

Expediente 008-2001

RESOLUCIÓN N° 035-2002-CCO/OSIPTEL

Lima, 08 de abril de 2002

El Cuerpo Colegiado a cargo de la controversia entre Tele Cable Motupe S.R.L. (en adelante TELE CABLE MOTUPE) y Electronorte S.A. (en adelante ELECTRONORTE) por la supuesta comisión de actos contrarios al Decreto Legislativo 701° en la utilización de postes para el tendido de red de cable.

VISTO:

El expediente N° 008-2001, correspondiente a la controversia entre TELE CABLE MOTUPE contra ELECTRONORTE por la supuesta comisión de actos contrarios al Decreto Legislativo 701 en la utilización de postes para el tendido de red de cable.

CONSIDERANDO:

I. EMPRESAS E INSTITUCIONES INVOLUCRADAS

1. Demandante

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

2. Demandada

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

3. Tercero

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

Mediante escrito de fecha 15 de enero de 2002 la APCT comunicó al Cuerpo Colegiado que se adhería y apoyaba institucionalmente la demanda de TELE CABLE MOTUPE, por lo que mediante Resolución N° 020-2002-CCO/OSIPTEL, de fecha 1 de febrero de 2002, el Cuerpo Colegiado incorporó al procedimiento a la APTC como tercero coadyuvante.

II. POSICIONES DE LAS PARTES

Con fecha 17 de agosto de 2001, TELE CABLE MOTUPE interpuso una demanda contra ELECTRONORTE por la supuesta comisión de actos contrarios a la libre competencia, a fin de que se renueve el contrato de uso de postes anteriormente

suscrito entre las partes, fijando un precio de alquiler justo en función a la utilización y mantenimiento de los postes.

1. Posición de TELE CABLE MOTUPE

Fundamentalmente, TELE CABLE MOTUPE sustenta su demanda en los siguientes argumentos:

- a) El 1 de agosto de 1999, TELE CABLE MOTUPE y ELECTRONORTE celebraron un contrato de uso de postes de distribución como soporte de cables de señal de televisión por el plazo de un año y fijando un precio de alquiler mensual por poste de US \$ 1.50 más IGV.
- b) TELE CABLE MOTUPE solicitó verbalmente la renovación del contrato, respecto a lo cual ELECTRONORTE le indicó que continuara pagando por el alquiler de los postes y, que más adelante, recibiría la respectiva comunicación.
- c) ELECTRONORTE coaccionó a TELE CABLE MOTUPE a firmar el contrato de uso de postes de televisión por cable y le impuso el contenido del mismo, no admitiendo discusión alguna de sus alcances, tales como, la duración, el precio de alquiler, entre otros.
- d) TELE CABLE MOTUPE cumplió con los términos del contrato celebrado con ELECTRONORTE, sin embargo vencido el plazo contractual ha venido cumpliendo –con mucho esfuerzo– con el pago de un alquiler que considera excesivo hasta enero de 2001.
- e) El 13 de agosto de 2001, TELE CABLE MOTUPE recibió un nuevo contrato de uso de postes enviado por ELECTRONORTE; sin embargo, al igual que en el anterior contrato, esta empresa pretende imponerle cláusulas abusivas.
- f) El precio de alquiler mensual de US \$ 1.50 más IGV que cobra ELECTRONORTE por el uso de cada uno de sus postes constituye una negativa indirecta a contratar, por constituir un precio excesivo y alejado del costo efectivo de utilización y mantenimiento de los postes que corresponde a los cables de televisión.
- g) ELECTRONORTE fija una tarifa discriminatoria en agravio de TELE CABLE MOTUPE, toda vez que cobra por el alquiler de sus postes un precio mayor que aquel que cobra a otras empresas de televisión por cable por el mismo concepto.
- h) La conducta de ELECTRONORTE encuadra en la figura de abuso de posición de dominio tipificada en los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo 701, la misma que debe ser sancionada por OSIPTEL.
- i) Asimismo, para establecer si el precio de arriendo exigido por ELECTRONORTE constituye un caso de abuso de posición de dominio, OSIPTEL debe precisar el precio que se justifique con relación a los costos por la utilización y mantenimiento de los postes.

2. Posición de ELECTRONORTE

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

- a) No es cierto que ELECTRONORTE se haya negado a renovar el contrato, prueba de ello es que mediante carta ADF/COB-110-2001 de fecha 9 de agosto de 2001 alcanzó a TELE CABLE MOTUPE un contrato de regularización de alquiler de postes, el mismo que tendría vigencia a partir del 1 de agosto de 2000 hasta el 31 de diciembre de 2001.
- b) TELE CABLE MOTUPE nunca contestó la mencionada carta, por lo que ELECTRONORTE entiende que el contrato se renovó, más aún si la demandante continuó haciendo uso de sus postes.
- c) ELECTRONORTE no impuso plazo alguno a la demandada ni obligó a ésta a suscribir el contrato de uso de postes.
- d) TELE CABLE MOTUPE aceptó y pagó por más de un año consecutivo la tarifa de US \$ 1.50 por el alquiler mensual de cada poste, por lo que resulta contradictorio que ahora manifieste que dicho precio es excesivo.
- e) Existen razones objetivas por las cuales ELECTRONORTE cobra distintos precios por el alquiler de sus postes a las empresas de televisión por cable, puesto que otorga mejores condiciones económicas a aquellas empresas arrendatarias que alquilan un mayor número de postes o lo hacen por un período de tiempo mayor. En ese sentido, ELECTRONORTE no ha aplicado condiciones desiguales para prestaciones equivalentes.
- j) OSIPTEL no es competente para pronunciarse respecto de la determinación de la tarifa que ELECTRONORTE debería de cobrar a TELE CABLE MOTUPE por el uso de sus postes.

III. PUNTOS CONTROVERTIDOS

De acuerdo con lo señalado por la Resolución N° 006-2001-CCO/OSIPTEL, de fecha 10 de octubre de 2001, los puntos controvertidos materia de la presente controversia son los siguientes:

1. Primer punto controvertido

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

2. Segundo punto controvertido

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

IV. MERCADO RELEVANTE Y POSICIÓN DE DOMINIO

1. Mercado Relevante

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

Tal como se señala en los Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Libre Competencia en el Ambito de las Telecomunicaciones¹ y en el Informe Instructivo elaborado por la Secretaría Técnica² (en adelante Informe Instructivo), a fin de analizar si la conducta de una empresa constituye un acto de abuso de posición de dominio, previamente debe determinarse lo siguiente:

- El Servicio en Cuestión, es decir, aquél sobre la base del cual se desea conocer la existencia de posibles servicios sustitutos.
- La Delimitación de Producto, es decir, la determinación de aquellos servicios que son buenos sustitutos, desde el punto de vista de los compradores, del Servicio en Cuestión que previamente se haya definido.
- La Delimitación Geográfica, para lo cual se requiere hallar aquel espacio en el cual la empresa demandante puede adquirir el Servicio en Cuestión o alguno de sus sustitutos en términos comercialmente similares.
- La Delimitación del Nivel Comercial, lo cual implica identificar el nivel de la cadena comercial en el cual los consumidores adquieren los servicios respectivos.
- El Mercado Relevante, es decir, la relación de servicios que puede considerarse que compiten con el Servicio en Cuestión en un ámbito geográfico y un nivel de la cadena comercial determinados, para lo cual se requiere analizar de manera conjunta la delimitación de producto, la geográfica y la del nivel comercial.

Al respecto, el Cuerpo Colegiado suscribe lo desarrollado en el Informe Instructivo y, en virtud de los fundamentos allí establecidos, concluye lo siguiente:

- El Servicio en Cuestión aplicable a la presente controversia viene constituido por el servicio de alquiler de postes que ELECTRONORTE podría ofrecer a TELE CABLE MOTUPE para el tendido de su red de cable.
- La Delimitación de Producto está conformada por la utilización de postes de ELECTRONORTE y de TELEFÓNICA, por cuanto se ha hallado principalmente que: i) existen restricciones municipales que impedirían a TELE CABLE MOTUPE a instalar postes en la ciudad de Motupe³; ii) los costos involucrados no parecerían justificar la instalación de postes propios para sustituir la utilización del Servicio en Cuestión; y, iii) otros medios de difusión mediante los cuales no se requiere del uso de postes para la prestación del servicio de televisión por cable (tales como televisión satelital o la tecnología MMDS), son considerablemente más costosos y, por tanto, no constituyen un sustituto del Servicio en Cuestión.

¹ Aprobados mediante la Resolución N° 003-2000-CD/OSIPTEL.

² Informe 004-2002/ST de fecha 12 de marzo de 2002, "Controversia entre TeleCable Motupe S.R.L. y Electronorte S.A. (Exp. 008-2001), Informe Instructivo".

³ Al respecto, obra en el expediente de la presente controversia el Oficio N° 497-2001-MDM-A de fecha 31 de diciembre de 2001, de la Municipalidad Distrital de Motupe en el que se señala lo siguiente: "(...) después de un profundo análisis de su petición para colocar postes en la ciudad de Motupe, para la sujeción de los cables de televisión por cable, le comunicamos lo siguiente:

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

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

- La Delimitación Geográfica aplicable a la presente controversia está constituida por la ciudad de Motupe, provincia de Lambayeque, del departamanto de Lambayeque.
- La Delimitación del Nivel Comercial corresponde a la prestación del Servicio en Cuestión a concesionarios que lo utilizan como insumo para tender sus redes de cables y prestar un servicio de difusión.
- El Mercado Relevante aplicable a la presente controversia es el de postes de ELECTRONORTE y de Telefónica del Perú S.A.A. que pueden ser utilizados, bajo la figura del arrendamiento, en la ciudad de Motupe por los concesionarios del servicio de televisión por cable como insumo para prestar este servicio de difusión.

2. Posición de Dominio

La supuesta posición dominante de ELECTRONORTE ha sido también materia de análisis en el Informe Instructivo. Para ello, la Secretaría Técnica ha tomado en consideración los siguientes aspectos: i) la presencia de la empresa investigada en el mercado relevante; ii) la existencia de barreras de entrada a dicho mercado; y, iii) el control de recursos esenciales. Estos aspectos se desarrollan con mayor detalle a continuación:

a) Presencia en el Mercado

Mediante el presente indicador se busca determinar si ELECTRONORTE tiene una participación significativa en lo que se refiere a postes dentro del mercado relevante determinado. Al respecto, el Cuerpo Colegiado considera apropiados los argumentos señalados en el Informe Instructivo por los cuales se justifica utilizar, en valores absolutos, el número de postes que tiene cada empresa participante en el mercado relevante como medio para determinar si la presencia de ELECTRONORTE es significativa.

En el siguiente cuadro se muestra el número de postes que cada empresa participante del mercado relevante posee en el mismo:

	Número de postes
ELECTRONORTE	671
Telefónica del Perú	107

Fuente: Información presentada por las empresas
Elaboración propia.

Como se puede apreciar, ELECTRONORTE es la empresa que cuenta con un mayor número de postes, siendo dicho número mayor en seis (6) veces que el número de postes que TELEFÓNICA tiene en la ciudad de Motupe. Considerando dicha diferencia, el Cuerpo Colegiado considera que ELECTRONORTE ostenta una presencia significativa en el mercado relevante en lo que a posesión de postes se refiere.

b) Existencia de barreras de entrada

Las barreras de entrada en un mercado se refieren en general a todos aquellos costos en los que debe incurrir una empresa que desea ingresar a proveer un servicio en un mercado determinado y que de cierta manera puede dificultarle el ingreso a dicho mercado.

En el presente caso, se debe determinar si existen barreras para que alguna empresa, aparte de Telefónica del Perú S.A.A. y de ELECTRONORTE, pueda instalar postes propios en la ciudad de Motupe.

Al respecto, el Cuerpo Colegiado considera en general, que la instalación de postes presenta las llamadas “economías de escala”⁴ por cuanto el principal costo asociado está constituido por el costo mismo de los postes y por el costo de instalación, mientras que los costos de mantenimiento son relativamente menores⁵. Esto genera que una vez instalados los postes, conforme sea mayor el número de empresas a quienes se les da en arrendamiento espacio en los mismos, el costo medio incurrido disminuye, debido a que la inversión inicial es considerablemente mayor que los costos de mantenimiento.

Las economías de escala, dependiendo del nivel de las mismas, pueden generar la existencia de los llamados “monopolios naturales” en los que sólo resulta eficiente que una única empresa ofrezca el servicio. En el mejor de los casos, las economías de escala generan que los mercados se comporten no como monopolios, sino más bien como “oligopolios naturales”, es decir, que sólo resulta eficiente y por tanto factible que unas pocas empresas ofrezcan un determinado servicio. Debido a ello, las economías de escala son reconocidas como un aspecto que puede generar barreras de entrada a un mercado⁶.

Adicionalmente a las economías de escala, también debe considerarse que en el caso de instalación de postes existe un límite al número que puede existir en una determinada zona geográfica. Debido a ello, las Municipalidades suelen establecer restricciones al número de postes que pueden instalarse en un determinado distrito o provincia, puesto que en su ausencia podría afectarse el ornato de las ciudades, perjudicando a los propios usuarios a quienes se desea atender⁷. En el presente caso, se ha identificado que la Municipalidad Distrital de Motupe no ha autorizado a TELECABLE MOTUPE para que instale postes a fin de evitar una aglomeración de éstos en la ciudad⁸.

De lo señalado en los párrafos anteriores se podría concluir que una empresa que desee instalar su propia planta de postes en la ciudad de Motupe enfrentaría barreras de entrada, tanto económicas como administrativas. En tal sentido, se concluye que en la ciudad de Motupe existen barreras de entrada que impedirían a otras empresas instalar postes propios.

c) Control de Recursos Esenciales

Un aspecto adicional a tomar en cuenta al momento de analizar la supuesta posición dominante de una empresa es el referido a si ésta controla un recurso esencial,

⁴ Las economías de escala se presentan cuando los costos promedio de proveer un servicio decrecen conforme se incrementa el número de usuarios que hace uso de dicho servicio. Estos casos suelen presentarse en aquellos servicios para cuya provisión se requiere de realizar elevados niveles iniciales de inversión y que además los costos de operación son relativamente bajos comparados con dicha inversión inicial, o bien que la demanda por dicho servicio es reducida respecto del monto de inversión inicial.

⁵ Según información proporcionada por la APTC, el costo unitario actual de un poste ascendería a US\$ 68.00, mientras que los costos asociados a su instalación fluctuarían entre los US\$ 32.52 y los US\$ 43.90.

⁶ Shy, Oz “Industrial Organization: Theory and Practice”, The MIT Press, Second Printing, p. 182.

⁷ Respecto de este tema, en el Informe Instructivo la Secretaría Técnica ha señalado los casos de distintas municipalidades (Huancayo e Ica) que han impuesto restricciones para que se puedan instalar postes adicionales en las ciudades.

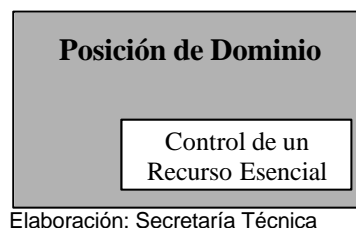
⁸ Véase las notas número 3 y 4.

también denominado facilidad esencial o instalación esencial. En general, puede considerarse que un recurso es esencial si es que cumple con la característica de que no puede ser duplicado por otra empresa.

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

- i) es suministrado de modo exclusivo o de manera predominante por un solo proveedor o por un número limitado de proveedores; y,
- ii) cuya sustitución con miras al suministro de un servicio no sea factible en lo económico o en lo técnico⁹.

Esta definición de facilidad esencial puede llevar a confusión con el concepto de posición de dominio puesto que si se cumplen los dos requisitos contenidos en dicha definición, necesariamente debe concluirse que la empresa que controla una facilidad esencial ostenta una posición dominante en el mercado¹⁰. Sin embargo, lo contrario, es decir, una empresa que ostenta una posición dominante no necesariamente obtiene dicha posición por controlar un recurso esencial. El control de un recurso esencial puede entenderse como un caso particular de posición dominante. Esto puede entenderse más claramente con el siguiente gráfico:



Elaboración: Secretaría Técnica

Como puede verse en el gráfico anterior, el concepto de Posición de Dominio es más amplio que contar con el control de un recurso esencial. De conformidad con la agencia antimonopolio del Reino Unido, *"una facilidad puede ser considerada como esencial si es indispensable acceder a la misma con el objeto de competir en el mercado y si su duplicación es imposible o extremadamente difícil debido a restricciones físicas, geográficas o legales"*¹¹

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

- *"El segundo elemento, que la duplicación sea impráctica o no razonable es un estándar más elevado que el ser "más económico" que otras alternativas."*¹²

⁹ Basado en la definición de instalaciones esenciales contenida en la lista de compromisos específicos del Perú ante la Organización Mundial de Comercio, Documento GATS/SC/69/Suppl.1 del 11 de abril de 1997.

¹⁰ "In general ownership of an essential facility confers a dominant position (...)" en The Competition Act 1998: The Chapter II Prohibition, Office of Fair Trading, Reino Unido, p. 18.

¹¹ Office of Fair Trading, "The Competition Act 1998: Assessment of Individual Agreements and Conduct", p. 24.

¹² "The second element, that duplication be impractical or unreasonable, is a higher standard than being "more economical" than other alternatives. (...) en "The Essential Facilities Concept", OECD, Paris 1996, p. 8.

- *“(…) las cortes tienen claro que el estándar para que un bien sea esencial debe ser necesariamente elevado, puesto que un monopolista siempre tendrá algo que sus competidores o potenciales competidores querrán. Generalmente, las cortes han acordado que la facilidad debe ser más que útil para ser esencial.”¹³*
- *“Muchos de los casos en los que se ha encontrado una facilidad esencial requieren más que la mera dominación de un mercado relevante de la que se requiere en casos más generales de monopolización.”¹⁴*

Cabe señalar que incluso en el caso que las posibles alternativas de sustitución del Servicio en Cuestión sean más costosas que éste, ello no necesariamente lo califica como una facilidad esencial. Es decir, para calificar un bien o servicio como esencial se debe concluir que no existen alternativas prácticas, debiéndose demostrar que incluso aquéllas que son más costosas no constituyen una alternativa posible¹⁵.

Tomando en cuenta lo anterior, el Cuerpo Colegiado considera que a fin de determinar si en un mercado relevante determinado los postes instalados constituyen una facilidad esencial la evaluación debe seguir los siguientes niveles de análisis de forma consecutiva:

a) Existencia de restricciones legales o administrativas

El primer aspecto materia de análisis está referido a la existencia de limitaciones generadas por el marco legal que dificultan la duplicación del bien al que se desea acceder. Dichas limitaciones se encuentran constituidas por las restricciones legales o administrativas que pueden ser ejecutadas o impuestas por las autoridades competentes dentro del mercado relevante; de esta forma se debe analizar caso por caso si en la zona donde se tendría que duplicar el bien requerido -es decir, donde se instalarían postes adicionales- existe alguna disposición legal o administrativa que restrinja dicha posibilidad. Al respecto, pueden presentarse dos supuestos:

- i) que la restricción sea relativa, es decir que la autoridad permita la instalación de postes adicionales bajo determinadas condiciones, o bien únicamente en determinadas zonas del mercado relevante (por ejemplo, en carreteras o avenidas amplias en las que se considere que el ornato de la ciudad no se vería afectado).
- ii) que la restricción sea absoluta, es decir cuando la autoridad no permita que se instalen postes adicionales dentro de toda la extensión del mercado relevante.

¹³ “(…) courts are clear that the standard for essentiality is necessarily a high one as a monopolist will almost always possess something its competitors or potential competitors want. Generally, courts have agreed that the facility must be more than merely useful or helpful to be “essential”” en “The Essential Facilities Concept”, op. cit.

¹⁴ “Most cases finding an essential facility have required more than mere dominance of a relevant market, as more general monopolization cases require. (...)” en Hovenkamp Herbert, “Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice”, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, 1994, p. 275.

¹⁵ “Por ejemplo, supóngase que el Hospital A puede atender pacientes de cierto tipo a un costo de \$100, pero el Hospital B que está más alejado enfrenta un costo de \$120. En este caso si se procede a definir el mercado suponiendo un incremento hipotético de 10% en el precio por encima del nivel competitivo, bien podríamos concluir que el Hospital A define un mercado relevante, porque sus gerentes podrían incrementar los precios en más de 10% por encima del nivel competitivo sin perder ventas que se podrían trasladar al Hospital B. Sin embargo, el Hospital A no constituiría una facilidad esencial debido a que el hospital B de hecho constituye una alternativa disponible. Las cortes generalmente han interpretado que la doctrina de las facilidades esenciales requiere mostrar que no existen alternativas prácticas disponibles, incluyendo las alternativas que enfrentan desventajas de costos.” en Hovenkamp, Herbert, op. cit.

b) Costos involucrados en la instalación

En caso de verificarse que no existen restricciones legales o administrativas absolutas que impidan duplicar el bien requerido en el mercado relevante, debe procederse a analizar los costos involucrados en dicha instalación. Es decir, las empresas deben demostrar que en términos económicos resulta prácticamente imposible duplicar los postes requeridos. De cumplirse esta condición, podría considerarse que los postes ya existentes constituyen una facilidad esencial.

Los costos que deben ser considerados en este nivel de análisis son aquellos en los que incurren las empresas que tendrían que instalar sus propios postes -costos privados- y aquellos que se generan al resto de agentes económicos -costos sociales¹⁶-. En tal sentido, la naturaleza de facilidad esencial de los postes ya existentes no dependerá de un análisis costo-beneficio puramente privado, sino que también deberá considerar los costos sociales involucrados¹⁷.

c) Empresas que ostentan la facilidad y presencia en el mercado

Finalmente, de existir restricciones legales o administrativas absolutas o, a falta de ellas, habiéndose demostrado que por los costos involucrados, la duplicación de los postes es prácticamente imposible, debe procederse a analizar la cantidad de empresas que se encuentran en posibilidad de permitir el uso de los postes ya existentes (o de alguno de los medios sustitutos) por parte de un tercero, analizándose su presencia en el mercado relevante en términos de cobertura.

En caso de existir múltiples empresas que se encuentren en capacidad de permitir el uso de sus postes (o de uno de los medios sustitutos) por parte de un tercero, entonces es menos probable que los postes puedan ser calificados como una facilidad esencial, por cuanto podría existir competencia en la prestación de dicha facilidad. Sin embargo, si el número de proveedores no es considerable, resulta más probable que la facilidad pueda ser calificada como esencial¹⁸.

Asimismo, en ambos casos debe tomarse en cuenta la presencia de las empresas en el mercado relevante, es decir, la cantidad del recurso que es controlado por una empresa respecto de las otras que también lo ostentan.

¹⁶ Por ejemplo, los costos sociales asociados a la instalación de postes adicionales en una determinada zona geográfica pueden estar constituidos por las incomodidades (externalidades negativas) que podría generar a los habitantes de las ciudades el contar con diversas redes paralelas de postes, pudiendo llegarse a la situación en que se dificulte el tránsito de las personas o, en el extremo, a que los postes obstruyan las puertas o los estacionamientos de los hogares.

¹⁷ Tomando en cuenta que los postes se instalan en la acera y que ésta, como espacio físico de carácter público, tiene una capacidad limitada, puede considerarse que la misma constituye un recurso escaso para efectos del tránsito de personas y bienes y la instalación de postes u otros artefactos. En tal sentido, tomando como supuesto una ciudad en la que no se hubiera instalado ningún poste, los beneficios de instalar una red de postes probablemente sean mayores que los costos involucrados. La instalación de una segunda red paralela de postes podría ocasionar costos privados similares o más elevados que los de la primera red, sin embargo, los costos sociales se habrían incrementado. La instalación de redes adicionales incrementarían paulatinamente los costos sociales hasta llegar a un punto en el cual desde un punto de vista privado puede resultar factible instalar una red adicional, pero los costos sociales involucrados harían que el nivel de bienestar de la sociedad resulte menor que en la situación previa.

¹⁸ Por ejemplo, en el caso de existir únicamente dos empresas que no desean competir por la prestación de la facilidad a un tercero, de verificarse las condiciones pertinentes sobre posición de dominio conjunta, podría concluirse que existe una facilidad esencial que es controlada de manera conjunta por dichas dos empresas.

Habiéndose planteado los niveles de análisis que deben considerarse para definir si los postes constituyen una facilidad esencial, a continuación se procederá a aplicarlos al caso de la presente controversia.

a) Existencia de restricciones legales o administrativas

Respecto de las restricciones impuestas por las autoridades, en el caso específico de TELE CABLE MOTUPE se ha verificado que la Municipalidad Distrital de Motupe ha impuesto restricciones absolutas para la instalación de postes en el mercado relevante, que impiden instalar postes adicionales en la ciudad de Motupe.

b) Costos involucrados en la instalación

En vista de que existen restricciones legales o administrativas que restringen de manera absoluta la instalación de postes en la ciudad de Motupe, carece de sentido analizar los costos que involucra la instalación de postes, pues debido a la restricción administrativa, dicha instalación no se podrá realizar. Sin embargo, si en el futuro se modificase dicha política municipal, ya no podría afirmarse con certeza que el Servicio en Cuestión constituye una facilidad esencial y sería necesario analizar las condiciones vigentes en el mercado.

c) Empresas que ostentan la facilidad y presencia en el mercado

Al respecto se debe señalar que en la ciudad de Motupe sólo existen dos empresas que se encuentran en capacidad de prestar sus postes en arrendamiento, sin embargo, dichas instalaciones pertenecen en su mayoría a ELECTRONORTE.

Tomando en cuenta lo desarrollado en estos tres acápite, el Cuerpo Colegiado considera que el Servicio en Cuestión, en el caso específico de la presente controversia y de acuerdo con las disposiciones vigentes aplicables actualmente a la ciudad de Motupe, constituye una facilidad esencial.

Habiéndose analizado hasta el momento los aspectos referidos a participación en el mercado, barreras de entrada y control de recursos esenciales, los resultados son los siguientes:

- i) ELECTRONORTE es la empresa que mayor presencia en lo que a posesión de postes en el Mercado Relevante se refiere.
- ii) Se ha identificado la existencia de barreras de entrada que impedirían a otras empresas instalar postes propios.
- iii) Se ha hallado que el Servicio en Cuestión sólo puede ser provisto por un número limitado de proveedores y que su sustitución no es factible debido a la existencia de restricciones administrativas que impiden instalar postes adicionales en la ciudad de Motupe. En tal sentido, puede considerarse que el Servicio en Cuestión, en el caso específico de la presente controversia y de acuerdo con las disposiciones vigentes aplicables a la ciudad de Motupe, constituye una facilidad esencial.

De acuerdo con los argumentos anteriormente señalados, se concluye que ELECTRONORTE ostenta una posición dominante en el Mercado Relevante anteriormente determinado ostentando una facilidad que podría calificarse de esencial.

V. PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: NEGATIVA DE TRATO

De conformidad con el artículo 5 inciso a) del Decreto Legislativo 701, se considera como un caso de abuso de posición de dominio, la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación, de productos o servicios¹⁹.

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

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

- Cuando la negativa busca evitar el trato con competidores. En este caso, la empresa con posición de dominio niega la venta porque la afectada también le compra a su competidor. Bajo este supuesto la negativa funciona como una sanción para quienes son clientes del competidor y busca perjudicar a este último restándole clientela.
- Cuando la negativa busca restringir la competencia que enfrenta una empresa integrada verticalmente. La figura más común bajo este supuesto es la de una empresa con posición de dominio que se encuentra integrada verticalmente y niega la venta a las empresas que compiten con su vinculada, incrementando así las barreras de acceso al mercado para las competidoras de esta última.
- Cuando la negativa busca monopolizar un segundo mercado a través de un precio excesivo (*"price squeeze"*)²⁰. En este caso, una empresa con posición de dominio que se encuentra verticalmente integrada vende, por un lado, el bien en el que ostenta posición de dominio a un precio muy elevado y, por otro, el bien en el que enfrenta competencia a un precio bastante bajo, de manera que sus competidoras tienen que comprar el insumo a un precio muy alto pero vender el producto terminado a un precio muy bajo para poder competir. En este caso, se considera que la venta del bien a un precio muy elevado podría constituirse en una negativa indirecta de venta, cuya finalidad sería restringir la competencia en el mercado aguas abajo²¹.

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

²⁰ Cabe indicar que esta figura también se encuentra contemplada por los LINEAMIENTOS dentro del conjunto de prácticas de efectos depredadores y bajo la denominación de "precios comprimidos". Al respecto, los LINEAMIENTOS señalan: *"Esta práctica en general se presenta cuando una firma verticalmente integrada es dominante en un mercado hacia atrás (upstream market) que provee de un insumo esencial a compañías que compiten con una empresa relacionada en un mercado hacia adelante (downstream market). Esta firma puede tener una conducta tal que vaya en detrimento de sus competidores. La firma verticalmente integrada tiene la posibilidad de reducir los márgenes de sus competidores (en el mercado hacia adelante) incrementando el costo del recurso esencial y/o reduciendo los precios que ella cobra al público en el mercado hacia adelante (downstream market)".*

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

De acuerdo al marco legal vigente en el Perú, la negativas injustificadas de trato prohibidas son aquellas que ocasionan un perjuicio a un tercero y a la vez un beneficio al infractor. En efecto, el primer párrafo del artículo 5 del Decreto Legislativo 701 establece expresamente lo siguiente:

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

Dicha situación sólo ocurre cuando 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 el informe de la Secretaría Técnica se señalaba lo siguiente: *“(...) la empresa demandada no es competidora del TELECABLE MOTUPE ni hay evidencias de que se encuentre vinculada a un competidor del demandante. Tampoco se han presentado pruebas que permitan suponer que la demandada tenga interés por incursionar en el mercado de TELECABLE MOTUPE. En consecuencia, no puede sostenerse que ELECTRONORTE tenga incentivos anticompetitivos para negar el alquiler de sus postes a la empresa demandante”*.

En tal virtud, la Secretaría Técnica concluyó que el presente caso se trataba de una negativa de trato arbitraria²², por lo que no podía ser analizada según el artículo 5 inciso a) del Decreto Legislativo 701, pero que sin embargo podía ser evaluada según el artículo 3 de dicha ley²³, siempre que se demostrara que a pesar de la falta de incentivos anticompetitivos del infractor dicha conducta ocasionaba un daño de magnitud considerable a la competencia²⁴.

Mediante escrito de fecha 21 marzo de 2002 la demandante señala que ELECTRONORTE si tenía intención de incursionar en la prestación del servicio de televisión por cable en el mercado relevante y para demostrarlo presentó como prueba copia de un encarte editado por el grupo de empresas al que pertenece ELECTRONORTE. En dicho encarte se indica, bajo el título “El Futuro”, lo siguiente: *“Nuestra visión es de una empresa multiservicio en la búsqueda de la satisfacción del cliente. Tenemos los siguientes programas para desarrollar: Sistemas de transmisión de voz y data a través de las redes eléctricas (...) y desarrollo de telecomunicaciones”*.

²² En el supuesto de negativa de trato arbitraria, la empresa con posición de dominio no tendría intención de restringir la competencia, en tanto no compite con la empresa a la cual niega la venta, ni tiene un interés específico en ingresar a su mercado; adicionalmente, tampoco utiliza la negativa como medio de sancionar al cliente por contratar con su competidor. La negativa de venta arbitraria no genera un beneficio para el agente que incurre en ella -mas bien podría generarle un perjuicio al limitar la posibilidad de incrementar los ingresos por una venta adicional-, pero sin embargo perjudica al comprador afectado.

²³ La negativa de trato arbitraria no puede ser sancionada a la luz del artículo 5 inciso a) del Decreto Legislativo 701, en tanto que no puede sostenerse con certeza que dicha figura genere un beneficio para el agente que incurre en la negativa. Sin embargo, la negativa injustificada de trato arbitraria podría ser analizada como infracción a la cláusula general contenida en el artículo 3 del Decreto Legislativo 701, pero debería aplicarse únicamente ante casos excepcionales que no se encuentren previstos expresamente por el artículo 5 del Decreto Legislativo 701 o que no puedan incluirse dentro de los casos de efecto equivalente contemplados por el inciso f) del mencionado artículo 5.

²⁴ Para analizar los casos de abuso de posición de dominio por negativa de trato arbitraria a la luz del artículo 3 del Decreto Legislativo 701, debería demostrarse que, a pesar de que el infractor no tiene una intención anticompetitiva ni incentivos para perjudicar al afectado, la negativa arbitraria finalmente termina ocasionando un daño de magnitud considerable a la competencia, en tanto que la mencionada norma requiere que como consecuencia de la conducta ilegal “se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional”.

Adicionalmente, en el gráfico contenido en dicha sección del encarte se incluye el servicio de televisión por cable²⁵.

Sobre el particular, corresponde determinar si es válido considerar como competidor potencial a una empresa que no participa en absoluto en una determinada actividad, pero ha manifestado su intención de incursionar en ella. Identificar a una empresa como competidor potencial permite asumir que puede tener incentivos para restringir la competencia en el mercado al que pretende ingresar. Para considerar a una empresa como competidora potencial cuando no participa del mercado relevante, se suele analizar si su voluntad de ingresar al mismo no se manifiesta solamente en intenciones, sino en decisiones específicas adoptadas a nivel directivo para desarrollar los proyectos requeridos o, incluso, en medidas que se hayan adoptado para implementar los planes de ingreso al mercado²⁶.

En el caso bajo análisis, la prueba presentada por TELE CABLE MOTUPE se limita a demostrar una intención a futuro de ELECTRONORTE, no así que esta empresa haya adoptado decisiones específicas a nivel directivo para desarrollar el proyecto, menos aún que se hayan adoptado medidas para asegurar el inicio de los servicios de televisión por cable²⁷. Adicionalmente, la prueba en referencia tampoco contiene información que indique la existencia de fechas o períodos tentativos para el inicio del proyecto, ni tampoco que el mismo vaya a desarrollarse en la zona de concesión de ELECTRONORTE o en la ciudad de Motupe en particular. En tal sentido, dicha prueba podría calificarse como insuficiente para considerar que ELECTRONORTE era un competidor potencial de TELE CABLE MOTUPE y que tuviera incentivos para incurrir en una negativa injustificada de trato que le reportara beneficios.

A pesar de ello, considerando la tendencia a que la infraestructura de empresas de energía eléctrica sea aprovechada para la prestación de servicios de telecomunicaciones²⁸ y, a efectos de continuar con el análisis, el Cuerpo Colegiado considerará como si la prueba aportada fuera suficiente para considerar que ELECTRONORTE es un competidor potencial de TELE CABLE MOTUPE. En tal

²⁵ Encarte de fecha 23 de julio de 2001, distribuido según TELE CABLE MOTUPE como suplemento del diario El Comercio.

²⁶ Ver, por ejemplo, BRENNER, Steven, "Potential Competition in Local Telephone Service: Bell Atlantic – NYNEX (1997)", en: KWOKA, J Y WHITE, L. The Antitrust Revolution, Economics, Competition, and Policy (New York, 1999), 123-136.

²⁷ Mas aún, debe indicarse que mediante escrito de fecha 26 de marzo de 2002, ELECTRONORTE presentó copia de los presupuestos de la empresa correspondientes a los años 2001 y 2002, para demostrar que no se había asignado ninguna partida ni recursos para el supuesto proyecto de incursionar en el mercado de los servicios de televisión por cable. Dicha documentación fue declarada confidencial en la modalidad de reservada mediante Resolución N° 034-2002-CCO/OSIPTEL.

²⁸ 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).

sentido, la práctica denunciada se analizará de acuerdo con lo establecido por el artículo 5 inciso a) del Decreto Legislativo 701, evaluando si ELECTRONORTE se negó a contratar el uso de sus postes con TELE CABLE MOTUPE y, de demostrarse esto, si dicha negativa tuvo una justificación de negocios.

1. ¿Existió una negativa de trato ?

El 1 de agosto de 1999 ELECTRONORTE suscribió un contrato de alquiler de postes con TELE CABLE MOTUPE por el plazo de un año y fijando un precio de US \$ 1.50 mensual, más IGV, por poste.

TELECABLE MOTUPE ha señalado que la negativa a contratar no ha sido directa sino que se ha producido indirectamente a través de la imposición de un contrato abusivo por parte de ELECTRONORTE. Según sostiene la demandante, ella habría solicitado verbalmente a ELECTRONORTE la renovación del contrato y esta empresa le habría indicado que más adelante recibiría la comunicación respectiva, pero que siguiera realizando el pago correspondiente²⁹. Sin embargo, posteriormente, ELECTRONORTE habría tratado de imponerle un contrato a la demandante sin admitir que ésta discuta las cláusulas del mismo, lo cual en opinión de TELECABLE MOTUPE sería una negativa indirecta a contratar³⁰.

ELECTRONORTE no se pronuncia sobre la supuesta solicitud verbal de renovación que TELECABLE MOTUPE afirma haber realizado, pero si sostiene que dicha empresa manifestó tácitamente su voluntad de renovar el contrato al no retirar sus cables y mantenerse en uso de los postes, por lo cual ELECTRONORTE le remitió el 09 de agosto de 2001 una carta adjuntándole el contrato de regularización de alquiler desde el 01 de agosto de 2000 hasta el 31 de diciembre de 2001. Según la empresa demandada, la voluntad de renovar el contrato de ambas partes habría quedado demostrada por el contenido de dicha carta, por la omisión de respuesta a la misma de parte de la demandante y porque esta última continuó utilizando los postes³¹.

²⁹ De las afirmaciones de TELECABLE MOTUPE no queda claro el momento en que solicitó la renovación del contrato, ya que indica en la demanda: *“Que vencido el ‘Contrato de Uso de Postes de Distribución como Soporte de Cables de señal de TV’ aludido (numeral 2.2), solicité verbalmente la renovación del contrato antes de su vencimiento y se me indicó que más adelante iba a recibir la respectiva comunicación, pero que fuera pagando normalmente”*.

³⁰ TELECABLE MOTUPE ha señalado en su demanda lo siguiente: *“(…). Hemos tratado de armonizar con Electronorte S.A. pero esta empresa ha adoptado una posición inflexible, sustentada en una mal entendida autonomía de la voluntad contractual, toda vez que se nos quiere imponer el texto de un contrato sin admitir discusión alguna de sus alcances, como por ejemplo, la duración, el costo, etc. El 13.AGO.01, he recibido una comunicación tipo Memorándum del Jefe de la Unidad de Cobranzas de Electronorte S.A. por la cual me piden el pago del ahora llamado alquiler y acompañan copia de un nuevo ‘Contrato de Uso de Postes de Distribución como Soporte de Cables de Señales de TV’, cuya copia adjunto (Anexo 1-F) y cuyo tenor es absolutamente unilateral, contiene cláusulas abusivas y lesivas a mi representada, se insiste con una tarifa imposible de cumplir, se insertan cláusulas penales, etc, y no se nos permite discutir el tenor del mismo (...)*”.

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

Días después, el 17 de agosto de 2001, TELECABLE MOTUPE presentó la demanda que ha originado esta controversia. Ante ello, ELECTRONORTE remitió a la demandante una carta explicándole que al presentar la demanda estaba desconociendo la renovación del contrato inicialmente acordado y requiriéndole que retire sus cables de los postes de distribución de energía eléctrica, bajo cargo de retirarlos directamente³². A su vez, TELECABLE MOTUPE respondió a dicha comunicación señalando que ella no había aceptado el contrato remitido por ELECTRONORTE por lo que no se había producido ninguna renovación, asimismo que mientras se encontrara en trámite la presente controversia la demandada no podía retirar los cables unilateralmente y que si procedía de esa manera incurriría en diversos delitos³³.

La única regulación que contenía el contrato suscrito entre las partes en agosto de 1999 sobre la renovación del mismo está contenida en la cláusula sexta. En ella se acuerda únicamente que el contrato podrá ser renovado por períodos similares o superiores al que fue inicialmente pactado, debiendo para ello suscribirse el contrato respectivo³⁴. Tomando en cuenta lo dispuesto por dicha cláusula, debe concluirse que no se produjo la renovación del contrato como sostiene la demandada, ya que las partes no se pusieron de acuerdo sobre el contrato de regularización enviado por ELECTRONORTE, ni tampoco suscribieron un nuevo contrato.

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

- El plazo del contrato suscrito entre las partes venció el 31 de julio de 2000.
- A excepción de la afirmación de la demandante, no existe evidencia de que haya solicitado verbalmente la renovación del contrato.
- ELECTRONORTE remitió a la demandante un contrato de regularización mediante carta fechada el 09 de agosto de 2001 y recibida el 13 de agosto.

Cable Motupe S.R.L., queda claramente acreditada la manifestación de voluntad de ambas partes de renovar el contrato; esto es, de contratar, por lo que mal hace la demandante en denunciar a mi representada por una Negativa Injustificada a Contratar”.

³² El texto de la referida carta es el siguiente: “Habiendo tomado conocimiento de la denuncia interpuesta por su parte contra mi representada, a través de la cual se pretende desconocer la existencia del contrato G/AJ-029-99-V, suscrito entre ambas partes, por el uso de los postes de propiedad de mi representada; contrato que ha sido tácitamente renovado por ambas partes, al expresar ELECTRONORTE S.A. su deseo de realizar tal acto mediante carta ADF/COB-110-2001 de fecha 09 de agosto de 2001 y al seguir su representada hasta la fecha, usufructuando hasta la fecha nuestros postes; solicitamos a Usted, se sirva retirar de nuestras instalaciones (postes eléctricos), los cables de su propiedad en un plazo perentorio de tres (03) días hábiles de recepcionada la presente; bajo apercibimiento que personal de mi representada los retire por cuanta y cargo suyo, los mismos que serán retenidos como parte de pago del monto que a la fecha adeuda a ELECTRONORTE S.A.”.

³³ En su respuesta, TELECABLE MOTUPE expresó lo siguiente: “No hemos renovado ningún contrato por el arrendamiento de postes, toda vez que no he expresado en ningún momento mi voluntad de suscribir el leonino contrato que me han remitido recién en agosto del 2001. Ello es materia de controversia. Que actualmente ambas partes estamos en un Proceso de Solución de Controversia ante OSIPTEL y que en tanto dure dicho proceso, no resulta legal que ustedes retiren unilateralmente mis cables de sus postes. (...) Que debo rechazar su pretensión de retirar los cables de mi representada de sus postes, toda vez que con ello incurriría en el delito tipificado y penado en el artículo 283 del Código Penal vigente como ‘Delito contra los Medios de Transporte, Comunicación y otros Servicios Públicos’, recordándole que mi empresa es concesionaria del servicio público de televisión por Cable en la ciudad de Motupe”.

³⁴ La cláusula sexta del contrato establece lo siguiente: “El presente contrato, entrará en vigencia a partir del 01 de Agosto de 1999 y tendrá un período de vigencia de un año, el mismo que podrá ser renovado por períodos similares o superiores, debiendo suscribir oportunamente el Contrato respectivo”.

- TELECABLE MOTUPE no aceptó suscribir el mencionado contrato de regularización, por considerar que contenía cláusulas abusivas.
- Desde el vencimiento del contrato hasta agosto de 2001 TELECABLE MOTUPE continuaba utilizando los postes de ELECTRONORTE.
- El 17 de agosto TELECABLE MOTUPE presentó la demanda.
- Posteriormente, ELECTRONORTE requirió el retiro de sus cables a la demandante.

En tal sentido, desde el vencimiento del contrato hasta que ELECTRONORTE remitió a TELECABLE MOTUPE el contrato de regularización, la demandante continuó haciendo uso de los postes de la demandada, sin que esta última le hubiera exigido el retiro de sus cables, a pesar de que según las propias declaraciones de TELECABLE MOTUPE sólo pagó el precio por el uso hasta enero de 2001³⁵.

Considerando los hechos antes mencionados, debe entenderse que desde el 01 de agosto de 2000 hasta agosto de 2001 se produjo la continuación del contrato inicialmente suscrito entre las partes, de conformidad con lo establecido por el artículo 1700° del Código Civil, que dispone que si el arrendatario continúa en uso del bien una vez vencido el plazo del contrato se entiende que se produce la continuación del arrendamiento bajo sus mismas estipulaciones hasta que el arrendador solicite la devolución³⁶.

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

En efecto, ELECTRONORTE permitió la continuación del contrato bajo sus mismas condiciones ya que no exigió a TELECABLE MOTUPE que retire sus cables, sino sólo cuando esta empresa presentó la demanda que ha dado origen a esta controversia. Adicionalmente, luego de dicho requerimiento, ELECTRONORTE no ha insistido en requerir el retiro de los cables ni los ha retirado directamente; no obstante la deuda acumulada a cargo de TELECABLE MOTUPE.

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

³⁵ Al respecto, en el acta de la Audiencia de Conciliación de fecha 26 de Setiembre de 2001 consta lo siguiente: *"A continuación el Presidente formuló a la demandante una serie de preguntas, las mismas que llevaron al representante de TELE CABLE MOTUPE a manifestar que la demandante había cumplido con pagar a ELECTRONORTE por el alquiler de sus postes hasta el mes de enero del presente año y que hasta la fecha no había recibido, además del contrato de regularización de alquiler de postes, carta alguna de ELECTRONORTE conminándola a retirar sus cables"*.

³⁶ Artículo 1700.- *"Continuación del arrendamiento. Vencido el plazo del contrato, si el arrendatario permanece en el uso del bien arrendado, no se entiende que hay renovación tácita, sino la continuación del arrendamiento, bajo sus mismas estipulaciones, hasta que el arrendador solicite su devolución, la cual puede pedir en cualquier momento"*.

De otro lado, varias de las cláusulas cuestionadas por TELECABLE MOTUPE como abusivas –como por ejemplo el retiro de los cables al vencimiento del contrato, la cláusula penal, el pago a pesar de no usar todos los postes contratados y las responsabilidades por daños³⁷- ya se encontraban en el contrato originalmente pactado por las partes o en contratos de la misma naturaleza suscritos por ELECTRONORTE con otras empresas prestadoras de servicios de televisión por cable, según puede constatar de los contratos presentados por esta empresa mediante escrito del 23 de octubre de 2001 (contratos con Yomel Perú S.A., RKUTV S.R.L., Manuel Ordóñez Mori, TV Cable Satélite Bagua).

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

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

2. ¿Existió una negativa de trato indirecta?

TELECABLE MOTUPE ha mencionado que el precio de US \$ 1.50 mas IGV por poste que le cobraba la empresa demandada constituye una negativa indirecta a contratar, por constituir un precio imposible de pagar³⁸. En tal sentido, ha señalado que el precio debería fijarse en relación con el costo de utilización y mantenimiento de los postes que generan los cables de televisión.

Al respecto, el marco legal vigente establece expresamente que los precios resultan de la oferta y la demanda. La única excepción son los servicios públicos, cuyas tarifas pueden ser fijadas por el Estado siempre que exista una ley del Congreso de la República que así lo permita³⁹. En tal sentido, la regla general es que las empresas

³⁷ TELECABLE MOTUPE señala lo siguiente en la demanda: *“Dicho contrato es realmente una pieza elaborada y que debería servir de texto universitario para describir como es un contrato abusivo e impositivo. (...) Analizando las cláusulas, se desprenden: (...) c) Que se pretende que al vencimiento, retire mis cables de sus postes, dejando sin servicio de Telecomunicaciones la ciudad de Motupe (cláusula 2.1). d) Que se fija una cláusula penal excesiva, de US\$ 10.00 dólares americanos por cada día y por cada poste, siendo que en una semana de retraso, deberíamos el costo del poste íntegro (cláusula 2.1). (...) h) Que entendemos injusta la imposición de que si utilizamos un número menor de postes, igual debemos pagar por ellos, por cuanto resultaría un pago sin ninguna contraprestación (cláusula 3.5). k) Que se pretende que si ‘las líneas de MT y BT (léase Media Tensión y Baja Tensión) interfieran en su sistema (el nuestro), malogrando sus equipos y/o televisores de sus abonados, los únicos responsables (sic) resulta mi representada. Es decir, si ellos interfieren mis cables, nosotros somos los únicos responsables (cláusula 5.3)”*.

³⁸ En la demanda, TELECABLE MOTUPE sostuvo lo siguiente: *“He tratado en lo posible de cumplir con los extremos del contrato celebrado con la demandada, y lo hice así durante su vigencia, pero vencido éste en agosto del 2000, he venido cumpliendo con los pagos, habiendo cancelado con mucho esfuerzo en mayo del presente año el alquiler correspondiente a enero del año en curso, pero realmente me resulta materialmente imposible cumplir con una tasa excesiva como la que se pretende perpetuar (...)”*.

³⁹ Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada

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

En algunos casos, por mandato legal expreso, la autoridad administrativa debe evaluar los precios cobrados por las empresas para determinar si a través de los mismos se ha incurrido en una infracción sancionable. Tal es el caso de OSIPTEL, que, para dar cumplimiento a las disposiciones del Decreto Legislativo 701, debe evaluar el precio cobrado por las empresas y determinar si han incurrido en una práctica anticompetitiva. Sin embargo, dicha facultad se limita únicamente a la posibilidad de evaluar si a través del precio fijado las empresas incurren en una infracción y, si se demuestra tal hecho, a sancionarla⁴⁰. La mencionada facultad no se extiende, de modo alguno, a la posibilidad de analizar los costos en que incurren las empresas con el objeto de fijar el precio que deberían cobrar en una transacción determinada.

Entender lo contrario supondría asumir que los Cuerpos Colegiados del OSIPTEL tienen una función reguladora de precios para cualquier tipo de bien que se comercialice en el mercado –como por ejemplo el uso de postes de empresas eléctricas-. Ello no sólo resulta incoherente con la función de aplicar las normas de libre competencia, sino también contrario al marco legal vigente que otorga dicha función exclusivamente al Consejo Directivo del OSIPTEL y sólo respecto de los servicios públicos de telecomunicaciones⁴¹.

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

De acuerdo con lo anterior, un precio excesivo sólo debe considerarse como una negativa indirecta a contratar cuando se demuestre que el agente que fija dicho precio tiene la intención de restringir la competencia a través de dicha práctica o, cuando menos, que tiene algún incentivo para negar la venta a través de un precio excesivo.

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

⁴⁰ Este sería por ejemplo un caso en el que se tenga que analizar los precios cobrados por una empresa para determinar si éstos constituyen una infracción al artículo 5°, inciso b), del Decreto Legislativo 701 (aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes) o por ejemplo, a fin de analizar un supuesto caso de precios depredadores o predatorios sancionable por el artículo 5°, inciso f).

⁴¹ Reglamento General del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL, Decreto Supremo 008-2001-PCM, publicado en El Peruano con fecha 02 de febrero de 2001: Artículo 28. *“Función Reguladora. Es la facultad que tiene OSIPTEL de fijar tarifas de los servicios públicos de telecomunicaciones”.*

Artículo 29. *“Órgano Competente para el Ejercicio de la Función Reguladora. La función reguladora es competencia del Consejo Directivo del OSIPTEL y se ejerce a través de Resoluciones”.*

Artículo 30. *“Alcances de la Función Reguladora. En ejercicio de la función reguladora el OSIPTEL fijará tarifas, establecerá sistemas tarifarios en sus diferentes modalidades y dictará las disposiciones que sean necesarias para tal efecto”.*

En el presente caso, TELE CABLE MOTUPE suscribió un contrato en el que se le fijaba el precio de US\$ 1.50 más IGV por poste y pagó la renta convenida hasta enero de 2001 (es decir por 18 meses), sin cuestionar que se tratara de un precio excesivo. Si bien TELECABLE MOTUPE ha manifestado posteriormente que dicho contrato le habría sido impuesto por ELECTRONORTE⁴², no existe ninguna prueba al respecto más allá de sus afirmaciones. En tal sentido, de acuerdo a la regla general debe presumirse que todo contrato es pactado entre las partes libremente y por propia voluntad, por lo cual debe entenderse que el contrato entre ELECTRONORTE y TELECABLE MOTUPE fue acordado en ejercicio de su libertad de contratar.

Adicionalmente, TELECABLE MOTUPE sostuvo en la demanda que cuando solicitó verbalmente la renovación del contrato mencionó a la demandada que el precio era demasiado elevado y debía revisarse, no obstante no hay prueba documental de ello y, por el contrario, se advierte que la demandante continuó pagando dicho precio desde agosto de 2000 hasta enero de 2001, en que dejó de pagarlo a pesar de continuar en uso de los postes de ELECTRONORTE⁴³.

De acuerdo con todo lo anteriormente señalado, este Cuerpo Colegiado concluye que en el presente caso no se ha producido una negativa injustificada de trato prohibida por el artículo 5 inciso a) del Decreto Legislativo 701. En ese sentido, la validez de las conclusiones del informe de la Secretaría Técnica se mantiene, a pesar de que la práctica denunciada haya sido analizada a la luz del artículo 3 del Decreto Legislativo 701.

VI. SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO: DISCRIMINACIÓN DE PRECIOS

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

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

- La empresa debe tener posición de dominio en el mercado, de lo contrario el afectado podría acudir a fuentes alternativas de suministro y así neutralizar los efectos de la discriminación.
- La empresa con posición de dominio debe contar con suficiente información sobre la disponibilidad de pago de sus clientes (su precio de reserva), para cobrarle a cada uno o al menos a cada grupo de clientes aquel precio que estén dispuestos a pagar como máximo antes de dejar de comprar el bien.

⁴² Por ejemplo, mediante escrito del 29 de enero de 2002, la demandante expresó lo siguiente: “(...) el contrato que celebré con ELECTRONORTE S.A. fue redactado por la propia demandada, quien impuso el plazo de un año”. Asimismo, en escrito del 13 de febrero de 2002 TELECABLE MOTUPE señaló que “Electronorte redactó y nos coaccionó a firmar el ‘Contrato de Uso de Postes de Distribución como soporte de cables de señal de TV’. Ello se prueba fácilmente cuando se comparan (sic) con los otros contratos similares que obran en autor: el estilo es el mismo. Se nos coaccionó cuando se nos manifestó que si no firmábamos el contrato tal cual estaba, no nos permitirían utilizar sus postes. Sin aceptarse discusión alguna de sus cláusulas”.

⁴³ Al respecto, cabe agregar que mediante escrito del 11 de febrero de 2002, la demandante presentó las consignaciones judiciales correspondientes al pago de los meses de febrero, marzo y abril de 2001, pero asumiendo un precio de US\$ 0.35 por poste, precio que dicha empresa considera justo.

- No debe ser posible el arbitraje (reventa) o al menos la empresa debe estar en capacidad de evitarlo; de lo contrario quien adquiere al precio más bajo podría tratar de venderle el bien a quien lo adquiere al precio mayor, impidiendo así que se produzca efectivamente la discriminación⁴⁴.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

costos adicionales para obtener mejores precios sin que ello beneficia al proveedor que aplica la discriminación. Ver CARLTON y PERLOFF, Op. Cit., 289-290.

⁴⁹ HOVENKAMP, Op. Cit., 569-570.

⁵⁰ El contrato suscrito por ELECTRONORTE con TELECABLE MOTUPE no contiene disposiciones al respecto, pero de acuerdo al Código Civil tanto el subarrendamiento como la cesión de posición contractual requieren el consentimiento del arrendador o de la contraparte, respectivamente. Al respecto, el Código Civil dispone lo siguiente:

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

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

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

Condiciones de los Contratos de Alquiler de Postes de ELECTRONORTE

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

*Precios sin IGV

Fuente: Información presentada por ELECTRONORTE

Elaboración: Secretaría Técnica

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

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

En los otros dos contratos cuyo precio es menor, el criterio preponderante sería el plazo de vigencia (5 años) ya que el número de postes contratados es notoriamente inferior, 754 en el caso de Supercable Televisión y 132 en el de TV Cable Satélite Bagua. El mayor plazo justifica, en opinión de ELECTRONORTE, fijar un precio menor a esas empresas (US \$ 1.00 más IGV).

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

Sin embargo, no queda claro el motivo por el cual ELECTRONORTE sólo suscribió contratos por 5 años con las cuatro empresas antes mencionadas y no con las otras cuatro a las que aplica un precio de US \$ 1.50 más IGV, ya que, por ejemplo, estas cuatro empresas contrataron un número mayor de postes que una de las que obtuvo un plazo de 5 años -TV Cable Satélite Bagua⁵²- y, adicionalmente, dos de ellas – TELECABLE MOTUPE y el señor Pedro Juan Laca Buendía- suscribieron su contrato en el mismo año y con pocos meses de diferencia a la fecha en que lo hizo dicha empresa.

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

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

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

Sin embargo, TELECABLE MOTUPE podría enfrentar la competencia potencial de las empresas de televisión por cable que contrataron el uso de los postes de ELECTRONORTE en zonas distintas a Motupe, que podrían haber pretendido ampliar sus servicios a esta zona, aprovechando que la empresa eléctrica les cobraba un precio menor al que aplicaba a la demandante por el alquiler de postes. En tal sentido, la práctica tendría que haber colocado en desventaja a TELECABLE MOTUPE frente a la competencia potencial que enfrentaba.

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

⁵² TELECABLE MOTUPE comentó este punto en su escrito de fecha 13 de febrero de 2002, en el cual señalaba: *“Ahora bien, reiteramos, si uno de los requerimientos supremos que exige ELECTRONORTE S.A. para fijar un menor precio es el número de postes, porqué se le fijó una tarifa más baja que la nuestra a TV CABLE SATÉLITE BAGUA que sólo utiliza 109 postes, según se desprende del anexo I de su mencionado escrito de 18.ENE.02, lo que me releva de mayor probanza. Ese número es menor a la cantidad de postes que vengo empleando. A nuestra representada le pretenden cobrar 50% (Cincuenta por ciento) más, y por mucho tiempo así lo hicieron. 5. Si quieren ahorrar en abogados y hacer un contrato largo, ofrecemos, reiteramos, el máximo plazo de ley, siempre y cuando sea a un precio justo y equitativo al uso que hacemos del poste, que proponemos de USA \$ 0.35 por cada poste mensual (sic), como venimos consignando”.*

puede sostenerse que el cobro de ese precio la haya puesto en posición desventajosa desde esa época.

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

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

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

Finalmente, este Cuerpo Colegiado no desconoce que la utilización de postes y de otras instalaciones -tales como ductos subterráneos- constituyen un insumo importante para la prestación de diversos servicios públicos. Asimismo, como se señaló líneas arriba, existe un límite a la cantidad de estas instalaciones que pueden instalarse en una zona geográfica determinada, en tal sentido, este Cuerpo Colegiado considera que sería conveniente evaluar la posibilidad de adoptar medidas de carácter general que permitan el uso eficiente de dichas infraestructuras para la provisión de servicios de telecomunicaciones mejorando las condiciones de competencia en el mercado.

Debido a ello, se considera necesario poner en conocimiento de la Gerencia General de OSIPTEL la presente resolución a fin de que coordine con las instancias competentes y se evalúe la posibilidad de proponer las medidas señaladas en el párrafo anterior, ponderando los intereses de los usuarios y de las empresas del sector eléctrico y de telecomunicaciones.

RESUELVE:

Artículo Primero.- Declarar INFUNDADA la demanda planteada por Tele Cable Motupe S.R.L. contra Electronorte S.A. en el sentido de que esta última habría infringido el artículo 5, incisos a) y b), del Decreto Legislativo 701, en la prestación del servicio de arrendamiento de postes para el tendido de red de cable.

Artículo Segundo.- Poner en conocimiento de la Gerencia General de OSIPTEL la presente resolución.

REGÍSTRESE Y COMUNÍQUESE.

Con el voto favorable de los señores miembros del Cuerpo Colegiado, Juan Carlos Mejía Cornejo, Mario Gallo Gallo y Galia Mac Kee Briceño.