



Expediente 010-2001

RESOLUCIÓN N° 021-2002-CCO/OSIPTEL

Lima, 13 de noviembre de 2002.

El Cuerpo Colegiado a cargo de la controversia entre Boga Comunicaciones S.A. (en adelante BOGA) y Telefónica Multimedia S.A.C. (en adelante MULTIMEDIA) sobre la supuesta comisión de actos de abuso de posición de dominio, en las modalidades de discriminación de precios y precios depredadores.

VISTOS:

El expediente N° 010-2001, correspondiente a la controversia entre BOGA contra MULTIMEDIA por la supuesta comisión de actos de abuso de posición de dominio, en las modalidades de discriminación de precios y precios depredadores.

CONSIDERANDO:

I. EMPRESAS INVOLUCRADAS

1.1. Demandante

BOGA es una empresa que mediante Resolución Ministerial N° 180-97-MTC/15.03, de fecha 6 de mayo de 1997, obtuvo la concesión para prestar el servicio público de distribución de radiodifusión por cable (en adelante televisión por cable) en San Juan de Lurigancho y otros 31 distritos de Lima. El nombre comercial con el que presta su servicio es CABLE EXPRESS.

1.2. Demandada

MULTIMEDIA es una empresa que mediante Resolución Ministerial N° 108-93-TCC/15.17, de fecha 12 de marzo de 1993, obtuvo la concesión para prestar el servicio público de televisión por cable en la ciudad de Lima. Inicialmente la concesión fue otorgada a favor de la Compañía Peruana de Teléfonos S.A.. Posteriormente, mediante Resolución Ministerial N° 191-98-MTC/15.03, de fecha 15 de abril de 1998, se autorizó la transferencia de su concesión a favor de TM. El nombre comercial con el que presta su servicio es CABLE MÁGICO.

II. POSICIONES DE LAS PARTES

Con fecha 13 de diciembre de 2001, BOGA interpuso una demanda contra MULTIMEDIA por la supuesta comisión de actos contrarios a la libre competencia.

2.1. Posición de BOGA

BOGA fundamenta su demanda principalmente en los siguientes argumentos:

- a) Inició operaciones en San Juan de Lurigancho en diciembre de 1997, ampliando sus servicios a los distritos del Cercado de Lima, Rímac, Independencia, El Agustino, Santa Anita, Comas, San Juan de Miraflores y Villa El Salvador.
- b) MULTIMEDIA inició una campaña de expansión en julio de 1998 en los distritos mencionados, pero empleando una estrategia que incluye conductas prohibidas por la legislación de libre competencia.
- c) MULTIMEDIA ofrece en la ciudad de Lima dos tarifas para su servicio de televisión por cable:
 - paquete básico de 80 canales por US\$ 35.
 - paquete económico de 38 canales por US\$ 17,85.
- d) MULTIMEDIA, en los distritos donde compite con BOGA, ofrece sus 80 canales por la mitad de precio de lo que cobra en otros distritos de Lima, esto es, por US\$ 17,85. Ofrece el paquete económico pero permite ver todos los canales del paquete básico por el mismo precio.
- e) La referida actitud de MULTIMEDIA, iniciada en 1998, constituye un supuesto de discriminación de precios, pues vende un mismo producto (el paquete básico) a dos precios diferentes sin justificación razonable.
- f) Las excusas de MULTIMEDIA cuando ha sido cuestionada por esta conducta, estuvieron referidas inicialmente a sostener que tenía un stock insuficiente de filtros; para luego señalar que existe robo de filtros. Sin embargo, estos argumentos no resisten el menor análisis, pues tal conducta sólo ocurre en los distritos donde compite con BOGA y en todas las instalaciones del paquete económico.
- g) La práctica discriminatoria es ilegal pues MULTIMEDIA tiene posición de dominio en el mercado de servicios de televisión por cable, tal como ha sido reconocido por OSIPTEL en la Resolución N° 062-CCO-2000.
- h) La discriminación también se da en otras condiciones, pues existen indicios que permiten suponer que en los distritos donde compite con BOGA, MULTIMEDIA ofrece condiciones de pago más ventajosas, pues no realiza gestiones de cobranza a morosos ni les corta el servicio por falta de pago.
- i) Adicionalmente, la conducta de MULTIMEDIA es predatoria, pues si en el resto de Lima ofrece 80 canales por US\$35, se presume que la tarifa de US\$17,85 los hace incurrir en pérdidas. Por tal motivo, esa diferenciación de precios se haría únicamente con el propósito de eliminar a un competidor específico del mercado. En cuanto consiga sus propósitos aumentará sus precios y no entrarán nuevos competidores debido a las numerosas barreras a la entrada existentes.

- j) La práctica discriminatoria de MULTIMEDIA perjudica a los consumidores ubicados fuera del área en la que compiten, pues se ven obligados a pagar casi el doble de la tarifa por un mismo servicio. Además perjudica a BOGA, pues sus usuarios han disminuido constantemente, habiendo pasado muchos de sus usuarios a ser usuarios de CABLE MÁGICO. De continuar MULTIMEDIA con esta conducta, es probable que BOGA tenga que suspender su servicio, o restringir el área donde lo presta.
- k) Eliminar a la competencia en el mercado de televisión por cable no se orienta únicamente a consolidar su monopolio en ese mercado, sino también en otros mercados vinculados, pues a través de la fibra óptica se pueden prestar otros servicios, como el de la telefonía fija o el acceso a Internet.
- l) Existe una prohibición constitucional de monopolizar los medios de comunicación, en el artículo 61 de la Constitución.
- m) Toda la actuación de MULTIMEDIA es parte de una estrategia más amplia de monopolizar el mercado de televisión por cable, como los contratos de exclusiva, que son parte de otra controversia.

2.2. Posición de MULTIMEDIA

MULTIMEDIA contestó la demanda, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, principalmente, por los siguientes argumentos:

- a) MULTIMEDIA en todas las áreas donde ofrece sus servicios comercializa dos paquetes de televisión por cable: el paquete básico que consta de 70 canales y se ofrece a un precio de US\$35,00; y el paquete económico que consta de 35 canales y se ofrece a un precio de US\$17,85. BOGA por el contrario promociona su servicio de televisión por cable que consta de 70 canales y lo ofrece a un precio de US\$19.
- b) MULTIMEDIA en el mercado de servicio de televisión por cable en los distritos donde compite con BOGA no tiene posición de dominio; más bien se encuentra en desventaja frente a BOGA. El mercado relevante está conformado por los distritos donde compiten y en él BOGA tiene más clientes, pues MULTIMEDIA tiene en la actualidad 19.300 abonados, entre suscriptores activos (15.500) o con el servicio cortado (3.800), mientras BOGA en su publicidad afirma tener 25.000 suscriptores, por lo que es BOGA quien tiene posición de dominio.
- c) No existe abuso de MULTIMEDIA, ya que el hecho de que los usuarios de BOGA se trasladen a MULTIMEDIA no se debe a una conducta anticompetitiva, sino que responde a un mecanismo elemental del mercado, puesto que los usuarios prefieren el servicio de mejor calidad. Se trata más bien un daño concurrencial.
- d) La discriminación de precios y condiciones es una práctica sujeta a la regla de la razón, no es una infracción per se, por lo que hay que demostrar que existe discriminación y que ésta no tiene justificación.

- e) Los hechos descritos por BOGA no se ajustan a la verdad. MULTIMEDIA comercializa en las zonas donde compite con BOGA los dos paquetes: básico y económico y siempre pone el filtro. En un momento hubo un problema de falta de stock pero ya fue superado. Sin embargo, efectivamente existe robo de filtros, especialmente en la zona donde funciona BOGA. Por tal motivo, en la medida de sus posibilidades, MULTIMEDIA reinstala los filtros en los casos en que son detectados.
- f) MULTIMEDIA no brinda a sus suscriptores en los distritos en los que compite con BOGA un trato discriminatorio respecto del que brinda en otras zonas de Lima.
- g) MULTIMEDIA sí realiza acciones de cobranza en las zonas donde compite con BOGA, sino nadie pagaría y MULTIMEDIA sería la perjudicada. MULTIMEDIA tiene un procedimiento de cobranza independiente del competidor, pues la gestión de cobranza de los clientes morosos con dos o más facturas vencidas son tratados por estudios de abogados externos, con una metodología de cobranza propias. MULTIMEDIA, en la zona donde compite con BOGA, tiene cortado el servicio a 3.800 suscriptores y ha dado de baja a 11.100, muchos de ellos por falta de pago.
- h) MULTIMEDIA no incurre en precios predatorios, se trata de una acusación carente de todo sustento. Agrega que los precios no tienen tarifas tope, por lo que puede cobrar el precio que estime conveniente en función de la oferta y la demanda. Además, no existen numerosas barreras de entrada, como lo señala BOGA, pues la entrada de operadores del servicio de televisión por cable es particularmente dinámica, lo que se demuestra con la gran cantidad de concesiones otorgadas.
- i) MULTIMEDIA sostiene que los contratos de exclusiva son absolutamente válidos. Su sustento económico es crear incentivos al esfuerzo, a través de la generación de beneficios que retribuyen lo invertido y el esfuerzo depositado. Más aún cuando existe el derecho a la libertad de contratación. Sin embargo, este es un tema materia de otro procedimiento en trámite.
- j) No se puede demandar por un lado por precios predatorios y por otro por la existencia de contratos de exclusividad.
- k) BOGA no presenta pruebas que demuestren su posición, únicamente menciona indicios, pretendiendo que MULTIMEDIA desvirtúe sus alegaciones, situación que no es jurídicamente sustentable.

III. PUNTOS CONTROVERTIDOS

De acuerdo con lo señalado por la Resolución N° 008-2002-CCO/OSIPTEL, de fecha 11 de marzo de 2002, los puntos controvertidos materia de la presente controversia son los siguientes:

3.1. Primer punto controvertido

Determinar si MULTIMEDIA ha incurrido en las siguientes conductas, y si éstas constituyen actos de abuso de posición de dominio en las modalidades de trato discriminatorio y/o prácticas predatorias, de acuerdo con el artículo 5° del Decreto

Legislativo 701° y los Lineamientos Generales para la Aplicación de Normas de Libre Competencia en el Ámbito de las Telecomunicaciones, aprobados mediante Resolución de Consejo Directivo N° 003-2002-CD/OSIPTEL.

- a) Comercialización del paquete básico de su servicio CABLE MÁGICO al valor de la tarifa del paquete económico en los distritos de Lima donde compite con BOGA.
- b) Ausencia de gestiones de cobranza y de corte del servicio de distribución por cable a usuarios morosos de las zonas donde compite con BOGA.

3.2. Segundo punto controvertido

Determinar si de haber incurrido MULTIMEDIA en conductas que constituyen abuso de posición de dominio, ellas responden a una estrategia anticompetitiva dirigida a afectar el desempeño de BOGA en el mercado.

IV. MERCADO RELEVANTE Y POSICIÓN DE DOMINIO

Los puntos controvertidos están referidos a la determinación de si MULTIMEDIA ha incurrido en actos de abuso de posición de dominio.

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

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

De lo expuesto en los párrafos anteriores se concluye que, a fin de determinar si MULTIMEDIA ha incurrido en actos de abuso de posición de dominio, primero debe analizarse si la demandada cuenta con dicha posición. Para ello, de conformidad con lo establecido en los Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Libre Competencia en el Ámbito de las Telecomunicaciones¹ (en adelante LINEAMIENTOS), corresponde efectuar un análisis en dos etapas:

- a. Debe determinarse el mercado relevante, es decir, qué bienes y/o servicios puede considerarse que compiten con el de la empresa cuya posición de dominio en el mercado se quiere determinar, y dentro de qué espacio geográfico y en qué nivel comercial se da dicha competencia; y*
- b. Determinar el nivel de competencia en el mercado relevante previamente determinado, y el poder real de mercado de la empresa investigada en dicho mercado.”*

¹ Aprobados mediante la Resolución N° 003-2000-CD/OSIPTEL y publicados en el diario oficial El Peruano el 8 de febrero de 2000.

4.1. Mercado Relevante

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

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

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 objeto de análisis es el servicio de televisión por cable en la modalidad de distribución de señales a través de medios alámbricos.
- Respecto a los servicios que ofrecen las partes del presente procedimiento, puede señalarse que MULTIMEDIA opera en todos los distritos de Lima y su servicio de cable cuenta con dos paquetes: (i) paquete básico, que consta de 80 canales a un precio de US \$35.00 mensuales; y (ii) paquete económico, que consta de 37 ó 38 canales a un precio de US \$ 17.85 mensuales.

BOGA opera en doce distritos de Lima, cuyos pobladores pertenecen mayoritariamente a los NSE C y D. Al momento de la presentación de la demanda esta empresa ofrecía un único paquete de servicio que consistía en 70 canales por un precio de US\$ 19,00 mensuales.

- No es claro que el MMDS ni el servicio de distribución satelital constituyan sustitutos del servicio en cuestión. El MMDS posee limitaciones referidas a que no es posible tener más de un operador por zona de concesión y que presenta algunos problemas de interferencia. Por su parte, el sistema de distribución satelital no podría considerarse un sustituto en el corto y en el mediano plazo en la medida que su sustitución se encuentra supeditada a la disponibilidad del receptor para financiar el equipo requerido para este tipo de señales, lo que constituye un factor importante en mercados de usuarios con bajos recursos.

MULTIMEDIA ha señalado en sus alegatos que el servicio de cable ofrecido mediante la tecnología MMDS debería considerarse como un sustituto del servicio en cuestión. Asimismo, cuestiona que el Informe Instructivo haya excluido al MMDS como sustituto basándose en que el número de usuarios de dicho servicio se viene reduciendo, porque lo que se debe evaluar son sus potencialidades para ser sustituto del servicio en cuestión.

Al respecto, el Cuerpo Colegiado considera que los problemas de sustitución del servicio en cuestión por el MMDS están referidos principalmente a los mayores costos que dicho servicio implica para el usuario final frente al servicio en cuestión. La empresa TELECABLE, única proveedora de este servicio en el mercado opera en los NSE A y B. Sin embargo, los distritos donde opera BOGA son de NSE C, D y E, por lo que la capacidad de pago de los usuarios de estos distritos determinaría que el MMDS no sea una

alternativa desde el punto de vista económico. En este sentido, el Cuerpo Colegiado es de la opinión de que el MMDS no puede considerarse como un sustituto del servicio en cuestión.

- En conclusión, el producto relevante para la presente controversia es el servicio de televisión por cable transmitido por medio físico hacia los usuarios.
- El mercado geográfico incluye, además de los distritos donde opera BOGA, todos los distritos adyacentes o cercanos en los que predominan los hogares de NSE C, D, y E. Esta conclusión se basa en que si bien es muy difícil que un usuario de BOGA pueda trasladarse a un distrito diferente a aquellos ubicados en la zona donde opera dicha empresa, desde la perspectiva de la oferta, BOGA es un potencial competidor de MULTIMEDIA en los distritos colindantes o adyacentes a los que opera actualmente, considerando su tendencia de crecimiento en los últimos años.
- El nivel comercial en la presente controversia comprende la prestación del servicio de televisión por cable a usuarios finales.
- En virtud de todo lo anterior, el Cuerpo Colegiado concluye que el mercado relevante aplicable a la presente controversia es el servicio de televisión por cable ofrecido a usuarios finales y prestado a través de medios alámbricos o físicos en los distritos en donde BOGA presta actualmente servicios (Comas, El Agustino, Independencia, Cercado de Lima, Los Olivos, Rímac, San Juan de Lurigancho, Puente Piedra, Santa Anita, Carabayllo, Villa El Salvador y San Juan de Miraflores) y en los distritos que concentran hogares de NSE C,D y E en los que BOGA podría prestar sus servicios potencialmente (San Martín de Porres, Ate, La Victoria, Chorrillos, Breña, Barranco, Villa María del Triunfo, Callao, Carmen de la Legua, La Perla y Ventanilla).

4.2. Posición de Dominio

La supuesta posición dominante de MULTIMEDIA ha sido también materia de análisis en el Informe Instructivo. Para ello, se ha tomado en consideración los siguientes aspectos: i) la participación de la empresa investigada en el mercado relevante; ii) la concentración del mercado; iii) el control de recursos esenciales; iv) la existencia de barreras de entrada a dicho mercado; y, v) las ventajas derivadas de la vinculación con otras empresas del sector. Estos aspectos se desarrollan en mayor detalle a continuación:

4.2.1. Participación de la empresa en el mercado

La importancia de las empresas en el mercado relevante puede medirse en términos del número de conexiones en servicio por empresa, es decir de suscriptores de televisión por cable. MULTIMEDIA opera en todos los distritos considerados dentro del mercado geográfico relevante, mientras que BOGA opera en 12 distritos.

De acuerdo a la información que obra en el expediente, MULTIMEDIA cuenta con la mayor participación de mercado, la cual a pesar de algunas reducciones se ha mantenido en niveles significativamente elevados. En tal sentido, la elevada participación de mercado de MULTIMEDIA sugiere que esta empresa puede contar con posición dominante en el mercado relevante.

4.2.2 Concentración del mercado

Un mercado es concentrado si las ventas del producto analizado y de sus sustitutos cercanos están en manos de pocos proveedores. El indicador más apropiado para determinar el nivel de concentración del mercado son los índices de concentración. Analizando los valores del Índice Herfindahl – Hirshman (HHI) por distritos pertenecientes al mercado relevante, se concluye que el mercado relevante de esta controversia puede considerarse como un mercado altamente concentrado.

4.2.3. Control de recursos esenciales

De acuerdo a los Lineamientos de Libre Competencia de OSIPTEL, un recurso esencial se define como aquel servicio o infraestructura que: (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 técnico.

Tomando en consideración que: (i) sólo es un recurso esencial aquél que es prácticamente imposible de sustituir; (ii) que en el presente caso no existen limitaciones o prohibiciones absolutas a la instalación de postes o a la construcción de ductos; y, (iii) que las empresas de distribución por cable pueden optar por arrendar infraestructura tanto de las empresas del grupo TELEFONICA como de las empresas de distribución eléctrica, puede concluirse que MULTIMEDIA no ostenta el control de recursos esenciales.

Telefónica del Perú S.A.A y no MULTIMEDIA es quien controla la infraestructura de postes. Sin embargo, dicha infraestructura no puede ser considerada como una facilidad esencial, pues las empresas de televisión por cable tienen la opción de arrendar la infraestructura de postes también de empresas eléctricas.

4.2.4. 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. En relación con los factores que podrían constituirse en barreras de entrada para potenciales competidores, se llega a las siguientes conclusiones:

- **Obtención de una concesión:** Toda empresa que desee proveer el servicio público de radiodifusión por cable debe obtener una concesión, la misma que es otorgada por la Unidad Especializada en Concesiones en Telecomunicaciones. Según las estadísticas de las concesiones otorgadas hasta la fecha, la obtención de una concesión no podría ser considerada una barrera de entrada puesto que el número de empresas que cuentan con ella es bastante elevado².
- **Obtención de permisos para la expansión de la red de televisión por cable:** Para la instalación de postes y ductos en los distritos que forman parte del mercado relevante se requiere una autorización de la municipalidad

² En el año 1999 se firmaron 27 contratos de concesión, en el año siguiente, 14, y en el año 2001, 28. Así, el número de empresas con concesión es bastante alto y al 8 de agosto de 2002 se han firmado 138 contratos de concesión.

distrital respectiva o de la Municipalidad Metropolitana de Lima. No existen prohibiciones absolutas para la instalación de postes y ductos y las empresas de televisión por cable tienen la posibilidad de arrendar dicha infraestructura de empresas eléctricas, por lo que se concluye que no existen barreras a la entrada relacionadas con la imposibilidad de ampliar la red de televisión por cable.

- **Existencia de costos hundidos para la prestación del servicio:** Los costos hundidos que asumirían las empresas para la prestación de este servicio serían la instalación de la planta externa y los equipos específicos para captación y distribución de la señal. En relación con la planta externa (ductos y postes), dicha infraestructura podría ser alquilada, con lo cual se evitaría incurrir en dichos costos. En relación con los costos de los equipos, todas las empresas tienen que incurrir en dichos costos para poder prestar el servicio, con lo cual MULTIMEDIA no tiene ninguna ventaja respecto a las demás. En este sentido, se concluye que el nivel de los costos hundidos en este mercado no es tan significativo como para constituir una barrera de entrada al mercado.
- **Existencia de economías de escala:** Para la provisión del servicio de televisión por cable es necesario que las empresas asuman costos fijos de tendido de la red de cable y compra de equipos utilizados en la cabecera y en la red de distribución y, además, que adquieran los derechos correspondientes para transmitir diferentes canales de televisión.

El costo del sistema de distribución de las señales de cable y en particular el tendido de la red de fibra óptica y cable coaxial conformarían una alta proporción de los costos de provisión del servicio de cable. Asimismo, una vez que la red de cable ya está tendida, el costo marginal de un suscriptor adicional sería relativamente bajo, pues comprendería básicamente los costos de instalación del cable de acometida. Por lo tanto, los costos de establecimiento de la red de cable y de cabecera podrían considerarse como costos fijos, y los costos de programación son poco sensibles al número de usuarios. En este sentido, el sistema de cable puede considerarse como un sistema que presenta costos medios decrecientes por suscriptor. Dado que el costo de programación se divide entre el número de suscriptores, el costo medio sería cada vez menor.

MULTIMEDIA ha señalado en sus alegatos que en el mercado de distribución por cable no se presentan economías de escala porque los entrantes ingresan al mercado sin un mayor nivel de inversión. Las empresas alcanzan un tamaño óptimo a un nivel muy reducido de la escala productiva. Señala en este sentido que si las empresas pueden operar con tecnologías que tienen menor costo y con una infraestructura más barata entonces las economías de escala son inexistentes porque la empresa es rentable a un nivel de producción menor.

Al respecto, el Cuerpo Colegiado considera que si bien se ha demostrado que existen casos de empresas de pequeño tamaño que pueden ser eficientes en el mercado de televisión por cable, una empresa entrante que quiera competir al nivel de empresas de gran envergadura como BOGA o MULTIMEDIA prestando el servicio en las mismas zonas y atendiendo a un número de usuarios similar, podría enfrentar la existencia de economías de escala.

En este sentido, en el caso de las empresas de mayor tamaño, que sirven mercados más amplios, la existencia de economías de escala puede presentarse efectivamente como una barrera de entrada para potenciales entrantes al mercado de distribución por cable.

- **Contratos de exclusividad:** La celebración de contratos de exclusividad entre empresas proveedoras de señales de televisión y alguna de las empresas del servicio distribución de televisión por cable puede calificar como una restricción vertical, independientemente si dichos contratos constituyen o no prácticas contrarias a la libre competencia, y reforzar la posición en el mercado de la empresa dominante, ya que esto permite que ésta diferencie su producto del resto de competidores. En el mercado relevante existen algunos contratos de exclusividad celebrados entre empresas programadoras y empresas de distribución de señales de televisión por cable.

4.2.5. Ventajas derivadas de la vinculación con otras empresas del sector

Si una empresa de televisión por cable decide ampliar el tendido de su red se enfrenta a dos opciones: invertir en la instalación de postes para cableado o llegar a un acuerdo con Telefónica del Perú S.A.A. o alguna empresa de distribución eléctrica para arrendar su infraestructura instalada. MULTIMEDIA posee una ventaja frente a las demás empresas puesto que tiene relación directa con Telefónica del Perú, con lo cual garantiza un acuerdo con dicha empresa. En este sentido, las otras empresas de televisión por cable enfrentan mayores costos de transacción para la celebración de acuerdos que los que asume MULTIMEDIA.

Asimismo, como empresa del grupo Telefónica, MULTIMEDIA comparte con las demás empresas que forman parte de dicho grupo facilidades relacionadas con los puntos de venta, centros de pago, instalación de acceso a nuevos suscriptores y atención al cliente. De ello se deriva que MULTIMEDIA logre ahorros en costos como resultado de la prestación conjunta de los servicios de ventas, cobranza a clientes morosos, recaudación de pagos, instalación de accesos y atención al cliente. Dicha situación pone a MULTIMEDIA en ventaja frente a sus competidores.

Adicionalmente, la pertenencia al Grupo Telefónica también puede significar para MULTIMEDIA importantes ventajas para obtener financiamiento.

En relación con este punto, MULTIMEDIA ha señalado en sus alegatos que las facilidades para el pago conjunto de servicios que tienen los miembros del grupo Telefónica no representan necesariamente ventajas en términos de competencia. Asimismo, ha señalado que Telefónica no pacta condiciones más favorables para los miembros de su grupo. Por otro lado, ha indicado que también pueden existir desventajas respecto a facilidades compartidas con el grupo Telefónica, asociadas principalmente la existencia de costos de transacción entre las empresas de grupo con la matriz.

En relación con la primera observación planteada, no se afirma que Telefónica del Perú S.A.A. pacte condiciones más favorables con los miembros de su grupo, sino que MULTIMEDIA goza de una ventaja por pertenecer al grupo Telefónica derivada de los menores costos de transacción enfrenta para la negociación de los contratos, respecto de aquellos costos de transacción que enfrentarían otras empresas de televisión por cable.

Respecto a lo señalado por MULTIMEDIA en relación con los costos de pertenecer al grupo Telefónica, corresponde señalar que los costos de transacción internos que tienen que asumir las empresas del grupo TELEFONICA como consecuencia de pertenecer al mismo, no los coloca en una situación de desventaja frente a sus competidores en el mercado relevante. Estos costos no generan un beneficio para otros operadores en el mercado, sin embargo, las empresas del grupo TELEFONICA sí cuentan con ventajas derivadas de su pertenencia al grupo de las que otras empresas no gozan.

En este sentido, el Cuerpo Colegiado suscribe lo afirmado por la Secretaría Técnica en el sentido de que la vinculación con las empresas del grupo TELEFONICA representa una ventaja para MULTIMEDIA, y que la misma debe ser considerada como uno de los factores que contribuyen a que dicha empresa cuente con posición de dominio en el mercado relevante.

Adicionalmente, MULTIMEDIA señaló en sus alegatos que no contaría con posición de dominio en los términos señalados en el artículo 4 del Decreto Legislativo 701, porque no es capaz de actuar de modo independiente con prescindencia de sus clientes. En tal sentido, sostuvo que: (i) los consumidores relevantes son demasiado sensibles ante variaciones en el precio, porque tienen una disposición a pagar relativamente baja por el servicio en la zona de competencia; y, (ii) los clientes del NSE C tienen la posibilidad de recurrir no sólo a competidores actuales o potenciales sino también acceden fácilmente a la auto provisión del servicio mediante conexiones clandestinas. La piratería o la autoprovisión del servicio resultaría ser la mayor competencia de Cable Mágico.

Sobre el particular, la posibilidad de que una empresa no cuente con posición de dominio debido a que no puede actuar con prescindencia de sus clientes, se refiere a aquellos casos en que los clientes son empresas de gran poder de negociación. Bajo tales supuestos, el cliente puede inducir la entrada de nuevos competidores o integrarse verticalmente con un proveedor, de manera que somete a competencia potencial a la empresa³. En tal sentido, cuando los clientes son empresas con un nivel de demanda bastante considerable, resulta difícil que la empresa que supuestamente goza de posición de dominio pueda imponerles condiciones, reduciéndose así notoriamente su poder de mercado. Sin embargo, este no es el supuesto del caso bajo análisis, por lo que el Cuerpo Colegiado considera que no es válido el argumento planteado por MULTIMEDIA para sostener que no cuenta con posición de dominio por que no puede actuar con prescindencia de sus clientes.

Además, debe precisarse que la pérdida de clientes por parte de un monopolista no significa que dicho agente no cuente con posición de dominio en el mercado, en tanto que puede suceder que ante la imposición de condiciones monopólicas una parte de los clientes no se encuentre en condiciones de acceder a los bienes que provee el monopolista bajo tales condiciones, pero que otra parte de clientes no tenga otra alternativa y deba aceptarlas.

Finalmente, MULTIMEDIA afirmó en el informe oral que el artículo 11 del Reglamento General de OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, señalaba que en caso de duda sobre la necesidad de que OSIPTEL intervenga en el mercado se debía optar por no hacerlo. En tal sentido, dicha empresa sostuvo que al existir duda respecto del poder de mercado que

³ Ver al respecto, por ejemplo, BRIONES, Juan y otros. El Control de Concentraciones en la Unión Europea (Marcial Pons, 1999), 218-220.

ostentaba la demandada, debía declararse que MULTIMEDIA no contaba con posición de dominio en aplicación analógica de la norma antes mencionada.

En relación con la aplicación por analogía que pretende MULTIMEDIA, el Cuerpo Colegiado considera que la misma no resulta procedente, ya que el principio antes señalado enmarca la función reguladora de OSIPTEL en el mercado de las telecomunicaciones, mas no su función de solución de conflictos por infracción a las normas de libre competencia. Adicionalmente, debe indicarse que de acuerdo al propio marco regulatorio, las normas de libre competencia son supletorias a la regulación especial del sector telecomunicaciones y no viceversa. Asimismo, cabe señalar que en el presente caso el Cuerpo Colegiado considera que no existe duda sobre la posición de dominio de MULTIMEDIA.

De acuerdo con todos los argumentos planteados, el Cuerpo Colegiado coincide con la Secretaría Técnica en el sentido de que MULTIMEDIA ostenta posición de dominio en el mercado relevante aplicable a la presente controversia.

V. PRÁCTICAS DENUNCIADAS

El primer punto controvertido de la demanda supone determinar si MULTIMEDIA ha incurrido en abuso de posición de dominio en la modalidad de trato discriminatorio y/o prácticas predatorias, configuradas por la comercialización del paquete básico al valor de la tarifa del paquete económico y por la ausencia de gestiones de cobranza y de corte del servicio a usuarios morosos en los distritos de Lima donde compite con BOGA.

5.1. Marco Teórico

En tal virtud, a continuación se desarrollan los aspectos teóricos correspondientes a dicho tipo de prácticas anticompetitivas, identificándose el supuesto en que habría incurrido MULTIMEDIA y definiéndose las etapas de análisis que se seguirán para evaluar si se produjo la conducta denunciada.

5.1.1. Trato Discriminatorio

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 otros⁴. En tal sentido, la discriminación de precios consiste en otorgar condiciones distintas a transacciones realizadas en términos equivalentes.

⁴ Artículo 5. “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. Son casos de abuso de posición de dominio:

(...)

b) La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye abuso de posición de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras y/o que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones”.

Desde una perspectiva económica, se distinguen diferentes tipos de discriminación que dependen del nivel de información que tiene la empresa respecto de la disposición de pago de los consumidores. Todas ellas están orientadas a extraer el excedente del consumidor.

Las condiciones básicas requeridas para que se produzca la discriminación son tres: (i) 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; (ii) la empresa con posición de dominio debe contar con suficiente información sobre la disponibilidad de pago de sus clientes (su precio de reserva); y (iii) 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 discriminación⁵.

Desde la perspectiva de las normas de libre competencia, se pueden identificar cuando menos dos tipos de discriminación que puede generar efectos nocivos sobre la competencia. En primer lugar, la aplicación de condiciones discriminatorias en la venta del producto – normalmente un producto final - al consumidor para perjudicar al competidor, es decir, aplicar condiciones más beneficiosas a los consumidores de los mercados en que se tiene competencia que a aquellos consumidores de mercados en los que no se enfrenta competencia. En segundo lugar, la aplicación de condiciones discriminatorias en la venta del producto – normalmente un insumo - a empresas que compiten en otro mercado, de modo que se coloca a unas en desventaja frente a otras⁶.

El segundo tipo de discriminación puede ser especialmente grave cuando constituye un medio para excluir a los competidores, cuando una empresa verticalmente integrada tiene posición de dominio en la producción de un insumo necesario para la actividad que desarrolla en competencia con otras empresas. En este tipo de casos, dicha empresa puede favorecer a su filial con un precio de venta del insumo menor al que ofrece a los competidores de esta última, con la finalidad de excluirlos del mercado. De esta forma la empresa dominante discrimina precios para incrementar indebidamente los costos de sus competidores.

En términos de eficiencia, el primer tipo de discriminación puede generar efectos beneficiosos derivados de una mayor producción. No existe duda de tales beneficios, por ejemplo, cuando existe un solo precio y es tan alto que sólo los consumidores del segmento con demanda más inelástica pueden adquirir el bien, pero si la empresa discriminara fijando un precio menor en el segmento de mercado de demanda más elástica (sin que ello signifique un incremento para los consumidores del primer segmento) se lograría una mejora en términos de Pareto⁷. En efecto, la aplicación de condiciones discriminatorias para el

⁵ CHURCH, J. y WARE, R. *Industrial Organization. A Strategic Approach* (McGraw-Hill, 1999), 434-435. CARLTON, D. y PERLOFF, J. *Modern Industrial Organization* (New York, 2000), 277.

⁶ En la legislación de Estados Unidos se las conoce como *primary line discrimination* y *secondary line discrimination* (Robinson Patman Act), respectivamente. HOVENKAMP, H. *Federal Antitrust Policy, the Law of Competition and its Practice* (St. Paul - Minn., 1994), 262-263 y 520-521. VISCUSI, Kip y otros. *Economics of Regulation and Antitrust*, 296-297.

⁷ CHURCH y WARE, Op. Cit., 166.

consumidor puede generar una mejora del bienestar social si el producto final se incrementa⁸ y si se mejora la eficiencia asignativa⁹.

Sin embargo, la discriminación del consumidor también puede generar un daño al competidor si busca excluirlo del mercado sin ninguna intención de beneficiar al consumidor, constituyéndose en un comportamiento estratégico de la empresa dominante, aplicado deliberadamente con la finalidad de impedir que el competidor ingrese al mercado o de obstaculizar su permanencia en el mismo.

Si bien el artículo 5 inciso b) del Decreto Legislativo 701 prevé expresamente el segundo tipo de discriminación, en tanto supone ventas en el mercado aguas abajo y requiere que como consecuencia de la misma se coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros, el primer tipo de discriminación podría ser analizado en virtud del artículo 5 inciso f) que permite investigar otros casos de abuso de posición de dominio de efecto equivalente, en tanto que el infractor causa perjuicios a su competidor y obtiene beneficios, generándose así una restricción indebida de la competencia.

No obstante, cabe agregar que el trato diferenciado puede encontrarse justificado por distintas razones, no constituyendo una discriminación ilegal en términos de las normas sobre libre competencia. Así, el mercado puede generar situaciones esporádicas de diferenciación 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 cliente. Incluso un precio idéntico para todos los compradores puede resultar discriminatorio si cada transacción supone costos distintos¹⁰. En tales casos no puede hablarse válidamente de una conducta discriminatoria prohibida por el Decreto Legislativo 701. Al respecto, los Lineamientos de Libre Competencia de OSIPTEL 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

⁸ Si la suma total de producto vendido bajo un sistema de discriminación de precios en dos segmentos de mercados es (Q_1 y Q_2) es mayor a la cantidad total de producto en un sistema de no discriminación (Q_m). Es decir si $Q_1+Q_2>Q_m$.

⁹ El efecto beneficioso mayormente citado es el incremento en la producción como consecuencia de la atención de segmentos del mercado que en un contexto de precio monopolístico único no serían atendidos. Si el monopolio no discriminara precios, sólo vendería a los compradores que están dispuestos a pagar el precio monopolístico, quedando fuera de dicho grupo compradores que podrían pagar un precio por encima del que se fijaría en una situación de competencia pero por debajo del precio monopolístico. Sin embargo, cuando un monopolista puede cobrar precios diferenciados a cada grupo de compradores sin temer un posible arbitraje, es probable que atienda al menos a un grupo de compradores de ese segmento intermedio. De esta forma, la discriminación permitiría una mayor producción que una situación de monopolio con precio único, lo cual sería beneficioso en términos de eficiencia. KATZ, Michael “Price discrimination and monopolistic competition” en: *Econometrica*, Vol 52, Nº 6 (1984); SCHMALENSEE, Richard “Output and welfare implications of monopolistic third degree price discrimination” en: *American Economic Review*, Vol 71, Nº 1 (1981).

¹⁰ HOVENKAMP, Op. Cit., 515-518.

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”.

Sin embargo, ante la imposibilidad de definir ex-ante y con certeza los efectos que puede tener la discriminación imperfecta en el mercado, pero considerando que la discriminación podría generar una desventaja para unos competidores respecto de otros, tal como lo establece el artículo 5 inciso b) del Decreto Legislativo 701, es necesario realizar 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 presentan las tres condiciones básicas planteadas; ii) verificar si se produjo un trato diferenciado producto de las características de la transacción o una discriminación en términos legales; y, finalmente iii) analizar si la discriminación colocó a unos competidores en desventaja frente a otros.

5.1.2. Prácticas Predatorias

La ley de libre competencia peruana no contempla expresamente la prohibición de prácticas predatorias. Este comportamiento implica el sacrificio del beneficio que podría obtenerse en condiciones competitivas a fin de expulsar al competidor del mercado y luego obtener beneficios monopólicos¹¹. Al respecto, los Lineamientos de Libre Competencia de OSIPTEL establecen lo siguiente:

“Estas prácticas se caracterizan por tener un efecto negativo en los competidores, originadas principalmente, porque el depredador cobra, en algún mercado, un precio lo suficientemente bajo, de tal manera que impide o limita la presencia de competidores en dicho mercado. Es claro que, desde el punto de vista del marco de libre competencia, éstas prácticas no podrían sancionarse si la reducción de precios obedece a una mayor eficiencia productiva o a algunas ofertas de naturaleza transitoria”.

Los precios predatorios son el supuesto más conocido de este tipo de prácticas. Consisten en establecer un precio debajo de costos de manera sostenida con el fin de eliminar o disciplinar a sus competidores y así, mantener o hacerse de poder monopólico. Cuando esta estrategia es exitosa, los competidores salen del mercado o le ceden el liderazgo en precios al predador¹². Sobre el particular, los Lineamientos de libre Competencia de OSIPTEL señalan que:

“Se pueden definir los precios depredadores como aquéllos que resultan inferiores a un nivel determinado de costos, establecidos con la intención de eliminar del mercado a uno o varios de los competidores. Como se puede apreciar se establece un requisito de intencionalidad en la práctica. El ofrecimiento del servicio o bienes gratuitamente puede configurar un caso de práctica depredadora siempre que se configuren los demás elementos relevantes. Los efectos que OSIPTEL considera que se derivan de una

¹¹ CHURCH y WARE, Op. Cit., 648.

¹² ELZINGA, Kenneth. “Collusive Predation: Matsushita v. Zentih (1986)”, en: KWOKA, J. y WHITE, L. The Antitrust Revolution. Economics, Competition and Policy (New York, 1999), 223.

práctica de precios depredadores son: (1) rebajas selectivas de precios, (2) nivel de precios no rentable o poco rentable en un determinado horizonte temporal, y (3) una política de precios dirigida a un competidor específico”.

Cuando una empresa lleva cabo una práctica predatoria incurre en costos adicionales para luego recuperarlos a través de precios mayores; es decir, incurre en pérdidas en el corto plazo con el fin de obtener ganancias en el largo plazo. Por ejemplo, una empresa incurre en una práctica de precios predatorios primero, reduciendo sus precios con el fin de eliminar a sus rivales del negocio y a sus posibles competidores y, luego, incrementando sus precios a niveles monopólicos cuando se ha quedado sola en el mercado, para recuperar las pérdidas del período de predación.

Considerando lo anterior, las condiciones requeridas para que una práctica predatoria tenga posibilidades de ser exitosa, esto es, que logre la salida del competidor del mercado o evite su ingreso, son: (i) que la empresa que la realiza tenga posición de dominio; (ii) que la práctica sea creíble para los competidores, de modo que consideren que la predación puede ser duradera porque la empresa dominante cuenta con recursos financieros suficientes para cubrir las pérdidas; (iii) que el mercado permita la recuperación de las pérdidas incurridas a través del establecimiento de precios monopólicos, esto es, que presente elevadas barreras de entrada que dificulten el ingreso de nuevos competidores luego del período de predación y que la demanda sea lo suficientemente inelástica para que los consumidores continúen adquiriendo el producto a pesar del precio monopólico; y, finalmente, (iv) que la empresa dominante incurra efectivamente en pérdidas de corto plazo de manera no esporádica con la intención de eliminar al competidor, por ejemplo que venda por debajo de determinado nivel de costos en el caso de la aplicación de precios predatorios¹³.

En los hechos es difícil diferenciar si la conducta de la empresa establecida obedece a una estrategia de competencia o a una práctica predatoria, dado que existe una diferencia sutil entre la aplicación de una práctica competitiva que beneficie al consumidor y asegure que la empresa pueda mantenerse en el mercado, y una práctica predatoria que busque monopolizar el mercado. Por ejemplo, el hecho que una empresa ofrezca condiciones de comercialización distintas en áreas geográficas diferentes, en las cuales posee distintos grados de competencia, no constituye por sí mismo prueba de que la empresa lleve a cabo una estrategia predatoria para eliminar a sus competidores del mercado.

Considerando lo anterior, la existencia de una práctica predatoria debe analizarse en función a la regla de la razón, considerando en particular si la práctica bajo evaluación puede tener efectos opuestos sobre el consumidor.

5.1.3. Discriminación como práctica predatoria

Como ya se ha señalado previamente, la aplicación de condiciones discriminatorias al consumidor puede ser un comportamiento estratégico destinado a obstaculizar las operaciones o eliminar al competidor, cuando es

¹³ HERNÁNDEZ, Francisco. Precios Predatorios y Derecho Antitrust. Estudio Comparado de los Ordenamientos Estadounidense, Comunitario y Español (Madrid, 1997), 137. Cabe señalar que estos mismos han sido los criterios de análisis considerados en la Resolución N° 003-98-CLC/INDECOPI, de fecha 26 de agosto de 1998, emitida por la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI en el procedimiento iniciado por denuncia de la empresa Inter American Trade Development Company – INTRADEVCO S.A. contra Reckitt y Colman del Perú S.A., por presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de precios discriminatorios.

aplicada de forma que se otorgan condiciones más beneficiosas al consumidor ubicado en los mercados donde actúa el consumidor frente a las condiciones aplicadas en los demás mercados.

Bajo este supuesto, la discriminación puede convertirse, además, en una práctica predatoria si las mejores condiciones otorgadas a los consumidores donde existe competencia implican que la empresa dominante incurra en pérdidas en el corto plazo con miras a eliminar al competidor y recuperarlas en el largo plazo vía la imposición de precios monopólicos.

Como es evidente, para que este último supuesto se produzca y sea sancionable en virtud de las normas de libre competencia, deben cumplirse conjuntamente las condiciones básicas y los requisitos necesarios para que se configuren la discriminación y la práctica predatoria, según lo señalado previamente.

En tal sentido, el análisis de las conductas denunciadas por BOGA y que conforman el primer punto controvertido se realizará considerando las siguientes etapas consecutivas y, en principio, excluyentes:

- a) Determinar si existen las condiciones básicas requeridas para la existencia de una discriminación y si en los hechos se produjo efectivamente un comportamiento diferenciado por parte de MULTIMEDIA en los mercados donde compite con BOGA y en los mercados en que no compite con ella.
- b) Determinar si de haberse producido dicho comportamiento diferenciado, el mismo podía encontrarse justificado por la naturaleza y características de la transacción o de lo contrario constituía una discriminación ilegal según lo dispuesto por el Decreto Legislativo 701.
- c) Determinar si el mercado presenta las condiciones requeridas para que una práctica predatoria sea exitosa, evaluando si existen elevadas barreras de acceso para potenciales competidores y si la demanda es lo suficientemente inelástica como para que los usuarios continúen comprando el servicio de MULTIMEDIA a pesar de que impusiera mayores precios.
- d) Sólo de comprobarse lo anterior, determinar si MULTIMEDIA incurrió en pérdidas de corto plazo de manera no esporádica para eliminar a BOGA del mercado.
- e) Por último, definir los efectos perjudiciales que habrían tenido las conductas denunciadas por BOGA sobre el mercado, es decir, sobre el usuario como sobre el competidor.

5.2. Comportamiento diferenciado por parte de MULTIMEDIA

5.2.1. Condiciones básicas para la existencia de trato discriminatorio

En el caso del mercado bajo análisis se cumplen las tres condiciones básicas para que se puedan aplicar condiciones discriminatorias. En primer lugar, MULTIMEDIA ostenta posición de dominio en el mercado relevante, como ya se ha definido previamente. En segundo lugar, existe suficiente información en el mercado como para conocer las características de los usuarios y su disponibilidad de pago por los servicios de televisión por cable, en tanto que los suscriptores actuales y potenciales que priman en el mercado relevante tendrían

una menor disposición a pagar un precio elevado que los suscriptores o potenciales suscriptores fuera del mercado relevante.

En tercer y último lugar, dadas las características del servicio de televisión por cable, un suscriptor que recibe el servicio en la zona comprendida dentro del mercado geográfico relevante no podría revender dicho servicio a un usuario ubicado fuera del área geográfica relevante. Por lo general, los consumidores sólo tienen como alternativa los servicios de cable de las empresas que operan en la zona donde los mismos domicilien. En tal sentido, puede concluirse válidamente que no existe posibilidad de arbitraje.

De acuerdo con lo anterior, en el presente caso se cumplen las tres condiciones básicas para que una empresa, es decir MULTIMEDIA, pueda llevar a cabo con éxito una práctica discriminatoria.

5.2.2. Trato diferenciado por parte de MULTIMEDIA

Habiéndose determinado lo anterior, corresponde evaluar si MULTIMEDIA tuvo efectivamente un comportamiento diferenciado en los distritos en los que compite con BOGA. Según la demandante, MULTIMEDIA dio un trato diferenciado a los usuarios de los distritos donde competía con ella a través de dos conductas: la instalación y reinstalación de filtros pasa bajo, y la ausencia de gestiones de cobranza y de corte del servicio por falta de pago.

A continuación se analizarán cada una de estas conductas a fin de determinar si existió por parte de MULTIMEDIA un comportamiento diferenciado.

a) Instalación y reinstalación de filtros

BOGA afirma que MULTIMEDIA comercializa el paquete básico al precio del paquete económico en los distritos en los cuales ambas empresas compiten para lo cual no instala los filtros requeridos para que los usuarios que contrataron el paquete económico sólo reciban los 37 canales respectivos. Según BOGA, dicha política se habría iniciado en el año 1998 y continuaba produciéndose hasta la fecha de la demanda.

Como prueba de sus afirmaciones, BOGA presentó siete actas notariales en las que se certificaba que suscriptores que habían contratado el paquete económico ofrecido por MULTIMEDIA en los distritos donde esta empresa compite con BOGA tenían acceso y recibían las señales de la programación del paquete básico.

Por su parte, MULTIMEDIA señaló que la comercialización del paquete económico incluye la instalación de un filtro que evita que los suscriptores accedan a todos los canales del paquete básico. Agregó que si bien se había visto afectada por falta de stock de filtros en determinado período, tal situación ya había sido superada. Igualmente, afirmó que el acceso clandestino a sus señales se producía tanto por casos de instalación clandestina total – robo de señales – como de instalación medio clandestina – acceso al paquete básico habiendo contratado el paquete económico a través del retiro o avería del filtro correspondiente -, y que el robo de filtros era una actividad ilegal que venía

produciéndose principalmente en las zonas donde compite con BOGA, pero que MULTIMEDIA realizaba las actividades correctivas necesarias, por lo que no podía acusársele de tener un comportamiento diferenciado para perjudicar a BOGA.

De otro lado, en un informe de la Gerencia de Fiscalización de OSIPTEL – Informe N° 056-GFS-A-16/2002 – que obra en el expediente, dicha Gerencia verificó 12 TAPs de la planta externa de MULTIMEDIA (conectores de cable coaxial de acometida hacia los domicilios de los abonados) localizados en las principales avenidas de los distritos donde las partes competían y BOGA tenía mayor cantidad de usuarios - San Juan de Lurigancho, Zárate, El Agustino y Comas -, a fin de determinar si la demandada colocaba los filtros requeridos para prestar el paquete económico. Asimismo, verificó si los usuarios tenían contratado el servicio correspondiente al paquete económico o al paquete básico. La conclusión de dicho informe fue la siguiente:

"Como resultado de la inspección efectuada a una muestra de los abonados de Cable Mágico, correspondientes a las áreas de San Juan de Lurigancho - Zárate, El Agustino (Urbanización Corporación) y Comas donde, según plano proporcionado por Boga, ambas empresas están brindando servicio, se ha verificado, por las instalaciones de la planta externa (ausencia de 'filtros pasa bajo') que dichos abonados están recibiendo el servicio de televisión por cable correspondiente al paquete básico, habiéndose comprobado en las oficinas de Cable Mágico, tanto en el Sistema de Transacciones 'GESCAP' como en los respectivos contratos, que han contratado el paquete económico".

MULTIMEDIA, por su parte, cuestionó los resultados del informe de la Gerencia de Fiscalización señalando que había incurrido en fallas y vacíos metodológicos por lo que la muestra seleccionada no era estadísticamente representativa del universo relevante. En tal sentido, afirmó que los porcentajes de muestra tomados eran muy reducidos con relación al universo de usuarios bajo estudio, por lo que tenían un porcentaje de error de 17.04%, lo cual disminuía notoriamente su validez estadística. En tal sentido, se señaló que el referido informe no resultaba válido para concluir que MULTIMEDIA hubiera ofrecido el servicio correspondiente al paquete básico a los usuarios que habían contratado el paquete económico en los distritos donde competía con BOGA.

Al respecto, BOGA ha señalado en sus alegatos que si el informe de la Gerencia de Fiscalización utilizó una muestra estadística cuya validez podía ser cuestionada, debió tomarse otra muestra y realizar una nueva acción de supervisión. Adicionalmente, la demandante también afirmó que a pesar de no haber demostrado el porcentaje exacto de casos en que los usuarios del paquete económico recibían la programación del paquete básico, dicho informe sí demostraba que se había cometido la infracción denunciada.

En cuanto a las afirmaciones de la demandante, debe señalarse que si bien se identificaron algunos casos de usuarios que contrataron el paquete económico pero recibían la programación del paquete básico, dichos casos no son suficientes para afirmar que MULTIMEDIA tuvo un comportamiento diferenciado

en las zonas donde compite con BOGA con la finalidad de restringir la competencia. En efecto, la infracción denunciada debe ser analizada según la denominada regla de la razón y no según el criterio de ilegalidad *per se*.

En tal sentido, la existencia de los casos antes indicados demuestra que algunos usuarios de MULTIMEDIA estaban recibiendo mayores señales de programación de las que habían contratado y estaban pagando. Este hecho, considerado aisladamente, no demuestra que esa situación se encuentre generalizada y sea generada o permitida por MULTIMEDIA en los distritos donde compite con BOGA con la finalidad de perjudicar a esta última empresa. Es decir, que la existencia de tales casos no es suficiente para afirmar que se cometió la infracción denunciada, como sostiene BOGA, siendo necesario para ello que se determine que MULTIMEDIA tuvo un patrón de conducta diferenciado en los distritos donde compite con BOGA y en aquellos donde no lo hace, lo cual sí podría tener el efecto de reducir los niveles de competencia existentes en el primer grupo de distritos.

De acuerdo con lo anterior y con la finalidad de determinar si existió efectivamente un trato diferenciado de los usuarios de televisión por cable por parte de MULTIMEDIA en los distritos donde compite con BOGA, se ha considerado necesario acudir a otro tipo de prueba que permita evaluar el comportamiento de la demandada en diferentes distritos de Lima para definir si tuvo un patrón de conducta consistente con la hipótesis del trato diferenciado.

Para ello no se solicitó un nuevo informe de la Gerencia de Fiscalización de OSIPTEL, como plantea BOGA, sino que se comparó el comportamiento de MULTIMEDIA a través de información estadística trimestral de dicha empresa respecto de la instalación y reinstalación de filtros. En consecuencia, se solicitó de oficio dicha información para los siguientes distritos y desde 1998 hasta el 2001:

1. Comas
2. Lima (Cercado)
3. San Juan De Lurigancho
4. San Juan de Miraflores
5. Villa el Salvador
6. Ate
7. Chorrillos
8. La Victoria
9. San Martín de Porres
10. Jesús María
11. La Molina
12. Miraflores
13. Santiago de Surco

Esta información fue requerida con la finalidad de determinar si MULTIMEDIA tenía una política distinta respecto de la instalación y reinstalación de filtros en distritos de NSE C, D y E en los que compite con BOGA (distritos del 1 al 5), en distritos de NSE C, D y E en los que no compite con BOGA (distritos del 6 al 9) y

en distritos NSE A y B donde opera únicamente MULTIMEDIA (distritos del 10 al 13)¹⁴.

Para efectos del análisis de la información presentada sobre la instalación de filtros, se procedió a determinar el porcentaje de filtros instalados en cada distrito según el número de nuevos suscriptores del paquete económico que tuvo MULTIMEDIA (altas) anualmente desde 1998 hasta el 2001. Luego del análisis correspondiente se demostró que durante los cuatro años objeto de evaluación, el porcentaje de filtros instalados en los distritos en que MULTIMEDIA compite con BOGA es muy similar al porcentaje de filtros instalados en los distritos de NSE C, D, y E donde las partes no compiten. Se comprobó también que para el mismo período el porcentaje de filtros instalados en tales distritos era algo superior que el porcentaje instalado en los distritos de NSE A y B.

Adicionalmente, se constató que si bien en el año 2000 se instaló un porcentaje de filtros menor que en los otros años - probablemente como consecuencia de la falta de stock a la que se refiere MULTIMEDIA¹⁵ -, la escasez de filtros fue distribuida proporcionalmente entre todos los distritos en los que MULTIMEDIA prestaba servicios, sin que la instalación de filtros fuera menor en los distritos donde las partes competían.

De otro lado, en cuanto al comportamiento de MULTIMEDIA respecto de la reinstalación de filtros en los casos de instalaciones medio clandestinas, se encontró que el promedio ponderado de filtros reinstalados el año 2001 respecto al número total de abonados de MULTIMEDIA en los distritos de NSE A y B fue mayor que el promedio ponderado de filtros reinstalados en los distritos de NSE C, D y E. Sin embargo, tal diferencia no se presentaba entre los distritos de NSE C, D y E donde MULTIMEDIA compite con BOGA y donde las partes no compiten¹⁶.

En consecuencia, el Cuerpo Colegiado coincide con lo señalado por la Secretaría Técnica en el informe instructivo, en el sentido de que no existen evidencias de que MULTIMEDIA haya tenido un comportamiento diferenciado respecto de la instalación y reinstalación de filtros en los distritos de NSE C, D y E donde compite con BOGA y en aquellos en que no compite con ella. Asimismo, tampoco existe evidencia de un comportamiento diferenciado

¹⁴ En los cinco primeros distritos se concentra el 72.1% del total de usuarios de BOGA, por lo que la información sobre instalación y reinstalación de filtros en tales distritos es bastante representativa del comportamiento de MULTIMEDIA al respecto, siendo válida para definir si efectivamente presentó un patrón de conducta diferenciado sólo donde competía con la empresa demandante.

¹⁵ Mediante escrito de fecha 7 de enero de 2002, MULTIMEDIA señaló lo siguiente: “(...) en algún momento, MULTIMEDIA tuvo falta de stock de filtros, por lo que se vio en la necesidad de realizar algunas instalaciones sin ellos. Sin embargo, en la actualidad, MULTIMEDIA cuenta con el stock suficiente”.

¹⁶ Cabe señalar que si bien la comparación más aproximada podría ser entre el número de filtros robados o inutilizados y el número de filtros reinstalados, considerando que los incentivos para el retiro o la avería de filtros son los mismos en todos los distritos de NSE C, D y E, independientemente de que en algunos de ellos MULTIMEDIA enfrente la competencia de BOGA y en otros no, puede afirmarse que la incidencia de instalaciones medio clandestinas es similar en todos esos distritos. En tal sentido, la comparación realizada es válida para determinar si MULTIMEDIA tuvo un comportamiento diferenciado entre tales distritos, en lo que a reinstalación de filtros se refiere.

respecto de la instalación de filtros en los distritos de NSE C, D y E respecto de los instalados en los distritos de NSE A y B, aunque si se ha encontrado una diferencia en los filtros reinstalados en tales distritos.

b) Comportamiento diferenciado en la gestión de cobranza y suspensión del servicio

BOGA sostuvo que MULTIMEDIA también había tenido un comportamiento diferenciado en los distritos donde compite con ella en cuanto a las gestiones de cobranza y a la suspensión del servicio por falta de pago. En particular, la demandante afirmó lo siguiente:

“ (...) existen indicios que permiten suponer que la discriminación también se da en otras condiciones. Así aparentemente MULTIMEDIA, en los sectores en los cuales, está ofreciendo 80 canales al precio de US\$ 17.85, también ofrece condiciones de pago más ventajosas que el resto de sus zonas de operación. De acuerdo a información oral que hemos recibido, dicha empresa no realiza ninguna gestión de cobranza en contra de los usuarios morosos, ni corta el servicio por falta de pago”.

BOGA no ofreció ni actuó prueba alguna en sustento de dichas afirmaciones durante todo el procedimiento. Ello podría dar lugar a que tales imputaciones fueran desechadas de plano. No obstante, al igual que la Secretaría Técnica, el Cuerpo Colegiado considera conveniente profundizar en la evaluación de dichas afirmaciones, a fin de descartar la existencia de un comportamiento anticompetitivo de parte de la empresa demandada.

Para evaluar las imputaciones planteadas por BOGA, se solicitó de oficio a MULTIMEDIA información relacionada con su procedimiento de cobranza y suspensión del servicio por falta de pago, a fin de determinar si podía darse una política diferenciada en dichos aspectos dentro de los distritos en que la demandada compite con BOGA.

Según la información que obra en el expediente, el proceso de cobranza se realiza en las siguientes etapas¹⁷:

- Clasificación de los clientes activos según el número de facturas pendientes de pago y en el caso de tener sólo una factura pendiente según el récord histórico de número promedio de días posteriores al vencimiento después de los cuales paga la factura. Asimismo, clasificación de los clientes en suspensión o corte según la antigüedad de su deuda.
- Asignación del tipo de gestión de cobranza dependiendo de la clasificación del cliente. En el caso de la asignación a gestores externos de cobranza, la cartera se otorga o bien por tramo o de tal manera que cada cartera cuente con un porcentaje de clientes de NSE A, B, C y D¹⁸.

Respecto de la política de suspensión del servicio, los criterios varían dependiendo si los clientes son nuevos (ingreso posterior a noviembre de 2001),

¹⁷ MULTIMEDIA distingue los siguientes grupos de clientes: grandes, VIP, afiliados a débito automático, clientes CableNet y normales. Considerando la terminología empleada y las características de los hogares del mercado relevante, se presume que la mayor parte de los suscriptores del mercado relevante son considerados 'clientes normales'.

¹⁸ De acuerdo con MULTIMEDIA, todas las gestiones de clientes activos duran 30 días y de los clientes en suspensión, proporcionalmente a la antigüedad de la deuda.

reinstalados o clandestinos o si son clientes comunes. En los tres primeros casos, el servicio se corta luego de dos o más recibos vencidos, en el último caso el servicio se corta al tener cinco (5) recibos vencidos.

Considerando lo señalado previamente, se concluye que MULTIMEDIA cuenta con una sola política de cobranza y corte de servicio, siendo terceros los encargados de gestionar el cobro de las facturas a través de un proceso que limita la posibilidad de hacer diferenciaciones entre clientes morosos de uno u otro distrito, toda vez que éstos son asignados a distintas empresas de cobranza y por nodos que pueden cubrir más de un distrito. En tal sentido, dadas las características del procedimiento de gestión y cobranza adoptado por MULTIMEDIA, los costos de realizar la diferenciación en las gestiones de cobro y corte según el distrito al que correspondan los suscriptores morosos serán muy elevados por lo que la probabilidad de que dicha empresa haya efectuado tal diferenciación es muy reducida.

Adicionalmente, se encontró que el porcentaje promedio de cortes por falta de pago efectuados por MULTIMEDIA el año 2001 en los distritos NSE C, D y E donde compite con BOGA sólo es ligeramente menor al porcentaje promedio de cortes correspondiente a los distritos de NSE C, D y E donde las partes no compiten. Adicionalmente, tampoco existe gran diferencia entre el porcentaje de cortes en los distritos de NSE A y B, respecto de los distritos de NSE C, D y E. Dado que la diferencia entre los indicadores de cortes efectuados no es significativa, no puede afirmarse que exista una política de cobro menos exigente o más laxa en los distritos donde MULTIMEDIA compite con BOGA.

En cuanto a los índices de efectividad de cobranza por distrito, se ha constatado que la efectividad es mayor en los distritos donde predominan los hogares con NSE A y B (Surco y La Molina). Sin embargo, ello no necesariamente puede deberse a una política de cobranza más activa, sino también a que los usuarios de tales distritos tienen mayor capacidad de pago. Además, si se consideran los distritos de NSE C, D y E donde compiten las partes, se observa que la efectividad de cobranza es similar; más aún, la efectividad de cobranza es ligeramente mayor en San Juan de Lurigancho, donde BOGA concentra la mayor parte de sus clientes. Por lo tanto, tampoco puede concluirse que exista diferenciación en la política de cobranza en los distritos donde MULTIMEDIA compite con BOGA respecto de otros distritos.

De acuerdo a la información analizada, el Cuerpo Colegiado concluye que no existen evidencias que demuestren que MULTIMEDIA haya aplicado condiciones menos exigentes de cobro y corte en las zonas donde compite con BOGA.

BOGA ha cuestionado en sus alegatos que se haya utilizado información proporcionada por MULTIMEDIA para determinar si esta empresa tuvo un patrón de conducta diferenciado en los distritos donde compite con la demandante, sin que existan elementos probatorios que permitan comprobar que dicha información es veraz y siendo posible que dicha información haya sido manipulada para que no se llegue a demostrar la conducta denunciada.

Al respecto, debe señalarse en primer lugar que la incorporación como medio probatorio de oficio de toda la información presentada por MULTIMEDIA a requerimiento de la Secretaría Técnica, fue puesta oportunamente en conocimiento de BOGA, sin que esta empresa haya cuestionado la validez de dicha información o haya procedido a tacharla a través de los medios legales

previstos para tal efecto¹⁹. En segundo lugar, también debe precisarse que el análisis y comparaciones que se efectuaron con la información requerida a MULTIMEDIA recién fueron conocidos por las partes cuando se emitió el informe instructivo, por lo que difícilmente MULTIMEDIA podría haber manipulado la información requerida si no conocía la forma en que sería utilizada por OSIPTEL.

En tercer lugar, debe señalarse que de acuerdo con el artículo 29 del Reglamento General de OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas, Resolución N° 010-2002-CD/OSIPTEL, toda la información que presentan las empresas dentro del procedimiento tiene carácter de declaración jurada²⁰. En tal sentido, la información proporcionada por MULTIMEDIA tiene carácter de declaración jurada y su veracidad no tendría porqué ser cuestionada salvo que adolezca de algún tipo de inconsistencia que haga notorio que se trata de información fraguada. Finalmente, cabe agregar que si la validez de dicha información fuera puesta en duda por el sólo hecho de haber sido presentada por MULTIMEDIA, tendría que concluirse que ninguna decisión exculpatoria podría sustentarse en pruebas de descargo presentadas por la empresa demandada, en tanto la veracidad de dicha información siempre estaría en tela de juicio, lo cual no es correcto.

En consecuencia, puede afirmarse que la prueba de oficio constituida por la información presentada por MULTIMEDIA a requerimiento de la Secretaría Técnica, es válida para efectos de evaluar si se produjo la conducta denunciada.

De acuerdo con todo lo expresado previamente, el Cuerpo Colegiado considera que no existen evidencias de que MULTIMEDIA haya tenido un comportamiento diferenciado en el mercado relevante, ni en lo referente a instalación y reinstalación de filtros, ni en lo que corresponde a las gestiones de cobranza y suspensión del servicio a clientes morosos.

5.3. Posibles efectos perjudiciales de las conductas denunciadas

En cuanto a los posibles efectos que la práctica denunciada habría tenido sobre el mercado debe señalarse que de haber existido una práctica sistemática de MULTIMEDIA para ofrecer el paquete básico al precio del paquete económico, ello debería haberse reflejado en el incremento paulatino del porcentaje de abonados del paquete económico, en proporción al número de abonados del paquete básico, dado que existirían mayores incentivos para que los nuevos abonados se suscribieran al paquete económico.

Si embargo, ha ocurrido lo contrario, esto es, que el porcentaje suscriptores del paquete económico ha disminuido ligeramente entre 1998 y 2001. En particular en los distritos de NSE C, D y E donde compiten las partes, en los cuales dicho porcentaje se redujo cerca de 2 puntos.

Asimismo, los supuestos efectos dañinos de la práctica denunciada sobre la competencia tampoco son muy claros. Según BOGA, a raíz de la conducta de

¹⁹ La incorporación de la información como medio probatorio de oficio y el traslado de aquella que no tenía carácter reservado a BOGA se efectuó mediante Resoluciones N° 014-2002-CCO/OSIPTEL, de fecha 11 de julio de 2002, y N° 018-2002-CCO/OSIPTEL, de fecha 27 de agosto de 2002.

²⁰ Artículo 29. *“Declaración jurada. Toda la información que se presente o proporcione a los funcionarios de las instancias de solución de conflictos de OSIPTEL dentro de un procedimiento administrativo tendrá el carácter de declaración jurada”.*

MULTIMEDIA el número de usuarios de su servicio se habría reducido constantemente, pasando muchos de sus usuarios a contratar los servicios de la empresa demandada.

No obstante, de acuerdo con la evolución del número total de suscriptores de las partes en los distritos de Carabayllo, Cercado, Comas, El Agustino, Puente Piedra, San Juan de Miraflores, San Juan de Lurigancho, Villa El Salvador, distritos en los cuales BOGA concentra más del 90% de sus clientes, el número de suscriptores de la demandante se ha incrementado entre 1998 y 2001, lo que no se condice con los supuestos perjuicios señalados por dicha empresa. Más aún, si se compara el número de suscriptores de BOGA con los de MULTIMEDIA se tiene que el número de clientes de la empresa denunciante se ha incrementado en mayor proporción que el número de suscriptores de MULTIMEDIA.

BOGA ha sostenido en sus alegatos que el incremento de sus usuarios no significa que MULTIMEDIA no le haya ocasionado daños, ya que dicho crecimiento de sus abonados se debe a la expansión de BOGA hacia zonas en las cuales no existían empresas que brindaran servicios de televisión por cable. Al respecto, además de haberse concluido que no existen pruebas de que MULTIMEDIA haya incurrido en una conducta anticompetitiva en perjuicio de BOGA, debe agregarse que la demandante no ha documentado esta afirmación, ni tampoco existen pruebas en el expediente que la sustenten.

Adicionalmente, de acuerdo con el informe de la Gerencia de Fiscalización de OSIPTEL comentado en secciones anteriores, se determinó que de los 4096 ex abonados de BOGA ubicados en Comas, San Juan de Lurigancho y El Agustino en el periodo 1998-2001, el 15,5% tenían contratado el servicio de MULTIMEDIA, con lo cual cerca del 84,5% de los ex abonados de BOGA habrían dejado dicho servicio sin contratar los servicios de MULTIMEDIA.

Si bien BOGA ha señalado que dicha migración no debería analizarse considerando únicamente el nombre del abonado que contrataba sus servicios y ahora tenía contratados los de MULTIMEDIA, sino en función a la dirección en que los mismos domiciliaban, debe señalarse que dicho tipo de análisis tampoco sería suficiente para concluir que la migración se debiera a prácticas predatorias de parte de MULTIMEDIA y no a los efectos propios de una sana competencia.

En tercer lugar, debe agregarse que los supuestos efectos dañinos sobre el consumidor tampoco han quedado evidenciados. BOGA ha señalado que el perjuicio a los consumidores ubicados fuera del área de competencia es evidente, pues fuera de ella los suscriptores de MULTIMEDIA se ven obligados a pagar el doble de la tarifa que pagan los suscriptores ubicados en los distritos donde MULTIMEDIA compite con BOGA.

Al respecto, los efectos sobre los consumidores deben medirse analizando si la supuesta práctica ha empeorado la situación de los mismos. En la hipótesis que hubiera existido la práctica en lo que respecta a la zona de competencia, los usuarios accederían a un servicio más barato, e incrementarían sus alternativas de elección, por lo que difícilmente se puede afirmar que su situación empeoraría en el corto o mediano plazo. En el largo plazo, bajo el supuesto de que la competencia fuera eliminada, MULTIMEDIA difícilmente podría incrementar los precios perjudicando a los consumidores, en tanto que, dada la mayor elasticidad de demanda de los usuarios de esas zonas, los mismos optarían por

alternativas más baratas, por lo que es poco probable que dicha práctica tuviera éxito.

Finalmente, BOGA ha sostenido en sus alegatos que se ha aplicado erróneamente la regla de la razón al evaluar si la práctica denunciada generó o no un daño en el mercado, ya que en su opinión la regla de la razón no supone analizar si efectivamente se produjo el daño sino si la conducta realizada es capaz de producirlo.

Al respecto, debe señalarse que los actos de abuso de posición de dominio, como su propio nombre indica, son prácticas llevadas a cabo por empresas dominantes, las mismas que para ser ilegales deben afectar la competencia en el mercado. En tal sentido, los efectos potenciales que se analizarían según la regla de la razón son aquellos que podrían seguirse generando si es que no se prohibiera la práctica en cuestión. Siendo ello así y no habiéndose demostrado que se haya producido la práctica denunciada, no es posible efectuar el análisis de los efectos potenciales de actos no llevados a cabo, quedando sólo por analizar si eventualmente se produjo algún efecto real en los hechos, tal como se ha hecho previamente.

De acuerdo con todo lo expresado, las prácticas denunciadas tampoco habrían tenido un efecto dañino sobre el mercado, es decir, ni sobre la competencia ni sobre los consumidores.

5.4. Estrategia anticompetitiva en contra de BOGA

El segundo punto controvertido de la presente controversia implica la existencia de los actos de abuso de posición de dominio denunciados por BOGA y supone determinar además si los mismos responden a una estrategia anticompetitiva de MULTIMEDIA dirigida a afectar el desempeño de la demandante en el mercado.

No obstante, habiéndose determinado que no existe evidencia de que MULTIMEDIA haya cometido los actos de abuso de posición de dominio que fueron denunciados por BOGA, el Cuerpo Colegiado considera que no corresponde analizar ni pronunciarse sobre este punto controvertido.

VI. OTROS PEDIDOS DE MULTIMEDIA

6.1. Costos y gastos

MULTIMEDIA solicitó en su escrito de contestación de la demanda que se condenara a la demandante al pago de costos y gasto del proceso. Al respecto, el artículo 7 del Decreto Legislativo 807²¹ establece que el Cuerpo Colegiado podrá ordenar al infractor que asuma el pago de las costas y costos del proceso en que haya incurrido el denunciante; es decir, que la norma aplicable no prevé la posibilidad de condenar al pago de costas y costos en favor del demandado.

Ello es así por que en los procesos por infracción a las normas de libre y leal

²¹ Norma aplicable a los procesos de solución de controversias seguidos ante OSIPTEL de conformidad con lo dispuesto por el artículo 5 de la Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, así como por el artículo 100 del Reglamento General de OSIPTEL, Decreto Supremo 008-2001-PCM.

competencia se discute una presunta afectación del interés público, por lo que la definición de la controversia interesa al ordenamiento legal y no correspondería obligar al demandante al pago de las costas y costos de un proceso en el cual él no es el único interesado. En consecuencia, el Cuerpo Colegiado considera que la solicitud de MULTIMEDIA antes mencionada debe ser declarada improcedente.

6.2. Sanción por denuncia temeraria

En sus alegatos MULTIMEDIA ha señalado que BOGA presentó información falsa en su escrito de demanda y que su demanda era maliciosa en tanto fue presentada a sabiendas de que los hechos alegados eran falsos. Por ello planteó que BOGA debía ser sancionada en virtud de los artículos 103 y 104 del Reglamento General de OSIPTEL, Decreto Supremo 008-2001-PCM.

Al respecto, el artículo 103 del Reglamento de OSIPTEL señala que quien proporcione información falsa a un órgano de OSIPTEL será sancionado con multa no menor de una ni mayor de 100 UITs²². De otro lado, el artículo 104 de dicho Reglamento establece que quien denuncie una infracción sancionable a sabiendas de la falsedad de la imputación o de la ausencia de motivo razonable será sancionado con una multa de hasta 100 UITs²³.

El primer aspecto que debe mencionarse es que la existencia de dichas infracciones debería haber sido señalada por MULTIMEDIA al inicio del procedimiento y no en la etapa de alegatos, a fin de que se incluya como parte de los puntos controvertidos y de que se otorgue a BOGA la posibilidad de defenderse frente a tales imputaciones. Por ello, el pedido de MULTIMEDIA resulta extemporáneo.

Adicionalmente a lo anterior, debe indicarse que el artículo 103 del Reglamento de OSIPTEL sanciona la entrega de información falsa que tienda a obstaculizar el ejercicio de las funciones de los órganos de OSIPTEL, por lo que el Cuerpo Colegiado considera que BOGA no ha incurrido en dicha infracción, en tanto no ha presentado información falsa que haya obstaculizado la tramitación del procedimiento.

Respecto del segundo punto, MULTIMEDIA sostiene que BOGA habría presentado la demanda que dio origen al presente procedimiento a sabiendas de que las imputaciones en su contra eran falsas. Sobre el particular, debe

²² Artículo 103. “Sanciones a la presentación de información falsa. Quien a sabiendas proporcione a un órgano del OSIPTEL información falsa u oculte, destruya o altere información o cualquier libro registro o documento que haya sido requerido por el órgano funcional o sea relevante para efectos de la decisión que se adopte, o sin justificación incumpla los requerimientos de información que se le haga o se niegue a comparecer o mediante violencia o amenaza impida o entorpezca el ejercicio de las funciones del órgano funcional, será sancionado por ésta con multa no menor de una UIT ni mayor de 100 UITs, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda. La multa se duplicará sucesiva e ilimitadamente en caso de reincidencia”.

²³ Artículo 104. “Denuncias maliciosas. Quien a sabiendas de la falsedad de la imputación o de la ausencia de motivo razonable, denuncie a alguna persona natural o jurídica, atribuyéndole una infracción sancionable por cualquier órgano del OSIPTEL será sancionado con una multa de hasta 100 UITs mediante resolución debidamente motivada”.

precisarse que MULTIMEDIA no ha presentado prueba alguna que permita concluir que BOGA haya actuado maliciosamente al presentar la demanda y, además, que fue luego de la investigación realizada que se determinó la inexistencia de la conducta denunciada. En consecuencia, el Cuerpo Colegiado considera que BOGA tampoco incurrió en esta infracción.

RESUELVE:

Artículo Primero.- Declarar infundada en todos sus extremos la demanda presentada por Boga Comunicaciones S.A.. contra Telefónica Multimedia S.A.C., por la comisión de actos de abuso de posición de dominio en las modalidades de discriminación de precios y precios depredadores.

Artículo Segundo.- Declarar improcedente la solicitud de Telefónica Multimedia S.A.C. en el sentido de que se condene a la demandante al pago de costas y costos del presente proceso de solución de controversias.

Artículo Tercero.- Declarar infundada la solicitud de Telefónica Multimedia S.A.C. de sancionar a Boga Comunicaciones S.A. por la comisión de las infracciones previstas en los artículos 103 y 104 del Reglamento General de OSIPTEL.

Con el voto favorable de los miembros del Cuerpo Colegiado de OSIPTEL, señores Armando Cáceres Valderrama, Hugo Eyzaguirre del Sante y José Luis Sardón de Taboada.

REGÍSTRESE Y COMUNÍQUESE.