

Expediente 009-2001

RESOLUCIÓN N° 039-2003-CCO/OSIPTEL

Lima, 20 de enero de 2003.

El Cuerpo Colegiado a cargo de la controversia entre Empresa de Telecomunicaciones Multimedia Alfa E.I.R.L. (en adelante ALFATEL) y Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante TELEFÓNICA) por la supuesta comisión de actos contrarios al Decreto Legislativo 701 en la utilización de postes para el tendido de red de cable.

VISTOS:

El expediente N° 009-2001, correspondiente a la controversia entre ALFATEL contra TELEFÓNICA 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

1.1. Demandante

ALFATEL es una empresa privada que, mediante Resolución Ministerial N° 417-2001-MTC/15.03, de fecha 12 de setiembre de 2001, obtuvo la concesión para prestar el servicio público de distribución de radiodifusión por cable (en adelante televisión por cable) en el distrito de Ate-Vitarte, de la provincia y departamento de Lima.

1.2. Demandada

TELEFÓNICA es una empresa privada que, de acuerdo con las concesiones otorgadas por el Estado mediante contratos, brinda, entre otros, servicios públicos de telecomunicaciones de diversa índole.

El 16 de mayo de 1994, la Compañía Peruana de Teléfonos S.A. y ENTEL Perú S.A. –actualmente fusionadas en TELEFÓNICA– suscribieron dos contratos de concesión con el Estado Peruano, en virtud de los cuales TELEFÓNICA se encuentra autorizada a prestar, entre otros, los servicios públicos de telefonía y portadores locales, de larga distancia nacional y de larga distancia internacional.

II. POSICIONES DE LAS PARTES

Con fecha 29 de noviembre del año 2001, ALFATEL interpuso una demanda contra TELEFÓNICA por el supuesto ejercicio abusivo de su posición dominante al negarse a suscribir un contrato de arrendamiento de postes con la primera.

2.1. Posición de ALFATEL

ALFATEL fundamenta su demanda principalmente en virtud de los siguientes argumentos:

- a. Para prestar sus servicios, ALFATEL intentó contratar el uso de postes de TELEFÓNICA, para lo cual el 26 de setiembre de 2001 le cursó una carta en dicho sentido, sin recibir respuesta alguna.
- b. El 16 de octubre de 2001, ALFATEL reiteró su solicitud a TELEFÓNICA, la cual tampoco obtuvo respuesta de parte de esta última empresa hasta la fecha de interposición de la demanda. Esta situación causa serios perjuicios económicos a ALFATEL, por cuanto no puede iniciar sus operaciones hasta la fecha.
- c. La actitud de TELEFÓNICA de no contestar las cartas de ALFATEL constituye una negativa injustificada de contratar, figura que constituye un caso de abuso de posición de dominio sancionado por la legislación peruana.
- d. Es público y notorio que TELEFÓNICA tiene su propia empresa de televisión por cable (Cable Mágico) y es posible que desee evitar la competencia de las pequeñas empresas de televisión por cable que sólo benefician a los usuarios del servicio.
- e. La instalación de postes propios por parte de ALFATEL no resulta conveniente. En una economía como la nuestra se hace necesario abaratar costos que benefician al usuario. De imponerse a cada empresa de telecomunicaciones instalar su propia planta de postes, ello provocaría el cierre de la mayoría de ellas que se verían impedidas de asumir dichos costos, contrariando el principio de libre competencia y de promoción de la pequeña y mediana empresa.
- f. Asimismo, la instalación de postes propios por parte de las empresas de televisión por cable atentaría contra el ornato de las ciudades, por cuanto las cuadras se llenarían de postes y la población viviría prácticamente entre rejas, impidiendo la fluidez de los peatones y el uso de los garajes, afectando así la armonía visual de las ciudades.
- g. Al cobrarse una cantidad excesiva a las empresas que prestan el servicio de televisión por cable, ello sería en detrimento de mejorar la calidad del servicio que éstas prestan y atentando contra los principios de libre competencia que el ordenamiento peruano desea garantizar.

2.2. Posición de TELEFÓNICA

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

- a. La demanda de ALFATEL ha sido planteada como un supuesto caso de abuso de posición de dominio, por lo que, a fin de determinar si se ha configurado dicha figura, primero debe analizarse si TELEFÓNICA cuenta con

dicha posición. En tal sentido, se debe proceder a analizar el concepto de mercado relevante, sin embargo, su aplicación a casos concretos o su implementación a través de determinadas metodologías es controvertida.

- b. ALFATEL requiere de TELEFÓNICA el servicio de alquiler de postes, junto a todos los eventuales servicios adicionales que ello podría generar en el correspondiente mercado a delimitar.
- c. En la controversia administrativa seguida por la empresa V.O. Cable S.A. contra Luz del Sur S.A.A., mediante un análisis discrecional se estableció como único sustituto posible del servicio de alquiler de postes de la demandada al uso de infraestructura de una tercera empresa. Sin embargo, la aplicación de esta metodología está sujeta a la discrecionalidad de la administración, por lo que a efectos de reducir al máximo el grado de subjetividad en la elección del conjunto de productos que forman parte del mercado relevante es necesario que el regulador desarrolle estándares mínimos de información (e.g. mediante la elaboración de guías y cuestionarios).
- d. En el distrito de Ate-Vitarte se encuentran extendidas las redes de TELEFÓNICA y de Luz del Sur S.A.A., por lo que ALFATEL podría solicitar indistintamente el alquiler de postes de cualquiera de estas dos empresas. No obstante, esta situación no es suficiente para justificar que TELEFÓNICA participa en este mercado, más aún, considerando que TELEFÓNICA no arrienda postes e infraestructura alguna a ninguna empresa.
- e. A diferencia de TELEFÓNICA, Luz del Sur S.A.A. tiene establecida dentro de su actividad comercial el alquiler de infraestructura, tal como lo viene haciendo en diversos distritos de la ciudad de Lima, por lo que ésta se encontraría en mejores condiciones que TELEFÓNICA para la prestación del servicio.
- f. Para brindar el servicio, TELEFÓNICA tendría que incurrir en costos o riesgos adicionales debido a que, a la fecha, la capacidad de soporte de todos sus postes ubicados en Ate-Vitarte está adecuada para un nivel de carga determinado, de manera que no es posible introducir peso adicional de otros cables que no sean los de la propia empresa.
- g. Para soportar el peso de cables adicionales en sus postes, TELEFÓNICA tendría que cambiar los diseños de niveles de anclaje, en adición a una mayor inversión económica que permita reforzar las estructuras a fin de facilitar una mayor carga de soporte, lo que implica una serie de costos adicionales no previstos comercialmente por la empresa y que podrían retardar la prestación del servicio.
- h. Adicionalmente a lo anterior, se tiene que considerar el costo de mantenimiento y seguridad que tendría que trasladarse a aquellos terceros que soliciten la infraestructura en cuestión.
- i. Por estas consideraciones, TELEFÓNICA no puede ser considerada como partícipe del mercado de alquiler de postes en la medida en que existen

limitaciones técnicas, comerciales y administrativas que pueden retardar su ingreso en dicho mercado.

- j. Respecto del silencio de TELEFÓNICA al pedido de arrendamiento de infraestructura solicitado por ALFATEL, éste es legítimo y no puede ser calificado a priori como ilegal. Se debe considerar que para sancionar una negativa de trato como injustificada, se debe desprender de ella la intención de depredar el mercado, diferenciando los casos en los que la negativa es una conducta legítima derivada de razones que atañen a una mayor eficiencia y al simple ejercicio de la libertad de contratar.
- k. TELEFÓNICA no ha previsto como línea de negocio el arrendamiento de su infraestructura por las razones anteriormente expuestas, por lo que difícilmente podría intuirse en su conducta alguna intención contraria a la libre competencia. En todo caso, la omisión de respuesta a ALFATEL se justifica en el tiempo que demanda el desarrollo de una nueva línea de negocio y a la evaluación comercial y técnica de la misma.

III. PUNTO CONTROVERTIDO

De acuerdo con lo señalado por la Resolución N° 011-2002-CCO/OSIPTEL de fecha 28 de febrero de 2002, según el acta de la sesión de Audiencia de Pruebas celebrada el 13 de marzo de 2002, el punto controvertido materia de la presente controversia es el siguiente:

- Determinar si la omisión de respuesta por parte de TELEFÓNICA a la solicitud de alquiler de postes formulada por ALFATEL, constituye una negativa injustificada a contratar y por lo tanto un supuesto de abuso de posición de dominio de acuerdo con el inciso a) del artículo 5° del Decreto Legislativo 701.

IV. CUESTIONES PROBATORIAS

4. 1. Tacha interpuesta por TELEFONICA

Mediante Escrito N° 03, de fecha 18 de enero de 2002, ALFATEL ofreció en calidad de medios probatorios extemporáneos las siguientes comunicaciones:

- Carta de TELEFONICA a Cable Junior de fecha 26 de agosto de 1998, a través de la cual da respuesta a la solicitud efectuada por dicha empresa para el arrendamiento de sus postes.
- Carta de TELEFÓNICA a Cab Cable S.A. de fecha 15 de marzo de 1999, a través de la cual da respuesta a la solicitud efectuada por dicha empresa para el arrendamiento de sus postes.

Mediante escrito N° 3 de fecha 31 de enero de 2002, TELEFONICA presentó tacha en contra de las cartas presentadas por ALFATEL.

Fundamentó dichas tachas en lo dispuesto por el artículo 429° del Código Procesal Civil, conforme al cual sólo pueden ser ofrecidos medios probatorios referidos a hechos nuevos. Al respecto, señaló que las comunicaciones

presentadas por ALFATEL no se referían a hechos nuevos, pues las cartas son de fecha anterior a la presentación del escrito de demanda y en este sentido, pudieron ser presentadas en el referido escrito.

Mediante Escrito N° 05 de fecha 11 de febrero de 2002, ALFATEL absolvió el traslado de las tachas señalando que si bien los medios probatorios presentados no se referían a hechos nuevos, sí hacían referencia a hechos mencionados por TELEFONICA al momento de contestar la demanda.

De acuerdo a lo previsto en los artículos 242°¹ y 243°² del Código Procesal Civil un documento no tendrá eficacia probatoria si se declara fundada una tacha, debido a que se ha demostrado la falsedad o nulidad del documento.

En este sentido, para declarar fundada una tacha debe acreditarse que el documento tachado es falso o se encuentra incurso en una causal de nulidad. Ello implica que constituye un requisito de procedencia de las tachas que las mismas se fundamenten en la nulidad o en la falsedad de los documentos presentados por la otra parte.

En este caso, al presentar la tacha, TELEFONICA no ha alegado ni la nulidad ni la falsedad de los documentos presentados por ALFATEL, sino que ha cuestionado la oportunidad de la presentación de dichos documentos.

Por lo expuesto, el Cuerpo Colegiado considera que la tacha presentada debe ser declarada IMPROCEDENTE.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe agregar que el Cuerpo Colegiado considera que el artículo 429° del Código Procesal Civil recoge dos supuestos en los que pueden ser presentados medios probatorios extemporáneos, por un lado, cuando los mismos se refieren a hechos nuevos y, por otro, cuando se refieren a hechos mencionados por la otra parte en la contestación de la demanda.

Siendo que en la contestación de la demanda TELEFONICA señaló que la demora en la respuesta a ALFATEL se encontraba justificada en el tiempo que requería evaluar una nueva línea de negocio³, puede concluirse que los documentos presentados por ALFATEL en calidad de medios probatorios extemporáneos estuvieron destinados a rebatir el argumento planteado por TELEFONICA en su contestación de la demanda⁴.

¹ Artículo 242. “Ineficacia por falsedad de documento.- Si se declara fundada la tacha de un documento por haberse probado su falsedad, no tendrá eficacia probatoria. Si en proceso penal se establece la falsedad de un documento, éste carece de eficacia probatoria en cualquier proceso civil”.

² Artículo 243. “Ineficacia por nulidad de documento.- Cuando en un documento resulte manifiesta la ausencia de una formalidad esencial que la ley prescribe bajo sanción de nulidad, aquel carece de eficacia probatoria. Esta declaración de ineficacia podrá ser de oficio o como consecuencia de una tacha fundada”.

³ En la página 20 de su escrito de contestación, TELEFONICA señaló específicamente lo siguiente: “En todo caso, la omisión de respuesta a ALFATEL se justifica en el tiempo que demanda el desarrollo de una nueva línea de negocio y la evaluación comercial y técnica de la misma”.

⁴ En efecto, al presentar los medios probatorios extemporáneos, ALFATEL hace expresa referencia a la justificación planteada por TELEFONICA en su contestación de la demanda en relación con su omisión de dar respuesta a la solicitud efectuada por ALFATEL. Al respecto, señaló lo siguiente: “Entendemos que TELEFONICA pretende que desconocen el servicio de uso de postes y por ello, al estar evaluando comercial y técnicamente la factibilidad, tiene un plazo indeterminado para contestar. Ello, aparte de lógico, es falso. TELEFONICA contesta peticiones en el

4.2. Tachas presentadas por ALFATEL

4.2.1. Tacha interpuesta mediante escrito N° 10

Mediante Resolución N° 018-2002-CCO/OSIPTEL se incorporó como medio probatorio de oficio la información presentada por TELEFONICA y MULTIMEDIA (cartas de fecha 26 de marzo de 2002) en la que se acompaña el Contrato de Arrendamiento de red suscrito entre ambas empresas. Estas cartas fueron presentadas en respuesta al requerimiento de información efectuado por la Secretaría Técnica mediante Oficio N° 088/2002-ST.

Mediante escrito N° 10 ALFATEL interpuso tacha contra los documentos presentados (Cartas de fecha 26 de marzo de 2002 y Contrato de Arrendamiento de red).

ALFATEL fundamentó su tacha en el hecho que TELEFÓNICA señaló durante el proceso que no arrendaba sus postes a ninguna otra empresa, solo sugirió la existencia de un acuerdo con MULTIMEDIA, por lo que la demandante consideraba que el mencionado contrato era fraguado.

En relación con las cartas presentadas por TELEFÓNICA y MULTIMEDIA, señaló que tenían la misma numeración que anteriores comunicaciones emitidas por dichas empresas y por ello se trataría también de documentos fraguados, pues la numeración de las comunicaciones no se puede duplicar.

Mediante escrito N°4 de fecha 20 de mayo de 2002, TELEFONICA absolvió el traslado de las tachas. Señaló que no se podía plantear una misma tacha contra documentos presentados por distintas empresas.

En relación con el contrato de arrendamiento de red celebrado con MULTIMEDIA señaló que su existencia era fácilmente comprobable puesto que de él se derivan obligaciones para ambas partes cuyo cumplimiento puede ser verificado a través de los pagos realizados y las facturas emitidas.

Finalmente, indicó que los documentos presentados tienen el carácter de declaración jurada y, por lo tanto, deben ser considerados como ciertos mientras no se demuestre su falsedad.

Al respecto, de acuerdo con lo señalado en párrafos precedentes, el Cuerpo Colegiado considera que para declarar fundada una tacha debe probarse la nulidad o falsedad de un documento.

En relación con el Contrato de Arrendamiento de Red, los argumentos expuestos por ALFATEL no permiten considerar como falso el contrato, más aun teniendo en cuenta que el mismo ha sido presentado por TELEFONICA dentro del procedimiento y que además, se ha comprobado que las obligaciones derivadas de dicho contrato son ejecutadas por las partes, a través de una verificación

mismo sentido, en un término breve. Como prueba de la falsedad de la afirmación de TELEFONICA ofrecemos como medio probatorio extemporáneo(...)".

realizada por la Gerencia de Fiscalización del OSIPTEL a pedido de la Secretaría Técnica.

En relación con la duplicación de numeración que presentarían las cartas de TELEFONICA, corresponde señalar que la misma podría atribuirse a errores materiales. En este sentido, la existencia de dichos errores no acarrea la falsedad ni la nulidad de los documentos presentados. Al no haber presentado ALFATEL argumentos adicionales que puedan contribuir a probar la falsedad de la información presentada por TELEFÓNICA, la misma debe considerarse como cierta.

Por lo expuesto, el Cuerpo Colegiado considera que las tachas presentadas por ALFATEL mediante Escrito N° 10 deben declararse INFUNDADAS.

4.2.2. Tachas presentadas mediante Escritos N° 11 y N° 13

Mediante Resolución N° 018-2002-CCO/OSIPTEL se incorporó como medio probatorio de oficio la información presentada por TELEFONICA (carta de fecha 18 de abril de 2002) referida al detalle del estado de los postes de su propiedad en la zona de Huaycán. Esta carta fue presentada en respuesta al requerimiento de información efectuado por la Secretaría Técnica mediante Oficio N° 087/2002-ST.

Mediante Resolución N° 022-2002-CCO/OSIPTEL de fecha 17 de junio de 2002 se incorporó como medio probatorio de oficio la información presentada por TELEFONICA (Carta de fecha 31 de mayo de 2002) consistente en un diagrama en el que se señalan las etapas involucradas en la prestación del servicio de arrendamiento de red. Asimismo presentó copias de una norma técnica elaborada por la empresa denominada "Diseño de líneas de postería y anclaje". Esta información fue presentada en respuesta al requerimiento de información efectuado por la Secretaría Técnica mediante Oficio N° 150/2002-ST.

Mediante Escrito N° 11, ALFATEL presenta TACHA contra el medio probatorio incorporado de oficio mediante Resolución 018-2002-CCO/OSIPTEL, calificándolo de falso y nulo.

Asimismo, mediante Escrito N° 13 ALFATEL interpuso TACHA contra el medio probatorio incorporado de oficio mediante Resolución 022-2002-CCO/OSIPTEL calificando como falsos y nulos los documentos presentados.

Los fundamentos de las dos tachas presentadas fueron los siguientes:

- Los documentos presentados por TELEFONICA habían sido suscritos por una abogada que carecía de calidades profesionales para ello, pues no era una profesional competente en la materia.
- Al ser público y notorio que MULTIMEDIA utiliza los postes de TELEFONICA para prestar el servicio de radiodifusión por cable, resultaba extraño que sólo los postes de Huaycán presenten riesgos para ser usados por otras empresas, pues ello implicaría afirmar que en los otros distritos se estaría poniendo en riesgo la integridad o la vida de la ciudadanía.

- En los informes sólo se había analizado la capacidad de los postes de Huaycán, cuando el mercado relevante es Ate Vitarte, de acuerdo al área de concesión otorgada a ALFATEL.

TELEFONICA no absolvió el traslado de estas tachas.

Conforme a lo previsto por el artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aplicable supletoriamente en virtud de lo señalado en la Segunda Disposición Final del Reglamento de Controversias, se presume que los documentos y declaraciones formuladas por los administrados responden a la verdad de los hechos que ellos afirman. Asimismo, de acuerdo al artículo 29º del Reglamento de Controversias, toda la información que se presente o proporcione a los funcionarios de las instancias de solución de controversias de OSIPTEL tendrá el carácter de declaración jurada.

En este sentido, la información presentada por las empresas dentro de los procedimientos de Solución de Controversias se presumirá como cierta, mientras no se pruebe lo contrario. La carga de la prueba recaerá en quien cuestione su validez.

En relación con el primer argumento planteado por ALFATEL, corresponde señalar que el hecho de que los informes técnicos presentados por TELEFONICA se encuentren suscritos por una abogada, no resulta un argumento válido para cuestionar la veracidad de la información contenida en los mismos. En este sentido, al no haberse presentado ningún argumento adicional destinado a probar la falsedad de la información presentada por TELEFONICA a través de los referidos informes, la misma debe considerarse como válida y veraz.

En relación con los demás argumentos planteados por ALFATEL, el Cuerpo Colegiado considera que los mismos no se encuentran destinados a cuestionar la existencia o veracidad de los documentos presentados por TELEFONICA y de la información en ellos contenida. Por el contrario, los argumentos utilizados representan la posición de ALFATEL sobre algunos aspectos de los temas materia de controversia que serán analizados posteriormente. En este sentido, no corresponde pronunciarse sobre ellos al momento de evaluar la solicitud de tacha.

Por lo expuesto, el Cuerpo Colegiado considera que deben declararse INFUNDADAS las tachas presentadas por ALFATEL mediante escrito N° 11 y escrito N° 13.

V. MERCADO RELEVANTE Y POSICIÓN DE DOMINIO

El punto controvertido de la presente controversia supone determinar si TELEFÓNICA se ha negado, de manera injustificada, a satisfacer la demanda de alquiler de sus postes a la empresa ALFATEL, incurriendo así en un supuesto caso de abuso de posición de dominio de acuerdo con el literal a) del artículo 5º del Decreto Legislativo 701.

Al respecto, el artículo 5º del Decreto Legislativo 701 establece que: *“Se considera que existe abuso de posición de dominio en el mercado, cuando una o más empresas que*

se encuentran en la situación descrita en el artículo anterior, actúan de manera indebida, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros que no hubieran sido posibles de no existir la posición de dominio (...)“

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

De lo expuesto en los párrafos anteriores se concluye que, a fin de determinar si la supuesta negativa de TELEFÓNICA de satisfacer la demanda de alquiler de sus postes a ALFATEL constituye un supuesto de abuso de posición de dominio, primero debe analizarse si la demandada cuenta con dicha posición. Para ello, de conformidad con lo establecido en los Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Libre Competencia en el Ambito de las Telecomunicaciones⁵ (en adelante LINEAMIENTOS), corresponde efectuar un análisis en dos etapas:

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

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

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

5.1. Mercado relevante

De conformidad con los LINEAMIENTOS, el mercado relevante es el área geográfica sobre la base de la cual se va a definir la participación de una empresa en el mercado, el nivel comercial y los productos o servicios que deben ser considerados sustitutos adecuados. Los principales factores que deben analizarse para la determinación del mercado relevante son: i) el producto o servicio; ii) el ámbito geográfico; y, iii) el nivel comercial.

Al respecto, el Cuerpo Colegiado entiende que el servicio en cuestión es el arrendamiento de espacio en los postes que TELEFONICA tiene instalados en la zona de Huaycán a ALFATEL para el tendido de su red de cable.

ALFATEL señaló dentro del procedimiento que TELEFONICA participaba en el mercado relevante como proveedor en tanto que era público y notorio que Telefónica Multimedia S.A.C. (en adelante, MULTIMEDIA) utilizaba los postes de TELEFONICA para instalar sus redes de televisión por cable.

⁵ Aprobados mediante la Resolución N° 003-2000-CD/OSIPTEL y publicados en el diario oficial El Peruano el 8 de febrero de 2000.

Sin embargo, como producto de la información presentada y de las verificaciones efectuadas durante el procedimiento⁶, puede concluirse que TELEFÓNICA brinda el servicio de transporte de señal a MULTIMEDIA a través de su infraestructura de red y no el servicio de arrendamiento de postes, como afirma ALFATEL.

De otro lado, TELEFÓNICA ha señalado en su contestación de la demanda que ALFATEL requería el servicio de alquiler de postes y que si bien ella contaba con infraestructura de postes en el distrito de Ate-Vitarte, ello no era suficiente para considerarla como parte del mercado, debido a que TELEFÓNICA no ha efectuado oferta alguna al respecto y tampoco ha previsto ingresar a dicho mercado. Señaló en este sentido que no debe confundirse el hecho de contar con determinadas infraestructuras, con la participación de su propietario en el mercado de alquiler de tales bienes. TELEFÓNICA reiteró dichos argumentos en sus alegatos, señalando que no participa en el mercado de postes porque no fija ningún precio ni desarrolla ninguna conducta que la coloque en una situación de competencia con las demás empresas que prestan el servicio de arrendamiento de postes.

No obstante lo señalado por TELEFÓNICA, debe tenerse en cuenta que la metodología de definición del mercado relevante señala que pueden considerarse incluidos en el mismo bienes de empresas que no participan en el mercado, es decir empresas que suministren bienes no idénticos al requerido⁷ o que se encuentren en zonas distintas a aquellas en las que se ubica el proveedor que estaría cometiendo la práctica, pero dentro del área del mercado geográfico relevante⁸. Esta forma de determinación del mercado relevante no sólo es reconocida como válida, sino que se recomienda utilizarla a fin de definir correctamente el mercado para cada controversia⁹.

Adicionalmente a ello, debe agregarse que TELEFONICA podría tener incentivos para obstaculizar el ingreso de nuevas empresas al mercado de televisión por

⁶ Dentro del procedimiento, la Secretaría Técnica requirió a TELEFONICA y a MULTIMEDIA que informaran si tenían celebrado con alguna empresa un contrato para el arrendamiento de sus postes. Ambas empresas dieron respuesta a lo solicitado manifestando que habían suscrito un contrato de arrendamiento de red en virtud del cual TELEFÓNICA transportaba las señales de radiodifusión de MULTIMEDIA. En este sentido, ambas empresas afirmaron que esta última empresa no arrendaba los postes de la demandada para instalar su red de cable. Adicionalmente, TELEFÓNICA señaló que no permitía el uso de sus postes bajo cualquier modalidad a ninguna empresa ajena a ella. Para constatar lo afirmado por ambas empresas, la Secretaría Técnica les requirió que presenten copia del contrato de arrendamiento de red. De acuerdo con dicho contrato, TELEFÓNICA arrienda a TELEFÓNICA la capacidad de transporte de su red pública de telecomunicaciones para la prestación del servicio de televisión por cable en el ámbito en que la segunda empresa tenga concesión. A solicitud de la Secretaría Técnica, la Gerencia de Fiscalización de OSIPTEL verificó que TELEFÓNICA brindaba el servicio de transporte de señal a MULTIMEDIA.

⁷ Por ejemplo, dentro de un procedimiento por denuncia de abuso de posición de dominio en el mercado de betunes, la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI también consideró dentro del mercado relevante a empresas que producían ceras (Resolución N° 003-98-CLC/INDECOPI, de fecha 26 de agosto de 1998, Inter American Trade Development Company – INTRADEVCO S.A. contra Reckitt y Colman del Perú S.A., por presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de precios predatorios).

⁸ Por ejemplo, dentro de un procedimiento por denuncia de abuso de posición de dominio en el mercado de estaño concentrado peruano, la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI también consideró dentro del mercado relevante a empresas que producían dicho bien en Bolivia (Resolución N° 066.96-INDECOPI/CLC, de fecha 17 de julio de 1996, Fundición de Metales Bera contra Minsur S.A., por presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de venta).

⁹ Entre otros, puede revisarse: LANDES, W. y POSNER, R., "Market Power in Antitrust Cases" en: Harvard Law Review, 1981, Vol 94, N° 5, p. 960-972. KONRATH, Craig. Guía Práctica para la Ejecución de la Ley Antimonopolio para una Economía en Transición. Colombia, s/f, ps.96-104.

cable y desarrollar conductas de exclusión de rivales debido a que MULTIMEDIA, su empresa vinculada, participa en dicho mercado. Si bien MULTIMEDIA no presta actualmente el servicio de televisión por cable en la zona de Huaycán, tiene concesión para prestarlo en todo el departamento de Lima¹⁰, por lo que no existe limitación para que pueda hacerlo en el futuro.

De acuerdo con lo expresado, el Cuerpo Colegiado considera que TELEFONICA participa en el mercado de arrendamiento de postes, aun cuando no haya arrendado previamente su red de postes a ninguna empresa, puesto que cuenta con una red de postes tendida en la zona de Huaycán, por lo que aun cuando no se dedique a prestar el servicio de arrendamiento de postes, potencialmente podría hacerlo. Asimismo, concluye que la demandada tendría incentivos para limitar el acceso de nuevos agentes al mercado de televisión por cable, en tanto una empresa de su mismo grupo económico participa en dicho mercado.

Adicionalmente, considerando que el uso de los postes constituye un insumo para la prestación del servicio de televisión por cable y que sólo permite ofrecer dicho servicio en los domicilios ubicados en las zonas adyacentes al área en que se encuentran instalados los postes requeridos, debe entenderse que el interés de ALFATEL es prestar servicios de televisión por cable a los residentes de Huaycán domiciliados en el área adyacente a la red de postes de TELEFÓNICA. Siendo ello así, el Cuerpo Colegiado considera que el nivel de sustitución del servicio en cuestión y la delimitación del mercado geográfico para la presente controversia deben analizarse en función a la cobertura de la red de postes de TELEFÓNICA.

5.1.1. Servicio relevante

Para definir el servicio relevante en la presente controversia corresponde analizar cuáles podrían ser los sustitutos del servicio de arrendamiento de postes de TELEFÓNICA que permitan a ALFATEL ofrecer el servicio de televisión por cable en la zona de Huaycán.

a) Postes propios

En principio, la instalación y utilización de postes propios por parte de ALFATEL podría considerarse sustituto de la utilización de postes de TELEFÓNICA, en tanto que a través de ellos la demandante podría prestar sus servicios sin necesidad de recurrir a una tercera empresa para colocar sus cables y equipos. Desde el punto de vista técnico, esta alternativa podría considerarse válida, en tanto que el uso que le daría ALFATEL a sus propios postes sería similar al servicio en cuestión.

Sin embargo, para determinar si un bien es sustituto de otro, no basta que la sustitución sea técnicamente factible, sino que resulta necesario determinar si existen posibilidades reales de sustitución económica. Ello supone determinar si instalar postes propios resulta una alternativa económicamente viable para ALFATEL.

¹⁰ De acuerdo a lo informado por la Unidad Especializada en Concesiones en Telecomunicaciones mediante Oficio N° 545-2002-MTC/15.03 de fecha 13 de mayo de 2002.

Al respecto, si bien en algunos casos las municipalidades establecen limitaciones para el tendido de postes relacionadas con el ornato de las ciudades¹¹, no se tiene conocimiento que la Municipalidad Distrital de Ate, autoridad competente para establecer este tipo de restricciones en la zona de Huaycán haya impuesto algún tipo de limitación para la instalación de nuevos postes en su jurisdicción¹², por lo que la instalación de postes propios no enfrentaría esta limitación.

En cuanto a los plazos y costos relacionados con la instalación de postes propios, el Cuerpo Colegiado considera que la misma no sería viable al menos en el corto plazo, pues los estudios técnicos que deban elaborarse, las licencias que deben obtenerse, la negociación de los contratos de adquisición de los postes y la instalación misma de la infraestructura pueden implicar plazos relativamente prolongados¹³. Asimismo, la instalación de postes propios resulta más costosa para un operador entrante que el arrendamiento de la infraestructura de postes de una tercera empresa que ya los tenga instalados.

TELEFÓNICA ha señalado en sus alegatos que la adquisición y obtención de licencias y autorizaciones para dicha instalación puede hacerse en paralelo, reduciéndose así el plazo requerido. También, ha sostenido que no se ha definido cuánto demoraría la instalación de postes propios. Asimismo, la demandada afirmó que no existe sustento para considerar que la instalación de postes propios constituye un alternativa más cara que el arrendar postes de una tercera empresa.

Sin embargo, el Cuerpo Colegiado considera que lo relevante a efectos del análisis de sustitución es determinar si existen hechos que limitan dicha sustitución en un plazo razonable, dado que ello podría hacer que la sustitución no fuera posible en lo económico. En tal sentido, dadas las características de la instalación de una red de postes, los factores antes señalados limitarían la posibilidad de que ALFATEL instale postes propios en lo inmediato, lo que no significa que se trate de una opción imposible, sino que dicha alternativa no podría darse en el corto plazo y que ello limita el nivel de sustitución del servicio en cuestión.

¹¹ El espacio físico en que pueden ser colocados los postes dentro de una ciudad –calles y avenidas– es un recurso limitado en el que no es posible instalar innumerables redes. Si se instalaran demasiadas redes de postes paralelas entre sí y pertenecientes a distintas empresas, se saturaría el espacio existente en las calles y avenidas, afectando o impidiendo incluso el tránsito de los habitantes y el acceso a los inmuebles. Debido a ello, las municipalidades pueden establecer restricciones para la instalación de postes pertenecientes a nuevas empresas, con la finalidad de administrar eficientemente el espacio que conforma su jurisdicción, evitando así elementos que pudieran generar desorden o afectar el ornato de la ciudad.

¹² En el procedimiento seguido por la empresa V.O. Cable S.A. contra Luz del Sur S.A.A. relacionado también con el uso de postes para prestar el servicio de televisión por cable en Huaycán, dicha Municipalidad señaló que no existía prohibición para instalar nuevos postes en el distrito de Ate-Vitarte, pero que debían cumplirse las disposiciones contenidas en el Reglamento Nacional de Construcción. Si bien en el presente procedimiento no se ha podido obtener información al respecto de parte de dicha Municipalidad, a pesar de habérselo solicitado hasta en dos oportunidades, se considerará que lo anteriormente señalado por la Municipalidad de Ate-Vitarte no ha variado.

¹³ Este aspecto también ha sido tomado en cuenta por la agencia antimonopolio de la República de Venezuela: “*En el corto plazo, los usuarios de este servicio, las empresas del sector de telecomunicaciones, no tienen otras alternativas para la instalación de sus redes, aunque en el mediano o largo plazo, pudiesen construir sus propios postes y así eliminar su dependencia de los postes propiedad de las empresas eléctricas. Lo anterior significa que, en el corto plazo, no existen otros sistemas que puedan competir con las redes de postes que posean las compañías eléctricas, lo cual es equivalente a decir que no existen otros productos que estén incluidos en el mismo mercado producto.*” Resolución N° SPPLC/034-99, del 29 de junio de 1999, emitida por la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia de la República de Venezuela.

Igualmente, la instalación de postes propios puede considerarse un costo hundido para una empresa que se dedica únicamente a la prestación de servicios de televisión por cable, en tanto no podría darles otro uso alternativo si saliera del mercado. Esto resulta corroborado por el hecho de que casi la totalidad de empresas de televisión por cable que operan actualmente utilizan la infraestructura de postes de terceras empresas en lugar de optar por la instalación de postes propios. Este hecho no tendría porqué ser distinto en la zona de Huaycán, en especial dadas las condiciones socio-económicas que actualmente existen en la misma.

Sobre el particular, TELEFONICA ha sostenido en sus alegatos que existen empresas que han instalado su propia red de cables para prestar el servicio de televisión por cable (Yomel, Cable Junior, Telecable Siglo XXI), lo que demostraría que es posible ingresar al mercado realizando esas inversiones y que las mismas no son excesivamente onerosas.

No obstante, debe precisarse que si bien existen empresas de televisión por cable que han instalado postes propios, se trata de un número sumamente reducido – cuatro de las 138 empresas que cuentan con concesión para prestar el servicio de televisión por cable en el Perú¹⁴, por lo que no puede considerarse que tales casos sean lo común sino solamente que se trata de una excepción. Más aún, si se tiene en cuenta que dichas empresas utilizan postes propios sólo en una parte de su red y que para las otras partes de su red arriendan postes de terceras empresas, tal como lo reconoce la propia TELEFÓNICA en sus alegatos¹⁵.

Finalmente, cabe agregar que en sus alegatos TELEFONICA también afirmó que ALFATEL no ha mostrado apremio por utilizar sus postes durante el procedimiento y que hasta el momento no cuenta con infraestructura instalada, por lo que no podría prestar el servicio en el corto plazo. Asimismo afirmó que el informe instructivo habría concluido que se presentan economías de escala en la instalación de postes propios y que para TELEFONICA el arrendamiento de sus postes presentaría deseconomías de escala, puesto que tendría que redimensionar su planta externa.

Al respecto, el Cuerpo Colegiado considera que tales argumentos no son pertinentes para analizar el nivel de sustitución por postes propios. Además, cree necesario precisar que el informe instructivo no ha señalado que la instalación de postes propios presente economías de escala.

De acuerdo con lo anterior, se concluye que los factores relacionados con el tiempo para la instalación de postes propios, el carácter de costo hundido de la inversión en postes propios y la evidencia existente sobre uso de postes de terceras empresas por las operadoras de televisión por cable, llevan a la conclusión de que la utilización de postes propios no constituye un sustituto de la utilización del servicio en cuestión.

¹⁴ De acuerdo a l Registro de la Unidad Especializada en Concesiones en Telecomunicaciones, a agosto de 2002, 138 empresas contaban con concesión para prestar el servicio de radiodifusión por cable.

¹⁵ TELEFONICA señaló lo siguiente: “Asimismo, en la ciudad de Ica la empresa Cable Junior ha instalado postes propios en algunas zonas de la ciudad de Ica para la prestación del servicio de televisión por cable” (el subrayado es nuestro). Por otro lado, la empresa Telecable Siglo XXI solo tiene postes propios para los cables de acometida.

b) Postes de otra empresa

Las empresas concesionarias de distribución eléctrica cuentan con una red de postes utilizados para el alumbrado público de las ciudades. De acuerdo al marco legal, en cada zona o área de concesión sólo puede existir una empresa de distribución eléctrica que preste el servicio público de suministro eléctrico. En el caso del distrito de Ate-Vitarte, la empresa concesionaria de distribución eléctrica es Luz del Sur S.A.A.

Los servicios de suministro de energía eléctrica al usuario final y alumbrado público son prestados a través de cables tendidos en canalizaciones subterráneas y en postes. De acuerdo con la información con que se cuenta, Luz del Sur S.A.A. tiene capacidad disponible para el arrendamiento de sus postes de Huaycán. Adicionalmente, también tiene contratos de arrendamiento de postes con empresas operadoras del servicio de televisión por cable en otros distritos como San Isidro, La Molina, Jesús María, Miraflores y el Centro de Lima¹⁶.

Como ya se ha señalado previamente, el servicio en cuestión es requerido por ALFATEL para prestar el servicio de televisión por cable con la misma cobertura que tiene la red de TELEFÓNICA. La red de distribución eléctrica de Luz del Sur S.A.A. se encuentra tendida en la misma área que la de TELEFÓNICA.

De acuerdo con ello, los postes que tiene instalados Luz del Sur S.A.A. en Huaycán tienen la misma cobertura que los de TELEFÓNICA Y contarían con capacidad para soportar la infraestructura de cables y equipos de una empresa de televisión por cable como ALFATEL, por lo que pueden considerarse que constituyen un sustituto del arrendamiento de postes de TELEFÓNICA. En otras palabras, la red de postes de Luz del Sur S.A.A. constituye sustituto del servicio en cuestión en la medida que se encuentra ubicada en el área de cobertura de TELEFÓNICA.

c) Otras modalidades de difusión

Según el artículo 89 del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, el servicio de televisión por cable, además de la modalidad de cable alámbrico puede ser prestado en dos modalidades: i) modalidad de sistema de distribución multicanal multipunto (MMDS); y, ii) modalidad de difusión directa por satélite (televisión satelital).

En relación con la modalidad MMDS, la misma utiliza el espectro radioeléctrico, por lo que la empresa que pretendiera utilizar dicha modalidad requeriría que se le otorgue mediante concurso público el permiso de uso correspondiente y, una vez obtenido éste, pagar el canon por uso de espectro radioeléctrico. Lo anterior, unido a los equipos receptores que requieren los usuarios, eleva los costos de esta modalidad frente a la de cable físico. Adicionalmente, debe considerarse que el espectro radioeléctrico asignado para la prestación del servicio a través de la

¹⁶ En el marco del expediente de solución de controversias N° 006-2000, seguido ante OSIPTTEL previamente, se concluyó que los postes de Luz del Sur S.A.A. ubicados en Huaycán contaban con capacidad para la instalación de cables y equipos de empresas de televisión por cable. Este procedimiento concluyó en primera instancia administrativa con la Resolución N° 032-2001-CCO/OSIPTTEL, publicada en El Peruano el 16 de junio de 2001.

modalidad MMDS ya ha sido atribuido a otras empresas en la zona de Lima y Callao, por lo que no podría considerarse un sustituto del servicio en cuestión.

TELEFÓNICA ha señalado en sus alegatos que el sistema MMDS podría funcionar como un sustituto del cable alámbrico en la medida que no tiene mayores costos que dicho servicio. No obstante ello, reconoce que existen barreras de entrada para la prestación del servicio relacionadas con la falta de subastas para otorgar la concesión necesaria para prestar el servicio, pero que dichas barreras son atribuibles al estado.

Al respecto, debe precisarse que no es relevante a quien son atribuibles las barreras de acceso que limitan la posibilidad de sustitución del sistema MMDS. En este sentido, la falta de convocatoria a subasta de concesiones para la prestación del servicio de televisión por cable bajo la modalidad MMDS constituye una barrera de entrada para la prestación de este servicio y, en esa medida, permite concluir que el MMDS no pueda considerarse como un sustituto del servicio en cuestión.

Por otro lado, en relación con la televisión satelital, debe señalarse que el satélite transmite las señales de forma que “alumbrá” una amplia extensión territorial, por lo que la inversión que se hace en esta modalidad suele ser rentable si se utiliza para brindar servicios en grandes áreas geográficas, por ejemplo, un país entero. En tal sentido, esta modalidad no resultaría adecuada para brindar servicios en zonas más pequeñas, como la que corresponde a la concesión de ALFATEL. Adicionalmente, también implica costos mayores para el usuario final, quien debe cubrir costos de única vez de aproximadamente US\$ 200.00.

Por lo tanto, si bien las tecnologías MMDS o satelital podrían considerarse en términos técnicos como sustitutos de la televisión por medios físicos y, consecuentemente, de la utilización de postes por ALFATEL, existen otros factores que impiden dicha sustitución.

d) Servicio de arrendamiento de red

De acuerdo con la información que obra en el expediente, ALFATEL no ha iniciado aún sus actividades en el mercado de televisión por cable. Tomando esto en cuenta y asumiendo que ALFATEL no hubiera adquirido equipos y cables para ser instalados en la red de postes de una tercera empresa, como TELEFÓNICA, la demandante se encontraría en posibilidad de optar por contratar el servicio de transporte de señal de TELEFÓNICA, como lo hace MULTIMEDIA.

En efecto, si ALFATEL no hubiera invertido en la compra de equipos y redes de cable para prestar sus servicios, podría utilizar tales recursos en pagar el servicio de transporte de señal de TELEFÓNICA, sin necesidad de recurrir al arrendamiento de postes. Por el contrario, si la demandante ya hubiera realizado dicha compra, no sería viable la sustitución, ya que además de dejar inmovilizados los recursos invertidos tendría que pagar por el servicio de transporte de señal.

Bajo tal supuesto, el servicio de arrendamiento de red, que supone el transporte de señal a través de una infraestructura de red de telecomunicaciones, como el

que presta TELEFÓNICA a MULTIMEDIA, podría considerarse sustituto del servicio en cuestión para prestar el servicio de televisión por cable.

Si bien podría considerarse que las empresas de distribución de energía eléctrica también estarían en capacidad de brindar el servicio de transporte de señal a través de sus redes, considerando el fenómeno de la convergencia de redes eléctricas y de telecomunicaciones¹⁷, no existe evidencia que indique que tal servicio se haya prestado en el Perú. Además, es probable que la implementación de las medidas necesarias para que las empresas eléctricas se encuentren en condiciones de brindar este servicio no sería inmediata, a diferencia de lo que sucede con TELEFÓNICA quien actualmente brinda este servicio a MULTIMEDIA.

La demandada ha señalado en sus alegatos que el servicio de arrendamiento de red no puede considerarse un sustituto del servicio en cuestión porque las solicitudes de ALFATEL se referían al arrendamiento de los postes de TELEFÓNICA, por lo que resulta evidente que ya ha optado por dicha modalidad de prestación del servicio.

Al respecto, el hecho de que las solicitudes de ALFATEL estuvieran referidas al arrendamiento de postes de TELEFÓNICA no elimina la posibilidad de que el uso de postes pueda ser sustituido por el servicio de transporte de señal. Cabe agregar que la propia TELEFÓNICA ha señalado en sus alegatos que ALFATEL aún no tendría instalada su cabecera en Huaycán, con lo cual es mayor la probabilidad de que la demandante aún no haya efectuado la inversión bajo comentario.

Por ello, el servicio de transporte de señal -arrendamiento de red- puede considerarse sustituto del servicio en cuestión en el caso particular antes señalado.

Considerando los argumentos expresados en los acápites anteriores, el Cuerpo Colegiado concluye que **el servicio relevante** para la presente controversia está conformado por la utilización de postes de TELEFÓNICA y de Luz del Sur S.A.A. en la zona de Huaycán, así como por el servicio de arrendamiento de red (transporte de señal), siempre que ALFATEL no hubiera efectuado las inversiones para prestar sus servicios a través de cables y equipos propios.

¹⁷ 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 postera de la empresa eléctrica:

ESCENARIOS	Uso de los mismos cables de energía	Uso de la infraestructura de postera
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).

5.1.2. Mercado geográfico

Habiéndose identificado el servicio relevante para la presente controversia en función de los sustitutos del servicio en cuestión, corresponde delimitar el área geográfica donde se ofrece el servicio relevante¹⁸. Para ello se requiere delimitar el espacio en el cual la empresa demandante puede obtener este servicio en términos comercialmente similares.

El uso de los postes constituye un insumo para la prestación del servicio de televisión por cable. A su vez, la prestación del servicio de televisión por cable sólo puede darse dentro del área de concesión autorizada. Las redes de postes se encuentran instalados en una determinada área geográfica y sólo permiten ofrecer servicios en los domicilios ubicados en las zonas adyacentes al área en la que los postes se encuentran instalados. En tal sentido, los postes adquieren la naturaleza de bienes fijos para atender una demanda de los moradores de los domicilios adyacentes a los postes.

De esta forma, el uso que dan las empresas de televisión por cable a los postes se encuentra directamente relacionado con el lugar de domicilio de sus abonados. En consecuencia, dada la limitación geográfica que tienen las empresas de televisión por cable para prestar sus servicios –área de la concesión- y la naturaleza de los postes que utilizan –bienes fijos en un área determinada-, el área geográfica en la que se ofrece el servicio en cuestión de la presente controversia se encuentra restringida al área donde se encuentra instalada la red de postes requerida.

En efecto, para atender la demanda de abonados con domicilio en la zona de Huaycán, la empresa de televisión por cable no podría utilizar una red de postes ubicada en otro distrito y ni siquiera en otra zona del distrito de Ate-Vitarte. De ello se deriva que la demandante no pueda proveerse del servicio en cuestión en cualquier otra zona que no sea la de Huaycán. Más aún, considerando que ALFATEL requirió el uso de la red de postes de TELEFÓNICA, debe entenderse que su interés es prestar servicios de televisión por cable a los residentes de Huaycán domiciliados en el área adyacente a dicha red, por lo cual el mercado geográfico debe limitarse al área de cobertura de la red de la demandada.

En el informe oral, TELEFÓNICA sostuvo que el informe instructivo incurre en contradicción cuando señalada por un lado que el mercado relevante es el alquiler de postes de la zona de Huaycán y, por otro, que la pretensión de la demandante era colocar su red de televisión por cable en las áreas donde la demandada tiene postes instalados, con lo que se estaría restringiendo el mercado relevante al tamaño de la red de la empresa cuya infraestructura se requiere.

¹⁸ Sobre el particular, los Lineamientos de Libre Competencia de OSIPTEL establecen lo siguiente: *"Es posible que dos bienes sean sustitutos cercanos, no obstante, se puede presentar la situación que éstos sean producidos en dos lugares distintos y el costo de transporte de un lugar a otro haga que no sea rentable la comercialización de un producto en otro mercado. En este caso se considera que ambos productos se encuentran en dos mercados relevantes distintos, ya que uno no compite efectivamente con el otro"*.

Sobre el particular, debe indicarse que el mercado geográfico debe ser delimitado según las características propias del bien que es materia de análisis en cada controversia. Si bien el mercado geográfico se define en función de determinados límites para identificar una zona determinada, como por ejemplo una ciudad, un país o un continente, ello se debe a que por lo general se analizan productos que pueden ser trasladados a requerimiento del consumidor, por lo cual se toman en cuenta los costos de transporte en que se incurriría para que el producto llegue en las mismas condiciones a la plaza del comprador.

Tal situación no se da en el caso de bienes como el servicio en cuestión, en el que se trata del uso de una infraestructura instalada físicamente en una zona determinada y que tiene la naturaleza de bien fijo. Para la definición del mercado relevante en este tipo de casos, más que los linderos del ámbito geográfico identificado, prima la cobertura de la infraestructura requerida.

En tal sentido, el mercado geográfico se define dentro de una zona determinada, como Huaycán, pero debe identificarse con el área que cubre la infraestructura en cuestión, es decir la red de postes de TELEFÓNICA. Si en la zona determinada existen redes con una cobertura mayor que la de la red en cuestión, sólo debe considerarse la porción de dicha red que cubre el área de esta última o parte de ella. De lo contrario, si se tomara en cuenta toda la red de dichas empresas, se estarían incluyendo áreas no cubiertas por la red en cuestión, es decir, se extendería el mercado más allá de lo requerido por la demandante.

De otro lado, tanto ALFATEL como TELEFÓNICA han sostenido en sus alegatos que el mercado geográfico relevante debe ser toda la zona de concesión otorgada a la empresa de televisión por cable, es decir el distrito de Ate-Vitarte y no sólo la zona de Huaycán.

Al respecto, el Cuerpo Colegiado considera que lo requerido por ALFATEL en el presente procedimiento es el arrendamiento de postes de TELEFÓNICA en la zona de Huaycán y no en el distrito de Ate-Vitarte¹⁹. Asimismo, la materia en discusión en la presente controversia requiere determinar si la omisión de respuesta por parte de TELEFÓNICA a la solicitud de alquiler de postes formulada por ALFATEL constituye una negativa injustificada a contratar (ver el punto controvertido en la sección tres de esta resolución). En este sentido, se concluye que el mercado geográfico relevante debe definirse en función del requerimiento efectuado por ALFATEL e independientemente de que el área otorgada en concesión a dicha empresa.

¹⁹ En la demanda de ALFATEL señala expresamente que la práctica denunciada es un abuso de posición de dominio en la zona de Huaycán, señalando expresamente lo siguiente: *“Que ocurrimos (sic) ante su despacho con la finalidad de demandar la solución de una controversia que a la fecha tenemos con la empresa Telefónica del Perú S.A.A (...) en relación con nuestra solicitud de uso de sus postes para instalar nuestros cables de difusión del servicio público de televisión por cable en el Centro poblado de Huaycán, Distrito de Ate Vitarte, Provincia y Departamento de Lima”* (el resaltado es nuestro).

Asimismo, en las cartas en las que ALFATEL solicitó a TELEFONICA el arrendamiento de sus postes, el pedido se limitó a la zona de Huaycán. Adicionalmente, el informe técnico presentado por ALFATEL sobre la capacidad de soporte de carga de los postes de TELEFÓNICA compara la situación de los postes en la zona de Huaycán con la de los mismos en otros distritos.

En tal virtud, el Cuerpo Colegiado considera que el **mercado geográfico** para la presente controversia es la zona de Huaycán pero restringida a la cobertura de la red de TELEFÓNICA.

5.1.3. Nivel comercial

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

En el presente caso, el servicio a que se hace referencia es el de arrendamiento de postes, mientras que los consumidores son todas aquellas empresas que podrían utilizar los mismos como insumo para algún fin comercial²⁰. En otras palabras, el nivel de la cadena comercial corresponde a la prestación del servicio a concesionarios que lo utilizan como insumo para tender sus redes de cables y prestar un servicio de difusión.

5.1.4. Mercado relevante aplicable a la controversia

De acuerdo con todo lo anteriormente expresado, el Cuerpo Colegiado considera que el mercado relevante aplicable a la presente controversia es el de alquiler de espacio en postes de TELEFÓNICA y de Luz del Sur S.A.A. que puede ser utilizado por ALFATEL para la prestación del servicio de televisión por cable en la zona de Huaycán, del distrito de Ate-Vitarte, pero restringida a la cobertura de la red de TELEFÓNICA; incluyendo el servicio de arrendamiento de red (transporte de señal), en el caso de que ALFATEL no hubiera optado aún por prestar sus servicios a través de sus propios cables y equipos.

5.2. Posición de dominio conjunta

Considerando el mercado relevante definido para la presente controversia, corresponde analizar si TELEFÓNICA ostenta posición dominante en dicho mercado. De acuerdo con el artículo 4 del Decreto Legislativo 701:

*“Se entiende que **una o varias empresas gozan de una posición de dominio** en el mercado, cuando pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores, debido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico o servicios involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como redes de distribución” (el resaltado es nuestro).*

La posibilidad de que exista una posición de dominio conjunta o colectiva entre dos o más empresas fue contemplada originalmente por el artículo 86 del Tratado de Roma –actualmente artículo 82 luego de las modificaciones introducidas por el

²⁰ Cabe destacar que en el presente caso, el término “consumidores” no se refiere a los usuarios finales del servicio de Televisión por Cable, sino en general a cualquier empresa que podría utilizar el arrendamiento de postes como un insumo para la prestación de algún bien o servicio.

Tratado de Amsterdam de 1999- que establece la prohibición de actos de abuso de posición de dominio en la Comunidad Europea²¹.

El tratamiento del concepto de posición de dominio conjunta en la Comunidad Europea ha dado lugar a dos aproximaciones sobre su contenido. Una primera aproximación restringida, asume que el concepto es una referencia más explícita a la doctrina de la entidad económica única, referida a aquellas empresas formalmente independientes pero que pertenecen a un mismo grupo económico. Según este punto de vista, los actos abusivos cometidos por una de estas empresas son atribuibles al grupo en conjunto, puesto que las empresas no son independientes en los hechos.

De otro lado, se encuentra una segunda aproximación más extensa que asume que el concepto bajo comentario se refiere a la posibilidad de incluir bajo el ámbito del artículo 86 del Tratado de Roma aquellos casos de mercados oligopólicos en los que existen varias empresas independientes que pueden ostentar una posición de dominio colectiva sobre el mercado. Esta segunda aproximación es la que ha primado y es la que se utiliza al aplicar el concepto de posición de dominio conjunta²².

El concepto de posición de dominio conjunta ha sido utilizado tanto en la aplicación de las normas de “control de conductas”, es decir para casos de abuso de posición de dominio y de concertación entre competidores (artículos 85 y 86 del Tratado de Roma, respectivamente), como en la aplicación de las normas de “control de estructuras”, es decir en casos de autorización de concentraciones empresariales. Ha sido en este último ámbito en el que mayor desarrollo ha tenido el concepto de posición de dominio conjunta.

En efecto, dicho concepto se ha aplicado dentro del esquema de control de estructuras como herramienta de análisis ex-ante para enfrentar los posibles comportamientos oligopólicos futuros que pudieran afectar la competencia en el mercado, a través de esquemas de colusión tácita entre las empresas. En tal sentido, la aplicación del mencionado concepto dentro del control de concentraciones sirve para *“establecer si la estructura de la oferta después de la concentración facilita que los competidores sustituyan un comportamiento competitivo por un ‘acomodamiento mutuo’ de la conducta y estrategias de mercado, evitando así hacerse la competencia”*²³.

De esta manera, este concepto se ha utilizado para evaluar operaciones de fusión o adquisición de empresas y prohibirlas cuando creen o refuerzan una posición de dominio conjunta entre dos o más empresas, que les permita actuar de manera conscientemente paralela para no competir luego de concretarse la operación. En consecuencia, el análisis sobre la existencia de posición de dominio conjunta se ha

²¹ Artículo 82. “Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo”.

²² RODGER, Barry. “Market integration and the development of European competition policy to meet new demands: a study of the control of oligopolistic markets and the concept of a collective dominant position under the article 86 of the EC Treaty”, 1994, pags. 15-18.

²³ BRIONES, Juan y otros. El control de concentraciones en la Unión Europea, la práctica de la Comisión Europea y las novedades introducidas en el Reglamento CEE 4064/89 por el Reglamento CE 1310/97, Madrid, 1999, pags.195-196.

centrado en las condiciones del mercado correspondiente, para definir si el mismo es propicio o presenta condiciones para una colusión tácita entre competidores. Los aspectos que se han considerado en la Comunidad Europea son los siguientes²⁴:

- Concentración del mercado, simetría de cuotas de participación y relevancia de los competidores restantes: La existencia de un mercado concentrado en el que la participación de los agentes es simétrica puede facilitar la coordinación tácita entre ellos, en especial cuando la fuerza de algunas empresas no se ve amenazada por los competidores restantes.
- Barreras de acceso o salida del mercado: La dificultad de la entrada de nuevas empresas al mercado así como las limitaciones para que se retiren del mismo también garantizan el funcionamiento de una coordinación tácita entre las empresas con posición de dominio conjunta, en tanto que no enfrentarían el peligro de que nuevos agentes se opongan a dicho comportamiento.
- Naturaleza del producto y madurez o estabilidad del mercado: La homogeneidad del producto en cuestión y la madurez en que se encuentre su desarrollo reducen los incentivos para competir e innovar, lo que puede facilitar el comportamiento coordinado de las empresas.
- Características de los compradores: La falta de capacidad de reacción de los compradores que demandan el producto también puede llevar a una colusión tácita entre las empresas, ya que si existen compradores de gran poder o importancia las empresas pueden tener mas bien incentivos para competir ofreciéndoles mejores condiciones o incluso para integrarse con dichos clientes.
- Demanda inelástica: Si la demanda es inelástica es probable que no se incremente ante reducciones de precios, por lo que las empresas no tendrían incentivos para competir.
- Transparencia en el mercado: La posibilidad de supervisión mutua entre los miembros del oligopolio es importante para la estabilidad del comportamiento paralelo, de manera que les permita detectar oportunamente movimientos agresivos por parte de cualquiera de ellos a fin de que el resto pueda reaccionar. Por lo general la transparencia se establece en términos de disponibilidad de información sobre precios y volúmenes de venta de los miembros del oligopolio, así como sobre la naturaleza de las negociaciones y relaciones comerciales con los clientes.

TELEFÓNICA ha sostenido, en sus alegatos y durante el informe oral, que el concepto de posición de dominio conjunta no ha sido correctamente utilizado en el informe instructivo, puesto que no se han considerado y analizado todos los factores que se toman en cuenta en la Comunidad Europea para identificar la existencia de una posición de dominio conjunta, entre ellos: la existencia de

²⁴ BISHOP, S. y WALKER, M. Economics of E.C. Competition Law: Concepts, Application and Measurement. London, 1999, pags. 149-157. BRIONES y otros, Op. Cit., pags. 205-220. VENIT, James. "Two steps forward and no steps back: economic analysis and oligopolistic dominance after Kali&Salz", Common Market Law Review 35, 1998, pags. 1117- 1120.

vínculos económicos o estructurales entre las empresas que ostentan tal posición; la transparencia del mercado que permita que cada miembro del oligopolio pueda vigilar el comportamiento de los otros miembros y pueda juzgar si *“están cumpliendo o no con el ‘común acuerdo’, tácitamente acordado”*; la existencia necesaria de un mecanismo de castigo para disuadir comportamientos contrarios al acuerdo tácito; la imposibilidad de que la reacción de competidores y consumidores socave los beneficios esperados de la política común.

Al respecto, debe precisarse que el control de concentraciones empresariales evalúa los efectos perjudiciales que podría tener una fusión o adquisición de empresas sobre el grado de competencia en el mercado, para así evitar infracciones futuras. En tal sentido, la metodología y criterios de evaluación utilizados en la Comunidad Europea para identificar una posición de dominio conjunta dentro de un proceso de control de concentraciones tiene una finalidad preventiva, ya que supone analizar si una operación de concentración otorgará a las empresas que quedan en el mercado luego de la operación una posición de dominio conjunta, de manera que puedan dejar de competir a través de una coordinación tácita. En otras palabras, en los procesos de control de concentraciones la identificación de la posición de dominio conjunta es el objetivo del análisis.

Por otro lado, los procedimientos por abuso de posición de dominio conjunta tienen por finalidad determinar si se cometió efectivamente una infracción a las normas de libre competencia. Dentro de este contexto, la identificación de la posición de dominio conjunta supone determinar si una o más empresas pueden actuar independientemente de los demás participantes en el mercado imponiendo condiciones de venta sin que hayan empresas que puedan enfrentárseles, para luego analizar si una o más de dichas empresas cometieron actos abusivos. Es decir, la identificación de la posición de dominio conjunta es un medio para definir posteriormente si se produjo la infracción.

De acuerdo con lo anterior en los procedimientos por abuso de posición de dominio conjunta no se requiere evaluar si las empresas pueden incurrir en una colusión tácita para no competir, sino si se encuentran en capacidad de ejercer su poder de mercado para explotarlo o para excluir a los competidores. En consecuencia, la definición de una posición de dominio conjunta en un procedimiento por abuso puede tomar en cuenta la metodología y criterios de evaluación utilizados en la Comunidad Europea para el control de concentraciones, pero adecuándolos en lo que sea necesario en tanto que los mismos han sido desarrollados para procesos de naturaleza distinta y asumiendo que no tienen que aplicarse necesariamente en su integridad. Considerando lo indicado pueden analizarse las afirmaciones de TELEFÓNICA antes mencionadas sobre los aspectos que deberían analizarse para identificar una posición de dominio conjunta.

En cuanto a la supuesta necesidad de que existan vínculos económicos o estructurales entre las empresas que ostentan posición de dominio conjunta, fueron los pronunciamientos iniciales de la Comisión Europea los que dieron énfasis al análisis de dichos vínculos -siendo el caso más comentado el referido al

vidrio plano italiano²⁵- pero sin embargo no definieron lo que tales vínculos implicaban. Así, el significado del término vínculos económicos o estructurales se mantuvo difuso y dio lugar a que los mismos hechos y conductas fueran considerados por la Comisión Europea como actos colusorios entre competidores (infracción del artículo 85 del Tratado de Roma) y, a la vez, como actos de abuso de posición de dominio conjunta (infracción del artículo 86 del Tratado), duplicidad que posteriormente fue materia de cuestionamiento por el Tribunal de Primera Instancia de la Comunidad Europea²⁶.

Posteriormente, en distintos pronunciamientos los órganos comunitarios de defensa de la competencia se han encargado de establecer que no se requiere ni es suficiente la existencia de vínculos económicos o estructurales entre las empresas para identificar una posición de dominio conjunta²⁷. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la existencia de tales vínculos haría innecesaria la utilización del concepto de posición de dominio conjunta, puesto que si tales vínculos suponen la existencia de un grupo económico en el que todas las empresas se encuentran bajo el control de una misma entidad, entonces su actuación sería simplemente la de una sola empresa con posición de dominio individual y, por otro lado, si implican que empresas independientes se encuentran vinculadas a través de contratos u otros mecanismos formales, su actuación caería dentro del ámbito de los comportamientos concertados entre competidores²⁸.

Respecto a la transparencia del mercado, TELEFÓNICA sostiene que la misma debe permitir que cada miembro del oligopolio pueda vigilar el comportamiento de los otros y juzgar si están cumpliendo con el acuerdo tácito; asimismo, afirma que debe existir un mecanismo de castigo para disuadir comportamientos contrarios al acuerdo tácito. No obstante, tratándose de procedimientos por abuso de posición de dominio debe entenderse que la transparencia se refiere a la información suficiente para que los miembros del oligopolio conozcan que no existen mayores incentivos para competir entre ellos, de manera que si uno de ellos incurre en una conducta abusiva pueda tener un margen de certeza de que los demás miembros del oligopolio no se constituirán en fuente alternativa de suministro para el agente afectado por dicha conducta. En tal sentido, en el presente procedimiento no se requiere que la transparencia permita a cada miembro del oligopolio vigilar que se cumplen los términos de un acuerdo tácito. Consecuentemente, tampoco se requiere que exista un mecanismo de sanción para castigar comportamientos contrarios al acuerdo tácito.

Finalmente, sobre la imposibilidad de que la reacción de competidores y consumidores socave los beneficios esperados de la política común, debe señalarse que en el caso de procedimientos por abuso de posición de dominio conjunta no es necesario encontrar una política común de los miembros del oligopolio, sino solamente que los mismos tengan elementos de juicio suficientes para considerar que no habrá competencia entre ellos, como ya se ha indicado

²⁵ Industria Vebraria Alfonso Cabelli v. Societa Italiano Vetro-SIV Spa y otros (Caso IV/31, 906) [1990] 4CMLR 535.

²⁶ RODGER, Op. Cit., pages 17-20.

²⁷ BISHOP, Simon. "Power and responsibility: the ECJ's Kali-Salz judgment", E.C.L.R. issue 1, 1999, pag. 39. KORAH, Valentine. "Gencor v. Commision: collective dominance", E.C.L.R. issue 6, 1999, pages 337-339. VENIT, Op. Cit., pages. 1115 y 1133.

²⁸ KORAH, Op. Cit., pag. 340.

previamente. De ello se deduce que las características y relevancia de los clientes puede ser un elemento importante para definir la posición de dominio conjunta.

En la línea de los argumentos antes expuestos, los LINEAMIENTOS expresan lo siguiente:

*"Algunas estructuras del mercado pueden permitir que **dos o más empresas se comporten de una manera abusiva** aun cuando ninguna de ellas sea dominante, y sin que existan acuerdos formales (o informales) o prácticas concertadas entre ellas, produciéndose lo que se denomina "joint dominance" o dominio común. En estas circunstancias **las firmas pueden ser en común dominantes, y su comportamiento individual o colectivo podría ser abusivo**. Tal dominación común probablemente sea encontrada donde hay conexiones económicas entre las compañías implicadas. **La dominación común puede también presentarse donde hay barreras significativas a la entrada, aun si no existe conexión económica entre las empresas**. Estos casos pueden presentarse, por ejemplo, donde existen restricciones de espectro que limiten el número de competidores de un servicio" (el resaltado es nuestro).*

Tomando en cuenta todo lo anterior, puede afirmarse que los principales aspectos a considerar para identificar una posición de dominio conjunta en la presente controversia son el nivel de concentración existente, la existencia de barreras de acceso y salida, la transparencia del mercado y las características de los compradores. A continuación se analizará si en el presente caso existe una posición de dominio conjunta en el mercado relevante previamente definido, en función a los aspectos previamente señalados.

5.2.1. Presencia de las empresas en el mercado relevante y nivel de concentración

Considerando el mercado relevante definido para la presente controversia, las dos únicas empresas que participan en dicho mercado en la actualidad son TELEFÓNICA y Luz del Sur S.A.A. Siguiendo el criterio utilizado para la definición del mercado relevante, la presencia de dichas empresas en el mercado debe determinarse también en función de la cobertura de red de postes que las mismas tienen en el área ocupada por la red de la demandante, que es el área en la que ALFATEL pretende ofrecer sus servicios.

Según la demandada, el criterio para definir la presencia de las empresas en el mercado es considerando el número de postes instalados por cada una en la zona de Huaycán²⁹. La demandada afirma que en pronunciamientos previos de otros Cuerpos Colegiados de OSIPTEL se ha comparado el número total de postes de empresas de distribución eléctrica instalados en una zona determinada con el

²⁹ TELEFÓNICA ha sostenido en sus alegatos que si bien en pronunciamientos anteriores sobre controversias relacionadas con el uso de postes de empresas de distribución eléctrica por operadores de televisión por cable los Cuerpos Colegiados de OSIPTEL habían utilizado el criterio de "sustitución de postes" -número de postes instalados por cada empresa en el mercado relevante- para medir la presencia de las empresas en el mercado, en el presente caso el informe instructivo ha utilizado un criterio de "sustitución de redes" - red tendida en una zona-. Sin embargo, es preciso señalar que en ninguno de los pronunciamientos previos de los Cuerpos Colegiados de OSIPTEL que utiliza TELEFÓNICA como referentes se ha establecido o al menos hecho referencia a esa supuesta distinción entre los criterios de "sustitución de redes" y de "sustitución de postes", por lo que la misma no debe ser tomada en cuenta.

número total de postes de TELEFÓNICA, para determinar así la presencia de dichas empresas en el mercado.

En tal sentido, la demandada sostiene que Luz Sur S.A.A. cuenta con 6,030 postes en Huaycán mientras que TELEFÓNICA sólo tiene 1,355 postes en dicha zona; es decir que la demandada sólo registra el 18.34% de participación de mercado, lo cual no se condice con una posición de dominio en el mercado. Además, la demandada agrega que ALFATEL no ha demostrado la razón por la cual considera que la red de TELEFÓNICA es más atractiva que la de Luz del Sur S.A.A., puesto que esta última cuenta con mayor cobertura.

Sobre el particular, es necesario precisar que tratándose de una infraestructura de red que implica una determinada cobertura, lo relevante para medir la presencia de las empresas en el mercado es considerar el área cubierta por la red que se requiere utilizar –red en cuestión- y, en función de tal área, medir la presencia de las otras empresas que cuenten con una red que cubra esa misma área o parte de ella. En consecuencia, si existieran empresas cuya red tuviera una cobertura más amplia que el área de la red en cuestión, sólo debe considerarse la porción de dicha red que cubre esta misma área o parte de ella. De lo contrario, si se tomara en cuenta la red de dichas empresas en toda su extensión, se estarían incluyendo áreas no cubiertas por la red en cuestión, es decir, zonas en las que la empresa demandante no desea ofrecer sus servicios.

En anteriores pronunciamientos los Cuerpos Colegiados de OSIPTEL han considerado el número total de postes instalados por las empresas de distribución eléctrica en una zona determinada frente al número de postes instalados en esa misma zona por TELEFÓNICA; sin embargo, ello no significa que dichos pronunciamientos hayan seguido un criterio de análisis distinto al planteado. En efecto, el criterio utilizado es el mismo, es decir, considerar el área de cobertura de la red en cuestión para medir la presencia de las empresas en el mercado. La diferencia radica en que en dichos pronunciamientos la demandada –y consecuentemente, la red en cuestión- era la empresa de distribución eléctrica y no TELEFÓNICA, razón por la cual se consideró toda el área cubierta por la red de la distribuidora eléctrica y, en función de esta red, se definió el área de cobertura en la que debía evaluarse si tenían presencia otras empresas.

En el presente caso, la red de postes que Luz del Sur S.A.A. ha instalado en la zona de Huaycán es bastante más amplia que la de la demandada³⁰, sin embargo, como ya se ha señalado, la presencia de TELEFÓNICA y Luz del Sur S.A.A. en el mercado no puede definirse en función a todos los postes que tiene la segunda de ellas en Huaycán como sostiene la demandada, sino considerando sólo aquellos que se encuentran instalados en la misma área cubierta por la red de TELEFÓNICA. En otras palabras, que Luz del Sur S.A.A. cuente con más postes instalados en Huaycán no implica que tenga mayor presencia en el mercado para efectos de la presente controversia.

³⁰ Asumir lo contrario significaría que la distribuidora eléctrica ha instalado más de 6,000 postes en el mismo número de cuadras o manzanas en las que TELEFÓNICA ha instalado poco más de 1,350 postes.

Dado que las empresas de telefonía fija y las de distribución eléctrica instalan un número similar de postes por cuadra o manzana³¹, puede afirmarse que la cobertura de la red de Luz del Sur S.A.A. en el área de Huaycán cubierta por la red de postes de la demandada es similar a la de esta última. En otros términos, ambas empresas tienen suficientes postes para darle continuidad de ruta a sus redes en la misma área. En consecuencia, se concluye que la presencia de ambas empresas en el mercado es equivalente.

Por último, es conveniente señalar que para determinar la existencia de una posición de dominio conjunta no se requiere que la parte demandante demuestre que el bien requerido -en este caso la red de postes de TELEFÓNICA- es más atractivo que otros bienes que ofrecen las demás empresas que participan en el mercado, como afirma TELEFÓNICA.

De acuerdo con lo anterior, puede afirmarse que existe un duopolio en el mercado relevante y que por ello se registra un nivel de concentración elevado.

5.2.2. Existencia de barreras de entrada y salida del mercado relevante

Respecto de la existencia de barreras de entrada para nuevas empresas que puedan ofrecer una red de postes con una cobertura similar o igual a la que actualmente tiene TELEFÓNICA en Huaycán, debe tenerse en cuenta que la posibilidad de que una segunda empresa de distribución eléctrica instale una red de postes en Huaycán se encuentra prohibida por la regulación propia del sector eléctrico. En efecto, la Ley de Concesiones Eléctricas establece la exclusividad del área de concesión otorgada a cada empresa distribuidora eléctrica de suerte que ninguna otra empresa puede brindar el suministro eléctrico a clientes sujetos a regulación de precios y otras condiciones al interior de la zona que corresponde a Luz del Sur S.A.A., incluyendo Huaycán.

Asimismo, según se ha indicado, la instalación de una nueva red de postes por una tercera empresa puede verse limitada o retrasada por restricciones administrativas o factores de tiempo. En cuanto a las restricciones administrativas existentes en Huaycán, se ha concluido que no existen normas que limiten de manera absoluta la instalación de postes. No obstante, los factores de tiempo relacionados con la obtención de autorizaciones para obras de las autoridades competentes, así como con las obras de instalación de postes en sí mismas, pueden limitar la entrada en el corto plazo.

Adicionalmente a lo mencionado, debe agregarse que dadas las características socioeconómicas existentes actualmente en la zona de Huaycán, es probable que en el corto plazo no ingresen nuevos operadores de servicios de telecomunicaciones que se encuentren dispuestos a instalar una red de postes propia para ofrecer sus servicios. En relación con este punto, también debe tenerse en cuenta que la inversión en una red de postes, sea para la prestación de servicios de telecomunicaciones o incluso una que fuera a dedicarse exclusivamente para el arrendamiento de espacio para la instalación de redes de cables de terceros operadores de servicios de telecomunicaciones constituye un

³¹ Al respecto, puede indicarse que en el informe oral llevado a cabo con fecha 12 de diciembre de 2002, el representante de demandada reconoció que el número de postes instalados por TELEFÓNICA y por la empresa de distribución eléctrica en Huaycán es muy similar.

costo hundido y la recuperación de la inversión podría resultar complicada al momento de salir del mercado.

TELEFÓNICA ha sostenido en sus alegatos que existe la posibilidad de que las empresas de televisión por cable instalen postes propios y además que también existe la posibilidad de que terceras empresas instalen una red de postes para arrendarlos a empresas de televisión por cable, afirmando que existe *“absoluta libertad de salida, pues el costo del capital no amortizable es recuperable –con excepción del desgaste natural que pueda haber sufrido- dado que existe un mercado de reventa con una demanda razonable”*³². Como prueba de sus afirmaciones, la demandada ha señalado que existen cuatro empresas de televisión por cable que han instalado postes propios en el territorio peruano.

Al respecto, es conveniente precisar que los cuatro casos señalados por TELEFÓNICA no resultan representativos para considerar que la instalación de postes propios constituya la regla entre las empresas de televisión por cable, en tanto que el número de concesiones otorgadas para brindar dicho servicio a nivel nacional excede de 130 según el registro del Ministerio de Transportes y Comunicaciones y que, además, las mencionadas empresas sólo han instalado postes propios para sostener parte de su red de cable.

Adicionalmente, en cuanto a la posibilidad de que terceras empresas instalen una red de postes para arrendarlos a empresas de televisión por cable, no existe ninguna evidencia que indique que la inversión incurrida en dicha instalación sea recuperable ni tampoco que exista una demanda razonable para la venta de infraestructuras de postes. Tanto así que no se cuenta con información sobre empresa alguna que haya instalado una red de postes y se dedique a tal actividad, menos aún en la zona de Huaycán. Asimismo, tratándose de una inversión en infraestructura asociada normalmente a la prestación de servicios de telecomunicaciones, no es común que la misma sea instalada únicamente para ser arrendada.

Incluso si existiera dicha empresa hipotética, la demandada no ha señalado la razón por la que considera que tal empresa no enfrentaría costos de salida del mercado, cuando al tratarse de la propia TELEFÓNICA sí considera que *“existen numerosas barreras de salida del mercado de arrendamiento de postes”*³³ derivadas del riesgo existente de no poder desconectar las redes de cables instaladas como ocurrió con algunas empresas eléctricas contra las que empresas de televisión por cable iniciaron controversias por abuso de posición de dominio. Además, debe considerarse que una red de postes constituye una inversión específica que no tiene usos sustitutos, por lo que la posibilidad de reventa resulta bastante dudosa.

TELEFÓNICA también ha sostenido en sus alegatos que sólo existe una barrera de entrada en la red de distribución del servicio de televisión por cable (cables que conectan al domicilio del abonado) pero no en la red de transporte (red portadora de señales de telecomunicaciones), ya que en este último caso existe oferta de servicios portadores de las otras empresas de telecomunicaciones. Sobre el particular, es necesario precisar que no existen en Huaycán otras empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones que cuenten con una red

³² Afirmación contenida en la página 120 de los alegatos de TELEFÓNICA.

³³ Afirmación contenida en la página 190 de los alegatos de TELEFÓNICA.

de postes o cables que puedan brindarle a ALFATEL el servicio portador de señales, por lo que la distinción planteada no resulta pertinente³⁴.

Finalmente, en cuanto a la existencia de una facilidad esencial constituida por la infraestructura de postes, debe señalarse que si bien la demandante ha reiterado en sus alegatos que TELEFÓNICA controla una facilidad esencial, dentro del procedimiento no se ha llegado a demostrar que la sustitución del servicio en cuestión sea prácticamente imposible o muy difícil. Este es el estándar de prueba requerido según los Lineamientos de Libre Competencia de OSIPTEL³⁵ y pronunciamientos previos de otros Cuerpos Colegiados³⁶ emitidos en sintonía con el criterio seguido por la jurisprudencia de Estados Unidos y la Comunidad Europea³⁷.

Considerando lo indicado previamente, se concluye que los competidores potenciales enfrentarían barreras de acceso al mercado así como limitaciones para la salida del mismo.

5.2.3. Transparencia en el mercado y capacidad de respuesta de los clientes

Como se ha precisado, tratándose de procedimientos por abuso de posición de dominio debe entenderse que la transparencia se refiere a que los miembros del oligopolio cuenten con suficiente información para considerar que no existen mayores incentivos para competir entre ellos, de manera que si uno de ellos incurre en una conducta abusiva pueda tener un margen de certeza de que los demás miembros del oligopolio no se constituirán en fuente alternativa de suministro para el agente afectado por dicha conducta.

En el presente caso, el servicio de arrendamiento de postes es un bien homogéneo, en tanto no se encuentran diferencias significativas entre el uso de postes de TELEFÓNICA o de Luz del Sur S.A.A. Adicionalmente, se trata de un servicio que no se caracteriza por enfrentar cambios tecnológicos significativos y que tampoco presenta mayores incentivos para la innovación dado el uso que se les da (tendido de redes de cables e instalación de equipos). Asimismo, la demanda por uso de postes por empresas de televisión por cable puede caracterizarse como una demanda de única vez dentro de un determinado período de tiempo, en tanto que la misma se satisface inicialmente con la suscripción del contrato de arrendamiento o uso de postes. Inclusive lo común es que tal

³⁴ Cabe agregar que la demandada ha afirmado en sus alegatos que existen barreras de entrada tecnológicas y técnicas para que TELEFÓNICA ingrese al mercado de arrendamiento de postes. Sin embargo, la evaluación de la existencia de barreras de entrada y salida del mercado se realiza para efectos de determinar si potencialmente pueden ingresar otras empresas a ofrecer el servicio en cuestión y no para determinar la posibilidad de ingreso de la demandada al mercado, lo cual ya ha sido analizado previamente, por lo cual no resulta pertinente profundizar en este argumento.

³⁵ De acuerdo con los referidos Lineamientos, un recurso esencial se define como aquél servicio o infraestructura que: i) es suministrado de modo exclusivo o de manera predominante por un solo proveedor o por un número limitado de proveedores; y, ii) cuya sustitución con miras al suministro de un servicio no sea factible en lo económico o en lo técnico.

³⁶ Resolución N° 041-2002-CCO/OSIPTEL (expediente 005-2001); Resolución N° 034-2002-CCO/OSIPTEL (expediente 007-2001); y, Resolución N° 035-2002-CCO/OSIPTEL (expediente 008-2001).

³⁷ Este tipo de estándar de prueba que exige que se demuestre que la sustitución de los bienes considerados recursos esenciales es casi impracticable también es planteada por autoridades de libre competencia como la Office of Fair Trading de Inglaterra (The Competition Act 1998: Assessment of Individual Agreements and Conduct. London, 1999, p. 24.), como por organismos internacionales como la OECD (The Essential Facilities Concept. Paris, 1996, p. 8).

demanda sólo corresponda a una o dos empresas en cada zona de concesión. Estas características del servicio y de la demanda por el mismo pueden reducir los incentivos del duopolio para competir en el arrendamiento de espacio en los postes.

Sumado a lo anterior, en el caso específico de Huaycán ambas empresas han dado muestras de que no tienen intención de arrendar espacio en sus postes e incluso se han negado a ello cuando les ha sido requerido por empresas de televisión por cable.

Todo lo anterior demuestra que las empresas que participan en el mercado tenían suficiente información como para considerar que no existían incentivos para que compitieran.

De otro lado, en cuanto a la capacidad de respuesta de los clientes, se tiene que las empresas de televisión por cable son en su mayoría pequeñas empresas cuyo atractivo como arrendatarias de postes parece bastante reducido para TELEFÓNICA como para Luz del Sur S.A.A., en tanto su demanda no es muy representativa. De ello se deduce que la capacidad de respuesta en su caso es bastante limitada.

Considerando los aspectos previamente analizados, puede afirmarse que en el presente caso se cumplen las condiciones necesarias para que exista una posición de dominio conjunta de las empresas que participan en el mercado.

Al respecto, TELEFÓNICA ha señalado en sus alegatos que el informe instructivo ha presumido que dicha empresa tiene posición de dominio con base en lo resuelto en un procedimiento de solución de controversias de la misma naturaleza resuelto por un Cuerpo Colegiado de OSIPTTEL, lo cual en opinión de la demandada vulnera su derecho de defensa pues ella no participó en dicho procedimiento ni tuvo oportunidad de defenderse.

Sobre el particular, es necesario precisar que en el presente procedimiento se ha realizado un análisis de la situación concreta de ALFATEL respecto de la red de postes de TELEFÓNICA en Huaycán, así como de sus sustitutos, utilizándose la metodología generalmente aceptada para evaluar la existencia de posición de dominio, con los ajustes apropiados para un caso de posición de dominio conjunta. En tal sentido, no se está presumiendo que la demandada cuente con posición de dominio en función a un pronunciamiento previo del OSIPTTEL, sino con base en la evaluación que se ha efectuado en este caso concreto.

Adicionalmente, debe señalarse que TELEFÓNICA ha tenido la oportunidad de ejercer plenamente su derecho de defensa en el procedimiento, presentando los escritos, pruebas y tachas que ha considerado pertinentes, así como planteando su posición frente al informe instructivo en su escrito de alegatos. De igual manera, ha tenido acceso a toda la información relevante durante la tramitación del procedimiento. Finalmente, luego de la emisión de la presente resolución también podrá plantear los recursos impugnatorios que considere conveniente. En consecuencia, la demandada no puede afirmar que no ha podido ejercer su derecho de defensa.

De acuerdo con lo anterior y considerando las características del mercado relevante así como los aspectos previamente analizados, se concluye que tanto TELEFÓNICA como Luz del Sur S.A.A. ostentan una posición de dominio conjunta en el mercado relevante.

VI. ANÁLISIS DE LA PRÁCTICA DENUNCIADA

6.1. Marco conceptual

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 servicios³⁸.

El requisito básico para que una negativa de trato sea 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"*)³⁹. En este caso, una empresa con posición de dominio que se encuentra verticalmente integrada vende, por un lado, el bien en el que ostenta posición de dominio a un precio muy elevado y, por otro, el bien en el que enfrenta competencia a un precio bastante bajo, de

³⁸ 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."*

³⁹ 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)".*

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 abajo⁴⁰.

Según el primer párrafo del artículo 5 del Decreto Legislativo 701, existe abuso cuando la empresa con posición de dominio actúa “de manera indebida, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles, de no existir la posición de dominio”.

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 tal sentido, para analizar una negativa injustificada de trato como un caso de abuso de posición de dominio se requiere determinar previamente si el supuesto infractor se encuentra en alguna de las situaciones antes indicadas.

En el presente caso, como ya se ha señalado previamente TELEFÓNICA forma parte del mismo grupo económico que MULTIMEDIA, empresa potencialmente competidora de ALFATEL, por lo cual puede considerarse que de incurrir en una negativa injustificada de trato la demandada podría causar un perjuicio a ALFATEL y lograr un beneficio indirecto para una empresa de su grupo.

De otro lado, según lo indicado previamente, TELEFONICA y Luz del Sur S.A.A. ostentan posición de dominio conjunta en el mercado relevante. Sin embargo, bastaría que una de estas dos empresas se niegue injustificadamente a contratar para que se presente un supuesto de abuso de posición de dominio.⁴¹

6.2. ¿Existió una negativa de trato?

De acuerdo con la demanda, TELEFÓNICA habría incurrido en una negativa injustificada de trato sancionable por las normas de libre competencia al no haber dado respuesta a las solicitudes de ALFATEL para que le arriende postes en la zona de Huaycán y, consecuentemente, haberse negado injustificadamente a suscribir un contrato para tal fin.

⁴⁰ ROSS, Stephen, Principles of Antitrust Law; The Foundation Press, Inc. (1993), 76-82.

⁴¹ Similar criterio ha sido asumido por la Unión Europea. A manera de ejemplo, se puede citar la Sentencia del Tribunal de Primera instancia de la Unión Europea de fecha 07 de octubre de 1999, en la que se resuelve lo siguiente: “ En efecto, si bien la existencia de una posición de dominio colectiva se deduce de la posición que ocupan conjuntamente las entidades económicas de que se trate en el mercado de referencia, el abuso no debe ser necesariamente obra de todas las empresas en cuestión. Basta con que pueda ser identificado como una de las manifestaciones de la ocupación de tal posición dominante colectiva. Por consiguiente, los comportamientos abusivos de las empresas que ocupan una posición dominante colectiva pueden ser tanto comunes como individuales. Basta con que dichos comportamientos abusivos se refieran a la explotación de la posición dominante colectiva que las empresas ocupen en el mercado.(...)”. <http://curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/gettext.pl>

Al respecto, el Cuerpo Colegiado considera que dentro del procedimiento ha quedado acreditado que TELEFONICA omitió dar respuesta a las solicitudes efectuadas por ALFATEL para el arrendamiento de sus postes.⁴²

TELEFONICA ha sostenido en la contestación de la demanda que la demora en la respuesta se encontraba justificada por el tiempo que requería la evaluación de una nueva línea de negocio⁴³.

Sin embargo, ALFATEL presentó dentro del procedimiento información que acreditaba que en otros casos TELEFONICA había dado respuesta a solicitudes similares a la suya efectuadas por terceras empresas en plazos muy breves⁴⁴.

Adicionalmente a ello, debe considerarse que dentro del procedimiento ha quedado acreditado que si bien TELEFONICA señaló inicialmente que tenía que evaluar la solicitud efectuada por ALFATEL, en la Audiencia de Conciliación realizada con fecha 20 de febrero de 2002, señaló expresamente que no presta el servicio de arrendamiento de postes y que es una línea de negocio que por razones comerciales no resulta conveniente para su empresa.

De acuerdo con lo señalado en párrafos precedentes, el Cuerpo Colegiado concluye que existió una negativa de trato por parte de TELEFÓNICA constituida inicialmente por la demora en la respuesta a las solicitudes de ALFATEL, a pesar de que en otros casos similares había respondido en un plazo muy breve, y posteriormente, por su decisión de no alquilar espacio en sus postes a ALFATEL según consta en el expediente.

6.3. ¿Se encuentra justificada la negativa de TELEFÓNICA?

Habiéndose definido que se produjo una negativa de trato por parte de la empresa demandada, corresponde evaluar si dicha negativa se encontraba justificada por algún motivo técnico o de negocios, ya que de ser así no se trataría de una conducta prohibida por el artículo 5 inciso a) del Decreto Legislativo 701.

En la contestación de la demanda, TELEFÓNICA sostuvo que los postes de Huaycán no contaban con capacidad disponible para brindar los servicios requeridos⁴⁵.

⁴² ALFATEL obtuvo la concesión para prestar el servicio de televisión por cable con fecha 12 de setiembre de 2001. Mediante cartas de fecha 26 de setiembre y 16 de octubre de 2001, ALFATEL solicitó a TELEFONICA el arrendamiento de sus postes. Sin embargo, hasta la fecha de interposición de la demanda - 29 de noviembre de 2001- TELEFONICA no respondió a las solicitudes efectuadas por ALFATEL.

⁴³ En su contestación de la demanda TELEFÓNICA afirmó que “la omisión de respuesta a ALFATEL se justifica en el tiempo que demanda el desarrollo de una nueva línea de negocio y al (sic) evaluación comercial y técnica de la misma”.

⁴⁴ En efecto, ALFATEL presentó en calidad de medios probatorios dos comunicaciones de TELEFONICA dirigidas a otras empresas de televisión por cable en las que les niega el arrendamiento de postes⁴⁴. La primera de ellas corresponde a la solicitud que efectuó Cable Junior S.A.C. a TELEFÓNICA para el arrendamiento de sus postes en la ciudad de Ica, que fue cursada con fecha 20 de agosto de 1998 y denegada por TELEFONICA mediante comunicación de fecha 26 de agosto de 1998. La segunda es una carta de Cab Cable S.A., de fecha 2 de marzo de 1999, por la que solicitó a TELEFÓNICA el arrendamiento de sus postes en Huancayo, la misma que fue denegada por la demandada mediante comunicación de fecha 15 de marzo de 1999⁴⁴.

⁴⁵ TELEFÓNICA señaló lo siguiente: “(...) a la fecha la capacidad de soporte de todos los postes ubicados en Ate-Vitarte está adecuado para un nivel de carga determinado, tal que no es posible introducir peso adicional de otros cables que no sean los de la propia empresa. En caso contrario, TELEFÓNICA estará obligada, a cambiar los diseños de niveles de anclaje en adición a una mayor inversión económica que permita reforzar las estructuras a fin

De acuerdo con lo anterior, corresponde analizar en primer lugar si los postes que tiene TELEFÓNICA en Huaycán cuentan con capacidad libre y, de ser así, si dicha capacidad únicamente satisface las necesidades de la demandada y no puede satisfacer los requerimientos de una tercera empresa.

6.3.1. ¿Existe capacidad disponible en los postes de Huaycán?

Con la finalidad de contar con mayores elementos para analizar lo afirmado por TELEFÓNICA en relación con la capacidad de sus postes en Huaycán, se requirió a esta empresa información detallada sobre la capacidad de sus postes.

Los principales argumentos dados por TELEFONICA en respuesta a los requerimientos de información efectuados fueron los siguientes:

- Los postes de Huaycán son exactamente iguales a los que utiliza la empresa en los demás distritos de Lima⁴⁶ y permiten la instalación de hasta 6 cables como máximo, en tanto cuentan con 3 niveles con 2 posiciones en cada nivel para la colocación de un cable⁴⁷.
- Los postes de Huaycán tienen dos posiciones ocupadas por cable multipar, el mismo que es utilizado por TELEFÓNICA para brindar servicios de telefonía básica y telefonía de uso público⁴⁸.
- Las otras cuatro posiciones se encuentran reservadas para los siguientes usos: fibra óptica, cable coaxial, futuras expansiones y mantenimiento de la red⁴⁹.
- No es posible que la infraestructura de TELEFONICA sea utilizada por terceras empresas, porque ello alteraría la prestación de los servicios de la propia empresa⁵⁰.

de facilitar una mayor carga de soporte, lo que implica una serie de costos adicionales no previstos comercialmente por la empresa y que podrían retardar la prestación del servicio. En adición a estas contingencias, tampoco se ha previsto el costo de mantenimiento y seguridad que tendría que trasladarse a aquellos terceros que soliciten la infraestructura en cuestión”.

⁴⁶ La demandada indicó que: “(...) TELEFÓNICA DEL PERÚ utiliza un modelo de postes estándar. **Los postes que emplea TELEFÓNICA DEL PERÚ no son distintos en Huaycán a los instalados en distintas zonas de Lima**”.

⁴⁷ TELEFONICA señaló lo siguiente: “Nivel de utilización actual de los postes. Los postes tienen 3 niveles y cada nivel tiene dos posiciones para la instalación máxima de un cable en cada posición. El primer nivel está reservado para la instalación de un cable de fibra óptica y un cable coaxial. Los dos niveles inferiores conformados por 4 posiciones permiten la instalación de cables multipares, en un máximo de 3 cables y se tiene que dejar una posición para los casos de mantenimiento. En el caso de Huaycán se tienen 2 posiciones ocupadas con cable multipar, una posición está reservada para la instalación de un nuevo cable multipar para futuras expansiones y la otra para poder realizar el mantenimiento de los diferentes cables de red”.

⁴⁸ TELEFÓNICA señaló lo siguiente: “En la actualidad dicha infraestructura se utiliza para satisfacer los servicios de telefonía básica y telefonía de uso público, con la posibilidad también de brindar los servicios ADSL y Arrendamiento de Circuitos”.

⁴⁹ Al respecto, la demandada señaló lo siguiente: “Los postes se elaboran conforme a la Norma Técnica N-101-2003, Diseño de Líneas de Postería y Anclaje, razón por la cual los dos primeros niveles se reservan para fibra óptica y coaxiales. Independientemente de ello, las necesidades de telecomunicaciones exigen una serie de servicios que son cubiertos con esta infraestructura, tales como transporte de datos, atención a cabinas de Internet, expansión posible de la red y mantenimiento(...)”.

⁵⁰ TELEFONICA señaló lo siguiente: “(...) no es posible utilizar la infraestructura de TELEFÓNICA sin alterar la prestación de los propios servicios brindados por la empresa y por tanto es necesario implementar un nuevo diseño

Para contradecir los argumentos de la demandada, ALFATEL presentó un informe en el que se comparan las cargas que soportan los postes de TELEFÓNICA⁵¹. Según dicho informe, los postes de TELEFÓNICA en Huaycán se encuentran subutilizados dado el nivel de carga que soportan en otros distritos, tales como Surco, que soportan una elevada carga, por lo que concluye que dichos postes se encuentran en capacidad de soportar los cables coaxiales de una empresa como ALFATEL.

De otro lado, la Secretaría Técnica solicitó a la Gerencia de Fiscalización de OSIPTTEL que efectúe una verificación para determinar si en cada una de las posiciones de los postes de TELEFÓNICA sólo puede instalarse un cable y si es necesario dejar siempre una posición libre para realizar trabajos de mantenimiento⁵².

En el informe de la Gerencia de Fiscalización se concluyó que en las normas técnicas de TELEFÓNICA revisadas no existe referencia a la necesidad de dejar libre una posición del poste para mantenimiento⁵³ y que en algunos postes existía más de un cable por posición, encontrándose en las posiciones superiores sólo cables de acometida del servicio telefónico. Adicionalmente, el referido informe contiene 15 fotos de postes de Huaycán, de ellos 4 se encuentran totalmente libres de cables, 8 sólo tienen ocupada una posición y 3 tienen dos posiciones ocupadas.

TELEFÓNICA presentó un informe cuestionando los hechos antes indicados. En relación con el informe presentado por ALFATEL, la demandada señaló que varios de los postes tomados como ejemplo de casos en que los postes de TELEFÓNICA soportan una elevada carga no son de propiedad de su empresa. De otro lado, señaló que dicho informe había considerado como postes que no presentaban mayor carga a los postes de apoyo, los mismos que presentaban características que los diferenciaban de los postes comunes

Si bien el informe de TELEFÓNICA no se refiere al informe de la Gerencia de Fiscalización, termina concluyendo que ni este último informe ni el informe de ALFATEL contienen argumentos válidos que sustenten que TELEFÓNICA tiene capacidad en sus postes para alquilarla a terceros.

de estructura de red. Sobre el uso particular del tendido de una nueva red para el servicio de distribución de señales de radiodifusión por cable, es necesario señalar que en estos casos no estamos hablando sólo del tendido de cable físico sino también de toda la infraestructura necesaria para brindar dicho servicio que también se soporta en los postes que se pretenden utilizar como las trobas, amplificadores, armarios, tetraplicadores, fuentes de alimentación eléctrica y cajas terminales. Como puede advertir el tendido de una nueva red de telecomunicaciones, cuyo dimensionamiento no ha sido tomado en cuenta al momento del tendido de la actual red de telecomunicaciones"

⁵¹ Documento titulado "Informe comparativo sobre las cargas en los postes de la empresa Telefónica del Perú S.A.A.", presentado por ALFATEL con fecha 05 de julio de 2002. Este informe consta de 20 fotografías tomadas a postes de diversos lugares de Lima incluyendo los de Huaycán y compara la cantidad de cables que soportan en cada lugar.

⁵² Informe N° 234-GFS-A-13/2002, de la Gerencia de Fiscalización de OSIPTTEL.

⁵³ Asimismo, de acuerdo a la revisión efectuada por la Gerencia de Fiscalización a las referidas normas Técnicas, los postes tienen 3 niveles con 2 posiciones cada una. En tales posiciones se pueden instalar cables en dirección longitudinal o transversal, de manera que existen hasta seis posiciones en dirección longitudinal y seis en dirección transversal.

En relación con la posición libre que de acuerdo a lo señalado por TELEFÓNICA debía mantenerse en los postes, esta empresa precisó que si bien dicha obligación no se desprendía de su norma técnica, dicho concepto fue tomado de la Norma N 101-2002, Diseño de Canalizaciones, que establece la necesidad de una vía libre para operación y mantenimiento. De otro lado, señaló que el dejar una posición libre se justificaba en el hecho que dicha empresa debía encontrarse en capacidad de dar cumplimiento a las normas legales sobre continuidad del servicio.

Como resultado del análisis efectuado en relación con este tema, puede concluirse que la Norma N-101-2003, Diseño de Líneas de Postería y Anclaje, no contiene ninguna referencia a dejar una posición libre, a pesar de que contiene disposiciones específicas en relación con los usos que deben darse a algunas posiciones. En este sentido, si existiese la necesidad de dejar libre una posición del poste para mantenimiento, sería razonable que la misma se encontrase contenida en dicha Norma Técnica y que no se tuviese que recurrir a una norma de diseño de canalizaciones para sustentar tal afirmación.

Sin perjuicio de lo anterior, el Cuerpo Colegiado considera que dentro del procedimiento TELEFÓNICA no ha negado que sus postes cuenten con capacidad libre, sino que simplemente ha cuestionado que se haya tomado en cuenta postes que no son de su propiedad o postes de apoyo para concluir que tiene capacidad para alquilar espacio en sus postes a la demandante⁵⁴.

Al respecto, la propia TELEFÓNICA ha señalado que los postes de su propiedad ubicados en Huaycán sólo tienen ocupadas dos posiciones con cables multipares, quedando libres cuatro posiciones, es decir, las correspondientes a la fibra óptica y el cable coaxial, una para cable multipar y la de mantenimiento. Inclusive, la demandada reconoce que en Huaycán no se ha generado aún demanda por servicios de telecomunicaciones que requieran medios de transmisión especiales, como la fibra óptica, por lo cual sus postes aún se encuentran libres de ese tipo de carga.

En tal sentido, no sólo queda claro que existe espacio libre en los postes de la infraestructura de red que TELEFÓNICA tiene en Huaycán, sino además que esta empresa no utiliza la posición que corresponde a la instalación de cable coaxial, que es el medio de transmisión utilizado normalmente para el servicio de televisión por cable.

De acuerdo a lo anterior, el Cuerpo Colegiado concluye que los postes de TELEFÓNICA ubicados en Huaycán tienen capacidad libre que podría ser utilizada por ALFATEL.

De otro lado, TELEFÓNICA ha señalado que la instalación de una red de televisión por cable supondría una modificación de la estructura de su red, pues tendrían que instalarse equipos adicionales.

⁵⁴ En efecto, las críticas de TELEFÓNICA se dirigen contra la comparación que hace el informe de ALFATEL sobre la carga que soportan los postes de Huaycán y los postes de otros distritos, pero no niegan que en dicho informe se muestren postes de propiedad de la demandada con capacidad disponible – fotos 6, 9, 10 y 11 –. Asimismo, TELEFÓNICA tampoco ha negado que los postes de Huaycán considerados en el informe de la Gerencia de Fiscalización tengan una carga de cables bastante reducida, como ya se ha indicado previamente.

Al respecto, el Cuerpo Colegiado considera que dicha afirmación no constituye un argumento válido en tanto que, como parte del servicio de arrendamiento de red que presta TELEFÓNICA a MULTIMEDIA, sus postes soportan la carga de los equipos de MULTIMEDIA sin que ello haya implicado una modificación de la estructura de la red de la referida empresa. En este sentido, si los postes de TELEFÓNICA en Huaycán son iguales a los que utiliza en otros distritos, como lo ha sostenido la demandada, los mismos se encontrarían en capacidad de soportar igual carga⁵⁵.

Debe precisarse, sin embargo, que la existencia de capacidad libre en los postes de Huaycán no incluye los postes de apoyo, que son distribuidos aleatoriamente en función de los requerimientos específicos que enfrenta la demandada en cada zona y no tienen continuidad de ruta dentro de la red telefónica⁵⁶.

Considerando todo lo expuesto previamente, se concluye que los postes de propiedad de TELEFÓNICA en la zona de Huaycán sí cuentan con capacidad disponible para soportar mayor carga de cables u otros equipos.

6.3.2. ¿TELEFÓNICA requiere la capacidad disponible de los postes de Huaycán?

No obstante existir capacidad libre en los postes de TELEFÓNICA en Huaycán, la demandada sostiene que dicha capacidad se encuentra comprometida para los planes futuros de expansión de la red telefónica.

Al respecto, TELEFÓNICA ha señalado que en los planes anuales se ha proyectado realizar expansiones y programas de mantenimiento que implicarían una ampliación de la infraestructura existente. Específicamente, ha indicado que en la zona de Huaycán cuenta con 3500 líneas telefónicas instaladas y que la demanda proyectada para el año 2005 es de 5900 líneas, por lo que al encontrarse la red con un alto grado de ocupación, era necesario instalar nuevos cables para cubrir sus necesidades de expansión.

⁵⁵ Cabe agregar que cuando la Gerencia de Fiscalización de OSIPTEL verificó que en otros distritos existían postes de TELEFÓNICA que tenían dos o tres cables en una sola posición – lo cual negaría que sólo pudiera instalarse un cable por posición –, la demandada reconoció que ello se producía en dos supuestos particulares, uno de ellos era la prestación del servicio de televisión por cable, debido a la tecnología que dicha empresa utiliza para tales efectos. De esta forma, aún si ALFATEL requiriese colocar más de un cable podría hacerlo en una sola posición si utilizara la misma tecnología que tiene TELEFÓNICA.

⁵⁶ Al respecto, la Secretaría Técnica requirió a TELEFÓNICA un mayor detalle sobre la naturaleza de los postes de apoyo, haciendo las siguientes preguntas a las que respondió la demandada:

“¿Existen diferencias físicas o técnicas entre estos postes y los demás que utiliza Telefónica? ¿Estos postes son comunes en alguna zona de un distrito en particular (avenidas u otros, por ejemplo)? *No existen diferencias en los postes. Estos no son comunes a ninguna zona, se instalan de acuerdo al requerimiento de las instalaciones de las líneas de acometida y pueden ser retirados de la planta. Normalmente Telefónica evita instalar postes en las avenidas por seguridad del tránsito vehicular.*

¿Cuál es el uso que por lo general Telefónica da a este tipo de postes? ¿En función a qué criterios decide colocarlos? *Cuando se requiere un punto de apoyo, y no se disponga de infraestructura por líneas o cables aéreos (Avenidas y zonas marginales), y cuando las líneas de acometida excedan a los 50 metros. Se tienden generalmente de manera aislada y no tienen continuidad de ruta y sus posiciones varían dependiendo de las necesidades de la empresa.*

¿Este tipo de postes soporta el mismo grado de ocupación de cables que los demás postes que utiliza Telefónica? *Eso tipo de postes no soportan el mismo grado de ocupación, este es aleatorio, y en muchos casos están sobrecargados por las líneas de acometida y se llega a inclinar el postes, como en el caso de las fotos adjuntas”.* Comunicación GGR-131-A-4781-02 de TELEFÓNICA, presentada con fecha 29 de octubre de 2002.

Asimismo, la demandada ha afirmado que de acuerdo al diseño de sus postes, el adicionar más cables de lo proyectado implicaría cambiar su estructura. En este sentido, concluye que los postes de TELEFÓNICA en Huaycán pueden soportar únicamente las cargas de la red de su empresa y la instalación de cargas adicionales implicaría un riesgo para la prestación de sus servicios.

La Secretaría Técnica requirió a TELEFÓNICA que presente documentación sustentatoria de los planes de ocupación de la capacidad libre de su postes.

Al respecto, la demandada se limitó a señalar que no tenía por qué efectuar estas precisiones, en la medida que la infraestructura de red de TELEFONICA en la zona de Huaycán había sido dimensionada de acuerdo a sus propias necesidades, considerando que dicha zona se encontraba dentro del Indicador TEC (Tiempo de Espera de la Conexión) señalado en su Contrato de Concesión, de acuerdo al cual, la empresa operadora debe estar en capacidad de cubrir cualquier demanda generada en un plazo de días según un calendario determinado.

TELEFONICA reiteró dichos argumentos en sus alegatos, señalando que el cumplimiento de los objetivos previstos de acuerdo a dicho indicador podría verse dificultado si tuviese que soportar una red adicional tendida sobre su red de postes, puesto que ello elevaría los niveles de saturación de dicha red.

Asimismo, precisó que en el supuesto en el que se produjese un aumento de la demanda, se requeriría redimensionar la planta externa, incrementando nuevos cables. En este sentido, si dicha infraestructura se encontrase ocupada por un operador distinto a TELEFONICA, ello obligaría a la empresa a reforzar los postes o a realizar nuevas obras, con el costo adicional que ello implicaría.

En relación con los planes de expansión en la zona de Huaycán, TELEFONICA señaló y reiteró lo siguiente:

*“Respecto a las proyecciones de clientes de la zona, la planta se encuentra dimensionada para la demanda presente y para la proyección de los próximos años, para lo cual se ha seguido la tendencia de zonas de Lima con similar desarrollo. Para lo cual bastaría con hacer el siguiente ejercicio, **la cantidad de viviendas actuales de Huaycán es de 15,900 con una demanda de sólo 3500 líneas telefónicas (una teledensidad menor que la media para la ciudad de Lima), en el año 2005 la demanda será de 5900 teléfonos (en el entendido que la teledensidad se acercará al promedio que tiene la ciudad de Lima), con lo que la red de distribución aérea se encontrará con alto grado de ocupación, generando la necesidad de instalar nuevos cables multipares para cubrir las necesidades de expansión del servicio.***

En este sentido, precisó que si los postes de TELEFONICA estuviesen ocupados por un tercer operador, no podrían llevarse a cabo los planes de expansión previstos ante el incremento de la demanda.

Considerando la información presentada por TELEFONICA, se concluyó que la variable relevante que toma en cuenta TELEFÓNICA para definir sus planes de expansión y si es necesario para ello el redimensionamiento de la planta externa, está basada en las proyecciones de demanda telefónica. En tal sentido, se

consideró necesario determinar si la proyección de demanda planteada por TELEFÓNICA para Huaycán era válida.

Luego de requerir diversa información a TELEFÓNICA, se efectuó un análisis comparativo sobre el nivel de crecimiento de líneas telefónicas fijas instaladas por TELEFÓNICA en diversos distritos o circunscripciones de la ciudad de Lima respecto de la tasa de crecimiento estimada por esta empresa para la zona de Huaycán. Adicionalmente, se tomó en cuenta el crecimiento estimado de la población de tales distritos o circunscripciones⁵⁷.

En primer lugar, se determinó que la proyección de demanda esperada por TELEFONICA para la zona de Huaycán supone una tasa de crecimiento promedio anual de 17.4% o una tasa de crecimiento promedio trimestral de 4,1%⁵⁸. Con la finalidad de evaluar la consistencia de la tasa de crecimiento proyectada por TELEFÓNICA para Huaycán, la misma se comparó con la tasa de crecimiento observada durante los trimestres anteriores en la misma zona o en zonas con características de demanda similares.

De otro lado, también se consideró como variable importante para la comparación el crecimiento de la demanda potencial medido a través de la evolución de la población por distrito ocurrida durante los últimos trimestres. Los resultados de dicha comparación fueron los siguientes:

- (i) La tasa de variación promedio trimestral del número de líneas en servicio entre el primer trimestre del 2000 y el tercer trimestre de 2002 en los distritos analizados, se encuentra en un rango comprendido entre -0,31% y 0,90%. Dichas tasas de crecimiento resultan ser bastante menores a la esperada por TELEFONICA para la zona de Huaycán.
- (ii) Las tasas de crecimiento poblacional trimestral a nivel distrital entre 1998 y 2002 no superaron en ningún caso el 1,0%. Dichas tasas resultan ser significativamente menores al crecimiento promedio trimestral esperado por TELEFONICA para la demanda de líneas. En el distrito de Ate Vitarte, en donde se encuentra Huaycán, la tasa de crecimiento poblacional ha sido de 0,56%.

Conforme a los resultados de las comparaciones efectuadas previamente, la proyección de demanda esperada por TELEFONICA (5900 líneas) resulta ser considerablemente mayor al crecimiento registrado en los distritos analizados, incluyendo Ate Vitarte. Al no haber sustentado TELEFONICA las razones por las que considera que la demanda tendría tal nivel de crecimiento, puede concluirse que la demandada no ha demostrado que la capacidad de carga disponible de los postes de Huaycán se encuentre comprometida para cubrir sus necesidades.

De acuerdo con lo anterior, puede concluirse que no existe evidencia en el expediente que sustente la demanda proyectada por TELEFONICA para la zona

⁵⁷El análisis que se hace a continuación se sustenta en el informe de la Gerencia de Políticas Regulatorias y Planeamiento Estratégico de OSIPTEL denominado "Informe relativo a la controversia entre Empresa de Telecomunicaciones Multimedia Alfa E.I.R.L. y Telefónica del Perú S.A.A."

⁵⁸Ello, considerando que TELEFÓNICA afirmó que Huaycán cuenta con 3500 líneas telefónicas en servicio al tercer trimestre de 2002 y que para el año 2005 la demanda de líneas debía ser de 5900.

de Huaycán (4,1%); asimismo dicha tasa resulta inconsistente con las tasas de crecimiento que ha tenido TELEFONICA en los distritos considerados, incluyendo Ate Vitarte.

De otro lado, también puede concluirse que la cantidad de líneas instaladas por TELEFÓNICA en Huaycán cubren las expectativas de crecimiento que tiene la demandada para dicha zona hasta el 2005⁵⁹ e incluso le permitirían cubrirlas por más años considerando la tasa de crecimiento trimestral más elevada que se ha registrado en los últimos años para los distritos considerados⁶⁰.

Siendo ello así, se concluye que TELEFÓNICA no ha probado que requiera utilizar toda o la mayor parte de la capacidad de carga disponible de sus postes ubicados en Huaycán para enfrentar los planes de expansión de red que tendría que ejecutar según sus propias estimaciones de crecimiento de la demanda.

De otro lado, TELEFONICA ha señalado en sus alegatos razones de tipo económico que justificarían su decisión de no satisfacer el requerimiento de ALFATEL. Al respecto, ha indicado que los precios cobrados por las empresas de distribución eléctrica no la hacen competitiva en el mercado. Asimismo, ha señalado que al arrendar sus postes, TELEFONICA tendría que incurrir en costos relacionados con la adecuación y ampliación de red y costos derivados de la celebración del contrato.

Al respecto, debe considerarse que TELEFÓNICA no ha presentado ningún estudio sobre los costos que implicaría adecuar su red o prestar el servicio en cuestión a pesar de que se le ha requerido, por lo que no puede señalarse que la existencia de dichos costos constituya una justificación válida para no arrendar sus postes.

Por otra parte, TELEFÓNICA ha señalado en sus alegatos que el arrendar los postes implicaría el acceso de terceros para manipular su red de postes, lo que podría generar riesgos en la continuidad del servicio por parte de TELEFÓNICA.

Al respecto, corresponde señalar que lo planteado por TELEFÓNICA no constituye impedimento para arrendar los postes, pues tales contingencias podrían ser cubiertas a través del establecimiento de cláusulas contractuales adecuadas.

Finalmente, TELEFONICA ha señalado que los elevados costos de salida del mercado de arrendamiento de postes (puestos de manifiesto en las controversias entre empresas de distribución eléctrica y empresas de prestación del servicio de cable) hacen que TELEFONICA considere sumamente riesgoso ingresar a dicho mercado.

El Cuerpo Colegiado considera que dicho argumento prejuzga el comportamiento de ALFATEL y de otros operadores de televisión por cable en el mercado, por lo

⁵⁹ Ello considerando que TELEFÓNICA presentó información a pedido de la Secretaría Técnica que indica que al tercer trimestre del 2001 ya contaba con 6000 líneas telefónicas instaladas en la zona de Huaycán – número cercano a las 5900 que había proyectado para el 2005. En tal sentido, la demandada ya tendría instaladas todas las líneas que tenía proyectadas para sus planes de expansión hasta el 2005⁵⁹.

⁶⁰ La mayor tasa de crecimiento promedio trimestral encontrada en los distritos considerados es de 0,9%.

que no puede constituir una justificación válida para no contratar. En todo caso, los mencionados riesgos que argumenta TELEFONICA también podrían ser controlados por medio de cláusulas contractuales sobre la materia.

De acuerdo a lo señalado en párrafos precedentes, el Cuerpo Colegiado concluye que la empresa demandada no ha llegado a demostrar que la negativa de trato en el mercado relevante se encuentre justificada.

Cabe agregar que el análisis efectuado en relación con la capacidad de los postes de TELEFONICA debe entenderse limitado específicamente a la zona de Huaycán. En dicha zona, de acuerdo a los resultados del presente procedimiento, TELEFONICA cuenta con capacidad libre en sus postes que podría ser utilizada por una tercera empresa, sin que para ello se requiera una modificación de su capacidad instalada que pueda comprometer los planes de expansión previstos por la demandada para la referida zona.

6.4. Efectos de la negativa de trato

Como consecuencia de la negativa de arrendar espacio en sus postes de la zona de Huaycán por parte de TELEFÓNICA, se habría limitado la posibilidad de que ingrese un nuevo agente a prestar servicios de televisión por cable en dicho mercado.

Si bien TELEFÓNICA no participa directamente en esta actividad, puede considerarse que la demandada podría tener incentivos para obstaculizar el ingreso de nuevas empresas al mercado de televisión por cable, en tanto que es parte del mismo grupo económico de MULTIMEDIA, y con su negativa limitar la competencia potencial que podría enfrentar su empresa vinculada.

TELEFÓNICA ha sostenido que para considerar que la negativa de trato constituye una infracción a las normas de libre competencia debe demostrarse la intención de depredar el mercado. Sin embargo, debe precisarse que la intencionalidad no es un elemento necesario para considerar ilegal una negativa de trato, como podría serlo, eventualmente, en el caso de una práctica predatoria.

Como señala expresamente el artículo 5 inciso a) del Decreto Legislativo 701, en el caso de las negativas de trato, las mismas se encuentran prohibidas cuando son llevadas a cabo por una empresa con posición de dominio en el mercado, son injustificadas y han ocasionado un efecto restrictivo de la competencia.

En consideración a lo anterior, el Cuerpo Colegiado concluye que la negativa de TELEFONICA de arrendar su postes a ALFATEL constituye una negativa injustificada de trato prohibida por el artículo 5 inciso a) del Decreto Legislativo 701.

VII. SANCION APLICABLE

Habiéndose verificado la existencia de una negativa injustificada de trato, corresponde determinar la gravedad de dicha infracción y la multa aplicable de

acuerdo con los criterios establecidos para tales efectos por el artículo 23 del Decreto Legislativo 701⁶¹.

En el presente caso, se trata de un supuesto de abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa de trato que ha afectado el mercado de prestación de servicios de la zona de Huaycán. La empresa demandada cuenta con aproximadamente el 50% de presencia en el mercado relevante. Adicionalmente, la restricción de la competencia ha tenido efectos sobre la competencia que podría haberse hecho efectiva de ingresar ALFATEL al mercado; asimismo, también pudo afectar a los usuarios del servicio de televisión por cable de Huaycán, quienes podrían haberse visto privados de una nueva alternativa de elección. Finalmente, la duración de la restricción de la competencia ha sido mayor a un año.

Cabe señalar que la posibilidad de medir los efectos de la práctica se encuentra limitada debido a que la demandante no ha iniciado aún operaciones en el mercado y no se cuenta con información sobre su demanda proyectada ni sobre las inversiones que ha realizado para la actividad que pretende realizar. Adicionalmente, debe agregarse que aparentemente ALFATEL no habría realizado aún las actividades necesarias para encontrarse en condiciones de prestar servicios de televisión por cable de forma inmediata⁶². Estos hechos dificultan el análisis detallado de los perjuicios que podría haber generado la conducta denunciada, a fin de definir el componente punitivo de la sanción relacionado con el daño ocasionado.

De acuerdo con lo mencionado, el Cuerpo Colegiado considera que en la infracción debe ser calificada como grave y ser sancionada con una multa ascendente a 25 UIT.

VIII. COSTOS Y COSTAS

TELEFÓNICA solicitó que se condenara a ALFATEL al pago de costas y costos, en aplicación del Decreto Legislativo N° 807 y del Código Procesal Civil.

Sobre el particular, corresponde señalar que el artículo 7° del Decreto Legislativo 807 establece la posibilidad de ordenar 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 las procesos que involucran la 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

⁶¹ Artículo 23. “(...) Los criterios que la Comisión tendrá en consideración para determinar la gravedad de la infracción y la aplicación de las multas correspondientes son los siguientes: a) La modalidad y el alcance de la restricción de la competencia; b) La dimensión del mercado afectado; c) La cuota de mercado de la empresa correspondiente; d) El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios; e) La duración de la restricción de la competencia; f) La reiteración en la realización de las conductas prohibidas”.

⁶² Sobre el particular, TELEFÓNICA señaló en sus alegatos que al constituirse en el domicilio señalado por ALFATEL como ubicación de la cabecera para prestar sus servicios no había encontrado las instalaciones correspondientes a una empresa de televisión por cable y que se trataba más bien de un terreno sin ocupar. Estas afirmaciones no han sido contradichas por ALFATEL.

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 TELEFONICA al respecto debe ser declarada improcedente.

RESUELVE:

Artículo Primero.- Declarar MPROCEDENTES E INFUNDADAS, respectivamente, las tachas interpuestas por Telefónica del Perú S.A.A. y por Empresa de Telecomunicaciones Multimedia Alfa E.I.R.L. por los fundamentos expuestos en la sección IV de los Considerandos de la presente Resolución.

Artículo Segundo.- Declarar FUNDADA la demanda interpuesta por Empresa de Telecomunicaciones Multimedia Alfa E.I.R.L. por abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato y, en consecuencia, disponer que Telefónica del Perú S.A.A. satisfaga el requerimiento efectuado por Empresa de Telecomunicaciones Multimedia Alfa E.I.R.L. respecto de los postes de su propiedad ubicados en la zona de Huaycán, con excepción de los postes de apoyo, por los argumentos expuestos en los Considerandos de la presente Resolución.

Artículo Tercero.- Imponer a Telefónica del Perú S.A.A. una multa ascendente a 25 UIT, por los fundamentos expuestos en los Considerandos de la presente Resolución.

Artículo Cuarto.- Declarar IMPROCEDENTE la solicitud de Telefónica del Perú S.A.A. de ordenar el pago de costas y costos a Empresa de Telecomunicaciones Multimedia Alfa E.I.R.L., por los fundamentos expuestos en la sección Considerando de la presente Resolución.

Con el voto favorable de los miembros del Cuerpo Colegiado de OSIPTEL, señores Armando Cáceres Valderrama, José Gallardo Ku y Galia Mac Kee Briceño.

REGÍSTRESE Y COMUNÍQUESE.