

RESOLUCIÓN N° 032-2001-CCO/OSIPTEL

Lima, 24 de mayo de 2001

El Cuerpo Colegiado Ordinario (en adelante CCO) a cargo de la controversia entre V.O. Cable S.A. (en adelante VO CABLE) contra Luz del Sur S.A.A. (en adelante LUZ DEL SUR), por la supuesta comisión de actos contrarios al Decreto Legislativo 701 en la utilización de postes para el tendido de red de cable.

VISTOS:

El expediente N° 006-2000, correspondiente a la controversia entre VO CABLE contra LUZ DEL SUR por la supuesta comisión de actos contrarios al Decreto Legislativo 701 en la utilización de postes para el tendido de red de cable.

CONSIDERANDO:

I. EMPRESAS INVOLUCRADAS

1. 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. 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. FUNDAMENTOS DE LAS PARTES

Con fecha 19 de octubre de 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. 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 con los términos del contrato, tal como consta en las comunicaciones presentadas por VO CABLE. La legislación permite la conclusión de acuerdos y contratos verbales.
- 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 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. (en adelante 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. Si se toma en cuenta que el producto materia de la presente controversia es el uso de los postes y que el espacio se determina por el área geográfica en la que se dan unas condiciones homogéneas de competencia, el mercado relevante resulta el ámbito de concesión de LUZ DEL SUR.
 - e. 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.
 - f. La demandada ha aceptado que es un negocio accesorio a LUZ DEL SUR alquilar sus postes de alumbrado público.
 - g. 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).
 - h. LUZ DEL SUR ha afirmado que no firmó un contrato con VO CABLE por ser una empresa poco seria y porque las instalaciones de sus cables en postes son deficientes. Pero la demandada en agosto de 1999 no podía cuestionar las instalaciones de VO CABLE en sus postes por la sencilla razón que en dicha fecha no se había efectuado instalación alguna.
 - i. 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.
 - j. Es falso que las conexiones de cables coaxiales de Televisión por Cable 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.
 - k. 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. 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 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 de producirse 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 los mismos. No obstante, VO CABLE indebidamente viene utilizado 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. Para el análisis de los dos supuestos de violación a las normas de libre competencia que se imputan a LUZ DEL SUR debe considerarse que el mercado relevante es el mercado de los servicios de arrendamiento o utilización de postes para servicios de telecomunicaciones que se brindan actualmente en Huaycán.
- i. No existe posición de dominio por parte de LUZ DEL SUR, en la medida que no brinda el servicio de arrendamiento o utilización de postes. El único proveedor del producto en el mercado relevante es Telefónica del Perú S.A.A. Adicionalmente, existe un producto sustituto que es la instalación de postes por la propia VO CABLE.

- j. 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.
- k. 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.
- l. 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.
- m. 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.
- n. 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. La suscripción de contratos se efectúa sobre la base de la confianza y la buena fe comercial. En el presente caso la confianza y buena fe han sido totalmente desvirtuadas por VO CABLE.
- o. LUZ DEL SUR no da a VO CABLE un trato discriminatorio en cuanto a condiciones y precios porque, simplemente, no da trato alguno dentro del mercado relevante.
- p. LUZ DEL SUR no ha incurrido en prácticas restrictivas a la libre competencia puesto que no participa en el mercado relevante ni ha tenido un comportamiento coordinado con otras empresas con la finalidad de restringir la competencia en el mercado.

III. PUNTOS CONTROVERTIDOS

De conformidad con lo dispuesto 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. CUESTIONES PREVIAS

1. Competencia de OSIPTEL para resolver la Controversia

LUZ DEL SUR, en su escrito de contestación de demanda solicitó que OSIPTEL se inhiba de pronunciarse sobre la presente controversia por considerar que este organismo carece de competencia para resolver la misma.

La demandada fundamenta su posición en que el artículo 36° de la Ley N° 27336 no resultaría 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.

El CCO considera que, aún cuando la supuesta incompetencia de OSIPTEL no ha sido invocada por la demandada como excepción en la etapa procesal correspondiente, los argumentos de dicha alegación deben ser, necesariamente, analizados.

Al respecto el CCO considera que OSIPTEL, a través de sus instancias de solución de conflictos, cuenta con plena competencia para resolver la presente controversia por las consideraciones expuestas en el Informe de Secretaría Técnica N° 002-2001/GRE (en adelante Informe Instructivo), por lo que corresponde declarar infundado el pedido de inhibición solicitado por LUZ DEL SUR.

2. 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, en razón de que entre ella y VO CABLE no existe una relación de competencia.

Al respecto, el CCO considera que el argumento de LUZ DEL SUR carece de fundamento por las consideraciones expuestas en el Informe Instructivo.

3. Cumplimiento de lo establecido en el artículo 53° del Reglamento General de OSIPTEL

El artículo 53° del Reglamento General de OSIPTEL¹ establece que en las controversias relacionadas con el incumplimiento de las obligaciones sobre libre y leal competencia “*antes de resolver la controversia en primera instancia, el órgano funcional deberá solicitar a INDECOPI, un Informe Técnico no vinculante sobre los lineamientos, precedentes y criterios interpretativos que viene aplicando en materia de libre y leal competencia para la generalidad de los mercados y agentes económicos.*”

En cumplimiento de lo dispuesto en el citado artículo, la Secretaría Técnica, mediante Oficio N° 051/2001-ST de fecha 8 de marzo de 2001, solicitó a INDECOPI el mencionado informe técnico.

¹ Aprobado mediante el Decreto Supremo N° 008-2001-PCM y publicado en el diario oficial El Peruano el 2 de febrero de 2001.

Este pedido fue reiterado mediante Oficio N° 078/2001-ST de fecha 23 de abril de 2001, en el que se manifiesta a su vez que habiéndose cerrado la etapa probatoria el CCO estaría próximo a resolver.

No habiéndose, a la fecha, recibido el informe técnico a que se hace referencia y debiendo el CCO cumplir con los plazos establecidos para resolver la controversia, corresponde prescindir del mismo para el análisis de los puntos controvertidos, en razón de su carácter no vinculante y de que se ha cumplido con el requisito de solicitar el mismo.

Sin perjuicio de lo expuesto, para el análisis del caso, tanto el CCO como la Secretaría Técnica han tomado en consideración los precedentes que vendría aplicando INDECOPI, así como jurisprudencia emitida por dicha Institución en materia de libre competencia. Cabe señalar que también se han tomado en consideración los Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Libre Competencia en el Ambito de las Telecomunicaciones² (en adelante LINEAMIENTOS), los cuales recogen lo que se puede considerar un consenso de las agencias de competencia y los académicos en el ámbito mundial en temas de libre competencia.

4. Carácter del Informe elaborado por la Secretaría Técnica

En sus alegatos finales LUZ DEL SUR ha manifestado que el Informe presentado por la Secretaría Técnica no resulta parte del proceso en la medida que tiene la calidad de un informe instructivo para fines exclusivamente sancionatorios, por lo que carecería de relevancia para efectos de la resolución del presente procedimiento y, por tanto, no debe ser tomado en cuenta por el CCO. Asimismo, alega que el análisis para determinar si en el presente caso se ha producido un abuso de posición dominante o no, corresponde ser solicitado a INDECOPI de conformidad con el artículo 53° del Reglamento General de OSIPTEL.

Antes de iniciar el análisis del caso, corresponde señalar lo siguiente:

A lo largo del presente procedimiento la Secretaría Técnica ha cumplido un rol de órgano instructor a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en la Ley 27336, que en su artículo 27° dispone que en los procedimientos administrativos sancionadores la instrucción y la imposición de una sanción deberán recaer sobre órganos distintos. Este papel lo ha llevado a cabo en uso de las facultades conferidas por el artículo 62° inciso g) del Reglamento General de OSIPTEL para la Solución de Controversias en la Vía Administrativa³ (en adelante RGSC).

Sobre el particular, debe advertirse que el Informe Instructivo presentado por la Secretaría Técnica, recoge las investigaciones realizadas a lo largo del procedimiento y fue requerido por el CCO mediante la Resolución N° 027-2001-CCO/OSIPTEL; la misma que quedó consentida por no haber sido impugnada en su oportunidad, por lo que resulta extemporánea la petición de la demandada de restarle validez al no formar parte del procedimiento y porque, supuestamente, se debió solicitar opinión a INDECOPI.

² Aprobados mediante la Resolución N° 003-2000-CD/OSIPTEL y publicados en el diario oficial El Peruano el 8 de febrero de 2000.

³ Aprobado mediante la Resolución N° 027-99-CD/OSIPTEL y publicado en el diario oficial El Peruano el 12 de octubre de 1999.

Sin perjuicio de lo expuesto, si bien el Informe Instructivo no está previsto expresamente en el RGSC, la necesidad de su existencia obedece a un cambio normativo producido con la entrada en vigencia de la Ley 27336, cambio que resulta ser a favor del administrado. Asimismo, el propio RGSC en sus disposiciones finales ha contemplado la posibilidad de que existan ocurrencias procesales no previstas en el mismo.

Por otro lado no es correcta la aseveración de LUZ DEL SUR en la que señala que el Informe Instructivo debió ser solicitado a INDECOPI por cuanto tal como se ha señalado en el numeral precedente el informe a que se refiere el artículo 53° del Reglamento General de OSIPTEL corresponde a un informe técnico no vinculante para la generalidad de mercados y no –como sí lo hace el Informe Instructivo- un análisis que recoja la investigación del caso en concreto.

V. 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.

Tal como se señala en el Informe N° 002-2001/GRE, 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, corresponde efectuar un análisis en dos etapas: 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 el 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 Producto⁴

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.

Al respecto, se ha identificado que los siguientes servicios podrían, en una primera aproximación, 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. LUZ DEL SUR ha señalado que la utilización de postes propios sería un sustituto del Servicio en Cuestión. Técnicamente la utilización de postes propios constituye un sustituto del Servicio en Cuestión, por cuanto el uso que se le daría a dichos postes es similar al que le permite el referido servicio.

Sin embargo, no basta determinar la sustitución técnica del servicio, sino que es necesario determinar las posibilidades de sustitución económica, es decir, 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.

Al respecto, este CCO hace suyos los fundamentos expuestos en el Informe Instructivo y considera 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. Ello, porque al arrendar los postes, VO CABLE podría hacer uso de las economías de escala, que como el Informe Instructivo ha señalado, se presentan en el uso de los postes.

Asimismo, siguiendo las consideraciones expuestas en el Informe Instructivo, aún en el supuesto negado que resultase económicamente factible que VO CABLE instale sus propios postes, ello no podría realizarse en el corto plazo, sino que sólo 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 plazo⁵.

⁴ En lo sucesivo, cuando se haga referencia al término “producto”, se entenderá que éste se relaciona con la prestación de algún servicio.

⁵ 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

También es necesario tener en cuenta que la construcción de nuevos postes enfrenta limitaciones de espacio físico. Existiendo postes de luz y de telefonía ya instalados, hay menos espacio disponible para otras empresas que aunque estén dispuestas a construir nuevos postes podrían no hacerlo debido a la falta de espacio.

Asimismo, aún cuando en el presente caso no se ha verificado la existencia de una prohibición por parte de la Municipalidad respectiva para la instalación de postes, debe tenerse presente que la instalación de diversas redes de postes paralelas entre sí pertenecientes a distintas empresas afectaría el ornato de la ciudad, lo cual podría afectar y obstaculizar a los propios habitantes a quienes finalmente se desea servir.

Por tanto, tomando en consideración 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; la construcción de postes no puede constituir un sustituto del Servicio en Cuestión.

En la ampliación de sus alegatos finales, LUZ DEL SUR ha afirmado que VO CABLE habría instalado postes propios. Al respecto se debe señalar que dicha aseveración ha sido realizada una vez concluida la etapa probatoria, no encontrándose en el expediente medio probatorio alguno que compruebe la misma. Sin perjuicio de ello, se debe considerar que ni en el Informe Situacional elaborado por el Colegio de Ingenieros del Perú, ni en el Peritaje encargado a la Universidad Nacional de Ingeniería se ha reportado que VO CABLE haya instalado postes propios.

- ***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. 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 o que VO CABLE realice las excavaciones necesarias para construir sus propios ductos subterráneos.

Sin embargo, el CCO no considera que la utilización únicamente de ductos subterráneos pueda sustituir la utilización del Servicio en Cuestión por los argumentos esgrimidos por la Secretaría Técnica en el Informe Instructivo, 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.

Respecto 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 satelital⁶, la misma que si bien técnicamente podría constituir una alternativa para VO CABLE pueda prescindir de la utilización del Servicio en Cuestión, de acuerdo con lo expuesto por la Secretaría Técnica en el Informe Instructivo, los altos costos en que dicha empresa incurriría por cambiar la modalidad de transmisión, generaría que, en términos económicos, no pueda considerarse un sustituto adecuado.

Por tanto, 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 acápite anteriores permiten concluir que el único posible sustituto del Servicio en Cuestión, tanto en aspectos técnicos

⁶ Ésta consiste en que las empresas de cable difundan 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).

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.

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.

De la superposición de los planos que obran en el expediente efectuada en el Informe Instructivo se ha podido determinar que, en muchos de los casos (82%), al tomar en cuenta consideraciones geográficas, la utilización de postes de TELEFÓNICA puede constituirse, técnica⁷ 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 conformidad 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.

En el presente caso, el servicio a que se hace referencia es el de arrendamiento de postes, mientras que los consumidores son todas aquellas

⁷ Este análisis se ha efectuado sin tomar en consideración si los postes de TELEFÓNICA ubicados en Huaycán realmente están en capacidad de soportar la instalación de la red de cables de VO CABLE.

empresas que podrían utilizar los mismos como insumo para algún fin comercial⁸. 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 analizar en conjunto dichos resultados para obtener el Mercado Relevante.

Al realizar esto se obtiene que el mercado relevante aplicable a la presente controversia es el siguiente: ***“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. Empresas participantes en el Mercado Relevante

LUZ DEL SUR en sus alegatos finales ha señalado que no participa en el mercado relevante por cuanto no arrienda sus postes a ninguna empresa en el mismo. En este sentido, dicha empresa menciona –haciendo alusión al Informe Instructivo- que se ha confundido la participación real en el Mercado Relevante con la capacidad instalada de los competidores o potenciales competidores.

Sin embargo, para la determinación del Mercado Relevante debe también evaluarse la sustituibilidad del producto por el lado de la oferta, tal como se ha realizado en el Informe Instructivo.

En este sentido, la Comunidad Europea⁹ establece que para determinar el Mercado Relevante se debe tomar en consideración dos aspectos principales: i) la sustitución por el lado de la demanda; y, ii) la sustitución por el lado de la oferta. Sobre este último aspecto se señala:

“En aquellos casos en que los efectos de la sustitución por el lado de la oferta tengan, en términos de efectividad e inmediatez, los mismos efectos que la sustitución por el lado de la demanda, la primera también podrá tomarse en consideración al momento de definir los mercados. Esto requiere que los oferentes puedan cambiar su producción a los productos y mercados relevantes sin incurrir en costos o riesgos significativos en respuesta a un incremento pequeño y permanente en los precios relativos.” (traducción propia)

En este mismo sentido también se manifiestan la División de Competencia del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, así como la Comisión Federal de Comercio de dicho país. En un documento emitido de manera conjunta por estas autoridades¹⁰, se señala:

⁸ 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.

⁹ European Commission, “COMMISSION NOTICE on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law”, 1997

¹⁰ U.S. Department of Justice y Federal Trade Commission, “Horizontal Merger Guidelines”, emitidos en abril de 1992 y revisados en abril de 1997.

“(...) los participantes del mercado incluyen a las firmas que producen o venden dichos bienes y a aquéllas que pueden ofrecerlos en competencia con otros productos relevantes.

(...)

Adicionalmente, la Agencia identificará a otras firmas, que actualmente no producen o venden el producto relevante en el área relevante, como participantes en el mercado relevante si su inclusión puede reflejar las respuestas de la oferta.” (traducción propia)

En la presente controversia, el mercado relevante ha sido definido como el mercado de postes que pueden ser brindados en arrendamiento a empresas prestadoras del servicio de Televisión por Cable en Huaycán. Una aplicación directa de lo señalado por las autoridades en materia de temas de libre competencia anteriormente señaladas implica incluir en dicho Mercado Relevante, no sólo a las empresas que actualmente prestan el servicio, sino también a todas aquéllas que pueden prestarlo sin incurrir en costos o riesgos significativos de una manera inmediata y efectiva¹¹.

En la zona de Huaycán, tanto los postes de LUZ DEL SUR como los de TELEFÓNICA ya se encuentran instalados como parte de la infraestructura de cada una de dichas empresas, por lo que se encuentran en capacidad inmediata y efectiva de brindar espacio en arrendamiento de los mismos, sin necesidad de realizar inversiones o incurrir en costos significativos. Al respecto, la Comunidad Europea señala que no se debe considerar como parte del Mercado Relevante a aquellas empresas que pueden demorarse en ingresar al mercado, o que incurrirían en costos significativos para prestar el servicio relevante.

Adicionalmente a lo anterior, cabe señalar que en el peritaje realizado por la Universidad Nacional de Ingeniería se ha mostrado que es posible utilizar los postes de LUZ DEL SUR ubicados en Huaycán para tender redes de Televisión por Cable sin incurrir en riesgos, es decir, de una manera segura, siempre y cuando se cumplan con las medidas de seguridad correspondientes. Asimismo, la propia LUZ DEL SUR ha afirmado que sus postes se encuentran en capacidad de soportar los cables de VO CABLE.

Otro aspecto que se debe tomar en consideración es que, en la actualidad, LUZ DEL SUR mantiene contratos de arrendamiento con diversas empresas para el tendido de sus cables en otras zonas geográficas, como en los distritos de San Isidro, La Molina, Jesús María, Miraflores y el Centro de Lima. Esto muestra que, en la zona de Huaycán, LUZ DEL SUR puede dar en arrendamiento sus postes a VO CABLE sin incurrir en costos o riesgos adicionales a los que incurre en otras zonas geográficas.

¹¹ Cabe señalar que la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia de Venezuela también se ha manifestado en el mismo sentido: *“Para determinar hasta que punto existen fuentes de competencia potencial por el lado de la oferta se deben tomar en cuenta aquellos vendedores que no están produciendo o vendiendo actualmente el producto relevante, pero podrían en el corto plazo y a bajo costo ofertar dicho producto, o un sustituto, en una cantidad suficiente, como respuesta a un pequeño incremento, de manera tal de que el precio vuelva a su nivel original. (...)”*

Por tanto, al poder ser utilizados tanto los postes de LUZ DEL SUR como los de TELEFÓNICA de una manera inmediata y efectiva para tender redes de cables, ambas empresas deben considerarse como participantes del Mercado Relevante.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que LUZ DEL SUR también ha señalado que existen productos sustitutos, puesto que VO CABLE puede instalar sus propios postes. El análisis de LUZ DEL SUR se contradice en este aspecto, puesto que –si como ella alega- no se deben considerar las opciones que actualmente no se prestan en el mercado, entonces tampoco se debería considerar la posibilidad de que VO CABLE pueda instalar sus propios postes.

A diferencia del caso de LUZ DEL SUR y TELEFÓNICA, cuya infraestructura ya se encuentra instalada y pueden prestar el Servicio en Cuestión de una manera efectiva e inmediata sin incurrir en costos, en el caso de la instalación de una nueva red de postes se incurrirían en costos, no pudiendo prestarse el servicio de una manera efectiva ni inmediata. En tal sentido, no puede considerarse a VO CABLE como un participante del Mercado Relevante.

8. Posición de Dominio

Una vez determinado el Mercado Relevante, corresponde analizar si LUZ DEL SUR ostenta una posición dominante en el mismo, lo cual –de acuerdo con el artículo 4° del Decreto Legislativo 701°- implica determinar si esta empresa puede *“actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores...”*

De conformidad con el mencionado artículo esta posición de dominio puede deberse a factores tales como: *“las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico o servicios involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como redes de distribución.”*

Asimismo, los LINEAMIENTOS señalan que 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

La participación de mercado es uno de los indicadores usualmente utilizados por las agencias de competencia para determinar si una o varias empresas ostentan una posición dominante en un mercado determinado.

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.

Al respecto cabe señalar que el OFTEL del Reino Unido ha definido que cuando una empresa tiene una participación de mercado de 50%, la

misma soporta la carga de probar que no tiene posición de dominio, de ser el caso. En Polonia, la Ley presume que una empresa tiene posición dominante cuando su participación de mercado es superior al 40%. Asimismo, dicha presunción se da con participaciones superiores al 30% en la República Checa y en Portugal.

Como se ha señalado anteriormente, es usual –y correcto- incluir dentro del Mercado Relevante a aquellas empresas que no prestan un servicio, pero que fácilmente pueden hacerlo sin incurrir en costos. En el presente caso, la infraestructura básica para ofrecer el servicio ya se encuentra instalada. De esto se deriva automáticamente que para el cálculo de las participaciones de mercado también debe considerarse a estas empresas.

Básicamente existen dos maneras para expresar una participación de mercado: i) en términos monetarios (e.g. niveles de ventas, producción, entre otros); o, ii) en términos físicos (e.g. niveles de ventas, capacidad, entre otros). Al respecto así lo señalan la División de Competencia del Departamento de Justicia de los Estados Unidos y la Comisión Federal de Comercio señalan¹²:

"Las participaciones de mercado se pueden expresar tanto en términos de dólares -midiendo las ventas, los envíos o la producción-, como en términos físicos -midiendo las ventas, los envíos, la producción, la capacidad o las reservas-." (la traducción y el subrayado son nuestros)

En la presente controversia ninguna de las empresas incluidas en el mercado relevante –TELEFÓNICA y LUZ DEL SUR- prestan actualmente el servicio de arrendamiento de postes. En este sentido, LUZ DEL SUR ha negado que brinde el servicio de postes en Huaycán. Asimismo, consta a fojas 000316 del expediente, según declaración de TELEFÓNICA, que ésta no arrienda sus postes en dicha zona. Por otro lado obra a fojas 000384 del Expediente el plano de las zonas de Ate Vitarte en donde la empresa Telefónica Multimedia S.A.C. –Cable Mágico- presta servicios y en el cual no está incluida la zona de Huaycán¹³.

Por lo expuesto en los párrafos precedentes, la medida idónea para calcular las participaciones de mercado viene determinada por la capacidad instalada de dichas empresas. En tal sentido, debe desestimarse el argumento de LUZ DEL SUR referido a que en el Informe N° 002-2001/GRE se ha considerado la capacidad instalada de las empresas y no su participación de mercado.

De acuerdo con las conclusiones arribadas por la Secretaría Técnica en el Informe Instructivo y que son acogidas por este CCO, las participaciones de mercado son del orden de 59% para LUZ DEL SUR y 41% para TELEFÓNICA, siendo posible que, en realidad sus participaciones de mercado, se encuentren en el orden de 50% para cada una de dichas empresas.

¹² U.S. Department of Justice y Federal Trade Commission, op. cit.

¹³ En este sentido, según la información que obra en el expediente es falso lo señalado por LUZ DEL SUR respecto a que TELEFÓNICA arrienda sus postes en la zona de Huaycán a Cable Mágico, afirmación que sirve de base para sus alegatos y que ha sido efectuada sin aportar prueba alguna que la sustente.

Cabe destacar que para el cálculo de las participaciones de mercado anteriores se ha supuesto que los postes de TELEFÓNICA tienen capacidad para sostener los cables adicionales, aunque dicha empresa ha desestimado dicha posibilidad. A diferencia de los postes de LUZ DEL SUR, que en muchos casos no sostienen cables puesto que el tendido de la red eléctrica es en su mayor parte subterráneo, en la actualidad los de TELEFÓNICA sí sostienen cables de telefonía. Por tanto, es posible suponer que los postes de TELEFÓNICA tienen una menor capacidad que los de LUZ DEL SUR. En el caso que los postes de TELEFÓNICA no tuvieran capacidad para sostener cables adicionales, la participación de mercado de esta empresa sería nula, mientras que la de LUZ DEL SUR ascendería a 100%.

En los numerales anteriores se ha mostrado que, en el caso más conservador, la participación de mercado de LUZ DEL SUR ascendería a 50%, un porcentaje lo suficientemente alto como para suponer de antemano que existe una posición dominante.

Cabe asimismo señalar que en el presente caso, la participación de mercado de la única otra empresa que podría competir con LUZ DEL SUR en el servicio de arrendamiento de postes -es decir TELEFÓNICA-, tendría también una participación de mercado de 50%.

En dichas circunstancias, ambas empresas tendrían un poder de mercado similar, por lo que resulta menos probable que una pueda actuar con prescindencia de la otra. Es distinto el caso en el cual una empresa ostenta el 50% de mercado y existen pequeñas empresas que se reparten el 50% restante, puesto que en este último supuesto es más probable que exista una posición dominante.

- ***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).

Respecto de la concentración de mercado, en el Informe Instructivo la Secretaría Técnica ha hallado que ambos índices de concentración, en un supuesto conservador tendrían un valor mínimo de 0.5. Debido a ello, el CCO coincide con las conclusiones de Secretaría Técnica en el sentido de que el Mercado Relevante se encuentra altamente concentrado, por lo que resulta muy probable que exista alguna posición dominante en el mismo.

- ***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, tecnológicas o legales.

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 mercado¹⁴. Las economías de escala, dependiendo del nivel 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 geográfica¹⁵. 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 ornato¹⁶. 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

¹⁴ 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 Organización Industrial es la sección de la economía que estudia las estructuras, conductas y desarrollos de los mercados.

¹⁵ 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.

¹⁶ 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.

informó la Municipalidad de Ate a la Secretaría Técnica¹⁷, las empresas que deseen instalar postes deben acatar las disposiciones contenidas en el Reglamento para la Ejecución de Obras en las áreas de dominio público¹⁸, 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, 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 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.

- ***Características de la oferta y la demanda***

El artículo 4° del Decreto Legislativo 701 señala que las características de la oferta y la demanda pueden determinar la existencia de una posición dominante. Al respecto conviene señalar lo siguiente:

- Sólo existen dos empresas que están en la capacidad de dar sus postes en arrendamiento, las cuales no muestran signos de desear competir en la prestación de dicho servicio.
- Existen barreras de entrada determinadas por las economías de escala identificadas en la prestación del servicio de arrendamiento de postes. Esto genera que sea más costoso instalar una planta de postes propios que utilizar las ya existentes en el mercado.
- Existe una imposibilidad física a instalar sucesivas redes postes, puesto que el espacio existente en las pistas y veredas es limitado, además de que dicha situación no es deseable por razones de ornato.
- No existen otras posibilidades económicamente viables para tender una red de cables, tales como construir ductos subterráneos. En estos casos el servicio no se podría dar en el corto plazo, además de que genera externalidades negativas y mayores costos a los usuarios.
- La prestación del servicio de arrendamiento de postes de distribución eléctrica para el tendido de cables de telecomunicaciones es económica y técnicamente factible, puesto que es una práctica usual a nivel internacional, además de que LUZ DEL SUR y otras empresas de distribución eléctrica la practican en diversos distritos de Lima y otras provincias del país.
- Incluso en el caso no eficiente de que una empresa instale su propia planta de postes, ello no podría realizarse en el corto plazo,

¹⁷ Foja 000637 del Expediente.

¹⁸ Ordenanza N° 203 de la Municipalidad Metropolitana de Lima, modificada mediante la Ordenanza N° 244.

afectándose principalmente a los consumidores que verían retrasada su posibilidad de acceder a nuevos servicios.

Tomando en consideración las características de la oferta y la demanda del presente caso, se concluye que las mismas configuran condiciones que facilitarían la presencia de una posición dominante en el mercado.

El conjunto de los factores anteriormente analizados (participación de mercado, concentración del mismo, existencia de barreras de entrada y las características de la oferta y la demanda), 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.

De acuerdo con el 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), por lo que la legislación peruana sobre libre competencia contempla 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 Europea¹⁹ 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 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 mercado relevante analizado se ha hallado que existen significativas barreras de entrada al mismo. 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.
- ii) La participación de mercado es muy similar para ambas empresas (59% y 41%), por lo que se cumple el segundo supuesto²⁰.
- 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

¹⁹ 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

²⁰ 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%.

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 son nulos o considerablemente reducidos. 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 SUR²¹ 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).

Cabe añadir sobre este punto que en sus alegatos LUZ DEL SUR reconoce que el mercado de arrendamiento de postes no es competitivo al señalar:

“Efectivamente, el mercado de alquiler de postes no es competitivo, pero quien detenta la posición de dominio es Telefónica –que brinda el servicio- pero no por LUZ DEL SUR que no lo brinda.” (el subrayado es nuestro)

Con este argumento, LUZ DEL SUR desvirtúa sus propias alegaciones sobre la existencia de productos sustitutos o de inexistencia de barreras de entrada, puesto que en dichos supuestos no existen razones para que el mercado no sea competitivo. Por otro lado, debe señalarse nuevamente

²¹ 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)

que, a diferencia de lo señalado por LUZ DEL SUR en sus alegatos finales, TELEFÓNICA expresamente ha manifestado que no presta el servicio de arrendamiento de postes en Huaycán.

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

Cabe acotar, que esta conclusión no va en contra de lo expuesto por LUZ DEL SUR en sus alegatos finales, referido a la Resolución N° 003-98-INDECOPI-CLC emitida por la Comisión de Libre Competencia de INDECOPI, cuyo texto se cita a continuación:

“Ello permite concluir que las participaciones relativas de ambas empresas han sido, prácticamente, similares en el período de estudio pero que Reckitt & Colman ha estado perdiendo participación. ...

Lo expresado en los párrafos anteriores permite concluir que Reckitt & Colman no ostentó en el período analizado posición de dominio en el mercado peruano de betún en pasta.”

Del propio texto citado por LUZ DEL SUR se pueden apreciar las diferencias existentes entre dicho caso y la presente controversia. Por un lado, se entiende que en el Mercado Relevante existen dos empresas que tienen una participación de mercado muy similar, sin embargo, también se menciona que Reckitt & Colman ha estado perdiendo participación de mercado. El hecho de que esta empresa haya estado perdiendo participación de mercado implica que las empresas han estado compitiendo por captar las preferencias de sus clientes, aparentemente una de ellas con mayor éxito que la otra. Esta situación no ha tenido lugar en la presente controversia donde las participaciones de mercado pueden considerarse constantes por la no voluntad o falta de incentivos para competir.

Adicionalmente, un factor muy importante a tomar en cuenta al momento de analizar una posición dominante es el referido a las barreras de entrada existentes. Ante bajos niveles de barreras de entrada, difícilmente una empresa podrá tener una posición dominante, puesto que siempre estará amenazada por la entrada al mercado de una empresa competidora. No obstante, es claro que los niveles de barreras de entrada para instalar una red de postes adicionales a las existentes son mayores que los existentes en la producción de betún en pasta. Por tanto, es más probable que en el mercado de postes exista una posición dominante que en el mercado de betún en pasta.

Por otro lado, no resulta correcto equiparar –tal como efectúa LUZ DEL SUR en sus alegatos finales- los casos de posición de dominio conjunta con aquellos supuestos en los que existe una práctica concertada entre las empresas involucradas.

Respecto de este tema se debe señalar que el Decreto Legislativo 701 hace referencia a las prácticas concertadas entre empresas en su artículo 6°, mientras que es el 5° el que se refiere a los casos de abuso de posición de dominio. De esto se desprende que en la legislación peruana sobre libre competencia un caso de posición de dominio conjunta no puede ser considerado como una práctica concertada entre empresas, puesto que en este último caso no constituye un requisito el que la empresa investigada ostente una posición dominante.

De conformidad con lo señalado anteriormente este CCO concluye que la utilización de postes ya existentes para tender redes de cables es la única alternativa viable, por lo que LUZ DEL SUR y TELEFÓNICA detentan una posición de dominio común, conjunta o colectiva en el Mercado Relevante de la manera señalada en el artículo 4° del Decreto Legislativo 701, no obstante que ninguna de las mismas preste el servicio en cuestión.

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.

9. 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 servicios²².

Respecto del tema de la posición de dominio conjunta los LINEAMIENTOS señalan que: “(...) En estas circunstancias las firmas pueden ser en común dominantes, y su comportamiento individual o colectivo podría ser abusivo. (...)” (subrayado agregado)

En tal sentido, de acuerdo con los LINEAMIENTOS, 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 internacional²³ y en la doctrina existente sobre la materia²⁴.

²² 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.”

²³ 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 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

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, por lo que corresponde analizar este aspecto.

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 CABLE²⁵.

Los argumentos esgrimidos por LUZ DEL SUR para justificar la negativa a suscribir un contrato de arrendamiento con VO CABLE se pueden resumir en los siguientes:

- a) Anomalías técnicas encontradas en las instalaciones de VO CABLE que podrían generar riesgos de electrificación y por ende daños a terceros y/o a las instalaciones de LUZ DEL SUR.
- b) La falta de seriedad de VO CABLE que ha desvirtuado la confianza y la buena fe comercial que deben estar presente en las relaciones contractuales.
- c) Tras haber negado LUZ DEL SUR la autorización para que VO CABLE utilice sus postes, ésta última los ha venido utilizando indebidamente.
- d) El Centro Poblado de Huaycán es una zona de alta reincidencia en conexiones clandestinas de energía eléctrica, así como de reventa del servicio.
- e) LUZ DEL SUR no se encuentra obligada a suscribir un contrato con VO CABLE en virtud del principio de la libre contratación
- f) Los postes de LUZ DEL SUR están restringidos al servicio de alumbrado eléctrico.

Respecto de las justificaciones a que se refieren los literales a), b) y c), cabe señalar que las mismas están referidas a hechos ocurridos con posterioridad a la negativa de LUZ DEL SUR de arrendar sus postes a VO CABLE producida en agosto de 1999. El análisis de la justificación de la negativa debe efectuarse tomando en consideración aquellos hechos que estuvieron presentes al momento de la negativa, por lo que no puede utilizarse estos argumentos como justificación para que LUZ DEL SUR, empresa con posición de dominio, niegue la suscripción de un contrato.

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=())

²⁴ 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.*”

²⁵ 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.*”

En relación con la supuesta existencia de conexiones clandestinas (literal d) en el Centro Poblado de Huaycán, del expediente se concluye 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.

Por otro lado, tal como se ha señalado en el Informe Instructivo, en los peritajes efectuados 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. Asimismo, de la información técnica que obra en el expediente se concluye que la mayor parte de la red de LUZ DEL SUR es subterránea, mientras que la de VO CABLE es aérea, por lo que de existir conexiones clandestinas, éstas no podrían generar peligros de electrificación en la red de VO CABLE.

En tal sentido, la existencia de conexiones clandestinas no es una justificación válida para negar el arrendamiento de sus postes.

En relación con la supuesta libertad absoluta para contratar que alega la demandada tener (literal e), debe tenerse presente que 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 dominantes o monopólicas. (...)”*.

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, esta empresa se encontraría obligada a suscribir un contrato de arrendamiento con VO CABLE.

Respecto de la justificación contenida en el literal f), el CCO ha podido comprobar que en la fecha en que se produjo la negativa de LUZ DEL SUR de arrendar sus postes a VO CABLE la primera había celebrado seis contratos en virtud de los cuales se arrendaba espacio de sus postes para el tendido de cables²⁶, cuatro de los cuales se encontraban en vigencia en dicho entonces. Por tanto los postes de LUZ DEL SUR no están exclusivamente destinados al servicio de alumbrado público. Si LUZ DEL SUR consideraba que el servicio de arrendamiento de postes implicaba incurrir en costos mayores a sus posibles beneficios, resulta una decisión empresarial contradictoria que sí haya decidido suscribir contratos con otras empresas, y que siga arrendando a la fecha sus postes, cuando los supuestos costos de esta actividad *“riesgos de accidentes, costos de mantenimiento y supervisión, generación de problemas con los seguros..., demandas de terceros”*²⁷ estarían presentes tanto en el mercado relevante

²⁶ Contratos suscritos entre LUZ DEL SUR y Resetel S.A. (hoy AT&T), Boga Comunicaciones S.A., Antenas Cablevisión Satélite E.I.R.L., Banco Latino, Philips Peruana S.A. y Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción.

²⁷ Esto ha sido alegado pro LUZ DEL SUR en su escrito de ampliación de alegatos de fecha 15 de mayo de 2001.

como en el resto de zonas donde LUZ DEL SUR sí prestaba y sigue prestando el servicio. Por tanto, ésta tampoco es una justificación válida para negarse a contratar.

Por las consideraciones expuestas y que han sido desarrolladas por la Secretaría Técnica en el Informe Instructivo, se llega a la conclusión que en agosto de 1999, la negativa de LUZ DEL SUR a suscribir un contrato de arrendamiento de postes con VO CABLE podría constituir un caso de abuso de posición de dominio, tal como está tipificado en el inciso a) del artículo 5° del Decreto Legislativo 701, por no haber existido en esa fecha razón válida que justifique su conducta.

No obstante lo expuesto, el CCO considera que debe analizarse si con posterioridad a la negativa ocurrida en agosto de 1999 se produjeron hechos que podrían justificar hoy la negativa de LUZ DEL SUR a suscribir un contrato con VO CABLE.

Respecto de la supuesta existencia de conexiones clandestinas, de la libertad absoluta para contratar que alega LUZ DEL SUR que posee, y de la afirmación de LUZ DEL SUR que sus postes están restringidos al servicio de alumbrado eléctrico, éstas no pueden ser consideradas como justificaciones válidas para negarse a arrendar sus postes a VO CABLE por las consideraciones expuestas anteriormente.

Sin embargo, pasaremos a analizar los siguientes argumentos:

i. Anomalías técnicas encontradas en las instalaciones de VO CABLE que podrían generar riesgos de electrificación y por ende daños a terceros y/o a las instalaciones de LUZ DEL SUR

En la presente controversia se ha detectado la existencia de 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, así como a las instalaciones de LUZ DEL SUR. La existencia de las mismas es un argumento válido 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.

LUZ DEL SUR ha manifestado que es su responsabilidad el mantener un adecuado servicio de acuerdo con los estándares de calidad y normas técnicas que, al respecto rigen, y que el arriendo de los postes de alumbrado público a VO CABLE, generaría un perjuicio a LUZ DEL SUR en caso de ocurrir un accidente.

Cabe resaltar que el mantener un servicio de acuerdo con los estándares de calidad y normas técnicas existentes, no es impedimento para que una empresa de telecomunicaciones pueda tender su red en los postes de LUZ DEL SUR. 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 se ha podido comprobar que la situación descrita se da regularmente en países como

Venezuela²⁸, Brasil²⁹, Colombia³⁰ y Estados Unidos³¹. Esto permite concluir que los peligros de electrificación que actualmente existen por las anomalías en las instalaciones de VO CABLE 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. Asimismo, esto se desprende del hecho de que LUZ DEL SUR permita el arriendo de sus postes para el tendido de cables en otros distritos³² como San Isidro, La Molina, Jesús María, Miraflores y el Centro de Lima.

²⁸ 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.”

²⁹ 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

³⁰ En el año de 1996 se promulgó la Ley N° 335, mediante la cual se señala lo siguiente: “Previo acuerdo entre las partes, los concesionarios del servicio de televisión podrán utilizar, de ser técnicamente posible las redes de telecomunicaciones y de energía eléctrica del Estado o de las empresas de servicios públicos domiciliarios, así como la infraestructura correspondiente a postes y ductos, para tender y conducir los cables necesarios para transportar y distribuir la señal de televisión al usuario del servicio.

El acuerdo a que alude el inciso anterior debe incluir las condiciones de utilización de las redes e infraestructura y el valor de compensación por el uso que de ellas hagan los concesionarios del servicio de televisión.

En el evento de no presentarse acuerdo entre las partes, se acudirá a resolver la controversia, por medio del arbitramento, con la designación de los árbitros conforme a lo dispuesto por el Código de Comercio.

³¹ 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 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.

³² 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.

Por otro lado, 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. No existen motivos para que LUZ DEL SUR, no pueda pactar la misma cláusula en un futuro contrato con VO CABLE, para cubrirse de los riesgos derivados de cualquier accidente o percance que pueda ocurrir.

ii. La falta de seriedad de VO CABLE ha desvirtuado la confianza y la buena fe comercial que debe estar presente en las relaciones contractuales.

El nivel de confianza que puede existir entre las empresas es un aspecto muy subjetivo que está presente en mayor o menor medida en todas las relaciones contractuales.

El denunciar a una empresa por abuso de posición de dominio es un acto que en sí perjudica las relaciones entre denunciante y denunciada y puede incrementar la desconfianza, sin embargo esto no puede ser justificación válida para que en dichos casos no se llegue a entablar una relación contractual.

El nivel de confianza entre las empresas puede ser suplido a través de mecanismos contractuales. Es justamente la suscripción de un contrato con reglas claras lo que puede disminuir los costos que implicaría para LUZ DEL SUR entablar una relación contractual con VO CABLE por la supuesta “desconfianza” que esta última le genera. Estas reglas pueden estar constituidas por cláusulas de responsabilidad en caso de anomalías en la instalación del cableado, establecimiento de garantías para el pago por el uso de los postes, entre otras, e inclusive establecimiento de cláusulas penales. Sin embargo los mecanismos que se adopten para suplir el nivel de desconfianza deberán ser justificados y estar sujetos al principio de no discriminación.

Por tanto, el argumento de la confianza no puede ser considerado como una justificación objetiva para no contratar cuando la empresa ostenta una posición de dominio.

iii. Tras haber negado LUZ DEL SUR la autorización para que VO CABLE utilice sus postes, ésta última los ha venido utilizando indebidamente.

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 supuesta usurpación efectuada por VO CABLE es materia de un proceso penal, por lo que corresponde a ese fuero pronunciarse al respecto y no a las instancias de solución de conflictos de OSIPTEL emitir pronunciamiento alguno sobre el mismo.

Por otro lado no se ha recibido notificación alguna por parte de un juzgado penal en que se ponga en conocimiento de esta instancia la tramitación de

un proceso penal al respecto, o en el que se solicite la suspensión del procedimiento hasta que se resuelva el tema de la usurpación en dicho fuero³³.

Sin perjuicio de lo expuesto, el CCO considera que de determinarse en el fuero penal que ha existido usurpación por parte de VO CABLE, entonces ésta sería una justificación válida para que LUZ DEL SUR se niegue a contratar con VO CABLE.

Sin entrar a discutir el tema penal que no es materia de nuestra competencia, consta en el expediente las reiteradas negativas de LUZ DEL SUR para dar en uso sus postes a VO CABLE, la solicitud de LUZ DEL SUR para que VO CABLE retire sus cables de los postes de su propiedad, la inexistencia de un contrato escrito de arrendamiento de postes entre ambas empresas, así como la falta de pago por parte de VO CABLE a LUZ DEL SUR por el uso de sus postes. Aún cuando no resulte posible determinar si en efecto hubo inicialmente una autorización por parte de LUZ DEL SUR para que VO CABLE utilice sus postes mientras se llegaba a un acuerdo, sí es posible afirmar que, remitida la Carta Notarial de fecha 20 de octubre de 2000 en la cual LUZ DEL SUR requiere a VO CABLE el retiro de sus instalaciones de cables de sus postes de alumbrado público en el término de 48 horas, VO CABLE siguió utilizando sus postes, inclusive ampliando su red de cables, sin su autorización y contra su voluntad y hasta denunció a LUZ DEL SUR por presunto delito contra las Telecomunicaciones al haber querido LUZ DEL SUR bajar la red de cables de VO CABLE de sus postes. Al respecto, VO CABLE ha manifestado lo siguiente en su escrito de fecha 15 de febrero de 2001:

“En cuanto a lo afirmado por LUZ DEL SUR S.A. en su escrito de 08.FEB.01 de que seguimos instalando cables de telecomunicación en sus postes debemos señalar que ello es cierto, por cuanto no existe ningún mandato legal ni administrativo que lo impida, siendo que más bien, debemos cumplir –y exceder- los planes de expansión concertados con el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción.”

VO CABLE ha alegado que hubo un contrato verbal con LUZ DEL SUR. Al respecto corresponde señalar que el artículo 1359° del Código Civil dispone que no hay contrato mientras las partes no estén conformes sobre todas las estipulaciones, aunque la discrepancia sea secundaria. De ser cierta la alegación de VO CABLE, entonces condiciones esenciales del contrato de arrendamiento de postes como la renta o las condiciones técnicas para la instalación de los cables debieron acordarse.

Sin embargo, es necesario indicar que en todo este lapso –enero de 2000 a la fecha- VO CABLE no habría pagado retribución alguna por el beneficio que obtenía, habiendo podido consignar el pago de la renta pactada si es que, tal como alega VO CABLE existió un contrato verbal entre las partes. Respecto de las condiciones técnicas, VO CABLE ha manifestado que

³³ No obstante lo expuesto, con fecha 24 de mayo de 2001, LUZ DEL SUR ha puesto en conocimiento del CCO el auto de apertura de instrucción contra el Sr. Antonio Palacios Aliaga, Director General de VO CABLE por supuesto delito contra el patrimonio en agravio de LUZ DEL SUR, dictado por el Segundo Juzgado Penal del Cono Este.

LUZ DEL SUR nunca puso en su conocimiento las normas técnicas elaboradas y exigidas por esta última para la instalación de cables en sus postes, y que recién ha tomado conocimiento de éstas en el curso del procedimiento. Sin embargo estas normas sí forman parte de los contratos de arrendamiento de postes suscritos por la demandada con otras empresas. Estos hechos permiten concluir que no hubo contrato entre LUZ DEL SUR y VO CABLE.

Si bien debe tenerse presente que la conducta de VO CABLE, de utilizar los postes de LUZ DEL SUR sin su autorización, puede ser una reacción ante la conducta abusiva de LUZ DEL SUR de negarse a suscribir un contrato de arrendamiento de postes sin mediar justificación alguna, también debe considerarse que nadie puede tomar justicia por sus propias manos. Los casos en que está permitido este accionar son excepcionales y están expresamente previstos como son la legítima defensa o la defensa posesoria.

Vivimos en un Estado de Derecho y el ordenamiento legal provee mecanismos idóneos para que toda persona que se vea perjudicada por una conducta antijurídica –tal como una infracción a las normas sobre libre competencia- pueda hacer valer sus derechos. VO CABLE pudo en agosto de 1999 denunciar a LUZ DEL SUR por negativa injustificada a contratar e inclusive solicitar que se dicte una medida cautelar y no subir sus cables unilateralmente y esperar la amenaza de LUZ DEL SUR para recién recurrir a la autoridad competente.

Si bien el CCO busca promover la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones, este objetivo debe lograrse por cauces legales y no puede justificarse conductas como las realizadas por VO CABLE. De lo contrario se podría generar un incentivo para que las empresas utilicen la conducta anticompetitiva de determinada empresa como justificación para realizar conductas contrarias al ordenamiento legal, actuando como juez y parte, lo cual traería como consecuencia caos.

Por lo expuesto este CCO considera que en agosto de 1999 LUZ DEL SUR negó injustificadamente el uso de sus postes a VO CABLE pero que actualmente LUZ DEL SUR tiene justificaciones para no arrendar sus postes a dicha empresa.

10. Presunta Infracción al Inciso b) del artículo 5° del Decreto Legislativo 701

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

"Son casos de abuso de posición de dominio:

(...)

b) La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, 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.

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, 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 éstas³⁴, 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, el Cuerpo Colegiado 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.

Resumiendo, se concluye que la negativa de LUZ DEL SUR de suscribir en agosto de 1999 un contrato de arrendamiento de postes con VO CABLE constituiría abuso de posición de dominio, de acuerdo con el inciso a) del artículo 5° del Decreto Legislativo 701, mas no una infracción al inciso b) del dicho artículo.

Adicionalmente, se debe señalar que aún cuando las anomalías técnicas existentes pueden subsanarse y por tanto, LUZ DEL SUR ya no podría basarse en esta justificación para denegar en un futuro el uso de sus postes a VO CABLE, el CCO ha determinado que la conducta de VO CABLE de seguir utilizando los postes de LUZ DEL SUR sin autorización y contra su voluntad seguiría siendo una justificación válida para que LUZ DEL SUR se niegue a suscribir un contrato de arrendamiento de postes. Asimismo, se ha determinado que de comprobarse en el proceso penal que efectivamente hubo usurpación por parte de VO CABLE, este hecho también constituiría una justificación válida para no contratar.

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.

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

³⁴ Tal como ha argumentado LUZ DEL SUR en su escrito de fecha 7 de mayo de 2001, información que coincide con lo señalado por la Secretaría Técnica en el Informe Instructivo, el centro poblado de Santa Clara - zona 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- no forma parte de las zonas aledañas de Huaycán a que hace referencia el contrato de concesión de VO CABLE.

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. Asimismo los demás costos que podrían estar presentes en este tipo de relación contractual, son costos que en mayor o menor medida están presentes en todo tipo de transacción.

Por otro lado, los costos generados a la sociedad por la negativa podrían ser considerables, puesto que implicaría 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.

Sin embargo, LUZ DEL SUR ha señalado en sus alegatos finales que su conducta no puede considerarse como un acto de abuso de posición de dominio por cuanto ésta no habría obtenido ningún beneficio como consecuencia de la negativa.

El artículo 5° del Decreto Legislativo 701 señala que existe abuso de posición de dominio cuando una empresa que cuenta con posición de dominio actúa 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.”*

Al respecto, este CCO tiene claro que la injustificada negativa de LUZ DEL SUR de suscribir un contrato con VO CABLE en agosto de 1999, podría haber generado un daño a los usuarios, actuales o potenciales, del servicio de Televisión por Cable, el cual podría ser evitado. Tomando en consideración que el artículo 1° de dicha Ley señala que el objeto de la misma es evitar la presencia de prácticas contrarias a la libre competencia “permitiendo que la libre iniciativa privada se desenvuelva procurando el mayor beneficio de los usuarios y consumidores”, el análisis debe estar más centrado en lo referido al daño que se pudiera causar a los mismos.

La prohibición de realizar prácticas contrarias a la libre competencia se encuentra contemplada en el artículo 3° del Decreto Legislativo 701, por lo que debe analizarse si la negativa de suscribir el contrato contraviene dicho artículo que a la letra señala:

“Están prohibidos y serán sancionados, de conformidad con las normas de la presente Ley, los actos o conductas, relacionados con actividades económicas, que constituyen abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia, de modo que se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional.” (el subrayado es nuestro)

Como se puede notar, el texto legal prohíbe, entre otros, los casos de abuso de posición de dominio que generen perjuicios para el interés económico general. Habiéndose determinado que LUZ DEL SUR tiene posición de dominio en el Mercado Relevante y que en agosto de 1999 llevó a cabo una conducta que puede generar un perjuicio al interés económico general, dicha conducta constituye un caso de abuso de posición de dominio, de conformidad con el artículo 3° del Decreto Legislativo 701, por lo que constituiría una infracción al mismo.

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 artículo 3° y el inciso a) del artículo 5° del Decreto Legislativo 701.

Asimismo se concluye que, al VO CABLE utilizar los postes de LUZ DEL SUR para colgar su red de cables contra la voluntad de LUZ DEL SUR y de forma defectuosa, actualmente la negativa de LUZ DEL SUR a contratar con VO CABLE es justificada y por tanto, no constituye un acto de abuso de posición de dominio.

VI. 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.

El Cuerpo Colegiado recoge los fundamentos expuestos en el Informe Instructivo respecto a este punto controvertido y considera que la negativa de LUZ DEL SUR a satisfacer la demanda de alquiler de sus postes de la empresa VO CABLE no constituye un supuesto de práctica restrictiva de la libre competencia de acuerdo

con el inciso e) del artículo 6° del Decreto Legislativo 701, por lo que la demanda de VO CABLE debe ser declarada infundada en este extremo.

VII. 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:

1. Sobre las Medidas Correctivas

El Artículo 77° del Texto Unico Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones (aprobado por Decreto Supremo N°013-93-TCC) que establece lo siguiente: *“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)

Asimismo, el artículo 23° de la Ley 27336 dispone que: *“OSIPTEL, mediante resolución de sus instancias competentes, podrá aplicar medidas cautelares y correctivas para evitar que un daño se torne irreparable, para asegurar el cumplimiento de sus futuras resoluciones o para corregir una conducta infractora.”* (el subrayado es nuestro)

En virtud a los mencionados dispositivos legales, OSIPTEL tiene la facultad de aplicar medidas correctivas en las materias que son de su competencia, entre ellas, las infracciones a las normas sobre libre competencia³⁵.

No obstante ello, LUZ DEL SUR ha señalado en su ampliación de alegatos que OSIPTEL ni ninguna autoridad peruana pueden obligarlos a suscribir un contrato de arrendamiento de postes debido a que no existe una ley que autorice a OSIPTEL a sustituir la voluntad de LUZ DEL SUR de contratar o no con VO CABLE y, las normas de telecomunicaciones no regulan la imposición de servidumbres forzosas a favor de los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones.

Al respecto, LUZ DEL SUR no toma en consideración que, la posible obligación de suscribir un contrato de arrendamiento de postes con VO CABLE, no emanaría de la voluntad del órgano administrativo de querer limitar la libertad de contratar de la demandada, sino que tendría como origen una norma de carácter imperativo, con rango de ley, que prohíbe la negativa injustificada a contratar de una empresa que cuenta con posición dominante en el mercado.

La función de OSIPTEL no sólo debe limitarse a sancionar una conducta antijurídica sino que debe velar porque se cumpla las normas sobre libre

³⁵ De acuerdo con el artículo 36° de la ley 27336, 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 solo una de las partes tenga la condición de empresa operadora de tales servicios. Por tanto no es correcta la alegación de LUZ DEL SUR referente a que el ámbito de competencia de OSIPTEL se circunscribe a lo dispuesto por el artículo 69° de la Ley de Telecomunicaciones.

competencia en el sector de telecomunicaciones, y corregir cualquier acción u omisión que pueda afectar el mercado de las telecomunicaciones. Asimismo, la imposición de una sanción no exime al sancionado de cumplir con sus obligaciones.

Por lo expuesto, sí existe una norma con rango de ley que obligue a LUZ DEL SUR a contratar si es que se ha negado injustificadamente a hacerlo, y esta es el artículo 5° inciso a) del Decreto Legislativo 701 y OSIPTEL si tiene la facultad de dictar medidas correctivas, la misma que han sido otorgadas por normas con rango de ley.

Sin embargo, debido a que se ha comprobado que en la actualidad la negativa a contratar de LUZ DEL SUR es justificada, no corresponde dictar medida correctiva alguna.

2. Sobre las Sanciones Pecuniarias

Al momento que LUZ DEL SUR cometió la infracción – agosto de 1999- las normas que determinaban la calificación de la infracción y la sanción aplicable eran el artículo 87° inciso 9° de la Ley General de Telecomunicaciones y los artículos 3° y 26° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones, aprobado mediante Resolución N° 002-99-CD/OSIPTEL (en adelante Reglamento de Infracciones y Sanciones).

Sin embargo, dicha normativa fue modificada por la Ley N° 27336, publicada en el diario oficial El Peruano el 5 de agosto de 2000, la misma que establece en su artículo 26° que a las infracciones relacionadas con la libre competencia se les aplicarán los montos establecidos por el Decreto Legislativo N° 701 y aquellos que lo modifiquen o sustituyan.

La norma aplicable para la calificación de la infracción y la imposición de la sanción sería aquella que estuvo vigente al momento en que el ilícito se cometió, salvo que la norma posterior le sea más favorable, en virtud del principio recogido en el artículo 103° de la Constitución que establece que *“Ninguna ley tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo”* y que debe ser tomado en cuenta por la Administración en el ejercicio de su potestad sancionadora.

Siendo la aplicación del Decreto Legislativo 701 para las infracciones relacionadas con la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones posterior a la comisión de la infracción, y no siendo esta norma más beneficiosa para LUZ DEL SUR, corresponde aplicar para la calificación de la infracción e imposición de la sanción el artículo 87° inciso 9° de la Ley General de Telecomunicaciones y los artículos 3° y 26° del Reglamento de Infracciones y Sanciones.

Al respecto, el artículo 87° inciso 9) de la Ley General de Telecomunicaciones establece que constituyen infracciones muy graves *“el incumplimiento de las normas de la presente Ley, sus reglamentos y disposiciones de la autoridad, que sean tipificadas como muy graves por el reglamento”*. Por otro lado, el artículo 26° del Reglamento de Infracciones y Sanciones establece que: *“La empresa que incurra en actos de abuso de posición de dominio o que realice prácticas restrictivas que produzcan o puedan producir el efecto de limitar, restringir o distorsionar la libre competencia, incurrirá en infracción muy grave.”*

En tal sentido, de conformidad con los mencionados artículos, LUZ DEL SUR ha incurrido en una infracción muy grave, la misma que, de conformidad con lo establecido en el artículo 3° del Reglamento de Infracciones y Sanciones puede ser sancionada con una multa equivalente a entre treinta (30) y cincuenta (50) UITs.

Tomando en consideración la repercusión social de la conducta de LUZ DEL SUR, la misma que implica el negar la utilización de un recurso necesario para la prestación de un servicio público de telecomunicaciones como es el servicio de Televisión por Cable, el CCO considera que se debe imponer a LUZ DEL SUR la máxima sanción vigente en el momento de la comisión de la infracción, la cual asciende a cincuenta (50) UITs.

VIII. PUBLICACIÓN DE LA PRESENTE RESOLUCIÓN

El CCO considera que el tema analizado en la presente controversia podría presentarse con otras empresas autorizadas para prestar el servicio de Televisión por Cable. Asimismo, es posible que en lo sucesivo se presenten controversias que involucren a empresas que no necesariamente tengan la calidad de operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones, pero que versen sobre temas que afecten o puedan afectar a este mercado.

Tomando en consideración que mediante la promulgación de la Ley 27336 –en agosto del año 2000- se han modificado las facultades de OSIPTEL para intervenir en este tipo de controversias, el CCO considera conveniente difundir el contenido de la presente resolución, a fin de que se tenga un mayor conocimiento sobre cuál es el ente competente de resolver las mismas.

Por otro lado, el CCO también considera conveniente difundir el contenido de la presente resolución con el objeto de alertar al resto de agentes del mercado que las empresas que cuentan con una posición dominante no pueden negar injustificadamente la celebración de un contrato con otras empresas, así como para dar a conocer algunos aspectos que no justifican una negativa de este tipo.

En tal sentido, de conformidad con el artículo 65° del RGSC, debe recomendarse al Consejo Directivo de OSIPTEL la publicación de la presente Resolución en el diario oficial El Peruano.

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 artículo 3° y un supuesto recogido en el 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 muy grave.
- La negativa de LUZ DEL SUR de suscribir un contrato de arrendamiento de postes con VO CABLE actualmente es justificada debido a la conducta de VO CABLE de seguir utilizando los postes de LUZ DEL SUR sin su autorización y contra su voluntad, así como a que la red de VO CABLE instalada en los postes de LUZ DEL SUR presenta anomalías que a la fecha no han sido subsanadas en su totalidad.
- 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.
- Debe aplicarse una multa a LUZ DEL SUR ascendente a cincuenta (50) UITs.
- Debe recomendarse al Consejo Directivo la publicación de la presente resolución en el diario oficial El Peruano.

RESUELVE:

Artículo Primero.- Declarar INFUNDADO el pedido de inhibición solicitado por LUZ DEL SUR.

Artículo Segundo.- Declarar que LUZ DEL SUR tiene posición de dominio en el Mercado Relevante a que se refiere la sección Considerandos de la presente Resolución en los términos indicados en la misma sección.

Artículo Tercero.- Declarar que LUZ DEL SUR no puede negarse, sin justificación, a suscribir contratos de arrendamiento de postes en el Mercado Relevante a que se refiere la sección Considerandos de la presente Resolución

Artículo Cuarto.- Declarar FUNDADA la demanda de VO CABLE en lo concerniente a que LUZ DEL SUR ha incurrido en la infracción tipificada en los artículos 3° y 5° inciso a) del Decreto Legislativo 701 en los términos indicados en la sección considerandos de la presente Resolución.

Artículo Quinto.- Declarar INFUNDADA la demanda de VO CABLE en lo concerniente a que LUZ DEL SUR ha incurrido en infracciones tipificadas en los artículos 5° inciso b) y 6° inciso e) del Decreto Legislativo 701.

Artículo Sexto.- Declarar INFUNDADA la demanda de VO CABLE en el extremo que solicita que se obligue a LUZ DEL SUR a suscribir un contrato de arrendamiento de postes con VO CABLE por las consideraciones expuestas en la sección de Considerandos de la presente Resolución.

Artículo Séptimo.- Calificar como muy grave la infracción cometida por LUZ DEL SUR a que se refiere el artículo cuarto de la presente Resolución.

Artículo Octavo.- Imponer a LUZ DEL SUR una multa a ascendente a cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias.

Artículo Noveno.- Poner en conocimiento del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía –OSINERG- las partes pertinentes del Informe Situacional elaborado por el Colegio de Ingenieros del Perú y del Informe Pericial elaborado por la Facultad de Ingeniería Eléctrica y Electrónica de la Universidad Nacional de Ingeniería que obran en el expediente.

Artículo Décimo.- Encargar a la Secretaría Técnica que solicite formalmente al Consejo Directivo de OSIPTEL, evalúe la conveniencia y ordene, de considerarlo adecuado, la publicación de la presente Resolución en el diario oficial El Peruano.

COMUNÍQUESE Y ARCHÍVESE

Con el voto favorable de los señores miembros del Cuerpo Colegiado Ordinario, Juan Carlos Mejía Cornejo, Galia Mac Kee Briceño y Liliana Ruiz de Alonso.