Guía de Análisis de Prácticas Anticompetitivas

Contenido

1 INTRODUCCIÓN 3
2 DEFINICIONES 3
3 ABREVIATURAS 3
4 MARCO NORMATIVO 4
5 COMPETENCIA LEGAL DE LA SUTEL EN MATERIA DE COMPETENCIA (ART. 52 LEY 8642) 5
6 REGULACIÓN Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA 6
7 PRÁCTICAS MONOPOLÍSTICAS ABSOLUTAS (PMA) 6
7.1 ELEMENTOS DE DOCTRINA Y DERECHO COMPARADO: EE.UU., U.E., MÉXICO Y OTROS. 6
7.2 DEFINICIÓN DE PMA (ART. 53, LEY 8642) 7
7.3 REGLA DE ANÁLISIS 8
7.4 ELEMENTOS DEL TIPO SANCIONADOR 8
7.5 ELEMENTOS QUE NO INTEGRAN EL TIPO SANCIONADOR 9
7.6 TIPOS DE PMA 9
7.7 PRUEBA DIRECTA, INDICIOS Y PRUEBA ECONÓMICA 12
7.7.1 Prueba económica: factores que favorecen la colusión explícita o tácita 13
7.7.2 Prueba económica: indicios sobre la existencia de una PMA 14
7.7.3 Las restricciones verticales como indicios de colusión 16
7.8 SANCIONES: MULTAS Y MEDIDAS CORRECTIVAS 16
7.8.1 Declaración de nulidad de pleno derecho 16
7.8.2 Multas 17
7.8.3 Medidas correctivas 17
7.9 PMA: EJEMPLOS DE CASOS EN EL SECTOR DE TELECOMUNICACIONES 17
7.9.1 Casos internacionales 17
7.9.2 Casos en Costa Rica 18
8 PRÁCTICAS MONOPOLÍSTICAS RELATIVAS (PMR) 19
8.1 ELEMENTOS DE DOCTRINA Y DERECHO COMPARADOS: EE.UU., U.E., MÉXICO Y OTROS. 19
8.2 DEFINICIÓN (ART. 54 LEY 8642) 21
8.2.1 Restricciones verticales 22
8.2.2 Prácticas unilaterales o individuales (abusos de posición de dominio) 23
8.2.3 Clasificación de las PMR: unilaterales y concertadas 23
8.3 REGLA DE ANÁLISIS 24
8.4 ELEMENTOS DEL TIPO SANCIONADOR 25
8.4.1 Mercado relevante (MR) (art. 14 Ley7472) 25
8.4.2 Poder sustancial en el mercado (PSM) 28
8.4.3 Objeto y efecto(s) anticompetitivos 30
8.5 TIPOS DE PMR 30
8.5.1 Precios o condiciones discriminatorios (art. 54 "a" Ley 8642 y art. 9 Reglamento Técnico de Competencia) 30
8.5.2 Negativa de trato (art. 54 "b" Ley 8642 y art. 10 Reglamento Técnico de Competencia). 31
8.5.3 Subsidios cruzados (art. 54 "c" Ley 8642 y art. 11 Reglamento Técnico de Competencia) 31
8.5.4 Exclusividad (art. 54 "d" Ley 8642 y art. 12 Reglamento Técnico de Competencia) 32
8.5.5 Imposición de precio o condiciones (Art. 54 "e" Ley 8642 y Art. 13 Reglamento Técnico de Competencia) 35
8.5.6 Ventas atadas (Art. 54 "f" Ley 8642 y art. 14 Reglamento Técnico de Competencia) 36
8.5.7 Ventas sujetas a condición negativa (Art. 54 "g" Ley 8642 y art.15 Reglamento Técnico de Competencia) 37
8.5.8 Ejercer presión (Art. 54 "h" Ley 8642 y art. 16 Reglamento Técnico de Competencia) 38
8.5.9 Precios o condiciones predatorias (Art. 54 "i" Ley 8642 y Art. 17 Reglamento Técnico de Competencia) 39
8.5.10 Estrechamiento de márgenes de un competidor (Art.54 "j" Ley 8642 y art. 18 Reglamento Técnico de Competencia) 41
8.5.11 Incrementar costos y obstaculizar (Art. 54 "k" Ley 8642 y art.19 Reglamento Técnico de Competencia) 42
8.5.12 Otras PMR (art. 54 "l" de la Ley 8642 y art. 20 Reglamento Técnico de Competencia) 43
8.6 RESTRICCIONES VERTICALES LÍCITAS 45
8.7 PRUEBA DIRECTA, INDICIOS Y PRUEBA ECONÓMICA 45
8.7.1 Para definir el mercado relevante 45
8.7.2 Sobre la existencia de poder sustancial en el mercado relevante 46
8.7.3 Sobre el objeto y el efecto anticompetitivo 46
8.7.4 Pruebas de descargo y defensa 47
8.7.5 Valoración de la prueba 48
8.8 SANCIONES: MULTAS Y MEDIDAS CORRECTIVAS 48
8.8.1 Multas 48
8.8.2 Medidas correctivas 48
8.8.3 Daños y perjuicios 48
8.9 PMR: EJEMPLOS DEL SECTOR TELECOMUNICACIONES (CASOS) 48
8.9.1 Casos Internacionales 48
8.9.2 Casos en Costa Rica 50
9 FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA 52
9.1 NORMATIVA (ORDEN CRONOLÓGICO) 52
9.2 BIBLIOGRAFÍA, DOCUMENTOS Y/O SITIOS WEB 52

BORRADOR PRELIMINAR CONSULTA PÚBLICA

Tablas

Tabla 1. Prueba económica: factores facilitadores de una colusión explícita o tácita 13
Tabla 2. Indicios listados en el artículo 6 del Reglamento Técnico de Competencia y tipo de PMA asociada.....14
Tabla 3. Otros posibles indicios relacionados con cada tipo de PMA 15
Tabla 4: Clasificación de las PMR: unilaterales y concertadas 23

BORRADOR PRELIMINAR CONSULTA PÚBLICA

1 Introducción

Esta Guía busca promover la transparencia, predictibilidad y seguridad jurídica en relación con la investigación y eventual sanción de prácticas monopolísticas en aplicación de los procedimientos establecidos en las Leyes 9736 de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia en Costa Rica, 7472 de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor y en la Ley 8642 General de Telecomunicaciones, en lo relativo al régimen sectorial de competencia (artículos 52, 53 y 54 de la Ley General de Telecomunicaciones) y sus reglamentos.

La Guía se propone orientar a los administrados en los elementos que seguirá la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL) en el análisis e investigación de prácticas monopolísticas absolutas y relativas, por tanto, se constituye también en un elemento para guiar el comportamiento a seguir para el cumplimiento de los fines establecidos en el régimen sectorial de competencia.

Este instrumento busca contribuir a que las decisiones de la SUTEL resulten previsibles, sin perjuicio de su aplicación caso por caso y de la utilización de criterios complementarios que puedan ir desarrollándose en el futuro.

Esta Guía reemplazará la emitida en el año 2015, a fin de incorporar los cambios introducidos por la Ley 9736 en los artículos 52, 53 y 54 de la Ley 8642 y las respectivas reglamentaciones emitidas: el Reglamento Ejecutivo a la Ley 9736 -2021- y el Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones -2023-.

La Guía se estructura en torno a los dos tipos generales de conductas anticompetitivas: las prácticas monopolísticas absolutas (PMA) y las prácticas monopolísticas relativas (PMR), contenidas respectivamente en los artículos 53 y 54 de la Ley 8642.

Previamente, se abordará el ámbito de competencia de la SUTEL como autoridad de aplicación del régimen sectorial de competencia en telecomunicaciones, así como su modalidad de trabajo, caracterizada por una delimitación precisa entre las áreas de defensa de la competencia y de regulación económica.

En términos generales, se pretende garantizar que las normas sobre defensa de la competencia en el sector de telecomunicaciones sean claras, eficaces y se apliquen en beneficio de los usuarios, consumidores y de la economía en su conjunto.

El contenido de esta Guía no es de aplicación automática o mecánica, sino que facilitará el análisis de cada caso concreto, según sus circunstancias particulares de hecho y de derecho.

2 Definiciones

Agente económico: En el mercado, toda persona física, entidad de hecho o de derecho, pública o privada, partícipe de cualquier forma de actividad económica, como comprador, vendedor, oferente o demandante de bienes o servicios, en nombre propio o por cuenta ajena, con independencia de que sean importados o nacionales, o que hayan sido producidos o prestados por él o por un tercero. (Artículo 2 Ley 7472).

Grupo económico: agrupación de sociedades o empresas, de hecho o de derecho, que se manifiesta mediante una unidad de decisión, es decir, la reunión de todos o una parte sustancial de los elementos de mando o dirección empresarial por medio de un centro de operaciones, que se exterioriza mediante dos movimientos básicos: el criterio de unidad de dirección, ya sea por subordinación o por colaboración entre sus miembros, o el criterio de dependencia económica de sus miembros, sin importar que su personalidad jurídica se vea afectada, o que su patrimonio sea objeto de transferencia. (Artículo 1° inc. f) Ley 9736).

Operador: Persona física o jurídica, pública o privada, que explota redes de telecomunicaciones con la debida concesión o autorización, las cuales podrán prestar o no servicios de telecomunicaciones disponibles al público en general. (Artículo 3 Reglamento Técnico de Competencia).

Proveedor: Persona física o jurídica, pública o privada, que proporciona servicios de telecomunicaciones disponibles al público sobre una red de telecomunicaciones con la debida concesión o autorización, según corresponda. (Artículo 3 Reglamento Técnico de Competencia).

Servicios de telecomunicaciones: Servicios que consisten, en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales a través de redes de telecomunicaciones. Incluyen los servicios de telecomunicaciones que se prestan por las redes utilizadas para la radiodifusión sonora o televisiva. (Artículo 3 Reglamento Técnico de Competencia).

Servicios de radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre: se entienden como servicios de radiodifusión sonora o televisión convencional, de programación comercial, educativa o cultural, que pueden ser recibidos libremente por el público, en general, sin pago de derechos de suscripción, y sus señales se transmiten en un solo sentido a varios puntos de recepción simultánea. (Artículo 29 Ley General de Telecomunicaciones).

3 Abreviaturas

ARESEP: Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.

CIPLP: Costos Incrementales Promedio de Largo Plazo.

COPROCOM: Comisión para Promover la Competencia.

CTP: Costo Total Promedio.

DGCO: Dirección General de Competencia de la Superintendencia de Telecomunicaciones.

DGM: Dirección General de Mercados de la Superintendencia de Telecomunicaciones.

HHI: Herfindahl - Hirschman Index.

Ley 9736: Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica, 2019.

Ley 8642: Ley General de Telecomunicaciones, 2008.

Ley 7472: Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, 1994.

Ley 7593: Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP), 1996.

Ley 8660: Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, 2008.

Reglamento Técnico de Competencia: Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones, 2023.

BORRADOR PRELIMINAR CONSULTA PÚBLICA

MR: Mercado relevante.

PMA: Práctica Monopolística Absoluta.

PMR: Práctica Monopolística Relativa.

PSM: Poder Sustancial de Mercado.

SUTEL: Superintendencia de Telecomunicaciones.

4 Marco normativo

El artículo 46 de la Constitución Política de Costa Rica, de 1949, establece los derechos fundamentales de los ciudadanos a disfrutar de libertad de comercio, agricultura e industria; así como prohíbe expresamente los monopolios privados y faculta al Estado a impedir las prácticas monopolísticas. A fines de 1994, la Asamblea Legislativa aprobó la Ley 7472 de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor (en adelante Ley 7472), que entró en vigor el 19 de enero de 1995. La Ley 7472 creó una única autoridad de competencia con poderes para aplicar la ley.

Hasta el 2008, año de la apertura del sector de telecomunicaciones en Costa Rica, el sector estuvo exento de las disposiciones de competencia de la Ley 7472, dado que estaba exceptuaba de su ámbito de aplicación los monopolios del Estado. En junio de 2008, la Asamblea Legislativa de Costa Rica aprobó la Ley 8642 Ley General de Telecomunicaciones (en adelante Ley 8642). Esta Ley estableció que la operación de redes y la prestación de servicios de telecomunicaciones estarían sujetas a un régimen sectorial de competencia regido por las disposiciones de esa ley, y que los criterios establecidos en la Ley 7472 se aplicarían de manera supletoria. El principio esencial de la Ley 8642 es la prestación de los servicios de telecomunicaciones en un régimen de competencia efectiva y no discriminación.

Complementariamente, en julio de 2008, la Asamblea Legislativa aprobó la Ley 8860, Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector de las Telecomunicaciones, que reforma la Ley 7593 Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP), de 1996, creando la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL), como regulador independiente, encargado de regular la actividad de los operadores y/o proveedores, vigilar el correcto funcionamiento y prestación del servicio, igualmente le dio facultades como autoridad sectorial de competencia en el mercado de las telecomunicaciones, encargada, entre otras, de sancionar las faltas que pongan en riesgo la competencia del mercado.

A partir de ese momento la SUTEL ejerce la potestad exclusiva de aplicar las normas relativas a la competencia en el sector de las telecomunicaciones. Con el fin de garantizar la coherencia en la aplicación de las leyes de competencia en Costa Rica, la Ley 8642 definió los requisitos de comunicación y cooperación entre la SUTEL y la COPROCOM.

Marco normativo previo a 2019

- Ley 7472. Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor (1994), reformada por Ley 9072 (2012).
- Ley 7593. Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP) (1996), reformada por Ley 8660 (2008) que crea la SUTEL.
- Ley 8642. Ley General de Telecomunicaciones (2008): artículo 52 sobre las facultades de la SUTEL, artículos 53, 54 y 55 sobre prácticas monopolísticas absolutas, prácticas monopolísticas relativas y comunicación y cooperación entre la COPROCOM y la SUTEL, respectivamente.
- Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones (Decreto Ejecutivo 34765, 2008).
- Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones (2008), derogado y reemplazado por Resolución RE-0075-JD-2023, de la Junta Directiva de la ARESEP.
- Reglamento de Acceso e Interconexión de Redes de Telecomunicaciones (2008), artículo 12, sobre determinación del mercado relevante y del operador o proveedor importante.
- Reglamento a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Decreto Ejecutivo 37899 (2013).

El 29 de agosto de 2019 la Asamblea Legislativa aprobó la Ley 9736 Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica (en adelante Ley 9736), que reformó significativamente el régimen de competencia, según lo siguiente: a) mayor cantidad de tipos de conductas que infringen la Ley 7472 y la Ley 8642; b) mayor severidad de las sanciones; c) mecanismos para solicitar la terminación anticipada de un procedimiento, incluyendo el reconocimiento de comisión de la infracción (acuerdo), y ofrecimiento de compromisos; d) programa de clemencia en relación a prácticas monopolísticas absolutas; e) mayor severidad del control de concentraciones: sistema de notificación ex ante con efectos suspensivos; f) inspecciones sorpresa; y g) procedimiento especial para aplicar la Ley 7472 y la Ley 8642, que incluye sanciones por infracciones de procedimiento, tales como el incumplimiento de compromisos o la destrucción de evidencia.

En los años 2021 y 2023, se reglamentó la Ley 9736 y se modificó el reglamento técnico de la Ley 8642 referente al régimen sectorial de competencia. En consecuencia, al marco normativo previo a 2019, se le agregan las siguientes normas.

Normas agregadas a partir de 2019

- Ley 9736: Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica (2019).
- Reglamento a la Ley 9736 "Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica", Decreto Ejecutivo 43305-MEIC (2021)
- Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones (2023), Resolución RE-0075-JD-2023, de la Junta Directiva de la ARESEP.

Guías y convenios

- SUTEL. Guía de conductas anticompetitivas (2015).
- Convenio de Cooperación y Coordinación Interinstitucional entre SUTEL y COPROCOM (2019).
- Guía del programa de beneficios de exoneración y reducción de sanciones administrativas (2022)[1].

[1] Disponible en: https://sutel.go.cr/guias-competencia

BORRADOR PRELIMINAR CONSULTA PÚBLICA

- Guía para la imposición de multas por infracción a la normativa de competencia, elaborada por la SUTEL (2023)[2].

5 Competencia legal de la SUTEL en materia de competencia (art. 52 Ley 8642)

La SUTEL fue creada en el año 2008, mediante la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector de Telecomunicaciones, Ley 8660, que reformó la Ley 7593, como un órgano de desconcentración máxima adscrito a la ARESEP, que tiene como función regular, aplicar, vigilar y controlar el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones (artículos 59 y 60 inciso a) de la Ley 7593, artículos 1 y 2 inciso d) de la Ley 8660 y artículo 6 inciso 27) de la Ley 8642), en un mercado en competencia que se regula para garantizar y proteger los derechos de los habitantes a acceder a servicios de telecomunicaciones con calidad y a precios asequibles.

Su rol como Autoridad Sectorial de Competencia se ha fortalecido a partir de la entrada en vigor de la Ley 9736. Para el cumplimiento de sus funciones, la SUTEL goza de ser un órgano con desconcentración máxima: es independiente, con su propio presupuesto y posee autonomía técnica y administrativa.

Toda persona física, jurídica, pública, privada, nacional o extranjera que opere redes o preste servicios de telecomunicaciones que se originen, terminen o transiten por el territorio nacional, está sometida a lo dispuesto en la Ley 8642 y a la jurisdicción costarricense (artículo 1 párrafo segundo de la Ley 8642 y artículo 2 del Reglamento a la Ley 8642).

La operación de redes y la prestación de servicios de telecomunicaciones están sujetas a un régimen sectorial de competencia, el cual se rige por lo establecido en la Ley 8642 y, de manera supletoria, por los criterios dispuestos en el capítulo III de la Ley 7472 y por lo previsto en la Ley 9736.

Asimismo, las redes que sirvan de soporte a los servicios de radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre están sujetas al régimen sectorial de competencia dispuesto en la Ley 8642.

De tal forma, la SUTEL es la autoridad sectorial encargada de la defensa y promoción de la competencia y libre concurrencia en el sector de telecomunicaciones y redes que sirvan de soporte a los servicios de radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre, según se establece en el artículo 29 y en el capítulo II del título III de la Ley 8642 y en el artículo 2 de la Ley 9736.

Es obligación de la SUTEL conocer y sancionar las infracciones administrativas en que incurran los operadores de redes y los proveedores de servicios de telecomunicaciones; así como aquellas cometidas por quienes exploten redes de telecomunicaciones o presten servicios de telecomunicaciones de manera ilegítima (artículos 65 de la Ley 8642 y 174 de su Reglamento, 60 inciso k) de la Ley 7593 y 60 inciso k) de la Ley 8660).

A tales efectos, el artículo 52, anteúltimo párrafo de la Ley 8642 establece que *"La SUTEL tendrá la competencia exclusiva para conocer de oficio o por denuncia, así como para corregir y sancionar, cuando proceda, las prácticas monopolísticas cometidas por operadores o proveedores que tengan por objeto o efecto limitar, disminuir o eliminar la competencia en el mercado de las telecomunicaciones"*. A tal fin, goza de las siguientes facultades:

> *a) Promover los principios de competencia en el mercado nacional de telecomunicaciones.*
>
> *b) Analizar el grado de competencia efectiva en los mercados.*
>
> *c) Determinar cuándo las operaciones o los actos que se ejecuten o celebren fuera del país, por parte de los operadores o proveedores, pueden afectar la competencia efectiva en el mercado nacional.*
>
> *d) Garantizar el acceso de los operadores y proveedores al mercado de telecomunicaciones en condiciones razonables y no discriminatorias.*
>
> *e) Garantizar el acceso a las instalaciones esenciales en condiciones equitativas y no discriminatorias.*
>
> *f) Evitar los abusos y las prácticas monopolísticas por parte de operadores o proveedores en el mercado, estos últimos no podrán asignar a un solo operador sus sistemas y tecnologías con fines monopolísticos. Si se llega a determinar que un proveedor ha creado o utilizado otras personas jurídicas con estos fines monopolísticos, la SUTEL deberá garantizar que dicha práctica cese inmediatamente, sin detrimento de las responsabilidades que esta conducta derive.*
>
> *g) Prevenir y detectar los monopolios e investigar los carteles, las prácticas monopolísticas, las concentraciones ilícitas y demás restricciones al funcionamiento eficiente del mercado de las telecomunicaciones, e imponer las medidas y sanciones dispuestas en el ordenamiento jurídico.*
>
> *h) Autorizar o denegar concentraciones en el sector telecomunicaciones y redes que sirvan de soporte a los servicios de radiodifusión sonora y televisiva e imponer las condiciones que considere necesarias para contrarrestar los posibles efectos anticompetitivos derivados de una concentración.*
>
> *i) Solicitar a cualquier persona física o jurídica, entidad de hecho o de derecho, pública o privada, nacional o extranjera, la información y la documentación que requiera para atender sus funciones.*
>
> *j) Inspeccionar y obtener copias de documentos y registros físicos o electrónicos, previa autorización fundada de un juzgado de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, los establecimientos industriales, comerciales y demás propiedades muebles e inmuebles de los operadores y proveedores, cuando esto sea necesario para recabar, evitar que se pierda o destruya evidencia útil para la investigación de prácticas monopolísticas absolutas o relativas contempladas en la presente ley, y sus reglamentos. Lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el capítulo IV del título III de la Ley 9736.*
>
> *k) Realizar actividades de promoción y abogacía de la competencia en el sector telecomunicaciones y redes, que sirvan de soporte a los servicios de radiodifusión sonora y televisiva.*
>
> *l) Emitir opinión, en materia de competencia y libre concurrencia, respecto de las leyes, los reglamentos, los acuerdos, las circulares y los demás actos administrativos relacionados con el sector telecomunicaciones y redes que sirvan de soporte a los servicios de radiodifusión sonora y televisiva, sin que tales criterios tengan ningún efecto vinculante.*

[2] https://www.sutel.go.cr/sites/default/files/audiencias/04752-sutel-scs-2023_029-033-2023_.pdf

BORRADOR PRELIMINAR CONSULTA PÚBLICA

m) Las demás que le confiera la Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica y su reglamento.

Al Consejo de la SUTEL, como Órgano Superior de la Autoridad Sectorial de Competencia en Telecomunicaciones, le corresponde sancionar en la etapa decisoria, cuando sea procedente, las prácticas monopolísticas, las concentraciones ilícitas y demás infracciones, conforme lo establecido en los artículos 116, 117 y 118 de la Ley 9736, así como imponer las condiciones necesarias para restablecer el funcionamiento eficiente de los mercados (artículo 33 bis inciso 1) del Reglamento Interno de Organización y Funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su Órgano Desconcentrado (artículo 52 y 57 de la Ley 9736).

6 Regulación y Defensa de la Competencia

La regulación económica y la política de competencia son instrumentos interdependientes de la política económica; sin embargo, difieren en objetivos y métodos. Las leyes de competencia buscan fortalecer el funcionamiento de los mercados prohibiendo ciertas formas de comportamiento anticompetitivo, mientras que la regulación económica implica imponer obligaciones y restricciones al comportamiento de las empresas para tratar las "fallas del mercado"[3].

La política de competencia es uno de los cinco pilares que respaldan la Ley 8642, que son: el régimen de autorización, el régimen de acceso y servicio universal, el régimen de protección del consumidor, el régimen sectorial de competencia y el régimen de acceso e interconexión.

La SUTEL es la responsable de hacer cumplir los cinco regímenes y, por lo tanto, ejerce un doble rol: como regulador sectorial y como autoridad de competencia. Un equipo especializado está dedicado a cada uno de los cinco pilares de trabajo de la SUTEL, incluida la competencia. La SUTEL mantiene separadas sus facultades regulatorias y de aplicación del derecho de competencia, por cuanto sirven a propósitos legales distintos. El Consejo de la SUTEL se asegura de que las decisiones tomadas en materia regulatoria y de competencia sean consistentes.

Con relación al régimen de acceso e interconexión, obsérvese que el Artículo 12 del Reglamento de Acceso e Interconexión de Redes de Telecomunicaciones indica que *"La definición de estos mercados relevantes y operadores o proveedores importantes … podrá ser considerada en los análisis de prácticas anticompetitivas…"*. No obstante, la Dirección General de Competencia (DGCO) de la SUTEL- que funge como el órgano técnico para la aplicación de la Ley 8642- [4], analizará las prácticas anticompetitivas según lo establecido en los artículos 53 y 54 de la Ley 8642 y los criterios descritos en los artículos 13, 14 y 15 de la Ley 7472, aunque si las circunstancias específicas de un caso lo ameritan, podrá considerar, en subsidio, la definición formulada en el marco del precitado reglamento de acceso e interconexión.

En otro orden, a efectos de la consistencia entre el régimen sectorial de competencia y el régimen general de competencia, el artículo 55 de la Ley 8642 estableció los requisitos de comunicación entre la SUTEL y la Comisión para Promover la Competencia (COPROCOM), para el caso de las prácticas anticompetitivas. De conformidad con el artículo 55 de la Ley 9736, cuando se trate de prácticas anticompetitivas *"... previo a dictar la resolución final del procedimiento especial a la que se refiere el artículo 57 de la Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica, la Sutel solicitará, a la Comisión para Promover la Competencia, el criterio técnico correspondiente, el cual será rendido en un plazo máximo de quince días hábiles, contado a partir del recibo de la solicitud de la Sutel. Durante este periodo, se tendrá por suspendido el plazo de los procedimientos que se tramiten ante la Sutel. Si la Coprocom no notifica su criterio técnico a la Sutel en el plazo indicado, esta deberá continuar con el trámite correspondiente"*.

La Ley 9736 ha establecido el procedimiento especial que las autoridades de competencia del país, incluida la SUTEL deben aplicar para investigar, instruir y sancionar las prácticas monopolísticas, concentraciones ilícitas y demás infracciones de la Ley 7472 y del régimen sectorial de competencia de la Ley 8642, que incluye los criterios para la exoneración y reducción de sanciones y de terminación anticipada del procedimiento mediante compromisos o reconocimiento de comisión de infracción.

En 2019, la SUTEL y la COPROCOM firmaron un Convenio de Cooperación y Coordinación Interinstitucional con el objeto de establecer *"los mecanismos de coordinación y cooperación técnica en materia de competencia, con la finalidad de garantizar una aplicación consistente de la legislación nacional de competencia"* y "*los compromisos generales de colaboración para llevar a cabo acciones de capacitación, promoción y protección de la competencia, intercambio de información, investigación, elaboración de reglamentación técnica y desarrollo de políticas internas"*.

Como se indicó antes, una parte de las funciones de la SUTEL en el Régimen Sectorial de Competencia consiste en investigar las prácticas monopolísticas en los mercados de telecomunicaciones. La forma como se determinan y analizan esas prácticas es el objeto de esta Guía.

Esta Guía no pretende agotar los posibles métodos de análisis ni todos los detalles y elementos que se podrían incluir en la evaluación de cada caso. El proceso analítico adoptado por la SUTEL se adecuará a cada caso en concreto.

7 Prácticas Monopolísticas Absolutas (PMA)

7.1 Elementos de doctrina y derecho comparado: EE.UU., U.E., México y otros.

Las PMA son conocidas a escala global mediante expresiones más genéricas como "cartel" - que la Real Academia Española (RAE) define como "convenio entre empresas para evitar la competencia". La legislación de competencia comparada a nivel mundial en general penaliza los acuerdos entre competidores para restringir la competencia.

Existe una visión común sobre los efectos nocivos de los cárteles, en particular de los denominados "hardcore cartels" (carteles de núcleo duro) que son específicamente los acuerdos para fijar precios, regular la producción, repartir mercados o coludirse en licitaciones, listados en los incisos a), b), c) y d) del art. 53 de la Ley 8642.

Si bien la comprensión básica de lo que constituye un cártel y sus efectos es notablemente uniforme en todas las jurisdicciones, existen diferencias en la legislación de competencia en cuestiones tales como: si existe o no una delimitación taxativa de los tipos de acuerdos prohibidos, el alcance de las exenciones, si se incluyen los acuerdos verticales y el estándar de prueba requerido para establecer una infracción[5].

---

[3] OECD (2021). *Competition Enforcement and Regulatory Alternatives*, OECD Competition Committee Discussion Paper, http://oe.cd/cera.

[4] A partir de la modificación realizada el 7 de julio del 2020 del Reglamento Interno de Organización y Funciones de la ARESEP y su Órgano Desconcentrado, la DGCO es la responsable de fungir como el órgano técnico de la SUTEL, como autoridad sectorial de competencia en telecomunicaciones.

[5] International Competition Network (2005). *Defining Hard Core Cartel Conduct, Effective Institutions, Effective Penalties*: ICN 4th Annual Conference: Bonn, Germany, 6-

En la Unión Europea (UE), las disposiciones antimonopolio se encuentran en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. El artículo 101 párrafo 1 del Tratado prohíbe los acuerdos que tengan por "objeto" o "efecto" restringir o falsear la competencia. Los carteles de núcleo duro se tipifican como restricciones de la competencia "por el objeto". En los Estados Unidos de América (EE. UU.) los carteles de núcleo duro se tipifican como infracciones per se, en virtud del artículo 1 de la Ley Sherman. La consecuencia práctica de ambas categorizaciones es que, por lo general, no es necesario que las autoridades de competencia de esas jurisdicciones produzcan pruebas sobre los efectos reales o concretos del cártel en ningún mercado específico, para concluir que ha habido una infracción a la ley de competencia. El daño a la competencia se considera evidente dada la naturaleza de las actividades involucradas.

El acuerdo es la esencia de cualquier imputación de cartelización. Para probar un acuerdo, se debe establecer la existencia de un acuerdo de voluntades o entendimiento mutuo[6] entre dos o más agentes independientes. El acuerdo puede probarse mediante evidencia directa, por ejemplo, testimonio de un participante en el acuerdo o evidencia circunstancial, por ejemplo, ofertas que establecen un patrón de rotación entre competidores.

Los cárteles implican intercambios de información entre rivales. El intercambio de ciertos tipos de información entre competidores puede proporcionar una base independiente para sancionar un cártel. Las precitadas autoridades de competencia de esas jurisdicciones consideran que el intercambio de *"competitively sensitive information*" (información competitivamente sensible) puede permitir a las empresas predecir el comportamiento futuro de las demás y coordinar su comportamiento en el mercado al reducir la incertidumbre en cuanto a su funcionamiento futuro, restringiéndose la competencia. La información competitivamente sensible puede incluir precios futuros, estrategias de marketing, ventas, términos comerciales con clientes o proveedores particulares, costos, planes operativos, niveles de producción y de utilización de capacidad, planes de reducción/expansión de capacidad e información técnica. El intercambio de ese tipo de información puede ser ilegal cuando forma parte de un mecanismo para hacer cumplir o monitorear un cartel o puede considerarse como una infracción en sí misma.

Las mencionadas jurisdicciones tienen amplias facultades para investigar los cárteles, que incluyen poderes para tomar declaraciones testimoniales, requerir información directamente de las empresas y realizar inspecciones sorpresa en locales comerciales o privados para buscar documentos electrónicos o físicos.

Existe la capacidad de imponer sanciones significativas. En 2021, la Comisión Europea impuso las mayores multas por carteles (por un total de alrededor de USD 2 mil millones; EUR 1.7 mil millones), mientras que otras jurisdicciones también impusieron multas relevantes, a saber: Corea del Sur (USD 865 millones; EUR 763 millones), Brasil (USD 656 millones; EUR 578 millones), China (268 millones de USD; 263 millones de EUR), EE. UU. (150 millones de USD; 132 millones de EUR) e India (117 millones de USD; 103 millones de EUR)[7]. Una de las herramientas más exitosas para detectar y enjuiciar cárteles es el uso de los denominados "programas de clemencia", mediante los cuales los participantes del cártel que informan de la existencia de un cártel a una autoridad de competencia y entregan pruebas obtienen inmunidad total (en principio a la primera empresa en llegar adelante) o una reducción de las multas. Los programas de clemencia se han adoptado en la mayoría de las jurisdicciones del mundo.

Muchas jurisdicciones, como Australia, Canadá, Brasil, Chile, Dinamarca, Francia, Alemania, Hungría, Israel, Italia, Japón, México, Polonia, Rumania, Sudáfrica, Corea del Sur, el Reino Unido y los EE. UU., tienen poderes para imponer sanciones penales contra las personas involucradas en la actividad del cártel. Estas sanciones pueden dar lugar a la pena de prisión en caso de infracción grave.[8]

En el caso de México, el artículo 53 de la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE) es la disposición legal aplicable a los cárteles de núcleo duro, que también reciben el nombre de prácticas monopolísticas absolutas (PMA) y comprenden los acuerdos entre competidores para fijar precios, restringir la producción, repartir mercados, coludir en licitaciones e intercambiar información con cualquiera de estos objetos o efectos precedentes, se consideran prácticas monopólicas absolutas y son ilegales per se. Las sanciones aplicables a las PMA son una combinación de infracciones administrativas y penales. México cuenta con un programa de clemencia (delación compensada) que ofrece total indulgencia para el primer solicitante y reducciones parciales a los solicitantes siguientes hasta por 50, 30 o 20 por ciento del máximo permitido. Además, todos los solicitantes pueden obtener inmunidad frente a sanciones penales. En otro orden, de modo similar a Costa Rica, cuando se trata de radiodifusión y telecomunicaciones, el organismo encargado de hacer cumplir la LFCE es el regulador sectorial: Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT). En las PMA la multa máxima es de hasta el diez por ciento (10%) del ingreso neto devengado durante el ejercicio fiscal anterior -la multa más alta prevista en la ley, que se puede duplicar en caso de reincidencia.

7.2 Definición de PMA (art. 53, Ley 8642)

Conforme al artículo 53 de la Ley 8642, *"Se considerarán prácticas monopolísticas absolutas los actos, los contratos, los convenios, los arreglos o las combinaciones entre operadores de redes o proveedores de telecomunicaciones competidores entre sí, actuales o potenciales, (…)"*, cuyo propósito u objeto es anticompetitivo, siempre que estén comprendidas en el listado exhaustivo incluido en el precitado artículo.

Este tipo de prácticas están prohibidas y son nulas de pleno derecho. Su objeto y efecto presunto es la supresión de la competencia actual o potencial.

Dos empresas reciben el trato de competidores reales si operan en el mismo mercado relevante (de productos y geográfico). En cambio, una empresa A es considerada un competidor potencial de una empresa B si es probable que la empresa A, en un período de tiempo breve (normalmente no superior a un año), realice las inversiones adicionales necesarias o incurra en los costes necesarios para introducirse en el mercado relevante en el que opera la empresa B. Esta evaluación debe basarse en datos realistas, teniendo en cuenta la estructura del mercado y el contexto económico y jurídico. No basta la mera posibilidad teórica de introducirse en el mercado. Deben existir posibilidades reales y concretas de que la empresa A se introduzca en el mercado de la empresa B y no deben existir barreras de entrada insuperables. No es necesario demostrar asertivamente que la empresa A entrará efectivamente en el mercado relevante de la empresa B y que será capaz de mantenerse en él[9]. En línea con lo precedente, el artículo 2° del Reglamento de la Ley 7472 (Decreto Ejecutivo 37899, 2013) define como competidor potencial: "… aquel agente económico que tenga la posibilidad de ingresar en el mercado o competir por él, en un plazo razonable

8 June 2005. Building Blocks for Effective Anti-Cartel Regimes. Vol.1.

[6] U.S. Department of Justice Antitrust Division (2022). *An Antitrust Primer for Federal Law Enforcement Personnel*.

[7] Vowden, D., Fountoukakos, K. (n.d.). *Cartel*, Global Dictionary of Competition Law, Concurrences, Art. 12240.

[8] Vowden, D., Fountoukakos, K. (n.d.). Op. cit.

[9] Cf. Comisión Europea (2022). *Directrices relativas a las restricciones verticales*. (2022/C 248/01). Véanse también las sentencias del Tribunal de Justicia de la UE de 30 de enero de 2020, *Generics (UK) Ltd y otros/Competition and Markets Authority*, C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52, apartados 36 a 45; de 25 de marzo de 2021, *H. Lundbeck A/S y Lundbeck Ltd/Comisión Europea*, C-591/16 P, ECLI:EU:C:2021:243, apartados 54 a 57.

según el sector y sin incurrir en altos costos hundidos".

La Ley 7472 presume que las PMA lesionan los bienes tutelados en su artículo 1 (los derechos y los intereses legítimos del consumidor, el proceso de competencia y libre concurrencia y el funcionamiento eficiente del mercado) de un modo tan significativo, que no procede valorar las pruebas que las partes puedan aportar de efectos procompetitivos o de generación de eficiencias para determinar si las PMA son sancionables. Por ello, las PMA se consideran prácticas *per se* ilegales (por sí mismas ilegales).

Las PMA implican una supresión total o absoluta de la competencia, tal que los agentes económicos respecto de la oferta (o demanda) del producto o servicio involucrado actúan como un oferente único, un monopolio (o monopsonio).

Nótese que la supresión de la competencia entre los agentes económicos supone que dichos agentes actúan con independencia en el mercado, es decir, no son parte de un mismo grupo económico. Cuando uno o más operadores o proveedores o empresas son parte de un mismo grupo económico, no se los considerará como agentes económicos que actúan con independencia en el mercado o como competidores, salvo algunas excepciones.

Las PMA pueden consistir en acuerdos formales, de cara a la sociedad, establecidos entre dos o más competidores para eliminar, limitar o regular la competencia entre sí. En otros casos, los acuerdos se establecen y mantienen mediante comunicaciones en secreto. Finalmente, puede observarse una situación de "paralelismo consciente" o "colusión tácita", en la cual la limitación o regulación de la competencia no se encuentra necesariamente asociada con comunicaciones abiertas o secretas entre los competidores. Conforme al Reglamento Técnico de Competencia el paralelismo es un indicio de la existencia de una PMA y será necesaria la concurrencia de otros indicios para establecer si se configura una PMA, en los términos de los tipos listados en los incisos a), b), c) o d) del artículo 53.

En términos generales, los operadores de redes y proveedores de servicios de telecomunicaciones pueden quedar expuestos a una investigación de la SUTEL con base en el artículo 53 de la Ley 8642, si incurren en alguno de los actos enlistados en los incisos a), b), c), o d) y, además, si se involucran en discusiones o intercambios de información de modo directo o indirecto sobre información competitivamente sensible con alguno de los objetos o efectos a que se refieren los precitados incisos, conforme al inciso e) del artículo 53.

7.3 Regla de análisis

El análisis de las prácticas monopolísticas absolutas en el sector de telecomunicaciones no difiere sustancialmente del que se practica en otros sectores económicos.

La SUTEL, en su carácter de autoridad de competencia en el campo de las telecomunicaciones, aplica a cada caso la regla de análisis apropiada, considerando el tipo de práctica monopolística, los elementos de prueba definidos en la legislación y las circunstancias fácticas.

La evaluación de un conjunto dado de circunstancias de hecho y de derecho bajo una misma regla de análisis tiende a producir resultados no ambiguos y replicables cuando las mismas circunstancias se configuran en otro caso, dando previsibilidad al accionar de la SUTEL. Además, la regla de análisis aplicada está en directa relación con el régimen sancionatorio y las medidas correctivas que se puedan considerar.

Para el caso de las PMA, la regla de análisis predominante es la denominada "*per se rule*" (regla per se), por la cual un determinado acto se considera en sí mismo ilegal.

En el sector de las telecomunicaciones de Costa Rica, la precitada regla es un mandato dispuesto en el artículo 53 de la Ley 8642, que diferencia de manera simple y clara la conducta legal de la ilegal.

La instrucción del caso se concentra en establecer la existencia de un acuerdo expreso (abierto o secreto) o tácito[10] para no competir. La ilegalidad de una PMA no se encuentra sujeta a la comprobación de los supuestos de los artículos 13, 14 y 15 (sobre mercado relevante y poder sustancial de mercado), ni a un análisis de efectos procompetitivos o de eficiencias (art 54 in fine de la Ley 8642).

El origen de la regla *per se* remonta a la primera década de aplicación del artículo 1 de la Ley Sherman, cuando en el caso Estados Unidos v. Addyston Pipe & Steel Co., el juez Taft distinguió restricciones cuyo "único objeto" era restringir la competencia, de aquellas que eran "simplemente auxiliares" para el logro de objetivos económicos beneficiosos[11].

En la UE la precitada regla se enuncia como "restricciones de la competencia por el objeto", que son aquellas restricciones que por su propia naturaleza tienen el potencial de restringir la competencia. Tienen un potencial de efectos negativos sobre la competencia tan elevado que no es necesario, a los efectos de la aplicación del apartado 1 del artículo 81 del Tratado de Roma, demostrar los efectos reales sobre el mercado[12].

Por tanto, la importante consecuencia operativa de la regla de análisis descrita es que, por lo general, no es necesario que la SUTEL establezca el efecto real de la PMA en ningún mercado específico para concluir que ha habido una infracción de la ley, porque el daño a la competencia es evidente dada la naturaleza de las actividades involucradas.

7.4 Elementos del tipo sancionador

Los elementos que integran el tipo sancionador de las PMA son los siguientes:

a) La PMA debe involucrar al menos dos operadores de redes o proveedores de telecomunicaciones, competidores entre sí, actuales o potenciales, tal como lo establece el artículo 7 del Reglamento Técnico de Competencia.
b) Los operadores y/o proveedores involucrados han producido un acto, contrato, convenio, arreglo o combinación con alguno de los fines dispuestos en el artículo 53 de la Ley 8642.

En relación con el primer elemento, se observa que una relación de competencia o rivalidad actual o directa existe cuando dos agentes económicos proveen bienes o servicios que los compradores (cliente, usuario o consumidor) juzgan equivalentes por su naturaleza, uso y/o precio. En ese caso se considera que los productos o servicios son sustitutos desde la demanda y sus oferentes son competidores directos o actuales.

[10] Cuando un caso involucra la existencia de una conducta paralela o de un paralelismo consciente entre los presuntos infractores, es necesario demostrar la existencia de factores o indicios adicionales (plus factors), que usualmente son de naturaleza económica.
[11] Kovacic, W. (2021). *The Future Adaptation of the Per Se Rule of Illegality in U.S. Antitrust Law*. Columbia Business Law Review, 2021(1).
[12] Vowden, D., Fountoukakos, K. (n.d.). Op. cit.

Adicionalmente, el tipo sancionador incluye a los competidores potenciales que conforme al artículo 2 del Reglamento a la Ley 7472, Decreto Ejecutivo 37899 (2013), son aquellos agentes económicos que tengan la posibilidad de ingresar en el mercado o competir por él, en un plazo razonable según el sector y sin incurrir en altos costos hundidos. Son los agentes económicos dispuestos a reorientar sin demora su oferta hacia el mercado de los operadores de redes o proveedores de telecomunicaciones investigados y que cuentan con capacidad para hacerlo, sin incurrir en costos significativos.

Con relación al segundo elemento, el tipo sancionador requiere que los competidores (actuales o potenciales) hayan llevado a cabo algún tipo de acto, contrato, convenio, arreglo o combinación con alguno de los fines establecidos en el artículo 53 de la Ley 8642.

Los actos, contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre operadores de redes o proveedores de telecomunicaciones del tipo sancionador son colusiones: arreglos o acuerdos para eliminar, limitar, coordinar o regular la competencia en el mercado. Como todo acuerdo, una colusión involucrará tres elementos: sujetos, objeto y causa.

Los sujetos involucrados deben ser personas distintas y determinadas o determinables, que actúan por consentimiento. El consentimiento implica que los sujetos han acordado libremente, sin ningún tipo de coacción, de engaño o de error provocados con el fin de obtener su conformidad.

Nótese que, por sujetos involucrados distintos, determinados o determinables, corresponde entender agentes económicos que actúan con independencia en el mercado, es decir, no son parte de un mismo grupo económico, salvo algunas excepciones.

El arreglo puede tomar muchas formas diferentes: acuerdos escritos u orales, de naturaleza formal o informal, o, en ausencia de un acuerdo expreso, un entendimiento mutuo por el cual las partes se involucran conscientemente con un plan común. Esto implica que la limitación o regulación de la competencia no se encuentra necesariamente asociada con comunicaciones abiertas o secretas entre los competidores y puede ser tácita. La evidencia de un comportamiento paralelo es un indicio de la existencia de una PMA y será necesaria la concurrencia de otros indicios para establecer si se configura alguno de los tipos listados en los incisos a), b), c), ó d) del artículo 53.

7.5 Elementos que no integran el tipo sancionador

El tipo sancionador de las PMA no requiere la definición del mercado relevante afectado, sino solamente identificar el mercado de telecomunicaciones en general en el cual los presuntos responsables operan simultáneamente, es decir, compiten. Tampoco requiere probar la existencia de efectos anticompetitivos emergentes de la PMA investigada.

En consonancia, en relación al auto que inicia la etapa de instrucción, se ha establecido que: *"En el caso de que se refiera a una práctica monopolística absoluta se deberá identificar el mercado en el que los agentes económicos resultan competidores entre sí"*, mientras que para las prácticas monopolísticas relativas se requiere identificar *"el mercado o los mercados relevantes presuntamente afectados, así como los posibles efectos anticompetitivos específicos que se le atribuyen a la conducta investigada"* (art. 69 del Reglamento de la Ley 9736, incisos c) y d).

7.6 Tipos de PMA

El objeto, propósito o finalidad de la PMA sancionada debe encuadrarse en alguna de las cinco hipótesis establecidas en el artículo 53 de la Ley 8642, o tipos de prácticas monopolísticas absolutas (PMA) que se describen a continuación.

a) Acuerdo de Precios. "Fijar, elevar, concertar o manipular el precio de compra o venta al que son ofrecidos o demandados los servicios de telecomunicaciones en los mercados." (Art. 53 inc. a)

La hipótesis del inciso a) implica, en términos generales, un acuerdo entre competidores cuyo objeto es el de fijar los precios de los servicios de telecomunicaciones en un valor distinto del que surgiría del libre juego de la oferta y la demanda.

En términos generales, el artículo 53 de la Ley 8642 exige que cada operador de redes o proveedor de servicios de telecomunicaciones establezca precios y otros términos comerciales por su cuenta, sin ponerse de acuerdo con un competidor. Cuando los compradores optan entre diversos productos y servicios, esperan que el precio se haya determinado sobre la base de oferta y demanda, no por un acuerdo entre competidores. Cuando los competidores acuerdan restringir la competencia, el resultado es a menudo precios más altos[13].

El acuerdo entre competidores puede ser escrito, verbal o tácito[14] (inferido de la conducta de los agentes que se coluden) para subir, bajar, mantener o estabilizar precios o niveles de precios. Puede ser un acuerdo para subir los precios, para mantener los precios o para no bajarlos. Puede versar sobre precios mínimos o máximos, rangos de precios, establecer o eliminar descuentos o adopción de una fórmula estándar para calcular precios. También puede relacionarse con condiciones de crédito, gastos de envío, garantías, programas de descuento o tasas de financiación.

En sentido inverso, un cambio de precio uniforme y simultáneo podría ser el resultado de la fijación de precios, pero también podría ser el resultado de respuestas comerciales independientes a las mismas condiciones de mercado.

Asimismo, un operador o proveedor puede supervisar los anuncios publicitarios de la competencia y, a veces, igualar descuentos o promociones especiales o incentivos para los consumidores. La empresa es libre de fijar sus propios precios y puede cobrar el mismo precio que sus competidores siempre que la decisión no se haya basado en ningún acuerdo o coordinación con un competidor.

Finalmente cabe destacar que pueden existir acuerdos de precios entre proveedores ("buyers cartels"), por los cuales los proveedores acuerdan actuar de manera coordinada y regular o reducir la competencia entre ellos[15]. Esto podría proporcionar al cartel monopsonio o poder de negociación, dependiendo de la forma que asuma el cartel y la naturaleza de la interacción con los proveedores. El ejemplo más antiguo conocido de enjuiciamiento de un cartel entre compradores fue hace más de 2 milenios, cuando comerciantes de granos atenienses,

[13] Si el operador o proveedor pertenece a un grupo económico, se considera que su oferta es la oferta del grupo económico en su conjunto y no se considerará a los distintos agentes económicos que integran un mismo grupo, como competidores entre sí.
[14] Cuando a través de la concurrencia de varios indicios sobre la conducta de los agentes presuntamente involucrados, es posible inferir la existencia de un acuerdo de voluntades. Es necesario demostrar la existencia de factores o indicios adicionales (plus factors), que usualmente son de naturaleza económica.
[15] OECD (2022), *Purchasing Power and Buyers' Cartels.* OECD Competition Policy Roundtable Background Note, www.oecd.org/daf/competition/purchasing-power-and-buyers-cartels-2022.pdf

en respuesta a los temores de aumentos de precio conspiraron para fijar los precios máximos que ofrecerían por el grano.

b) Acuerdo de asignación de cuotas de mercado. "Establecer la obligación de prestar un número, un volumen o una periodicidad restringida o limitada de servicios". (Art. 54, inc. b)

La hipótesis del inciso b) implica, en general, un acuerdo entre operadores de redes o proveedores de servicios de telecomunicaciones cuyo objeto es restringir la oferta en el mercado, es decir, producir algún grado acordado de desabastecimiento. Usualmente, por la ley de la demanda, ello permite a dichas empresas provocar un aumento de precios, motivo por el cual, se considera una práctica análoga en sus efectos a la del inciso a). Esta práctica implica regular la cantidad de bienes o servicios que se ofrecen en el mercado.

Las restricciones de producción pueden implicar, por ejemplo, acuerdos sobre volúmenes de producción, volúmenes de ventas, porcentajes de mercado o crecimiento de porcentajes de mercado.

En términos generales, el artículo 53 de la Ley 8642 pretende que cada operador de redes o proveedor de servicios de telecomunicaciones establezca el número, volumen o periodicidad de sus servicios por su cuenta, sin ponerse de acuerdo con un competidor. El acuerdo puede ser escrito, verbal o tácito[16] (inferido de la conducta de los agentes involucrados).

Nótese que, en un caso concreto, el acuerdo anticompetitivo suele implicar más de un aspecto: precios, cuotas de mercado, intercambio de información, según puede observarse en el siguiente ejemplo.

> ***Ejemplo***. *En 2005, la Autoridad de Competencia de Francia multó por 698 millones de dólares a Orange France, SFR y Bouygues Telecom. Entre 1997 y 2003, estos operadores de telefonía móvil habían intercambiado mensualmente información confidencial de suscripciones nuevas y canceladas. El Consejo consideró que, en un mercado tan concentrado y con altas barreras a la entrada, el intercambio de este tipo de información afectaba la competencia, reduciendo la incertidumbre acerca de la estrategia de los otros competidores, reduciendo la autonomía de las empresas individuales, especialmente cuando el crecimiento de la demanda se estaba desacelerando bruscamente. Además, el Consejo observó que, estos intercambios permitían a los operadores monitorear el funcionamiento del acuerdo que habían alcanzado. Asimismo, la Autoridad encontró que los tres operadores habían acordado estabilizar la evolución de la cuota de mercado entre 2000 y 2002. También se comprobó la existencia de un diálogo a través de documentos manuscritos que mencionaban explícitamente un "acuerdo" entre los tres operadores y la "pacificación del mercado". Este acuerdo tuvo como resultado una relativa estabilidad en las participaciones de mercado de los tres operadores. En relación con la práctica de intercambio de información, el Consejo tomó en cuenta la duración de las prácticas (1997 a 2003) y el tamaño del mercado afectado. Para determinar el importe de la multa se tuvo en cuenta la duración de la práctica (tres años) y el tamaño del mercado en cuestión*[17]

c) Acuerdo de Asignación de Mercados. "Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado de servicios de telecomunicaciones, actual o futuro, por medio de la clientela, los proveedores, los tiempos, las zonas geográficas, o los espacios determinados o determinables." (Art. 53 inc. c)

La hipótesis del inciso c) implica en general que dos o más operadores de redes o proveedores de servicios de telecomunicaciones competidores entre sí se reparten un mercado de telecomunicaciones, por ejemplo, sobre una base geográfica, de producto o de cliente; de modo que dichos agentes suprimen o regulan la competencia entre sí en alguna línea de negocios.

En términos generales, el artículo 53 de la Ley 8642 prohíbe este tipo de acuerdo, que puede ser escrito, verbal o tácito[18] (inferido de la conducta de los agentes involucrados).

> ***Ejemplo.*** *A nivel de la Unión Europea, el caso de cártel más importante en el sector de las comunicaciones electrónicas data de 2013 e involucra una cláusula de no competencia suscrita entre Telefónica y Portugal Telecom incluida en un contrato de compraventa de acciones firmado en 2010, por el que Telefónica adquirió el control exclusivo de Vivo, una empresa brasileña de telecomunicaciones, de la que Telefónica anteriormente era propietaria en conjunto con Portugal Telecom. La cláusula prohibía a cada parte realizar negocios en el sector de las telecomunicaciones en el país de origen de la otra parte (España y Portugal respectivamente). Si bien las empresas derogaron expresamente la cláusula unos seis meses después de la celebración del contrato, la autoridad europea consideró que la cláusula constituía un acuerdo de reparto de mercado cuyo objeto era restringir la competencia e impuso una multa de 67 y 12 millones de euros a Telefónica y Portugal Telecom, respectivamente. La decisión fue confirmada en 2016 por el Tribunal General de la Unión Europea, que rechazó la alegación de Telefónica de que la cláusula era una restricción accesoria objetivamente justificada por la adquisición del operador brasileño, por cuanto involucraba el territorio español, que era un área geográfica no involucrada en la adquisición. La decisión del Tribunal General fue confirmada en apelación por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en 2017.*

d) Colusión en licitaciones. "Establecer, concertar o coordinar las ofertas o la abstención en las licitaciones, los concursos, los remates o las subastas públicas" (Art. 53 inc. d).

La hipótesis del inciso d) implica en general que dos o más operadores de redes o proveedores de servicios de telecomunicaciones participantes en un proceso de licitación cualquiera (mayor o menor), coordinan previo a la licitación quién va a ganar el contrato o quién va a ganar determinadas partidas o líneas de negocio del contrato, o quién va a ganar determinadas zonas del país, o bien la abstención en la

[16] Cuando a través de la concurrencia de varios indicios sobre la conducta de los agentes presuntamente involucrados, es posible inferir la existencia de un acuerdo de voluntades. Es necesario demostrar la existencia de factores o indicios adicionales (plus factors), que usualmente son de naturaleza económica.
[17] Autorité de la Concurrence (2005) *Téléphonie mobile : le Conseil de la concurrence sanctionne pour entente Orange France, SFR et Bouygues Télécom à hauteur de 534 millions d'euros*". Comunicado de prensa.
[18] Cuando a través de la concurrencia de varios indicios sobre la conducta de los agentes presuntamente involucrados, es posible inferir la existencia de un acuerdo de voluntades. Es necesario demostrar la existencia de factores o indicios adicionales (plus factors), que usualmente son de naturaleza económica.

BORRADOR PRELIMINAR CONSULTA PÚBLICA

presentación de ofertas y situaciones análogas que resulten en un reparto del mercado según productos, servicios, zonas, o hasta periodos de tiempo. Igualmente, que impliquen el acuerdo para entorpecer los fines del concurso. Esencialmente el artículo 53 requiere que los participantes en una licitación preparen y presenten (o no) sus ofertas de modo independiente[19] y sin ningún tipo de intercambio de información.

> ***Ejemplo.*** *En 2015, la Autoridad Española de la Competencia multó a TESAU (filial de Telefónica, S.A.) y DTS por prácticas concertadas en relación con la comercialización de los derechos de retransmisión de fútbol. En particular, se encontró que las partes habían coordinado sus estrategias para el proceso de subasta de derechos de transmisión televisiva, con el objeto de reservar los derechos de retransmisión únicamente para ellos e imposibilitando el acceso de cualquier competidor al mercado de la televisión de pago y las comunicaciones electrónicas. TESAU multada con 10 millones de euros y DTS con 5,5 millones de euros*.

Nótese que, si dos o más operadores de redes o proveedores de servicios de telecomunicaciones coordinan su participación en una licitación de un producto o servicio no incluido en el sector de las telecomunicaciones, aun así, estarían infringiendo el artículo 53 de la Ley 8642.

La colusión en licitaciones toma muchas formas, las más habituales, sin que la lista resulte exhaustiva, son las siguientes:

- Supresión de ofertas: uno o más competidores se comprometen a abstenerse de pujar o retirar una oferta ya presentada, para que gane la oferta del competidor ganador designado en la colusión.
- Ofertas complementarias (oferta de encubrimiento o de cortesía): algunos competidores coludidos presentan ofertas que son demasiado altas para ser aceptadas o contienen términos especiales que no serán aceptables para el comprador. Son ofertas diseñadas para dar la apariencia de competencia genuina y ocultar precios secretamente aumentados.
- Rotación de ofertas: todos los agentes coludidos presentan ofertas, pero se turnan para presentar la oferta más baja. Los términos de la rotación pueden variar: por ejemplo, los competidores pueden turnarse según el tamaño del contrato, o asignando cantidades iguales de contratos a cada agente o adjudicando volúmenes de ventas que corresponden al tamaño de cada agente.
- Subcontratación: los competidores que están de acuerdo en no ofertar o presentar una oferta perdedora reciben con frecuencia subcontratos o contratos de suministro a cambio o en compensación.

En suma, la colusión en licitaciones implica un acuerdo entre algunos o todos los postores que predetermina el postor ganador y limita o elimina competencia entre los postulantes.

Corresponde tener presente lo reglado por el Reglamento a la Ley General de Contratación Pública (Ley 9986), que en su artículo 138 reza lo siguiente:

> *"Artículo 138. Detección de prácticas colusorias o cualquier otro tipo de práctica anti competitiva en los procedimientos de contratación. Conforme a lo previsto en el artículo 14, inciso h) de la Ley General de Contratación Pública, las Proveedurías Institucionales de las entidades promoventes, así como cualquier otra dependencia, tendrán la obligación de informar a la Comisión para Promover la Competencia, cuando se tenga indicios de actuaciones ligadas a posibles acuerdos colusorios y a cualquier otro tipo de práctica monopolística o anti- competitiva en procedimientos de contratación pública, con el fin de que las autoridades procedan de conformidad con la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor… y a la Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencias de Costa Rica…"*

Por tanto, conforme al artículo 138 del Reglamento a la Ley General de la Contratación Pública (Decreto Ejecutivo 43808-H), las Proveedurías Institucionales y cualquier otra dependencia estatal deberán informar a la COPROCOM indicios de acuerdos colusorios u otro tipo de práctica monopolística o anticompetitiva en los procedimientos de contratación pública. Ahora bien, de tratarse de un acuerdo entre operadores de redes o proveedores de servicios de telecomunicaciones, la COPROCOM, debido a la distribución de competencias existente, deberá remitir el caso a la SUTEL.

> ***Ejemplo***. *La Comisión para Promover la Competencia (COPROCOM) determinó que Ericsson de Costa Rica S.A., Huawei Technologies Costa Rica S.A.; Continex Continental Importación y Exportación S.A. y Nokia Siemens Networks Costa Rica S.A., incurrieron en una práctica monopolística absoluta al concertar entre sí y acordar la abstención de ofertar bajo los términos establecidos en una contratación administrativa del Instituto Costarricense de Electricidad (ICE). El caso se originó a raíz de una denuncia del ICE por hechos relacionados con la contratación directa número 2008-CD-1742- PROV que buscaba el "Arrendamiento con opción de compra de un sistema inalámbrico de tercera generación". De conformidad con el análisis de los elementos que la normativa establece, la COPROCOM determinó que la serie de actos en que se vieron involucradas las empresas sancionadas, desde poco tiempo después de la publicación del cartel, para finalmente expresar en una nota conjunta la imposibilidad de ofertar en caso de no modificarse las condiciones del cartel, configura un acuerdo explícito de abstención bajo las condiciones vigentes del cartel, conducta evidentemente anticompetitiva.*
>
> *La COPROCOM acordó imponer una multa correspondiente a 510 veces el salario mínimo mensual, equivalente a ¢119 millones de colones, a cada una de las siguientes empresas: Ericsson de Costa Rica S.A., Huawei Technologies Costa Rica S.A., Continex Continental Importación y Exportación S.A. y a Nokia Siemens Networks Costa Rica S.A. Asimismo, acordó imponer una multa de 56 veces el salario mínimo mensual, equivalente a ¢13 millones de colones, a cada una de las 3 personas físicas que, en representación de las empresas antes citadas participaron de la conducta anticompetitiva.* [20]

[19] Si el operador o proveedor pertenece a un grupo económico, se considera que su oferta es la oferta del grupo económico en su conjunto y no se considerará a los distintos agentes económicos que integran un mismo grupo, como competidores entre sí. En ese sentido, la reciente Ley 9986; y RLGCP, art. 126, impide la presentación de varias ofertas en un proceso de licitación por parte de empresas de un mismo grupo de interés económico.
[20] COPROCOM. EXP. D-06-08.

BORRADOR PRELIMINAR CONSULTA PÚBLICA

e) “Intercambiar información con alguno de los objetos o efectos a que se refieren los anteriores incisos” (Art. 53 inc. e).

El funcionamiento de los distintos tipos de acuerdos ilegales entre operadores de redes o proveedores de servicios de telecomunicaciones que se describen en los incisos a) a d) del artículo 53 de la Ley 8642 requieren intercambios de información entre los participantes.

La hipótesis del inciso e) del artículo 53 de la Ley 8642 implica que el intercambio de ciertos tipos de información entre competidores que puede proporcionar una base para incurrir en una de las PMA reguladas, pero que no necesariamente haya llegado a tener efectos, también se constituye en una conducta sancionable.

El tipo de informaciones que puede cumplir ese cometido es la que se considera “información competitivamente sensible”, que es aquella que permite a una empresa predecir el comportamiento futuro de las demás y coordinar su comportamiento en el mercado, por cuanto reduce la incertidumbre sobre el funcionamiento del mercado, de lo cual resulta una supresión o limitación de la competencia.

En términos generales, los operadores de redes y proveedores de servicios de telecomunicaciones pueden quedar expuestos a una investigación de la SUTEL, con base en el artículo 53 inciso e) de la Ley 8642, si se involucran en discusiones o intercambios de información de modo directo o indirecto cuyo objeto o efecto sea establecer un acuerdo de fijación de precios, de fijación de cuotas de mercado, de reparto de mercados o de reparto de licitaciones. A continuación, se listan algunas informaciones, identificadas en la doctrina, sobre las cuales intercambiar información podría conducir a establecer o fortalecer los precitados acuerdos[21].

a) Precios presentes o futuros
b) Fijación de precios
c) Políticas de precios
d) Promociones
e) Ofertas
f) Costos
g) Capacidad de producción
h) Términos o condiciones de venta, incluidas las condiciones de crédito
i) Descuentos
j) Identidad de los clientes
k) Asignación de clientes o zonas de venta
l) Cuotas de producción
m) Ofertas para concursos públicos
n) Planes estratégicos de I+D

El intercambio de ese tipo de informaciones, cuyo objeto o efecto sea establecer un acuerdo de fijación de precios, de fijación de cuotas de mercado, de reparto de mercados o de reparto de licitaciones, podría ser una infracción por sí misma.

Nótese que el intercambio de información competitivamente sensible puede ser directo o indirecto, es decir a través de un tercero, por ejemplo, una asociación gremial, una consultora, un proveedor, un distribuidor, un cliente, entre otros. Estos terceros involucrados también podrán ser sancionados por la SUTEL.

El intercambio de datos o informes estadísticos y su publicidad de modo directo, o a través de terceros que incluyan precios actuales o futuros, o información que identifique datos de competidores individuales, excepto en el caso en que sea un intercambio administrado por una entidad estatal o autorizado por una entidad estatal, puede ser objetado en los términos del inciso e) del artículo 53.

7.7 Prueba directa, indicios y prueba económica

Como se anticipó, las PMA definidas en el artículo 53 de la Ley 8642 se consideran infracciones per se al régimen de competencia en el sector de las telecomunicaciones y se presume que su objeto es restringir la competencia. Por lo tanto, dada dicha presunción, el esfuerzo probatorio se concentra en probar la existencia del acuerdo en sí, antes que, en demostrar su impacto en el mercado en términos económicos, es decir sus efectos económicos.

Los acuerdos que suprimen la competencia mediante acuerdos de precios, de volúmenes de ventas, de reparto de mercados o clientelas o de reparto de licitaciones pueden ser escritos, verbales o tácitos[22] y usualmente se acuerdan en secreto, por lo cual son difíciles de descubrir por su propia naturaleza.

Para encontrar medios de prueba, la SUTEL cuenta con las facultades especializadas necesarias de recopilación de evidencia, que incluyen: programas de exoneración del pago de la multa o su reducción (delación compensada o programa de clemencia), solicitud de información y documentos a cualquier agente económico o terceros, inspecciones, análisis forense informático, y declaraciones de testigos.

Una PMA puede establecerse mediante pruebas directas o inferenciales de las que se pueda deducir que los acusados habrían celebrado un acuerdo ilegal. La evidencia directa es explícita y no requiere inferencias para establecer la proposición o conclusión que se afirma. Pruebas directas pueden ser[23]: i) documentos (incluidos los mensajes de correo electrónico, de mensajería instantánea y similares) que contienen el acuerdo, o partes del mismo, identificando las partes intervinientes; ii) declaraciones orales o escritas de los participantes en el acuerdo que describen su funcionamiento y su participación; iii) evidencia de que los integrantes del acuerdo se reunieron periódicamente o de que se comunicaron de algún modo, tales como registros de conversaciones telefónicas realizadas entre competidores, registros de viajes a un destino común o de participación en una reunión; iv) actas o notas de una reunión que muestren que se discutieron los precios, la demanda o la utilización de la capacidad; v) documentos internos que muestran conocimiento o comprensión de la estrategia de precios de un competidor o de un futuro aumento de precios por parte de un rival.

En cambio, la evidencia inferencial requiere uno o más pasos inferenciales o etapas para inferir la existencia de una colusión y, en general, se basa en el análisis económico de la estructura de los mercados, del comportamiento de los agentes y de la existencia de factores

[21] Cf US Federal Trade Commission (n.d.). *Protecting America´s Consumers: Price Fixing*. https://www.ftc.gov/advice-guidance/competition-guidance/guide-antitrust-laws/dealings-competitors/price-fixing.
[22] Cuando a través de la concurrencia de varios indicios sobre la conducta de los agentes presuntamente involucrados, es posible inferir la existencia de un acuerdo de voluntades. Es necesario demostrar la existencia de factores o indicios adicionales (plus factors), que usualmente son de naturaleza económica.
[23] OECD (2006). *Prosecuting Cartels without Direct Evidence*. Competition Policy Roundtables. DAF/COMP/GF (2006)7.

BORRADOR PREVIO A CONSULTA PÚBLICA

facilitadores de una colusión.

Los indicios económicos son patrones de comportamiento de los precios en un mercado (por ejemplo, el comportamiento paralelo o paralelismo consciente), o de la presentación de ofertas en licitaciones o algún comportamiento de un operador o proveedor, usualmente reñidos con el libre funcionamiento de la competencia, que origina sospechas fundadas sobre la existencia de una PMA.

Cuando el caso se basa en evidencia inferencial, el acusado puede, en su defensa, brindar una razón plausible y justificable para su conducta, que debe ser consistente con los usos y costumbres observados en la práctica comercial pertinente. Debe demostrar que su conducta es en su interés propio e individual y por ello se ha actuado de modo unilateral o individual. Acto seguido, se revierte la carga de la prueba y se deben recopilar pruebas que refuten esa defensa y demuestren que el demandado no estaba participando en un comportamiento competitivo legal. Para todo esto la prueba económica cumple un rol fundamental.

Cuando, por ejemplo, un caso involucra la existencia de una conducta paralela o de un paralelismo consciente entre los presuntos infractores, es necesario demostrar la existencia de factores o indicios adicionales (*plus factors*), que usualmente son de naturaleza económica. Las evidencias sobre conducta paralela más la demostración de factores adicionales mediante prueba económica, permiten inferir que el comportamiento observado de los agentes involucrados es más consistente con la existencia de un acuerdo ilegal entre competidores que con una decisión unilateral del agente en su propio beneficio.[24]

Los factores inferenciales adicionales pueden, por ejemplo, incluir pruebas que demuestren un motivo económico común para conspirar, que los actos paralelos van en contra del interés económico individual manifiesto de los presuntos infractores o un alto nivel de comunicaciones entre empresas.

En los casos basados primariamente en evidencia inferencial es conveniente producir las pruebas en dos etapas[25] [26]. La primera etapa consiste en producir la prueba económica dirigida a examinar de modo sistemático si el mercado en el cual operan los presuntos infractores es propicio para la emergencia de una PMA. Ello permite establecer el contexto económico adecuado para evaluar las conductas observadas que lucen ambiguas, como es el caso del paralelismo de precios. En la segunda etapa, la prueba económica está dirigida a encontrar los elementos que permitan inferir que la conducta sospechosa es efectivamente una PMA.

Nótese que la prueba económica no versa sobre la definición del mercado relevante, ni sobre la estimación de los efectos anticompetitivos de la conducta investigada, como sucede en el caso de las prácticas monopolísticas relativas (PMR), por cuanto, como se dijo, las PMA se presumen *per se* anticompetitivas y esta presunción no puede ser impugnada con pruebas económicas.

7.7.1 Prueba económica: factores que favorecen la colusión explícita o tácita

La primera etapa consiste en producir la prueba económica dirigida a examinar de modo sistemático si el mercado en el cual operan los presuntos infractores es propicio para la emergencia de una PMA. Ello permite establecer el contexto económico adecuado para evaluar conductas observadas que lucen ambiguas, como es el caso del paralelismo de precios.

Para orientar el examen sistemático sobre si el mercado en el cual operan los presuntos infractores es propicio para la emergencia de una PMA, en la tabla siguiente se consolidan las condiciones del mercado que procede analizar, entre otras que puedan surgir de las circunstancias específicas de un caso.

Ninguna de las condiciones listadas es por sí misma suficiente para establecer que el mercado presenta condiciones que favorecen la colusión, sino que es necesario que se presenten varias de ellas para construir un plexo probatorio fuerte sobre la existencia de elementos facilitadores de la coordinación. Tampoco la falta de alguna de estas condiciones, por sí misma, permite inferir que el mercado no presenta factores que faciliten la coordinación. Nótese que en varias de las características listadas se encuentran presentes en los mercados de telecomunicaciones.

Tabla 1. Prueba económica: factores facilitadores de una colusión explícita o tácita

1) La oferta está conformada por un número reducido de operadores o proveedores, particularmente si representan una porción significativa del mercado.
2) Inexistencia de una franja de operadores o proveedores pequeños, con capacidad de expandirse.
3) Mercados locales (antes que regionales, nacionales o internacionales).
4) Barreras a la entrada.
5) Alta proporción de costos fijos a variables.
6) Los presuntos infractores actúan en el mismo eslabón de la cadena de distribución.
7) Similares estructuras de costos y procesos de producción.
8) Producto o servicio con baja sustituibilidad o especificaciones técnicas restrictivas que dificultan su adquisición (demanda inelástica).
9) Producto o servicio estandarizado.
10) Producto no durable.
11) La competencia en precios es más relevante que otras formas de competencia.
12) Precios flexibles, que pueden cambiarse rápidamente.
13) Demanda desconcentrada.
14) Demanda estancada o declinante en el tiempo, particularmente si acompañada de alta proporción de costos fijos a variables en la oferta.

[24] Global Competition Review (2023). *The California gasoline conspiracy: conscious parallelism and plus factors*. https://globalcompetitionreview.com/hub/class-actions-hub/2022/article/the-california-gasoline-conspiracy-conscious-parallelism-and-plus-factors.
[25] Cf. Posner, R (2001). *Antitrust Law*. Second Edition. The University of Chicago Press. Chapter three.
[26] Cf. U.S. DOJ. (2021) *Price Fixing, Bid Rigging, And Market Allocation Schemes: What They Are and What to Look For*. An Antitrust Primer. Originalmente publicado en septiembre de 2005 y revisado en febrero de 2021. Cf. Posner, R. (2001). Op. cit.

15) Demanda estructurada en compras, licitaciones o subastas repetitivas, si facilita que los postulantes se familiaricen entre sí y compartan contratos futuros.
16) Licitaciones a sobre cerrado, si facilita detectar si un miembro de la colusión rompe el acuerdo.
17) Competidores que se conocen bien a través de las conexiones sociales, asociaciones gremiales, contactos comerciales, o intercambio de empleados.
18) Prácticas (legales) de cooperación entre competidores tales como *lobbying* o integración vertical según los competidores son a la vez proveedores o clientes, lo cual facilita el conocimiento y comunicación personal entre los gerentes y la coordinación.
19) Postores que se localizan en un mismo edificio o localidad, lo cual facilita comunicarse y coordinar sus ofertas a última hora.
20) Antecedentes del mercado en infracciones a la legislación de competencia.

Si como resultado de la primera etapa se infiere que el mercado donde se produce la conducta sospechosa está caracterizado por condiciones que favorecen la colusión explícita o tácita, puede considerarse que hay verosimilitud sobre que dicha conducta puede ser una PMA y proceder con la segunda etapa, buscando indicios económicos sobre la existencia de una PMA.

7.7.2 Prueba económica: indicios sobre la existencia de una PMA

En esta etapa la prueba económica está dirigida a encontrar elementos que permitan inferir si la conducta sospechosa es efectivamente una PMA, sobre la base del estudio de la concentración del mercado y evolución de las participaciones de los oferentes, las particularidades del producto o servicio involucrado, las particularidades de la demanda, el comportamiento de los precios, entre otros.

El artículo 6 del Reglamento Técnico de Competencia presenta una lista no exhaustiva de indicios o pruebas circunstanciales sobre la existencia de una PMA. La lista se presenta más adelante en la Tabla 2. indicando de modo aproximado a qué tipo de PMA corresponde.

El plexo probatorio construido a partir de dichos indicios tiende a demostrar que no existe una razón plausible y justificable para la conducta observada, que la conducta no es consistente con los usos y costumbres observados en la práctica comercial y que la conducta no está en su interés propio e individual y, por tanto, no es verosímil que sea la resultante de una decisión individual o unilateral y es verosímil que sea resultante de una decisión coordinada de modo explícito o tácito[27]. En suma, los indicios económicos deben permitir inferir que el demandado no estaba actuando conforme a un comportamiento competitivo legal.

Tabla 2. Indicios listados en el artículo 6 del Reglamento Técnico de Competencia y tipo de PMA asociada

Indicios listados en el artículo 6 del Reglamento Técnico de Competencia	Tipo de PMA, artículo 53 Ley 8642
a) Que los precios de venta de los servicios ofrecidos por dos o más competidores, en el territorio nacional, sean sensiblemente superiores o inferiores a su precio de referencia internacional.	Acuerdos para fijar, elevar, concertar o manipular precios
b) Que dos o más competidores establezcan los mismos precios máximos o mínimos para un servicio, o se adhieran a los precios de venta o compra que emita una asociación o cámara empresarial o cualquier competidor.	Acuerdos para fijar, elevar, concertar o manipular precios
c) Que exista una correlación positiva, importante y continuada en los precios de dos o más competidores, durante un período significativo de tiempo, y que no pueda ser atribuida a variaciones en los precios de los factores de producción.	Acuerdos para fijar, elevar, concertar o manipular precios
d) Que uno o varios operadores o proveedores actúen con negligencia evidente en la presentación de ofertas en licitaciones u otros procedimientos de concurso, presenten ofertas inusualmente similares o sin fundamento económico, o que de las circunstancias del caso se deduzca la existencia de un patrón atípico de precios, de ofertas ganadoras, asignación geográfica o de clientela entre las ofertas presentadas.	Establecer, concertar o coordinar las ofertas en licitaciones, concursos o subastas
e) La presencia de un solo operador o proveedor en una zona geográfica determinada, sin una justificación razonable.	Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado
f) Las instrucciones o recomendaciones emitidas por cámaras o asociaciones a sus asociados, con el objeto de realizar conductas que podrían considerarse como prácticas monopolísticas absolutas.	Intercambio de informaciones con el objeto o efecto de establecer una PMA
g) Que los operadores o proveedores hayan acordado mecanismos de fiscalización o control de la conducta de otros competidores.	Acuerdos para fijar, elevar, concertar o manipular precios Fijar un número, un volumen o una periodicidad restringida o limitada de servicios Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado Establecer, concertar o

[27] Es necesario demostrar la existencia de factores o indicios adicionales (plus factors), que usualmente son de naturaleza económica

BORRADOR PRELIMINAR CONSULTA PÚBLICA

Indicios listados en el artículo 6 del Reglamento Técnico de Competencia	Tipo de PMA, artículo 53 Ley 8642
	coordinar las ofertas en licitaciones, concursos o subastas
h) Que los presuntos infractores hayan sostenido reuniones u otras formas de comunicación, con el objeto de realizar conductas que podrían considerarse como prácticas monopolísticas.	Intercambio de informaciones con el objeto o efecto de establecer una PMA

Como complemento de la tabla anterior, la siguiente tabla presenta algunos otros posibles indicios relacionados con cada PMA listada en el artículo 53 de la Ley 8642.

Tabla 3. Otros posibles indicios relacionados con cada tipo de PMA

Otros posibles indicios[28]	Tipo de PMA, artículo 53 Ley 8642
1. La observación de precios idénticos, especialmente cuando: i) Los precios se mantienen idénticos por extensos períodos de tiempo; ii) Los precios en un periodo previo eran notoriamente diferentes; iii) Aumentos significativos de precios no explicados por un aumento costos; 2. Se eliminan los descuentos, especialmente en un mercado donde históricamente prevalecían los descuentos. 3. Se cobran precios mayores a los clientes locales y menores precios a los clientes distantes, lo que puede indicar que los precios cobrados a los clientes locales han sido acordados. 4. Discriminación de precios diseminada a lo largo de todo el mercado, si puede asociarse con el hecho de que los miembros de una colusión realizan descuentos secretos, que fijan precios por debajo del precio acordado. Complementariamente, las denominadas cláusulas de nación más favorecida pueden ser un mecanismo para evitar dichos descuentos y entonces ser un indicio de colusión tácita. 5. Variaciones regionales de precios, debido a que hay regiones con precios fijos y otras con precios cambiantes. 6. Aumentos de precios en simultáneo con caídas de las ventas o excesos de capacidad instalada, no explicables por aumentos de costos o retracción de la demanda, lo cual puede ser indicio del inicio de una colusión. Un movimiento en sentido inverso, puede indicar el colapso de una colusión establecida. 7. Fijación vertical de precios diseminada a lo largo de todo el mercado, en la medida en que dificulta traicionar el acuerdo. 8. Participaciones declinantes en el tiempo de las firmas líderes, acompañadas de reducciones de precios dirigidas a defenderse de entrantes, siempre que se den otros indicios adicionales. 9. Reducidas amplitud y fluctuación de los cambios de precios. 10. El precio de mercado correlacionado con la concentración del mercado. 11. Precios fijados en relación con un punto base (*basing point pricing*), si es acordado entre al menos dos operadores.	Acuerdos para fijar, elevar, concertar o manipular precios
12. Declaraciones de gerentes o empleados expresando que se deben cumplir con cuotas de producción o participaciones de mercado máximas.	Fijar un número, un volumen o una periodicidad restringida o limitada de servicios
13. Participaciones de mercado relativas fijas, particularmente si las participaciones relativas entre los presuntos miembros de la colusión se mantienen estables, a la vez que las ventas conjuntas declinan a lo largo del tiempo, lo cual es un indicio fuerte de la existencia de algún tipo de reparto de mercados, clientela, o ventas. 14. Los presuntos miembros de la colusión ofrecen sus productos/servicios sólo a ciertos clientes teniendo capacidad de ofrecerlos a más clientes. 15. Los presuntos miembros de la colusión ofrecen sus productos/servicios sólo en ciertas áreas geográficas, teniendo capacidad de ofrecerlos en otras áreas geográficas. 16. Declaraciones de gerentes o empleados expresando que un cliente particular o contrato o área geográfica "pertenece" a un determinado proveedor.	Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado
17. Siempre gana un mismo postulante, especialmente si una o más agentes presentan continua o regularmente ofertas fallidas. 18. Siempre se presentan los mismos postulantes y parecen tomar turnos para ganar. 19. Algunas ofertas de precios son mucho mayores que los precios de lista de sus postulantes o que las estimaciones de costos de producción. 20. Se presenta un número muy reducido de postulantes, respecto de otras licitaciones similares. 21. Algunas ofertas sustancialmente más altas que las demás, sin diferencias aparentes de costo que expliquen la disparidad.	Establecer, concertar o coordinar las ofertas en licitaciones, concursos o subastas

[28] Cf. Posner, R. (2001). Op. cit.

BORRADOR PRELIMINAR CONSULTA PÚBLICA

Otros posibles indicios[28]	Tipo de PMA, artículo 53 Ley 8642
22. Los precios ofertados se desploman cuando se presenta un postulante poco frecuente. 23. Un adjudicatario subcontrata[29] a los postulantes perdedores de la licitación para desarrollar el proyecto adjudicado. 24. Un postulante retira una oferta exitosa y posteriormente, dicho postulante es subcontratado por el contratista que resultó ganador. 25. Un postulante presenta una oferta cuando es evidentemente incapaz de realizar con éxito el contrato (oferta de cortesía). 26. Una postulante confecciona múltiples presentaciones, pero presenta su oferta solamente después de determinar (o intentar determinar) quién más está compitiendo. 27. Ofertas idénticas en licitaciones "a sobre cerrado" (es decir cuando se impone a los oferentes mantener en secreto los términos de sus ofertas, considerando que actualmente las ofertas se realizan por medios electrónicos), especialmente si el producto o servicio no es estandarizado. 28. Las presentaciones de los distintos postulantes contienen irregularidades (tales como cálculos idénticos o errores ortográficos) o semejante escritura, tipo de letra o papelería. Esto puede indicar que el postulante puede haber confeccionado las presentaciones de varios postulantes. 29. Las presentaciones contienen tachaduras u otras alteraciones físicas que indican de precios de última hora.	
30. Gerentes o empleados hacen referencia a esquemas de precios o listas de precios que se extienden a lo largo de todo un mercado. 31. Gerentes o empleados refieren contar con conocimientos previos de precios de los competidores, cuando tales precios no son públicos. 32. Intercambio de información sobre precios, si se trata de un mercado con pocos oferentes.	Intercambio de informaciones con el objeto o efecto de establecer una PMA
33. Tasas de retorno anormalmente altas.	Todas las PMA, excepto, posiblemente, el mero intercambio de información

7.7.3 Las restricciones verticales como indicios de colusión

Cierto tipo de restricciones verticales puede ser un indicio fuerte de la existencia de una PMA, si se demuestra que tales restricciones en realidad han sido establecidas con el objeto o el efecto de promover o facilitar la colusión entre competidores en los distintos niveles de una cadena vertical[30], en cuyo caso la restricción vertical infringe el artículo 53 de la Ley 8642.

Por un lado, las restricciones verticales pueden emplearse como mecanismos de sustitución de acuerdos horizontales entre distribuidores rivales mediante la utilización, a tal efecto, de proveedores comunes. Los acuerdos verticales que sirven a dicho propósito reciben en doctrina el nombre de acuerdos verticales fingidos (*sham vertical agreements*). La fijación de precios de reventa, la cláusula de cliente preferencial o la asignación de territorios exclusivos, por ejemplo, pueden ser utilizadas como mecanismos de reparto de mercado o de coordinación de precios.

También un proveedor común puede ser utilizado para intercambiar información entre distribuidores que compiten aguas abajo, facilitando la implementación, coordinación, monitoreo y mecanismos de castigo dentro de un acuerdo entre competidores establecido a nivel de la distribución. Este tipo de coordinación a través de proveedores comunes se conoce como colusión *hub and spoke* y su existencia puede probarse a través de testimonios, documentaciones, contratos y similares.

Finalmente, las restricciones verticales también pueden ser utilizadas para propiciar o mantener una colusión aguas arriba. En efecto, pueden ser utilizadas por los proveedores competidores para facilitar los mecanismos de coordinación y monitoreo de un acuerdo, por la vía de propiciar una mayor transparencia en el mercado y, consecuentemente, una mayor facilidad en la detección de eventuales desvíos en el comportamiento acordado entre los miembros del cartel.

En suma, contratos verticales que impliquen la fijación de precios de reventa, de cláusulas de cliente preferencial[31] o de asignación de territorios exclusivos, celebrados con clientes comunes pueden en realidad funcionar como mecanismos de intercambio de información con el objeto o el efecto del reparto de mercado o la fijación de precios entre los competidores aguas arriba.

7.8 Sanciones: multas y medidas correctivas

La regla de análisis aplicada a una práctica monopolística está en directa relación con el régimen sancionatorio que procederá aplicar.

7.8.1 Declaración de nulidad de pleno derecho

En el caso de las PMA y conforme al artículo 53 de la Ley 8642, los actos descritos en el tipo sancionador son nulos de pleno derecho como

---

[29] De modo preventivo, la Ley General de Contratación Pública (Ley 9986) requiere que al ofertar se informe los subcontratistas que se verán involucrados. Sin embargo, aún sigue siendo posible que, durante la ejecución del contrato, se cambien los subcontratistas, por lo cual sigue en pie la recomendación de prestar atención a los subcontratos, especialmente si involucran a los oferentes perdedores de modo directo, o indirecto a través de empresas de su grupo económico, o de empresas en las que tengan participación.

[30] Cf. Fiscalía Nacional Económica de Chile (2014). *Guía Para El Análisis De Restricciones Verticales*.

[31] En términos generales, las cláusulas de nación más favorecida (también llamadas cláusulas de cliente preferencial) son aquellas que requieren que una de las partes contratantes garantice a la otra que está recibiendo los mismos o mejores términos comerciales en relación con sus competidores. Estas limitaciones se establecen normalmente entre dos agentes económicos situados en distintos niveles dentro de una cadena productiva. Al igual que otras restricciones verticales, su uso no se encuentra prohibido, pero podrían ser impugnadas en ciertos contextos por los riesgos que generan. Cf. Centrocompetencia (n.d.) *Cláusulas de nación más favorecida y plataformas digitales: la opinión de la CMA*.

BORRADOR PRELIMINAR CONSULTA PÚBLICA

se ha explicado, por cuanto son actos celebrados a pesar de una expresa prohibición legal y la causa u objeto del contrato es ilegal.

La declaración de nulidad del acto o contrato objetado es la medida correctiva que se corresponde con la regla de análisis *per se* (presunción de ilegalidad) que se aplica a las PMA. Sólo a los efectos de establecer (o discutir) la graduación de la multa aplicable conforme al criterio de amenaza o daño causado es que en el caso de las PMA procede considerar los efectos anticompetitivos producidos por el acto impugnado.

La nulidad de las PMA es absoluta y no puede ser saneada. Si la PMA ha sido estructurada a través de un contrato escrito, la declaración de nulidad puede afectar a todo el contrato, o a alguna de sus cláusulas. Por ejemplo, un acuerdo vertical o un código de ética podrían contener cláusulas que facilitan o articulan un acuerdo de precios entre competidores, que son nulas.

7.8.2 Multas

Conforme al artículo 120 de la Ley 9736, ante la verificación de una práctica monopolística, se aplicarán sanciones en forma gradual y proporcionada, tomando en consideración los siguientes criterios: la gravedad de la infracción, la amenaza o el daño causado, la intencionalidad, el tamaño del mercado afectado, la participación del infractor en el mercado, la duración de la conducta, la reincidencia y la capacidad de pago del infractor.

Ahora respecto al tamaño del mercado relevante afectado, el artículo 114 de la Ley 9736 establece una regla de minimis por la cual no serán punibles las PMA realizadas por agentes económicos, que conjuntamente representen una participación menor al cinco por ciento (5%) del mercado relevante afectado por la conducta.

Por fuera de la regla de minimis, las PMA en el sector de telecomunicaciones se consideran infracciones muy graves (art. 67 Ley 8642) y se imponen multas de entre 0,5% y 1% de los ingresos brutos del operador o proveedor obtenidos durante el período fiscal anterior.

Si la PMA reviste una gravedad particular, la multa puede ascender hasta un 10% de las ventas anuales obtenidas por el infractor durante el ejercicio fiscal anterior (art. 68 Ley 8642).

En estos casos, si el infractor es parte de un grupo económico, se tomará como base de la multa las ventas consolidadas de todo el grupo, según lo dispuesto en la Ley 8642.

Asimismo, se aplican multas a las personas físicas que participen directamente o coadyuven en la realización de una PMA, incluidos los funcionarios públicos involucrados, por un monto equivalente a un monto entre un salario base y hasta seiscientos ochenta salarios base.

El detalle sobre los lineamientos y la forma en que la SUTEL determinará los montos de las multas por las infracciones que sean de su competencia, así como los criterios ponderación de las sanciones económicas y la valoración de circunstancias y contexto relacionados con la conducta sujeta a sanción, se encuentran establecidos en la "Guía para la Imposición de Multas por Infracción a la Normativa de Competencia" (agosto de 2023). Adicionalmente, la Guía también considera otros elementos en beneficio del potencial infractor, como lo son la exoneración y reducción de multas, así como la terminación anticipada del proceso por reconocimiento de la comisión de la infracción[32].

En términos generales, el máximo de la multa (1% de los ingresos) se produce cuando se maximiza la multa base (60% de la multa tope) y se suma el restante 40%, debido a los agravantes. Sería el caso de una práctica monopolística grave, que ha producido gran daño, en un mercado grande, durante un periodo largo, ha habido intencionalidad y el infractor tiene una participación de mercado alta y es reincidente.

Para el caso de infracciones de gravedad particular (artículo 68 Ley 8642 y artículo 113 del Reglamento Técnico de Competencia) el tope de multa del 1% se puede hasta decuplicar, pudiendo alcanzar hasta un 10% de las ventas anuales del ejercicio fiscal previo y hasta por un diez por ciento (10%) del valor de los activos del infractor.

7.8.3 Medidas correctivas

Además de las multas y la declaración de nulidad del acto o contrato objetado, se impondrá a los infractores las medidas correctivas apropiadas a las circunstancias del caso para que cesen los efectos anticompetitivos de la PMA sancionada y minimizar la posibilidad de que la misma práctica se replique en el futuro. Tales medidas pueden ser:

i) la suspensión, corrección o supresión de la PMA sancionada, y

ii) la prohibición de participar en todo tipo de contratación administrativa con cualquier entidad pública por un plazo de entre dos y diez años (art. 58 Ley 8642 y art. 119 incisos a) y f) Ley 9736), en caso de que se demuestre una licitación colusoria.

7.8.3.1 DAÑOS Y PERJUICIOS

Los participantes en una PMA podrán enfrentar una demanda de daños y perjuicios en sede judicial, conforme al artículo 135 de la Ley 9736, para lo cual el damnificado deberá mostrar un nexo causal entre el daño reclamado y la conducta declarada anticompetitiva por la SUTEL.

7.9 PMA: ejemplos de casos en el sector de telecomunicaciones

7.9.1 Casos internacionales

A nivel de la UE[33], el caso de cártel más importante en el sector de las comunicaciones electrónicas data de 2013 e involucra una cláusula de no competencia suscrita entre Telefónica y Portugal Telecom incluida en un contrato de compraventa de acciones firmado en 2010, por el que Telefónica adquirió el control exclusivo de Vivo, una empresa brasileña de telecomunicaciones, de la que Telefónica anteriormente era propietaria en conjunto con Portugal Telecom.

La cláusula prohibía a cada parte realizar negocios en el sector de las telecomunicaciones en el país de origen de la otra parte (España y

[32] https://www.sutel.go.cr/audiencias/publicas.

[33] Amory, B; Muyter, L. (2020). *Telecom & concerted practices: an overview of EU and national case law*. E-Competitions Antitrust Case Laws E-Bulletin. Concurrences | N°95135.

BORRADOR PRELIMINAR CONSULTA PÚBLICA

Portugal respectivamente). Si bien las empresas derogaron expresamente la cláusula unos seis meses después de la celebración del contrato, la autoridad europea consideró que la cláusula constituía un acuerdo de reparto de mercado cuyo objeto era restringir la competencia e impuso una multa de 67 y 12 millones de euros a Telefónica y Portugal Telecom, respectivamente. La decisión fue confirmada en 2016 por el Tribunal General de la UE, que rechazó la alegación de Telefónica de que la cláusula era una restricción accesoria objetivamente justificada por la adquisición del operador brasileño, por cuanto involucraba el territorio español, que era un área geográfica no involucrada en la adquisición. La decisión del Tribunal General fue confirmada en apelación por el Tribunal de Justicia de la UE en 2017.

En sentido inverso, en 2013, la Comisión Europea cerró una investigación conocida como 'E5' que involucró las discusiones que se desarrollaban entre los principales operadores de telecomunicaciones europeos y la asociación comercial GSMA sobre estándares para el futuro de los servicios de comunicaciones móviles. La Comisión cerró la investigación tras determinar que la colaboración sobre el establecimiento de normas no era anticompetitiva.

A nivel nacional dentro de la UE, cabe mencionar que en 2015 la autoridad de competencia de Chipre determinó que los operadores CYTA y Forthnet habían fijado indirectamente los precios e intercambiaron información confidencial sobre sus futuros planes de negocios, producción limitada o mercados o técnicas desarrollo o inversión. En consecuencia, CYTA y Forthnet fueron multados con 2,9 millones de euros y 2,25 millones de euros, respectivamente. La conducta se desarrolló en el marco de un acuerdo firmado el 23 de noviembre del 2011, sobre la disposición del contenido de los NovaCinema y NovaSports, a través de la plataforma Cytavision.

En 2015, la Autoridad Española de la Competencia multó a TESAU (filial de Telefónica, S.A.) y DTS por prácticas concertadas en relación con la comercialización de los derechos de retransmisión de fútbol. En particular, se encontró que las partes habían coordinado sus estrategias para el proceso de subasta de derechos de transmisión televisiva, con el objeto de reservar los derechos de retransmisión únicamente para ellos e imposibilitando el acceso de cualquier competidor al mercado de la televisión de pago y las comunicaciones electrónicas. TESAU multada con 10 millones de euros y DTS con 5,5 millones de euros.

En 2005, la autoridad de competencia de Francia[34], a partir de una investigación iniciada a consecuencia de una denuncia realizada en 2002 por una asociación de defensa de los consumidores (UFC-Que Choisir), sancionó a los tres operadores de telefonía móvil: Orange France, SFR y Bouygues Télécom, por implementar dos tipos de prácticas restrictivas: i) intercambiar información estratégica relativa a altas y bajas de suscripciones entre 1997 y 2003 y ii) acordar la estabilización de sus cuotas de mercado en torno a objetivos definidos conjuntamente entre 2000 y 2002.

Los operadores móviles intercambiaron entre ellos, desde 1997 y hasta 2003, todos los meses, cifras precisas y confidenciales sobre las nuevas suscripciones que habían vendido durante el último mes, así como el número de clientes que rescindió su suscripción. La autoridad consideró que, aunque la información no se relaciona con las decisiones de precios que pretendían tomar, estos intercambios de información probablemente reducirían la intensidad de la competencia en el mercado de telefonía móvil.

La autoridad interpretó que en un mercado donde solo operan tres jugadores y la entrada es muy difícil, es probable que los intercambios de información de este tipo alteren el juego competencia, al reducir la incertidumbre sobre la estrategia de otros jugadores y al reducir la autonomía comercial de cada empresa, particularmente cuando -como ha sido el caso en el mercado de telefonía móvil desde 2000 - el crecimiento de la demanda se está desacelerando fuertemente. Desde 2000, estos intercambios de información han permitido a los operadores controlar el acuerdo que habían celebrado sobre la evolución de sus respectivas cuotas de mercado.

La existencia del acuerdo se estableció mediante al cotejo de varios indicios serios, precisos y concordantes, como la existencia de documentos manuscritos que mencionan explícitamente un "acuerdo" entre los tres operadores o la "pacificación del mercado" o incluso la "Yalta de cuotas de mercado", así como similitudes observadas durante este período en las políticas comerciales de los operadores, en particular en cuanto a costes de adquisición y tarifas de comunicaciones. La denuncia de la asociación de consumidores fue motivada por la observación de un gran paralelismo en la implementación de la tarifa fijado para las fracciones de 30 segundos posteriores al primer minuto indivisible, lo cual fue implementado simultáneamente por los tres operadores a principios de 2001.

El acuerdo produjo efectivamente una relativa estabilidad a mediano plazo de sus cuotas de mercado respecto de las nuevas suscripciones y facilitó un cambio de estrategia. Hasta el año 2000, el crecimiento de los operadores se había basado aumentar sus cuotas de mercado mediante compras costosas de bases de clientes. Luego de ese año, los tres operadores, de modo simultáneo, se concentraron en rentabilizar la base de clientes adquirida, aumentando las tarifas y adoptando políticas comerciales tales como dar prioridad a los planes con contratos en lugar de las tarjetas prepagas o incrementar la tarifa para las fracciones de 30 segundos luego del primer minuto.

La autoridad entendió que dichas medidas, desfavorables para el consumidor, presentaban el riesgo de causar una caída en las ventas (y por lo tanto en la cuota de mercado) para el operador quien se hubiera atrevido a implementarlas unilateralmente. Por lo tanto, el motivo del acuerdo era facilitar la implementación de esta estrategia comercial de modo simultáneo para mantener sus cuotas de mercado relativas estables.

La autoridad concluyó que las conductas fueron especialmente graves, así como también los daños a economía. El importe total de las sanciones impuestas fue de 534 millones de euros, según lo siguiente: Orange France: 256 millones de euros, SFR: 220 millones de euros y Bouygues Télécom: 58 millones de euros (DÉCISION 05-D-65 del 30 noviembre del 2005).

7.9.2 Casos en Costa Rica

Acuerdo 021-038-2019. Resolución RCS-148-2019. Entre 2018 y 2019 se tramitó una denuncia sobre una presunta práctica monopólica absoluta entre Televisora de Costa Rica S.A. (por medio de su subsidiaria "CableTica S.A.", actualmente "Liberty") y Millicom Cable Costa Rica S.A. ("Tigo"), consistente en un convenio entre dichas empresas para dividir territorios, por el cual Millicom no puede ingresar en el barrio González Truque (cantón de Tibás), enmarcado en el artículo 53 inciso c) de la Ley 8642.

Habiendo realizado una investigación preliminar (del procedimiento ordinario administrativo), que incluyó requerir información a las empresas y una consulta preceptiva a la COPROCOM, el Consejo de la SUTEL sobre la base de una investigación preliminar realizada por la DGM (en esa época a cargo del tema de competencia), resolvió que no existían indicios suficientes que acrediten dichos supuestos, por lo cual no había mérito para proceder a la apertura del procedimiento y ordenó el archivo del expediente. El informe técnico de la DGM indicó:

[34] Autorité de la Concurrence (2005). Op. cit ".

- La investigación se inició a raíz de la denuncia de un cliente de CABLETICA que deseaba cambiar de proveedor de internet y televisión por suscripción en la zona del Barrio González Truque, en el cantón de Tibás. El usuario informó que un funcionario de Millicom Cable le comentó que existía un convenio entre las empresas por lo que Millicom no puede ingresar en el precitado barrio.
- Ambas empresas eran prestadoras del servicio minorista de televisión por suscripción y del servicio de acceso a internet fijo residencial y que eran competidores potenciales en dichos servicios en el Barrio González Truque, distrito San Juan, cantón de Tibás, provincia de San José.
- No se encuentran indicios que hagan presumir la existencia de alguna de las conductas anticompetitivas tipificadas en el artículo 53 de la Ley 8642, habiéndose considerado tanto los indicios listados en el artículo 6 del Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones, del año 2008, como los indicios para los supuestos del artículo 53 inciso c) de la Ley 8642, incluidos en la "Guía de Análisis de Conductas Anticompetitivas", del año 2015, a saber: *"que la empresa sólo ofrezca sus productos a ciertos clientes o en determinadas zonas geográficas o que las participaciones de mercado se mantengan invariables por un periodo de tiempo."*
- Si bien Millicom no tenía red fija desplegada en el cantón de Tibás, ofrecía servicios de televisión por suscripción en la modalidad satelital en el Barrio González Truque, en competencia con Cabletica.
- Si bien Cabletica en algún momento fue el único operador en Tibás que brindaba servicios de televisión por suscripción y luego de internet fijo residencial, al momento de la investigación, operaban en Tibás 10 operadores de telecomunicaciones proveyendo ambos servicios, por lo que existía una oferta variada de operadores con posibilidades de prestar servicios en el Barrio González Truque. En el mercado habían ingresado una multiplicidad de operadores, que habían obtenido una cuota de mercado.
- En relación con los elementos facilitadores de la colusión mencionados en la "Guía de Análisis de Conductas Anticompetitivas", del año 2015, se dice que la estructura del mercado no favorece el desarrollo de conductas colusorias de distribución de territorios exclusivos entre dos competidores, toda vez que hay otros operadores que continuarían ofreciendo sus servicios de manera transversal, impidiendo que las empresas coludidas obtengan un beneficio económico de la colusión.
- El Barrio González Truque es una zona que no se encontraba sujeta a limitaciones en cuanto al ingreso de operadores de telecomunicaciones a las propiedades allí existentes (distinto de lo que sucede en el caso de los condominios), existiendo libertad de contratar con los operadores satelitales u otros operadores fijos, que incluyen a las empresas Claro y Telefónica.
- Los mapas de cobertura de los nodos de Millicom y Cabletica mostraban que existía transposición entre las redes de ambos operadores, elemento que la DGM consideró suficiente para descartar la apertura del procedimiento administrativo.
- En suma, la estructura del mercado no presentaba características facilitadoras de un acuerdo anticompetitivo, no existieron indicios de que las empresas incurrieran en una conducta anticompetitiva y la única razón por la que se relacionó a las empresas con un acuerdo de división de territorios es la afirmación que supuestamente realizó un representante de ventas de Millicom.

La decisión del Consejo, con base en la recomendación de la DGM, se apartó de la opinión emitida por la COPROCOM, que requería incorporar ciertos elementos adicionales a la investigación preliminar. El Consejo entendió que la investigación había incorporado todos los elementos necesarios para evaluar la pertinencia o no de la apertura del procedimiento.

COPROCOM. EXP. D-06-08. La COPROCOM determinó que Ericsson de Costa Rica S.A., Huawei Technologies Costa Rica S.A.; Continex Continental Importación y Exportación S.A. y Nokia Siemens Networks Costa Rica S.A., incurrieron en una práctica monopolística absoluta al concertar entre sí y acordar la abstención de ofertar bajo los términos establecidos en una contratación administrativa del Instituto Costarricense de Electricidad (ICE). El caso se originó a raíz de una denuncia del ICE por hechos relacionados con la contratación directa 2008-CD-1742- PROV que buscaba el "Arrendamiento con opción de compra de un sistema inalámbrico de tercera generación". De conformidad con el análisis de los elementos que la normativa establece, la COPROCOM determinó que la serie de actos en que se vieron involucradas las empresas sancionadas, desde poco tiempo después de la publicación del cartel, para finalmente expresar en una nota conjunta la imposibilidad de ofertar en caso de no modificarse las condiciones del cartel, configura un acuerdo explícito de abstención bajo las condiciones vigentes del cartel, conducta evidentemente anticompetitiva.

La COPROCOM acordó imponer una multa correspondiente a 510 veces el salario mínimo mensual, equivalente a ¢119 millones de colones, a cada una de las siguientes empresas: Ericsson de Costa Rica S.A., Huawei Technologies Costa Rica S.A., Continex Continental Importación y Exportación S.A. y a Nokia Siemens Networks Costa Rica S.A. Asimismo, acordó imponer una multa de 56 veces el salario mínimo mensual, equivalente a ¢13 millones de colones, a cada una de las 3 personas físicas que, en representación de las empresas antes citadas participaron de la conducta anticompetitiva.

8 Prácticas Monopolísticas Relativas (PMR)

8.1 Elementos de doctrina y derecho comparados: EE.UU., U.E., México y otros.

Las PMR son conocidas a escala global por su denominación en la normativa de la UE o de EE.UU., "abuso de posición dominante" y "monopolización", respectivamente. También las PMR incluyen lo que en dichas jurisdicciones se tipifican como acuerdos entre empresas de tipo vertical.

Actualmente la denominada "regla de la razón" domina la evaluación de la mayoría de las PMR en todas las jurisdicciones, aunque el modo en que dicha regla se encuentra reflejada en la legislación y la jurisprudencia tiene sus especificidades. La regla se aplica a todo tipo de sector económico, incluidas las telecomunicaciones. Las conductas habitualmente analizadas bajo la regla de la razón incluyen: precios predatorios, tratos exclusivos, descuentos por lealtad, ventas atadas, ventas empaquetadas y negativa a negociar o negativa de venta.

La "regla de la razón"[35] se origina en la jurisprudencia de los EE.UU., que ha interpretado que la Sección 1 de la Ley Sherman sólo prohíbe las restricciones "irrazonables" del comercio, lo cual resulta de una evaluación de las circunstancias específicas del caso. Los factores relevantes para esta evaluación "caso por caso" incluyen los antecedentes históricos de la restricción impugnada, su objeto o propósito y sus efectos reales y probables sobre la competencia. Si las empresas involucradas tienen poder de mercado es otra consideración importante[36]. Recientemente ha comenzado a aplicarse la regla de la razón conforme a la siguiente estructura del litigio: primero se analiza daño competitivo alegado por el denunciante, luego se examinan las justificaciones legítimas de la conducta denunciada alegadas por la defensa

[35] Bailey, D. (n.d.) *Rule of reason*, Global Dictionary of Competition Law, Concurrences, Art. N° 85421
36 *Leegin Creative Leather Products v PSKS* (2007).

y, finalmente, se analizan los efectos generales de la conducta objetada sobre la competencia y los consumidores[37].

La legislación de competencia de la UE no reconoce expresamente una regla de la razón, pero existen fórmulas con resultados similares. Los efectos pro y anticompetitivos de una restricción configurada a través de un acuerdo entre empresas se ponderan con arreglo al artículo 101, apartado 3, del TFUE[38]. Al respecto, la jurisprudencia de la UE entiende que los acuerdos que se enmarcan en ese artículo son restricciones que requieren un "análisis cuidadoso del contexto fáctico, legal y económico relevante caso por caso"[39].

Para el caso de las PMR unilaterales, también se realiza el análisis cuidadoso del contexto fáctico, legal y económico relevante caso por caso o el análisis de los antecedentes históricos de la restricción impugnada, su objeto o propósito y sus efectos reales y probables sobre la competencia, en la UE conforme al artículo 102 del TFUE (abuso de posición dominante) y en EE.UU., conforme a la Sección 2 de la Ley Sherman (monopolización e intento de monopolización).

En EE.UU. la posesión de un monopolio no es ilegal en sí misma. La forma en que se obtuvo el monopolio y la forma en que se usa el poder de monopolio es crucial para determinar si existe un reclamo con base en la Sección 2 de la Ley Sherman. El poder de monopolio puede demostrarse a través de pruebas directas, como el control sobre el precio y/o la exclusión de la competencia del mercado relevante, y evidencia indirecta, como las participaciones de mercado y la existencia de barreras a la entrada o expansión. La jurisprudencia ha aceptado cuotas de mercado superiores al 70% como una indicación de poder de monopolio si se acompaña con barreras significativas a la entrada o expansión. Se ha considerado que las cuotas de mercado entre el 50 y el 70 por ciento respaldan el poder de monopolio en circunstancias similares, si se agregan factores relacionados con el tamaño y la capacidad de los competidores para penetrar en el mercado. En general, cuotas de mercado por debajo del 50% no se consideraron evidencia, en principio, de poder de monopolio[40].

La Corte Suprema ha sostenido que la monopolización ilícita consta de dos elementos: la posesión del poder de monopolio y la adquisición o mantenimiento deliberado de dicho poder, a diferencia de su obtención como consecuencia de "un producto superior, perspicacia comercial o accidente histórico". La configuración del tipo sancionador requiere prueba tanto de poder de monopolio como de conducta excluyente. Si existe una justificación comercial para la conducta impugnada, es probable que se considere que hay mejoras de la eficiencia y la conducta sea permitida[41].

En la UE una PMR de tipo unilateral se califica como abuso de posición dominante y se describe como una conducta unilateral que utiliza una posición dominante para dañar la competencia del mercado y, en última instancia, el bienestar de los consumidores. Una empresa es dominante si tiene la capacidad de comportarse independientemente de sus competidores, clientes, proveedores y, en última instancia, del consumidor final. Una empresa dominante tiene la capacidad de fijar precios por encima del nivel competitivo, vender productos de calidad inferior o reducir su tasa de innovación por debajo del nivel que existiría en un mercado competitivo.

Según la legislación de competencia de la UE, no es ilegal tener una posición dominante, ya que una posición dominante se puede obtener compitiendo legítimamente, por ejemplo, inventando y vendiendo un producto mejor. En cambio, las normas de competencia no permiten que las empresas abusen de su posición dominante[42]. La Comisión Europea entiende que la posición dominante no es probable si la cuota de mercado de la empresa es inferior al 40 % en el mercado relevante.[43] Una empresa dominante tiene una responsabilidad especial en la UE de no permitir que su comportamiento perjudique a la competencia genuina, aunque se entiende que la función del artículo 102 no es proteger a los competidores menos eficientes. No habrá abuso si la empresa dominante puede establecer una justificación objetiva para su conducta, como lograr un objetivo legítimo de proteger o mejorar un interés público, defender su interés comercial o generar eficiencias que de otro modo no estarían disponibles, evaluadas sobre la base de proporcionalidad.[44]

En el caso de México[45] los acuerdos y prácticas restrictivas se rigen por: el artículo 28 de la Constitución Mexicana, que prohíbe los monopolios y las prácticas monopólicas; los artículos 54 a 56 de la Ley Federal de Competencia Económica y el Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica. Los acuerdos y prácticas restrictivas se conocen, al igual que en Costa Rica, como Prácticas Monopólicas Relativas (PMR) no son per se ilegales y se analizan bajo la regla de la razón, entendida como que una conducta solo será ilegal si sus efectos anticompetitivos superan sus efectos beneficiosos. El artículo 56 de la ley identifica 13 tipos específicos de PMR[46]: 1) Segmentación vertical del mercado. 2) Fijación de precios de reventa. 3) Ventas atadas. 4) Exclusividades. 5) Negativa de trato. 6) Boicots. 7) Descuentos por lealtad o ventas condicionadas. 8) Subsidios cruzados. 9) Discriminación de precios. 10) Depredación de precios. 11) Elevación de costos a rivales. 12) Obstáculos a la adquisición de insumos esenciales. 13) Estrechamiento de márgenes.

Para que una conducta sea considerada PMR debe: 1) Estar listada en el artículo 56. 2) Ser cometida por un agente económico con poder sustancial en un mercado relevante. 3) Tener como objeto o efecto un fin anticompetitivo, como, por ejemplo, desplazar a otras empresas del mercado u otorgar ventajas exclusivas en favor de otras, lo cual obstaculiza el desarrollo de la competencia en el mercado que se trate.

No existe un umbral de participación de mercado específico para considerar si existe poder sustancial de mercado. Para determinar esto, se debe realizar un estudio económico que considere: 1) La cuota de mercado y la capacidad de fijar precios unilateralmente o restringir la oferta en el mercado relevante. 2) Barreras a la entrada. 3) Existencia y poder de los competidores. 4) La capacidad de la presunta infractora y de sus competidores para acceder a las fuentes de insumos.

En México, dos autoridades de competencia están a cargo de investigar y/o sancionar las PMR: 1) El Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT), que tiene jurisdicción exclusiva sobre asuntos antimonopolio relacionados con los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión y 2) la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE), que tienen jurisdicción sobre todos los demás mercados e industrias.

En Brasil[47], no hay un régimen sectorial de competencia específico para ningún sector económico. Los acuerdos y prácticas restrictivos están regulados por la Ley 12.529/2011 (Ley de Competencia). De acuerdo con el artículo 36, cualquier práctica, independientemente de su forma

---

[37] Bailey, D. (n.d.). Op. cit.
[38] Los carteles intrínsecamente nocivos (las PMA) se encuadran en el artículo 101, párrafo 1 del TFEU.
39 *Métropole v Commission* (2001), párrafo 76.
[40] Reichenberg, D., Libowsky, S. (n.d.) *Monopoly*. Global Dictionary of Competition Law, Concurrences, Art. N° 12308.
[41] Healey, D. (n.d.) *Abuse of dominance*. Global Dictionary of Competition Law, Concurrences, Art. N° 20101.
[42] Healey, D. (n.d.). Op. cit.
[43] Comisión Europea (2009). *Communication from the Commission — Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings*. Párrafo 14.
[44] Healey, D. (n.d.). Op. cit.
[45] Szymanski, I. (2022) "Restraints of Trade and Dominance in Mexico: Overview". Thomson Reuters. Practical Law
[46] Nolasco y Olivos (n.d.). *¿Qué son las Prácticas Monopólicas Relativas?*
[47] Leonardo Canabrava, L.; Spadano, L., Agustín, B., Cruz, A.; Prado, B. (2022). *Restraints of Trade and Dominance in Brazil: Overview*. Thomson Reuters. Practical Law.

o de la intención del agente, puede considerarse ilícita si tiene por objeto causar un daño a la competencia o si tiene potencial para causar un daño a la competencia, incluso si dicho daño no se materializa. El artículo 36 excluye específicamente obtener el control de mercado por medio de la "eficiencia competitiva".

La ley establece una lista no exhaustiva de prácticas que pueden considerarse ilegales si resultan, o pueden resultar, en perjuicio de la competencia en el mercado. Tales prácticas incluyen (entre otras): 1) Acuerdos entre competidores sobre precios y reparto de mercados. 2) La creación de obstáculos para que nuevas empresas ingresen al mercado o para que los competidores continúen operando en el mercado.3) Discriminación de precios. 4) Negativa a negociar. 5) Ventas atadas. 6) Fijación vertical de precios de reventa.

La autoridad de competencia ha establecido que el análisis de los acuerdos y prácticas restrictivas debe guiarse por la regla de la razón, excepto para los cárteles de núcleo duro que se consideran per se ilegales o ilícitos por su objeto. Los acuerdos anticompetitivos también pueden ser objeto de enjuiciamiento y sanciones penales en virtud de la Ley 8.137/1990.

En Chile[48] no hay un régimen sectorial de competencia específico para ningún sector económico. Los acuerdos y prácticas restrictivos están regulados en Chile por el artículo 3 del Decreto Ley 211 de 1973 (Ley de Competencia), que sanciona todo acto, hecho o acuerdo que impida, restrinja o dificulte la competencia, o tienda a producir tales efectos. Por lo tanto, los acuerdos y prácticas restrictivos que produzcan efectos anticompetitivos, o tiendan a producirlos, están sujetos a sanciones administrativas, incluidas multas. El artículo 3 distingue entre prácticas colusorias y otras conductas anticompetitivas de la siguiente manera:

Los acuerdos entre competidores que consisten en: la fijación de precios, la distribución del mercado, la limitación de la producción o la manipulación de licitaciones se consideran ilegales per se en virtud del artículo 3(a). Estos acuerdos horizontales están sujetos a sanciones tanto administrativas como penales (artículo 62). Los acuerdos entre competidores que establecen condiciones de comercialización o excluyen a competidores existentes o potenciales solo son ilegales si otorgan poder de mercado y, por lo tanto, deben analizarse bajo la regla de la razón (artículo 3 (a), segunda parte).

Las restricciones verticales no son ilegales per se, y deben evaluarse bajo la regla de la razón. Las restricciones verticales pueden dar lugar a un abuso de posición dominante, que estaría sancionado por el artículo 3, b), o a una infracción anticompetitiva general sancionada por el artículo 3, apartado 1.

No existe una definición legal de dominio o poder de mercado. La jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Competencia ha definido el poder de mercado como la capacidad de un operador económico para actuar con independencia de otros competidores, clientes y proveedores porque no existe una presión competitiva efectiva que pueda ejercerse contra él, de modo que pueda establecer condiciones que no se habrían obtenido en ausencia de ese alto grado de poder de mercado. El poder de mercado se determina con base en varios elementos, que incluyen: 1) Cuotas de mercado. 2) Barreras y otras condiciones de entrada. 3) Condiciones para la expansión del mercado.

El artículo 3(b) de la Ley de Competencia se refiere a ciertos tipos de abusos, entre ellos: 1) Fijación de precios de compra o venta. 2) Imponer la venta de otro producto a una venta (*tying, bundling*). 3) Asignación de zonas de mercado o cuotas. La Ley de Competencia también se refiere a otros "abusos similares", que pueden incluir, por ejemplo: 1) Descuentos por fidelidad. 2) Trato exclusivo. 3) Negarse a negociar.4) Precios abusivos.

8.2 Definición (art. 54 Ley 8642)

Conforme al artículo 54 de la Ley 8642 son prácticas monopolísticas relativas (PMR):

> *"(…) los actos, los contratos, los convenios, los arreglos o las combinaciones realizados por operadores de redes o proveedores de servicios de telecomunicaciones, por sí mismos o actuando conjuntamente con otros agentes económicos, y cuyo objeto o efecto sea o pueda ser el desplazamiento indebido de otros operadores o proveedores del mercado, el impedimento sustancial de su acceso o el establecimiento de barreras de entrada o de ventajas exclusivas a favor de una o varias personas (…)"*

Siempre que encuadren en el listado de casos enumerados en los incisos a) a l) de dicho artículo, a saber:

> *"a) El establecimiento de precios o condiciones diferentes a terceros situados en condiciones similares.*
>
> *b) La negativa a prestar servicios de telecomunicaciones normalmente ofrecidos a terceros, salvo que exista una justificación razonable. Para las situaciones que se presenten respecto de la interconexión y el acceso, se estará a lo dispuesto en esta Ley.*
>
> *c) El establecimiento de subsidios cruzados entre diferentes bienes o servicios ofrecidos por el operador o proveedor.*
>
> *d) La fijación, la imposición o el establecimiento de la compra, venta o distribución exclusiva de servicios de telecomunicaciones, por razón del sujeto, la situación geográfica o por períodos de tiempo determinados, incluso la división, la distribución o la asignación de clientes o proveedores, entre operadores y proveedores de telecomunicaciones, o entre estos y otros agentes económicos que no sean competidores entre sí.*
>
> *e) La imposición de precio o las demás condiciones que debe observar un operador o proveedor, al vender, distribuir o prestar servicios.*
>
> *f) La venta o la transacción condicionada a comprar, adquirir, vender o proporcionar otro bien o servicio adicional, normalmente distinto o distinguible, o sobre la reciprocidad.*
>
> *g) La venta, la transacción o el otorgamiento de descuentos o beneficios sujetos a la condición de no usar, adquirir, vender ni proporcionar los bienes o servicios disponibles y normalmente ofrecidos a terceros.*
>
> *h) La concertación entre varios operadores o proveedores o la invitación a ellos para ejercer presión contra algún usuario, operador o proveedor, con el propósito de disuadirlo de una conducta determinada, aplicar represalias u obligarlo a actuar en un sentido específico.*
>
> *i) La prestación de servicios a precios o en condiciones predatorias.*
>
> *j) La diferencia negativa o insuficiente entre el precio que un proveedor integrado verticalmente cobra a sus competidores por un insumo, y el precio al que vende a sus clientes un bien o servicio para el cual dicho insumo sea esencial, de forma tal que impida a un competidor igualmente eficiente subsistir en el mercado o competir de forma efectiva.*

[48] Lizana, C.; León, D. (2022). *Restraints of Trade and Dominance in Chile: Overview*. Thomson Reuters. Practical Law.

k) Las acciones injustificadas para incrementar los costos u obstaculizar el proceso productivo de algún competidor.

l) Todo acto deliberado que tenga como único fin procurar la salida de operadores o proveedores del mercado, o implique un obstáculo para su entrada."

Este listado no es exhaustivo, por cuanto existe un tipo abierto en el inciso l) para otros actos con objeto o efecto exclusorio. Nótese que el listado no incluye la mera fijación de precios excesivos o abuso explotativo, en la medida en que los precios excesivos no sean el resultante de una práctica exclusoria, encuadrada en cualesquiera de los incisos del artículo 54 de Ley 8642. Tampoco la mera fijación de precios excesivos o el abuso explotativo encuadra en el tipo abierto del inciso l).

A diferencia de las PMA, las PMR:

- incluyen restricciones sobre la competencia, tanto acordadas entre dos o más agentes económicos, como decididas de modo unilateral por un único agente económico, sin ningún tipo de acuerdo explícito o tácito[49] con empresas competidoras, proveedoras o clientes.
- no se encuentran prohibidas *per se* o por su objeto intrínseco, no se presumen anticompetitivas, ni son nulas de pleno derecho. Las PMR pueden o no ser ilegítimas según las circunstancias específicas del caso, donde tienen particular relevancia los efectos anticompetitivos o exclusorios reales o probables, lo cual - a su vez - depende en gran medida el poder sustancial de mercado de los agentes involucrados.
- pueden contener aspectos positivos: las partes involucradas pueden "demostrar los efectos procompetitivos o la mayor eficiencia en el mercado derivada de sus acciones *"(…) que producirá algún beneficio significativo y no transitorio a los usuarios finales"* (art. 54 Ley 8642, último párrafo), lo cual será debidamente analizado y valorado por la SUTEL.
- son subsanables: la SUTEL podría ordenar una modificación de una PMR que preserve sus aspectos positivos, en lugar de ordenar su cese.

Las PMR no incluyen haber obtenido un monopolio o poder sustancial de mercado a partir de productos superiores, la innovación o la habilidad comercial, es decir, a través del mérito o la excelencia.

En términos generales, las PMR listadas en los incisos a) a l) del artículo 54 de la Ley 8642, tal como lo expresa el párrafo principal, pueden ser llevadas a cabo por más de un agente económico, de modo acordado o concertado, a través de acuerdos que establecen restricciones verticales, o por un único agente económico, de modo individual o unilateral.

Finalmente, téngase presente las definiciones tanto de "agente económico" de la Ley 7472, como de "grupo económico" de la Ley 9736. Cuando dos o más operadores o proveedores u otro tipo de agentes sean parte de un mismo grupo económico, se considerará que conforman una misma "unidad de decisión" y por tanto no son competidores entre sí, ni proveedores o clientes independientes.

8.2.1 Restricciones verticales

Los elementos propios de un acuerdo o acción concertada entre dos o más agentes económicos son: sujetos, objeto y causa.

Los sujetos involucrados deben ser personas distintas y determinadas o determinables, que actúan por consentimiento. El consentimiento, implica que los sujetos han acordado libremente, sin ningún tipo de coacción, de engaño o de error provocados con el fin de obtener su conformidad. El objeto, es el plan de conducta acordado. La causa, es el por qué y el para qué del acuerdo: puede haber una justificación empresarial legítima o un objetivo anticompetitivo.

Los acuerdos entre agentes económicos que pueden encuadrarse como PMR son aquellos acuerdos entre proveedores y clientes que establecen las condiciones en las que las partes pueden comprar, vender o revender determinados bienes o servicios. Este tipo de acuerdos se denominan acuerdos verticales y son de interés para las autoridades de competencia en la medida en que establecen restricciones sobre la conducta competitiva de los agentes involucrados en el mercado.

Nótese que los acuerdos entre agentes competidores o de tipo horizontal detallados en el artículo 53 de la Ley 8642, excepto el caso de los boicots (artículo 54 inc. "h" "ejercer presión" de la Ley 8642), son una PMA.

En general, la SUTEL considera, en línea con la experiencia internacional en la materia, que la mayoría de los acuerdos verticales pueden ser beneficiosos, porque reducen los costos y promueven la distribución eficiente de los productos. Las restricciones verticales pueden tener efectos pro-competitivos y anti-competitivos. En particular, las restricciones verticales pueden reducir la competencia intramarca (competencia entre productos de una misma marca, distribuidos por distintos revendedores) y pueden mejorar la competencia entre marcas (competencia entre productos de distintas marcas y fabricantes). También pueden promover la especialización, con un mayor beneficio para el consumidor[50] [51].

Sin embargo, una restricción puede constituir una PMR, en los términos del artículo 54 de la Ley 8642, si reduce la competencia entre empresas en alguna de las etapas de la cadena de valor (por ejemplo, entre minoristas o mayoristas) o impide que nuevas empresas ingresen al mercado, en mercados donde existen pocos competidores o mercados donde algún agente tiene poder sustancial.

Los acuerdos verticales pueden tomar muchas formas diferentes: contratos o acuerdos escritos u orales, de naturaleza formal o informal, que establecen obligaciones contractuales directas. También las restricciones verticales pueden ser impuestas a través de descuentos, acuerdos financieros, incentivos, programas de fidelización, entre otros.

A diferencia de los acuerdos horizontales, al no existir una presunción de ilegalidad en cuanto a su objeto o causa, no cabe esperar acciones de los agentes dirigidos a ocultar los acuerdos. La mayor carga administrativa de la SUTEL se relaciona con la correcta interpretación del objeto o causa de las restricciones verticales convenidas y la estimación de sus efectos exclusorios (actuales o potenciales).

Las principales restricciones verticales de interés, desde el punto de vista de la defensa de la competencia pueden agruparse en tres categorías, según se describe a continuación.[52]

---

[49] Es necesario demostrar la existencia de factores o indicios adicionales (plus factors), que usualmente son de naturaleza económica.
[50] OECD (2021). *Vertical Restraints*. Competition Primers for ASEAN Judges.
[51] Fiscalía Nacional Económica de Chile (2014). *Guía para el Análisis de Restricciones Verticales*.
[52] OECD (2021). Op. cit.

BORRADOR PRELIMINAR CONSULTA PÚBLICA

1) Trato exclusivo: acuerdos entre un proveedor y un cliente o distribuidor que limitan a una parte a contratar con terceros. La exclusividad también puede estar referida a una determinada zona geográfica, grupo de clientes o canales de comercialización. Las formas más comunes son contratos de: compra exclusiva; suministro exclusivo; distribución exclusiva; distribución selectiva y marca única. En los contratos de compra, suministro y distribución exclusivos, se acuerda un único cliente, proveedor o distribuidor, respectivamente. En la distribución selectiva se seleccionan los distribuidores de acuerdo a ciertos estándares y se conforma una red de distribuidores oficiales o autorizados. Los contratos de marca única (single branding) son acuerdos por el cual un revendedor está obligado a comprar a cierto proveedor sabiendo que ningún otro revendedor recibirá suministros en un área geográfica particular.

Los contratos de exclusividad pueden ser procompetitivos o anticompetitivos. Pueden ser pro-competitivos cuando ambas partes se enfrentan a una competencia efectiva en sus mercados relevantes y las restricciones acordadas permiten que el proveedor o el cliente/distribuidor inviertan y promuevan sus negocios porque tienen certeza de suministro. Sin embargo, si no existe competencia efectiva en uno o más etapas de la cadena de valor y la parte que impone la condición tiene poder sustancial, la contratación exclusiva puede ser anticompetitiva.

Una red de acuerdos exclusivos puede configurar o enmascarar un acuerdo entre competidores, donde los proveedores o los clientes se dividen el mercado entre ellos. Este caso, será procesado por la SUTEL conforme al artículo 53 de la Ley 8642, sobre PMA.

2) Ventas condicionadas: acuerdos o esquemas de descuentos, incentivos o similares por los cuales dos o más productos se comercializan juntos. Las formas más comunes son: i. ventas atadas (tying): suministro de un producto a un cliente a condición de que el cliente adquiera un segundo producto de ese mismo proveedor y ii. ventas agrupadas o empaquetadas (bundling): cuando un agente sólo ofrece dos productos que se podrían vender por separado en un paquete y ofrece un descuento significativo si se compran los productos agrupados.

Atar y agrupar ventas puede ser procompetitivo o anticompetitivo. Si el proveedor se enfrenta a una competencia efectiva en el mercado relevante la restricción puede ser favorable a la competencia, por ejemplo, al obtener reducciones de costos por una mayor escala en la producción o distribución. Sin embargo, si un proveedor tiene poder sustancial en relación con un producto, vincular su suministro con la compra de otro(s) producto(s), puede tener efectos anticompetitivos en los mercados de ambos productos.

3) Fijación vertical de precios mínimos, máximos o sugeridos de reventa. Esta restricción opera sobre la libertad de revendedores o distribuidores de fijar sus propios precios, lo cual de por sí reduce la competencia en precios de los agentes afectados, aunque podrán seguir compitiendo en calidad, servicio pre o post venta, innovación, y similares. Si bien la restricción afecta la competencia en precio entre revendedores, puede ser positiva si evita el comportamiento oportunista entre los revendedores y promueve la inversión para mejorar el servicio de reventa, preventa o posventa.

8.2.2 Prácticas unilaterales o individuales (abusos de posición de dominio)

Los elementos propios de una acción unilateral o individual pueden definirse como sujeto, objeto y causa. El sujeto involucrado es único, -considerándose un grupo económico como un único agente - y su accionar debe haber sido decidido e implementado libremente y sin ninguna coacción. El objeto, es el plan de conducta unilateralmente decidido, sin consultas o intercambios de información con otros agentes económicos: competidores, clientes o proveedores. La causa, es el por qué y el para qué del acto, el cual puede tener una justificación empresarial legítima o un objeto anticompetitivo. Finalmente, la acción unilateral tendrá un efecto actual o potencial, que puede ser anticompetitivo, neutral o procompetitivo. Una acción unilateral encuadra como una PMR cuando su objeto o sus efectos son exclusorios.

Los principales tipos de PMR unilaterales, conforme a la práctica internacional en la materia[53], son:

1) precios predatorios,
2) descuentos o reembolsos por fidelidad (fidelity rebates),
3) discriminación de precios,
4) estrechamiento de márgenes,
5) negativa de venta y negativa a contratar,
6) ventas condicionadas (ventas atadas o agrupadas).

8.2.3 Clasificación de las PMR: unilaterales y concertadas

La tabla siguiente indica, en principio y como una orientación general, cuáles de las hipótesis listadas en el artículo 54 de la Ley 8642, se corresponden con restricciones verticales, concertadas o unilaterales, o con ambas.

Nótese que si una restricción vertical es la resultante de una imposición unilateral de un agente económico y no media ningún consentimiento del agente al cual se impone, la restricción podría considerarse una práctica unilateral, lo que será relevante para evaluar si al agente económico al que se le impuso la restricción le corresponde algún tipo de sanción. En cambio, si la restricción es acordada libremente por ambas partes, con el objeto de excluir la competencia y obteniendo un beneficio a expensas de los clientes o consumidores finales, ambas partes del acuerdo pueden resultar sancionadas.

Tabla 4: Clasificación de las PMR: unilaterales y concertadas

Prácticas Monopolísticas Relativas (incisos del art. 54 LEY 8642)	¿Restricción unilateral o concertada?
a) El establecimiento de precios o condiciones diferentes a terceros situados en condiciones similares	Unilateral. Discriminación
b) La negativa a prestar servicios de telecomunicaciones normalmente ofrecidos a terceros, salvo que exista una justificación razonable.	Unilateral. Negativa de venta

[53] OECD (2021). *Abuse of dominant position: what is it and how is it assessed?* Competition Primers for ASEAN Judges.

Prácticas Monopolísticas Relativas (incisos del art. 54 LEY 8642)	¿Restricción unilateral o concertada?
c) El establecimiento de subsidios cruzados entre diferentes bienes o servicios ofrecidos por el operador o proveedor.	Unilateral. Subsidios cruzados
d) La fijación, la imposición o el establecimiento de la compra, venta o distribución exclusiva de servicios de telecomunicaciones, por razón del sujeto, la situación geográfica o por períodos de tiempo determinados, incluso la división, la distribución o la asignación de clientes o proveedores, entre operadores y proveedores de telecomunicaciones, o entre estos y otros agentes económicos que no sean competidores entre sí.	Restricción vertical. Trato exclusivo. Impuesto (unilateral) o concertado.
e) La imposición de precio o las demás condiciones que debe observar un operador o proveedor, al vender, distribuir o prestar servicios.	Restricción vertical. Fijación de precios de reventa. Impuesto (unilateral)
f) La venta o la transacción condicionada a comprar, adquirir, vender o proporcionar otro bien o servicio adicional, normalmente distinto o distinguible, o sobre la reciprocidad.	Restricción vertical. Impuesta (unilateral) o concertada. Venta condicionada
g) La venta, la transacción o el otorgamiento de descuentos o beneficios sujetos a la condición de no usar, adquirir, vender ni proporcionar los bienes o servicios disponibles y normalmente ofrecidos a terceros.	Restricción vertical. Impuesto (unilateral) o concertado. Venta condicionada
h) La concertación entre varios operadores o proveedores o la invitación a ellos para ejercer presión contra algún usuario, operador o proveedor, con el propósito de disuadirlo de una conducta determinada, aplicar represalias u obligarlo a actuar en un sentido específico.	Acción concertada (boicot). No es una restricción vertical, pero podría estar asociada con una restricción vertical.
i) La prestación de servicios a precios o en condiciones predatorias.	Unilateral. Predación. No es vertical
j) La diferencia negativa o insuficiente entre el precio que un proveedor integrado verticalmente cobra a sus competidores por un insumo, y el precio al que vende a sus clientes un bien o servicio para el cual dicho insumo sea esencial, de forma tal que impida a un competidor igualmente eficiente subsistir en el mercado o competir de forma efectiva.	Unilateral. Predación. No es vertical.
k) Las acciones injustificadas para incrementar los costos u obstaculizar el proceso productivo de algún competidor.	Unilateral. Predación. No es vertical.
l) Todo acto deliberado que tenga como único fin procurar la salida de operadores o proveedores del mercado, o implique un obstáculo para su entrada.”	Tipo abierto

8.3 Regla de análisis

En el contexto de la tramitación de un caso de prácticas monopolísticas, la SUTEL aplicará la regla de análisis apropiada al tipo de práctica y los elementos de prueba definidos en la legislación.

Frente a las prácticas monopolísticas, la SUTEL tiene presente el principio de la libre empresa, por el cual cualquier empresa puede negarse a hacer negocios con otra empresa o cliente, siempre que no medie un objeto o efecto anticompetitivo en esta decisión.

La evaluación de un conjunto dado de circunstancias de hecho y de derecho bajo una misma regla de análisis tiende a producir resultados no ambiguos y replicables cuando las mismas circunstancias se configuran en otro caso, dando previsibilidad sobre el accionar de la SUTEL. Por otra parte, la regla de análisis aplicada está en directa relación con el conjunto de sanciones y/o medidas remediales que procede aplicar.

Para el caso de las PMR, la regla de análisis es la **“regla de la razón”**, que tiene su origen en la jurisprudencia de los EE. UU., cuando en *Continental TV Inc. v GTE Sylvania* (1977) la Corte Suprema define la regla de la razón como “una evaluación caso por caso” de un acuerdo entre agentes económicos, donde “la investigación sopesa todas las circunstancias de un caso para decidir si se debe prohibir una práctica restrictiva”.

Actualmente, aplicar esta regla implica sopesar los efectos pro y anticompetitivos de la restricción y, cuando los efectos anticompetitivos son mayores, el acuerdo se considera ilegal. Esta regla de decisión se mantiene hasta el presente y, por extensión, también se aplica a las restricciones unilaterales sobre la competencia, es decir, aquellas políticas comerciales que no requieren de un acuerdo explícito o tácito[54] con empresas competidoras, proveedoras o clientes.

La regla de la razón tiene una aplicación directa en el contexto del análisis de fusiones y adquisiciones, donde se pactan cláusulas de no competencia que son accesorias (“ancillary restraint”) al contrato de fusión o adquisición. En la medida en que la fusión o adquisición persiga un propósito comercial legítimo y la cláusula esté ajustada con ese propósito, la restricción es permitida bajo la regla de la razón. La regla tiene una aplicación más amplia a toda restricción de la competencia, acordada o unilateral, que puede ser legal, si persigue un propósito comercial legítimo y no tiene efectos exclusorios, o si los tienen se encuentran más que compensados con eficiencias trasladables al consumidor final. Adicionalmente la regla implica establecer si el mismo propósito comercial legítimo podía ser logrado a través de un medio menos restrictivo, al momento de decidir e implementar la restricción.

La prueba se centra en las condiciones de competencia vigentes al momento de implementar la PMR y mientras dure la conducta, dentro de un mercado relevante bien definido. Requiere un análisis completo de (i) la definición del mercado de producto relevante y del mercado geográfico, (ii) el poder de mercado del o los presuntos infractores en el mercado relevante, (iii) y la existencia de efectos anticompetitivos, actuales o potenciales. Sobre esa base, la SUTEL trasladará la carga al o los accionado(s) para que demuestren una justificación objetiva de la PMR, la “razón comercial legítima”, demostrable al momento de decidir e implementar la restricción, incluyendo establecer que no había

[54] Es necesario demostrar la existencia de factores o indicios adicionales (plus factors), que usualmente son de naturaleza económica.

BORRADOR PRELIMINAR CONSULTA PÚBLICA

un medio menos restrictivo para alcanzar los objetivos lícitos.

En suma, a diferencia de las PMA que son examinadas bajo la regla de ilegalidad "*per se*" o de presunción de objeto anticompetitivo, se destaca que la regla de la razón comprende dos aspectos.

> i) El objeto o causa de una PMR, aun cuando es realizada por una empresa con poder sustancial de mercado (PSM), puede ser legítimo, si cuenta con una justificación comercial objetiva.
>
> ii) Una PMR, aun cuando es realizada por una empresa con poder sustancial de mercado, puede no producir efectos exclusorios efectivos o probables, o de producirse, pueden estar compensados por eficiencias trasladables al usuario o consumidor.

En suma, en términos de la práctica internacional y de los establecidos en el régimen sectorial de competencia que aplica la SUTEL, aplicar la regla de la razón a una determinada práctica monopolística implica identificar aquellas prácticas llevadas a cabo por entidades con poder sustancial de mercado (en los mercados específicos que hayan sido definidos para el caso particular), que carecen de una justificación de negocios objetiva o que producen o pueden producir la exclusión de competidores, sin que ello conlleve eficiencias trasladables al consumidor. Ello, en cumplimiento del artículo 54 de la Ley 8642, último párrafo, que hace expresa referencia a la regla de la razón, con la carga de la prueba depositada sobre los presuntos infractores en materia de efectos procompetitivos y eficiencias: *"para determinar la existencia de estas prácticas, la Sutel deberá analizar y pronunciarse sobre los elementos que aporten las partes para demostrar los efectos procompetitivos o la mayor eficiencia en el mercado derivada de sus acciones o cualquier otro elemento que se establezca reglamentariamente; y que producirá algún beneficio significativo y no transitorio a los usuarios finales…"*.

8.4 Elementos del tipo sancionador

El artículo 54 de la Ley 8642, anteúltimo párrafo, establece como elementos del tipo sancionador de una PMR, los supuestos establecidos en los artículos 13, 14 y 15 de la Ley 7472, que son: "a) el presunto responsable tiene un poder sustancial sobre el mercado relevante" (artículo 13.a Ley 7472) y b) que las PMR "se realicen respecto de los bienes o servicios correspondientes o relacionados con el mercado relevante definido" (artículo 13.b. Ley 7472). Los artículos 14 y 15 de la Ley 7472 establecen dos elementos accesorios: los criterios para definir el mercado relevante (art. 14) y los criterios para establecer la existencia de poder sustancial de mercado (art. 15).

De modo concordante y complementario, el artículo 21 del Reglamento Técnico de Competencia ha definido los elementos del tipo sancionador, según lo siguiente:

> *"...para que un operador o proveedor o un grupo de operadores o proveedores, incurran en una o más prácticas monopolísticas relativas, deben demostrarse concurrentemente, en el procedimiento especial seguido al efecto, las siguientes circunstancias:*
>
> *a) Que el operador o proveedor tiene poder sustancial en el mercado relevante o que un grupo de estos han adquirido ese poder sustancial en forma conjunta.*
>
> *b) Que la conducta se realiza respecto de los bienes o servicios correspondientes o relacionados con el mercado relevante de que se trate.*
>
> *c) Que la práctica tiene como objeto o efecto el desplazamiento indebido de otros operadores o proveedores del mercado, el impedimento sustancial de su acceso o el establecimiento de barreras de entrada o de ventajas exclusivas a favor de una o varias personas.*"

Por tanto, el tipo sancionador:

i) requiere que haya un operador o proveedor con poder sustancial de mercado o, alternativamente, al menos dos con poder sustancial de mercado conjunto;

ii) puede involucrar productos o servicios conexos respecto de los incluidos en el mercado relevante y,

iii) requiere que la PMR se configure mediante actos, contratos, convenios, arreglos o combinaciones:

> - cuyo objeto sea el desplazamiento indebido de otros operadores o proveedores del mercado, el impedimento sustancial de su acceso o el establecimiento de barreras de entrada o de ventajas exclusivas a favor de una o varias personas; o,
>
> - cuyo efecto sea o pueda ser el desplazamiento indebido de otros operadores o proveedores del mercado, el impedimento sustancial de su acceso o el establecimiento de barreras de entrada o de ventajas exclusivas a favor de una o varias personas.

En suma, los elementos del tipo sancionador de las PMR pueden sintetizarse en dos:

i) poder sustancial de mercado y,

ii) objeto o efecto (real o potencial) exclusorio.

Estos dos elementos son comunes a todo tipo de PMR en el sector de las telecomunicaciones. Los artículos 8 a 20 del Reglamento Técnico de Competencia establecen elementos específicos para los distintos tipos de PMR listados en el artículo 54 de la Ley 8642, que se describirán en la sección siguiente.

Conforme a lo precedente, el artículo 44 inciso d) de la Ley 9736, sobre el auto de inicio de la etapa de instrucción y traslado de cargos, específicamente establece que en el caso de las PMRs *"la fundamentación deberá necesariamente incluir una identificación del mercado o de los mercados relevantes presuntamente afectados, así como los posibles efectos anticompetitivos específicos que se le atribuyen a la conducta investigada".*

8.4.1 Mercado relevante (MR) (art. 14 Ley7472)

El mercado relevante (MR) es el conjunto de productos o servicios que son considerados sustitutos por los usuarios, clientes o consumidores, tanto por sus características como por el área geográfica donde se ofrecen. Es una herramienta analítica para determinar las restricciones competitivas que se imponen sobre los agentes económicos. Proporciona un marco de análisis dentro del cual evaluar si una empresa o

BORRADOR PRELIMINAR CONSULTA PÚBLICA

empresas poseen poder de mercado[55].

El artículo 14 de la Ley 7472 establece los siguientes criterios para definir el mercado relevante y para establecer la existencia de poder sustancial de mercado:

> *"a) Las posibilidades de sustituir el bien o el servicio de que se trate, por otro de origen nacional o extranjero, considerando las posibilidades tecnológicas, el grado en que los consumidores cuenten con sustitutos y el tiempo requerido para efectuar tal sustitución.*
>
> *b) Los costos de distribución del bien mismo, sus insumos relevantes, sus complementos y sustitutos, desde otros lugares del territorio nacional y del extranjero.*
>
> *c) Los costos y las posibilidades de los consumidores para acudir a otros mercados.*
>
> *d) Las restricciones normativas, nacionales o internacionales, que limiten el acceso de los consumidores a las fuentes de abastecimiento alternativas, o el de los proveedores a los clientes alternativos.*
>
> *e) Los demás criterios análogos que se establezcan en el reglamento de esta ley."*

Los cuatro criterios establecidos en el artículo 14 de la Ley 7472, se refieren a la sustituibilidad de los productos/servicios presuntamente afectados por la PMR. En primer y principal término, procede evaluar la sustituibilidad desde la demanda y con ello identificar todos los agentes económicos que operan en el MR, que son competidores actuales de los agentes involucrados en una PMR. Complementariamente puede evaluarse la sustituibilidad desde la oferta, e identificar a sus competidores potenciales.

Con base en la sustituibilidad entre los productos, se definen las dos principales dimensiones del MR: de producto y geográfica. El MR de producto es el conjunto de productos o servicios que son razonablemente intercambiables, o sustituibles oportunamente, en razón de sus características y los fines para los que fueron hechos, considerando cuestiones de precio, uso y calidad, por lo que ejercen una presión competitiva entre sí. Dentro de dicho conjunto de productos se pueden considerar tanto aquellos provistos por empresas que actualmente participan en el mercado (competidores actuales) como los de otras empresas que puedan comenzar a proveerlos de manera inmediata y sin incurrir en costos apreciables (competidores potenciales)[56].

El MR geográfico es el espacio geográfico donde: i) se ofrecen o demandan los productos o servicios que forman parte del MR de producto, ii) los usuarios, clientes o consumidores pueden acudir indistintamente a los proveedores y viceversa, sin incurrir en costos adicionales significativos, y iii) las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y puede distinguirse de otros espacios geográficos colindantes, en razón de que las condiciones de competencia que en él prevalecen son apreciablemente distintas a las de aquéllos[57].

El grado de sustituibilidad generalmente se evalúa mediante la prueba del monopolista hipotético o prueba SSNIP. Esta prueba comienza con la suposición de que el producto involucrado en la conducta investigada ("producto focal") es producido por un monopolista hipotético. A continuación, se analiza si el monopolista hipotético puede implementar de forma rentable un "Aumento de Precio No Transitorio Pequeño pero Significativo" (SSNIP, por la sigla en inglés). La prueba SSNIP examina si los clientes trasladarían sus compras a productos alternativos. Por otro lado, también examina si el aumento en el precio podría persuadir a otros fabricantes a reorientar su capacidad de producción hacia el producto focal. Si cualquiera de estos efectos (sustitución desde la demanda o desde la oferta) es suficientemente grande, el aumento de precios no sería rentable. Entonces, procede concluir que los productos sustitutos imponen una presión competitiva sobre el producto focal y deben incluirse en el mercado relevante.

Los errores en la determinación del MR pueden implicar una apreciación incorrecta sobre las condiciones de competencia que existen en el mercado. En particular, se pueden cometer dos tipos de errores[58]:

i) Determinación demasiado amplia, que implica considerar una gran cantidad de productos o zonas geográficas como sustitutos, cuando en realidad no lo son, lo que a su vez lleva a observar una mayor cantidad de participantes en el mercado y una mayor competencia, cuando no la hay, y,

ii) Determinación demasiado estrecha, que implica considerar muy pocos productos o zonas geográficas como sustitutos, cuando en realidad hay otros productos y zonas geográficas que representan fuertes presiones competitivas para los participantes y evitan la existencia de poder de mercado.

A diferencia del caso de las PMAs, donde habiendo evidencia suficiente de la existencia de un acuerdo para no competir, las circunstancias específicas del caso (legales, económicas y de contexto) juegan un papel menor, en el caso de las PMRs sucede lo opuesto. Las circunstancias específicas del caso, que se establecen a través de la delimitación de los mercados relevantes afectados y establecer la sustancialidad del poder de mercado de los agentes económicos involucrados, determinan que un mismo acto, una misma política o decisión de negocios, sea o no ilegal, en los términos de la Ley 7472 y el artículo 54 de la Ley 8642.

Establecer las circunstancias específicas de una PMR en el sector de las telecomunicaciones tiene una complejidad propia, debido a la naturaleza multiproducto, la alta sofisticación tecnológica y el cambio permanente, que caracterizan los mercados de las telecomunicaciones. La delimitación de los mercados relevantes y su análisis es un proceso dinámico, dirigido a reflejar adecuadamente las condiciones de competencia en las que operan los presuntos agentes infractores, particularmente al momento de tomar la decisión de llevar a cabo una PMR y al momento de implementarla.

La definición del mercado relevante no está determinada única o principalmente por la tecnología y cobertura de las redes, sino más bien por sus capacidades, características y los servicios que soportan o pueden soportar. Cuestiones tales como las ofertas triple o cuádruple *play*, la sustitución asimétrica entre distintos tipos de servicios, las cadenas de sustitución entre productos o servicios, la heterogeneidad de la oferta a lo largo del país, la comercialización de servicios empaquetados, son factores importantes en el sector de las telecomunicaciones, a considerar tanto en la definición del mercado relevante, como en su análisis.[59]

La SUTEL desarrollará un análisis de sustitución por el lado de la demanda a los efectos de delimitar el MR de producto, dirigido a evaluar la

---

[55] Whish, R. and Bailey, D. (2018). Op. cit. *Chapter 1*; OECD (2012). *Policy Roundtable on Market Definition*.
[56] México. Instituto Federal de Telecomunicaciones (2021). *Guía para determinar Mercados Relevantes en los Sectores de Telecomunicaciones y Radiodifusión*.
[57] México. Instituto Federal de Telecomunicaciones (2021). Op. cit.
[58] México. Instituto Federal de Telecomunicaciones (2021). Op. cit.
[59] OECD (2014). *Defining Relevant Market in Telecommunications: Review of Selected OECD Countries and Colombia*. Competition Committee.

equivalencia funcional entre los productos y servicios involucrados, que podrá considerar lo siguiente[60]:

1. La prueba SSNIP, de manera cualitativa o cuantitativa, dependiendo de la información con la que se cuente.
2. Hábitos de consumo y preferencias de los consumidores y disposición de los consumidores para sustituir distintos productos ante un SSNIP.
3. Técnicas estadísticas o econométricas para estimar elasticidades de demanda, realizar análisis de correlación o causalidad, o evaluar los resultados de experimentos naturales.
4. Evidencia del pasado reciente respecto a la sustitución, de los consumidores, en respuesta a cambios en precios u otras variables de competencia.
5. Estrategias que disminuyan la posibilidad de que los consumidores sustituyan un producto por otro, como plazos forzosos, penalizaciones por terminación anticipada de contratos, obstáculos a la portabilidad, programas de lealtad, entre otros.
6. Falta de información sobre proveedores alternativos o sobre empaquetamiento de servicios. Tiempo que el consumidor necesita para aprender a usar un nuevo producto, los costos de haber adquirido productos complementarios que no sean compatibles con el posible sustituto.
7. Discriminación de precios u otras condiciones de comercialización entre grupos de usuarios, que puede implicar distintos MR para cada grupo de usuarios.
8. Disposiciones normativas que disminuyan las posibilidades de los consumidores para sustituir.
9. Disponibilidad de dispositivos idóneos para hacer uso de ciertos servicios, sus precios, requisitos técnicos, marcas preferidas.
10. Diferenciación de productos.
11. Cadenas de sustitución: cuando dos productos no son directamente sustitutos (por ejemplo, A y C), y otro producto (por ejemplo, B) es sustituto de ambos productos de tal modo que existe una cadena de sustitución, tal que los productos (A, B y C) pueden pertenecer al mismo MR si sus precios respectivos ejercen presiones entre sí.
12. Cocientes de desvío, que miden la proporción de ventas que se desviaría de un producto a otro(s), en caso de un aumento en el precio del primero.

Para determinar el MR de producto, la SUTEL podrá complementar el análisis de sustitución por el lado de la demanda con un análisis de sustitución por el lado de la oferta, dirigido a evaluar si frente a un SNIPP puede aparecer una oferta adicional de productos eficaz e inmediata, con efectos equivalentes a la sustitución por el lado de la demanda. Para tal fin podrá considerar lo siguiente[61]:

1. Requisitos normativos de carácter internacional, nacional, o local que limiten la capacidad o disposición de proveedores para adecuar sus sistemas productivos, o modelos de negocio, y ofrecer el producto o servicio investigado: i) concesiones, permisos o autorizaciones, ii) derechos exclusivos, iii) las restricciones regulatorias iv) estándares obligatorios específicos, v) ausencia de regulación sobre compartición de infraestructuras con entrantes, entre otros.
2. Evidencia histórica sobre proveedores que hayan ajustado sus procesos productivos para proveer el producto analizado, incluyendo información sobre los incentivos, costos y el tiempo, requeridos.
3. Opinión, las estrategias de expansión o el comportamiento de oferentes que pudieran tener incentivos para proveer el producto analizado.
4. Los costos hundidos en que incurrirán los oferentes con incentivos para proveer el producto analizado, para acceder a los insumos, para modificar sus sistemas de producción y distribución.
5. La capacidad excedente y los contratos de largo plazo que puedan limitar la capacidad de redireccionar la producción hacia el producto analizado.
6. Si el cambio en los sistemas de producción y distribución es factible con la tecnología actual o si se requiere llevar a cabo un cambio tecnológico.
7. Si la convergencia tecnológica y la digitalización podrían permitir a nuevos proveedores ofrecer servicios similares haciendo uso de una plataforma diferente o comenzar a proveer el producto investigado a partir de su infraestructura y capacidad instalada.
8. Contratos de largo plazo que limitan las posibilidades de redireccionar la capacidad en uso.
9. Posibilidades para acceder a insumos o canales de distribución.
10. Necesidad de acceso a la red pública de telecomunicaciones, contenidos o frecuencias del espectro radioeléctrico específicas.
11. La presencia de efectos directos de red que perjudican a los operadores con menor escala.
12. Capacidad económica para acceder a fuentes de financiamiento, a mercados de capitales, o para formular ofertas competitivas.
13. Pertenencia a grupos económicos de mayor tamaño o la participación en distintos eslabones de la cadena de valor, que faciliten formular ofertas competitivas.
14. Características técnicas y replicabilidad de la infraestructura necesaria para ofrecer los productos.
15. Opinión de expertos en la industria y en la tecnología específica del producto analizado para obtener información y evidencia sobre la capacidad de ciertos oferentes para comenzar a proveerlo.

Con relación a los servicios empaquetados, a los efectos de la definición del MR de producto, la SUTEL considerará lo siguiente[62]:

1. La Prueba SSNIP aplicada a servicios individuales y paquetes de servicios.
2. La existencia de alternativas de servicios y proveedores que los ofrezcan, de manera empaquetada y desagregada.
3. La capacidad de los oferentes para conformar ofertas de paquetes de servicios.
4. La capacidad de los usuarios para conformar paquetes sintéticos a través de ofertas de paquetes o servicios individuales.
5. Los patrones de consumo de los usuarios, por ejemplo, la proporción de usuarios que contrata paquetes puros, paquetes sintéticos y servicios individuales.
6. Los precios relativos de los paquetes y de los servicios individuales, incluyendo el otorgamiento de descuentos sobre los servicios empaquetados, así como las diferencias en calidad.
7. La presencia de economías de alcance específicas del cliente y ahorros en costos de transacción en la provisión de paquetes.
8. Las necesidades de los usuarios y sus preferencias en la contratación de servicios con uno o más proveedores.
9. Los costos de cambio entre los paquetes y los servicios individuales.
10. La evidencia respecto a si los usuarios han cambiado de paquetes a servicios individuales, o viceversa, como resultado de cambios en

[60] México. Instituto Federal de Telecomunicaciones (2021). Op. cit.
[61] IFT (2021). Op. cit.
[62] IFT (2021). Op. cit.

los precios.
11. La existencia de sustitución asimétrica entre los paquetes y sus componentes individuales.

Para determinar el MR geográfico, la SUTEL buscará dilucidar la capacidad que tienen los demandantes de recurrir a oferentes ubicados en otras zonas geográficas para abastecerse del producto analizado, en respuesta a pequeñas variaciones no transitorias en los precios relativos u otras variables relevantes, para lo cual podrá considerar lo siguiente[63]:

1. La Prueba SSNIP.
2. Análisis de correlación de precios y el cálculo de elasticidades de la demanda.
3. Costos en los que puede incurrir un consumidor por acudir a otra zona geográfica, tales como se encuentran los costos de búsqueda y de transporte.
4. Discriminación geográfica de precios.
5. Plazos forzosos y penalizaciones por la terminación anticipada de contratos aplicados a los usuarios.
6. Diferencias en las preferencias de los usuarios en distintas zonas geográficas: idioma, cultura o estilos de vida.
7. Heterogeneidad en las condiciones de competencia entre distintas zonas geográficas.
8. Normas o disposiciones jurídicas emitidas por cualquier orden de gobierno o entidad con capacidades suficientes para establecer disposiciones que restrinjan la capacidad de los consumidores de abastecerse a través de proveedores ubicados en otras zonas geográficas.

Complementariamente, para determinar el MR geográfico, la SUTEL considerará la sustituibilidad desde la oferta (la capacidad que tienen otros agentes económicos para abastecer la zona geográfica analizada, de manera eficaz e inmediata, en respuesta a pequeñas variaciones no transitorias en los precios relativos u otras variables relevantes) con base en lo siguiente[64]:

1. Zonas de cobertura autorizadas en los títulos de concesión de los proveedores de servicios de telecomunicaciones.
2. Requisitos normativos como concesiones, permisos o autorizaciones que limiten la capacidad y disposición de proveedores para abastecer a zonas geográficas alternativas o desplegar su infraestructura.
3. Costos de distribución para ofertar servicios en la zona geográfica investigada, que pueden incluir, entre otros, costos de despliegue, mantenimiento o arrendamiento de elementos de infraestructura de la red pública de telecomunicaciones y; arrendamiento de infraestructura de terceros.
4. Costos de los insumos importantes, como en el caso de los proveedores de servicios OTT[65], insumos tales como infraestructura de almacenamiento y procesamiento de datos (incluyendo centros de datos y servicios administrados), servicios de analítica de datos para clasificar y ordenar información, así como el desarrollo de aplicaciones, programas e interfaces para proveer sus servicios.
5. Cobertura real de las redes públicas de telecomunicaciones en la zona de investigación.
6. Estudios económicos o de mercado realizados por los proveedores que tengan o hayan tenido la intención de abastecer la zona geográfica analizada.
7. Información histórica respecto a proveedores que hayan ajustado sus procesos productivos para abastecer la zona geográfica analizada.
8. Restricciones impuestas por otros agentes económicos que limitan la capacidad de oferentes ubicados fuera de la zona geográfica analizada, para abastecer dicha zona, tales como acceso a enlaces dedicados mayoristas.
9. Restricciones impuestas por otros agentes económicos que imponen barreras de entrada a oferentes ubicados fuera de la zona geográfica analizada, para abastecer dicha zona.
10. Capacidad excedente disponible: la ausencia de restricciones de capacidad y/o de contratos de largo plazo que comprometan dicha capacidad.

Finalmente, cabe advertir que la SUTEL en su rol de regulador tiene el deber de determinar los mercados relevantes objeto de regulación ex ante, que, también se definen con base en los artículos 13 y 14 de la Ley 7472, pero con objetivos o fines distintos: identificar si hay operadores o proveedores con poder significativo de mercado e imponer obligaciones y condiciones de índole regulatoria a dichos operadores y proveedores. Estos mercados relevantes son distintos de los que se deben definir a efectos del análisis de las PMR. En este caso, la definición debe hacerse caso por caso. En algunos casos, ambas definiciones podrían eventualmente coincidir, por las características de las prácticas y los mercados investigados.

> Ejemplo. Acuerdo 029-005-2012, Resolución RCS-017-2012, sobre la denuncia interpuesta por Call My Way NY, S.A. y R&H International Telecom Services S.A. en contra del Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), la definición del mercado relevante y la determinación del poder sustancial, dado que existía coincidencia, se hizo con referencia a la Resolución RCS-307-2009[66] del Consejo de la SUTEL, donde se definieron 18 mercados relevantes objeto de regulación *ex ante* y se estableció que ICE era un "operador y proveedor importante" en algunos de ellos. Ahora bien, para efectos de la aplicación del artículo 54 de la Ley 8642, deberá remitirse a los criterios establecidos en los artículos 14 y 15 de la Ley 7472 en cada caso concreto y podrá utilizarse dicha resolución únicamente en forma subsidiaria (nótese que los artículos referidos también sirven de base para esa definición de mercados relevantes).

8.4.2 Poder sustancial en el mercado (PSM)

El poder sustancial en el mercado (PSM) es la capacidad a largo plazo de un agente económico para aumentar el precio o excluir competidores. Incluye la capacidad de imponer un precio por encima del nivel competitivo de manera rentable y duradera. También incluye la capacidad de ralentizar la innovación, reducir la calidad del producto o las opciones disponibles para el consumidor[67] [68].

[63] IFT (2021). Op. cit.
[64] IFT (2021). Op. cit.
[65] Servicios a través de internet (Over The Top, en inglés).
[66] Titulada: "Revisión del mercado del servicio mayorista de terminación en redes móviles individuales, análisis del grado de competencia en dicho mercado, declaratoria de operadores importantes e imposición de obligaciones".
[67] Cf. International Competition Network (2011). *Unilateral Conduct Workbook*.
[68] Cf. US-Federal Trade Commission (2023). *Guide to Antitrust Laws. Single Firm Conduct*.

El poder de mercado es una cuestión de magnitudes. El grado de poder de mercado dependerá de las circunstancias de cada caso. Para evaluar si una empresa tiene poder sustancial en el mercado (PSM), procede considerar si la empresa se enfrenta a restricciones competitivas y en qué medida. Esas restricciones pueden provenir de los competidores actuales, de los competidores potenciales y de otros factores como un fuerte poder de compra de los clientes, usuarios o consumidores[69].

El artículo 15 de la Ley 7472 y el artículo 24 del Reglamento Técnico de Competencia establecen los criterios generales que deben considerarse para determinar si un agente económico tiene poder sustancial en el mercado relevante, a saber:

> *"a) Su participación en ese mercado y su posibilidad de fijar precios unilateralmente o de restringir, en forma sustancial, el abastecimiento en el mercado relevante, sin que los demás agentes económicos puedan, en la actualidad o en el futuro, contrarrestar ese poder.*
>
> *b) La existencia de barreras a la entrada y los elementos que, previsiblemente, puedan alterar tanto esas barreras como la oferta de otros competidores.*
>
> *c) La existencia y el poder de sus competidores.*
>
> *d) Las posibilidades de acceso del agente económico y sus competidores a las fuentes de insumos.*
>
> *e) Su comportamiento reciente.*
>
> *f) Los demás criterios análogos que se establezcan en el Reglamento de esta Ley."*

La SUTEL utilizará los precitados criterios para evaluar los tres principales aspectos que definen la existencia de PSM (competencia actual, potencial y poder compensatorio de los consumidores), según lo siguiente:

<u>Competencia actual</u>

En primer término, se computarán las participaciones de mercado y se establecerá la concentración de la oferta mediante el Índice de Herfindahl-Hirschman (HHI, por sus siglas en inglés), que computa la suma de cuadrados de las cuotas de mercado de los agentes que participan en el mercado relevante. Mercados con valores del HHI de hasta 1000 puntos se considerarán desconcentrados. Mercados con HHI superior a 1.500 e inferior a 2.500 se considerarán moderadamente concentrados. Mercados que superan los 2.500 puntos se considerarán altamente concentrados[70].

Las participaciones de mercado y el HHI proveen una primera indicación sobre la posición de los agentes investigados y sus competidores, que presentará limitaciones, particularmente cuando existen productos diferenciados, como muchas veces es el caso del sector de las telecomunicaciones y/o cuando el mercado es muy dinámico. Los incisos a), c) y d) del artículo 15 de la Ley 7472 requieren considerar elementos que van más allá de las cuotas de mercado y para determinar conforme a las circunstancias específicas del caso, el grado de fortaleza de los competidores actuales. Posibles elementos por considerar para este fin son:

i) Estabilidad y durabilidad de las participaciones de mercado.

ii) Tamaño relativo de los agentes que participan en el mercado, grado de integración vertical, recursos disponibles y economías de escala.

iii) En un contexto de productos diferenciados o de cadenas de sustitución, qué productos son los competidores directos más fuertes y si cuentan con similar acceso a insumos.

<u>Competencia potencial</u>

El inciso b) del artículo 15 de la Ley 7472 exige una evaluación de las barreras a la entrada de nuevos competidores (competidores potenciales), así como también las barreras a la expansión de los competidores actuales. Esta evaluación permite capturar los aspectos dinámicos del mercado relevante, que son de preponderancia en el sector de las telecomunicaciones. Si bien participaciones de mercado altas pueden ser un indicio de la existencia de PSM, si el análisis de la competencia potencial (barreras a la entrada/expansión) indica que la entrada de nuevos competidores o la expansión de los competidores actuales es probable, oportuna y en una escala suficiente[71], la empresa puede no detentar PSM. En sentido inverso, una empresa con una participación de mercado moderada puede detentar PSM, si la entrada o expansión de competidores está bloqueada.

El artículo 25 del Reglamento Técnico de Competencia establece los elementos que la SUTEL debe considerar para establecer las barreras a la entrada, según lo siguiente:

> *"a) Los costos financieros o de desarrollar canales alternativos, el acceso limitado al financiamiento, a la tecnología o a canales de distribución eficientes.*
>
> *b) El monto, indivisibilidad y plazo de recuperación de la inversión requerida, así como la ausencia o escasa rentabilidad de los usos alternativos de infraestructura y equipo.*
>
> *c) La necesidad de contar con concesiones, autorizaciones y permisos o cualquier clase de autorización gubernamental, así como con derechos de uso o explotación protegidos por la legislación en materia de propiedad intelectual o industrial.*
>
> *d) La inversión en publicidad requerida para que una marca o nombre comercial adquiera una presencia de mercado que le permita competir con marcas o nombres ya establecidos.*
>
> *e) Las limitaciones a la competencia en los mercados internacionales.*
>
> *f) Las restricciones constituidas por prácticas comunes de los operadores y proveedores ya establecidos en el mercado relevante.*
>
> *g) Los actos de autoridades estatales o municipales que discriminen en el otorgamiento de estímulos, subsidios o apoyos a ciertos operadores o proveedores."*

La lista de elementos del artículo 24 del Reglamento Técnico de Competencia no es exhaustiva, así en el caso de las PMR se impone aplicar la regla de la razón, que implica valorar las circunstancias específicas de cada caso. Por lo cual, la SUTEL podrá considerar elementos adicionales que según las circunstancias del caso sean idóneos para determinar las condiciones efectivas de entrada y expansión de los competidores. Podrán ser de utilidad considerar cuestiones tales como las economías de escala y aglomeración, el acceso a insumos o recursos naturales esenciales, a tecnologías importantes, a redes de distribución o ventas, los costos u otros impedimentos; por ejemplo,

[69] Cf. United Kingdom, Office of Fair Trading (2004). *Assessment of Market Power*.
[70] Cf. Centrocompetencia (n.d.). *Índice de Herfindhal Hirschman*
[71] International Competition Network (2011). Op.cit. Comisión Europea (2010) *Guidance on Article 102 Enforcement Priorities*.

BORRADOR PRELIMINAR CONSULTA PÚBLICA

resultantes de los efectos de red, o de los plazos de los contratos, que limitan a los clientes para cambiar a otro proveedor, la necesidad de incurrir en costos irrecuperables significativos (costos hundidos), entre otros.

Poder compensatorio desde la demanda

La SUTEL revisará si las circunstancias específicas del caso indican algún grado de concentración desde el lado de la demanda u otras circunstancias que otorguen fuerte poder de negociación a los clientes, de modo tal que un agente económico con una cuota alta de mercado, no cuente con PSM. Ese poder debe estar suficientemente generalizado y no ser propio de un grupo reducido de usuarios.

8.4.3 Objeto y efecto(s) anticompetitivos

El tercer elemento del tipo sancionador, conforme al artículo 54 de la Ley 8642 y el artículo 21 del Reglamento Técnico de Competencia, es la determinación del objeto y efectos exclusorios actuales o potenciales de la PMR.

Conforme a la regla de la razón, la exclusión de competidores no es ilegal, no constituye una PMR cuando es el resultado del desempeño superior de una empresa, lo cual se denomina "competencia con base en el mérito". Reducciones de costos de producción, mejoras de eficiencia, acciones para mejorar la atención de los clientes, introducción de un producto genuinamente nuevo, son ejemplos de competencia con base en el mérito.

La exclusión puede tornarse ilegal en los términos de la Ley 7472 y el artículo 54 de la Ley 8642, cuando es un acto que no cuenta con una justificación legítima objetiva, de negocios o de otra índole, cuando el objeto del acto sólo puede ser mantener o fortalecer el poder sustancial en el mercado.

Los efectos exclusorios incluyen causar desventajas significativas a los rivales que, sin sacarlos de un mercado, les impidan su expansión, así como disuadir la entrada de nuevos competidores.

Los efectos exclusorios de una PMR, pueden ser actuales o potenciales. Puede ser el caso de que una PMR sea denunciada cuando su impacto adverso en el proceso competitivo aún no ha ocurrido, buscando impedir que ello ocurra. Es posible que una PMR sea investigada después de que ha sido adoptada, pero antes de ser implementada.

Los artículos 9 a 20 del Reglamento Técnico de Competencia indican el objeto y los efectos exclusorios actuales o potenciales específicos que se encuentran habitualmente asociados a cada tipo de PMR listada en el artículo 54 de la Ley 8642, que se describirán en la siguiente sección.

En suma, frente a una presunta PMR, SUTEL procederá a establecer en el auto de inicio de la etapa de instrucción y traslado de cargos del procedimiento especial que:

i) existen indicios de que el presunto infractor contaría con poder sustancial de mercado en algún mercado relevante de servicios de telecomunicaciones (o conexo con un servicio de telecomunicaciones) definidos para el caso concreto.

ii) existen indicios de que la PMR objetada podría encuadrar en alguno de los tipos de PMR listados en el artículo 54 de la Ley8642 y de los artículos 9 a 20 del Reglamento Técnico de Competencia.

iii) no existiría prima facie una justificación comercial legítima u otra justificación legítima objetiva, que motive legalmente la adopción de la práctica objetada.

iv) existen indicios de que el único posible objeto o efecto del acto investigado sería el desplazamiento indebido de otros operadores o proveedores del mercado, o el impedimento sustancial de su acceso, o el establecimiento de barreras de entrada, o de ventajas exclusivas a favor de una o varias personas, para mantener o profundizar el poder sustancial en el mercado de la presunta infractora.

v) existiría una alta probabilidad de que la PMR tenga efectos exclusorios de una magnitud tal que, en principio, no resulta evidente que puedan compensarse con eficiencias transferibles al consumidor.

8.5 Tipos de PMR

El artículo 54, inciso a) a l) de la Ley 8642 establece los tipos de PMR que deben sancionarse conforme a la ley, mientras que los artículos 9 a 20 del Reglamento Técnico de Competencia establecen para cada una de ellas, su objeto y efectos, según lo siguiente.

8.5.1 Precios o condiciones discriminatorios (art. 54 "a" Ley 8642 y art. 9 Reglamento Técnico de Competencia)

Para el caso de los precios o condiciones discriminatorios, se establecen tres hipótesis:

i) "... establecimiento injustificado de precios o condiciones diferentes a operadores y proveedores situados en condiciones similares" ... o,

ii) "... cuando un operador o proveedor provee infraestructura, servicios, sistemas o información, aplicando a terceros contratantes condiciones desiguales por transacciones equivalentes, colocándolos en una desventaja competitiva"; o

iii) "... cuando un operador o proveedor impone precios o condiciones de compra o venta disímiles a compradores o vendedores situados en igualdad de condiciones".

Nótese que las hipótesis primera y tercera son idénticas, sólo que en la primera son los proveedores y operadores los afectados por la discriminación implementada por un agente económico cualquiera, mientras que, en la tercera, es el proveedor u operador quien implementa la política discriminatoria. La segunda hipótesis se refiere a una discriminación cuyo efecto sea poner en desventaja competitiva a un tercero.

A los efectos de deslindar si cualesquiera de las precitadas hipótesis, cuando es cometida por un agente económico con poder sustancial configura una PMR, la SUTEL considerará su objeto o justificación y sus efectos exclusorios, en orden a preservar o fortalecer el poder sustancial del agente involucrado.

La discriminación de precios ocurre cuando una misma empresa vende bienes o servicios idénticos o similares a precios diferentes y estas diferencias no pueden justificarse por diferentes estructuras de costos. Por ello, la discriminación de precios en segundo grado o descuentos por volumen no configuran una PMR, en la medida se otorguen con base en criterios objetivos, cuenten con una justificación legítima de negocios y un objeto legítimo. Tampoco se configura una PMR cuando la discriminación de precios es de primer grado, por cuanto la explotación directa del usuario o consumidor (abuso explotativo) no es una figura punible en la Ley 7472 ni en el artículo 54 de la Ley 8642.

BORRADOR PRELIMINAR CONSULTA PÚBLICA

El único tipo de discriminación de precios punible es la discriminación entre grupos de clientes, no asociada a ningún ahorro de costos y siempre que su objeto o su efecto (real o potencial) sea excluir o perjudicar la posición competitiva de un competidor.

Por tanto, con base en el artículo 54 inciso a) de la Ley 8642, la SUTEL procederá a comprobar durante el procedimiento especial si:

i) el presunto agente infractor tiene poder sustancial en el mercado relevante del producto involucrado.

ii) el o los agentes económicos discriminados son competidores actuales o potenciales del agente infractor en el mercado relevante definido o en uno conexo.

iii) al momento de decidir implementar la discriminación, el presunto infractor no contaba con ninguna razón empresarial válida (circunstancias objetivas legales, económicas o de contexto) que justificasen la discriminación, de modo tal que el objeto plausible de la práctica o su efecto es intentar disuadir un entrante, excluir o debilitar la competencia.

iv) los efectos exclusorios actuales o potenciales (en términos de aumentos de precios, reducción de la variedad o la innovación) serían de una magnitud tal que, en principio, no tendrían compensación con eficiencias trasladables al consumidor.

8.5.2 Negativa de trato (art. 54 "b" Ley 8642 y art. 10 Reglamento Técnico de Competencia).

Para el caso de la negativa de trato, se establecen dos hipótesis, según lo siguiente.

i) "... la acción unilateral de rehusarse a vender, comercializar o proporcionar a operadores o proveedores, servicios de telecomunicaciones disponibles, normalmente ofrecidos o adquiridos de terceros, sin que exista una justificación técnica o económica razonable" ... o

ii) "... la obstaculización del acceso mediante el ofrecimiento de precios o condiciones no razonables y la dilación de los procesos de acceso como un mecanismo para impedir el ingreso o la expansión de un competidor en el mercado".

Respecto de la negativa a contratar, la SUTEL tendrá presente la preeminencia del principio de la libertad de contratar y la libertad de seleccionar los socios comerciales, aunque el agente cuente con poder sustancial. No obstante, y en la medida en que concurran -acumulativamente- las tres circunstancias establecidas en los incisos a), b) y c) del artículo 10, segundo párrafo, del Reglamento Técnico de Competencia, la SUTEL podrá obligar al agente investigado a contratar con determinados competidores o clientes, como medida remedial de las condiciones de competencia en el mercado relevante afectado. Las circunstancias son las siguientes.

> *"a) La denegación se refiera a un producto o servicio objetivamente necesario para poder competir con eficacia en un mercado descendente.*
>
> *b) Sea probable que la denegación dé lugar a la eliminación de la competencia efectiva en el mercado descendente.*
>
> *c) Sea probable que la denegación redunde en perjuicio de los consumidores."*

La SUTEL podrá priorizar aquellos casos en los cuales existan dos mercados relevantes involucrados, verticalmente vinculados y la negativa está referida a una facilidad esencial. De modo tal que la negativa de venta afecta significativamente las condiciones de competencia en un mercado descendente.

Por tanto, con base en el artículo 54 inciso b) de la Ley 8642, la SUTEL procederá a comprobar durante el procedimiento especial si:

i) el presunto agente infractor tiene poder sustancial en un mercado relevante, usualmente aguas arriba, el bien o servicio en cuestión es "objetivamente necesario para competir con eficacia" y no sería replicable en el horizonte de tiempo relevante.

ii) el o los agentes económicos afectados por la negativa son competidores actuales o potenciales del agente infractor en el mercado relevante descendente.

iii) al momento de decidir la negativa no existía razón empresarial válida (circunstancias objetivas legales, económicas o de contexto) que justificaron la negativa, particularmente cuando implica la interrupción injustificada de una relación de negocios previa, de modo tal que el objeto plausible de la práctica o su efecto es disuadir la entrada, o excluir o debilitar competidores, de modo tal que el presunto infractor preserve o refuerce su poder sustancial.

iv) los efectos exclusorios actuales o potenciales (en términos de aumentos de precios, reducción de la variedad o la innovación) en el mercado relevante afectado serían de una magnitud tal que no tendrían compensación con eficiencias trasladables al consumidor.

Cabe tener presente que, si la situación se refiere a la interconexión y el acceso, el artículo 10 último párrafo del Reglamento Técnico de Competencia indica que se aplicará lo dispuesto en la Ley 8642 y el Reglamento de Acceso a Interconexión, sin perjuicio de que dichas situaciones puedan configurar la práctica prevista en esta PMR.

8.5.3 Subsidios cruzados (art. 54 "c" Ley 8642 y art. 11 Reglamento Técnico de Competencia)

Para el caso de los subsidios cruzados, el art. 11 del Reglamento Técnico de Competencia describe la siguiente hipótesis.

> *"... cuando se utilizan los ingresos provenientes del ofrecimiento de un determinado servicio de telecomunicaciones para subsidiar el precio de cualquier otro servicio de telecomunicaciones, equipo o instalación, de manera tal que se restrinja o se pueda restringir injustificadamente la competencia en el mercado de telecomunicaciones".*

Un subsidio cruzado se produce cuando una empresa con PSM asume o asigna la totalidad o una parte de los costes de su actividad en un mercado relevante geográfico o de productos a otra actividad en otro mercado relevante geográfico o de productos. Cuando afecta a la variable precios, puede suceder que, para cobrar precios artificialmente bajos a un grupo de consumidores, se cobran precios altos a otro grupo de consumidores.

Respecto de los subsidios cruzados, la SUTEL tendrá presente la preeminencia del principio de la libertad de empresa, aunque el agente cuente con poder sustancial. Sin embargo, para que se configure el tipo sancionador, es imprescindible que el objeto del subsidio y su efecto sea anticompetitivo: crear, mantener o reforzar el poder sustancial del agente investigado, por ejemplo, disuadiendo la entrada o expansión de competidores debido a los precios artificialmente bajos en el mercado objetivo.

Por tanto, con base en el artículo 54 inciso c) de la Ley 8642, la SUTEL procederá a comprobar durante el procedimiento especial si:

i) el presunto agente infractor tiene poder sustancial en al menos uno de los mercados relevantes afectados por el subsidio cruzado.

BORRADOR PRELIMINAR CONSULTA PÚBLICA

ii) al momento de decidir implementar el subsidio cruzado el presunto infractor no contaba con ninguna razón empresarial válida (circunstancias objetivas legales, económicas o de contexto) que justificasen la iniciativa, de modo tal que el objeto plausible de la práctica o su efecto es la exclusión o debilitamiento de la competencia, a fines de que el presunto infractor obtenga poder sustancial, lo preserve o refuerce.

iii) los efectos exclusorios actuales o potenciales (en términos de futuros aumentos de precios, reducción de la variedad o la innovación) en el mercado relevante afectado serían de una magnitud tal que, en principio, no tendrían compensación con eficiencias trasladables al consumidor.

8.5.4 Exclusividad (art. 54 "d" Ley 8642 y art. 12 Reglamento Técnico de Competencia)

Para el caso de los contratos o cláusulas de exclusividad, que - por definición - involucran al menos dos agentes económicos: el que otorga la exclusividad y el que la recibe, el art.12 del Reglamento Técnico de Competencia describe varias hipótesis.

A todo efecto, procede tener presente que esta práctica puede emerger de un contrato bilateral, una acción concertada entre dos o más agentes económicos, fruto de un libre acuerdo de voluntades, en el cual las partes intervinientes perciben un beneficio individual. Si el esquema establecido tiene como objeto o efecto un perjuicio a la competencia, dicho contrato puede ser objetado en los términos del artículo 54 d) de la Ley 8642 y todas las partes intervinientes en el contrato podrían ser sancionadas. Nótese que al menos una de las partes debe contar con poder sustancial en el mercado, para que se configure el tipo sancionatorio de la ley.

Distinto es el caso cuando la exclusividad es impuesta por un único agente económico con PMS, o es el emergente fáctico de una política comercial unilateralmente establecida por un agente económico con PMS, donde la sanción sólo recaería en el agente responsable del diseño e implementación del esquema. Por ello, frente a estas prácticas, la investigación de las circunstancias del caso incluirá determinar si la exclusividad es la resultante de una acción unilateral o concertada, a los efectos de definir qué agentes económicos serán sancionados.

A continuación, se transcriben y describen las hipótesis listadas en el art. 12 del citado Reglamento.

a) *"... la fijación, la imposición o el establecimiento de la compra, venta o distribución exclusiva de servicios de telecomunicaciones (…)"*, por:

    a1) razón del "sujeto",

    a2) razón de la "situación geográfica"

    a3) "períodos de tiempo determinados"

b) "*la división, la distribución o la asignación de clientes o proveedores, entre operadores y proveedores de telecomunicaciones, o entre estos y otros agentes económicos que no sean competidores entre sí".*

c) "obligaciones de distribución exclusiva que impidan a otros competidores venderles".

d) "descuentos e incentivos".

e) "acuerdos de compra mínima".

f) "otros".

La hipótesis a) incluye las prácticas de compra (suministro), venta o distribución exclusiva. La exclusividad puede ser ejercida por un determinado tipo de sujeto económico: por ejemplo, un cliente o comprador exclusivo, un proveedor exclusivo, un distribuidor exclusivo, una red de distribuidores autorizados (distribución selectiva).

Conforme también lo describe la hipótesis a), la exclusividad puede afectar una determinada área geográfica (provincias, cantones, distritos, localidades, urbanizaciones y edificios) o un periodo de tiempo determinado. También puede afectar un canal específico de comercialización (por ejemplo, la venta online), o un determinado tipo de clientes (por ejemplo, clientes corporativos). Estas últimas hipótesis no están explicitadas en el precitado artículo 12 y encuadraría en el tipo abierto "otros" del inciso f).

En la práctica, los acuerdos de exclusividad pueden combinar varios de los precitados aspectos definidos en la hipótesis a). Los acuerdos de venta o distribución exclusiva son aquellos por los cuales un proveedor se compromete a vender sus productos a un solo distribuidor, o a un número limitado de ellos, para su reventa en un territorio particular o a un grupo específico de clientes. También el acuerdo puede prever restringir al distribuidor exclusivo la venta activa en otros territorios asignados al propio proveedor u otros distribuidores exclusivos. Por ejemplo, los llamados "contratos de marca única" (single branding) son aquellos en los cuales un revendedor está obligado a comprar a cierto proveedor, sabiendo que ningún otro revendedor recibirá suministros de esa marca en un área geográfica particular.

Al respecto, la reciente guía sobre restricciones verticales de la Comisión Europea (2022) estima que "La exclusión de otros proveedores no surge en tanto la distribución exclusiva no se combine con una marca única, que obliga o induce al distribuidor a concentrar sus pedidos de un tipo de producto concreto en un único proveedor. La combinación de la distribución exclusiva y la imposición de marca única puede dificultar a otros proveedores la búsqueda de distribuidores alternativos, en particular cuando la marca única se aplica a una red densa de distribuidores exclusivos con pequeños territorios o en caso de un efecto anticompetitivo acumulativo."[72]

Entre los acuerdos de distribución exclusiva, cabe mencionar los "sistemas de distribución selectiva" que, (1) especifican los criterios de selección que deben cumplir las empresas antes de que puedan ser admitidas como "distribuidores autorizados", y (2) los que impiden la reventa del producto a distribuidores no autorizados. Suelen utilizarse cuando un proveedor desea establecer un sistema de distribución que garantice a los clientes un alto estándar de calidad para los servicios de preventa, venta o posventa y para ello es necesario impedir que el producto esté disponible por fuera del sistema de distribución, en locales de descuento o similares[73].

[72] Comisión Europea (2022). *Directrices relativas a las restricciones verticales*. (2022/C 248/01), párrafo 128

[73] Wagner-von Papp, F. (n.d.) *Selective distribution*. Global Dictionary of Competition Law, Concurrences, Art. N° 12220

BORRADOR PRELIMINAR CONSULTA PÚBLICA

***Ejemplo**. La jurisprudencia de la UE ha desarrollado una doctrina sobre los acuerdos de exclusividad que comenzó con Delimitis v Henninger Bräu AG (1991). En este caso, había un contrato de suministro de cerveza entre Henninger Brau AG y el Sr. Delimitis, que estipulaba que el Sr. Delimitis, para mantener la tenencia de la taberna, debía comprar una cierta cantidad de cerveza y refrescos cada año de la cervecería. El acuerdo fue analizado por la Corte, que buscó determinar la existencia de posibles efectos de exclusión acumulativos, debido a la combinación de este acuerdo con otros similares en el mismo mercado relevante. La objeción del Tribunal se basó en la consideración de tres componentes: (1) cuotas de mercado de las partes contratantes y proporción de puntos de venta vinculados al fabricante, (2) la duración del acuerdo y (3) otros factores relacionados con las barreras de entrada en el mercado relevante. En jurisdicción de los EE.UU. como caso similar, se destaca McWane, Inc, y Star Pipe Products, Ltd. La FTC actuó contra McWane Inc, debido a que mantuvo ilegalmente su monopolio en el mercado nacional de accesorios para tuberías mediante la implementación de una política de negociación exclusiva denominada "Programa de Soporte Completo", como respuesta a la próxima entrada de Star en el mercado. Antes de que Star ingresara al mercado en 2009, McWane era el único fabricante de accesorios domésticos y, para 2010, Star ganó rápidamente una participación de mercado del 5 %. La política implementada por McWane se consideró una amenaza para los distribuidores que no podrían comprar más accesorios domésticos de McWane si compraban esos artículos de Star. Como resultado de la implementación del programa, varios distribuidores cancelaron pedidos de Star. La FTC concluyó que el Programa de soporte completo perjudicó a la competencia y carecía de beneficios compensatorios procompetitivos para los consumidores.* [74]

La hipótesis b) puede considerarse una especie del género descrito en la hipótesis a), que explicita un esquema posible dentro del sector de las telecomunicaciones, por el cual un agente económico procede a asignar clientes o proveedores entre operadores o proveedores de telecomunicaciones no competidores entre sí. El esquema podría incluir agentes que no son operadores o proveedores de telecomunicaciones. La exclusividad puede estar definida conforme al tipo de sujeto económico clientes corporativos u hogares, al área geográfica de cobertura (desde una provincia hasta una urbanización), o un periodo de tiempo.

***Ejemplo**. U.S. Federal Communications Commission (FCC) prohíbe contratos exclusivos de servicios de telecomunicaciones en edificios de apartamentos. En una orden adoptada el 19 de marzo de 2008m, la FCC prohibió a los operadores de redes de telecomunicaciones celebrar contratos de exclusividad para la prestación de servicios en edificios de apartamentos residenciales y prohibió la ejecución de los contratos vigentes con cláusulas de exclusividad. Se entendió que los acuerdos exclusivos entre operadores y propietarios de edificios dañan a los consumidores y a la competencia, con poca evidencia de beneficios compensatorios. Además, los contratos exclusivos han bloqueado el acceso de los consumidores a servicios competitivos y las ofertas de "triple play" de voz, video y banda ancha*[75].

La hipótesis c) también podría considerarse una especie del género descrito en la hipótesis a), que pone en evidencia que la exclusividad puede producirse formalmente a través de una cláusula en un contrato más amplio, por la cual se establecen obligaciones de distribución exclusiva que incluyan la prohibición de comprar a terceros.

La hipótesis d) explicita las situaciones de exclusividad que son el resultado del establecimiento, usualmente unilateral, de bonificaciones, incentivos, reembolsos por fidelidad o lealtad. La situación de exclusividad deviene del costo asociado a perder dichos incentivos económicos, si se cambia de proveedor o cliente.

La hipótesis e) expone las situaciones de exclusividad que pueden emerger, fácticamente, de acordar un volumen mínimo de compras con un cliente o proveedor. Puede o no estar acompañada por un esquema de incentivos económicos como los descriptos en la hipótesis d). Algunas autoridades de competencia, como la de la UE, equiparan con la exclusividad los acuerdos o esquemas comerciales que comprometen el 80% o más de las necesidades de un cliente.[76]

***Ejemplo**. En México*[77] *, se destaca el "Caso Telcel y Bluelable", originado en una denuncia de varias empresas sobre una posible práctica relativa en la forma de distribución exclusiva por parte de Bluelable del tiempo aire de Telcel. Se descubrió que, entre el 31 de marzo de 2012 y el 31 de agosto de 2014, América Móvil y Telcel otorgaron incentivos a Bluelable para que solo distribuyera el tiempo aire de Telcel en sus puntos de venta, lo que constituía una violación de la ley que exige que los concesionarios de telecomunicaciones declarados como agentes económicos preponderantes (como América Móvil y Telcel) no celebren contratos de distribución exclusiva con ningún punto de venta. El acuerdo de exclusividad fue sancionado.*

[74] Ilharreborde Illanes, M. (n.d.). *Exclusive Purchasing Agreements.* Global Dictionary of Competition Law, Concurrences, Art. N° 86064.
[75] Federal Communications Commission (2008). *FCC bans exclusive contracts for telecommunications services in apartment buildings.* Press Report.
[76] Comisión Europea (2022). Op. cit. párrafo 298.
[77] OCDE (2020). Op.cit.

> ***Ejemplo**. Acuerdo 014-013-2018. Resolución RCS-055-2018. Denuncia interpuesta por la Cámara de Comerciantes Detallistas y Afines contra el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), por prácticas de exclusividad en la distribución de recargas móviles, que han reducido el margen de los comercios minoristas. De las investigaciones realizadas se concluyó que el acuerdo no afectaba a los competidores de ICE en el mercado minorista de telecomunicaciones móviles, a saber: CLARO, MOVISTAR, FULL MOVIL y TUYO MÓVIL, quienes no tenían impedimentos para comercializar sus recargas móviles a través de los comercios o directamente en sus plataformas web. La cobertura del acuerdo de exclusividad de ICE era limitada. Se decidió que no había mérito para la apertura de un procedimiento e informar al denunciante que la SUTEL no tiene competencia sobre los agentes que operan en el mercado distribución de recargas móviles (mayorista o minorista) y que a tal fin podía recurrir a la COPROCOM.*

Respecto de los contratos de exclusividad en general, la SUTEL tendrá presente la preeminencia del principio de la libertad de contratar, en respeto de los principios de libre competencia. Los contratos de exclusividad pueden beneficiar la competencia en el mercado asegurando fuentes de suministro o puntos de venta, reduciendo costos de contratación o fidelizando a los distribuidores y pueden fortalecer la competencia entre las marcas de diferentes competidores (competencia intermarca)[78]. Por ello, muchos contratos de exclusividad son lícitos, aun cuando alguno de los agentes cuente con poder sustancial en el mercado relevante.

Sin embargo, cuando la empresa que usa contratos exclusivos tiene poder sustancial, procede investigar si el objeto o los efectos de los contratos son anticompetitivos: si esos contratos tienen por objeto o efecto excluir competidores, impedir el ingreso de nuevas empresas al mercado o la expansión de las empresas más pequeñas existentes. Tal como lo establece el último párrafo del artículo 12 del Reglamento Técnico de Competencia*, "El análisis de la SUTEL se centrará en aquellos acuerdos que excluyan del mercado a empresas competidoras o que impidan la entrada de nuevas empresas en el mercado".*

A ese fin, cabe destacar que el potencial de daño a la competencia de los contratos de distribución exclusivos aumenta con: (1) la mayor duración del plazo del contrato; (2) la mayor cantidad de proveedores o fuentes de aprovisionamiento que operan en condiciones de exclusividad; y (3) el tamaño relativo de los proveedores o fuentes de aprovisionamiento exclusivos. Estos tres elementos determinan el grado en que los contratos de distribución producen un cierre anticompetitivo de las alternativas de aprovisionamiento disponibles (input foreclosure), en particular para los competidores actuales o potenciales del presunto infractor.

El hecho de que para el consumidor individual sea beneficioso aceptar la exclusividad no implica necesariamente que el acuerdo de exclusividad sea positivo para el bienestar del consumidor en general. El análisis de la SUTEL se centrará en aquellos acuerdos que excluyan del mercado a empresas competidoras o que impidan la entrada de nuevas empresas en el mercado.

Las obligaciones de compra exclusiva pueden dar lugar a un cierre anticompetitivo del mercado sobre todo mediante la reducción de la competencia potencial. Según lo ha resuelto COPROCOM[79], entre los principales efectos anticompetitivos de esta conducta se incluyen: *"el efecto de exclusión de otros proveedores, reducir la competencia intermarca, impedir economías de escala, mayores costos de transacción para los consumidores, dado que les llevaría más tiempo la búsqueda de sus productos preferidos. Aunado a lo anterior, en los casos en que existe un alto grado de poder sustancial en el agente que impone la restricción, los efectos negativos sobre la competencia son mayores y por ende está prohibida."*

En sentido similar, la autoridad de competencia de la UE ha señalado que *"Los posibles riesgos de competencia de la marca única residen en la exclusión de los proveedores competidores y potenciales, el debilitamiento de la competencia y la propiciación de la colusión entre proveedores en caso de uso acumulativo y, cuando el comprador sea un minorista que venda a los consumidores finales, una pérdida de competencia intermarca dentro de los comercios. Dichos efectos restrictivos tienen consecuencias directas para la competencia intermarca"*[80].

El análisis de los efectos de las exclusividades debe centrarse en el acceso al mercado. La COPROCOM ha indicado que los contratos de este tipo pueden ser una práctica prohibida solamente si se cierra prácticamente el acceso a canales de distribución o de producción a otros competidores[81]. Es decir, son anticompetitivos solamente cuando puedan "eliminar o restringir una porción del mercado tan significativa que otros competidores en la práctica no puedan competir eficientemente[82]. Así coincide también la tendencia más aceptada internacionalmente, según la cual: "El Derecho de la Competencia no pretende remediar cualquier "afectación remota" de la competencia. Por ello, un acuerdo de exclusividad no es ilegal a menos que limite la competencia en una "porción significativa" del mercado. Un acuerdo exclusivo normalmente no puede tener un efecto anticompetitivo salvo que las oportunidades de otros competidores para entrar o mantenerse en el mercado se limiten de forma significativa"[83].

En este análisis de la afectación del acceso al mercado se valoran varios elementos, entre los cuales los dos más importantes son la cobertura del mercado afectado y la duración del acuerdo[84]. Por ello, cuando los contratos cubren una porción reducida del mercado, o cuando el cliente puede fácilmente rescindir el contrato y cambiar de proveedor, se considera que el contrato no perjudica la competencia, y por lo tanto no está prohibido. En cuanto a la cobertura del mercado, los contratos exclusivos que se consideran anticompetitivos son aquellos que abarcan una cantidad suficiente de clientes de forma tal que efectivamente se impida la entrada (o la expansión) de competidores a los distintos canales de comercialización mercado. Por ende, cuanto mayor sea el porcentaje de clientes cautivos, menor la capacidad de producción disponible mayor será la probabilidad de que un acuerdo de compra exclusiva tenga un efecto excluyente sobre el mercado relevante analizado.

A modo de referencia, en algunas jurisdicciones se ha señalado que un cierre del mercado inferior al 30% normalmente no tiene efectos anticompetitivos (salvo que se presenten circunstancias especiales). Ese porcentaje de mercado es usado por la UE y los EE. UU. como umbral de presunción de licitud de relaciones exclusivas en el mercado[85]. En otros países, la mayoría de sanciones por esta conducta se han dado

[78] Cf. Federal Trade Commission (2023). *Dealings in the Supply Chain*.
[79] COPROCOM. Voto 03-2011 de 15-03-11.
[80] Comisión Europea (2022). Op. cit. párrafo 299.
[81] COPROCOM. Voto 03-2011 de 15 de marzo del 2011
[82] COPROCOM. Sesión Ordinaria Número 15-97 del 06 de mayo de 1997
[83] ABA Section of Antitrust Law (2006). *Antitrust Law and Economics of Product Distribution*. Pág. 267.
[84] Comisión Europea (2022). Op. cit, párrafo 324.
[85] Comisión Federal de Competencia de México. Resolución del 27 de junio de 2013 dentro del expediente N° DE-012-2010, pág., 75.

cuando la afectación es menor al 50% del mercado[86], y según parte de la doctrina, la afectación debe ser en el orden del 65% o 75%, para que se considere que se está impidiendo la entrada de competidores al mercado[87].

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

Bajo este principio, la COPROCOM sancionó en una ocasión una estrategia de contratos de exclusividad sin necesidad de valorar su extensión, ya que la empresa sancionada tenía una muy alta participación de mercado.[88]

En lo que respecta a la duración del acuerdo, en la UE se ha considerado generalmente que acuerdos menores a un año difícilmente darán lugar a efectos anticompetitivos, los acuerdos entre uno y cinco años se valoran caso a caso, y los de una duración superior a los cinco años se presumen anticompetitivos[89].

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

En suma, "La evaluación de si un acuerdo vertical tiene el efecto de restringir la competencia se hace comparando la situación en el mercado de referencia con restricciones verticales, con la situación que prevalecería a falta de restricciones verticales en el acuerdo vertical. En la evaluación de casos individuales, la Comisión tendrá en cuenta tanto efectos reales como probables. Para que los acuerdos verticales se consideren restrictivos de la competencia por efecto, estos deben afectar a la competencia efectiva o potencial de manera tal que sea de esperar que en el mercado de referencia tengan efectos negativos sobre los precios, la producción, la innovación o la variedad o calidad de los bienes o servicios. Estos efectos negativos sobre la competencia deben ser apreciables. Los efectos anticompetitivos apreciables son más probables cuando al menos una de las partes del acuerdo tiene u obtiene cierto grado de poder de mercado y el acuerdo contribuye a la creación, mantenimiento o fortalecimiento de dicho poder de mercado o permite a las partes del acuerdo valerse del mismo"[90].

Por tanto, con base en el artículo 54 inciso d) de la Ley 8642, la SUTEL procederá a comprobar durante el procedimiento especial si:

i) el presunto agente infractor tiene poder sustancial en el mercado relevante del bien o servicio afectado por la exclusividad.

ii) al momento de decidir implementar los contratos de exclusividad no existía una razón empresarial válida (circunstancias objetivas legales, económicas o de contexto) que justificaran tal iniciativa, de modo tal que el objeto plausible de la práctica o su efecto, es la exclusión o debilitamiento de la competencia, y que el presunto infractor obtenga preserve o refuerce su poder sustancial.

iii) el grado de cobertura de la exclusividad, en términos del grado de cierre de las alternativas de aprovisionamiento disponibles y el periodo de tiempo involucrado ("input foreclosure"), en especial para los competidores actuales o potenciales del presunto infractor.

iv) los efectos exclusorios actuales o potenciales (en términos de futuros aumentos de precios, reducción de la variedad o la innovación) en el mercado relevante afectado serían de una magnitud tal, que no tendrían compensación con eficiencias trasladables al consumidor.

8.5.5 Imposición de precio o condiciones (Art. 54 "e" Ley 8642 y Art. 13 Reglamento Técnico de Competencia)

Para el caso de los contratos que involucran la imposición de precios o condiciones de venta, que - por definición - involucran al menos dos agentes económicos: el que impone la condición y el que la acepta, el art.13 del Reglamento Técnico de Competencia describe varias hipótesis:

> *"... cuando un operador o proveedor impone los precios o condiciones a los que otro operador o proveedor debe ofrecer sus servicios a terceros… "de manera tal que resulte o pueda resultar en una restricción injustificada a la competencia*", lo que incluye:
>
> a) la "fijación de precios mínimos, fijos o máximos",
> b) la "fijación de márgenes de comercialización",
> c) "otros".

La fijación de precios de reventa es una restricción vertical impuesta por un proveedor que restringe la libertad de fijar precios o márgenes de los revendedores. Usualmente involucra dos etapas sucesivas de la prestación de un servicio, por ejemplo, mayorista y minorista (distribución). Dicha fijación se puede estructurar indirectamente, por ejemplo, mediante: la fijación de márgenes de distribución, la restricción del uso de descuentos u ofertas especiales, vincular el precio de reventa a los precios de reventa de los competidores, o concesión de incentivos vinculados con la reventa del producto a un determinado precio o margen.

En relación con la fijación vertical de precios, la SUTEL observará el principio de la libertad de los agentes de acordar restricciones verticales, aun cuando alguno de los agentes cuente con poder sustancial, siempre que la restricción tenga una justificación comercial legítima y sea razonable, los efectos perjudiciales sobre la competencia estén balanceados o sean proporcionales con beneficios trasladables al consumidor.

En relación con el objeto del acuerdo y su implementación, la SUTEL revisará si su objeto es legítimo (cuenta con una justificación comercial objetiva) e implementable. En los hechos, el proveedor debe poder implementar medidas para hacer cumplir la restricción convenida y no debe existir posibilidad concreta de que el revendedor pueda establecer el precio de modo independiente[91].

---

[86] International Competition Network (2008). *Report on Single Branding / Exclusive Dealing*, pág. 17.
[87] Conrath, C. (1998). *Guía Práctica para la Ejecución de la Ley Antimonopolio para una Economía en Transición*, Sección 6—25 y 6-26. Superintendencia de Industria y Comercio.
[88] Comisión Federal de Competencia de México. Resolución del 27 de junio de 2013 dentro del expediente N° DE-012-2010, pág., 75.
[89] Comisión Europea (2022). Op.cit. párrafo 324.
[90] Comisión Europea (2022). Op. cit. párrafo 277.
[91] Si el operador o proveedor pertenece a un grupo económico, se considera que su oferta es la oferta del grupo económico en su conjunto y no se considerará a los distintos agentes económicos que integran un mismo grupo, como competidores entre sí.

Los contratos de agencia[92], de distribución o venta por cuenta y orden del proveedor, en la medida en que no enmascaren un objeto anticompetitivo, no serán observados bajo la hipótesis del artículo 54 inciso e) de la Ley 8642.

En relación a los efectos, para el caso de fijación vertical de precios mínimos - de modo directo o indirecto, regulando márgenes, descuentos o incentivos - se prestará atención al grado en que dicha política comercial pueda reducir o eliminar la competencia o facilitar la colusión entre revendedores o distribuidores en el mercado descendente del producto o servicio ("competencia intra-marca"), a la vez que evitar comportamientos de parasitismo de los revendedores y proteger los incentivos a invertir. Se prestará atención a los esquemas de monitoreo de precios asociados a las restricciones convenidas.

Para el caso de precios máximos, en la medida en que representen un beneficio para el consumidor o usuario del servicio, la restricción será de menor preocupación, siempre que el esquema no se utilice como un punto focal para coordinar la conducta entre los competidores, en el mercado ascendente o descendente.

En suma, en la evaluación de la fijación vertical de precios, la SUTEL investigará si el acuerdo vertical organiza o facilita la colusión entre competidores, ya sea en el mercado ascendente como descendente. En caso de que existan evidencias de que la restricción vertical en realidad encubre un acuerdo horizontal ("*sham agreement*"), por ejemplo, un intercambio ilegal de información sobre precios, la SUTEL procederá conforme al artículo 53 de la Ley 8642, encuadrando la práctica como una PMA.

Por tanto, con base en el artículo 54 inciso e) de la Ley 8642, la SUTEL procederá a comprobar durante el procedimiento especial si:

i) existen evidencias de que el acuerdo vertical enmascara una restricción horizontal entre proveedores o entre distribuidores, que encuadra como una PMA en los términos de los artículos 53 incisos a) y, e) de la Ley 8642.

ii) el presunto agente infractor tiene poder sustancial en el mercado relevante del bien o servicio afectado por la restricción de precios.

ii) al momento de decidir implementar la restricción vertical de precios no existían circunstancias objetivas legales, económicas o de contexto que justificaran tal iniciativa (razón empresarial válida), de modo tal que el único objeto plausible de la práctica es la exclusión o debilitamiento de la competencia, para preservar o reforzar el poder sustancial del presunto infractor.

iii) los efectos exclusorios actuales o potenciales (en términos de futuros aumentos de precios, reducción de la variedad o la innovación) en los mercados relevantes ascendente (mayorista) y descendente (minorista) afectados serían de una magnitud tal que, no tendrían compensación con eficiencias trasladables al consumidor.

8.5.6 Ventas atadas (Art. 54 "f" Ley 8642 y art. 14 Reglamento Técnico de Competencia)

Para el caso de las ventas atadas, el art.14 del Reglamento Técnico de Competencia describe las siguientes hipótesis:

> *"... la venta, la transacción o el otorgamiento de descuentos o beneficios, condicionados a comprar, adquirir, vender o proporcionar otro bien o servicio adicional, normalmente distinto o distinguible,*
>
> *"... la reciprocidad, de tal forma que se obliga a los clientes que compran un producto (el producto vinculante) a comprar también otro producto de la empresa dominante (el producto vinculado)".*

Las ventas atadas comprenden distintos tipos de prácticas comerciales por las cuales el proveedor de un producto o servicio - el producto vinculante - requiere al comprador comprar un segundo producto (el producto vinculado). El requerimiento puede establecerse en un contrato formal o ser una práctica de hecho.

Esto puede producirse de diversas maneras, por ejemplo: i) una negativa de venta si se quiere adquirir el producto vinculante de modo separado; ii) el retiro o retención de una garantía si no se compra un determinado producto o servicio complementario del producto vinculante; iii) el producto vinculado está integrado físicamente con el vinculante (vinculación técnica); iv) un empaquetamiento "puro": dos o más productos se venden en un único paquete a un único precio; v) un empaquetamiento "mixto": cuando los productos pueden comprarse de modo separado, pero pueden obtenerse empaquetados con un descuento[93].

Como principio general, la SUTEL tendrá presente que ofrecer bienes o servicios juntos, como parte de un paquete, puede beneficiar a los consumidores que aprecian la conveniencia de comprar varios servicios al mismo tiempo. Ofrecer bienes o servicios juntos también puede reducir para el oferente los costos de ventas. Sin embargo, también pueden existir consumidores que prefieren comprar los productos o servicios por separado, lo que se puede tornar muy difícil o imposible, si sólo se ofrecen como parte de un paquete.

La venta atada no es siempre ilegal, en los términos de la Ley 8642, aun cuando el oferente cuente con poder sustancial, siempre que el objeto y los efectos de dicha práctica comercial no sean anticompetitivos.

Si la venta atada no está objetivamente justificada en la naturaleza de los productos o en su uso comercial, en beneficio de los clientes o consumidores, muy probablemente deba incluir algún componente coercitivo sobre los clientes o consumidores y tener como único o primordial objeto o efecto preservar o fortalecer el poder sustancial.

En ausencia de una justificación comercial objetiva, la SUTEL revisará si la venta atada puede tener como objeto o efecto (actual o potencial) preservar o reforzar el poder sustancial del presunto infractor, deteriorando la capacidad de competir de los rivales o dificultando el acceso de nuevos competidores.

El propio artículo 14 del Reglamento Técnico de Competencia establece los principales criterios a tenerse en consideración:

> *"... a) Que el bien o servicio vinculante y vinculado son productos distintos, para lo cual se valorará:*
>
> *i. Que se está en presencia de bienes o servicios separados o separables, ya sea por pertenecer a mercados distintos, por diferenciación de marca, o por cualquier otra razón.*
>
> *ii. Que el bien o servicio vinculado no es una parte, elemento o componente necesario que pueda integrarse al bien o servicio principal*

[92] Los contratos de agencia, son aquellos en los cuales un mandatario actúa en nombre de otro o por cuenta y orden de otro, el mandante. Existe una relación de agencia cuando se acuerda que una persona, el agente, puede actuar en nombre de otra, el principal, ya sea en general o en relación con un asunto en particular. La monetización de este tipo de contratos suele ser a través de una comisión o un honorario.
[93] Cf. Wish, R. y Bailey, D. (2018). Op. cit. pág. 705.

BORRADOR PRELIMINAR CONSULTA PÚBLICA

para formar una sola unidad.

iii. Que uno de los bienes o servicios (vinculado) no puede ser adquirido a menos que se adquiera otro bien o servicio (vinculante), sin que los mismos sean ofrecidos de forma independiente[94] en condiciones económicas razonables.

b) Que la vinculación pueda dar lugar a un cierre anticompetitivo del mercado.

Al examinar estas conductas la SUTEL analizará el poder de mercado sobre el mercado del producto vinculante o principal".

Por tanto, con base en el artículo 54 inciso f) de la Ley 8642, la SUTEL procederá a comprobar durante el procedimiento especial:

i) Si existen o podrían existir mercados relevantes separados para los productos vinculante y vinculado.

ii) Si el presunto infractor tiene poder sustancial en el mercado en el mercado relevante del producto vinculante.

iii) Cuál es la posición del presunto infractor en el mercado relevante del producto vinculado.

iv) Si, al momento de decidir implementar la venta atada no existían circunstancias objetivas legales, económicas o de contexto que justificaran tal iniciativa (razón empresarial válida), de modo tal que el único objeto o efecto plausible de la práctica es la exclusión o debilitamiento de la competencia, para preservar o reforzar el poder sustancial del presunto infractor (en cualesquiera de los dos mercados.)

v) Si existen evidencias de coerción sobre los clientes o consumidores para que acepten la venta atada, lo cual es un indicio adicional, pero no una condición necesaria para que se configure la PMA.[95].

vi) Si el cierre anticompetitivo (efectos exclusorios actuales o potenciales), en términos, por ejemplo, de futuros aumentos de precios, reducción de la variedad o de la innovación, en los mercados relevantes afectados, sería de una magnitud tal que, no habría compensación posible con eficiencias trasladables al consumidor.

8.5.7 Ventas sujetas a condición negativa (Art. 54 "g" Ley 8642 y art.15 Reglamento Técnico de Competencia)

Las ventas sujetas a condición negativa son acuerdos verticales de compra exclusiva, por los que un comprador -comúnmente un distribuidor en un mercado descendente - se compromete a comprar todos o determinados bienes y servicios únicamente a un proveedor en particular, quedando prohibido comprar esos productos o servicios a cualquier otro competidor durante el período de exclusividad. Nótese que este tipo puede considerarse una especie del género "Exclusividad" descripto en el art. 54 inciso "d" Ley 8642 y art. 12 Reglamento Técnico de Competencia. Por tanto, lo dicho en ese punto se le aplica en términos generales.

Para el caso de las ventas sujetas a condición negativa, el art.15 del Reglamento Técnico de Competencia describe la siguiente hipótesis:

> *"... la venta, la transacción o el otorgamiento de descuentos o beneficios, sujetos a la condición de no usar, adquirir, vender ni proporcionar los bienes o servicios disponibles y normalmente ofrecidos a terceros."*, aclarándose que *"Esta práctica puede materializarse bajo la figura de los acuerdos de venta negativa o bien de acuerdos exclusivos, mediante los cuales una empresa intenta excluir a sus competidores impidiéndoles que vendan a clientes mediante obligaciones de venta exclusiva, otorgamiento de descuentos o demás beneficios. Mediante esta figura el comprador se compromete a adquirir un determinado producto a un único vendedor, no adquiriendo así el mismo producto que ofrece la competencia. Este tipo de prácticas restringen la entrada de terceros al mercado o implican el desplazamiento de otros competidores, limitando las opciones para el consumidor".*

En las ventas sujetas a condición negativa, los clientes o distribuidores quedan cautivos -por diversos medios- del proveedor por el período que dure la exclusividad, motivo por el cual, si la práctica cubre una porción significativa del mercado descendente, suele denominarse "*customer foreclosure*" o acaparamiento de clientes.

A ese fin, cabe destacar que el potencial de daño de las ventas sujetas a condición negativa aumenta con: (1) la mayor duración del plazo del contrato; (2) la mayor cantidad de puntos de venta o distribuidores sujetos a la exclusividad; (3) el mayor tamaño relativo de los distribuidores o puntos de venta sujetos a la exclusividad. Estos tres elementos determinan el grado de cierre anticompetitivo que afecta la clientela (*customer foreclosure*) del mercado relevante descendente.

En términos generales, el análisis de la venta sujeta a condición negativa es similar al de las ventas atadas, salvo que en este caso la condición es la de no adquirir otro producto. Aun así, existen modalidades especiales de esta conducta. Una forma indirecta de realizar esta conducta es mediante los descuentos condicionales. Estos son descuentos que se conceden a los clientes que cumplan con determinadas pautas de conducta de compra. Por ejemplo, descuentos que se aplican a partir de cierto volumen de compra o que dependen del volumen de compras acumulado en el pasado. Estos descuentos pueden aplicarse sobre toda la cantidad vendida (descuentos retroactivos) o sobre aquellas compras que superan un umbral determinado (descuentos incrementales). Los descuentos condicionales pueden tener un efecto expansivo sobre la demanda y permitir a las empresas alcanzar ciertas economías de escala con el consiguiente beneficio para el consumidor. Por otra parte, estos descuentos cuando son aplicados por empresas dominantes pueden tener un efecto excluyente similar a los acuerdos de compra exclusiva[96].

Es más probable que se produzca un cierre anticompetitivo del mercado cuando los competidores no pueden competir en igualdad de condiciones por toda la demanda de cada cliente. Un descuento condicional concedido por una empresa dominante puede permitirle utilizar la parte "no contestable" de la demanda de cada cliente (es decir, la cantidad que el cliente compraría en todo caso a la empresa dominante) como instrumento para disminuir el precio que debe pagarse por la porción "contestable" de la demanda (es decir, la cantidad que el cliente podría optar por sustituir o adquirir de otro competidor)[97].

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

---

[94] Si el operador o proveedor pertenece a un grupo económico, se considera que su oferta es la oferta del grupo económico en su conjunto y no se considerará a los distintos agentes económicos que integran un mismo grupo, como competidores entre sí.
[95] Wish, R. y Bailey, D. (2018). Op. cit. pág. 710.
[96] Motta, M. (2004). *Competition Policy Theory and Practice*. Cambridge University Press.
[97] Banco Mundial (2000). *Manual de Reglamentación de las Telecomunicaciones*. Capítulo 5.

En lo posible, la SUTEL estudiará si el sistema de descuento puede obstaculizar la expansión o la entrada de competidores con similar grado de eficiencia. Para ello, calculará el precio que tendría que ofrecer un competidor para compensar al cliente por la pérdida del descuento condicional si este último retirase parte de su demanda (la "gama de referencia") a la empresa dominante. El precio efectivo que el competidor tendría que igualar será el precio de catálogo menos el descuento que perdería si cambiara de suministrador, calculado sobre la gama de referencia de las ventas y durante el período de referencia, tal y como se definen en los siguientes párrafos. La gama de referencia para el cálculo del precio efectivo en un determinado caso depende de las circunstancias concretas de cada asunto y de si el descuento es incremental o retroactivo. Para los descuentos incrementales, la gama de referencia suele corresponder a las compras incrementales a las que aplica el descuento. Para los descuentos retroactivos se evaluará en el contexto específico del mercado la cantidad de las necesidades de compra de un cliente que puede desviarse de forma realista a un competidor (la "parte contestable"). Si es probable que los clientes estén dispuestos y sean capaces de cambiar grandes cantidades de demanda a un competidor (potencial)con relativa rapidez, es probable que la gama de referencia sea relativamente amplia. Si por el contrario es probable que los clientes sólo quieran o puedan cambiar pequeñas cantidades, entonces la gama de referencia será relativamente pequeña.

Para los competidores existentes, su capacidad de expandir las ventas a clientes y las fluctuaciones de dichas ventas a cierto plazo también pueden ofrecer una indicación de la gama de referencia. Para los competidores potenciales podrá evaluarse, cuando sea posible, a qué escala podría entrar, siendo realista, un nuevo operador. Cuanto menor sea el precio efectivo calculado sobre la gama de referencia en comparación con el precio medio del proveedor con poder de mercado, mayor será el efecto de fidelización.

Sin embargo, mientras el precio efectivo se mantenga regularmente por encima del costo incremental medio a largo plazo de la empresa con poder de mercado, un competidor con igual grado de eficiencia podrá normalmente competir de forma rentable a pesar del descuento. En estas circunstancias el descuento no producirá un cierre anticompetitivo[98].

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

Por tanto, con base en el artículo 54 inciso g) de la Ley 8642, la SUTEL procederá a comprobar durante el procedimiento especial:

i) si el presunto agente infractor tiene poder sustancial en el mercado relevante del bien o servicio afectado por la exclusividad.

ii) si al momento de decidir implementar los contratos de exclusividad no existían circunstancias objetivas legales, económicas o de contexto que justificaran tal iniciativa (razón empresarial válida), de modo tal que el objeto plausible de la práctica o su efecto, es la exclusión o debilitamiento de la competencia, y que el presunto infractor obtenga preserve o refuerce su poder sustancial.

iii) cuál es el grado de cobertura de la exclusividad, en términos del grado de cierre de la clientela disponible y el periodo de cierre ("*customer foreclosure*"), en especial para los competidores actuales o potenciales del presunto infractor es alto.

iv) si los efectos exclusorios actuales o potenciales (en términos de futuros aumentos de precios, reducción de la variedad o la innovación) en el mercado relevante afectado serían de una magnitud tal, que no tendrían compensación con eficiencias trasladables al consumidor.

8.5.8 Ejercer presión (Art. 54 "h" Ley 8642 y art. 16 Reglamento Técnico de Competencia)

El artículo 16 del Reglamento Técnico de Competencia describe la conducta "ejercer presión" listada en el artículo 54 inciso h) de la Ley 8642, según lo siguiente:

> *"... la concertación entre varios operadores o proveedores o la invitación a ellos para ejercer presión contra algún usuario, operador o proveedor, con el propósito de disuadirlo de una conducta determinada, aplicar represalias u obligarlo a actuar en un sentido específico. Esta conducta requiere una acción concertada entre varios operadores o proveedores, sin que estos necesariamente sean competidores entre sí".*

La descripción citada es una especie del tipo que habitualmente se denomina boicot y se define como negativa organizada a comprar productos o servicios o a patrocinar un negocio para dañar económicamente al productor o comerciante, para influir en su política y/o para llamar la atención sobre una causa social[99].

En el contexto del régimen sectorial de competencia en telecomunicaciones de la Ley 8642, la conducta cobra interés cuando varios operadores o proveedores son quienes se organizan para ejercer presión contra un usuario o agente económico, con una finalidad de tipo comercial o económica (es decir, excluye las motivaciones políticas o sociales que pueden originar un boicot).

Un acuerdo entre operadores y proveedores para no hacer negocios con determinados individuos o negocios establecidos como objetivo puede ser un boicot ilegal[100], si los agentes que se agrupan en conjunto tienen poder sustancial y el accionar produce efectos negativos sobre un mercado en su conjunto, en términos de provocar una subida de precios (o impedir que los precios bajen), una reducción de las alternativas de consumo disponibles, la calidad o la innovación.

Por tanto, con base en el artículo 54 inciso h) de la Ley 8642, la SUTEL procederá a comprobar durante el procedimiento especial:

i) si los presuntos agentes infractores tienen poder sustancial en el mercado relevante del bien o servicio afectado por el boicot, de modo individual o conjunto, desde la oferta o desde la demanda (poder de compra).

ii) si al momento de decidir implementar el boicot no existía una razón empresarial válida (circunstancias objetivas legales, económicas o de contexto) que justificaran tal iniciativa, de modo tal que el único o principal objeto plausible de la práctica sería la exclusión o debilitamiento

[98] Comisión Europea (2009). *Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes*. Comunicación de la Comisión. Diario Oficial de la Unión Europea, C 45/7, 24.02.2009
[99] Cf. Law.com (2023) *Legal Dictionary* https://dictionary.law.com/Default.aspx?selected=91
[100] Cf. US Federal Trade Commission (2023). *Group boycotts.*

de la competencia.

iii) el grado de cobertura del boicot en el o los mercados relevantes afectados es alto, en términos de número de agentes objetivo del boicot o su participación en las ventas o compras.

iv) los efectos exclusorios actuales o potenciales (en términos de futuros aumentos de precios, reducción de la variedad o la innovación) en el o los mercados relevantes afectados serían de una magnitud tal que, en principio, no tendrían compensación con eficiencias trasladables al consumidor.

8.5.9 Precios o condiciones predatorias (Art. 54 "i" Ley 8642 y Art. 17 Reglamento Técnico de Competencia)

Para el caso de la depredación de precios u otras condiciones predatorias de la competencia, el art.17 del Reglamento Técnico de Competencia primer párrafo describe dos hipótesis: "imposición de cualquier precio o condición de precios"

El Reglamento Técnico de Competencia define los precios predatorios como *"una situación en la cual un operador o proveedor establece sus precios por debajo de una determinada medida de coste con el propósito de eliminar competidores en el corto plazo y reducir la competencia en el largo plazo".*

Con relación a la imposición de condiciones, el Reglamento Técnico de Competencia define las condiciones predatorias como *"conductas que aumentan significativamente y de manera injustificada los costos de los competidores, pudiendo provocar una salida del mercado o dificultando el ingreso".*

Nótese que, si los precios o las condiciones predatorias son resultantes de una acción concertada entre al menos dos operadores o proveedores competidores, la conducta encuadra como un acuerdo anticompetitivo y la SUTEL la procesará conforme al artículo 53 de la Ley 8642, como una PMA.

<u>Precios predatorios</u>

La SUTEL tendrá presente que, en general, los precios bajos favorecen a clientes y usuarios y suelen ser la resultante de una mayor eficiencia de los operadores y proveedores. La decisión unilateral e independiente[101] de una empresa de reducir los precios por debajo de sus propios costes - es decir incurriendo en pérdidas operativas - puede reflejar la existencia de una competencia particularmente vigorosa en el mercado. Los usuarios o consumidores solo se verán perjudicados si la fijación de precios por debajo del costo permite que un operador o proveedor con poder sustancial elimine a sus rivales del mercado y luego pueda elevar los precios por encima de los niveles competitivos, durante un tiempo considerable. Esta estrategia sólo es rentable si las pérdidas a corto plazo se pueden compensar con precios mucho más altos durante un período de tiempo suficientemente largo, una vez que los competidores han abandonado el mercado[102].

La fijación de precios por debajo del costo sólo configura una PMR si:

- se trata de una empresa con poder sustancial que deliberadamente reduce sus precios hasta un nivel en el cual experimenta pérdidas cuando enfrenta la competencia de un competidor actual o de un entrante, y,
- una vez que los competidores existentes son disciplinados o que la entrada ha sido disuadida y el poder sustancial se ha reforzado, el agente procede a subir los precios, causando perjuicio a sus clientes o consumidores[103], en términos de precios, variedad, calidad o innovación.

La PMR sólo se configura si el presunto infractor cuenta con poder sustancial en el mercado relevante, para lo cual considerará especialmente el indicio descrito en el inciso c) del artículo 17 del Reglamento Técnico de Competencia, a saber:

> *"... c) Si las barreras de entrada son significativas, de manera que el operador o proveedor que incurre en la conducta podría, después de provocar la salida o impedir la entrada de otros al mercado, imponer un aumento en los precios suficiente para recuperar el monto total de la pérdida incurrida durante el periodo de los precios predatorios".*

Eventualmente, podría darse la situación en que la recuperación de las pérdidas no se produzca en el mercado del bien o servicio con el precio descontado, sino en otro mercado conexo, en el cual el presunto infractor cuente con poder sustancial[104]. El punto es que debe haber poder sustancial en algún mercado relevante, donde pueda recuperar las pérdidas incurridas.

Por esa razón, la primera etapa del análisis de esta práctica incluye determinar si el presunto infractor cuenta con poder sustancial, ya que, de no tenerlo de manera evidente, conforme al principio de economía procesal, la SUTEL podrá decidir no iniciar una investigación preliminar (en caso de que la ausencia de poder sea evidente) o archivarla si ya se encuentra en curso. Lo anterior, dado que los análisis de costos y precios representan una carga administrativa considerable. Alternativamente, la SUTEL puede llevar adelante una investigación preliminar dirigida puntualmente a determinar si el presunto infractor cuenta con poder sustancial.

Habiendo poder sustancial, la SUTEL seguirá investigando si existen indicios de depredación, particularmente considerando los incisos a) y b) del artículo 17 del Reglamento Técnico de Competencia la SUTEL, a saber:

> *"a) Si el operador o proveedor vende un servicio de telecomunicaciones a un precio inferior a los Costos Incrementales Promedio de Largo Plazo (CIPLP) o bien a otra referencia de costo que resulte adecuada para el caso y se encuentre conforme con la práctica internacional.*
>
> *b) Si la venta del servicio ha provocado o podría provocar la salida del mercado de otros operadores o proveedores o impedir el ingreso al mercado de otros operadores o proveedores."*

Los costos incrementales de largo plazo son la suma de los costos fijos y variables en que incurre una empresa cuando toma la decisión de empezar a producir o incrementar la producción de un producto o servicio específico. Dividiendo ese costo por la producción, se obtiene el CIPLP, que es el costo incremental promedio por unidad de producto, al que refiere el artículo 17 del Reglamento Técnico de Competencia y que puede compararse con el precio por producto que el presunto infractor ha fijado.

---

[101] Si el operador o proveedor pertenece a un grupo económico, se considera que su oferta es la oferta del grupo económico en su conjunto y no se considerará a los distintos agentes económicos que integran un mismo grupo, como competidores entre sí.
[102] Cf. US Federal Trade Commission (2023). *Single Firm Conduct. Predatory or Below-Cost Pricing: Single Firm Conduct*
[103] Cf. Wish R.; Bailey, D. (2018). Op. cit. Pág. 757.
[104] Cf. Wish R.; Bailey, D. (2018). Op. cit. Pág. 770.

Nótese que en el caso de que una empresa que produce un único bien o servicio, el CIPLP equivale al costo total promedio (CTP), porque el costo incremental de largo plazo de un producto específico excluye los costos que son compartidos con el resto de los productos o servicios de la empresa. Por tanto, si el operador o proveedor infractor produce un único bien o servicio, ambas medidas de costos son aproximadamente equivalentes y el CTP se corresponde con el CIPLP definido en el Reglamento Técnico de Competencia.

El caso de los servicios de telecomunicaciones, donde los costos fijos para proveer el bien o servicio involucrado son de especial relevancia, tanto el CIPLP como el CTP son las medidas apropiadas para el caso porque suman los costos fijos[105]. Otras medidas que excluyen los costos fijos no serán apropiadas, excepto en la situación en que sea evidente que los costos fijos no tienen importancia en la estructura de costos del agente económico investigado.

Asimismo, la SUTEL comparará el precio descontado (que objeta al presunto infractor) con el CIPLP o el CTP del propio presunto infractor y no con el costo del denunciante o las otras empresas que operan o pretenden ingresar en el mercado relevante.

El indicio del inciso a) del artículo 17 del Reglamento Técnico de Competencia equivale a establecer que el presunto infractor incurre en pérdidas durante un periodo no trivial[106] de tiempo, tal como lo indica el inciso c). Por ello, entre otras cuestiones, la depredación de precios excluye ofertas o promociones que una empresa pueda hacer durante un periodo acotado, incurriendo en ventas por debajo de su costo.

Finalmente, en relación con el inciso b) del artículo 17 del Reglamento Técnico de Competencia, se observa que, si el costo del presunto infractor es menor que los costos del resto de los participantes del mercado o de posibles entrantes, ello indicaría que los agentes económicos excluidos son menos eficientes. Si el presunto infractor traslada a los consumidores sus menores costos en la forma de menores precios, no puede configurarse una PMR dado que, si la SUTEL ordena el cese de la conducta objetada, implicaría ordenar mayores precios a largo plazo.

En suma, y con base en lo precedente, y de conformidad con el artículo 54 inciso i) de la Ley 8642, la SUTEL procederá a comprobar durante el procedimiento especial:

i) si el presunto agente infractor tiene poder sustancial en el mercado relevante del bien o servicio afectado por la rebaja de precios, con especial atención a la existencia de barreras a la entrada. Eventualmente, el poder sustancial puede estar en otro mercado relevante conexo, donde se puedan recuperar las pérdidas incurridas.

ii) si la rebaja de precios implica incurrir en pérdidas durante un periodo no trivial de tiempo, a través de una comparación entre sus costos incrementales promedio de largo plazo o sus costos totales promedio (en caso de que sea una firma mono producto) y el precio descontado.

iii) al momento de decidir la rebaja de precios no existía una razón empresarial válida (circunstancias objetivas legales, económicas o de contexto) que justifica tal iniciativa, de modo tal que el objeto plausible de la práctica o su efecto es reaccionar ante un entrante, excluir o debilitar a la competencia. (A mayor periodo de tiempo de vigencia de los precios por debajo costo, mayor probabilidad de que el objeto sea anticompetitivo).

iv) los efectos exclusorios actuales o potenciales (en términos de futuros aumentos de precios, reducción de la variedad o la innovación) en el o los mercados relevantes afectados serían de una magnitud tal, que no tendrían compensación con eficiencias trasladables al consumidor o usuario. (A mayor eficiencia y capacidad de innovación de los competidores excluidos, mayor magnitud de los efectos exclusorios.)

<u>Otras condiciones predatorias - aumentar los costos del rival</u>

Elevar los costos de los rivales es una teoría del daño originada en la jurisprudencia de los EE. UU., una forma de predación no basada en precios, que se produce cuando un agente económico con poder sustancial puede preservar o acrecentar ese poder mediante un accionar deliberadamente dirigido a aumentar los costos de sus rivales (actuales o potenciales).

La SUTEL tendrá presente que no todo accionar de una empresa, aún con poder sustancial de mercado que provoque un aumento de los costos de sus rivales, de por sí implica un accionar deliberado dirigido a excluir competidores. Existen decisiones empresariales frecuentes, como un aumento sustancial de la capacidad instalada o escala de producción que produzca una reducción de costos unitarios o una campaña de promoción de gran envergadura que los rivales se vean obligados a replicar, para mantenerse competitivos. Estas decisiones pueden tener una justificación empresarial válida, en términos de ahorros de mejoras en la ecuación calidad/innovación y precio que se ofrece a los consumidores[107].

A título ejemplificativo, posibles conductas que podrían calificarse como una PMA del tipo aumentar los costos de los rivales son[108]:

a) Un agente económico con poder sustancial que usa dicho poder para promover regulaciones sectoriales (de índole privada o pública) que tienen un impacto más severo en sus competidores.
b) Un agente económico con poder sustancial que se involucra en un litigio contra un competidor o un entrante, produciéndole costos de litigar de envergadura significativa[109].
c) Un agente económico con poder sustancial y una tecnología capital intensiva que conviene con un sindicato aumentos salariales que impactan en todo el mercado, afectando particularmente a los competidores que utilizan una tecnología trabajo intensiva.
d) Un agente económico con poder sustancial que lidera la I & D del sector y adopta una tecnología con sesgo positivo hacia las economías de escala, a sabiendas de que los competidores deberán incurrir en costos significativos para mantenerse competitivos.
e) Un agente económico con poder sustancial que lidera la I & D del sector incurre en patentamientos preventivos en innovaciones inexistentes o casi inexistentes, que sus rivales se vean obligados a imitar o a litigar su validez.

Por tanto, con base en el artículo 54 inciso i) "otras condiciones predatorias" de la Ley 8642 y "aumentar los costos del rival" del artículo 17 del Reglamento Técnico de Competencia, la SUTEL procederá a establecer:

i) si el presunto agente infractor tiene poder sustancial en el mercado relevante del bien o servicio afectado.

ii) si al momento de decidir e implementar la acción que impacta en los costos de sus rivales existía una razón empresarial válida

[105] Cf. Wish R.; Bailey, D. (2018). Op. cit. Pág. 762.
[106] Se consideran períodos triviales los referidos a campañas publicitarias, de promociones o de ofertas y liquidaciones de stocks. Las ventas por debajo de costos encuadradas en ese tipo de campañas, acotadas en el tiempo, no se consideran predatorias.
[107] Cf. Hovenkamp, H. (2017). *Principles of Antitrust*. LEG. Inc./b/a West Academic. USA. Pág. 298.
[108] Cf. Hovenkamp,H. (2017). Op. cit. pág. 297.
[109] Si se prorratean los costos de litigar por unidad de producto, un mismo costo será mayor para un competidor pequeño o para un entrante, que aún no produce ningún producto.

(circunstancias objetivas legales, económicas o de contexto) que justifica tal iniciativa, de modo tal que el objeto plausible de la práctica o su efecto es deliberadamente intentar disuadir a un entrante, excluir o debilitar a la competencia.

iii) si los efectos exclusorios actuales o potenciales (en términos de futuros aumentos de precios, reducción de la variedad o la innovación) en el o los mercados relevantes afectados serían de una magnitud tal que, en principio, no tendrían compensación con eficiencias trasladables al consumidor. A mayor eficiencia y capacidad de innovación de los competidores excluidos, mayor magnitud de los efectos exclusorios.

Nótese que el artículo 54 inciso k) de la Ley 8642 y el artículo 19 del Reglamento Técnico de Competencia se refieren específicamente a acciones para incrementar costos y obstaculizar el acceso a insumos esenciales. Por tanto, puede darse el caso en que la SUTEL procese un caso que implique precios altos de insumos claves, enmarcando de modo concurrente la práctica en ambos incisos i) y k) del artículo 54 de la Ley 8642.

8.5.10 Estrechamiento de márgenes de un competidor (Art.54 "j" Ley 8642 y art. 18 Reglamento Técnico de Competencia)

Para el caso del estrechamiento de márgenes el artículo 18 del Reglamento Técnico de Competencia describe la siguiente hipótesis:

> *"...cuando se produce un diferencia negativa o insuficiente entre el precio que un proveedor integrado verticalmente cobra a sus competidores por un insumo y el precio al que vende a sus clientes un bien o servicio para el cual dicho insumo sea esencial, de forma tal que impida a un competidor igualmente eficiente subsistir en el mercado o competir de forma efectiva".*

Los indicios que la SUTEL podrá considerar, para este caso, conforme al art. 18 del Reglamento Técnico de Competencia son los siguientes:

> *"a) El producto o servicio carece de sustitutos razonables[110] para quien lo requiere aguas abajo".*
>
> *"b) El precio al que se vende el producto en el mercado aguas abajo debe ser tan bajo que impida a un competidor tan eficiente como el investigado operar con un margen de beneficio razonable."*

Existe estrechamiento de márgenes cuando el margen entre el precio mayorista que cobra un proveedor verticalmente integrado a sus competidores y el precio que determina a nivel minorista es tan pequeño que los competidores no pueden subsistir en el mercado o competir de forma efectiva, lo que puede tanto expulsar competidores del mercado como impedir su ingreso. La existencia de esta práctica puede limitar, restringir o evitar la competencia en el mercado minorista, en perjuicio de los consumidores ya sea mediante un aumento de precios o una reducción de la cantidad y calidad de bienes o servicios ofrecidos[111].

Un primer paso en las investigaciones de compresión de márgenes es una investigación detallada de la naturaleza de la competencia tanto en los mercados ascendentes como descendentes. Un requisito común es que la empresa que reduciría los márgenes tenga poder de mercado en el mercado ascendente[112]. En los casos más extremos, puede suceder que el presunto infractor opera aguas abajo con un margen negativo, incurriendo en pérdidas.

Los casos de estrechamiento de márgenes a menudo surgen en industrias recién liberalizadas donde las empresas establecidas tienen la obligación regulatoria de proporcionar ciertos insumos esenciales a los rivales aguas abajo, en particular las telecomunicaciones, pero también en el sector del agua, los ferrocarriles, los servicios postales, los productos farmacéuticos, la televisión de pago, la gasolina y los servicios funerarios (entre otros)[113].

> ***Ejemplo**. El 15 de septiembre de 2021, el Tribunal Administrativo (TAR) de Lazio anuló la decisión de la autoridad italiana de competencia (ICA) que determinaba que el operador de telecomunicaciones Vodafone Italia, incumplía el artículo 102 del TFUE por presuntamente abusar de su posición dominante en el mercado de terminación del servicio de mensajes cortos ("SMS"). La ICA abrió procedimientos separados por presunto abuso de posición dominante por parte de Vodafone y Telecom Italia, respectivamente, tras una denuncia presentada en abril de 2016 por Ubiquity S.r.l., quien afirmó que Vodafone y Telecom estaban aplicando tarifas excesivas en el mercado (ascendente) para la terminación de SMS en sus respectivas redes, lo que obstaculizaba la capacidad de los rivales para prestar servicios en el mercado (descendente) de servicios masivos de SMS. Según la ICA, Vodafone abusó de su poder de mercado al establecer una discriminación técnica y económica, lo que resultó en una compresión de márgenes para competidores igualmente eficientes en el mercado relacionado de servicios de SMS masivos. Las empresas presentaron solicitudes separadas de anulación de las decisiones de la ICA ante el TAR Lazio. Vodafone cuestionó, entre otras cosas, la evaluación de ICA del mercado descendente, con particular referencia al precio minorista final que podría cobrar un competidor que fuera tan eficiente como la empresa dominante. El TAR Lazio anuló la decisión de ICA, por cuanto, entre otros, la ICA no pudo demostrar que el costo de terminar los mensajes de texto en las redes de Vodafone había afectado el precio de los servicios de SMS masivos hasta el punto de conducir a la exclusión de los operadores del mercado descendente, ya que en la decisión de la ICA no se realizó ninguna evaluación de los efectos perjudiciales, si los hubiere, de la conducta en cuestión[114]***

En la literatura económica existen dos pruebas que se pueden aplicar para demostrar una compresión de márgenes abusiva: la prueba del operador igualmente eficiente que se basa en los costos del operador integrado y la prueba del operador razonablemente eficiente, que se basa en los costos del cliente y competidor aguas abajo[115]. La prueba del operador igualmente eficiente ("as efficient competitor") es

---

[110] Recientemente en jurisdicción europea y en el marco de casos del sector de telecomunicaciones, se ha relajado el requisito de insumo esencial para configurar el tipo punible. En el caso Telefónica, el Tribunal de Justicia confirmó que "la conducta abusiva imputada a los recurrentes, que adopta la forma de estrechamiento de márgenes, constituye una forma de abuso independiente y distinta de la denegación de suministro […], a la que se aplican los criterios establecidos en el asunto Bronner no son aplicables, en particular, el carácter esencial de los insumos". Case C-295/12 P - Telefónica, párrafo 96. Cf. EC (2023) Competition policy brief. A dynamic and workable effects-based approach to abuse of dominance.

[111] OECD (2009). Policy Roundtables. *Margin Squeeze*

[112] OECD (2009). Op. cit.

[113] OECD (2009). Op. cit.

[114] Cleary Gottlieb (2021). *TAR Lazio Annuls ICA Decision Fining Vodafone in the Amount of €5.8 Million for Abuse of Dominance*. September 15.

[115] Yannelis, D. (2015). *Margin squeeze in the U.S. and the EU: Why they differ?* European Scientific Journal November 2015 Special.

BORRADOR PRELIMINAR CONSULTA PÚBLICA

particularmente apta para los casos de estrechamientos de márgenes, conforme a la autoridad europea y la Corte de justicia europea[116].

En todo caso, la SUTEL observará la libertad de un proveedor u operador para fijar los precios de sus productos o servicios, aun cuando cuente con poder sustancial. El estrechamiento de márgenes de un competidor sólo se configura en una PMR si lo produce una empresa verticalmente integrada y con poder sustancial, que deliberadamente incrementa los precios de un insumo clave para perjudicar a sus competidores en el mercado descendente.

Si el presunto infractor de manera evidente no cuenta con poder sustancial, conforme al principio de economía procesal, la SUTEL podrá no iniciar una investigación preliminar o archivarla cuando su determinación requiera investigación, dado que los análisis de costos, precios y replicabilidad de insumos clave representan una carga administrativa considerable.

Tres elementos deben estar presentes en el tipo sancionatorio: i) una empresa aguas arriba que es propietaria o produce un insumo o servicio esencial - un cuello de botella de la industria -sin sustitutos y sin margen para que otras empresas proporcionen dicho insumo por sí mismas (test de replicabilidad técnica y económica); ii) esa empresa debe vender ese insumo esencial a una o más empresas aguas abajo que busquen utilizar ese insumo en la provisión de algún producto o servicio minorista; iii) la empresa aguas arriba debe utilizar sus propios insumos para producir el producto o servicio minorista y venderlo en competencia con el resto de las empresas del mercado minorista, que a su vez son sus clientes aguas arriba.

Por tanto, con base en el artículo 54 inciso j) de la Ley 8642, la SUTEL procederá a comprobar durante el procedimiento especial, si:

i) el presunto agente infractor tiene poder sustancial en el mercado relevante del insumo y participa en el mercado relevante del producto, con o sin poder sustancial de mercado.

ii) el producto o servicio carece de sustitutos razonables para quien lo requiere aguas abajo y es esencial o cuello de botella de la industria.

iii) si el presunto infractor ha producido un estrechamiento de los márgenes de sus competidores actuales o de márgenes esperados de sus competidores potenciales, mediante un aumento del precio del insumo clave, acompañado o no con una baja de los precios del producto aguas abajo.

iv) al momento de aumentar el precio del insumo clave, el presunto infractor no tenía una razón empresarial válida (circunstancias objetivas legales, económicas o de contexto) que justifica tal aumento, de modo tal que el objeto plausible de la práctica o su efecto es deliberadamente disuadir a un entrante, excluir o debilitar a la competencia.

v) los efectos exclusorios actuales o potenciales (en términos de futuros aumentos de precios, reducción de la variedad o la innovación) en el o los mercados relevantes afectados serían de una magnitud tal que, en principio, no tendrían compensación con eficiencias trasladables al consumidor. (A mayor eficiencia y capacidad de innovación de los competidores excluidos, mayor magnitud de los efectos exclusorios.)

Nótese que el estrechamiento de márgenes del competidor también podría producirse[117], por ejemplo, si el proveedor del insumo discrimina los precios del insumo clave a favor de su firma vinculada y en contra de su competidor, si fija precios predatorios para el producto aguas abajo. En dichos casos, la SUTEL podría aplicar de modo concurrente los incisos a) e i), respectivamente, del artículo 54 de la Ley 8642.

8.5.11 Incrementar costos y obstaculizar (Art. 54 "k" Ley 8642 y art.19 Reglamento Técnico de Competencia)

Para el caso de acciones para incrementar costos y obstaculizar, el artículo 19 del Reglamento Técnico de Competencia describe una única hipótesis relacionada con los insumos esenciales.

A primera vista esto puede parecer limitativo, pero no lo es, por cuanto el artículo 54 inciso i) de la Ley 8642 y el artículo 17 del Reglamento Técnico de Competencia sobre predación, incluye un tipo abierto para el caso de "condiciones predatorias" que procede interpretar que se refiere específicamente a todo tipo de acciones dirigidas a incrementar costos del rival. Por tanto, podría considerarse que el tipo del art. 54 k, es una especie del género "condiciones predatorias" del precitado art. 54 inciso i). En el punto sobre ese tipo de esta Guía, numerado 8.5.9. se presenta la enumeración de posibles hipótesis de aumento de costos del rival, acorde con la doctrina y jurisprudencia vigentes.

La hipótesis del artículo 54 k) y su reglamentación (art. 19 del Reglamento Técnico de Competencia) reza lo siguiente:

> *"... cuando un operador o proveedor realiza acciones injustificadas para incrementar los costos u obstaculizar el proceso productivo de algún competidor" y especifica que "un operador o proveedor puede intentar incrementar los costos de sus competidores mediante prácticas excluyentes y presiones verticales a través de conductas que incrementan los precios de los insumos de sus competidores u obstaculicen el acceso de sus competidores a insumos que les resultan esenciales".*

Obstaculizar el acceso (a través de una negativa de venta, un precio excesivo o cualquier otro medio) a un insumo esencial para el proceso productivo de un competidor, se encuadra dentro de lo que se denomina "doctrina de las facilidades esenciales" originada en la jurisprudencia de los EE.UU. y luego extendida a otras jurisdicciones. Es una especie de negativa de venta, que afecta a los competidores en un mercado descendente que amerita un trato específico y excepcional porque, acreditada la conducta ilegítima, procede como medida remedial obligar al infractor a negociar con sus competidores el acceso a las instalaciones o insumos esenciales, lo cual interfiere con el derecho a la propiedad.

Una instalación esencial es un activo o infraestructura a la que un tercero necesita acceder para ofrecer su propio producto o servicio en un mercado. Una instalación es esencial si no hay alternativas razonables disponibles y la duplicación de la instalación no es factible debido a obstáculos legales, económicos o técnicos. Ejemplos de facilidades esenciales emergentes de la jurisprudencia son: infraestructuras físicas como puentes o puertos, derechos de propiedad intelectual y bases de datos (sets of information)[118].

[116] Beaudouin, Y.; Genevaz, S.; Mernagh, S., y otros (2022). *Competition policy brief*. Comisión Europea. Directorate-General for Competition. Issue 2, December 2022.
[117] Cf. Wish, W. y Bailey, D. (2018). Op. cit. Pág. 772.
[118] Graef, I. (n.d.). *Essential facility*, Global Dictionary of Competition Law. Concurrences, Art. N° 12256.

> ***Ejemplo***. *La Comisión Federal de Competencia (CFC) de México resolvió sancionar a Telmex con una multa de 6.9 millones de dólares por la comisión de una práctica relativa monopólica que consistió en negarse a suministrar el servicio de interconexión a la empresa Mexican Telecommunications Group Company (GTM), una subsidiaria de Telefónica, por un período de siete meses entre 2007 y 2008. Esta negativa a suministrar fue una violación de la fracción V del artículo 10 de la Ley Federal de Competencia Económica. En este mercado Telmex tenía poder sustancial y su conducta tuvo por objeto y efecto impedir el acceso a otro agente económico al mercado*[119].

Conforme a lo precedente, tres elementos deben concurrir para que una determinada instalación o un insumo o servicio pueda considerarse "esencial" y entones habilitar su tratamiento bajo la doctrina de las facilidades esenciales, a saber: i) la facilidad esencial debe ser provista en condiciones monopólicas; ii) la facilidad esencial no se encuentra disponible a través de otro proveedor y tampoco es factible – por razones técnicas o económicas - para la empresa que requiere el acceso replicar la facilidad por sus propios medios, y iii) el acceso a la facilidad esencial por parte de terceros es necesario para mantener la competencia en el mercado descendente. En suma, estamos ante una facilidad esencial cuando: el bien o servicio es provisto en condiciones monopólicas, es imposible de replicar en condiciones razonables; y su acceso es necesario para mantener la competencia aguas abajo.

Nótese que, si el bien o servicio en cuestión no reúne las características de una facilidad esencial, la conducta puede enmarcarse en el tipo más general del precitado artículo 54 inciso i) de la Ley 8642 que incluye todo tipo de predación, incluidas las acciones dirigidas a aumentar los costos de los rivales.

Dado que los tres precitados elementos que integran el tipo sancionador son elementos necesarios, si el presunto infractor no cuenta con poder sustancial y, conforme al principio de economía procesal, la SUTEL podrá no realizar ningún tipo de investigación o consideración adicional y archivar el caso, dado que los análisis de factibilidad de replicar un insumo esencial representan una carga administrativa considerable.

Por tanto, con base en el artículo 54 inciso k) de la Ley 8642, la SUTEL procederá a comprobar durante el procedimiento especial, si:

i) el presunto agente infractor tiene poder sustancial en el mercado del insumo esencial y participa como oferente (actual o potencial) - con o sin poder sustancial - en el mercado descendente.

ii) el insumo que provee el presunto infractor es esencial o indispensable para competir en el mercado descendente

iii) es imposible para los competidores afectados replicar el insumo (produciéndolo por sí mismo, o a través de terceros), por impedimentos físicos, legales o de rentabilidad económica[120].

iv) al momento de decidir e implementar la negativa de venta o el aumento de precio del insumo esencial, el presunto infractor no contaba con ninguna razón empresarial válida (circunstancias objetivas legales, económicas o de contexto) que justifica tal iniciativa, de modo tal que el objeto plausible de la práctica o su efecto es disuadir a un entrante, excluir o debilitar a la competencia en el mercado descendente.

v) los efectos exclusorios actuales o potenciales (en términos de futuros aumentos de precios, reducción de la variedad o la innovación) en el o los mercados relevantes descendentes serían de una magnitud tal que, en principio, no tendrían compensación con eficiencias trasladables al consumidor. A mayor eficiencia y capacidad de innovación de los competidores excluidos, mayor magnitud de los efectos exclusorios.

8.5.12 Otras PMR (art. 54 "l" de la Ley 8642 y art. 20 Reglamento Técnico de Competencia)

Para el caso del tipo abierto del artículo 54 inciso l) de la Ley 8642, el artículo 20 del Reglamento Técnico de Competencia describe la siguiente hipótesis:

> *"prácticas monopolísticas relativas distintas de las mencionadas en los artículos anteriores, cuando un operador o proveedor incurra en algún acto deliberado que tenga como único fin procurar la salida de operadores o proveedores del mercado o implique un obstáculo para su entrada. Se trata de actos o conductas deliberados, es decir intencionales, que no estén contemplados dentro de los primeros incisos del citado artículo 54"*, lo cual, y conforme al primer párrafo del artículo 54 debe concurrir con la existencia de poder sustancial en el mercado relevante, como condición necesaria, aunque no suficiente.

En este punto, tanto la Ley como el Reglamento expresamente mencionan que se debe estar ante un acto "deliberado". Por ello, a diferencia de las demás prácticas monopolísticas relativas, no es suficiente la existencia de un objeto o efecto anticompetitivo, sino que el tipo abierto del inciso l) requiere que la conducta sea deliberada, esto es, intencional. Así se han pronunciado los Tribunales de Justicia con relación a una disposición similar contenida en la Ley 7472:

> *"Debe tenerse presente que la práctica monopolística relativa que regula el artículo 12 inciso g) de la Ley 7472, y por la cual fue sancionada la cooperativa accionante consistió en la realización de actos deliberados que induzcan a la salida de competidores del mercado o eviten su entrada. Del texto de la causal, se extrae fácilmente que debe demostrarse que se realizó un acto deliberado, esto es intencional. Así las cosas, la intencionalidad constituye un presupuesto para poder acreditar la existencia de la práctica monopolística relativa"*[121].

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

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

[119] DE-039-2007. Comisión Federal de Competencia de México.
[120] Cf. Wish, R. y Bailey, D. (2018). Op. cit. Pág. 719.
[121] Tribunal Contencioso Administrativo Sección VI. Sentencia 2508 de las 16:30 horas del 30 de junio de 2010.

BORRADOR PRELIMINAR CONSULTA PÚBLICA

> *En este orden de ideas debemos dejar claro que el elemento de la intencionalidad puede o no estar presente en las prácticas prohibidas por el artículo 12 en sus incisos a) al f); de hecho, según el artículo 26 la intencionalidad es un elemento más a valorar Sobre el tipo abierto de la ley, el Tribunal Contencioso ha reconocido la posibilidad de emplearlo, siempre que la intimación al agente económico se realice adecuadamente".*[122]

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

> *"Al respecto, cabe señalar que para considerar sancionables los actos deliberados de un agente económico que induzcan a la salida de sus competidores del mercado o eviten su entrada, debe tratarse de actos expresos, groseros y evidentes, que no estén contemplados dentro de los incisos a), b), c), d), e) y f) del artículo 12 y que sobrepasen el lógico y normal interés que tiene toda empresa tendiente a lograr una mayor participación de mercado o defender la actual, con estrategias que le permitan hacerle frente a sus competidores."*[123]

Esta posición es coincidente con la doctrina, la cual nos indica que la competencia vigorosa, y la búsqueda agresiva de objetivos comerciales legítimos no está prohibida, ni siquiera para una firma con poder de mercado, y ni siquiera cuando la conducta perjudica a uno o más competidores, o incluso si algunos llegan eventualmente a salir del mercado[124].

En igual sentido, la jurisprudencia estadounidense ha indicado que:

> *"Debemos ser claros acerca de que es lo que significa "intención", porque en el contexto de un caso de monopolización "intención" es un concepto elusivo. (…) de hecho, el objetivo de toda empresa que pretende maximizar sus utilidades es obtener un monopolio al capturar una porción cada vez mayor del mercado (…) Monopolios alcanzados a través de habilidades superiores no son menos intencionales que los alcanzados por medios anticompetitivos (…) entonces la intención relevante para el Sherman Act es solamente la intención de mantener o alcanzar poder de mercado por medios anticompetitivos. La Sección 2 no prohíbe la búsqueda intencional del poder de mercado, sino el uso de medios ilegítimos para lograr dicho poder"*[125]

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

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

> *"El problema difícil en esta área es distinguir competencia ordinaria y vigorosa (que debe ser alentada y protegida) de conducta exclusoria (que debe ser prohibida). Incluso a las empresas grandes se les debe permitir – y alentar – que compitan. Una guía es preguntar si la conducta tiene sentido comercial incluso si no se alcanza el resultado de crear o mantener poder de mercado. Si una firma excluye a sus competidores simplemente por ser mejor que ellos, esto no es conducta exclusoria"*[126]*115*.

En un sentido similar, la jurisprudencia de los EE. UU. ha señalado que una conducta es anticompetitiva cuando sería económicamente irracional salvo por su impacto en la competencia[127]. A contrario sensu, no puede presumirse una intención anticompetitiva cuando la conducta desplegada tenga sentido comercial.

Por otro lado, debe tenerse presente que el elemento de poder sustancial en el mercado relevante que es necesario, aunque no suficiente para todas las PMR del artículo 54 de la Ley 8642, incluido el inciso l).

Por tanto, si el presunto infractor, de manera evidente, no cuenta con poder sustancial, conforme al principio de economía procesal, la SUTEL podrá no realizar ningún tipo de investigación o consideración adicional, y archivar el caso, dado que el análisis diferencial que es necesario realizar para enmarcar una conducta no especificada en los incisos a) a k) del artículo 54 de la Ley 8642, y la prueba de acto deliberado, representa una carga administrativa considerable. No obstante, podrá considerar abrir un procedimiento preliminar dirigido específicamente para determinar si el presunto infractor cuenta con poder sustancial en algún mercado relevante.

Para sancionar a un agente con base en el artículo 54 inciso l) de la Ley 8642, la SUTEL deberá comprobar, de modo concurrente que:

i) el presunto agente infractor tiene poder sustancial en un mercado relevante.

ii) al momento de decidir e implementar la conducta objetada, el presunto infractor no contaba con ninguna razón empresarial válida (circunstancias objetivas legales, económicas o de contexto) que justifique tal iniciativa, de modo tal que el único objeto plausible de la práctica es deliberadamente intentar disuadir a un entrante, excluir o debilitar a la competencia en el mercado relevante.

iii) existe evidencia directa o indirecta de intencionalidad (acto deliberado) de disuadir la entrada o de excluir o debilitar a la competencia[128].

iv) los efectos exclusorios actuales o potenciales (en términos de futuros aumentos de precios, reducción de la variedad o la innovación) en el o los mercados relevantes descendentes serían de una magnitud tal que, en principio, no tendrían compensación con eficiencias

---

[122] COPROCOM. Sesión Ordinaria N° 31-98, celebrada a las 17:00 horas del 20 de octubre de 1998.
[123] COPROCOM. Sesión Ordinaria N° 9-95, celebrada a las 17:10 horas del 28 de noviembre de 1995.
[124] ABA Antitrust Section. *Antitrust Law Developments*, 3rd ed. (1992), págs. 222-224.
[125] Hovenkamp, H. (1994). *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its practice*. Pág. 250. En igual sentido: ABA Antitrust Section (1992). *Antitrust Law Developments*. Op. cit. pág. 226.
[126] Conrath, C. (1993). *Practical Handbook of Antimonopoly Law Enforcement for an Economy in Transition*., págs. 6-9.
[127] ABA Antitrust Section. (1992), Op. Cit. págs. 222-223. (
[128] Cf. Herbert Hovenkamp (2017). Op. cit. pág. 255.

BORRADOR PRELIMINAR CONSULTA PÚBLICA

trasladables al consumidor. A mayor eficiencia y capacidad de innovación de los competidores excluidos, mayor magnitud de los efectos exclusorios.

8.6 Restricciones verticales lícitas

En base a las secciones precedentes y sujeto a las circunstancias específicas de cada caso, de orden legal, económico, de contexto, las restricciones verticales lícitas - establecidas mediante un acuerdo vertical o de forma unilateral - tendrán alguna o todas las siguientes características[129].

i) La restricción, *ceteris paribus*, no tiene por objeto o efecto (actual o potencial) subir los precios o reducir la producción[130].

ii) La restricción es una cláusula o condición accesoria de un acto o acuerdo lícito (horizontal o vertical) que por sí mismo crea eficiencias o es beneficioso para los consumidores finales.

iii) Hay multiplicidad de agentes económicos en los mercados relevantes involucrados, la oferta está desconcentrada, las barreras a la entrada y expansión de competidores son bajas, los agentes económicos implicados en la restricción tienen participaciones de mercado bajas y no tienen poder sustancial.

iv) El cierre del o los mercados relevantes producido por la restricción - la cobertura de la restricción - es bajo: la mayor proporción de las ventas o compras no se encuentran afectados por la restricción y se realizan libremente, conforme al juego de oferta y demanda. No se reducen significativamente las alternativas de consumo disponibles para el consumidor final.

v) Existe evidencia sólida de que la práctica crea eficiencias significativas, trasladables al consumidor final. No existe posibilidad de lograr esas eficiencias mediante un medio distinto, menos lesivo de la competencia.

8.7 Prueba directa, indicios y prueba económica

A diferencia del caso de las PMA, en las PMR la prueba directa tiene un peso menor, dado que un mismo acto o acuerdo puede ser lícito o ilícito según las circunstancias del caso y no permite deducir si dicho acto o acuerdo es ilegal. La prueba directa (a través de documentos, declaraciones testimoniales, etc.) relativa a la existencia de una "intención específica de monopolizar" un mercado por parte del o los presuntos infractores tiene utilidad, sólo como complemento de la evidencia indiciaria o circunstancial y prueba económica sobre poder sustancial en el mercado y el objeto o efectos anticompetitivos de la práctica objetada.

En cambio, en el ámbito de las PMR, la prueba económica, es indispensable para definir el mercado relevante de producto y geográfico, las barreras a la entrada y expansión de competidores y la existencia de poder sustancial en el mercado. Los indicios serán también necesarios para establecer que el objeto o causa de PMR es anticompetitivo y las circunstancias específicas legales, económicas y de contexto del caso. También los indicios y prueba económica son medulares en la defensa del caso que hagan los presuntos infractores.

A todo efecto, téngase presente cuáles son los medios de prueba admisibles en el procedimiento especial por el que se investigan las prácticas monopolísticas (art. 42 del Reglamento a la Ley 9736)

"a) Requerimientos de información y su respuesta.

b) Documentos e informes (públicos o privados).

c) Entrevistas de terceros y de peritos.

d) Declaración del agente económico investigado.

e) Reconocimiento.

f) Dictamen de peritos.

g) Inspecciones.

h) Cualquier otro no prohibido por la normativa aplicable."

8.7.1 Para definir el mercado relevante

Los tipos de prueba económica e indicios apropiados para la definición del mercado relevante incluyen los siguientes[131]:

i) Características de los productos y servicios involucrados, incluida su utilidad prevista desde la perspectiva de los clientes o consumidores, su precio, prestaciones y demás características.

ii) El comportamiento de los demandantes y oferentes en la compra y venta de los productos involucrados y su disposición a sustituir productos o fuentes de suministro. La prueba de sustitución del lado de la demanda se puede producir mediante encuestas a los consumidores, por ejemplo, preguntando a los consumidores cómo reaccionarían ante un incremento de precios.

iii) Evidencia empírica de cambios recientes en la estructura del mercado y de experimentos naturales en el pasado (por ejemplo, la entrada de un nuevo competidor, la expansión de competidores existentes).

iv) Opiniones y prácticas de los agentes económicos, reguladores y demás actores que trabajan en la industria.

v) Datos recopilados por los propios proveedores y operadores investigados y demás participantes del mercado relevante y conexos. Por ejemplo, actas de juntas o presentaciones, planes, estrategias u otros documentos internos, que pueden identificar a quién consideran sus clientes, sus competidores y sus antecedentes y experiencia de ganar o perder clientes en respuesta a cambios en precio, calidad u otras características de sus productos o de los productos de sus competidores. En algunos casos, estos tipos de documentos también pueden contener puntos de vista de una empresa sobre el mercado en el que opera.

---

[129] Cf. Hovenkamp, H. (2017). Op. cit. pág. 235-237.
[130] En el caso de agentes con poder sustancial desde la demanda, o acuerdos entre compradores, la condición queda definida: que el objeto o efecto sea bajar los precios o reducir la producción.
[131] Cf. OECD (2021). *Market definition in competition law*. Competition Primers for ASEAN Judges.

BORRADOR PRELIMINAR CONSULTA PÚBLICA

vi) Testimonio pericial de economistas. Un economista experto puede aclarar cómo se aplican los conceptos económicos relevantes como la sustitución desde la demanda y desde la oferta al caso en particular.

vii) Testimonio pericial de expertos de la industria, ex ejecutivos de empresas, de proveedores o distribuidores, que pueden producir prueba sobre comportamientos y prácticas en la industria.

viii) Herramientas económicas cuantitativas.

(a) Análisis de correlación de precios - coeficiente de correlación. Examina hasta qué punto los precios de los dos productos se mueven juntos con el tiempo. No se puede definir un valor apropiado del coeficiente de correlación para incluir dos productos o áreas geográficas en el mismo mercado relevante. Este análisis no es concluyente por sí mismo y dependerá del resto de la prueba cuantitativa y cualitativa.

(b) Experimento natural. Analiza eventos pasados en un mercado para entender su dinámica competitiva. Estos eventos pasados incluyen nuevos productos lanzamientos, entrada al mercado, campañas publicitarias, shocks de la oferta producidos por costos de insumos o intervenciones regulatorias. Este análisis no es concluyente por sí mismo y dependerá del resto de la prueba cuantitativa y cualitativa.

(c) Estimación de la demanda - elasticidad de la demanda. Observa cómo el comportamiento del consumidor se adapta a los cambios en el precio de los productos, ingresos del consumidor u otras variables que afectan la demanda. Este análisis no es concluyente por sí mismo y dependerá del resto de la prueba cuantitativa y cualitativa.

8.7.2 Sobre la existencia de poder sustancial en el mercado relevante

Las principales fuentes de evidencias sobre poder sustancial son:

i) Testimonios y documentos de los participantes del mercado y observadores: competidores, proveedores, clientes, competidores potenciales, reguladores económicos, incluyendo todo tipo de datos de mercado y de la industria, de fuentes debidamente verificadas, tales como reportes de ingresos, de cantidad de clientes, de activos y similares.

ii) Documentos internos y registros comerciales del o los presunto(s) infractor(es), estados contables, informes periódicos elevados a los superiores, estudios, encuestas, entre otros.

iii) Prueba pericial, incluidos expertos económicos y de la industria.

8.7.3 Sobre el objeto y el efecto anticompetitivo

En el caso de las restricciones verticales de la competencia, la SUTEL producirá o evaluará prueba dirigida a los siguientes fines[132]:

(a) Identificar el acto o conducta que investiga como restricción vertical, las partes implicadas y los mercados relevantes afectados por la conducta. Usualmente se definen al menos dos mercados relevantes: aguas arriba y aguas abajo.

(b) Identificar el objeto, causa o fin de la restricción vertical, estableciendo qué era lo que específicamente buscaban lograr las partes implicadas al momento de decidir e implementar la restricción (en particular, la parte que impone la restricción de no existir consentimiento).

(c) Identificar el efecto o probable efecto de la restricción vertical en los dos mercados relevantes definidos (aguas arriba y aguas abajo), para lo cual se tratará de realizar una prueba contrafáctica[133]: comparar cómo operarían los mercados relevantes con y sin la restricción implementada. Esta prueba también puede permitir cuantificar daños o pérdidas.

En el caso del resto de las restricciones sobre la competencia del artículo 54 de la Ley 8642, sean conductas unilaterales, la SUTEL producirá o evaluará prueba dirigida a los siguientes fines:

a) Identificar el acto o conducta que investiga como restricción a la competencia, las partes implicadas y los mercados relevantes afectados por la conducta. Usualmente se define un único mercado relevante afectado.

(b) Identificar el objeto, causa o fin de la restricción, estableciendo qué era lo que específicamente el agente económico buscaba lograr al momento de decidir e implementar la restricción.

(c) Identificar el efecto o probable efecto de la restricción en el mercado relevante definido, para lo cual se tratará de realizar una prueba contra fáctica: comparar cómo operarían los mercados relevantes con y sin la restricción implementada. Esta prueba también puede permitir cuantificar daños o pérdidas.

Nótese que, en el Reglamento Técnico de Competencia, sólo se explicitan indicios de PMR para dos hipótesis específicas de restricciones a la competencia: precios predatorios y estrechamiento de márgenes, según lo siguiente:

<u>Precios predatorios (artículo 17 Reglamento Técnico de Competencia)</u>

> *"a) Si el operador o proveedor vende un servicio de telecomunicaciones a un precio inferior a los Costos Incrementales Promedio de Largo Plazo (CIPLP) o bien a otra referencia de costo que resulte adecuada para el caso y se encuentre conforme con la práctica internacional.*
>
> *b) Si la venta del servicio ha provocado o podría provocar la salida del mercado de otros operadores o proveedores o impedir el ingreso al mercado de otros operadores o proveedores.*
>
> *c) Si las barreras de entrada son significativas, de manera que el operador o proveedor que incurre en la conducta podría, después de provocar la salida o impedir la entrada de otros al mercado, imponer un aumento en los precios suficiente para recuperar el monto total de la pérdida incurrida durante el periodo de los precios predatorios"*

<u>Estrechamiento de márgenes (artículo 18 Reglamento Técnico de Competencia)</u>

> *"a) El producto o servicio carece de sustitutos razonables para quien lo requiere aguas abajo.*
>
> *b) El precio al que se vende el producto en el mercado aguas abajo debe ser tan bajo que impida a un competidor tan eficiente como*

[132] Cf. OECD (2021). *Primer on Vertical Restraints in Competition Law*. Competition Primers for ASEAN Judges.
[133] Cf. OECD (2021). Op. cit.

BORRADOR PRELIMINAR CONSULTA PÚBLICA

el investigado operar con un margen de beneficio razonable."

Es habitual que se produzca una superposición significativa[134] entre la evidencia utilizada para establecer el poder sustancial y la utilizada para establecer identificar la práctica, su propósito y su efecto.

Las principales fuentes de evidencias sobre el objeto y el efecto de la PMR son:

i) Testimonios y documentos de los participantes del mercado y observadores: competidores, proveedores, clientes, competidores potenciales, reguladores económicos.

ii) Documentos internos y registros comerciales del o los presunto(s) infractor(es), estados contables, informes periódicos elevados a los superiores, estudios, encuestas, entre otros.

iii) Prueba pericial, incluidos expertos económicos y de la industria.

8.7.4 Pruebas de descargo y defensa

En las PMR, dado que el traslado de cargos que realiza la SUTEL puede basarse parcialmente en evidencia inferencial, el o los presunto(s) infractor(es) puede, en su defensa, brindar una razón plausible y justificable para su conducta, que debe ser consistente con los usos y costumbres observados en la práctica comercial pertinente.

Cada uno debe demostrar que su conducta está en su interés propio e individual y por ello se ha decidido e implementado la restricción a la competencia objetada. Acto seguido la carga de la prueba vuelve a la SUTEL, quien debe proporcionar pruebas que refuten esa defensa y demuestren que el demandado no estaba participando en un comportamiento competitivo legal.

Una justificación objetiva es esencialmente una circunstancia especial que excusa una conducta de otro modo ilícita, como consideraciones públicas (por ejemplo, razones de salud y seguridad) y consideraciones comerciales o de negocios, que deben ser demostrables.

También se puede presentar la defensa basada en las eficiencias de la restricción. Para este caso, el último párrafo del artículo 54 de la Ley 8642 y el artículo 22 del Reglamento Técnico de Competencia, establece:

> *"... la Sutel deberá analizar y pronunciarse sobre los elementos que aporten las partes para demostrar los efectos procompetitivos o la mayor eficiencia en el mercado derivada de sus acciones o cualquier otro elemento que se establezca reglamentariamente; y que producirá algún beneficio significativo y no transitorio a los usuarios finales…" (art. 54 último párrafo Ley 8642).*

A su vez, el artículo 22 del Reglamento Técnico de Competencia dispone:

> *"Art. 22.- Análisis de eficiencias y efectos procompetitivos.*
>
> *En el análisis de prácticas monopolísticas relativas la SUTEL deberá examinar y pronunciarse sobre los elementos que aporten las partes investigadas para demostrar los efectos procompetitivos o la mayor eficiencia en el mercado de la práctica o prácticas investigadas.*
>
> *Las eficiencias pueden consistir en mejoras técnicas de la calidad de los bienes o servicios o bien en una reducción del coste de producción o de distribución, es decir, deben contribuir a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico. Por su parte los efectos procompetitivos se relacionan con el adecuado funcionamiento del mercado en general o de proporcionar un beneficio a los consumidores. El proveedor puede intentar incrementar los costos de sus competidores mediante prácticas excluyentes y presiones verticales a través de conductas que incrementan los precios de los insumos de sus competidores u obstaculicen el acceso de sus competidores a insumos que les resultan esenciales.*
>
> *Para ser consideradas por la SUTEL, las eficiencias o efectos procompetitivos producto de la conducta investigada deben tener las siguientes características:*
>
> *a) La conducta es imprescindible para obtenerlos, no debe haber alternativas a la conducta que sean menos lesivas de la competencia y además capaces de producir las mismas eficiencias.*
>
> *b) Deben superar cualquier probable efecto negativo para la competencia y para el bienestar de los consumidores en los mercados afectados.*
>
> *c) La conducta no debe eliminar la competencia efectiva al suprimir todas o la mayor parte de las fuentes de competencia actual o potencial existentes.*
>
> *d) Producir un beneficio significativo y no transitorio a los usuarios finales.*
>
> *Corresponde al operador o proveedor o grupo de ellos investigado alegar y justificar las ganancias en eficiencia o efectos procompetitivos de la conducta investigada, para lo cual deberán describir su naturaleza y efectos, cuantificándolos cuando sea posible, acreditando todos estos aspectos con los medios a su alcance."*

También para la evaluación de las eficiencias se tratará de realizar una prueba contra fáctica: comparar cómo operarían los mercados relevantes con y sin la restricción implementada, incluidas las eficiencias que los agentes involucrados hayan logrado probar. Esta prueba también puede permitir cuantificar daños o pérdidas y su compensación, mediante las eficiencias argumentadas.

Las fuentes de evidencias sobre eficiencias transmisibles al consumidor final serán en primer término las ofrecidas por los interesados, tales como:

i) Prueba pericial independiente, incluidos expertos económicos y de la industria, independientes.

ii) Documentos internos y registros comerciales del o los presunto(s) infractor(es), estados contables, informes periódicos elevados a los superiores, estudios, encuestas, entre otros.

iii) Testimonios y documentos de los consumidores finales y/o las asociaciones gremiales que los representan

iv) Testimonios y documentos de los participantes del mercado y observadores: competidores, proveedores, clientes, competidores

[134] OECD (2021). *Abuse of dominant position: what is it and how is it assessed?* Competition Primers for ASEAN Judges.

BORRADOR PRELIMINAR CONSULTA PÚBLICA

potenciales, reguladores económicos.

8.7.5 Valoración de la prueba

La SUTEL valorará toda la prueba producida en el procedimiento especial siguiendo las reglas de la sana crítica, atendiendo su contenido y no su forma, persiguiendo como fin material la tutela y la promoción de la competencia y la libre concurrencia en el sector de las telecomunicaciones.

8.8 Sanciones: multas y medidas correctivas

La regla de análisis aplicada a una práctica monopolística está en directa relación con el régimen sancionatorio que procederá aplicar.

En el caso de las PMR, la regla de análisis es la regla de la razón. Por tanto, conforme se deduce del artículo 54 de la Ley 8642 (y del artículo 53 de la Ley 8642 a contrario sensu), los actos descritos en el tipo sancionador no son nulos de pleno derecho, por cuanto son actos cuya causa u objeto puede o no ser ilegítimo, dependiendo de las circunstancias específicas del caso, que incluye prueba sobre los efectos exclusorios.

Por ello - a diferencia de las PMA – y excepcionalmente la ley prevé que se puede obtener a una terminación anticipada del procedimiento especial (artículo 70 de la Ley 9736) a través de un compromiso ofrecido por el presunto infractor por el cual se implementa una modificación sustancial de la práctica impugnada, que debe ser tenido por satisfactorio por la SUTEL, en el sentido de que despeje toda posible duda sobre su objeto y efectos en el mercado.

8.8.1 Multas

Conforme al artículo 120 de la Ley 9736, ante la verificación de una práctica monopolística, se aplicarán sanciones en forma gradual y proporcionada, tomando en consideración los siguientes criterios: la gravedad de la infracción, la amenaza o el daño causado, la intencionalidad, el tamaño del mercado afectado, la participación del infractor en el mercado, la duración de la conducta, la reincidencia y la capacidad de pago del infractor.

Por ello, el artículo 114 de la Ley 9736 establece una regla de minimis por la cual no serán punibles las PMR realizadas por agentes económicos, que conjuntamente representen una participación menor al cinco por ciento (5%) del mercado relevante afectado por la conducta.

Por fuera de la regla de minimis, las PMR en el sector de telecomunicaciones se consideran infracciones muy graves (art. 67 Ley 8642) y se imponen multas de entre 0,5% y 1% de los ingresos brutos del operador o proveedor obtenidos durante el período fiscal anterior.

Si la PMR reviste una gravedad particular, la multa puede ascender hasta un 10% de las ventas anuales obtenidas por el infractor durante el ejercicio fiscal anterior (art. 68 Ley 8642).

Si el infractor es parte de un grupo económico, se tomará como base de la multa las ventas consolidadas de todo el grupo.

Asimismo, se aplican multas a las personas físicas que participen directamente en una PMR, incluidos los funcionarios públicos involucrados, por un monto equivalente a un monto entre un salario base y hasta seiscientos ochenta salarios base.

El detalle sobre los lineamientos y la forma en que la SUTEL determinará los montos de las multas por las infracciones que sean de su competencia, así como los criterios ponderación de las sanciones económicas y la valoración de circunstancias y contexto relacionados con la conducta sujeta a sanción, se encuentran establecidos en la "Guía para la Imposición de Multas por Infracción a la Normativa de Competencia" (agosto de 2023). Adicionalmente, la Guía también considera otros elementos en beneficio del potencial infractor, como lo son la exoneración y reducción de multas, así como la terminación anticipada del proceso por reconocimiento de la comisión de la infracción.

En términos generales, nótese que el máximo de la multa (1% de los ingresos) se produce cuando se maximiza la multa base (60% de la multa tope) y se suma el restante 40%, debido a los agravantes. Sería el caso de una práctica monopolística extremadamente grave, que ha producido gran daño, en un mercado grande, durante un periodo largo, ha habido intencionalidad y el infractor tiene una participación de mercado alta y es reincidente.

Para el caso de infracciones de gravedad particular (artículo 113 del Reglamento Técnico de Competencia) el tope de multa del 1% se puede hasta decuplicar, pudiendo alcanzar hasta un 10% de las ventas anuales del ejercicio fiscal previo y hasta por un diez por ciento (10%) del valor de los activos del infractor.

8.8.2 Medidas correctivas

Además de las multas, la SUTEL podrá imponer a los infractores las medidas correctivas apropiadas a las circunstancias del caso para que cesen los efectos anticompetitivos de la PMR sancionada y minimizar la posibilidad de que la misma práctica se replique en el futuro. Tales medidas pueden ser la suspensión, corrección o supresión de la PMR sancionada.

8.8.3 Daños y perjuicios

Los participantes en una PMR podrán enfrentar una demanda de daños y perjuicios en sede judicial, conforme al artículo 135 de la Ley 9736, para lo cual el afectado deberá mostrar un nexo causal entre el daño reclamado y la conducta declarada anticompetitiva por la SUTEL.

8.9 PMR: ejemplos del sector telecomunicaciones (casos)

8.9.1 Casos Internacionales

A nivel europeo y en los mercados de banda ancha se destacan dos casos, del año 2003, cuando la Comisión multó a Deutsche Telekom por un ***estrechamiento de márgenes*** en el mercado de banda ancha y banda estrecha alemán (véase IP/03/717) y multó a una empresa filial de France Telecom por precios predatorios en el mercado minorista de banda ancha francés (véase IP/03/1025). En la misma línea, la Comisión

BORRADOR PRELIMINAR CONSULTA PÚBLICA

impuso una fuerte multa a Telefónica de España, en 2007, por 151 millones de euros que fue confirmada por el Tribunal General en 2012. La conducta imputada fue un abuso muy grave de posición dominante en el mercado español de banda ancha. La sentencia establece que Telefónica cobró a sus rivales precios excesivos por el alquiler de su infraestructura de red, dejándoles un margen de beneficios insuficiente para competir. Con esta práctica, Telefónica debilitaba a sus rivales, dificultando su presencia y crecimiento y los obligaba a incurrir en pérdidas si querían igualar los precios minoristas de Telefónica. Como resultado, los consumidores pagaban por el acceso a la banda ancha un 20% más que el promedio comunitario[135].

En el pasado reciente[136], ha habido muchas investigaciones en relación con los ***acuerdos para compartir redes*** (*network sharing*), cuyo resultado ha sido favorable, analizado bajo la regla de la razón. Se ha entendido que dichos acuerdos eficientizan inversiones, aumentando la cobertura de la red y generando ahorros en los costos[137].

La Comisión Europea ha afirmado que *"compartir redes puede tener efectos favorables a la competencia al lograr sinergias de costos en el despliegue y operación de redes móviles que a su vez pueden permitir a los operadores de redes móviles lograr una mejor cobertura y una red más alta calidad, promoviendo la competencia efectiva y beneficiando así a los consumidores y a la sociedad en su conjunto"* (Hutchison UK/Telefónica UK, § 1229; T-Mobile NL/Tele2 NL, § 96).

Desde que la Comisión eximió por primera vez los acuerdos de uso compartido de redes en 2003, la mayoría de las investigaciones de dichos acuerdos han dado lugar a decisiones de autorización o compromisos (COMP/38.370 O2 UK Limited / TMobile UK Limited; COMP/38.369 T-Mobile Deutschland / O2 Alemania).

En 2010, la autoridad de competencia de Suecia cerró una investigación sobre compartición de redes entre Tele2 Sverige AB y Telenor porque afectaba a una parte relativamente pequeña de los costos totales de cada operador para el suministro de telefonía móvil y servicios de banda ancha. En 2013, la autoridad de competencia de Grecia consideró que el uso compartido de redes entre Vodafone y Wind no violó el artículo 101 TFUE. Las preocupaciones de la autoridad se centraron en las disposiciones contractuales de intercambio de información, y también tuvo en cuenta ciertas disposiciones contractuales por las cuales las partes se comprometían a (i) continuar compitiendo separados a nivel minorista, (ii) mantener y operar sus frecuencias por separado, y (iii) solo llevar a cabo el intercambio de información necesaria para el funcionamiento del acuerdo.

En 2014, la autoridad alemana de competencia autorizó ***acuerdos de cooperación*** entre Telekom Deutschland y Telefónica O2 Alemania que facilitarían conexiones de banda ancha más rápidas. En 2014, Orange intentó, sin éxito, suspender el uso compartido de la red entre Bouygues Telecom y SFR ante la autoridad francesa de competencia (Orange / Bouygues Telecom and SFR). La Autoridad sostuvo que este acuerdo no constituía una amenaza grave e inmediata a la competencia y fue confirmada en las instancias superiores.

En 2015, la autoridad de competencia de Finlandia aprobó el uso compartido de redes entre DNA y Teliasonaera, sujeto a compromisos Dichos compromisos se relacionaban esencialmente con ofrecer acceso a MVNO, arrendar sitios a competidores MNO, restringiendo el intercambio de información y asegurando que las partes puedan establecer de forma independiente sus funciones de red y agregar capacidad (DNA / TeliaSonarea Finland).

En un sentido distinto, la autoridad española, en 2013, sancionó con 6 millones de euros a Telefónica y 300 mil euros a Yoigo por alcanzar acuerdos que restringen la competencia (S/0490/13 Acuerdos Telefónica/Yoigo), investigación originada en una denuncia de Orange y Vodafone. En julio de 2013, Yoigo y Telefónica firmaron un nuevo ***acuerdo de roaming nacional*** por el cual Telefónica podía acceder a la red 4G de Yoigo. La autoridad entendió que este acuerdo "restringe la competencia ya que limita la independencia en cobertura y calidad" entre las dos compañías y "supone una disminución de la presión competitiva en relación con el uso de las redes 4G". No se apreciaron razones objetivas que justifiquen este acuerdo entre competidores en zonas donde ambos operadores han desplegado o pueden desplegar sus propias redes. También suscribieron un acuerdo por el cual Yoigo podía ofrecer a sus clientes productos minoristas de Telefónica. Este contrato permitió a Yoigo realizar de forma inmediata ofertas convergentes fijo-móvil y "seguir ejerciendo una presión competitiva en el mercado". No obstante, la limitación para Yoigo de captar a los clientes preexistentes de Telefónica supone un "restricción desproporcionada a la competencia" y el hecho de que Telefónica pueda poner fin al contrato cada seis meses podría ser usado "como herramienta de presión frente a Yoigo, restringiendo su capacidad para planificar y consolidar su estrategia competitiva"[138]. A fines de 2021, las multas fueron anuladas por la Audiencia, al considerar que los ***acuerdos de itinerancia nacional y la cláusula de derecho de veto a la reventa*** de Yoigo de la capacidad mayorista adquirida a Telefónica, no vulneran la competencia[139].

En 2018, en el caso Flash Fiber, la autoridad de competencia italiana autorizó un acuerdo de cooperación horizontal, con un compromiso, luego de una investigación de conformidad con el artículo 101. La co-inversión notificada buscaba desarrollar y desplegar redes de fibra óptica que cubrieran 29 ciudades en Italia.

En 2013, la autoridad de competencia de Serbia eximió individualmente un acuerdo vertical entre Telecom Serbia y DTM para la distribución de tarjetas prepago y servicios de recarga de crédito prepago. Las empresas acordaron la ***fijación de los precios de reventa minoristas***. La autoridad aceptó el acuerdo, considerando la existencia de precios supervisados por la autoridad reguladora y habiendo impuesto a Telecom Serbia mantener un control adecuado sobre la política de precios.

En 2015, dos operadores de telecomunicaciones en Rumania fueron sancionados por la autoridad de competencia rumana por no cumplir con los compromisos que habían presentado luego de una investigación en 2012. Estos operadores incumplieron con sus obligaciones de eliminar cláusulas en sus contratos sobre los ***precios de reventa*** de telefonía móvil prepaga.

El 15 de septiembre de 2021, el Tribunal Administrativo (TAR) de Lazio anuló la decisión de la autoridad italiana de competencia (ICA) que determinaba que el operador de telecomunicaciones Vodafone Italia, incumplía el artículo 102 del TFUE por presuntamente abusar de su posición dominante en el mercado de terminación del servicio de mensajes cortos ("SMS"). La ICA abrió procedimientos separados por presunto abuso de posición dominante por parte de Vodafone y Telecom Italia, respectivamente, tras una denuncia presentada en abril de 2016 por Ubiquity S.r.l., quien afirmó que Vodafone y Telecom estaban aplicando tarifas excesivas en el mercado (ascendente) para la terminación de SMS en sus respectivas redes, lo que obstaculizaba la capacidad de los rivales para prestar servicios en el mercado

[135] Europa Press (2012). *Europa multa a Telefónica con 151 millones por abuso de posición dominante*.
[136] Amory, B.; de Muyter, L. (2020). Op. cit.
[137] Caso M.8792, T-Mobile NL/Tele2 NL, § 96-98; Caso M.7758, Hutchison 3G Italia / Wind/JV, § 97 a 99; Caso M.7612, Hutchison 3G UK / Telefónica UK, § 139 y §1229; Caso M.7018, Telefónica Deutschland/E-Plus, § 1123 y §1145; Caso M.6992, Hutchison 3G UK / Telefónica Irlanda, § 107 y §181.
[138] CNMC (2015). La CNMC sanciona con 6,3 millones de euros a Telefónica y Yoigo. Informe de Prensa.
[139] La Información (2021). *La Audiencia confirma la controvertida multa a Telefónica por el pacto de Yoigo*.

(descendente) de servicios masivos de SMS. Según la ICA, Vodafone abusó de su poder de mercado al establecer una discriminación técnica y económica, lo que resultó en una **compresión de márgenes** para competidores igualmente eficientes en el mercado relacionado de servicios de SMS masivos. Las empresas presentaron solicitudes separadas de anulación de las decisiones de la ICA ante el TAR Lazio. Vodafone cuestionó, entre otras cosas, la evaluación de ICA del mercado descendente, con particular referencia al precio minorista final que podría cobrar un competidor que fuera tan eficiente como la empresa dominante. El TAR Lazio anuló la decisión de ICA, por cuanto, entre otros, la ICA no pudo demostrar que el costo de terminar los mensajes de texto en las redes de Vodafone había afectado el precio de los servicios de SMS masivos hasta el punto de conducir a la exclusión de los operadores del mercado descendente, ya que en la decisión de la ICA no se realizó ninguna evaluación de los efectos perjudiciales, si los hubiere, de la conducta en cuestión[140].

En México[141], se destaca el "Caso de Megacable". Como agente económico preponderante en el sector de las telecomunicaciones, Telmex está sujeto a una obligación reglamentaria que le exige compartir y poner a disposición de otros operadores sus servicios de infraestructura pasiva. Telmex puede decidir qué tipo de acceso es la mejor solución alternativa, ya sea que otorgue 1) acceso a ductos de alta capacidad para que otros operadores desplieguen su propia fibra óptica, o 2) arriende su propia fibra óptica cuando un ducto tenga capacidad limitada o no haya otras rutas alternativas. Ante esta obligación, Telmex sometió a consideración del IFT una oferta de referencia indicando las condiciones bajo las cuales compartiría su infraestructura pasiva. El IFT autorizó la oferta de referencia de Telmex que incluía la opción de otorgar acceso a la capacidad de sus ductos. Contrario a lo estipulado en la oferta de referencia, Megacable solicitó el arrendamiento de la fibra óptica de Telmex. El IFT rechazó esta solicitud y la resolución del IFT fue confirmada en juicios "de amparo" entablados por Megacable. Posteriormente, Megacable presentó una denuncia por infracción a la ley de competencia por la ***negativa de Telmex de arrendar su fibra óptica***. El IFT cerró la investigación argumentando que Telmex cumplía con las medidas de preponderancia (es decir, proporcionar acceso a la capacidad en sus ductos) y no estaba obligada a arrendar su fibra óptica. Megacable apeló la resolución, pero el Tribunal concluyó que la existencia del elemento conductual no se había probado ya que se proporcionaba el acceso a la capacidad de los ductos ópticos. La resolución del IFT fue ratificada.

También en México[142], se destaca el "Caso Telcel y Bluelable". A raíz de una denuncia de varias empresas sobre una posible práctica relativa en la forma de ***distribución exclusiva*** por parte de Bluelable del tiempo aire de Telcel, la autoridad de competencia lanzó una investigación. Descubrió que, entre el 31 de marzo de 2012 y el 31 de agosto de 2014, América Móvil y Telcel otorgaron incentivos a Bluelable para que solo distribuyera el tiempo aire de Telcel en sus puntos de venta, lo que constituía una violación de la ley que exige que los concesionarios de telecomunicaciones declarados como agentes económicos preponderantes (como América Móvil y Telcel) no celebren contratos de distribución exclusiva con ningún punto de venta. El acuerdo de exclusividad fue sancionado.

También en México, la Comisión Federal de Competencia (CFC) resolvió sancionar a Telmex con una multa de 6.9 millones de dólares por la comisión de una práctica relativa monopólica que consistió en negarse a suministrar el servicio de interconexión a la empresa Mexican Telecommunications Group Company (GTM), una subsidiaria de Telefónica, por un período de siete meses entre 2007 y 2008. Esta **negativa a suministrar** fue una violación de la fracción V del artículo 10 de la Ley Federal de Competencia Económica. En este mercado Telmex tenía poder sustancial y su conducta tuvo por objeto y efecto impedir el acceso a otro agente económico al mercado[143].

En Chile se destaca la demanda de Voissnet S.A. contra Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. en el mercado de banda ancha (C-135-07), del año 2010. Se condena a la Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. (TCH) al pago de una multa a beneficio fiscal ascendente a 5.000 UTA, por incurrir en ***ventas atadas***. Se ordena a la Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. comercializar también por separado cada uno de los servicios que integren sus ofertas conjuntas. Por consiguiente, y mientras TCH sea dominante en el servicio de banda ancha, no podrá atar a ésta ningún otro producto o servicio, debiendo en consecuencia mantener una oferta de banda ancha desnuda o *naked*. Asimismo, la demandada deberá establecer para sus ofertas conjuntas precios que no tengan por objeto restringir la libre competencia y sean superiores, a lo menos, al precio de venta por separado del producto o servicio integrante de mayor valor[144].

También en Chile, se destaca la demanda de OPS[145] Ingeniería Ltda. y Otros contra Telefónica Móviles de Chile S.A en el mercado de terminación de llamadas fijo-móvil on-net, en 2009. Se condena a Telefónica Móviles de Chile S.A. al pago de una multa a beneficio fiscal ascendente a 3.000 UTA. Se prohíbe a Telefónica Móviles de Chile S.A. cobrar a las empresas que ofrecen el servicio de terminación de llamadas fijo-móvil on-net, ***precios arbitrariamente discriminatorios***, respecto de los que cobra a sus demás clientes del servicio de telefonía móvil. Se ordena a Telefónica Móviles de Chile S.A. que se abstenga en el futuro de realizar cualquier hecho, acto o convención que signifique discriminar en relación con las características de quién accede a sus servicios, salvo que ello se funde en circunstancias objetivas y aplicables a todo el que se encuentre en las mismas condiciones.

En EE.UU., la Federal Communications Commission (FCC) ha prohibido contratos exclusivos de servicios de telecomunicaciones en edificios de apartamentos. En una orden adoptada el 19 de marzo de 2008, la FCC prohibió a los operadores de redes de telecomunicaciones celebrar contratos de exclusividad para la prestación de servicios en edificios de apartamentos residenciales y prohibió la ejecución de los contratos vigentes con cláusulas de exclusividad. Se entendió que los acuerdos exclusivos entre operadores y propietarios de edificios dañan a los consumidores y a la competencia, con poca evidencia de beneficios compensatorios. Además, los contratos exclusivos han bloqueado el acceso de los consumidores a servicios competitivos y las ofertas de "triple play" de voz, video y banda ancha

8.9.2 Casos en Costa Rica

Acuerdo 029-005-2012. Resolución RCS-017-2012. Denuncia interpuesta en 2011 por Call My Way NY, S.A. y R&H International Telecom Services S.A. en contra del Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), por ***subsidios cruzados y precios predatorios***, en relación con promociones ofrecidas por el ICE en el servicio de telefonía móvil prepago. Para la definición del mercado relevante, la SUTEL tuvo en consideración la Resolución RCS-307-2009 del Consejo de la SUTEL, donde se definen 18 mercados relevantes, dentro de los que se incluye el "Mercado 5: Servicios de comunicaciones de voz con origen en una ubicación móvil y destino nacional". También con base en dicha Resolución, en la cual se establece que ICE es un "operador y proveedor importante" en el mercado definido, es que se considera que el ICE cuenta con poder sustancial en el mercado relevante. La SUTEL observó que las denunciantes no estaban autorizadas para ofrecer servicios

[140] Cleary Gottlieb (2021). Op. cit.
[141] OCDE (2020). *Examen inter-pares de la OCDE sobre el derecho y la política de competencia: México*.
[142] OCDE (2020). Op.cit.
[143] Comisión Federal de Competencia de México (2007). DE-039-2007.
[144] Centrocompetencia (n.d.). *Voissnet c. Telefónica por venta atada*.
[145] Centrocompetencia (n.d.). *OPS y otros c. Telefónica por abuso en telefonía on-net*.

de telefonía móvil y no operaban en el mercado relevante. Las denunciantes tenían autorización para ofrecer telefonía IP y servicios de voz sobre internet y operar en el "Mercado 2: servicios de comunicaciones de voz con origen en una ubicación fija y destino nacional" (definido en la citada Resolución). Por ello, la SUTEL concluye que las denunciantes no se verían afectadas por las acciones de ICE, por cuanto operan en mercados relevantes distintos. La denuncia no fue admitida.

Acuerdo 014-013-2018. Resolución RCS-055-2018. Denuncia interpuesta por la Cámara de Comerciantes Detallistas y Afines contra el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), por ***prácticas de exclusividad en la distribución de recargas móviles***, que han reducido el margen de los comercios minoristas. Los mercados relevantes son: 1) mercado minorista de telecomunicaciones móviles; 2) mercado mayorista de distribución de recargas móviles y 3) mercado minorista de distribución de mercados móviles. La SUTEL advierte que sólo tiene competencia sobre el primero de los tres mercados, ya que los otros dos no pertenecen al sector de las telecomunicaciones. De las investigaciones realizadas se concluyó que el acuerdo no afectaba a los competidores de ICE en el mercado minorista de telecomunicaciones móviles, a saber: CLARO, MOVISTAR, FULL MOVIL y TUYO MÓVIL, quienes no tenían impedimentos para comercializar sus recargas móviles a través de los comercios o directamente en sus plataformas web. La cobertura del acuerdo de exclusividad de ICE era limitada. Se decidió que no había mérito para la apertura de un procedimiento e informar al denunciante que la SUTEL no tiene competencia sobre los agentes que operan en el mercado distribución de recargas móviles (mayorista o minorista) y que a tal fin podía recurrir a la COPROCOM.

Acuerdo 010-036-2022. Resolución RCS-102-2022. Denuncia de varios usuarios contra CONECTA DEVELOPMENTS S.A. (CONECTA), en julio de 2019, por ***exclusividad*** en el Condominio Vertical Residencial Monte Real. La denunciada solicita la terminación anticipada del procedimiento administrativo con ofrecimiento de compromisos. En consecuencia, se impone como compromiso: i) modificar la cláusula pertinente del acuerdo económico, para que se tenga por no puesta, en el convenio de finiquito contractual al contrato de prestación de servicios del precitado condominio y ii) abstenerse de realizar contratos de exclusividad en cualquier tipo de inmueble (residencial o comercial).

Acuerdo 003-021-2023. Resolución RCS-074-2023. Denuncias de varios usuarios contra EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE HEREDIA S.A (ESPH), en marzo de 2020, por ***exclusividad*** en el Condominio Torres de Heredia. La DGCO de la SUTEL, sustanció una investigación con el fin de determinar si el operador ESPH había incurrido en alguna o varias PMR establecidas en los artículos 54 de la Ley 8642, en relación con la prestación de servicios de telecomunicaciones en el Condominio Torres de Heredia, ubicado en el cantón de Heredia, frente a la Zona Franca Metropolitana. Las denuncias referían que la ESPH era el único proveedor del servicio de internet el Condominio, a pesar de haber otros competidores interesados en prestar servicios en dicho inmueble condominal, como TELECABLE y CABLETICA.

La prueba que conforma los hechos acreditados proviene de diversas fuentes: i) información recabada en las visitas de inspección llevadas a cabo por la SUTEL en el Condominio Torres de Heredia, ii) información aportada en las contestaciones a los requerimientos de información realizados por la SUTEL, a la ESPH, a terceros operadores afectados por las prácticas investigadas, iii) testimonios de funcionarios de la ESPH y de la administradora del Condominio.

Se definieron dos mercados relevantes afectados: i) mercado mayorista servicio de acceso a la red de fibra óptica en modalidad digital a nivel residencial del Condominio Torres de Heredia y ii) mercado minorista de servicio de internet residencial (individual o empaquetados) a nivel residencial del Condominio Torres de Heredia. En ambos mercados relevantes, se acreditó que la ESPH era el único proveedor, desde 2017.

Se consideró acreditada la existencia de un acuerdo de exclusividad de facto entre la ESPH y el Condominio, descrito en el artículo 54 inciso d) de la Ley 8642. "*A raíz de este acuerdo, los competidores potenciales de la ESPH no pudieron ingresar en el Condominio, los usuarios de servicios de telecomunicaciones vieron restringidas sus opciones de escoger al proveedor de su preferencia sin tener alternativas de mejor calidad, servicio o precio, entre otras, siendo que fue la ESPH el único actor que recibió los beneficios de esta exclusividad. Por otro lado, la empresa no invocó eficiencia alguna derivada de esta exclusividad*".

Se consideró acreditado que la red de fibra óptica perteneciente a la ESPH constituyó una facilidad esencial dentro del Condominio y que los precios de alquiler de la red de fibra óptica de la ESPH se establecieron de forma tal que impidieran el acceso a otros competidores al mercado, aprovechando las ventajas exclusivas de que gozaban en el Condominio. La ESPH incurrió en una *"negativa de trato implícita*".

La ESPH no logró acreditar eficiencias directamente relacionadas con las prácticas objetadas: *"no se tiene por comprobados que las actuaciones de la ESPH en torno a la administración de la red pudieran tener algún tipo de eficiencia o efecto procompetitivo en el mercado, ya que dicha red, contrario a su vocación técnica y a lo indicado por la empresa investigada, fue empleada por la ESPH como un mecanismo para impedir sustancialmente el acceso de competidores alternativos al mercado mediante distintas tácticas dilatorias y el establecimiento de precios de acceso que en la práctica constituían una negativa de acceso indirecta por no permitir una prestación del servicio a nivel minorista a competidores alternativos, lo que desembocó en que ningún proveedor alternativo a la ESPH pudiera prestar sus servicios de internet residencial en el Condominio, esto a su vez permitió a la propia ESPH cargar precios mayores a los usuarios finales que habitaban en dicho inmueble"*.

La SUTEL se apartó, fundadamente, de la opinión no vinculante de la COPROCOM, que entendió que el mercado relevante era más amplio y que no se encontraban acreditadas las PMR imputadas.

La decisión del Consejo de la SUTEL fue: i) declarar responsable a ESPH de la comisión de las dos PMR - artículo 54, incisos b) y d) , Ley 8642 - en la figura de acuerdos de ***exclusividad y negativa de trato*** que se califican como faltas graves; ii) Imponerle como sanción una multa equivalente al 0,79% (cero setenta y nueve por ciento) sobre los ingresos brutos del período fiscal 2021 (₡4.794.781,51); iii) ordenarle: a) Abstenerse acordar con cualquier propietario, administrador, constructor, desarrollador de infraestructura que soporte redes públicas de telecomunicaciones, con el propósito de obtener de manera exclusiva el uso de dicha infraestructura y que tenga como objeto o efecto el desplazamiento indebido de otros operadores o proveedores del mercado, el impedimento sustancial de su acceso o el establecimiento de barreras de entrada o de ventajas exclusivas. b) Abstenerse en el futuro de realizar cualquier otra práctica monopolística anticompetitiva.

BORRADOR PRELIMINAR CONSULTA PÚBLICA

9 Fuentes y bibliografía

9.1 Normativa (orden cronológico)

1. Ley 7472. Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor (1994)
2. Ley 7593. Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP) (1996)
3. Ley 8642. Ley General de Telecomunicaciones: artículo 52 sobre las facultades de SUTEL, artículo 53 sobre prácticas absolutas y artículo 54 prácticas relativas (2008)
4. Ley 8660. Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones (2008).
5. Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones (2008), modificado 2023.
6. Reglamento de Acceso e Interconexión de Redes de Telecomunicaciones (2008), artículo 12.
7. SUTEL. Guía de conductas anticompetitivas (2015)
8. SUTEL. Glosario De Competencia – Telecomunicaciones (sf)
9. Ley 9736. Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica (2019)
10. Convenio de Cooperación y Coordinación Interinstitucional entre SUTEL y Coprocom (2019).
11. Reglamento a la Ley 9736 "Fortalecimiento de las autoridades de competencia de Costa Rica" (2021)
12. Guía del programa de beneficios de exoneración y reducción de sanciones administrativas (enero 2022)
13. Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones, 2023.

9.2 Bibliografía, documentos y/o sitios web

ABA Antitrust Section (1992). Antitrust Law Developments, 3rd ed. (1992)

Argentina. Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (2019). *Guías para el Análisis de Casos de Abuso de Posición Dominante de Tipo Exclusorio*, mayo de 2019.

Autorité de la Concurrence de Francia. (2005) "*Téléphonie mobile : le Conseil de la concurrence sanctionne pour entente Orange France, SFR et Bouygues Télécom à hauteur de 534 millions d'euros"*. Comunicado de prensa.

Bailey, D. (n.d.) *Rule of reason*, Global Dictionary of Competition Law, Concurrences, Art. N° 85421

Basham, Ringe y Correa SC (2022). *The IFT has opened an investigation into abuse of dominance conducts in the market for mobile operating system application stores, and related markets*.

Beaudouin, Y., Genevaz, S., Mernagh, S., y otros (2023). *Competition policy brief A dynamic and workable effects-based approach to abuse of dominance*. Issue 2, December 2022, European Commission.

Bernard Amory & Laurent de Muyter (2020). *Telecom & concerted practices: an overview of EU and national case law*. e-Competitions Antitrust Case Laws e-Bulletin. Concurrences | N°95135

Canabrava, Leonardo; Spadano, Lucas, Augustin, Bruno, Cruz, Andréa y Prado, Bruna (2022). *"Restraints of Trade and Dominance in Brazil: Overview"*. Thomson Reuters. Practical Law.

Centrocompetencia (n.d.) *Voissnet c. Telefónica por venta atada y empaquetamiento*.

Centrocompetencia (n.d.). *Índice de Herfindhal Hirschman*.

Centrocompetencia (n.d.). *OPS y otros c. Telefónica por abuso en telefonía on-net.*

Chillin'Competition (2020). *The-legal-test-and-the-remedy-are-not-two-separate-steps-they-are-two-sides-of-the-same-coin*

Cleary Gottlieb (2021). *TAR Lazio Annuls ICA Decision Fining Vodafone in the Amount of €5.8 Million for Abuse of Dominance*.

Comisión Europea (2010) *Guidance on Article 102 Enforcement Priorities*

Comisión Europea (2022). *Directrices relativas a las restricciones verticales*. (2022/C 248/01).

Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de España (2018). *Expte. S/0625/18 Concertación Operadores Telecomunicaciones*.

Competition Policy International (n.d.) *Mexico: Regulator fines America Movil $5.4 million in antitrust case*.

Conrath, C. (1993). *Practical Handbook of Antimonopoly Law Enforcement for an Economy in Transition*

Costa Rica. Ministerio de Ciencia, Innovación, Tecnología y Telecomunicaciones (2021) *Diagnóstico sector telecomunicaciones: plan nacional de desarrollo de las telecomunicaciones 2022-2027*. Primera edición.

EE.UU. Department of Justice Antitrust Division (2022). *An Antitrust Primer For Federal Law Enforcement Personnel*.

EE.UU. Department of Justice (2021). *Antitrust Primer: Price fixing, bid rigging, and market allocation schemes: what they are and what to look for*.

EE.UU. Federal Trade Commission (n.d.). *Group boycotts*.

EE.UU. Federal Trade Commission (n.d.). *Guide to Antitrust Laws*.

EE.UU. Federal Trade Commission (n.d.). *Protecting America´s Consumers.*

Enhan Li (2016). *Competition and Regulation in Telecommunications Industry* (2016). Tesis doctoral. Universidad Autónoma de Barcelona.

Europa Press (2012). *Europa multa a Telefónica por 151 millones por abuso de posición dominante.*

Federal Communications Commission (2008). *FCC bans exclusive contracts for telecommunications services in apartment buildings*. Press

BORRADOR PRELIMINAR CONSULTA PÚBLICA

Report.

Fiscalía Nacional Económica de Chile (2014). *Guía Para El Análisis De Restricciones Verticales*. Junio, 2014.

Global Competition Review (2023) *The California gasoline conspiracy: conscious parallelism and plus factors*.

Healey, D. *Abuse of dominance*, Global Dictionary of Competition Law, Concurrences, Art. N° 20101

Hovenkamp, Herbert (2017). *Principles of Antitrust*. LEG. Inc./b/a West Academic. USA.

Ibáñez Colomo, Pablo (2019). *Legal Tests in EU Competition Law: Taxonomy and Operation*. Published 27 May 2019. Law European Public Law: EU eJournal

Ilharreborde Illanes, María Luisa (n.d.), *Exclusive Purchasing Agreements*, Global Dictionary of Competition Law, Concurrences, Art. N° 86064.

International Competition Network (2005) *Defining Hard Core Cartel Conduct Effective Institutions Effective Penalties*. Building Blocks for Effective Anti-Cartel Regimes.

International Competition Network (2019). *Vertical Restraints Report*

International Competition Network (2021), *Unilateral Conduct Workbook*.

International Competition Network (n.d.). *Recommended practices on the assessment of dominance/substantial market power*.

Italia. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. "*ICA imposes EUR 228 million fine for anti-competitive cartel between the main Italian telecommunication operators*". https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/I820chiusura.pdf

Kovacic, William E. (2021). *The Future Adaptation of the Per Se Rule of Illegality in U.S. Antitrust Law. Columbia Business Law Review,* 2021(1).

Law.com (2023). *Legal Dictionary: boycott.*

Leegin Creative Leather Products v PSKS (2007).

Lizana, Claudio y León, Daniela (2022). "*Restraints of Trade and Dominance in Chile: Overview"*. Thomson Reuters. Practical Law.

Métropole v Commission (2001)

México. Instituto Federal de Telecomunicaciones de México (2018) *Mega Cable Vs. Jelmex y Telnor, sanción por prácticas monopólicas relativas*.

México. Instituto Federal de Telecomunicaciones de México (2021). *Guía para determinar Mercados Relevantes en los Sectores de Telecomunicaciones y Radiodifusión*.

México. Instituto Federal de Telecomunicaciones de México (2022). *Criterio técnico para el cálculo y aplicación de índices de concentració*n.

México. Instituto Federal de Telecomunicaciones de México (2022). *Grupo AT& T vs AMX, Claro, Telcel y Telmex por prácticas monopólicas relativas*.

NyO Abogados (n.d.). *Prácticas monopólicas relativas*.

OECD (1996) *Abuse of Dominance and Monopolisation*. Competition Policy Roundtables

OECD (2006). *Evidentiary issues in proving dominance.* Competition Policy Roundtables.

OECD (2006). *Prosecuting Cartels without Direct Evidence.* Competition Policy Roundtables

OECD (2012) *Policy Roundtable on Market Definition*.

OECD (2014). *Defining Relevant Market in Telecommunications.*

OECD (2017) *Safe harbours and legal presumptions in competition law*. Competition Policy Roundtables.

OECD (2019) *Independent sector regulators and competition*. Competition Policy Roundtables.

OECD (2020) *Costa Rica: Evaluación del derecho y política de la competencia 2020*,

OECD (2020) *Examen Inter-Pares Sobre El Derecho y La Política De Competencia: México.*

OECD (2021) *Economic analysis and evidence in abuse cases – Background Note.* Competition Policy Roundtables. DAF/COMP/GF(2021)6

OECD (2021), *Competition Enforcement and Regulatory Alternatives*, OECD Competition Committee Discussion Paper, http://oe.cd/cera.

OECD (2022) *Interactions between competition authorities and sector regulators*, OECD. Competition Policy Roundtable Background Note.

OECD (2022) *Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels*, OECD/LEGAL/0452.

OECD (2022), *Purchasing Power and Buyers' Cartels. Background Note*. OECD Competition Policy Roundtable.

OECD y Federal Court of Australia (2021). *Abuse of dominant position: what is it and how is it assessed?* Competition Primers for ASEAN Judges.

OECD y Federal Court of Australia (2021). Competition Primers for ASEAN Judges. *Market definition in competition law*.

OECD y Federal Court of Australia (2021). *Primer on Vertical Restraints in Competition Law*. Competition Primers for ASEAN Judges.

OFCOM UK (2017). *Enforcement guidelines for Competition Act investigations Guidelines*.

OFCOM UK (2023) *OFCOM vs Motorola y Sepura. Cartel en licitaciones.*

OFT UK (2004). *Assessment of Market Power*

Posner, Richard (2001) *Antitrust Law*. Second Edition. The University of Chicago Press

Reichenberg, D.; Libowsky, S. (n.d.). *Monopoly.* Global Dictionary of Competition Law, Concurrences, Art. N° 12308

BORRADOR PRELIMINAR CONSULTA PÚBLICA

Szymanski, Ivan (2022). *"Restraints of Trade and Dominance in Mexico: Overview*".

Vowden, Daniel; Fountoukakos, Kyriakos (n.d.). *Cartel.* Global Dictionary of Competition Law, Concurrences, Art. N° 12240

Wagner-von Papp, Florian (n.d.) *Selective distribution.* Global Dictionary of Competition Law. Concurrences, Art. N° 12220

Yannelis, Demetrius (2015) *Margin squeeze in the U.S. and the EU: Why they differ?* European Scientific Journal November 2015. Special edition.

BORRADOR PRELIMINAR CONSULTA PÚBLICA