

Expediente 007-2001

RESOLUCIÓN Nº 034-2002-CCO/OSIPTEL

Lima, 02 de abril de 2002

El Cuerpo Colegiado a cargo de la controversia entre Cable Junior S.A. (CABLE JUNIOR) y Electro Sur Medio S.A.A. (en adelante ELECTROSUR MEDIO) por la supuesta comisión de actos contrarios al Decreto Legislativo 701 en la utilización de postes para el tendido de red de cable.

VISTOS:

El expediente Nº 007-2001, correspondiente a la controversia entre CABLE JUNIOR contra ELECTROSUR MEDIO por la supuesta comisión de actos contrarios al Decreto Legislativo 701 en la utilización de postes para el tendido de red de cable.

CONSIDERANDO:

I. EMPRESAS INVOLUCRADAS

1. CABLE JUNIOR es una empresa que, mediante Resolución Viceministerial Nº 077-2000-MTC/15.03 de fecha 22 de febrero de 2000, obtuvo la transferencia de la concesión otorgada a Wilson Valle Dianderas (en adelante el Sr. Valle) para prestar el servicio público de distribución de radiodifusión por cable (en adelante Televisión por Cable) en el distrito de Ica, de la provincia y departamento de Ica (en adelante Ica).

Con posterioridad al inicio de la presente controversia, mediante la Resolución Ministerial Nº 581-2001-MTC/15.03 de fecha 17 de diciembre de 2001 se amplió el área otorgada en concesión a CABLE JUNIOR a los distritos de Parcona y La Tingüña, de la provincia y departamento de Ica.

2. ELECTROSUR MEDIO es una empresa dedicada a la distribución de energía eléctrica, concesionaria del servicio público de electricidad.

II. POSICIONES DE LAS PARTES

Con fecha 3 de agosto del año 2001, CABLE JUNIOR interpuso una demanda contra ELECTROSUR MEDIO 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 de CABLE JUNIOR

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

- a) El 6 de enero de 1999 CABLE JUNIOR y ELECTROSUR MEDIO celebraron un contrato de uso de postes de distribución como soporte de cables de señal de televisión por el periodo de un (1) año y al precio de alquiler mensual de US\$ 1.5 por poste incluido IGV.
- b) CABLE JUNIOR solicitó en reiteradas oportunidades a ELECTROSUR MEDIO la renovación del contrato, sin embargo ELECTROSUR MEDIO se negó injustificadamente a renovarlo.
- c) Para justificar su negativa ELECTROSUR MEDIO pretende cobrar a CABLE JUNIOR una tarifa ascendente a US\$ 2.36 por el alquiler mensual por poste más IGV, suma que resulta excesiva y onerosa para la demandante y además alejada de los costos de utilización y mantenimiento de los postes.
- d) No obstante no haberse renovado el citado contrato, CABLE JUNIOR continuó pagando a través de consignaciones judiciales por el alquiler de postes a razón de US\$ 1.5 por cada uno, ya que consideraba que el nuevo precio de alquiler requerido por la demandante era excesivo.
- e) CABLE JUNIOR tiene postes propios, pero por razones económicas, de racionalización de infraestructura y de ornato no puede instalarlos en toda la ciudad de Ica, por lo que se encuentra obligada a solicitar el alquiler de los postes de la demandada.
- f) Adicionalmente a la negativa de contratar, ELECTROSUR MEDIO ha puesto obstáculos a CABLE JUNIOR para que instale postes propios, formulando inclusive denuncias penales en su contra.
- g) Por todo lo dicho, la conducta de ELECTROSUR MEDIO 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 ELECTROSUR MEDIO 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 ELECTROSUR MEDIO

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

- a) ELECTROSUR MEDIO y el Sr. Valle celebraron un contrato de uso de postes de distribución de energía eléctrica para soporte de cables de señal de televisión por cable por el periodo de un año, es decir del 6 de enero de 1999 al 6 de enero de 2000.
- b) ELECTROSUR MEDIO alquiló al Sr. Valle 35 postes, prueba de ello es que éste giró a orden de ELECTROSUR MEDIO un cheque de gerencia por US\$ 61.95 correspondiente al uso de 35 postes del mes de enero del 2000. Sin embargo, vencido el contrato, la demandante instaló cables en más postes sin autorización de ELECTROSUR MEDIO y, de acuerdo con el informe técnico de la Gerencia Externa de ELECTROSUR MEDIO, esas nuevas instalaciones no cumplieron con las normas técnicas de seguridad previstas por el Código Nacional de Electricidad.

- c) Asimismo, de acuerdo con el Informe Pericial elaborado, a pedido de ELECTROSUR MEDIO, por el ingeniero mecánico eléctrico Máximo José Pérez Pacheco los cables instalados por la demandante no guardaban la distancia mínima de 0.60 metros respecto de los cables de energía eléctrica instalados en los postes de la empresa demandada, de acuerdo con lo establecido por el Código Nacional de Electricidad, así como tampoco utilizaban ferretería adecuada para sujetar sus cables, empleando alambres en muchos casos.
- d) Adicionalmente, ELECTROSUR MEDIO señala que OSINERG levantó diversas observaciones en su contra debido a las anomalías técnicas encontradas en las instalaciones de cables realizadas por la demandante, debido a los cruces con cables de energía eléctrica.
- e) Considerando que el contrato de alquiler de postes se había prorrogado, de acuerdo con artículo 1700° del Código Civil, ELECTROSUR MEDIO decidió comunicar al Sr. Valle su decisión de resolverlo, debido a los problemas de seguridad y técnicos que se habían derivado de la instalación de un mayor número de cables de la demandante en los postes de ELECTROSUR MEDIO sin contar con su autorización.
- f) ELECTROSUR MEDIO no se negó a renovar el contrato de alquiler de postes, prueba de ello es que ELECTROSUR MEDIO fue la que convocó al Sr. Valle en reiteradas oportunidades a reuniones para discutir los nuevos términos del contrato, sin embargo, fue éste el que con argumentos contradictorios impidió que se llegara a un acuerdo.
- g) Lo que pretendía el Sr. Valle era dilatar las negociaciones con el fin de seguir cancelando el monto originalmente pactado. Así, en la carta de fecha 21 de febrero del 2000 comunicó estar de acuerdo con el plazo de un año para la renovación del contrato, mas no con el monto de alquiler propuesto por ELECTROSUR MEDIO de US \$ 2.36 por poste. Sin embargo, posteriormente, en respuesta a la comunicación de resolución de contrato remitida por la demandada, señaló estar conforme con la suma de alquiler propuesta pero no con el plazo de un año de vigencia del contrato.
- h) ELECTROSUR MEDIO, en su condición de empresa concesionaria del servicio público de electricidad, se encuentra sometida únicamente a los alcances del artículo 8 de la Ley de Concesiones Eléctricas N° 25844 y su modificatoria contenida en la Ley N° 27239.
- i) Ejerciendo su derecho a contratar libremente, ELECTROSUR MEDIO fijó precios distintos por el alquiler de sus postes a las diferentes empresas de cables con las que había contratado, en tanto que no se encuentra sometida a un régimen de fijación de precios para prestar dicho servicio.
- j) Si bien ELECTROSUR MEDIO propuso un alquiler de US \$ 2.36 más IGV por poste para la renovación del contrato, nunca llegó a cobrar dicha suma a la demandante.
- k) Finalmente, con la sentencia emitida por el Primer Juzgado Civil de Ica, de fecha 12 de noviembre de 2001, que declaró fundada la demanda de ELECTROSUR MEDIO contra el Sr. Valle y CABLE JUNIOR sobre resolución de contrato de uso de postes y que ordenó el retiro de los cables de televisión de los postes de distribución de energía eléctrica de la ciudad de Ica, la empresa demandada

considera que el conflicto de intereses planteado por CABLE JUNIOR se ha sustraído del ámbito administrativo de OSIPTEL¹.

III. PUNTOS CONTROVERTIDOS

De acuerdo con lo señalado por la Resolución N° 003-2001-CCO/OSIPTEL de fecha 18 de setiembre de 2001, los puntos controvertidos materia de la presente controversia son los siguientes:

1. Primer Punto Controvertido

Determinar si la empresa ELECTROSUR MEDIO ha incurrido en una negativa injustificada de renovar contrato de uso de sus postes a la empresa CABLE JUNIOR 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 ELECTROSUR MEDIO por el uso de sus postes a la empresa CABLE JUNIOR constituye un trato discriminatorio de acuerdo con el inciso b) del artículo 5° del Decreto Legislativo 701.

IV. CUESTIONES PROCESALES PREVIAS

1. Legitimidad para obrar de CABLE JUNIOR

ELECTROSUR MEDIO ha presentado ante la Unidad Especializada en Concesiones de Telecomunicaciones – UECT del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción un recurso solicitando se declare la nulidad de la transferencia de la concesión para prestar servicios de televisión por cable realizada entre el Sr. Valle y CABLE JUNIOR, por haberse efectuado sin que el primero de ellos contara con facultades para actuar en representación de la segunda.

Si bien la decisión que se adopte respecto de dicha solicitud puede afectar la legitimidad para obrar activa de CABLE JUNIOR en el presente procedimiento, aquella solicitud aún no ha sido resuelta definitivamente. En tal virtud, de acuerdo con la presunción de validez, todo acto administrativo se considera válido en tanto no sea declarada su nulidad por la instancia competente, el Cuerpo Colegiado debe presumir como válida la transferencia de la concesión de Televisión por Cable otorgada a favor de CABLE JUNIOR.

2. Sustracción de la materia

Mediante sentencia de fecha 12 de noviembre de 2001, el Primer Juzgado Civil de Ica declaró resuelto el contrato de uso de postes suscrito entre el Sr. Valle y ELECTROSUR MEDIO, ordenando que CABLE JUNIOR retire sus cables de los postes de esta última empresa. En tal virtud, ELECTROSUR MEDIO ha sostenido que el conflicto de intereses planteado ante el Cuerpo Colegiado por CABLE JUNIOR se ha sustraído del ámbito administrativo de OSIPTEL.

¹ Asimismo, el 27 de diciembre de 2001 el Primer Juzgado Civil de Ica declaró a favor de ELECTROSUR MEDIO la medida cautelar de no innovar con la cual se ordena la suspensión de nuevas instalaciones de cables de señal de televisión de CABLE JUNIOR en los postes de distribución secundaria de energía de la ciudad de Ica de propiedad de ELECTROSUR MEDIO.

De acuerdo con el artículo 321° del Código Procesal Civil el proceso concluye sin declaración sobre el fondo cuando se sustrae la pretensión del ámbito jurisdiccional. Sin embargo, la materia controvertida en este procedimiento administrativo versa sobre un presunto abuso de posición de dominio en las modalidades de negativa injustificada de trato y discriminación de precios. En tal sentido, la decisión del Poder Judicial no ha sustraído del ámbito administrativo la pretensión de CABLE JUNIOR, puesto que la decisión que pueda adoptar el Cuerpo Colegiado no depende de la vigencia o no de la relación contractual entre las partes, sino del comportamiento de la empresa demandada durante el plazo del contrato y una vez que el mismo concluyó.

V. MERCADO RELEVANTE Y POSICIÓN DE DOMINIO

1. Mercado Relevante

Los puntos controvertidos están referidos a la determinación si ELECTROSUR MEDIO 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 Telecomunicaciones² (en adelante Lineamientos de Libre Competencia) y en el Informe Instructivo elaborado por la Secretaría Técnica³ (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.
- 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 ELECTRO SUR MEDIO podría ofrecer a CABLE JUNIOR para el tendido de su red de cable.

² Aprobados mediante la Resolución N° 003-2000-CD/OSIPTEL.

³ Informe 002-2002/ST de fecha 15 de febrero de 2002, "Controversia entre Cable Junior S.A. y Electro Sur Medio S.A.A. (Exp. 007-2001), Informe Instructivo".

- La Delimitación de Producto está conformada por la instalación de postes propios –en determinadas zonas– como por la utilización de postes de ELECTRO SUR MEDIO y de Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante TELEFÓNICA), por cuanto se ha hallado principalmente que: i) existen restricciones municipales que impedirían a CABLE JUNIOR instalar postes propios en aquellas zonas del distrito de Ica donde ya existen postes de ELECTRO SUR MEDIO y TELEFÓNICA⁴; ii) los costos involucrados no parecerían justificar la instalación de postes propios para soportar redes de acometida; 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.

Por otro lado, también debe considerarse que en la prestación de servicios de redes es relevante la continuidad de las mismas, lo que no permitiría hablar de la posibilidad de sustituir los postes de ELECTROSUR MEDIO por postes propios de CABLE JUNIOR en términos absolutos. Es decir, en aquellos lugares donde existen restricciones para la instalación de postes –sean de índole legal, económica o técnica–, la única opción disponible para cualquier empresa como CABLE JUNIOR viene constituida por el alquiler de espacio en los postes ya instalados.

- La Delimitación Geográfica aplicable a la presente controversia está constituida por el distrito de Ica, de la ciudad de Ica y departamento de Ica⁵.
- 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 uso de postes propios de CABLE JUNIOR –en determinadas zonas– como de postes de ELECTROSUR MEDIO y de TELEFÓNICA que pueden ser utilizados, bajo la figura del arrendamiento, en el distrito de Ica por los concesionarios del servicio de televisión por cable como insumo para prestar este servicio de difusión.

2. Posición de Dominio

La supuesta posición dominante de ELECTROSUR MEDIO 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:

⁴ Cabe señalar que adicionalmente a las zonas que son materia de la presente controversia (distrito de Ica), con posterioridad al inicio de la misma y con posterioridad a la ampliación de su área de concesión, la Municipalidad Distrital de La Tinguiña ha denegado a CABLE JUNIOR la autorización para la instalación de postes en ese distrito por cuestiones de ornato.

⁵ Si bien, como se ha señalado anteriormente, el área de concesión de CABLE JUNIOR fue ampliada con posterioridad al inicio de la presente controversia, las conductas denunciadas fueron llevadas a cabo antes de la ampliación señalada.

a) Presencia en el Mercado

Mediante el presente indicador se busca determinar si ELECTROSUR MEDIO 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 ELECTROSUR MEDIO 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
ELECTROSUR MEDIO	6345
TELEFÓNICA	2452
CABLE JUNIOR	570

Fuente: Información presentada por las empresas
Elaboración propia.

Como se puede apreciar, ELECTROSUR MEDIO es la empresa con un mayor número de postes en el mercado relevante; tiene más de 2.5 veces el número de postes que TELEFÓNICA y aproximadamente 11 veces el número de postes de CABLE JUNIOR. Si se considera la totalidad de postes ubicados en el distrito de Ica, tiene un total de 68%, mientras que TELEFÓNICA y CABLE JUNIOR tienen el 26% y 6% de los postes respectivamente. Considerando dicha diferencia, el Cuerpo Colegiado considera que ELECTROSUR MEDIO en términos de cobertura de postes instalados en el distrito de Ica, cuenta con la mayor presencia en el mercado relevante.

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 y de ELECTRO SUR MEDIO, pueda instalar postes propios en el distrito de Ica.

Al respecto, el Cuerpo Colegiado considera que, en general, la instalación de postes presenta las llamadas “economías de escala”⁶ por cuanto el principal costo asociado está constituido por el costo mismo de los postes y por el costo de instalación, mientras que los costos de mantenimiento son relativamente menores⁷. Esto genera que una vez instalados los postes, conforme sea mayor el número de empresas a

⁶ 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.

⁷ Según información proporcionada por la Asociación Peruana de Televisión por Cable, 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.

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 mercado⁸.

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 en 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 atender. En el presente caso, se ha identificado que la Municipalidad Provincial de Ica en un primer momento denegó la solicitud de CABLE JUNIOR de instalar postes propios debido a la saturación que ello provocaría.

De lo señalado en los párrafos anteriores se podría concluir que una empresa que desee instalar su propia planta de postes en Ica enfrentaría barreras de entrada, tanto económicas como administrativas. Respecto de estas últimas, puede señalarse que las mismas existen para determinadas áreas del distrito de Ica en las que no se encontraría permitida la instalación de postes adicionales, en particular aquéllas en las que ya tenían instalados postes ELECTROSUR MEDIO y TELEFÓNICA. En tal sentido, a pesar de que CABLE JUNIOR ha instalado postes propios, se concluye que en el distrito de Ica existen ciertas zonas donde efectivamente existen barreras de entrada para que empresas planten postes adicionales a los ya existentes.

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, facilidad 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.

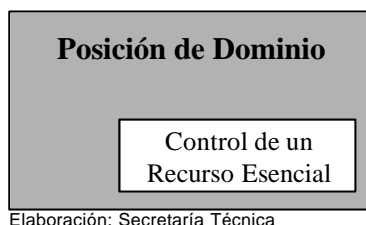
Al respecto, según los Lineamientos de Libre Competencia un recurso esencial se define como aquél servicio o infraestructura que cumple con las siguientes características:

- 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.

⁸ Shy, Oz “Industrial Organization: Theory and Practice”, The MIT Press, Second Printing, p. 182.

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 mercado. 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 dominante¹⁰. 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. Al respecto 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

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.

- *“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*

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 por 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

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, Minnessotta, 1994, p. 275.

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.

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 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.

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.

a) Existencia de restricciones legales o administrativas

Respecto de las restricciones impuestas por las autoridades, en el caso específico de CABLE JUNIOR se ha verificado que la Municipalidad Provincial de Ica ha impuesto restricciones relativas para la instalación de postes en el mercado relevante, permitiéndose ello únicamente en determinadas zonas de la ciudad.

b) Costos involucrados en la instalación

No existiendo restricciones legales o administrativas que restrinjan de manera absoluta la instalación de postes en el distrito de Ica, sino únicamente en determinadas zonas del mismo, se debe proceder a analizar los costos en los que se incurriría por la instalación de postes en aquellas zonas donde ello sí se encuentre permitido.

En la medida que el análisis sobre facilidades esenciales debe ser más riguroso que el de la definición de posición de dominio, debe tenerse en cuenta que la red de cables de CABLE JUNIOR se soporta en un 53.5% sobre sus postes propios, lo cual muestra que la instalación de postes, pudiendo no ser económicamente conveniente para CABLE JUNIOR, no es imposible. En todo caso, no se ha contado con medios probatorios que permitan demostrar que, por cuestiones de índole económico, la instalación de postes propios no sea factible para CABLE JUNIOR.

Tomando en consideración que una de las principales características de las economías de redes es la continuidad de las mismas, en el presente caso se debe considerar el conjunto del distrito de Ica, es decir, incluyendo aquellas zonas donde existan o no restricciones administrativas. Debido a ello y considerando que la instalación de postes propios parece ser económicamente factible en determinadas zonas del distrito de Ica, se concluye que los postes de ELECTROSUR MEDIO parecen no constituir una facilidad esencial, al menos en tanto no se demuestre que la instalación de postes propios resulte sumamente difícil de realizar en términos económicos.

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 constituyan 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 ELECTROSUR MEDIO ubicados en el distrito de Ica constituyan una facilidad esencial para poder prestar el servicio de televisión por cable por parte de CABLE JUNIOR.

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) ELECTROSUR MEDIO es la empresa que mayor presencia en lo que a posesión de postes en el Mercado Relevante se refiere.

- ii) En determinadas zonas de Ica existen barreras que dificultan la instalación de postes adicionales a los ya existentes, sin embargo, en otras zonas no se ha podido verificar la existencia de dichas barreras.
- 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 ELECTROSUR MEDIO 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 servicios¹⁹.

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"*)²⁰. En este caso, una empresa con posición de

¹⁹ Este aspecto se encuentra recogido en los LINEAMIENTOS en los siguientes términos: *"La negativa a contratar es, en principio, una decisión legítima de cualquier empresa. Es parte inherente de su autonomía de la voluntad, en especial de su libertad de contratar. Sin embargo, cuando la empresa en cuestión tiene posición de dominio en el mercado queda sujeta a algunas obligaciones especiales, como es el caso de no negarse, sin justificación, a contratar con un proveedor o con un cliente."*

²⁰ 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)".*

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 abajo²¹.

Finalmente, un supuesto adicional de negativa injustificada de trato, cuya validez aún se encuentra en discusión, es el de las denominadas negativas arbitrarias. En este supuesto, la empresa con posición de dominio 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 competidor²². Es decir, la negativa de venta arbitraria no se realiza con la finalidad de restringir la competencia ni genera un beneficio para la empresa –más bien podría generar un perjuicio al limitar la posibilidad de incrementar los ingresos por una venta adicional-, pero sin embargo perjudica al comprador afectado.

En el caso peruano, el Decreto Legislativo 701 restringe parcialmente la posibilidad de que la autoridad de competencia conozca denuncias por abuso de posición de dominio bajo la modalidad de negativa injustificada de trato arbitraria. 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 resaltado es nuestro).

De acuerdo con ello, la negativa injustificada de trato sólo se encontrará prohibida si ocasiona un perjuicio a un tercero y a la vez un beneficio al infractor. Esto sólo podría ocurrir si 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 consecuencia, una 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 701²³. Considerando el carácter de cláusula general del artículo 3°, su aplicación debería aplicarse únicamente ante casos excepcionales que no se encuentren previstos expresamente por el artículo 5° del Decreto Legislativo 701 o que no puedan

²¹ ROSS, Stephen, *Principles of Antitrust Law*; The Foundation Press, Inc. (1993), 76-82.

²² ROSS, Op. Cit., 85.

²³ Artículo 3. “*Están prohibidos y serán sancionados, de conformidad con las normas de la presente Ley, los actos o conductas, relacionados con actividades económicas, que constituyen abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia, de modo que se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional*”.

incluirse dentro de los casos de efecto equivalente contemplados por el inciso f) del mencionado artículo 5° ²⁴.

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”.

De acuerdo con lo actuado en el presente caso, no existen pruebas que permitan suponer que ELECTROSUR MEDIO tenía la finalidad de restringir la competencia en el mercado de servicios de televisión por cable. Si bien existe una tendencia a que la infraestructura de empresas de energía eléctrica sea aprovechada para la prestación de servicios de telecomunicaciones²⁵, en el presente caso la empresa demandada no es competidora de CABLE JUNIOR, tampoco se encuentre vinculada a un competidor de la demandante, ni existen indicios de que ELECTROSUR MEDIO tenga algún interés por incursionar en el mercado de CABLE JUNIOR. En consecuencia, no puede sostenerse que ELECTROSUR MEDIO tenga incentivos anticompetitivos para negar el alquiler de postes a CABLE JUNIOR.

De acuerdo con lo anterior, el presente caso se trataría de una negativa de venta arbitraria y, consecuentemente, tendría que analizarse de acuerdo con el artículo 3 del Decreto Legislativo 701. Para ello, lo primero sería evaluar si ELECTROSUR MEDIO incurrió en una negativa a renovar el contrato de uso de sus postes con la empresa CABLE JUNIOR y, de demostrarse esto, correspondería analizar si dicha negativa tuvo una justificación de negocios.

1. ¿Existió una negativa de trato?

Como ya se ha indicado, ELECTROSUR MEDIO suscribió un contrato de alquiler de postes con el Sr. Valle por el precio de US \$ 1.50 mensual por poste más IGV, cuyo plazo vencía el 06 de enero de 2000.

CABLE JUNIOR sostiene que vencido el plazo del contrato solicitó en reiteradas oportunidades a ELECTROSUR MEDIO la renovación del contrato y esta empresa se negó injustificadamente a renovarlo, proponiéndole un nuevo precio de US \$ 2.36

²⁴ Tal fue el caso, por ejemplo, de la Resolución N° 032-2001-CCO/OSIPTEL publicada en El Peruano con fecha 16 de junio de 2001 y recaída en el procedimiento iniciado por V.O. Cable S.A. en contra de Luz del Sur S.A.A. por abuso de posición de dominio.

²⁵ 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).

mensual por poste más IGV²⁶. Además, CABLE JUNIOR también sostiene que dicho precio es excesivo y oneroso y se aleja del costo efectivo de utilización y mantenimiento de los postes que corresponde a los cables de televisión.

ELECTROSUR MEDIO señala que no se negó a la renovación del contrato y que por el contrario fue ella quien convocó al Sr. Valle para tratar las condiciones correspondientes a un nuevo contrato, siendo la parte demandante la que puso trabas y finalmente se negó a suscribir el nuevo contrato con argumentaciones contradictorias. A la vez, ELECTROSUR MEDIO afirma que a pesar de no haberse llegado a ningún acuerdo, CABLE JUNIOR continuó utilizando sus postes e incluso extendiendo su cableado a un mayor número de postes sin contar con su autorización.

En cuanto a la negativa de trato, lo primero que debe mencionarse es que de acuerdo con la cláusula séptima del contrato mencionado, la parte interesada debía dar aviso a la otra de su intención de renovarlo como mínimo con 30 días de anticipación al vencimiento del mismo²⁷. En tal sentido, el contrato no contenía ninguna previsión que permitiera la renovación automática. A pesar de lo anteriormente señalado, CABLE JUNIOR no cumplió con el aviso previo solicitando la renovación conforme lo establecido por dicha cláusula, puesto que ella misma señala en la demanda que vencido el plazo del contrato solicitó su renovación²⁸.

En efecto, de acuerdo con la documentación que obra en el expediente sobre la supuesta negativa de trato, el 08 de febrero de 2000 CABLE JUNIOR envió a ELECTROSUR MEDIO una comunicación explicándole que como hasta esa fecha no había recibido la factura por el alquiler de postes correspondiente al mes de enero de 2000, le adjuntaba un cheque de gerencia por la suma de US \$ 61.95 en calidad de pago por dicho mes (considerando el precio de US \$ 1.50 mas IGV por poste).

Al día siguiente, ELECTROSUR MEDIO comunicó a CABLE JUNIOR que en reunión sostenida entre su Sub-Gerencia Comercial y el Sr. Valle éste se había comprometido a enviar el 03 de febrero una propuesta escrita para la renovación del contrato, lo cual no había hecho, y que en tanto no se establecieran las nuevas condiciones contractuales no aceptaría importe alguno, por lo cual devolvía el mencionado cheque de gerencia. Posteriormente, el 16 de febrero, ELECTROSUR MEDIO reiteró notarialmente a CABLE JUNIOR que le alcanzara su propuesta para la renovación del contrato en el plazo de 48 horas, bajo cargo de retirar sus cables de televisión.

²⁶ Las partes del contrato de alquiler de postes eran de un lado el Sr. Valle, en su calidad de concesionario del servicio de televisión por cable, y de otro ELECTROSUR MEDIO. En febrero de 2000 el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción aprobó la transferencia de la concesión que hizo el Sr. Valle a favor de CABLE JUNIOR. Posteriormente, todas las comunicaciones relativas a la renovación del contrato fueron remitidas por el Sr. Valle en nombre de CABLE JUNIOR. Por su parte, ELECTROSUR MEDIO remitió las comunicaciones referidas a la renovación conjuntamente al Sr. Valle y a CABLE JUNIOR. En el expediente no obra ningún documento que indique que el Sr. Valle haya hecho cesión de posición contractual a favor de CABLE JUNIOR en el contrato de alquiler de postes, por lo cual no puede afirmarse que CABLE JUNIOR haya sido la contraparte de ELECTROSUR MEDIO en dicho contrato. Sin embargo, para efectos del análisis que se realiza en el presente informe, se entenderá que el Sr. Valle y CABLE JUNIOR son el mismo agente económico.

²⁷ Cláusula séptima: *“El presente contrato entrará en vigencia a partir del 06 de enero de 1,999 y por un periodo de **UN AÑO**, el mismo que podrá ser renovado por periodos similares, debiéndose suscribir oportunamente el Contrato respectivo, en caso que las partes manifiesten la necesidad de resolverlo y/o renovarlo, en este caso, tal deberá ser comunicada con **30 días** de anticipación como mínimo”.*

²⁸ En el punto 2.4 de la demanda se señala lo siguiente: *“Que vencido el Contrato de Uso de Postes de Distribución como Soporte de Cables de señal de TV aludido, mi representada solicitó la renovación del contrato, encontrándose con la negativa injustificada de la demandada”.*

Recién el 22 de febrero CABLE JUNIOR comunicó por escrito a ELECTROSUR MEDIO su intención de renovar el contrato por un año, pero señalando que no estaba de acuerdo con la intención de esta última empresa de incrementar el monto por concepto de alquiler, en tanto consideraba que no era accesible para ella.

Luego de cursarse comunicaciones sobre el nuevo precio por alquiler de postes, el 27 de marzo de 2000 ELECTROSUR MEDIO remitió a CABLE JUNIOR un proyecto de contrato que consideraba un precio unitario por alquiler de postes de US \$ 2.36 más IGV y, además, la factura 101-0000606 por el uso de postes de los meses de enero, febrero y marzo de 2000, aplicándole el precio antes mencionado.

El 03 de abril CABLE JUNIOR comunicó a ELECTROSUR MEDIO que ya había cumplido con consignar judicialmente el pago por el uso de postes correspondiente a los meses de enero y febrero; y asimismo que rechazaba el precio de US \$ 2.36 que se le pretendía cobrar.

En los meses siguientes (en particular junio y julio) las partes continuaron tratando de llegar a un acuerdo sobre el contrato de alquiler de postes, aunque al parecer sin resultados concretos. Durante todo este lapso CABLE JUNIOR continuó haciendo uso de los postes de ELECTROSUR MEDIO, realizando consignaciones judiciales por concepto de pago del alquiler aplicando el precio de US \$ 1.50 más IGV por poste.

El 29 de agosto de 2000 ELECTROSUR MEDIO comunicó a CABLE JUNIOR que daba por resuelto el contrato suscrito el 06 de enero de 1999, expresando además lo siguiente:

“(...) dado que el Contrato establece que en caso de resolución del mismo ésta deberá ser comunicada con treinta (30) días de anticipación, la resolución operará dentro de treinta (30) días a ser contados desde la fecha de recepción de la presente Carta Notarial”²⁹.

El 19 de septiembre CABLE JUNIOR comunicó a ELECTROSUR MEDIO que tenía la intención de renovar el contrato, precisando que:

“incluso las partes nos hemos puesto de acuerdo en cuanto al monto por cada poste, sino lo que falta determinarse es el plazo de duración. Por lo que al encontramos en tratativas de la renovación del contrato todo aviso extrajudicial de resolución, esta interrumpido por las tratativas extrajudiciales en que nos encontramos”.

Considerando los hechos anteriormente descritos, puede concluirse que ELECTROSUR MEDIO no se negó a renovar el contrato de alquiler de postes suscrito el 06 de enero de 1999. Asimismo, puede concluirse que la empresa demandada trató en varias oportunidades de llegar a un acuerdo con CABLE JUNIOR, pero no tuvo éxito debido a la discrepancia entre las partes sobre las condiciones aplicables.

²⁹ Sobre el particular, en la contestación de la demanda ELECTROSUR MEDIO ha sostenido lo siguiente: *“Se optó por cursar esta carta, toda vez que se había prorrogado el arrendamiento y resultaba pertinente el aviso previo de la resolución. Cabe recordar para tal efecto, lo establecido en el art. 1700 del Código Civil que señala que vencido el plazo del contrato de arrendamiento, 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”.*

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

Sin embargo, aún bajo el supuesto de que ELECTROSUR MEDIO se hubiera negado a renovar el contrato, dicha negativa tendría que haber sido injustificada para que se configure una infracción al artículo 3° del Decreto Legislativo 701³⁰.

Al respecto, de acuerdo con los hechos descritos previamente, una vez vencido el plazo inicialmente pactado se habría producido la continuación del arrendamiento bajo sus mismas condiciones, dado que las partes no ejercieron su derecho de resolverlo. Es decir que se habrían mantenido las mismas condiciones hasta septiembre de 2000, mes en que el contrato quedó resuelto a pedido de ELECTROSUR MEDIO. En tal sentido, el precio habría continuado siendo de US \$ 1.50 más IGV y la cantidad contratada se mantendría en 35 postes. En efecto, como ya se ha indicado, en enero de 2000 la empresa demandante remitió a ELECTROSUR MEDIO un cheque de gerencia por una suma equivalente a 35 postes, que eran los que según ella tenía alquilados a esa fecha.

Sin embargo, CABLE JUNIOR amplió el cableado de sus redes y consecuentemente utilizó más postes de propiedad de ELECTROSUR MEDIO. Así, mediante carta remitida el 03 de abril de 2000, CABLE JUNIOR indicaba a la empresa demandada lo siguiente:

“(...) le recordamos que los postes que hemos utilizados (sic) en Enero del presente año ascienden a 35 postes y en Febrero del 2,000 a 215 postes, por los que hemos efectuado la consignación a razón de \$ 1.50 Dólares Americanos mas I.G.V. por cada poste conforme lo hemos pactado”.

En los meses siguientes, CABLE JUNIOR continuó ampliando el cableado de sus redes. Más aún, luego de resuelto el contrato en septiembre de 2000 CABLE JUNIOR continuó haciendo uso de los postes de la empresa demandada e incrementó sustancialmente el número de postes que utilizaba, pasando de 274 en septiembre de 2000 a 321 en enero de 2001 y llegando hasta 495 postes en noviembre de 2001, tal como puede observarse en el siguiente cuadro:

³⁰ Al respecto, debe tenerse en cuenta lo que señalan los LINEAMIENTOS sobre este tema: “Sin embargo, 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 requeridos para brindar el servicio, el incumplimiento de obligaciones anteriores por parte del adquirente, u otras de naturaleza similar”.

**Postes de ELECTROSUR MEDIO
Utilizados por CABLE JUNIOR**

	2000	2001
Enero	35	321
Febrero	215	337
Marzo	274	352
Abril	274	360
Mayo	274	360
Junio	274	380
Julio	274	400
Agosto	274	450
Setiembre	274	460
Octubre	274	475
Noviembre	n.d.	495
Diciembre	274	

Fuente: Información presentada por Cable Junior
Elaboración: Secretaría Técnica

El contrato suscrito entre las partes contenía diversas disposiciones relacionadas con la ampliación del número de postes utilizados por CABLE JUNIOR. En efecto, el contrato establecía que para utilizar postes adicionales a los inicialmente acordados, la empresa demandante debía obtener la autorización previa de parte de ELECTROSUR MEDIO³¹. Para tales efectos, CABLE JUNIOR debía presentar obligatoriamente a ELECTROSUR MEDIO los planos que contengan el trazo y las características de sus cables y circuitos cerrados, para que fueran revisados por esta última empresa, para que posteriormente otorgara la autorización respectiva. De acuerdo con el contrato, dicha autorización debía cuidar de que las instalaciones de CABLE JUNIOR cumplieran con las normas de seguridad contempladas por el Código Nacional de Electricidad³².

Si como consecuencia del silencio de las partes en el sentido de resolver el contrato se produjo la continuación del mismo bajo las condiciones en que fue inicialmente pactado, CABLE JUNIOR debió cumplir con obtener la autorización previa de ELECTROSUR MEDIO para ampliar la cantidad de postes que utilizaba.

Sin embargo, mediante carta de fecha 21 de marzo de 2000, ELECTROSUR MEDIO comunicó a CABLE JUNIOR el incumplimiento de dicha obligación en los siguientes términos:

³¹ El punto 3.5 de la tercera cláusula del contrato establecía lo siguiente: “Si durante la vigencia del presente contrato EL CONCESIONARIO solicita el uso adicional de postes, ELECTRO SUR MEDIO S.A.A., otorgará previamente la autorización, debiendo EL CONCESIONARIO abonar el monto considerado en el inciso 3.1”.

³² La cuarta cláusula del contrato señalaba lo siguiente: “4.1. EL CONCESIONARIO está obligada (sic) a presentar a ELECTROSUR MEDIO S.A.A. dentro del plazo de siete (7) días calendario, después de la suscripción del contrato, los planos que contengan el trazo y características de sus cables y circuitos cerrados, para la revisión y aprobación respectiva. La documentación deberá estar firmada por un Ingeniero Mecánico Electricista o Electricista Colegiado. (...). El mismo procedimiento se aplicará para cualquier ampliación posterior de las instalaciones. 4.2. La instalación de los cables de EL CONCESIONARIO, sería de cuenta, cargo y riesgo exclusivos de esta empresa, debiendo sujetarse a la autorización previa de esta cláusula que contemple las instrucciones de distancias mínimas de seguridad, uso de retenidas en los cambios de dirección de los cables de TV, disposición de montaje y de otros de carácter técnico que sean necesarios para el cumplimiento de lo prescrito en el Código Nacional de Electricidad”.

“(...) personal del Dpto. de Distribución en las inspecciones y recorrido efectuadas sobre nuestras líneas ha podido comprobar la utilización inconsulta de mayor cantidad de postes (para el soporte de cable de señal TV) a los que se fijaron en el contrato de alquiler, el cual venció el día 06 de enero 2000. En el primer cuadro (Inspección del 08.02.00) se verifica la existencia de 195 postes en uso por Cable Junior, en el segundo cuadro (Inspección del 08.0300) se verifica la existencia de 245 postes usados. Dicha situación no requiere de mayores explicaciones para comprobar la existencia de acciones unilaterales de Cable Junior, en usar inconsultamente los bienes de Electro Sur Medio S.A.A., siendo mucho más graves cuando no existe contrato ni acuerdo expreso con Electro Sur Medio S.A.A. para dicho uso”.

En referencia a dicha carta, el 22 de marzo de 2000 la empresa demandante comunicó a ELECTROSUR MEDIO lo siguiente:

“Es de pleno conocimiento de su representada que hemos consignado ante el Primer Juzgado de Paz Letrado de esta ciudad el importe de los alquileres de los postes que venimos usando, encontrándonos actualmente al día en nuestros pagos, la que no ha sido objeto de contradicción y oposición por parte de Electro Sur Medio S.A.A. (...). Asimismo, contamos con autorización de su representada para la utilización de los postes que venimos usando en alquiler para el soporte de cable de señal de TV, según consta en la Carta remitida por nuestra empresa y recibida por Uds. el 19 de Diciembre del año próximo pasado, en la que al igual al procedimiento utilizado en meses anteriores, remitimos los planos y/o trazos de ubicación de los postes que actualmente venimos utilizando, que tampoco fue objeto de impugnación u oposición alguna por parte de su empresa; por lo tanto no hemos actuado inconsultamente como indebidamente sostiene en su carta notarial de la referencia”.

De acuerdo con lo anterior, CABLE JUNIOR asumió que el silencio de la empresa demandada respecto de su carta de fecha 19 de diciembre de 1999, en la que le habría remitido los planos y/o trazos de ubicación de los postes en que instalaría sus cables, constituía una autorización para que incrementara el número de postes que podía utilizar³³.

Sin embargo, como puede comprobarse de las cláusulas contractuales antes mencionadas, CABLE JUNIOR requería obtener la autorización previa de ELECTROSUR MEDIO, lo que implicaba que esta última empresa revisara y aprobara el trazo y características de los cables que pretendía instalar la demandante. Adicionalmente, debe precisarse que del texto de dichas cláusulas no puede deducirse que fuera suficiente el silencio de ELECTROSUR MEDIO para que se entendiera otorgada la autorización³⁴.

³³ Adicionalmente, cabe señalar que a pesar de haber obtenido esa presunta autorización para ampliar el número de postes que podía utilizar en diciembre de 1999, CABLE JUNIOR sólo consignó el pago correspondiente a 35 postes en enero de 2000 y recién en febrero y marzo de 2000 hizo consignaciones por 215 y 274 postes, respectivamente. En tal sentido, tendría que interpretarse que la autorización “ficta” que habría obtenido CABLE JUNIOR le permitiría seguir incrementando el número de postes.

³⁴ En el informe oral, el representante del CABLE JUNIOR manifestó que debía entenderse que ELECTROSUR MEDIO sí había autorizado las ampliaciones, ya que las mismas se realizaron informando a esta empresa sin que planteara cuestionamientos. Sobre el particular, debe precisarse que el contrato suscrito entre las partes contiene estipulaciones expresas en el sentido de que las ampliaciones debían contar con la conformidad de la demandada, por lo que 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.

Pero incluso bajo el supuesto de que CABLE JUNIOR hubiera obtenido la autorización de ELECTROSUR MEDIO a través de su silencio, es claro que una vez comunicada la intención de esta empresa de dar por resuelto el contrato en agosto de 2000, CABLE JUNIOR ya no debería haber continuado incrementando el número de postes que utilizaba. En este sentido, en respuesta a una carta que CABLE JUNIOR le enviara el 13 de octubre de 2000, ELECTROSUR MEDIO le comunicó el 16 de octubre que el contrato se entendía resuelto, al haberse cumplido el plazo de 30 días previos a la comunicación de la resolución, agregando además lo siguiente:

“(...) considerando dicha situación, no autorizamos el uso de nuestros postes en las Urbanizaciones Maestro y Raúl Porras Barrenechea como refiere en su carta de la referencia, dejando a su responsabilidad cualquier acción contraria a lo que no estamos consintiendo”.

A pesar de dicha advertencia, CABLE JUNIOR continuó instalando sus cables sobre los postes de la empresa demandada, llegando a utilizar 475 en octubre de 2000.

En tal sentido, CABLE JUNIOR no cumplió con obtener la autorización previa de la empresa demandada para realizar la ampliación de su cableado sobre nuevos postes. Adicionalmente, CABLE JUNIOR continuó ampliando el número de postes que utilizaba, incluso luego de haberse resuelto el contrato. Consecuentemente, aún asumiendo que estuviera probada la negativa de ELECTROSUR MEDIO de renovar el contrato, dicha negativa se encontraría justificada por el incumplimiento de una obligación sustancial del contrato a la cual se había comprometido CABLE JUNIOR.

No obstante, si se considerara que lo anterior no fuera justificación suficiente para negarse a renovar el contrato con CABLE JUNIOR, debe tenerse en cuenta que de acuerdo a la información que obra en el expediente, las instalaciones que esta empresa realizó sobre los postes de ELECTROSUR MEDIO se hicieron sin cumplir con las medidas de seguridad exigidas por las normas del sector eléctrico.

En efecto, de acuerdo con el informe pericial presentado por la empresa demandada, la red de cables instalados por CABLE JUNIOR no cumplían con la distancia mínima de 0.60 metros entre la red secundaria de energía eléctrica y la red de telecomunicaciones establecida por el Código Nacional de Electricidad, así como tampoco utilizaban la ferretería adecuada para sujetar sus cables, empleando en muchos casos alambres³⁵.

En virtud de lo anteriormente señalado, aún de haberse negado a renovar el contrato, ELECTROSUR MEDIO tuvo justificación para hacerlo, en tanto que la ampliación del cableado de la empresa demandante sobre sus postes no sólo se realizó sin contar previamente con su autorización, sino que además le habría ocasionado problemas de incumplimiento de normas de seguridad del sector eléctrico.

³⁵ En las conclusiones de dicho informe pericial se indica lo siguiente: “(...) **SEGUNDO.-** Se ha verificado que las redes de la Empresa Cable Junior, que se ha instalado en la red de ELECTRO SUR MEDIO con disposición pentafilear, incumplen lo dispuesto en el artículo 4.2.4.4 a) del Código Nacional de Electricidad, el que fija la distancia mínima entre la red secundaria de energía eléctrica y de telecomunicaciones en 0.60 mts, y en la red con disposición autoportada, los cables de la Empresa Cable Junior se apoyan en los vanos de cables de energía. **TERCERO.-** Se ha verificado que las redes de la Empresa Cable Junior, no utiliza ferretería adecuada en muchos casos se amarra con alambre que con el transcurso del tiempo se puede desprender. Esto podría traer consecuencia gravísima que vehículos de carga podrían arrastrar el conductor y hacer colapsar las redes de baja tensión de ELECTRO SUR MEDIO, arrastrando con los postes y cables de energía”.

3. ¿Existió una negativa de trato indirecta?

Por último, CABLE JUNIOR ha alegado que el precio de US \$ 2.36 mas IGV por poste que pretendía cobrarle la empresa demandada constituye una negativa indirecta a contratar, por constituir un incremento excesivo respecto de la tarifa inicialmente pactada (más del 57% adicional). En tal sentido, la demandante sostiene que el precio debería fijarse con relación al 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 lo permita³⁶. 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 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, sancionarla³⁷. La mencionada facultad no se extiende, de ningún modo, a la posibilidad de analizar los costos en que incurren las empresas para luego fijar el precio que deberían cobrar en una transacción determinada.

Entender lo contrario supondría asignar a los Cuerpos Colegiados del OSIPTEL 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 telecomunicaciones³⁸.

³⁶ 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”.*

³⁷ Este sería por ejemplo un caso en el que se tenga que analizar los precios cobrados por una empresa para determinar si éstos constituyen una infracción al artículo 5°, inciso b), del Decreto Legislativo 701 (aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes) o por ejemplo, a fin de analizar un supuesto caso de precios depredadores o predatorios sancionable por el artículo 5°, inciso f).

³⁸ 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”.*

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.

Como se ha definido previamente, el presente caso se refiere a una negativa de trato arbitraria, puesto que no puede afirmarse que ELECTROSUR MEDIO tenga incentivos para restringir la competencia en el mercado de Televisión por Cable. En tal sentido, la conducta de ELECTROSUR MEDIO no puede considerarse una negativa indirecta de trato a través de un precio excesivo, ya que no existe ningún medio probatorio que indique que la fijación de dicho precio podría tener una intención anticompetitiva.

Finalmente, debe precisarse que de la documentación que obra en el expediente tampoco queda demostrado que ELECTROSUR MEDIO haya impuesto un precio excesivo a la demandante. Por un lado, la cláusula tercera del contrato suscrito por las partes señalaba lo siguiente:

“CLÁUSULA TERCERA. PAGO POR UTILIZACIÓN DE POSTES (...) 3.3. La tarifa para el uso de los postes se mantendrá durante el período contractual y en caso de renovación, deberá ser acordada por las partes con treinta (30) días de anticipación al vencimiento del presente contrato”.

En otras palabras, las partes habían acordado que al vencerse el plazo del contrato tenían que ponerse de acuerdo sobre el precio que se aplicaría por el uso de los postes para la renovación del mismo. Es decir que al proponer el precio de US \$ 2.36 ELECTROSUR MEDIO estaba procediendo de acuerdo con lo que le permitía el contrato, con la finalidad de llegar a un acuerdo con CABLE JUNIOR para la renovación del mismo.

Adicionalmente, las partes mantuvieron un prolongado período de tratativas, incluyendo negociaciones sobre el precio inicialmente propuesto por ELECTROSUR MEDIO, tal como indica esta empresa en la carta remitida a CABLE JUNIOR con fecha 14 de agosto de 2000:

“A pesar de las innumerables comunicaciones y tratativas personales llevadas a cabo con su representantes (sic), hemos dado nuestras mejores intenciones y buen propósito de mantener una relación armoniosa, siendo tal que incluso propusimos un valor menor (costo unitario de alquiler de poste) al que rige en los contratos que a la fecha mantenemos con otras empresas, y sin embargo, ello tampoco ha sido de contemplación vuestra”.

Más aún, debe considerarse que si bien inicialmente CABLE JUNIOR no se encontraba de acuerdo con el precio propuesto por ELECTROSUR MEDIO, posteriormente señaló haberse puesto de acuerdo sobre dicho precio. En efecto, el 29 de agosto de 2000 ELECTROSUR MEDIO comunicó a CABLE JUNIOR su decisión de dar por resuelto el contrato que había continuado rigiendo bajo los mismos términos. En respuesta a esta carta, el 19 de septiembre de 2000 CABLE JUNIOR expresó lo siguiente:

“El recurrente en todo momento tiene la plena intención de proceder a renovar el contrato respectivo e incluso las partes nos hemos puesto de acuerdo en cuanto al monto por cada poste, sino lo que falta determinarse es el plazo de duración. Por lo que al encontrarnos en tratativas de la renovación del contrato, todo aviso extrajudicial de resolución, esta interrumpido por las tratativas extrajudiciales en que nos encontramos”.

De acuerdo con todo lo anteriormente señalado, esta Secretaría 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 ni tampoco una infracción a la cláusula general contenida en el artículo 3° de dicha ley.

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 discriminación³⁹.

No toda diferencia de precios constituye una discriminación, mientras que un precio igual para todos los compradores puede resultar discriminatorio. 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 cliente⁴⁰. Así, las fluctuaciones del tipo de cambio pueden ocasionar precios

³⁹ CARLTON, D. y PERLOFF, J. Modern Industrial Organization; Addison-Wesley (2000), 277.

⁴⁰ HOVENKAMP, H. Federal Antitrust Policy, the Law of Competition and its Practice; West Group (1999), 565-567.

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 podría hablarse válidamente de una conducta discriminatoria prohibida por el Decreto Legislativo 701⁴¹.

Existen dos tipos de discriminación de precios. Por un lado, la discriminación perfecta, que se produce cuando el vendedor conoce con exactitud la disponibilidad de pago de cada cliente y le cobra a cada uno su precio de reserva⁴². De otro lado, la discriminación de precios imperfecta, en la cual 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 ineficiencias⁴³, algunos autores consideran que ninguna de ellas supone una restricción de la competencia, por lo cual cuestionan que deba analizarse como una conducta anticompetitiva⁴⁴.

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 una práctica de 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

⁴¹ 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”*.

⁴² 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.

⁴³ 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 clientes de A podrían pagar 8 por unidades adicionales y sin embargo no son atendidos a ese precio y se atiende a quienes pagan sólo 7); y (iii) los consumidores pueden incurrir en costos adicionales para obtener mejores precios sin que ello beneficia al proveedor que aplica la discriminación. Ver CARLTON y PERLOFF, Op. Cit., 289-290.

⁴⁴ HOVENKAMP, Op. Cit., 569-570.

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, en principio, ELECTROSUR MEDIO contaría 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 si ELECTROSUR MEDIO tenía los medios para impedir cualquier transacción adicional a la inicialmente pactada sobre dicho bien, puesto que ni CABLE JUNIOR ni otras empresas de cable podrían haber subarrendado el uso o cedido la posición contractual a un tercero sin contar con su autorización⁴⁵.

Finalmente, respecto de la información con que cuenta ELECTROSUR MEDIO 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 en el presente caso, 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 ELECTROSUR MEDIO 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 inicialmente aplicado a CABLE JUNIOR era el menor de ellos. Sin embargo, el precio de US \$ 2.36 que fijó para efectos de la renovación del contrato si era más alto que los precios cobrados a las otras empresas de televisión por cable, aunque seguía siendo inferior al precio cobrado a otra empresa que presta servicios públicos de telecomunicaciones (Bellsouth S.A.).

⁴⁵ Los contratos suscritos por ELECTROSUR MEDIO no contienen disposiciones al respecto y de acuerdo al Código Civil tanto el subarrendamiento como la cesión de posición contractual requieren el consentimiento del arrendador o de la contraparte, respectivamente. Al respecto, el Código Civil dispone lo siguiente:

Artículo 1435. *"Definición y requisitos. En los contratos con prestaciones no ejecutadas total o parcialmente, cualquiera de las partes puede ceder a un tercero su posición contractual. Se requiere que la otra parte preste su conformidad antes, simultáneamente o después del acuerdo de cesión".*

Artículo 1692. *"Definición de subarrendamiento. El subarrendamiento es el arrendamiento total o parcial del bien arrendado que celebra el arrendatario a favor de un tercero, a cambio de una renta, con asentimiento escrito del arrendador".*

Condiciones de los Contratos de Alquiler de Postes de ELECTROSUR MEDIO

	Precio	Plazo de Vigencia		Zona de Concesión
Cable Junior	\$1.50 + IGV	06/01/99 - 06/01/00	Vencido (sigue en uso sin pagar)	Distrito de Ica
Cable Sur S.A.C.	\$ 2.00 + IGV	24/02/00 - 24/02/01	No se renovó, contrato de duración indeterminada	Ciudad de Chincha
Bellsouth Perú S.A.	\$ 3.00 + IGV	01/03/00 - 01/03/01	Se renovó automáticamente	Provincia de Ica (incluidos distritos)
TV Radio Difusión Bahía E.I.R.L.	\$ 1.5 trimestral (según acta liquidación)	10/98 – 05/00	Sigue en uso sin pagar	Cuidad de Pisco
Cable Junior (proyecto)	\$ 2.36 + IGV	07/01/00 - 07/01/01		Distrito de Ica

Fuente: Contratos presentados por ELECTROSUR MEDIO
Elaboración: Secretaría Técnica

En cuanto a las posibles razones que podrían sustentar que se trataba de distintas transacciones que ameritaban precios diferentes o que no se trataba de clientes similares, ELECTROSUR MEDIO se ha limitado a señalar que los postes son de su propiedad y que el uso de los mismos para soporte de cables de televisión no se encuentra sujeto a regulación de precios, por lo que habiendo sido producto del acuerdo entre las partes no procede el cuestionamiento de los contratos en la vía administrativa.

Al respecto, cabe precisar que si bien el alquiler de postes para el tendido de redes de televisión por cable no se encuentra sujeto a regulación de precios, ello no significa que la propietaria de los postes pueda cobrar precios discriminatorios que coloquen a una empresa prestadora de servicios públicos de telecomunicaciones en situación desventajosa frente a otras. En tal caso, correspondería al Cuerpo Colegiado del OSIPTEL respectivo determinar si existe una práctica de discriminación de precios prohibida por el artículo 5 inciso b) del Decreto Legislativo 701 y, de ser el caso, ordenar el cese de la misma aplicando las sanciones a que hubiera lugar.

En tal sentido, luego de evaluar las razones esgrimidas por ELECTROSUR MEDIO, puede concluirse que no ha demostrado que existan razones de negocios que justifiquen la diferenciación de precios antes mencionada, por lo que correspondería analizar si como producto de ella se generó un daño a la competencia y al mercado.

Para determinar si existió un daño al mercado tendría que identificarse si como consecuencia de la práctica discriminatoria se colocó a un competidor en situación desventajosa frente a otro. Al respecto, de acuerdo a la información obtenida de la Unidad de Concesiones de Telecomunicaciones – UECT del Ministerio de Transportes, la única empresa que tiene concesión para operar en el distrito de Ica es CABLE JUNIOR. En tal sentido, la discriminación no tendría un efecto anticompetitivo, ya que, en principio, no colocaría a CABLE JUNIOR en desventaja frente a un competidor.

Sin embargo, CABLE JUNIOR enfrentaba la competencia potencial de las empresas de televisión por cable que contrataron el uso de los postes de ELECTROSUR MEDIO

en zonas distintas a Ica, que podrían haber ampliado sus servicios a esta zona, aprovechando que la empresa eléctrica les cobraba un precio menor al que aplicaba a CABLE JUNIOR por el alquiler de postes. En tal virtud, la aplicación de una política de discriminación de precios por parte de ELECTROSUR MEDIO sí podría colocar en situación de desventaja competitiva a la empresa demandante.

No obstante lo anterior, ELECTROSUR MEDIO no llegó a aplicar el precio de US\$ 2.36 a CABLE JUNIOR y esta empresa continuó utilizando los postes de la primera consignando únicamente el precio inicialmente pactado de US\$ 1.50 más IGV, inclusive después de que la demandada le comunicara su intención de dar por resuelto el contrato. De acuerdo con ello, no puede afirmarse que ELECTROSUR MEDIO haya aplicado un precio discriminatorio que generó una restricción de la competencia en el mercado relevante poniendo en situación desventajosa a la empresa demandante.

De acuerdo con todos los argumentos previamente expuestos, este Cuerpo Colegiado concluye que la tarifa que pretendió aplicar ELECTROSUR MEDIO por el uso de sus postes a la empresa CABLE JUNIOR no ha generado un trato discriminatorio prohibido por el artículo 5° inciso b) del Decreto Legislativo 701.

Adicionalmente, debe señalarse que ELECTROSUR MEDIO solicitó en sus alegatos que se condenara a la demandante al pago de costas y costos. Al respecto, el artículo 7 del Decreto Legislativo 807⁴⁶ 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 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 ELECTROSUR MEDIO antes mencionada debe ser declarada improcedente.

Finalmente, este Cuerpo Colegiado no desconoce que la utilización de postes y de otras instalaciones -tales como ductos subterráneos- constituyen un insumo importante para la prestación de diversos servicios públicos. Asimismo, como se señaló líneas arriba, existe un límite a la cantidad de estas instalaciones que pueden instalarse en una zona geográfica determinada, en tal sentido, este 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.

Debido a ello, 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.

⁴⁶ 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.

RESUELVE:

Artículo Primero.- Declarar INFUNDADA la alegación de Electro Sur Medio S.A.A. en el sentido de que el conflicto de intereses planteado ante el Cuerpo Colegiado por Cable Junior S.A. se ha sustraído del ámbito administrativo de OSIPTEL.

Artículo Segundo.- Declarar INFUNDADA la demanda interpuesta por Cable Junior S.A. contra Electro Sur Medio S.A.A. en el sentido 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.- Declarar IMPROCEDENTE la solicitud de Electro Sur Medio S.A.A. en el sentido de que se condene a la demandante al pago de costas y costos del presente proceso de solución de controversias.

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.