

Secretaría Técnica

**Controversia entre Pedro Juan Laca B. y
Electronorte S.A. (Exp. 005-2001)
Informe Instructivo**

Informe 003-2002/ST

Lima, 22 de febrero de 2002.



**CONTROVERSIA ENTRE PEDRO JUAN LACA BUENDÍA (EXP. 005-2001):
INFORME INSTRUCTIVO**

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	3
I. EMPRESAS E INSTITUCIONES INVOLUCRADAS	3
1. Demandante	3
2. Demandada	3
II. POSICIONES DE LAS PARTES	3
1. Posición del Sr. Laca	4
2. Posición de ELECTRONORTE	4
III. PUNTOS CONTROVERTIDOS	5
1. Primer punto controvertido	5
2. Segundo punto controvertido	5
IV. CUESTIÓN PROCESAL PREVIA	5
V. MERCADO RELEVANTE Y POSICIÓN DE DOMINIO	7
1. Servicio en Cuestión	7
2. Delimitación de Producto	8
3. Delimitación Geográfica	14
4. Delimitación del Nivel Comercial	14
5. Mercado Relevante aplicable a la Controversia	15
6. Posición de Dominio	15
VI. PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: NEGATIVA DE TRATO	21
1. ¿Existió una negativa a renovar el contrato?	24
2. Si existió una negativa de trato ¿fue injustificada?	27
3. ¿Existió una negativa de trato indirecta?	29
VII. SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO: DISCRIMINACIÓN DE PRECIOS	
31	
VIII. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	36

INTRODUCCIÓN

El presente informe tiene como objeto presentar al Cuerpo Colegiado el resultado de la investigación y análisis realizados por la Secretaría Técnica en su calidad de órgano instructor del procedimiento seguido por el señor Pedro Juan Laca Buendía (en adelante el Sr. Laca), contra Electronorte S.A. (en adelante ELECTRONORTE), por supuesto incumplimiento de las normas sobre libre competencia en el alquiler de postes de energía eléctrica para el tendido de red de radiodifusión por cable, así como las conclusiones respectivas.

Para el referido análisis se han tomando en consideración los medios probatorios solicitados por la Secretaría Técnica, así como los demás medios probatorios y documentos que obran en el expediente.

I. EMPRESAS E INSTITUCIONES INVOLUCRADAS

1. Demandante

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

2. Demandada

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

3. Tercero

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

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

II. POSICIONES DE LAS PARTES

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

1. Posición del Sr. Laca

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

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

2. Posición de ELECTRONORTE

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

- a) No es cierto que ELECTRONORTE se haya negado a renovar el contrato, pues fue el Sr. Laca el que nunca se apersonó al local de la empresa demandada para suscribir la renovación del mismo, en vista que le convenía seguir operando sin contrato escrito y sin cumplir con el pago por el alquiler de los postes.

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

III. PUNTOS CONTROVERTIDOS

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

1. Primer punto controvertido

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

2. Segundo punto controvertido

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

IV. CUESTIÓN PROCESAL PREVIA

ELECTRONORTE afirma que el contrato de uso de postes que suscribió con el Sr. Laca fue renovado desde la fecha en que emitió la carta aceptando la solicitud de renovación que le remitió el Sr. Laca, es decir, desde diciembre de 2000¹. No obstante, la empresa demandada ha señalado que aún aceptando que su respuesta hubiera sido recibida por el Sr. Laca recién en agosto de 2001, el extremo de la demanda referido a la negativa injustificada de trato se habría sustraído del ámbito administrativo de OSIPTEL, puesto que la carta aceptando la renovación habría sido recibida por el Sr. Laca posteriormente a la presentación de la demanda, con lo cual el problema surgido entre las partes habría quedado solucionado².

Al respecto, ELECTRONORTE asume que su respuesta a la solicitud de renovación del contrato, recibida por el Sr. Laca en agosto de 2001, habría solucionado el problema existente entre las partes en lo que a la negativa injustificada de trato se refiere, puesto que habría sido recibida posteriormente a la presentación de la demanda. Sin embargo, los hechos ocurridos en el presente procedimiento contradicen dicha afirmación, en tanto que a pesar de la mencionada respuesta las partes no arribaron a ningún acuerdo respecto de dicho punto controvertido en la etapa conciliatoria. Adicionalmente, el Sr. Laca ha mantenido su posición respecto de la existencia de una negativa de trato debido a que, en su opinión, ha sido necesario que presente una demanda ante OSIPTEL para que la demandada de una respuesta a su pedido.

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

En otras palabras, considerando el interés público protegido por las normas de libre competencia, la determinación de la existencia de una infracción y de sus efectos sobre el mercado deben ser evaluados por la autoridad administrativa aún mediando un acuerdo entre las partes sobre el particular. En tal virtud, aún asumiendo como válida la afirmación de la demandada, la materia controvertida en el presente procedimiento no se habría sustraído del ámbito de OSIPTEL.

¹ En efecto, en la carta de remitida al Sr. Laca el 07 de agosto de 2001 ELECTRONORTE señaló que *“con respecto a la renovación de su Contrato le indicamos que este queda automáticamente renovado desde el 01 de Diciembre del presente”*. Posteriormente, en otra carta remitida al Sr. Laca en septiembre de ese mismo año señaló que el contrato *“se encuentra vigente a partir del 01 de diciembre del año 2000 – en virtud que se ha producido la renovación de mutuo acuerdo del contrato N° G/AJ-048-2000”*.

² En efecto, mediante escrito presentado con fecha 12 de Setiembre de 2001, ELECTRONORTE señaló lo siguiente: *“(…) carecería de todo sentido la denuncia del señor Laca Buendía, al versar esta última acerca de una supuesta Negativa Injustificada de ELECTRONORTE S.A. de contratar con su persona. La improcedencia de la denuncia se sustenta por el sólo mérito del contenido de nuestra Carta de fecha 6 de diciembre del año 2000, con independencia de la fecha en que la denunciante haya recibido nuestra comunicación. Decimos esto, porque en el supuesto caso de aceptar como cierto lo afirmado por el señor Laca Buendía respecto a que la carta fue recibida recién en el mes de Agosto del año 2001, se tiene que se habría producido lo que procesalmente conocemos como “substracción de la materia”, ya que la denuncia fue interpuesta el 12 de julio de 2001 aduciendo – repetimos – un abuso de posición de dominio por una negativa injustificada a contratar por parte de ELECTRONORTE S.A. (negativa que debía de ser*

V. MERCADO RELEVANTE Y POSICIÓN DE DOMINIO

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

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

Asimismo, el artículo 4° de 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 ELECTRONORTE ha incurrido en actos de abuso de posición de dominio, primero debe analizarse si la demandada cuenta con dicha posición. Para ello, de conformidad con lo establecido en los Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Libre Competencia en el Ambito de las Telecomunicaciones³ (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 ELECTRONORTE cuenta con posición de dominio en el mercado relevante que se determine.

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

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

1. Servicio en Cuestión

³ Aprobados mediante la Resolución N° 003-2000-CD/OSIPTEL y publicados en el diario oficial El Peruano el 8 de febrero de 2000.

Para determinar los productos o servicios sustitutos, primero se tiene que determinar cuál es el producto o servicio sobre el cual se desea conocer la existencia de sustitutos.

Tal como se desprende de la demanda, el servicio cuya prestación se requiere, y sobre el cual se centra la discusión, es el servicio de alquiler de postes que ELECTRONORTE podría ofrecer al Sr. Laca para el tendido de su red de cable. A este servicio, en lo sucesivo, se le denominará "Servicio en Cuestión".

2. Delimitación de Producto⁴

La delimitación de producto busca determinar qué servicios son buenos sustitutos, desde el punto de vista de los compradores, del Servicio en Cuestión previamente definido.

Para hallar la sustitución por el lado de la demanda se deben tomar en cuenta, principalmente dos factores: i) que los compradores le puedan dar al supuesto servicio sustituto el mismo uso, o un uso similar, al que le dan al Servicio en Cuestión; y, ii) que los compradores estén dispuestos a pagar el costo de estos servicios sustitutos en lugar de utilizar el Servicio en Cuestión.

En el presente caso se debe empezar a delimitar el producto evaluando los servicios que permitirían al Sr. Laca reemplazar la utilización de los postes de ELECTRONORTE, de tal manera que pueda ofrecer el servicio de Televisión por Cable a sus usuarios. Al respecto, se han identificado los siguientes servicios que podrían ser sustitutos del Servicio en Cuestión:

a) Utilización de postes propios

La instalación y utilización de postes propios por parte del Sr. Laca podría constituirse en un sustituto a la utilización de los postes de ELECTRONORTE. Técnicamente esta alternativa constituye un sustituto del Servicio en Cuestión por cuanto el uso que le daría a dichos postes es igual al que le permite el referido Servicio.

Sin embargo, para determinar si un servicio es sustituto de otro no basta con la sustitución técnica, sino que es necesario determinar las posibilidades de sustitución económica. En el presente caso, esto implica determinar si resulta económicamente factible para el Sr. Laca el instalar sus propios postes en lugar de utilizar el Servicio en Cuestión.

Al instalar y/o utilizar postes propios, las empresas de cable pueden enfrentar las siguientes restricciones que podrían limitar la sustitución con el Servicio en Cuestión:

- ***Restricciones administrativas y ornato de la ciudad***

Un primer aspecto relevante para definir las posibilidades de sustitución se encuentra relacionado con las restricciones administrativas que pueden impedir la instalación de nuevos postes, entre las que se encuentran las restricciones relacionadas con el ornato de la ciudad. En efecto, 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.

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

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.

Un ejemplo de estas restricciones puede ser el de la ciudad de Huancayo. El 28 de abril de 1998, la Municipalidad Provincial emitió la Ordenanza N° 06-98-MPH/CM mediante la cual restringía nuevas ejecuciones de cableado aéreo, ordenando la obtención de la autorización municipal correspondiente previa, para lo cual se debía presentar un informe técnico en materia de ornato y seguridad. Si bien esta ordenanza fue derogada el 13 de mayo de 1999, constituye una muestra de las posibles restricciones que pueden existir para instalar postes en una ciudad. Otro caso relevante puede ser el de la ciudad de Ica, en el cual la Municipalidad Provincial denegó a la empresa Cable Junior S.A. el permiso para que instale sus propios postes en virtud de que ello resultaría antiestético puesto que se saturaría el espacio en la ciudad⁵.

En el presente caso, la Municipalidad Provincial de Lambayeque ha informado que en la ciudad de Lambayeque existe el denominado Plan Director de 1994 mediante el cual se reglamenta el aspecto de Planeamiento y Desarrollo Urbano de dicha ciudad. Entre los aspectos normados por dicho Plan Director se señala que, en el caso urbano de la ciudad no se permite la instalación de nuevos postes de distribución de energía eléctrica, sino únicamente en los alrededores de la misma. Asimismo, en lo que respecta a la instalación de postes para la prestación de servicios de telecomunicaciones, la Municipalidad señala que ello está permitido dependiendo de la existencia de postes ya instalados en la zona donde se requiere instalar postes adicionales y siempre que no se genere desorden, inseguridad y peligros⁶.

Como se puede apreciar de lo anterior, dependiendo de la localidad donde se requiera instalar postes y de lo dispuesto por sus autoridades, se pueden encontrar restricciones administrativas para la instalación de los mismos. En el caso específico de la presente controversia se ha hallado que para la instalación de postes propios, una prestadora de servicios de Televisión por Cable puede encontrar barreras administrativas que le dificultarían realizar dicha actividad. Incluso de lo manifestado por la Municipalidad Provincial de Lambayeque se puede colegir que en determinadas zonas de la ciudad no se

⁵ Carta de fecha 7 de mayo de 1998 en la que se señala que *“el Proyecto de colocación de postes para el telecable NO ES PROCEDENTE, debido a que se va a saturar la ciudad con postes, así como resulta anti-estético para la ciudad ya que en las calles existen postes de ERSA y Telefónica (...)”*

⁶ Oficio N° 879/2001-MPL-A de la Municipalidad Provincial de Lambayeque de fecha 19 de octubre de 2001 en el cual señala que, en lo que respecta a disposiciones municipales que prohíban, impidan o de cierta forma restrinjan la posibilidad de instalar nuevos postes en la ciudad de Lambayeque, *“existe el Plan Director de 1994; en el cuál (sic) reglamenta el aspecto de Planeamiento y Desarrollo Urbano. En lo que respecta a instalación de nuevos postes, específicamente de electricidad y en el caso urbano de la ciudad, no está (sic) permitido, toda vez que la línea es subterránea; solamente se permite en los alrededores.*

En relación a los demás servicios de teléfono y cable; se está (sic) permitiendo la colocación de postes de acuerdo a la existencia en la zona a instalar: y de tal manera que no generen desorden, inseguridad y

autoriza la instalación de postes adicionales a los ya existentes. En dichas zonas no sería factible para el Sr. Laca sustituir la utilización del Servicio en Cuestión por la instalación de postes propios.

- ***Plazo requerido para la adquisición e instalación de postes***

Incluso suponiendo que no existiesen restricciones legales para la instalación de postes, realizar dicha actividad podría tomar cierto tiempo a una persona que desee prestar servicios de Televisión por Cable. Para la instalación de postes se requiere, entre otros, realizar estudios técnicos, obtener licencias municipales, negociar con los fabricantes de dichos bienes, así como finalmente instalar éstos. El tiempo requerido para estas gestiones podría impedir que los postes se encuentren listos para ser utilizados en el corto plazo.

De esta manera, en ciertos casos la instalación de postes propios no podría realizarse en el corto plazo, en dichos casos podría realizarse más bien en el mediano plazo. Por tanto, en el presente caso podría concluirse que la utilización de postes propios por parte del Sr. Laca no constituye un sustituto del Servicio en Cuestión, al menos en el corto plazo⁷.

- ***Costos de adquisición e instalación***

Otro aspecto que puede generar que la instalación de postes propios no sea un sustituto del Servicio en Cuestión es el referido al costo que implica esta opción comparada con el costo de arrendar postes ya instalados. Es decir, que en caso se verifique que el instalar postes propios constituye una alternativa considerablemente más costosa que el hacer uso de los postes de ELECTRONORTE, entonces se debe concluir que una modalidad no es sustituta de la otra.

El hecho de instalar postes propios puede resultar económicamente viable en la medida que se cumplan determinadas condiciones. Por ejemplo, en el caso que una empresa requiera de un número pequeño de postes, entonces probablemente enfrente precios mayores que si requiriese de un mayor número de éstos, puesto que se tendría una mayor capacidad de negociación y de que se pueden obtener descuentos por volumen. Otro factor que puede influenciar en que la instalación de postes propios resulte económicamente viable es el referido a la cantidad de usuarios que se puede atender con dichos postes. En caso el número de usuarios sea reducido, entonces podría no resultar económicamente viable el incurrir en la inversión necesaria para instalar nuevos postes.

En el presente caso debe considerarse que la cantidad de usuarios son atendidos por el Sr. Laca no es significativa y que asimismo, la cantidad de postes que requiere tampoco lo es⁸. En tal sentido, se concluye que podría no

⁷ Este aspecto también ha sido tomado en cuenta por la agencia antimonopolio de la República de Venezuela: "En el corto plazo, los usuarios de este servicio, las empresas del sector de telecomunicaciones, no tienen otras alternativas para la instalación de sus redes, aunque en el mediano o largo plazo, pudiesen construir sus propios postes y así eliminar su dependencia de los postes propiedad de las empresas eléctricas. Lo anterior significa que, en el corto plazo, no existen otros sistemas que puedan competir con las redes de postes que posean las compañías eléctricas, lo cual es equivalente a decir que no existen otros productos que estén incluidos en el mismo mercado producto." En Resolución 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.

resultar económicamente factible para el Sr. Laca instalar postes propios frente a la alternativa de utilizar el Servicio en Cuestión.

Finalmente, otro aspecto que se debe considerar es el referido a que las empresas de Televisión por Cable siempre enfrentan la amenaza de que un competidor ingrese a dicho mercado. Ello podría generar cierto nivel de incertidumbre en los precios que pueden cobrar a sus usuarios –puesto que se podrían reducir por efectos de la competencia- lo cual también genera incertidumbre sobre el nivel de ingresos esperados de la operación del negocio. En tal sentido, esta incertidumbre en el nivel esperado de ingresos de una empresa de Televisión por Cable puede generar que la evaluación de adquirir e instalar postes propios no se justifique desde un punto de vista económico. Otro es el caso para las empresas de distribución eléctrica, puesto que el marco legal ha otorgado a este tipo de empresas un monopolio dentro de su área de concesión, es decir que dentro del área de operación se les otorga en exclusividad la concesión requerida para operar sus servicios. En tal sentido, si bien las empresas de distribución eléctrica enfrentan precios regulados por los servicios que prestan a sus usuarios, tienen asegurado siempre un nivel de ingresos que les puede permitir realizar las inversiones requeridas para instalar postes, situación que no se presenta en el caso de las empresas de Televisión por Cable.

Lo señalado en el párrafo anterior se refuerza en la medida que para los usuarios los servicios de electricidad son más necesarios que los de Televisión por Cable. Es decir, que la demanda por consumo de servicios de electricidad es más inelástica que la correspondiente a servicios de Televisión por Cable, lo cual implica que, ante un incremento en el precio cobrado por dichos servicios, los usuarios tenderán a prescindir primero de los servicios de Televisión por Cable y luego por los de electricidad. Esto es una muestra de que las empresas de distribución eléctrica tienen una mayor capacidad que las empresas de Televisión por Cable para enfrentar las inversiones requeridas para instalar postes propios.

Tomando en cuenta lo señalado en los párrafos anteriores se concluye que, en lo que se refiere a costos, no resultaría económicamente conveniente para el Sr. Laca sustituir la utilización del Servicio en Cuestión por la utilización de postes propios.

De lo desarrollado en los títulos anteriores puede concluirse que la instalación de postes propios por parte del Sr. Laca: i) no sería factible en determinadas zonas de Lambayeque debido a restricciones municipales; ii) en las zonas donde ello sería factible, no sería posible hallar un sustituto adecuado, al menos en el corto plazo; y, iii) los costos involucrados no parecerían justificar la instalación de postes propios para sustituir la utilización del Servicio en Cuestión.

El análisis conjunto de estos aspectos permite concluir que, en el caso específico del Sr. Laca, la utilización de postes propios no constituye un sustituto a la utilización del Servicio en Cuestión.

b) Utilización de postes de otra empresa

⁸ Mediante carta de fecha 28 de diciembre de 2001, el Sr. Laca ha manifestado que al mes de noviembre de dicho año utiliza un total de 248 postes para atender a un total de 400 usuarios del servicio de

Una red de postes alternativa a la de ELECTRONORTE podría constituir un sustituto del Servicio en Cuestión. Usualmente las empresas de distribución eléctrica, como las prestadoras de servicios públicos de telecomunicaciones, tienden redes de postes para ofrecer sus servicios al público.

En el Perú, existen diversas empresas que cuentan con postes propios. Por un lado se encuentra ELECTRONORTE; mientras que por otro lado, empresas como Electrocentro S.A., Luz del Sur S.A.A., Telefónica del Perú S.A.A., entre otras, utilizan postes propios para tender sus redes de cables.

En términos generales, puede afirmarse que cualquier poste instalado puede constituir un sustituto del Servicio en Cuestión. En el caso de Lambayeque, se ha hallado que aparte de ELECTRONORTE, TELEFÓNICA también tiene instalados postes. En tal sentido, el Sr. Laca podría prescindir de utilizar los postes de ELECTRONORTE y en su lugar utilizar los de TELEFÓNICA si es que ésta contara con postes en la zona donde dicha empresa los requiere.

Finalmente, en este punto se concluye que los postes de TELEFÓNICA constituyen un sustituto a la utilización de postes de ELECTRONORTE, en aquellas zonas del distrito de Ica en que la primera tenga también postes.

c) Utilización de ductos subterráneos

Tanto las empresas de telecomunicaciones como las empresas de distribución eléctrica suelen utilizar ductos o canales subterráneos para tender sus redes de cables, por lo que, a primera vista, podrían considerarse como un posible sustituto a la utilización del Servicio en Cuestión.

De manera similar como en el caso de postes, existe la posibilidad de que se utilicen ductos subterráneos que actualmente existan -e.g. en la modalidad de arrendamiento- o que el Sr. Laca realice las excavaciones necesarias para construir sus propios ductos subterráneos.

Sin embargo, si bien la utilización de ductos subterráneos propios puede sustituir la utilización del Servicio en Cuestión, la sustitución no podría ser realizada en el corto plazo y, además, implicaría mayores costos para esta empresa respecto de la situación en la que se haga uso del Servicio en Cuestión en la modalidad de arrendamiento. Por ello, es posible concluir que no constituyen un sustituto efectivo del Servicio en Cuestión. Este aspecto se ve reforzado por las externalidades negativas que genera la construcción de los ductos, derivadas de la rotura de pistas y veredas que se requiere realizar.

Otra posibilidad es que el Sr. Laca utilice los ductos subterráneos pertenecientes a otra empresa para ofrecer sus servicios. Cabe mencionar que la utilización de los ductos de una empresa de distribución eléctrica no constituiría un sustituto adecuado debido a los peligros de electrificación que se generarían por el contacto de los cables coaxiales con los de distribución eléctrica (recuérdese que las normas del sector eléctrico disponen distancias mínimas entre los cables).

Para determinar la posibilidad de que exista sustitución conviene describir brevemente la manera cómo las empresas de telecomunicaciones suelen utilizar sus ductos para ofrecer servicios a sus clientes. Debido al alto costo que implica su instalación, los ductos no se construyen en todas las calles de una ciudad, sino que, por regla general, se construyen en las principales avenidas. Adicionalmente, los ductos suelen utilizarse para el servicio de cables complementando la utilización de postes. Sin embargo, por

regla general, los ductos de las empresas de telecomunicaciones no tienen una conexión directa con los hogares de los usuarios, sino que cada cierta cantidad de cuadras los cables de los ductos se conectan a un armario que se encuentra al aire libre. Los cables conectados a dicho armario prosiguen su camino hacia los hogares de los consumidores, utilizando para ello la red de postes de la empresa.

Así, la conexión de los hogares con las redes de las empresas de telecomunicaciones se da mediante la utilización de postes y no únicamente mediante los ductos subterráneos. De esta forma es posible visualizar que la utilización de ductos subterráneos por sí sola no constituye un sustituto del Servicio en Cuestión, pues éstos se complementan con la utilización de la postería de las mismas empresas.

Finalmente, estos aspectos permiten concluir que la utilización únicamente de ductos subterráneos no constituye un sustituto del Servicio en Cuestión, por lo que no debe ser considerado como parte del Mercado Relevante a determinarse.

d) Utilización de otras modalidades de difusión

Para la prestación del servicio de Televisión por Cable, pueden utilizarse, además de cables físicos, medios de transmisión inalámbrica, en cuyo caso no se requiere del tendido de una red de cables, y por lo tanto no se requiere de la utilización de postes.

Con relación a la prestación del servicio de Televisión por Cable por medios inalámbricos, el Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones reconoce dos modalidades: i) el servicio público de distribución de radiodifusión por cable en la modalidad de sistema de distribución multicanal multipunto (MMDS); y, ii) el servicio público de distribución de radiodifusión por cable en la modalidad de difusión directa por satélite.

La primera modalidad (MMDS) consiste en que la empresa de Televisión por Cable distribuye sus señales por vía microondas para lo cual cada usuario del servicio debe contar con una antena receptora y probablemente con un decodificador de señales. La segunda modalidad de difusión suele conocerse como televisión satelital, la cual consiste en que las empresas de cable difunden sus señales directamente desde un satélite artificial hacia los hogares de sus usuarios. Para que los usuarios puedan hacer uso de este último servicio, deben adquirir ciertos equipos (una antena parabólica y decodificadores).

El costo del servicio a través la modalidad de televisión satelital es considerablemente mayor tanto para los usuarios⁹ como para la empresa de cable. Asimismo, la prestación del servicios, tanto en la modalidad de MMDS como de televisión satelital implicaría una modificación sustancial en la forma en que el Sr. Laca presta sus servicios, generando altos costos por dicho concepto.

Por tanto, si bien el uso de la tecnología MMDS o satelital, en términos puramente técnicos, podría ser utilizada para la prestación del servicio de Televisión por Cable, en cuyo caso se podría prescindir de la utilización de postes, los altos costos en que incurrirían las empresas de Televisión por Cable por cambiar la modalidad de transmisión, genera que, en términos económicos, no pueda considerarse un sustituto adecuado. Adicionalmente debe mencionarse que los usuarios finales del servicio también incurren en mayores costos al hacer uso de la televisión satelital (e.g. los

⁹ Los costos de única vez en el que incurren los usuarios para poder hacer uso del servicio pueden superar los US\$ 200.00.

costos de única vez pueden superar los US\$ 200.00) respecto de la contratación de Televisión por Cable ofrecida a través de medios de transmisión físicos.

Por lo tanto, si bien el uso de la tecnología MMDS o satelital, técnicamente podría constituir una alternativa para el Sr. Laca que le permitiría sustituir el Servicio en Cuestión, los altos costos en que incurriría por cambiar la modalidad de transmisión, genera que, en términos económicos, no pueda considerarse un sustituto adecuado.

Debido a lo expuesto, se concluye que ni la utilización de la tecnología MMDS, ni la televisión satelital constituyen sustitutos adecuados del Servicio en Cuestión, por lo que no pueden considerarse como parte del Mercado Relevante.

De acuerdo con todos los argumentos mencionados en los acápites anteriores **el producto relevante** para la presente controversia está conformado por la utilización de postes de ELECTRONORTE y de TELEFÓNICA.

3. Delimitación Geográfica

Habiéndose identificado a los sustitutos del Servicio en Cuestión, corresponde determinar el área geográfica donde éstos se ofrecen. Sobre el particular, los LINEAMIENTOS 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."

En el presente caso, para determinar el mercado geográfico relevante, se requiere hallar aquel espacio en el cual la empresa demandante puede obtener el producto relevante en términos comercialmente similares. En tal sentido, debe considerarse que el producto relevante es un insumo para prestar un servicio, el mismo que según el marco legal sólo puede ser ofrecido en una zona determinada, es decir dentro de la zona de concesión autorizada. Adicionalmente, dicho insumo es un bien instalado en la vía pública que sirve de soporte de cables y otros artefactos, por lo cual perdería su valor para dichos fines si fuera retirado del lugar donde se encuentra. De acuerdo a ello, la utilización del producto relevante sólo puede realizarse dentro del área de concesión y normalmente en el lugar en que se encuentra instalado, reduciéndose así el ámbito geográfico en que puede obtenerse.

En el presente caso, el área otorgada en concesión al Sr. Laca es la ciudad de Lambayeque, provincia de Lambayeque del departamante de Lambayeque y son los postes instalados en las vías públicas de ese distrito los que tiene que utilizar necesariamente. En tal virtud, el **mercado geográfico** para la presente controversia es la ciudad de Lambayeque, provincia de Lambayeque del departamante de Lambayeque.

4. Delimitación del 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 comercial¹⁰. 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. Mercado Relevante aplicable a la Controversia

Una vez delimitados tanto el producto, el ámbito geográfico como el nivel comercial, corresponde analizar de manera conjunta dichos resultados para obtener el Mercado Relevante.

Al realizar esto se obtiene que el mercado relevante aplicable a la presente controversia es el de postes de ELECTRONORTE y de TELEFÓNICA que pueden ser utilizados, bajo la figura del arrendamiento, en la ciudad de Lambayeque por los concesionarios del servicio de Televisión por Cable como insumo para prestar este servicio de difusión.

6. Posición de Dominio

Una vez determinado el Mercado Relevante, corresponde analizar si ELECTRONORTE ostenta una posición dominante en el mismo. De acuerdo con la legislación vigente¹¹, *“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 conformidad con lo establecido en los LINEAMIENTOS para determinar si una empresa exhibe posición de dominio en el mercado relevante debe procederse a analizar el nivel de competencia existente así como el poder real de mercado de la empresa investigada. Para dichos efectos, los LINEAMIENTOS establecen que OSIPTEL podrá tomar en consideración, entre otros, los siguientes aspectos: i) el porcentaje de participación de la empresa en el mercado; ii) el control de recursos esenciales; y, iii) la existencia de barreras de entrada. A continuación se procederá a analizar en mayor detalle estas variables.

a) Presencia en el Mercado

Una variable importante a considerar al momento de determinar una supuesta posición dominante es la referida al nivel de participación de la empresa investigada en el mercado. Para tales efectos se suele utilizar el porcentaje de participación de dicha empresa en el mercado relevante. Por ejemplo, hallando el nivel de ventas de la empresa respecto del nivel de ventas de todas las empresas que participan en el mercado relevante o realizando el mismo cálculo pero en función al número de usuarios de las empresas en lugar del nivel de ventas.

Sin embargo, en un caso como el presente, en el cual lo relevante para medir la presencia de una empresa en el mercado es su capacidad para prestar el servicio de arrendamiento de postes en una mayor o menor extensión del mercado relevante, la

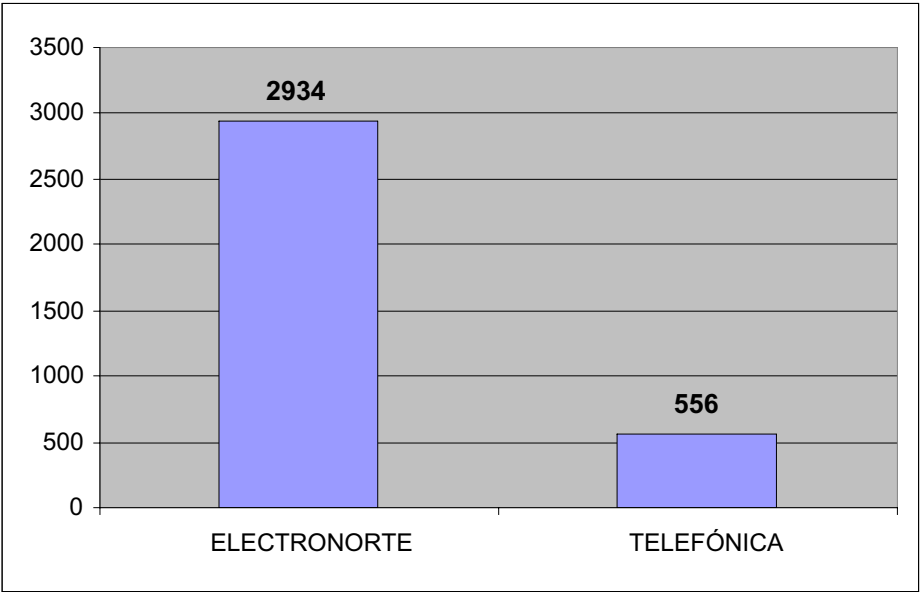
¹⁰ Cabe destacar que en el presente caso, el término “consumidores” no se refiere a los usuarios finales del servicio de Televisión por Cable, sino en general a cualquier empresa que podría utilizar el arrendamiento de postes como un insumo para la prestación de algún bien o servicio.

¹¹ Artículo 4° del Decreto Legislativo 701.

metodología generalmente utilizada para identificar el poder de mercado de una empresa no permite medir adecuadamente la presencia de la empresa investigada¹².

Una forma alternativa para analizar la importancia de la empresa investigada en el mercado relevante podría ser considerando únicamente su presencia en el mismo, sin que ello suponga la definición de su participación de mercado. En el presente caso, la presencia de ELECTRONORTE en el mercado relevante se analizaría tomando en cuenta –en valores absolutos- el número de postes de cada empresa, aspecto que se muestra en el siguiente gráfico:

Número de Postes por Empresa en el Mercado Relevante



Fuente: Información presentada por las empresas
Elaboración: Secretaría Técnica

Como se puede apreciar, ELECTRONORTE es la empresa que cuenta con un mayor número de postes, siendo dicho número mayor en cinco (5) veces que el número de postes que TELEFÓNICA tiene en la ciudad de Lambayeque. Si se considera la totalidad de postes ubicados en la ciudad de Lambayeque, ELECTRONORTE tiene un total de 84%, mientras que TELEFÓNICA el 14% restante.

Los resultados anteriores muestran que, en términos de cobertura de postes instalados en el distrito de Ica, ELECTRONORTE cuenta con la mayor presencia en el mercado relevante.

b) Existencia de barreras de entrada

¹² En efecto, en los casos en que el bien transado se encuentra directamente relacionado con la cobertura del servicio que permite ofrecer en determinada área, la metodología para determinar la participación de mercado de las empresas podría arrojar resultados incorrectos. Así, por ejemplo, si existieran dos empresas que tienen postes en el mercado relevante, una con cobertura en toda el área a través de 500 postes y otra con menor cobertura a través de 390 postes, un cálculo en función al número de postes perdería de vista que se encuentran en la misma área geográfica y que normalmente ofrecen la misma cobertura hasta el límite de los postes de la segunda. De otro lado, si ambas empresas tuvieran la misma cantidad de postes, podría concluirse que la participación de mercado de cada una asciende a 50%, lo cual sería incorrecto en términos de cobertura, ya que ambas ofrecerían lo mismo.

Las barreras de entrada en un mercado se refieren en general a todos aquellos costos en los que debe incurrir una empresa que desea ingresar a proveer un servicio en un mercado determinado.

Se suele considerar que existen tres fuentes principales de barreras de entrada: económicas (e.g. costos hundidos para la entrada, ventajas absolutas de costo por parte de una empresa ya establecida, preferencias de los consumidores por un producto determinado; etc.), tecnológicas (e.g. restricciones en la disponibilidad de espectro radioeléctrico) o legales (e.g. necesidad de obtener aprobaciones legales, licencias de operación o la prohibición de entrada de nuevos competidores).

En el presente caso, lo que se debe determinar es si existen barreras para que alguna empresa pueda ingresar al mercado de postes instalando los suyos propios.

En lo que se refiere a las barreras económicas, la instalación de postes significa realizar una inversión de única vez, la cual, comparada con los costos de mantenimiento de los mismos, resulta siendo un monto significativamente alto. Una vez instalados los postes, conforme sea mayor el número de empresas a quienes se les da en arrendamiento espacio en los mismos, el costo medio disminuye –debido a que la inversión inicial es considerablemente mayor que los costos de mantenimiento u operación-. Por tanto, el arrendamiento de postes presenta las llamadas “economías de escala” que son reconocidas como un aspecto que puede generar barreras de entrada a un mercado¹³. Las economías de escala, dependiendo del nivel de las mismas, pueden generar la existencia de los llamados “monopolios naturales” en los que sólo resulta eficiente que una única empresa ofrezca el servicio. En el mejor de los casos, las economías de escala generan que los mercados se comporten no como monopolios, sino más bien como “oligopolios naturales”, es decir que sólo resulta eficiente y por tanto factible que unas pocas empresas ofrezcan un determinado servicio.

Las barreras tecnológicas se refieren a la imposibilidad de que un servicio sea provisto, por ejemplo, por alguna imposibilidad o limitación física. En el caso de instalación de postes es claro que existe un límite al número que puede instalarse en una determinada zona geográfica. Asimismo, tomando en consideración el ornato de las ciudades, la instalación de postes de una diversidad de empresas también generaría externalidades negativas en los habitantes de las zonas donde éstos se instalan. De esta manera, es posible concluir que la instalación de postes enfrenta barreras de entrada tecnológicas.

Atado a lo señalado en el último párrafo, las empresas que instalan postes pueden encontrarse con limitaciones legales que buscan precisamente evitar los efectos mencionados anteriormente en materia de ornato. En el presente caso, se ha identificado que la Municipalidad Provincial de Lambayeque limita la instalación de postes adicionales, dependiendo del lugar donde se deseen instalar¹⁴.

De lo señalado en los párrafos anteriores se podría concluir que una empresa que desee instalar su propia planta de postes en Lambayeque enfrentaría barreras de entrada, tanto económicas como técnicas. En cuanto a las barreras legales, puede señalarse que las mismas existen para determinadas áreas de la ciudad de Lambayeque en las que no se permite la instalación de postes adicionales. En tal

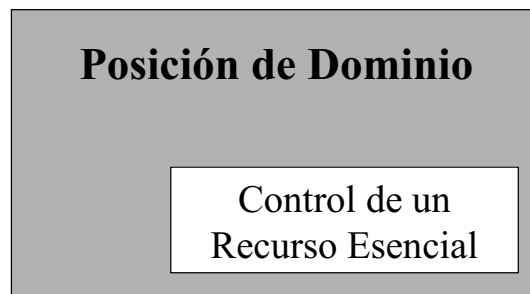
¹³ Shy, Oz “Industrial Organization: Theory and Practice”, The MIT Press, Second Printing, p. 182.

sentido, se concluye que en la ciudad de Lambayeque existen barreras de entrada que impedirían a otras empresas aparte de ELECTRONORTE instalar postes propios.

c) Control de Recursos Esenciales

Un aspecto adicional a tomar en cuenta al momento de analizar la supuesta posición dominante de una empresa es el referido a si ésta controla un recurso esencial, también denominado facilidad esencial o instalación esencial. De conformidad con los 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 técnico¹⁵.

La definición anterior de facilidad esencial puede llevar a confusión con el concepto de posición de dominio puesto que si se cumplen los dos requisitos contenidos en dicha definición, necesariamente debe concluirse que la empresa que controla una facilidad esencial ostenta una posición dominante en el mercado. El control de un recurso esencial puede entenderse como un caso particular de ostentar una posición dominante, en tal sentido no necesariamente toda empresa dominante controla un recurso esencial, pero lo contrario debe ser necesariamente cierto¹⁶. Esto puede entenderse más claramente con el siguiente gráfico:



Elaboración: Secretaría Técnica

Como puede verse en el gráfico anterior, el concepto de Posición de Dominio es más amplio que contar con el control de un recurso esencial. De conformidad con la agencia antimonopolio de Reino Unido, *"una facilidad puede ser considerada como esencial si es indispensable acceder a la misma con el objeto de competir en el mercado y si su duplicación es imposible o extremadamente difícil debido a restricciones físicas, geográficas o legales"*¹⁷

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

¹⁵ Basado en la definición de instalaciones esenciales contenida en la lista de compromisos específicos del Perú ante la Organización Mundial de Comercio, Documento GATS/SC/69/Suppl.1 del 11 de abril de 1997.

¹⁶ "In general ownership of an essential facility confers a dominant position (...)" en The Competition Act 1998: The Chapter II Prohibition, Office of Fair Trading, Reino Unido, p. 18.

¹⁷ Office of Fair Trading, "The Competition Act 1998: Assessment of Individual Agreements and Conduct", p. 24.

- *“El segundo elemento, que la duplicación sea impráctica o no razonable es un estándar más elevado que el ser “más económico” que otras alternativas.”¹⁸*
- *“(…) las cortes tienen claro que el estándar para que un bien sea esencial debe ser necesariamente elevado, puesto que un monopolista siempre tendrá algo que sus competidores o potenciales competidores querrán. Generalmente, las cortes han acordado que la facilidad debe ser más que útil para ser esencial.”¹⁹*

Teniendo esto en cuenta, al momento de determinar si un bien o un servicio tienen la característica de ser esencial, se debe analizar si se cumplen con holgura los requisitos que determinan una facilidad esencial. Esto se realiza a continuación:

- **Que la instalación sea suministrada exclusivamente o de manera predominante por un solo proveedor o por un número limitado de proveedores.**

Respecto de este requisito se ha hallado que si bien en la ciudad de Lambayeque existen postes de dos empresas (ELECTRONORTE y TELEFÓNICA), la cantidad de postes que éstas poseen es bastante disímil, tal como se muestra a continuación:

	Número de Postes
ELECTRONORTE	2934
TELEFÓNICA	556

Fuente: Información presentada por las empresas
Elaboración: Secretaría Técnica

Siendo ELECTRONORTE la empresa que cuenta con un mayor número de postes en el Mercado Relevante podría pensarse que ello la calificaría como que posee de manera predominante dichos bienes.

A este respecto resulta necesario señalar que, en la medida que el análisis sobre facilidades esenciales es más riguroso que el de posición de dominio, no sólo se debe considerar la situación actual del mercado, sino también a los potenciales entrantes. Para ello resulta necesario tomar en consideración las condiciones de entrada al Mercado Relevante, es decir, analizar si existen barreras de entrada y, de ser el caso, la magnitud de las mismas.

Al respecto, se debe tomar en consideración que lo común a lo largo del territorio nacional consiste en que los postes de empresas de distribución eléctrica coexistan con aquéllos de TELEFÓNICA, es decir, que en una zona geográfica determinada existan, al menos, postes pertenecientes a dos empresas. Por tanto, en el presente caso no puede considerarse que existan barreras que impidan a TELEFÓNICA instalar un mayor número de postes en Lambayeque en el futuro. En tal sentido, la cantidad de postes de ELECTRONORTE y TELEFÓNICA (o de alguna otra empresa en lugar de ésta)

¹⁸ “The second element, that duplication be impractical or unreasonable, is a higher standard than being “more economical” than other alternatives. (...) en “The Essential Facilities Concept”, OECD, París 1996, p. 8.

¹⁹ “(...) courts are clear that the standard for essentiality is necessarily a high one as a monopolist will almost always possess something its competitors or potential competitors want. Generally, courts have agreed that the facility must be more than merely useful or helpful to be “essential” en “The Essential Facilities Concept”, op. cit.

potencialmente podría llegar a ser similar una de otra. En dicho caso no se podría señalar que ELECTRONORTE posee de manera predominante postes en el Mercado Relevante.

De presentarse la situación en que dos empresas posean similar número de postes dentro un mismo mercado relevante, entonces posiblemente podría afirmarse que ambas empresas ostentan una posición de dominio conjunta²⁰.

En tal caso, de verificarse las condiciones pertinentes podría afirmarse que la instalación esencial no es suministrada de manera predominante por una empresa, sino que más bien es suministrada por un número limitado de proveedores. Por tanto, en este último caso también se cumpliría el primer requisito para que una facilidad pueda ser calificada como esencial. Es decir, que de una manera –i.e. que la instalación sea suministrada de manera predominante por un solo proveedor- u otra –i.e. que la instalación sea suministrada por un número limitado de proveedores- se cumple el primer requisito para que un determinado bien o servicio sea calificado como esencial.

Sin embargo, para que una facilidad sea calificada como esencial debe necesariamente verificarse que se cumplen, de manera simultánea, las dos condiciones antes señaladas; en tal sentido a continuación se procede a analizar la segunda de ellas:

- **Que la sustitución de la instalación con miras al suministro de un servicio no sea factible en lo económico o en lo técnico.**

En este punto corresponde analizar si el Sr. Laca podría sustituir la utilización de los postes del Mercado Relevante por otro bien o servicio que le permita prestar el servicio de Televisión por Cable.

Habiéndose verificado anteriormente que la prestación del servicio de Televisión por Cable a través de otras modalidades de difusión (tales como la televisión satelital o mediante la tecnología MMDS) no es factible, debe analizarse si el Sr. Laca puede sustituir la utilización de dichos bienes por postes propios. Para realizar esto último se deben analizar las barreras de entrada que podría enfrentar una empresa al momento de instalar postes propios.

En el caso específico de Sr. Laca si bien se ha verificado que existen barreras de entrada para la instalación de postes –debido a restricciones municipales -, ésta sólo estaría presente en determinadas zonas del Mercado Relevante. En tal sentido, se debería verificar si es económicamente inviable instalar postes propios en aquellas zonas donde no existen restricciones municipales para ello. En la medida que el análisis sobre facilidades esenciales debe ser más riguroso que el de posición de dominio, debe tenerse en cuenta que si bien la instalación de postes propios podría no ser económicamente conveniente para el Sr. Laca, éste no ha demostrado que ello le resulte imposible o extremadamente difícil.

Por tanto, es opinión de esta Secretaría Técnica que en el presente caso no se cumple el segundo requisito necesario para calificar una facilidad como

²⁰ Véase la Resolución N° 032-2001-CCO/OSIPTEL publicada en El Peruano el 16 de junio de 2001, en la que el Cuerpo Colegiado concluyó que en el caso de la zona de Huaycán Luz del Sur S.A.A. y Telefónica del Perú S.A.A. ostentaban de manera conjunta, común o colectiva una posición dominante en el mercado relevante.

esencial. En tal sentido, no puede afirmarse que para el Sr. Laca la utilización de postes de ELECTRONORTE constituya una facilidad esencial.

Adicionalmente a lo desarrollado hasta el momento sobre facilidades esenciales debe señalarse que la doctrina sobre la materia muchas veces señala que, en adición a los dos criterios señalados hasta el momento, también debe cumplirse que la empresa que desea acceder a la facilidad debe ser competidora de la empresa que la ostenta. Sin embargo, en lo que se refiere al mercado peruano de las telecomunicaciones, la normativa sobre la materia no ha considerado ello como requisito²¹.

Habiéndose analizado hasta el momento los aspectos referidos a participación en el mercado, barreras de entrada y control de recursos esenciales, corresponde analizar el conjunto de estos aspectos para determinar si ELECTRONORTE ostenta una posición dominante en el Mercado Relevante.

Sobre dichos aspectos se ha concluido que:

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

De acuerdo con los argumentos anteriormente señalados, se concluye que ELECTRONORTE tiene posición de dominio en el Mercado Relevante anteriormente determinado, aun cuando ello no necesariamente implique controle un recurso o facilidad esencial.

VI. PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: NEGATIVA DE TRATO

De conformidad con el artículo 5 inciso a) del Decreto Legislativo 701, se considera como un caso de abuso de posición de dominio, la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación, de productos o servicios²².

El requisito básico para que una negativa de trato sea considerada anticompetitiva es que provenga de una empresa con posición de dominio en el mercado. Si el proveedor no ostenta posición de dominio, el afectado podría acudir a fuentes alternativas de suministro para impedir que la negativa le ocasione un perjuicio, con lo cual la conducta no habría ocasionado un daño en el mercado.

Comúnmente, las negativas de trato se consideran prácticas ilícitas si tienen alguno de los siguientes efectos en el mercado:

²¹ Recuérdese que los requisitos analizados en el presente informe se encuentran contenidos en un acuerdo celebrado por el Perú con la Organización Mundial de Comercio; y, en tal sentido, su cumplimiento es obligatorio al formar parte de la normativa de orden primario nacional.

²² Este aspecto se encuentra recogido en los LINEAMIENTOS en los siguientes términos: *"La negativa a contratar es, en principio, una decisión legítima de cualquier empresa. Es parte inherente de su autonomía de la voluntad, en especial de su libertad de contratar. Sin embargo, cuando la empresa en cuestión tiene posición de dominio en el mercado queda sujeta a algunas obligaciones especiales, como*

- 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"*)²³. En este caso, una empresa con posición de dominio que se encuentra verticalmente integrada vende, por un lado, el bien en el que ostenta posición de dominio a un precio muy elevado y, por otro, el bien en el que enfrenta competencia a un precio bastante bajo, de manera que sus competidoras tienen que comprar el insumo a un precio muy alto pero vender el producto terminado a un precio muy bajo para poder competir. En este caso, se considera que la venta del bien a un precio muy elevado podría constituirse en una negativa indirecta de venta, cuya finalidad sería restringir la competencia en el mercado aguas abajo²⁴.

Finalmente, un supuesto adicional de negativa injustificada de trato, cuya validez aún se encuentra en discusión en la doctrina legal y la literatura económica, es el de las denominadas negativas arbitrarias. En este supuesto, la empresa con posición de dominio no tendría intención de restringir la competencia, en tanto no compite con la empresa a la cual niega la venta, ni tiene un interés específico en ingresar a su mercado; adicionalmente, tampoco utiliza la negativa como medio de sancionar al cliente por contratar con su competidor²⁵.

De esta forma, la negativa de venta arbitraria no se realiza con la finalidad de restringir la competencia ni genera un beneficio para el agente que incurre en ella –mas bien podría generarle un perjuicio al limitar la posibilidad de incrementar los ingresos por una venta adicional-, pero sin embargo perjudica al comprador afectado.

En el caso peruano, el Decreto Legislativo 701 restringe la posibilidad de que la autoridad de competencia conozca denuncias por abuso de posición de dominio bajo la modalidad de negativa injustificada de trato arbitraria. En efecto, el primer párrafo del artículo 5 del Decreto Legislativo 701 establece expresamente lo siguiente:

²³ 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)".*

²⁴ ROSS, Stephen, Principles of Antitrust Law; The Foundation Press, Inc. (1993), 76-82.

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

De acuerdo con ello, la negativa injustificada de trato sólo se encontrará prohibida si ocasiona un perjuicio a un tercero y a la vez un beneficio al infractor. Esto sólo podría ocurrir si el infractor compite con el afectado o si la negativa es un mecanismo de sanción para que el cliente no contrate también con el competidor del infractor. En consecuencia, una negativa de trato arbitraria no puede ser sancionada a la luz del artículo 5 inciso a) del Decreto Legislativo 701, en tanto que no puede sostenerse con certeza que dicha figura genere un beneficio para el agente que incurre en la negativa.

Sin embargo, la negativa injustificada de trato arbitraria podría ser analizada como infracción a la cláusula general contenida en el artículo 3 del Decreto Legislativo 701²⁶. Sin embargo, considerando el carácter de cláusula general del artículo 3, su aplicación debería tener carácter residual, es decir, emplearse únicamente ante casos excepcionales que no se encuentren previstos expresamente por el artículo 5 del Decreto Legislativo 701 o que no puedan incluirse dentro de los casos de efecto equivalente contemplados por el inciso f) del mencionado artículo 5²⁷. Para analizar los casos de abuso de posición de dominio por negativa de trato arbitraria a la luz del artículo 3 del Decreto Legislativo 701, debería demostrarse que, a pesar de que el infractor no tiene una intención anticompetitiva ni incentivos para perjudicar al afectado, la negativa arbitraria finalmente termina ocasionando un daño de magnitud considerable a la competencia, en tanto que la mencionada norma requiere que como consecuencia de la conducta ilegal “se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional”.

En el presente caso, como ya se ha indicado, ELECTRONORTE suscribió un contrato de alquiler de postes con el Sr. Laca por el precio de US \$ 1.50 mensual más IGV por poste, cuyo plazo vencía el 01 de diciembre de 2000. El Sr. Laca sostiene que antes del vencimiento del contrato, con fecha 29 de noviembre de 2000, solicitó a ELECTRONORTE la renovación del contrato y que esta empresa se negó injustificadamente a renovarlo, ya que no le dio ninguna respuesta formal sino hasta el 07 de agosto de 2001, es decir con posterioridad a que se les notificara con la demanda que ha dado origen a la presente controversia, lo cual ocurrió el 01 de agosto. Además, el Sr. Laca también sostiene que el precio exigido por la demandante es excesivo y se aleja del costo efectivo de utilización y mantenimiento de los postes que corresponde a los cables de televisión.

ELECTRONORTE señala que no se negó a la renovación del contrato y que sí dio respuesta afirmativa a la solicitud de renovación que le envió el Sr. Laca, pero que fue éste quien nunca se apersonó al local de su empresa para suscribir la renovación del mencionado contrato. A la vez, ELECTRONORTE afirma que el Sr. Laca ha continuado haciendo uso de sus postes, pagando el arrendamiento sólo por algunos

²⁶ Artículo 3. “Están prohibidos y serán sancionados, de conformidad con las normas de la presente Ley, los actos o conductas, relacionados con actividades económicas, que constituyen abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia, de modo que se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional”.

²⁷ Tal fue el caso, por ejemplo, de la Resolución N° 032-2001-CCO/OSIPTEL publicada en El Peruano con fecha 16 de junio de 2001 v recaída en el procedimiento iniciado por V.O. Cable S.A. en contra de Luz

meses, y que ha extendido su cableado a un mayor número de postes que el inicialmente pactado.

Cabe agregar que de acuerdo con lo actuado en el procedimiento, no existe ninguna prueba de que ELECTRONORTE haya tenido la intención de restringir la competencia en el mercado de servicios de televisión por cable. En efecto, la empresa demandada no es competidora del Sr. Laca ni existen pruebas de que se encuentre vinculada a un competidor del demandante. Más aún, ni siquiera existen indicios de que la demandada tenga algún interés por incursionar en el mercado del Sr. Laca. En consecuencia, mal podría sostenerse que ELECTRONORTE tenga incentivos anticompetitivos para negar el alquiler de postes al demandante.

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

1. ¿Existió una negativa a renovar el contrato?

En cuanto a la negativa a la renovación del contrato, lo primero que debe mencionarse es que de acuerdo con la cláusula segunda del mismo, la renovación tenía que constar necesariamente por acuerdo escrito de las partes y de vencerse el plazo sin que se hubiera ampliado o renovado el contrato, el Sr. Laca quedaba obligado a retirar sus cables de los postes de ELECTRONORTE en un plazo no mayor de 15 días calendario, sujetándose a una penalidad de US\$ 10.00 diarios por la demora²⁸.

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

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

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

²⁸ Cláusula segunda: “El plazo del presente contrato es de un (1) Año, los cuales (sic) empiezan a correr a partir del 01 de diciembre de 1999 y vencen el 01 de diciembre del 2,000. El presente contrato podrá ser renovado por acuerdo de las partes, el cual deberá constar necesariamente por escrito. Vencido el plazo sin que se haya ampliado o se haya renovado el contrato, EL USUARIO se obliga a retirar el tendido de sus cables de circuito cerrado de televisión en un plazo no mayor de (15) días naturales. En caso EL USUARIO incumpla con lo establecido en el párrafo anterior, estará obligado al pago de una penalidad de US\$ 10.00 (Diez v 00/100 dólares americanos) por el día de retraso del cableado v equipos en cada uno

RENOVAR EL CONTRATO entre su representada y el suscrito, para y por los fines señalados en la presente misiva” (las mayúsculas son del texto original).

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

“Me es grato dirigirme a usted y dar respuesta a su carta S/N presentada con fecha 29 de Noviembre, solicitando plazo hasta el 15 de Diciembre para la cancelación total de su deuda por Alquiler de Postes. Comunicamos que estando dispuesto a otorgarle el plazo solicitado, esperamos el cumplimiento del mismo teniendo en cuenta que nos encontramos ya a día 06 de diciembre, y esperando no tener que Rescindir su contrato por incumplimiento como lo estipula la Cláusula Séptima del contrato de Uso de Postes de Distribución. Así mismo con respecto a la renovación de su Contrato le indicamos que este queda automáticamente renovado desde el 01 de Diciembre del presente”.

Sobre el particular, debe señalarse que la empresa demandada ha señalado a lo largo del procedimiento que sí dio respuesta oportuna a la solicitud de renovación del contrato que le enviara el Sr. Laca, pero no ha llegado a demostrar que su respuesta haya sido recibida por el demandante antes de la fecha indicada líneas arriba²⁹.

Considerando que ELECTRONORTE demoró más de nueve meses en dar respuesta al pedido del Sr. Laca y, además, que su respuesta llegó con fecha posterior a la notificación de la demanda, podría entenderse, en principio, que se produjo una negativa de trato³⁰.

Sin embargo, debe tomarse en cuenta también que si al vencimiento del plazo el contrato no se renovaba o ampliaba el Sr. Laca tendría que haber retirado sus cables de los postes de ELECTRONORTE dentro de los 15 días de vencido el plazo, de acuerdo con lo previsto en la segunda cláusula del contrato; sin embargo, el demandante no retiró sus cables. Más aún, el Sr. Laca pagó a ELECTRONORTE por el alquiler de los postes correspondiente a los meses de diciembre de 2000 así como de enero y febrero de 2001³¹. De otro lado, ELECTRONORTE podría haber hecho efectiva la penalidad de US \$ 10.00 diarios establecida en dicha cláusula, por la demora en el retiro de los cables; sin embargo, la demandada no ejerció ese derecho. Además, tampoco existen pruebas en el expediente que permitan suponer que ELECTRONORTE haya exigido al Sr. Laca el retiro de sus cables una vez que concluyó el plazo del contrato.

²⁹ La citada carta fue presentada por ELECTRONORTE como anexo a su escrito de contestación de la demanda y si bien se encuentra fechada el 06 de diciembre de 2000 el cargo de recepción con la firma del Sr. Laca indica que la misma fue recibida el 07 de agosto de 2001. Adicionalmente, durante la actuación del testimonio del Sr. Laca ofrecido como prueba por ELECTRONORTE (audiencia de pruebas del 30 de octubre de 2001), se le hizo la siguiente pregunta: “¿Para que diga como es verdad que recibió la carta de ELECTRONORTE de fecha 6 de diciembre del 2000 en la cual se hace saber la renovación del contrato?”, a lo cual el Sr. Laca respondió que la carta de fecha 6 de diciembre del 2000 recién la recibió el 7 de agosto de 2001.

³⁰ Al respecto así lo señala los LINEAMIENTOS: “La negativa no necesariamente tiene que ser abierta y clara. Formas de negativa más sofisticadas son simplemente no dar respuesta a los pedidos que se formulen, (...)”

³¹ Adicionalmente, de acuerdo a la información presentada por el Sr. Laca, en octubre de 2001 habría consignado judicialmente S/. 625.00 por concepto del arriendo por el uso de postes correspondiente a los

De acuerdo con lo anterior, tendría que entenderse que se produjo la continuación del contrato inicialmente suscrito entre las partes, en virtud de lo establecido por el artículo 1700° del Código Civil, que dispone que si el arrendatario continúa en uso del bien una vez vencido el plazo del contrato se entiende que se produce la continuación del arrendamiento bajo sus mismas estipulaciones hasta que el arrendador solicite la devolución³².

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

No obstante, al parecer habría sido la presentación de la demanda la que motivó un cambio de actitud de ambas partes, en tanto que ELECTRONORTE habría requerido el retiro de los cables del demandante y, por su parte, el Sr. Laca expresó que no pagaría los arriendos mientras no hubiera firmado la renovación del contrato³³. Posteriormente, en Setiembre de 2001 ELECTRONORTE requirió formalmente al Sr. Laca el retiro de sus cables bajo cargo de hacerlo ella misma reteniéndolos en calidad de parte de pago de lo adeudado³⁴. Ante esto el Sr. Laca rechazó la pretensión de ELECTRONORTE de retirar sus cables de los postes, amenazándolo con iniciar acciones penales en su contra y manifestando que repelerían con la fuerza dicho intento³⁵.

³² Artículo 1700.- *"Continuación del arrendamiento. Vencido el plazo del contrato, si el arrendatario permanece en el uso del bien arrendado, no se entiende que hay renovación tácita, sino la continuación del arrendamiento, bajo sus mismas estipulaciones, hasta que el arrendador solicite su devolución, la cual puede pedir en cualquier momento"*.

³³ En efecto, mediante carta de fecha 07 de agosto de 2001, el Sr. Laca manifestaba a ELECTRONORTE lo siguiente: *"Al no haber en su oportunidad tenido respuesta a la mencionada Carta Notarial del 29/11/00, que dicho sea de paso recién he recibido con fecha 07/08/01, a pesar que he continuado pagando el arriendo por los meses de Diciembre 00, Enero y Febrero 01; y que mas que todo para decirles por medio de este pago que estoy presente y por eso continuo a la espera de poder renovar el CONTRATO ya terminado, no he obtenido respuesta alguna, toda vez que recién el día 06/08/01 recibí una llamada del Ing. Luis Ginocchio Altuna, para manifestarme que me iban a bajar los cables ya que estoy en deuda del peaje de los postes desde el mes de Marzo a la fecha, lo que manifesté que los que están en falta son ustedes ya que como verán en todos mis actos con ustedes, mientras no tengo un documento que me respalde no cancelo nada, y esto lo vengo manifestando desde el año 1999"*.

³⁴ Mediante carta fechada el 12 de Setiembre, ELECTRONORTE comunicaba al Sr. Laca lo siguiente: *"Habiendo tomado conocimiento de la denuncia interpuesta por su parte contra mi representada, a través de la cual se pretende desconocer la existencia del contrato suscrito entre ambas partes, por el uso de los postes de propiedad de mi representada; contrato que se encuentra vigente a partir del 01 de diciembre del año 2000 – en virtud que se ha producido la renovación de mutuo acuerdo del contrato N° G/AJ-048-2000 -, solicitamos a Usted se sirva retirar de nuestras instalaciones (postes eléctricos), los cables de su propiedad en un plazo perentorio de tres (03) días hábiles de recepcionada la presente; bajo apercibimiento que personal de mi representada los retire por cuenta y cargo suyo, los mismos que serán retenidos como parte de pago del monto que a la fecha adeuda a ELECTRONORTE S.A."*.

³⁵ Mediante carta de fecha 14 de Setiembre, el Sr. Laca expresó lo siguiente a ELECTRONORTE: *"(...) 2. Que actualmente ambas partes nos encontramos en un Proceso de Solución de controversias ante OSIPTEL y que en tanto dure dicho proceso, no resulta legal que ustedes retiren unilateralmente mis cables de sus postes (...). 4. Que debo rechazar su pretensión de retirar los cables de mi representada de sus postes, toda vez que con ello incurriría en el delito tipificado y penado en el artículo 283° del Código Penal vigente como "Delito contra los Medios de Transporte, Comunicación y otros servicios públicos (...). 5. Que el despojarnos de la posesión parcial de los cables sin mandato legal ni administrativo, estaría incurriendo además, en el delito de Usurpación tipificado y sancionado en el inciso 2° del artículo 202° del Código Penal vigente. (...). 7. Debo señalarle adicionalmente, que si usted o sus empleado quieren*

Considerando lo anteriormente descrito, esta Secretaría Técnica concluye que si bien ELECTRONORTE no dio respuesta oportuna a la solicitud de renovación del contrato remitida por el Sr. Laca, no puede sostenerse que la demandada se haya negado a continuar arrendando sus postes al Sr. Laca. En efecto, de acuerdo con lo sucedido se habría producido la continuación del contrato de arrendamiento bajo sus mismos términos, ya que el Sr. Laca continuó en uso de los postes sin que ELECTRONORTE haya requerido la devolución del bien, a pesar incluso de que el demandante dejó de pagarle el arriendo desde marzo de 2000.

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

Sin embargo, aún bajo el supuesto de que ELECTRONORTE se hubiera negado a continuar arrendando sus postes al Sr. Laca, dicha negativa tendría que haber sido injustificada para que se configure una infracción al artículo 3° del Decreto Legislativo 701³⁶.

Al respecto, lo primero que debe señalarse es que de acuerdo con los términos del contrato suscrito entre las partes, la renta mensual (US\$ 1.50 más IGV por poste) debía ser pagada por el Sr. Laca dentro de los 15 primeros días del mes siguiente o de la emisión de la factura correspondiente y que el incumplimiento del pago era causal de resolución del contrato³⁷.

Tal como indicaba el propio Sr. Laca en la carta anteriormente transcrita, la misma que fue remitida a ELECTRONORTE el 29 de noviembre de 2000, el demandante no había cumplido con pagar la renta correspondiente a los tres meses previos (septiembre, octubre y noviembre de 2000) y, sin embargo, solicitaba la renovación del contrato ofreciendo el pago de dichas mensualidades en los próximos días.

En consecuencia, de acuerdo con los términos del contrato antes mencionados, el Sr. Laca había incurrido en incumplimiento contractual cuando solicitó la renovación, puesto que no había pagado oportunamente tres meses consecutivos de renta. Más aún, de acuerdo con lo pactado por las partes dicho incumplimiento era considerado de gravedad en tanto que era una causal de resolución del contrato.

En términos generales, resultaría comprensible y justificado que cualquier arrendador se niegue a renovar el contrato con una empresa que tiene antecedentes como deudor moroso. De acuerdo con ello, ELECTRONORTE habría tenido razones válidas para

artículo 920° del Código Civil repeleremos con la fuerza cualquier acto que perturbe nuestra posesión amparados en las leyes, independientes de las acciones judiciales contra ustedes que correspondan”.

³⁶ En tal sentido, debe tenerse en cuenta lo que señalan los LINEAMIENTOS sobre este tema: “Sin embargo, recogiendo lo que señala la doctrina puede entenderse como algunos casos que justifican la negativa, la limitación real del aparato productivo para satisfacer la demanda del servicio solicitado, la existencia de factores ocasionales o eventuales que generan una desproporción evidente entre la oferta y la demanda, la escasez de insumos o recursos requeridos para brindar el servicio, el incumplimiento de obligaciones anteriores por parte del adquirente, u otras de naturaleza similar”.

³⁷ CLÁUSULA TERCERA. “Pago por Utilización de Postes. (...). 3.2. El monto de la renta que EL USUARIO se obliga a pagar por el uso de cada poste es de US\$ 1.50 (Uno y 50/100 dólares americanos) mensuales, monto al que deberá adicionarse el impuesto General a las Ventas correspondiente. El monto total a pagar ,mensualmente se calculará en base al número de postes indicados en el Anexo 1. 3.3. La renta deberá ser cancelada por EL USUARIO mensualmente, dentro de los quince (15) primeros días del mes siguiente. (...) 3.5. Si durante el plazo del contrato el USUARIO no utilizara o dejara de utilizar algunos postes, no tendrá derecho a solicitar a LA EMPRESA la devolución de los montos cancelados, ni la disminución en el monto de la renta. 3.6. EL USUARIO deberá cumplir con el pago del monto indicado en el párrafo anterior en un plazo máximo de 15 días desde la emisión de la factura correspondiente: el

negarse a renovar el contrato con el Sr. Laca. Sin embargo, la demandada permitió que el Sr. Laca se mantuviera en uso de sus postes.

Por otro lado, el contrato suscrito entre las partes establecía que antes de la instalación de los cables el Sr. Laca debía proporcionar a ELECTRONORTE el plano de distribución que tendrían sus redes de cable. Adicionalmente, el contrato establecía que el Sr. Laca no podía instalar sus cables en ningún poste de ELECTRONORTE sin la revisión y aprobación expresa de los planos por parte de esta última. Finalmente, el contrato también establecía que era derecho de ELECTRONORTE determinar cuales eran los postes aptos y/o disponibles, por cuestiones técnicas o de seguridad, para la instalación de cables de televisión y que si durante el plazo del contrato el Sr. Laca necesitaba utilizar más postes de los pactados inicialmente se encontraba obligado a solicitar la autorización de ELECTRONORTE, quien debía dar su conformidad por escrito³⁸.

Considerando que una vez vencido el plazo de un año el contrato habría continuado bajo sus mismos términos, cualquier ampliación del número de postes que utilizaba el Sr. Laca tendría que haberse realizado con la autorización previa de ELECTRONORTE. Al respecto, según lo señalado por la empresa demandada, si bien el número de postes pactado inicialmente fue de 111, posteriormente el Sr. Laca amplió su red de cable a 261 postes sin la autorización de ELECTRONORTE y además sin pagar la renta convenida³⁹. El cuadro siguiente muestra cómo desde junio de 2001 el Sr. Laca fue incrementando paulatinamente el número de postes utilizados, pasando a ocupar 160 postes en julio y llegando a 254 postes en diciembre de 2001:

**Postes de ELECTRONORTE
Utilizados por el Sr. Laca**

	2000	2001
--	------	------

³⁸ Al respecto, la cláusula cuarta del contrato establecía lo siguiente: "4.1. Antes de la instalación de los cables, EL USUARIO proporcionará a LA EMPRESA el plano de distribución de sus instalaciones de redes de cable coaxial y de fibra óptica para su revisión y aprobación respectiva. EL USUARIO no podrá instalar sus cables en ningún postes de LA EMPRESA sin la aprobación expresa de los planos por parte de esta última. (...) 4.4. EL USUARIO se obliga a cumplir estrictamente las indicaciones de seguridad dadas por LA EMPRESA, así como las disposiciones de montaje, distancias y otras de carácter técnico, de acuerdo a lo prescrito en el Código Nacional de Electricidad".

A su vez, la cláusula quinta del contrato disponía que: "(...) 5.5. Es derecho de LA EMPRESA el determinar cuales son los postes que se encuentren (sic) aptos y/o disponibles, por razones técnicas y de seguridad para la instalación de los cables de circuito cerrado de televisión; en consecuencia, si durante el plazo del contrato EL USUARIO necesitara usar postes adicionales a los señalados en el Anexo 1, deberá solicitar autorización a LA EMPRESA, quien dará su conformidad por escrito, con la indicación de los postes disponible (sic) y el monto adicional a pagar por dichos postes de conformidad con lo establecido en la cláusula tercera (3.1.)".

³⁹ Mediante escrito presentado por ELECTRONORTE ante OSIPTEL con fecha 12 de septiembre de 2001, la empresa demandada expresó lo siguiente: "(...) el Sr. Laca ha venido utilizando hasta la fecha un número de postes mucho mayor que aquel que fuera materia del contrato original. Es así que el contrato inicial autorizó un número de postes ascendentes a 111, mientras que hemos constatado que en la actualidad el denunciante viene empleando para la prestación del servicio 261 postes; exceso por el cual – evidentemente – ha obtenido un lucro adicional que no le ha generado costo alguno y por el cual

Enero	73	95
Febrero	95	95
Marzo	95	95
Abril	95	95
Mayo	95	95
Junio	95	111
Julio	95	160
Agosto	95	168
Setiembre	95	183
Octubre	95	248
Noviembre	95	248
Diciembre	95	254

Fuente: Información presentada por el Sr. Laca
Elaboración: Secretaría Técnica

En tal sentido, la información presentada por el propio demandante demuestra que el mismo incrementó el número de postes de ELECTRONORTE que utilizaba para el tendido de su red. Sin embargo, de acuerdo con toda la documentación que obra en el expediente dichas ampliaciones fueron realizadas sin contar con la autorización expresa de ELECTRONORTE. Sobre el particular, debe tenerse en cuenta la importancia de la autorización referida, puesto que la misma se encontraba relacionada con la evaluación previa que debía realizar la empresa demandada sobre las condiciones técnicas y de seguridad en que se encontraban sus postes para resistir el tendido de los cables del Sr. Laca.

De acuerdo a lo anterior, se concluye que el Sr. Laca incumplió con las obligaciones contractuales que las partes habían pactado, lo cual sería una justificación suficiente para que ELECTRONORTE se hubiera negado a continuar permitiéndole el uso de sus postes.

En virtud de lo señalado, aún de haberse negado a mantener la relación contractual con el Sr. Laca, ELECTRONORTE habría tenido justificación para hacerlo, en tanto que el demandante tenía antecedentes de morosidad y, adicionalmente, al ampliar el número de postes que utilizaba sin autorización de ELECTRONORTE, había incumplido con obligaciones a las que él mismo se había comprometido y que eran relevantes desde el punto de vista de la seguridad de la infraestructura de la empresa eléctrica.

3. ¿Existió una negativa de trato indirecta?

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

Al respecto, el marco legal vigente establece expresamente que los precios resultan de la oferta y la demanda. La única excepción son los servicios públicos, cuyas tarifas pueden ser fijadas por el Estado siempre que exista una ley de Congreso que así lo permita⁴⁰. En tal sentido, la regla general es que las empresas puedan fijar libremente

⁴⁰ Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada

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

el precio que consideren adecuado por los bienes o servicios que ofrecen en el mercado, sin que ninguna autoridad administrativa pueda cuestionarlos o atribuirse la facultad de fijarlos en sustitución de aquellas.

En algunos casos, por mandato legal expreso, la autoridad administrativa debe evaluar los precios cobrados por las empresas para determinar si a través de los mismos se ha incurrido en una infracción sancionable. Tal es el caso de OSIPTEL, que para dar cumplimiento a las disposiciones del Decreto Legislativo 701 debe evaluar el precio cobrado por las empresas y determinar si han incurrido en una práctica anticompetitiva. Sin embargo, dicha facultad se limita únicamente a la posibilidad de evaluar si a través del precio fijado las empresas incurren en una infracción y, si se demuestra tal hecho, a sancionarla⁴¹. La mencionada facultad no se extiende, de ningún modo, a la posibilidad de analizar los costos en que incurren las empresas con el objeto de fijar el precio que deberían cobrar en una transacción determinada.

Entender lo contrario supondría asumir que los Cuerpos Colegiados del OSIPTEL tienen una función reguladora de precios para cualquier tipo de bien que se transe en el mercado –como por ejemplo el uso de postes de empresas eléctricas-. Ello no sólo resulta incoherente con la función de aplicar las normas de libre competencia, sino también contrario al marco legal vigente que otorga dicha función exclusivamente al Consejo Directivo del OSIPTEL y sólo respecto de los servicios públicos de telecomunicaciones⁴².

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

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

⁴¹ Este sería por ejemplo un caso en el que se tenga que analizar los precios cobrados por una empresa para determinar si éstos constituyen una infracción al artículo 5°, inciso b), del Decreto Legislativo 701 (aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes) o por ejemplo, a fin de analizar un supuesto caso de precios depredadores o predatorios sancionable por el artículo 5°, inciso f).

⁴² Reglamento General del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL, Decreto Supremo 008-2001-PCM, publicado en El Peruano con fecha 02 de febrero de 2001: Artículo 28. “*Función Reguladora. Es la facultad que tiene OSIPTEL de fijar tarifas de los servicios públicos de telecomunicaciones*”. Artículo 29. “*Órgano Competente para el Ejercicio de la Función Reguladora. La función reguladora es competencia del Consejo Directivo del OSIPTEL y se ejerce a través de Resoluciones*”. Artículo 30. “*Alcances de la Función Reguladora. En ejercicio de la función reguladora el OSIPTEL fijará tarifas, establecerá sistemas tarifarios en sus diferentes modalidades y dictará las disposiciones que sean*

Como se ha definido previamente, el presente caso se refiere a una negativa de trato arbitraria, puesto que no existen pruebas o indicios que hagan suponer que ELECTRONORTE tenga incentivos para restringir la competencia en el mercado del Sr. Laca. En tal sentido, la conducta de ELECTRONORTE no puede considerarse una negativa indirecta de trato a través de un precio excesivo, ya que no existe ningún medio probatorio que indique que la fijación del precio de US \$ 1.50 podría tener una intención anticompetitiva.

Finalmente, debe precisarse que tampoco existen indicios que permitan considerar que el precio cobrado por ELECTRONORTE era excesivo, en tanto que el demandante suscribió el contrato en el que se fijaba dicho precio y pagó la renta convenida hasta por 15 meses sin cuestionar que se tratara de un precio excesivo. Si bien el Sr. Laca ha manifestado posteriormente que el contrato le habría sido impuesto por ELECTRONORTE⁴³, no existe ninguna prueba al respecto mas allá de sus afirmaciones. En tal sentido, de acuerdo a la regla general debe presumirse que todo contrato es pactado entre las parte libremente y por propia voluntad, por lo cual debe entenderse que el contrato entre ELECTRONORTE y el Sr. Laca fue acordado en ejercicio de su libertad de contratar.

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

De acuerdo con todo lo anteriormente señalado, esta Secretaría Técnica concluye que en el presente caso no se ha producido una negativa injustificada de trato prohibida por el artículo 5 inciso a) del Decreto Legislativo 701 ni tampoco una infracción a la cláusula general contenida en el artículo 3 de dicha ley.

VII. SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO: DISCRIMINACIÓN DE PRECIOS

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

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

- La empresa debe tener posición de dominio en el mercado, de lo contrario el afectado podría acudir a fuentes alternativas de suministro y así neutralizar los efectos de la discriminación.

⁴³ Por ejemplo, mediante escrito presentado por el Sr. Laca ante OSIPTEL con fecha 27 de enero de 2002, el demandante expresa lo siguiente: "(...) el contrato que celebré con ELECTRONORTE S.A. fue redactado por la propia demandada, quien impuso el plazo de un año".

Posteriormente, mediante escrito presentado el 13 de febrero, el Sr. Laca afirma lo siguiente: "(...) Electronorte redactó y me coaccionó a firmar el 'Contrato de Uso de Postes de Distribución como soporte de cables de señal de TV'. Ello se prueba fácilmente cuando se comparan (sic) con los otros contratos similares que obran en autos: el estilo y contenido es el mismo. Se me coaccionó cuando se me manifestó que si no firmaban el contrato tal cual estaba, no me permitirían utilizar sus postes, sin aceptarse

- La empresa con posición de dominio debe contar con suficiente información sobre la disponibilidad de pago de sus clientes (su precio de reserva), para cobrarle a cada uno o al menos a cada grupo de clientes aquel precio que estén dispuestos a pagar como máximo antes de dejar de comprar el bien.
- No debe ser posible el arbitraje (reventa) o al menos la empresa debe estar en capacidad de evitarlo; de lo contrario quien adquiere al precio más bajo podría tratar de venderle el bien a quien lo adquiere al precio mayor, impidiendo así que se produzca efectivamente la discriminación⁴⁴.

No toda diferencia de precios constituye una discriminación, mientras que un precio igual para todos los compradores puede resultar discriminatorio si las transacciones tienen distintas características. En tal sentido, el mercado puede generar situaciones esporádicas de discriminación de precios, ya sea por las condiciones naturales de cada actividad, por las distintas condiciones contractuales que se hayan pactado, o según los costos en que incurre el vendedor para atender a cada cliente⁴⁵. Así, las fluctuaciones del tipo de cambio pueden ocasionar precios distintos en cuestión de minutos en la compra-venta de dólares; igualmente, condiciones contractuales como la compra por volumen pueden justificar precios de venta distintos; de la misma forma, los precios pueden ser diferentes dependiendo del costo de atender a cada comprador (por ejemplo si se encuentran en distintas ciudades y el vendedor debe incluir el costo del transporte en el precio). En estos casos no puede hablarse válidamente de una conducta discriminatoria prohibida por el Decreto Legislativo 701⁴⁶.

Existen dos tipos de discriminación de precios. Por un lado, la discriminación perfecta se produce cuando el vendedor conoce con exactitud la disponibilidad de pago de cada cliente y le cobra a cada uno su precio de reserva⁴⁷. De otro lado, la discriminación de precios imperfecta se produce cuando los proveedores pueden llegar a identificar grupos de clientes con similar capacidad de pago a fin de aplicarles precios distintos. Esta última es la discriminación que se produce normalmente en el mercado y si bien puede generar distintos tipos de ineficiencias⁴⁸, algunos autores

⁴⁴ CARLTON, D. y PERLOFF, J. *Modern Industrial Organization*; Addison-Wesley (2000), 277.

⁴⁵ HOVENKAMP, H. *Federal Antitrust Policy, the Law of Competition and its Practice*; West Group (1999), 565-567.

⁴⁶ Al respecto, los LINEAMIENTOS, señalan lo siguiente: *"Las empresas, en principio, se encuentran en absoluta libertad para discriminar precios y condiciones entre sus clientes. Sin embargo, las normas de libre competencia depositan obligaciones más gravosas sobre las empresas que gozan de posición de dominio. Pero incluso en este último caso la discriminación podría ser una práctica necesaria y legítima, pudiendo beneficiar a los consumidores. Los costos de suministrar bienes y servicios a todos los clientes no son los mismos; la ubicación geográfica, las cadenas de distribución y comercialización, el nivel de riesgo, la disponibilidad de tecnología o de facilidades técnicas, las condiciones de compra (como volumen, forma de pago, etc.) determinan que no necesariamente los precios y condiciones deban ser los mismos para todos. Ello es lo que origina que esta práctica deba ser analizada bajo la 'regla de la razón'. De esta manera OSIPTEL actuará en los casos de discriminación de precios cuando ésta no tenga efectos favorables para el bienestar de los consumidores y sea meramente un mecanismo para transferir ingresos de los clientes y consumidores al proveedor, sin efectos de eficiencia que los compensen; o cuando tenga por efecto hacer exigible un acuerdo de concertación de precios"*.

⁴⁷ Este tipo de discriminación no produce efectos negativos sobre la eficiencia, en tanto no se reduce la cantidad producida ni genera clientes que no llegan a adquirir el bien requerido. El efecto de este tipo de discriminación es netamente redistributivo, puesto que todo el excedente del consumidor pasa a manos del productor. Sin embargo, la información necesaria para identificar la disponibilidad de pago de cada comprador no se encuentra totalmente disponible en el mercado o conseguirla implicaría incurrir en costos prohibitivos, por lo que este tipo de discriminación no se produce en la realidad.

consideran que ninguna de ellas supone una restricción de la competencia, por lo cual cuestionan que deba analizarse como una conducta anticompetitiva⁴⁹.

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

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

En cuanto a los tres requisitos básicos, se ha concluido que ELECTRONORTE cuenta con posición de dominio en el mercado relevante. Asimismo, puede afirmarse que no existe posibilidad de arbitraje o reventa, ya que el bien transado es un derecho de uso, lo cual restringe la posibilidad de reventa. Más aún, ELECTRONORTE tenía los medios para impedir cualquier transacción adicional a la inicialmente pactada sobre dicho bien, puesto que ni el Sr. Laca ni otras empresas de cable podrían haber subarrendado el uso o cedido la posición contractual a un tercero sin contar con su autorización⁵⁰.

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

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

Al respecto, el cuadro siguiente muestra los precios que cobró ELECTRONORTE a las distintas empresas que arrendaron sus postes. En dicho cuadro se puede observar que dicha empresa cobra distintos precios y también que el precio aplicado al Sr. Laca

⁴⁸ Las principales ineficiencias de la discriminación imperfecta son las siguientes: (i) eleva el precio sobre el nivel de competencia y ello deviene siempre en una reducción de la cantidad producida, por lo que la demanda de ciertos clientes no queda satisfecha; (ii) impide aprovechar eficientemente las oportunidades de negocio como consecuencia del desconocimiento sobre el precio de reserva de los clientes de cada grupo por unidades adicionales del bien (por ejemplo, cuando al grupo A se le cobra 10 y al grupo B se le cobra 7, pero algunos clientes de A podrían pagar 8 por unidades adicionales y sin embargo no son atendidos a ese precio y se atiende a quienes pagan sólo 7); y (iii) los consumidores pueden incurrir en costos adicionales para obtener mejores precios sin que ello beneficia al proveedor que aplica la discriminación. Ver CARLTON y PERLOFF, Op. Cit., 289-290.

⁴⁹ HOVENKAMP, Op. Cit., 569-570.

⁵⁰ Al respecto, la cláusula séptima de los contratos suscritos por ELECTRONORTE incluyen la siguiente causal de resolución: *"Si EL USUARIO cede parcial o totalmente a terceros los derechos y obligaciones materia del presente contrato, sin autorización de LA EMPRESA"*.

se encuentra entre los más elevados. En efecto, de los ocho contratos suscritos por ELECTRONORTE, el precio pactado en cuatro de ellos fue de US \$ 1.50 más IGV (incluido el contrato del demandante), mientras que dos son por US \$ 0.85 más IGV y otros dos por US \$ 1.00 más IGV, observándose también una variación en los plazos y el número de postes utilizados.

Condiciones de los Contratos de Alquiler de Postes de ELECTRONORTE

	Inicio del Contrato	Fin del Contrato	Postes Utilizados	Precio por Poste*
Yomel Perú S.A.	01/08/1996	01/08/2001	5623	\$ 0,85
Boga Comunicaciones	01/08/2001	31/07/2006	5623	\$ 0,85
Tele Cable Motupe S.R.L.	01/08/1999	01/08/2000	315	\$ 1,50
RKUTV S.R.L.	01/08/2000	31/12/2001	193	\$ 1,50
Pedro Juan Laca Buendía	01/12/1999	01/12/2000	268	\$ 1,50
TV Cable Satélite Bagua	24/06/1999	24/06/2004	109	\$ 1,00
Supercable Televisión S.R. Ltda.	01/05/1998	01/05/2003	754	\$ 1,00
Cable Visión Chachapoyas E.I.R.Ltda.	19/03/2001	31/12/2001	160	\$ 1,50

*Precios sin IGV

Fuente: Información presentada por ELECTRONORTE

Elaboración: Secretaría Técnica

En cuanto a las razones que podrían sustentar la diferenciación de precios, ELECTRONORTE ha sostenido que su política de precios en el caso del alquiler de postes depende del plazo del contrato y de la cantidad de postes utilizados, lo cual en su opinión resulta una práctica comercial válida y atendible. En tal sentido, ELECTRONORTE señala que otorga precios menores a quienes suscriben contratos por plazos más extensos y/o utilizan más postes, ya que ello no sólo le genera mayores ingresos sino que reduce los costos de transacción correspondientes a la negociación de nuevos contratos⁵¹.

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

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

⁵¹ ELECTRONORTE ha señalado lo siguiente en su escrito de fecha 18 de enero de 2002: “En efecto, resulta ser una razón objetivamente comprobable y válida en el mercado el hecho que nuestra empresa otorgue un mejor precio a aquellas empresas de cable que acuerdan celebrar un contrato de alquiler de nuestros postes por periodos de cinco años o que contratan un mayor número de postes, como en realidad ocurre con las empresas Yomel Perú S.A. y Boga Comunicaciones (que celebraron contratos a cinco años por un total de 5,623 postes), pues permite asegurar un flujo previsible de ingresos futuros, evitando así el incurrir en nuevos costos de transacción cada vez que se aproxima la fecha de vencimiento del contrato, lo que finalmente redundará en beneficio directo de ambas partes contratantes, representando también un beneficio para los consumidores finales del servicio de televisión por cable. y

Sin embargo, no queda claro el motivo por el cual ELECTRONORTE sólo suscribió contratos por 5 años con las cuatro empresas antes mencionadas y no con las otras cuatro a las que aplica un precio de US \$ 1.50 más IGV. Más aún, si se considera que estas últimas empresas contrataron un número mayor de postes que TV Cable Satélite Bagua⁵² y que dos de ellas –el Sr. Laca y Tele Cable Motupe S.R.L.- suscribieron su contrato también en el mismo año y con pocos meses de diferencia a la fecha en que lo hizo dicha empresa.

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

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

Al respecto, de acuerdo a la información obtenida de la Unidad de Concesiones de Telecomunicaciones – UECT del Ministerio de Transportes, a la fecha de presentación de la demanda la única empresa que tenía concesión para operar en Lambayeque era el Sr. Laca. Sin embargo, durante el trámite de la controversia Telefónica Multimedia S.A.C. solicitó la ampliación de su área de concesión a dicha zona, lo cual le fue concedido en octubre de 2001 mediante Resolución N° 486-2001-MTC/15.03UECT. De otro lado, el Sr. Laca también enfrenta la competencia potencial de las empresas de televisión por cable que contrataron el uso de los postes de ELECTRONORTE en zonas distintas a Lambayeque, que podrían haber pretendido ampliar sus servicios a esta zona, aprovechando que la empresa eléctrica les cobraba un precio menor al que aplicaba al Sr. Laca por el alquiler de postes. En tal sentido, la práctica tendría que haber colocado en desventaja al Sr. Laca frente a la competencia de Telefónica Multimedia S.A.C. o a la competencia potencial que enfrentaba.

Al respecto, de acuerdo a la información que obra en el expediente, ninguno de los competidores potenciales del Sr. Laca amplió su zona de concesión al mercado relevante; asimismo, Telefónica Multimedia S.A.C. recién podría haber ingresado a competir con el Sr. Laca desde octubre de 2001, pero éste no pagaba el precio fijado por ELECTRONORTE desde varios meses antes, con lo cual dicho precio no podría haberlo puesto en desventaja competitiva. Adicionalmente, la información presentada por el demandante indica que su número de usuarios se incrementó consecutivamente

⁵² De alguna forma, el Sr. Laca ha tocado este punto en su escrito de fecha 13 de febrero de 2002, en el cual señala: “4. Ahora bien, reitero, si uno de los requerimientos supremos que exige ELECTRONORTE S.A. para fijar un menor precio es el número de postes, ¿porqué se le fijó una tarifa más baja que la nuestra a TV CABLE SATÉLITE BAGUA que sólo utiliza 109 postes, según se desprende del anexo I de su mencionado escrito de 18.ENE.02, lo que me releva de mayor probanza? Ese número es menor a la cantidad de postes que vengo empleando. A mí me cobraron un 50% (Cincuenta por ciento) más. 5. En todo caso, si basta cumplir con un solo requerimiento de los dos con los cuales justifican su ‘política de precios’ y si además quieren ahorrar en abogados y hacer un contrato largo, ofrecemos, reiteramos, el máximo plazo de lev. siempre y cuando sea a un precio justo y equitativo al uso que hacemos del poste.

y sin retrocesos desde junio del 2000 (110 usuarios) hasta noviembre del 2001 (400 usuarios). En consecuencia, aún de no encontrarse justificada la diferenciación de precios para uno de los contratos, la misma no habría puesto en desventaja competitiva al Sr. Laca.

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

VIII. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El análisis realizado en el presente documento sobre la controversia iniciada por el Sr. Laca contra ELECTRONORTE ha permitido obtener las siguientes conclusiones:

- La presente controversia se refiere a un supuesto abuso de posición de dominio que no sólo involucra intereses privados sino también el interés público protegido por las normas de libre competencia. En consecuencia, aún asumiendo que la respuesta tardía de ELECTRONORTE a la solicitud de renovación del contrato hubiera dado fin a la disputa entre las partes, ello no habría producido la sustracción de la materia en la presente controversia, puesto que correspondería al Cuerpo Colegiado determinar si la conducta materia de investigación ha ocasionado una restricción a la competencia.
- El mercado relevante aplicable a la presente controversia es el de postes de ELECTRONORTE y de TELEFÓNICA que pueden ser utilizados, bajo la figura del arrendamiento, en la ciudad de Lambayeque por los concesionarios del servicio de Televisión por Cable como insumo para prestar este servicio de difusión.
- En lo que respecta a la posición de dominio, se ha considerado que ELECTRONORTE ostenta dicha posición en el mercado relevante, aun cuando no necesariamente controle un recurso o facilidad esencial, considerando que: (i) es la empresa que mayor presencia tiene en dicho mercado; (ii) existen barreras de entrada que impedirían a otras empresas instalar postes propios.
- Si bien ELECTRONORTE no dio respuesta oportuna a la solicitud de renovación del contrato remitida por el Sr. Laca, no puede sostenerse que se haya negado a continuar arrendando sus postes a este último, puesto que se habría producido la continuación del contrato de arrendamiento bajo sus mismos términos. Aún cuando ELECTRONORTE se hubiera negado a mantener la relación contractual con el Sr. Laca, habría tenido justificación para ello debido a que el demandante tenía antecedentes de morosidad y había incumplido con obtener la autorización previa para ampliar el número de postes que utilizaba.
- El presente caso se refiere a una negativa de trato arbitraria, puesto que no existen pruebas o indicios de que ELECTRONORTE tenga incentivos para restringir la competencia en el mercado del Sr. Laca. La conducta de ELECTRONORTE no puede considerarse una negativa indirecta de trato a través de un precio excesivo, ya que no existen pruebas de que la fijación de dicho precio podría tener una intención anticompetitiva. Adicionalmente, el Sr. Laca no sólo suscribió el contrato en el que se fijaba el precio de US \$ 1.50 más 10% por poste, sino que pagó la renta convenida hasta por 15 meses sin

cuestionar que se tratara de un precio excesivo; más aún, al solicitar la renovación del contrato tampoco cuestionó dicho precio.

- La diferenciación de precios cobrados por ELECTRONORTE se encuentra justificada por el número de postes contratados y el plazo de vigencia de cada contrato, salvo en lo que respecta a uno de los contratos suscritos (TV Cable Satélite Bagua) en el que no se ha llegado a justificar porqué se ofreció a dicha empresa un plazo mayor. Si bien este hecho podría constituir, en principio, una discriminación, para que configure una infracción al artículo 5 inciso b) del Decreto Legislativo 701 tendría que haber colocado en desventaja competitiva al Sr. Laca. Sin embargo, el Sr. Laca no se vio en desventaja respecto de Telefónica Multimedia S.A.C. ni de la competencia potencial que podía enfrentar; por el contrario su número de usuarios se incrementó notablemente.
- De acuerdo con todo lo anterior, se recomienda al Cuerpo Colegiado declarar infundada la demanda en todos sus extremos.

Ana Rosa Martinelli
Gerente de Relaciones Empresariales