



Ref.: Expte. N° 064-000630/98 (C. 449) SB/MB  
*Dictamen N° 442*  
BUENOS AIRES, **20 FEB 2004**

SEÑOR SECRETARIO:

Elevamos para su consideración el presente dictamen referido a la denuncia efectuada por IMPSAT S.A. contra ADVANCE COMUNICACIONES S.A., TELECOM SOLUCIONES S.A., STARTEL S.A., TELEFONICA DE ARGENTINA S.A. y TELECOM ARGENTINA STET FRANCE TELECOM S.A. por presunta infracción a la Ley N° 22.262.

#### I. LAS PARTES

1. IMPSAT S. A (en adelante también "IMPSAT") es una empresa de telecomunicaciones que comenzó a operar en el año 1998. Inicialmente se dedicó a la prestación de servicios de transmisión de datos e Internet, prestando servicios de telefonía de larga distancia y local a partir de la desregulación del sector de las telecomunicaciones. La empresa tiene actividades no sólo en Argentina sino también en diversos países de Latinoamérica.
2. TELEFONICA DE ARGENTINA S.A (en adelante también "TELEFONICA") es una de las dos empresas a la que el Estado Nacional oportunamente, y a partir de la privatización de ENTEL, le otorgó la licencia para la prestación en forma exclusiva del servicio básico telefónico (SBT) en la denominada "región sur" de nuestro país.
3. TELECOM ARGENTINA STET FRANCE TELECOM S.A (en adelante también "TELECOM") es la otra empresa a la que oportunamente el Estado Nacional le otorgó la licencia para la prestación en forma exclusiva del servicio básico telefónico (SBT) en la denominada "región norte" de nuestro país.
4. STARTEL S.A. (en adelante también "STARTEL") fue creada a raíz del proceso de privatización de ENTEL como la empresa de propiedad común de TELEFONICA y TELECOM para la prestación de los servicios en régimen de competencia, entre ellos

*Handwritten signatures and initials, including a star symbol and the name 'JCT'.*



**Ministerio de Economía y Producción**  
**Secretaría de Coordinación Técnica**  
**Comisión Nacional de Defensa de la Competencia**

transmisión de datos a nivel nacional. A raíz del dictado del Decreto N° 264/98 la empresa fue escindida.

5. ADVANCE COMUNICACIONES S.A. (en adelante también "ADVANCE") es una empresa que inició sus actividades en noviembre de 1997, dedicándose a la prestación de servicios de transmisión de datos e Internet. A la fecha de la denuncia TELEFONICA DE ARGENTINA resultaba ser el titular del 100% del capital accionario de dicha empresa. En la actualidad, y desde septiembre de 2001 la empresa se denomina TELEFONICA DATA ARGENTINA S.A., siendo TELEFONICA DATACORP S.A. el accionista mayoritario.
6. TELECOM SOLUCIONES S.A. (en adelante también "TELECOM SOLUCIONES") fue creada en el año 1998 como una empresa del grupo TELECOM para la prestación del servicio de transmisión de datos, Internet y servicios de valor agregado. A la fecha de la denuncia su controlante resultaba ser TELECOM ARGENTINA STET-FRANCE TELECOM. En septiembre del año 2000 fue escindida y parte de sus activos se transfirieron a TELECOM INTERNET S.A., que continuó el negocio de Internet, y a TELECOM ARGENTINA, que absorbió el negocio de transmisión de datos.

## **II. EL PROCEDIMIENTO**

7. Con fecha 7 de mayo de 1998 IMPSAT realizó una presentación ante esta Comisión Nacional en la que reiteró una denuncia oportunamente formulada ante la Comisión Nacional de Comunicaciones (CNC). En su presentación IMPSAT afirmó que ADVANCE, TELECOM SOLUCIONES, STARTEL, TELEFONICA y TELECOM habían violado los artículos 1º y 41º de la Ley N° 22.262 y el marco regulatorio de las telecomunicaciones.
8. Con fecha 29 de mayo de 1998, el Sr. Abraham Youssefian Martín, en representación de IMPSAT, ratificó la denuncia efectuada.
9. Con fecha 11 de junio de 1998 se corrió traslado de la denuncia a ADVANCE, TELECOM SOLUCIONES, STARTEL, TELEFONICA Y TELECOM, a fin de que brindaran las explicaciones que estimaren pertinentes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley N° 22.262.



## Ministerio de Economía y Producción

Secretaría de Coordinación Técnica

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

10. Con fecha 23 de junio de 1998 IMPSAT presentó ampliación de denuncia, por lo que esta Comisión Nacional ordenó que se corriera un nuevo traslado a las denunciadas, en los términos del artículo 20 de la Ley N° 22.262.
11. TELECOM SOLUCIONES, STARTEL, ADVANCE, TELEFONICA, y TELECOM presentaron sus explicaciones sobre la denuncia y la ampliación en tiempo y forma.
12. El día 12 de noviembre de 1998 se solicitó información a TELECOM SOLUCIONES, ADVANCE, STARTEL e IMPSAT.
13. El día 3 de diciembre de 1998 se corrió traslado a las denunciadas de un Anexo mencionado en la presentación inicial de IMPSAT, y que fuera presentado por dicha empresa con posterioridad. Las denunciadas ejercieron su derecho a presentar explicaciones al respecto en tiempo y forma.
14. Asimismo, con fecha 12 de noviembre de 1998, 22 de abril de 1999, 18 de mayo, 2 de septiembre del mismo año, y 14 de agosto de 2000, se solicitó información referente al mercado de telecomunicaciones a la Comisión Nacional de Comunicaciones (en adelante "CNC").
15. En reiteradas oportunidades se solicitó a la CNC la remisión a esta Comisión Nacional del Expediente EXPCNC E 5352/1998 en el que se dictó la Resolución CNC N° 1631/99, mediante la que se imputó a TELEFONICA y a ADVANCE, la trasgresión a lo dispuesto por el punto 10.6 del decreto N° 62/90 y el artículo 26 del Anexo al artículo 3° del Decreto 266/98<sup>1</sup>.
16. Finalmente, el día 16 de enero de 2003 se facultó a funcionarios de esta Comisión Nacional a fin de que tomaran vista y extrajeran copias del Expediente mencionado precedentemente en la sede de la CNC.
17. En reiteradas oportunidades esta Comisión Nacional solicitó información, relevante para la investigación del expediente de referencia, a las partes<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> En ese sentido ver Nota N° 478/00, recibida en la Mesa de Entradas de la CNC el día 22/09/00; Nota N° 115/01, recibida en la Mesa de Entradas del mencionado organismo el día 20/02/01; Nota 440/01, recibida en la Mesa de entradas de la CNC el día 22/6/01; Nota N° 831/01, recibida por el Sr. Raúl Burdet el día 31/8/2001; Nota N° 489/2002, recibida por el Sr. Adolfo H. Rodríguez el día 15/04/2002; y Nota N° 113/03 de fecha 17 de enero de 2003.

<sup>2</sup> Entre otras, ver solicitudes realizadas a fs. 387; 388/89; 703; 802; 848; 867; 879 y 892.



## Ministerio de Economía y Producción

Secretaría de Coordinación Técnica

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

18. El día 23 de abril de 2003 se solicitó a la publicación Convergencia Telemática que proporcionara a esta Comisión Nacional las notas, artículos o estudios aparecidos en dicha publicación desde el año 1996, referidos al mercado o servicio de transmisión de datos.
19. El día 6 de mayo de 2003 se tomó audiencia de carácter testimonial al Sr. Gustavo Manuel Maggi, Gerente General de la firma Cisco System Argentina S.A.

### III. ANTECEDENTES

#### III.1 SÍNTESIS DE LOS HECHOS DENUNCIADOS

20. La presente denuncia fue motivada por el llamado a la Licitación Pública N° 001/98, el que se realizó en Enero de 1998 con el propósito de contratar la "Red de Telecomunicaciones de la AFIP". Según afirma la denunciante, dicha contratación revestía gran importancia, debido no sólo a la magnitud del contratante, sino también a la envergadura del contrato a suscribirse. En efecto, la provisión de la red incluía la prestación de servicios de comunicaciones, el suministro de bienes para la conformación de redes metropolitanas y la realización de obras vinculadas a los propósitos anteriores, que vincularan los equipamientos informáticos y elementos activos instalados en las dependencias de la AFIP de todo el país.
21. Según afirma la denunciante, en el marco de dicha Licitación, la UTE conformada por STARTEL, ADVANCE y TELECOM SOLUCIONES habría incurrido en una clara conducta anticompetitiva y en una violación del marco regulatorio vigente. En ese sentido IMPSAT alegó que la UTE ofreció la prestación de los servicios de contratación a un "precio vil", muy por debajo del costo real de los servicios ofertados.
22. Según la denunciante, esta conducta encuadraría en el artículo 1º y en el artículo 41, incisos f) y h) de la Ley N° 22.262. Más precisamente, la conducta de las empresas denunciadas tendría el propósito claro de utilizar la posición dominante que las mismas ostentan en el servicio de telefonía básica para obstaculizar el ingreso de nuevos competidores a otros mercados relacionados. Asimismo, existiría una discriminación de precios manifiesta en las condiciones diferenciales que las LSB imponen a sus subsidiarias y al resto de los competidores del mercado para otorgar el acceso a su red. Todas estas conductas tendrían a su vez el objetivo final de conseguir que, al momento



**Ministerio de Economía y Producción**  
**Secretaría de Coordinación Técnica**  
**Comisión Nacional de Defensa de la Competencia**

de desregularse la telefonía básica, las LSB se encontraran satisfactoriamente posicionadas en los distintos segmentos del mercado.

23. Por otra parte, la denunciante afirmó que el accionar de la UTE habría constituido una violación al marco regulatorio de las telecomunicaciones vigente en el momento del llamado a Licitación. Esto se debe a que la exclusividad que poseían las LSB implicaba, según la denunciante, dos cosas a la vez; por un lado, impedía a las empresas en competencia prestar el servicio telefónico básico, mientras que por otro, impedía que las LSB brindaran servicio alguno distinto que el que les había sido permitido con exclusividad. Por lo tanto, las LSB no podían alquilar sus redes o enlaces, puesto que no habían sido facultadas para ello. A modo de ejemplo, la denunciante señaló que la Resolución MEyOSP N° 100/95, que permitió tales arrendamientos, fue declarada nula por dos juzgados nacionales. Por último, aún en el caso en que dichos arrendamientos fueran considerados legales, la Resolución mencionada establecía que los términos de los mismos debían ser aprobados por la CNC y publicados. En el caso que motivó la denuncia, sin embargo, no habría existido públicamente ningún tipo de convenio entre las LSB y las empresas que conforman la UTE denunciada.

24. Posteriormente, IMPSAT formuló una ampliación de denuncia, la que en realidad se limitó a reunir acusaciones similares a la denuncia original que IMPSAT había presentado oportunamente ante la CNC. Dos de las cuatro denuncias acompañadas fueron efectuadas ante la CNC en el año 1993. Así, por ejemplo, IMPSAT había formulado denuncias referidas a la existencia de subsidios cruzados y violación del marco regulatorio en diversas oportunidades en 1993. Posteriormente, en el año 1997, cuestionó por los mismos motivos una Licitación Pública realizada en 1996 con el objetivo de conectar las diferentes sucursales del Banco de la Nación Argentina con su Casa Central y el centro de comunicaciones Red Link. Adicionalmente, adjuntó una lista de 62 empresas e instituciones cuyo servicio de transmisión de datos habría sido provisto directamente por las empresas LSB en violación del marco regulatorio de las telecomunicaciones. Por último, afirmó que las empresas subsidiarias de las LSB se veían indebidamente favorecidas por el uso de las instalaciones, facilidades y los recursos de comercialización de estas últimas (tendrían, por ejemplo, acceso a publicidad gratuita y exclusiva en la guía telefónica).

### **III. 2 EXPLICACIONES BRINDADAS POR LAS EMPRESAS DENUNCIADAS**



## STARTEL Y ADVANCE.

25. En las explicaciones presentadas, las denunciadas en primer lugar hicieron referencia a la incompetencia de esta Comisión Nacional para entender en el presente caso. Su posición se fundamentó en que, según el Decreto 1185/90, la CNC será competente a fin de *"prevenir conductas anticompetitivas; monopólicas o discriminatorias, incluyendo los subsidios desleales que reciban los servicios en régimen de competencia por parte de los servicios en régimen de exclusividad o prestados sin competencia efectiva. A tales fines podrá pedir la intervención de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia."* Por lo tanto, sostuvieron que era la CNC quien debía determinar si habían existido conductas anticompetitivas o no y, puesto que dicho ente no había solicitado la intervención de esta Comisión Nacional, este organismo no poseía facultades para intervenir en el presente caso.

26. No obstante ello, las empresas denunciadas presentaron explicaciones defendiendo su posición. En primer lugar, afirmaron que IMPSAT confundía el tipo de red que las empresas que conformaron la UTE habrían ofrecido en la licitación. En ese sentido manifestaron que presuponía que dichas empresas habían ofrecido una red de tipo privada, de tipología estrella, mediante el uso exclusivo de enlaces punto a punto de la red pública.<sup>3</sup> Las denunciadas afirmaron que ofrecieron a la AFIP redes basadas en múltiples nodos, que interactúan entre sí mediante técnicas de conmutación distribuida, cuyo backbone está montado sobre una red TDM, SDH, que utiliza troncales de fibra óptica y utiliza una topología de caminos redundantes para los nodos principales.<sup>4</sup> Asimismo sostuvieron que la red propuesta por las empresas denunciada habría sido de tipo pública, es decir, una que permite muchos usuarios sobre la misma infraestructura técnica, y que está compuesta por redes de propiedad de las mismas. No obstante ello,

---

<sup>3</sup> Las redes de tipo privado que unen instalaciones que se encuentran distantes entre sí deben hacer uso, además de las líneas públicas, de líneas especialmente dedicadas al fin al cual se destina la red privada.

<sup>4</sup> En principio, este tipo de red implicaría que los nodos y enlaces utilizados para la transmisión de datos operan a una alta velocidad que a su vez es constante (asignando un canal fijo a cada usuario durante el período de conmutación). Asimismo, esta red permite una capacidad de gestión de todos los elementos que la integran, lo cual constituye una herramienta poderosa de control del sistema. Por último, la red descrita permite mantener un estándar de calidad en el servicio, debido que, ante la falla de cualquiera de los elementos que la componen, permite conmutar automáticamente sobre otra parte de la misma.



**Ministerio de Economía y Producción**  
**Secretaría de Coordinación Técnica**  
**Comisión Nacional de Defensa de la Competencia**

afirmaron haber alquilado algunos enlaces troncales a las LSB para conectar los distintos nodos de la red, a fin de complementarlos con los enlaces propios.

27. Por todo ello, manifestaron que la denuncia que indicaba la existencia de un precio subsidiado era errónea puesto que presuponía el ofrecimiento de una red distinta a la que realmente ofertaron las empresas ganadoras de la licitación. En cuanto a la existencia de un abuso de posición dominante destinado a obstaculizar el ingreso al mercado de otros competidores, sostuvieron que la misma resultaba improcedente si se advertía que IMPSAT no sólo no había visto impedido su ingreso al mercado sino que, por el contrario, concentraba un 45% de la facturación del mismo (cita a los diarios Clarín del 16/6/98 y BAE del 18/6/98). También afirmaron que era falsa la atribución de acciones concertadas que infringían el artículo 1º de la Ley 22.262, puesto que las integrantes de una UTE conformaban un mismo grupo económico.
28. En cuanto a la violación del marco regulatorio, manifestaron que IMPSAT intentó en reiteradas oportunidades negar su derecho de arrendar los enlaces de la telefonía pública para prestar sus servicios. Con respecto a la nulidad de la Resolución 100/95, que permitía a las LSB arrendar sus enlaces, señalaron que si bien existieron dos fallos judiciales declarando la misma, el Estado Nacional y las LSB presentaron un recurso extraordinario que les fue concedido con efecto suspensivo: por lo tanto, sostuvieron, los fallos judiciales que declararon la nulidad de la mencionada Resolución no se encontraban firmes.
29. Por otra parte dijeron que las licencias concedidas a TELEFÓNICA y TELECOM abarcaban la provisión de medios (enlaces de telecomunicaciones y servicios) y del servicio de telefonía propiamente dicho, por lo que no podía considerarse ilícito el arriendo de enlaces por parte de las LSB. A ello agregaron el hecho que, dado el alcance y penetración con la que contaba la red de telefonía pública al momento de su transferencia a TELEFÓNICA y TELECOM, ésta constituía una facilidad esencial e irremplazable y, por lo tanto, debía garantizarse su acceso y utilización a todos aquellos interesados, incluidas las empresas prestadoras de servicios de telecomunicaciones en régimen de competencia, con red propia o sin ella. Con ese propósito, lo que la Resolución 100/95 concluía era que las LSB no sólo se encontraban facultadas para arrendar enlaces pertenecientes a sus redes sino que, en caso de que un prestador así



**Ministerio de Economía y Producción**  
**Secretaría de Coordinación Técnica**  
**Comisión Nacional de Defensa de la Competencia**

lo solicitara, se encontraban obligadas a proporcionar dichas facilidades en idénticos términos que a los demás prestadores en régimen de competencia.

### **TELECOM SOLUCIONES**

30. Esta denunciada afirmó que, con relación a la acusación referida a la existencia de un precio vil, la misma era falsa e injustificada puesto que la UTE no formuló la oferta sobre la base de costos menores a los del mercado. En realidad, afirmó, era IMPSAT quien pretendía desplazar a la competencia, puesto que era dicha empresa quien prestaba anteriormente el servicio que se licitó mediante el proceso que se cuestionaba en el presente expediente. Además, manifestó que existían minutas de las reuniones celebradas entre personal del BID, del PNUD y de la AFIP en las que constaba que - tanto para la elaboración del Pliego de la Licitación como para la adjudicación - se valoraron muy especialmente las opiniones del BID y las de la CNC a los efectos de garantizar la igualdad y los derechos de los oferentes.
31. Por otra parte, afirmó que IMPSAT presuponía que la red ofertada era de un tipo determinado, el cual en realidad difería del correspondiente a la oferta realizada por la UTE. Al describir la diferencia entre ambas redes, las especificaciones técnicas mencionadas fueron similares a las incluidas por las restantes denunciadas en sus explicaciones.
32. Sostuvo que no existió violación alguna del marco regulatorio. En ese sentido afirmó que la licencia de las telefónicas permitía a éstas autorizar a empresas que operaran en el régimen de competencia a interconectar sus redes con las de telefonía pública. Por otra parte, dijo que el mismo Estado Nacional había considerado que la interconexión de redes y el arrendamiento de enlaces se confundían, debiendo caer bajo el mismo marco regulatorio y que los adelantos tecnológicos confirmaban la necesidad de no diferenciar ambos conceptos.
33. Por último, señaló que de la documentación incorporada al expediente por IMPSAT no resultaba claro cual había sido la Resolución final de la CNC con relación a las numerosas denuncias realizadas.

### **TELEFÓNICA DE ARGENTINA**



**Ministerio de Economía y Producción**  
**Secretaría de Coordinación Técnica**  
**Comisión Nacional de Defensa de la Competencia**

34. Esta empresa repitió los conceptos vertidos por STARTEL y ADVANCE en cuanto a la competencia de la CNDC en el presente expediente.
35. Agregó que no participó de la licitación en cuestión, ni formó parte de la UTE indicada, siendo su actividad económica ajena a la desarrollada por las sociedades involucradas en la denuncia de IMPSAT. En cuanto a la violación del marco regulatorio, sostuvo que poseía facultades legales para proveer enlaces de telecomunicaciones, y que el arriendo de los mismos no era contrario a la normativa vigente. Indicó que todos los prestadores de servicios en régimen de competencia - incluido IMPSAT - se encontraban igualmente facultados para acceder a la red de telefonía pública en idénticos términos en los que lo hacía la UTE. Debido a ello sostuvo que no habían existido ni subsidios cruzados ni trato discriminatorio entre las empresas que conforman la UTE y el resto de las empresas del mercado. Más aún, recordó que la UTE utilizaba la red pública para acceder a la red de STARTEL y no se basaba -como afirmaba la denuncia- exclusivamente en la misma para brindar el servicio de transmisión de datos a la AFIP.

**TELECOM**

36. Esta empresa sostuvo que el arrendamiento de enlaces por parte de las LSB no violaba ninguna normativa vigente. Señaló que dicha actividad se encontraba permitida por la Resolución 100/95, la cual se estaba firme debido a los recursos extraordinarios interpuestos tanto por el Estado Nacional como por las LSB. Agregó que la licencia distinguía entre la provisión de medios y la provisión del servicio telefónico en sí, razón por la cual ésta habilitaba a la empresa para arrendar enlaces.
37. Por otra parte, TELECOM afirmó que no era necesario que existieran dos redes separadas para que se pudiera hablar de interconexión. En ese sentido explicó que existen numerosos ejemplos donde la interconexión se produce sin que existan dos redes físicas, sino una física (red de telefonía pública) y una virtual (red privada), en tanto se asienta en líneas alquiladas que pertenecen a aquélla. Por ello dijo que la acusación de IMPSAT, referida a que las LSB poseían facultades para interconectar sus redes con las pertenecientes a las empresas en régimen de competencia, más no para alquilarlas a estas últimas, era falsa e infundada.
38. Agregó que si se impidiera el arriendo de las redes de telefonía pública, tal como pretende IMPSAT, existiría por un lado la red pura de telefonía (propiedad de las LSB) y,



**Ministerio de Economía y Producción**  
**Secretaría de Coordinación Técnica**  
**Comisión Nacional de Defensa de la Competencia**

por el otro, una red incompleta para servicios en régimen de competencia (propiedad de IMPSAT), con lo cual IMPSAT se convertiría en una estructura monopólica de hecho, sin tener como contrapartida algunas de las obligaciones dispuestas para las LSB.

39. Por último, afirmó que los acuerdos de TELECOM con STARTEL y TELECOM SOLUCIONES habían sido publicados conforme a la normativa vigente, y que los precios de cada uno de ellos obraban en poder de la CNC y podían ser consultados por quien lo requiriera, afirmando que se encontraba documentado el hecho de que los enlaces habían sido arrendados en iguales condiciones a otras empresas que operaban en el régimen de competencia.

**III. 3 COMPETENCIA DE ESTA COMISION NACIONAL, EL MARCO REGULATORIO DE LAS TELECOMUNICACIONES Y LA INTERVENCION DE LA CNC**

40. Preliminarmente se tratará la cuestión de la competencia de esta Comisión Nacional para entender en la denuncia presentada, atento a que las empresas denunciadas niegan dicha competencia.
41. El argumento esgrimido por las empresas denunciadas para sostener la incompetencia de esta Comisión Nacional se basa en lo dispuesto por el artículo 6º, del Decreto N° 1185/90, que al establecer las atribuciones de la CNC, en su inciso i) expresa: *"Prevenir conductas anticompetitivas; monopólicas o discriminatorias, incluyendo los subsidios desleales que reciban los servicios en régimen de competencia de parte de los servicios en régimen de exclusividad o prestados sin competencia efectiva. A tales fines podrá pedir la intervención de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia"*.
42. Las razones para desestimar el planteo de incompetencia interpuesto por las denunciadas son varias. En primer lugar, y la más importante, es que resulta palmariamente manifiesto que una norma de rango inferior, como lo es un decreto, no puede restar la competencia ni las atribuciones conferidas por una norma de orden superior, como lo es la Ley N° 22.262. Como se ve, este argumento por sí sólo desarticula totalmente la pretensión de las denunciadas. No obstante ello, a continuación se detallará otro más a fin de demostrar la falta de rigor jurídico de la incompetencia impetrada.



43. En ese sentido también hay que señalar que del texto del mencionado artículo 6º del Decreto Nº 1185/90 no se desprende que con el dictado de dicha norma se haya pretendido restar competencias o atribuciones a esta Comisión Nacional para entender en cuestiones de defensa de la competencia específicamente en el sector de telecomunicaciones. Efectivamente, dicho texto sólo indica que la CNC **“podrá pedir la intervención de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia”**, pero no afirma que esta Comisión Nacional **“necesite de tal petición”** para entender en una materia cuya competencia le ha sido asignada mediante la Ley Nº 22.262 en el año 1980.
44. En consecuencia, y en base a los argumentos expuestos en los párrafos precedentes, esta Comisión Nacional resulta competente para entender en la denuncia que tramita en las presentes actuaciones.
45. Como se ha mencionado en el punto referido al procedimiento seguido en las presentes actuaciones, existe un Expediente en el que se investiga el mismo hecho iniciado en la CNC, el EXP CNC E 5352/98. En consecuencia, en primer término se hará una breve descripción del marco regulatorio aplicable y posteriormente se reseñará el análisis efectuado por dicho organismo, el cual resulta relevante a los efectos de llegar a una conclusión por parte de esta Comisión Nacional sobre el caso bajo estudio.

### III. 3. 1 EL MARCO REGULATORIO DE LAS TELECOMUNICACIONES

46. El marco regulatorio de las telecomunicaciones vigente durante el período objeto de la denuncia (básicamente entre 1993 y 1999) se componía de diversas normas, entre ellas el Decreto Nº 62/90 (B.O. 12/1/90), aprobatorio del Pliego de Bases y Condiciones del Concurso Público Internacional para la privatización de ENTEL. Dicho marco regulatorio establecía un sistema de independencia entre las LSB y sus empresas afiliadas que pretendieran incursionar en los mercados en competencia. Efectivamente, disponía que la prestación de servicios por parte de las empresas vinculadas a las Operadoras Telefónicas debía ser efectuada de manera independiente, con sociedades autónomas, contabilidades separadas, activos propios, sin subsidios cruzados y en igualdad de condiciones con todo otro prestador de servicios en competencia.
47. Algunas de las disposiciones del marco normativo que dan forma al diseño regulatorio descrito en el párrafo precedente son las siguientes:



## Ministerio de Economía y Producción

Secretaría de Coordinación Técnica

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

- La sociedad afiliada de las LSB *"no podrá realizar sus actividades compartiendo o utilizando facilidades operativas, de organización, o de cualquier otra índole, ni utilizar el nombre de las sociedades Licenciatarias o de la SPSI"*.
- La red de telefonía pública ("RTP") sólo puede ser utilizada para la prestación del Servicio Básico Telefónico por las operadoras telefónicas. Se define como Servicio Telefónico Básico a la provisión de enlaces fijos de telecomunicaciones que forman parte de la red telefónica pública o que están conectados a dicha red y la provisión por esos medios del servicio de telefonía urbana, interurbana e internacional de voz viva (punto 8.1).
- El punto 10.6 del Pliego, bajo el título "Prohibición de subsidios cruzados", establece: *"Queda prohibido a las Sociedades licenciatarias utilizar los ingresos provenientes del servicio básico telefónico de carácter nacional para subsidiar los servicios de la SPSI y/o de los servicios en régimen de competencia"*.
- El artículo 8.11 del Pliego establece: *"Sólo se podrán prestar los servicios expresamente comprendidos en la licencia o permiso y utilizar las facilidades, enlaces, medios o sistemas para los fines y en las condiciones previstas en la licencia, permiso o autorización respectivo"*.
- El artículo 10.4.7 establece la igualdad de acceso para prestadores de servicios en régimen de competencia: *"Las Sociedades Licenciatarias tendrán la obligación de proporcionar, en forma no discriminatoria y en la medida de su disponibilidad, el acceso a la red pública a los prestadores de servicios en régimen de competencia. En el supuesto de no disponer de acceso a algún prestador, serán de aplicación los plazos y los efectos previstos en el punto 8.7.1. Los precios de la interconexión provista por la Sociedad Licenciataria deberán reflejar los precios normales no discriminatorios por la utilización de instalaciones y servicios en su red"*.
- El punto 10.4.8.6 del Pliego establece que: *"En adición a lo dispuesto por el precedente punto, todo prestador de servicios en régimen de competencia puede impugnar cualquier término, precio o condición de un convenio de interconexión para un servicio prestado en régimen de competencia, que sea discriminatorio, anticompetitivo o que de otra manera favorezca a una empresa subsidiaria de las Sociedades Licenciatarias, la SPSI y/o la SSEC"*.



## Ministerio de Economía y Producción

Secretaría de Coordinación Técnica

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

- El punto 8. 8. 1 del Pliego reconoce que a su fecha existen cinco permisos (uno de ellos perteneciente a IMPSAT) para la transmisión de datos de carácter nacional.
48. Una vez vencido el período de exclusividad las LSB podrán recibir licencias para prestar servicios de transmisión de datos y otros servicios de valor agregado, en competencia con otros prestadores (cláusula 13.7.1 del Pliego).
49. Con el dictado del Decreto N° 764/2000, el que claramente no se aplica al período analizado en las presentes actuaciones, se produjo un cambio sustancial en el régimen regulatorio de las telecomunicaciones. Efectivamente, dicha norma estableció la desregulación de los servicios de telecomunicaciones. Ello implica, entre otras cosas, que las LSB puedan prestar el servicio de transmisión de datos por sí mismas, sin necesidad de constituir una empresa separada.

### III .3. 2 ANALISIS EFECTUADO POR LA CNC

50. En el expediente en trámite ante la CNC, en fecha 18 de agosto de 1999, dicho organismo dictó la Resolución N° 1631, por la cual imputó a TELEFONICA DE ARGENTINA S.A. y a ADVANCE COMUNICACIONES S.A. la transgresión a lo dispuesto por el punto 10.6 del Decreto 62/90 y artículo 3° del Decreto N° 266/98 (fs. 652-56).
51. En dichas actuaciones el Area de Planeamiento de la CNC informó (fs. 485-86) que la provisión de la red de transmisión de datos ofertada para la AFIP por la UTE se basaba en la utilización de una red de tipo pública, en el sentido de que los recursos empeñados para las comunicaciones eran compartidos por una multiplicidad de clientes además de la AFIP.
52. Efectivamente, en dicho Expediente se afirma que *"las dependencias de la AFIP quedan interconectadas a través de una red de tipo pública donde, cabe aclarar, los recursos empeñados para las comunicaciones son compartidos por una multiplicidad de clientes además de la AFIP. La manera en que esos recursos son administrados por la empresa a fin de ofrecer satisfacción a sus clientes depende de varios factores, algunos de los cuales son: 1. La política de gestión de recursos, propia de la empresa. 2. La estrategia de implantación de cada empresa que a su vez comprende los aspectos que van desde la concepción de la red, diseño, instalación de la infraestructura y explotación de modo*



## Ministerio de Economía y Producción

Secretaría de Coordinación Técnica

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

*integrado de la red. 3. La eficiencia con que ciertos recursos de transmisión, conmutación, etc. son utilizados en forma colectiva para brindar servicios a varios usuarios simultáneamente, parámetro que a su vez es altamente dependiente de la cantidad total de clientes, de la distribución territorial de los mismos y de la relación de tráfico entre equipos terminales de un mismo o distintos clientes".*

53. Además se agrega que: *"Es en este sentido entonces, que la oferta no apunta a un detalle pormenorizado de la red soporte para la prestación de un determinado servicio sino más bien a una descripción de la estrategia a desarrollar para, como se dijo antes, prestar un servicio"* (fs. 485-86, AREA DE PLANEAMIENTO DE TELECOMUNICACIONES), y que *"dicha descripción, desarrollada en los volúmenes III-1 y III-2 de la oferta contiene, entre otras, información de elementos constitutivos de la red, tales como puertas de acceso, enlaces de distintas capacidades, conmutadores, routers, infraestructura para enlaces satelitales, ... etc., y un sinnúmero de elementos con los que el oferente presta servicios a diversos clientes entre los cuales se encontraría la AFIP".*

54. Como conclusión, se expresó la imposibilidad de establecer con certeza los costos propios, específicos y directos de la oferta de la UTE para la prestación del servicio licitado por la AFIP, por lo que dicho organismo no se encontraba en condiciones de emitir opinión sobre la relación de precios y costos.

55. A su vez el Departamento de Control Económico y Financiero (DEF) de la CNC afirmó que:

- a. La UTE ha ofrecido a la AFIP un servicio de comunicaciones montado sobre una red "integral" (RED), conformada a su vez de redes integrales de cada una de las sociedades componentes de la asociación transitoria. Esta RED es compartida con otros clientes, distintos de la AFIP y relacionados directa e individualmente a cada uno de los miembros de la UTE.
- b. La RED puede estar conformada por un universo de elementos constitutivos (de la red), tales como puertas de acceso, enlaces de distintas capacidades, conmutadores, routers, infraestructura para enlaces satelitales ... etc., y un sinnúmero de elementos necesarios para la prestación del servicio de transmisión de datos, servicio éste en régimen de competencia.



## Ministerio de Economía y Producción

Secretaría de Coordinación Técnica

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

- c. Gran parte de estos elementos pertenecen a la Red de Telefonía Pública (RTP), que como ya se indicó, es administrada y de propiedad de las LSB, cuya contratación conforme a las normas que regulan la actividad, debe ser realizada en condiciones de precios y trato igualitario y no discriminatorio por parte de las LSB a todos los prestadores en régimen de competencia.
- d. El precio de arrendamiento de la RTP, que las empresas prestadoras de servicios de telecomunicaciones en régimen de competencia abonan a las LSB, tiene una muy importante incidencia en la determinación del costo operativo de una red de transmisión de datos.
- e. Por otra parte, el costo operativo por unidad de prestación, que constituye la base de cálculo para la fijación de los precios, dependerá de *"la manera en que estos recursos son administrados por la empresa"*, conforme a lo indicado en el dictamen de APT transcripto en el párrafo II precedente referido a la concepción de red, cantidad de clientes, etc., así como de otros criterios de asignación de costos indirectos.
- f. Por su parte, el dimensionamiento de infraestructura, el consecuente análisis de costos y su proyección a la política de precios debe necesariamente incorporar la evaluación empresaria del propio mercado, del punto de equilibrio operativo y sus expectativas de rentabilidad.
- g. Además, la evaluación de la prestación de un nuevo servicio como el que resulta de la oferta presentada por la UTE a la AFIP implica la consideración de nuevas posibilidades de tráfico y otros factores comerciales que influyen en la política de contrataciones.

56. En vista de lo señalado en el punto anterior dicho organismo, por sugerencia del Departamento de Control Económico y Financiero (DEF), enfocó la cuestión llevando a cabo un análisis económico de las empresas denunciadas al que denominó "macro". Ello, en los propios términos del DEF, significa considerar el comportamiento de los ingresos y costos agregados, para determinar las políticas globales de costeo y rentabilidad.

57. Dicho análisis "macro" se basó en las cifras de los Estados de Resultados de ADVANCE correspondientes al período semestral cerrado el 31 de marzo de 1998, y al ejercicio completo de 12 meses cerrado el 31 de septiembre de 1998.



**Ministerio de Economía y Producción**  
Secretaría de Coordinación Técnica  
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

58. Según el análisis contable efectuado por la CNC existiría *"una alta participación en los costos del rubro "Alquiler de líneas" (81,3%), lo que determina una contribución marginal del 18,7%, que resulta totalmente insuficiente para absorber el resto de los costos operativos (fijos y variables) de ADVANCE, que al 30/09/98 representan otro 107% adicional respecto del total de las ventas"*.
59. En consecuencia, según el análisis de la CNC, ADVANCE habría adoptado una política de fijación de precios de venta no acordes con los costos de producción, generando resultados económicos negativos que serían solventados y financiados con aportes de capital realizados por TASA, aportes que constituirían subsidios cruzados prohibidos a las Licenciatarias por el punto 10.6 del Anexo I "Pliego de Bases y Condiciones" del Decreto 62/90.
60. Según la teoría de la CNC, ADVANCE habría montado una red propia de prestación arrendando enlaces a las LSB. Sin embargo, la capacidad de esa red superaría con holgura las necesidades de la demanda que enfrenta la empresa. Debido a una estructura tarifaria vigente para el arrendamiento de enlaces altamente progresiva (en función de la capacidad contratada), la capacidad ociosa contratada permitiría reducir artificialmente el nivel de precios de venta en función de los costos de enlaces arrendados a las LSB, los que resultan notoriamente inferiores cuando se contratan de mayor capacidad.
61. Correlativamente, expresa la CNC, la empresa no traslada el costo del excedente de contratación o capacidad excesiva. El resultado de esta conducta es que se producen fuertes pérdidas operativas en ADVANCE. Finalmente, las pérdidas operativas resultantes son compensadas con aportes de TASA, sin los cuales ADVANCE sería inviable. Esta transferencia de ingresos de TASA a ADVANCE constituiría un subsidio a la prestación de un servicio en competencia, situación que podría implicar una infracción al punto 10.6 del Anexo 1 del Pliego de Bases y Condiciones establecido por el Decreto N° 62/90.
62. A la imputación señalada en el párrafo anterior ADVANCE y TELEFONICA responden manifestando que:
- La CNC habla de la contratación de "capacidad excesiva" por parte de ADVANCE sin tener en consideración la demanda y mercado al que apunta la empresa (servicio de



**Ministerio de Economía y Producción**  
Secretaría de Coordinación Técnica  
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

transmisión de datos y de acceso a Internet), la proyección temporal de dicha demanda, la circunstancia de que los competidores de la empresa se encontrarían realizando fuertes inversiones en el montaje de su propia red.

- ADVANCE inició sus actividades en el mes de noviembre de 1997, en un mercado en el que resulta indispensable poseer una infraestructura de red que en principio puede parecer ociosa, no pudiéndose pretender que la empresa cubra todos los gastos, financie el despliegue de su red y recupere la inversión con sus primeros clientes.
- La CNC no especifica a qué costos se refiere.
- IMPSAT es el prestador predominante en el servicio de transmisión de datos, con aproximadamente 40% del mercado, mientras que ADVANCE contaría aproximadamente con el 20%.
- El análisis efectuado por la CNC sería el fruto de la mera especulación, producto de una interpretación parcial y estática de los estados contables del primer ejercicio completo de una empresa que recién salía al mercado.
- Los aportes de capital de TASA serían legítimos, pues así lo autoriza el Decreto N° 1461/93 que, entre otras disposiciones, modificó el artículo 10° del Decreto N° 506/96. Asimismo el Decreto N° 1587/93, que vuelve a modificar el artículo 10° del Decreto N° 506/92, reafirmaría la posibilidad de que las LSB utilicen recursos obtenidos de los servicios en exclusividad para prestar servicios en competencia. La prohibición sólo se referiría a "subsidios" de la primera actividad respecto de las segundas.

63. En vista de las defensas esgrimidas por ADVANCE y TELEFONICA, la Gerencia de Control de la CNC, en fecha 3 de diciembre de 2001, solicitó al Área Económico Financiera que se expidiera sobre dichas defensas, en especial: i) la "viabilidad de la realización de un estudio macro de las condiciones de las empresas sancionadas para luego aplicar las conclusiones del mismo a un caso particular"; y ii) método de determinación de los costos.

64. Además la Gerencia de Control indicó que el Decreto N° 1587/93, vigente al inicio de las actuaciones, no prohibía a las licenciatarias participar con sus ingresos, originados en la prestación del SBT, en sus subsidiarias que prestaran servicios en régimen de competencia como sí lo hacían las normas antes vigentes.



## Ministerio de Economía y Producción

Secretaría de Coordinación Técnica

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

65. Finalmente, señaló la Gerencia de Control, siendo esta la última actuación en el expediente de la CNC, que por el dictado de la Ley 25.156, el organismo con competencia primaria para atender las cuestiones como las ventiladas era el TRIBUNAL NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, aun no conformado efectivamente pero cuyas funciones eran ejercidas durante el período de transición por esta Comisión Nacional. En consecuencia, entendió, que se debían efectuar todas las consideraciones e informes que fueran necesarios en forma previa a la remisión de las actuaciones al ámbito de esta Comisión Nacional.

#### **IV. EVALUACION DE LA DENUNCIA BAJO LA LEY Nº 22.262**

66. El análisis de la conducta denunciada a la luz de la Ley Nº 22.262 consiste en determinar si dicha conducta resulta ser una manifestación de competencia en el mercado, o si en cambio es una manifestación de un comportamiento predatorio de las denunciadas, tendiente a excluir a sus competidores actuales o a evitar el ingreso de nuevos competidores, y del cual pueda derivarse un perjuicio al interés económico general en los términos del artículo 1º de la mencionada ley.

67. Como se explicara anteriormente, la misma conducta denunciada en estas actuaciones ha sido objeto de análisis en términos de una posible infracción del marco regulatorio por parte de la CNC, no habiendo dicho organismo tomado una decisión final al respecto hasta el presente.

68. De todas formas, debe señalarse de antemano que la existencia de una infracción al marco regulatorio de las telecomunicaciones no necesariamente implica que simultáneamente exista una infracción a la Ley Nº 22.262, ya que se trata de diferentes normativas, cada una de las cuales contiene sus propios elementos o requisitos. Además esas normativas tienen autoridades de aplicación propias e interpretaciones específicas.

69. En el análisis subsiguiente se considerará en primer término el mercado relevante donde se desarrolló la conducta denunciada. Luego se considerará la posición de mercado de las empresas denunciadas. Posteriormente se evaluará la conducta denunciada a la luz de la Ley Nº 22.262 y sus efectos sobre la competencia y el interés económico general.



#### IV. 1 EL MERCADO RELEVANTE Y LA POSICION DE MERCADO DE LAS DENUNCIADAS

70. El servicio de transmisión de datos es básicamente una actividad dirigida al segmento corporativo en el que el cliente, (empresas, bancos, organismos públicos u otro tipo de organización asimilable), precisa transmitir grandes cantidades de datos dentro de un mismo local o edificio, o entre sus distintas sucursales u oficinas a través de una red.

71. Las empresas proveedoras de servicios de transmisión de datos pueden construir su propia red de datos, combinando infraestructura propia con líneas o enlaces arrendados a otros proveedores de infraestructura (las LSB, por ejemplo.). Sin embargo, una red de datos también puede ser construida utilizando elementos (cables, routers, switches, antenas, etc), divorciados completamente de la RTP, y sin que tenga conexión con la misma.<sup>5</sup> Las redes de datos que comunican locales o edificios de una determinada organización, ubicados en distintos puntos geográficos, se denomina WAN ("wide area network"), por oposición a aquellas redes que interconectan a usuarios que se encuentran confinados localmente, por ejemplo dentro de un mismo edificio, las que se denominan LAN ("local area network").

72. En la jurisprudencia y legislación comparada resulta habitual efectuar una clasificación general de los mercados relevantes en el sector de telecomunicaciones, distinguiendo entre dos tipos de mercados: mercados mayoristas y mercados minoristas.<sup>6</sup> Los mercados mayoristas ("wholesale markets") comprenden la prestación de servicios (insumos) a proveedores de servicios de telecomunicaciones, los cuales son necesarios para que estos últimos presten servicios a los usuarios finales. Tales insumos pueden consistir en acceso a infraestructura de red o acceso a cierta información. Por ello también se denomina a este tipo de mercados como "mercados de acceso".<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> En el caso de la licitación de la AFIP la empresa IMPSAT ofreció como solución una Red de Frame - Relay satelital. En cuanto a las provisiones de respaldo, dicha empresa previó conexiones de respaldo para todos los nodos de la red, basadas en tecnología satelital VSTA y/o enlaces terrestres (Informe de Evaluación, fs. 447 del Expte de la CNC).

<sup>6</sup> Véase p. ej. Recomendación de la Comisión Europea del 11 de febrero de 2003 (2003/311/EC).

<sup>7</sup> Véase p. ej. Notice on the application of the competition rules to access agreements in the telecommunications sector. Framework, relevant markets and principles, emitida por la Comisión Europea en el año 1998 (98/C265/02).



**Ministerio de Economía y Producción**  
Secretaría de Coordinación Técnica  
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

73. Por su parte los mercados minoristas ("retail markets") comprenden los servicios prestados al usuario final. También son llamados "mercados de servicios".
74. A su vez, dentro de estos dos tipos de mercados pueden quedar comprendidos mercados relevantes particulares, dependiendo de las características de la sustitución por el lado de la demanda y de la oferta.
75. En el caso objeto de estos actuados, el mercado relevante del producto se refiere a un mercado de tipo minorista, ya que la conducta denunciada se habría producido respecto de los precios cobrados por las empresas denunciadas a sus clientes finales. El mercado minorista, en el marco del cual se analizará la conducta denunciada, es el de la transmisión de datos.
76. Existen antecedentes de decisiones de otras agencias de defensa de la competencia - concretamente en la Comisión de la Unión Europea- en las que el mercado de transmisión de datos se ha definido como un mercado en sí mismo. Es decir, se lo consideró como un mercado relevante distinto a aquellos mercados relacionados con la telefonía tradicional de transmisión de voz.<sup>8</sup>
77. Esta definición de mercado obedece a que no existe una sustitución efectiva desde el punto de vista de la demanda y ni de la oferta con respecto a otros servicios de telecomunicaciones. Así, desde el punto de vista de la demanda, la necesidad del cliente del servicio de transmisión de datos, que consiste en transferir grandes volúmenes de paquetes de datos, resulta ser una necesidad específica, haciendo que dicho servicio no resulte sustituible por otros, por ejemplo el servicio de transmisión de voz.
78. Desde el punto de vista de la sustitución por el lado de la oferta, debe destacarse que en telecomunicaciones, los rápidos cambios tecnológicos pueden tornar relativas las definiciones de mercado adoptadas, ya que existe una tendencia hacia la convergencia tecnológica y la integración de servicios. No obstante ello, el ingreso a la prestación de servicios de transmisión de datos por parte de operadores dedicados a la prestación de otros servicios de telecomunicaciones, al requerir de la conformación de una red apropiada para la prestación del servicio y de un know how específico, no resulta ser lo suficientemente rápido y fácil como para ampliar el mercado relevante más allá del de

---

<sup>8</sup> Al respecto puede citarse la decisión de la Comisión en la operación de concentración Telia/Telenor (M. 1349, del 13/10/99).



## Ministerio de Economía y Producción

Secretaría de Coordinación Técnica

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

transmisión de datos. Esto es así especialmente durante el período al que se refiere la denuncia (básicamente 1993 -1998), ya que en él las tecnologías para la prestación de los distintos servicios de telecomunicaciones presentaban diferencias más marcadas que en la actualidad.

79. En cuanto a la extensión del mercado geográfico, debe señalarse que el mismo resulta ser de alcance nacional pues las redes de transmisión de datos respecto de las que plantea su denuncia IMPSAT tienen una extensión nacional o al menos una cobertura que comprende diversas áreas o regiones.
80. El mercado de transmisión de datos fue pionero de la competencia en Argentina. En 1987 se decretó la desregulación de los servicios de valor agregado y cinco empresas, entre ellas IMPSAT, consiguieron sus licencias. En 1990 nació STARTEL, la empresa compartida por las LSB para la prestación de los servicios "en competencia" (datos, telex, radiomóvil marítimo).
81. En ese sentido, el Pliego de Bases y Condiciones para la privatización de ENTEL, aprobado por Decreto N° 62/90, en su punto 8.8.1 reconoció la existencia de prestadores de transmisión de datos vía satelital, de carácter nacional, entre los que se encontraban IMPSAT, COMSAT S.A. y KEYTECH S.A.
82. En lo que respecta a IMPSAT, especialmente durante el período al que se refiere la denuncia, prestaba sus servicios mediante una red de transmisión de datos de la propia empresa, básicamente de conformación satelital, compuesta por telepuertos, estaciones terrestres, conexiones de microonda y fibra óptica, y capacidad satelital alquilada.
83. Es decir que en el mercado de transmisión de datos analizado se han ido desarrollando desde la misma época de la privatización de ENTEL al menos dos redes alternativas, la de STARTEL, por un lado, y la de IMPSAT, por el otro. A partir del año 1998 STARTEL se escindió en dos y cada LSB tuvo su propia empresa afiliada en el mercado de transmisión de datos, ADVANCE, en el caso de TELEFONICA, y TELECOM SOLUCIONES, en el caso de TELECOM.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> Las redes de los otros prestadores de servicio de transmisión de datos no alcanzaban un desarrollo comparable al de IMPSAT y STARTEL.



**Ministerio de Economía y Producción**  
**Secretaría de Coordinación Técnica**  
**Comisión Nacional de Defensa de la Competencia**

84. En consecuencia, en el mercado relevante definido los competidores resultan ser principalmente IMPSAT y las afiliadas de las LSB: STARTEL en un principio, y luego de la escisión de esta última, TELECOM SOLUCIONES y ADVANCE.
85. Corresponde considerar, entonces, si las empresas denunciadas, ya sea STARTEL (la empresa común afiliada hasta su división), o TELECOM SOLUCIONES y ADVANCE, ya sea en forma separada o consideradas conjuntamente, han contado con una posición dominante en el mercado relevante durante el período investigado.
86. El artículo 2º, inciso a) de la Ley Nº 22.262, establece que *“una persona goza de una posición dominante en un mercado cuando para un determinado tipo de producto o servicio es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional o, cuando sin ser la única, no está expuesta a una competencia sustancial”*.
87. En el mismo sentido esta Comisión Nacional, citando jurisprudencia de la Unión Europea, ha expresado en anteriores dictámenes que *“las empresas poseen una posición dominante cuando tienen el poder de comportarse independientemente, sin tomar en cuenta, de manera sustancial, a sus competidores, compradores y proveedores. Tal es el caso cuando la participación de mercado de una empresa, ya sea en sí misma o combinada con su “know-how”, su acceso a materias primas, capital u otras ventajas importantes tal como la propiedad de una marca, le permite determinar los precios o controlar la producción o distribución de una parte significativa de los bienes relevantes”*.<sup>10</sup>
88. Según la publicación Convergencia Telemática las participaciones en el mercado de transmisión de datos a fines del año 1997 eran las siguientes: IMPSAT, 39%; STARTEL 43%; COMSAT, 12% y OTROS, 6%.
89. En el año 1998 TELEFONICA y TELECOM comenzaron a competir con compañías independientes, por lo que, como se dijo, se escindió STARTEL resultando de dicha división ADVANCE la compañía de transmisión de datos de TELEFONICA, y TELECOM SOLUCIONES la de TELECOM. Para dicho año las participaciones de mercado se estimaban en un 40% para IMPSAT, 22% para TELECOM SOLUCIONES, 20% para ADVANCE, 12% para COMSAT y 6% para OTROS.

---

<sup>10</sup> Dictamen CNDC Nº 314/99, en el caso "CNDC c/YPF S.A. s/Infracción Ley 22.262".



**Ministerio de Economía y Producción**  
**Secretaría de Coordinación Técnica**  
**Comisión Nacional de Defensa de la Competencia**

90. De lo expuesto en los párrafos precedentes surge que no puede considerarse que las denunciadas, STARTEL en su momento, y luego de la escisión de esta última, ADVANCE COMUNICACIONES y TELECOM SOLUCIONES, ya sea individual o conjuntamente, hayan contado con una posición dominante en el mercado de transmisión de datos durante el período investigado, sino que se ha verificado una competencia entre redes alternativas, siendo una de dichas redes alternativas la de la denunciante.
91. Efectivamente, para determinar la existencia de una posición dominante resulta necesario que la empresa o empresas investigadas no enfrenten una competencia sustancial. Este no ha sido el caso en el mercado de transmisión de datos durante el período investigado. IMPSAT, el denunciante, siempre ha resultado ser un competidor importante en dicho mercado, lo cual queda expresado a través de la participación de mercado de dicha empresa, que siempre ha sido importante.
92. Finalmente cabe advertir que la conclusión respecto de la ausencia de posición dominante en cabeza de las denunciadas dentro del mercado relevante definido resulta ser una conclusión que responde a las particulares circunstancias del caso bajo análisis.
93. Efectivamente, bajo otras circunstancias podría considerarse que la posición dominante de las LSB en un primer mercado se extiende a otros mercados horizontal o verticalmente relacionados con aquél. Por ejemplo si la conducta denunciada versase sobre el acceso a elementos de red (negativa, discriminación, etc.) controladas por las LSB imprescindibles para que la empresa de telecomunicaciones denunciante preste servicios en estos últimos mercados.<sup>11</sup>
94. No obstante lo señalado en los párrafos precedentes, y si bien esta Comisión Nacional entiende que no se puede afirmar la existencia de una posición dominante en cabeza de las empresas afiliadas dentro del mercado relevante definido, resulta indudable que dichas empresas se encontraban en una posición especialmente ventajosa para prestar servicios en el mercado relevante en su condición de afiliadas de las LSB, propietarias y administradoras de la RTP.

---

<sup>11</sup> Véase al respecto, p.ej. OFT 417. COMPETITION ACT 1998- The application in the telecommunications sector (2000).



## Ministerio de Economía y Producción

Secretaría de Coordinación Técnica

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

95. En consecuencia, y dada dicha especial condición de las empresas afiliadas, resulta aconsejable en el presente caso extremar el estudio de la conducta y no dar por concluida la evaluación de la misma en esta etapa del análisis. Por ello seguidamente se avanzará en la consideración de la conducta denunciada y sus posibles efectos sobre la competencia y el interés económico general.

### **IV. 2 LA CONDUCTA DENUNCIADA**

96. Como se ha señalado precedentemente, estas actuaciones se iniciaron a raíz de una denuncia efectuada IMPSAT contra las LSB y sus empresas afiliadas en relación a la Licitación Pública Nº 001/98, realizada en enero de 1998 con el propósito de contratar una red de telecomunicaciones para la AFIP. Posteriormente la denunciante acompañó una serie de acusaciones presentadas anteriormente ante la CNC, similares a la denuncia original. A continuación se analizan ambas cuestiones.

97. Preliminarmente debe destacarse que no corresponde a esta Comisión Nacional pronunciarse respecto de las presuntas infracciones al marco regulatorio de las telecomunicaciones, como así también anticipar que desde la perspectiva de la aplicación de la Ley Nº 22.262 corresponde analizar la presente denuncia bajo la hipótesis de precios predatorios, ya que esta figura es la que mayor grado de correspondencia presenta con la infracción caracterizada como "subsidios cruzados" en la interpretación que de ese término hace el marco regulatorio de las telecomunicaciones, la CNC y la denunciante.

#### **IV. 2. 1 La Licitación Pública Nº 001/98 (red de telecomunicaciones para la AFIP)**

98. En primer término se analizará la cuestión puntual que originó las presentes actuaciones, esto es, la supuesta existencia de precios viles o por debajo del costo en la Licitación Pública Nº 001/98 de la AFIP. Posteriormente se hará referencia al resto de las acusaciones realizadas.

99. Con relación a la licitación de la AFIP, la conducta denunciada, en lo atinente a la posible existencia de precios predatorios o subsidios cruzados, es que la oferta de la UTE se habría basado en el arriendo de enlaces de la Red Telefónica Pública, y el precio ofertado en dicha oportunidad equivalía a un abono mensual de \$236.629, mientras que,



**Ministerio de Economía y Producción**  
**Secretaría de Coordinación Técnica**  
**Comisión Nacional de Defensa de la Competencia**

en base a los precios que publican las licenciatarias del servicio básico telefónico (LSB), el costo del abono mensual correspondiente al arriendo de enlaces de la red que se licitó debería ser como mínimo de \$324.003.

100. La denunciante afirmó que, debido a que las empresas que conforman la UTE precitada son controladas en un 100% por las LSB, el bajo nivel del precio ofertado por la misma se debería a la existencia de subsidios cruzados, mediante los que las LSB utilizan los ingresos provenientes del servicio telefónico básico (regulado) para adquirir una posición dominante en los sectores en los que no poseen un monopolio legal (ya sea arrendando a sus controladas las redes a precios irrisorios, o subsidiando la pérdida que estas tienen ofertando las redes a precios menores que su costo).
101. La conclusión de esta Comisión Nacional, respecto de la conducta denunciada con relación al caso puntual de la licitación de la AFIP, es que debe tenerse en cuenta lo dictaminado por la CNC, organismo técnico que concluyó la imposibilidad de establecer con certeza los costos propios, específicos y directos de la oferta de la UTE para la prestación del servicio licitado por la AFIP. En consecuencia, no resulta posible para esta Comisión Nacional, tal como no lo resultó para la CNC, expedirse sobre dicho caso puntual.
102. Asimismo, en lo referente al caso puntual de la licitación de la AFIP, debe tenerse en cuenta que una única transacción o licitación entre varias que se dan en el mercado, incluso de verificarse que lo fuera por debajo del costo, no resulta suficiente para configurar una práctica predatoria. En ese orden resulta interesante notar que las "Predatory Pricing Enforcement Guidelines" de Canada<sup>12</sup> establecen como un elemento necesario para la configuración de precios predatorios la existencia de una "*política de ventas*" de características predatorias. Con esto se hace referencia a que los precios cuestionados sean parte de un programa empresario deliberado de fijación de precios, que los mismos se apliquen en todo el mercado, y que tengan efecto por un período de tiempo significativo. De forma tal que las denuncias que involucren el precio de una sola o unas pocas transacciones no satisfacen este test.
103. Tampoco configuraría una práctica predatoria una conducta circunscripta en el tiempo, pues se reduce significativamente la posibilidad de que tenga un real impacto

---

<sup>12</sup> Estas pautas pueden ser consultadas en el sitio oficial [www.strategis.ic.gc.ca](http://www.strategis.ic.gc.ca)



## Ministerio de Economía y Producción

Secretaría de Coordinación Técnica

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

sobre los competidores. Esto es lo que sostuvo esta Comisión Nacional en el denominado caso "Makro"<sup>13</sup>. En el mismo se sostuvo que el período de tiempo durante el cual se vendió el producto en cuestión al precio supuestamente predatorio, que fue de 15 días, constituía un período de tiempo lo suficientemente corto, lo que permitía concluir que no se distorsionaba el mercado durante ese plazo ni con posterioridad al mismo.

### IV. 2. 2 Los demás hechos denunciados por IMPSAT

104. Con respecto a los demás hechos denunciados por IMPSAT debe notarse que la queja resulta similar a la planteada respecto a la licitación de la AFIP. En el caso de la prestación del servicio de transmisión de datos con tecnología digital para conectar las diferentes sucursales del Banco de la Nación Argentina con su Casa Central y el centro de comunicaciones "Red Link" por el término de tres años, denuncia efectuada en febrero de 1997 ante la CNC, el cuestionamiento de la denunciante se refirió a que la oferta de STARTEL se sustentaba, esencialmente, en la utilización de los enlaces pertenecientes a la "Red telefónica pública" de propiedad de las licenciatarias del SBT, lo que violaría el marco regulatorio vigente al no estar facultadas estas últimas a arrendar a las empresas que brindan servicios en competencia las facilidades de dicha red, y al no estar facultadas las empresas vinculadas a las licenciatarias a realizar sus actividades compartiendo o utilizando facilidades operativas, de organización, o de cualquier otra índole, ni a utilizar el nombre de las sociedades Licenciatarias o de la SPSI.

105. Asimismo, en la presentación ante la CNC de fecha 19 de mayo de 1997, que corre agregada a fs. 115/35, IMPSAT mencionó la existencia de servicios de STARTEL ofrecidos a precio vil, además de violaciones diversas del marco regulatorio, tales como arriendo de líneas punto a punto dedicadas a transmisión de datos por parte de las LSB; prestación del servicio de transmisión de datos por parte de las LSB; uso forzado de las LSB impuesto por TELINTAR; negación de acceso de TELINTAR al nodo internacional de datos; etc. Similares argumentos son expresados por la denunciante en las presentaciones efectuadas ante la CNC en el año 1993.

106. Debe recordarse que, ante la imposibilidad de determinar la existencia de "subsídios cruzados" en el caso puntual de la licitación de la AFIP, la CNC adoptó lo que en sus

---

<sup>13</sup> Dictamen de la CNDC del 31/07/97, en el caso Cámara Argentina de Papelerías, Librerías y Afines



**Ministerio de Economía y Producción**  
Secretaría de Coordinación Técnica  
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

propios términos denominó enfoque "macro" para formular la imputación por "subsidios cruzados" contra ADVANCE y TELEFONICA.

107. Ahora bien, antes de avanzar en el análisis resulta conveniente efectuar una breve reseña de lo que en la literatura y práctica regulatoria y antitrust generalmente se entiende por subsidio cruzado, para después poder compararlo con el significado que el marco regulatorio de las telecomunicaciones y la CNC le atribuyen a dicho concepto.
108. Existe un subsidio cruzado cuando una empresa utiliza ingresos en un mercado para subsidiar pérdidas en otro mercado. Normalmente se entenderá que existe un subsidio cruzado cuando se pueda esperar que los ingresos por una actividad (un servicio nuevo, por ejemplo) no cubrirán los costos de esa actividad durante su vida económica. Los costos que habitualmente se consideran relevantes son los costos incrementales de largo plazo (CILP)<sup>14</sup>. Esta medida de costos toma en cuenta los costos totales de largo plazo (esto es tanto costos de capital como costos operativos) de proveer una determinada unidad adicional de producto ("el incremento"). El incremento puede ser, por ejemplo, la provisión de un nuevo servicio.<sup>15</sup>
109. Resulta importante notar que en la referida definición de subsidios cruzados siempre se trata de un mismo agente económico que desarrolla actividades en dos o más mercados relevantes diferentes, y lo que se busca determinar es si dicho agente cubre los CILP en el mercado bajo análisis (por ejemplo, en el mercado del nuevo servicio).
110. También debe destacarse que, desde la perspectiva de la aplicación de la Ley N° 22.262, un subsidio cruzado puede resultar violatorio de dicha norma cuando tal subsidio limite, restrinja o distorsione la competencia, o constituya un abuso de posición dominante, y pueda causar un perjuicio al interés económico general, en los términos del artículo 1°. En ese sentido, las condiciones que tienen que cumplirse para que el subsidio cruzado resulte en una conducta sancionada por la Ley N° 22.262 son las mismas que tienen que cumplirse en el caso de precios predatorios, por lo cual el análisis de subsidios cruzados bajo dicha ley termina resultando equivalente a un análisis de precios predatorios.

---

c/Supermercados Makro.

<sup>14</sup> En inglés se los denomina "long run incremental costs" ("CILP").

<sup>15</sup> OFT 417. COMPETITION ACT 1998- The application in the telecommunications sector (2000).



**Ministerio de Economía y Producción**  
**Secretaría de Coordinación Técnica**  
**Comisión Nacional de Defensa de la Competencia**

111. Ahora bien el enfoque "macro", al que se hace referencia en el Expediente de la CNC mencionado, apunta a un análisis del concepto de subsidio cruzado con el particular alcance que a este concepto le atribuye el marco regulatorio de las telecomunicaciones vigente durante el período investigado.
112. Efectivamente, como se expresara anteriormente, el marco regulatorio vigente durante el período investigado trata a las LSB y a sus respectivas afiliadas como agentes económicos diferentes e independientes. En esa línea, el diseño regulatorio adoptado en el sector de telecomunicaciones prescribía la independencia entre LSB y afiliadas. Dicha independencia, por definición, no permite el aprovechamiento de las eficiencias de integración. Así, una misma facilidad o recurso no pueden ser compartidos o aprovechados como si se tratara de una única empresa. Si las LSB quieren incursionar en los servicios en competencia deben "vender" o "alquilar" a sus afiliadas facilidades o recursos a precios fijados libremente por ellas, pero que no pueden ser "discriminatorios" respecto de empresas competidoras no vinculadas.
113. A pesar de la existencia de un marco regulatorio con las características antes descritas, las LSB y sus respectivas afiliadas conforman un mismo grupo económico. Si este grupo económico tratara de maximizar el beneficio conjunto -como resultaría esperable de un agente económico racional- y las empresas afiliadas aprovecharan las facilidades de la red de telefonía pública, aplicando precios en el mercado en competencia que resultan ser inferiores a los que estaría en condiciones de cobrar una empresa no vinculada, quien para prestar el servicio tiene que arrendar dichas facilidades a las LSB a las tarifas prefijadas por éstas, el diseño regulatorio favorecería la aparición de pérdidas contables en el balance de la empresa afiliada.
114. Esto es así porque el marco regulatorio, al obligar a las LSB a "no discriminar" en el alquiler de las facilidades de la RTP, les manda "imputar" a sus afiliadas un precio por el alquiler de esas facilidades. Entonces, cuando las afiliadas salen al mercado de transmisión de datos con precios que perfectamente pueden cubrir los costos de prestación del servicio para el grupo económico (LSB y su respectiva afiliada) pero que están por debajo del costo si se considera el precio "imputado" del alquiler de las facilidades, se puede generar una pérdida en el balance de la empresa afiliada. Nótese, sin embargo, que en ese caso se trataría sólo de una pérdida contable para la empresa afiliada y no necesariamente de una pérdida económica para el grupo económico.



## Ministerio de Economía y Producción

Secretaría de Coordinación Técnica

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

115. En el contexto explicado en el párrafo anterior es que debe entenderse el término "subsidiados cruzados" que utiliza el marco regulatorio. Como se señaló anteriormente, el marco regulatorio establece que la prestación de servicios por parte de las empresas vinculadas a las Operadoras Telefónicas debe ser efectuada de manera independiente, con sociedades autónomas, contabilidades separadas, activos propios, y en igualdad de condiciones con todo otro prestador de servicios en competencia.
116. Este diseño regulatorio implica la existencia de un régimen de independencia, el cual prescribe considerar como unidades económicas independientes a las LSB y a sus respectivas empresas afiliadas. Y este régimen, como una cuestión de diseño, no permite a las LSB aprovechar sus facilidades o las ventajas de las que gozan en un mercado (el de la telefonía básica) para incursionar en los mercados en competencia (transmisión de datos, por ejemplo). Al aprovechamiento de dichas ventajas el marco regulatorio lo caracteriza como "subsidiado cruzado", el cual responde a la idea de independencia entre las LSB y sus afiliadas. Pero también debe tenerse en cuenta que la existencia de un "subsidiado cruzado" en los términos que lo define el marco regulatorio, no implica necesariamente la existencia de "precios predatorios" desde el punto de vista de la aplicación de la Ley N° 22.262.
117. Puede afirmarse que, en última instancia, la denuncia aquí analizada se basa en la premisa de que una infracción al régimen regulatorio de las telecomunicaciones constituye automáticamente también una infracción a la Ley N° 22.262. En efecto, cuando IMPSAT denuncia que las afiliadas de las LSB salen con un "precio vil" o predatorio está calculando "costos" bajo los "supuestos" que establece el marco regulatorio: que las afiliadas y las LSB constituyen unidades económicas independientes, y en consecuencia deben ser analizadas en forma separada. En apoyo de esta interpretación puede mencionarse que la denunciante, IMPSAT, en ningún momento afirmó que los precios objetados hayan resultado en una pérdida económica para el grupo económico LSB/afiliadas.
118. Es decir que cuando en la denuncia se alude a precios por debajo del costo, IMPSAT está pensando a las empresas afiliadas como unidades económicas independientes, que tienen que afrontar el mismo costo de arrendamiento de los enlaces que debería afrontar cualquier "tercero" que quisiera arrendar dichos enlaces.



**Ministerio de Economía y Producción**  
**Secretaría de Coordinación Técnica**  
**Comisión Nacional de Defensa de la Competencia**

119. Sin embargo, apreciada la cuestión desde el punto de vista de defensa de la competencia corresponde considerar a cada LSB y a sus respectivas afiliadas como una única unidad económica, y en consecuencia, evaluar la conducta investigada desde esa perspectiva.
120. Este tipo de interpretación tiene diversas aplicaciones en la práctica antitrust. Un primer ejemplo se presenta cuando se acusa de colusión o de practicar entre sí otros acuerdos restrictivos de la competencia a dos entidades jurídicamente distintas pero controladas por una misma persona. En este caso se ha señalado que no debe considerarse a los efectos del análisis de defensa de la competencia que se trate de dos personas distintas, es decir que dichos entes jurídicamente distintos no pueden coludir entre sí<sup>16</sup>. También se efectúa ese tipo de interpretación cuando para evaluar la posición dominante de una empresa -ya sea en una investigación de conducta o en una operación de concentración económica- se considera no sólo la participación de mercado de dicha empresa sino también la de las empresas controladas por esta última, o las controladas por el grupo económico al que la empresa en cuestión pertenece. Ese mismo tipo de interpretación es la que surge de la actualmente vigente Ley N° 25.156 en su artículo 3° al receptar la teoría de la realidad económica<sup>17</sup>.
121. Con la perspectiva mencionada en el párrafo anterior no resulta, entonces, necesario ni correcto considerar que "el costo económico" para el grupo económico (LSB/empresas afiliadas) de utilizar los enlaces de la RTP es el mismo costo que enfrentaría un tercero, pudiendo en cambio dicho costo económico resultar muy bajo o incluso cercano a cero.
122. En otras palabras, el sustento de la denuncia formulada se basa principalmente en el aprovechamiento de las facilidades pertenecientes a la RTP por parte de las empresas afiliadas de las LSB. Este aprovechamiento, presuntamente violatorio del marco regulatorio, es el que le habría permitido a las empresas afiliadas a las LSB cobrar precios bajos en la licitación de la AFIP, y en otras oportunidades.

---

<sup>16</sup> Esta es la denominada doctrina Copperweld, sentada por la jurisprudencia en los Estados Unidos.

<sup>17</sup> La ley 25.156 no resulta aplicable al caso pero de todas formas constituye una referencia en términos de cómo debe proceder el intérprete en los casos de defensa de la competencia. Por otra parte, si se considerara a las afiliadas y a las LSB como agentes económicos distintos se estaría efectuando una consideración de tipo regulatoria, para lo cual la CNDC no tiene competencia, ni cuadra con la mencionada doctrina de la realidad económica.



123. Sin embargo, tal como se mencionara anteriormente, el análisis de defensa de la competencia basado en la aplicación de la Ley N° 22.262 debe hacer abstracción de posibles transgresiones al marco regulatorio de las telecomunicaciones, y concentrarse exclusivamente en si el denunciado aprovechamiento por parte de la UTE de las facilidades pertenecientes a la RTP para ofrecer el servicio de transmisión de datos a precios inferiores a los de su competidor, IMPSAT, constituye o no una violación de la mencionada ley.
124. De manera que lo que a esta Comisión Nacional corresponde analizar es si los precios cobrados por la UTE representan precios predatorios en un mercado relevante definido, es decir precios que impliquen para las empresas afiliadas una pérdida económica de corto plazo para sacar del mercado a sus competidores, y luego recuperar la inversión que implica la pérdida económica de la primera etapa de una práctica predatoria.

#### IV. 3 LOS PRECIOS PREDATORIOS

125. La fijación predatoria de precios es una estrategia comercial por la cual una empresa deliberadamente incurre en pérdidas económicas de corto plazo para eliminar a un competidor, y de esa forma poder cobrar un precio excesivo en el futuro. Los clientes o consumidores pueden beneficiarse de dicha práctica en el corto plazo gracias a que pagan precios más bajos, pero en el largo plazo deberán enfrentar precios más altos, una menor calidad, o menos opciones disponibles debido a que la competencia en el mercado se verá debilitada.<sup>18</sup>
126. La teoría de precios predatorios ha sido extensamente tratada en la literatura antitrust y en la jurisprudencia comparada, especialmente la de los Estados Unidos. En líneas generales, puede afirmarse que se trata de una conducta respecto de la cual las autoridades de defensa de la competencia exigen un alto estándar probatorio respecto del daño al consumidor. Esto obedece a que la naturaleza de la conducta denunciada responde precisamente a lo que se espera de un mercado competitivo: que la intensidad competitiva lleve a fuertes reducciones de precios.

---

<sup>18</sup> OFT 417. COMPETITION ACT 1998 – The application in the telecommunications sector (2000).



**Ministerio de Economía y Producción**  
Secretaría de Coordinación Técnica  
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

127. La doctrina receptada por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso Brooke Group<sup>19</sup> es la doctrina prevaleciente en los Estados Unidos, e incluso internacionalmente, respecto de denuncias por precios predatorios. El test de precios predatorios del caso Brooke Group es muy exigente y comprende básicamente dos elementos, que resultan ser condiciones necesarias.
128. El primero de los elementos se refiere a un test de precio/costo. En ese sentido el precio denunciado debe encontrarse por debajo de una medida apropiada de costos, de lo contrario no se lo podrá considerar predatorio. La medida apropiada de costos no se define de antemano, sino que puede variar según el caso.
129. El segundo de los elementos para la configuración de una conducta de precios predatorios es lo que se denomina el test de recuperación. Dicho test significa que el supuesto predador debe tener la posibilidad de recuperar la inversión predatoria en un momento posterior del tiempo, aplicando precios por encima de los que prevalecerían en un entorno competitivo. De no darse este requisito, porque por ejemplo las barreras a la entrada resultan ser bajas, o porque no ha existido un debilitamiento del competidor a raíz de la conducta denunciada, entonces no se tiene por configurada una conducta predatoria.
130. Este segundo elemento funciona como un mecanismo de detección ("screening") o filtro de las denuncias por precios predatorios, permitiendo descartar dichas alegaciones cuando el mercado no resulta susceptible de posterior monopolización, o cuando los efectos sobre el mercado de la conducta alegada no resultan visibles o significativos, ya que la determinación de la relación precios costos resulta una cuestión compleja, y más en el caso de empresas multiproducto.
131. En consecuencia, para que se verifique la existencia de precios predatorios, la empresa debe fijar precios por debajo de sus costos para desplazar a sus competidores del mercado y así poder cobrar ulteriormente precios superiores a los de un mercado competitivo, recobrando de esa forma la pérdida incurrida en el período anterior. En consecuencia, puede afirmarse que una política de precios es predatoria sólo cuando la firma renuncia a los beneficios de corto plazo para desarrollar una posición de mercado

---

<sup>19</sup> Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. 209, 222 (1993).



tal que la empresa pueda posteriormente aumentar sus precios y recuperar las ganancias perdidas.<sup>20</sup>

132. Las afirmaciones efectuadas en los párrafos anteriores resultan aplicables al sector de telecomunicaciones, sin embargo, dadas las características de la tecnología de producción del sector, donde se presentan fuertes economías de escala y de alcance, la experiencia comparada aconseja utilizar el CILP como medida de costos relevantes en vez de los costos variables medios.

#### **IV. 3. 1 La relación precios/costos y la medida de costos relevante**

133. A los efectos de determinar la medida de costos relevante aplicable al caso bajo estudio resulta útil referirse tanto a los lineamientos incluidos en la legislación comparada sobre la materia como a las decisiones adoptadas en otras jurisdicciones para casos semejantes. En ese sentido la normativa vigente en el Reino Unido constituye una de las referencias más apropiadas en lo que respecta al sector de las telecomunicaciones. En lo que respecta a la jurisprudencia comparada resulta ilustrativo analizar un caso de subsidios cruzados recientemente decidido por la Comisión Europea en el cual la empresa monopolista de un primer mercado efectuaba subsidios cruzados hacia un mercado en competencia.

134. En el Reino Unido el documento de pautas para la aplicación de la ley de competencia en el sector de telecomunicaciones OFT 417, mencionado previamente, indica que en una industria de redes como son las telecomunicaciones resulta más apropiado utilizar el costo incremental de largo plazo (CILP) como medida de costos relevante. Asimismo agrega que si una empresa dominante fija su precio por debajo del CILP existirá una presunción de que está practicando precios predatorios, pero también señala que en ciertas circunstancias –tales como exceso de capacidad- puede ser económicamente racional fijar los precios por debajo del CILP.

135. A los efectos de determinar si la empresa tendrá una ganancia incremental que le permita cubrir sus costos, el mencionado documento propone utilizar un test de ingresos netos, por el cual se compara la rentabilidad de ejecutar determinada acción, por

---

<sup>20</sup> Ver al respecto CNDC "Cámara Argentina de Papelerías, Librerías y Afines c/Supermercados



## Ministerio de Economía y Producción

Secretaría de Coordinación Técnica

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

ejemplo bajar un precio, con una estrategia comercial alternativa ("benchmark"), por ejemplo mantener el precio en su nivel previo. Si la rentabilidad no resultara afectada en forma negativa por la reducción del precio porque la demanda se incrementa lo suficiente como para compensar la reducción del precio, y al mismo tiempo el precio se mantiene lo suficientemente alto como para cubrir el costo incremental del incremento del producto, la reducción del precio podrá ser vista como un comportamiento competitivo legítimo. Sin embargo, si la empresa no tuviera una expectativa realista de conseguir una ganancia o no hubiera hecho un intento para evaluar el impacto de la estrategia de precios utilizada, la reducción del precio podría ser tomada como evidencia de la intención de eliminar un competidor.<sup>21</sup>

136. En lo que respecta a la jurisprudencia comparada, la Comisión Europea en el caso *Deutsch Post AG*<sup>22</sup> adoptó como medida de costos relevantes el costo incremental del servicio en competencia.
137. El caso mencionado trató sobre una denuncia contra *Deutsch Post AG (DPAG)* efectuada por *United Parcel Services (UPS)*, una empresa norteamericana, que era una de las principales competidoras de DPAG en el servicio de paquetería entre clientes empresariales, el llamado ámbito *business-to-business* ("B-2-B").
138. DPAG era una sociedad anónima dedicada a la prestación de servicios postales, que gozaba de un ámbito de reserva o derecho de exclusividad para despachar los envíos de correspondencia de hasta 200 gramos.
139. UPS alegó que DPAG utilizaba los beneficios procedentes del monopolio de los envíos de correspondencia para financiar ventas que no cubrían los costos en el ámbito de los servicios de paquetería empresarial. Esta conducta, según el denunciante, tenía el objetivo de desplazar a los competidores de dicho mercado. De esta manera DPAG realizaría una "subvención cruzada" con fondos procedentes de los servicios de correspondencia reservados, perjudicial para la competencia en el ámbito de los servicios de paquetería empresarial.

---

Makro", dictamen N° 810 del 31 de julio de 1997.

<sup>21</sup> OFT 417, COMPETITION ACT 1998 – The application in the telecommunications sector (2000).

<sup>22</sup> Ver al respecto la Decisión de la Comisión Europea del 20 de marzo de 2001 en el Asunto COMP/35.141 - Deutsche Post AG, Diario Oficial de las Comunidades del 5-5-2001, L 125/27) y el informe de prensa IP/01/419, del 20/03/01.



## Ministerio de Economía y Producción

Secretaría de Coordinación Técnica

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

140. La Comisión Europea entendió que la medida de costos apropiada era el costo incremental de los servicios de paquetería empresarial. Para determinar los costos adicionales vinculados a la prestación de dichos servicios se deberían distinguir los costos vinculados a la prestación que únicamente se producen en concepto de la prestación de dicho servicio de los costos fijos comunes, que no son solamente imputables a tal servicio.
141. Para determinar el carácter de "incremental" de los servicios de paquetería comercial, la Comisión tuvo en cuenta la incidencia del mandato de servicio público de DPAG, ya que esta empresa por mandato legal, tenía que mantener a disposición una capacidad de reserva suficiente para cubrir en todo momento una demanda máxima de despacho de paquetería en ventanilla con arreglo a las normas de calidad legalmente establecidas. Entonces, aunque DPAG dejara de ofrecer servicios de paquetería para la venta a distancia, seguiría teniendo la obligación frente a estos clientes de despachar los paquetes y catálogos en ventanilla en los plazos establecidos.
142. A diferencia de lo que ocurriría con una empresa privada como UPS, explicó la Comisión Europea, DPAG no disponía, en caso de abandono de un determinado servicio, de la posibilidad de reducir sus recursos personales o materiales de forma proporcional a ese descenso cuantitativo. Incluso en caso de suspender el servicio de paquetería en cuestión, debía mantener en reserva una parte suficiente de sus recursos personales y materiales que le permitieran realizar el despacho en ventanilla conforme a las normas de calidad legalmente establecidas (cobertura de todo el territorio en un plazo de dos días laborales a partir de la entrega para el 80% de los envíos). Esta obligación de puesta a disposición de una capacidad de reserva se conoce en términos económicos como el transportista de última instancia ("carrier of last resort").
143. Dado que DPAG mantenía una infraestructura para cumplir con su obligación de servicio público, la Comisión Europea efectuó una distinción entre los costos comunes de mantener una capacidad y los costos adicionales vinculados a la prestación de los distintos servicios. Los costos de puesta a disposición (capacidad) se generan por el sólo hecho de la puesta a disposición de la capacidad, que brinda a todos los ciudadanos la posibilidad de entregar paquetes en ventanilla para su envío en unas condiciones preestablecidas, al margen de los servicios ofrecidos y del volumen de paquetes despachados.



**Ministerio de Economía y Producción**  
**Secretaría de Coordinación Técnica**  
**Comisión Nacional de Defensa de la Competencia**

144. Los costos derivados de la obligación legal de puesta a disposición de una opción de envío a precios unitarios y abierta a todos los ciudadanos aumentan la proporción de los costos fijos comunes del transportista de última instancia en comparación con las empresas que no cumplen un mandato de servicio público. Los costos que surgen de una obligación legal de mantener una opción para todo el que quiera enviar paquetes a una tarifa promediada geográficamente también se producirían si fuera discontinuado el servicio de paquetería no despachados en ventanilla. Por consiguiente los costos de puesta a disposición no están en función de la prestación y se consideran costos fijos comunes de DPGA. Los costos fijos comunes sólo desaparecen cuando desaparece el mandato de servicio público.
145. En cambio, los costos que son atribuibles a un servicio específico surgen sólo cuando se prestan servicios que no son el de despacho de paquetes en ventanilla. Estos costos, que dependen del volumen despachado y que surgen únicamente en función del servicio específico, cesan de existir si el servicio en cuestión cesa.
146. Haciendo aplicación de los principios contenidos en la legislación y jurisprudencia comparada reseñadas previamente, puede afirmarse que en el caso analizado en estos actuados la conducta denunciada no resultará violatoria de la Ley N° 22.262 si los precios cobrados por las denunciadas se hubieran encontrado por encima del costo incremental de largo plazo (“CILP”) de la prestación del servicio de transmisión de datos y la acción comercial denunciada generase una ganancia incremental para el grupo económico.
147. Si los precios cobrados por las denunciadas se encuentran por encima de dicha medida apropiada de costos, y únicamente reflejan una ventaja en costos respecto de sus rivales, entonces no existirá conducta anticompetitiva por parte de las denunciadas. Su comportamiento sería el esperable en un mercado competitivo, donde los precios tienden a reflejar los verdaderos costos de producción.
148. En otras palabras, si la conducta de las denunciadas (LSB/afiliadas) es una maximizadora de beneficios en todo momento del tiempo, entonces no podrá ser considerada anticompetitiva o predatoria.
149. Debe tenerse presente que las afirmaciones efectuadas en los párrafos anteriores significan que a los efectos de la evaluación de la relación precios/costos no resulta una



**Ministerio de Economía y Producción**  
**Secretaría de Coordinación Técnica**  
**Comisión Nacional de Defensa de la Competencia**

circunstancia relevante para el presente caso el hecho de que las empresas de datos propiedad de las LSB tengan una ventaja de costos derivada del aprovechamiento de las facilidades de la RTP, en su condición de afiliadas de sus respectivas empresas.

150. Resulta conveniente repetir que este aprovechamiento puede dar lugar a algún tipo de infracción al marco regulatorio de las telecomunicaciones, pero no es esa una circunstancia que tenga que ser juzgada en el marco de la Ley N° 22.262.

151. Siguiendo la misma línea de razonamiento que la Comisión Europea en el caso Deutsch Post AG, descrito en los párrafos previos, resulta razonable considerar que el costo incremental del servicio en competencia, es decir el servicio de transmisión de datos, sólo incluye aquellos costos vinculados específicamente con la prestación de dicho servicio, y excluye aquellos costos comunes tales como la utilización de enlaces pertenecientes a la RTP, en los cuales la empresa (grupo económico LSB/afiliadas) seguiría incurriendo incluso si se dejara de prestar el servicio de transmisión de datos.

152. El carácter de no incremental del costo de los enlaces utilizados por las afiliadas de las LSB (principalmente se trata de troncales de fibra óptica) pertenecientes a la RTP, con respecto al servicio de transmisión de datos, se fundamenta en que la RTP constituye el soporte del Servicio Básico Telefónico, y la expansión y modernización de la misma ha obedecido durante el período investigado principalmente a la existencia de metas obligatorias de penetración de red y de calidad de este servicio dispuestas por el Pliego para la privatización de ENTEL, circunstancia indicativa de que los costos de infraestructura fueron incurridos en virtud de aquellas metas. Dicha interpretación se entiende apropiada especialmente si se considera que el cumplimiento de las mencionadas metas habilitaba a las LSB a la extensión del período de exclusividad por el término de tres (3) años. Esa misma interpretación es la que oportunamente hizo el Decreto 264/98 (B.O.: 13/03/98) que dispuso la extensión del período de exclusividad.

153. Ahora bien, debe notarse que dentro del costo total de prestación del servicio de transmisión de datos, las facilidades de red representan la mayor parte del costo del servicio. Esto es un hecho reconocido por la propia denunciante, con lo cual el piso debajo del cual el precio será inferior al costo puede llegar a ser muy bajo.

154. La circunstancia mencionada en el punto anterior torna altamente improbable que los precios cobrados por las LSB/afiliadas en el mercado de transmisión de datos se



**Ministerio de Economía y Producción**  
Secretaría de Coordinación Técnica  
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

encuentren por debajo del CILP de prestación del servicio. Por otra parte, bajo un análisis "macro" como el propuesto por la CNC basado en los estados contables de la empresa afiliada no podría develar la existencia de precios predatorios, ya que dichos estados contables se han confeccionado respondiendo al régimen de independencia prescripto por el marco regulatorio de las telecomunicaciones.

155. En cuanto a la rentabilidad de las acciones comerciales denunciadas, que básicamente se refieren a que las empresas denunciadas ganaron procesos licitatorios o concursos para la prestación de servicios de transmisión de datos cobrando precios "excesivamente bajos", puede presumirse válidamente que dichas acciones han sido rentables para las empresas denunciadas, desde el momento que la alternativa en caso de perder la licitación era que la denunciante resultase ser la adjudicataria.

156. Finalmente resulta importante destacar que en la denuncia analizada en estas actuaciones no se verifica una hipótesis de "compresión de márgenes" o "price squeeze".<sup>23</sup> Recuérdese que la denuncia de IMPSAT no se basa en algún tipo de dificultad en el acceso a la RTP, pues dicha empresa contaba con su propia red para brindar el servicio de transmisión de datos. En cambio, un "price squeeze" se verifica cuando una empresa verticalmente integrada, con posición dominante en la provisión de un insumo esencial para la producción de un producto final establece el margen entre el precio mayorista (o acceso) y el precio minorista de manera tal que un competidor (igualmente) eficiente no tenga posibilidad de ser viable.

157. Una hipótesis de compresión de márgenes se verificaría si una empresa independiente que compitiese en el servicio de transmisión de datos requiriese las facilidades de las LSB para prestar el servicio en competencia de transmisión de datos y viera comprimidos sus márgenes por el costo de arriendo de enlaces y el precio del servicio al cliente final. Cuando no se presenta una hipótesis de "price squeeze" o "compresión de márgenes", como en el caso bajo estudio, la consideración sobre si los precios resultan ser "viles" o "irrazonables" resulta en un test de precios predatorios.<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> Respecto de la figura del "price squeeze" en el mercado de telecomunicaciones puede consultarse NERA. "Imputation tests for bundled services". A Report for the Australian Competition and Consumer Commission, enero de 2003.

<sup>24</sup> En ese sentido véase NERA. "Anticompetitive bundling strategies. A report for the Australian Competition and Consumer Commission, enero de 2003, pág. 9.



## Ministerio de Economía y Producción

Secretaría de Coordinación Técnica

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

### IV. 3. 2 Efectos de la conducta denunciada sobre el mercado y la competencia

158. En el acápite anterior se ha expresado que resulta altamente improbable que los precios cobrados por las denunciadas en el mercado de transmisión de datos se hubieran encontrado por debajo del costo de prestación del servicio y que puede presumirse que las acciones comerciales de las denunciadas, cobrando los precios que se objetan, resultaron en una ganancia incremental para el grupo económico.

159. Esto implica que no puede entenderse que las empresas denunciadas hayan incurrido en pérdidas económicas como consecuencia de la práctica denunciada, lo que equivale a decir que no se cumple la primera parte del test de precios predatorios al que se hiciera alusión oportunamente.

160. No obstante ello, y en vista de que la conclusión mencionada en el párrafo anterior no responde a una medición o estimación empírica de la relación precios/costo sino que constituye una inferencia a la cual se ha arribado en base a determinados elementos de juicio, se considera apropiado extremar los recaudos y avanzar hacia la segunda parte del test de precios predatorios, es decir la cuestión relacionada con los efectos de la conducta sobre la competencia, el mercado y el interés económico general.

161. En ese sentido para infringir la Ley Nº 22.262 una conducta de carácter predatorio, tal como la denunciada, debe en primer término tener la potencialidad de afectar negativamente a los competidores de la empresa investigada, en cuanto a su viabilidad económica o capacidad para mantenerse en el mercado como un competidor efectivo, y en segundo término debe afectar en forma actual o potencial al interés económico general.

162. Según los términos de la denuncia efectuada por IMPSAT, la conducta objetada habría tenido inicio en el año 1993 y continuado hasta el momento de la presentación ante esta Comisión Nacional, en mayo del año 1998. De manera que si la conducta tuviera realmente un carácter exclusorio sus efectos deberían resultar aparentes, ya sea en la forma de debilitamiento de sus competidores o la salida de estos del mercado.

163. En ese sentido debe señalarse que en el año 1998 IMPSAT -según lo consigna el resumen del Prospecto de fecha 20 de marzo del mismo año del Programa de Emisión de Obligaciones Negociables de dicha empresa- se mencionaba a sí misma como el



## Ministerio de Economía y Producción

Secretaría de Coordinación Técnica

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

proveedor más importante de servicios de redes de telecomunicaciones privadas y de transmisión de datos de la Argentina.

164. El mencionado resumen expresa que los servicios de la empresa se prestan mediante redes de telecomunicaciones de última tecnología de la propia empresa, compuestas por telepuertos, estaciones terrestres, conexiones de microonda y fibra óptica y capacidad satelital alquilada. Allí también IMPSAT indica que ofrece a sus clientes soluciones integrales para sus redes de telecomunicaciones privadas, describiendo los principales servicios que presta por sus marcas registradas.
165. También el citado resumen señala que la empresa creció rápidamente desde el comienzo de las operaciones en 1990. Su base de clientes se expandió de 200 clientes al 30 de noviembre 1993, a 436 clientes al 30 de noviembre de 1997. Entre el 30 de noviembre de 1992 y el 30 de noviembre de 1997 los ingresos netos totales anuales sobre una base consolidada crecieron de \$ 22,5 millones a \$ 90 millones, el EBITDA aumentó de \$ 10,6 millones a \$ 36,1 millones.
166. Por su parte, la publicación *Convergencia Telemática* (Nº 72, Diciembre de 2001), si bien refiriéndose en forma conjunta al mercado de transmisión de datos y acceso a Internet, señala que TELEFÓNICA y TELECOM en los últimos tres años ganaron terreno en el mercado de transmisión de datos, y que IMPSAT y COMSAT resignaron 10% de su participación cada una. No obstante ello, las participaciones de mercado para el año 2001, englobando transmisión de datos e Internet, según la mencionada publicación resultaban ser las siguientes: Telefónica Data 26%, Telecom 24%, IMPSAT 24%, Comsat 4%, Otros ISP 18% y Otros datos 4%.
167. De manera que lo que se observa es un mercado de transmisión de datos en el que ha prevalecido una situación de competencia, con participaciones variables de mercado a lo largo del tiempo, pero sin que se vislumbre una tendencia hacia la monopolización o reducción del grado de competencia.

## V CONCLUSIONES

168. El análisis de una conducta que involucre la actuación de una empresa dominante en un mercado relacionado con aquél en el cual dicha empresa cuenta con esa posición,



debe resultar particularmente cuidadosa para evitar que se produzca una extensión del dominio en un mercado hacia el mercado relacionado.

169. En el presente caso, sin embargo, esta Comisión Nacional ha determinado que: a) no puede considerarse que las LSB y sus respectivas afiliadas hayan contado con una posición dominante en el mercado de transmisión de datos durante el periodo investigado; b) la denuncia no entraña una hipótesis de compresión de márgenes "price squeeze", ya que la queja de IMPSAT no se refiere a una cuestión relacionada con dificultades o precios elevados por el acceso a la RTP; c) no se ha comprobado que los precios cobrados por las denunciadas resultaran por debajo de una medida apropiada de costos o no resultaran rentables; d) no se ha comprobado que IMPSAT haya sido afectada en su capacidad de competir a raíz de la conducta denunciada; e) las participaciones de mercado de las empresas denunciadas y la de sus competidores, no indican que el mercado haya evolucionado hacia una monopolización o disminución en la intensidad competitiva.

170. Todos los elementos mencionados en el párrafo anterior apuntan a la ausencia de una práctica predatoria por parte de las empresas denunciadas.

171. En base a las consideraciones precedentes esta COMISION NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA aconseja al SR. SECRETARIO DE COORDINACIÓN TÉCNICA ordenar el archivo de las presentes actuaciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 21 de la Ley N° 22.262.

*A*  
*pta*  
  
EDUARDO MONTAMAT  
VOCAL

LIC. MAURICIO DUTERA  
VOCAL

ISMAEL F. G. MALIS  
PRESIDENTE  
COMISION NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

HORACIO SALERNO  
VOCAL