



Gerencia de Relaciones Empresariales

**Controversia entre Empresa de
Telecomunicaciones Multimedia Alfa ELRL y
Telefónica del Perú S.A.A. (Exp. 009-2001)**

Informe Instructivo

Informe 010-2002/ST

Lima, 14 de noviembre de 2002.



**CONTROVERSIA ENTRE EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES MULTIMEDIA
ALFA EIRL Y TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. (Exp. 009-2001)
INFORME INSTRUCTIVO**

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

I. EMPRESAS INVOLUCRADAS

- 1.1. Demandante
- 1.2. Demandada

II. POSICIONES DE LAS PARTES

- 2.1. Posición de ALFATEL
- 2.2. Posición de TELEFÓNICA.

III. PUNTO CONTROVERTIDO

IV. MERCADO RELEVANTE Y POSICIÓN DE DOMINIO

- 4.1. Mercado relevante
 - 4.1.1. Servicio en cuestión
 - 4.1.2. Producto relevante
 - 4.1.3. Mercado geográfico
 - 4.1.4. Nivel comercial
 - 4.1.5. Mercado relevante aplicable a la controversia
- 4.2. Posición de dominio
 - 4.2.1. Presencia en el mercado
 - 4.2.2. Barreras de entrada y limitaciones para el ingreso de nuevos agentes
 - 4.2.3. Control de recursos esenciales
 - 4.2.4. Posición de dominio conjunta

V. ANÁLISIS DE LA PRÁCTICA DENUNCIADA

- 5.1. Marco conceptual
- 5.2. ¿Existió una negativa de trato?
- 5.3. ¿Se encuentra justificada la negativa de TELEFÓNICA?
 - 5.3.1. ¿Existe capacidad disponible en los postes de Huaycán?
 - 5.3.2. TELEFÓNICA requiere la capacidad disponible de los postes de Huaycán?
- 5.4. Efectos de la negativa de trato

VI. CONCLUSIONES

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 Empresa de Telecomunicaciones Multimedia Alfa E.I.R.L. (en adelante ALFATEL), contra Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante TELEFÓNICA), detallando el análisis efectuado sobre las supuestas prácticas contrarias a la libre competencia denunciadas por ALFATEL en la controversia seguida con TELEFÓNICA, en lo referido al alquiler de postes para el tendido de red de cable.

Para el referido análisis se han tomado 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 INVOLUCRADAS

1.1. Demandante

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

1.2. Demandada

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

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

II. POSICIONES DE LAS PARTES

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

2.1. Posición de ALFATEL

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

- a. Para prestar sus servicios, ALFATEL intentó contratar el uso de postes de TELEFÓNICA, para lo cual el 26 de setiembre de 2001 le cursó una carta en dicho sentido, sin recibir respuesta alguna.
- b. El 16 de octubre de 2001, ALFATEL reiteró su solicitud a TELEFÓNICA, la cual tampoco obtuvo respuesta de parte de esta última empresa hasta la

fecha de interposición de la demanda. Esta situación causa serios perjuicios económicos a ALFATEL, por cuanto no puede iniciar sus operaciones hasta la fecha.

- c. La actitud de TELEFÓNICA de no contestar las cartas de ALFATEL constituye una negativa injustificada de contratar, figura que constituye un caso de abuso de posición de dominio sancionado por la legislación peruana.
- d. Es público y notorio que TELEFÓNICA tiene su propia empresa de televisión por cable (Cable Mágico) y es posible que desee evitar la competencia de las pequeñas empresas de televisión por cable que sólo benefician a los usuarios del servicio.
- e. La instalación de postes propios por parte de ALFATEL no resulta conveniente. En una economía como la nuestra se hace necesario abaratar costos que beneficien al usuario. De imponerse a cada empresa de telecomunicaciones instalar su propia planta de postes, ello provocaría el cierre de la mayoría de ellas que se verían impedidas de asumir dichos costos, contrariando el principio de libre competencia y de promoción de la pequeña y mediana empresa.
- f. Asimismo, la instalación de postes propios por parte de las empresas de televisión por cable atentaría contra el ornato de las ciudades, por cuanto las cuadras se llenarían de postes y la población viviría prácticamente entre rejas, impidiendo la fluidez de los peatones y el uso de los garajes, afectando así la armonía visual de las ciudades.
- g. Al cobrarse una cantidad excesiva a las empresas que prestan el servicio de televisión por cable, ello sería en detrimento de mejorar la calidad del servicio que éstas prestan y atentando contra los principios de libre competencia que el ordenamiento peruano desea garantizar.

2.2. Posición de TELEFÓNICA

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

- a. La demanda de ALFATEL ha sido planteada como un supuesto caso de abuso de posición de dominio, por lo que, a fin de determinar si se ha configurado dicha figura, primero debe analizarse si TELEFÓNICA cuenta con dicha posición. En tal sentido, se debe proceder a analizar el concepto de mercado relevante, sin embargo, su aplicación a casos concretos o su implementación a través de determinadas metodologías es controvertida.
- b. ALFATEL requiere de TELEFÓNICA el servicio de alquiler de postes, junto a todos los eventuales servicios adicionales que ello podría generar en el correspondiente mercado a delimitar.
- c. En la controversia administrativa seguida por la empresa V.O. Cable S.A. contra Luz del Sur S.A.A., mediante un análisis discrecional se estableció como único sustituto posible del servicio de alquiler de postes de la demandada al uso de infraestructura de una tercera empresa. Sin embargo, la aplicación de esta metodología está sujeta a la discrecionalidad de la

administración, por lo que a efectos de reducir al máximo el grado de subjetividad en la elección del conjunto de productos que forman parte del mercado relevante es necesario que el regulador desarrolle estándares mínimos de información (e.g. mediante la elaboración de guías y cuestionarios).

- d. En el distrito de Ate-Vitarte se encuentran extendidas las redes de TELEFÓNICA y de Luz del Sur S.A.A., por lo que ALFATEL podría solicitar indistintamente el alquiler de postes de cualquiera de estas dos empresas. No obstante, esta situación no es suficiente para justificar que TELEFÓNICA participa en este mercado, más aún, considerando que TELEFÓNICA no arrienda postes e infraestructura alguna a ninguna empresa.
- e. A diferencia de TELEFÓNICA, Luz del Sur S.A.A. tiene establecida dentro de su actividad comercial el alquiler de infraestructura, tal como lo viene haciendo en diversos distritos de la ciudad de Lima, por lo que ésta se encontraría en mejores condiciones que TELEFÓNICA para la prestación del servicio.
- f. Para brindar el servicio, TELEFÓNICA tendría que incurrir en costos o riesgos adicionales debido a que, a la fecha, la capacidad de soporte de todos sus postes ubicados en Ate-Vitarte está adecuada para un nivel de carga determinado, de manera que no es posible introducir peso adicional de otros cables que no sean los de la propia empresa.
- g. Para soportar el peso de cables adicionales en sus postes, TELEFÓNICA tendría que cambiar los diseños de niveles de anclaje, en adición a una mayor inversión económica que permita reforzar las estructuras a fin de facilitar una mayor carga de soporte, lo que implica una serie de costos adicionales no previstos comercialmente por la empresa y que podrían retardar la prestación del servicio.
- h. Adicionalmente a lo anterior, se tiene que considerar el costo de mantenimiento y seguridad que tendría que trasladarse a aquellos terceros que soliciten la infraestructura en cuestión.
- i. Por estas consideraciones, TELEFÓNICA no puede ser considerada como partícipe del mercado de alquiler de postes en la medida en que existen limitaciones técnicas, comerciales y administrativas que pueden retardar su ingreso en dicho mercado.
- j. Respecto del silencio de TELEFÓNICA al pedido de arrendamiento de infraestructura solicitado por ALFATEL, éste es legítimo y no puede ser calificado a priori como ilegal. Se debe considerar que para sancionar una negativa de trato como injustificada, se debe desprender de ella la intención de depredar el mercado, diferenciando los casos en los que la negativa es una conducta legítima derivada de razones que atañen a una mayor eficiencia y al simple ejercicio de la libertad de contratar.
- k. TELEFÓNICA no ha previsto como línea de negocio el arrendamiento de su infraestructura por las razones anteriormente expuestas, por lo que difícilmente podría intuirse en su conducta alguna intención contraria a la libre competencia. En todo caso, la omisión de respuesta a ALFATEL se justifica

en el tiempo que demanda el desarrollo de una nueva línea de negocio y a la evaluación comercial y técnica de la misma.

III. PUNTO CONTROVERTIDO

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

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

IV. MERCADO RELEVANTE Y POSICIÓN DE DOMINIO

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

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

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

De lo expuesto en los párrafos anteriores se concluye que, a fin de determinar si la supuesta negativa de TELEFÓNICA de satisfacer la demanda de alquiler de sus postes a ALFATEL constituye un supuesto de abuso de posición de dominio, primero debe analizarse si la demandada cuenta con dicha posición. Para ello, de conformidad con lo establecido en los Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Libre Competencia en el Ambito de las Telecomunicaciones¹ (en adelante LINEAMIENTOS), corresponde efectuar un análisis en dos etapas:

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

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

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

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

4.1. Mercado relevante

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

4.1.1. 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 la cual se centra la discusión, es el servicio de alquiler de postes que TELEFONICA podría ofrecer a ALFATEL para el tendido de su red de cable. A este servicio, en lo sucesivo, se le denominará "Servicio en Cuestión".

TELEFÓNICA ha sostenido en su contestación a la demanda que ALFATEL requería el servicio de alquiler de postes así como los servicios adicionales que ello podría generar y que si bien ella contaba con infraestructura de postes en el distrito de Ate-Vitarte, tal situación no era suficiente para considerarla como parte del mercado, debido a que TELEFÓNICA no arrienda postes a ninguna otra empresa, ni ha efectuado oferta alguna al respecto y tampoco ha previsto ingresar a dicho mercado.

Por ello, la demandada concluye que no debe confundirse el hecho de contar con determinadas infraestructuras con la participación de su propietario en el mercado de alquiler de tales bienes.

Adicionalmente, TELEFÓNICA señaló que en la Comunidad Europea no se considera como parte del mercado relevante a aquellas empresas que pueden demorarse en ingresar al mercado o que incurrirían en costos significativos para prestar el servicio relevante; en tal virtud, afirmó que no debe considerarse a TELEFÓNICA dentro del mercado debido a que a pesar de contar con la infraestructura requerida por ALFATEL existían limitaciones técnicas, comerciales y administrativas que podían retardar su ingreso en dicho mercado.

ALFATEL señaló por su parte que la carga de la prueba de las últimas afirmaciones correspondía a TELEFÓNICA y que esta empresa no había ofrecido ninguna prueba de que existieran tales limitaciones técnicas, comerciales y administrativas que podrían retardar su ingreso al mercado. Asimismo, indicó que TELEFÓNICA sí participaba del mercado relevante como proveedor, en tanto que es público y notorio que Telefónica Multimedia S.A.C. (en adelante MULTIMEDIA) utiliza los postes de la demandada para instalar sus redes de televisión por cable, incluso dentro de Ate-Vitarte.

En cuanto a las limitaciones técnicas, comerciales y administrativas que supuestamente retardarían el ingreso de TELEFÓNICA al mercado, debe señalarse que la demandada no ha actuado prueba alguna durante el procedimiento que sustente tal hecho, por lo que no puede considerarse dicho argumento².

De otro lado, la Secretaría Técnica requirió de oficio a TELEFÓNICA que informara si permitía, bajo cualquier modalidad, el uso de los postes de su propiedad a otras personas naturales o jurídicas en cualquier parte de su zona de concesión. Igualmente, la Secretaría Técnica consultó a MULTIMEDIA si utilizaba postes propios o de una tercera empresa para instalar su red de cable y, de ser este último el caso, que indicara cuáles eran las condiciones pactadas para tal efecto.

Ambas empresas dieron respuesta a lo solicitado por la Secretaría Técnica manifestando que habían suscrito un contrato de arrendamiento de red en virtud del cual TELEFÓNICA transportaba las señales de radiodifusión de MULTIMEDIA. En tal sentido, ambas empresas afirmaron que esta última empresa no arrendaba los postes de la demandada para instalar su red de cable. Adicionalmente, TELEFÓNICA señaló que no permitía el uso de sus postes bajo cualquier modalidad a ninguna empresa ajena a ella.

Para constatar lo afirmado por ambas empresas, la Secretaría Técnica les requirió que presenten copia del citado contrato de arrendamiento de red, lo cual ambas empresas hicieron³. De acuerdo con dicho contrato, TELEFÓNICA arrienda a TELEFÓNICA la capacidad de transporte de su red pública de telecomunicaciones para la prestación del servicio de televisión por cable en el ámbito en que la segunda empresa tenga concesión⁴.

A fin de conocer con mayor detalle los alcances del mencionado contrato, la Secretaría Técnica solicitó a TELEFÓNICA que explicara las etapas involucradas en la prestación del servicio de arrendamiento de red y cuáles eran los cables de

² Es necesario precisar que TELEFÓNICA ha presentado información que indicaría que no puede ofrecer espacio en sus postes a ALFATEL para que instale su red de televisión por cable. En tal sentido, dicha información sustentaría la negativa de trato y no que el ingreso de TELEFÓNICA al mercado pueda verse retrasado. La referida información será analizada más adelante, al momento de evaluar si la negativa denunciada se encontraba justificada.

³ El referido contrato de arrendamiento de red ha sido tachado por ALFATEL mediante escrito N° 10, de fecha 08 de mayo de 2002. No obstante, el Cuerpo Colegiado no se ha pronunciado al respecto, reservando su decisión para la resolución final, por lo que se considerará la validez de tal medio probatorio en tanto el Cuerpo Colegiado no haya señalado lo contrario.

⁴ Al respecto, puede agregarse que en el acta correspondiente a la sesión del Cuerpo Colegiado realizada con fecha 17 de julio de 2002, para actuar los pliegos interrogatorios, elaborados por ALFATEL como parte de la prueba de las tachas presentadas, se consigna que el representante de TELEFÓNICA señaló lo siguiente: “A la pregunta ‘Diga como es verdad que ustedes arriendan sus postes a por lo menos una empresa de servicio público de radiodifusión por cable’, respondió que no es verdad. Señaló que tal como obraba en autos, su empresa tiene suscrito con TELEFÓNICA MULTIMEDIA un contrato no para alquiler de postes sino para alquiler de redes de infraestructura. A continuación, la Presidenta procedió a preguntar si la infraestructura que se ha mencionado que se arrienda incluye postes, a lo que el Doctor Guillermo Sánchez Bravo respondió que en el contrato no se precisa, pero que lo fundamental era tener presente que lo que su empresa ofrece y brinda a TELEFÓNICA MULTIMEDIA es el transporte de la señal que es distribuida por dicha empresa. Señaló que su empresa no alquila postes ni cableado porque ello es de propiedad de TELEFÓNICA y que el único servicio que ofrecen es el transporte de la señal de TELEFÓNICA MULTIMEDIA. Señaló asimismo que su empresa ha ofrecido el texto del contrato y su lectura corrobora lo que están señalando, puesto que en dicho contrato no hay mención alguna ni a postes ni a elementos de la infraestructura de TELEFÓNICA. Mencionó que lo que está expresamente regulado y establecido en dicho contrato es el transporte de señal”.

la demandada utilizados para prestar dicho servicio a MULTIMEDIA En respuesta a dicho requerimiento, TELEFÓNICA presentó un diagrama en el cual se detalla las etapas involucradas en la prestación del servicio de arrendamiento de red, señalando que la responsabilidad de TELEFÓNICA por el servicio que presta es desde la cabecera hasta el abonado de MULTIMEDIA Asimismo, la demandada precisó que los cables de su red utilizados para prestar el referido servicio eran cables coaxiales y de fibra óptica⁵.

Posteriormente, a pedido de la Secretaría Técnica, la Gerencia de Fiscalización de OSIPTEL efectuó una acción de supervisión y verificó en los locales de TELEFÓNICA y de MULTIMEDIA que se observaban las condiciones técnicas estipuladas por ambas empresas en el contrato de arrendamiento de red. Es decir, se verificó que TELEFÓNICA era la dueña de la planta y que otorgaba a MULTIMEDIA el uso de la segunda y tercera ventana en la fibra óptica y el rango de frecuencia de 5 a 866 Mhz en el cable coaxial⁶.

De acuerdo con ello, puede concluirse que TELEFÓNICA no arrienda postes a MULTIMEDIA sino que le brinda el servicio de transporte de señal a través de su infraestructura hacia sus usuarios finales.

Sin embargo, ello no significa que deba considerarse que TELEFÓNICA se encuentra fuera del mercado objeto de análisis en la presente controversia. En efecto, la inclusión de un determinado agente en el mercado relevante se hace en función de que el mismo cuente con la capacidad necesaria para prestar el servicio. No se requiere en este sentido que la empresa preste efectivamente el servicio, sino que potencialmente se encuentre en la capacidad de hacerlo.

Al respecto, debe considerarse que la evaluación del mercado relevante suele incluir normalmente a empresas que sólo potencialmente podrían participar en el mercado del bien requerido, por ejemplo, cuando se toma en cuenta a las empresas que podrían ofrecer bienes sustitutos⁷ o a empresas que se ubican en zonas distintas a aquella donde se produce la conducta en cuestión pero que se encuentran dentro del ámbito geográfico relevante⁸. La metodología de definición de mercado relevante generalmente aceptada no sólo reconoce la validez de lo antes indicado, sino que recomienda hacerlo a fin de definir correctamente el mercado para cada controversia⁹.

⁵ Información presentada mediante comunicación GGR-131-A-2366-02, del 31 de mayo de 2002.

⁶ En particular, se verificó que las frecuencias de los moduladores para los canales 2 al 78 de MULTIMEDIA están dentro del rango 55.25 a 547.25 Mhz y que los dos racks de equipos ópticos utilizados para transmitir las señales de dicha empresa hacia los usuarios trabajaban en la segunda y tercera ventana de la fibra óptica de TELEFÓNICA. Informe N° 234-GFS-A-13/2002, elaborado por la Gerencia de Fiscalización de OSIPTEL.

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

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

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

TELEFONICA cuenta con una red de postes tendida en la zona en la que ALFATEL tiene concesión, por lo que aun cuando no se dedique a prestar el servicio de arrendamiento de postes, potencialmente podría hacerlo si tuviera capacidad disponible. Por ello, debe considerarse que TELEFONICA forma parte del mercado relevante de la presente controversia.

Más aún, considerando que TELEFONICA podría tener incentivos para limitar el acceso de nuevos agentes al mercado de televisión por cable negándose a brindar capacidad disponible en sus postes.

Al respecto, según la información proporcionada por la Unidad Especializada en Concesiones de Telecomunicaciones¹⁰, MULTIMEDIA tiene concesión para prestar el servicio de televisión por cable en el departamento de Lima, por lo que dicha empresa se encuentra habilitada para prestar el servicio también en el distrito de Ate-Vitarte. Esta empresa forma parte del grupo económico de TELEFONICA. Si bien MULTIMEDIA no presta actualmente servicios en la zona de Huaycán, no existe limitación para que pueda hacerlo en el futuro.

En este sentido, puede considerarse que TELEFÓNICA tendría incentivos para no participar en el mercado de arrendamiento de postes, como forma de limitar la competencia potencial para su empresa vinculada. Por ello, no puede considerársele fuera del mercado por el solo hecho de no haber arrendado previamente sus postes a terceras empresas.

4.1.2.Producto relevante¹¹

La delimitación de producto busca determinar qué servicios son sustitutos adecuados del servicio en cuestión, desde el punto de vista de los compradores de este último.

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 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 del sustituto.

En el presente caso se debe determinar cuáles podrían ser los sustitutos del servicio de arrendamiento de postes de TELEFÓNICA que permitan a ALFATEL ofrecer el servicio de televisión por cable en su zona de concesión.

a) Postes propios

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

¹⁰ Oficio N° 545-2002-MTC/15.03 de fecha 13 de mayo de 2002.

¹¹ En lo sucesivo, cuando se haga referencia al término “producto”, se entenderá que éste se relaciona con la prestación de algún servicio.

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

En cuanto a las restricciones administrativas que podría enfrentar ALFATEL para la instalación de postes propios, deben señalarse las limitaciones relacionadas con cuestiones de ornato que podrían existir en la zona de concesión de dicha empresa¹². Sin embargo, no se tiene conocimiento que la Municipalidad Distrital de Ate, autoridad que podría imponer algún tipo de restricciones administrativa al respecto, haya establecido limitaciones absolutas para la instalación de nuevos postes en su jurisdicción¹³.

De otro lado, debe considerarse también el tiempo requerido para la instalación de nuevos postes en un distrito. Los factores que influyen en el plazo requerido para la instalación de postes incluyen los estudios técnicos que deben elaborarse, las licencias municipales que deben obtenerse, con los consiguientes plazos que ello puede implicar – lo que puede ser determinante en algunos casos –, la negociación de los términos de compra de los postes con los fabricantes, las obras de instalación misma, entre otros. En consecuencia, el tiempo requerido para estas gestiones limitaría la posibilidad de instalar postes propios en el corto plazo, lo que reduciría el nivel de sustitución de este tipo de bienes respecto del servicio en cuestión, al menos en el corto plazo¹⁴.

Otro aspecto que puede generar que la instalación de postes propios no sea un sustituto del servicio en cuestión está referido a los costos que implica esta opción comparada con el costo de arrendar postes ya instalados. Por un lado, el costo de instalación de postes propios resulta mayor que el de arrendar dicha infraestructura de terceras empresas, lo cual se ve confirmado por el hecho de que la gran mayoría de empresas de televisión por cable que operan en el Perú lo hacen arrendando postes de otras empresas.

De otro lado, la instalación de postes propios resultaría un costo hundido irrecuperable para una empresa que se dedica únicamente a la prestación de

¹² El espacio físico en que pueden ser colocados los postes dentro de una ciudad –calles y avenidas– es un recurso limitado en el que no es posible instalar innumerables redes. Si se instalaran demasiadas redes de postes paralelas entre sí y pertenecientes a distintas empresas, se saturaría el espacio existente en las calles y avenidas, afectando o impidiendo incluso el tránsito de los habitantes y el acceso a los inmuebles. Debido a ello, las municipalidades pueden establecer restricciones para la instalación de postes pertenecientes a nuevas empresas, con la finalidad de administrar eficientemente el espacio que conforma su jurisdicción, evitando así elementos que pudieran generar desorden o afectar el ornato de la ciudad.

¹³ En el procedimiento seguido por la empresa V.O. Cable S.A. contra Luz del Sur S.A.A. relacionado también con el uso de postes para prestar el servicio de televisión por cable en Huaycán, dicha Municipalidad señaló que no existía prohibición para instalar nuevos postes en el distrito de Ate-Vitarte, pero que debían cumplirse las disposiciones contenidas en el Reglamento Nacional de Construcción. Si bien en el presente procedimiento no se ha podido obtener información al respecto de parte de dicha Municipalidad, a pesar de habérselo solicitado hasta en dos oportunidades, se considerará que lo anteriormente señalado por la Municipalidad de Ate-Vitarte no ha variado.

¹⁴ Este aspecto también ha sido tomado en cuenta por la agencia antimonopolio de la República de Venezuela: “En el corto plazo, los usuarios de este servicio, las empresas del sector de telecomunicaciones, no tienen otras alternativas para la instalación de sus redes, aunque en el mediano o largo plazo, pudiesen construir sus propios postes y así eliminar su dependencia de los postes propiedad de las empresas eléctricas. Lo anterior significa que, en el corto plazo, no existen otros sistemas que puedan competir con las redes de postes que posean las compañías eléctricas, lo cual es equivalente a decir que no existen otros productos que estén incluidos en el mismo mercado producto.” Resolución N° SPPLC/034-99, del 29 de junio de 1999, emitida por la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia de la República de Venezuela.

servicios de televisión por cable, en tanto no podría darles otro uso alternativo si es que saliera del mercado. Considerando que el mercado de televisión por cable no presenta barreras de acceso que limiten significativamente el ingreso de nuevos operadores, las empresas enfrentan constantemente la amenaza de competencia potencial, lo que podría ser un elemento de incertidumbre que no justifique incurrir en costos hundidos significativos.

Adicionalmente, en el caso de ALFATEL, al no haber iniciado aún operaciones, en el corto plazo no atendería a una cantidad significativa de usuarios, por lo cual tampoco parecería razonable que decidiera invertir en postes propios.

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

b) Postes de otra empresa

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

Los servicios de suministro de energía eléctrica al usuario final y alumbrado público son prestados a través de cables tendidos en canalizaciones subterráneas y en postes. De acuerdo con la información con que se cuenta, Luz del Sur S.A.A. cuenta con capacidad disponible para el arrendamiento de sus postes de Huaycán. Adicionalmente, también tiene contratos de arrendamiento de postes con diversas empresas operadoras del servicio de televisión por cable en otros distritos como San Isidro, La Molina, Jesús María, Miraflores y el Centro de Lima¹⁵.

De acuerdo con ello, los postes de Luz del Sur S.A.A. también contarían con la capacidad para soportar la infraestructura de cables y equipos de una empresa de televisión por cable como ALFATEL. En consecuencia, puede considerarse que los postes de esta empresa concesionaria de distribución eléctrica constituyen un sustituto del servicio en cuestión.

c) 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, tampoco la utilización de postes.

Según el Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, el servicio de televisión por cable, a través de medios inalámbricos, puede ser proveído en dos

¹⁵ En el marco del expediente de solución de controversias N° 006-2000, seguido ante OSIPTEL previamente, se concluyó que los postes de Luz del Sur S.A.A. ubicados en Huaycán contaban con capacidad para la instalación de cables y equipos de empresas de televisión por cable. Este procedimiento concluyó en primera instancia administrativa con la Resolución N° 032-2001-CCO/OSIPTEL, publicada en El Peruano el 16 de junio de 2001.

modalidades: i) modalidad de sistema de distribución multicanal multipunto (MMDS); y, ii) modalidad de difusión directa por satélite (televisión satelital).

A través de la modalidad MMDS la empresa de televisión por cable distribuye sus señales vía microondas, para lo cual cada usuario del servicio debe contar con una antena receptora y probablemente con un equipo decodificador de señales. En el caso de la televisión satelital, la empresa difunde sus señales directamente desde un satélite artificial hacia los hogares de sus usuarios, para lo cual éstos últimos deben adquirir los equipos necesarios (antena parabólica y decodificadores).

En cuanto a la modalidad MMDS, debe señalarse que la misma utiliza el espectro radioeléctrico, por lo que la empresa que pretendiera utilizar dicha modalidad requeriría que se le otorgue mediante concurso público el permiso de uso correspondiente y, una vez obtenido éste, pagar el canon por uso de espectro radioeléctrico. Lo anterior, unido a los equipos receptores que requieren los usuarios, eleva los costos de esta modalidad frente a la de cable físico¹⁶. Pero además, debe agregarse que el espectro radioeléctrico asignado para la prestación del servicio a través de la modalidad MMDS ya ha sido atribuido a otras empresas en la zona de Lima y Callao, por lo que no podría considerarse un sustituto del servicio en cuestión.

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

Por tanto, si bien la tecnología MMDS o satelital, en términos puramente técnicos, podría considerarse sustituto adecuado de la televisión por medios físicos y, consecuentemente, de la utilización de postes por ALFATEL, existen razones que limitan dicha capacidad de sustitución.

d) Servicio de arrendamiento de red

De acuerdo con la información que obra en el expediente, ALFATEL no ha iniciado aún sus actividades en el mercado de televisión por cable. Tomando esto en cuenta y suponiendo que ALFATEL no hubiera realizado aún una inversión en la compra de equipos y cables a ser instalados en la infraestructura de postes de una tercera empresa, como TELEFÓNICA, la demandante se encontraría en posibilidad de optar por contratar el servicio de transporte de señal, como lo hace MULTIMEDIA, según lo que se ha concluido en secciones previas.

En este caso, el servicio de arrendamiento de red que supone el transporte de señal a través de una infraestructura de red de telecomunicaciones, como el que

¹⁶ Téngase en cuenta, por ejemplo, que la empresa que obtuvo el permiso para utilizar la modalidad MMDS, Tele Cable S.A., participa en distritos donde el nivel socio económico preponderante es el A y B, lo cual podría indicar que dicha modalidad de prestación del servicio supone una capacidad de pago mayor relacionada a los equipos receptores requeridos.

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

Si bien, las empresas de distribución de energía eléctrica también podrían encontrarse en capacidad de brindar este servicio de transporte de señal a través de sus redes, considerando el fenómeno de la convergencia de redes eléctricas y de telecomunicaciones¹⁷, no existe evidencia que indique que este caso se haya producido ya en el Perú y probablemente la implementación de las medidas necesarias para que las empresas eléctricas se encuentren en condiciones de brindar este servicio no sería inmediata.

De acuerdo con todos los argumentos mencionados en los acápites anteriores, se concluye que **el producto relevante** para la presente controversia está conformado por la utilización de postes de TELEFÓNICA y de Luz del Sur S.A.A., así como por el servicio de arrendamiento de red (transporte de señal), en el caso de que ALFATEL no hubiera optado por prestar sus servicios a través de sus propios cables y equipos.

4.1.3. Mercado geográfico

Habiéndose identificado 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

¹⁷ Esta práctica se viene extendiendo actualmente a nivel mundial y consiste en aprovechar la inversión realizada en las redes eléctricas para prestar servicios de telecomunicaciones, incurriendo en inversiones incrementales relativamente bajas. Se pueden presentar los siguientes escenarios según las redes utilizadas sean de transmisión o de distribución y los servicios de telecomunicaciones se presten a través de los cables de energía eléctrica o utilizando la postería de la empresa eléctrica:

ESCENARIOS	Uso de los mismos cables de energía	Uso de la infraestructura de postería
Redes de transmisión	Fibras Ópticas dentro del cable de guarda (tecnología OPGW)	Cables de fibra óptica aparte, soportados por las torres de alta tensión (tecnología ADSS).
Redes de distribución	Tecnología PLC (Power Line Communications).	Cables de fibra óptica o coaxiales soportados por los postes (servidumbres).

normalmente en el lugar en que se encuentra instalado, reduciéndose así el ámbito geográfico en que puede obtenerse.

En un momento de la tramitación de la controversia, ALFATEL sostuvo que debía considerarse que el mercado geográfico relevante es el distrito de Ate-Vitarte y no la zona de Huaycán, por cuanto esa era el área de su concesión.

No obstante, debe tenerse en cuenta que la demanda de ALFATEL señala expresamente que la práctica denunciada es un abuso de posición de dominio en la zona de Huaycán. En efecto, en el punto 1.1. de la demanda, ALFATEL señala lo siguiente:

*“Que ocurrimos (sic) ante su despacho con la finalidad de demandar la solución de una controversia que a la fecha tenemos con la empresa Telefónica del Perú S.A.A (...) en relación con nuestra solicitud de uso de sus postes para instalar nuestros cables de difusión del servicio público de televisión por cable **en el Centro poblado de Huaycán, Distrito de Ate Vitarte, Provincia y Departamento de Lima**”* (el resaltado es nuestro).

Asimismo, en las cartas en las que ALFATEL solicitó a TELEFONICA el arrendamiento de sus postes, el pedido se limitó a la zona de Huaycán¹⁸. Adicionalmente, el informe técnico presentado por ALFATEL sobre la capacidad de soporte de carga de los postes de TELEFÓNICA compara la situación de los postes en la zona de Huaycán con la de los mismos en otros distritos¹⁹.

En este sentido, puede concluirse que lo requerido por ALFATEL a TELEFÓNICA es el arrendamiento de postes en Huaycán, independientemente de que el área otorgada en concesión a dicha empresa sea el distrito de Ate Vitarte.

En tal virtud, debe considerarse que el **mercado geográfico** para la presente controversia es la zona de Huaycán, distrito de Ate-Vitarte, provincia de Lima, del departamento de Lima.

4.1.4. Nivel comercial

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

En el presente caso, el servicio a que se hace referencia es el de arrendamiento de postes, mientras que los consumidores son todas aquellas empresas que podrían utilizar los mismos como insumo para algún fin comercial²⁰. En otras palabras, el nivel de la cadena comercial corresponde a la prestación del servicio

¹⁸ En la Carta de fecha 26 de setiembre de 2001 ALFATEL señala lo siguiente: “(...) requerimos a ustedes se sirvan arrendarnos sus postes en la zona del Centro Poblado de Huaycán (...)”. Asimismo, en la Carta de fecha 16 de octubre de 2001 ALFATEL señaló: “(...) reiteramos a ustedes nuestro pedido de 27.SET.01 para que sirvan arrendarnos sus postes en la zona del Centro poblado de Huaycán (...)”.

¹⁹ En el informe técnico presentado por ALFATEL el 05 de julio de 2002 se señala lo siguiente: “En el Informe efectuado a solicitud de la Empresa de Telecomunicaciones Multimedia Alfa E.I.R.L. para que comparemos las cargas que soportan los postes de Telefónica en diversas partes de la ciudad en comparación con los que esa misma empresa posee en el Centro poblado de Huaycán, distrito de Ate- Vitarte(...)”

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

a concesionarios que lo utilizan como insumo para tender sus redes de cables y prestar un servicio de difusión.

4.1.5. Mercado relevante aplicable a la controversia

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

4.2. Posición de dominio

Una vez determinado el mercado relevante, corresponde analizar si TELEFÓNICA ostenta una posición dominante en dicho mercado. De acuerdo con el artículo 4 del Decreto Legislativo 701:

“Se entiende que una o varias empresas gozan de una posición de dominio en el mercado, cuando pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores (...).”

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.

4.2.1. 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.

En la presente controversia, ALFATEL solicitó a TELEFÓNICA el arrendamiento de sus postes en la zona de Huaycán, por lo que debe entenderse que la pretensión de la demandante era colocar su red de televisión por cable en las áreas donde la demandada tiene postes instalados. Para determinar la presencia de TELEFÓNICA en el mercado relevante, debe considerarse que también que en dicha zona opera Luz del Sur S.A.A. y que la red de postes de esta empresa tiene la misma cobertura que la de TELEFÓNICA. Inclusive, puede tenerse en cuenta que en una controversia previamente tramitada y concluida en primera instancia

respecto del arrendamiento de postes en Huaycán se encontró que los postes de ambas empresas eran sustituibles en un alto porcentaje²¹.

En tal sentido, puede considerarse que la participación de mercado de TELEFÓNICA y de Luz del Sur S.A.A. en el mercado de arrendamiento de postes en Huaycán es bastante similar.

Cabe agregar que si ALFATEL no hubiera incurrido aún en la inversión correspondiente a cables y otros equipos también se incluiría al servicio de arrendamiento de red como parte del mercado relevante, supuesto en el cual TELEFÓNICA, como prestadora de dicho servicio además del de arrendamiento de postes, podría llegar a tener una mayor presencia en el mercado, en tanto no existe evidencia de que Luz del Sur S.A.A. pueda prestar el servicio de arrendamiento de red en el corto plazo²².

4.2.2. Barreras de entrada y limitaciones para el ingreso de nuevos agentes

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 determinado²³.

En el presente caso, lo que se debe determinar es si existen barreras para que alguna empresa instale postes para brindar servicios de telecomunicaciones en Huaycán, por ejemplo que una segunda empresa decidiera brindar servicios de telefonía fija en la zona de Huaycán, o en el extremo para arrendarlos a terceras empresas como ALFATEL.

Al respecto, considerando las características del negocio de telecomunicaciones y las inversiones requeridas en el establecimiento de la infraestructura para brindar dichos servicios, resulta poco probable que en el corto plazo ingresen a Huaycán empresas de telecomunicaciones para brindar servicios estableciendo su propia red, en tanto la recuperación de la inversión podría ser bastante dudosa. Asimismo, parece poco probable que una empresa decida instalar postes únicamente con la finalidad de arrendar espacio en los mismos a otras empresas como las de televisión por cable. Estos mismos argumentos también pueden aplicarse válidamente al ingreso de operadores para brindar servicios de transporte de red.

²¹ Expediente N° 006-2000, seguido entre VO Cable y Luz del Sur S.A.A. por actos de abuso de posición de dominio en el arrendamiento de postes en Huaycán. Resolución N° 032-2001-CCO/OSIPTEL, publicada en El Peruano con fecha 16 de junio de 2001.

²² Otra empresa que, en principio, podría considerarse como parte del mercado de prestación del servicio de transporte de señal es Bellsouth Perú S.A., en tanto dicha empresa brinda tal servicio a Tele Cable Siglo XXI S.A.A. Sin embargo, en este caso, el servicio de Bellsouth no supone el transporte de la señal desde la cabecera hasta el abonado, sino sólo hasta los nodos; luego la señal es transportada por Tele Cable a través de su propia red que va desde los nodos hasta el usuario final. En tal sentido, este servicio no es igual al que brinda TELEFÓNICA a MULTIMEDIA, sino que sólo cubre una parte de la ruta, por lo que no podría considerarse sustituto del uso de postes.

²³ Se suele considerar que existen tres fuentes principales de barreras de entrada: económicas (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 (como las restricciones en la disponibilidad de espectro radioeléctrico) o legales (necesidad de obtener aprobaciones legales, licencias de operación o la prohibición de entrada de nuevos competidores).

De ello se deduce que difícilmente ingresarían nuevos ofertantes del servicio relevante al mercado de Huaycán

4.2.3. Control de recursos esenciales

Un aspecto adicional a tomar en cuenta al momento de analizar la supuesta posición dominante de una empresa es si la misma controla un recurso esencial, también denominado facilidad esencial o instalación esencial. De conformidad con los LINEAMIENTOS un recurso esencial se define como aquél servicio o infraestructura que: i) es suministrado de modo exclusivo o de manera predominante por un solo proveedor o por un número limitado de proveedores; y, ii) cuya sustitución con miras al suministro de un servicio no sea factible en lo económico o en lo técnico²⁴.

En pronunciamientos previos, OSIPTEL ha señalado como característica de los recursos esenciales que son bienes cuya sustitución es prácticamente imposible en términos económicos o técnicos. Ello se encuentra en sintonía con el criterio seguido por la jurisprudencia mayoritaria de Estados Unidos y la Comunidad Europea²⁵.

En el presente caso, no se ha acreditado que la sustitución del servicio en cuestión sea prácticamente imposible o muy difícil de realizar, por lo que no puede afirmarse que para ALFATEL la utilización de postes de TELEFÓNICA constituya una facilidad esencial.

Sin embargo, ello no significa de ninguna manera que la existencia de una posición de dominio se encuentre negada, ya que por lo general el control de un recurso esencial otorga por sí sólo posición de dominio o, en todo caso, puede reforzar la posición de dominio ya existente.

4.2.4. Posición de dominio conjunta

Considerando que el comportamiento de TELEFÓNICA en el mercado de arrendamiento de postes podría ser enfrentado por Luz del Sur S.A.A., al contar esta empresa con una presencia muy similar a la de TELEFÓNICA en el mercado relevante, en principio, podría sostenerse que la demandada no ostenta posición de dominio porque no puede actuar de forma independiente de sus competidores.

Si embargo, las normas de libre competencia prevén la posibilidad de que exista más de una empresa con posición de dominio en el mercado. En efecto, el artículo 4 del Decreto Legislativo 701 señala:

*"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, (...)" (el resaltado es nuestro).*

²⁴ 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.

²⁵ Este tipo de estándar de prueba que exige que se demuestre que la sustitución de los bienes considerados recursos esenciales es casi impracticable también es planteada por autoridades de libre competencia como la Office of Fair Trading de Inglaterra (The Competition Act 1998: Assessment of Individual Agreements and Conduct. London, 1999, p. 24.), como por organismos internacionales como la OECD (The Essential Facilities Concept. Paris, 1996, p. 8).

Al respecto, los LINEAMIENTOS expresan señalan:

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

En la Comunidad Europea se ha considerado que las siguientes circunstancias facilitan la existencia de una posición de dominio conjunta: (i) que el mercado relevante se encuentre altamente concentrado, (ii) que las participaciones de mercado de las empresas en cuestión sean simétricas o muy similares, (iii) que el servicio en cuestión sea esencialmente homogéneo, (iv) que la tecnología se encuentre en un estado de madurez, (v) que el mercado se encuentre estacando en lo que se refiere a tasas de crecimiento; y, (vi) que exista un nivel significativo de capacidad instalada²⁶.

En el mercado relevante se encuentran presentes todas o la mayoría de las características antes citadas. El mercado se encuentra altamente concentrado, en tanto sólo existen dos empresas y la presencia de ambas en el mercado es muy similar. El servicio de arrendamiento de postes es un bien homogéneo, en tanto no se encuentran diferencias significativas entre el espacio que ALFATEL podría arrendar en los postes de TELEFÓNICA o de Luz del Sur S.A.A. Puede considerarse que la tecnología se encuentra en estado de madurez, en tanto que los postes no registran innovaciones tecnológicas relevantes ni constantes. Es probable que no ingresen nuevas empresas a ofrecer el servicio relevante, dadas las características de la zona de Huaycán. Ambas empresas contarían con capacidad instalada disponible, aspecto que se analizará más adelante, al menos en lo que respecta a TELEFÓNICA.

De acuerdo con todo lo expresado, se concluye que TELEFÓNICA contaría con posición de dominio en el mercado relevante junto con Luz del Sur S.A.A. Cabe señalar que si se incluyera también el servicio de arrendamiento de red, probablemente TELEFÓNICA contaría con posición de dominio individualmente.

V. ANÁLISIS DE LA PRÁCTICA DENUNCIADA

5.1. Marco conceptual

De conformidad con el artículo 5 inciso a) del Decreto Legislativo 701, se considera como un caso de abuso de posición de dominio, la negativa injustificada

²⁶ En el caso N° IV/M.1432-AGFA-GEVAERT/STERLING, la sentencia de la Comisión Europea, de fecha 15 de abril de 1999, señala lo siguiente en su numeral 25: *"In this respect, the market displays some of the characteristics normally considered necessary to allow joint dominance to exist such as: a) it is highly concentrated since there will be two competitors accounting for approximately 80% of the European market; (b) the two leading players have very symmetrical market shares; (c) the product in question is essentially homogeneous; (d) the technology is mature; (e) there is market stagnation in terms of growing rate; and (f) there is significant excess capacity."* http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/decisions/m1432_en.pdf

a satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación, de productos o servicios²⁷.

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

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

- Cuando la negativa busca evitar el trato con competidores. En este caso, la empresa con posición de dominio niega la venta porque la afectada también le compra a su competidor. Bajo este supuesto la negativa funciona como una sanción para quienes son clientes del competidor y busca perjudicar a este último restándole clientela.
- Cuando la negativa busca restringir la competencia que enfrenta una empresa integrada verticalmente. La figura más común bajo este supuesto es la de una empresa con posición de dominio que se encuentra integrada verticalmente y niega la venta a las empresas que compiten con su vinculada, incrementando así las barreras de acceso al mercado para las competidoras de esta última.
- Cuando la negativa busca monopolizar un segundo mercado a través de un precio excesivo (*"price squeeze"*)²⁸. 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 abajo²⁹.

Según el primer párrafo del artículo 5 del Decreto Legislativo 701, existe abuso cuando la empresa con posición de dominio actúa *"de manera indebida, con el*

²⁷ Este aspecto se encuentra recogido en los LINEAMIENTOS en los siguientes términos: *"La negativa a contratar es, en principio, una decisión legítima de cualquier empresa. Es parte inherente de su autonomía de la voluntad, en especial de su libertad de contratar. Sin embargo, cuando la empresa en cuestión tiene posición de dominio en el mercado queda sujeta a algunas obligaciones especiales, como es el caso de no negarse, sin justificación, a contratar con un proveedor o con un cliente."*

²⁸ Cabe indicar que esta figura también se encuentra contemplada por los LINEAMIENTOS bajo la denominación de "precios comprimidos" dentro del conjunto de prácticas de efectos depredadores. Al respecto, los LINEAMIENTOS señalan: *"Esta práctica en general se presenta cuando una firma verticalmente integrada es dominante en un mercado hacia atrás (upstream market) que provee de un insumo esencial a compañías que compiten con una empresa relacionada en un mercado hacia adelante (downstream market). Esta firma puede tener una conducta tal que vaya en detrimento de sus competidores. La firma verticalmente integrada tiene la posibilidad de reducir los márgenes de sus competidores (en el mercado hacia adelante) incrementando el costo del recurso esencial y/o reduciendo los precios que ella cobra al público en el mercado hacia adelante (downstream market)".*

²⁹ ROSS, Stephen, Principles of Antitrust Law; The Foundation Press, Inc. (1993), 76-82.

fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles, de no existir la posición de dominio”.

De acuerdo con ello, la negativa injustificada de trato sólo se encontrará prohibida si ocasiona un perjuicio a un tercero y a la vez un beneficio al infractor. Esto sólo podría ocurrir si el infractor compite con el afectado o si la negativa es un mecanismo de sanción para que el cliente no contrate también con el competidor del infractor. En tal sentido, para analizar una negativa injustificada de trato como un caso de abuso de posición de dominio se requiere determinar previamente si el supuesto infractor se encuentra en alguna de las situaciones antes indicadas.

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

De otro lado, según lo indicado previamente, TELEFONICA y Luz del Sur S.A.A. ostentan posición de dominio conjunta en el mercado relevante. Sin embargo, bastaría que una de estas dos empresas se niegue injustificadamente a contratar para que se presente un supuesto de abuso de posición de dominio. Este ha sido el criterio asumido por la Unión Europea.³⁰

5.2. ¿Existió una negativa de trato?

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

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

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

³⁰ En la Sentencia del Tribunal de Primera instancia de la Unión Europea de fecha 07 de octubre de 1999, mediante la cual se resuelve la impugnación interpuesta por la empresa Irish Sugar contra la decisión de la Comisión de las Comunidades Europeas se señala lo siguiente: “66. En efecto, si bien la existencia de una posición de dominio colectiva se deduce de la posición que ocupan conjuntamente las entidades económicas de que se trate en el mercado de referencia, el abuso no debe ser necesariamente obra de todas las empresas en cuestión. Basta con que pueda ser identificado como una de las manifestaciones de la ocupación de tal posición dominante colectiva. Por consiguiente, los comportamientos abusivos de las empresas que ocupan una posición dominante colectiva pueden ser tanto comunes como individuales. Basta con que dichos comportamientos abusivos se refieran a la explotación de la posición dominante colectiva que las empresas ocupen en el mercado.(...)”. <http://curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/gettext.pl>

ALFATEL señaló que no era cierto que la demora de TELEFÓNICA en responder a sus pedido se encontrara justificada por la evaluación técnica y comercial que efectuaba dicha empresa para desarrollar la línea de negocio en cuestión, ya que existían casos en que la demandada había dado respuesta negativa a solicitudes similares de otras concesionarias de televisión por cable en plazos muy breves.

En efecto, ALFATEL presentó en calidad de medios probatorios dos comunicaciones de TELEFONICA dirigidas a otras empresas de televisión por cable en las que les niega el arrendamiento de postes³¹. La primera de ellas corresponde a la solicitud que efectuó Cable Junior S.A.C. a TELEFÓNICA para el arrendamiento de sus postes en la ciudad de Ica, que fue cursada con fecha 20 de agosto de 1998 y denegada por TELEFONICA mediante comunicación de fecha 26 de agosto de 1998³². La segunda es una carta de Cab Cable S.A., de fecha 2 de marzo de 1999, por la que solicitó a TELEFÓNICA el arrendamiento de sus postes en Huancayo, la misma que fue denegada por la demandada mediante comunicación de fecha 15 de marzo de 1999³³.

De acuerdo con ello, se encuentra acreditado que en otros casos TELEFONICA respondió a las solicitudes efectuadas en un plazo mucho menor al que ha transcurrido desde que ALFATEL le solicitó el arrendamiento de postes y la fecha en la que dicha empresa interpuso la demanda.

Adicionalmente a ello, debe tenerse en cuenta que en la primera sesión de la Audiencia de Conciliación TELEFONICA señaló que tenía que evaluar la solicitud de ALFATEL para el arrendamiento de sus postes³⁴. Sin embargo, en la Audiencia de Conciliación realizada con fecha 20 de febrero de 2002, TELEFONICA señaló expresamente que no presta el servicio de arrendamiento de postes y que es una línea de negocio que por razones comerciales no resulta conveniente para su empresa promover.

En tal sentido, puede afirmarse que no existía razón para que TELEFÓNICA hubiera tomado tanto tiempo en definir si aceptaba o denegaba la solicitud de la demandante.

Por su parte, asumiendo que TELEFÓNICA había efectuado la evaluación correspondiente sobre la viabilidad de brindar el servicio requerido por ALFATEL,

³¹ Dichas comunicaciones ha sido tachadas por TELEFONICA mediante escrito N° 03, de fecha 31 de enero de 2002. No obstante, el Cuerpo Colegiado no se ha pronunciado al respecto, reservando su decisión para la resolución final, por lo que se considerará la validez de tales medios probatorios en tanto el Cuerpo Colegiado no haya señalado lo contrario.

³² En dicha comunicación, TELEFONICA señaló lo siguiente: “(...) en atención a su carta notarial de fecha 20.08.98 con la que nos solicita el alquiler de postería de nuestra red, comunicarle que TELEFÓNICA DEL PERU, dentro de sus proyectos de ampliación tiene considerado la utilización de sus post, por lo tanto, lamentamos no poder atender su pedido”

³³ En dicha comunicación, TELEFONICA señaló lo siguiente: “Sobre el particular lamentamos informarle que atendiendo a las políticas de seguridad asumidas por nuestra empresa para el mantenimiento de nuestra infraestructura de postes y no afectación de la calidad y prestación de servicios públicos de telefonía y distribución por cable que corresponde a la red ya instalada en nuestros postes, nos vemos imposibilitados de atender su solicitud de alquiler de postes(...)”.

³⁴ El representante de TELEFONICA manifestó lo siguiente: “ que su empresa tenía que evaluar el planteamiento de la parte demandante para tomar una decisión al respecto, ya que siendo un negocio en el cual no había incursionado, debía consultar con las distintas gerencias de su empresa para evaluar si podían acceder al pedido de ALFATEL”.

la Secretaría Técnica solicitó a la demandada que detallara los costos en que incurriría, por los siguientes conceptos, para brindar el servicio requerido por ALFATEL: i) cambio en los diseños de niveles de anclaje; ii) reforzamiento de las estructuras; y, iii) mantenimiento y seguridad.

Sin embargo, TELEFÓNICA no detalló tales costos y se limitó a sostener lo siguiente:

“Al respecto, y después de las evaluaciones realizadas, tanto al momento de recibir la comunicación de ALFATEL, al momento de estudiar una posible conciliación en la primera etapa del proceso y conforme hemos venido manifestando la red de TELEFÓNICA DEL PERÚ se encuentra dimensionada para cubrir las respectivas necesidades de TELEFÓNICA DEL PERÚ. Todas las modificaciones cuyo estudio propone la Secretaría General (sic) implicarían un cambio estructural de la postería, cuando no, en caso de saturación, el cambio del poste mismo por otro cuyo diseño no se ha elaborado. La modificación de la estructura de postes en los niveles exigidos por TELEFÓNICA DEL PERÚ, necesariamente implican, al formar éstos parte de la red de telecomunicaciones de TELEFÓNICA DEL PERÚ, una modificación de la propia estructura de la red, al supeditar la infraestructura propia a las necesidades de terceros operadores. Este hecho no se ha contemplado hasta el momento en la legislación nacional. La adecuación de la red a las necesidades de terceros operadores, implica una adecuación de los costos de red cuyo estudio y su impacto en los resultados de la empresa no se ha mensurado, pues dicha situación implica un mayor análisis que el costo de los elementos externos de la postería solicitados en su comunicación”³⁵.

De acuerdo a las afirmaciones de TELEFÓNICA antes citadas, aparentemente los postes de Huaycán habrían sido estructurados de forma que soportaran únicamente los equipos y cables de la demandada, no siendo posible que soportaran peso adicional que no fuera el de los cables de la propia TELEFÓNICA. En consideración de ello y a pesar de no haber efectuado ningún estudio sobre los costos que tales cambios implicarían, TELEFÓNICA decidió no brindar el servicio solicitado por ALFATEL.

En tal sentido, se concluye que existió una negativa de trato por parte de TELEFÓNICA constituida inicialmente por la demora en la respuesta a las solicitudes de ALFATEL, a pesar de que en otros casos similares había respondido en un plazo muy breve, y posteriormente, por su decisión de no alquilar espacio en sus postes a ALFATEL según consta en el expediente.

5.3. ¿Se encuentra justificada la negativa de TELEFÓNICA?

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

En la contestación de la demanda, TELEFÓNICA sostuvo que los postes de Huaycán no contaban con capacidad disponible para brindar los servicios requeridos, manifestando lo siguiente:

“(…) a la fecha la capacidad de soporte de todos los postes ubicados en Ate-Vitarte está adecuado para un nivel de carga determinado, tal que no es posible introducir peso adicional de otros cables que no sean los de la propia empresa. En caso

³⁵ Comunicación GGR-131-A-2366-02, del 31 de mayo de 2002.

contrario, TELEFÓNICA estará obligada, a cambiar los diseños de niveles de anclaje en adición a una mayor inversión económica que permita reforzar las estructuras a fin de facilitar una mayor carga de soporte, lo que implica una serie de costos adicionales no previstos comercialmente por la empresa y que podrían retardar la prestación del servicio. En adición a estas contingencias, tampoco se ha previsto el costo de mantenimiento y seguridad que tendría que trasladarse a aquellos terceros que soliciten la infraestructura en cuestión”.

Por ello, debe analizarse primero si los postes que tiene TELEFÓNICA en Huaycán cuentan con capacidad libre y, de ser así, si dicha capacidad sirve únicamente para hacer frente a las necesidades de la demandada y no puede ser utilizada por una tercera empresa.

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

Para analizar con mayor profundidad las afirmaciones de TELEFÓNICA sobre la capacidad de soporte de los postes de su propiedad en la zona de Huaycán, la Secretaría Técnica requirió a la demandada que presente un informe detallado sobre el estado actual de tales postes, lo que debía incluir como mínimo su capacidad de resistencia (peso de cables) y su nivel de utilización actual³⁶.

En respuesta al requerimiento antes mencionado, TELEFÓNICA manifestó lo siguiente:

*“Nivel de utilización actual de los postes. Los postes tienen 3 niveles y **cada nivel tiene dos posiciones para la instalación máxima de un cable en cada posición.***

El primer nivel está reservado para la instalación de un cable de fibra óptica y un cable coaxial.

*Los dos niveles inferiores conformados por 4 posiciones permiten la instalación de cables multipares, en un máximo de 3 cables y se tiene que dejar una posición para los casos de mantenimiento. **En el caso de Huaycán se tienen 2 posiciones ocupadas con cable multipar, una posición está reservada para la instalación de un nuevo cable multipar para futuras expansiones y la otra para poder realizar el mantenimiento de los diferentes cables de red”** (el resaltado es nuestro)³⁷.*

Con la finalidad de profundizar sobre los alcances de la información proporcionada por TELEFÓNICA sobre el estado actual de los postes, la Secretaría Técnica requirió a la demandada que precisara lo siguiente:

- Porqué las dos posiciones del primer nivel de los postes se encuentran reservadas para la instalación de cables de fibra óptica y de tipo coaxial, señalando los servicios que se prestarían a través de dichos cables.
- Si alguna de dichas posiciones podría ser utilizada por alguna empresa distinta de TELEFÓNICA.

³⁶ Considerando las afirmaciones de TELEFÓNICA sobre la capacidad de soporte de sus postes en Huaycán, al requerir el informe en cuestión la Secretaría Técnica señaló de forma expresa a la demandada lo siguiente: “(...) mediante el presente informe se debe demostrar, entre otros, que para prestar el servicio de arrendamiento de postes requerido por la demandante, TELEFÓNICA: i) tendría que incurrir en costos o riesgos adicionales, (ii) necesariamente se vería obligada a cambiar los diseños de niveles de anclajes en vista de que éstos no soportarían un peso adicional de otros cables que no sean los de la propia TELEFÓNICA”. Oficio N° 087/2002-ST, de 18 de marzo de 2002.

³⁷ Comunicación GGR-131-A-1679-02, del 18 de abril de 2002. Este documento ha sido tachado por ALFATEL mediante escrito N° 11, de fecha 08 de mayo de 2002. No obstante, el Cuerpo Colegiado no se ha pronunciado al respecto, reservando su decisión para la resolución final, por lo que se considerará la validez de tal medio probatorio en tanto el Cuerpo Colegiado no haya señalado lo contrario.

- Cuál era el uso que le daba a los cables multipares que ocupan dos posiciones de los postes.

En cuanto a las razones por las cuales las dos posiciones del primer nivel se encuentran reservadas, TELEFÓNICA señaló lo siguiente:

*“(…) TELEFÓNICA DEL PERÚ utiliza un modelo de postes estándar. **Los postes que emplea TELEFÓNICA DEL PERÚ no son distintos en Huaycán a los instalados en distintas zonas de Lima.** Los mismos que se elaboran conforme a la Norma Técnica N-101-2003, Diseño de Líneas de Postería y Anclaje, razón por la cual los dos primeros niveles se reservan para fibra óptica y coaxiales. Independientemente de ello, las necesidades de telecomunicaciones exigen una serie de servicios que son cubiertos con esta infraestructura, tales como transporte de datos, atención a cabinas de Internet, expansión posible de la red y mantenimiento. Al respecto **en el distrito de Huaycán no se ha generado la demanda que requiera el cableado de fibra óptica**, sin embargo, es probable que dada la ausencia de servicios con los que cuenta el poblado y a su creciente desarrollo urbano y comercial, que un banco o alguna dependencia pública o municipal asentadas en el poblado requieran contar con servicios públicos de telecomunicaciones soportados en dicha infraestructura”* (el resaltado es nuestro).

Respecto de la posibilidad de que una tercera empresa pudiera utilizar alguna de las posiciones antes indicadas, la demandada manifestó que:

*“(…) **no es posible utilizar la infraestructura de TELEFÓNICA sin alterar la prestación de los propios servicios brindados por la empresa y por tanto es necesario implementar un nuevo diseño de estructura de red.** Sobre el uso particular del tendido de una nueva red para el servicio de distribución de señales de radiodifusión por cable, es necesario señalar que en estos casos no estamos hablando sólo del tendido de cable físico sino también de toda la infraestructura necesaria para brindar dicho servicio que también se soporta en los postes que se pretenden utilizar como las trobas, amplificadores, armarios, tetraplicadores, fuentes de alimentación eléctrica y cajas terminales. Como puede advertir el tendido de una nueva red de telecomunicaciones, cuyo dimensionamiento no ha sido tomado en cuenta al momento del tendido de la actual red de telecomunicaciones”* (el resaltado es nuestro).

Finalmente, sobre los usos que da a los cables multipares que actualmente ocupan dos posiciones de los postes, TELEFÓNICA señaló lo siguiente: *“En la actualidad dicha infraestructura se utiliza para satisfacer los servicios de telefonía básica y telefonía de uso público, con la posibilidad también de brindar los servicios ADSL y Arrendamiento de Circuitos”*³⁸.

En resumen, de acuerdo con los argumentos de TELEFÓNICA, los postes de Huaycán son exactamente iguales a los que utiliza la empresa en los demás distritos de Lima y permiten la instalación de hasta 6 cables como máximo, en tanto cuentan con 3 niveles con 2 posiciones en cada nivel para la colocación de un cable. Los postes de Huaycán tienen dos posiciones ocupadas por cable multipar, que es utilizado por TELEFÓNICA para brindar servicios de telefonía básica y telefonía de uso público, además también permitirían brindar servicios ADSL y de arrendamiento de circuitos. Las otras cuatro posiciones se encuentran reservadas para fibra óptica, cable coaxial, futuras expansiones y mantenimiento de la red. Tales posiciones no pueden ser utilizadas por terceras empresas porque ello alteraría la prestación de los servicios de la propia TELEFÓNICA.

³⁸ Comunicación GGR-131-A-2366-02, del 31 de mayo de 2002.

Para contradecir los argumentos de la demandada, ALFATEL presentó un informe en el que se comparan las cargas que soportan los postes de TELEFÓNICA. Este informe consta de 20 fotografías tomadas a postes de diversos lugares de Lima incluyendo los de Huaycán y compara la cantidad de cables que soportan en cada lugar. El informe señala que los postes de TELEFÓNICA en Huaycán se encuentran subutilizados dado el nivel de carga que soportan frente a los postes de otros distritos como Surco, que soportan una elevada carga, por lo que concluye que dichos postes se encuentran en capacidad de soportar los cables coaxiales de una empresa como ALFATEL³⁹.

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

En el informe elaborado por la Gerencia de Fiscalización de OSIPTEL se señala que según la Norma de TELEFÓNICA N-103-2003, Diseño de Líneas de Postería y Anclaje, los postes tienen 3 niveles con 2 posiciones cada una. En tales posiciones se pueden instalar cables en dirección longitudinal o transversal, de manera que existen hasta seis posiciones en dirección longitudinal y seis en dirección transversal⁴⁰. Asimismo, el informe señala que de la revisión de la citada norma no existe referencia relacionada a la necesidad de dejar una posición reservada para mantenimiento.

Igualmente el informe de la Gerencia de Fiscalización señala que luego de efectuar dos inspecciones oculares y tomar fotos de diversos postes en Huaycán y en otros distritos de Lima, se verificó que al menos en 5 de los 22 postes fotografiados existía más de un cable por posición. Cabe mencionar que dicha situación no se encontró en Huaycán sino en los distritos de Comas, Jesús María, La Molina y La Victoria. Asimismo, el informe precisa que en el extremo superior del poste sólo se encontraron cables de acometida telefónica y, eventualmente, cables coaxiales de acometida del servicio de televisión por cable. Finalmente, el referido informe contiene 15 fotos de postes de Huaycán, de ellos 4 se encuentran totalmente libres de cables, 8 sólo tienen ocupada una posición y 3 tienen dos posiciones ocupadas⁴¹.

A su vez, TELEFÓNICA presentó un informe cuestionando los hechos antes indicados. Refiriéndose en particular al informe de ALFATEL, la demandada señala que 4 de los postes tomados como ejemplo de casos en que los postes de TELEFÓNICA soportan una elevada carga – fotos 13, 14, 15 y 16 del informe - no son de propiedad de esta empresa. Asimismo, indica que dicho informe ha considerado como postes sin mayor carga que podrían ser utilizados por ALFATEL a un grupo de postes de apoyo – fotos 3, 4, 5, 7, 8 y 12 del informe –, los mismos que se encuentran a distancias de por lo menos 50 metros entre sí, se tienden generalmente de manera aislada y no tienen continuidad de ruta.

³⁹ Documento titulado “Informe comparativo sobre las cargas en los postes de la empresa Telefónica del Perú S.A.A.”, presentado por ALFATEL con fecha 05 de julio de 2002.

⁴⁰ Según indica el informe de la Gerencia de Fiscalización, las especificaciones técnicas contenidas en las normas de TELEFÓNICA establecen que el nivel más alto será empleado para instalar fibra óptica y cable coaxial y los dos niveles más cercanos al piso son ocupados por cable multipar. De la parte superior del poste, anclados a un collarín, salen los cables de acometida hacia el domicilio de los abonados.

⁴¹ Informe N° 234-GFS-A-13/2002, de la Gerencia de Fiscalización de OSIPTEL.

Finalmente, TELEFÓNICA muestra que si bien uno de los postes encontrados y fotografiados en el referido informe con un solo cable telefónico – foto 2 del informe - se encuentra en la actualidad soporta 3 cables, señalando que dicho incremento se ha producido en un breve lapso (3 meses). Si bien el informe de TELEFÓNICA no se refiere al informe de la Gerencia de Fiscalización, termina concluyendo que ni este último informe ni el informe de ALFATEL contienen argumentos válidos que sustenten que TELEFÓNICA tiene capacidad en sus postes para alquilarla a terceros⁴².

Mediante otros escritos, TELEFÓNICA aclaró algunos aspectos señalados en el informe de la Gerencia de Fiscalización, precisando que los casos en que se encontró más de un cable en una posición se deben a dos circunstancias particulares: i) en el caso de redes telefónicas, cuando hay un cambio obligado de ruta y por un tramo corto; y, ii) en el caso de la red para el servicio de televisión por cable, debido a la tecnología que utiliza TELEFÓNICA. De otro lado, la demandada señaló que si bien en la Norma N-101-2003, Diseño de Líneas de Postería y Anclaje, no existe referencia a la reserva de una posición en los postes para mantenimiento, dicho concepto fue tomado de la Norma N 101-2002, Diseño de Canalizaciones, que establece la necesidad de una vía libre para operación y mantenimiento. Asimismo, TELEFÓNICA afirmó que dejaba una posición libre en los postes con la finalidad de prever cualquier circunstancia y encontrarse en capacidad de dar cumplimiento a las normas legales sobre continuidad del servicio. Además, sostuvo que la reserva de una posición para mantenimiento se encontraba confirmada por el informe de la Gerencia de Fiscalización cuando se *“advierte la existencia de canalizaciones libres”*⁴³.

En cuanto a la posición libre que según TELEFÓNICA queda reservada para mantenimiento, debe señalarse que la norma que utiliza dicha empresa para diseñar los postes (N-101-2003, Diseño de Líneas de Postería y Anclaje) no contiene referencia alguna al respecto y tampoco la contienen las otras normas técnicas de TELEFÓNICA que se encuentran citadas en ella con carácter de normas de consulta. Cabe agregar que la norma N-101-2003 contiene referencias expresas a los usos que deben darse a algunas posiciones; así, por ejemplo, indica que las posiciones del nivel más alto del poste se utilizarán para instalar fibra óptica y cable coaxial.

Por ello, si existiera la necesidad de mantener una posición libre para mantenimiento, como afirma TELEFÓNICA, sería razonable que dicha norma lo contemplara así de forma expresa y no que se tuviera que recurrir a una norma sobre diseño de canalizaciones para sustentar la necesidad de dicha posición para mantenimiento. En todo caso, el informe de la Gerencia de Fiscalización de OSIPTEL sólo muestra que varios postes de Huaycán se encuentran con gran parte de su capacidad libre de cables – entre 4 y 5 de sus posiciones -, lo cual no significa que la necesidad de mantener una posición libre para mantenimiento haya sido confirmada por dicho informe, como sostiene la empresa demandada.

Pero más allá de la validez de que se requiera o no mantener una posición libre en los postes para labores de mantenimiento, debe señalarse que TELEFÓNICA

⁴² Informe Técnico PL-464-I-015-2002, Evaluación de la red de planta externa de Huaycán, controversia Empresa de Telecomunicaciones Multimedia Alfa E.I.R.L.

⁴³ Escritos 7, 8 y 9 de TELEFÓNICA, presentados con fechas 14 y 15 de octubre de 2002. La frase entre comillas se encuentra en el escrito 7.

no ha negado que los postes que tiene en Huaycán cuenten con capacidad libre, sino que ha cuestionado que se haya tomado en cuenta postes que no son de su propiedad o postes de apoyo para concluir que tiene capacidad para alquilar espacio en sus postes a la demandante.

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

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

En tal sentido, no sólo queda claro que existe espacio libre en los postes de la infraestructura de red que TELEFÓNICA tiene en Huaycán, sino además que esta empresa no utiliza la posición que corresponde a la instalación de cable coaxial, que es el medio de transmisión utilizado normalmente para el servicio de televisión por cable⁴⁴. En consecuencia, puede afirmarse que los postes de TELEFÓNICA ubicados en Huaycán tienen capacidad libre que podría ser utilizada por ALFATEL.

Si bien la demandada ha sostenido que una red de televisión por cable no sólo implica la instalación de cables sino también de otros equipos que supondrían una modificación estructural de su red, debe tenerse en cuenta que en el caso del servicio de transporte de señal que brinda TELEFÓNICA a MULTIMEDIA, los postes soportan tales equipos sin que se haya dado una modificación a la estructura de red de la empresa demandada. En tal sentido, siendo que según TELEFÓNICA los postes que utiliza en Huaycán son iguales a los de otros distritos, no sería válido el argumento de que la utilización de los postes de Huaycán por ALFATEL implicaría modificar la estructura de la red de TELEFÓNICA, ya que soportarían los mismos equipos que ya soportan en otros casos.

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

⁴⁴ Al respecto, debe tenerse en cuenta que MULTIMEDIA no opera actualmente en Huaycán

No obstante lo anterior, es conveniente precisar que la existencia de capacidad libre en los postes de Huaycán no incluye los postes de apoyo, que son distribuidos aleatoriamente en función de los requerimientos específicos que enfrenta la demandada en cada zona y no tienen continuidad de ruta dentro de la red telefónica⁴⁵.

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

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

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

*“Planes de utilización de la capacidad libre de los postes de Huaycán. A través de los diversos planes anuales, se realizarán expansiones y se ejecutarán programas de mantenimiento, que requieren de incrementar nuevos cables a través de la infraestructura existente. En muchos casos esta infraestructura se encuentra con alto grado de ocupación, lo que obligará a reforzar los postes o a realizar nuevas obras, con el precio que ello supone. **La cantidad de viviendas actuales en Huaycán es de 15,900 con una demanda de sólo 3500 líneas telefónicas. En el año 2005 la demanda será de 5900 con lo que la red de distribución aérea se encontrará con alto grado de ocupación, generando la necesidad de instalar nuevos cables multipares para cubrir las necesidades de expansión.***

Adicionalmente en los postes se presenta cargas adicionales de las cajas terminales, acometidas que cargan en promedio 50 y 100 kg. en la punta por lo que se trata de compensar con derivaciones en el tramo utilizando chapas tensoras para bajar estas cargas. Algunos postes tienen instalado el armario de distribución de pares.

En el diseño de la Red de Planta Externa, el arriostramiento, está calculado de acuerdo a la Norma N-101-2003 Diseño de Líneas de Postería y Anclaje, si el probable caso (sic) de adicionar más cables de lo proyectado, se tendría que cambiar la estructura de los postes.

*En conclusión, según lo expuesto, los postes de la red de Huaycán están dimensionados para soportar sólo las cargas de la red Telefónica y los diversos servicios a sus abonados y usuarios. El instalar una sobre carga pone en riesgo el normal funcionamiento de los diferentes servicios que se brindan a través de la red” (el resaltado es nuestro)*⁴⁶.

⁴⁵ Al respecto, la Secretaría Técnica requirió a TELEFÓNICA un mayor detalle sobre la naturaleza de los postes de apoyo, haciendo las siguientes preguntas a las que respondió la demandada:

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

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

¿Este tipo de postes soporta el mismo grado de ocupación de cables que los demás postes que utiliza Telefónica? Esos tipos de postes no soportan el mismo grado de ocupación, este es aleatorio, y en muchos casos están sobrecargados por las líneas de acometida y se llega a inclinar el postes, como en el caso de las fotos adjuntas”.

Comunicación GGR-131-A-4781-02 de TELEFÓNICA, presentada con fecha 29 de octubre de 2002.

⁴⁶ Comunicación GGR-131-A-1679-02, del 18 de abril de 2002.

Considerando que TELEFÓNICA no había cumplido con presentar la documentación sustentatoria de los planes de ocupación de la capacidad libre de sus postes en Huaycán, se reiteró el requerimiento efectuado a dicha empresa.

TELEFÓNICA no presentó documentación de sustento de sus planes de utilización de la capacidad libre de los postes, señalando que no existía razón para elaborar ese tipo de estudios y haciendo además las siguientes precisiones:

“El distrito de Huaycán se encuentra dentro del indicador señalado por los contratos de concesión como TEC abreviatura de Tiempo de Espera de la Conexión, dentro de las áreas del TEC, la empresa operadora debe estar en capacidad de cubrir cualquier demanda generada en un plazo de días según un calendario determinado. Dichas obligaciones se encuentran en los Contratos de Concesión de TELEFÓNICA DEL PERÚ. En tal sentido, TELEFÓNICA DEL PERÚ se encuentra en toda capacidad, por el dimensionamiento de su planta, a cubrir cualquier demanda que se genere en la zona de Huaycán, en los tiempos señalados en el TEC. Por tal motivo no existe razón alguna para que TELEFÓNICA DEL PERÚ elabore los estudios mencionados, pues al diseñar su estructura de red para el distrito de Huaycán la dimensionó en atención a sus propias necesidades. Respecto de los plazos de ejecución de los mismos, esta se encuentra en estricta relación con la demanda, pues al tener tiempo limitado para la instalación de los servicios públicos tendidos sobre la red (telefonía fija o arrendamiento de circuitos) no tiene sentido su elaboración, pues este hecho como podrá advertir su Despacho depende directamente de la demanda pues TELEFÓNICA por los hechos detallados se encuentra en capacidad de atender dichos servicios de acuerdo a los plazos vigentes en las diferentes normas en los plazos señalados en las mismas. Asimismo, en los casos que se produce un aumento de la demanda, es necesario redimensionar la Planta Externa cuando esta se satura, en tal sentido, y tal como ya le señaláramos a través de los diversos planes anuales, se realizan expansiones y programas de mantenimiento, que requieren incrementar nuevos cables a través de la infraestructura existente. En los casos que esta infraestructura se encuentre con alto grado de ocupación, se debe obligar a reforzar los postes o a realizar nuevas obras, con el precio que ello supone. En caso la infraestructura de respaldo se encuentre ocupada por un operador ajeno a TELEFÓNICA DEL PERÚ, nos veríamos obligados a incurrir en dicho procedimiento, acarreando costos que de otra forma TELEFÓNICA no habría realizado” (el resaltado es nuestro)⁴⁷.

En cuanto a los planes de expansión en el caso específico de los postes de Huaycán, TELEFÓNICA reiteró y precisó lo siguiente:

“Respecto a las proyecciones de clientes de la zona, la planta se encuentra dimensionada para la demanda presente y para la proyección de los próximos años, para lo cual se ha seguido la tendencia de zonas de Lima con similar desarrollo. Para lo cual bastaría con hacer el siguiente ejercicio, la cantidad de viviendas actuales de Huaycán es de 15,900 con una demanda de sólo 3500 líneas telefónicas (una teledensidad menor que la media para la ciudad de Lima), en el año 2005 la demanda será de 5900 teléfonos (en el entendido que la teledensidad se acercará al promedio que tiene la ciudad de Lima), con lo que la red de distribución aérea se encontrará con alto grado de ocupación, generando la necesidad de instalar nuevos cables multipares para cubrir las necesidades de expansión del servicio. En caso los postes se encuentren ocupados por un tercer operador al momento en que TELEFÓNICA DEL PERÚ tenga que cubrir la próxima demanda nos veremos en la imposibilidad de hacerlo por la ocupación de la infraestructura de un tercero (sic)” (el resaltado es nuestro)⁴⁸.

⁴⁷ Comunicación GGR-131-A-2366-02, del 31 de mayo de 2002.

⁴⁸ Comunicación GGR-131-A-2366-02, del 31 de mayo de 2002.

Dado que TELEFÓNICA consideraba que no requería hacer una evaluación sobre sus planes de expansión en Huaycán, debido a que dicha zona se encontraba dentro del indicador TEC y a que había diseñado la estructura de su red en dicha zona en atención a sus propias necesidades para cumplir con el referido indicador, se vio la necesidad de contar con información que permitiera evaluar la validez de dicho argumento.

A fin de comprender cabalmente los alcances de los planes de expansión y de mantenimiento de TELEFÓNICA así como los criterios según los cuales decide tales planes de expansión y el redimensionamiento de su planta externa, la Secretaría Técnica hizo algunas preguntas a la demandada y las respuestas de TELEFÓNICA fueron las siguientes:

- ¿Cuál es la diferencia entre las expansiones y los programas de mantenimiento de red? ¿Ambos implican la instalación de nuevos cables?

“El término Expansión se refiere a crecimiento de la red por incremento de la demanda telefónica; por otro lado el término Mantenimiento se refiere al programa de reemplazo de cables por obsolescencia o deterioro. Ambos implican la instalación de nuevos cables”.

- ¿En función a qué criterios se elaboran los planes anuales de expansión y los planes de mantenimiento de red?

“Los planes anuales de expansión se elaboran en función a la demanda telefónica. Los planes de mantenimiento de red se elaboran en base a los programas de mantenimiento preventivo y correctivo (robos, accidentes, etc.)”.

- ¿En función a qué criterios se definen los alcances del redimensionamiento de la planta externa?

“El crecimiento de la planta externa es escalonada (sic), no se realizan dimensionamientos a plena capacidad por la alta inversión inicial que esto representaría”.

- ¿Cómo y en base a qué criterios se define si la infraestructura existente de cables instalados permite cubrir las necesidades de expansión según la demanda prevista o si se requiere la instalación de nuevos cables para cubrir tales necesidades?

“De acuerdo a la evaluación de la red existente previo a cualquier plan expansión (sic), siempre acorde con las proyecciones de demanda que hacen necesario instalar nuevos cables”.

Considerando dicha información, se concluyó que la variable relevante que toma en cuenta TELEFÓNICA para definir sus planes de expansión y si es necesario para ello el redimensionamiento de la planta externa, está basada en las proyecciones de demanda telefónica. En tal sentido, se consideró necesario determinar si la proyección de demanda planteada por TELEFÓNICA para Huaycán era válida.

Luego de requerir diversa información a TELEFÓNICA, se solicitó a la Gerencia de Políticas Regulatorias y Planeamiento Estratégico de OSIPTEL que realizara

un análisis comparativo sobre el nivel de crecimiento de líneas telefónicas fijas instaladas por TELEFÓNICA en diversos distritos o circunscripciones de la ciudad de Lima respecto de la tasa de crecimiento estimada por esta empresa para la zona de Huaycán. Adicionalmente, se solicitó que se tomara en cuenta el crecimiento estimado de la población de tales distritos o circunscripciones⁴⁹.

Como TELEFÓNICA afirmó que Huaycán cuenta con 3500 líneas telefónicas en servicio al tercer trimestre de 2002 y que para el año 2005 la demanda de líneas debía ser de 5900, su proyección de demanda supone una tasa de crecimiento promedio anual de 17.4% o una tasa de crecimiento promedio trimestral de 4,1%.

Para evaluar la consistencia de la tasa de crecimiento esperada por TELEFÓNICA para Huaycán se comparó con la tasa de crecimiento del número de líneas en servicio observada durante los trimestres anteriores en la misma zona o en zonas con características de demanda similares⁵⁰. De otro lado, también se consideró como variable importante para la comparación el crecimiento de la demanda potencial medido a través de la evolución de la población por distrito ocurrida durante los últimos trimestres⁵¹.

De acuerdo con la información proporcionada por TELEFÓNICA entre el primer trimestre del 2000 y el tercer trimestre del 2002, la tasa de variación promedio trimestral del número de líneas en servicio de los distritos considerados se encuentra en un rango comprendido entre -0,31% y 0,90%.

⁴⁹ La Gerencia de Políticas Regulatorias y Planeamiento Estratégico dio respuesta al pedido antes indicado a través del Memorandum N° 311-GPR/2002 que contenía el documento titulado “Informe relativo a la controversia entre Empresa de Telecomunicaciones Multimedia Alfa E.I.R.L. y Telefónica del Perú S.A.A.”. El análisis que se hace a continuación se sustenta en dicho informe.

⁵⁰ Dado que no se dispone de información sobre la evolución del número de líneas en servicio en la zona de Huaycán, se consideró la información presentada por TELEFÓNICA para el distrito de Ate-Vitarte, al que pertenece Huaycán. Cabe señalar que las comparaciones se efectuaron tomando como base la información de centrales presentada por TELEFÓNICA, debido a que dicha empresa no cuenta con información por distritos; no obstante, dicha información se acerca bastante a la que correspondería a los distritos según la propia empresa demandada.

⁵¹ Se toma en cuenta la evolución de la población debido a que no se cuenta con información sobre la variación en el número de hogares por distrito, que sería la variable más adecuada para medir la demanda potencial de líneas telefónicas en servicio.

Tasa Trimestral de Variación de Líneas en Servicio

Central	00-I	00-II	00-III	00-IV	01-I	01-II	01-III	01-IV	02-I	02-II	02-III	Tasa trimestral promedio
Los Olivos	-1,32%	1,13%	-0,01%	0,23%	-0,31%	-2,04%	1,84%	0,18%	1,63%	0,95%	0,89%	0,28%
Ate-Vitarte	-0,35%	0,80%	0,89%	0,13%	-0,51%	-3,09%	1,26%	-0,56%	1,27%	1,30%	1,96%	0,27%
Canto Grande	0,55%	2,31%	0,93%	-0,98%	2,49%	-1,74%	2,57%	0,81%	1,89%	0,21%	1,00%	0,90%
Zárate	1,90%	0,37%	-0,93%	0,66%	-1,06%	-2,36%	1,84%	0,10%	1,83%	0,52%	0,69%	0,32%
Barranco	0,96%	0,64%	-1,28%	0,35%	0,54%	-3,02%	-0,26%	-0,85%	0,10%	0,21%	-0,01%	-0,24%
Lince	2,88%	1,91%	0,70%	-1,08%	0,60%	-2,90%	-1,38%	-2,30%	-0,66%	-0,50%	0,10%	-0,25%
Magdalena	0,28%	0,74%	-0,13%	-0,07%	0,00%	-1,15%	-0,33%	-0,56%	0,27%	-0,04%	-0,04%	-0,10%
El Agustino	1,88%	-0,51%	-1,35%	0,11%	-1,66%	-3,20%	1,70%	0,07%	2,89%	1,40%	1,60%	0,25%
Independencia	-1,24%	1,08%	0,17%	0,17%	-0,57%	-2,34%	1,65%	0,25%	1,70%	1,37%	1,37%	0,32%
San Juan de Lurigancho	1,30%	1,26%	-0,05%	-0,11%	0,62%	-2,01%	2,12%	0,46%	1,65%	0,38%	1,32%	0,63%
Jesús María	-1,60%	1,23%	0,65%	-0,49%	0,10%	-2,35%	-0,41%	-1,39%	0,40%	0,05%	0,45%	-0,31%
Proyección de TDP												4,10%

Fuente: TDP

Elaboración: Gerencia de Políticas Regulatorias y Planeamiento Estratégico.

Como se advierte, las tasas de crecimiento registradas en todos esos distritos, incluyendo Ate-Vitarte, son menores a la tasa de crecimiento esperada por TELEFÓNICA para la zona de Huaycán.

En cuanto a las tasas de crecimiento poblacional a nivel distrital entre 1998 y 2002⁵², se tiene que las menores tasas promedio de crecimiento se registraron en la zona Centro⁵³ y Suroeste⁵⁴, las cuales crecieron en 0,08% y 0,17%, respectivamente; mientras que la zona Sur registró la mayor tasa de crecimiento con un 0,70%. La tasa de crecimiento trimestral promedio de Ate-Vitarte, al que pertenece Huaycán, ha sido de 0,56%.

⁵² Esta tasa ha sido calculadas sobre la base de estimaciones del Instituto Nacional de Estadística e Informática. INEI, "Perú proyecciones de población por años calendario, según departamentos, provincias y distritos (período 1990-2002)", Boletín especial N°16, Dirección técnica de demografía e indicadores sociales, diciembre 2001.

⁵³ Distritos de Breña, Cercado de Lima, La Victoria, Rimac y San Luis.

⁵⁴ Distritos de Barranco, Jesús María, Lince, Magdalena, Miraflores, San Isidro, San Miguel y Surquillo.

Crecimiento Poblacional por Distrito

ZONA GEOGRÁFICA DISTRITO	Tasa de variación anual					Tasa anual promedio	Tasa trimestral promedio
	1998*	1999*	2000*	2001*	2002*		
ZONA NORTE	2,61%	2,56%	2,40%	1,81%	1,57%	2,19%	0,54%
Carabayllo	4,03%	3,63%	3,07%	2,44%	1,99%	3,03%	0,75%
Comas	3,12%	3,18%	3,00%	1,48%	1,00%	2,35%	0,58%
Independencia	1,85%	1,79%	1,51%	1,20%	1,05%	1,48%	0,37%
Los Olivos	1,75%	1,54%	1,66%	1,74%	1,61%	1,66%	0,41%
San Martín de Porres	2,57%	2,60%	2,44%	2,30%	2,28%	2,44%	0,60%
ZONA ESTE	1,99%	2,26%	2,05%	1,82%	1,69%	1,96%	0,49%
Ate	2,38%	2,22%	2,25%	2,26%	2,15%	2,25%	0,56%
El Agustino	0,97%	2,89%	-0,88%	0,91%	0,92%	0,95%	0,24%
San Juan de Lurigancho	1,85%	2,00%	2,49%	1,67%	1,48%	1,90%	0,47%
Santa Anita	3,01%	2,93%	2,78%	2,62%	2,52%	2,77%	0,69%
ZONA CENTRO	-0,17%	-0,13%	-0,09%	0,80%	1,18%	0,32%	0,08%
Breña	-0,50%	-0,50%	-0,51%	0,92%	1,50%	0,18%	0,04%
Cercado de Lima	-0,36%	-0,36%	-0,37%	0,31%	0,59%	-0,04%	-0,01%
La Victoria	-0,86%	-0,87%	-0,88%	0,88%	1,59%	-0,04%	-0,01%
Rímac	0,76%	0,87%	0,95%	1,07%	1,20%	0,97%	0,24%
San Luis	1,03%	1,32%	1,71%	2,21%	2,62%	1,78%	0,44%
ZONA SUROESTE	-0,01%	0,00%	0,03%	1,23%	2,11%	0,67%	0,17%
Barranco	-0,03%	-0,02%	-0,02%	1,34%	1,88%	0,63%	0,16%
Jesús María	-0,91%	-0,91%	-0,92%	1,15%	1,98%	0,07%	0,02%
Lince	0,03%	0,03%	0,03%	0,00%	3,51%	0,71%	0,18%
Magdalena	-0,18%	-0,18%	-0,18%	1,80%	2,57%	0,76%	0,19%
Miraflores	-0,43%	-0,43%	-0,43%	1,64%	2,45%	0,55%	0,14%
San Isidro	-0,11%	-0,11%	-0,12%	2,08%	2,93%	0,93%	0,23%
San Miguel	0,76%	0,82%	0,92%	1,06%	1,16%	0,94%	0,23%
Surquillo	0,14%	0,14%	0,14%	1,08%	1,46%	0,59%	0,15%
ZONA SUR ESTE	3,33%	3,10%	2,83%	2,52%	2,27%	2,81%	0,70%
La Molina	4,83%	4,14%	3,62%	2,99%	2,35%	3,58%	0,88%
San Borja	2,70%	2,55%	2,37%	2,17%	2,00%	2,36%	0,58%
Santiago de Surco	2,87%	2,83%	2,64%	2,45%	2,36%	2,63%	0,65%
ZONA SUR	2,72%	2,62%	2,45%	2,27%	2,15%	2,44%	0,60%
Chorrillos	2,77%	2,61%	2,29%	1,93%	1,70%	2,26%	0,56%
San Juan de Miraflores	2,80%	2,72%	2,62%	2,51%	2,42%	2,62%	0,65%
Villa El Salvador	2,61%	2,51%	2,44%	2,36%	2,27%	2,44%	0,60%
Villa María del Triunfo	2,69%	2,61%	2,41%	2,20%	2,09%	2,40%	0,59%

* Se compara la población de junio de cada año respecto a la población de junio del año anterior.

Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática- INEI.

Elaboración: Gerencia de Política Regulatorias y Planeamiento Estratégico.

De acuerdo con lo anterior, ninguno de los distritos experimentó un crecimiento poblacional promedio trimestral superior o igual al 1,0%; incluso el distrito con la mayor tasa de crecimiento trimestral promedio ponderada, La Molina, sólo alcanzó un 0,88%. De otro lado, puede señalarse que con excepción de los distritos que conforman la zona Centro y Suroeste, las tasas de crecimiento mostraron una tendencia decreciente.

En tal sentido, las tasas de crecimiento trimestral poblacional también han sido significativamente menores al crecimiento promedio trimestral esperado por TELEFÓNICA para la demanda de líneas (4,1%). En el caso particular del distrito de Ate-Vitarte, en el que se encuentra Huaycán, la tasa de crecimiento de la población ha sido de 0,56%.

De acuerdo con los cálculos y comparaciones efectuadas previamente, resulta claro que la proyección de demanda de 5900 líneas que esperaría TELEFÓNICA en la zona de Huaycán resulta largamente mayor al crecimiento que se ha registrado en diversos distritos de Lima, incluyendo Ate-Vitarte. Como la demandada no ha sustentado las razones por las que considera que la demanda de líneas telefónicas en Huaycán tendrá tal nivel de crecimiento, tendría que concluirse que TELEFÓNICA no ha demostrado que la capacidad de carga

disponible de los postes de Huaycán se encuentre comprometida para cubrir sus necesidades.

Más aún, TELEFÓNICA presentó información a pedido de la Secretaría Técnica que indica que al tercer trimestre del 2001 ya contaba con 6000 líneas telefónicas instaladas en la zona de Huaycán – número cercano a las 5900 que había proyectado para el 2005 -. En tal sentido, la demandada ya tendría instaladas todas las líneas que tenía proyectadas para sus planes de expansión hasta el 2005⁵⁵.

Inclusive, considerando que según la información disponible TELEFÓNICA acostumbra mantener un porcentaje de líneas instaladas sin usar de 17.6% ante un eventual crecimiento de la demanda⁵⁶, es probable que la empresa demandada no tenga la necesidad de incrementar el número de líneas instaladas hasta después del 2005 para mantener dicho nivel de desocupación de líneas instaladas, aún si el número de abonados en Huaycán creciera a una tasa trimestral del 0,9% (que es la mayor tasa de crecimiento promedio encontrada en los distritos considerados), ya que el porcentaje de líneas que no se encontrarían en servicio a fines del 2005 sería de 34,4%⁵⁷. En consecuencia, la demandada tampoco tendría que hacer mayor uso de la infraestructura de postes con que cuenta en Huaycán.

De acuerdo con lo señalado, la Secretaría Técnica considera que no existe evidencia en el expediente que sustente la demanda proyectada por TELEFÓNICA para la zona de Huaycán (crecimiento de 4.1% trimestral) y que la misma resulta inconsistente con las tasas de crecimiento que ha tenido la demanda en los distritos considerados, incluyendo Ate-Vitarte. De otro lado, también considera que la cantidad de líneas instaladas por TELEFÓNICA en Huaycán cubren las expectativas de crecimiento que tiene la demandada para dicha zona hasta el 2005 e incluso le permitirían cubrirlas por más años considerando la tasa de crecimiento trimestral más elevada que se ha registrado en los últimos años para los distritos considerados.

Siendo ello así, se concluye que TELEFÓNICA no ha probado que requiera utilizar toda o la mayor parte de la capacidad de carga disponible de sus postes de Huaycán para enfrentar los planes de expansión de red que tendría que ejecutar según sus propias estimaciones de crecimiento de la demanda. Es otras palabras, la Secretaría Técnica considera que la empresa demandada no ha llegado a demostrar que la negativa de trato se encuentre justificada.

Lo anterior no implica que TELEFONICA se encuentre obligada a satisfacer todo requerimiento para la utilización de su infraestructura de postes si es que ello implica que incremente o modifique sustancialmente su capacidad instalada para atender dichos requerimientos.

⁵⁵ Información presentada y precisada por TELEFÓNICA a través de las comunicaciones GGR-131-A-4887-02, de fecha 08 de noviembre de 2002, y GGR-131-A-4915-02, de fecha 11 de noviembre de 2002.

⁵⁶ Según la información disponible sobre los catorce meses comprendidos entre diciembre de 1999 y febrero de 2002, TELEFÓNICA suele mantener un número de líneas instaladas sin usar ante un eventual crecimiento de la demanda que representa en promedio el 17.6% de líneas instaladas en Lima (176 líneas de cada 1000 instaladas).

⁵⁷ Con esa tasa de crecimiento (0,9%), a mediados del año 2012 el número de líneas en servicio sería 4994 con lo que recién entonces el porcentaje de líneas instaladas que no se encontrarán en uso sería 17,6%, lo que significa que recién en esa época tendría un porcentaje similar al porcentaje usual de desocupación registrado para el área local de Lima.

5.4. Efectos de la negativa de trato

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

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

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

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

VI. CONCLUSIONES

De acuerdo con todo lo previamente señalado, esta Secretaría Técnica concluye lo siguiente:

- El mercado relevante aplicable a la presente controversia es el de alquiler de espacio en postes de TELEFÓNICA y de Luz del Sur S.A.A. que puede ser utilizado por ALFATEL en la zona de Huaycán, del distrito de Ate-Vitarte, para la prestación del servicio de televisión por cable; incluyendo el servicio de arrendamiento de red (transporte de señal), en el caso de que ALFATEL no hubiera optado por prestar sus servicios a través de sus propios cables y equipos.
- TELEFÓNICA y Luz del Sur S.A.A. ostentan posición de dominio conjunta en el mercado relevante. Si se incluyera también el servicio de arrendamiento de red, probablemente TELEFÓNICA contaría con posición de dominio individualmente. Bastaría que una de dichas empresas se niegue injustificadamente a contratar para que se presente un supuesto de abuso de posición de dominio.
- Existió una negativa de trato por parte de TELEFÓNICA constituida inicialmente por la demora en la respuesta a las solicitudes de ALFATEL, a pesar de que en otros casos similares había respondido en un plazo muy breve, y posteriormente, por su decisión de no alquilar espacio en sus postes a ALFATEL según consta en el expediente.
- Los postes de propiedad de TELEFÓNICA en la zona de Huaycán cuentan con capacidad disponible para soportar mayor carga de cables u otros equipos y TELEFÓNICA no ha probado que requiera utilizar toda o la mayor parte de dicha

capacidad de carga para enfrentar los planes de expansión de red que tendría que ejecutar en Huaycán según sus propias estimaciones de crecimiento de la demanda. En tal sentido, la empresa demandada no ha llegado a demostrar que la negativa de trato se encuentre justificada.

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

ANA ROSA MARTINELLI
GERENTE DE RELACIONES EMPRESARIALES