

## **Gerencia de Relaciones Empresariales**

---

# **Controversia entre V. O. Cable S.A. y Luz del Sur S.A.A. por supuestas prácticas contrarias a la Libre Competencia**

---

Informe 002-2001/GRE

Lima, 7 de mayo de 2001.



# **CONTROVERSIA ENTRE V.O. CABLE S.A. Y LUZ DEL SUR S.A.A. POR SUPUESTAS PRÁCTICAS CONTRARIAS A LA LIBRE COMPETENCIA**

## **ÍNDICE**

<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>3</b>
<b>I. EMPRESAS INVOLUCRADAS</b>	<b>3</b>
1. Demandante	3
2. Demandado	3
<b>II. POSICIONES DE LAS PARTES</b>	<b>3</b>
1. Posición de VO CABLE	3
2. Posición de LUZ DEL SUR	4
<b>III. PUNTOS CONTROVERTIDOS</b>	<b>6</b>
1. Primer punto controvertido	6
2. Segundo punto controvertido	6
<b>IV. COMPETENCIA DE OSIPTEL PARA RESOLVER LA CONTROVERSIA</b>	<b>6</b>
<b>V. APLICACIÓN DEL DECRETO LEGISLATIVO 701 A LA PRESENTE CONTROVERSIA</b>	<b>7</b>
<b>VI. ANÁLISIS DEL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO</b>	<b>8</b>
1. Aspectos relativos al Mercado Relevante	9
2. Servicio en Cuestión	9
3. Delimitación de Producto	9
4. Delimitación Geográfica	14
5. Delimitación del Nivel Comercial	16
6. Mercado Relevante aplicable a la Controversia	17
7. Posición de Dominio	17
8. Presunta Infracción al inciso a) del artículo 5° del Decreto Legislativo 701	25
9. Presunta Infracción al Inciso b) del artículo 5° del Decreto Legislativo 701	30
<b>VII. ANÁLISIS DEL SEGUNDO DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS</b>	<b>33</b>
<b>VIII. MEDIDAS CORRECTIVAS Y SANCIONES</b>	<b>34</b>
1. Sobre las Medidas Correctivas	35
2. Sobre las Sanciones Pecuniarias	36
<b>IX. CONCLUSIONES</b>	<b>37</b>
<b>ANEXO I</b>	Error! Bookmark not defined.
<b>ANEXO II</b>	<b>41</b>

## **INTRODUCCIÓN**

El presente informe tiene como objeto presentar al Cuerpo Colegiado el resultado de la investigación y análisis realizados por la Secretaría Técnica en su calidad de órgano instructor del procedimiento seguido por V.O. Cable S.A. (en adelante VO CABLE), contra Luz del Sur S.A.A. (en adelante LUZ DEL SUR), detallando el análisis efectuado sobre las supuestas prácticas contrarias a la libre competencia denunciadas por VO CABLE en la controversia seguida con la empresa LUZ DEL SUR, en lo referido al alquiler de postes para el tendido de red de cable.

Para el referido análisis se han tomado en consideración los medios probatorios solicitados por la Secretaría Técnica, así como los demás medios probatorios y documentos que obran en el expediente.

## **I. EMPRESAS INVOLUCRADAS**

### **1. Demandante**

VO CABLE es una empresa privada que, mediante Resolución Ministerial N° 270-99-MTC/15.03 de fecha 21 de junio de 1999, obtuvo la concesión para prestar el servicio público de distribución de radiodifusión por cable (en adelante Televisión por Cable) en el Centro Poblado de Huaycán y zonas aledañas, distrito de Ate Vitarte, provincia de Lima.

### **2. Demandado**

LUZ DEL SUR es una empresa privada dedicada a la distribución de energía eléctrica, concesionaria del servicio público de electricidad, inscrita en la ficha 131719 del Registro de Personas Jurídicas de Lima.

## **II. POSICIONES DE LAS PARTES**

Con fecha 19 de octubre del año 2000, VO CABLE interpuso una demanda contra LUZ DEL SUR con el fin de que esta última suscriba con ella un contrato para el uso de sus postes, fijando una tarifa adecuada y justa conforme con el deterioro y mantenimiento que pudiera ocasionar a dichos bienes.

### **1. Posición de VO CABLE**

VO CABLE fundamenta su demanda principalmente en virtud de los siguientes argumentos:

- a. LUZ DEL SUR y VO CABLE han estado negociando el uso de los postes de la primera por parte de la última desde enero de 1999, habiendo LUZ DEL SUR, en diciembre de 1999, autorizado verbalmente a VO Cable el uso de sus postes, en tanto se ponían de acuerdo en los términos del contrato, tal como consta en las comunicaciones presentadas por VO CABLE.
- b. No obstante lo indicado, en octubre de 2000, LUZ DEL SUR comunicó verbalmente a VO CABLE que (i) había decidido no arrendar sus postes; (ii) requería el pago una suma “exorbitante” por el uso que les habían venido dando; y, (iii) que VO CABLE debía retirar sus cables, bajo apercibimiento de iniciar acciones judiciales en contra esta última empresa.
- c. LUZ DEL SUR cuenta con una posición dominante en el mercado de postes en el Centro Poblado de Huaycán, por cuanto la única otra empresa que

cuenta con postes en dicha zona es Telefónica del Perú S.A.A. (TELEFÓNICA), a la cual no es posible recurrir debido a que es la propietaria de Cable Mágico, competidora directa de VO CABLE. Además, existen restricciones municipales para la instalación de nuevos postes.

- d. No existe motivo que justifique la negativa de LUZ DEL SUR, por cuanto sus conexiones no dañan a las instalaciones de dicha empresa, sino que le permiten incrementar sus ingresos con una utilidad neta marginal. En tal sentido, su negativa es injustificada y en consecuencia configura un caso de abuso de posición de dominio, de acuerdo con el artículo 5° inciso a) del Decreto Legislativo 701.
- e. LUZ DEL SUR ha arrendado sus postes a otras empresas de cable, aplicando en consecuencia, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que colocan a los competidores de VO CABLE en una situación ventajosa frente a ésta, configurando el supuesto de abuso de posición de dominio comprendido en el artículo 5° inciso b) del Decreto Legislativo 701, así como el supuesto de prácticas restrictivas de la libre competencia tipificada en el artículo 6° inciso e).
- f. El retiro de la red de VO CABLE de los postes de LUZ DEL SUR, afectaría el derecho a las comunicaciones de los habitantes de Huaycán, así como a la inversión privada en el sector telecomunicaciones del país.
- g. Es falso que las conexiones de cables coaxiales de televisión en postes de distribución eléctrica sean potencialmente peligrosas para las vidas o bienes de terceros, porque sino no habrían sido autorizadas expresamente en el Código Nacional de Electricidad.
- h. En virtud de lo anterior debe disponerse que LUZ DEL SUR suscriba un contrato con VO CABLE, conforme a tarifas justas y equitativas acordes con el deterioro y mantenimiento que pudiera ocasionar a los postes utilizados.

## **2. Posición de LUZ DEL SUR**

LUZ DEL SUR contestó la demanda, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, principalmente, en virtud de los siguientes argumentos:

- a. OSIPTEL debe inhibirse de conocer la controversia planteada por VO CABLE, por cuanto el artículo 36° de la Ley N° 27336 en el cual se fundamenta su competencia, no es aplicable en el presente caso, debido a que no existe, ni ha existido, vínculo contractual alguno ni relación jurídica válida entre LUZ DEL SUR y VO CABLE.
- b. LUZ DEL SUR se rige por las normas de la Ley de Concesiones Eléctricas N° 25844, la cual en su artículo 1° señala: “Las disposiciones de la presente Ley norma lo referente a las actividades relacionadas con la generación, transmisión, distribución y comercialización de la energía eléctrica.
- c. Ante la solicitud de VO CABLE, LUZ DEL SUR, mediante carta de marzo de 1999, solicitó a la primera la presentación de diversos documentos para realizar la evaluación técnica respectiva. En la misma carta, LUZ DEL SUR condiciona el alquiler de sus postes a la comunicación que por escrito se les enviaría con el valor del alquiler de los referidos postes.

- d. VO CABLE remitió la información solicitada por LUZ DEL SUR, quedando pendiente la evaluación técnica respectiva por parte de esta última que, en última instancia, sería la que definiría la factibilidad de la solicitud.
- e. El Centro Poblado de Huaycán es una zona de alta reincidencia en conexiones clandestinas de energía eléctrica así como de reventa del servicio, aspectos que son realizados de manera precaria. Es responsabilidad de LUZ DEL SUR el mantener un adecuado servicio de distribución de energía eléctrica, de acuerdo con los estándares de calidad y normas técnicas que al respecto rigen, y, en el caso se produjese alguna situación de responsabilidad, ésta tendría que ser asumida por LUZ DEL SUR ante OSINERG.
- f. En el mes de agosto de 1999 LUZ DEL SUR comunicó a VO CABLE que el uso de sus postes estaba totalmente restringido al servicio de alumbrado público, por lo que no autorizaba la utilización de sus postes. No obstante, VO CABLE indebidamente viene utilizando los postes de alumbrado público de LUZ DEL SUR.
- g. Si bien VO CABLE tiene derecho a usar las facilidades instaladas para el desarrollo de su negocio, no tiene derecho a poner en riesgo la salud pública, lo cual realizaría al hacer un uso arbitrario de los postes de alumbrado público. De ser éstos manipulados erróneamente podría ser que se presentaran hechos que lamentar.
- h. No existe posición de dominio por parte de LUZ DEL SUR, en la medida que también existen postes de propiedad de otras empresas como Telefónica del Perú S.A.A. En todo caso esta última empresa al negar la utilización de sus postes estaría abusando de su posición dominante; en cambio, el tendido de cables en los postes de LUZ DEL SUR genera riesgos de electrificación.
- i. El arriendo de los postes de alumbrado público a VO CABLE generaría un perjuicio a LUZ DEL SUR en caso de ocurrir algún accidente, por cuanto les generaría pérdidas por daños a terceros, así como por las correspondientes sanciones que le aplicaría OSINERG.
- j. El Decreto Legislativo 701 no resulta aplicable a LUZ DEL SUR, por cuanto no se estaría infringiendo el artículo 5° de dicha norma, máxime cuando LUZ DEL SUR y VO CABLE no son empresas competidoras.
- k. VO CABLE no ofrece las garantías necesarias para que LUZ DEL SUR le permita instalar sus cables en los postes de alumbrado público; más bien LUZ DEL SUR corre un riesgo al efectuar un negocio con VO CABLE en la medida que ha quedado demostrado que actuó irresponsablemente al instalar sus cables en los postes de alumbrado público sin consentimiento alguno, poniendo en riesgo sus instalaciones y la de sus usuarios.
- l. LUZ DEL SUR no se encuentra obligada a suscribir un contrato con VO CABLE en virtud del principio de la libre contratación y de la falta de seriedad de VO CABLE que se deriva de los actos descritos anteriormente.

- m. LUZ DEL SUR ha suscrito contratos de arrendamiento de postes con empresas serias, con las cuales se efectuaron las coordinaciones y autorizaciones correspondientes, así como las instalaciones técnicas conforme a Ley.

### **III. PUNTOS CONTROVERTIDOS**

De acuerdo con lo señalado por la Resolución N° 010-2000-CCO/OSIPTEL de fecha 15 de diciembre de 2000, los puntos controvertidos materia de la presente controversia son los siguientes:

#### **1. Primer punto controvertido**

Determinar si la negativa de la empresa LUZ DEL SUR de satisfacer la demanda de alquiler de sus postes a la empresa VO CABLE constituye un supuesto de abuso de posición de dominio de acuerdo con los incisos a) y/o b) del artículo 5° del Decreto Legislativo 701.

#### **2. Segundo punto controvertido**

Determinar si la negativa de la empresa LUZ DEL SUR de satisfacer la demanda de alquiler de sus postes a la empresa VO CABLE constituye un supuesto de práctica restrictiva de la libre competencia de acuerdo con el inciso e) del artículo 6° del Decreto Legislativo 701.

### **IV. COMPETENCIA DE OSIPTEL PARA RESOLVER LA CONTROVERSIA**

LUZ DEL SUR ha solicitado que OSIPTEL se inhiba de pronunciarse sobre la presente controversia por considerar que este organismo carece de competencia para resolver la misma. Esta posición se fundamentaría en que el artículo 36° de la Ley N° 27336 no resulta aplicable al presente caso, por cuanto no existe ni ha existido vínculo contractual alguno, ni relación jurídica válida entre LUZ DEL SUR y VO CABLE.

Tomando en consideración este aspecto manifestado por la demandada, la Secretaría Técnica considera necesario plantear su posición al respecto, antes de proceder a analizar los puntos controvertidos.

El Reglamento General de OSIPTEL para la Solución de Controversias en la Vía Administrativa<sup>1</sup> (en adelante RGSC), en su artículo 28° establece que las excepciones se proponen conjunta y únicamente dentro de un plazo máximo de tres días contados desde la notificación de la demanda.

En el presente caso, la alegada incompetencia de OSIPTEL para conocer de esta controversia no fue opuesta en la forma de excepción expresamente prevista en el RGSC en la etapa procesal correspondiente, por lo que esta Secretaría Técnica considera que dicha alegación debe ser declarada improcedente.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que el artículo 36° de la Ley N° 27336<sup>2</sup> establece que:

---

<sup>1</sup> Aprobado mediante la Resolución N° 027-99-CD/OSIPTEL y publicado en el diario oficial El Peruano el 12 de octubre de 1999.

<sup>2</sup> Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades de OSIPTEL, publicada en el diario oficial El Peruano el 5 de agosto de 2000.

*“(…) Además de las controversias señaladas en el Decreto Supremo N° 013-93-TCC, Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, y en la Ley N° 26285, Ley que dispone la desmonopolización progresiva de los servicios públicos de telecomunicaciones, OSIPTEL es competente para conocer de toda controversia que se plantee como consecuencia de acciones u omisiones que afecten o puedan afectar el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, aunque sólo una de las partes tenga la condición de empresa operadora de tales servicios.” (Subrayado agregado).*

De acuerdo con dicho artículo OSIPTEL cuenta con competencia para resolver controversias planteadas entre empresas operadoras y no operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones siempre que: i) se refieran a acciones u omisiones cometidas por alguna de las partes del procedimiento; y, ii) que producto de dichas acciones u omisiones se afecte o se pueda afectar el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones.

La presente controversia: i) involucra a una empresa operadora de servicios públicos de telecomunicaciones –VO CABLE- y a una empresa no operadora de tales servicios –LUZ DEL SUR-; ii) involucra omisiones cometidas por LUZ DEL SUR –supuesta negativa a suscribir un contrato con VO CABLE para la utilización de sus postes-<sup>3</sup>; y, iii) se refiere a una posible afectación del mercado de servicios públicos de telecomunicaciones producto de las omisiones cometidas por LUZ DEL SUR –la negativa a suscribir el contrato podría impedir que VO CABLE ofrezca sus servicios, afectándose tanto a esta empresa como a sus usuarios-; de esta forma se cumplen todos los requisitos previstos por la Ley. En tal sentido, OSIPTEL, a través del Cuerpo Colegiado cuenta con plena competencia para resolver, en primera instancia administrativa, la presente controversia.

En virtud de lo expuesto, la Secretaría Técnica considera que la alegación de LUZ DEL SUR, referida a que el artículo 36° de la Ley N° 27336 no resulta aplicable al presente caso, carece de fundamento.

## **V. APLICACIÓN DEL DECRETO LEGISLATIVO 701 A LA PRESENTE CONTROVERSIA**

LUZ DEL SUR ha argumentado que las disposiciones contenidas en el Decreto Legislativo 701 no le son aplicables, por cuanto no están infringiendo el artículo 5° de dicha norma, además de que entre ella y VO CABLE no existe una relación de competencia.

Cabe indicar que el artículo 1° del referido Decreto Legislativo, establece como objeto de la norma *“eliminar las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia en la producción y comercialización de bienes y en la prestación de*

---

<sup>3</sup> Al respecto, se debe señalar que la no existencia de vínculo contractual alguno, ni relación jurídica válida entre LUZ DEL SUR y VO CABLE es atribuible a la primera empresa –véase el folio 000112 del Expediente-, por lo que en el presente caso se podría estar configurando una negativa a contratar. Al respecto, el inciso a) del artículo 5° del Decreto Legislativo 701 señala que las negativas injustificadas a contratar pueden constituir un caso de abuso de posición de dominio y, por tanto, una práctica contraria a la libre competencia. Así, uno de los aspectos que se debe analizar en el presente procedimiento es si dicha negativa es justificada o injustificada. Por tanto, la no existencia de vínculo contractual no puede ser utilizado como argumento para fundamentar la inaplicabilidad de las normas cuyo objeto es eliminar las prácticas contrarias a la libre competencia.

*servicios, permitiendo que la libre iniciativa privada se desenvuelva procurando el mayor beneficio de los usuarios y consumidores.”*

Para dichos efectos, la citada norma en su artículo 3° prohíbe los actos o conductas que constituyan un abuso de posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia.

Al respecto, los artículos anteriormente señalados expresan de manera general -y sin hacer distinción alguna- la prohibición de realizar prácticas que tengan un efecto nocivo sobre la libre competencia y que pudieran causar un perjuicio al bienestar de los usuarios o consumidores. En tal sentido, dado que la norma no señala expresamente que la misma sólo resulta aplicable para aquéllos casos en los que exista una relación de competencia entre las partes, no cabe realizar dicha distinción para determinar su aplicabilidad a la presente controversia.

En conclusión, es opinión de esta Secretaría Técnica que carece de fundamento el argumento de LUZ DEL SUR referido a que no le es aplicable el Decreto Legislativo 701 por no existir una relación de competencia entre dicha empresa y VO CABLE.

## **VI. ANÁLISIS DEL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO**

El primero de los puntos controvertidos está referido a la determinación de si la negativa de LUZ DEL SUR de satisfacer la demanda de alquiler de sus postes a la empresa VO CABLE constituye un supuesto de abuso de posición de dominio de acuerdo con los incisos a) y/o b) del artículo 5° del Decreto Legislativo 701.

El artículo 5° del Decreto Legislativo 701 establece que: *“Se considera que existe abuso de posición de dominio en el mercado, cuando una o más empresas que se encuentran en la situación descrita en el artículo anterior, actúan de manera indebida, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros que no hubieran sido posibles de no existir la posición de dominio (...)”*

Asimismo, el artículo 4° de la misma norma, establece que: *“Se entiende que una o varias empresas gozan de una posición de dominio en el mercado, cuando pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores, (...)”*

De lo expuesto en los párrafos anteriores se concluye que, a fin de determinar si la negativa de LUZ DEL SUR de satisfacer la demanda de alquiler de sus postes a VO CABLE constituye un supuesto de abuso de posición de dominio, primero debe analizarse si la demandada cuenta con dicha posición. Para ello, de conformidad con lo establecido en los Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Libre Competencia en el Ambito de las Telecomunicaciones<sup>4</sup> (en adelante LINEAMIENTOS), corresponde efectuar un análisis en dos etapas:

*“a. Debe determinarse el mercado relevante, es decir, qué bienes y/o servicios puede considerarse que compiten con el de la empresa cuya posición de dominio en el mercado se quiere determinar, y dentro de qué espacio geográfico y en qué nivel comercial se da dicha competencia; y*

---

<sup>4</sup> Aprobados mediante la Resolución N° 003-2000-CD/OSIPTel y publicados en el diario oficial El Peruano el 8 de febrero de 2000.



*b. Determinar el nivel de competencia en el mercado relevante previamente determinado, y el poder real de mercado de la empresa investigada en dicho mercado.”*

En tal sentido, a continuación se procederá a: i) determinar el mercado relevante de la presente controversia; y, ii) analizar si LUZ DEL SUR cuenta con posición de dominio en el mercado relevante que se determine.

### **1. Aspectos relativos al Mercado Relevante**

De conformidad con los LINEAMIENTOS, el mercado relevante es el área geográfica sobre la base de la cual se va a definir la participación de una empresa en el mercado, el nivel comercial y los productos o servicios que deben ser considerados sustitutos adecuados.

En tal sentido, los principales factores que deben analizarse son: i) el producto o servicio; ii) el ámbito geográfico; y, iii) el nivel comercial.

### **2. Servicio en Cuestión**

Para determinar los productos o servicios sustitutos, primero se tiene que determinar cuál es el producto o servicio sobre el cual se desea conocer la existencia de sustitutos.

Tal como se desprende de la demanda, el servicio cuya prestación se requiere, y sobre la cual se centra la discusión, es el servicio de alquiler de postes que LUZ DEL SUR podría ofrecer a VO CABLE para el tendido de su red de cable. A este servicio, en lo sucesivo, se le denominará "Servicio en Cuestión".

### **3. Delimitación de Producto<sup>5</sup>**

La delimitación de producto busca determinar qué servicios son buenos sustitutos, desde el punto de vista de los compradores, del Servicio en Cuestión previamente definido.

Para hallar la sustitución por el lado de la demanda se deben tomar en cuenta, principalmente dos factores: i) que los compradores le puedan dar al supuesto servicio sustituto el mismo uso, o un uso similar, al que le dan al Servicio en Cuestión; y, ii) que los compradores estén dispuestos a pagar el costo de estos servicios sustitutos en lugar de utilizar el Servicio en Cuestión.

En el presente caso se debe empezar a delimitar el producto listando una serie de servicios que permitan a VO CABLE reemplazar la utilización de los postes de LUZ DEL SUR, de tal manera que pueda ofrecer el servicio de Televisión por Cable a sus usuarios. Al respecto, se han identificado los siguientes servicios que podrían ser sustitutos del Servicio en Cuestión:

- ***Utilización de postes propios***

En lugar de utilizar los postes de LUZ DEL SUR, VO CABLE podría instalar su propia planta de postes para tender su red de cables y brindar el servicio de Televisión por Cable. Esta alternativa, técnicamente constituye un sustituto del Servicio en Cuestión, por cuanto el uso que le daría a dichos postes es similar al que le permite el referido servicio.

---

<sup>5</sup> En lo sucesivo, cuando se haga referencia al término “producto”, se entenderá que éste se relaciona con la prestación de algún servicio.

Sin embargo, para determinar si un servicio es sustituto de otro, no basta con la sustitución técnica, sino que es necesario determinar las posibilidades de sustitución económica. En el presente caso, esto implica determinar si VO CABLE incurriría en costos más altos al utilizar sus propios postes de los que incurriría o incurre en caso de utilizar el Servicio en Cuestión.

La renta a pactarse por el arrendamiento de postes depende principalmente de la cantidad de postes utilizados, así como del tiempo que van ser utilizados. En el caso hipotético de una empresa que utiliza sus postes únicamente para ofrecerlos en arrendamiento (Empresa A), la renta que cobraría debería cubrir los costos en los que incurre dicha empresa – tales como los costos mismos de los postes, los costos de mantenimiento y un margen de utilidad razonable-, los cuales estarían distribuidos a lo largo de un horizonte temporal determinado que refleje la vida útil de los postes.

En tal sentido, si la Empresa A arrienda sus postes a una sola empresa (Empresa B), la renta a pagar por la Empresa B debería cubrir la totalidad de los costos incurridos por la Empresa A en su instalación. Esto implicaría que a la larga, los costos en los que incurriría la Empresa B al arrendar los postes a la Empresa A, serían similares a los que incurriría de instalar sus propios postes. La diferencia, sin embargo, sería que de optar por instalar sus propios postes, el costo de instalación se pagaría de una sola vez; mientras que de optar por el arrendamiento, el mismo costo estaría prorrateado a lo largo de la vida útil de los postes<sup>6</sup>.

Sin embargo, en el caso de que los postes sean utilizados por más de una empresa (e.g. VO CABLE y LUZ DEL SUR), entonces los costos medios por empresa deberían disminuir. Así, es posible concluir que la utilización de postes presenta economías de escala, pues los costos medios de utilización disminuyen –al menos hasta que se saturen los postes- conforme se incrementa la cantidad de empresas que hace uso de los mismos.

Debido a que en el presente caso, LUZ DEL SUR hace uso de sus propios postes<sup>7</sup>, la utilización de los mismos a la vez por parte de VO CABLE genera que los costos medios por empresa disminuyan, aspecto que se debería ver reflejado en la renta que el arrendador cobraría al arrendatario.

Por tanto, dadas las condiciones de los postes materia de la controversia (propiedad de LUZ DEL SUR y usado por ambas empresas), es posible

---

<sup>6</sup> Si bien es posible argumentar que resulta menos factible que una empresa realice en una sola vez la inversión necesaria para instalar sus propios postes, generando así que la sustitución no resulte factible, también es cierto que la empresa puede recurrir al sistema bancario para financiar dicha inversión a lo largo de un período de tiempo. En este caso, las cuotas que la empresa pagaría deberían ser semejantes a la renta que pagaría en caso utilizara postes arrendados, debido a que el costo financiero también debería estar incluido en la renta pactada, ya que probablemente el arrendador también tuvo que recurrir al sistema bancario para financiar la inversión necesaria para la instalación de los postes.

<sup>7</sup> En la mayor parte de los casos, los postes son utilizados por LUZ DEL SUR para dar el servicio de alumbrado público. En este caso, aunque LUZ DEL SUR no utiliza los postes de la misma manera que VO CABLE (puesto que no los utiliza para tender sus cable, sino que en muchos casos realiza esto último utilizando ductos subterráneos), es claro que hace cierto uso de los mismos, por lo que de compartirlos con otras empresas los costos medios disminuirían. El único caso en el cual LUZ DEL SUR no haría uso de sus postes es si los destinara únicamente para ofrecerlos en arrendamiento.

concluir que VO CABLE incurriría en un mayor costo en caso instalase una red de postes propia, comparado con el costo que le significa arrendar los postes de LUZ DEL SUR.

Sin perjuicio de lo anterior, conviene mencionar otros aspectos referidos a la posibilidad de que VO CABLE instale su propia red de postes.

En primer lugar se debe destacar que incluso en el supuesto de que resultase económicamente factible que VO CABLE instale sus propios postes, ello podría tomar cierto tiempo en tanto se realizan los estudios respectivos, las negociaciones con los fabricantes, la obtención de las licencias y permisos municipales respectivos, así como la instalación misma de los postes<sup>8</sup>. De esta manera, en el corto plazo no resultaría factible que una empresa como VO CABLE instale su propia planta de postes. Ello podría realizarse en el mediano o largo plazo. Por tanto, no puede considerarse que la utilización de postes propios por parte de VO CABLE constituya un sustituto del Servicio en Cuestión, al menos en el corto plazo<sup>9</sup>.

En segundo lugar, tomando en consideración el ornato de la ciudad, no resulta deseable que se instalen diversas redes de postes paralelas entre sí pertenecientes a distintas empresas. Esto se debe a que, además de las ineficiencias económicas que se generan por la duplicación de la infraestructura, se podría afectar y obstaculizar a los propios habitantes a quienes finalmente se desea servir. Debido a ello, las municipalidades pueden establecer restricciones a la instalación de postes pertenecientes a nuevas empresas<sup>10</sup>.

En tal sentido, debido a que la instalación de postes propios por parte de VO CABLE: i) no podría ser realizada en el corto plazo, ii) implicaría mayores costos para esta empresa respecto de la situación en la que se haga uso del Servicio en Cuestión en la modalidad de arrendamiento, iii) no resultaría deseable por razones de ornato, iv) no resultaría económicamente eficiente por cuanto la utilización de una red de postes presenta economías de escala; esta Secretaría Técnica es de la opinión de que la instalación de una

---

<sup>8</sup> De las investigaciones realizadas se ha podido hallar que el costo de un poste asciende a aproximadamente US\$ 100.00, mientras que los costos de instalación ascienden a aproximadamente US\$ 35 por poste. Estos costos no incluyen aquéllos derivados de obtener las licencias, ni permisos municipales, ni los estudios de factibilidad, entre otros.

<sup>9</sup> Este aspecto también ha sido tomado en cuenta por la agencia antimonopolio de la República de Venezuela: *“En el corto plazo, los usuarios de este servicio, las empresas del sector de telecomunicaciones, no tienen otras alternativas para la instalación de sus redes, aunque en el mediano o largo plazo, pudiesen construir sus propios postes y así eliminar su dependencia de los postes propiedad de las empresas eléctricas. Lo anterior significa que, en el corto plazo, no existen otros sistemas que puedan competir con las redes de postes que posean las compañías eléctricas, lo cual es equivalente a decir que no existen otros productos que estén incluidos en el mismo mercado producto.”* En Resolución N° SPPLC/034-99 del 29 de junio de 1999 emitida por la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia de la República de Venezuela.

<sup>10</sup> Por ejemplo, en la ciudad de Huancayo, el 28 de abril de 1998 la municipalidad provincial emitió la Ordenanza Municipal N° 06-98-MPH/CM mediante la cual restringía las nuevas ejecuciones de cableado aéreo, ordenando la obtención de la autorización municipal correspondiente previa, para lo cual se debía presentar un informe técnico en materia de ornato y seguridad. Si bien esta ordenanza fue derogada el 13 de mayo de 1999, da una muestra de que por cuestiones de ornato, puede resultar justificado que se restrinja la instalación indiscriminada de redes distintas de postes.

red de postes propios por parte de VO CABLE no constituye un sustituto del Servicio en Cuestión.

- ***Utilización de postes de otra empresa***

Una red de postes alternativa a la de LUZ DEL SUR podría constituir un sustituto del Servicio en Cuestión. Usualmente las empresas de distribución eléctrica, como las prestadoras de servicios públicos de telecomunicaciones, tienden redes de postes para ofrecer sus servicios al público.

En el Perú, existen diversas empresas que cuentan con postes propios. Por un lado se encuentra LUZ DEL SUR; mientras que por otro lado, empresas como Electrocentro S.A., Telefónica del Perú S.A.A., entre otras, utilizan postes propios para tender sus redes de cables.

En términos generales se puede afirmar que casi cualquier poste instalado puede constituirse en un sustituto técnico de aquéllos de propiedad de LUZ DEL SUR. Asimismo, los costos en los que incurriría VO CABLE por utilizar postes alternativos al Servicio en Cuestión deberían ser aproximadamente los mismos. En tal sentido, la utilización de postes de una empresa alternativa a LUZ DEL SUR constituye un sustituto adecuado a la utilización del Servicio en Cuestión por parte de VO CABLE, siempre y cuando éstos sean técnicamente utilizables.

- ***Utilización de ductos subterráneos***

Tanto las empresas de telecomunicaciones como las empresas de distribución eléctrica suelen utilizar ductos o canales subterráneos para tender sus redes de cables, por lo que, a primera vista, podrían considerarse como un posible sustituto a la utilización del Servicio en Cuestión.

De manera similar como en el caso de postes, existe la posibilidad de que se utilicen ductos subterráneos que actualmente existan -e.g. en la modalidad de arrendamiento- o que VO CABLE realice las excavaciones necesarias para construir sus propios ductos subterráneos.

Sin embargo, si bien la utilización de ductos subterráneos propios puede sustituir la utilización del Servicio en Cuestión, otros factores tales como que: i) la sustitución no podría ser realizada en el corto plazo, ii) implicaría mayores costos para esta empresa respecto de la situación en la que se haga uso del Servicio en Cuestión en la modalidad de arrendamiento, iv) no resultaría económicamente eficiente por cuanto la utilización de ductos subterráneos presenta economías de escala; es posible concluir que no constituyen un sustituto efectivo del Servicio en Cuestión. Este aspecto se ve reforzado por las externalidades negativas que genera la construcción de los ductos, derivadas de la rotura de pistas y veredas que se requiere realizar.

Otra posibilidad es que VO CABLE utilice los ductos subterráneos ya existentes para ofrecer sus servicios. Al respecto, empresas como Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante TELEFÓNICA) o LUZ DEL SUR utilizan ductos subterráneos propios para el tendido de sus redes. Cabe mencionar que la utilización de los ductos de una empresa eléctrica no constituiría un sustituto adecuado debido a los peligros de electrificación que

se generarían por el contacto de los cables coaxiales con los de distribución eléctrica.

Así, los únicos ductos subterráneos que podrían constituir sustitutos adecuados del Servicio en Cuestión serían aquéllos que no se dediquen a la distribución de electricidad.

Para determinar la posibilidad de que exista sustitución conviene describir brevemente la manera como las empresas de telecomunicaciones suelen utilizar sus ductos para ofrecer servicios a sus clientes. Debido al alto costo que implica su instalación, los ductos no se construyen en todas las calles de una ciudad, sino que, por regla general, se construyen en las principales avenidas. Adicionalmente, los ductos suelen utilizarse para el cruce de calles complementando la utilización de postes. Sin embargo, por regla general, los ductos de las empresas de telecomunicaciones no tienen una conexión directa con los hogares de los usuarios, sino que cada cierta cantidad de cuadras los cables de los ductos se conectan a un armario que se encuentra al aire libre. Los cables conectados a dicho armario prosiguen su camino hacia los hogares de los consumidores, utilizando para ello la red de postes de la empresa.

Así, la conexión de los hogares con las redes de las empresas de telecomunicaciones se da mediante la utilización de postes y no únicamente mediante los ductos subterráneos. De esta forma es posible visualizar que la utilización de ductos subterráneos por sí sola no constituye un sustituto del Servicio en Cuestión, pues éstos se complementan con la utilización de la postería de las mismas empresas.

Finalmente, estos aspectos permiten concluir que la utilización únicamente de ductos subterráneos no constituye un sustituto del Servicio en Cuestión, por lo que no debe ser considerado como parte del Mercado Relevante a determinarse.

- ***Utilización de otras modalidades de difusión***

Para la prestación del servicio de Televisión por Cable, pueden utilizarse, además de cables físicos, medios de transmisión inalámbrica, en cuyo caso no se requiere del tendido de una red de cables, y por lo tanto no se requiere de la utilización de postes.

Con relación a la prestación del servicio de Televisión por Cable por medios inalámbricos, el Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones reconoce dos modalidades: i) el servicio público de distribución de radiodifusión por cable en la modalidad de sistema de distribución multicanal multipunto (MMDS); y, ii) el servicio público de distribución de radiodifusión por cable en la modalidad de difusión directa por satélite.

En lo que respecta a la modalidad MMDS, al menos en las provincias de Lima y Callao, no resulta posible la utilización de dicha tecnología debido a que todo el espectro radioeléctrico asignado para dichos efectos ya ha sido atribuido a otras empresas de Televisión por Cable. Este aspecto constituye una barrera de entrada que no puede ser superada por otras empresas al menos en el corto plazo, por lo que no puede formar parte del Mercado Relevante.

La segunda modalidad de difusión suele conocerse como televisión satelital, la cual consiste en que las empresas de cable difunden sus señales directamente desde un satélite artificial hacia los hogares de sus usuarios. Para que los usuarios puedan hacer uso del servicio, deben adquirir ciertos equipos (una antena parabólica y decodificadores).

El costo del servicio a través de esta modalidad es considerablemente mayor tanto para los usuarios<sup>11</sup> como para la empresa de cable. En el caso específico de la controversia, implicaría una modificación sustancial en la forma en que VO CABLE presta sus servicios, generando altos costos por dicho concepto.

Por tanto, si bien el uso de la tecnología satelital, en términos puramente técnicos, podría ser utilizada para la prestación del servicio de Televisión por Cable, en cuyo caso se podría prescindir de la utilización de postes, los altos costos en que incurrirían las empresas de Televisión por Cable por cambiar la modalidad de transmisión, genera que, en términos económicos, no pueda considerarse un sustituto adecuado. Adicionalmente debe mencionarse que los usuarios finales del servicio también incurren en mayores costos al hacer uso de la televisión satelital (e.g. los costos de única vez pueden superar los US\$ 200.00) respecto de la contratación de Televisión por Cable ofrecida a través de medios de transmisión físicos.

Por lo tanto, si bien el uso de la tecnología satelital, técnicamente podría constituir una alternativa para VO CABLE que le permitiría sustituir el Servicio en Cuestión, los altos costos en que incurriría por cambiar la modalidad de transmisión, genera que, en términos económicos, no pueda considerarse un sustituto adecuado.

Debido a lo expuesto, se concluye que ni la utilización de la tecnología MMDS, ni la televisión satelital constituyen sustitutos adecuados del Servicio en Cuestión, por lo que no pueden considerarse como parte del Mercado Relevante.

Los aspectos analizados en los acápites anteriores permiten concluir que el único posible sustituto del Servicio en Cuestión, tanto en aspectos técnicos como económicos, lo constituye la utilización de postes pertenecientes a una empresa distinta de LUZ DEL SUR.

#### **4. Delimitación Geográfica**

Habiéndose identificado a los sustitutos del Servicio en Cuestión, corresponde determinar el área geográfica donde éstos se ofrecen. Sobre el particular, los Lineamientos establecen lo siguiente:

*"Es posible que dos bienes sean sustitutos cercanos, no obstante, se puede presentar la situación que éstos sean producidos en dos lugares distintos y el costo de transporte de un lugar a otro haga que no sea rentable la comercialización de un producto en otro mercado. En este caso se considera que ambos productos se encuentran en dos*

---

<sup>11</sup> Los costos de única vez pueden superar los US\$ 200.00.

*mercados relevantes distintos, ya que uno no compite efectivamente con el otro."*

En el presente caso, para determinar el mercado geográfico relevante, se requiere hallar aquel espacio en el cual alguna empresa estaría dispuesta a pagar el costo total que implicaría utilizar algún sustituto del Servicio en Cuestión.

Debido a que la única posibilidad de sustitución del Servicio en Cuestión consiste en la utilización de postes de empresas distintas de LUZ DEL SUR, debe determinarse si existen postes de otras empresas que puedan ser utilizados por VO CABLE en lugar de los de LUZ DEL SUR para la prestación de su servicio.

Un primer aspecto a tomar en consideración para la delimitación geográfica es el área otorgada en concesión a VO CABLE. De conformidad con el contrato suscrito por esta empresa con el Estado Peruano, el área de concesión comprende el Centro Poblado de Huaycán y zonas aledañas, en el distrito de Ate, de la Provincia de Lima, del Departamento de Lima (en adelante Huaycán).

Sin embargo, debido a que el Servicio en Cuestión consiste en el arrendamiento de postes, debe considerarse sólo aquellas zonas de Huaycán en donde existan postes instalados que sean susceptibles de ser arrendados por VO CABLE para el servicio de Televisión por Cable.

Tal como consta en el expediente, en Huaycán sólo existen postes de dos empresas: LUZ DEL SUR y TELEFÓNICA. Por tanto, la delimitación geográfica implica determinar si VO CABLE podría sustituir la utilización de los postes de LUZ DEL SUR por los de TELEFÓNICA y para realizar esto último se requiere conocer la ubicación exacta de los postes de ambas empresas en la zona de Huaycán.

Para estos efectos se cuenta con (i) un plano donde se muestra la red de postes de TELEFÓNICA en Huaycán<sup>12</sup>; (ii) el plano presentado por VO CABLE donde se muestra el detalle de los postes de LUZ DEL SUR que utiliza; y (iii) el plano que forma parte del informe pericial realizado por la Universidad Nacional de Ingeniería a solicitud del Cuerpo Colegiado<sup>13</sup>.

De la superposición de los planos anteriores es posible observar que en algunos de los lugares donde VO CABLE utiliza postes de LUZ DEL SUR, no existen postes de TELEFÓNICA que podrían sustituir su uso<sup>14</sup>, tal como se muestra en el siguiente cuadro:

---

<sup>12</sup> Información declarada reservada mediante la Resolución N° 017-2001-CCO/OSIPTEL.

<sup>13</sup> LUZ DEL SUR manifestó no contar con un plano donde muestre su red de postes, motivo por el cual se tuvo que prescindir de éste. Folio 000541 del expediente, contenido en el Escrito de fecha 19 de febrero de 2001 presentado por LUZ DEL SUR.

<sup>14</sup> El plano se muestra en el Anexo I, sin embargo por los insumos con los que ha sido elaborado, esta Secretaría Técnica considera que debe ser declarado reservado.

**SUSTITUIBILIDAD DE LOS POSTES DE LUZ DEL SUR POR POSTES DE  
TELEFÓNICA<sup>15</sup>**  
(en cuadras)

<b>Zona Geográfica</b>	<b>Cuadras Sustituibles</b>	<b>Falta un poste</b>	<b>Faltan dos postes</b>	<b>Faltan más de dos postes</b>	<b>Total de cuadras por Zona</b>
A	56	42	10	1	109
B	24	27	10	5	66
C	16	10	6	1	33
D	22	17	5	0	44
E	29	31	7	1	68
F	9	10	4	3	26
G	18	23	6	4	51
I	10	11	4	1	26
J	6	17	9	3	35
K	5	13	3	0	21
L	5	8	2	0	15
O	6	5	3	2	16
P	7	8	3	1	19
<b>TOTAL CUADRAS</b>	<b>213</b>	<b>222</b>	<b>72</b>	<b>22</b>	<b>529</b>
<b>%</b>	<b>40%</b>	<b>42%</b>	<b>14%</b>	<b>4%</b>	<b>100%</b>

Fuente: - Informe Pericial de la Universidad Nacional de Ingeniería.

- Información presentada por TELEFÓNICA y VO CABLE.

Elaboración Propia.

El cuadro anterior muestra que, del total de cuadras donde se ubica la red de VO CABLE (529 cuadras), en el 40% de ellas resulta plenamente posible que esta empresa utilice postes de TELEFÓNICA en lugar de utilizar los postes de LUZ DEL SUR, mientras que en el 42% de los casos la sustitución es dudosa. En el resto de cuadras, la sustitución no resultaría factible, debido a que TELEFÓNICA posee dos o menos postes de los que posee LUZ DEL SUR.

Esto implica que, en muchos de los casos (82%), al tomar en cuenta consideraciones geográficas, la utilización de postes de TELEFÓNICA puede constituirse, técnica y económicamente, en un sustituto del Servicio en Cuestión. El resto de casos (i.e. donde la sustitución no es posible), implican un total de 94 cuadras, es decir un 18% del total, por lo que no se considera un número significativo.

De esta manera, es posible concluir que el mercado geográfico relevante es aquél constituido por Huaycán.

## **5. Delimitación del Nivel Comercial**

De acuerdo con los LINEAMIENTOS, la delimitación del nivel comercial busca identificar el nivel de la cadena comercial en el cual los consumidores adquieren los servicios respectivos.

<sup>15</sup> Para considerar que una cuadra puede resultar sustituible se ha utilizado como criterio que en la misma exista, al menos, tantos postes de TELEFÓNICA como de LUZ DEL SUR. Un criterio similar ha sido utilizado por la Comisión de Libre Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual -INDECOPI- en la denuncia presentada por la empresa Cab Cable S.A. contra Electrocentro S.A.



En el presente caso, el servicio a que se hace referencia es el de arrendamiento de postes, mientras que los consumidores son todas aquellas empresas que podrían utilizar los mismos como insumo para algún fin comercial<sup>16</sup>. En otras palabras, el nivel de la cadena comercial corresponde a la prestación del servicio a concesionarios que lo utilizan como insumo para tender sus redes de cables y prestar un servicio de difusión.

## **6. Mercado Relevante aplicable a la Controversia**

Una vez delimitados tanto el producto, el ámbito geográfico como el nivel comercial, corresponde intersectar dichos resultados para obtener el Mercado Relevante.

Al realizar esto se obtiene el siguiente mercado relevante aplicable a la presente controversia:

- ***Mercado Relevante***

El mercado de postes ubicados en Huaycán que, en la modalidad de arrendamiento, pueden ser utilizados por concesionarios del servicio de Televisión por Cable como insumo para prestar este servicio de difusión.

## **7. Posición de Dominio**

Una vez determinado el Mercado Relevante, corresponde analizar si LUZ DEL SUR ostenta una posición dominante en el mismo. De acuerdo con la legislación vigente<sup>17</sup>, *“Se entiende que una o varias empresas gozan de una posición de dominio en el mercado, cuando pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores, debido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico o servicios involucrados, el acceso a competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como redes de distribución.”*

De esta definición se pueden rescatar dos aspectos principales: i) que la existencia de competidores no implica que una empresa no pueda ostentar una posición dominante en un mercado determinado; y, ii) que el *“actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores...”* se entiende en el sentido de que la o las empresas pueden establecer, por ejemplo, las condiciones económicas que regirán en el mercado sin que los competidores sean un factor, o no sean un factor muy relevante, a tomar en cuenta al momento de establecer dichas condiciones.

Sobre el primero de estos aspectos, –la existencia de competidores–, al momento de definir el Mercado Relevante se ha mostrado que en el servicio de arrendamiento de postes en Huaycán, sólo TELEFÓNICA podría competir con LUZ DEL SUR.

---

<sup>16</sup> Cabe destacar que en el presente caso, el término “consumidores” no se refiere a los usuarios finales del servicio de televisión por cable, sino en general a cualquier empresa que podría utilizar el arrendamiento de postes como un insumo para la prestación de algún bien o servicio.

<sup>17</sup> Artículo 4° del Decreto Legislativo 701.

De acuerdo con los LINEAMIENTOS, para determinar si una empresa cuenta con posición de dominio en el Mercado Relevante, OSIPTEL podrá tomar en consideración, entre otros, los siguientes aspectos: (i) el porcentaje de participación de la empresa en el mercado; (ii) el nivel de concentración del mismo; y, (iii) la existencia de barreras de entrada, entre otros. A continuación se procederá a analizar en mayor detalle estas variables.

- ***Porcentaje de participación de mercado***

El Decreto Legislativo 701 en su artículo 4° considera como un factor que determina la existencia de una posición dominante de una o varias empresas, a la participación significativa en el mercado respectivo. Si bien no se establece qué debe entenderse por una “participación significativa”, se dispone de referencias internacionales sobre la aplicación de este indicador.

En Europa, dentro del régimen general, una empresa con menos de 30% de participación de mercado difícilmente será considerada como una empresa con posición de dominio. En el campo de las telecomunicaciones, en el Reino Unido, por ejemplo, se ha establecido que una participación menor a 25% no debe preocupar en términos de posición de dominio, por lo menos como principio general. Por su parte OFTEL<sup>18</sup> ha definido que cuando la participación es mayor al 50%, la empresa soporta la carga de probar que no tiene posición de dominio.

En la presente controversia, se ha hallado que en el 82% de los casos, resultaría posible sustituir los postes de LUZ DEL SUR por los de TELEFÓNICA<sup>19</sup>. De esta manera, se puede considerar que, en dichos casos, la participación de mercado de TELEFÓNICA y de LUZ DEL SUR es equivalente, por cuanto, la utilización de los postes de una empresa pueden ser sustituidos por los de la otra<sup>20</sup>; en tal sentido, la participación de mercado de cada una de estas empresas ascendería a 50% en las cuadras donde dicha sustitución sería factible (82% de los casos).

En el resto de los casos (18%), como la utilización de los postes de LUZ DEL SUR no puede ser sustituida por los de TELEFÓNICA, se concluye que la participación de mercado de la segunda empresa es nula, mientras que LUZ DEL SUR sería el único capaz de abastecer a todo el mercado. Es decir, en dichos casos, la participación de mercado de LUZ DEL SUR asciende a 100%, mientras que la de TELEFÓNICA asciende a 0%.

Cabe señalar que también existen algunas zonas donde se ubican postes de TELEFÓNICA que no podrían ser sustituidos por postes de LUZ DEL SUR. Esto genera que en algunos casos la participación de mercado de TELEFÓNICA sea 100%, mientras que la de LUZ DEL SUR ascienda a 0%. Sin embargo, al no haber presentado LUZ DEL SUR un plano detallando la

---

<sup>18</sup> Organismo regulador de las telecomunicaciones en Reino Unido.

<sup>19</sup> Asumiendo que los postes de TELEFÓNICA no estuvieran saturados y tuvieran la capacidad técnica de soportar cables adicionales.

<sup>20</sup> Recuérdese que el Mercado Relevante ha sido definido como aquellos lugares donde se puede sustituir la utilización de los postes de LUZ DEL SUR por los de TELEFÓNICA, por lo que la participación de las empresas en el mercado es equivalente. Si en determinadas cuadras TELEFÓNICA posee más postes que LUZ DEL SUR, sería erróneo concluir que la participación de la primera empresa es mayor que la de la segunda, ya que resulta posible cablear dicha cuadra con una menor cantidad de postes de los que tiene TELEFÓNICA.

ubicación de sus postes, no resulta posible calcular con exactitud la cantidad de veces que esto sucede.

Debido a lo mencionado, al calcular la participación promedio de mercado de las empresas, con los datos disponibles, los resultados que se obtengan para TELEFÓNICA se encontrarán ligeramente subvaluados, mientras que los de LUZ DEL SUR estarán ligeramente sobrevaluados.

Ponderando los resultados anteriores, es decir excluyendo aquellos casos en los que la participación de mercado de TELEFÓNICA es 100% y la de LUZ DEL SUR 0%, se obtiene que dentro del Mercado Relevante definido, la participación de mercado de ambas empresas es como sigue:

### **PARTICIPACIÓN DE MERCADO**

	<b>Participación de Mercado</b>
<b>LUZ DEL SUR</b>	59%
<b>TELEFÓNICA</b>	41%

Elaboración Propia

Como se puede notar, las participaciones de mercado obtenidas son muy similares para ambas empresas. Sin embargo, tal como se mencionó, la participación de LUZ DEL SUR se encuentra ligeramente sobrevaluada, mientras que la de TELEFÓNICA se encuentra subvaluada, por no contarse con información completa.

En todo caso, la mejor aproximación que se puede hacer sobre la verdadera participación de mercado de ambas empresas es que las mismas se encontrarían muy cercanas al 50% del Mercado Relevante para cada una.

- ***Nivel de concentración del mercado***

A diferencia de la participación de mercado, la concentración de mercado no se centra exclusivamente en una única firma, sino que toma en cuenta a la totalidad de empresas que actúan en el Mercado Relevante, para analizarlas en conjunto. Se considera que en mercados más concentrados es más probable que pueda existir una posición dominante. Existen diversos índices que permiten medir el nivel de concentración de un mercado determinado, sin embargo los más utilizados suelen ser los siguientes: el índice de Herfindahl-Hirschman (HHI) y el índice de Dominancia (ID).

Los resultados que se pueden obtener de estos índices fluctúan entre cero (0) –en mercados totalmente desconcentrados con una infinidad de empresas- y uno (1) –en mercados totalmente concentrados donde sólo opera una única empresa-.

Usualmente se suele considerar que un HHI superior a 0.18, o que un ID superior a 0.25, son característicos de mercados altamente concentrados donde muy probablemente exista alguna posición dominante. El siguiente cuadro resume los resultados obtenidos para estos índices en el Mercado Relevante:

## INDICES DE CONCENTRACIÓN DE MERCADO

Indices de Concentración	
HHI	0.5162
ID	0.5608

Elaboración Propia

Los resultados mostrados en el cuadro anterior permiten concluir que el Mercado Relevante se encuentra altamente concentrado, por lo que resulta muy probable la existencia de alguna posición dominante en el mismo.

Cabe señalar que, debido a la falta de información sobre la ubicación de los postes de LUZ DEL SUR, estos resultados se encuentran sobrevaluados. Sin embargo, en un supuesto conservador en el que cada empresa tenga el 50% del mercado, el menor valor que cualquiera de dichos índices de concentración podría tomar sería equivalente a 0.5, es decir, un valor que es lo suficientemente alto como para no desvirtuar las conclusiones a las cuales se ha llegado en el presente punto.

- **Existencia de barreras de entrada**

Las barreras de entrada en un mercado se refieren en general a todos aquellos costos en los que debe incurrir una empresa que desea ingresar a proveer un servicio en un mercado determinado.

Se suele considerar que existen tres fuentes principales de barreras de entrada: económicas (e.g. costos hundidos para la entrada, ventajas absolutas de costo por parte de una empresa ya establecida, preferencias de los consumidores por un producto determinado; etc.), tecnológicas (e.g. restricciones en la disponibilidad de espectro radioeléctrico) o legales (e.g. necesidad de obtener aprobaciones legales, licencias de operación o la prohibición de entrada de nuevos competidores)<sup>21</sup>.

En el presente caso, lo que se debe determinar es si existen barreras para que alguna empresa pueda ingresar al mercado de postes instalando los suyos propios.

En lo que se refiere a las barreras económicas, la instalación de postes significa realizar una inversión de única vez, la cual, comparada con los costos de mantenimiento de los mismos, resulta siendo un monto significativamente alto. Una vez instalados los postes, conforme sea mayor el número de empresas a quienes se les da en arrendamiento espacio en los mismos, el costo medio disminuye –debido a que la inversión inicial es considerablemente mayor que los costos de mantenimiento u operación-. Por tanto, el arrendamiento de postes presenta las llamadas “economías de escala” que son reconocidas como un aspecto que puede generar barreras de entrada a un mercado<sup>22</sup>. Las economías de escala, dependiendo del nivel

---

<sup>21</sup> En este punto conviene aclarar que las barreras de entrada se refieren a cualquiera de los tres aspectos mencionados: económicos, técnicos o legales; y no únicamente a estos últimos como frecuentemente se suele plantear de manera errónea.

<sup>22</sup> Shy, Oz “Industrial Organization: Theory and Practice”, The MIT Press, Second Printing, p. 182. Oz Shy es profesor de Organización Industrial de las Universidades de Michigan y Tel Aviv. La

de las mismas, pueden generar la existencia de los llamados “monopolios naturales” en los que sólo resulta eficiente que una única empresa ofrezca el servicio. En el mejor de los casos, las economías de escala generan que los mercados se comporten no como monopolios, sino más bien como “oligopolios naturales”, es decir que sólo resulta eficiente y por tanto factible que unas pocas empresas ofrezcan un determinado servicio.

Las barreras tecnológicas se refieren a la imposibilidad de que un servicio sea provisto, por ejemplo, por alguna imposibilidad o limitación física. En el caso de instalación de postes es claro que existe un límite al número de postes que pueden instalarse en una determinada zona geográfica<sup>23</sup>. Asimismo, tomando en consideración aspectos de ornato, la instalación de postes de una diversidad de empresas también generaría externalidades negativas en los habitantes de las zonas donde éstos se instalan. De esta manera, es posible concluir que la instalación de postes enfrenta barreras de entrada tecnológicas.

Atado a lo señalado en el último párrafo, las empresas que instalen postes pueden encontrarse con limitaciones legales que buscan precisamente evitar los efectos mencionados anteriormente en materia de ornato<sup>24</sup>. En el presente caso, no se ha identificado la existencia de normas específicas que restrinjan o limiten la instalación de postes en Huaycán. Tal como informó la Municipalidad de Ate a esta Secretaría Técnica<sup>25</sup>, las empresas que deseen instalar postes deben acatar las disposiciones contenidas en el Reglamento para la Ejecución de Obras en las áreas de dominio público<sup>26</sup>, para todo aquello no previsto expresamente en dicho Reglamento, se aplican las disposiciones del Reglamento Nacional de Construcciones. Las barreras de entrada legales se refieren a cualquier norma que restrinja la capacidad o que eleve los costos de acceder a un mercado. Si bien en el presente caso, no existen normas específicas aplicables a la instalación de postes, no se puede descartar que los Reglamentos anteriormente mencionados no impliquen cierto nivel de barrera de acceso. En todo caso, es opinión de esta Secretaría Técnica que estos niveles de barreras de acceso pueden ser superados por posibles empresas entrantes.

De lo señalado en los párrafos anteriores es posible concluir que una empresa que desee instalar su propia planta de postes enfrentará considerables niveles de barreras de entrada, tanto económicas como técnicas. En el caso de las barreras legales, si bien éstas existen, se

---

Organización Industrial es la sección de la economía que estudia las estructuras, conductas y desarrollos de los mercados.

<sup>23</sup> En el caso extremo de que una infinidad de empresas instale, cada una, sus propios postes, se tendría como resultado final que las puertas o garajes de las casas se verían tapados por la continuidad de postes alineados que existirían instalados en cada cuadra, uno tras otro.

<sup>24</sup> Tal como se mencionó anteriormente, un ejemplo de esto lo constituye la Ordenanza Municipal N° 06-98-MPH/CM de la municipalidad provincial de Huancayo, mediante la cual restringía las nuevas ejecuciones de cableado aéreo, ordenando la obtención de la autorización municipal correspondiente previa, para lo cual se debía presentar un informe técnico en materia de ornato y seguridad. Si bien esta ordenanza fue derogada el 13 de mayo de 1999, da una muestra de que por cuestiones de ornato, puede resultar justificado que se restrinja la instalación indiscriminada de redes distintas de postes.

<sup>25</sup> Foja 000637 del Expediente.

<sup>26</sup> Ordenanza N° 203 de la Municipalidad Metropolitana de Lima, modificada mediante la Ordenanza N° 244.

considera que no son significativas. En tal sentido, se concluye que la instalación de postes por parte de una empresa, en aquellas zonas donde ya existan postes de TELEFÓNICA y de LUZ DEL SUR enfrentaría considerables niveles de barreras de entrada al Mercado Relevante.

El conjunto de los factores anteriormente analizados (participación de mercado, concentración del mismo, control de recursos esenciales y existencia de barreras de entrada), permiten concluir lo siguiente en lo referido a posición de dominio:

- **Posición de dominio en el Mercado Relevante**

Con relación al Mercado Relevante se ha determinado que:

- i) LUZ DEL SUR y TELEFÓNICA tienen una participación de mercado que asciende a 59% 41% respectivamente.
- ii) Los índices de concentración calculados muestran que resulta muy probable que exista alguna posición dominante en el mismo.
- iii) Existen considerables niveles de barreras de entrada económicas y técnicas que dificultarían el ingreso de una empresa que instale una red de postes propia.

Del primero de estos aspectos se desprende que, si bien la participación de mercado de LUZ DEL SUR es considerable y que por tanto podría concluirse que tiene una posición dominante en el Mercado Relevante, también es cierto que existe una empresa competidora -TELEFÓNICA- que, al tener una participación de mercado similar, podría impedir que cualquiera de ellas pueda actuar con prescindencia de su competidora.

Sin embargo, no se pueden dejar de lado las otras características de este mercado (i.e. concentración y existencia de barreras de entrada), que podrían dar incentivos para que las empresas no compitan entre sí en la prestación del servicio. De darse esta última situación, en realidad podríamos estar presenciando una posición dominante, con la salvedad de que la misma es ostentada conjuntamente por dos empresas independientes entre sí.

Con el objeto de conocer si una posición de dominio puede ser ostentada por más de una empresa, conviene citar, nuevamente, un fragmento del artículo 4° del Decreto Legislativo 701: "*Se entiende que una o varias empresas gozan de una posición de dominio en el mercado, cuando pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, (...)*" (el subrayado es nuestro)

Tal como se puede apreciar en el párrafo anterior, en la legislación peruana sobre libre competencia se encuentra contemplada la posibilidad de que una posición de dominio pueda ser ostentada por más de una empresa.

Por su parte los LINEAMIENTOS señalan: "*Algunas estructuras del mercado pueden permitir que dos o más empresas se comporten de una manera abusiva aun cuando ninguna de ellas sea dominante, y sin que existan acuerdos formales (o informales) o prácticas concertadas entre ellas, produciéndose lo que se denomina "joint dominance" o dominio común. En estas circunstancias las firmas pueden ser en común dominantes, y su*

*comportamiento individual o colectivo podría ser abusivo. Tal dominación común probablemente sea encontrada donde hay conexiones económicas entre las compañías implicadas. La dominación común puede también presentarse donde hay barreras significativas a la entrada, aun si no existe conexión económica entre las empresas. Estos casos pueden presentarse, por ejemplo, donde existen restricciones de espectro que limiten el número de competidores de un servicio.*" (Subrayado agregado)

De conformidad con lo anterior, un aspecto que facilita la presencia de una posición de dominio conjunta o común es la existencia de significativas barreras a la entrada a un mercado. Otros aspectos reconocidos por la Comisión Europea<sup>27</sup> que facilitan la existencia de una posición de dominio conjunta son los siguientes: (i) que el mercado relevante se encuentre altamente concentrado, (ii) que las participaciones de mercado de las empresas en cuestión sean simétricas o muy similares, (iii) que el servicio en cuestión sea esencialmente homogéneo, (iv) que la tecnología se encuentre en un estado de madurez, (v) que el mercado se encuentre estacando en lo que se refiere a tasas de crecimiento; y, (vi) que exista un nivel significativo de capacidad instalada.

Un aspecto adicional a los anteriores -y quizá el más importante- que debe considerarse al momento de determinar si existe una posición de dominio conjunta entre varias empresas es el referido a si las empresas en cuestión compiten efectivamente -por ejemplo, fijando menores precios- para atraer nuevos clientes, o bien para generar que los clientes de la otra empresa se trasladen hacia ella. De cumplirse este supuesto, debe descartarse la posibilidad de que exista una posición de dominio conjunta, ya que las condiciones de mercado se asemejarían más a la de una situación de competencia, o bien que es un mercado dominado individualmente por una empresa que enfrenta a otra que desea ingresar a competir en dicho mercado.

En el presente mercado relevante analizado se ha hallado que existen significativas barreras de entrada al mismo (económicas y técnicas), aspecto que los LINEAMIENTOS señalan como condición que facilita la presencia de una posición de dominio conjunta. Sobre las condiciones utilizadas por la Comisión Europea se puede señalar lo siguiente:

- i) Los índices de concentración señalan que el mercado se encuentra altamente concentrado por lo que se cumple el primer requisito.

---

<sup>27</sup> En el caso N° IV/M.1432-AGFA-GEVAERT/STERLING, la sentencia de la Comisión Europea de fecha 15 de abril de 1999, en su numeral 25 señala lo siguiente: *"Given the market structure, the question of possible creation of joint dominance also needs to be assessed. In this respect, the market displays some of the characteristics normally considered necessary to allow joint dominance to exist such as: a) it is highly concentrated since there will be two competitors accounting for approximately 80% of the European market; (b) the two leading players have very symmetrical market shares; (c) the product in question is essentially homogeneous; (d) the technology is mature; (e) there is market stagnation in terms of growing rate; and (f) there is significant excess capacity."* Esta sentencia se encuentra disponible en la siguiente dirección de internet:

[http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/decisions/m1432\\_en.pdf](http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/decisions/m1432_en.pdf)

- ii) La participación de mercado es muy similar para ambas empresas (59% y 41%), por lo que se cumple el segundo supuesto<sup>28</sup>.
- iii) No existen diferencias significativas entre los postes que utilizan LUZ DEL SUR y TELEFÓNICA para el tendido de cables. Tal como se ha señalado anteriormente, la sustituibilidad física de unos por otros es, en principio, factible, por lo que se puede considerar que son productos homogéneos. De esta manera, se cumple el tercer supuesto.
- iv) Puede considerarse que la tecnología, en lo que se refiere a los postes, se encuentra en un estado de madurez. Esto se corrobora con el hecho de que en la actualidad los postes de LUZ DEL SUR ubicados en Huaycán datan desde fechas posteriores al año 1960 y estos son reemplazados, sin problemas, por postes nuevos sin que exista una diferencia significativa entre ellos. Por tanto, también se cumple el cuarto aspecto considerado por la Comisión Europea.
- v) Los ingresos monetarios de las empresas por el alquiler de sus postes en muchos casos es nulo o considerablemente reducido. Es así que desde su instalación -1960- sería la primera vez que en la zona de Huaycán se habría solicitado el arrendamiento de postes a LUZ DEL SUR. Esto permite concluir que el mercado se encuentra estancado en lo que se refiere a tasas de crecimiento. Es decir, este mercado no se caracteriza por tener tendencias crecientes en los niveles de ingresos generados por dicho concepto. En tal sentido, se cumple el quinto aspecto señalado anteriormente.
- vi) La mayor parte de los postes de LUZ DEL SUR son para alumbrado público, cuya alimentación de energía proviene de tendido subterráneo. Por tanto, puede considerarse que estos postes tienen capacidad instalada ociosa, ya que podrían soportar el tendido aéreo de redes cables -este aspecto ha sido, a su vez, corroborado por LUZ DEL SUR<sup>29</sup> y por el informe pericial realizado por la Universidad Nacional de Ingeniería-. Así, también se cumple este aspecto considerado por la Comisión Europea.

Adicionalmente a estos aspectos, se debe señalar que durante el período de duración de la controversia no se han identificado comportamientos de LUZ DEL SUR o TELEFÓNICA que evidencien la existencia de competencia por captar clientes a quienes brindarles el servicio de arrendamiento de postes. Es más, ambas empresas han mostrado comportamientos similares ante la posibilidad de arrendar sus postes (LUZ DEL SUR se ha negado a arrendar sus postes a VO CABLE y TELEFÓNICA ha manifestado que no presta ese servicio).

Al cumplirse las condiciones señaladas en los LINEAMIENTOS, así como todos aquellos aspectos tomados en consideración por la Comisión Europea, además de no encontrar evidencias sobre la existencia de una

---

<sup>28</sup> Cabe destacar que estos resultados se han obtenido con información parcial, sin embargo, tal como se mencionó anteriormente, es probable que la participación de mercado para cada empresa sea cercana a 50%.

<sup>29</sup> Mediante comunicación LE-177/2000 de fecha 14 de diciembre de 2000 dirigida a OSIPTEL, LUZ DEL SUR señala lo siguiente: *“De acuerdo a las características técnicas del cable coaxial, éste podría ser soportado por los postes propiedad de Luz del Sur que se encuentran en el Centro Poblado de Huaycán. (...)”* (Folio 000291 del Expediente)



competencia efectiva entre TELEFÓNICA y LUZ DEL SUR, y de haber detectado, más bien, un comportamiento similar en ambas empresas en lo que se refiere a su deseo de no arrendar sus postes-, se concluye que estas dos empresas ostentan de una manera común, conjunta o colectiva, una posición dominante en el Mercado Relevante.

Finalmente, al haberse comprobado que LUZ DEL SUR y TELEFÓNICA de manera conjunta ostentan una posición dominante en el Mercado Relevante, se debe proceder a analizar si la negativa a suscribir un contrato de arrendamiento puede ser considerada como un caso de abuso de posición de dominio.

#### **8. Presunta Infracción al inciso a) del artículo 5° del Decreto Legislativo 701**

De conformidad con el inciso a) del artículo 5° del Decreto Legislativo 701, se considera como un caso de abuso de posición de dominio, la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación, de productos o servicios<sup>30</sup>.

Mediante la carta SGIC.99.132 de fecha 16 de agosto de 1999, ha quedado acreditado que LUZ DEL SUR denegó el arrendamiento de sus postes a VO CABLE<sup>31</sup>. Al haberse determinado que esta empresa cuenta con posición de dominio, debe analizarse si la negativa fue justificada o no. De haber sido injustificada se habría cometido una infracción al inciso a) del artículo 5°, del Decreto Legislativo 701.

Los principales argumentos esgrimidos por LUZ DEL SUR para justificar la negativa a suscribir un contrato de arrendamiento con VO CABLE son los siguientes:

- *VO CABLE indebidamente ha utilizado los postes de LUZ DEL SUR.*

Respecto de este argumento se debe señalar que el único objeto de la presente controversia es determinar si la negativa de LUZ DEL SUR a suscribir un contrato de arrendamiento con VO CABLE constituye o no una infracción a las normas de libre competencia.

Tal como lo ha indicado LUZ DEL SUR a través de diversos escritos, la alegada utilización indebida de sus postes por parte de VO CABLE es materia de un procedimiento penal por la supuesta usurpación de sus bienes.

La referida denuncia de LUZ DEL SUR corresponde ser resuelta en un procedimiento que se ventila en otro fuero, por lo que no corresponde a las

---

<sup>30</sup> Este aspecto se encuentra recogido en los LINEAMIENTOS en los siguientes términos: *"La negativa a contratar es, en principio, una decisión legítima de cualquier empresa. Es parte inherente de su autonomía de la voluntad, en especial de su libertad de contratar. Sin embargo, cuando la empresa en cuestión tiene posición de dominio en el mercado queda sujeta a algunas obligaciones especiales, como es el caso de no negarse, sin justificación, a contratar con un proveedor o con un cliente."*

<sup>31</sup> Al respecto, cabe destacar que en la carta que deniega la utilización de los postes, el único argumento que LUZ DEL SUR señala es el siguiente: *"El uso de nuestros postes de alumbrado público está actualmente restringido exclusivamente al servicio de distribución de energía eléctrica e iluminación pública."*

instancias de solución de conflictos de OSIPTEL emitir pronunciamiento alguno sobre el mismo.

- *El Centro Poblado de Huaycán es una zona de alta reincidencia en conexiones clandestinas de energía eléctrica, así como de reventa del servicio, aspectos que son realizados de manera precaria. Es responsabilidad de LUZ DEL SUR el mantener un adecuado servicio de acuerdo con los estándares de calidad y normas técnicas que, al respecto rigen, y que de existir alguna responsabilidad la tendrían que asumir ante OSINERG.*

Con relación a esta aseveración debe considerarse que en el momento en que LUZ DEL SUR denegó la solicitud de VO CABLE para la utilización de sus postes, no hizo alusión a este argumento.

Cabe señalar que de acuerdo con el Informe Situacional elaborado por los peritos del Colegio de Ingenieros del Perú del Consejo Departamental de Lima se ha mostrado que la mayor parte de la red de LUZ DEL SUR es subterránea, mientras que la de VO CABLE es aérea, por lo que en dichos casos las conexiones clandestinas de energía eléctrica no podrían generar peligros de electrificación en la red de VO CABLE.

Asimismo cabe indicar que en el peritaje elaborado por la Universidad Nacional de Ingeniería no se ha reportado ningún caso de conexión clandestina de energía eléctrica que pudiera generar un peligro de electrificación en la red de VO CABLE. Es preciso señalar que dicho peritaje comprende un estudio de todos los postes utilizados por VO CABLE.

El mantener un servicio de acuerdo con los estándares de calidad y normas técnicas que existen, no es impedimento para que una empresa de telecomunicaciones pueda tender su red en los postes de LUZ DEL SUR. Esto se desprende del Código Nacional de Electricidad que expresamente contempla dicha posibilidad, así como del hecho de que LUZ DEL SUR permita el arriendo de sus postes para el tendido de cables en otros distritos<sup>32</sup>.

En tal sentido, el argumento presentado por LUZ DEL SUR no puede significar una justificación para negar el arriendo de sus postes a VO CABLE.

- *VO CABLE, si bien tiene derecho a usar facilidades instaladas para el desarrollo de su negocio, no tiene el derecho de poner en riesgo la salud pública, lo cual realiza al hacer un uso arbitrario de sus postes de alumbrado público. De ser manipulados erróneamente estos postes, luego se tendrían hechos que lamentar.*

Este argumento intenta justificar la negativa de suscribir un contrato de arrendamiento de postes con VO CABLE señalando que el uso arbitrario

---

<sup>32</sup> Por ejemplo, LUZ DEL SUR ha presentado los contratos en virtud de los cuales arrienda el uso de sus postes a empresas como: Resetel S.A (hoy AT&T), Boga Comunicaciones S.A., Antenas Cablevisión Satélite E.I.R.L., Banco Latino, Philips Peruana S.A., IBM, entre otras.

que da a sus postes de alumbrado público podría poner en riesgo la salud pública.

Cabe indicar que en el momento en que LUZ DEL SUR negó la utilización de sus postes a VO CABLE –agosto de 1999-, esta última empresa aún no había hecho uso de dichos postes.

Sin embargo, al haberse detectado ciertas anomalías en la red tendida por VO CABLE en los postes de LUZ DEL SUR que podrían generar algún tipo de riesgos a las personas, existirían argumentos para que LUZ DEL SUR se niegue a contratar con VO CABLE. No obstante, el peritaje elaborado por la Universidad Nacional de Ingeniería revela que todas las anomalías encontradas en la red de VO CABLE son subsanables. De este modo, de subsanarse las referidas anomalías no habría razones que justifiquen a LUZ DEL SUR a negarse a arrendar sus postes.

- *No existe abuso de posición de dominio por parte de LUZ DEL SUR, en la medida que también existen postes propiedad de otras empresas como TELEFÓNICA. En todo caso esta última empresa al negar la utilización de sus postes estaría abusando de su posición de dominante; en cambio el tendido de cables en los postes de LUZ DEL SUR genera riesgos de electrificación.*

Al respecto es necesario mencionar que, del análisis realizado, se ha concluido que LUZ DEL SUR y TELEFÓNICA ostentan de manera conjunta una posición dominante en el Mercado Relevante.

Tal como se ha señalado anteriormente, un supuesto que puede configurarse en un abuso de posición de dominio es la negativa injustificada a contratar, siempre y cuando la empresa que se niegue a contratar tenga una posición dominante en el mercado. De esta manera queda claro que, en caso se declare como injustificada la negativa de LUZ DEL SUR, esta empresa podría estar abusando de la posición de dominio que tiene en el Mercado Relevante.

A efectos de esclarecer este tema, resulta pertinente citar nuevamente lo que los LINEAMIENTOS señalan sobre el tema de posición de dominio conjunta: “(...) En estas circunstancias las firmas pueden ser en común dominantes, y su comportamiento individual o colectivo podría ser abusivo. (...)” (subrayado agregado)

Nótese que los LINEAMIENTOS de manera expresa señalan que en los casos de posición de dominio conjunta, el comportamiento individual de una sola de las empresas que ostenta tal posición puede ser considerado como abusivo. Esta interpretación de la posición de dominio conjunta también se encuentra contemplada en la jurisprudencia internacional<sup>33</sup> y en la doctrina existente sobre la materia<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> En la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea de fecha 7 de octubre de 1999, mediante la cual se resuelve la impugnación interpuesta por la empresa Irish Sugar contra la decisión de la Comisión de las Comunidades Europeas se señala lo siguiente: “66. En efecto, si bien la existencia de una posición dominante colectiva se deduce de la posición que ocupan conjuntamente las entidades económicas de que se trate en el mercado de referencia, el abuso no debe ser necesariamente obra de

Tomando en consideración los aspectos señalados, se concluye que en el Mercado Relevante, al tener LUZ DEL SUR y TELEFÓNICA una posición de dominio colectiva, la sola negativa injustificada de LUZ DEL SUR se podría configurar en un caso de abuso de posición de dominio por dicha empresa.

- *El arriendo de los postes de alumbrado público a VO CABLE, generaría un perjuicio a LUZ DEL SUR en caso de ocurrir algún accidente, por cuanto les generaría pérdidas por daños a terceros, así como por las correspondientes sanciones que le aplicaría OSINERG.*

Cabe señalar que todos los contratos de arrendamiento de postes presentados por LUZ DEL SUR contienen una cláusula de responsabilidad, en virtud de la cual el arrendatario es el que asume todos los daños, inclusive daños a terceros.

Tomando esto en consideración, no existe motivo por el cual LUZ DEL SUR no hubiera podido pactar la misma cláusula en un contrato celebrado con VO CABLE, por lo que este argumento no puede justificar su negativa.

- *VO CABLE no ofrece las garantías necesarias para que LUZ DEL SUR le permita instalar sus cables en los postes de alumbrado público; más bien LUZ DEL SUR corre un riesgo al efectuar un negocio con VO CABLE en la medida que ha quedado demostrado que actuó irresponsablemente al instalar sus cables en los postes de alumbrado público sin consentimiento alguno, poniendo en riesgo sus instalaciones y la de sus usuarios.*

El tema de que VO CABLE actuó irresponsablemente al instalar sus cables en los postes de LUZ DEL SUR no puede justificar la negativa a contratar debido a que este evento sucedió con posterioridad a dicha negativa. Sin embargo, al haberse tendido los cables de VO CABLE con ciertas deficiencias en los postes de LUZ DEL SUR que pudieran generar peligros de electrificación, esta última empresa no puede verse obligada a suscribir un contrato de arrendamiento, por lo que en dicho lapso la negativa podría considerarse justificada.

A su vez, si se subsanaran las anomalías encontradas en la red de VO CABLE, entonces no existiría una justificación para negar el arrendamiento de los postes.

---

*todas las empresas en cuestión. Basta con que pueda ser identificado como una de las manifestaciones de la ocupación de tal posición dominante colectiva. Por consiguiente, los comportamientos abusivos de las empresas que ocupan una posición dominante colectiva pueden ser tanto comunes como individuales. Basta con que dichos comportamientos abusivos se refieran a la explotación de la posición dominante colectiva que las empresas ocupen en el mercado. (...)*" (el subrayado es nuestro). Esta sentencia se puede encontrar en la siguiente dirección de internet: [http://curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/gettext.pl?lang=es&num=8000892T19970228&doc=T&ouvert=T&seance=ARRET&where=\(\)](http://curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/gettext.pl?lang=es&num=8000892T19970228&doc=T&ouvert=T&seance=ARRET&where=())

<sup>34</sup> En el Diario Oficial de la Comisión Europea de fecha 22 de agosto de 1998 se señala lo siguiente: **"2.3. Abuses of joint dominant positions. 129.** *In the case of joint dominance (see points 76 et seq.) behaviour by one of several jointly dominant companies may be abusive even if others are not behaving in the same way. 130. In addition to remedies under the competition rules, if no operator was willing to grant access, and if there was no technical or commercial justification for the refusal, one would expect that the NRA would resolve the problem by ordering one or more of the companies to offer access, under the terms of the relevant ONP Directive or under national law."*

- *LUZ DEL SUR no se encuentra obligada a suscribir un contrato con VO CABLE en virtud del principio de la libre contratación y por la falta de seriedad de VO CABLE que se deriva de los actos descritos anteriormente.*

El principio de libre contratación se deriva de la Constitución Política del Perú que en su artículo 58° señala que: *“La iniciativa privada es libre. (...)”*. Sin embargo, es la misma Constitución que en su artículo 62° señala que: *“El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominante o monopolísticas. (...)”*.

Por tanto, debe entenderse que la libre iniciativa privada puede restringirse en los casos de abuso de posición dominante o, en general, en cualquier caso en que se limite la libre competencia. Al haber calificado el Decreto Legislativo 701 expresamente como un caso de abuso de posición de dominio a la negativa injustificada a contratar, entonces se concluye que en dicho supuesto puede restringirse la iniciativa privada. Es decir, en caso se concluya que la negativa de LUZ DEL SUR es injustificada, ésta empresa se encontraría obligada a suscribir un contrato de arrendamiento con VO CABLE.

En general, los argumentos de LUZ DEL SUR apuntan a justificar la negativa de suscribir un contrato de arrendamiento con VO CABLE por los peligros de electrificación que se podrían generar en la red de esta última empresa y que podrían poner en riesgo a los usuarios.

Al respecto se debe señalar que es una práctica usual a nivel internacional el que empresas de telecomunicaciones utilicen postes de distribución eléctrica para tender sus redes de cables. De las investigaciones realizadas por esta Secretaría Técnica se ha podido comprobar que la situación descrita se da regularmente en países como Venezuela<sup>35</sup>, Brasil<sup>36</sup> y Estados Unidos<sup>37</sup>. Esto

<sup>35</sup> En la Resolución No. SPPLC/034-99 de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia del 29 de junio de 1999 (op. cit.) consta lo siguiente:

*“Para establecer el tendido necesario para la transmisión del servicio de telefonía por medio de cables, la Compañía Anónima Nacional de Teléfonos de Venezuela (en lo sucesivo C.A.N.T.V.) arrienda los postes propiedad de las empresas eléctricas. (...)”*

*Por otro lado, desde hace aproximadamente cuatro (4) años, las empresas de Televisión por Cable también han celebrado contratos de arrendamiento de postes con las empresas eléctricas para el tendido de sus cables, realizando contratos con cada una de ellas.”*

<sup>36</sup> En Brasil la Agencia Nacional de Energía Eléctrica, la Agencia Nacional de Telecomunicaciones y la Agencia Nacional de Petróleo han emitido la Resolución Conjunta N° 001 del 24 de noviembre de 1999, mediante la cual se aprueba el Reglamento Conjunto para el Compartimiento de Infraestructura entre los Sectores de Energía Eléctrica, Telecomunicaciones y Petróleo. Dicho Reglamento establece que los agentes que operen en cualquiera de los tres sectores anteriores tienen el derecho de compartir la infraestructura de otro, de manera no discriminatoria, a precios y condiciones justas y razonables. Entre la infraestructura que se permite compartir se encuentran los ductos, conductos, postes, entre otros de cualquiera de las empresas de los sectores de telecomunicaciones, energía y petróleo. Asimismo, el artículo 6° del Reglamento señala que el compartimiento de la infraestructura entre los agentes de los tres sectores debe estimular la optimización de recursos, la reducción de costos de operación, además de otros beneficios a los usuarios de los servicios prestados, atendiendo la reglamentación específica de cada sector. Este reglamento se puede conseguir en la siguiente dirección de internet: [http://www.anatel.gov.br/biblioteca/Resolucao/1999/anexo\\_res\\_001\\_1999.pdf](http://www.anatel.gov.br/biblioteca/Resolucao/1999/anexo_res_001_1999.pdf)

<sup>37</sup> Un ejemplo de ello lo constituye la Resolución de fecha 9 de setiembre de 1999, emitida por décimo primer circuito de la Corte de Apelaciones de Estados Unidos de América, en el caso de empresas

permite concluir que los peligros de electrificación en las redes de telecomunicaciones pueden ser evitados. En esta línea, el Código Nacional de Electricidad también prevé la posibilidad de que los postes de empresas de distribución de energía eléctrica sean utilizados por empresas de telecomunicaciones.

De los argumentos anteriores se concluye que al momento en que LUZ DEL SUR denegó la utilización de sus postes a VO CABLE -agosto de 1999-, el argumento de las conexiones clandestinas no resulta justificado, puesto que: (i) aún no se había tendido la red de VO CABLE en sus postes, (ii) de haber existido las conexiones clandestinas que generaran un peligro de electrificación, éstas podían haber sido eliminadas; y, (iii) el peritaje elaborado por la Universidad Nacional de Ingeniería no encontró ningún caso de conexión clandestina. Por tanto, se concluye que en agosto de 1999, la negativa de LUZ DEL SUR de arrendar sus postes a VO CABLE fue injustificada.

En tal sentido, al contar LUZ DEL SUR con posición de dominio y al negarse injustificadamente a contratar con VO CABLE, dicha conducta configuraría un caso de abuso de posición de dominio, tal como está tipificado en el inciso a) del artículo 5° del Decreto Legislativo 701.

Sin perjuicio de lo anterior, no puede dejarse de lado que se han hallado anomalías en la red de VO CABLE que podrían generar ciertos riesgos. Por tanto, mientras perduren dichas anomalías no puede exigirse a LUZ DEL SUR a suscribir un contrato de arrendamiento con VO CABLE. Por esta razón -una vez que VO CABLE utilizó sus postes-, la negativa podría considerarse como justificada.

Tomando en consideración que: (i) las anomalías encontradas son subsanables, (ii) la utilización de postes de distribución eléctrica para el tendido de redes de telecomunicaciones es común en diversos países, (iii) LUZ DEL SUR cuenta con posición de dominio en el Mercado Relevante, (iv) una negativa injustificada se puede configurar en un caso de abuso de posición de dominio; y, (v) que el servicio de Televisión por Cable constituye un servicio público, dentro de lo posible deben corregirse dichas anomalías para que los usuarios no se vean afectados con un corte de servicio. Por tanto, de darse este último supuesto no cabría justificación por parte de una empresa dominante para negar la suscripción de un contrato de arrendamiento.

#### **9. Presunta Infracción al Inciso b) del artículo 5° del Decreto Legislativo 701**

El inciso b) del artículo 5° del Decreto Legislativo 701 señala que:

---

distribuidoras de electricidad contra la Comisión Federal de Telecomunicaciones. En dicha Resolución se desestima la solicitud de las empresas eléctricas de que la Ley de Utilización de Postes (Pole Attachment Act) sea declarada anticonstitucional. Entre los aspectos considerados por dicha resolución se menciona que las empresas de Televisión por Cable desde la década de 1950 han venido utilizando los postes de las empresas de distribución eléctrica para tender sus redes de cables. Sin embargo, se menciona que las tarifas cobradas por el arrendamiento de los postes podían ser consideradas como una explotación de la posición monopólica que tenían dichas empresas. Debido a ello, en 1978 el Congreso aprobó la Ley de Utilización de Postes mediante la cual se estableció que el precio que una empresa de electricidad podía cobrar a una de Televisión por Cable por utilizar sus postes, ductos, conductos y derechos de vía, debían ser justas y razonables. En el año de 1996, el Congreso amplió el ámbito de la Ley para incluir a cualquier empresa de telecomunicaciones y no sólo a prestadoras del servicio de Televisión por Cable.

*"Son casos de abuso de posición de dominio:*

*(...)*

*b) La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalente, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. (...)"*  
(subrayado agregado)

Al momento de definir el Mercado Relevante, se concluyó que éste se circunscribe a un área dentro de Huaycán, el cual fue definido como el Centro Poblado de Huaycán y zonas aledañas, en el distrito de Ate, de la Provincia de Lima, del Departamento de Lima. En el Anexo II se muestra un plano donde se muestra esta área, el cual ha sido tomado del contrato de concesión suscrito por VO CABLE con el Estado peruano.

Dentro de dicha área, VO CABLE es la única empresa que ofrece servicios de Televisión por Cable. Si bien se ha acreditado que LUZ DEL SUR ha suscrito contratos de arrendamiento de postes con otras empresas que prestan el servicio de Televisión por Cable, es opinión de esta Secretaría Técnica que la negativa de suscribir uno con VO CABLE no puede considerarse como una infracción al inciso b) del artículo 5° del Decreto Legislativo 701. Esto se fundamenta en el hecho de que VO CABLE, al no tener empresas competidoras dentro del área señalada en el párrafo anterior, no puede ser colocada en una situación desventajosa frente a estos<sup>38</sup>, por lo que no se cumple uno de los requisitos señalados por la legislación para que dicha conducta constituya una infracción al inciso b) del artículo 5° del Decreto Legislativo 701.

Por los argumentos expuestos en los párrafos anteriores, la Secretaría Técnica considera que la conducta de LUZ DEL SUR alegada por VO CABLE no puede ser considerada como una infracción al inciso b) del artículo 5° del Decreto legislativo 701. Debido a ello la demanda debería declararse infundada en dicho extremo.

En resumen, el análisis realizado sobre el primero de los puntos controvertidos ha permitido concluir que la negativa de LUZ DEL SUR de suscribir un contrato de arrendamiento de postes con VO CABLE no podía considerarse justificada en agosto de 1999. Sin embargo, una vez tendida la red de esta última empresa, la cual presentaba anomalías, LUZ DEL SUR justificadamente ha podido negar el arrendamiento de sus postes.

En otras palabras, se concluye que la negativa de LUZ DEL SUR de suscribir un contrato de arrendamiento de postes con VO CABLE constituiría abuso de posición de dominio, de acuerdo con el inciso a) del artículo 5° el Decreto Legislativo 701, mas no

---

<sup>38</sup> En la audiencia de pruebas llevada a cabo el 10 de abril de 2001, VO CABLE argumentó que el término "zonas aledañas" comprendía a la zona de Santa Clara donde opera la empresa Antenas Cablevisión Satélite E.I.R.L. y que sí tiene un contrato de arrendamiento de postes con LUZ DEL SUR. Sin embargo, esta Secretaría Técnica ha podido comprobar que el las zonas aledañas se encuentran delimitadas en el propio contrato de concesión de VO CABLE (véase el anexo II) en las cuales no se encuentra Santa Clara. Adicionalmente, se ha podido verificar que Santa Clara se encuentra a más de 5 (cinco) kilómetros de distancia de Huaycán por lo consideramos que no resultaría aplicable el término "zonas aledañas".

una infracción al inciso b) del dicho artículo. Adicionalmente, se debe señalar que en la medida de que existan anomalías en la red de VO CABLE, LUZ DEL SUR posee razones justificadas para negar la suscripción del contrato de arrendamiento. Esto último implica que de corregirse las anomalías encontradas en la red de VO CABLE, no cabría justificación para que LUZ DEL SUR niegue el arrendamiento de sus postes, por lo que dicha conducta podría considerarse como un caso de abuso de posición de dominio.

No obstante lo indicado, debe tomarse en consideración que las leyes de competencia tienen como objetivo la protección del proceso competitivo a fin de lograr el mayor beneficio de los usuarios o consumidores finales. Lo señalado en el presente párrafo se deriva de las siguientes reflexiones:

- i) Conforme a la Constitución Política del Perú, artículo 1°: *“La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado.”*
- ii) Según el primer párrafo del inciso 4° del artículo 2° del Constitución Política, toda persona tiene derecho: *“A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley.”*
- iii) A su vez, el primer párrafo del artículo 61° de la Constitución señala que *“El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. (...)”*
- iv) Seguidamente, las primeras líneas del artículo 65° de la Constitución establecen que: *“El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios”*.
- v) Concuerda con las normas transcritas, la Resolución 39/248 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobada por consenso el 9 de abril de 1985 que señala: *“Las políticas de los gobiernos deben tratar de hacer posible que los consumidores obtengan el máximo beneficio de sus recursos económicos”; y, “Los gobiernos deben alentar la competencia leal y efectiva a fin de brindar a los consumidores la posibilidad de elegir productos y servicios dentro del mayor surtido y a los precios más bajos”*.
- vi) Asimismo, el Decreto Legislativo 701, en su artículo 1° señala que: *“La presente ley tiene por objeto eliminar las prácticas monopólicas controlistas y restrictivas de la libre competencia en la producción y comercialización de bienes y en la prestación de servicios, permitiendo que la libre iniciativa privada se desenvuelva procurando el mayor beneficio de los usuarios o consumidores.”*
- vii) Finalmente, lo anterior se encuentra recogido en los LINEAMIENTOS que señalan: *“ (...) En ese sentido, OSIPTEL asume que la finalidad de la legislación de promoción y protección de la competencia tiene efectos en el bienestar del consumidor y por ello orienta su actuación a cumplir con dicho objetivo.”. “De esta manera, la labor de OSIPTEL se orientará a alcanzar aquellas situaciones en las cuales el bienestar de los consumidores sea el máximo posible.”*



Buscando las normas de libre competencia lograr el máximo bienestar de los consumidores -y no la protección a una empresa específica-, la sola negativa injustificada a contratar llevada a cabo por una empresa con posición de dominio no necesariamente califica como un abuso de dicha posición. A fin de determinar esto último debe analizarse si la negativa, aún cuando carezca de justificación, ha generado o podría generar un perjuicio al bienestar de los consumidores.

La negativa de celebrar un contrato de arrendamiento para el uso de postes permitiría evitar a LUZ DEL SUR aquellos costos derivados de los peligros que se podrían generar y que terminarían generando un perjuicio a los consumidores. Sin embargo, tal como se ha mencionado y señalado en el informe pericial realizado por la Universidad Nacional de Ingeniería, dichos peligros pueden eliminarse siempre que se cumplan las disposiciones existentes sobre la materia. Por tanto, los costos a que se hace referencia en el presente párrafo pueden ser evitados incluso en el caso que se celebre un contrato de arrendamiento de postes.

Por otro lado, los costos generados a la sociedad por la negativa podrían ser considerables, puesto que implicarían el negar la utilización de un recurso necesario para la prestación de un servicio público de telecomunicaciones, como lo es el servicio de Televisión por Cable. Así, los consumidores no podrían hacer uso de dicho servicio -el mismo que es ofrecido por una única empresa-. Por tanto, el bienestar de los consumidores se afectaría de manera negativa. La negativa genera, a su vez, una barrera de entrada para la prestación del servicio de Televisión por Cable, por lo que reduce las posibilidades de que se genere competencia en ese servicio en Huaycán.

Así, se concluye que los costos derivados de la negativa realizada en agosto de 1999, son considerablemente mayores que los beneficios que dicha práctica podría generar, por lo que, en términos netos se generaría un perjuicio para los consumidores.

En tal sentido, debido a que LUZ DEL SUR: (i) tiene posición de dominio, (ii) se ha negado injustificadamente a contratar con VO CABLE; y, (iii) producto de dicha negativa ha podido generar un perjuicio al bienestar de los consumidores, se concluye que, en agosto de 1999, la demandada ha abusado de su posición dominante, infringiendo el inciso a) del artículo 5° del Decreto Legislativo 701.

Respecto de la negativa de suscribir el contrato mientras existan anomalías en la red de VO CABLE que puedan generar peligros de electrificación, ésta es justificada por lo que no califica de abuso de posición de dominio.

## **VII. ANÁLISIS DEL SEGUNDO DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS**

El segundo de los puntos controvertidos implica determinar si la negativa de la empresa LUZ DEL SUR de satisfacer la demanda de alquiler de sus postes de la empresa VO CABLE constituye un supuesto de práctica restrictiva de la libre competencia de acuerdo con el inciso e) del artículo 6° del Decreto Legislativo 701.

Este artículo señala lo siguiente:

*"Se entiende por prácticas restrictivas de la libre competencia los acuerdos, decisiones, recomendaciones, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia.*

*Son prácticas restrictivas de la libre competencia:*

*(...)*

- e) La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. (...)"*

En tal sentido, el segundo punto controvertido sería fundado en la medida que LUZ DEL SUR hubiera acordado o concertado con otra empresa el negarse a suscribir un contrato de arrendamiento de postes con VO CABLE; y que a la vez, esto ponga en una situación desventajosa a esta última empresa frente a sus competidores.

Las prácticas restrictivas llevadas a cabo entre empresas competidoras que tengan como efecto final facilitar la existencia de una concertación en la fijación de precios son analizadas bajo la regla *per se*<sup>39</sup>. Es decir, que la práctica es sancionable en sí misma sin necesidad de realizar mayor análisis sobre la misma. Este, sin embargo, no es el caso. No se trata de un acuerdo entre empresas competidoras. Sin embargo, existen otras prácticas que se encuentran tipificadas como prácticas restrictivas de la libre competencia y que no resulta apropiado realizar el análisis de las mismas utilizando la regla *per se*<sup>40</sup>, por lo que deben ser analizadas utilizando la regla de la razón.

VO CABLE es la única empresa que ofrece servicios de Televisión por Cable en el Mercado Relevante. Si bien se ha acreditado que LUZ DEL SUR ha suscrito contratos de arrendamiento de postes con otras empresas de Televisión por Cable, este hecho no coloca a VO CABLE en una situación desventajosa frente a estas empresas, debido a que no compiten dentro del mismo mercado. En tal sentido, es opinión de esta Secretaría Técnica que la negativa de suscribir uno con VO CABLE no puede considerarse como una infracción al inciso e) del artículo 6° del Decreto Legislativo 701.

En la medida de que VO CABLE no puede haber sido puesta en una situación desventajosa respecto de sus competidores, carece de sentido continuar con el análisis sobre los efectos que la práctica genera sobre el bienestar de los consumidores. De esta manera, por los argumentos expuestos en los párrafos anteriores, esta Secretaría Técnica considera que el segundo punto controvertido debe ser declarado infundado.

## **VIII. MEDIDAS CORRECTIVAS Y SANCIONES**

Al haberse detectado una infracción a las normas de libre competencia, deben evaluarse dos aspectos: i) las medidas correctivas que deben ser tomadas; y, ii) la posibilidad de sancionar al infractor. A continuación se detallan estos aspectos:

---

<sup>39</sup> Al respecto, en los LINEAMIENTOS se señala lo siguiente: *"Al tener dichas prácticas, como objeto, el control concertado del precio de los productos -como cuando las empresas acuerdan reducir la producción para mantener un nivel de precios determinado o para permitir el establecimiento del precio deseado-, deben ser analizadas siguiendo los mismos criterios utilizados para la evaluación de los acuerdos que directamente se refieren al precio de los productos, esto es, como infracciones "per se" ilegales."*

<sup>40</sup> Esto se debe a que dichas prácticas pueden generar tanto efectos positivos como negativos sobre el bienestar de los consumidores, por lo que la prohibición *per se* de las mismas podría ir en detrimento de dicho bienestar.

## 1. Sobre las Medidas Correctivas

El ordenamiento legal vigente faculta a OSIPTEL a aplicar medidas correctivas en las materias que son de su competencia, entre ellas, las infracciones a las normas sobre libre competencia<sup>41</sup>.

La principal medida que debe tomarse es la referida al cese de la conducta, lo cual equivale en el presente caso a que LUZ DEL SUR suscriba con VO CABLE un contrato para el arrendamiento de sus postes. Sin embargo, esto debe estar condicionado a que VO CABLE subsane las anomalías encontradas en su red y que puedan generar peligros de electrificación, caso contrario la negativa sería justificada, no pudiéndose establecer que se suscriba el contrato respectivo.

En tal sentido, debe señalarse que en el caso de que VO CABLE corrija las anomalías encontradas en su red de cables, una negativa por parte de LUZ DEL SUR de suscribir un contrato de arrendamiento calificaría como injustificada, por lo que estaría incurriendo en un abuso de la posición dominante que ostenta.

A fin de evitar de que se genere un perjuicio al bienestar de los consumidores y de evitar los riesgos que se podrían generar a las personas, VO CABLE debe corregir las anomalías encontradas en su red<sup>42</sup>. Únicamente de darse este supuesto, debería establecerse que LUZ DEL SUR suscriba el contrato de arrendamiento de sus postes con VO CABLE.

Un aspecto fundamental del contrato a ser suscrito es el referido al precio que debe pagarse por el arrendamiento. Al haberse determinado que el alquiler de postes es la modalidad más viable para la prestación del servicio de Televisión por Cable, el precio a ser cobrado debe estar justificado con relación a los costos por la utilización y mantenimiento de los mismos. Fijar una tarifa muy alta o prohibitiva por dicho servicio constituiría una negativa indirecta a ofrecer el servicio, así como una muestra de estar actuando con prescindencia de los clientes, por lo que podría constituirse en otro caso de abuso de posición de dominio.

Con relación al uso que VO CABLE le ha venido dando a los postes hasta la fecha, la tarifa a ser cobrada por dicho concepto debería cumplir asimismo con lo señalado en el párrafo anterior.

---

<sup>41</sup> Estas facultades se encuentran contenidas en el Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones (aprobado por Decreto Supremo N°013-93-TCC):

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

*Artículo 77° El Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, es un organismo público dependiente directamente del Presidente de la República, con autonomía administrativa, económica, financiera, cuyas funciones fundamentales son las siguientes: (...) 9. Adoptar las medidas correctivas sobre las materias que son de su competencia o que le han sido delegadas." (el subrayado es nuestro)*

<sup>42</sup> Tomando en consideración que es posible que VO CABLE requiera, en algunos casos, la cooperación de LUZ DEL SUR, se debe ordenar que en dichos casos ambas empresas trabajen de manera coordinada.

En tal sentido, la Secretaría Técnica considera necesaria la adopción de las siguientes medidas correctivas:

- i) Se ordene a LUZ DEL SUR que, en los casos que ello resulte necesario, realice trabajos de manera coordinada con VO CABLE a fin de subsanar las objeciones encontradas, debiendo esta última empresa asumir los costos generados por dichos trabajos.
- ii) De subsanarse las objeciones señaladas, se ordene a LUZ DEL SUR que suscriba un contrato de arrendamiento de postes con VO CABLE, a tarifas acordes con el uso que se les da, en términos no discriminatorios y justificados de acuerdo con lo mencionado anteriormente.
- iii) Se advierta a LUZ DEL SUR que en lo sucesivo se abstenga de negar, directa o indirectamente, la utilización de sus postes de manera injustificada.

## **2. Sobre las Sanciones Pecuniarias**

El artículo 23° del Decreto Legislativo 701 señala los criterios que se deben utilizar para determinar la gravedad de la infracción cometida, así como para determinar el monto de la multa que se aplique. Entre los criterios señalados en dicha Ley se encuentran los siguientes: i) la modalidad y el alcance de la restricción de la competencia, ii) la dimensión del mercado afectado, iv) el efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios; y, v) la duración de la restricción de la competencia.

Para determinar la gravedad de la infracción resulta conveniente tomar en cuenta los efectos que ella ha generado o que potencialmente ha podido generar en el mercado. La negativa injustificada a suscribir un contrato para el uso de un insumo por parte de una empresa que ostenta una posición dominante puede tener efectos considerables en el mercado, puesto que impide que las empresas que utilizan dichos insumos puedan ofrecer sus servicios. Esto tiene un efecto directo sobre los consumidores<sup>43</sup> que no podrían beneficiarse con nuevas opciones de elección.

En tal sentido, la Secretaría Técnica considera que la práctica, debido a los negativos efectos potenciales que puede generar sobre el bienestar de los consumidores, debe ser calificada como grave. En tal sentido, de conformidad con el Decreto Legislativo 701 correspondería aplicar una sanción de hasta 1000 unidades impositivas tributarias.

Sin perjuicio de lo anterior, a efectos de calcular la sanción que debe imponerse, deben privilegiarse los efectos concretos que la práctica ha generado. Al respecto, se debe recordar que, si bien a inicios de la controversia, LUZ DEL SUR anunció que procedería a retirar los cables de VO CABLE de sus postes, dicho acto no se ha realizado hasta la fecha, por lo que la negativa de suscribir el contrato no ha tenido un efecto concreto sobre los consumidores del servicio de televisión por cable en la medida que han venido utilizándolo.

---

<sup>43</sup> Recuérdese que el Decreto Legislativo 701 en su artículo 1° señala que el objeto de la norma es evitar la presencia de prácticas contrarias a la libre competencia, buscando el mayor beneficio de los usuarios y consumidores.

Adicionalmente, debe tomarse en consideración que al existir algunas anomalías en la red de VO CABLE que justifican que LUZ DEL SUR se haya negado a suscribir el contrato de arrendamiento de postes, ello constituye una atenuante de la sanción.

Tomando estos últimos aspectos en consideración, la Secretaría Técnica considera que la adopción de las medidas correctivas señaladas en el numeral anterior son suficientes para corregir el problema y evitar que se vuelva a presentar en lo sucesivo, por lo que no considera necesario que se deba aplicar una sanción a LUZ DEL SUR por la negativa injustificada llevada a cabo en agosto de 1999.

## **IX. CONCLUSIONES**

El análisis realizado en los puntos anteriores sobre la controversia iniciada por VO CABLE contra LUZ DEL SUR ha permitido obtener las siguientes conclusiones:

- OSIPTEL, a través de sus instancias de solución de conflictos entre empresas, tiene plena competencia para resolver la presente controversia, tanto en lo referido a la aplicación de las disposiciones de la Ley 27336, así como aquéllas del Decreto Legislativo 701.
- El Servicio en Cuestión relevante a la presente controversia es el servicio de alquiler de postes que la empresa LUZ DEL SUR podría ofrecer a VO CABLE.
- El único sustituto identificado del Servicio en Cuestión, tanto en aspectos técnicos como económicos, consiste en la utilización de postes pertenecientes a una empresa distinta de LUZ DEL SUR.
- El Mercado Relevante identificado ha sido definido como el mercado de postes ubicados en Huaycán que, en la modalidad de arrendamiento, pueden ser utilizados por concesionarios del servicio de Televisión por Cable como insumo para prestar dicho servicio.
- LUZ DEL SUR y TELEFÓNICA ostentan, de manera conjunta, una posición dominante en el Mercado Relevante.
- La negativa de LUZ DEL SUR de suscribir un contrato de arrendamiento de postes con VO CABLE fue injustificada en agosto de 1999, por lo que constituye un abuso de posición de dominio y por tanto, una infracción al inciso a) del artículo 5° del Decreto Legislativo 701.
- El incumplimiento, por parte de LUZ DEL SUR, de las normas de libre competencia constituye una infracción grave.
- La negativa de LUZ DEL SUR de suscribir un contrato de arrendamiento de postes con VO CABLE es justificada en tanto que la red de VO CABLE fue instalada y que presenta anomalías.
- La negativa de LUZ DEL SUR de suscribir un contrato de arrendamiento de postes con VO CABLE no puede ser entendida como una infracción al artículo 5°, inciso b), o al artículo 6°, inciso e) del Decreto Legislativo 701.

- Se recomienda la aplicación de las siguientes medidas correctivas que permitan a VO CABLE utilizar los postes de LUZ DEL SUR cumpliendo con las disposiciones vigentes sobre la materia:
  - i) Se ordene a LUZ DEL SUR que, en los casos que ello resulte necesario, realice trabajos de manera coordinada con VO CABLE a fin de subsanar las objeciones encontradas, debiendo esta última empresa asumir los costos generados por dichos trabajos.
  - ii) De subsanarse las objeciones señaladas, se ordene a LUZ DEL SUR que suscriba un contrato de arrendamiento de postes con VO CABLE, a tarifas acordes con el uso que se les da, en términos no discriminatorios y justificados de acuerdo con lo mencionado anteriormente.
  - iii) Se advierta a LUZ DEL SUR que en lo sucesivo se abstenga de negar, directa o indirectamente, la utilización de sus postes de manera injustificada.
- La tarifa que VO CABLE debe pagar a LUZ DEL SUR por el uso que le ha venido dando a los postes de esta última debe estar fijada en términos no discriminatorios y justificados de acuerdo con lo señalando anteriormente.
- No se ha identificado un daño concreto generado al bienestar de los consumidores, por lo que no se recomienda la aplicación de una sanción pecuniaria por la infracción cometida en agosto de 1999, sino únicamente la aplicación de las medidas correctivas mencionadas anteriormente.

**Ana Rosa Martinelli**  
**Gerente de Relaciones Empresariales**