

MEJORES PRÁCTICAS INTERNACIONALES EN
INSUMOS ESENCIALES
EN INDUSTRIAS DE RED

México 2015
D.R. 2015, Centro de Investigación para el Desarrollo,
A.C. (CIDAC)
Jaime Balmes No. 11 Edificio D, 2o. piso Col. Los Morales
Polanco, 11510 México, D.F.T. +52 (55) 59851010

www.cidac.org

Diseño por Gabriela Esquinca Ozorno

Usted puede descargar, copiar o imprimir este documento para su propio uso y puede incluir extractos en sus propios documentos, presentaciones, blogs, sitios web y materiales docentes, siempre y cuando se dé el adecuado reconocimiento al autor y CIDAC como fuente de la información.

Este documento es resultado del esfuerzo de los integrantes del Centro de Investigación para el Desarrollo, A.C. (CIDAC). La investigación, análisis y la redacción no hubieran sido posibles sin la participación de cada miembro del equipo:

Verónica Baz

Directora General del CIDAC

Aitor Ortiz

Dirección del Proyecto

Rodolfo Ramirez-Navarro

Investigador

Eduardo Reyes

Gabriela Esquinca

Comunicación

El Centro de Investigación para el Desarrollo A.C. (CIDAC) es una institución independiente sin fines de lucro, que realiza investigaciones y presenta propuestas viables para el desarrollo de México. Su objetivo es contribuir, mediante propuestas de políticas públicas, al fortalecimiento del Estado de Derecho y a la creación de condiciones que propicien el desarrollo económico y social del país, así como enriquecer la opinión pública y aportar elementos de juicio útiles en los procesos de toma de decisión de la sociedad.

La Junta de Gobierno del Centro es responsable de la aprobación de las áreas generales de estudio. Sin embargo, las conclusiones de los diversos estudios, así como su publicación, son responsabilidad exclusiva de los profesionales de la institución.

MEJORES PRÁCTICAS INTERNACIONALES EN
INSUMOS ESENCIALES
EN INDUSTRIAS DE RED

Tabla de contenido

Resumen Ejecutivo	3
1.- Introducción	4
2.- Qué entendemos por “Doctrina de Insumos Esenciales”? ..8	
2.1.- Origen de la doctrina	12
2.2.- The US Essential Facility Doctrine.	13
2.3.- La doctrina europea de “Insumos Esenciales”.	21
2.4.- Elementos de interés considerados por otras agencias. 30	
2.5.- Doctrina de “Insumos Esenciales” en México	31
2.5.1 Elementos a definir	34
3.- Análisis económico de los precios de acceso	40
3.1.- Precio igual al Costo Marginal	41
3.2.- Precios Ramsey	41
3.3.- Regla de los Componentes Eficientes	44
3.4.- Variedad de productos, substitución tecnológica y “bypass”	46
3.5.- Información asimétrica	47
3.6.- Inversiones	50
3.7.- Resumen sobre precios de acceso y regulación	53
4. Conclusiones	56

Resumen Ejecutivo

El estudio que aquí se presenta surge a raíz de los debates académicos que rodearon la elaboración y posterior ratificación de la Ley Federal de Competencia Económica (en lo sucesivo LFCE) en 2013.

El texto legal adoptado es sólido y recoge muchas de las mejores prácticas internacionales en política de competencia económica. Sin embargo, en el Centro de Investigación para el Desarrollo (CIDAC) creemos que algunas secciones de la ley se hubieran beneficiado de una discusión académica más profunda.

Este es el caso de una de las nuevas figuras que incorpora la LFCE, los insumos esenciales. Tanto el concepto de insumo esencial, como el procedimiento para determinar su existencia e incluso las consecuencias que puede conllevar su aplicación, suscitaron muchos e interesantes debates entre académicos, reguladores, jueces y agentes privados.

Por ejemplo, el artículo 94 de la LFCE que regula el procedimiento para empezar una investigación de insumos esenciales y determina también las medidas correctivas que podrá tomar la Comisión Federal de Competencia Económica (en lo sucesivo, COFECE) fue uno de los artículos más discutidos.

Algunas de las discusiones en torno a este artículo se centraron en la posibilidad de que el Ejecutivo pudiera utilizarlo como una herramienta de uso político, que algunas de las medidas correctivas, como por ejemplo la desincorporación de activos, pudieran equipararse a una expropiación indirecta (sobre todo si la investigación se iniciaba a petición del Ejecutivo) o incluso que la dificultad en acertar con las medidas correctoras sobre fijación de tarifas o precios de acceso, hicieran de este instrumento una herramienta que desincentivara la innovación y la inversión en infraestructuras.

Ante esta situación, con numerosas preguntas sin contestar, y la consecuente incertidumbre jurídica que esto podía causar en el mercado, CIDAC se dio a la tarea de realizar un estudio comparado en la materia que permitiera identificar las herramientas que usan otras jurisdicciones.

Así, este trabajo pretende servir de guía para todos aquellos que regulen o estén regulados por estos insumos esenciales y estén buscando respuestas en otras jurisdicciones a algunos de los problemas que se van a encontrar en México cuando se aplique la doctrina de los insumos esenciales.

1. Introducción

Los años 2013 y 2014 fueron años de grandes cambios legislativos para México. Entre las reformas más destacadas encontramos la reforma del sector de las telecomunicaciones, la reforma de la ley de competencia económica y las reformas del sector energético. En el año 2015, también se modificó la ley reglamentaria del servicio ferroviario. Las leyes emanadas del Congreso en estos sectores buscan, entre otras cosas, introducir mayor competencia en sus respectivos mercados.

Todos estos sectores tienen algo en común, pertenecen a las llamadas industrias de red. Hoy en día utilizamos las industrias en redes, casi sin darnos cuenta, en multitud de ocasiones, cuando usamos la electricidad, el gas, el transporte aéreo, internet, etc.

Desde el punto de vista económico, las industrias de red tienen características particulares. Por ejemplo, pueden existir casos donde la infraestructura no sea económica, física o legalmente viable duplicarla, puede haber agentes económicos que tengan la necesidad de acceder a esa infraestructura para poder prestar sus servicios en otros mercados e incluso, en algunos casos, puede que sea imposible hacer un uso compartido de la red en el mismo momento.

Las industrias de red pueden dar cabida a que el Estado, cuando sea posible demostrar que no hay suficiente competencia en el sector, regule ciertos aspectos del acceso a dichas redes con el fin de tener competencia en el mercado de provisión de servicios. El problema radica en que, bajo ciertas circunstancias, esas redes o los insumos a los que un competidor tiene que acceder para poder prestar su servicio están en manos de empresas privadas que no tienen incentivos para compartir el uso de esa red. En estos casos donde la red está en manos privadas, el Estado puede verse limitado, si no existe una regulación al efecto, para poder obligar a esas empresas a que garanticen el acceso a todo aquel que se lo solicite.

Para poder dar una solución a este problema, en varias partes del mundo se ha creado la doctrina de los insumos esenciales (*essential facility doctrine*). Esta doctrina busca aplicar

medidas especiales a los agentes económicos que detentan el uso y/o propiedad de una red, para que la pongan a disposición de otros agentes (a cambio de una contraprestación) que buscan ofrecer sus bienes o servicios en mercados relacionados. En México, a raíz de la entrada en vigor de la nueva LFCE en julio de 2014, esta doctrina ya encuentra su espacio a través de los llamados “insumos esenciales”.

Los insumos esenciales, en materia de competencia, son aquellos bienes o servicios que están en poder de un actor (o unos pocos) en el mercado y los cuales son imprescindibles para otros actores para poder ofrecer sus bienes o servicios. Un claro ejemplo sería el acceso a una red troncal de telecomunicaciones (servicio mayorista). El acceso a esta red troncal es un insumo esencial para una empresa de telecomunicaciones que quiera prestar servicios de internet a los hogares y empresas finales (servicio minorista). En el sector ferroviario, tener acceso a una determinada vía o estación para prestar servicios de transporte de pasajeros y de carga puede ser considerado un insumo esencial.

En México no hay una definición exacta de insumo esencial. Sin embargo, de la lectura de la LFCE y de la experiencia en otras jurisdicciones podemos identificar varias características de estos insumos: i) está controlado por uno o varios agentes del mercado, ii) no es viable duplicarlo por razones naturales (ej. un puerto), de planeación (ej. un aeropuerto, ferrocarril), legales (ej. patentes) o económicas, iii) es necesario tener acceso al mismo para poder ofrecer un bien o servicio en un mercado relacionado y iv) existe un riesgo de eliminar la competencia en el mercado afectado.

La correcta regulación del acceso a estos insumos es crucial, ya que un acceso indiscriminado podría conllevar una disminución en la inversión en la red, la entrada de empresas ineficientes e incluso una reducción en la innovación a largo plazo (ej. patentes). Por el contrario, en ciertos casos, un acceso muy limitado, no conseguiría eliminar los problemas competitivos que se detectaron antes de aplicar esta doctrina.

En jurisdicciones como Europa o Estados Unidos, ha tomado muchos años concretar la definición de los requisitos para

obligar a prestar el acceso, las condiciones en las que se llevará a cabo, e incluso la elección del instrumento legal adecuado.

México se encuentra en estos momentos en una posición privilegiada para adoptar una doctrina de regulación de insumos esenciales sin cometer los errores en que incurrieron otras jurisdicciones. La falta de antecedentes administrativos y jurisprudencia en esta materia podría parecer una gran barrera. Sin embargo, con las herramientas y la información necesaria, los reguladores y los tribunales podrían diseñar un esquema de acceso a los insumos esenciales adaptado a las necesidades de cada sector económico.

Por ello, el estudio que aquí se propone, abarca un análisis económico y legal de las mejores prácticas internacionales.

El análisis legal es imprescindible para saber cómo se han definido los términos clave en otras jurisdicciones. Como veremos en el estudio, es importante saber qué es “controlar” un insumo, dónde tiene que existir una posición de dominio, cómo se define “esencial” o “indispensable”, cómo interpretar las “justificaciones objetivas”, etc. La definición de estos términos puede marcar la amplitud o limitación de esta doctrina en México.

Así mismo, la interpretación que un juez o un regulador hagan de un término puede entrar en conflicto con el análisis caso por caso que se tenga que hacer de una posible práctica anticompetitiva que contemple el uso de insumos esenciales. En este sentido, la interpretación común de un mismo término legal para todos los sectores puede llevar aparejado un riesgo potencial de buscar soluciones idénticas o similares para todas las industrias de red.

Ello conllevaría aplicar soluciones de acceso idénticas o similares por ejemplo en el sector de las telecomunicaciones y en el sector ferroviario, teniendo ambos sectores características económicas y regulatorias muy diferentes. La sección dedicada al análisis económico de los precios de acceso busca mostrar las diferentes alternativas que tiene un regulador para poder determinar las soluciones de acceso óptimas dependiendo de las características del sector analizado.

El estudio que sigue a continuación está estructurado de la siguiente manera: la primera sección corresponde a una breve introducción sobre los motivos que llevan a realizar este estudio. La segunda sección contempla el análisis legal de la doctrina de los insumos esenciales en Estados Unidos y Europa así como elementos interesantes de otras jurisdicciones y acaba con una interpretación de cómo se puede interpretar esta doctrina en México a la luz de la ley aplicable. La tercera sección explica el análisis económico que ha de llevarse a cabo cuando se aplica la doctrina de insumos, esto es, el cálculo de los precios de acceso. Por último, la sección cuarta aporta conclusiones y valoraciones.

2.- Qué entendemos por “Doctrina de Insumos Esenciales”?

Desde un punto de vista legal, no hay una definición única para la doctrina de insumos esenciales. Según un estudio de la *Internacional Competition Network* (en sus siglas en inglés, ICN) donde se encuestó a 40 agencias de competencia diferentes, en 29 de estas jurisdicciones no se recogía una definición de esta doctrina, aunque sí estaba reconocida en la jurisprudencia o en las directrices de las agencias.¹

Esta doctrina está ampliamente relacionada con la práctica anticompetitiva de negación de trato o suministro. De hecho muchas jurisdicciones consideran la denegación de acceso a un insumo esencial como un tipo particular de negación de suministro.²

Desde un punto de vista económico, los insumos esenciales están casi siempre presentes en mercados verticales. Existe un mercado vertical cuando la producción o oferta de un bien o servicio requiere diferentes actividades de la parte del mercado ascendente (propietario de la infraestructura) y descendente (operador de servicios) que se encuentran interconectadas entre ellas.³ Cuando una empresa está presente en ambos mercados, diremos que el mercado está verticalmente integrado, en caso contrario, cuando el propietario de la infraestructura no tenga una empresa que opere en el mercado de aprovisionamiento de servicios diremos que el mercado está desintegrado verticalmente.

En los casos donde se aplica la doctrina de insumos esenciales, es habitual encontrar una compañía verticalmente integrada (presente en ambos mercados) y otra(s) compañía(s) que está(n) presente(s) o le(s) gustaría estar presentes en el mercado descendente. Uno de los competidores en el mercado descendente desea adquirir un insumo de la firma que está integrada, pero ésta le deniega el insumo.⁴

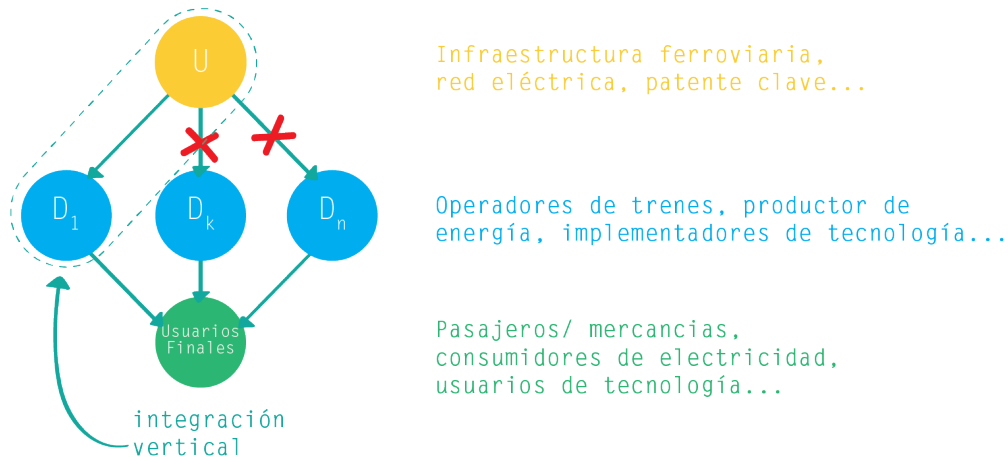
¹ International Competition Network, “Report on the Analysis of Refusal to Deal with a Rival Under Unilateral Conduct Laws”, April 2010.

² *Ibid.*

³ VALLETTI, T. y ESTACHE, A., “The Theory of Access Pricing: An Overview for Infrastructure Regulators”; World Bank Policy Research Working Paper, No2097, 1999

⁴ OCDE, Policy Roundtables, “The Essential Facilities Concept”, (página 7), 1996.

Figura 1
Negación de suministro.



Fuente: TIROLE, J., *"Market Failures and Public Policy"*, Nobel
Lecture in Economic Sciences, 08.12.2014.

Un ejemplo de un mercado vertical es la industria eléctrica dado que la cadena de actividades incluye la generación, transmisión, distribución, medición y cargo conjuntamente para poder suministrar la corriente eléctrica a los consumidores finales.⁵

Tradicionalmente, las industrias en redes estaban caracterizadas por operar de manera monopolística debido a que los propietarios de las infraestructuras (mercado ascendente) sólo dejaban operar a su empresa en el mercado de provisión de servicios (mercado descendente). Al no ser económicamente viable replicar estas infraestructuras, no se producía entrada en el mercado.

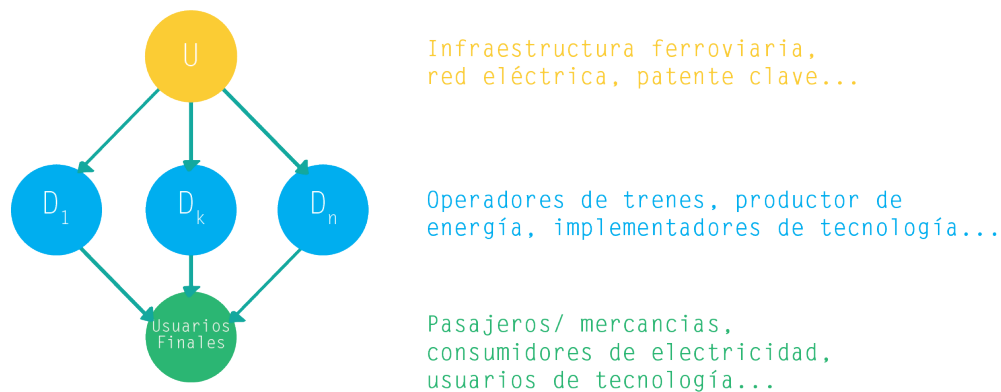
El problema existente en la mayoría de industrias de red es la presencia de un cuello de botella, esto es, todos los operadores del mercado descendente necesitan el uso de la única infraestructura (insumo) disponible en el mercado ascendente. Esta situación puede originar distorsiones de la competencia debido a que el propietario de la infraestructura puede tener a su vez una empresa filial que opera en el mercado de aprovisionamiento de servicios (mercado

⁵ *Ibid.*

descendente) y tiene el incentivo de favorecerla.⁶ La doctrina de insumos esenciales permite, en ciertos casos, que las empresas que compiten con el jugador dominante puedan utilizar esa misma infraestructura.

La entrada de nuevas empresas en ese mercado descendente propicia que pasemos de una situación, normalmente de monopolio, a una situación más competitiva en el mercado descendente. En teoría, esto se traduciría en menores precios para los usuarios finales.

Figura 2
Insumo esencial en industrias de redes



Fuente: TIROLE, J., “Market Failures and Public Policy”, Nobel Lecture in Economic Sciences, 08.12.2014.

La doctrina de insumos esenciales define qué condiciones tienen que ocurrir en el mercado para que la compañía integrada esté obligada a facilitar o proveer ese insumo. Es aquí donde las diferencias entre jurisdicciones se hacen más patentes. Como veremos a continuación, hay principalmente cuatro condiciones que deben de cumplirse para requerir al poseedor de un insumo a que provea el acceso a éste. Sin embargo, la definición y alcance de estas cuatro condiciones han dado lugar a debate en distintos tribunales.

⁶ Véase el anexo económico, el apartado relacionado con las principales distorsiones de la competencia en industrias en redes.

2.1.- Origen de la doctrina

La doctrina de insumos esenciales se usó por primera vez en Estados Unidos en 1912 en la decisión *United States v Terminal R.R Ass'n of St. Louis*.⁷ En dicho asunto, un grupo de empresas de ferrocarriles, a través de la Asociación de Terminales, controlaban todas las terminales para gestionar el tráfico ferroviario que entrara o pasara por St. Louis. Las empresas competidoras de las anteriores no podían construir sus propias infraestructuras entre otras razones, por las peculiares condiciones “*geográficas y topográficas*” de St. Louis. En palabras del tribunal, estas compañías tenían el poder “*de impedir la libre competencia proveniente de las empresas que estaban fuera de la Asociación de Terminales*”. Como solución, el tribunal requirió a la Asociación de Terminales que proveyera acceso a sus infraestructuras a las otras compañías bajo unos términos justos y razonables.⁸

Durante cincuenta años se sucedieron algunos casos más en Estados Unidos que ayudaron al desarrollo de la doctrina de insumos esenciales. En concreto, los casos *United States v Griffith*⁹ y *Otter Tail Power Co. V. United States*¹⁰ pusieron de manifiesto como un monopolista debe, bajo ciertas condiciones, compartir su infraestructura con otros competidores para prevenir “*usar el poder de monopolio, aún adquirido legalmente, para cerrar la competencia, obtener una ventaja competitiva o destruir a un competidor*”.¹¹

Sin embargo, el caso que dio forma a la doctrina de insumos esenciales tal y como la conocemos hoy fue el caso *MCI Communications Corp v. AT&T*.¹² Según el tribunal que decidió el caso, para poder establecer responsabilidad bajo la doctrina de los insumos esenciales es necesario que se identifiquen cuatro elementos:

⁷ Véase asunto *United States v Terminal R.R Ass'n of ST. Louis*, 224 U.S. 383 (1912).

⁸ Hawker, N., “The essential facility doctrine: A brief overview”, en MOSS, D.L., “Network Access, Regulation and Antitrust”, American Antitrust Institute, Routledge Taylor and Francis Group, pp. 32 - 47, (página 1), Mayo 2005.

⁹ Véase asunto *United States v Griffith*, 334 U.S. 100 (1948).

¹⁰ Véase asunto *Otter Tail Power Co. v. United States*, 410 U.S. 366 (1973).

¹¹ Véase *supra* nota 9 (página 107).

¹² Véase asunto *MCI Communications Corp. v AT&T*, 708 F.2d 1081 (7th cir. 1983).

- 1. Control de la instalación (insumo) esencial por un monopolista.*
- 2. Incapacidad práctica o razonable de un competidor para duplicar la instalación (insumo) esencial.*
- 3. La negación de uso de la instalación (insumo) a un competidor.*
- 4. La posibilidad de proveer acceso a la instalación o infraestructura (insumo).*

En la siguiente sección analizaremos cómo los tribunales americanos han ido definiendo estos cuatro elementos.

En el marco internacional, según el estudio de la ICN citado anteriormente, solo dos de estos elementos parecen estar presentes comúnmente en las jurisdicciones que directa o indirectamente reconocen la doctrina de los insumos esenciales:

- 1. El acceso a la instalación (insumo) debe ser esencial para poder alcanzar a los consumidores; y*
- 2. Replicar o duplicar la instalación (insumo) debe ser imposible o muy poco factible.*

El resto de factores se han ido definiendo de manera más particular para cada jurisdicción o grupo de jurisdicciones.

A continuación detallamos cómo algunos de los países más representativos en materia de competencia han definido los elementos necesarios para aplicar la doctrina de insumos esenciales. También analizaremos cómo México, a la luz de la LFCE, podría aplicar ésta en diferentes industrias de red siguiendo el enfoque americano y/o europeo.

2.2.- The US Essential Facility Doctrine.

Como se menciona anteriormente, la doctrina de los insumos esenciales nace en Estados Unidos, y si bien todavía no ha sido reconocida por la Suprema Corte, existe una vasta

práctica que permite delimitar los requisitos establecidos en *MCI Communications Corp v. AT&T*.

En *MCI*, el problema que se discutió fue hasta qué punto AT&T tenía que abrir su red telefónica local para conectar a sus competidores en el mercado de las llamadas telefónicas de larga distancia. MCI había construido una red de telecomunicaciones de larga distancia, pero necesitaba conectar su red a las instalaciones de telefonía local en cada una de las ciudades donde prestaba sus servicios AT&T.

En opinión del tribunal, todos los elementos de la doctrina de insumos esenciales estaban presentes en el caso. En primer lugar, AT&T tenía un monopolio sobre las instalaciones de redes locales de telefonía y MCI no podía prestar sus servicios a larga distancia sin acceder a ésta. Segundo, MCI no podía duplicar las instalaciones locales de telefonía por dos motivos, uno *“no sería económicamente viable”* y dos, no podría obtener una autorización del regulador *“para una duplicación económicamente irracional”*. Tercero, AT&T afirmó haber denegado el acceso a MCI a sus instalaciones telefónicas locales. Por último, era *“técnica y económicamente viable para AT&T proveer las interconexiones”*. Incluso, AT&T no tenía ninguna razón técnica o empresarial legítima para denegar a MCI el acceso a sus redes locales.¹³

A la luz de este caso y los que se mencionarán a continuación se fue perfeccionando la doctrina de los insumos esenciales para la cual se requieren los siguientes cuatro elementos:

1. Control de un insumo (instalación) esencial por el monopolista

Este primer requisito está compuesto por varios elementos que tienen que cumplirse. Primero, la empresa que controle el insumo tiene que ser monopolista. Segundo, que este monopolista controle el insumo (instalación) y tercero, el elemento más difícil de demostrar, que ese insumo (instalación) sea esencial.

Respecto a los dos primeros elementos, la jurisprudencia se ha encargado de hacer mayor énfasis en el control que otorga

¹³ Véase *supra* nota 8 (página 34).

el insumo en un mercado relevante, que en la posición de monopolista. Para determinar que un insumo es esencial, éste tienen que otorgar poder de mercado en el mercado relevante.¹⁴

En palabras del Profesor Hovenkamp: “un insumo esencial definido correctamente debe definir un mercado relevante”; “si un insumo no constituye o controla un mercado relevante, entonces habrá disponibles alternativas competitivas y el insumo difícilmente podrá caracterizarse como ‘esencial’”.¹⁵

En los asuntos *Blue Cross*¹⁶ y *Castelli v. Meadville Medical Center*¹⁷, los tribunales consideraron que las instalaciones o insumos en cuestión (hospitales) no eran esenciales porque no controlaban ni siquiera el cincuenta por ciento de “un mercado definido correctamente”.

La noción de control por parte de un monopolista se ha asociado al poder de mercado sobre un mercado relevante definido. Es importante hacer esta distinción porque en ocasiones podemos encontrar lo que parece un insumo esencial, pero a la luz de la definición del mercado relevante podríamos obtener un resultado diferente. Al entrar en el terreno de las prácticas monopólicas relativas, o sección 2 de la *Sherman Act*, la definición del mercado es clave para determinar el poder de mercado y por ende, existe un riesgo de que el demandante defina el mercado de manera poco objetiva.

El caso *Blue Cross* es un ejemplo de manipulación de la definición de mercado para poder encajar un insumo en la definición de esencial. En este caso, la definición geográfica y de producto propuesta por el demandante fue tan estrecha (con el objeto de determinar el poder de mercado), que no podía constituir en sí mismo un mercado. De la misma forma, en el caso *McKenzie v. Mercy Hosp. of Independence Kan*¹⁸, el demandante, con el objetivo de poder definir un mercado donde no hubiera alternativas competitivas y

¹⁴ Véase asunto *Blue Cross & Blue Shield v. Marshfield Clinic* 65 F.3d (7th Cir. 1995), cert. Denied, 116 S. Ct. 1288 (1996).

¹⁵ Hovenkamp, H., “Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice”, 3rd edition, Thomsom West, (capítulo 7.7, página 274), 1994.

¹⁶ Véase *supra* nota 14.

¹⁷ Véase asunto *Castelli v. Meadville Medical Center*, 702 F. Supp. 1201 (W.D. Pa. 1988), *aff’d*, 872 F.2d 411 (3d Cir. 1989).

¹⁸ Véase asunto *McKenzie v. Mercy Hosp. Of Independence Kan.*, 854 F.2d 365 (10th Cir.1988).

demostrar que existía un insumo esencial, fue cambiando repetidamente su definición de mercado. Inicialmente el insumo esencial era “*el hospital entero*”. Posteriormente se limitó solo “*a servicios infantiles y de emergencia*” y finalmente el tribunal limitó el análisis solo “*a los quirófanos*”.

Sobre el tipo de insumo que puede considerarse esencial, es necesario dejar claro que puede tratarse tanto de propiedades físicas y tangibles como intangibles. Debido a que en inglés la doctrina de insumos esenciales es “*essential facility*”, en los primeros casos se intentó limitar esta doctrina a instalaciones e infraestructuras físicas. No obstante, en el caso *Bellsouth Advertising & Publishing Corp. V. Donnelly Information Publishing, Inc.*, el tribunal determinó que la doctrina se aplica tanto a propiedades tangibles como intangibles dado que “*el efecto en ambas situaciones es el mismo, una parte se ve privada de compartir algo que es esencial para competir*”.¹⁹

Por último, el elemento más difícil de definir es el de esencialidad. Los tribunales no han ofrecido una definición exacta de este término, e incluso han establecido diferentes estándares con respecto al efecto que debe tener la negación del acceso a este insumo en los demandados.

Los tribunales han aplicado estándares muy suaves como garantizar el acceso a un insumo porque “*otorga a varios periódicos (demandados) una ventaja competitiva sobre sus rivales*”²⁰, o “*los competidores necesitan acceso si quieren competir eficientemente*”.²¹

Sin embargo, la mayoría de tribunales han optado por estándares más cercanos a la posibilidad de que el demandante no pueda competir sin tener acceso a ese insumo esencial.²²

Por ejemplo, en el caso *Twin Lab*, el tribunal determinó que para que un insumo sea esencial los competidores “*deben*

¹⁹ Véase asunto *BellSouth Advertising & Publishing Corp. v. Donnelley Information Publishing, Inc.*, 999 F.2d 1436 (1993).

²⁰ Véanse asuntos *Associated Press v. United States*, 326 U.S. 1 (1945) y *Otter Tail Power Co. v. United States* 410 U.S. 366 (1973).

²¹ Véase asunto *Monarch Entertainment Bureau, Inc. v. New Jersey Highway Auth.*, 715 F.Supp. 1290, 1300 (D.N.J.), *aff'd*, 893 F.2d 1331 (3d Cir. 1989).

²² Véase asunto *Paladin Associates, Inc. v. Montana Power Co.*, 97 F.Supp. 2d 1013, (D.Mon. 2000).

*sufrir más que algún inconveniente o incluso una pérdida económica”.*²³ Para determinar la esencialidad, el demandante debe probar que no hay una alternativa viable/factible a ese insumo.²⁴

En algunos casos, los tribunales no se limitan a un solo estándar y requieren al demandante demostrar tanto la pérdida económica, como la no existencia de alternativas viables.²⁵

En resumen, la falta de una definición clara o de un pronunciamiento por parte de la Suprema Corte en EUA, deja este elemento abierto a la discrecionalidad de los tribunales. Si bien los tribunales van a exigir al demandante una prueba lo más cercana a que éste no pueda competir en el mercado sin el acceso a este insumo (sobre todo cuando el insumo esté en manos privadas), es difícil concluir con un criterio uniforme.

1. Imposibilidad de un competidor de duplicar el insumo esencial

Este criterio no ha sido objeto de mucha discusión en la jurisprudencia estadounidense por entenderse que, en cierto grado, cumple la misma función que el requisito de esencialidad mencionado anteriormente.

Esto es, si fuera posible para un competidor duplicar el insumo (ya sea tangible o intangible), querría decir que hay una alternativa viable al insumo del monopolista y por tanto sería muy difícil considerarlo como esencial.

Como hemos mencionado antes, a la luz de la jurisprudencia, no es necesario demostrar la imposibilidad de duplicar el insumo, sino más bien demostrar que no hay una alternativa técnica o económica viable.

²³ Véase asunto *Twin Lab., Inc. v. Weider Health & Fitness*, 900 F.2d 566 (2d Cir. 1990).

²⁴ Es importante mencionar que la palabra en inglés es “feasible”, por lo que los autores de este estudio han entendido como mejor traducción viable y factible. No obstante, la palabra elegida en cada marco legal determinará el alcance de la definición.

²⁵ Véase asunto *Florida Mun. Power Agency v. Florida Power & Light Co.*, 81 F.Supp.2d 1313, 1330 (M.D.Fla. 1999).

2. Negación de uso del insumo a un competidor

De la misma forma que con el primer requisito de la doctrina, este tercer requisito está compuesto de tres elementos que tienen que concurrir para que se pueda aplicar la doctrina de insumos esenciales.

En primer lugar, la denegación de acceso o de uso tiene que ser a una persona o empresa competidora del monopolista. En segundo lugar, el demandante debe demostrar que el monopolista efectivamente le denegó el acceso al insumo. El tercer elemento es que no exista un mecanismo legal alternativo a través del cual se pueda obligar al monopolista a dar acceso (Ej. una regulación sectorial que prevea este acceso).

Respecto al primer elemento, en *America Oline, Inc. V GreatDeals.Net*, el tribunal denegó la alegación de que la lista de subscriptores del demandado era un insumo esencial porque el demandante no competía con éste, ni había ningún vínculo económico entre ambos.²⁶

De manera similar, en el asunto *Intergraph Corp. v Intel Corp.*, el tribunal denegó la solicitud de acceso de *Intergraph* a cierta información de *Intel* porque no había una relación de competencia entre ambos.²⁷ En concreto *Intergraph* ya no estaba presente en el mercado en el que reclamaba acceder al insumo esencial. La acción que estaba interponiendo *Intergraph* en realidad era para poder competir en mejores condiciones con sus competidores, pero no para competir con *Intel*.

En relación con el segundo elemento, que haya habido efectivamente una denegación de acceso, la doctrina en EUA no requiere una denegación inequívoca de acceso bajo cualquier circunstancia²⁸, sino más bien una denegación de acceso en términos razonables y no discriminatorios.²⁹ En este último

²⁶ Véase asunto *America Online, Inc. v. GreatDeals.Net*, 49 F.Supp.2d 851, 862 (E.D.Va. 1999).

²⁷ Véase asunto *Intergraph Corp. v. Intel Corp.*, 195 F.3d 1346, 1356-58 (Fed.Cir. 1999).

²⁸ Véase asunto *Metronet Services Corp. v. Qwest Corp.*, 2001 U.S. Dist. LEXIS 7436 at pp. 7-8 (W.D.Wash., April 16, 2001).

²⁹ Véanse asuntos *City of Vernon v. So. Calif. Edison Co.*, 955 F.2d 1361, 1367 (9th Cir. 1992), *Delaware & Hudson Ry. Co.v. Consolidated Rail Corp.*, *City Of College Station, Tex. V. City of Bryan, Tex.*, 932 F. Supp. 877, 888, (S.D.Tex. 1996).

caso nos podríamos encontrar por ejemplo que un aumento en el precio de acceso de un 800% constituiría una denegación de acceso bajo la doctrina de insumos esenciales.³⁰ Sin embargo, esto no equivale a que el acceso tenga que ser en términos de absoluta equidad, con que el acceso se haga en términos de no discriminación es suficiente. Tampoco este requisito conlleva que el acceso deba ser gratuito, el acceso se debe hacer a cambio de una compensación económica, aunque como vamos a ver en el capítulo siguiente, calcular los precios de acceso correctos es una tarea complicada.

En EUA la diferencia entre solicitar acceso a un monopolista público o privado puede marcar el resultado de un asunto, y sobre todo la interpretación de estos criterios. Si demandado y demandante son empresas privadas, es posible que la carga de la prueba sea más elevada que si el sector público está presente en alguno de los dos lados, sobre todo como demandado.

Por último, el tercer elemento, la existencia de un mecanismo legal alternativo, surge a raíz de la sentencia *Trinko*.³¹ En este caso de telecomunicaciones, *Trinko* buscaba acceso a la red de *Verizon*, a lo cual éste se negó. Si bien existían todos los elementos para poder aplicar la doctrina de insumos esenciales, esto es, control sobre un insumo en mercado relevante, posición de monopolista, imposibilidad de duplicar la red y negación, el tribunal se opuso a garantizar el acceso. La razón esgrimida fue que la Ley de Telecomunicaciones de 1996 tenía varios artículos en su texto donde se garantizaba el acceso y por tanto no era necesario recurrir a la vía judicial para imponer el acceso. Incluso el tribunal fue un paso mas allá afirmando que en los supuestos donde exista una ley sectorial gobernando una materia, ha sido por voluntad del legislador hacer esto y por tanto la ley de competencia (aunque tiene efecto directo y podría aplicarse por encima de otras leyes especiales) no debería aplicarse.

Como veremos posteriormente, la existencia de un marco regulatorio que imponga ciertas obligaciones a una empresa ha sido interpretado de manera muy diferente en EUA y en Europa.

³⁰ Véase asunto *Delaware & Hudson Ry. Co. v Consolidated Rail Corp.*, 902 F.2d 174, 179 (2d Cir. 1990).

³¹ Véase asunto *Verizon Communications Inc. v. Law Office of Curtis V. Trinko, LLP*, 124 S.Ct. 872, 880 (2004).

A diferencia de EUA donde parece que una regulación sectorial puede servir de escudo al demandado para evitar compartir su infraestructura, en Europa, la existencia de un marco sectorial que regule aspectos de competencia de dicho sector, no ha impedido la aplicación de la ley de competencia.

3. Posibilidad de proveer acceso al insumo

Todos los requisitos anteriores están diseñados para determinar si un monopolista tendría la obligación de proveer acceso al insumo esencial. Este último requisito constituye la excepción que podría darle una salida al monopolista para no prestar el acceso aún cumpliendo los criterios anteriores.

Los tribunales de EUA han considerado que el demandado debe estar en una posición donde técnica y económicamente sea factible o viable dar acceso a sus rivales a la instalación o insumo correspondiente.³²

La viabilidad técnica es un requisito muy individual de cada caso. Si hay limitaciones al uso del insumo o instalación, el monopolista no puede ser requerido a que deje de utilizarla para que la disfruten sus competidores. Hasta cierto punto podríamos decir que es necesario que haya una capacidad ociosa en la instalación a la que se pretende tener acceso.

Imaginemos por ejemplo industrias de red, donde el uso de la infraestructura puede ser exclusiva, y por tanto, no la pueden compartir dos empresas a la vez. En estos casos una denegación de acceso podría estar justificada al ser técnicamente inviable que la usen dos empresas simultáneamente (ej. una red ferroviaria). Pensemos también en una instalación que originariamente sí tenga capacidad para dar acceso, por ejemplo los slots en un aeropuerto, pero que con el tiempo, esté al límite de su capacidad. Si ya no hay más espacio, la denegación de otorgar un slot a un competidor podría estar justificada.

La segunda justificación es de carácter económico y está ligada a la pérdida que puede sufrir el monopolista por prestar acceso a su insumo o infraestructura. Por ejemplo, en el asunto *Anhaeim*, el tribunal dictaminó que una empresa de

³² Véanse asuntos *Hecht v. Pro-Football, Inc.*, 570 F.2d 982, 993 (D.C.Cir. 1977) y *City of Anaheim v. So. Calif. Edison Co.*, 955 F.2d 1373 (9th Cir. 1992).

electricidad no tenía que dar acceso a sus competidores a una fuente de electricidad más barata si eso impedía a esta empresa poder disfrutar de esta fuente más barata para sus propios clientes finales.

También encajarían aquí los supuestos en los que el demandante está buscando acceso a un insumo con una motivación puramente oportunista de disfrutar los esfuerzos de otra empresa (*free-riding*). En *Morris Communication*, intentar evitar el problema del oportunismo se equiparó a una motivación eminentemente económica y justificó la negación de acceso al insumo.³³

2.3.- La doctrina europea de “Insumos Esenciales”.

En la Unión Europea la doctrina de los insumos esenciales surge a raíz de la liberalización de los mercados regulados que ocurrió en los años ochenta y noventa. Sectores fuertemente regulados y sujetos a monopolios públicos como las telecomunicaciones, la energía o el transporte fueron gradualmente liberalizados con la intención de introducir mayor nivel de competencia en ellos.

La primera consecuencia fue la existencia de compañías públicas, y en muchos casos privadas, verticalmente integradas que operaban tanto en el mercado ascendente (gestión de la infraestructura), como en el mercado descendente (provisión de servicios de telefonía, electricidad, etc.). Para poder introducir competencia en el mercado descendente, casi todos los estados decidieron adoptar regulación específica *ex ante* que garantizara el acceso a nuevos competidores a las infraestructuras. Muchas veces un regulador sectorial está más capacitado que una agencia de competencia para establecer los términos y los precios de acceso.

Una vez que la regulación, a través de la obligación de suministro, conseguía crear algo de competencia en el mercado descendente, las leyes de competencia podían funcionar como un complemento particularmente útil a la ley sectorial.

³³ Véase asunto *Morris Communications Corp. v. PGA Tour, Inc.*, 117 F.Supp.2d 1322, 1327 (M.D.Fla. 2000).

La segunda consecuencia de esta liberalización es que, aún siendo mucho más joven esta doctrina en la Unión Europea que en EUA la proliferación de casos en la jurisprudencia comunitaria han conseguido definir bastante bien los requisitos que han de cumplirse para que un juez ordene el acceso obligatorio a un insumo o instalación. Cabe mencionarse en este punto que, al igual que en EUA, un insumo esencial puede ser una infraestructura física³⁴, un bien inmaterial³⁵ o un bien o servicio material.³⁶

Por ultimo, también debido al proceso de liberalización, la Comisión Europea (en los sucesivo CE) y los tribunales europeos han establecido diferentes grados de prueba en algunos de los requisitos ya se trate de una empresa dominante pública o de una empresa privada. Esto con el objetivo que ya cita el *Abogado General Jacobs* en el asunto *Oscar Bronner*³⁷ que es garantizar “el derecho de cualquier empresa a elegir con quien comercia y a disponer libremente de su propiedad”.

De igual forma que en EUA y en otras jurisdicciones, la doctrina de los insumos constituye una modalidad de la práctica anticompetitiva denominada denegación de suministro. En el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en lo sucesivo TFUE), el artículo que recoge estas prácticas es el 102, y hasta la fecha, todavía ningún tribunal europeo (léase Tribunal General o Tribunal de Justicia de la Unión Europea) han reconocido abiertamente esta doctrina. Los casos existentes de insumos se han tratado bajo la óptica de un abuso de posición de dominio al denegar el suministro de un bien o servicio.

³⁴ Véanse las Decisiones 94/19/CE de la Comisión de 21 de diciembre de 1993 en el asunto IV/34.689, *Sea Containers/Stena Sealink* – Medidas provisionales (DO L 15 de 18.1.1994, p. 8); y la Decisión 92/213/CE de la Comisión, de 26 de febrero de 1992, en el asunto IV/33.544, *British Midland/Aer Lingus* (DO L 96 de 10.4.1992, p. 34).

³⁵ Véanse Asuntos acumulados C-241/91 P y C-242/91 P, *Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd (ITP)/Comisión (Magill)*, Rec. 1995, p. 743, asunto C-418/01, *IMS Health/NDC Health*, Rec. 2004, p. I-5039. Dichas sentencias muestran que, en circunstancias excepcionales, la negativa a conceder licencias sobre derechos de propiedad intelectual es abusiva. Asunto T-201/04, *Microsoft/Comisión*, Rec. 2007, p. II-3601.

³⁶ Véanse Asuntos acumulados 6/73 y 7/73, *Instituto Chemioterapico Italiano y Commercial Solvents/Comisión*, Rec. 1974, p. 223.

³⁷ Véase Asunto 7/97, *Oscar Bronner/Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft y Mediaprint Anzeigengesellschaft*, Rec. 1998, p. I-7791.

Sin embargo, esto no ha sido impedimento para que tanto la CE como los tribunales hayan establecido los elementos necesarios para poder aplicar esta doctrina.

Por un lado, de conformidad con la jurisprudencia en casos como *Commercial Solvents*³⁸, *Magill*³⁹, *Oscar Bronner*⁴⁰ y *Microsoft*⁴¹, las cuatro preguntas que deben contestarse para determinar si una denegación de suministro en el mercado descendente es un abuso de posición de dominio y por tanto anticompetitivo son:

1. *¿El demandado tiene una posición de dominio en el mercado ascendente?*
2. *¿El producto para el cual se está buscando acceso es indispensable para alguien que busca competir en el mercado descendente?*
3. *¿Una denegación de acceso llevaría a la eliminación de la competencia efectiva en el mercado descendente?*
4. *¿Existe alguna justificación para la denegación de suministro?*

Los tribunales han ido definiendo estos criterios en la jurisprudencia. Sin embargo, quizás el documento más útil para saber si estas prácticas serían perseguidas por la autoridad europea, es la Comunicación de la Comisión para la aplicación del artículo 102 del TFUE.⁴²

En este documento, la CE establece sus prioridades para la aplicación del artículo 102 del TFUE. Respecto a los casos de insumos esenciales, los elementos a tener en cuenta, aún respetando el criterio de los tribunales son los siguientes:

³⁸ Véase *supra* nota 36

³⁹ Véanse Asuntos acumulados C-241/91 P y C-242/91 P, *Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd (ITP)/Comisión (Magill)*, Rec. 1995, p. 743, apartados 52 y 53.

⁴⁰ Véase *supra* nota 37

⁴¹ Véase asunto T-201/04, *Microsoft/Comisión*, Rec. 2007, p. II-3601.

⁴² Comunicación de la Comisión, Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes, Diario Oficial de la Unión Europea, 24.02.2009.

1. *La necesidad objetiva del insumo para poder competir con eficacia en un mercado descendente;*
2. *La denegación dé lugar a la eliminación de la competencia efectiva en el mercado descendente;*
3. *La denegación redunde en perjuicio de los consumidores;*
y,
4. *Que existan eficiencias en la posible denegación.*

A continuación, vamos a exponer cómo se han interpretado estos requisitos judiciales a la luz de la jurisprudencia existente y de la Comunicación de la Comisión Europea.

1. ¿El demandado tiene una posición de dominio en el mercado ascendente?

Para poder aplicar el artículo 102 del TFUE es necesario tener una empresa con poder de mercado y para definir la dominancia se utiliza la metodología habitual en estos casos. Esto quiere decir que el primer paso es la definición de mercado, tanto en el mercado ascendente como sobre todo el descendente, ya que dependiendo cómo se defina éste, afectará a la definición de aquél. La idea central que rodea la identificación de una posición de dominio en el mercado ascendente es saber si la empresa que tiene el dominio de un insumo puede trasladar ese poder al mercado descendente y beneficiarse con ello.

Por ejemplo, en el asunto *Sealink/B&I-Holyhead*⁴³ un operador de ferris, B&I, buscaba acceso al puerto de *Holyhead* en Gales del Norte para prestar servicios desde y hacia Irlanda. El puerto de *Holyhead* pertenecía a *Sealink*, quien también estaba presente en el mercado descendente de servicios de ferries. *Sealink*, como gestor del puerto, durante una restructuración de los servicios portuarios de *Holyhead*, discriminó y perjudicó a B&I en el otorgamiento de horarios de arribo, para obtener *Sealink* una ventaja competitiva en el mercado descendente. En otras palabras, *Sealink* utilizó presuntamente su dominio del mercado ascendente para trasladarlo al mercado descendente y beneficiarse con ello.

⁴³ Véase *supra* nota 34 *Stena Sealkink*.

La Comisión llevó a cabo una definición de los mercados ascendente (prestación de servicios portuarios, es decir, acceso al puerto) y descendente (prestación de servicios de ferry). La Comisión identificó tres “corredores” de rutas cortas entre Gran Bretaña e Irlanda para los servicios de ferry: el corredor norte, cuyo puerto principal estaba en Stranrear, Escocia; el corredor central, cuyo puerto principal era Holyhead, Gales del Norte; y el corredor sur cuyos puertos principales era Fishguar, Pembroke y Swansea, en Gales del Sur. En opinión de la Comisión estos tres corredores no eran sustitutos entre sí debido, entre otras razones, a la distancia entre ellos. Por ejemplo el tiempo necesario para transportar mercancías o personas desde Dublín (Irlanda) hasta el puerto más cercano que no fuera Holyhead demoraba cuatro horas más de lo que tomaba llegar a Holyhead. Por ello, Holyhead era la opción preferida para el transporte entre la capital de Irlanda y territorio Británico.

Como en este caso el puerto al que se estaba negando el acceso era Holyhead, el mercado relevante descendente fue la prestación de servicios de ferry en el *corredor central*. En consecuencia, la Comisión Europea definió el mercado ascendente como la prestación de servicios portuarios (acceso al puerto) para pasajeros y ferris en el *corredor central*. Eventualmente, la Comisión determinó que Sealink tenía una posición de dominio en ese mercado y la condenó por denegar el acceso a B&I a Holyhead en términos no discriminatorios.⁴⁴

Sin embargo, la parte interesante de este análisis es que si la Comisión Europea hubiera determinado que el mercado descendente era la prestación de servicios de ferries para cualquier ruta entre Gran Bretaña e Irlanda, esto es, incluyendo los tres corredores, posiblemente el mercado ascendente se hubiera definido de manera más amplia y Sealink no hubiera tenido una posición de dominio en ese mercado ascendente. De haber sido así, al investigación hubiera concluido ahí y no se hubiera aplicado la doctrina de insumos.

Por tanto, en este caso, la definición del mercado descendente influyó en la definición del mercado ascendente de tal forma que la empresa que gestionaba el puerto sí tenía

⁴⁴ WHISH, R., “Competition Law”, 7th Edition, Oxford, (página 700), 2012.

un poder de mercado sobre ese corredor y su conducta sí fue considerada anticompetitiva.

Sin perjuicio de una correcta definición del mercado descendente y ascendente, en la Unión Europea no es necesario que el mercado descendente donde se usará el insumo ya exista. Puede darse el caso de que el insumo requerido es para desarrollar un nuevo producto o servicio para el cual existe una demanda. Así, en palabras del tribunal en el asunto *IMS*:

*Como ha expuesto el Abogado General en los puntos 56 a 59 de sus conclusiones que, para la aplicación de la jurisprudencia anterior, basta que pueda determinarse un mercado potencial, incluso hipotético. Sucede así cuando los productos o servicios son indispensables para desarrollar una actividad determinada y existe una demanda efectiva de ellos por parte de las empresas que pretenden desempeñar la actividad para la que son indispensables.*⁴⁵

En otras palabras, se hace más hincapié en que exista una demanda real o potencial de un producto o servicio para el cual es necesario el insumo denegado a que éste ya se esté utilizando para comercializar un producto en el mercado descendente.

En el caso *IMS*, el demandante reclamaba acceso a una base de datos que había creado el demandado para poder prestar un servicios que todavía no existía. En este caso, la definición del mercado relevante descendente era importante porque no quedaba claro si el mercado era completamente nuevo y para el cuál se necesitaban esos datos o en realidad era el mismo mercado ascendente de los datos. En cualquier caso, cuando la Comisión Europea definió el mercado relevante descendente, quedó claro que la empresa poseedora de los datos era dominante en el mercado ascendente, ya que nadie más tenía esos datos, y que podía ejercer un control sobre el insumo que afectaría al mercado descendente, hasta el punto que podía conseguir que no existiera el mercado descendente.

⁴⁵ Véase asunto *C-418/01, IMSHealth/NDCHealth, Rec.2004, p.I-5039*, apartado 44.

Por tanto, este requisito de posición de dominio también se ha definido como en EUA como una noción de control de un insumo que permita trasladar ese dominio en el mercado ascendente al mercado descendente. Dicho de otro modo, si una empresa tuviera el control de un insumo en el mercado ascendente pero no le sirviera para ejercer presión, y por tanto para obtener una ventaja en el mercado descendente, la mera posición de dominio no sería suficiente para la aplicación de la doctrina de insumos esenciales.

Por último, en Europa no se descarta que haya un poder de mercado conjunto por más de una empresa y la negación de acceso al insumo sea atribuible a varias empresas.⁴⁶

2. ¿El producto para el cual se está buscando acceso es indispensable para alguien que busca competir en el mercado descendente?

Este segundo requisito busca determinar la esencialidad o indispensabilidad del insumo o instalación. Al igual que en otras jurisdicciones, es el elemento más difícil de definir y para el cual solo existen ciertas directrices de los tribunales y de la CE.

El significado de este requisito ha sido interpretado de manera muy similar tanto por los tribunales como por la CE. No obstante, los términos elegidos por cada uno varían. Mientras que los tribunales han recurrido a que el insumo sea “*indispensable*” o “*esencial*” para que los competidores en el mercado descendente puedan competir, la CE pareciera reducir la intensidad al requerir que sea “*objetivamente necesario*” para que los operadores puedan competir eficazmente en el mercado.

Sin embargo, si continuamos con la lectura de la Comunicación, encontramos que la CE considerará un insumo como imprescindible “*cuando no haya ningún sustituto real o potencial en el que puedan basarse los competidores del mercado descendente para contrarrestar -al menos a largo plazo- las consecuencias negativas de la denegación*”.

⁴⁶ Véase asunto C-395/96 P, *Compagnie Maritime Belge*, p. 35-45 y 119.

Incluso en otro documento de la CE sobre acceso a redes en materia de telecomunicaciones, la CE enfatizó la necesidad de que el acceso sea imprescindible para la viabilidad de las actividades en el mercado descendente.⁴⁷ En concreto:

Con objeto de determinar la conveniencia de que se conceda el acceso en aplicación de las normas de competencia, se tendrá en cuenta [...]:

a) el acceso a la instalación en cuestión es, en términos generales, fundamental para que las empresas compitan en dicho mercado afín (67). En este caso, se trata de dilucidar qué es esencial. No bastaría con que, en caso de concederse el acceso, la posición de la empresa que lo solicita fuese más ventajosa, sino que es preciso que su denegación implique la imposibilidad o la inviabilidad absoluta e inevitable de las actividades propuestas.
(subrayado añadido)

La CE basa la decisión de determinar si un insumo es indispensable para competir en el mercado descendente en la capacidad que tienen los competidores en el mercado descendente, en un futuro próximo, de producir o acceder a un insumo igual o que ofrezca la misma funcionalidad que el de la empresa dominante.⁴⁸ Para la CE, esta capacidad de copiar el insumo y crear una fuente alternativa de suministro es particularmente relevante para determinar si estamos ante un insumo esencial o no.

La CE también tomará en consideración la existencia de un suministro previo o no de dicho insumo para determinar la esencialidad. Si una empresa en el mercado descendente venía recibiendo dicho insumo e incluso incurrió en inversiones destinadas a usar dicho insumo, y posteriormente la empresa dominante cesa de suministrarlo, es más probable que la CE lo considere un insumo esencial.

Por su parte, los tribunales de la Unión Europea a través de la jurisprudencia citada anteriormente en *Oscar Bronner*, *Magill*, *Commercial Solvents* y *Microsoft*, han dejado claro que

⁴⁷ Comisión Europea, Comunicación sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones, Diario Oficial de las Comunidades Europeas, (apartado 91), 22.08.1998.

⁴⁸ Véase *supra* nota 45 (apartado 83).

los términos “*indispensable*”, “*esencial*” e incluso “*objetivamente necesario*” son intercambiables.

En *Oscar Bronner* el Tribunal de Justicia estableció algunas pautas para la “*indispensabilidad*”. El insumo para el cual se está buscando acceso debe ser algo que no sea posible duplicarse o que podría ser duplicado pero con una gran dificultad. La duplicidad puede ser imposible debido a razones físicas (ej. un puerto), por razones medioambientales o de planeación (ej. un aeropuerto, una red de ductos), por razones legales (ej. derechos de propiedad intelectual) o por razones económicas. Sin embargo, para esta última razón el tribunal ha hecho hincapié en que no es suficiente que una empresa pequeña argumente que por ser pequeña debe poder tener acceso a la infraestructura de una empresa grande. La idea de la imposibilidad económica atiende al tamaño del mercado y a la posibilidad de que el mercado pueda soportar una segunda infraestructura o instalación siguiendo criterios financieros de viabilidad.

3. ¿Una denegación de acceso llevaría a la eliminación de la competencia efectiva en el mercado descendente?

En las primeras sentencias del Tribunal de Justicia de la UE, la corte se refirió a la posibilidad de que la denegación de un insumo causara la “*eliminación de toda la competencia*” en el mercado descendente.

Posteriormente, en el asunto *Microsoft* el tribunal se refirió a la eliminación de “*toda la competencia efectiva*” y no a “*toda*” la competencia. La CE adoptó este mismo enfoque en sus directrices sobre la aplicación del artículo 102 del TFUE.

La idea detrás de este argumento es la aplicación de la prueba del competidor igualmente eficiente que se utiliza en algunas de las prácticas de abuso de posición de dominio. No es necesario demostrar que esta práctica vaya a eliminar a todos los competidores sino a aquellos que sean igual o más eficientes que el dominante.

La CE añade en sus directrices que aquéllas empresas con mayores probabilidades de eliminar la competencia efectiva son las que tengan una cuota de mercado más alta, las que afecten en mayor proporción a los competidores en el mercado

descendente y las que desvíen una mayor demanda de los competidores excluidos hacia sí mismas.

4. ¿Existe alguna justificación para la denegación de suministro?

Aún si todos los elementos anteriores están presentes en un caso, una denegación de acceso a un insumo puede no perseguirse si existe una justificación objetiva para ello. ¿Qué se ha considerado una *justificación objetiva* en el derecho de la competencia Europea?

Por ejemplo ser un mal deudor, haberse convertido en un deudor de alto riesgo, no haber cumplido las obligaciones contractuales, o incluso usar el insumo para hechos ilícitos. También puede esgrimirse que existen restricciones de capacidad y que por tanto es imposible prestar acceso adicional al ya existente por estar operando al límite de la capacidad.⁴⁹

Los párrafos 89 y 90 de la Comunicación de la CE son especialmente interesantes porque establecen que la CE tendrá en cuenta los argumentos de la empresa dominante donde defienda la denegación del insumo para asegurar un retorno de inversión adecuado a sus inversiones o incluso que dicho acceso afectaría negativamente a los incentivos a innovar tanto a la empresa dominante como a los competidores en el mercado descendente.

Como es habitual en los casos donde es necesario justificar eficiencias, es la empresa dominante la encargada de demostrar las eficiencias.

2.4.- Elementos de interés considerados por otras agencias.

En esta sección destacaremos de manera resumida los elementos que otras jurisdicciones han requerido para aplicar esta doctrina de insumos esenciales. Los resultados aquí mostrados

⁴⁹ Véase asunto Frankfurt Airports OJ [1998] L 72/30, donde la Comisión rechazó el argumento de las limitaciones de capacidad.

son el resultado de una encuesta realizada por el ICN a 40 agencias de competencia.⁵⁰

- Chile, República Checa, Francia, Italia, Pakistán, Taiwán y Turquía requieren que la infraestructura debe pertenecer, estar controlada o estar operada por un monopolista o una empresa dominante. Corea incluso requiere que la empresa posea o controle la infraestructura de manera exclusiva.
- Canadá requiere que la empresa que controla o posee la infraestructura tenga poder de mercado en el mercado descendente en el periodo posterior a la denegación de acceso. Cuando no haya integración vertical, el imponer precios de monopolio, condiciones de uso o incluso no prestar el acceso no tendría, por sí mismo, implicaciones negativas.
- Eslovaquia establece que el propietario u operador de la infraestructura tiene derecho a una compensación por prestar el acceso, aunque el acceso tiene que ser en términos no discriminatorios. La República Checa y Alemania también mencionan una compensación adecuada o razonable para el operador.
- Jersey y Singapur especifican que la duplicación del insumo debe ser imposible o no deseable por razones de interés público. Italia y Taiwán añaden que la duplicación no debe ser posible en el corto plazo.

2.5.- Doctrina de “Insumos Esenciales” en México

México es uno de los pocos países, casi podríamos decir el único, que ha incluido los criterios para determinar insumos esenciales en una ley, en la nueva LFCE aprobada en 2014.

Ni EUA que ha regulado esta materia a través de la jurisprudencia, ni Europa que ha seguido el mismo camino, se

⁵⁰ Véase *supra* nota 1.

han atrevido a darle una fuerza legal tan amplia a esta doctrina como México.⁵¹

Si esto no fuera suficiente, la falta de precedentes administrativos o judiciales al respecto, convierten a esta doctrina en México en un terreno idóneo para la interpretación de los términos y la discrecionalidad de las autoridades. Si bien es cierto que existen algunas resoluciones administrativas de la antigua Comisión Federal de Competencia (COFECO) donde se intuye la presencia de insumos esenciales o incluso se cita este concepto, no tienen suficiente detalle para poder prever la interpretación que COFECE y jueces harán de la nueva LFCE.⁵²

Por ello, es necesario identificar qué enfoque seguirá la COFECE a la hora de interpretar estos términos, el estadounidense, el de la Unión Europea o algún híbrido adaptado a la legislación y mercados mexicanos.

Por el momento, el artículo 60 de la nueva LFCE establece los criterios que la COFECE seguirá para determinar la existencia de un insumo esencial. Son los siguientes:

ARTÍCULO 60. Para determinar la existencia de insumo esencial, la Comisión deberá considerar:

I. Si el insumo es controlado por uno, o varios Agentes Económicos con poder sustancial o que hayan sido determinados como preponderantes por el Instituto Federal de Telecomunicaciones;

II. Si no es viable la reproducción del insumo desde un punto de vista técnico, legal o económico por otro Agente Económico;

⁵¹ La comunicación emitida por la CE no tiene efectos vinculantes ni para la CE ni para los agentes regulados. Es un documento que plasma la política que la CE tiene intención de seguir, pero sin darle el carácter legal de unas directrices (vinculantes para la CE), una directiva o reglamento (vinculante para la CE y estados miembros).

⁵² Véanse asuntos *Comisión Federal de Competencia, Infraestructura y Transportes Ferroviarios, S.A. de C.V., Infraestructura y Transportes México, S.A. de C.V.*, Expediente CNT-132-2005 (pág. 48). *Radiomóvil Dipsa, S.A. de C.V.*, Expediente DE-37-2006 (pág. 248).

III. Si el insumo resulta indispensable para la provisión de bienes o servicios en uno o más mercados, y no tiene sustitutos cercanos;

IV. Las circunstancias bajo las cuales el Agente Económico llegó a controlar el insumo; y,

V. Los demás criterios que, en su caso, se establezcan en las Disposiciones Regulatorias.

Además, las disposiciones regulatorias también añaden algo de información respecto a los criterios de “indispensabilidad” y “viabilidad” mencionados en el artículo 60 de la LFCE así como la consideración de “eficiencias” en los mercados⁵³:

ARTÍCULO 10. Para efectos de la fracción V del artículo 60 de la Ley, la Autoridad Investigadora debe evaluar, en el dictamen preliminar, si regular el acceso al insumo o permitir su uso por parte de terceros generará eficiencia en los mercados.

ARTÍCULO 104.

IV. Descripción del insumo, incluyendo su uso y utilidad; proceso productivo mediante el cual se obtiene; costos y plazos estimados para construir o generar un insumo idéntico o similar y plazo para recuperar la inversión; principales componentes, dificultades para obtenerlos y posibilidades técnicas, económicas y legales de que tales componentes puedan ser proporcionados de manera desagregada; posibilidades técnicas, económicas y legales de que los usuarios del insumo puedan obtener un bien o servicio similar en una localidad o área geográfica distinta de aquella en la que se encuentra dicho insumo; así como los avances tecnológicos en la producción del insumo o de los bienes o servicios que se obtiene de éste.

⁵³ ACUERDO mediante el cual el Pleno de la Comisión Federal de Competencia Económica emite las Disposiciones Regulatorias de la Ley Federal de Competencia Económica. DOF 10/11/2014

Por su parte, el artículo 94 *in fine* de la LFCE también refuerza la idea de demostrar las eficiencias en el mercado. Primero, para que la COFECE pueda imponer medidas en relación con un insumo esencial es necesario que demuestre que estas medidas generarán incrementos en eficiencia, y segundo, para que el agente económico con interés jurídico pueda demostrar que la denegación al insumo esencial, en realidad genera eficiencias en el mercado e incide favorablemente en el proceso de competencia, también deberá probar estas eficiencias.

Las eficiencias que se requieren en este artículo tienen una similitud al cuarto requisito de la Unión Europea a través del cual, es posible denegar el acceso a un insumo esencial si existe una justificación objetiva. Sin embargo, en el caso de México, la ley no establece la posibilidad de que el agente económico con interés jurídico alegue justificaciones para la denegación, solo otorga la posibilidad de demostrar las eficiencias, y aunque el efecto final puede ser el mismo, es decir, que la denegación de acceso al insumo esté justificada, vamos a ver a continuación que algunas justificaciones legítimas pueden no quedar cubiertas en México. Por lo tanto, será muy importante ver cómo los tribunales analizan este requisito, ya que aunque no es esencial para la determinación del insumo, sí lo va a ser para la aplicación de las medidas correctivas, sirviendo como posible justificación para la no accesibilidad al mismo.

2.5.1 Elementos a definir en el marco legal mexicano

A la luz de los criterios expuestos anteriormente, parece que los elementos necesarios para determinar la existencia de un insumo en México son muy similares a aquellos que contemplan los EUA o la Unión Europea.

Sin embargo, falta todavía mucha información para saber cómo se van a interpretar los términos “control”, “viabilidad”, “indispensabilidad” y “eficiencias”.

1) Control

El artículo 60 de la LFCE establece que el control del insumo tiene que detentarlo uno o varios agentes con poder sustancial de mercado o un agente preponderante en el caso de telecomunicaciones y radiodifusión.

Esta redacción podría parecer insuficiente si nos fijamos en la noción de control que han establecido EUA y Europa. Si bien los agentes con poder sustancial tienen que ejercer el control sobre el insumo, faltaría saber si el poder sustancial de mercado tiene que ejercerse sobre el mercado relevante donde existe el insumo o si también ese poder sustancial tiene que extenderse al mercado competitivo en el cuál se necesita el insumo esencial.

La redacción parece indicar que si una empresa es dominante en el mercado relevante donde existe el insumo (ej. la red troncal de telecomunicaciones, un puerto, las vías férreas, los slots del aeropuerto) sería suficiente, siempre que se dieran los requisitos necesarios del artículo 60, para determinar la existencia de un insumo esencial, y eventualmente determinar la obligatoriedad de su acceso. De ser esto cierto, estaríamos obviando el segundo paso que han considerado necesario en EUA y en Europa, y es que ese poder sustancial en el mercado donde está el insumo (ascendente) se traslade o se utilice para llevar a cabo una conducta anticompetitiva en el mercado competitivo (descendente) dónde es necesario ese insumo (ej. servicios de internet minorista, servicios de ferry en una ruta marítima, servicios de transporte de carga, servicios de transporte aéreo de pasajeros). Incluso, como hemos visto anteriormente, en Canadá se requiere que también exista poder de mercado en el mercado descendente.

Por lo tanto, sería recomendable que los reguladores y los jueces establecieran una definición más concreta sobre cómo tiene que ejercerse el control del insumo y qué efectos tiene que producir ese control tanto en el mercado ascendente como en el descendente. En caso de no ser mercados verticales, en lugar de hablar de mercados ascendente y descendente, deberían verse los efectos en el mercado donde está el insumo y en el mercado relacionado.

De no hacerlo así, podríamos llegar a una conclusión donde se analicen los mercados ascendente y descendente por separado, cumpliendo con varios de los requisitos del artículo 60 de la LFCE, pero cuyo acceso no produciría los efectos positivos que busca la doctrina de los insumos esenciales.

2) Viabilidad

Este requisito del artículo 60 sí parece recoger la doctrina Europea del asunto *Oscar Bronner*, es decir, tener en cuenta si existe una inviabilidad técnica, legal, de planeación o económica. En este caso, los jueces europeos han definido cómo interpretar viabilidad.

En México será necesario delimitar si la imposibilidad de reproducir un insumo, ¿es en el corto o en el largo plazo? ¿si no es posible técnicamente porque el demandando no puede acceder a esa tecnología (ej. no existen un input imprescindible) o por qué llevaría mucho tiempo desarrollarla?

Y sobre todo, en cuanto a la inviabilidad económica, parece importante hacer la distinción de que este requisito debe aplicarse cuando el mercado no es capaz, en términos de rentabilidad, de soportar la existencia de un segundo insumo, por ejemplo una segunda infraestructura (puertos, vías, etc.). No es suficiente justificación que una empresa no pueda costear replicar el insumo debido a que es muy pequeña en comparación con la empresa que controla el insumo, la motivación aquí debe ser en términos de eficiencia y rentabilidad del mercado y no del demandante.

3) Indispensabilidad

Este va a ser uno de los requisitos más difíciles de definir. Como ya hemos visto, en otras jurisdicciones han evolucionado desde una posición donde “*los competidores necesitan acceso [al insumo] si quieren competir eficientemente*”, hasta la tendencia más actual donde es necesario “*demostrar algo más que una pérdida económica para el demandante*” y que el insumo es “*objetivamente necesario para prestar los bienes o servicios*”.

Una vez más, será papel de los reguladores y de los jueces determinar el estándar de prueba. Esto es, o bien demostrar que el acceso al insumo es necesario para que el demandado pueda competir más eficientemente o bien demostrar que el acceso es necesario para que el demandado no desaparezca del mercado, o incluso establecer un término medio entre ambas, siempre eso sí, en relación con un competidor eficiente, no cualquier competidor.

4) Eficiencias.

Este requisito, que juega un doble papel tanto para la COFECE como para el agente que controla el insumo, merece un análisis un poco más detallado.

El artículo 94 de la LFCE, como señalado anteriormente, establece que la COFECE deberá verificar que las medidas propuestas después de determinar la existencia de un insumo generarán eficiencias en los mercados. Hasta aquí todo normal. Sin embargo, ese mismo artículo le da la posibilidad al agente con interés jurídico de denegar el acceso al insumo si demuestra que el insumo genera: 1) ganancias en eficiencia, 2) incide favorablemente en el proceso de competencia económica y libre concurrencia y 3) mejora el bienestar del consumidor.

Sin ánimo de entrar en la diferente carga de la prueba del regulador y del demandado, es importante hacer hincapié en por qué existen estas provisiones en la ley.

La posibilidad de demostrar que un insumo genera eficiencias o que la denegación de acceso a un insumo supera los efectos anticompetitivos de proveer el acceso busca ofrecer una vía de salida a la aplicación de la doctrina de insumos esenciales, una salida justificada.

En Europa, la Comisión Europea y el TJUE no hablan de eficiencias, sino de “justificación objetiva” para la denegación de acceso. De la misma forma, en EUA se habla de “posibilidad de proveer el acceso” y no de las eficiencias que esto genere.

Estas dos fórmulas admiten una gama más amplia de razones por las cuales la denegación de acceso podría estar justificada y

que no están relacionadas con las eficiencias que se generan. En este sentido, además de aceptar limitaciones como puede ser la capacidad de una red (si una red no puede admitir más participantes, podría denegarse el acceso), también encontramos justificaciones como por ejemplo denegarle el acceso a un deudor del demandado, evitar el oportunismo (*free-riding*), garantizar un retorno de la inversión adecuado, etc.

Estas justificaciones pueden ser legítimas, pero difícilmente serían válidas si tuviéramos que demostrar:

1) las ganancias en eficiencia de no prestar acceso a un deudor,

2) los beneficios para el proceso de competencia y

3) la mejora de bienestar al consumidor por intentar garantizar un retorno de la inversión adecuado, más aún teniendo en cuenta que esto requeriría elaborar hipótesis económicas.

Por todo ello, va a ser muy importante nuevamente la labor de la COFECE y de los jueces en la interpretación de este artículo 94 de la LFCE, para saber si por “eficiencias” solo vamos a poder entender el bienestar del consumidor y la mejora en el proceso de competencia o se va a poder aplicar a un concepto más amplio donde simplemente se pongan en una balanza los efectos positivos y negativos de proveer acceso al insumo, de manera similar a lo que sucede con las prácticas monopólicas relativas.

A simple vista parece que los criterios establecidos en la LFCE y en las disposiciones regulatorias se asemejan más a la doctrina de insumos de la Unión Europea (ej. posibilidad de control conjunto del insumo, indispensabilidad, posibilidad de replicar u obtener el insumo de otra fuente, eficiencias, falta de referencia explícita a la negación del insumo...).

Estos criterios no se alejan mucho de la práctica internacional. Sin embargo, ya hemos visto que la manera de interpretar términos similares no se ha hecho de la misma manera en Estados Unidos y en Europa. Por tanto, la interpretación que el regulador y los jueces hagan de la LFCE podrá afectar al derecho de propiedad privada, al derecho

comercial y obviamente al enfoque de la doctrina de insumos en México.

Como no es posible analizar más en profundidad estos criterios por la falta de antecedentes y no podemos prever la interpretación que reguladores y jueces harán de estos términos, solo podemos dejar avanzada la idea de que muy posiblemente el artículo 60 de la LFCE se analizará siguiendo la doctrina Europea dadas las similitudes de ambos regímenes.

3.- Análisis económico de los precios de acceso

Hasta este momento hemos descrito qué son los insumos esenciales, cuál es el propósito de la doctrina de insumos esenciales y hemos llevado a cabo un análisis legal de los elementos que componen esta doctrina.

En esta sección vamos a tratar de explicar el siguiente paso, es decir, qué opciones tiene un regulador cuando decide que la empresa dominante tiene que proveer el acceso a sus competidores a ese insumo esencial.

De conformidad con el artículo 94, fracción III, y fracción VII, letra d) de la LFCE, una vez que la COFECE ha determinado la existencia de un insumo esencial, debe adoptar las medidas correctivas que considere necesarias, entre ellas la fijación de precios o tarifas, modalidades de acceso, condiciones técnicas y de calidad, etc.

En este sentido, y como mencionamos anteriormente, el acceso a un insumo no se otorga de manera gratuita sino que se concede a cambio de una contraprestación justa y razonable que tenga en cuenta los retornos de la inversión realizada. Ahora bien, la tarea de calcular esa contraprestación, precio o tarifa es compleja e individual para cada caso. Las preguntas claves que intentaremos responder en esta sección son, ¿cómo calcular el precio de acceso a ese insumo? y ¿cómo garantizar el equilibrio entre mayor competencia en el mercado descendente y un nivel adecuado de inversión en el mercado ascendente? Las teorías que intentan dar respuesta a estas preguntas se enmarca dentro de lo que se denomina precios de acceso.

Por precios de acceso nos referimos a la cantidad que tiene que pagar la empresa entrante al propietario del insumo por utilizarla. Si los precios de acceso se establecen a un nivel muy elevado desincentivaría la entrada de empresas eficientes, éstas evitarían la utilización de las infraestructuras del titular.⁵⁴ Por el contrario, si los precios de acceso son muy bajos propiciaría una excesiva entrada, originando problemas de congestiones y puede que la empresa titular no recupere sus costos (ej. aquellas

⁵⁴ SPULBER, D.,F. And SIDAK, J.G., "Network Access Pricing and Deregulation", *Industrial and Corporate Change*, V.6 N.4, pp. 757-782, 1997.

inversiones realizadas en infraestructura) o que carezca de incentivos de invertir en infraestructuras. Como los precios de acceso afectan al equilibrio del mercado, éstos también afectan al bienestar de los consumidores. Por lo que es fundamental equilibrar los intereses de los consumidores, los incentivos de la empresa titular y los entrantes.

A continuación se describen diferentes alternativas para establecer un precio de acceso a una infraestructura así como los riesgos asociados y las posibles soluciones para minimizar esos riesgos. El análisis está basado en la obra de Estache y Valletti (1999).⁵⁵

3.1.- Precio igual al Costo Marginal

La teoría económica establece que la mejor opción es la de establecer precios de acceso iguales al Costo Marginal. Sin embargo, surge el problema de que la empresa titular no recuperaría los Costos Fijos por lo que se requerirá de una suma fija (*lump sums*) para poder recuperar estos costos iniciales y crear los incentivos necesarios para seguir invirtiendo en infraestructura.

Un posible remedio ante esta situación es equilibrar las tarifas que los consumidores finales deberían pagar para así poder saldar el déficit que se presenta en el mercado ascendente. Otra alternativa, es la utilización de un mecanismo como los Fondos de Servicios Universales Obligatorios para poder paliar el déficit existente.

Sin embargo, utilizar la metodología de los costos marginales no es muy viable para las industrias de red donde suele haber fuertes inversiones iniciales y economías de escala.

3.2.- Precios Ramsey

Laffont y Tirole (1994) desarrollaron el análisis bajo la posibilidad de establecer Precios Ramsey.⁵⁶ Esta forma de

⁵⁵ Véase *supra* nota 3

⁵⁶ LAFFONT, J.J. and TIROLE, J., "Access Pricing and Competition", *European Economic Review*, N°38, pp. 1673-1710, 1994.

regular los precios de acceso es considerada la segunda mejor opción (*second best*). La regulación mediante Precios Ramsey consiste en que el regulador fije todos los precios para maximizar el bienestar del consumidor y los beneficios totales de las industrias, sujeto a que la empresa titular tenga beneficios. Mediante esta forma de fijar precios, el regulador pretende que los consumidores ayuden a recuperar los costos fijos de la empresa titular. Los consumidores que son poco sensibles ante variaciones del precio aportarán una mayor cantidad que aquellos que son bastante sensibles, dejando igual el consumo final.

La siguiente formula nos explica cómo se establecen los precios de acceso mediante Precios Ramsey. Los costos directos son los costos incrementales asociados a un recurso adicional del operador (un tren adicional, desgaste, energía, operaciones...). Por otro lado el Factor Ramsey será mayor a medida que menos sensible es la empresa entrante ante cambios en los precios finales.

$$\text{Precios de Acceso} = \text{Costos Directos} + \text{Factor Ramsey}$$

Un claro ejemplo lo encontramos en el sector de la telecomunicaciones donde el cuello de botella (*bottleneck*), serían las llamadas locales, pudiendo ser vendidas directamente a los consumidores finales, propiciando que los pagos de las llamadas locales tengan un precio por encima del costo marginal. La recuperación de los costos fijos provienen de tres fuentes, dos de ellas mediante las suscripciones a la empresa titular por parte de los consumidores para las llamadas locales y de larga distancia, y una tercera por medio de los pagos que la empresa entrante le va a hacer a la empresa titular por utilizar su infraestructura, o lo que es lo mismo, el precio de acceso que va a tener que pagar la empresa entrante a la titular.⁵⁷ Obviamente con los cambios tecnológicos las dos fuentes de llamadas locales y de larga distancia pueden verse modificadas, pero el esquema tradicional es de utilidad para el ejemplo.

La utilización de Precios Ramsey permite la diferenciación en precios de acceso en función de la sensibilidad que los consumidores finales tengan sobre un determinado bien o

⁵⁷ LAFFONT, J.J. and TIROLE, J., "Essential facility and One-Way Access: Theory" en el libro "Competition in Telecommunications", capítulo 3 pp. 97-136, MIT Press, 2001.

servicio. Las empresas entrantes que tengan consumidores finales con una menor sensibilidad a variaciones de precios (elasticidad de la demanda inelástica) presentarán unos precios de acceso superiores que aquellas empresas entrantes que tengan unos consumidores finales con una alta sensibilidad ante variaciones de precios.

Esta discriminación permite una mayor recuperación de costos fijos por parte de la empresa titular y el consumo de esos bienes o servicios no se verían distorsionado. Si bien esta discriminación es positiva desde el punto de vista económico, el regulador debe asegurarse de que el poder de mercado que presenta la empresa titular no es empleado de manera abusiva, por ejemplo para establecer precios de acceso excesivos con el objeto de excluir a las empresas entrantes (aunque este problema podría solucionarse por medio del establecimiento de un precio máximo o *Price Cap*).

La teoría económica indica que el establecimiento de precios desiguales en función de la sensibilidad de los consumidores ante variaciones de precios tiene efectos positivos. El objetivo de esta práctica es la de reducir el déficit que presenta el propietario del cuello de botella, o dicho de otra manera, recuperar los costos realizados sobre las inversiones en infraestructuras (costos fijos) y crearle incentivos para que siga invirtiendo en ésta.

Es importante conocer de dónde procede el déficit del propietario del cuello de botella para poder establecer los precios de acceso a un nivel socialmente deseable. Puede ocurrir que el déficit se haya producido por otra actividad y está siendo saldado con unos precios de acceso más elevados de los que serían socialmente deseados. Por ello, el regulador tiene que tener acceso y monitorear recurrentemente la información de los costos fijos para poder establecer los precios de acceso a un nivel óptimo.

Por último, puede darse el caso de que no sea sostenible la aplicación de Precios Ramsey. Vamos a tomar el ejemplo de una empresa que establece unos precios superiores al costo marginal en un mercado, A. Supongamos que en un mercado, B, tiene que establecer precios inferiores a su costo marginal debido a motivos políticos. Ante esta situación, los ingresos extraordinarios en el mercado A cubren las pérdidas en el mercado B. Los beneficios extraordinarios que está generando

la empresa en el mercado A propicia la entrada de nuevas empresas competidoras, reduciendo los beneficios que se generan en este mercado. En el caso extremo, los beneficios que obtiene la empresa serían igual al costo marginal en el mercado A, generando que esta empresa no pueda subvencionar las pérdidas que obtiene en el mercado B con las ganancias en el mercado A. En este caso y cuando no se pueda calcular la elasticidad de la demanda (telecomunicaciones, gas o electricidad), debemos aplicar otro criterio para establecer los precios de acceso que no sea a través de los Precios Ramsey.

3.3.- Regla de los Componentes Eficientes

La regla de los componentes eficientes (*Efficient Component Pricing Rule* (ECPR)) fue propuesta por Willig (1979), también es conocida como la regla de Baumol-Willig, ya que eran los principales proponentes de esta regla.⁵⁸ La ECPR es otra segunda mejor opción (*second best*). Esta regla se utiliza cuando la regulación de los precios de acceso están separados de los precios finales para los consumidores. Básicamente, bajo esta regla el propietario de la infraestructura queda compensado por el costo de oportunidad de permitir el acceso a su cuello de botella. Entendemos por costos de oportunidad el beneficio perdido por una compañía al no “venderse” el acceso a la infraestructura a sí misma, es decir, es el beneficio que pierde por permitir el acceso a una empresa competidora.

La regla de los componentes eficientes establece que cuando los productos finales son homogéneos y el mercado es competitivo, es decir, existe libre entrada de empresas y los costos fijos son recuperables, permitiendo a las distintas empresas entrar y salir rápidamente, el precio de acceso tiene que ser igual a la diferencia entre el precio final y el costo marginal del segmento competitivo (mercado descendente). Implícitamente, aplicando esta regla, el margen de la empresa titular en el mercado final tiene que ser igual a sus costos marginales en el mercado descendente.

⁵⁸ WILLING, R.D., “The Theory of Network Access Pricing,” en “Issues in Public Utility Regulation”, H.M. Trebing (ed.), Michigan State University Public Utility Papers, 1979.

Igualmente, el propietario del cuello de botella tendrá que pagar por la utilización de la infraestructura el mismo precio que los entrantes. Además, los entrantes considerarán beneficiosa la entrada si sus costos totales unitarios son inferiores o iguales al precio final.

La regla de los componentes eficientes tiene los incentivos correctos para atraer empresas más eficientes que la titular en el mercado descendente. Por último, como el precio de acceso incluye los costos de oportunidad, la entrada de empresas no afecta a la recuperación de costos del titular, ya que la regla es neutra para los ingresos del propietario de la infraestructura. Los precios de acceso quedaría definidos por la siguiente formula:

$$\text{Precios de Acceso} = \text{Costos Directos} + \text{Costo de Oportunidad}$$

Según Economides y White (1995), la ECPR presenta los siguientes problemas.⁵⁹ Si la empresa titular tenía beneficios extraordinarios, los seguirá manteniendo incluso cuando se produzca la entrada de competidores, ya que considera que los precios finales son perfectamente competitivos, por lo que en este caso garantizaría rentas monopolísticas al propietario de la infraestructura.

Por otro lado, esta regla presenta también el problema de que cuando la empresa entrante es más eficiente que la empresa titular, toda la producción en el mercado descendente será delegada a la empresa entrante y la industria se quedará verticalmente desintegrada siendo irrelevante la regulación de los precios de acceso.

En cambio, si la empresa entrante es menos eficiente que la empresa titular, ésta no producirá y el mercado quedará integrado verticalmente, siendo los precios de acceso irrelevantes.

La regla de componentes eficientes no tiene una relación directa con los costos fijos, por lo que no crea los incentivos necesarios para recuperar las inversiones en infraestructura y fomentar que se siga invirtiendo en ésta.

⁵⁹ ECONOMIDES, N. and WHITE J.W., "Access and Interconnection Pricing: How Efficient is the "Efficient Component Pricing Rule"?", Antitrust Bulletin, vol. XL no.3, pp. 557-579, 1995.

3.4.- Variedad de productos, substitución tecnológica y “bypass”

Según Armstrong, Doyle y Vickers (1996) la fórmula de Precios Ramsey se puede generalizar para casos más complejos.⁶⁰ En particular, los entrantes pueden ofertar una nueva variedad de productos, incrementando así las elecciones de los consumidores. Las empresas entrantes podrán también autoabastecerse del cuello de botella, mediante el uso de tecnologías menos eficientes. Como por ejemplo, las diversas estrategias de entrada por parte de las empresas en el sector de la telecomunicaciones para evitar el uso completo de la infraestructura (*bypass*), ofertando servicios en el mercado descendente.

La formula de Precios Ramsey para evitar estas prácticas quedaría definida de la siguiente manera:

$$a = C_0 + \sigma \text{ Costo de Oportunidad} + \text{Término Ramsey}$$

Vemos como los precios de acceso también están en función del costo de oportunidad (ECPR) de la empresa titular, aunque estos costos están multiplicado por σ que es ratio de reemplazo (*displacement ratio*). El ratio de reemplazo nos indica la cantidad de las ventas que la empresa titular pierde por permitir el acceso a sus rivales. El costo directo de otorgar el acceso, C_0 , también esta presente al igual que el termino Ramsey.

El ratio de remplazo es normalmente inferior a uno, de acuerdo con el nivel de diferenciación entre productos, las oportunidades de evitar utilizar la infraestructura del titular (*bypass*) y la substitución tecnológica. No obstante, cuando no existe substitución entre productos, la empresa titular no pierde demanda ($\sigma = 0$).

El precio de acceso se establece por debajo del caso anterior (Precios Ramsey) para evitar que se deje de utilizar la infraestructura (*bypass*). Si el precio de acceso es muy

⁶⁰ AMSTRONG, M., DOYLE, C. y VICKERS, J., “The Access Pricing Problem: A Synthesis”, The Journal of Industrial Economics, vol. 44, no. 2, pp. 131-150, 1996.

elevado, los entrantes tendrán incentivos para construir instalaciones ineficientes en el cuello de botella. Por lo que existe un *trade-off* entre establecer los precios de acceso a un nivel bajo que permite la entrada de operadores ineficiente o por el contrario establecer el precio de acceso a un nivel alto que puede generar entrada en el mercado ascendente (evitando el uso del cuello de botella del titular (*bypass*)). Este *trade-off* se puede solucionar según Estache y Valletti (1998) mediante descuentos por cantidades en los precios de acceso. Las grandes empresas que entran en el mercado son las que tienen una mayor probabilidad de evitar el uso del cuello de botella (*bypass*), por lo que en la medida que paguen menos por el uso del cuello de botella, menor serán sus incentivos de dejar de utilizarlo. Por otro lado, el precio de acceso para pequeñas empresas sería lo suficientemente alto para evitar la entrada de empresas ineficientes. No obstante, hay que tener presente que favoreciendo la entrada de grandes empresas (mediante descuentos en los precios de acceso por la cantidad consumida) puede propiciar que se creen artificialmente rendimientos crecientes a escala en el mercado descendente (cambiando la estructura del mercado) y corriendo el riesgo de que sea menos competitivo. Otro inconveniente es que los pequeños usuarios pueden acabar pagando la mayor parte de los cargos de acceso.

3.5.- Información asimétrica

Hasta ahora nos hemos centrado en analizar los efectos que tienen los precios de acceso sobre el presupuesto del titular así como en el consumo de los bienes finales. Ahora vamos a analizar que es lo que ocurre cuando existe información asimétrica. Cuando hay información asimétrica es muy probable que tengamos problemas de riesgo moral y selección adversa.

Riesgo moral surge cuando los costos de la transacción no están asociados al agente que está asumiendo el riesgo. El resultado es que el agente que toma el riesgo tiende a adquirir más riesgo del que él optaría si tuviese que hacer frente a todos los costos inherentes del riesgo que está asumiendo. Por ejemplo, las personas que tienen un seguro antirrobo de la vivienda tienen más probabilidad de dejar las

puertas de sus casas abiertas que aquellas personas que no tienen un seguro antirrobo.

Selección adversa aparece cuando una de las partes tiene más información que la otra parte. Akerlof (1970) toma como ejemplo el mercado de coches de segunda mano.⁶¹ Akerlof parte de la base de que los vendedores conocen la calidad de los coches, mientras que los compradores desconocen dicha calidad. La información asimétrica propiciaba que los coches quedasen valorados en función de su calidad media, implicando que el propietario de un coche de buena calidad tuviese menos probabilidad de vender debido a que el precio que el consumidor ofertaría sería inferior al precio que el propietario estaría dispuesto a venderlo. Akerlof (1970) argumentó que en el extremo, el mercado puede dejar de existir, debido a la información asimétrica existente entre vendedores y compradores.

El problema que se le plantea al regulador es que no puede controlar los esfuerzos de las empresas para reducir los costos, ya que tiene menos información que las empresas sobre su eficiencia tecnológica. La literatura sobre regulación con información asimétrica señala una compensación entre provisión de incentivos y extracción de rentas. En términos generales, el esfuerzo está controlado por contratos de precios máximos (*price caps*) que hacen que la empresa tenga el incentivo de reducir costos. Mientras que la extracción de rentas está mejor controlada con contratos de rendimientos sobre costos (*cost-plus*). La formula de precios de acceso quedaría modificada de la siguiente manera:

$$a = \text{Costos Directos} + \text{Término Ramsey Modificado} + \text{Corrector Incentivos}$$

El término de corrector de incentivos se utiliza mediante un menú de contratos, pudiendo las empresas elegir los contratos libremente para mejorar su rendimiento.

Las empresas menos eficientes tienen que seleccionar voluntariamente el contrato que tenga el incentivo de no hacerles producir demasiado y que limite sus beneficios (esto es lo que hace la regulación a través de los retornos de la inversión).

⁶¹ AKERLOF, G.A., "The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism", The Quarterly Journal of Economics, 1970, Vol. 84, Issue 3, pp. 488-500

1. Separación de costos sin la observación del esfuerzo

En el caso de que los costos de las diversas actividades sean observables separadamente (ej. los costos de la transmisión y generación de electricidad), pero el regulador no pueda distinguir el nivel de dependencia de cada costo sobre la reducción de éste por esfuerzo o por suerte, el incentivo que establece el regulador es una reducción de cantidades producidas por el cuello de botella. Como resultado, el titular tendrá que establecer unos precios mayores en el mercado de productos. Esto sucede porque los costos de acceso son los mismos para ambas empresas (titular y entrantes).

Hay que tener en cuenta que la empresa titular no podrá solicitar simultáneamente el incremento del precio del bien intermedio y la obtención de eficiencias en ese mismo producto, debido a que esto propiciaría una renta adicional para la empresa titular. La autoridad competente realizará una comparación entre los precios de acceso y el nivel de precios en el mercado descendente para precisar si existe una actividad anticompetitiva.

2. No se pueden observar los costos ni el esfuerzo

En este caso el regulador no puede separar los costos del mercado ascendente y descendente. Este problema es especialmente importante cuando nuevas instalaciones son construidas por el titular para dar acceso a los entrantes. Aquí, el titular puede reclamar que tiene unos elevados costos directos de proporcionar acceso a sus rivales (sin penalización en el mercado de productos finales). Por lo que hay un riesgo de que la empresa titular excluya a los rivales del mercado, disfrutando al mismo tiempo de beneficios en el mercado descendente.

El titular puede decidir como asigna los costos fijos en varios servicios. Cuando este poder de asignación es limitado, sería posible usar herramientas regulatorias para que el titular reporte cuentas diferentes (mercado ascendente y mercado descendente). Mediante la separación contable, el regulador puede ver cómo el precio de acceso es el mismo para

las empresas entrantes y la titular. La separación contable permite reducir las prácticas anticompetitivas y aumentar la información que posee el regulador sobre los costos.

Sin embargo, cuando el regulador no pueda solicitar o ver la separación de los costos del mercado ascendente y descendente (integración vertical), la separación contable no permitiría controlar los resultados en el segmento competitivo (mercado descendente). La separación contable no sería una buena herramienta regulatoria debido a que el titular tendría incentivos para realizar manipulaciones contables y reclamar costos mayores a los reguladores de los que realmente tiene.

Por otra parte, cuando los competidores utilizan tecnologías similares a la de la empresa titular en el segmento competitivo del mercado (mercado descendente), el regulador también puede usar el resultado de la empresa entrante como un índice para controlar la eficiencia de la empresa titular (*“yardstick competition”*).

3.6.- Inversiones

El principal problema en el diseño de los precios de acceso es que el titular y el entrante deben alinear sus incentivos en relación con las decisiones de inversión en las que hay un cierto grado de exclusividad. Por ejemplo, en la transmisión de electricidad o en las vías férreas, es exclusivamente responsabilidad del titular invertir en el cuello de botella.

A continuación analizaremos esta problemática desde el punto de vista del titular, el entrante y el regulador.

1. Empresa titular

El titular puede que enfrente dos tipos de situaciones. La primera, según Wildman (1997), que las inversiones realizadas en el pasado (antes de la restructuración) no están aún totalmente amortizadas y los precios de acceso están diseñados de tal manera que reflejan el déficit de financiación residual.⁶² El problema parte de que la empresa

⁶² WILDMAN, S. S., “Interconnection Pricing, Stranded Costs, and the Optimal Regulatory Contract”, *Industrial and Corporate Change*, vol. 6 no.4, 1997.

titular regulada hizo las inversiones anteriormente bajo el supuesto de que todos los costos serían recuperables y no contó con la entrada de nuevas empresas (*stranded costs*).

En este caso, el regulador tiene que plantearse el grado de competencia que puede recibir el titular. Si el regulador tiene poca información sobre las inversiones en infraestructura, el titular puede deliberadamente sobrevalorarlas o puede encarecerlas (comprar las opciones más caras en cuanto a materiales se refiere). En este caso, debido a la ventaja informativa de la empresa titular, la autoridad regulatoria no tiene que garantizar la recuperación de costos. Sin embargo, esto no debe suponer unos precios de acceso inferiores, debido a que parte de un fallo regulatorio (las inversiones fueron aprobadas por los reguladores), teniendo el regulador que garantizar la compensación de todas las inversiones prudentemente realizadas. La magnitud del déficit que se debe recuperar por medio del precio de acceso sólo podrá determinarse cuando los términos del contrato entre el gobierno y la empresa regulada estén claramente definidos.

Por otro lado, el regulador se planteará cómo dividir los costos entre los clientes del titular y los entrantes. Esto parte de la base de que las inversiones son un costo hundido, teniendo los competidores la oportunidad de entrar una vez que estas inversiones hayan sido realizadas (la empresa titular incurrirá en la mayor parte de los costos de las inversiones).

Si la empresa titular anticipa esta medida, existe el riesgo de que no se produzcan inversiones (problema de "*hold-up*"). La solución ante este problema es que el regulador asegure que los precios de acceso no sean muy bajos y establezca un contrato sobre los compromisos de ambas partes.

Los contratos a largo plazo clarificarán los compromisos de todas las partes involucradas pero pueden facilitar la colusión. Lo óptimo sería un mercado descendente perfectamente competitivo, pudiendo el titular tener más oportunidades para encontrar a otra empresa para realizar las inversiones conjuntamente.

2. Empresa entrante

Los entrantes también valoran el nivel y distribución del riesgo en el negocio en el que quieren participar. Todas las reglas que hemos discutido están basadas en el uso y éstas están establecidas en base al riesgo de la empresa titular. Por ejemplo, si la demanda es inferior a la esperada, es la empresa titular la que termina provisionando costos de capacidad inutilizados. En algunos casos, la empresa titular puede reducir ciertos riesgos por medio de la imposición de costos ligados a la capacidad. Los cargos por el uso de la capacidad pueden ser anticipados por medio del alquiler de capacidad en la empresa titular. Por lo que, cuando sea posible, acuerdos sobre capacidad de interconexión pueden ser bastante efectivos para reducir el riesgo que soporta la empresa titular. Como la información se obtiene de manera desigual entre las distintas partes, cada vez que la parte más informada soporta más riesgo, se esperarán ganancias de eficiencia. En principio, las empresas entrantes se beneficiarían del incremento de flexibilidad en la manera de establecer los precios. Los cargos por uso tienen una estructura que refleja el modo en que la empresa titular establece las tarifas (más evidente con el ECPR). Con los acuerdos de capacidad, los entrantes no pueden establecer libremente sus tarifas individuales, sin ser revisados por la empresa titular.

Aunque es importante tener en cuenta el riesgo presente, no debería ser primordial evaluarlo en el precio de acceso, ya que su diseño no debería ser una garantía para la empresa titular de recuperar sus costos fijos, ni para la empresa entrante de poder competir efectivamente. El riesgo comercial siempre ha existido en el mercado y ha sido tenido en cuenta por las empresas y no por el regulador.

3. El regulador

El regulador estudia las implicaciones sobre los precios de acceso mediante las interacciones repetidas entre la empresa regulada y los reguladores. Cuando existe información asimétrica, el regulador siempre intentará predecir los costos en base al rendimiento presente de la empresa. En base

a esos rendimientos se establecerán los objetivos futuros. El problema que esto presenta, es que una producción actual elevada propiciaría una producción futura en la misma línea, forzando a la empresa a ser más y más eficiente o sería penalizada. Para evitar esto, la empresa tendrá incentivos a producir menos para no ser penalizada. Esta situación es más difícil que tenga lugar si existe información perfecta entre el regulador y las empresas dado que los objetivos se fijarán conforme a la información real de cada año y no basado en perspectivas de rendimiento.

3.7.- Resumen de las maneras de regular los precios de acceso

En la siguiente tabla mostramos, de manera resumida, todos los casos que hemos tratado, indicando como se establecen los precios de acceso y los remedios propuestos para cada una de la diferentes situaciones.

Figura 3
Precios de Acceso: Estructura Verticalmente Integrada

Casos básicos	Precios de acceso:	Problemas potenciales:	Remedios eventuales:
Mejor Opción (<i>First best</i>)	Costo marginal	Requiere pagos de un tanto alzado (<i>lump sums</i>). De lo contrario, los costos fijos no se cubren.	• Ajustar las tarifas • Fondos OSU
Segunda mejor Opción (<i>Second best</i>)	Ramsey	• Contenido informativo • Puede que no sea sostenible	Precios máximos (<i>Price cap</i>)
Eficiencia productiva	ECPR	Regla parcial	
Extensiones:			
Promover la entrada: • Variedad de productos • Barreras a la entrada • Aprendizaje (<i>Learning-by-doing</i>)	Reducir	Costos fijos puede que no se recuperen	• Subvenciones directas • Igual acceso
• Eludir (<i>Bypass</i>) • Duplicación de costos	Incrementar	Desventaja para los pequeños entrantes	Descuentos por cantidades
Riesgo y Retención (<i>hold up</i>) (titular)	Incrementar		• Contratos a largo plazo • Mercados al contado (<i>spot</i>) y mercados a futuro (<i>forward</i>) • Cargos por capacidad
Información asimétrica	Regulación por medio de incentivos	Prácticas predatorias	• Separación contable • Precios suelo y precios máximo
Poder de mercado	Reducir	Costos fijos puede que no se recuperen	Regulación de precios

Fuente: VALLETTI, T. y ESTACHE, A., "The Theory of Access Pricing: An Overview for Infrastructure Regulators"; World Bank Policy Research Working Paper, No2097, 1999.

En cualquier caso, es importante mencionar que establecer los precios de acceso en una industria verticalmente integrada es una difícil tarea para los reguladores debido a la asimetría de información que existe y la necesidad de acceder a dicha información para tomar una medida adecuada.

4. Conclusiones

Este trabajo sobre insumos esenciales buscar ilustrar la complejidad de esta nueva figura legal de la LFCE y la necesidad de llevar a cabo un análisis muy pormenorizado de todos los elementos que la componen, así como realizar un estudio caso por caso.

La doctrina de los insumos esenciales ha sido particularmente útil en EUA y en Europa para introducir competencia en aquellos sectores donde la privatización de monopolios públicos creó situaciones que podrían dar lugar a discriminaciones y donde la regulación sectorial no llegó a implantar la competencia a la velocidad deseada.

Los resultados positivos de proveer un acceso no discriminatorio a los insumos esenciales han sido especialmente notorios en EUA y en Europa en sectores como las telecomunicaciones donde consiguieron bajar las tarifas por minuto o el precio por megabyte en internet o en industrias de red donde nuevas empresas pudieron empezar a competir eficientemente con la empresa dominante.

Sin embargo, estas jurisdicciones han pasado por un proceso de aprendizaje que les ha permitido distinguir muy bien entre los casos donde los efectos positivos de proveer un acceso superan los efectos negativos de no proveerlo.

En México, todavía no está claro cómo se van a interpretar cada uno de los requisitos que establece la LFCE para determinar la existencia de un insumo esencial. La falta de precedentes crea cierta inseguridad jurídica para las empresas que se puedan ver sometidas a una investigación por insumos esenciales. Para evitar o reducir esta falta de certidumbre, este trabajo expone brevemente cómo se han interpretado requisitos muy similares en otras jurisdicciones y cómo podrían interpretarse en México para actuar de manera consecuente con las mejores prácticas internacionales.

Así, la noción de “control” de un insumo esencial, dónde es necesario tener “poder sustancial de mercado”, el estándar de prueba de la “indispensabilidad” o incluso el alcance de las “eficiencias”, todos estos elementos van a definir los límites de la doctrina de los insumos esenciales en México.

Por último, además de la complejidad legal que hemos mencionado y aún habiendo cumplido con todos los requisitos para declarar la existencia de un insumo, la determinación de un precio de acceso al mismo es más difícil todavía.

Como hemos visto, existen varias metodologías para calcular un precio de acceso a este insumo esencial “justo y razonable”. Sin embargo, ninguna de ellas es perfecta. Por un lado, es necesario conocer muy bien el sector para saber si es más oportuno aplicar una metodología basada en costos o en beneficios, si interesa más discriminar entre los usuarios que sean capaces de absorber más precio y los que menos o si es mejor aplicar la misma tarifa a todos y compensar mediante subsidios. Pero además, por otro lado, en casi todos los casos va a existir una asimetría de información entre las empresas y el regulador que va a dificultar esta tarea.

Esta asimetría de información va a tener varios efectos: (i) va a existir un riesgo de calcular una tarifa que no sea óptima y (ii) va a crear unos costos extras de regulación derivados del monitoreo del cumplimiento de las tarifas y del intercambio continuo de información entre empresas y regulador. Estos costos extras de regulación probablemente acaben trasladándose al consumidor, lo que podría cuestionar los beneficios de la regulación.

Por lo tanto, es necesario que el regulador analice muy bien, tanto que la existencia del insumo esencial responda al objeto legal que pretende proteger la ley, como que los beneficios de regular ese insumo superen ampliamente los riesgos de no hacerlo correctamente más los costos asociados a una nueva regulación.