

Expediente 005-2001

RESOLUCIÓN N° 041-2002-CCO/OSIPTEL

Lima, 25 de marzo de 2002

El Cuerpo Colegiado a cargo de la controversia entre Pedro Juan Laca Buendía (en adelante Sr. Laca) y Electronorte S.A. (en adelante ELECTRONORTE) por la supuesta comisión de actos contrarios al Decreto Legislativo 701 en la utilización de postes para el tendido de red de cable.

VISTO:

El expediente N° 005-2001, correspondiente a la controversia entre el Sr. Laca contra ELECTRONORTE 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 E INSTITUCIONES INVOLUCRADAS

1. Demandante

Mediante Resolución Ministerial N° 104-2000-MTC/15.03, de fecha 29 de febrero de 2000, el Sr. Laca obtuvo la concesión para prestar el servicio público de distribución de radiodifusión por cable (en adelante televisión por cable) en la ciudad de Lambayeque, de la provincia y departamento de Lambayeque (en adelante Lambayeque).

2. Demandada

ELECTRONORTE es una empresa que, mediante Resolución Suprema 003-95-EM, de fecha 6 de enero de 1995, obtuvo la concesión definitiva para desarrollar las actividades de distribución de energía eléctrica con carácter de servicio público en diversas ciudades que conforman su zona de concesión entre las que se encuentra Lambayeque.

3. Tercero

La Asociación Peruana de Televisión por Cable (en adelante APTC) es una entidad que representa a personas jurídicas o naturales que son concesionarias del servicio público de radiodifusión por Cable.

Mediante escrito de fecha 22 de enero de 2002 la APCT comunicó al Cuerpo Colegiado que se adhería y apoyaba institucionalmente la demanda del Sr. Laca, por lo que mediante Resolución N° 028-2002-CCO/OSIPTEL, de fecha 1 de febrero de 2002, este Cuerpo Colegiado incorporó al procedimiento a la APTC como tercero coadyuvante de la demandante.

II. POSICIONES DE LAS PARTES

Con fecha 17 de julio de 2001, el Sr. Laca interpuso una demanda contra ELECTRONORTE por la supuesta comisión de actos contrarios a la libre competencia, a fin de que se renueve el contrato de uso de postes anteriormente suscrito entre las partes, fijando un precio de alquiler justo en función a la utilización y mantenimiento de los postes.

1. Posición del Sr. Laca

El Sr. Laca fundamenta su demanda principalmente en virtud de los siguientes argumentos:

- a) El Sr. Laca y ELECTRONORTE celebraron un contrato de uso de postes de distribución como soporte de cables de señal de televisión por un plazo de vigencia de un año que vencía el 1 de diciembre de 2000 y con un precio de alquiler mensual de US \$ 1.50 más IGV por poste.
- b) Con fecha 29 de noviembre de 2000 el Sr. Laca solicitó a ELECTRONORTE la renovación del contrato, sin embargo esta empresa se negó injustificadamente a renovarlo, en tanto que no le dio ninguna respuesta formal sino hasta el 7 de agosto de 2001, es decir, con posterioridad a que se les notificara con la demanda que ha dado origen a la presente controversia.
- c) No obstante no haberse renovado el citado contrato, el Sr. Laca pagó por el alquiler de los postes correspondientes a los meses de diciembre de 2000, así como de enero y febrero de 2001.
- d) El precio de alquiler mensual de US \$ 1.50 más IGV que cobraba ELECTRONORTE por el uso de cada uno de sus postes constituye una negativa indirecta a contratar, por constituir un precio excesivo y alejado del costo efectivo de utilización y mantenimiento de los postes que corresponde a los cables de televisión.
- e) ELECTRONORTE cobra al Sr. Laca por el alquiler de sus postes un precio mayor que aquel que cobra a otras empresas de televisión por cable por el mismo concepto.
- f) ELECTRONORTE coaccionó al Sr. Laca a firmar el contrato de uso de postes de televisión por cable y le impuso el contenido del mismo, no admitiendo discusión alguna de sus alcances, como la duración, el precio de alquiler, entre otros.
- g) La conducta de ELECTRONORTE encuadra en la figura de abuso de posición de dominio tipificada en los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo N° 701, la misma que debe ser sancionada por OSIPTEL.
- h) Asimismo, para establecer si el precio de arriendo exigido por ELECTRONORTE constituye un caso de abuso de posición de dominio, OSIPTEL debe precisar el precio que se justifique con relación a los costos por la utilización y mantenimiento de los postes.

2. Posición de ELECTRONORTE

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

- a) No es cierto que ELECTRONORTE se haya negado a renovar el contrato, pues fue el Sr. Laca el que nunca se apersonó al local de la empresa demandada para suscribir la renovación del mismo, en vista que le convenía seguir operando sin contrato escrito y sin cumplir con el pago por el alquiler de los postes.
- b) Sin embargo, el contrato ha sido renovado, puesto que ELECTRONORTE sí respondió afirmativamente la solicitud de renovación que le envió el Sr. Laca, lo cual queda conformado por el pago de los meses de diciembre de 2000, así como de enero y febrero de 2001 que hizo el Sr. Laca, una vez que había vencido el contrato. Más aún si el Sr. Laca ha continuado haciendo uso de los postes de ELECTRONORTE hasta la fecha de presentación de la demanda.
- c) No es cierto que haya existido por parte del Sr. Laca discrepancia respecto del precio de US \$ 1.50 por el alquiler de los postes, sino que es una maniobra suya para dilatar las obligaciones de pago pendientes que tiene frente a ELECTRONORTE. Así, cuando el Sr. Laca solicitó la renovación del contrato, mediante carta de fecha 29 de noviembre de 2000, no manifestó tener divergencias con el precio de alquiler y además pagó las mensualidades de diciembre de 2000, así como de enero y febrero de 2001 al mencionado precio.
- d) ELECTRONORTE alquiló originalmente 111 postes al Sr. Laca para el tendido de su red de cable, sin embargo el Sr. Laca ha extendido el cableado de su red a un mayor número de postes sin la autorización de ELECTRONORTE y sin pagar la renta convenida por ese mayor número de postes.
- e) Existen razones objetivas por las cuales ELECTRONORTE cobra distintos precios por el alquiler de sus postes a las empresas de televisión por cable, puesto que otorga mejores condiciones económicas a aquellas empresas arrendatarias que alquilan un mayor número de postes o lo hacen por un periodo de tiempo mayor. En ese sentido, ELECTRONORTE no ha aplicado condiciones desiguales para prestaciones equivalentes.
- i) OSIPTEL no es competente para pronunciarse respecto de la determinación de la tarifa que ELECTRONORTE debería de cobrar al Sr. Laca por el uso de sus postes.

III. PUNTOS CONTROVERTIDOS

De acuerdo con lo señalado por la Resolución N° 006-2001-CCO/OSIPTEL, de fecha 24 de septiembre de 2001, los puntos controvertidos materia de la presente controversia son los siguientes:

1. Primer punto controvertido

Determinar si la empresa ELECTRONORTE ha incurrido en una negativa injustificada de renovar contrato de uso de sus postes al Sr. Laca de acuerdo al inciso a) del artículo 5° del Decreto Legislativo 701.

2. Segundo punto controvertido

Determinar si la tarifa que pretende aplicar la empresa ELECTRONORTE por el uso de sus postes al Sr. Laca constituye un trato discriminatorio de acuerdo con el inciso b) del artículo 5° del Decreto Legislativo 701.

IV. CUESTIÓN PROCESAL PREVIA

ELECTRONORTE sostiene que la negativa injustificada de trato se habría sustraído del ámbito administrativo de OSIPTEL, debido a que ella sí respondió al Sr. Laca aceptando la renovación del contrato, con lo cual ya no existiría controversia sobre la materia. Sin embargo, los hechos ocurridos en el presente procedimiento contradicen dicha afirmación, ya que en la etapa conciliatoria las partes no llegaron a un acuerdo sobre la validez de la contestación que habría remitido ELECTRONORTE y el Sr. Laca ha mantenido su posición respecto de la existencia de una negativa de trato debido a que, en su opinión, ha sido necesario que presente una demanda ante OSIPTEL para que la demandada de una respuesta a su pedido.

De otro lado, aún asumiendo que la respuesta de ELECTRONORTE hubiera dado fin al problema de la negativa de trato demandada, ello no elimina la posibilidad de que se haya producido una infracción a las disposiciones contenidas en el Decreto Legislativo 701 con efectos dañinos sobre la competencia. En tal sentido, la existencia o no de una infracción a las normas de libre competencia no se encuentra supeditada al acuerdo de las partes sobre la misma, correspondiendo a la autoridad administrativa determinar si la conducta materia de investigación ha ocasionado perjuicios en el mercado mientras no existió el acuerdo entre las partes o inclusive a pesar de dicho acuerdo.

En tal virtud, aún asumiendo como válida la afirmación de la demandada, el Cuerpo Colegiado concluye que la materia controvertida en el presente procedimiento no se ha sustraído del ámbito de OSIPTEL.

V. MERCADO RELEVANTE Y POSICIÓN DE DOMINIO

1. Mercado Relevante

Los puntos controvertidos suponen determinar si ELECTRONORTE ha incurrido en actos de abuso de posición de dominio, de conformidad con lo establecido en los incisos a) y/o b) del artículo 5° del Decreto Legislativo 701.

Tal como se señala en los Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Libre Competencia en el Ambito de las Telecomunicaciones¹ y en el Informe Instructivo elaborado por la Secretaría Técnica² (en adelante Informe Instructivo), a fin de analizar si la conducta de una empresa constituye un acto de abuso de posición de dominio, previamente debe determinarse lo siguiente:

- El Servicio en Cuestión, es decir, aquél sobre la base del cual se desea conocer la existencia de posibles servicios sustitutos.
- La Delimitación de Producto, es decir, la determinación de aquellos servicios que son buenos sustitutos, desde el punto de vista de los compradores, del Servicio en Cuestión que previamente se haya definido.

¹ Aprobados mediante la Resolución N° 003-2000-CD/OSIPTEL.

² Informe 003-2002/ST de fecha 22 de febrero de 2002, "Controversia entre Pedro Juan Laca B. Y Electronorte S.A. (Exp. 005-2001), Informe Instructivo".

- La Delimitación Geográfica, para lo cual se requiere hallar aquel espacio en el cual la empresa demandante puede adquirir el Servicio en Cuestión o alguno de sus sustitutos en términos comercialmente similares.
- La Delimitación del Nivel Comercial, lo cual implica identificar el nivel de la cadena comercial en el cual los consumidores adquieren los servicios respectivos.
- El Mercado Relevante, es decir, la relación de servicios que puede considerarse que compiten con el Servicio en Cuestión en un ámbito geográfico y un nivel de la cadena comercial determinados, para lo cual se requiere analizar de manera conjunta la delimitación de producto, la geográfica y la del nivel comercial.

Al respecto, el Cuerpo Colegiado suscribe lo desarrollado en el Informe Instructivo y, en virtud de los fundamentos allí establecidos, concluye lo siguiente:

- El Servicio en Cuestión aplicable a la presente controversia viene constituido por el servicio de alquiler de postes que ELECTRONORTE podría ofrecer al Sr. Laca para el tendido de su red de cable.
- La Delimitación de Producto está conformada por la utilización de postes de ELECTRONORTE y de TELEFÓNICA, por cuanto se ha hallado principalmente que: i) existen restricciones municipales que impedirían al Sr. Laca instalar postes en determinadas zonas de la ciudad de Lambayeque³; ii) los costos involucrados no parecerían justificar la instalación de postes propios para sustituir la utilización del Servicio en Cuestión; y, iii) otros medios de difusión mediante los cuales no se requiere del uso de postes para la prestación del servicio de televisión por cable (tales como televisión satelital o la tecnología MMDS) son considerablemente más costosos y por tanto no constituyen un sustituto del Servicio en Cuestión.
- La Delimitación Geográfica aplicable a la presente controversia está constituida por la ciudad de Lambayeque, provincia de Lambayeque, del departamanto de Lambayeque.
- La Delimitación del Nivel Comercial corresponde a la prestación del Servicio en Cuestión a concesionarios que lo utilizan como insumo para tender sus redes de cables y prestar un servicio de difusión.
- El Mercado Relevante aplicable a la presente controversia es el de postes de ELECTRONORTE y de Telefónica del Perú S.A.A. que pueden ser utilizados, bajo la figura del arrendamiento, en la ciudad de Lambayeque por los concesionarios del servicio de televisión por cable como insumo para prestar este servicio de difusión.

2. Posición de Dominio

³ Al respecto, obra en el expediente de la presente controversia el Oficio N° 879/2001-MPL-A de la Municipalidad Provincial de Lambayeque de fecha 19 de octubre de 2001 en el cual señala que, en lo que respecta a disposiciones municipales que prohíban, impidan o de cierta forma restrinjan la posibilidad de instalar nuevos postes en la ciudad de Lambayeque, *“existe el Plan Director de 1994; en el cuál (sic) reglamenta el aspecto de Planeamiento y Desarrollo Urbano. En lo que respecta a instalación de nuevos postes, específicamente de electricidad y en el caso urbano de la ciudad, no esta (sic) permitido, toda vez que la línea es subterránea; solamente se permite en los alrededores. En relación a los demás servicios de teléfono y cable; se esta (sic) permitiendo la colocación de postes de acuerdo a la existencia en la zona a instalar; y de tal manera que no generen desorden, inseguridad y peligros.”*

La supuesta posición dominante de ELECTRONORTE ha sido también materia de análisis en el Informe Instructivo. Para ello, la Secretaría Técnica ha tomado en consideración los siguientes aspectos: i) la presencia de la empresa investigada en el mercado relevante; ii) la existencia de barreras de entrada a dicho mercado; y, iii) el control de recursos esenciales. Estos aspectos se desarrollan en mayor detalle a continuación:

a) Presencia en el Mercado

Mediante el presente indicador se busca determinar si ELECTRONORTE tiene una participación significativa en lo que se refiere a postes dentro del mercado relevante determinado. Al respecto, el Cuerpo Colegiado considera apropiados los argumentos señalados en el Informe Instructivo por los cuales se justifica utilizar, en valores absolutos, el número de postes que tiene cada empresa participante en el mercado relevante como medio para determinar si la presencia de ELECTRONORTE es significativa.

En el siguiente cuadro se muestra el número de postes que cada empresa participante del mercado relevante posee en el mismo:

	Número de postes
ELECTRONORTE	2934
Telefónica del Perú	556

Fuente: Información presentada por las empresas
Elaboración propia.

Como se puede apreciar, ELECTRONORTE es la empresa que cuenta con un mayor número de postes, siendo dicho número mayor en cinco (5) veces que el número de postes que Telefónica del Perú S.A.A. tiene en la ciudad de Lambayeque. Considerando dicha diferencia, el Cuerpo Colegiado considera que ELECTRONORTE ostenta una presencia significativa en el mercado relevante en lo que a posesión de postes se refiere.

b) 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 y que de cierta manera puede dificultarle el ingreso a dicho mercado.

En el presente caso, se debe determinar si existen barreras para que alguna empresa, aparte de Telefónica del Perú S.A.A. y de ELECTRONORTE, pueda instalar postes propios en la ciudad de Lambayeque.

Al respecto, el Cuerpo Colegiado considera que, en general, la instalación de postes presenta las llamadas “economías de escala”⁴ por cuanto el principal costo asociado está constituido por el costo mismo de los postes y por el costo de instalación,

⁴ Las economías de escala se presentan cuando los costos promedio de proveer un servicio decrecen conforme se incrementa el número de usuarios que hace uso de dicho servicio. Estos casos suelen presentarse en aquellos servicios para cuya provisión se requiere de realizar elevados niveles iniciales de inversión y que además los costos de operación son relativamente bajos comparados con dicha inversión inicial, o bien que la demanda por dicho servicio es reducida respecto del monto de inversión inicial.

mientras que los costos de mantenimiento son relativamente menores⁵. Esto genera que 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 incurrido disminuye –debido a que la inversión inicial es considerablemente mayor que los costos de mantenimiento -.

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. Debido a ello, las economías de escala son reconocidas como un aspecto que puede generar barreras de entrada a un mercado⁶.

Adicionalmente a las economías de escala, también debe considerarse que en el caso de instalación de postes existe un límite al número que puede existir una determinada zona geográfica. Debido a ello, las Municipalidades suelen establecer restricciones al número de postes que pueden instalarse en un determinado distrito o provincia, puesto que en su ausencia podría afectarse el ornato de las ciudades, afectándose así a los propios usuarios a quienes se desea atender⁷. En el presente caso, se ha identificado que la Municipalidad Provincial de Lambayeque limita la instalación de postes adicionales, dependiendo del lugar donde se deseen instalar⁸.

De lo señalado en los párrafos anteriores se podría concluir que una empresa que desee instalar su propia planta de postes en Lambayeque enfrentaría barreras de entrada, tanto económicas como administrativas. En tal sentido, se concluye que en la ciudad de Lambayeque existen barreras de entrada que impedirían a otras empresas instalar postes propios.

c) Control de Recursos Esenciales

Un aspecto adicional a tomar en cuenta al momento de analizar la supuesta posición dominante de una empresa es el referido a si ésta controla un recurso esencial, también denominado facilidad esencial o instalación esencial. En general puede considerarse que un recurso es esencial si es que cumple con la característica de que no puede ser duplicado por otra empresa.

Al respecto, los LINEAMIENTOS señalan que un recurso esencial se define como aquél servicio o infraestructura que cumple con las siguientes características:

- i) es suministrado de modo exclusivo o de manera predominante por un solo proveedor o por un número limitado de proveedores; y,
- ii) cuya sustitución con miras al suministro de un servicio no sea factible en lo económico o en lo técnico⁹.

⁵ Según información proporcionada por la APTC, el costo unitario actual de un poste ascendería a US\$ 68.00, mientras que los costos asociados a su instalación fluctuarían entre los US\$ 32.52 y los US\$ 43.90.

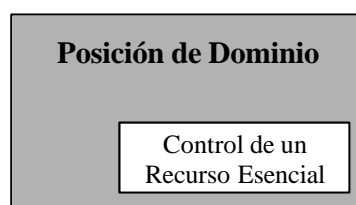
⁶ Shy, Oz “Industrial Organization: Theory and Practice”, The MIT Press, Second Printing, p. 182.

⁷ Respecto de este tema, en el Informe Instructivo la Secretaría Técnica ha señalado los casos de distintas municipalidades (Huancayo e Ica) que han impuesto restricciones para que se puedan instalar postes adicionales en las ciudades.

⁸ Véase la nota número 5.

⁹ Basado en la definición de instalaciones esenciales contenida en la lista de compromisos específicos del Perú ante la Organización Mundial de Comercio, Documento GATS/SC/69/Suppl.1 del 11 de abril de 1997.

Esta definición de facilidad esencial puede llevar a confusión con el concepto de posición de dominio puesto que si se cumplen los dos requisitos contenidos en dicha definición, necesariamente debe concluirse que la empresa que controla una facilidad esencial ostenta una posición dominante en el mercado¹⁰. Sin embargo, lo contrario - es decir una empresa que ostenta una posición dominante- no necesariamente obtiene dicha posición por controlar un recurso esencial. El control de un recurso esencial puede entenderse como un caso particular de posición dominante. Esto puede entenderse más claramente con el siguiente gráfico:



Elaboración: Secretaría Técnica

Como puede verse en el gráfico anterior, el concepto de Posición de Dominio es más amplio que contar con el control de un recurso esencial. De conformidad con la agencia antimonopolio de Reino Unido, *"una facilidad puede ser considerada como esencial si es indispensable acceder a la misma con el objeto de competir en el mercado y si su duplicación es imposible o extremadamente difícil debido a restricciones físicas, geográficas o legales"*¹¹

El principal aspecto que puede diferenciar ambos conceptos es el referido a la posibilidad de sustituir el bien o servicio en cuestión. En el caso de facilidades esenciales no basta con determinar que ello no es conveniente, sino que se debe mostrar que ello es muy difícil o prácticamente imposible de realizar. Así lo señala la doctrina sobre la materia:

- *"El segundo elemento, que la duplicación sea impráctica o no razonable es un estándar más elevado que el ser "más económico" que otras alternativas."*¹²
- *"(...) las cortes tienen claro que el estándar para que un bien sea esencial debe ser necesariamente elevado, puesto que un monopolista siempre tendrá algo que sus competidores o potenciales competidores querrán. Generalmente, las cortes han acordado que la facilidad debe ser más que útil para ser esencial."*¹³
- *"Muchos de los casos en los que se ha encontrado una facilidad esencial requieren más que la mera dominación de un mercado relevante de la que se requiere en casos más generales de monopolización."*¹⁴

¹⁰ "In general ownership of an essential facility confers a dominant position (...)" en The Competition Act 1998: The Chapter II Prohibition, Office of Fair Trading, Reino Unido, p. 18.

¹¹ Office of Fair Trading, "The Competition Act 1998: Assessment of Individual Agreements and Conduct", p. 24.

¹² "The second element, that duplication be impractical or unreasonable, is a higher standard than being "more economical" than other alternatives. (...) en "The Essential Facilities Concept", OECD, Paris 1996, p. 8.

¹³ "(...) courts are clear that the standard for essentiality is necessarily a high one as a monopolist will almost always possess something its competitors or potential competitors want. Generally, courts have agreed that the facility must be more than merely useful or helpful to be "essential" en "The Essential Facilities Concept", op. cit.

¹⁴ "Most cases finding an essential facility have required more than mere dominance of a relevant market, as more general monopolization cases require. (...) en Hovenkamp Herbert, "Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice", West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, 1994, p. 275.

Cabe señalar que incluso en el caso que las posibles alternativas de sustitución del Servicio en Cuestión sean más costosas que éste, ello no necesariamente lo califica como una facilidad esencial. Es decir, para calificar un bien o servicio como esencial se debe concluir que no existen alternativas prácticas, debiéndose demostrar que incluso aquéllas que son más costosas no constituyen una alternativa posible¹⁵.

Tomando en cuenta lo anterior, el Cuerpo Colegiado considera que a fin de determinar si en un mercado relevante determinado los postes instalados constituyen una facilidad esencial la evaluación debe seguir los siguientes niveles de análisis de forma consecutiva:

a) Existencia de restricciones legales o administrativas

El primer aspecto a analizar está referido a la existencia de limitaciones generadas por el marco legal que dificultan la duplicación del bien al que se desea acceder. Dichas limitaciones se encuentran constituidas por las restricciones legales o administrativas que pueden ser ejecutadas o impuestas por las autoridades competentes dentro del mercado relevante, de forma se debe analizar caso por caso si en la zona donde se tendría que duplicar el bien requerido -es decir donde se instalarían postes adicionales- existe alguna disposición legal o administrativa que restrinja dicha posibilidad. Al respecto, pueden presentarse dos supuestos:

- i) que la restricción sea relativa, es decir que la autoridad permita la instalación de postes adicionales bajo determinadas condiciones o bien únicamente en determinadas zonas del mercado relevante (por ejemplo, en carreteras o avenidas amplias en las que se considere que el ornato de la ciudad no se vería afectado).
- ii) que la restricción sea absoluta, es decir cuando la autoridad no permite que se instalen postes adicionales dentro de toda la extensión del mercado relevante.

b) Costos involucrados en la instalación

En caso de verificarse que no existen restricciones legales o administrativas absolutas que impidan duplicar el bien requerido en el mercado relevante, debe procederse a analizar los costos involucrados en dicha instalación. Es decir, las empresas deben demostrar que en términos económicos resulta prácticamente imposible duplicar los postes requeridos. De cumplirse esta condición, podría considerarse que los postes ya existentes constituyen una facilidad esencial.

Los costos que deben ser considerados en este nivel de análisis son aquellos en los que incurren las empresas que tendrían que instalar sus propios postes -costos privados- y aquellos que se generan al resto de agentes económicos –costos

¹⁵ “Por ejemplo, supóngase que el Hospital A puede atender pacientes de cierto tipo a un costo de \$100, pero el Hospital B que está más alejado enfrenta un costo de \$120. En este caso si se procede a definir el mercado suponiendo un incremento hipotético de 10% en el precio por encima del nivel competitivo, bien podríamos concluir que el Hospital A define un mercado relevante, porque sus gerentes podrían incrementar los precios en más de 10% por encima del nivel competitivo sin perder ventas que se podrían trasladar al Hospital B. Sin embargo, el Hospital A no constituiría una facilidad esencial debido a que el hospital B de hecho constituye una alternativa disponible. Las cortes generalmente han interpretado que la doctrina de las facilidades esenciales requiere mostrar que no existen alternativas prácticas disponibles, incluyendo las alternativas que enfrentan desventajas de costos.” en Hovenkamp, Herbert, op. cit.

sociales¹⁶-. En tal sentido, la naturaleza de facilidad esencial de los postes ya existentes no dependerá de un análisis costo-beneficio puramente privado, sino que también deberá considerar los costos sociales involucrados¹⁷.

c) Empresas que ostentan la facilidad y presencia en el mercado

Finalmente, de existir restricciones legales o administrativas absolutas o, a falta de ellas, habiéndose demostrado que por los costos involucrados, la duplicación de los postes es prácticamente imposible, debe procederse a analizar la cantidad de empresas que se encuentran en posibilidad de permitir el uso de los postes ya existentes (o de alguno de los medios sustitutos) por parte de un tercero, analizándose su presencia en el mercado relevante en términos de cobertura.

En caso de existir múltiples empresas que se encuentren en capacidad de permitir el uso de sus postes (o de uno de los medios sustitutos) por parte de un tercero, entonces es menos probable que los postes puedan ser calificados como una facilidad esencial, por cuanto podría existir competencia en la prestación de dicha facilidad. Sin embargo, si el número de proveedores no es considerable, resulta más probable que la facilidad pueda ser calificada como esencial¹⁸.

Asimismo, en ambos casos debe tomarse en cuenta la presencia de las empresas en el mercado relevante, es decir, la cantidad del recurso que es controlado por una empresa respecto de las otras que también lo ostentan.

Habiéndose planteado los niveles de análisis que deben considerarse para definir si los postes constituyen una facilidad esencial, a continuación se procederá a aplicarlos al caso de la presente controversia.

a) Existencia de restricciones legales o administrativas

Respecto de las restricciones impuestas por las autoridades, en el caso específico del Sr. Laca se ha verificado que la Municipalidad Provincial de Lambayeque ha impuesto restricciones relativas para la instalación de postes en el mercado relevante, permitiéndose únicamente en determinadas zonas de la ciudad. Es decir, existen restricciones administrativas relativas.

b) Costos involucrados en la instalación

¹⁶ Por ejemplo, los costos sociales asociados a la instalación de postes adicionales en una determinada zona geográfica pueden estar constituidos por las incomodidades (externalidades negativas) que podría generar a los habitantes de las ciudades el contar con diversas redes paralelas de postes, pudiendo llegarse a la situación en que se dificulte el tránsito de las personas o, en el extremo, a que los postes obstruyan las puertas o los estacionamientos de los hogares.

¹⁷ Tomando en cuenta que los postes se instalan en la acera y que ésta, como espacio físico de carácter público, tiene una capacidad limitada, puede considerarse que la misma constituye un recurso escaso para efectos del tránsito de personas y bienes y la instalación de postes u otros artefactos. En tal sentido, tomando como supuesto una ciudad en la que no se hubiera instalado ningún poste, los beneficios de instalar una red de postes probablemente sean mayores que los costos involucrados. La instalación de una segunda red paralela de postes podría ocasionar costos privados similares o más elevados que los de la primera red, sin embargo, los costos sociales se habrían incrementado. La instalación de redes adicionales incrementarían paulatinamente los costos sociales hasta llegar a un punto en el cual desde un punto de vista privado puede resultar factible instalar una red adicional, pero los costos sociales involucrados harían que el nivel de bienestar de la sociedad resulte menor que en la situación previa.

¹⁸ Por ejemplo, en el caso de existir únicamente dos empresas que no desean competir por la prestación de la facilidad a un tercero, de verificarse las condiciones pertinentes sobre posición de dominio conjunta, podría concluirse que existe una facilidad esencial que es controlada de manera conjunta por dichas dos empresas.

No existiendo restricciones legales o administrativas que restrinjan de manera absoluta la instalación de postes en la ciudad de Lambayeque, se deben analizar los costos involucrados en la instalación de postes, para determinar si en términos económicos los postes existentes se constituyen como una facilidad esencial.

En la medida que el análisis sobre facilidades esenciales debe ser más riguroso que el de la definición de posición de dominio, el Sr. Laca tendría que haber demostrado que no puede instalar postes propios en las zonas donde ello le era permitido por la Municipalidad, debido a los costos privados y sociales involucrados. Sin embargo, el demandante no ha demostrado que le resulte imposible o extremadamente difícil instalar infraestructura propia¹⁹.

c) Empresas que ostentan la facilidad y presencia en el mercado

Finalmente, en cuanto a la cantidad de empresas que tienen infraestructura de postes en el mercado relevante y a su presencia en el mercado, debe indicarse que al no haberse demostrado que los costos involucrados en la instalación de postes generan que los postes ya existentes sean una facilidad esencial, carecería de sentido analizar este aspecto.

Tomando en cuenta lo desarrollado en estos tres acápites, el Cuerpo Colegiado considera que no se ha acreditado que los postes de ELECTRONORTE en la ciudad de Lambayeque constituyan una facilidad esencial para poder prestar el servicio de televisión por cable por parte del Sr. Laca.

Habiéndose analizado hasta el momento los aspectos referidos a participación en el mercado, barreras de entrada y control de recursos esenciales, los resultados son los siguientes:

- i) ELECTRONORTE es la empresa con mayor presencia en lo que a posesión de postes en el mercado relevante se refiere.
- ii) Existen barreras de entrada que impedirían a otras empresas instalar postes propios.
- iii) El acceso a postes, en el caso específico de la presente controversia, no constituye una facilidad esencial.

De acuerdo con los argumentos anteriormente señalados, el Cuerpo Colegiado concluye que ELECTRONORTE tiene posición de dominio en el mercado relevante anteriormente determinado, aun cuando ello no implique que controle un recurso o facilidad esencial.

VI. PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: NEGATIVA DE TRATO

De conformidad con el artículo 5 inciso a) 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 servicios²⁰.

¹⁹ Cabe agregar que no resulta evidente que en todos los mercados relevantes sea imposible la instalación de postes propios por parte de las empresas que prestan servicios de televisión por cable, existiendo casos como el de la empresa Cable Junior S.A. que ha instalado postes propios en determinadas zonas de la ciudad de Ica para la prestación de sus servicios.

²⁰ 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*

El requisito básico para que una negativa de trato sea considerada anticompetitiva es que provenga de una empresa con posición de dominio en el mercado. Si el proveedor no ostenta posición de dominio, el afectado podría acudir a fuentes alternativas de suministro para impedir que la negativa le ocasione un perjuicio, con lo cual la conducta no habría ocasionado un daño en el mercado. Comúnmente, las negativas de trato se consideran prácticas ilícitas si tienen alguno de los siguientes efectos en el mercado:

- Cuando la negativa busca evitar el trato con competidores. En este caso, la empresa con posición de dominio niega la venta porque la afectada también le compra a su competidor. Bajo este supuesto la negativa funciona como una sanción para quienes son clientes del competidor y busca perjudicar a este último restándole clientela.
- Cuando la negativa busca restringir la competencia que enfrenta una empresa integrada verticalmente. La figura más común bajo este supuesto es la de una empresa con posición de dominio que se encuentra integrada verticalmente y niega la venta a las empresas que compiten con su vinculada, incrementando así las barreras de acceso al mercado para las competidoras de esta última.
- Cuando la negativa busca monopolizar un segundo mercado a través de un precio excesivo (*"price squeeze"*)²¹. En este caso, una empresa con posición de dominio que se encuentra verticalmente integrada vende, por un lado, el bien en el que ostenta posición de dominio a un precio muy elevado y, por otro, el bien en el que enfrenta competencia a un precio bastante bajo, de manera que sus competidoras tienen que comprar el insumo a un precio muy alto pero vender el producto terminado a un precio muy bajo para poder competir. En este caso, se considera que la venta del bien a un precio muy elevado podría constituirse en una negativa indirecta de venta, cuya finalidad sería restringir la competencia en el mercado aguas abajo²².

De acuerdo al marco legal vigente en el Perú, las negativas injustificadas de trato prohibidas son aquellas que ocasionan un perjuicio a un tercero y a la vez un beneficio al infractor. En efecto, el primer párrafo del artículo 5 del Decreto Legislativo 701 establece expresamente lo siguiente:

*"Se considera que existe abuso de posición de dominio en el mercado, cuando una o más empresas que se encuentran en la situación descrita en el artículo anterior, actúan de manera indebida, **con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros**, que no hubieran sido posibles, de no existir la posición de dominio"* (el subrayado es nuestro).

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."

²¹ Cabe indicar que esta figura también se encuentra contemplada por los LINEAMIENTOS bajo la denominación de "precios comprimidos" dentro del conjunto de prácticas de efectos depredadores. Al respecto, los LINEAMIENTOS señalan: "Esta práctica en general se presenta cuando una firma verticalmente integrada es dominante en un mercado hacia atrás (upstream market) que provee de un insumo esencial a compañías que compiten con una empresa relacionada en un mercado hacia adelante (downstream market). Esta firma puede tener una conducta tal que vaya en detrimento de sus competidores. La firma verticalmente integrada tiene la posibilidad de reducir los márgenes de sus competidores (en el mercado hacia adelante) incrementando el costo del recurso esencial y/o reduciendo los precios que ella cobra al público en el mercado hacia adelante (downstream market)".

²² ROSS, Stephen, Principles of Antitrust Law; The Foundation Press, Inc. (1993), 76-82.

Dicha situación sólo ocurre cuando el infractor compite con el afectado o si la negativa es un mecanismo de sanción para que el cliente no contrate también con el competidor del infractor.

En el informe de la Secretaría Técnica se señalaba lo siguiente: *“(...) la empresa demandada no es competidora del Sr. Laca ni existen pruebas de que se encuentre vinculada a un competidor del demandante. Más aún, ni siquiera existen indicios de que la demandada tenga algún interés por incursionar en el mercado del Sr. Laca. En consecuencia, mal podría sostenerse que ELECTRONORTE tenga incentivos anticompetitivos para negar el alquiler de postes al demandante”*.

En tal virtud, la Secretaría Técnica concluyó que el presente caso se trataba de una negativa de trato arbitraria²³, por lo que no podía ser analizada según el artículo 5 inciso a) del Decreto Legislativo 701, pero que sin embargo podía ser evaluada según el artículo 3 de dicha ley²⁴, siempre que se demostrara que a pesar de la falta de incentivos anticompetitivos del infractor dicha conducta ocasionaba un daño de magnitud considerable a la competencia²⁵.

Dichas afirmaciones fueron cuestionadas por el representante del Sr. Laca en el informe oral realizado el 19 de marzo del presente, así como mediante el escrito de ampliación de alegatos presentado en la misma fecha. El demandante señala que ELECTRONORTE si tenía intención de incursionar en la prestación del servicio de televisión por cable en el mercado relevante y para demostrarlo presentó como prueba copia de un encarte editado por el grupo de empresas al que pertenece ELECTRONORTE. En dicho encarte se indica, bajo el título *“El Futuro”*, lo siguiente: *“Nuestra visión es de una empresa multiservicio en la búsqueda de la satisfacción del cliente. Tenemos los siguientes programas para desarrollar: Sistemas de transmisión de voz y data a través de las redes eléctricas (...) y desarrollo de telecomunicaciones”*. Adicionalmente, en el gráfico contenido en dicha sección del encarte se incluye el servicio de televisión por cable²⁶.

Sobre el particular, se encuentra en discusión si es válido considerar como competidor potencial a una empresa que no participa en absoluto en una determinada actividad pero ha manifestado su intención de incursionar en ella. Identificar a una empresa como competidor potencial permite asumir que puede tener incentivos para restringir la competencia en el mercado al que pretende ingresar. Para considerar a una empresa como competidora potencial cuando no participa del mercado relevante, se suele

²³ En el supuesto de negativa de trato arbitraria, la empresa con posición de dominio no tendría intención de restringir la competencia, en tanto no compite con la empresa a la cual niega la venta, ni tiene un interés específico en ingresar a su mercado; adicionalmente, tampoco utiliza la negativa como medio de sancionar al cliente por contratar con su competidor. La negativa de venta arbitraria no genera un beneficio para el agente que incurre en ella -mas bien podría generarle un perjuicio al limitar la posibilidad de incrementar los ingresos por una venta adicional-, pero sin embargo perjudica al comprador afectado.

²⁴ La negativa de trato arbitraria no puede ser sancionada a la luz del artículo 5 inciso a) del Decreto Legislativo 701, en tanto que no puede sostenerse con certeza que dicha figura genere un beneficio para el agente que incurre en la negativa. Sin embargo, la negativa injustificada de trato arbitraria podría ser analizada como infracción a la cláusula general contenida en el artículo 3 del Decreto Legislativo 701, pero debería aplicarse únicamente ante casos excepcionales que no se encuentren previstos expresamente por el artículo 5 del Decreto Legislativo 701 o que no puedan incluirse dentro de los casos de efecto equivalente contemplados por el inciso f) del mencionado artículo 5.

²⁵ Para analizar los casos de abuso de posición de dominio por negativa de trato arbitraria a la luz del artículo 3 del Decreto Legislativo 701, debería demostrarse que, a pesar de que el infractor no tiene una intención anticompetitiva ni incentivos para perjudicar al afectado, la negativa arbitraria finalmente termina ocasionando un daño de magnitud considerable a la competencia, en tanto que la mencionada norma requiere que como consecuencia de la conducta ilegal *“se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional”*.

²⁶ Encarte de fecha 23 de julio de 2001, distribuido según el Sr. Laca como suplemento del diario El Comercio.

analizar si su voluntad de ingresar al mismo no se manifiesta solamente en intenciones, sino en decisiones específicas adoptadas a nivel directivo para desarrollar los proyectos requeridos o, incluso, en medidas que se hayan adoptado para implementar los planes de ingreso al mercado²⁷.

En el caso bajo análisis, la prueba presentada por el Sr. Laca se limita a demostrar una intención a futuro de ELECTRONORTE, no así que esta empresa haya adoptado decisiones específicas a nivel directivo para desarrollar el proyecto, menos aún que se hayan adoptado medidas para asegurar el inicio de los servicios de televisión por cable²⁸. Adicionalmente, la prueba en referencia tampoco contiene información que indique la existencia de fechas o períodos tentativos para el inicio del proyecto, ni tampoco que el mismo vaya a desarrollarse en la zona de concesión de ELECTRONORTE o en la ciudad de Lambayeque en particular. En tal sentido, dicha prueba podría calificarse como insuficiente para considerar que ELECTRONORTE era un competidor potencial del Sr. Laca y que tuviera incentivos para incurrir en una negativa injustificada de trato que le reportara beneficios.

A pesar de ello, considerando la tendencia a que la infraestructura de empresas de energía eléctrica sea aprovechada para la prestación de servicios de telecomunicaciones²⁹ y a efectos de continuar con el análisis, el Cuerpo Colegiado considerará como si la prueba aportada fuera suficiente para considerar que ELECTRONORTE es un competidor potencial del Sr. Laca. En tal sentido, la práctica denunciada se analizará de acuerdo con lo establecido por el artículo 5 inciso a) del Decreto Legislativo 701, evaluando si ELECTRONORTE se negó a contratar el uso de sus postes con el Sr. Laca y, de demostrarse esto, si dicha negativa tuvo una justificación de negocios.

1. ¿Existió una negativa de trato?

ELECTRONORTE suscribió un contrato de alquiler de postes con el Sr. Laca por el precio de US \$ 1.50 mensual más IGV por poste, cuyo plazo vencía el 01 de diciembre de 2000.

²⁷ Ver, por ejemplo, BRENNER, Steven, "Potential Competition in Local Telephone Service: Bell Atlantic – NYNEX (1997)", en: KWOKA, J. Y WHITE, L. The Antitrust Revolution, Economics, Competition, and Policy (New York, 1999), 123-136.

²⁸ Mas aún, debe indicarse que mediante escrito de fecha 22 de marzo de 2002, ELECTRONORTE presentó copia de los presupuestos de la empresa correspondientes a los años 2001 y 2002, para demostrar que no se había asignado ninguna partida ni recursos para el supuesto proyecto de incursionar en el mercado de los servicios de televisión por cable. Dicha documentación fue declarada confidencial en la modalidad de reservada mediante Resolución N° 040-2002-CCO/OSIPTEL.

²⁹ Esta práctica se viene extendiendo actualmente a nivel mundial y consiste en aprovechar la inversión realizada en las redes eléctricas para prestar servicios de telecomunicaciones, incurriendo en inversiones incrementales relativamente bajas. Se pueden presentar los siguientes escenarios según las redes utilizadas sean de transmisión o de distribución y los servicios de telecomunicaciones se presten a través de los cables de energía eléctrica o utilizando la postería de la empresa eléctrica:

ESCENARIOS	Uso de los mismos cables de energía	Uso de la infraestructura de postería
Redes de transmisión	Fibras Ópticas dentro del cable de guarda (tecnología OPGW)	Cables de fibra óptica aparte, soportados por las torres de alta tensión (tecnología ADSS).
Redes de distribución	Tecnología PLC (Power Line Communications).	Cables de fibra óptica o coaxiales soportados por los postes (servidumbres).

El Sr. Laca sostiene que solicitó a ELECTRONORTE la renovación del contrato el 29 de noviembre de 2000 y que esta empresa no le dio ninguna respuesta formal sino hasta el 07 de agosto de 2001, es decir con posterioridad a que se notificara la demanda que ha dado origen a la presente controversia, lo cual ocurrió el 01 de agosto. ELECTRONORTE señala que no se negó a la renovación del contrato y que sí dio respuesta afirmativa a la solicitud de renovación que le envió el Sr. Laca, pero que fue éste quien nunca se apersonó al local de su empresa para suscribir la renovación del mencionado contrato.

En cuanto a la renovación del contrato, lo primero que debe mencionarse es que de acuerdo con la cláusula segunda del mismo, la renovación tenía que constar necesariamente por acuerdo escrito de las partes y de vencerse el plazo sin que se hubiera ampliado o renovado el contrato, el Sr. Laca quedaba obligado a retirar sus cables de los postes de ELECTRONORTE en un plazo no mayor de 15 días calendario, sujetándose a una penalidad de US\$ 10.00 diarios por la demora³⁰.

Al respecto, mediante comunicación remitida el 29 de noviembre de 2000, es decir dos días antes de su vencimiento, el Sr. Laca solicitó a ELECTRONORTE la renovación del contrato, expresando lo siguiente:

“1.-) Que, conforme a la nómina que debe estar en su correspondiente Cartera de Clientes, debe figurar el suscrito como tal, empero con un aspecto más, el de ser deudor de su representada de los servicios que presta la misma correspondientes a los meses de Setiembre, Octubre, Noviembre del presente año (...).

2.-) Que, es menester señalar a su Representada que el suscrito siempre ha buscado la confiabilidad negociable en sus aspectos de transacciones comerciales, ello ha dado un resultado positivo, en consecuencia me permito señalar que entre el Primero y Quince de Diciembre del presente año ABONARE LA TOTALIDAD DE LO ADEUDADO DINERARIAMENTE. Que, igualmente es menester invocar que los derechos al Trabajo, La libre Competencia, a la Conformación de empresa con el riesgo de ostentar Cartera Pesada, por motivos expresamente ajenos a la voluntad del usuario, subsiguientemente al Vencerse el Contrato el día Primero de Diciembre del presente año, SOLICITO SE SIRVA RENOVAR EL CONTRATO entre su representada y el suscrito, para y por los fines señalados en la presente misiva” (las mayúsculas son del texto original).

De acuerdo con lo actuado en el expediente, ELECTRONORTE habría dado respuesta a la mencionada comunicación mediante carta recibida el 07 de agosto de 2001, señalando lo siguiente:

“Me es grato dirigirme a usted y dar respuesta a su carta S/N presentada con fecha 29 de Noviembre, solicitando plazo hasta el 15 de Diciembre para la cancelación total de su deuda por Alquiler de Postes. Comunicamos que estando dispuesto a otorgarle el plazo solicitado, esperamos el cumplimiento del mismo teniendo en cuenta que nos encontramos ya a día 06 de diciembre, y esperando no tener que Rescindir su contrato por incumplimiento como lo estipula la

³⁰ Cláusula segunda: “El plazo del presente contrato es de un (1) Año, los cuales (sic) empiezan a correr a partir del 01 de diciembre de 1999 y vencen el 01 de diciembre del 2,000. El presente contrato podrá ser renovado por acuerdo de las partes, el cual deberá constar necesariamente por escrito. Vencido el plazo sin que se haya ampliado o se haya renovado el contrato, EL USUARIO se obliga a retirar el tendido de sus cables de circuito cerrado de televisión en un plazo no mayor de (15) días naturales. En caso EL USUARIO incumpla con lo establecido en el párrafo anterior, estará obligado al pago de una penalidad de US\$ 10.00 (Diez y 00/100 dólares americanos) por el día de retraso del cableado y equipos en cada uno de los postes de propiedad de LA EMPRESA”.

Cláusula Séptima del contrato de Uso de Postes de Distribución. Así mismo con respecto a la renovación de su Contrato le indicamos que este queda automáticamente renovado desde el 01 de Diciembre del presente”.

Sobre el particular, debe señalarse que ELECTRONORTE ha señalado a lo largo del procedimiento que sí dio respuesta oportuna a la solicitud de renovación del contrato que le enviara el Sr. Laca, pero no ha llegado a demostrar que su respuesta haya sido recibida por el demandante antes de la fecha indicada líneas arriba³¹.

Considerando que ELECTRONORTE demoró más de nueve meses en dar respuesta al pedido de renovación del contrato del Sr. Laca y, además, que su respuesta llegó con fecha posterior a la notificación de la demanda, podría entenderse, en principio, que se produjo una negativa de trato³².

Sin embargo, debe tomarse en cuenta también que si al vencimiento del plazo el contrato no se renovaba o ampliaba el Sr. Laca tendría que haber retirado sus cables de los postes de ELECTRONORTE dentro de los 15 días de vencido el plazo, de acuerdo con lo previsto en la segunda cláusula del contrato; sin embargo, el demandante no retiró sus cables. Más aún, el Sr. Laca pagó a ELECTRONORTE por el alquiler de los postes correspondiente a los meses de diciembre de 2000 así como de enero y febrero de 2001³³. De otro lado, ELECTRONORTE podría haber hecho efectiva la penalidad de US \$ 10.00 diarios establecida en dicha cláusula, por la demora en el retiro de los cables; sin embargo, la demandada no ejerció ese derecho. Además, tampoco existen pruebas en el expediente que permitan suponer que ELECTRONORTE haya exigido al Sr. Laca el retiro de sus cables una vez que concluyó el plazo del contrato.

De acuerdo con lo anterior, tendría que entenderse que se produjo la continuación del contrato inicialmente suscrito entre las partes, en virtud de lo establecido por el artículo 1700° del Código Civil, que dispone que si el arrendatario continúa en uso del bien una vez vencido el plazo del contrato se entiende que se produce la continuación del arrendamiento bajo sus mismas estipulaciones hasta que el arrendador solicite la devolución³⁴.

Es decir que si bien ELECTRONORTE no dio respuesta oportuna a la solicitud de renovación del contrato que le remitió el Sr. Laca, no podría sostenerse que se haya negado a seguir permitiéndole el uso de sus postes, dado que en la práctica el Sr. Laca continuó utilizándolos, pagando a la demandada el arrendamiento mensual incluso hasta febrero de 2001 y desde ahí sin el pago correspondiente.

³¹ La citada carta fue presentada por ELECTRONORTE como anexo a su escrito de contestación de la demanda y si bien se encuentra fechada el 06 de diciembre de 2000 el cargo de recepción con la firma del Sr. Laca indica que la misma fue recibida el 07 de agosto de 2001. Adicionalmente, durante la actuación de la prueba testimonial del Sr. Laca, ofrecida como prueba por ELECTRONORTE (audiencia de pruebas del 30 de octubre de 2001), se le hizo la siguiente pregunta: “¿Para que diga como es verdad que recibió la carta de ELECTRONORTE de fecha 6 de diciembre del 2000 en la cual se hace saber la renovación del contrato?”, a lo cual el Sr. Laca respondió que la carta de fecha 6 de diciembre del 2000 recién la recibió el 7 de agosto de 2001.

³² Los LINEAMIENTOS mencionan lo siguiente: “La negativa no necesariamente tiene que ser abierta y clara. Formas de negativa más sofisticadas son simplemente no dar respuesta a los pedidos que se formulan (...)”.

³³ Adicionalmente, de acuerdo a la información presentada por el Sr. Laca, en octubre de 2001 habría consignado judicialmente S/. 625.00 por concepto del arriendo por el uso de postes correspondiente a los meses de marzo, abril y mayo de 2001.

³⁴ Artículo 1700.- “Continuación del arrendamiento. Vencido el plazo del contrato, si el arrendatario permanece en el uso del bien arrendado, no se entiende que hay renovación tácita, sino la continuación del arrendamiento, bajo sus mismas estipulaciones, hasta que el arrendador solicite su devolución, la cual puede pedir en cualquier momento”.

Al parecer, habría sido la presentación de la demanda la que motivó un cambio de actitud de ambas partes, en tanto que ELECTRONORTE habría requerido el retiro de los cables del demandante y, por su parte, el Sr. Laca expresó que no pagaría los arriendos mientras no hubiera firmado la renovación del contrato³⁵. Posteriormente, en Setiembre de 2001 ELECTRONORTE requirió formalmente al Sr. Laca el retiro de sus cables bajo cargo de hacerlo ella misma reteniéndolos en calidad de parte de pago de lo adeudado³⁶. Ante esto el Sr. Laca rechazó la pretensión de ELECTRONORTE de retirar sus cables de los postes, amenazándolo con iniciar acciones penales en su contra y manifestando que repelerían con la fuerza dicho intento³⁷.

Considerando lo anteriormente descrito, el Cuerpo Colegiado concluye que si bien ELECTRONORTE no dio respuesta oportuna a la solicitud de renovación del contrato remitida por el Sr. Laca, no puede sostenerse que la demandada se haya negado a continuar permitiéndole el uso de sus postes. En efecto, de acuerdo con lo sucedido, el Sr. Laca continuó en uso de los postes sin que ELECTRONORTE haya requerido la devolución del bien, a pesar incluso de que el demandante dejó de pagarle el arriendo desde marzo de 2001.

2. Si existió una negativa de trato ¿fue injustificada?

Sin embargo, aún bajo el supuesto de que ELECTRONORTE se hubiera negado a continuar permitiendo el uso de sus postes por el Sr. Laca, dicha negativa tendría que haber sido injustificada para que se configure una infracción al artículo 5° del Decreto Legislativo 701³⁸.

³⁵ En efecto, mediante carta de fecha 07 de agosto de 2001, el Sr. Laca manifestaba a ELECTRONORTE lo siguiente: *"Al no haber en su oportunidad tenido respuesta a la mencionada Carta Notarial del 29/11/00, que dicho sea de paso recién he recibido con fecha 07/08/01, a pesar que he continuado pagando el arriendo por los meses de Diciembre 00, Enero y Febrero 01; y que mas que todo para decirles por medio de este pago que estoy presente y por eso continuo a la espera de poder renovar el CONTRATO ya terminado, no he obtenido respuesta alguna, toda vez que recién el día 06/08/01 recibí una llamada del Ing. Luis Ginocchio Altuna, para manifestarme que me iban a bajar los cables ya que estoy en deuda del peaje de los postes desde el mes de Marzo a la fecha, lo que manifesté que los que están en falta son ustedes ya que como verán en todos mis actos con ustedes, mientras no tengo un documento que me respalde no cancelo nada, y esto lo vengo manifestando desde el año 1999"*.

³⁶ Mediante carta fechada el 12 de Setiembre, ELECTRONORTE comunicaba al Sr. Laca lo siguiente: *"Habiendo tomado conocimiento de la denuncia interpuesta por su parte contra mi representada, a través de la cual se pretende desconocer la existencia del contrato suscrito entre ambas partes, por el uso de los postes de propiedad de mi representada; contrato que se encuentra vigente a partir del 01 de diciembre del año 2000 – en virtud que se ha producido la renovación de mutuo acuerdo del contrato N° G/AJ-048-2000 -, solicitamos a Usted se sirva retirar de nuestras instalaciones (postes eléctricos), los cables de su propiedad en un plazo perentorio de tres (03) días hábiles de recepcionada la presente; bajo apercibimiento que personal de mi representada los retire por cuenta y cargo suyo, los mismos que serán retenidos como parte de pago del monto que a la fecha adeuda a ELECTRONORTE S.A."*.

³⁷ Mediante carta de fecha 14 de Setiembre, el Sr. Laca expresó lo siguiente a ELECTRONORTE: *"(...) 2. Que actualmente ambas partes nos encontramos en un Proceso de Solución de controversias ante OSIPTEL y que en tanto dure dicho proceso, no resulta legal que ustedes retiren unilateralmente mis cables de sus postes (...). 4. Que debo rechazar su pretensión de retirar los cables de mi representada de sus postes, toda vez que con ello incurriría en el delito tipificado y penado en el artículo 283° del Código Penal vigente como "Delito contra los Medios de Transporte, Comunicación y otros servicios públicos (...). 5. Que el despojarnos de la posesión parcial de los cables sin mandato legal ni administrativo, estaría incurriendo además, en el delito de Usurpación tipificado y sancionado en el inciso 2° del artículo 202° del Código Penal vigente. (...). 7. Debo señalarle adicionalmente, que si usted o sus empleados quieren despojarnos ilícitamente de la posesión sobre los postes, procederemos con arreglo a lo dispuesto en el artículo 920° del Código Civil repeleremos con la fuerza cualquier acto que perturbe nuestra posesión amparados en las leyes, independientes de las acciones judiciales contra ustedes que correspondan"*.

³⁸ Al respecto, los LINEAMIENTOS señalan lo siguiente: *"(...) recogiendo lo que señala la doctrina puede entenderse como algunos casos que justifican la negativa, la limitación real del aparato productivo para satisfacer la demanda del servicio solicitado, la existencia de factores ocasionales o eventuales que generan una desproporción evidente entre la oferta y la demanda, la escasez de insumos o recursos*

Al respecto, lo primero que debe señalarse es que de acuerdo con los términos del contrato suscrito entre las partes, la renta mensual (US\$ 1.50 más IGV por poste) debía ser pagada por el Sr. Laca dentro de los 15 primeros días del mes siguiente o de la emisión de la factura correspondiente y que el incumplimiento del pago era causal de resolución del contrato³⁹. Sin embargo, tal como indicaba el propio Sr. Laca en la carta remitida a ELECTRONORTE el 29 de noviembre de 2000, que ha sido anteriormente transcrita, el demandante no había cumplido con pagar la renta correspondiente a los tres meses previos (septiembre, octubre y noviembre de 2000) y, sin embargo, solicitaba la renovación del contrato ofreciendo el pago de dichas mensualidades en los próximos días.

En términos generales, cualquier agente podría negarse a renovar el contrato con una empresa que tiene antecedentes de incumplimiento de su obligación de pago⁴⁰. De acuerdo con ello, ELECTRONORTE habría tenido razones válidas para negarse a renovar el contrato con el Sr. Laca. Sin embargo, la demandada permitió que el Sr. Laca se mantuviera en uso de sus postes.

Por otro lado, el contrato suscrito entre las partes establecía que antes de la instalación de los cables el Sr. Laca debía proporcionar a ELECTRONORTE el plano de distribución que tendrían sus redes de cable. Asimismo, según el contrato, el Sr. Laca no podía instalar sus cables en ningún poste de ELECTRONORTE sin la revisión y aprobación expresa de los planos por parte de esta última. Finalmente, el contrato señalaba como derecho de ELECTRONORTE determinar cuáles eran los postes aptos y/o disponibles, por cuestiones técnicas o de seguridad, para la instalación de cables de televisión y, también, que si durante el plazo del contrato el Sr. Laca necesitaba utilizar más postes de los pactados inicialmente se encontraba obligado a solicitar la autorización de ELECTRONORTE, obteniendo su conformidad por escrito⁴¹.

requeridos para brindar el servicio, el incumplimiento de obligaciones anteriores por parte del adquirente, u otras de naturaleza similar”.

³⁹ CLÁUSULA TERCERA. “Pago por Utilización de Postes. (...). 3.2. El monto de la renta que EL USUARIO se obliga a pagar por el uso de cada poste es de US\$ 1.50 (Uno y 50/100 dólares americanos) mensuales, monto al que deberá adicionarse el impuesto General a las Ventas correspondiente. El monto total a pagar ,mensualmente se calculará en base al número de postes indicados en el Anexo 1. 3.3. La renta deberá ser cancelada por EL USUARIO mensualmente, dentro de los quince (15) primeros días del mes siguiente. (...) 3.5. Si durante el plazo del contrato el USUARIO no utilizara o dejara de utilizar algunos postes, no tendrá derecho a solicitar a LA EMPRESA la devolución de los montos cancelados, ni la disminución en el monto de la renta. 3.6. EL USUARIO deberá cumplir con el pago del monto indicado en el párrafo anterior en un plazo máximo de 15 días desde la emisión de la factura correspondiente; el incumplimiento será causal de resolución del presente contrato”.

⁴⁰ El informe de la Secretaría Técnica se refería a la condición del Sr. Laca como “deudor moroso”, lo cual fue cuestionado en el informe oral por el representante del Sr. Laca, quien manifestó que de acuerdo al artículo 1333 del Código Civil el obligado incurre en mora recién cuando el acreedor le exige el cumplimiento del pago. Al respecto, debe señalarse que dicha precisión no es relevante a efectos de evaluar la justificación para una negativa de trato según lo dispuesto por el artículo 5 inciso a) del Decreto Legislativo 701. En efecto, la sola existencia de un incumplimiento de pago reiterado -como sucedía en el caso del Sr. Laca que llevaba tres meses sin pagar- puede ser considerada una razón válida para que cualquiera se niegue a contratar con la empresa que haya incurrido en un incumplimiento de tal naturaleza, sin necesidad de que la haya intimado en mora previamente.

⁴¹ Al respecto, la cláusula cuarta del contrato establecía lo siguiente: “4.1. Antes de la instalación de los cables, EL USUARIO proporcionará a LA EMPRESA el plano de distribución de sus instalaciones de redes de cable coaxial y de fibra óptica para su revisión y aprobación respectiva. EL USUARIO no podrá instalar sus cables en ningún postes de LA EMPRESA sin la aprobación expresa de los planos por parte de esta última. (...) 4.4. EL USUARIO se obliga a cumplir estrictamente las indicaciones de seguridad dadas por LA EMPRESA, así como las disposiciones de montaje, distancias y otras de carácter técnico, de acuerdo a lo prescrito en el Código Nacional de Electricidad”.

A su vez, la cláusula quinta del contrato disponía que: “(...) 5.5. Es derecho de LA EMPRESA el determinar cuales son los postes que se encuentren (sic) aptos y/o disponibles, por razones técnicas y de seguridad para la instalación de los cables de circuito cerrado de televisión; en consecuencia, si durante el plazo del contrato EL USUARIO necesitara usar postes adicionales a los señalados en el Anexo 1,

Considerando que una vez vencido el plazo de un año el contrato habría continuado bajo sus mismos términos, cualquier ampliación del número de postes que utilizaba el Sr. Laca tendría que haberse realizado con la autorización previa de ELECTRONORTE. Según lo señalado por la empresa demandada, si bien el número de postes pactado inicialmente fue de 111, posteriormente el Sr. Laca amplió su red de cable a 261 postes sin la autorización de ELECTRONORTE⁴². De acuerdo a la información que obra en el expediente desde junio de 2001 el Sr. Laca fue incrementando mensualmente el número de postes utilizados, pasando a ocupar 160 postes en julio y llegando a 254 postes en diciembre de 2001.

En tal sentido, se encuentra probado que el demandante incrementó el número de postes que utilizaba para el tendido de su red a más del doble de los inicialmente pactados, sin contar con la autorización de ELECTRONORTE, que permitía a esta empresa evaluar las condiciones técnicas y de seguridad en que se encontraban sus postes para resistir el tendido de cables que pretendía realizar el Sr. Laca.

De acuerdo a lo anterior, se concluye que el Sr. Laca incumplió con obligaciones contractuales que el mismo había pactado y que resultaban sustanciales (pago del precio y autorización para utilizar un número mayor de postes), lo cual constituye justificación suficiente para que ELECTRONORTE se negara a continuar permitiéndole el uso de sus postes.

3. ¿Existió una negativa de trato indirecta?

Por último, el Sr. Laca ha mencionado que el precio de US \$ 1.50 mas IGV por poste que le cobraba la empresa demandada constituye una negativa indirecta a contratar, por constituir un precio excesivo. En tal sentido, la demandante sostiene que el precio debería fijarse en relación con el costo de utilización y mantenimiento de los postes que generan los cables de televisión.

Al respecto, el marco legal vigente establece expresamente que los precios resultan de la oferta y la demanda. La única excepción son los servicios públicos, cuyas tarifas pueden ser fijadas por el Estado siempre que exista una ley de Congreso que así lo permita⁴³. En tal sentido, la regla general es que las empresas puedan fijar libremente el precio que consideren adecuado por los bienes o servicios que ofrecen en el mercado, sin que ninguna autoridad administrativa pueda cuestionarlos o atribuirse la facultad de fijarlos en sustitución de aquellas.

En algunos casos, por mandato legal expreso, la autoridad administrativa debe evaluar los precios cobrados por las empresas para determinar si a través de los mismos se

deberá solicitar autorización a LA EMPRESA, quien dará su conformidad por escrito, con la indicación de los postes disponible (sic) y el monto adicional a pagar por dichos postes de conformidad con lo establecido en la cláusula tercera (3.1.)”.

⁴² En el informe oral, el representante del Sr. Laca manifestó que debía entenderse que ELECTRONORTE sí había autorizado las ampliaciones, ya que las mismas se realizaron sin que dicha empresa planteara cuestionamientos. Sobre el particular, debe precisarse que en el expediente no existe ninguna prueba que sustente dicha afirmación y que, por el contrario, el contrato contiene estipulaciones expresas en el sentido de que las ampliaciones debían contar con la conformidad por escrito de ELECTRONORTE. Siendo esta formalidad obligatoria según lo acordado por las partes, el Cuerpo Colegiado considera que las ampliaciones fueron realizadas sin la autorización de la empresa demandada.

⁴³ Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada

Artículo 4.- “La libre competencia implica que los precios en la economía resultan de la oferta y la demanda, de acuerdo a lo dispuesto por la Constitución y las Leyes. Los únicos precios que pueden fijarse administrativamente son las tarifas de los servicios públicos conforme a lo que se disponga expresamente por Ley del Congreso de la República”.

ha incurrido en una infracción sancionable. Tal es el caso de OSIPTEL, que para dar cumplimiento a las disposiciones del Decreto Legislativo 701 debe evaluar el precio cobrado por las empresas y determinar si han incurrido en una práctica anticompetitiva. Sin embargo, dicha facultad se limita únicamente a la posibilidad de evaluar si a través del precio fijado las empresas incurren en una infracción y, si se demuestra tal hecho, a sancionarla. La mencionada facultad no se extiende, de ningún modo, a la posibilidad de analizar los costos en que incurren las empresas con el objeto de fijar el precio que deberían cobrar en una transacción determinada.

Entender lo contrario supondría asumir que los Cuerpos Colegiados del OSIPTEL tienen una función reguladora de precios para cualquier tipo de bien que se transe en el mercado –como por ejemplo el uso de postes de empresas eléctricas-. Ello no sólo resulta incoherente con la función de aplicar las normas de libre competencia, sino también contrario al marco legal vigente que otorga dicha función exclusivamente al Consejo Directivo del OSIPTEL y sólo respecto de los servicios públicos de telecomunicaciones⁴⁴.

Considerando que la regla es la libertad de precios, el Decreto Legislativo 701 no contempla el establecimiento de precios excesivos o abusivos como conducta sancionable. No obstante, en casos excepcionales, el establecimiento de un precio excesivo podría convertirse en una negativa indirecta de trato que restringe la competencia en el mercado. Sin embargo, es necesario precisar que, como consecuencia de su carácter excepcional, la consideración de esta práctica como prohibida debe limitarse únicamente a aquellos casos en que sea evidente que el establecimiento de un precio excesivo tiene una intención anticompetitiva. De lo contrario, se pondría en riesgo la autonomía que ha sido reconocida legalmente a las empresas para fijar sus precios.

De acuerdo con lo anterior, un precio excesivo sólo debe considerarse como una negativa indirecta a contratar cuando se demuestre que el agente que fija dicho precio tiene la intención de restringir la competencia a través de dicha práctica o, cuando menos, que tiene algún incentivo para negar la venta a través de un precio excesivo. Tal sería el caso, por ejemplo, de empresas integradas verticalmente, ya que en tales supuestos el infractor se encuentra vinculado a un competidor del cliente a quien pretende aplicar dicho precio.

En el presente caso, el Sr. Laca suscribió el contrato en el que se fijaba el precio de US\$ 1.50 más IGTV por poste y pagó la renta convenida hasta febrero de 2001 (es decir por 15 meses), sin cuestionar que se tratara de un precio excesivo. Si bien el demandante ha manifestado posteriormente que el contrato le habría sido impuesto por ELECTRONORTE, no existe ninguna prueba al respecto más allá de sus afirmaciones. En tal sentido, de acuerdo a la regla general debe presumirse que todo contrato es pactado entre las partes libremente y por propia voluntad, por lo cual debe entenderse que el contrato entre ELECTRONORTE y el Sr. Laca fue acordado en ejercicio de su libertad de contratar.

⁴⁴ Reglamento General del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL, Decreto Supremo 008-2001-PCM, publicado en El Peruano con fecha 02 de febrero de 2001: Artículo 28. “*Función Reguladora. Es la facultad que tiene OSIPTEL de fijar tarifas de los servicios públicos de telecomunicaciones*”.

Artículo 29. “*Órgano Competente para el Ejercicio de la Función Reguladora. La función reguladora es competencia del Consejo Directivo del OSIPTEL y se ejerce a través de Resoluciones*”.

Artículo 30. “*Alcances de la Función Reguladora. En ejercicio de la función reguladora el OSIPTEL fijará tarifas, establecerá sistemas tarifarios en sus diferentes modalidades y dictará las disposiciones que sean necesarias para tal efecto*”.

Más aún, cuando el Sr. Laca solicitó la renovación del contrato mediante comunicación del 29 de noviembre de 2000 no cuestionó el precio que se encontraba pagando (US\$ 1.50 por poste), ni sostuvo que lo consideraba excesivo. Asimismo, en la carta fechada el 07 de agosto de 2001 en la que comunicó a ELECTRONORTE que mientras no tuviera un documento que lo respaldara no cancelaría ninguna mensualidad, el Sr. Laca tampoco cuestionó el precio, a pesar de que en esa fecha ya había presentado la demanda ante OSIPTEL.

Los hechos descritos muestran que el Sr. Laca no sólo pactó el precio de US\$ 1.50 más IGV por poste y lo pagó durante 15 meses, sino que además no expresó su disconformidad con dicho precio al solicitar la renovación del contrato. En tal sentido, el demandante no consideró dicho precio como una negativa indirecta de contratar sino hasta que presentó la demanda. Al respecto, el Sr. Laca ha señalado en sus alegatos cuál fue su intención al presentar la demanda: *“(...) al no ser atendido, me vi obligado a iniciar la presente acción con la ilusa esperanza de negociar un nuevo contrato, en igualdad de condiciones, con la intervención de OSIPTEL (...)”*.

En consecuencia, no puede considerarse que se haya producido una negativa indirecta de trato a través del cobro de un precio excesivo, cuando el propio demandante aceptó dicho precio y lo pago sin cuestionar que se tratara de una infracción a las normas de libre competencia. Adicionalmente, debe quedar claro que la finalidad de los procedimientos de solución de controversias seguidos ante OSIPTEL por infracción a las normas de libre y leal competencia no es que las partes puedan negociar sus condiciones contractuales con la participación del organismo regulador, sino investigar y, de ser el caso, sancionar dichas infracciones.

De acuerdo con todo lo anteriormente señalado, el Cuerpo Colegiado concluye que en el presente caso no se ha producido una negativa injustificada de trato prohibida por el artículo 5 inciso a) del Decreto Legislativo 701. En ese sentido, la validez de las conclusiones del informe de la Secretaría Técnica se mantiene, a pesar de que la práctica denunciada haya sido analizada a la luz del artículo 5 del Decreto Legislativo 701.

VII. SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO: DISCRIMINACIÓN DE PRECIOS

De conformidad con el artículo 5 inciso b) del Decreto Legislativo 701, constituye abuso de posición de dominio la aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.

Al respecto, se considera que la discriminación de precios es posible si se cumplen los siguientes requisitos básicos:

- La empresa debe tener posición de dominio en el mercado, de lo contrario el afectado podría acudir a fuentes alternativas de suministro y así neutralizar los efectos de la discriminación.
- La empresa con posición de dominio debe contar con suficiente información sobre la disponibilidad de pago de sus clientes (su precio de reserva), para cobrarle a cada uno o al menos a cada grupo de clientes aquel precio que estén dispuestos a pagar como máximo antes de dejar de comprar el bien.
- No debe ser posible el arbitraje (reventa) o al menos la empresa debe estar en capacidad de evitarlo; de lo contrario quien adquiere al precio más bajo podría

tratar de venderle el bien a quien lo adquiere al precio mayor, impidiendo así que se produzca efectivamente la discriminación⁴⁵.

No toda diferencia de precios constituye una discriminación, mientras que un precio igual para todos los compradores puede resultar discriminatorio si las transacciones tienen distintas características. En tal sentido, el mercado puede generar situaciones esporádicas de discriminación de precios, ya sea por las condiciones naturales de cada actividad, por las distintas condiciones contractuales que se hayan pactado, o según los costos en que debe incurrir el vendedor para atender a cada cliente⁴⁶. Así, las fluctuaciones del tipo de cambio pueden ocasionar precios distintos en cuestión de minutos en la compra-venta de dólares; igualmente, condiciones contractuales como la compra por volumen pueden justificar precios de venta distintos; de la misma forma, los precios pueden ser diferentes dependiendo del costo de atender a cada comprador (por ejemplo si se encuentran en distintas ciudades y el vendedor debe incluir el costo del transporte en el precio). En estos casos no puede hablarse válidamente de una conducta discriminatoria prohibida por el Decreto Legislativo 701⁴⁷.

Existen dos tipos de discriminación de precios. Por un lado, la discriminación perfecta se produce cuando el vendedor conoce con exactitud la disponibilidad de pago de cada cliente y le cobra a cada uno su precio de reserva⁴⁸. De otro lado, la discriminación de precios imperfecta se produce cuando los proveedores pueden llegar a identificar grupos de clientes con similar capacidad de pago a fin de aplicarles precios distintos. Esta última es la discriminación que se produce normalmente en el mercado y si bien puede generar distintos tipos de ineficiencias⁴⁹, algunos autores consideran que ninguna de ellas supone una restricción de la competencia, por lo cual cuestionan que deba analizarse como una conducta anticompetitiva⁵⁰.

⁴⁵ CARLTON, D. y PERLOFF, J. *Modern Industrial Organization*; Addison-Wesley (2000), 277.

⁴⁶ HOVENKAMP, H. *Federal Antitrust Policy, the Law of Competition and its Practice*; West Group (1999), 565-567.

⁴⁷ Al respecto, los LINEAMIENTOS, señalan lo siguiente: *“Las empresas, en principio, se encuentran en absoluta libertad para discriminar precios y condiciones entre sus clientes. Sin embargo, las normas de libre competencia depositan obligaciones más gravosas sobre las empresas que gozan de posición de dominio. Pero incluso en este último caso la discriminación podría ser una práctica necesaria y legítima, pudiendo beneficiar a los consumidores. Los costos de suministrar bienes y servicios a todos los clientes no son los mismos; la ubicación geográfica, las cadenas de distribución y comercialización, el nivel de riesgo, la disponibilidad de tecnología o de facilidades técnicas, las condiciones de compra (como volumen, forma de pago, etc.) determinan que no necesariamente los precios y condiciones deban ser los mismos para todos. Ello es lo que origina que esta práctica deba ser analizada bajo la ‘regla de la razón’. De esta manera OSIPTEL actuará en los casos de discriminación de precios cuando ésta no tenga efectos favorables para el bienestar de los consumidores y sea meramente un mecanismo para transferir ingresos de los clientes y consumidores al proveedor, sin efectos de eficiencia que los compensen; o cuando tenga por efecto hacer exigible un acuerdo de concertación de precios”*.

⁴⁸ Este tipo de discriminación no produce efectos negativos sobre la eficiencia, en tanto no se reduce la cantidad producida ni genera clientes que no llegan a adquirir el bien requerido. El efecto de este tipo de discriminación es netamente redistributivo, puesto que todo el excedente del consumidor pasa a manos del productor. Sin embargo, la información necesaria para identificar la disponibilidad de pago de cada comprador no se encuentra totalmente disponible en el mercado o conseguirla implicaría incurrir en costos prohibitivos, por lo que este tipo de discriminación no se produce en la realidad.

⁴⁹ Las principales ineficiencias de la discriminación imperfecta son las siguientes: (i) eleva el precio sobre el nivel de competencia y ello deviene siempre en una reducción de la cantidad producida, por lo que la demanda de ciertos clientes no queda satisfecha; (ii) impide aprovechar eficientemente las oportunidades de negocio como consecuencia del desconocimiento sobre el precio de reserva de los clientes de cada grupo por unidades adicionales del bien (por ejemplo, cuando al grupo A se le cobra 10 y al grupo B se le cobra 7, pero algunos miembros de A que no son atendidos estarían dispuestos a pagar un precio de 8 por unidades adicionales y sin embargo se atiende a quienes pagan sólo 7); y (iii) los consumidores pueden incurrir en costos adicionales para obtener mejores precios sin que ello beneficie al proveedor que realiza la discriminación. Ver CARLTON y PERLOFF, Op. Cit., 289-290.

⁵⁰ HOVENKAMP, Op. Cit., 569-570.

Sin embargo, ante la imposibilidad de definir con certeza los efectos que puede llegar a tener la discriminación imperfecta en el mercado y considerando que en algunos casos la discriminación podría generar una desventaja a unos competidores respecto de otros, tal como lo establece el artículo 5 inciso b) del Decreto Legislativo 701, debe realizarse un análisis caso por caso y según la regla de la razón.

En tal sentido, el análisis de la discriminación de precios debe seguir los siguientes pasos: i) definir si en el caso concreto existe posibilidad de discriminación, es decir si se cumplen los tres requisitos básicos; ii) verificar si se produjo efectivamente una discriminación y no sólo una diferenciación producto de las características de la transacción; y, iii) analizar si la conducta discriminatoria tuvo efectos perjudiciales sobre la competencia y el mercado.

En cuanto a los tres requisitos básicos, se ha concluido que ELECTRONORTE cuenta con posición de dominio en el mercado relevante. Asimismo, puede afirmarse que no existe posibilidad de arbitraje o reventa, ya que el bien transado es un derecho de uso, lo cual restringe la posibilidad de reventa. Más aún, ELECTRONORTE tenía los medios para impedir cualquier transacción adicional a la inicialmente pactada sobre dicho bien, puesto que ni el Sr. Laca ni otras empresas de cable podrían haber subarrendado el uso o cedido la posición contractual a un tercero sin contar con su autorización⁵¹.

Finalmente, respecto de la información con que cuenta ELECTRONORTE para establecer la capacidad de pago de cada cliente, podría tomar en cuenta la actividad para la que cada empresa arrienda sus postes, igualmente el tamaño o densidad poblacional de la ciudad o zona en la que opera cada una de las arrendatarias e incluso el número de usuarios con que cuenta cada empresa, si es que pudiera acceder a esta última información. Esta información le podría permitir realizar una discriminación de precios imperfecta.

En tal virtud, puede concluirse que los tres requisitos para la existencia de una discriminación se encuentran presentes, por lo que seguidamente resulta necesario determinar si se produjo efectivamente la discriminación de precios que es objeto de la demanda.

Al respecto, el cuadro siguiente muestra los precios que cobró ELECTRONORTE a las distintas empresas que arrendaron sus postes. En dicho cuadro se puede observar que dicha empresa cobra distintos precios y también que el precio aplicado al Sr. Laca se encuentra entre los más elevados. En efecto, de los ocho contratos suscritos por ELECTRONORTE, el precio pactado en cuatro de ellos fue de US \$ 1.50 más IGTV (incluido el contrato del demandante), mientras que dos son por US \$ 0.85 más IGTV y otros dos por US \$ 1.00 más IGTV, observándose también una variación en los plazos y el número de postes utilizados.

⁵¹ Al respecto, la cláusula séptima de los contratos suscritos por ELECTRONORTE incluyen la siguiente causal de resolución: *“Si EL USUARIO cede parcial o totalmente a terceros los derechos y obligaciones materia del presente contrato, sin autorización de LA EMPRESA”*.

Condiciones de los Contratos de Alquiler de Postes de ELECTRONORTE

	Inicio del Contrato	Fin del Contrato	Postes Utilizados	Precio por Poste*
Yomel Perú S.A.	01/08/1996	01/08/2001	5623	\$ 0,85
Boga Comunicaciones	01/08/2001	31/07/2006	5623	\$ 0,85
Tele Cable Motupe S.R.L.	01/08/1999	01/08/2000	315	\$ 1,50
RKUTV S.R.L.	01/08/2000	31/12/2001	193	\$ 1,50
Pedro Juan Laca Buendía	01/12/1999	01/12/2000	268	\$ 1,50
TV Cable Satélite Bagua	24/06/1999	24/06/2004	132	\$ 1,00
Supercable Televisión S.R. Ltda.	01/05/1998	01/05/2003	754	\$ 1,00
Cable Visión Chachapoyas E.I.R.Ltda.	19/03/2001	31/12/2001	160	\$ 1,50

*Precios sin IGV

Fuente: Información presentada por ELECTRONORTE

Elaboración: Secretaría Técnica

En cuanto a las razones que podrían sustentar la diferenciación de precios, ELECTRONORTE ha sostenido que su política de precios en el caso del alquiler de postes depende del plazo del contrato y de la cantidad de postes utilizados, lo cual en su opinión resulta una práctica comercial válida y atendible. En tal sentido, ELECTRONORTE señala que otorga precios menores a quienes suscriben contratos por plazos más extensos y/o utilizan más postes, ya que ello no sólo le genera mayores ingresos sino que reduce los costos de transacción correspondientes a la negociación de nuevos contratos⁵².

Como se puede apreciar del cuadro antes referido, en los casos de Yomel Perú S.A. y Boga Comunicaciones se cumplen los dos criterios planteados por la empresa demandada, puesto que el contrato es por cinco años –frente al plazo de un año del contrato del Sr. Laca- y por una cantidad superior a los 5,000 postes –frente a los 268 que utiliza el Sr. Laca-. En tal sentido, la diferenciación de precios existente se encontraría justificada en razón a las distintas condiciones contractuales, las mismas que reflejarían prácticas comerciales válidas.

En los otros dos contratos cuyo precio es menor, el criterio preponderante sería el plazo de vigencia (5 años) ya que el número de postes contratados es notoriamente inferior, 754 en el caso de Supercable Televisión y 109 en el de TV Cable Satélite Bagua. El mayor plazo justifica, en opinión de ELECTRONORTE, fijar un precio menor a esas empresas (US \$ 1.00 más IGV).

Sin embargo, no queda claro el motivo por el cual ELECTRONORTE sólo suscribió contratos por 5 años con las cuatro empresas antes mencionadas y no con las otras cuatro a las que aplica un precio de US \$ 1.50 más IGV. Más aún, si se considera que estas últimas empresas contrataron un número mayor de postes que TV Cable Satélite Bagua y que dos de ellas –el Sr. Laca y Tele Cable Motupe S.R.L.- suscribieron su

⁵² ELECTRONORTE ha señalado lo siguiente en su escrito de fecha 18 de enero de 2002: “En efecto, resulta ser una razón objetivamente comprobable y válida en el mercado el hecho que nuestra empresa otorgue un mejor precio a aquellas empresas de cable que acuerdan celebrar un contrato de alquiler de nuestros postes por periodos de cinco años o que contratan un mayor número de postes, como en realidad ocurre con las empresas Yomel Perú S.A. y Boga Comunicaciones (que celebraron contratos a cinco años por un total de 5,623 postes), pues permite asegurar un flujo previsible de ingresos futuros, evitando así el incurrir en nuevos costos de transacción cada vez que se aproxima la fecha de vencimiento del contrato, lo que finalmente redundará en beneficio directo de ambas partes contratantes, representando también un beneficio para los consumidores finales del servicio de televisión por cable, y que es finalmente el objetivo primordial de las leyes de competencia”.

contrato también en el mismo año y con pocos meses de diferencia a la fecha en que lo hizo dicha empresa.

De acuerdo a la empresa demandada un plazo mayor reduce los costos de transacción y por ello amerita un precio menor. A pesar de ello, ELECTRONORTE habría decidido suscribir cuatro contratos sólo por un año, lo cual podría incrementar sus costos de transacción a futuro. En tal sentido, los planteamientos de ELECTRONORTE no sustentan porque en dichos casos no planteó a su contraparte un plazo mayor para reducir tales costos. De otro lado, no existen pruebas ni indicios de que ELECTRONORTE haya propuesto al Sr. Laca un plazo de 5 años, ni menos que este último se haya negado a suscribir un contrato con dicho plazo.

En consecuencia, puede afirmarse que las justificaciones de ELECTRONORTE no llegarían a explicar las razones por las cuales suscribió el contrato con TV Cable Satélite Bagua en condiciones más beneficiosas que las del Sr. Laca. Si bien esta situación podría considerarse, en principio, una situación discriminatoria, para efectos de definir si existió una infracción al artículo 5 inciso b) del Decreto Legislativo 701 sería necesario que hubiera puesto en desventaja al Sr. Laca frente a sus competidores.

En cuanto a los competidores que enfrentaba el Sr. Laca, debe mencionarse en primer lugar que a la fecha de presentación de la demanda, la única empresa que tenía concesión para operar en Lambayeque era el Sr. Laca. Sin embargo, durante el trámite de la controversia Telefónica Multimedia S.A.C. solicitó la ampliación de su área de concesión a la zona de operación del Sr. Laca, lo cual le fue concedido en octubre de 2001 mediante Resolución N° 486-2001-MTC/15.03UECT, por lo que debe considerarse como competidora del demandante⁵³. De otro lado, el Sr. Laca también enfrentaba la competencia potencial de las empresas de televisión por cable que contrataron el uso de los postes de ELECTRONORTE en zonas distintas a Lambayeque, que podrían haber ampliado sus servicios a esta zona, aprovechando que la empresa eléctrica les cobraba un precio menor al que aplicaba al Sr. Laca por el alquiler de postes. Finalmente, y a pesar de las salvedades anteriormente señaladas, también podría considerarse como competencia potencial del Sr. Laca a ELECTRONORTE.

Como se mencionó antes, para que la diferenciación de precios sea considerada contraria a la normativa sobre libre competencia, la misma tendría que haber colocado en desventaja al Sr. Laca frente a Telefónica Multimedia S.A.C. o a la competencia potencial que enfrentaba.

Según la información que obra en el expediente, ninguno de los competidores potenciales del Sr. Laca inició operaciones en el mercado relevante. Asimismo, la competencia que pudiera haberle ocasionado Telefónica Multimedia S.A.C. tampoco limitó el crecimiento del Sr. Laca, ya que su número de usuarios se incrementó consecutivamente y sin retrocesos desde junio del 2000 (110 usuarios) hasta

⁵³ En el informe oral, el representante del Sr. Laca manifestó que no era exacto que el demandante fuera la única empresa que ofrecía servicios en Lambayeque a la fecha de presentación de la demanda, como se expresaba en el informe de la Secretaría Técnica, debido a que en esa época Telefónica Multimedia S.A.C. ya prestaba servicios de televisión por cable en dicha ciudad. Para demostrarlo, presentó un recibo emitido por dicha empresa con fecha 17 de marzo de 2001, que si bien indica que corresponde a un usuario de la ciudad de Chiclayo, según el representante del Sr. Laca en realidad es de un usuario de Lambayeque. Al respecto, debe señalarse que aún cuando dicha afirmación fuera cierta, no modificaría las conclusiones del análisis realizado por la Secretaría Técnica, ya que el mismo también consideró a Telefónica Multimedia S.A.C. como competidor del Sr. Laca para efectos de evaluar si se produjo una discriminación sancionable en virtud del artículo 5 inciso b) del Decreto Legislativo 701 .

noviembre del 2001 (400 usuarios). Adicionalmente, debe agregarse que el Sr. Laca dejó de pagar el precio de los postes que utilizaba desde marzo de 2001, con lo cual dicho precio tampoco podría haberlo puesto en desventaja competitiva desde esa época. En consecuencia, aún de no encontrarse justificada la diferenciación de precios para uno de los contratos de ELECTRONORTE, la misma no habría puesto en desventaja competitiva al Sr. Laca frente a sus competidores actuales o potenciales.

De acuerdo con todos los argumentos previamente expuestos, el Cuerpo Colegiado concluye que la tarifa fijada por ELECTRONORTE por el uso de sus postes al Sr. Laca tampoco constituye un precio discriminatorio prohibido por el artículo 5° inciso b) del Decreto Legislativo 701.

VIII. PUBLICACIÓN DE LA PRESENTE RESOLUCIÓN

El Cuerpo Colegiado considera que los temas analizados en la presente controversia podrían presentarse con otras empresas autorizadas para prestar el servicio de televisión por cable. En tal sentido, se considera conveniente difundir el contenido de la presente resolución con el objeto de hacer más predecibles futuras decisiones que pudieran adoptar las instancias de solución de conflictos de OSIPTEL, contribuyendo así con la seguridad jurídica y reduciendo los costos que pudieran implicar a las empresas el inicio de procedimientos de solución de controversias.

En tal sentido, de conformidad con el artículo 65 del Reglamento General de OSIPTEL para la Solución de Controversias, Resolución N° 027-99-CD/OSIPTEL, debe recomendarse al Consejo Directivo de OSIPTEL la publicación de la presente resolución en el diario oficial El Peruano.

Adicionalmente, tal como se ha señalado líneas arriba, el espacio en el cual se ubican los postes (aceras y calzadas de la vía pública) es limitado y, en tal sentido, constituye un recurso escaso para efectos del tránsito de personas y bienes así como de la instalación de dichas infraestructuras. Ello hace que exista un límite al número de postes que pueden ser instalados en la vía pública.

La utilización de postes y de otras instalaciones -tales como ductos subterráneos- constituyen un insumo importante para la prestación de diversos servicios públicos. Como existe un límite a la cantidad que puede instalarse en cada zona geográfica, el Cuerpo Colegiado considera que sería conveniente evaluar la posibilidad de adoptar medidas de carácter general que permitan el uso eficiente de dichas infraestructuras para la provisión de servicios de telecomunicaciones mejorando las condiciones de competencia en el mercado.

En tal sentido, se considera necesario poner en conocimiento de la Gerencia General de OSIPTEL la presente resolución a fin de que coordine con las instancias competentes y se evalúe la posibilidad de proponer las medidas señaladas en el párrafo anterior, ponderando los intereses de los usuarios y de las empresas del sector eléctrico y de telecomunicaciones.

RESUELVE:

Artículo Primero.- Declarar INFUNDADA la alegación de Electronorte S.A. en el sentido de que la supuesta negativa injustificada de trato se habría sustraído del ámbito administrativo de OSIPTEL.

Artículo Segundo.- Declarar INFUNDADA la demanda planteada por el señor Pedro Juan Laca Buendía contra Electronorte S.A. en el sentido de que esta última habría infringido el artículo 5, incisos a) y b), del Decreto Legislativo 701, en la prestación del servicio de arrendamiento de postes para el tendido de red de cable.

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

Artículo Cuarto.- Poner en conocimiento de la Gerencia General de OSIPTEL la presente resolución.

REGÍSTRESE Y COMUNÍQUESE.

Con el voto favorable de los señores miembros del Cuerpo Colegiado, Armando Cáceres Valderrama, Galia Mac Kee Briceño y Liliana Ruiz de Alonso.