³⁾.

Los modelos de desregulación y/o privatización de las industrias sujetas a regulación se definen en torno a tres esquemas fundamentales: (i) monopolio verticalmente integrado, que realiza todas las actividades de la industria conjuntamente; (ii) separación estructural de la industria, que obliga a que la empresa que opera el segmento de monopolio natural no participe en los segmentos potencialmente competitivos respecto de los cuales el segmento monopólico constituye un insumo; y, (iii) integración vertical con liberalización a través de medidas como el libre acceso de las empresas que participan en los segmentos potencialmente competitivos al segmento de monopolio natural⁽²⁴⁾.

Entre las posibilidades para promover competencia en las industrias de redes, hay dos esquemas importantes, en particular en la industria de telecomunicaciones. La competencia por infraestructura, que supone una importante inversión para establecer redes propias, de manera que las firmas compiten ofreciendo al usuario los mismos servicios en toda la cobertura, duplicando así la infraestructura existente. La competencia por servicios, que no requiere que los operadores establezcan una red propia en toda la cobertura, sino que les permite competir ofreciendo servicios a través de sus redes y de las de los demás operadores, mediante mecanismos de desempaquetamiento de ciertos elementos de red - como el bucle local- o de reventa de servicios a través de la compra de capacidad al propietario de la red⁽²⁵⁾.

En tal sentido, cuando se inician reformas de apertura del mercado siempre es deseable contar con regulación sectorial específica, como por ejemplo la normativa sobre interconexión en defecto de acuerdo entre los operadores, ya que ese tipo de intervención reduce las demoras, costos e incertidumbres derivados

de litigios por infracción a las normas de competencia por negativa injustificada de interconexión. En esta etapa las normas de competencia son esenciales para enfrentar prácticas anticompetitivas no previstas en la regulación, como el control de concentraciones económicas, la sanción de comportamientos colusorios o la prevención de subsidios cruzados anticompetitivos⁽²⁶⁾.

A medida que se avanza en el proceso, las presiones competitivas van cumpliendo las funciones asignadas a la regulación económica, por lo que las prioridades de esta última deben ser el establecimiento de reglas para que los competidores actúen en igualdad de condiciones y la garantía de que las presiones competitivas sean suficientes. Por su parte, las normas de competencia deben tener mayor preponderancia, sin que ello signifique que deben reemplazar a la regulación, sino que cada cuerpo normativo atienda sus propias funciones para favorecer la rivalidad entre las firmas, lo que supone una adecuada definición de su ámbitos de acción.

De esta forma, la intervención regulatoria podría mantenerse, por ejemplo, para: modificar la estructura de mercado si ello fuera necesario (promover la entrada de nuevos actores, establecer grados de separación estructural); garantizar el acceso a las redes (reglas de interconexión); definir las vías de acceso a recursos escasos (numeración o espectro radioeléctrico); establecer reglas sobre portabilidad numérica para reducir los costos de cambio (*switching costs*) que enfrenta el usuario para cambiar de proveedor, etcétera⁽²⁷⁾.

Como ejemplos de desregulación en el ámbito de las telecomunicaciones puede citarse los casos de Estados Unidos e Inglaterra. En Estados Unidos la empresa AT&T operaba integradamente el servicio de telefonía fija local como monopolio y los servicios de larga distancia en competencia con los demás operadores. En este país la introducción de mayor competencia se originó en respuesta a las prácticas llevadas a cabo por AT&T contra sus competidores, amparándose en las limitaciones o vacíos de la regulación⁽²⁸⁾. La decisión de introducir mayor

(23) BALDWIN y CAVE. Op. cit.; pp. 222 y 223.

(24) ARMSTRONG, M. y otros. *Regulatory Reform, Economic Analysis and British Experience*. USA: The MIT Press, 1994. pp. 3-6.

(25) KLEIN, Michael. Op. cit.; pp. 51-61 y 68-71.

(26) GERADIN, D. y M. KERF. *Controlling Market Power in Telecommunications, Antitrust vs Sector-specific Regulation*. Great Britain: Oxford University Press, 2003. pp. 353-354.

(27) *Ibid.*; pp. 2, 8-10.

(28) Al respecto, puede verse: NOLL, R. y B. OWEN. *The Anticompetitive Use of Regulation: U.S. v. ATT*. En: KWOKA y WHITE (editores). *The Antitrust Revolution, the Role of Economics*. New York: Scott Foresman, 1988.

La tendencia a regular conductas anticompetitivas antes señalada demuestra un alto grado de desconfianza frente a mecanismos de supervisión propios de mercados no regulados (...) y una marcada preferencia por los mecanismos regulatorios, lo cual parecería contradictorio dentro de una industria que aparentemente se dirige hacia una mayor desregulación.

competencia se produjo a iniciativa de las autoridades de competencia norteamericanas y a través del fallo judicial que ordenó la separación estructural de AT&T en siete operadoras de telefonía local y en una operadora de larga distancia.

Posteriormente, la regulación estableció que ninguna operadora de telefonía local podría prestar servicios de larga distancia. Pese a ello, a través de la *Telecommunications Act* de 1996 se ha empezado a dejar de lado el esquema de separación estructural, estableciéndose los supuestos en que ésta puede ocurrir, entendiéndose que en tales casos podía lograrse mayor competencia. Cabe resaltar que la desregulación de las telecomunicaciones en Estados Unidos ha respondido principalmente al impulso de la agencia de competencia más que a la iniciativa del regulador y que dicho impulso tuvo que enfrentarse incluso a algunos sectores del Congreso que buscaban mantener el *status quo* de monopolio de AT&T⁽²⁹⁾.

En Inglaterra se privatizó British Telecom en 1984 y con la intención de introducir competencia se

estableció un período de siete años de transición para la telefonía fija, contemplándose que durante ese lapso sólo prestaran este servicio British Telecom. y otra operadora más. Asimismo, se permitió que British Telecom operara verticalmente integrada ofreciendo otros servicios como los de larga distancia, pero se le exigió que llevara contabilidades separadas, estableciéndose además diversas limitaciones en su actuar para evitar comportamientos anticompetitivos. El resultado ha sido bastante exitoso al generar competencia en el mercado.

En este caso, el mayor promotor de la competencia ha sido el regulador, aunque debe señalarse que el máximo representante -el Director General de Telecomunicaciones- considera que la legislación de competencia es una herramienta más efectiva que la regulación existente, entre otras razones, porque las facultades de investigación y sanción otorgadas por las normas de competencia son mayores que las que prevé la regulación⁽³⁰⁾.

Es cierto que la desregulación y el paso a la competencia pueden generar distorsiones en el sistema regulatorio, especialmente cuando éste busca diversos objetivos. Por ejemplo, si la regulación trata de garantizar el servicio universal comprometiendo al operador dominante para atender a sectores de menores recursos permitiéndole realizar subsidios cruzados con otros sectores más rentables, pero a la vez también trata de lograr la mayor competencia posible con una política de libre acceso que da como resultado que los entrantes se dirijan únicamente a los sectores más rentables (*cream skimming*), dejando al dominante con la obligación de servicio universal, pero con menores posibilidades de aplicar los subsidios cruzados por la competencia en los sectores más rentables⁽³¹⁾.

No obstante, la complejidad de este tipo de industrias reclama la aplicación complementaria de la política de competencia y de la regulación económica, incluso si su coexistencia arriesga en algunos casos la coherencia del marco institucional de supervisión de la industria⁽³²⁾. Pese a no haber sido absolutamente

(29) JOSKOW, P y R. NOLL. Op. cit.; pp. 22-25 y 55-63; SHELANSKI, Howard. *From Sector Specific Regulation to Antitrust Law for U.S. Telecommunications: The Prospects for Transition*. En: *Public Law and Legal Theory Research Paper*. Número 80. University of California at Berkeley School of Law, 2002; SULLIVAN, L. y W. GRIMES. *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*. St. Paul Minn: West Group, 2000. pp. 775-785.

(30) ARMSTRONG, Mark. *Telecommunications*. En: HELM y JENKINSON (editores). *Competition in Regulated Industries*. Great Britain: Oxford University Press, 1998. pp. 139-145; ARMSTRONG, M. y J. VICKERS. *Competition and Regulation in Telecommunications*. En: BISHOP y otros (editores). *The Regulatory Challenge*, Great Britain: Oxford University Press, 1995. pp. 283-308; BLOOM, Margaret. *The Impaenct of the Competition Bill*. En: OECD. *Relationship Between Regulators and Competition Authorities*. DAFFE/CLP(99)8. 1999. pp. 251-259.

(31) BALDWIN y CAVE. Op. cit.; pp. 213 y 220.

(32) LAFFONT y TIROLE. Op. cit.; pp. 280.

perfecta, la desregulación ha sido exitosa y ha dado resultados efectivos, por lo que tomando en cuenta que las decisiones que adopta la sociedad siempre se definen entre opciones imperfectas, mientras sea posible debe preferir la competencia -incluso muy imperfecta- en vez de la regulación económica⁽³³⁾.

Puede concluirse entonces con las afirmaciones de Alfred Kahn, prestigiado experto norteamericano en materia de regulación: “(l)a única manera de identificar dónde es posible la competencia y dónde no, en última instancia, es permitiendo que la misma pueda producirse y dejar que el mercado nos de la respuesta; cuanto más tiempo se posponga esa decisión será mayor el costo para la sociedad” (traducción libre)⁽³⁴⁾.

2.2. Desregulación de las telecomunicaciones en el Perú.

2.2.1. Situación inicial y modelo privatizador.

La industria de telecomunicaciones peruana se encontraba estancada antes de la liberalización y privatización llevada a cabo en la década del 90. El déficit en número de líneas por cada 100 habitantes era bastante significativo, incluso respecto de otros países de la región andina como Bolivia o Ecuador. La densidad telefónica no sólo era reducida sino que se encontraba notoriamente concentrada en la población con mayor poder adquisitivo. Los equipos con los que se brindaba los servicios eran obsoletos, lo que empobrecía la calidad, como evidencia está el reducido porcentaje de llamadas completadas y el número de líneas que sufrían averías técnicas.

La Compañía Peruana de Teléfonos S.A. (CPT) y Entel Perú S.A. (Entel), encargadas de administrar la red de telecomunicaciones en Lima y Callao y a nivel nacional, no contaban con los recursos necesarios para enfrentar los requerimientos de la población y ampliar la red a la escala demandada. Ello se debía al esquema de tarifas subsidiadas existente, que les impedía generar los excedentes para cumplir tales objetivos⁽³⁵⁾.

Considerando esta situación y con la finalidad de lograr el desarrollo del sector, en noviembre de 1991

se dictó la Ley de Telecomunicaciones⁽³⁶⁾ y, posteriormente, su Reglamento⁽³⁷⁾ para dejar de lado el modelo de empresa estatal proveedora exclusiva de los servicios y reconocer el rol principal a la iniciativa privada, estableciéndose que el sector se desarrollaría en un entorno de competencia y con la supervisión del Estado.

El marco legal distinguió tres tipos de servicios de telecomunicaciones: servicios públicos, servicios privados y servicios privados de interés público. A su vez, los servicios públicos de telecomunicaciones fueron clasificados en cuatro categorías:

a) Servicios portadores: permiten el transporte de las señales para prestar otros servicios de telecomunicaciones; por ejemplo, el arrendamiento de circuitos.

b) Servicios finales: permiten la comunicación entre usuarios finales, tales como la telefonía fija local y telefonía móvil.

c) Servicios de difusión: permiten la comunicación en un solo sentido desde un punto de emisión hacia varios puntos de recepción, como la televisión por cable.

d) Servicios de valor añadido: utilizan como soporte otro servicio público de telecomunicaciones y le agregan alguna característica o facilidad; por ejemplo, el internet⁽³⁸⁾.

En cuanto a la política de acceso al mercado, se estableció el régimen de otorgamiento de concesiones y autorizaciones por un máximo de 20 años, renovables según las condiciones de cada contrato. Las concesiones y autorizaciones se otorgarían en base a una solicitud o a un concurso público de ofertas, siendo este último el mecanismo obligatorio cuando existiera alguna restricción derivada del uso de recursos escasos como el espectro radioeléctrico⁽³⁹⁾.

El modelo de privatización no optó por la separación estructural de la industria sino por permitir la integración vertical en la prestación de los servicios antes mencionados, pero disponiendo que las empresas integradas llevaran contabilidad separada por cada servicio, de manera que se pudiera evaluar si los

(33) KAHN, Alfred. *The Economics of Regulation, Principles and Institutions*. Massachusetts: The MIT Press, 1998. p. xxiii.

(34) *Ibid.*; p. xxxvi.

(35) OSIPTEL. *Memoria Anual 1998. Cinco Años en el Mercado de las Telecomunicaciones*. Lima: Mercados Consultora y Publicaciones. 1999. pp. 16-18.

(36) Normas que Regulan la Inversión Privada en Telecomunicaciones. Decreto Legislativo 702. Esta ley y sus modificatorias, fueron consolidadas en 1993 en el Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, Decreto Supremo 013-93-TCC.

(37) Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, Decreto Supremo 06-94-TCC, modificado posteriormente por el Decreto Supremo 005-98-MTC y el Decreto Supremo 002-99-MTC.

(38) Artículos 8 y 9 de la Ley de Telecomunicaciones. Artículos 18 a 21 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones.

(39) Artículos 47 a 62 de la Ley de Telecomunicaciones y 113 a 136 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones.

operadores dominantes incurrieran en prácticas de subsidios cruzados que afectaran el desempeño del mercado⁽⁴⁰⁾. Asimismo, se contemplaron varias medidas para prohibir las prácticas anticompetitivas, como se detallará más adelante.

También se contempló un sistema de tarifas máximas fijadas administrativamente, estableciéndose que los operadores podrían fijar libremente los precios de los servicios públicos de telecomunicaciones que ofrecieran mientras no excedieran dichos topes, con excepción de los servicios de valor añadido cuyos precios siempre se regirían por la oferta y demanda. Asimismo, en el caso de los otros tres tipos de servicios se dispuso que podría eliminarse la fijación de tarifas tope cuando las condiciones de competencia garantizaran precios razonables para el usuario⁽⁴¹⁾.

Con la finalidad de garantizar la supervisión del Estado en el ámbito de los servicios públicos de telecomunicaciones, se creó el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL, como entidad encargada de vigilar el comportamiento de las empresas operadoras, fiscalizar la calidad y eficiencia de los servicios brindados al usuario, regular las tarifas, dar solución a los conflictos entre empresas y a los reclamos de los usuarios, así como de aplicar las sanciones que correspondieran⁽⁴²⁾.

2.2.2. Período de concurrencia limitada.

En 1992 se comenzaron a sentar las bases para la transferencia de CPT y Entel al sector privado, creándose un Comité Especial de Privatización. La oferta de transferencia implicaba vender la participación del Estado en ambas empresas como un solo paquete y otorgar el control de las mismas al nuevo operador; asimismo, incluía la exclusividad en la prestación de servicios de telefonía fija local y de larga distancia por un período determinado.

En tal sentido, en enero de 1994 se estableció el régimen de desmonopolización progresiva para los servicios de telefonía fija local y portador de larga distancia, según el cual dichos servicios quedaron sujetos a una etapa máxima de 5 años de concurrencia limitada o exclusividad, para adecuarse a la competencia. Los demás servicios públicos de telecomunicaciones se dejaron fuera del alcance de este régimen⁽⁴³⁾. En otras palabras, la prestación de servicios de telefonía fija y de larga distancia se mantuvo bajo monopolio temporal por un plazo máximo de 5 años, mientras que los demás servicios quedaron sujetos al régimen de libre competencia⁽⁴⁴⁾.

En febrero de 1994 se llevó a cabo el proceso de subasta de acciones de CPT y de Entel, resultando ganadora la oferta del consorcio encabezado por Telefónica Internacional de España. Luego de suscribirse los respectivos contratos de concesión, el nuevo operador inició sus actividades en junio de 1994⁽⁴⁵⁾. Entre fines de 1994 e inicios de 1995 CPT absorbió a Entel y un año después cambió su denominación social a Telefónica del Perú S.A.

Según las disposiciones que establecieron la concurrencia limitada, la misma se mantendría en vigor hasta fines de junio de 1999. Durante este período se llevó a cabo el rebalanceo tarifario para que los precios de los servicios respondieran a sus costos efectivos de provisión, de esta forma se fue dejando de lado progresivamente el esquema de precios subsidiados antes utilizado. El monopolio temporal fue otorgado a cambio de que Telefónica del Perú cumpliera diversas metas de expansión, de modernización y de calidad de los servicios que le fueron otorgados en concesión⁽⁴⁶⁾. Estas metas se cumplieron entre 1997 y el primer semestre de 1998, y en ciertos casos habrían sido ampliamente superadas⁽⁴⁷⁾.

Cabe señalar que dentro de los servicios no sujetos al monopolio temporal, los más dinámicos y

(40) Artículos 37 de la Ley de Telecomunicaciones y 232 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones.

(41) Artículos 67 y 68 de la Ley de Telecomunicaciones.

(42) Artículos 76 a 79 de la Ley de Telecomunicaciones.

(43) Ley de Desmonopolización Progresiva de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones de Telefonía Fija Local y de Servicios de Portadores de Larga Distancia, Ley 26285 (en adelante, Ley de Desmonopolización Progresiva).

(44) Este sistema se estableció al amparo de lo dispuesto por la octava disposición final y transitoria de la Constitución Política de 1993, que permitía dictar leyes de desarrollo constitucional para eliminar progresivamente los monopolios legales otorgados en las concesiones de servicios públicos. En tal sentido, el régimen de desmonopolización progresiva no vulneraba el artículo 61 de la Constitución, que establece que ninguna ley puede autorizar ni establecer monopolios.

(45) OSIPTEL. Op. cit.; pp.19-20.

(46) Tales metas incluyeron los siguientes rubros: crecimiento de líneas instaladas, incremento del número de teléfonos públicos, reducción del tiempo de espera para la instalación de nuevas líneas, sustitución de centrales manuales por digitales, conexión de aproximadamente 1,500 centros poblados a la red y mejoras en la calidad que se medirían en función de indicadores como la tasa de incidencia de fallas o el número de llamadas completadas.

(47) OSIPTEL. *Memoria Anual 1997, los Usuarios y las Telecomunicaciones*. Lima: Mercados Consultora y Publicaciones,

competitivos en el período de concurrencia limitada fueron la telefonía celular, los teléfonos públicos y la televisión por cable.

2.2.3. Proceso de apertura y competencia.

Para administrar el proceso de transición del monopolio temporal a la competencia y para proponer medidas que facilitarían dicho proceso, se creó en 1997 la Comisión Técnica de Telecomunicaciones (CTT) con representantes de distintos sectores del Estado. La CTT definió que el objetivo del proceso de apertura era la promoción de la competencia, cuidando el acceso universal en los servicios de telecomunicaciones; asimismo, elaboró el documento denominado “Modelo Perú” en el que se plantearon los conceptos que sustentarían la apertura y que fue discutido públicamente.

Dentro de este contexto, en 1998 Telefónica del Perú propuso al Gobierno adelantar un año la apertura del mercado de telecomunicaciones. Luego de la evaluación correspondiente y de replantear la propuesta de Telefónica del Perú, la CTT recomendó el adelanto de la apertura⁽⁴⁸⁾.

En concordancia con lo anterior, se emitieron los Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones (Lineamientos de Apertura), en los que se definieron los principios que inspiraban el proceso de apertura y las metas que se pretendía alcanzar a través del mismo⁽⁴⁹⁾. Acto seguido, se estableció legalmente el adelanto de la apertura, que se produciría a partir de agosto de 1998, introduciéndose las modificaciones necesarias en el contrato de concesión de Telefónica del Perú⁽⁵⁰⁾.

Según los Lineamientos de Apertura, luego de la exclusividad, la siguiente fase del proceso de reestructuración del sector telecomunicaciones consistía en su desarrollo en competencia. El

funcionamiento del mercado permitiría aumentar la cobertura del servicio, garantizar el derecho del usuario de elegir al proveedor de servicios, mantener la tendencia de expansión y que las tarifas reflejen costos. Para ello era necesario afianzar políticas consistentes con el desarrollo del sector en un ambiente de libre competencia, reduciendo las barreras legales a la entrada para operadores eficientes, pero también contar con un marco regulatorio que permitiera recuperar costos y generar márgenes razonables de utilidad para las empresas⁽⁵¹⁾.

Como consecuencia de la apertura, el mercado creció en términos de servicios ofrecidos y consumidos, ya que los ingresos pasaron de ser predominantemente por tráfico de voz a través de la telefonía fija local a incluir otro tipo de comunicaciones, como tráfico de voz por telefonía móvil o transmisión de datos. Asimismo, hubo un importante incremento en el número de operadores que ingresaron al mercado y su participación creció de manera relevante alcanzando el 25 por ciento en el 2001⁽⁵²⁾. Los mercados más dinámicos luego de la apertura han sido los de servicios de larga distancia, arrendamiento de circuitos, internet y telefonía móvil.

Entre las medidas regulatorias que cimentaron la política de apertura puede citarse, en primer lugar, las normas de interconexión⁽⁵³⁾. Considerando que la Ley de Telecomunicaciones establece que la interconexión es obligatoria y de interés público, estas medidas establecieron el marco legal según el cual las empresas pueden negociar las condiciones de interconexión y, en defecto de acuerdo, OSIPTEL puede fijar dichas condiciones a solicitud de cualquiera de las partes (sistema de negociación supervisada).

De esta manera, si las partes llegan a un acuerdo de interconexión, el mismo queda sujeto a la aprobación de OSIPTEL, y si no se ponen de acuerdo, OSIPTEL

1998. pp. 47-50. OSIPTEL. *Memoria Anual 1998. Cinco Años en el Mercado de las Telecomunicaciones*. Lima: Mercados Consultora y Publicaciones. 1999. pp. 33-34.

(48) OSIPTEL. *Libro Blanco, el Proceso de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones en el Perú. Estudios en Telecomunicaciones*. Número 10. Lima: OSIPTEL, 2002. pp. 7-21. Para recomendar el adelanto de la apertura se consideró que ésta permitiría: (i) una reducción tarifaria inmediata más conveniente que la que se hubiera obtenido de aplicar el factor de productividad desde un inicio; (ii) la introducción de planes de consumo para sectores de menores recursos (“teléfono popular”); y. (iii) la ampliación del tamaño del área local que permitiría aplicar la tarifa local a llamadas efectuadas dentro de dicha área; entre otros beneficios.

(49) Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones del Perú. Decreto Supremo No. 020-98-MTC.

(50) Decreto Supremo No. 021-98-MTC.

(51) Puntos 3 y 4 de los Lineamientos de Apertura.

(52) OSIPTEL. *Libro Blanco, el Proceso de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones en el Perú. Estudios en Telecomunicaciones*. Número 10. pp. 26-27.

(53) Reglamento de Interconexión, Resolución No. 001-98-CD/OSIPTEL, que recientemente ha sido consolidado con sus ampliatorias y modificatorias en el Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión (Resolución No. 043-2003-CD/OSIPTEL).

queda facultado para emitir un mandato de interconexión de cumplimiento obligatorio. OSIPTEL también fija los cargos vinculados a la interconexión que deben pagarse los operadores en defecto del acuerdo entre ellos sobre tales cargos.

Igualmente, debe mencionarse el Reglamento de Tarifas, que reconoció la libre determinación de precios y estableció las normas aplicables a los precios y promociones. Igualmente, señaló que OSIPTEL podía fijar tarifas tope cuando las condiciones de mercado lo ameritaran, definiendo para tales efectos los principios y criterios respectivos; también dispuso que OSIPTEL podía desregular los mercados según las condiciones de competencia existentes. Esta norma excluyó de su ámbito de aplicación los cargos correspondientes a las relaciones de interconexión entre empresas operadoras que son regulados a través de otras disposiciones-, los precios fijados entre operadores de servicios públicos de telecomunicaciones y comercializadores, así como entre operadoras nacionales y empresas extranjeras -acuerdos de liquidación internacional-⁽⁵⁴⁾.

Finalmente, se dictaron diversas normas estableciendo las condiciones de uso de los distintos servicios públicos de telecomunicaciones, aplicables como criterios para definir los términos de contratación y los posteriores reclamos que pudieran tener los usuarios de dichos servicios⁽⁵⁵⁾.

2.2.4. Ámbitos para las normas y/o políticas de competencia en telecomunicaciones.

Según el marco regulatorio, uno de los principales objetivos de OSIPTEL es promover la competencia en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones. En cumplimiento de dicho encargo, OSIPTEL regula la industria impulsando el desarrollo de la competencia en el mercado y dirime conflictos entre empresas sancionando las infracciones a las normas de libre competencia.

En tal sentido, el primer ámbito para las normas y/o políticas de competencia se encuentra principalmente en la posibilidad de desregular el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones.

En este campo, las normas y/o políticas de competencia se consideran como un instrumento de apoyo para diseñar medidas que impulsen la rivalidad entre las empresas, identificar servicios sujetos a algún tipo de regulación que podrían ser desregulados y volver a regular segmentos que presentan condiciones de competencia deficientes.

El segundo ámbito para las normas y/o políticas de competencia está en la solución de conflictos entre empresas, derivados de la comisión de actos anticompetitivos, que afecten el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones. En este campo rige el denominado "principio de supletoriedad", según el cual, la aplicación de la Ley contra las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia, Decreto Legislativo 701, se aplica allí donde la regulación sectorial no ha previsto una solución.

3. Políticas de competencia y desregulación.

En cuanto al uso de políticas de competencia como criterio para elaborar medidas regulatorias que tiendan a incrementar la rivalidad entre los operadores, puede afirmarse que se ha logrado un balance positivo. Así, por ejemplo, la política de concesiones y autorizaciones establecida fue de suma importancia para facilitar el acceso al mercado, prueba de lo cual es el elevado número de operadores que actualmente ofrecen los diversos servicios públicos de telecomunicaciones.

De la misma forma, tomando en cuenta que la interconexión es la principal herramienta regulatoria para promover la competencia en el mercado de telecomunicaciones⁽⁵⁶⁾, la implementación de la política de interconexión de redes y servicios, tanto en sus aspectos normativos reglamento, normas de interconexión y determinación de cargos-, como en sus aspectos prácticos -aprobación de contratos y emisión de mandatos de interconexión-, ha permitido el incremento del número de usuarios comunicados y un mayor dinamismo del mercado.

No obstante, podría discutirse la necesidad de medidas que redujeron la competencia como el

(54) Reglamento General de Tarifas, Resolución No. 060-CD-2000/OSIPTEL, modificada por la Resolución No. 048-2002-CD/OSIPTEL.

(55) Todas las normas dictadas sobre la materia se encuentran actualmente en proceso de revisión, habiéndose puesto en consulta pública un proyecto de Condiciones de Uso de Servicios Públicos de Telecomunicaciones, Resolución No. 065-2003-CD/OSIPTEL, el mismo que las consolida en una sola norma.

(56) UNIÓN INTERNACIONAL DE TELECOMUNICACIONES-UIT. *Políticas de Telecomunicaciones para las Américas, el Libro Azul*. Suiza: Oficina de Desarrollo de las Telecomunicaciones, 1995. pp. 27-28; UIT. *Tendencias en las Reformas de Telecomunicaciones: Convergencia y Reglamentación*. Suiza: UIT, 1999. p. 79; OSIPTEL. *Memoria 1995, Regulación y Mercado de Telecomunicaciones*. Lima: Mercados Consultora y Publicaciones, 1996. pp. 38-39.

monopolio temporal en telefonía fija y de larga distancia establecido durante el período de concurrencia limitada⁽⁵⁷⁾. Asimismo, que durante el proceso de apertura se hayan establecido requerimientos que creaban costos adicionales para los operadores entrantes, lo cual podía retardar o inhibir su ingreso⁽⁵⁸⁾, o que no haya existido un pronunciamiento abierto en favor de la comercialización de servicios, a pesar de ser una de las medidas típicas para introducir competencia en la telefonía fija⁽⁵⁹⁾.

Igualmente, podría criticarse que se haya establecido que los servicios de larga distancia -el segmento más propicio para la competencia- deban ofrecerse primero bajo el sistema de preselección y después según el sistema de llamada por llamada, pese a que este último es el más idóneo para que el usuario ejerza su derecho a la libre elección del proveedor y a la vez para incentivar una mayor competencia entre los operadores⁽⁶⁰⁾.

Planteamientos de este tipo permiten sostener que a través de la regulación de telecomunicaciones podría haberse logrado un mayor nivel de competencia efectiva que el alcanzado hasta el momento. También permiten afirmar que la regulación ha tendido, hasta el momento, a privilegiar la competencia por infraestructuras⁽⁶¹⁾.

De otro lado, el uso de políticas de competencia como mecanismo para impulsar la desregulación ha sido

muy limitado. Según se ha mencionado previamente, OSIPTEL se encuentra facultado para identificar mercados sujetos a algún tipo de regulación que en virtud de las condiciones de competencia existentes pueden ser desregulados. Por ello, podría esperarse que se haya desarrollado una importante labor al respecto, analizando constantemente las condiciones de competencia de las distintas actividades que se realizan en el mercado de telecomunicaciones.

No obstante, además de haber planteado algunos criterios generales para determinar el grado de competencia en los mercados⁽⁶²⁾, OSIPTEL no ha llevado adelante mayores actividades para la desregulación de servicios. Ello se debe a que no se ha institucionalizado un proceso de revisión constante de las condiciones de competencia de los mercados que supervisa. Si bien se han elaborado estudios sobre la evolución de ciertos mercados, entre los que se puede resaltar el de servicios de larga distancia⁽⁶³⁾, este tipo de esfuerzos no ha sido suficiente para definir medidas desreguladoras.

Existen experiencias extranjeras en las que, luego de un proceso de consulta a los agentes del sector, el regulador de telecomunicaciones ha establecido una metodología detallada y profunda para evaluar las condiciones de competencia de los mercados objeto

- (57) Algunos autores cuestionan ahora la validez de dicho modelo y plantean que otorga una protección innecesaria frente a la competencia sustentada en objetivos relacionados al servicio universal, pero que finalmente sólo sirve de argumento de defensa para los incumbentes, por lo que concluyen que la mejor forma de hacerlos eficientes es enfrentarlos a la competencia desde un inicio. Ver: ARMSTRONG, Mark. *Regulation and Inefficient Entry: Economic Analysis and the British Experience*. En: AMATO y LAUDATI (editores). *The Anticompetitive Impact of Regulation*. Great Britain: Edward Elgar Publishing, 2001. pp. 153-154.
- (58) Los Lineamientos de Apertura establecieron, entre otros, los siguientes requerimientos: invertir en infraestructura en 5 ciudades del país necesariamente para obtener concesiones como operador de larga distancia, cuando el mercado más importante estaba en Lima (lineamiento 28); utilizar la señalización SS7, a pesar de existir sistemas de señalización menos costosos (lineamiento 54); que el acceso del usuario al operador de larga distancia se realizara a través del servicio de telefonía local y no directamente, con los costos que ello implicaba (lineamiento 43).
- (59) Únicamente se señaló que la comercialización sería permitida, pero no se demostró preferencia por ella contemplando, por ejemplo, que podrían establecerse descuentos obligatorios para compras por volumen (lineamiento 33).
- (60) Durante 2 años luego de la apertura, el acceso del usuario al operador de larga distancia en el Perú sólo pudo efectuarse a través del sistema de preselección, recién luego de dicho período se pudo realizar mediante el sistema de llamada por llamada. La justificación fue que ello daba el tiempo necesario para el desarrollo de un adecuado proceso de facturación y cobranza, y permitía la definición de políticas sobre la asignación de llamadas salientes (exposición de motivos del Reglamento del Sistema de Preselección, Resolución No. 006-99-CD/OSIPTEL). La experiencia ha demostrado que el sistema de llamada por llamada es mucho más dinámico en términos de competencia y el establecimiento simultáneo de ambos sistemas no es imposible, como lo demuestra la experiencia chilena (artículos 5 y 6 del Reglamento para el Sistema de Multiportador Discado y Contratado del Servicio Telefónico de Larga Distancia Nacional e Internacional, publicado el 1 de agosto de 1994).
- (61) En efecto, las estrategias regulatorias peruanas han favorecido la competencia por infraestructuras, pese a que se trata de un país en vías de desarrollo con limitados recursos -en el sector privado y público- y con una demanda por servicios que no ha seguido creciendo luego del incremento de los primeros años, lo cual podría reducir el interés por invertir en infraestructura propia.
- (62) GERENCIA DE POLÍTICAS REGULATORIAS DE OSIPTEL. *Criterios Económicos para Determinar el Grado de Competencia en Mercados de Servicios Públicos de Telecomunicaciones; Estudios en Telecomunicaciones* 3.
- (63) GERENCIA DE POLÍTICAS REGULATORIAS DE OSIPTEL. *Informe sobre el Desarrollo del Mercado de Larga Distancia en el Perú*. Octubre 2002.

de supervisión⁽⁶⁴⁾. Asimismo, el regulador se mantiene en constante revisión de las condiciones de competencia y realiza estudios en los que identifica estrategias desreguladoras⁽⁶⁵⁾.

Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que el poder de mercado se mantiene más fácilmente si se controlan recursos que constituyen “cuellos de botella” para la competencia y que la industria de telecomunicaciones, más que cualquier otra industria de red, ofrece mayores posibilidades de crear o explotar esos “cuellos de botella” -barreras de entrada y costos de cambio para los usuarios-, por lo que un correcto análisis de las condiciones de competencia en telecomunicaciones requiere del estudio continuo y detallado de tales recursos⁽⁶⁶⁾.

Adicionalmente, OSIPTEL tampoco se ha afianzado en realizar el camino inverso, es decir, analizar las condiciones de competencia de los mercados desregulados que supervisa para definir si ameritan el establecimiento de alguna regulación.

Un ejemplo de ello se encuentra en las tarifas de llamadas de teléfonos fijos a teléfonos móviles. Recientemente se estableció en un procedimiento de solución de controversias que el usuario que efectúa las llamadas fijo-móvil es cliente del operador de telefonía local, pero se encuentra “cautivo” del operador móvil de la red de destino de su llamada, que es quien fija libremente la tarifa por este servicio. Asimismo, se encontró que las tarifas de todos los operadores móviles se habían mantenido sin mayor variación por aproximadamente tres años y medio⁽⁶⁷⁾. Paralelamente, OSIPTEL comenzó a estudiar la posibilidad de emitir algún tipo de regulación para las tarifas de llamadas fijo-móvil⁽⁶⁸⁾, iniciativa que fue recibida con distinto ánimo por parte de los operadores involucrados⁽⁶⁹⁾.

Lo importante de este caso es que la iniciativa para evaluar la regulación de un segmento desregulado no fue consecuencia de un proceso de evaluación constante de las condiciones de competencia, tanto así que durante más de tres años las tarifas han demostrado la misma tendencia sin que se planteara o estudiara la posibilidad de adoptar medida regulatoria alguna, pese a que los hechos parecen indicar que las condiciones de competencia en dicho segmento de mercado son bastante limitadas.

Finalmente, cabe señalar que en 1996 OSIPTEL manifestó que en contextos en que las empresas están permitidas y tienden a integrarse verticalmente como sucede en el Perú la “verificación constante de las condiciones de competencia posee especial importancia”. Sin embargo, también señaló que “en los países en desarrollo las políticas se centran en sentar las bases para la competencia antes que en supervisar su ejercicio, como ocurre en los países desarrollados”⁽⁷⁰⁾.

Considerando que estas afirmaciones son de época previa al proceso de apertura, pueden asumirse como válidas, en especial la segunda de ellas. Pero aún así, puede censurarse que las medidas regulatorias para sentar las bases de la competencia no hayan sido más intensas de lo que fueron y, además, que las medidas desreguladoras en función a las condiciones de competencia hayan estado ausentes, según se ha detallado previamente.

Por último, resulta evidente que la segunda afirmación deja de tener sentido luego de la apertura y con el desarrollo de mayor competencia en el mercado, siendo la primera de las afirmaciones antes citadas la que adquiere mayor relevancia. En tal sentido, debería esperarse una esforzada vigilancia de las prácticas que tienden a reducir la competencia, en particular a través de la aplicación del Decreto Legislativo No. 701. Por

(64) El ejemplo más claro es el de la Office of Telecommunications-OfTTEL de Inglaterra, que en 1998 puso en consulta pública un documento titulado *Effective Competition Review*, el mismo que dio lugar posteriormente a la emisión del documento *Implementing OfTel's Strategy: Effective Competition Review Guidelines* (2000).

(65) Por ejemplo puede verse: OFTEL. *Effective Competition Review-Mobile*. 2001; en el que se evalúan con lujo de detalle los mercados de telefonía móvil.

(66) NEWBERY, David. Op. cit.; p. 316.

(67) Resolución No. 001-2003-CCO/OSIPTEL, del 20 de mayo de 2003, mediante la cual se decidió no iniciar investigación de oficio contra las cuatro empresas de telefonía móvil que operan en el Perú, por presunta infracción a las normas de libre competencia en la modalidad de concertación.

(68) Al respecto puede verse las notas periodísticas aparecidas en los diarios del 2003: “OSIPTEL quiere bajar los costos de las llamadas” (*Perú 21* del 13 de mayo); “(t)arifas de llamadas fijo-móvil serán más competitivas con tarjetas pre-pago” (*Gestión* del 14 de mayo); “OSIPTEL evalúa tarifas para las llamadas de teléfono fijo a móvil” (*El Comercio* del 25 de julio); “OSIPTEL aún evalúa intervención en regulación de tarifas fijo-móvil” (*Gestión* del 25 de julio).

(69) Nextel del Perú se pronunció en favor de una regulación: “Nextel a favor de que OSIPTEL regule las tarifas fijo-móvil” (*Gestión* del 1 de agosto). Telefónica del Perú estuvo en contra: “Telefónica cuestiona regulación en tarifas de telefonía fija a móvil” (*Gestión* del 15 de mayo), “TdP critica intervención de OSIPTEL en tarifas” (*Correo* del 15 de mayo).

(70) OSIPTEL. *Memoria 1995, Regulación y Mercado de Telecomunicaciones*. Lima: Mercados Consultora y Publicaciones, 1996. pp. 4 y 9.

ello, a continuación se analiza cómo y bajo qué criterios se ha desenvuelto la aplicación de esta norma en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones.

4. Normas de competencia y principio de supletoriedad.

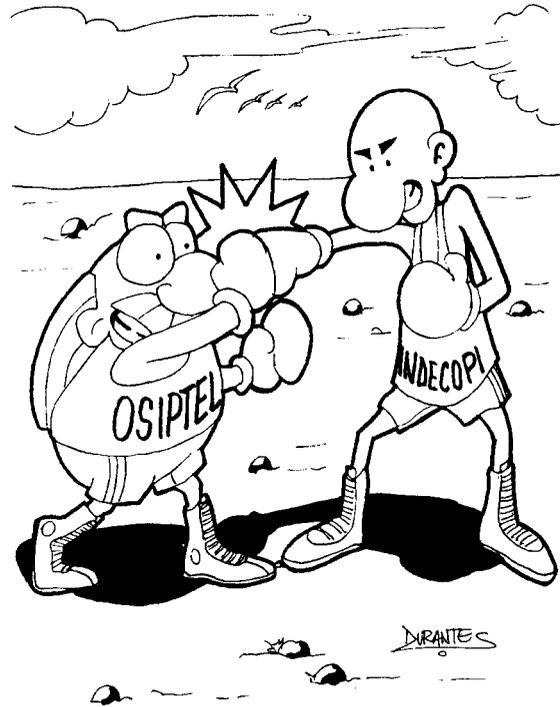
La aplicación del Decreto Legislativo No. 701 en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones corresponde a OSIPTEL, de conformidad con el marco legal vigente⁽⁷¹⁾.

En efecto, una de las funciones de OSIPTEL es investigar y sancionar las infracciones al Decreto Legislativo No. 701, sea dentro de procedimientos entre empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones o inclusive cuando sólo una de las partes tenga tal condición, siempre que la conducta infractora afecte el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones⁽⁷²⁾. Es en el cumplimiento de estas funciones que OSIPTEL aplica el denominado principio de supletoriedad.

4.1. Definición del principio:

¿complementariedad o subordinación?

Las normas que dieron inicio al proceso de desregulación de las telecomunicaciones en el Perú no contemplaban el principio de supletoriedad⁽⁷³⁾. Su origen data de 1994 y se encuentra en el Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones que dispuso que el Decreto Legislativo No. 701 se aplica para todo lo no previsto sobre prácticas restrictivas de la competencia en la Ley de Telecomunicaciones y su Reglamento⁽⁷⁴⁾. Posteriormente, en 1998, los Lineamientos de Apertura establecieron el principio de supletoriedad en términos más generales, señalando que para preservar la libre



competencia en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones se aplica la normativa sectorial específica y, supletoriamente, el Decreto Legislativo No. 701 en cuanto sea pertinente⁽⁷⁵⁾.

Fueron los Lineamientos de Libre Competencia del OSIPTEL, emitidos el año 2000, los que trataron de definir con mayor precisión el contenido y alcances del principio de supletoriedad⁽⁷⁶⁾. En estos lineamientos se precisa que según el principio de supletoriedad sólo se aplica el Decreto Legislativo No. 701 cuando una

(71) Este es un régimen excepcional ya que, por regla general, la aplicación del Decreto Legislativo No. 701 en todas las actividades económicas e industrias, sean éstas reguladas o no, corresponde al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual-Indecopi.

(72) Artículos 69, 76 y 78 de la Ley de Telecomunicaciones. Artículo 36 de la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL, Ley 27336. Artículos 19 inciso a) y 53 inciso a) del Reglamento General del OSIPTEL, Decreto Supremo No. 008-2001-PCM.

(73) El concepto de supletoriedad no se encuentra en la Ley de Telecomunicaciones ni en la Ley de Desmonopolización Progresiva.

(74) “Artículo 229. En 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”.

(75) “Artículo 111. Para la promoción y preservación de la libre y leal competencia en el mercado de los 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 No. 701 y 807, las del Decreto Ley No. 26122 y disposiciones modificatorias, complementarias, ampliatorias y conexas”.

(76) Si bien estos lineamientos no son vinculantes para OSIPTEL ni para los agentes económicos del sector, recogen los criterios de interpretación utilizados por la autoridad en la aplicación de las normas de libre competencia al mercado de las telecomunicaciones.

determinada práctica o conducta no se encuentre tipificada o cubierta de manera expresa por la regulación específica de telecomunicaciones⁽⁷⁷⁾.

Finalmente, el año 2001, el Reglamento de OSIPTEL definió el principio de supletoriedad señalando que el Decreto Legislativo No. 701 es supletorio a la regulación que dicte OSIPTEL y que en caso de conflicto entre ambas prima esta última⁽⁷⁸⁾.

De acuerdo con las normas antes mencionadas, el Decreto Legislativo No. 701 sólo resulta aplicable cuando las conductas ilícitas no se encuentren previstas o comprendidas por la regulación sectorial de telecomunicaciones.

La obligación de interconexión es un típico ejemplo para comprender los efectos del principio de supletoriedad. Según la regulación, los operadores de telecomunicaciones se encuentran obligados a interconectar sus redes y el incumplimiento de este deber es sancionable como infracción muy grave⁽⁷⁹⁾. Es decir, la negativa de interconexión ya se encuentra prohibida por la regulación de telecomunicaciones, por lo que, en virtud del principio de supletoriedad, no es necesario acudir al Decreto Legislativo No. 701 -que prohíbe la negativa injustificada de trato- para sancionar dicha conducta.

En consecuencia, puede afirmarse que por el principio de supletoriedad el Decreto Legislativo No. 701 queda subordinado a la regulación de telecomunicaciones, ya que sólo se aplica en defecto de esta última.

4.2. Supletoriedad en la experiencia internacional: ¿criterio ampliamente aceptado?

Según los Lineamientos de Libre Competencia de OSIPTEL, ante la posible aplicación concurrente de la regulación sectorial específica y de las normas generales de competencia, se optó por el principio de supletoriedad siguiendo la tendencia que se aprecia en otros países. No obstante, la supletoriedad no se encuentra generalizada y en varios países cuya experiencia se toma como referencia para definir medidas regulatorias en el Perú se ha preferido otras soluciones.

En Australia, por ejemplo, existe una agencia independiente denominada *Australian Competition and Consumer Comision-ACCC* que aplica la norma de competencia transversalmente en todas las industrias⁽⁸⁰⁾. Asimismo, existe una agencia reguladora para la industria de telecomunicaciones denominada

(77) Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Libre Competencia en el Ámbito de las Telecomunicaciones, Resolución No. 003-2000-CD/OSIPTEL. "Las normas generales de libre competencia están concebidas, en principio, en el marco de mercados no regulados de manera específica. Tanto la Ley de Libre Competencia, Decreto Legislativo No. 701, como los artículos pertinentes a las normas de libre competencia de la Ley de Telecomunicaciones, cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por el Decreto Supremo No. 013-93-TCC, tienen como punto de partida la existencia de un mercado abierto, en el que la libertad de acción y elección del proveedor y del consumidor son la regla. En el mercado de las telecomunicaciones, el marco regulatorio existente desarrolla los principios de libre competencia consagrados por la Constitución Política del Perú, entendiéndose, por tanto, que la aplicación del marco regulatorio del sector constituye una manera de hacer cumplir los principios de libre competencia. En los mercados regulados decisiones básicas como las tarifas, calidad de servicio o condiciones de comercialización son establecidas, con el objetivo de emular un mercado competitivo. Teniendo en cuenta la existencia de dos marcos normativos, uno específico del sector de las Telecomunicaciones y otro de aplicación general, resulta necesario que los presentes lineamientos establezcan cómo OSIPTEL va a compatibilizar la aplicación de los mismos. La posición que acoge OSIPTEL refleja la tendencia que se puede apreciar en otros países donde existen situaciones similares. OSIPTEL entiende que para la promoción y preservación de la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones, se aplicará la normativa específica del sector y de manera supletoria la normativa general de libre competencia. (...) Esto implica que OSIPTEL aplicará las normas generales de libre competencia en el supuesto que una determinada práctica o conducta no esté tipificada o cubierta de manera expresa por la normatividad específica del sector, pero genere, sin embargo, efectos anticompetitivos. (...) Esto no impide que OSIPTEL aplique las normas de libre competencia en aquellos casos que no estén expresamente prohibidos o en aquellos casos en los que los principios de interpretación permitan una más adecuada aplicación de la referida normativa".

(78) Reglamento General del OSIPTEL, Decreto Supremo 008-2001-PCM. "Artículo 12. Principio de supletoriedad. Las normas de libre competencia son supletorias a las disposiciones normativas y/o regulatorias que dicte el OSIPTEL en el ámbito de su competencia. En caso de conflicto primarán las disposiciones dictadas por el OSIPTEL".

(79) Artículos 4 y 5 del Reglamento de Interconexión, Resolución No. 001-98-CD/OSIPTEL, que recientemente ha sido consolidado con sus ampliatorias y modificatorias en el Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión, Resolución No. 043-2003-CD/OSIPTEL. Artículo 4 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones de OSIPTEL, Resolución No. 002-99-CD/OSIPTEL.

(80) Adicionalmente, debe agregarse que a través de un paquete de cambios legislativos dictado en 1997, se otorgó a la ACCC un rol más importante en el ámbito de la regulación económica, facultándola entre otros para solucionar las disputas sobre acceso a infraestructuras y definir los términos del acceso, incluyendo el precio, si los operadores que no llegan a un acuerdo negociado.

Australian Communications Authority-ACA, que se encuentra encargada principalmente de administrar la regulación sobre licencias, asignar el espectro radioeléctrico, definir condiciones de prestación de servicios así como aspectos técnicos como los referidos a numeración.

Cuando se encuentran áreas donde podría darse una sobreposición de funciones entre la ACA y la ACCC, se establece que en tanto se trate de aspectos relacionados con la competencia -incluso de temas como la regulación de estándares técnicos-, es la ACCC quien asume jurisdicción sobre la materia, aplicando la legislación sobre competencia. De otro lado, para reducir la posibilidad de conflictos, un miembro de la ACA participa en la ACCC y viceversa, generándose así una vía de consulta mutua y de coordinación continua⁽⁸¹⁾.

En el caso de Estados Unidos, el *Department Of Justice-DoJ* y la *Federal Trade Commission-FTC* son las autoridades encargadas de la aplicación de las normas de competencia. No existe regulador alguno que tenga el rol principal en la investigación de conductas anticompetitivas en su sector, siendo procesadas directamente por el DoJ o la FTC. En algunos casos, las autoridades de competencia y el regulador tienen funciones concurrentes para aplicar algunas partes de las normas de competencia.

Así, en el caso de las telecomunicaciones, la *Federal Communications Commission-FCC* aplica las normas de control de concentraciones económicas conjuntamente con el DoJ. No obstante, la FCC trata de limitar la posibilidad de decisiones contradictorias en este ámbito a través de mecanismos de consulta informal o del uso de los lineamientos establecidos por el DoJ y la FTC. Además, la facultad de la FCC no se extiende a las demás provisiones de las normas de competencia (concertaciones entre competidores, intentos de monopolización, etcétera), las cuales son aplicadas en el mercado de telecomunicaciones por el DoJ y la FTC⁽⁸²⁾.

Por último, reconociendo que bajo determinadas circunstancias hay conductas que pueden caer dentro del ámbito de aplicación de la regulación específica de

un sector y de las prohibiciones contempladas por las normas de competencia, Inglaterra ha optado por establecer un sistema de coordinación entre autoridades competentes (*Concurrency Working Party*), es decir, entre la *Office of Fair Trading-OFT* y el regulador correspondiente, que en este caso sería la *Office of Telecommunications-OFTEL*.

Mediante este sistema las autoridades involucradas definen las medidas a adoptar para: (i) evitar que el caso sea investigado por más de una de ellas; (ii) asegurar coherencia en los criterios de análisis; (iii) coordinar el uso de poderes concurrentes; y, (iv) elaborar conjuntamente lineamientos de aplicación de las normas. En algunos casos se establece que la agencia reguladora puede escoger la vía legal idónea para perseguir las conductas ilícitas, según sus efectos en el mercado y dependiendo si podría ser más efectivo el uso de las facultades previstas en las normas de competencia⁽⁸³⁾.

En el caso específico de las telecomunicaciones, una práctica como el trato discriminatorio puede estar prohibida tanto por la ley de libre competencia como por las condiciones establecidas en la licencia de operación otorgada. Bajo tal supuesto, el Director General de Telecomunicaciones puede optar por investigar el caso según la legislación de competencia o de telecomunicaciones.

Si bien dicha autoridad tiene el deber de iniciar proceso según la *Telecommunications Act* por cualquier infracción a las licencias de operación, no está sujeta a tal obligación cuando considera que la forma más apropiada de proceder es empleando las normas de libre competencia. Inclusive cuando encuentra que una conducta infringe la regulación del sector y también la legislación de competencia, por regla general, toma acción únicamente en función de esta última⁽⁸⁴⁾.

De acuerdo con lo anterior, el Perú estableció un criterio para definir el ámbito de aplicación de la regulación y del Decreto Legislativo No. 701 ante posibles casos de sobreposición entre ambas, evitando así una situación de incertidumbre para los agentes

(81) OECD. Op. cit.; pp. 105-111.

(82) Ibid.; pp. 261, 267-270.

(83) OFFICE OF FAIR TRADING. *The Competition Act 1998, Concurrent Application to Regulated Industries*. OFT 405. United Kingdom, 2001. pp. 4 y 8. Cabe señalar que la *Competition Act* ha sido modificada recientemente en algunos de sus aspectos por la *Enterprise Act 2002*; sin embargo, la aplicación concurrente de las normas de competencia y de la regulación sectorial no ha sido objeto de cambios. Al respecto, puede verse: OFFICE OF FAIR TRADING. *How will the Enterprise Act 2002 change the Competition Act 1998 Regime?* United Kingdom, 2003.

(84) OFFICE OF TELECOMMUNICATIONS-OFTEL. *The Application of the Competition Act in the Telecommunications Sector*. United Kingdom, 2000. pp. 6-7.

económicos, pero lamentablemente adoptó la solución más conservadora -o debería decirse restrictiva-, al reducir el ámbito de aplicación del Decreto Legislativo No. 701 a aquellos supuestos no previstos por la regulación de telecomunicaciones, sin considerar que la aplicación preferente del Decreto Legislativo No. 701 o, en todo caso, su aplicación concurrente con la regulación, habrían sido opciones más acordes con un modelo que busca la desregulación del sector.

4.3. Dilemas de la supletoriedad

4.3.1. Principios regulatorios: ¿absorción absoluta?

La regulación de telecomunicaciones contiene diversos principios que se refieren a los mismos supuestos prohibidos por el Decreto Legislativo No. 701.

En efecto, la Ley de Telecomunicaciones contempla expresamente una prohibición amplia de prácticas restrictivas de la competencia, tales como acuerdos y prácticas concertadas entre empresas, facultando a OSIPTEL a adoptar en tales casos medidas correctivas de obligatorio cumplimiento para los infractores⁽⁸⁵⁾. Asimismo, prohíbe que los operadores verticalmente integrados utilicen dicha situación para obtener ventajas frente a empresas competidoras en el mercado de servicios de valor añadido, impidiendo así la competencia⁽⁸⁶⁾.

Por su parte, el Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones define algunos principios directamente vinculados con las prohibiciones contempladas en el Decreto Legislativo No. 701. De un lado, establece que por el principio de no discriminación los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones no pueden negar el servicio a ninguna empresa que cumpla con las condiciones establecidas para su prestación⁽⁸⁷⁾.

El Reglamento también establece el principio de neutralidad, según el cual los concesionarios de servicios que son soporte de otros o que tienen posición de dominio en el mercado no pueden aprovechar tales circunstancias para prestar simultáneamente otros servicios de telecomunicaciones en condiciones más ventajosas que sus rivales, mediante prácticas restrictivas de la competencia como limitar el acceso a la interconexión o afectar la calidad del servicio⁽⁸⁸⁾.

Adicionalmente, existen otras normas importantes dentro del marco regulatorio de telecomunicaciones, como por ejemplo las referidas a la interconexión, que establecen principios que constituyen prohibiciones similares a las del Decreto Legislativo No. 701. En tal sentido, se dispone que la interconexión debe basarse en los principios de neutralidad, no discriminación, igualdad de acceso y libre y leal competencia⁽⁸⁹⁾.

(85) “Artículo 69. Se encuentran prohibidas las prácticas empresariales restrictivas de la leal competencia, entendiéndose por tales los acuerdos, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia. Estas prácticas dan lugar a la adopción de medidas correctivas por parte del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, de cumplimiento obligatorio por las empresas infractoras”.

En el mismo sentido, el Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones establece lo siguiente:

“Artículo 6. Los servicios de telecomunicaciones se prestan en un régimen de libre competencia. A tal efecto están prohibidas las prácticas empresariales restrictivas de la leal competencia, entendiéndose por tales, entre otros, los acuerdos, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia. Los titulares de concesiones y autorizaciones, en ningún caso podrán aplicar prácticas monopólicas restrictivas de la libre competencia, que impidan una competencia sobre bases equitativas con otros titulares de concesiones y autorizaciones de servicios de telecomunicaciones”.

(86) “Artículo 38. Las empresas explotadoras de servicios portadores y teleservicios o servicios finales, para explotar servicios de valor añadido, deben necesariamente garantizar que no utilizarán su condición de operadores de tales servicios, para obtener ventajas en relación a empresas competidoras explotadoras de servicios de valor añadido, impidiendo la sana competencia”.

(87) “Artículo 8. El acceso a la utilización y prestación de los servicios de telecomunicaciones está sujeto al principio de no discriminación; por lo tanto, las empresas prestadoras de dichos servicios, de acuerdo a la oferta disponible, no pueden negar el servicio a ninguna persona natural o jurídica que cumpla con las condiciones establecidas para dicho servicio”.

(88) “Artículo 9. Por el principio de neutralidad, el concesionario de un servicio de telecomunicaciones 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 y leal competencia, tales como limitar el acceso a la interconexión o afectar la calidad del servicio”.

(89) Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión, Resolución No. 043-2003-CD/OSIPTEL.

“Artículo 7. Los contratos de interconexión deben basarse en los principios de neutralidad, no discriminación, igualdad de acceso y libre y leal competencia”.

El principio de neutralidad se define en términos casi idénticos a los del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, haciendo referencia a la prohibición de prácticas de empresas dominantes que les permitan competir con ventaja frente a sus rivales⁽⁹⁰⁾. El principio de no discriminación se define como una prohibición de otorgar tratos privilegiados a operadores vinculados⁽⁹¹⁾. El principio de igualdad de acceso se establece como la obligación de los operadores de interconectar sus redes con todos los que lo soliciten⁽⁹²⁾. Finalmente, no se define el principio de libre y leal competencia.

De acuerdo a lo anterior, más allá de la difusa redacción de algunos principios, como el de neutralidad, o de su diferente contenido según cada norma, como sucede con el principio de no discriminación, lo preocupante es que la regulación de telecomunicaciones peruana incluye disposiciones de contenido genérico referidas a supuestos prohibidos por el Decreto Legislativo No. 701. Una interpretación amplia podría entender que, a través de tales disposiciones, la regulación ya comprende todas o la mayoría de prácticas prohibidas por el Decreto Legislativo No. 701, con lo que, en el extremo, según el principio de supletoriedad, esta última norma casi nunca sería aplicable en el ámbito de los servicios públicos de telecomunicaciones.

Un caso ocurrido en la experiencia de OSIPTEL demuestra que una interpretación de esa naturaleza no se encuentra muy lejos de la realidad.

En un procedimiento iniciado en 1997 contra Telefónica del Perú por prácticas anticompetitivas relacionadas con su negativa de prestar el servicio de

roaming automático nacional a operadoras de telefonía celular, la primera instancia administrativa resolvió que la demandada había incurrido en actos de abuso de posición de dominio consistentes en una negativa injustificada de venta y en prácticas discriminatorias, lo que constituía infracción al artículo 5 incisos a) y b) del Decreto Legislativo No. 701, así como una violación del principio de neutralidad previsto en el artículo 9 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, por lo que la sancionó con 50 UIT⁽⁹³⁾.

No obstante lo anterior, siguiendo el principio de supletoriedad, la segunda instancia administrativa entendió que en el caso bajo análisis sólo se había producido una violación del principio de neutralidad a través de una negativa injustificada de trato por una empresa con posición de dominio⁽⁹⁴⁾, por lo que revocó la decisión de primera instancia en los extremos en que consideró que se había cometido una infracción al Decreto Legislativo No. 701 y que impuso la multa de 50 UIT. Adicionalmente, en esta decisión se estableció lo siguiente: “(e)s necesario señalar como criterio de OSIPTEL, que la afectación del principio de neutralidad supone siempre la existencia de una situación anormal de afectación del mercado, sea una posición de dominio de la que efectivamente se deriva una ventaja o una situación de concertación o actuación paralela o mediante la cual dos o más empresas restringen la actuación normal de otra obteniendo ventajas en detrimento de una tercera. En estos casos, cuando la posición de dominio o la actuación concertada producen ventajas, que de otra forma no ocurrirían, se afecta el principio de neutralidad previsto por la Ley de Telecomunicaciones”.

(90) “Artículo 8. Por la aplicación del principio de neutralidad, el concesionario de un servicio de telecomunicaciones, 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 y leal competencia”.

(91) “Artículo 9. En aplicación del principio de no discriminación, los operadores están prohibidos de llevar a cabo prácticas discriminatorias u otorgar tratos diferenciados a otros operadores vinculados directa o indirectamente, que busquen o pretendan favorecer a ellos o a sí mismos, en detrimento de cualesquiera de los otros agentes que operan en el mercado de telecomunicaciones”.

(92) “Artículo 10. En virtud del principio de igualdad de acceso, los concesionarios u operadores de servicios públicos de telecomunicaciones están obligados a interconectar sus redes o servicios en condiciones equivalentes para todos los operadores de los servicios que lo soliciten”.

(93) Resolución No. 019-97-CCOIII, del 1 de julio de 1997, mediante la cual se resolvió en primera instancia administrativa la controversia iniciada por Tele 2000 S.A. y Empresa Difusora Radio Tele S.A. contra Telefónica del Perú S.A. sobre interpretación contractual y otorgamiento de roaming automático nacional. En particular, los puntos 5.21 al 5.26 de dicha resolución.

(94) En la Resolución No. 073-97-PD/OSIPTEL, del 13 de noviembre de 1997, la segunda instancia administrativa, representada en esta época por la Presidencia de OSIPTEL, señaló lo siguiente: “(d)e acuerdo con la definición del principio de neutralidad existen varios elementos que configuran un acto o conducta que lo afecte: que tenga una posición de dominio en un mercado determinado; que preste simultáneamente otros servicios; que utilice su posición de dominio para generar ventajas para otros servicios que también presta; que esta ventaja se derive de la posición de dominio; que se utilice en detrimento de sus competidores es decir que no sea justificable; que mediante esta práctica se distorsione, se afecte un elemento importante para la competencia”.

Más allá de las fundadas críticas que pueden emitirse sobre la referida decisión⁽⁹⁵⁾, lo peligroso es que, en términos prácticos, con una posición como la anterior la posibilidad de aplicar el Decreto Legislativo No. 701 en el ámbito de los servicios públicos de telecomunicaciones quedaría vedada o, cuando menos, notoriamente reducida. Ello se debe a que cualquier supuesto de abuso de posición de dominio o de práctica concertada prohibidos por el Decreto Legislativo No. 701 podría quedar comprendido dentro de una interpretación tan extensa del principio de neutralidad.

4.3.2. Prácticas anticompetitivas tipificadas: ¿absorción implícita?

La regulación de telecomunicaciones ha tipificado expresamente conductas que podrían ser cubiertas sin mayor dificultad por el Decreto Legislativo No. 701. Asimismo, contiene disposiciones cuyo incumplimiento podría dar lugar, de manera implícita, a la inaplicación del Decreto Legislativo No. 701, si se empleara el principio de supletoriedad sin limitación alguna.

Así, la Ley de Telecomunicaciones prohíbe expresamente las prácticas discriminatorias⁽⁹⁶⁾, en

términos muy similares a los contenidos en el artículo 5 inciso b) del Decreto Legislativo No. 701⁽⁹⁷⁾. El Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones prohíbe las cláusulas de atadura en cuanto a los servicios ofrecidos y equipos necesarios para su prestación⁽⁹⁸⁾, práctica que podría ser procesada según el artículo 5 inciso c) del Decreto Legislativo No. 701⁽⁹⁹⁾. Asimismo, prohíbe el trato discriminatorio a favor de empresas del mismo grupo⁽¹⁰⁰⁾, conducta que bien podría ser investigada en virtud del artículo 5 inciso b) antes referido.

Según el principio de supletoriedad, la existencia de dichas normas en la regulación de telecomunicaciones impediría que las prácticas en cuestión, en especial el trato discriminatorio en beneficio de la empresa dominante, sea investigado y sancionado según el Decreto Legislativo No. 701. Esta situación presenta serios inconvenientes, por ejemplo, cuando las facultades de investigación que otorga esta última norma son mayores que aquellas permitidas por la regulación⁽¹⁰¹⁾ o cuando las sanciones aplicables son menos onerosas bajo el régimen regulatorio, como se explica más adelante.

(95) Al evaluar los hechos y extender el alcance del principio de neutralidad, la decisión analizada incurre en errores que denotan un profundo desconocimiento de la metodología de análisis de condiciones de competencia en el mercado. A manera de ejemplo, puede señalarse que si bien es ampliamente conocido que una posición de dominio sólo puede encontrarse dentro de un mercado relevante definido para tales efectos, en una evidente confusión entre los conceptos de mercado relevante y mercado afectado, la mencionada decisión considera que no se requiere que la posición de dominio se presente en el mercado relevante, sino que puede darse en otro mercado: “(p)ara aplicar el principio de neutralidad no resulta necesario que la posición de dominio, de la que se deriva la ventaja, se presente en el mercado definido como relevante. Lo importante es determinar si por efecto de la posición de dominio, derivada de la concesión de un determinado servicio, la empresa genera ventajas en otro mercado en detrimento de sus competidores afectando la competencia. En otras palabras, si la posición de dominio fuera del mercado relevante le permite trasladar al mercado relevante ventajas a las que sus competidores no tienen forma de acceder”.

(96) “Artículo 71. El las relaciones comerciales de empresas que prestan servicios públicos de telecomunicaciones, está prohibida la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que creen situaciones desventajosas entre competidores”.

(97) “Artículo 5. Son casos de abuso de posición de dominio: (...) b) La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye abuso de posición de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras y/o que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones”.

(98) “Artículo 226. Los operadores de servicios de telecomunicaciones están obligados a conectar a sus redes o sistemas, los equipos terminales que los usuarios adquieran o arrienden a terceros, siempre y cuando sean compatibles y hayan sido debidamente homologados, por lo que no podrán obligar a los suscriptores a adquirir sus equipos, ni otros bienes o servicios como condición para proporcionarles el servicio solicitado”.

(99) “Artículo 5. Son casos de abuso de posición de dominio: (...) c) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos”.

(100) “Artículo 232-A. Un proveedor importante, según lo definido en los acuerdos de la Organización Mundial de Comercio, verticalmente integrado no podrá cobrar a otro operador una tarifa superior a la que se cobra o impute así mismo, a sus sucursales, a sus subsidiarias, o a sus divisiones, según sea el caso, por el uso de una instalación esencial de interconexión que le sirve de insumo, a su vez, para brindar otros servicios de telecomunicaciones”.

(101) En el caso de la regulación de telecomunicaciones, OSIPTEL contaba con menores facultades de investigación que la Comisión de Libre Competencia del Indecopi hasta julio de 2000, ya que fue recién con la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley No. 27332, que se le otorgaron las mismas facultades (artículo 5).

También debe señalarse que prácticas como el trato discriminatorio cometido por agentes con posición de dominio en beneficio de empresas de su mismo grupo y en perjuicio de sus competidores, son casos típicos de infracción a las normas de competencia, que son severamente sancionados por las autoridades encargadas de aplicarlas⁽¹⁰²⁾. En tal sentido, no parecería lo más apropiado que se discutan en el ámbito de las infracciones regulatorias. Al menos no cuando ya ha transcurrido el proceso de transición y han pasado varios años desde la apertura del mercado a la competencia.

Sin embargo, eso no es todo. El marco regulatorio de telecomunicaciones reconoce derechos a los usuarios, que a su vez generan obligaciones para las empresas operadoras y cuyo incumplimiento es sancionable por la regulación. Apoyándose en el principio de supletoriedad, se podría afirmar que de producirse el incumplimiento de alguna de dichas obligaciones ocasionando además efectos restrictivos de la competencia, no debería iniciarse una investigación por infracción al Decreto Legislativo No. 701 sino únicamente un proceso de sanción de naturaleza regulatoria.

Tal es el caso, por ejemplo, del derecho del usuario de elegir libremente al proveedor de servicios de su preferencia, reconocido por la Ley de Telecomunicaciones. Este derecho obliga a las empresas operadoras a abstenerse de realizar prácticas que impidan o distorsionen su ejercicio⁽¹⁰³⁾. Un desmedido afán por aplicar el principio de neutralidad permitiría que se entienda que cualquier práctica que limite o distorsione el derecho de libre elección del usuario sólo debe ser sancionada mediante la regulación, pese a que también genere efectos restrictivos de la competencia.

Si se considera que una interpretación como la anterior sería descalificada de plano por el regulador,

un caso ocurrido en el 2001 puede demostrar que ello no es tan claro.

El Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) definió los códigos de numeración que podían utilizar los operadores de larga distancia para prestar servicios a través de tarjetas de pre-pago. A pesar de contar con códigos asignados, los operadores de larga distancia no lograban que Telefónica del Perú, como operador de la red fija, programara dichos códigos en esta red, para que los usuarios pudieran utilizar los servicios de aquellos operadores, que evidentemente eran competidores de la rama de larga distancia de Telefónica del Perú.

Ante las quejas de los operadores de larga distancia, la Gerencia General de OSIPTEL inició una investigación y consideró que era necesario dictar una medida correctiva para ordenar a Telefónica del Perú que habilite de inmediato los códigos asignados a dichos operadores⁽¹⁰⁴⁾. La segunda instancia, constituida por el Consejo Directivo de OSIPTEL, confirmó la medida correctiva, señalando que Telefónica del Perú se había negado a habilitar los códigos asignados por el MTC, a pesar de contar con relaciones de interconexión vigentes con los operadores que le requerían dicha habilitación y que su conducta afectaba a sus competidores y al derecho del usuario a la libre elección de su proveedor de servicios⁽¹⁰⁵⁾.

En tal sentido, OSIPTEL consideró que Telefónica del Perú se había negado injustificadamente a habilitar los referidos códigos y pese a sostener expresamente que dicha conducta frenaba el desarrollo de la competencia en el mercado de servicios de larga distancia, no inició una investigación por infracción al Decreto Legislativo No. 701⁽¹⁰⁶⁾.

Decisiones como la mencionada confirman que extendiendo el principio de supletoriedad podría

(102) Puede citarse, por ejemplo, la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia español del 21 de enero de 1991 en el asunto BT/TELFÓNICA, en la cual se sancionó a Telefónica de España con una multa de 580 millones de pesetas -la más alta que se había impuesto hasta esa fecha a una sola empresa-, precisamente por aplicar una tarifa mayor a su competidor que la cobrada a sus clientes por el arrendamiento de circuitos, para evitar que aquél pudiera ofrecerlos en iguales o mejores condiciones a dichos clientes en licitaciones públicas en las cuales participaban ambas empresas. DÍES ESTELLA, Fernando. *Precios discriminatorios en el sector de las telecomunicaciones*. En: *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*. Número 206. Marzo-abril 2000.

(103) “Artículo 73. El usuario, en la medida que sea técnicamente factible tiene derecho de elegir el operador del servicio de telecomunicaciones que a su criterio le convenga. En este sentido las empresas que presten servicios de telecomunicaciones se abstendrán de realizar prácticas que impidan o distorsionen el derecho del usuario a la libre elección”.

(104) Resolución No. 050-GG-2001/OSIPTEL, del 25 de abril de 2001. En esta decisión se señaló que la medida correctiva permitiría: “(...) un nivel mayor de competencia en el sector de los servicios públicos de telecomunicaciones, permitiendo a los usuarios un mayor rango de posibilidades de elección, tanto del portador de larga distancia como de las modalidades a utilizar para este tipo de comunicaciones”.

(105) Resolución No. 021-2001-CD/OSIPTEL, del 28 de mayo de 2001.

(106) Al respecto, la resolución de la segunda instancia expresó lo siguiente: “(l)a negativa de Telefónica de habilitar los códigos

interpretarse que normas de telecomunicaciones, como la que reconoce el derecho del usuario a la libre elección de su proveedor y prohíbe prácticas que lo limiten o distorsionen, resultan de aplicación preferente respecto del Decreto Legislativo No. 701 y excluyen el inicio de investigaciones paralelas por infracciones a esta última norma.

4.3.3. Tendencia a regular prácticas anticompetitivas: ¿paranoia regulatoria?

Las autoridades competentes del sector han demostrado una marcada tendencia a tipificar en la regulación de telecomunicaciones conductas que podrían ser procesadas a través del Decreto Legislativo No. 701. Con ello, se privilegia el mecanismo regulatorio en perjuicio de la aplicación de las normas generales de competencia.

En alusión a dicha tendencia puede mencionarse, por ejemplo, que en un documento sobre la interconexión de redes de 1994 se señalaba expresamente la necesidad de tipificar las conductas derivadas de la interconexión y que constituyeran supuestos de abuso de posición de dominio⁽¹⁰⁷⁾.

De igual forma, en 1998, durante el proceso de apertura, la CTT recomendó que se modificara la Ley de Telecomunicaciones incluyéndose una sección vinculada a la libre competencia, para tipificar conductas anticompetitivas y establecer “normas puente” que definieran los límites de la aplicación del Decreto Legislativo No. 701 frente a la regulación del sector. Como justificación se planteó la dificultad para encuadrar ciertas conductas ilegales que se producían en el mercado de telecomunicaciones dentro de los supuestos previstos por el Decreto Legislativo No. 701, por el grado de especialidad que revisten las actividades desarrolladas en dicho mercado y la idea

de que el Decreto Legislativo No. 701 estaba diseñado para un mercado no regulado en el que existían pocas barreras de acceso⁽¹⁰⁸⁾.

Sin embargo, esta supuesta dificultad de encuadrar prácticas específicas del sector telecomunicaciones dentro de los supuestos del Decreto Legislativo No. 701 no resulta un argumento muy contundente, si se tiene en cuenta que esta norma contiene una cláusula general que tipifica prácticas anticompetitivas con efectos equivalentes a aquellas tipificadas expresamente⁽¹⁰⁹⁾. Igualmente, si se considera que el propio OSIPTEL ha sostenido que prácticas con efectos depredadores propias del mercado de telecomunicaciones -precios predatorios, subsidios cruzados y precios comprimidos- pueden ser analizadas según las prohibiciones contenidas en el Decreto Legislativo No. 701, a pesar de no encontrarse expresamente tipificadas en esta última norma⁽¹¹⁰⁾.

Un caso notorio de esa tendencia reguladora se encuentra en los efectos que tuvo un proceso seguido por OSIPTEL en 1996 por actos anticompetitivos en el mercado de internet. En este procedimiento se consideró que Telefónica del Perú, como operador del servicio portador de arrendamiento de circuitos que pretendía ingresar al mercado de servicios de valor añadido -internet- había incurrido en diversos actos de negativa injustificada de trato y prácticas discriminatorias en beneficio propio y en perjuicio de sus competidores, lo cual constituía infracción a los artículos 5 incisos a) y b) del Decreto Legislativo No. 701, respectivamente, con lo que había afectado el mercado de internet aprovechando su posición dominante en el mercado de arrendamiento de circuitos⁽¹¹¹⁾.

En dicho procedimiento se encontró que Telefónica del Perú había demorado excesivamente en

de numeración impide que los usuarios del servicio de telefonía local puedan acceder a los servicios de larga distancia de operadores distintos a Telefónica para las llamadas de larga distancia utilizando tarjetas de pago. Es decir se impide que los usuarios de la red fija de Telefónica se comuniquen con usuarios de redes de otro operador (en este caso son comunicaciones de larga distancia nacional e internacional transportadas por la operadora del servicio portador de larga distancia); frenando el desarrollo de la competencia en dicho mercado y evitando el acceso de los usuarios a los servicios de larga distancia de otras empresas, a pesar que dichas empresas cuentan ya con una relación de interconexión con Telefónica”.

(107) CANNOCK, Geoffrey. *Criterios Económicos en la Interconexión entre Redes*. Documento de trabajo No. 16. Lima: Gerencia de Estudios Económicos de OSIPTEL, 1994. p. 13. En el documento se señala textualmente lo siguiente: “3. Otras. (...) B. Sanciones. Abuso de posición dominante y dominada. Hay que tipificar las sanciones que se derivan de la interconexión para incluirlas en el Reglamento de Sanciones”.

(108) OSIPTEL. *Libro Blanco, el Proceso de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones en el Perú. Estudios en Telecomunicaciones*. Número 10. pp. 97-100.

(109) Artículos 5 inciso f) y 6 inciso j) del Decreto Legislativo No. 701.

(110) Punto 4.3.4 de los Lineamientos de Libre Competencia de OSIPTEL.

(111) Resolución Número 055-CCO/97, del 14 de octubre de 1997, que declaró fundada la demanda presentada por Red Científica Peruana-RCP contra Telefónica del Perú por actos anticompetitivos en el mercado de internet. Confirmada mediante Resolución No. 020-98-PD/OSIPTEL, del 6 de febrero de 1998.

proveer el arrendamiento de circuitos con las capacidades requeridas y permitido fallas constantes e intermitentes en dicho servicio; asimismo, se determinó que dicha empresa había atendido prioritariamente a ciertos clientes en detrimento de otros sin existir razones para ello, otorgando de esta forma tratos privilegiados.

Como consecuencia de dicho caso, OSIPTEL emitió primero un mandato para regular las obligaciones de Telefónica del Perú en la prestación de servicios de arrendamiento de circuitos a las empresas prestadoras de servicios de valor añadido⁽¹¹²⁾ y luego las Condiciones de Uso del Servicio de Arrendamiento de Circuitos⁽¹¹³⁾, incluyendo en ellas varias disposiciones destinadas a evitar que los proveedores de circuitos otorgaran tratos preferenciales en favor de determinados operadores.

La referida tipificación se justificó en las Condiciones de Uso del Servicio de Arrendamiento de Circuitos señalando que este servicio era utilizado por empresas como soporte para prestar servicios de valor añadido a una generalidad de usuarios y en tales casos dichas empresas podían resultar competidores del proveedor de los circuitos, por lo que en opinión del OSIPTEL era necesario aprobar un dispositivo con el objeto de “(...) preservar una libre y leal competencia sobre la base de los principios de equidad, no discriminación y neutralidad”⁽¹¹⁴⁾.

Cabe señalar que el proyecto de Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, publicado en julio de 2003⁽¹¹⁵⁾, ya no ha tipificado prácticas discriminatorias que colocan en desventaja competitiva a unos operadores en beneficio de otros, lo que podría implicar un reconocimiento del error

cometido al introducir en la regulación dichas conductas anticompetitivas.

La tendencia a regular conductas anticompetitivas antes señalada demuestra un alto grado de desconfianza frente a mecanismos de supervisión propios de mercados no regulados -como la aplicación del Decreto Legislativo No. 701- y una marcada preferencia por los mecanismos regulatorios, lo cual parecería contradictorio dentro de una industria que aparentemente se dirige hacia una mayor desregulación.

4.3.4. Disparidad de sanciones: ¿castigo que no atemoriza?

El régimen de sanciones vigente en el sector de servicios públicos de telecomunicaciones, distingue las infracciones a la regulación del sector de aquellas infracciones al Decreto Legislativo No. 701. Las infracciones a la regulación se clasifican en leves, graves y muy graves, correspondiéndoles multas máximas de 50, 150 y 350 Unidades Impositivas Tributarias (UIT), respectivamente⁽¹¹⁶⁾. Las infracciones al Decreto Legislativo No. 701 se rigen por las sanciones establecidas en esta norma, es decir, si la infracción es leve o grave la multa máxima es de 1,000 UIT y si es muy grave se pueden imponer multas mayores a las 1,000 UIT siempre que no superen el 10 por ciento de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor⁽¹¹⁷⁾.

Como se advierte, una misma conducta podría ser sancionada con multas muy distintas, dependiendo si se encuentra prohibida por la regulación del sector o no. Por ejemplo, una negativa injustificada a la interconexión -que está calificada como infracción muy

(112) Mandato No. 001-96-PD/OSIPTEL, del 26 de julio de 1996.

(113) Resolución No. 019-98-CD/OSIPTEL, modificada por Resolución No. 001-2000-CD/OSIPTEL.

(114) Ejemplo de la tipificación de prácticas anticompetitivas son las siguientes disposiciones de las Condiciones de Uso del Servicio de Arrendamiento de Circuitos:

“Artículo 6. El arrendador no podrá utilizar en su propio beneficio o en el de terceros, de modo que se afecte la libre o leal competencia, la información que le sea proporcionada por empresas que prestan servicios públicos de telecomunicaciones sobre las necesidades de arrendamiento de circuitos de estas últimas o de sus clientes”.

“Artículo 9. El arrendador deberá tramitar las solicitudes de arrendamiento de circuitos en orden cronológico de acuerdo a su fecha de presentación y aplicando las disposiciones contenidas en los artículos 3, 4, 5 y 6 precedentes. El arrendador no privilegiará sus propias solicitudes o las de las empresas con las que tiene alguna vinculación, tales como sus sucursales, subsidiarias o filiales, sobre las de cualquier otro solicitante. Asimismo, el arrendador no podrá privilegiar las solicitudes de alguno de los solicitantes respecto de otros, debiendo abstenerse de priorizar cualesquiera de los servicios de telecomunicaciones en la provisión de los circuitos en arrendamiento”.

(115) Resolución No. 065-2003-CD/OSIPTEL.

(116) Artículo 25 de la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL y artículo 3 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones de OSIPTEL, modificado por la Resolución No. 048-2001-CD/OSIPTEL.

(117) Artículo 26 de la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL, y artículo 23 del Decreto Legislativo No. 701.

grave por la regulación de telecomunicaciones⁽¹¹⁸⁾- sería sancionada con una multa equivalente a 350 UIT, mientras que una negativa injustificada de acceso a servicios de red del operador dominante -como numeración específica u otros- podría ser sancionada con una multa mayor a las 1,000 UIT si fuera considerada muy grave.

Según se ha indicado previamente, parte de las conductas anticompetitivas prohibidas por el Decreto Legislativo No. 701 se encuentran prohibidas expresamente por la regulación de telecomunicaciones. Esta situación podría generar importantes inconsistencias desde el punto de vista de la administración de sanciones.

La misma conducta anticompetitiva sería sancionada con multas máximas diferentes en virtud del cuerpo normativo que las prohíbe y no en función de sus efectos sobre el mercado. Así, una infracción tipificada como muy grave por la regulación sólo podría sancionarse con una multa máxima de 350 UIT y si la misma conducta no estuviera regulada podría sancionarse con más de 1,000 UIT según el Decreto Legislativo No. 701.

De igual forma, prácticas anticompetitivas de distinta gravedad serían sancionadas sin mantener el equilibrio correspondiente. Por ejemplo, una práctica anticompetitiva tipificada por la regulación de telecomunicaciones que hubiera ocasionado muy graves perjuicios al mercado sólo podría sancionarse con un máximo de 350 UIT; mientras que una conducta anticompetitiva no prevista en la regulación, cuyos efectos sólo hubieran sido graves podría sancionarse hasta con 1,000 UIT aplicando el Decreto Legislativo No. 701⁽¹¹⁹⁾.

Tal como se encuentra establecido actualmente el régimen sancionador, el principio de supletoriedad reduce notoriamente la efectividad de las multas como mecanismo de carácter disuasivo de conductas anticompetitivas. Esto es especialmente grave si se tiene en cuenta que entre las razones para tipificar en la regulación conductas que ya se encuentran prohibidas por el Decreto Legislativo No. 701 podrían estar, entre otras, que se trata de aquellas prácticas que mayor

probabilidad de ocurrir tienen o que se consideran más graves porque retardan el desarrollo de la competencia en el sector.

4.3.5. Identificación de conductas reguladas:

¿espacios para la evasión?

Aún de considerarse que el principio de supletoriedad tuviera muchas virtudes -más allá de otorgar certeza a los agentes del mercado sobre los ámbitos de aplicación del Decreto Legislativo No. 701 y de la regulación de telecomunicaciones-, todavía quedarían los problemas derivados de identificar cuándo debe considerarse que una conducta prohibida por el Decreto Legislativo No. 701 ya se encuentra prevista en la regulación.

Los Lineamientos de Libre Competencia de OSIPTEL trataron de establecer un criterio para definir los casos en que corresponde la aplicación supletoria del Decreto Legislativo No. 701, señalando que esta norma es aplicable cuando una práctica no se encuentre tipificada o cubierta de manera expresa por la regulación sectorial, pero genera efectos anticompetitivos. El Reglamento de OSIPTEL, por su parte, estableció que en caso de conflicto prima la regulación.

La primera interrogante que surge de los enunciados anteriores es ¿cuándo debe entenderse que una práctica anticompetitiva se encuentra tipificada o cubierta de manera expresa por la regulación sectorial? De otro lado, si el efecto práctico del principio de supletoriedad es impedir una investigación en virtud del Decreto Legislativo No. 701 cuando la práctica anticompetitiva ya está tipificada por la regulación, una segunda interrogante sería ¿cuáles son los casos de conflicto entre ambas normas, si la primera no va a ser considerada para el análisis de la práctica?

La relevancia de estas interrogantes y de la correcta identificación de las prácticas anticompetitivas reguladas puede comprenderse con el siguiente ejemplo tomado de un caso presentado ante OSIPTEL para la solución de una controversia entre operadores.

El usuario puede pagar los servicios de telefonía en distintas modalidades, una de ellas está constituida por las tarjetas pre-pago, a través de las cuales compra

(118) Artículo 4 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones de OSIPTEL.

(119) Esta situación recién se ha presentado desde que se modificó la escala de multas que podía aplicar OSIPTEL a través de la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL. Sin embargo, el problema era aún mayor antes de esto, ya que si bien la escala de sanciones era la misma para infracciones al Decreto Legislativo No. 701 e infracciones a la regulación, su tope ascendía únicamente a 50 UITs (artículo 31 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones en la Prestación de Servicios Públicos de Telecomunicaciones, Resolución No. 001-96-CD/OSIPTEL; y artículos 3, numeral 3, y 26 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones de OSIPTEL, Resolución No. 002-99-CD/OSIPTEL).

por adelantado una cantidad de minutos del servicio de un determinado operador, accediendo a éste con la tarjeta y utilizando sus servicios cuando los requiera. Para ofrecer servicios con estas tarjetas las empresas operadoras requieren códigos de numeración asignados por el MTC, los cuales deben programarse en las redes locales de telecomunicaciones de manera que los usuarios identifiquen las tarjetas de cada operador al marcar sus respectivos códigos⁽¹²⁰⁾.

En el caso peruano, las normas del MTC reconocen tres tipos de códigos de numeración para tarjetas pre-pago, que para simplificar denominaremos códigos de tres, cuatro y nueve dígitos. Los códigos de cuatro y nueve dígitos fueron expresamente diseñados para operadores de larga distancia, mientras que el código de tres dígitos fue diseñado para concesionarios de redes locales. Con base en dichas normas, el MTC asignó códigos específicos a diversos operadores de larga distancia y de redes locales. Posteriormente, respondiendo a las necesidades del mercado, el propio MTC estableció que si un concesionario local permitía que un operador de larga distancia utilizara su código de tres dígitos para prestar servicios de larga distancia, debía darle el mismo trato a todos los demás operadores de larga distancia que se lo solicitaran.

Telefónica del Perú estaba utilizando el código de tres dígitos “147” -que le fue asignado como concesionario local- para prestar servicios locales y de larga distancia a la vez. AT&T Perú contaba con el código de tres dígitos “133” -que también le fue asignado como concesionario de una red local- y solicitó a Telefónica del Perú que programara dicho código en su red fija, para así prestar servicios de larga distancia a los usuarios de esta red, al igual que lo hacía Telefónica del Perú con la tarjeta 147. Frente a la negativa de esta empresa, AT&T Perú la denunció ante OSIPTEL por abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato y por infracciones a la regulación.

El órgano instructor consideró que la conducta de Telefónica del Perú debía ser analizada en virtud del Decreto Legislativo No. 701, ya que la negativa de programación del código de tres dígitos de AT&T Perú en otra red fija no se encontraba prevista en la regulación de telecomunicaciones⁽¹²¹⁾. Asimismo, consideró que se trataba de una negativa injustificada de trato que generaba efectos restrictivos de la competencia en el mercado de servicios de larga distancia. Ello debido a que permitía a Telefónica del Perú ofrecer sus servicios con un código de tres dígitos mientras que los demás operadores de larga distancia, incluida AT&T Perú, tenían que hacerlo con un código de nueve dígitos o, en el mejor de los casos, de cuatro dígitos, siendo la cantidad de números marcados un factor importante para la elección del usuario⁽¹²²⁾.

Por su parte, la instancia decisoria -es decir el Cuerpo Colegiado (CCO) designado para los efectos- consideró que, según el principio de supletoriedad, la conducta denunciada debía analizarse en función de la normativa sectorial, ya que la negativa de programación del código de tres dígitos de AT&T Perú en otra red fija se encontraba prevista por la regulación. En efecto, el CCO entendió que según las normas del MTC y la regulación posterior de OSIPTEL la única posibilidad de que un operador de larga distancia preste servicios con un código de tres dígitos, era utilizando el código asignado al concesionario local de la red a cuyos usuarios se pretendía ofrecer los servicios. Es decir, que AT&T Perú y cualquier otro operador de larga distancia sólo podía prestar estos servicios a los usuarios en la red de Telefónica del Perú mediante el código 147 asignado a esta última⁽¹²³⁾. En opinión del CCO, la normativa sectorial no contemplaba la programación del código de tres dígitos asignado a un concesionario local -código 133- en la red de otro concesionario local -red de Telefónica del Perú-, con lo cual la solicitud de AT&T Perú estaba prohibida.

Sea cual fuere la solución de este caso, la divergencia de posiciones asumidas y sus

(120) Así, la utilización de tarjetas pre-pago requiere de la marcación: (i) del código de identificación del operador; (ii) del código de seguridad o “clave secreta” que tiene cada tarjeta; y, (iii) del teléfono de destino.

(121) El órgano instructor entendió que las normas dictadas por el MTC se habían colocado en el supuesto de operadores de larga distancia que no tenían códigos de tres dígitos propios porque no eran a la vez concesionarios de una red local, por lo que había establecido que si un concesionario local utilizaba su código de tres dígitos para ofrecer servicios de larga distancia, también debía darles ese código a los operadores de larga distancia que no podían acceder a uno propio, de manera que no estuvieran en desventaja frente a dicho concesionario local. Sin embargo, el órgano instructor consideró que ésta no era la situación de AT&T Perú, que sí contaba con un código propio de tres dígitos cuya programación en otra red local podía solicitar, quedando tal solicitud en el ámbito del Decreto Legislativo No. 701.

(122) Gerencia de Relaciones Empresariales de OSIPTEL. Informe 006-2002/GRE, del 30 de abril de 2002 (expediente No. 003-2001).

(123) Resolución No. 052-2002-CCO/OSIPTEL, del 16 de julio de 2002 (expediente No. 003-2001).

fundamentos evidencian la complejidad de identificar los supuestos que se encuentran previstos por la regulación y a los que no puede aplicarse el Decreto Legislativo No. 701. Asimismo, denotan la relevancia de efectuar correctamente dicha labor, en tanto que puede ser la diferencia -como en el caso previamente comentado- entre dejar impune un acto anticompetitivo y sancionar una decisión empresarial válida.

Lamentablemente, los alcances con los que ha sido definido y desarrollado el principio de supletoriedad hasta el momento, no han permitido aún emprender apropiadamente la referida labor.

4.4. Algunas claves para redimensionar el principio de supletoriedad.

De acuerdo con lo señalado, pese a no ser un criterio generalmente aceptado en la experiencia internacional, el Perú adoptó el principio de supletoriedad para definir el ámbito de aplicación del Decreto Legislativo No. 701 en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones. El efecto práctico de la supletoriedad es que las conductas anticompetitivas tipificadas o cubiertas por la regulación sean sancionadas en virtud de esta normativa y no por el Decreto Legislativo No. 701.

Sin embargo, el diseño de la regulación de telecomunicaciones tiene varios puntos débiles que pueden ser utilizados o aprovechados, a través del principio de supletoriedad, para impedir o entorpecer la aplicación del Decreto Legislativo No. 701. Al respecto, la forma más coherente de dirigirse hacia la desregulación de la industria es confiar cada vez más en la efectividad de las normas generales sobre competencia y no pretender que se aplique la regulación a la mayor parte de conductas anticompetitivas.

La idea no es que las normas de competencia sustituyan a la regulación, pero sí que tengan un rol más importante en las industrias reguladas. Su aplicación complementaria puede ayudar a reducir los incentivos para ampararse en coartadas que exploten

la diferente aproximación y criterios de interpretación propios de la regulación y de la legislación de competencia⁽¹²⁴⁾.

En esa línea de razonamiento, lo más conveniente es tratar de redimensionar los posibles usos del principio de supletoriedad, circunscribiéndolo a aquellos casos en que debe aplicarse necesariamente y evitándolo cuando crea riesgos de absorción indebida de las normas de competencia por la regulación de telecomunicaciones. Por ello, a continuación se analizan algunos criterios que pueden servir para definir cuando menos los campos en que dicho principio no debería ser tomado en cuenta.

4.4.1. Afinando el empleo de los principios regulatorios.

Como ya se ha señalado, la normativa de telecomunicaciones contempla principios como el de neutralidad que se refieren a conductas prohibidas por el Decreto Legislativo No. 701. Una interpretación amplia de la supletoriedad permitiría afirmar que a través de tales principios la regulación ya prohíbe cualquier supuesto de abuso de posición de dominio o de práctica concertada, por lo que nunca se requiere acudir al Decreto Legislativo No. 701.

Para evitar este riesgo de absorción absoluta, lo más adecuado sería considerar que los mencionados principios regulatorios son un marco de referencia e inspiración en el proceso de elaboración de regulaciones específicas⁽¹²⁵⁾, así como de sustento para regulaciones que tiendan a generar mayor competencia en el sector⁽¹²⁶⁾, mas no como normas que tipifican comportamientos prohibidos.

En todo caso, si se considerara que los principios regulatorios sí contemplan infracciones sancionables, deberían aplicarse de forma tal que su vulneración no constituya una infracción autónoma de las normas regulatorias, sino una conducta que siempre se presenta conjuntamente con infracciones al Decreto Legislativo No. 701⁽¹²⁷⁾.

(124) LAFFONT y TIROLE. Op. cit.; pp. 279-280.

(125) Existen diversas normas que indican el carácter inspirador de los principios regulatorios. A manera de ejemplo, puede señalarse el artículo 72 de la Ley de Telecomunicaciones: "(e)l Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, en base a los principios de neutralidad e igualdad de acceso, establecerá las normas a que deben sujetarse los convenios de interconexión de empresas. Estas normas son obligatorias y su cumplimiento de orden público".

(126) Así, puede mencionarse la referencia al principio de neutralidad como sustento de normas que buscan una mayor competencia: considerandos 5º y 6º del Reglamento del Sistema de Llamada por Llamada en el Servicio Portador de Larga Distancia, Resolución No. 061-2001-CD/OSIPTEL; considerando 9º del Proyecto sobre Información que deberá ser Proporcionada por Concesionarios de Telefonía Fija Local a Concesionarios del Servicio Portador de Larga Distancia, Resolución No. 072-2003-CD/OSIPTEL.

(127) Cabe señalar que la primera instancia de solución de controversias de OSIPTEL ha seguido -correctamente a nuestro entender- esta línea de razonamiento en sus decisiones. Pueden verse la Resolución No. 019-97-CCOIII antes comentada,

4.4.2. Precisando la extensión de las infracciones regulatorias.

Una conducta puede suponer el incumplimiento de obligaciones regulatorias y también una afectación a la competencia, por ejemplo, perjudicar simultáneamente al usuario y a los competidores. En tales casos, no debe entenderse que el acto anticompetitivo ha sido absorbido implícitamente por la infracción regulatoria ni que la supletoriedad impide que sea investigado como infracción al Decreto Legislativo No. 701.

En sustento de lo anterior, debe tenerse presente que la Ley de Desarrollo de Facultades de OSIPTEL establece que las infracciones relacionadas con el incumplimiento de la regulación sectorial son independientes de aquellas que vulneran el Decreto Legislativo No. 701⁽¹²⁸⁾. Esta independencia de infracciones supone que si las consecuencias de una conducta vulneran la regulación de telecomunicaciones y también el Decreto Legislativo No. 701, a través de ella se habría incurrido en dos infracciones independientes, cuya gravedad debe ser definida para efectos de identificar la sanción aplicable⁽¹²⁹⁾.

Así, un comportamiento empresarial que limita el derecho del usuario a la libre elección de su proveedor de servicios y, paralelamente, restringe la competencia en el mercado, podría investigarse por incumplimiento de la Ley de Telecomunicaciones y por violación del Decreto Legislativo No. 701. De concluirse que se produjeron ambas infracciones, tendría que identificarse cuál de ellas fue la más grave, para así castigar la práctica según las sanciones previstas para dicha infracción.

Cabe mencionar además que jerárquicamente la disposición citada es de mayor rango que el principio de supletoriedad, ya que éste se encuentra contemplado solamente en Decretos Supremos y Resoluciones del Consejo Directivo de OSIPTEL.

4.4.3. Limitando la tendencia regulatoria y enfrentado las menores sanciones Dada la tendencia a tipificar prácticas

sobre *roaming* automático nacional; así como la Resolución No. 055-CCO/97, del 14 de octubre de 1997, que declaró fundada la demanda presentada por Red Científica Peruana-RCP contra Telefónica del Perú S.A. por actos anticompetitivos en el mercado de internet. En ambas se consideró que las prácticas discriminatorias cometidas por Telefónica del Perú constituían infracción al artículo 5 inciso b) del Decreto Legislativo No. 701 y violación del principio de neutralidad.

(128) “Artículo 28. Independencia de responsabilidades. (...) 28.2. Son independientes las infracciones administrativas relacionadas con el incumplimiento de las normas sectoriales respecto de las infracciones administrativas relacionadas con la leal o libre competencia”.

(129) En este caso, se entendería que se trata de un concurso real de infracciones, es decir que la misma conducta produce dos infracciones independientes, y que debe ser sancionada sólo por la infracción más grave, siguiendo los principios garantistas del Derecho Administrativo sancionador.

anticompetitivas en la regulación y considerando que la escala de sanciones por infracciones regulatorias resulta más benigna para el infractor que la que corresponde a las infracciones al Decreto Legislativo No. 701, existe un riesgo latente de que los operadores traten de evadir la aplicación de esta última norma, impulsando al regulador a tipificar la mayor cantidad de prácticas anticompetitivas posible y exigiendo que se respete estrictamente y con la mayor extensión posible la supletoriedad, ya que para el infractor siempre resultará más conveniente que las prácticas anticompetitivas se encuentren prohibidas por la regulación.

Considérese el siguiente caso hipotético. El servicio público de telecomunicaciones A es insumo para ofrecer el servicio de telecomunicaciones B. Una de las empresas que ofrece el servicio A también participa en el mercado del servicio B y, en determinado momento, adopta como política degradar la calidad del servicio A que presta a sus competidores en el mercado del servicio B. Dentro de un procedimiento por infracción al Decreto Legislativo No. 701 se sanciona a esta empresa por incrementar indebidamente los costos de sus rivales. A raíz de este caso, el regulador define los estándares de calidad mínimos para prestar el servicio A y tipifica el incumplimiento de dichos estándares como una infracción regulatoria.

Posteriormente, la misma u otra empresa comienza a incumplir los referidos estándares sistemáticamente para perjudicar a sus competidores. El regulador identifica las infracciones y las sanciona por la vía regulatoria, estableciendo paulatinamente multas más y más elevadas hasta llegar al tope de las 350 UIT. En el camino, la empresa eliminó del mercado a sus rivales más importantes, disciplinando a su vez a los usuarios que optaron por los servicios de éstos últimos, ya que probablemente con la mala experiencia no volverán a probar con un nuevo operador y regresarán al proveedor inicial, que bien podría ser la empresa que aplicó dicha estrategia.

Cualquier operador podría tener incentivos para tratar de que ese tipo de conductas sea tipificado en la

regulación, ya que el beneficio de cometerlas podría superar el costo de ser detectado y sancionado. Probablemente, tales incentivos se verían reducidos si el operador corriera el riesgo de ser sancionado según el Decreto Legislativo No. 701.

El principio de subsidiariedad establecido en el Reglamento de OSIPTEL podría ser una forma de limitar la tendencia a regular conductas anticompetitivas. Según este principio, la actuación de OSIPTEL sólo procede cuando el mercado y los mecanismos de libre competencia no son adecuados para satisfacer los intereses de los usuarios y de los competidores, y que ante la duda se debe optar por no aprobar regulaciones⁽¹³⁰⁾.

Si OSIPTEL no debe actuar cuando el mercado y los mecanismos de competencia son suficientes para garantizar los intereses de usuarios y competidores, con el mismo razonamiento, tampoco debería adoptar acciones por mecanismos regulatorios contra prácticas prohibidas por el Decreto Legislativo No. 701. Adicionalmente, si en caso de duda sobre la necesidad de ciertas regulaciones debe optar por no aprobarlas, también debería abstenerse de tipificar conductas ya previstas en dicha norma por ser innecesario-, e incluso podría orientarse a eliminar aquellas medidas regulatorias que actualmente tipifican ese tipo de conductas.

4.4.4. Definiendo reglas para identificar las conductas no reguladas.

El siguiente problema derivado de la supletoriedad es determinar en qué casos una práctica anticompetitiva está regulada. Para ello debe responderse a la interrogante antes planteada: ¿cuándo debe entenderse que una práctica anticompetitiva se encuentra tipificada o cubierta de manera expresa por la regulación sectorial? Como ya se indicó, establecer correctamente la línea divisoria entre una conducta regulada y una que no lo está, resulta esencial para no dejar impune un acto anticompetitivo ni sancionar una decisión empresarial válida.

En cuanto a la tipificación expresa, el criterio debería ser que la supletoriedad sólo aplica cuando la

misma conducta se encuentran tipificada sin lugar a dudas como infracción por la normativa sectorial y por el Decreto Legislativo No. 701. De lo contrario, si la regulación sólo establece la obligatoriedad de determinada conducta y el incumplimiento de este deber no se encuentra expresamente tipificado como infracción, pero genera una restricción a la competencia, debería aplicarse el Decreto Legislativo No. 701.

Más complejo es el tema de las conductas cubiertas expresamente por la regulación sectorial, ya que el mismo podría estar referido a conductas eximidas de la aplicación del Decreto Legislativo No. 701 por la regulación.

Al respecto, en varias jurisdicciones se acepta que no existe infracción de las normas de competencia por actividades autorizadas por un esquema regulatorio válidamente establecido, ya que se entiende que dichas actividades se permiten porque sirven al interés público. Esta exención de las normas de competencia se conoce como la “defensa de conducta regulada”. Como es evidente, esta defensa pierde validez si el regulador opta por desregular la actividad en que había autorizado la conducta con efectos restrictivos de la competencia⁽¹³¹⁾.

En Estados Unidos, por ejemplo, se ha estudiado a fondo el tema de las *antitrust immunity* y se ha encontrado que, por lo general, en la elaboración de medidas regulatorias no se evalúa su impacto sobre el ámbito de aplicación de las normas de competencia o, en todo caso, no se expresan los resultados de dicha evaluación. Por ello, cualquier limitación o excepción a las normas de competencia tendría que entenderse como implícita.

Sin embargo, la Corte Suprema de ese país ha sido enfática en señalar que no es favorable a considerar que la inmunidad a las normas de competencia se encuentre implícita en la regulación, admitiéndola únicamente cuando exista contradicción evidente entre las disposiciones regulatorias y las normas de competencia⁽¹³²⁾. Asimismo, la Corte Suprema ha precisado que si la conducta privada objeto de cuestionamiento no ha sido compelida ni aprobada por un regulador, entonces cualquier argumento de

(130) “Artículo 11. Principio de subsidiariedad. La actuación del OSIPTEL es subsidiaria y sólo 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 a la autonomía privada”.

(131) INTVEN. Op. cit.; p. 5-6.

(132) Las afirmaciones textuales de la Corte Suprema de Estados Unidos fueron las siguientes: “(r)epeals of the antitrust laws by implication from a regulatory statute are strongly disfavored, and have only been found in cases of plain repugnancy between the antitrust and regulatory provisions”. United States versus Philadelphia National Bank, 374 U.S. 321, 350-351, 83 S. Ct. 1715, 1735 (1963).

inmunidad a las normas de competencia queda indudablemente debilitado⁽¹³³⁾.

Según lo anterior, debe evaluarse si la actividad está regulada por una agencia gubernamental o sujeta a las reglas de mercado. Para ello, es menester determinar si la conducta en cuestión ha sido propiciada por el regulador o, cuando menos, aprobada por éste luego de un proceso de revisión exhaustivo. Si la restricción es resultado del comportamiento no supervisado de una empresa privada, debe entenderse que se trata de una conducta de mercado y que las normas de competencia son aplicables⁽¹³⁴⁾.

En términos del principio de supletoriedad, para definir si una conducta con efectos restrictivos de la competencia está cubierta expresamente por la normativa sectorial, debe analizarse si la regulación establece como obligatoria o aprueba tal conducta. Si la normativa sectorial no obliga a realizar dicha conducta ni tampoco la aprueba, la misma debe evaluarse según el Decreto Legislativo No. 701.

Finalmente, si la regulación se limita únicamente a reconocer que una determinada práctica puede llevarse a cabo en el mercado o si guarda silencio respecto de la misma, debe entenderse que se trata de una materia no regulada que se encuentra sujeta al acuerdo de voluntades y a las reglas del mercado. En este caso, el Decreto Legislativo 701 también resulta plenamente aplicable.

Conclusiones.

La regulación económica busca imitar los efectos de una situación de competencia efectiva y, en tal sentido, cuando sea factible esta última debe ser preferida frente a la primera. Inicialmente, se asumió que las condiciones estructurales de las industrias reguladas no permitían que los mecanismos de mercado funcionaran adecuadamente; sin embargo, el descubrimiento de segmentos de los mercados regulados en que sí era posible la competencia y las deficiencias que mostró la regulación, dieron lugar al proceso de desregulación.

La desregulación trata de limitar la intervención del Estado en las actividades económicas, suprimiendo o reduciendo parte de las disposiciones legales existentes para que la iniciativa privada se desenvuelva más libremente. Al inicio de este proceso la regulación económica cumple un papel importante sentando las

bases para que se desenvuelva la competencia, mediante reglas como el libre acceso a las redes o la tipificación y sanción de conductas que restringen la rivalidad entre las firmas. No obstante, a medida que se avanza en el proceso de desregulación, mayor debe ser el énfasis en las normas de libre competencia como mecanismo de control del comportamiento de las empresas y menor la intervención a través de la regulación, quedando ésta como telón de fondo para asegurar que las presiones competitivas sean suficientes.

La experiencia peruana en materia de telecomunicaciones ha pasado por la etapa en que la regulación sienta las bases para introducir competencia en el sector, pero no ha logrado dar el siguiente paso, es decir, enfatizar la aplicación de las normas de competencia como mecanismo de control del comportamiento de las empresas. En vez de ir replegándose para ceder lugar a las normas de competencia, la regulación de telecomunicaciones ha tratado de mantener la primacía.

Han transcurrido 9 años desde la privatización y 5 años desde la apertura total del mercado, pero el impulso para revisar constantemente las condiciones de competencia en el mercado y definir áreas de posible desregulación no ha sido muy perseverante. Asimismo, a través del denominado principio de supletoriedad, se ha subordinado la normativa de libre competencia haciéndola sólo aplicable en lo no previsto por la regulación, pese a que otros países cuya experiencia se toma en cuenta para definir la política regulatoria peruana han establecido la primacía de la norma de competencia sobre la regulación o sino la aplicación concurrente de ambas, permitiendo por ejemplo que la autoridad correspondiente escoja las disposiciones que más le faciliten la investigación y sanción de las prácticas ilícitas.

En los primeros años luego de la privatización, el principio de supletoriedad podía considerarse razonable ya que la regulación estaba sentando las bases para introducir competencia en el sector de telecomunicaciones. Durante la apertura de 1998 la supletoriedad debió ser relativizada, tratando de darle mayor espacio a las normas de competencia; sin embargo, dicho principio se mantuvo con los mismos alcances y posteriormente fue desarrollado con mayor detalle, llegándose a establecer que en un supuesto caso de conflicto primaba lo dispuesto por regulación.

(133) National Gerimedical Hospital versus Blue Cross of Kansas City, 452 U.S. 378, 101 S.Ct. 2415 (1981).

(134) HOVENKAMP. Op. cit.; p. 653.

Como ya se ha precisado, el camino debería haber sido el inverso, tendiendo cuando menos hacia la aplicación concurrente de las normas de competencia y la regulación, incluso a costo de que se generen algún tipo de inconsistencias en el sistema de supervisión de la industria.

La inexistencia de criterios precisos para definir los alcances de la supletoriedad, unido al ímpetu por tipificar conductas anticompetitivas en la regulación y a las menores sanciones que prevé el régimen regulatorio, constituyen “fracturas” del modelo regulatorio de servicios públicos de telecomunicaciones que implican un riesgo latente de inaplicación del Decreto Legislativo No. 701 en beneficio de los agentes infractores.

En efecto, los operadores podrían propiciar una interpretación extensa e ilimitada de la supletoriedad, para que el Decreto Legislativo No. 701 quede absorbido por los principios regulatorios o por infracciones a la regulación indirectamente relacionadas con actos anticompetitivos. Igualmente, los operadores tendrían incentivos para estimular el ímpetu del regulador por tipificar conductas anticompetitivas, para sólo verse afectados por las sanciones de la normativa sectorial. Finalmente, los operadores podrían intentar acogerse a la defensa de conducta regulada en virtud del principio de supletoriedad, aprovechando la insuficiencia de reglas para identificar cuándo aplica dicho principio.

Entre los mecanismos para prevenir tales situaciones, está considerar que los principios regulatorios referidos a conductas anticompetitivas son sólo marco de referencia para la elaboración de regulaciones específicas pero no normas que tipifican

comportamientos prohibidos. Igualmente, cuando las consecuencias de una práctica empresarial vulneran la regulación de telecomunicaciones y el Decreto Legislativo No. 701, debe entenderse que a través de tal conducta se ha incurrido en dos infracciones independientes, cuya gravedad debe ser definida para efectos de identificar la sanción aplicable, para no desechar de plano la aplicación de la última norma.

De igual forma, si los mecanismos y soluciones de mercado -representados en este caso por la norma de competencia- permiten procesar una conducta ilícita, OSIPTEL no debe adoptar acciones por mecanismos regulatorios contra dicha práctica. Por último, si la regulación sectorial no obliga a realizar una conducta ni tampoco la aprueba, la misma debe evaluarse según el Decreto Legislativo No. 701, y si la regulación se limita a reconocer que una práctica puede llevarse a cabo o si guarda silencio respecto de la misma, debe entenderse que se trata de una materia sujeta al acuerdo de voluntades y a las reglas del mercado, respecto de la cual es aplicable el Decreto Legislativo No. 701.

En tal sentido, puede afirmarse que el principio de supletoriedad puede transformarse en una provechosa vía para evadir la aplicación de la norma de competencia. Para no permitirlo es necesario encontrar criterios de análisis que permitan redimensionar el mencionado principio, estableciendo como mínimo los supuestos en que no corresponde aplicar la supletoriedad y más bien debe procederse según el Decreto Legislativo No. 701. De lo contrario, puede terminarse con un embalse en la tendencia desreguladora, debido a las presiones competitivas no satisfechas por el modelo regulatorio y al inadecuado uso que puede hacerse de las fracturas que este último presenta. ⁴²