

Secretaría Técnica

**Controversia entre TeleCable Motupe
S.R.L y Electronorte S.A (Exp. 008-2001)
Informe Instructivo**

Informe 004-2002/ST

Lima, 12 de marzo de 2002.



**CONTROVERSIA ENTRE TELECABLE MOTUPE S.R.L. Y ELECTRONORTE S.A.
(EXP. 008-2001): 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 de TELE CABLE MOTUPE	4
2. Posición de ELECTRONORTE	4
III. PUNTOS CONTROVERTIDOS	5
1. Primer punto controvertido	5
2. Segundo punto controvertido	5
IV. MERCADO RELEVANTE Y POSICIÓN DE DOMINIO	5
1. Servicio en Cuestión	6
2. Delimitación de Producto	6
3. Delimitación Geográfica	13
4. Delimitación del Nivel Comercial	13
5. Mercado Relevante aplicable a la Controversia	14
6. Posición de Dominio	14
V. PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: NEGATIVA DE TRATO	21
1. ¿Existió una negativa a contratar?	24
2. ¿Existió una negativa de trato indirecta?	27
VI. SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO: DISCRIMINACIÓN DE PRECIOS	29
VII. CONCLUSIONES	34

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 Telecable Motupe S.R.L. (en adelante TELECABLE MOTUPE) 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° 271-1999-MTC/15.03, de fecha 21 de junio de 1999, TELE CABLE MOTUPE obtuvo la concesión para prestar el servicio público de distribución de radiodifusión por cable (en adelante televisión por cable) en la ciudad de Motupe, de la provincia y departamento de Lambayeque (en adelante Motupe).

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 Motupe.

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 15 de enero de 2002 la APCT comunicó al Cuerpo Colegiado que se adhería y apoyaba institucionalmente la demanda de TELE CABLE MOTUPE, por lo que mediante Resolución N° 020-2002-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 agosto de 2001, TELE CABLE MOTUPE 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 de TELE CABLE MOTUPE

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

- a) El 1 de agosto de 1999 TELE CABLE MOTUPE y ELECTRONORTE celebraron un contrato de uso de postes de distribución como soporte de cables de señal de televisión por el plazo de un año y fijando un precio de alquiler mensual por poste de US \$ 1.50 más IGV.
- b) TELE CABLE MOTUPE solicitó verbalmente la renovación del contrato, respecto a lo cual ELECTRONORTE le indicó que continúe pagando por el alquiler de los postes y que más adelante recibiría la respectiva comunicación.
- c) ELECTRONORTE coaccionó a TELE CABLE MOTUPE 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.
- d) TELE CABLE MOTUPE cumplió con los términos del contrato celebrado con ELECTRONORTE, sin embargo vencido éste con mucho esfuerzo ha venido cumpliendo con el pago de un alquiler que considera excesivo hasta enero de 2001.
- e) El 13 de agosto de 2001 TELE CABLE MOTUPE recibió un nuevo contrato de uso de postes enviado por ELECTRONORTE, sin embargo, al igual que en el anterior contrato esta empresa pretende imponerle cláusulas abusivas.
- f) El precio de alquiler mensual de US \$ 1.50 más IGV que cobra 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.
- g) ELECTRONORTE incurre en fijar una tarifa discriminatoria en agravio de TELE CABLE MOTUPE, toda vez que cobra por el alquiler de sus postes un precio mayor que aquel que cobra a otras empresas de televisión por cable por el mismo concepto.
- h) La conducta de ELECTRONORTE encuadra en la figura de abuso de posición de dominio tipificada en los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo 701, la misma que debe ser sancionada por OSIPTEL.
- i) 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, prueba de ello es que mediante carta ADE/OP 110-2001 de fecha 9 de agosto de 2001

alcanzó a TELE CABLE MOTUPE un contrato de regularización de alquiler de postes, el mismo que tendría vigencia a partir del 1 de agosto de 2000 hasta el 31 de diciembre de 2001.

- b) TELE CABLE MOTUPE nunca contestó la mencionada carta, por lo que ELECTRONORTE entiende que el contrato se renovó, más aún si la demandante continuó haciendo uso de sus postes.
- c) ELECTRONORTE no impuso plazo alguno a la demanda ni obligó a ésta a suscribir el contrato de uso de postes.
- d) TELE CABLE MOTUPE aceptó y pagó por más de un año consecutivo la tarifa de US \$ 1.50 por el alquiler mensual de cada poste, por lo que resulta contradictorio que ahora manifieste que dicho precio es excesivo.
- 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.
- j) OSIPTEL no es competente para pronunciarse respecto de la determinación de la tarifa que ELECTRONORTE debería de cobrar a TELE CABLE MOTUPE por el uso de sus postes.

III. PUNTOS CONTROVERTIDOS

De acuerdo con lo señalado por la Resolución N° 006-2001-CCO/OSIPTEL, de fecha 10 de octubre 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 a la empresa TELECABLE MOTUPE 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 a la empresa TELECABLE MOTUPE constituye un trato discriminatorio de acuerdo con el inciso b) del artículo 5° del Decreto Legislativo 701.

IV. 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*

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 Telecomunicaciones¹ (en adelante LINEAMIENTOS), corresponde efectuar un análisis en dos etapas:

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

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

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

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 a TELECABLE MOTUPE para el tendido de su red de cable. A este servicio, en lo sucesivo, se le denominará "Servicio en Cuestión".

2. Delimitación de Producto²

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

² En lo sucesivo, cuando se haga referencia al término “producto”, se entenderá que éste se relaciona con la prestación de algún servicio.

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 a TELECABLE MOTUPE 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 de TELECABLE MOTUPE 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 TELECABLE MOTUPE 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***

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 de postes.

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 suelen 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 este tipo de restricciones puede ser el de la ciudad de Huancayo. El 28 de abril de 1998, la Municipalidad Provincial emitió la Ordenanza N° 00-00-MP/UCM, mediante la cual restringe nuevas instalaciones

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 ciudad³.

En el presente caso se debe señalar que la Municipalidad Distrital de Motupe ha negado la posibilidad de que TELECABLE MOTUPE instale postes propios en dicha ciudad debido a que ello iría contra el ornato de la misma⁴.

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. Para el caso de TELECABLE MOTUPE se ha podido verificar la existencia de una restricción administrativa que impide a esta empresa instalar postes en la ciudad de Motupe. En tal sentido, en esta ciudad no es factible para TELECABLE MOTUPE 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 de TELECABLE MOTUPE no constituye un sustituto del Servicio en Cuestión, al menos en el corto plazo⁵.

³ 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 (...)”*

⁴ Oficio N° 497-2001-MDM-A de fecha 31 de diciembre de 2001, *“(...) después de un profundo análisis de su petición para colocar postes en la ciudad de Motupe, para la sujeción de los cables de televisión por cable, le comunicamos lo siguiente:*

- *El hecho de la colocación de postes en nuestra ciudad iría contra el ornato de la misma.*
- *El permitirle a su empresa la instalación de postes generaría una puerta abierta para que otras empresas de comunicaciones procedan a lo mismo ocasionando así una aglomeración de éstos.*

Por lo tanto, nos vemos obligados a negarle su petición por lo ya expuesto, sin embargo, consideramos que la forma actual de sujeción de cables es tremendamente eficiente y no atenta contra el orden y decoro de la ciudad.”

⁵ 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*

- **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 influir 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 la cantidad de usuarios que son atendidos por TELECABLE MOTUPE no es significativa⁶, por lo que, en el extremo, la instalación de postes propios podría no resultar económicamente factible para TELECABLE MOTUPE frente a la alternativa de utilizar el Servicio en Cuestión⁷. Sin embargo, dicha afirmación no puede efectuarse de manera concluyente, en tanto que existen casos como el de la empresa Cable Junior S.A. que optó por instalar postes propios en la ciudad de Ica, asumiendo los costos que dicha inversión involucraba⁸.

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.

⁶ Mediante carta remitida el 9 de enero de 2002, TELECABLE MOTUPE ha manifestado que al mes de noviembre de 2001 utiliza un total de 310 postes para atender a un total de 225 usuarios del servicio de Televisión por Cable.

⁷ De conformidad con la información proporcionada por la Asociación Peruana de Televisión por Cable - APTC, el costo unitario de adquirir e instalar un poste ascendería a US\$ 100.52 (este monto podría ser superior si fuera necesario el transporte a la ciudad de Motupe). Consta también en el Expediente que TELECABLE MOTUPE inició sus operaciones utilizando un total de 310 de postes de ELECTRONORTE. En tal sentido, de haber adquirido sus propios postes, esta empresa hubiera tenido que invertir un monto superior a los US\$ 31,000.00. Asumiendo que dicha inversión se prorrateara en diez años con una tasa de descuento equivalente a 20% anual (supuesto planteado por la propia APTC), la cuota mensual que debería cubrir TELECABLE MOTUPE ascendería a US\$ 570. Asimismo, de acuerdo con la información proporcionada por la demandante, sus ingresos mensuales promedio durante el año 2001 (meses de enero a noviembre) habrían ascendido a US\$ 1935. En tal sentido, una evaluación muy preliminar, indicaría que el costo de adquirir una planta de postes propios representaría cerca del 30% de los ingresos de TELECABLE MOTUPE.

⁸ Al respecto, se debe señalar que en el caso de la ciudad de Ica, la empresa Cable Junior ha instalado postes propios en determinadas zonas de dicha ciudad para la prestación de sus servicios de Televisión por Cable. Parte de su red de cables se sostiene sobre sus postes propios, mientras que el resto se sostiene sobre los postes de la empresa de distribución de energía eléctrica Electro Sur Medio S.A. En tal sentido, no parecería que en todos los casos la instalación de postes propios genere costos tales que impliquen que no constituyen una alternativa disponible a la utilización de postes ya instalados. aun

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, aparentemente no sería económicamente conveniente para TELECABLE MOTUPE 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 de TELECABLE MOTUPE: i) no sería factible en la ciudad de Motupe debido a restricciones municipales; ii) de ser factible no constituiría un sustituto adecuado del Servicio en Cuestión, 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 TELECABLE MOTUPE, la utilización de postes propios no constituye un sustituto a la utilización del Servicio en Cuestión.

b) Utilización de postes de otra empresa

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 la ciudad de Motupe, se ha hallado que aparte de ELECTRONORTE, TELEFÓNICA también tiene instalados postes. En tal sentido, TELECABLE MOTUPE 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 de Motupe 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 cable, 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 TELECABLE MOTUPE 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 TELECABLE MOTUPE 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 cruce de calles complementando la utilización de postes. Sin embargo, en principio, 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 de la modalidad de televisión satelital es considerablemente mayor tanto para los usuarios⁹ como para la empresa de cable. Asimismo, la prestación del servicio, tanto en la modalidad de MMDS como de televisión satelital implicaría una modificación sustancial en la forma en que TELECABLE MOTUPE 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 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.

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

Por lo tanto, si bien el uso de la tecnología MMDS o satelital, técnicamente podría constituir una alternativa para TELECABLE MOTUPE 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 a TELECABLE MOTUPE es la ciudad de Motupe, provincia de Lambayeque del departamanto 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 Motupe, provincia de Lambayeque del departamanto 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 Motupe 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

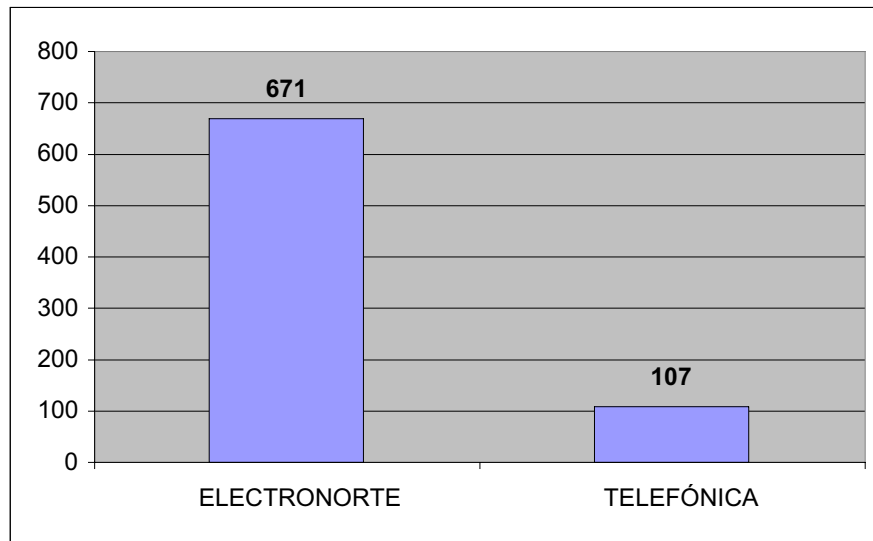
¹⁰ Cabe destacar que en el presente caso, el término “consumidores” no se refiere a los usuarios finales del servicio de Televisión por Cable, sino en general a cualquier empresa que podría utilizar el arrendamiento de postes como un insumo para la prestación de algún bien o servicio.

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 seis (6) veces que el número de postes que TELEFÓNICA tiene en la ciudad de Motupe. Si se considera la totalidad de postes ubicados en la ciudad de Lambayeque, ELECTRONORTE tiene un total de 86.2%, mientras que TELEFÓNICA el 13.8% restante.

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

b) Existencia de barreras de entrada

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

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.

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 un monto de inversión inicial considerable comparado con los costos de operación y mantenimiento requeridos en períodos posteriores. 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”¹³ que son reconocidas como un aspecto que puede generar barreras de entrada a un mercado¹⁴. 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.

Unido a lo anterior, 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 Distrital de Motupe no ha autorizado a TELECABLE MOTUPE para que instale postes a fin de evitar una aglomeración de éstos en la ciudad¹⁵.

De lo señalado en los párrafos anteriores se podría concluir que una empresa que desee instalar su propia planta de postes en Motupe enfrentaría barreras de entrada,

¹³ Las economías de escala generan que el costo promedio de utilizar un determinado bien disminuya conforme se incrementa el número de usuarios que hace uso del mismo, por cuanto el monto incurrido en la inversión inicial se reparte entre dicho mayor número de usuarios. De esta manera, cuando existen bienes asociados a economías de escala, resulta más eficiente que exista un número limitado de dichos bienes a fin de que los costos promedio sean lo menor posible. En caso de existir múltiples bienes, el número de usuarios que podrían hacer uso de cada uno de ellos sería menor y, por tanto, los costos promedio asociados serían mayores que en la situación anterior.

¹⁴ Shy, Oz “Industrial Organization: Theory and Practice”, The MIT Press, Second Printing, p. 182.

¹⁵ Véase las notas número 3 y 4.

tanto económicas, técnicas, como legales, siendo estas últimas las más significativas en el presente caso. En tal sentido, se concluye que en la ciudad de Motupe existen barreras de entrada que impedirían a otras empresas instalar postes propios.

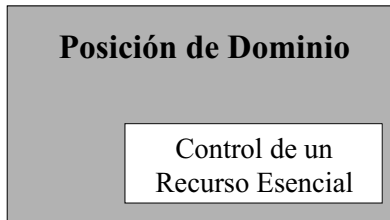
c) Control de Recursos Esenciales

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

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

- i) es suministrado de modo exclusivo o de manera predominante por un solo proveedor o por un número limitado de proveedores; y,
- ii) cuya sustitución con miras al suministro de un servicio no sea factible en lo económico o en lo técnico¹⁶.

Esta definición de facilidad esencial puede llevar a confusión con el concepto de posición de dominio puesto que si se cumplen los dos requisitos contenidos en dicha definición, necesariamente debe concluirse que la empresa que controla una facilidad esencial ostenta una posición dominante en el mercado¹⁷. Sin embargo, lo contrario - es decir una empresa que ostenta una posición dominante- no necesariamente obtiene dicha posición por controlar un recurso esencial. El control de un recurso esencial puede entenderse como un caso particular de posición dominante. Esto puede entenderse más claramente con el siguiente gráfico:



Elaboración: Secretaría Técnica

Como puede verse en el gráfico anterior, el concepto de Posición de Dominio es más amplio que contar con el control de un recurso esencial. De conformidad con la agencia antimonopolio de Reino Unido, *"una facilidad puede ser considerada como esencial si es indispensable acceder a la misma con el objeto de competir en el mercado y si su duplicación es imposible o extremadamente difícil debido a restricciones físicas, geográficas o legales"*¹⁸

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

¹⁶ 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.

¹⁷ "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.

¹⁸ Office of Fair Trading, "The Competition Act 1998: Assessment of Individual Agreements and Conduct", p. 24.

esenciales no basta con determinar que ello no es conveniente, sino que se debe mostrar que ello es muy difícil o prácticamente imposible de realizar. Así lo señala la doctrina sobre la materia:

- *“El segundo elemento, que la duplicación sea impráctica o no razonable es un estándar más elevado que el ser “más económico” que otras alternativas.”¹⁹*
- *“(…) 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.”²⁰*
- *“Muchos de los casos en los que se ha encontrado una facilidad esencial requieren más que la mera dominación de un mercado relevante de la que se requiere en casos más generales de monopolización.”²¹*

Cabe señalar que incluso en el caso que las posibles alternativas de sustitución del Servicio en Cuestión sean más costosas que éste, ello no necesariamente lo califica como una facilidad esencial. Es decir, para calificar un bien o servicio como esencial se debe demostrar que no existen alternativas prácticas, debiéndose demostrar que incluso aquéllas que son más costosas no constituyen una alternativa posible²². 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 Motupe existen postes de dos empresas (ELECTRONORTE y TELEFÓNICA), la cantidad de postes que éstas poseen es bastante disímil, tal como se muestra a continuación:

¹⁹ “The second element, that duplication be impractical or unreasonable, is a higher standard than being “more economical” than other alternatives. (...) en “The Essential Facilities Concept”, OECD, Paris 1996, p. 8.

²⁰ “(...) 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.

²¹ “Most cases finding an essential facility have required more than mere dominance of a relevant market, as more general monopolization cases require. (...)” en Hovenkamp Herbert, “Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice”, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, 1994, p. 275.

²² “Por ejemplo, supóngase que el Hospital A puede atender pacientes de cierto tipo a un costo de \$100, pero el Hospital B que está más alejado enfrenta un costo de \$120. En este caso si se procede a definir el mercado suponiendo un incremento hipotético de 10% en el precio por encima del nivel competitivo, bien podríamos concluir que el Hospital A define un mercado relevante, porque sus gerentes podrían incrementar los precios en más de 10% por encima del nivel competitivo sin perder ventas que se podrían trasladar al Hospital B. Sin embargo, el Hospital A no constituiría una facilidad esencial debido a que el hospital B de hecho constituye una alternativa disponible. Las cortes generalmente han interpretado que la doctrina de las facilidades esenciales requiere mostrar que no existen alternativas prácticas disponibles.

	Número de Postes
ELECTRONORTE	671
TELEFÓNICA	107

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 a futuro un mayor número de postes en aquellas zonas de Motupe donde actualmente no tiene postes. En tal sentido, la cantidad de postes de ELECTRONORTE y TELEFÓNICA (o de alguna otra empresa en lugar de ésta) 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 conjunta²³.

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, ya sea que la instalación sea suministrada de manera predominante por un solo proveedor o 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.**

²³ 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.

En este punto corresponde analizar si TELECABLE MOTUPE 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.

En primer lugar, debe tomarse en consideración si TELECABLE MOTUPE puede prestar el servicio mediante otras tecnologías de difusión para las cuales no requeriría del uso de postes (tales como la televisión satelital o mediante la tecnología MMDS). Al respecto, esta Secretaría Técnica considera que el costo que implicaría prestar el servicio mediante estas tecnologías no se justifica tomando en consideración la extensión geográfica de Motupe y de la demanda potencial existente en dicha ciudad por los servicios de Televisión por Cable. En tal sentido, se considera que para el caso específico de la presente controversia la utilización de estas tecnologías implica un costo lo suficientemente mayor como para considerar que no constituyen alternativas prácticas disponibles.

En segundo lugar, debe analizarse si el uso de los postes de ELECTROSUR MEDIO puede ser sustituida por la instalación de postes propios. Al respecto, se debe señalar que TELECABLE MOTUPE no ha demostrado que esta alternativa constituya un medio significativamente más costoso como para que no se le pueda considerar como una alternativa disponible²⁴. Sin embargo, tal como se señaló anteriormente, a fin de evitar la proliferación de postes, la Municipalidad Distrital de Motupe no permite a la demandante instalarlos. En tal sentido, carece de sentido analizar si el uso de postes de ELECTRONORTE puede sustituirse en lo económico por la instalación de postes propios de TELECABLE MOTUPE, puesto que esto último enfrenta una restricción administrativa. En otras palabras, podría considerarse que el impedimento impuesto por la Municipalidad Distrital de Motupe tiene el efecto de incrementar los costos de instalar postes propios a un nivel tal que genere que no constituyan una alternativa a la utilización del Servicio en Cuestión (barrera legal).

Por lo tanto, en el caso específico de la presente controversia, puede considerarse que, en tanto la Municipalidad Distrital de Motupe limite la posibilidad de que una empresa de televisión por cable instale postes propios, se cumpliría el segundo requisito para que una facilidad sea calificada como esencial. Si en el futuro se modifica dicha política municipal, ya no podría afirmarse con certeza que el Servicio en Cuestión constituye una facilidad esencial y sería necesario analizar las condiciones vigentes en el mercado. En tal caso, tendría que determinarse si efectivamente los costos de instalar postes propios impidan que dicha opción pueda considerarse una alternativa viable para que TELECABLE MOTUPE, o cualquier otro operador de servicios de televisión por cable, sustituya el Servicio en Cuestión.

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.

Habiéndose analizado hasta el momento los aspectos referidos a participación en el mercado, barreras de entrada y control de recursos esenciales, corresponde analizar

²⁴ Al respecto, puede considerarse el caso de Cable Junior S.A. que colocó postes propios en la ciudad de

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) Se ha hallado que el Servicio en Cuestión sólo puede ser provisto por un número limitado de proveedores y que su sustitución no es factible debido a la existencia de restricciones administrativas que impiden instalar postes adicionales en la ciudad de Motupe. En tal sentido, puede considerarse que el Servicio en Cuestión, en el caso específico de la presente controversia y de acuerdo con las disposiciones vigentes aplicables a la ciudad de Motupe, 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 ostentando un facilidad que podría calificarse de esencial.

V. 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 servicios²⁵.

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

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

- Cuando la negativa busca evitar el trato con competidores. En este caso, la empresa con posición de dominio niega la venta porque la afectada también le compra a su competidor. Bajo este supuesto la negativa funciona como una sanción para quienes son clientes del competidor y busca perjudicar a este último restándole clientela.
- Cuando la negativa busca restringir la competencia que enfrenta una empresa integrada verticalmente. La figura más común bajo este supuesto es la de una empresa con posición de dominio que se encuentra integrada verticalmente y niega la venta a las empresas que compiten con su vinculada, incrementando así las barreras de acceso al mercado para las competidoras de esta última.

²⁵ 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 monopolizar un segundo mercado a través de un precio excesivo (“*price squeeze*”)²⁶. 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 abajo²⁷.

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 competidor²⁸.

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:

*“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.

²⁶ Cabe indicar que esta figura también se encuentra contemplada por los LINEAMIENTOS dentro del conjunto de prácticas de efectos depredadores y bajo la denominación de “precios comprimidos”. 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)”.

²⁷ ROSS, Stephen, Principles of Antitrust Law; The Foundation Press, Inc. (1993), 76-82.

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 701²⁹. 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 5³⁰.

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 TELECABLE MOTUPE por el precio de US \$ 1.50 mensual más IGV por poste, cuyo plazo vencía el 31 de julio de 2000.

TELECABLE MOTUPE sostiene que ELECTRONORTE se negó *“a suscribir injustificadamente un contrato de arrendamiento de postes con condiciones justas y equitativas, utilizando las vías indirectas de exigir el pago de una tarifa impagable y de no aceptar discutir los términos del contrato en igualdad de condiciones y con la antelación del caso”*.

ELECTRONORTE señala que no hubo negativa a contratar con TELECABLE MOTUPE ya que en agosto de 2001 remitió a la demandante una carta en la que adjuntaba un contrato que regularizaba su situación desde el 01 de agosto de 2000 hasta el 31 de diciembre de 2001. De otro lado, ha indicado que no corresponde al OSIPTEL pronunciarse sobre la tarifa que su empresa cobra a TELECABLE MOTUPE por el uso de sus postes.

De acuerdo con lo actuado en el procedimiento, no existen pruebas 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 de TELECABLE MOTUPE ni hay evidencias de que se encuentre vinculada con un competidor de la demandante. Tampoco se han presentado pruebas que permitan suponer que la demandada tenga interés por incursionar en el mercado de TELECABLE MOTUPE. En consecuencia, no puede sostenerse que ELECTRONORTE tenga incentivos anticompetitivos para negar el alquiler de sus postes a la empresa demandante.

En tal virtud, la conducta denunciada constituiría una negativa de venta arbitraria y, consecuentemente, debería analizarse de acuerdo con el artículo 3 del Decreto

²⁹ 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”*.

³⁰ 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

Legislativo 701. Para ello, lo primero sería evaluar si ELECTRONORTE incurrió en una negativa a contratar con TELECABLE MOTUPE y, de demostrarse esto, correspondería analizar si dicha negativa tuvo una justificación de negocios.

1. ¿Existió una negativa a contratar?

TELECABLE MOTUPE ha señalado que la negativa a contratar no ha sido directa sino que se ha producido indirectamente a través de la imposición de un contrato abusivo por parte de ELECTRONORTE. Según sostiene la demandante, ella habría solicitado verbalmente a ELECTRONORTE la renovación del contrato y esta empresa le habría indicado que más adelante recibiría la comunicación respectiva pero que siguiera realizando el pago correspondiente³¹. Sin embargo, posteriormente, ELECTRONORTE habría tratado de imponerle un contrato a la demandante sin admitir que ésta discuta las cláusulas del mismo, lo cual en opinión de TELECABLE MOTUPE sería una negativa indirecta a contratar³².

ELECTRONORTE no se pronuncia sobre la supuesta solicitud verbal de renovación que TELECABLE MOTUPE afirma haber realizado, pero si sostiene que dicha empresa manifestó tácitamente su voluntad de renovar el contrato al no retirar sus cables y mantenerse en uso de los postes, por lo cual ELECTRONORTE le remitió el 09 de agosto de 2001 una carta adjuntándole el contrato de regularización de alquiler desde el 01 de agosto de 2000 hasta el 31 de diciembre de 2001. Según la empresa demandada, la voluntad de renovar el contrato de ambas partes habría quedado demostrada por el contenido de dicha carta, por la omisión de respuesta a la misma de parte de la demandante y porque esta última continuó utilizando los postes³³.

³¹ De las afirmaciones de TELECABLE MOTUPE no queda claro el momento en que solicitó la renovación del contrato, ya que indica en la demanda: *"Que vencido el 'Contrato de Uso de Postes de Distribución como Soporte de Cables de señal de TV' aludido (numeral 2.2), solicité verbalmente la renovación del contrato antes de su vencimiento y se me indicó que más adelante iba a recibir la respectiva comunicación, pero que fuera pagando normalmente"*.

³² TELECABLE MOTUPE ha señalado en su demanda lo siguiente: *"(...) Hemos tratado de armonizar con Electronorte S.A. pero esta empresa ha adoptado una posición inflexible, sustentada en una mal entendida autonomía de la voluntad contractual, toda vez que se nos quiere imponer el texto de un contrato sin admitir discusión alguna de sus alcances, como por ejemplo, la duración, el costo, etc. El 13.AGO.01, he recibido una comunicación tipo Memorandum del Jefe de la Unidad de Cobranzas de Electronorte S.A. por la cual me piden el pago del ahora llamado alquiler y acompañan copia de un nuevo 'Contrato de Uso de Postes de Distribución como Soporte de Cables de Señales de TV', cuya copia adjunto (Anexo 1-F) y cuyo tenor es absolutamente unilateral, contiene cláusulas abusivas y lesivas a mi representada, se insiste con una tarifa imposible de cumplir, se insertan cláusulas penales, etc, y no se nos permite discutir el tenor del mismo (...)"*.

³³ Al respecto, ELECTRONORTE ha señalado lo siguiente en su contestación a la demanda: *"Es así que llegada la fecha de vencimiento del contrato descrito en el párrafo precedente y no habiendo Tele Cable Motupe retirado sus cables de los postes de propiedad de mi representada y – por el contrario –proseguir usando los mismos para la operación del servicio que esta última presta, se debe entender que dicho proceder fáctico constituyó la evidente intención de la denunciante de querer renovar el contrato N° G/AJ-029-99-V; motivo por el cual con fecha 09 de agosto del presente año, ELECTRONORTE S.A. emitió la carta ADF/COB-110-2001, dirigida al señor Aldo Federico Burriglione (sic) Comejo en calidad, este último, de Gerente de Tele Cable Motupe S.R.L., carta a la cual se adjunta textualmente '... el contrato de regularización de alquiler de Postes del 1ro de Agosto del Año 2000 al 31 de Diciembre del presente año. Con la finalidad que regularice sus pagos que aún tiene pendientes con nuestra representada'. Del propio tenor de dicha carta, de la omisión en la respuesta a la misma, por parte de los representantes de la empresa denunciante, así como del uso de nuestras instalaciones que viene realizando la empresa Tele Cable Motupe S.R.L., queda claramente acreditada la manifestación de voluntad de ambas partes de renovar el contrato: esto es, de contratar. por lo que mal hace la demandante en denunciar a mi*

Días después, el 17 de agosto de 2001, TELECABLE MOTUPE presentó la demanda que ha originado esta controversia. Ante ello, ELECTRONORTE remitió a la demandante una carta explicándole que al presentar la demanda estaba desconociendo la renovación del contrato inicialmente acordado y requiriéndole que retire sus cables de los postes de distribución de energía eléctrica, bajo cargo de retirarlos directamente³⁴. A su vez, TELECABLE MOTUPE respondió a dicha comunicación señalando que ella no había aceptado el contrato remitido por ELECTRONORTE por lo que no se había producido ninguna renovación, asimismo que mientras se encontrara en trámite la presente controversia la demandada no podía retirar los cables unilateralmente y que si procedía de esa manera incurriría en diversos delitos³⁵.

La única regulación que contenía el contrato suscrito entre las partes en agosto de 1999 sobre la renovación del mismo está contenida en la cláusula sexta. En ella se acuerda únicamente que el contrato podrá ser renovado por períodos similares o superiores al que fue inicialmente pactado, debiendo para ello suscribirse el contrato respectivo³⁶. Tomando en cuenta lo dispuesto por dicha cláusula, debe concluirse que no se produjo la renovación del contrato como sostiene la demandada, ya que las partes no se pusieron de acuerdo sobre el contrato de regularización enviado por ELECTRONORTE, ni tampoco suscribieron un nuevo contrato.

Como puede advertirse de lo anteriormente descrito, los hechos que se encuentran acreditados en el expediente son los siguientes:

- El plazo del contrato suscrito entre las partes venció el 31 de julio de 2000.
- Fuera de la afirmación de la demandante no existe evidencia de que haya solicitado verbalmente la renovación del contrato.
- ELECTRONORTE remitió a la demandante un contrato de regularización mediante carta fechada el 09 de agosto de 2001 y recibida el 13 de agosto.
- TELECABLE MOTUPE no aceptó suscribir el mencionado contrato de regularización, por considerar que contenía cláusulas abusivas.
- Desde el vencimiento del contrato hasta agosto de 2001 TELECABLE MOTUPE continuaba utilizando los postes de ELECTRONORTE.

³⁴ El texto de la referida carta es el 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 G/AJ-029-99-V, suscrito entre ambas partes, por el uso de los postes de propiedad de mi representada; contrato que ha sido tácitamente renovado por ambas partes, al expresar ELECTRONORTE S.A. su deseo de realizar tal acto mediante carta ADF/COB-110-2001 de fecha 09 de agosto de 2001 y al seguir su representada hasta la fecha, usufructuando hasta la fecha nuestros postes; 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 cuanta y cargo suyo, los mismos que serán retenidos como parte de pago del monto que a la fecha adeuda a ELECTRONORTE S.A."*

³⁵ En su respuesta, TELECABLE MOTUPE expresó lo siguiente: *"No hemos renovado ningún contrato por el arrendamiento de postes, toda vez que no he expresado en ningún momento mi voluntad de suscribir el leonino contrato que me han remitido recién en agosto del 2001. Ello es materia de controversia. Que actualmente ambas partes estamos en un Proceso de Solución de Controversia ante OSIPTEL y que en tanto dure dicho proceso, no resulta legal que ustedes retiren unilateralmente mis cables de sus postes. (...) 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', recordándole que mi empresa es concesionaria del servicio público de televisión por Cable en la ciudad de Motupe"*.

³⁶ La cláusula sexta del contrato establece lo siguiente: *"El presente contrato, entrará en vigencia a partir del 01 de Agosto de 1999 y tendrá un período de vigencia de un año, el mismo que podrá ser renovado*

- El 17 de agosto TELECABLE MOTUPE presentó la demanda.
- Posteriormente, ELECTRONORTE requirió el retiro de sus cables a la demandante.

En tal sentido, desde el vencimiento del contrato hasta que ELECTRONORTE remitió a TELECABLE MOTUPE el contrato de regularización, la demandante continuó haciendo uso de los postes de la demandada, sin que esta última le hubiera exigido el retiro de sus cables, a pesar de que según las propias declaraciones de TELECABLE MOTUPE sólo pagó el precio por el uso hasta enero de 2001³⁷.

Considerando los hechos antes mencionados, debe entenderse que desde el 01 de agosto de 2000 hasta agosto de 2001 se produjo la continuación del contrato inicialmente suscrito entre las partes, de conformidad con 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 devolución³⁸.

De acuerdo a lo anterior, si bien el plazo del contrato inicialmente acordado entre las partes venció en julio de 2000 sin que se produjera la renovación del mismo, no puede sostenerse que posteriormente ELECTRONORTE se haya negado a contratar con la demandante, dado que en la práctica TELECABLE MOTUPE continuó utilizando los postes, pagando a la demandada el arrendamiento mensual hasta enero de 2001 y desde ahí sin el pago correspondiente, sin que ELECTRONORTE le exigiera el retiro de sus cables.

En efecto, ELECTRONORTE permitió la continuación del contrato bajo sus mismas condiciones ya que no exigió a TELECABLE MOTUPE que retire sus cables, sino sólo cuando esta empresa presentó la demanda que ha dado origen a esta controversia. Adicionalmente, luego de dicho requerimiento, ELECTRONORTE no ha vuelto a requerir el retiro de los cables ni los ha retirado directamente, a pesar incluso de que TELECABLE MOTUPE le adeudaba más de seis meses de pago.

En cuanto a la imposición de un contrato con cláusulas abusivas, no existen evidencias de que ELECTRONORTE haya impuesto dicho contrato a la demandante y, de otro lado, tampoco queda claro si las empresas mantuvieron tratativas sobre el contrato de regularización remitido por ELECTRONORTE, ya que el mismo fue recibido por la demandante el 13 de agosto y sólo unos días después TELECABLE MOTUPE presentó la demanda ante OSIPTEL denunciando que se trataba de un contrato abusivo.

De otro lado, varias de las cláusulas cuestionadas por TELECABLE MOTUPE como abusivas –como por ejemplo el retiro de los cables al vencimiento del contrato, la cláusula penal, el pago a pesar de no usar todos los postes contratados y las

³⁷ Al respecto, en el acta de la Audiencia de Conciliación de fecha 26 de Setiembre de 2001 consta lo siguiente: “A continuación el Presidente formuló a la demandante una serie de preguntas, las mismas que llevaron al representante de TELE CABLE MOTUPE a manifestar que la demandante había cumplido con pagar a ELECTRONORTE por el alquiler de sus postes hasta el mes de enero del presente año y que hasta la fecha no había recibido, además del contrato de regularización de alquiler de postes, carta alguna de ELECTRONORTE conminándola a retirar sus cables”.

³⁸ 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

responsabilidades por daños³⁹- ya se encontraban en el contrato originalmente pactado por las partes o en contratos de la misma naturaleza suscritos por ELECTRONORTE con otras empresas prestadoras de servicios de televisión por cable, según puede constatarse de los contratos presentados por esta empresa mediante escrito del 23 de octubre de 2001 (contratos con Yomel Perú S.A., RKUTV S.R.L., Manuel Ordóñez Mori, TV Cable Satélite Bagua).

En tal sentido, tampoco puede afirmarse que la remisión del contrato de regularización, como lo denominó ELECTRONORTE, constituya una negativa indirecta de contratar, más aún si se tiene en cuenta que hasta la fecha en que se remitió dicho proyecto, el contrato inicialmente acordado entre las partes aún continuaba aplicándose, al haberse producido su continuación bajo sus mismos términos.

Considerando lo anteriormente descrito, esta Secretaría Técnica concluye que si bien no se produjo la renovación del contrato, ELECTRONORTE no se negó a contratar con TELECABLE Motupe, es decir a continuar permitiéndole el uso de sus postes. En efecto, de acuerdo con lo sucedido se habría producido la continuación del contrato bajo sus mismos términos, ya que TELECABLE MOTUPE continuó en uso de los postes sin que ELECTRONORTE haya requerido la devolución del bien, a pesar incluso que la demandante dejó de pagarle el arriendo desde febrero de 2001.

2. ¿Existió una negativa de trato indirecta?

TELECABLE MOTUPE 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 imposible de pagar⁴⁰. En tal sentido, se ha señalado 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 permita⁴¹. En tal sentido, la regla general es que las empresas puedan fijar libremente

³⁹ TELECABLE MOTUPE señala lo siguiente en la demanda: *“Dicho contrato es realmente una pieza elaborada y que debería servir de texto universitario para describir como es un contrato abusivo e impositivo. (...) Analizando las cláusulas, se desprenden: (...) c) Que se pretende que al vencimiento, retire mis cables de sus postes, dejando sin servicio de Telecomunicaciones la ciudad de Motupe (cláusula 2.1). d) Que se fija una cláusula penal excesiva, de US\$ 10.00 dólares americanos por cada día y por cada poste, siendo que en una semana de retraso, deberíamos el costo del poste íntegro (cláusula 2.1). (...) h) Que entendemos injusta la imposición de que si utilizamos un número menor de postes, igual debemos pagar por ellos, por cuanto resultaría un pago sin ninguna contraprestación (cláusula 3.5). k) Que se pretende que si ‘las líneas de MT y BT (léase Media Tensión y Baja Tensión) interfieran en su sistema (el nuestro), malogrando sus equipos y/o televisores de sus abonados, los únicos responsables (sic) resulta mi representada. Es decir, si ellos interfieren mis cables, nosotros somos los únicos responsables (cláusula 5.3)”*.

⁴⁰ En la demanda, TELECABLE MOTUPE sostuvo lo siguiente: *“He tratado en lo posible de cumplir con los extremos del contrato celebrado con la demandada, y lo hice así durante su vigencia, pero vencido éste en agosto del 2000, he venido cumpliendo con los pagos, habiendo cancelado con mucho esfuerzo en mayo del presente año el alquiler correspondiente a enero del año en curso, pero realmente me resulta materialmente imposible cumplir con una tasa excesiva como la que se pretende perpetuar (...)”*.

⁴¹ 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 sancionarla⁴². 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 telecomunicaciones⁴³.

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.

⁴² 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).

⁴³ 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 de TELECABLE MOTUPE. 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 TELECABLE MOTUPE suscribió el contrato en el que se fijaba dicho precio en agosto de 1999 y pagó la renta convenida sin cuestionar que se tratara de un precio excesivo. Si bien TELECABLE MOTUPE ha manifestado posteriormente que dicho contrato le habría sido impuesto por ELECTRONORTE⁴⁴, 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 partes libremente y por propia voluntad, por lo cual debe entenderse que el contrato entre ELECTRONORTE y TELECABLE MOTUPE fue acordado en ejercicio de su libertad de contratar.

Adicionalmente, TELECABLE MOTUPE sostuvo en la demanda que cuando solicitó verbalmente la renovación del contrato mencionó a la demandada que el precio era demasiado elevado y debía revisarse, no obstante no hay prueba documental de ello y por el contrario se tiene que la demandante continuó pagando dicho precio desde agosto de 2000 hasta enero de 2001, en que dejó de pagarlo a pesar de continuar en uso de los postes de ELECTRONORTE⁴⁵.

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.

VI. 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:

⁴⁴ Por ejemplo, mediante escrito del 29 de enero de 2002, la demandante expresó lo siguiente: “(...) el contrato que celebré con ELECTRONORTE S.A. fue redactado por la propia demandada, quien impuso el plazo de un año”. Asimismo, en escrito del 13 de febrero de 2002 TELECABLE MOTUPE señaló que “Electronorte redactó y nos 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 autor: el estilo es el mismo. Se nos coaccionó cuando se nos manifestó que si no firmábamos el contrato tal cual estaba, no nos permitirían utilizar sus postes. Sin aceptarse discusión alguna de sus cláusulas”.

⁴⁵ Al respecto, cabe agregar que mediante escrito del 11 de febrero de 2002, la demandante presentó las consignaciones judiciales correspondientes al pago de los meses de febrero, marzo y abril de 2001, pero

- La empresa debe tener posición de dominio en el mercado, de lo contrario el afectado podría acudir a fuentes alternativas de suministro y así neutralizar los efectos de la discriminación.
- La empresa con posición de dominio debe contar con suficiente información sobre la disponibilidad de pago de sus clientes (su precio de reserva), para cobrarle a cada uno o al menos a cada grupo de clientes aquel precio que estén dispuestos a pagar como máximo antes de dejar de comprar el bien.
- No debe ser posible el arbitraje (reventa) o al menos la empresa debe estar en capacidad de evitarlo; de lo contrario quien adquiere al precio más bajo podría tratar de venderle el bien a quien lo adquiere al precio mayor, impidiendo así que se produzca efectivamente la discriminación⁴⁶.

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 cliente⁴⁷. 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 701⁴⁸.

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 reserva⁴⁹. 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

⁴⁶ CARLTON, D. y PERLOFF, J. *Modern Industrial Organization*; Addison-Wesley (2000), 277.

⁴⁷ HOVENKAMP, H. *Federal Antitrust Policy, the Law of Competition and its Practice*; West Group (1999), 565-567.

⁴⁸ 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"*.

⁴⁹ 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

precios distintos. Esta última es la discriminación que se produce normalmente en el mercado y si bien puede generar distintos tipos de ineficiencias⁵⁰, algunos autores consideran que ninguna de ellas supone una restricción de la competencia, por lo cual cuestionan que deba analizarse como una conducta anticompetitiva⁵¹.

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 arrendamiento o 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 TELECABLE MOTUPE ni las otras empresas de cable podrían haber subarrendado el uso o cedido la posición contractual a un tercero sin contar con su autorización⁵².

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.

⁵⁰ 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.

⁵¹ HOVENKAMP, Op. Cit., 569-570.

⁵² El contrato suscrito por ELECTRONORTE con TELECABLE MOTUPE no contiene disposiciones al respecto, pero de acuerdo al Código Civil tanto el subarrendamiento como la cesión de posición contractual requieren el consentimiento del arrendador o de la contraparte, respectivamente. Al respecto, el Código Civil dispone lo siguiente:

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

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

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 este cuadro se puede observar que dicha empresa cobra distintos precios y también que el precio aplicado a TELECABLE MOTUPE se encuentra entre los más elevados. En efecto, de los ocho contratos suscritos por ELECTRONORTE, el precio pactado en cuatro de ellos fue de US \$ 1.50 más IGTV (incluido el contrato de la demandante), mientras que dos son por US \$ 0.85 más IGTV y otros dos por US \$ 1.00 más IGTV, observándose también una variación en los plazos y el número de postes utilizados.

Condiciones de los Contratos de Alquiler de Postes de ELECTRONORTE

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

*Precios sin IGTV

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 contratos⁵³.

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 de TELECABLE MOTUPE- y por una cantidad superior a los 5,000 postes –frente a los 268 que utiliza TELECABLE MOTUPE-. En tal sentido, la diferenciación

⁵³ 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

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 132 en el de TV Cable Satélite Bagua. El mayor plazo justifica, en opinión de ELECTRONORTE, fijar un precio menor a esas empresas (US \$ 1.00 más IGV).

Sin embargo, no queda claro el motivo por el cual ELECTRONORTE sólo suscribió contratos por 5 años con las cuatro empresas antes mencionadas y no con las otras cuatro a las que aplica un precio de US \$ 1.50 más IGV, ya que, por ejemplo, estas cuatro empresas contrataron un número mayor de postes que una de las que obtuvo un plazo de 5 años -TV Cable Satélite Bagua⁵⁴- y, adicionalmente, dos de ellas -TELECABLE MOTUPE y el señor Pedro Juan Laca Buendía- suscribieron su contrato 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 a TELECABLE MOTUPE un plazo de 5 años, ni menos que esta última empresa se haya negado a suscribir un contrato con dicho plazo.

En consecuencia, 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 de TELECABLE MOTUPE. 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 a TELECABLE MOTUPE frente a sus competidores.

Al respecto, de acuerdo a la información obtenida de la Unidad de Concesiones de Telecomunicaciones – UECT del Ministerio de Transportes, la única empresa que tiene concesión para operar en Motupe era TELECABLE MOTUPE. En tal sentido, la discriminación no tendría un efecto anticompetitivo, ya que, en principio, no colocaría a TELECABLE MOTUPE en desventaja frente a un competidor.

Sin embargo, TELECABLE MOTUPE podría enfrentar la competencia potencial de las empresas de televisión por cable que contrataron el uso de los postes de ELECTRONORTE en zonas distintas a Motupe, que podrían haber pretendido ampliar sus servicios a esta zona, aprovechando que la empresa eléctrica les cobraba un

⁵⁴ TELECABLE MOTUPE comentó este punto en su escrito de fecha 13 de febrero de 2002, en el cual señalaba: “Ahora bien, reiteramos, 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 SATELITE 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 nuestra representada le pretenden cobrar 50% (Cincuenta por ciento) más, y por mucho tiempo así lo hicieron. 5. Si quieren ahorrar en abogados y hacer un contrato largo, ofrecemos, reiteramos, el máximo plazo de ley, siempre y cuando sea a un precio justo y equitativo al uso que hacemos del poste. que proponemos de USA \$ 0.35 por cada poste mensual (sic).

precio menor al que aplicaba a la demandante por el alquiler de postes. En tal sentido, la práctica tendría que haber colocado en desventaja a TELECABLE MOTUPE frente a la competencia potencial que enfrentaba.

De acuerdo a la información que obra en el expediente, ninguno de los competidores potenciales de TELECABLE MOTUPE amplió su zona de concesión al mercado relevante. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que el precio cuestionado como discriminatorio no fue pagado por la demandante desde febrero de 2001, por lo que no puede sostenerse que el cobro de ese precio la haya puesto en posición desventajosa desde esa época.

En cuanto a la información sobre número de usuarios presentada por TELECABLE MOTUPE, la misma indica que en enero de 2001 contaba con 248 usuarios, dicho número cayó en los meses de febrero y marzo de 2001 (a 154 y 138, respectivamente), pero en abril se recuperó hasta llegar a 169 usuarios y desde ese mes comenzó a incrementarse paulatinamente pasando a 198 usuarios en julio hasta llegar a 215 en noviembre del 2001. Esta caída y la posterior recuperación sucedió en el período en que TELECABLE MOTUPE ya no pagaba el precio denunciado como discriminatorio, como se ha precisado anteriormente, por lo que no puede afirmarse que su cobro haya generado tales hechos.

De acuerdo a lo anterior, aún de no encontrarse justificada la diferenciación de precios para uno de los contratos, se concluye que la misma no puso en desventaja a TELECABLE MOTUPE frente a su competencia potencial.

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

VII. CONCLUSIONES

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

- 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 Motupe 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 y que controla un recurso que podría calificarse como esencial. Esta calificación responde a que actualmente existe una restricción de carácter administrativo para la instalación de postes propios por parte de TELECABLE MOTUPE, por lo cual el uso de los postes de ELECTRONORTE en el mercado relevante no puede sustituirse con la instalación de postes propios. No obstante, en caso de modificarse dicha restricción, para que se mantenga la calificación de recurso esencial tendría que demostrarse que por cuestiones económicas o técnicas dicha sustitución no resulta factible.
- Si bien no se produjo la renovación del contrato originalmente suscrito entre las partes, no puede sostenerse que ELECTRONORTE se haya negado a seguir

permitiendo que TELECABLE MOTUPE continúe utilizando sus postes, puesto que al no requerir el retiro de los cables de la empresa demandante se produjo la continuación del contrato bajo sus mismos términos. Tampoco se ha demostrado que ELECTRONORTE haya intentado imponer un contrato abusivo a TELECABLE MOTUPE y que ello constituya una negativa indirecta de trato prohibida por el Decreto Legislativo 701.

- 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 de TELECABLE MOTUPE. 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, TELECABLE MOTUPE no sólo suscribió el contrato en el que se fijaba el precio de US \$ 1.50 más IGV por poste, sino que pagó la renta convenida hasta enero de 2001 y recién planteo que se trataba de un precio excesivo que constituía una negativa indirecta de trato en agosto de 2001.
- 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 a TELECABLE MOTUPE. Sin embargo, esta empresa no se vio en desventaja respecto de la competencia potencial que podía enfrentar ni pudo haberse visto afectada por el precio cobrado desde febrero de 2001, porque en dicha época dejó de pagarlo.

ANA ROSA MARTINELLI
GERENTE DE RELACIONES EMPRESARIALES