



COMISIÓN NACIONAL
DE DEFENSA DE LA
COMPETENCIA

Proyecto de Reglamento General de Interconexión y Acceso de la Secretaría de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones

Comentarios de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

Dirección Nacional de Promoción de la Competencia

12 de mayo de 2017

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC)

Avenida Julio A. Roca 651, Piso 4, Sector 15,

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, C1067ABB, Argentina

Proyecto de Reglamento General de Interconexión y Acceso de la Secretaría de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones

Comentarios de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

I. INTRODUCCIÓN

1. La Secretaría de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones del Ministerio de Comunicaciones ha puesto a consideración el proyecto de nuevo Reglamento de Interconexión y Acceso (en adelante, el “Proyecto”) aprobado por Resolución 2-E/2017.
2. En primer lugar, es importante resaltar que el Proyecto constituye un avance regulatorio significativo y su implementación es una condición necesaria para el funcionamiento competitivo de los mercados de servicios TIC.
3. Sin embargo, aun con la vigencia y aplicación de un reglamento de interconexión pueden surgir conductas restrictivas de la competencia y, por ese motivo, es importante la cooperación y coordinación entre el ente regulador y la agencia de competencia, quienes poseen roles complementarios.
4. En efecto, las cuestiones referidas a interconexión y acceso a la infraestructura son áreas de intersección entre la regulación y la defensa de la competencia. La experiencia internacional reciente muestra un rol creciente de las agencias de competencia en cuestiones que en el pasado pertenecían al ámbito exclusivo de los reguladores. En particular, en el caso argentino, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC), en cuanto órgano técnico de la autoridad de aplicación de la Ley N° 25.156 de Defensa de la Competencia (LDC), es el organismo a través del cual se canalizarán las denuncias por parte de prestadores o usuarios de servicios TIC referidas a conductas anticompetitivas. Dichas denuncias deberán ser analizadas según los criterios y procedimientos definidos en la LDC y los criterios y jurisprudencia acordes a las mejores prácticas en la materia.
5. En este sentido, en el Proyecto se hace referencia a conceptos y herramientas analíticas habituales en el ámbito de la defensa de la competencia, y sobre los cuales existe profusa jurisprudencia, literatura académica y análisis empírico, y es importante favorecer la consistencia entre el uso de estos conceptos en el marco de la aplicación de un futuro reglamento de interconexión y en la aplicación de la LDC.
6. Si bien el análisis extensivo de los efectos sobre la competencia de un proyecto de reglamento de interconexión excede el alcance del presente documento y requeriría de un estudio ad hoc, resulta oportuno realizar algunas consideraciones sobre los aspectos más relevantes referidos

a la complementariedad y consistencia de la política regulatoria y de defensa de la competencia. Consecuentemente, los comentarios se enfocarán sobre los siguientes conceptos expuestos en el Proyecto: facilidades esenciales, mercados relevantes/mercados de referencia y poder significativo de mercado.

7. La delimitación y el alcance del concepto de facilidad esencial, incluyendo la compartición de infraestructura, es un aspecto muy importante para delimitar las actividades sujetas a regulación de precios y para determinar el ámbito de análisis de potenciales denuncias por conductas anticompetitivas. Este tema se comenta en la sección II.
8. La definición de los mercados relevantes, tanto a nivel de producto como geográfico, constituye una cuestión determinante en el análisis de defensa de la competencia, tanto para la determinación de las facilidades esenciales como para evaluar la existencia de posición dominante. Esta cuestión se aborda en la sección III.
9. El concepto de poder significativo de mercado ha sido muy analizado en defensa de la competencia, y está asociado al concepto de posición dominante que se explicita en la LDC, por lo que conviene realizar algunas consideraciones al respecto, las cuales se exponen en la sección IV.
10. Luego de analizados y comentados estos temas centrales, se realizan en la sección V algunos comentarios finales.

II. FACILIDADES ESENCIALES Y COMPARTICIÓN DE INFRAESTRUCTURA

11. El Proyecto, en sus artículos 5.2 y 5.3, establece la obligación por parte de todos los proveedores de servicios TIC de dar acceso e interconexión a los que se lo soliciten en condiciones técnicas y económicas no discriminatorias. Sin embargo, según el artículo 25, solo los precios de acceso de aquellos servicios que han sido declarados facilidades esenciales estarán regulados.
12. Por lo tanto, es importante establecer los criterios que deberían tenerse en cuenta para determinar si un servicio debe o no ser catalogado como facilidad esencial. En el artículo 7 de la Ley N° 27.078 Argentina Digital, se establece que la autoridad de aplicación de dicha ley *“determinará la existencia y regulación al acceso a las facilidades esenciales en términos de lo dispuesto por la ley 25.156 o la que en el futuro la reemplace”*.
13. A este respecto, si bien la LDC no prevé una definición de facilidad esencial, existe una profusa jurisprudencia y literatura académica internacional sobre la denominada “Doctrina de las Facilidades Esenciales”.

14. Cuando un grupo de firmas compiten entre sí en la venta de un bien final, en la cual una de las ellas tiene la propiedad monopólica de un insumo o infraestructura que es indispensable en la oferta del bien final, surge el problema de cómo preservar la competencia en el mercado del bien final. La “Doctrina de las Facilidades Esenciales” es el abordaje analítico de los problemas competitivos, y las posibles soluciones, en tales situaciones.
15. Una definición generalmente aceptada de facilidad esencial es la que provee la OECD: “[/]a infraestructura esencial significa que prestar un servicio es sustancialmente más difícil sin acceso a esta infraestructura, y que el propietario monopolista de esta infraestructura encontraría rentable imponer al menos un aumento de precio reducido pero significativo y no transitorio sobre el nivel competitivo para acceder a esta infraestructura”.¹
16. La Doctrina de las Facilidades Esenciales es muy antigua y se originó en Estados Unidos con un caso sobre los servicios de ferrocarriles.² A través del tiempo se han manifestado diferencias de criterio entre distintas jurisdicciones para determinar la existencia de una instalación o facilidad esencial, con consideraciones particulares en función de cada régimen legal.³
17. No obstante, a través del tiempo se ha generado consenso sobre los lineamientos en el análisis para determinar la presencia de una facilidad esencial, y pueden identificarse tres elementos que resumen los criterios para identificar una facilidad esencial:⁴
 - a. Provisión en condiciones monopólicas: La premisa de que el propietario de la facilidad esencial debe poseer posición dominante en ese mercado.
 - b. Imposibilidad de duplicar las instalaciones: La facilidad esencial no se encuentra disponible en la actualidad proveniente de otra fuente y no es económicamente viable que una firma competidora la duplique.
 - c. El acceso a la facilidad esencial es necesario para preservar la competencia en el mercado verticalmente relacionado: La Doctrina de las Facilidades Esenciales puede ser aplicada sólo si la obstaculización del acceso (o interconexión) impide la competencia en el mercado aguas abajo.

¹ OECD, 2006. Policy Roundtables: Access to Key Transport Facilities.

² United States vs. Terminal Railroad Association of Saint Louis, 1912.

³ OECD, 1996. “The Essential Facilities Concept,” Series Roundtables on Competition Policy, OCDE/GD(96)113, Paris. El estudio de la OECD identifica tres aproximaciones a la Doctrina de las Facilidades Esenciales entre sus países miembros: las visiones de Estados Unidos, la Unión Europea y Australia.

⁴ OECD, 2010. “Competition Principles in Essential Facilities,” Latin American Competition Forum, Session I: Competition Principles in Essential Facilities.

18. Desde el punto de vista de la defensa de la competencia, la calificación de facilidad esencial es importante para delimitar el alcance de las obligaciones de acceso abierto y la consecuente regulación de las condiciones de acceso e interconexión. Por un lado, el alcance del concepto de facilidad esencial debería poder resultar aplicable a todo tipo de infraestructura que sea necesaria para la prestación de los servicios TIC incluyendo, no sólo equipo|s de comunicaciones, sino también obras de infraestructura civil como postes, ductos y torres, dado que el aprovechamiento de ductos e infraestructura de soporte ya instalados para el tendido de nuevas redes puede resultar económicamente eficiente cuando permita evitar la duplicación de costos y favorecer simultáneamente el desarrollo competitivo del sector.
19. En este sentido, la CNDC ha recibido a través del tiempo diversas denuncias sobre prácticas anticompetitivas en el arrendamiento de infraestructura para el tendido de redes de servicios TIC, tanto por parte de proveedores de servicios de telecomunicaciones como de televisión por suscripción por vínculo físico. Para prevenir comportamientos de este tipo, se recomienda que se incluyan los diversos tipos de infraestructura como candidatos a constituir facilidades esenciales y estar sujetas a reglas de compartición de infraestructura conforme los objetivos de acceso abierto expuestos en el Proyecto.
20. Por otro lado, es importante también la coherencia en la aplicación del concepto de facilidad esencial por parte de la autoridad regulatoria y la de defensa de la competencia, ya que extender la regulación y las obligaciones de acceso a instalaciones no esenciales podría limitar la dinámica competitiva y resultar en costos de eficiencia y reducción de la innovación.
21. Finalmente, debe notarse que la calidad de facilidad esencial no es una condición estática e inmutable. En mercados tan dinámicos y en los que la innovación juega un rol central como es el caso de los servicios TIC, la emergencia de nuevas tecnologías y desarrollos puede implicar que determinada infraestructura deje de cumplir con los requisitos para ser considerada facilidad esencial, mientras que también pueden surgir nuevas instalaciones que deban ser catalogadas como tal. Es decir, resulta necesario que se establezca un mecanismo que permita implementar un enfoque actualizado y un análisis que tome en cuenta tales cambios.

III. MERCADOS RELEVANTES

22. Para decidir si un servicio debe o no ser considerado una facilidad esencial es necesario definir los mercados relevantes verticalmente relacionados, aquel en el que se ubica la facilidad esencial y el mercado aguas abajo, que requiere el uso de la facilidad esencial para la provisión de bienes o la prestación de servicios. La definición de los mercados relevantes es una etapa analítica central para determinar si hay posición dominante en el primero y afectación de la competencia en el segundo.

23. La delimitación de un mercado relevante comprende dos dimensiones: el mercado del producto y el mercado geográfico. El mercado relevante del producto abarca todos aquellos bienes y/o servicios que son considerados sustitutos por el consumidor dadas las características del producto, sus precios y el objeto de su consumo. Si el bien producido por las empresas que se analizan es sustituible por otros bienes (producidos por otras empresas), entonces el poder de mercado de las primeras se verá limitado por la conducta de los consumidores. En efecto, dichas empresas no podrán aumentar unilateralmente el precio de su producto sin notar una reducción significativa de sus ventas, que se dirigirán hacia otros bienes alternativos. En definitiva, los bienes que son sustitutos entre sí compiten por captar la demanda del consumidor, con lo cual es correcto incluirlos dentro de un mismo mercado.
24. El mercado relevante del producto se definirá como el menor grupo de productos respecto del cual, a un hipotético monopolista que concentra la producción de todos ellos, le resultaría rentable imponer un aumento de precios pequeño, aunque significativo y no transitorio.
25. Una vez definido el mercado relevante del producto, se deberá delimitar el mercado geográfico relevante. Este último se entenderá como la menor región dentro de la cual resultaría beneficioso para un único proveedor del producto en cuestión imponer un incremento pequeño, aunque significativo y no transitorio, en el precio del producto.
26. Es particularmente importante para la definición del mercado geográfico relevante, el análisis de la existencia de sustitución por el lado de la demanda. Si los consumidores del área en la cual operan las empresas analizadas pueden adquirir el bien en un área geográfica cercana, entonces resulta correcto considerar a ambas zonas como parte de un mismo mercado geográfico.
27. Existen diversas técnicas del análisis económico aplicado a la defensa de la competencia que contribuyen a implementar la metodología previamente descrita para la definición de mercados relevantes. Las técnicas más difundidas surgen del análisis de la elasticidad precio de la demanda. Específicamente, puede mencionarse el análisis de elasticidad crítica y pérdida crítica.⁵
28. Como se mencionó en la sección precedente, en los mercados de servicios TIC es importante tener en cuenta el ritmo de innovación y cambio tecnológico, lo cual hace que las definiciones de mercados relevantes, queden rápidamente obsoletas. Por lo tanto, las definiciones de

⁵ Werden, Gregory, 1998. "Demand Elasticities in Antitrust Analysis"; *Antitrust Law Journal*, vol 66, pp 363-414.

mercados relevantes deben revisarse y actualizarse frecuentemente para adaptarse a las innovaciones tecnológicas.

IV. PODER SIGNIFICATIVO DE MERCADO

29. La definición del mercado relevante, por otra parte, también es necesaria para determinar el ámbito en el que una empresa puede ejercer un “Poder Significativo de Mercado”. El Proyecto, en su artículo 2.19 se refiere a este concepto en los términos de la Ley N° 27.078 Argentina Digital.⁶
30. Desde un punto de vista económico, el concepto de “Poder Significativo de Mercado” es asimilable al de “Posición Dominante”. Por lo tanto, es recomendable que se tenga en cuenta que este último ya ha sido definido en los artículos 4 y 5 de la LDC en los siguientes términos:
- a. *“Artículo 4°: A los efectos de esta ley se entiende que una o más personas goza de posición dominante cuando para un determinado tipo de producto o servicio es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional o en una o varias partes del mundo o, cuando sin ser única, no está expuesta a una competencia sustancial o, cuando por el grado de integración vertical u horizontal está en condiciones de determinar la viabilidad económica de un competidor participante en el mercado, en perjuicio de éstos.”*
 - b. *“Artículo 5°: A fin de establecer la existencia de posición dominante en un mercado, deberán considerarse las siguientes circunstancias:*
 - i. *El grado en que el bien o servicio de que se trate, es sustituible por otros, ya sea de origen nacional como extranjero; las condiciones de tal sustitución y el tiempo requerido para la misma;*
 - ii. *El grado en que las restricciones normativas limiten el acceso de productos u oferentes o demandantes al mercado de que se trate;*
 - iii. *El grado en que el presunto responsable pueda influir unilateralmente en la formación de precios o restringir al abastecimiento o demanda en el mercado y el grado en que sus competidores puedan contrarrestar dicho poder.”*

⁶ La Ley Argentina Digital define en su artículo 7, inciso h, “Poder Significativo de Mercado” como *“la posición de fuerza económica que le permite a uno o más prestadores que su comportamiento sea, en una medida apreciable, independiente de sus competidores. Esta fuerza económica puede estar fundada en la cuota de participación en el o los mercados de referencia, en la propiedad de facilidades esenciales, en la capacidad de influir en la formación de precios o en la viabilidad de sus competidores; incluyendo toda situación que permita o facilite el ejercicio de prácticas anticompetitivas por parte de uno o más prestadores a partir, por ejemplo, de su grado de integración vertical u horizontal.”*

31. Sobre este concepto existe amplia jurisprudencia nacional e internacional, parte importante de la cual refiere a casos del sector de las comunicaciones, servicios audiovisuales y tecnologías de la información. Existen también muchas publicaciones académicas y es un tema de permanente debate en foros internacionales sobre defensa de la competencia. Es importante que todo ese bagaje sea considerado para la aplicación de este concepto y, por lo tanto, es un aspecto en el que se recomienda especialmente fomentar un espacio de cooperación y coordinación entre la agencia de competencia y el ente regulador.

V. COMENTARIOS FINALES

32. La promoción de la competencia en aquellos mercados en los que esta es viable debe ser un objetivo de cualquier política regulatoria. El reglamento de interconexión que se apruebe, por lo tanto, debe incluir disposiciones que favorezcan la competencia y limiten posibles conductas anticompetitivas. En este sentido, la creación de un nuevo reglamento de interconexión es considerado un avance en esta dirección.

33. Existe, entonces, un área de intersección en la aplicación de las normas regulatorias y las normas de defensa de la competencia. En consecuencia, debe ponerse especial atención en garantizar la coordinación y la coherencia entre las políticas regulatoria y de defensa de la competencia, en particular, en lo referente a la utilización de conceptos propios del ámbito de la defensa de la competencia en la aplicación de reglamento de interconexión, a fin de dar certidumbre a las decisiones de inversión y promover la competencia, la innovación y la prestación eficiente de servicios en forma efectiva.

34. Para lograr estos objetivos, es importante que el ente regulador y la autoridad de competencia establezcan puentes de cooperación que permitan llevar a cabo una política coordinada con el objetivo final de mejorar el funcionamiento de los mercados a través de un marco regulatorio eficiente y la promoción de la competencia.