

Secretaría Técnica

**Controversia entre Cable Junior S.A. y
Electro Sur Medio S.A.A. (Exp. 007-2001)
Informe Instructivo**

Informe 002-2002/ST

Lima, 15 de febrero de 2002.



**CONTROVERSIA ENTRE CABLE JUNIOR S.A. Y ELECTRO SUR MEDIO S.A.A.
(EXP. 007-2001): INFORME INSTRUCTIVO**

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	3
I. EMPRESAS INVOLUCRADAS	3
1. Demandante	3
2. Demandada	3
II. POSICIONES DE LAS PARTES	3
1. Posición de CABLE JUNIOR	3
2. Posición de ELECTROSUR MEDIO	4
III. PUNTOS CONTROVERTIDOS	6
1. Primer punto controvertido	6
2. Segundo punto controvertido	6
IV. CUESTIONES PROCESALES PREVIAS	6
1. Legitimidad para obrar de CABLE JUNIOR	6
2. Sustracción de la materia	6
V. MERCADO RELEVANTE Y POSICIÓN DE DOMINIO	7
1. Servicio en Cuestión	7
2. Delimitación de Producto	8
3. Delimitación Geográfica	14
4. Delimitación del Nivel Comercial	14
5. Mercado Relevante aplicable a la Controversia	15
6. Posición de Dominio	15
VI. ANÁLISIS DEL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO	21
1. ¿Existió una negativa a renovar el contrato?	24
2. Si existió una negativa de trato ¿fue justificada?	26
3. ¿Existió una negativa de trato indirecta?	30
VII. ANÁLISIS DEL SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO	32
VIII. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	36

INTRODUCCIÓN

El presente informe tiene como objeto presentar al Cuerpo Colegiado el resultado de la investigación y análisis realizados por la Secretaría Técnica en su calidad de órgano instructor del procedimiento seguido por Cable Junior S.A. (en adelante CABLE JUNIOR), contra Electro Sur Medio S.A.A. (en adelante ELECTROSUR MEDIO), por el supuesto incumplimiento de las normas sobre libre competencia en el alquiler de postes para el tendido de red de radiodifusión por cable, así como las conclusiones respectivas.

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

I. EMPRESAS INVOLUCRADAS

1. Demandante

CABLE JUNIOR es una empresa que, mediante Resolución Viceministerial N° 077-2000-MTC/15.03 de fecha 22 de febrero de 2000, obtuvo la transferencia de la concesión otorgada a Wilson Valle Dianderas (en adelante el Sr. Valle) para prestar el servicio público de distribución de radiodifusión por cable (en adelante Televisión por Cable) en el distrito de Ica, de la provincia y departamento de Ica (en adelante Ica).

2. Demandada

ELECTROSUR MEDIO es una empresa dedicada a la distribución de energía eléctrica, concesionaria del servicio público de electricidad.

II. POSICIONES DE LAS PARTES

Con fecha 3 de agosto del año 2001, CABLE JUNIOR interpuso una demanda contra ELECTROSUR MEDIO 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 CABLE JUNIOR

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

- a) El 6 de enero de 1999 CABLE JUNIOR y ELECTROSUR MEDIO celebraron un contrato de uso de postes de distribución como soporte de cables de señal de televisión por el periodo de un (1) año y al precio de alquiler mensual de US\$ 1.5 por poste incluido IGV.
- b) CABLE JUNIOR solicitó en reiteradas oportunidades a ELECTROSUR MEDIO la renovación del contrato, sin embargo ELECTROSUR MEDIO se negó injustificadamente a renovarlo.
- c) Para justificar su negativa ELECTROSUR MEDIO pretende cobrar a CABLE JUNIOR una tarifa acordada a US\$ 2.20 por el alquiler mensual por poste más

IGV, suma que resulta excesiva y onerosa para la demandante y además alejada de los costos de utilización y mantenimiento de los postes.

- d) No obstante no haberse renovado el citado contrato, CABLE JUNIOR continuó pagando a través de consignaciones judiciales por el alquiler de postes a razón de US\$ 1.5 por cada uno, ya que consideraba que el nuevo precio de alquiler requerido por la demandante era excesivo.
- e) CABLE JUNIOR tiene postes propios, pero por razones económicas, de racionalización de infraestructura y de ornato no puede instalarlos en toda la ciudad de Ica, por lo que se encuentra obligada a solicitar el alquiler de los postes de la demandada.
- f) Adicionalmente a la negativa de contratar, ELECTROSUR MEDIO ha puesto obstáculos a CABLE JUNIOR para que instale postes propios, formulando inclusive denuncias penales en su contra.
- g) Por todo lo dicho, la conducta de ELECTROSUR MEDIO encuadra en la figura de abuso de posición de dominio tipificada en los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo N° 701, la misma que debe ser sancionada por OSIPTEL.
- h) Asimismo, para establecer si el precio de arriendo exigido por ELECTROSUR MEDIO 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 ELECTROSUR MEDIO

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

- a) ELECTROSUR MEDIO y el Sr. Valle celebraron un contrato de uso de postes de distribución de energía eléctrica para soporte de cables de señal de televisión por cable por el periodo de un año, es decir del 6 de enero de 1999 al 6 de enero de 2000.
- b) ELECTROSUR MEDIO alquiló al Sr. Valle 35 postes, prueba de ello es que éste giró a orden de ELECTROSUR MEDIO un cheque de gerencia por US\$ 61.95 correspondiente al uso de 35 postes del mes de enero del 2000. Sin embargo, vencido el contrato, la demandante instaló cables en más postes sin autorización de ELECTROSUR MEDIO y, de acuerdo con el informe técnico de la Gerencia Externa de ELECTROSUR MEDIO, esas nuevas instalaciones no cumplieron con las normas técnicas de seguridad previstas por el Código Nacional de Electricidad.
- c) Asimismo, de acuerdo con el Informe Pericial elaborado, a pedido de ELECTROSUR MEDIO, por el ingeniero mecánico eléctrico Máximo José Pérez Pacheco los cables instalados por la demandante no guardaban la distancia mínima de 0.60 metros respecto de los cables de energía eléctrica instalados en los postes de la empresa demandada, de acuerdo con lo establecido por el Código Nacional de Electricidad, así como tampoco utilizaban ferretería adecuada para sujetar sus cables, empleando alambres en muchos casos.
- d) Adicionalmente, ELECTROSUR MEDIO señala que OSINERG levantó diversas observaciones en su contra debido a las anomalías técnicas encontradas en las

instalaciones de cables realizadas por la demandante, debido a los cruces con cables de energía eléctrica.

- e) Considerando que el contrato de alquiler de postes se había prorrogado, de acuerdo con artículo 1700° del Código Civil, ELECTROSUR MEDIO decidió comunicar al Sr. Valle su decisión de resolverlo, debido a los problemas de seguridad y técnicos que se habían derivado de la instalación de un mayor número de cables de la demandante en los postes de ELECTROSUR MEDIO sin contar con su autorización.
- f) ELECTROSUR MEDIO no se negó a renovar el contrato de alquiler de postes, prueba de ello es que ELECTROSUR MEDIO fue la que convocó al Sr. Valle en reiteradas oportunidades a reuniones para discutir los nuevos términos del contrato, sin embargo, fue éste el que con argumentos contradictorios impidió que se llegara a un acuerdo.
- g) Lo que pretendía el Sr. Valle era dilatar las negociaciones con el fin de seguir cancelando el monto originalmente pactado. Así, en la carta de fecha 21 de febrero del 2000 comunicó estar de acuerdo con el plazo de un año para la renovación del contrato, mas no con el monto de alquiler propuesto por ELECTROSUR MEDIO de US \$ 2.36 por poste. Sin embargo, posteriormente, en respuesta a la comunicación de resolución de contrato remitida por la demandada, señaló estar conforme con la suma de alquiler propuesta pero no con el plazo de un año de vigencia del contrato.
- h) ELECTROSUR MEDIO, en su condición de empresa concesionaria del servicio público de electricidad, se encuentra sometida únicamente a los alcances del artículo 8 de la Ley de Concesiones Eléctricas N° 25844 y su modificatoria contenida en la Ley N° 27239.
- i) Ejerciendo su derecho a contratar libremente, ELECTROSUR MEDIO fijó precios distintos por el alquiler de sus postes a las diferentes empresas de cables con las que había contratado, en tanto que no se encuentra sometida a un régimen de fijación de precios para prestar dicho servicio.
- j) Si bien ELECTROSUR MEDIO propuso un alquiler de US \$ 2.36 más IGV por poste para la renovación del contrato, nunca llegó a cobrar dicha suma a la demandante.
- k) Finalmente, con la sentencia emitida por el Primer Juzgado Civil de Ica, de fecha 12 de noviembre de 2001, que declaró fundada la demanda de ELECTROSUR MEDIO contra el Sr. Valle y CABLE JUNIOR sobre resolución de contrato de uso de postes y que ordenó el retiro de los cables de televisión de los postes de distribución de energía eléctrica de la ciudad de Ica, la empresa demandada considera que el conflicto de intereses planteado por CABLE JUNIOR se ha sustraído del ámbito administrativo de OSIPTEL¹.

¹ Asimismo, el 27 de diciembre de 2001 el Primer Juzgado Civil de Ica declaró a favor de ELECTROSUR MEDIO la medida cautelar de no innovar con la cual se ordena la suspensión de nuevas instalaciones de cables de señal de televisión de CABLE JUNIOR en los postes de distribución secundaria de energía de la ciudad de Ica de propiedad de ELECTROSUR MEDIO.

III. PUNTOS CONTROVERTIDOS

De acuerdo con lo señalado por la Resolución N° 003-2001-CCO/OSIPTEL de fecha 18 de setiembre de 2001, los puntos controvertidos materia de la presente controversia son los siguientes:

1. Primer punto controvertido

Determinar si la empresa ELECTROSUR MEDIO ha incurrido en una negativa injustificada de renovar contrato de uso de sus postes a la empresa CABLE JUNIOR 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 ELECTROSUR MEDIO por el uso de sus postes a la empresa CABLE JUNIOR constituye un trato discriminatorio de acuerdo con el inciso b) del artículo 5° del Decreto Legislativo 701.

IV. CUESTIONES PROCESALES PREVIAS

1. Legitimidad para obrar de CABLE JUNIOR

ELECTROSUR MEDIO ha presentado ante la Unidad Especializada en Concesiones de Telecomunicaciones – UECT del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción un recurso solicitando se declare la nulidad de la transferencia de la concesión para prestar servicios de televisión por cable realizada entre el Sr. Valle y CABLE JUNIOR, por haberse efectuado sin que el primero de ellos contara con facultades para actuar en representación de la segunda.

Si bien la decisión que se adopte respecto de dicha solicitud puede afectar la legitimidad para obrar activa de CABLE JUNIOR en el presente procedimiento, aquella solicitud aún no ha sido resuelta definitivamente. En tal virtud, de acuerdo al principio de que todo acto administrativo se considera válido en tanto no sea declarada su nulidad por la instancia competente, el Cuerpo Colegiado debe presumir como válida la transferencia de la concesión de Televisión por Cable otorgada a favor de CABLE JUNIOR.

2. Sustracción de la materia

Mediante sentencia de fecha 12 de noviembre de 2001, el Primer Juzgado Civil de Ica declaró resuelto el contrato de uso de postes suscrito entre el Sr. Valle y ELECTROSUR MEDIO, ordenando que CABLE JUNIOR retire sus cables de los postes de esta última empresa. En tal virtud, ELECTROSUR MEDIO ha sostenido que el conflicto de intereses planteado ante el Cuerpo Colegiado por CABLE JUNIOR se ha sustraído del ámbito administrativo de OSIPTEL.

De acuerdo con el artículo 321° del Código Procesal Civil el proceso concluye sin declaración sobre el fondo cuando se sustrae la pretensión del ámbito jurisdiccional. Sin embargo, la materia controvertida en este procedimiento administrativo versa sobre un presunto abuso de posición de dominio en las modalidades de negativa injustificada de trato y discriminación de precios. En tal sentido, la decisión del Poder Judicial no ha sustraído del ámbito administrativo la pretensión de CABLE JUNIOR, puesto que la decisión que pueda adoptar el Cuerpo Colegiado no depende de la

vigencia o no de la relación contractual entre las partes, sino del comportamiento de la empresa demandada durante el plazo del contrato y una vez que el mismo concluyó.

V. MERCADO RELEVANTE Y POSICIÓN DE DOMINIO

Los puntos controvertidos están referidos a la determinación de si ELECTROSUR MEDIO ha incurrido en actos de abuso de posición de dominio, de conformidad con lo establecido en los incisos a) y/o b) del artículo 5° del Decreto Legislativo 701.

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

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

De lo expuesto en los párrafos anteriores se concluye que, a fin de determinar si ELECTROSUR MEDIO ha incurrido en actos de abuso de posición de dominio, primero debe analizarse si la demandada cuenta con dicha posición. Para ello, de conformidad con lo establecido en los Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Libre Competencia en el Ambito de las Telecomunicaciones² (en adelante LINEAMIENTOS), corresponde efectuar un análisis en dos etapas:

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

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

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

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

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

1. Servicio en Cuestión

² Aprobados mediante la Resolución N° 003-2000-CD/OSIPTEL y publicados en el diario oficial El Peruano el 8 de febrero de 2000.

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

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

2. Delimitación de Producto³

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

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

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

a) Utilización de postes propios

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

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

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

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

Un aspecto primer aspecto relevante para definir las posibilidades de sustitución se encuentra relacionado con las restricciones administrativas que pueden impedir la instalación de nuevos postes, entre las que se encuentran las restricciones relacionadas con el ornato de la ciudad. En efecto, el espacio físico en que pueden ser colocados los postes dentro de una ciudad –calles y

³ En lo sucesivo, cuando se haga referencia al término "producto", se entenderá que éste se relaciona con la prestación de algún servicio.

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.

Un ejemplo de estas restricciones puede ser el de la ciudad de Huancayo. El 28 de abril de 1998, la Municipalidad Provincial emitió la Ordenanza N° 06-98-MPH/CM mediante la cual restringía nuevas ejecuciones de cableado aéreo, ordenando la obtención de la autorización municipal correspondiente previa, para lo cual se debía presentar un informe técnico en materia de ornato y seguridad. Si bien esta ordenanza fue derogada el 13 de mayo de 1999, constituye una muestra de las posibles restricciones que pueden existir para instalar postes en una ciudad.

En el presente caso, se tiene conocimiento de que en mayo de 1998 la Municipalidad Provincial de Ica no autorizó a CABLE JUNIOR para que instale sus propios postes en virtud de que ello resultaría antiestético puesto que se saturaría el espacio en la ciudad⁴. Con posterioridad a la emisión de este pronunciamiento, mediante la Licencia N° 040-98, la Municipalidad Provincial de Ica autorizó a Cable Junior para que instale un total de 465 postes. De acuerdo con lo señalado por CABLE JUNIOR, para que la Municipalidad Provincial de Ica autorice la instalación de los postes se debió cambiar la ruta de los mismos debiendo instalarse éstos en bermas centrales de las autopistas, avenidas o en calles principales dentro de la concesión.

Como se puede apreciar de lo anterior, dependiendo de la localidad donde se requiera instalar postes y de lo dispuesto por sus autoridades, se pueden encontrar restricciones administrativas para la instalación de los mismos. En el caso específico de CABLE JUNIOR se debe tener en cuenta que la autoridad competente ha autorizado a esta empresa para que instale sus propios postes en determinadas zonas -bermas centrales de avenidas, autopistas o calles principales-, sin embargo, dicha autoridad denegó la licencia de instalación en calles donde ya existían postes de ELECTROSUR MEDIO y de Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante TELEFÓNICA) y donde cuyo espacio podía saturarse con mayor número de postes.

CABLE JUNIOR ha señalado que su red troncal -es decir, la raíz de su red de cables- se sostiene sobre sus propios postes, mientras que las redes secundarias o de acometida -es decir, las ramificaciones que nacen de una red troncal- se sostienen sobre los postes de ELECTROSUR MEDIO⁵. Tomando en

⁴ Carta de fecha 7 de mayo de 1998 en la que se señala que *“el Proyecto de colocación de postes para el telecable NO ES PROCEDENTE, debido a que se va a saturar la ciudad con postes, así como resulta anti-estético para la ciudad ya que en las calles existen postes de ERSa y Telefónica (...)”*

⁵ Carta de fecha 11 de enero de 2002 remitida por CABLE JUNIOR, *“(...) los postes de CABLE JUNIOR S.A. están destinados a servir a la red troncal, en tanto que los postes de Electrosur Medio S.A.A. los destinamos para acometida.”*

consideración que la Municipalidad Provincial de Ica denegó a CABLE JUNIOR la instalación de postes en aquellas zonas donde ya existían postes de ELECTROSUR MEDIO y de TELEFÓNICA, entonces, para poder prestar sus servicios en aquellas zonas, CABLE JUNIOR sólo tenía la opción de arrendar espacio en alguno de dichos postes.

Tomando en consideración lo anterior y que para poder prestar sus servicios, cualquier empresa de Televisión por Cable requiere de algún medio para llegar a los hogares de los usuarios, se concluye que CABLE JUNIOR enfrenta restricciones administrativas que le impiden instalar postes propios para tender los cables en aquellas zonas donde ya existen postes de ELECTROSUR MEDIO y de TELEFÓNICA y donde, a la vez, se produce una saturación de postes⁶. En estas zonas CABLE JUNIOR no podría sustituir la utilización del Servicio en Cuestión por la instalación de postes propios.

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

Para la instalación de postes se requiere, entre otros, realizar estudios técnicos, obtener licencias municipales, negociar con los fabricantes de dichos bienes, así como finalmente instalar éstos. El tiempo requerido para estas gestiones podría impedir, en el caso de redes extensas, que los postes se encuentren operativos en el corto plazo.

Debido a lo anterior, podría considerarse que la utilización de postes propios por parte de una empresa de Televisión por Cable no es un sustituto del Servicio en Cuestión. Sin embargo, de acuerdo con la información presentada por CABLE JUNIOR su red de cables se soporta en un 53.5% sobre postes propios. En tal virtud, si bien la instalación de nuevos postes podría no realizarse en el corto plazo, ello no afectaría totalmente el funcionamiento de la empresa por cuanto más de la mitad de su red se mantendría operativa durante el tiempo que podría tomar la instalación de postes propios.

Por tanto, en el caso específico de CABLE JUNIOR, el plazo que le tomaría instalar postes propios para cubrir la totalidad de su red no limitaría su posibilidad de sustituir el Servicio en Cuestión.

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

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

Como se ha señalado anteriormente, CABLE JUNIOR ha instalado postes propios en el distrito de Ica. Este hecho podría implicar que para CABLE

⁶ Recuérdese que la saturación de la ciudad con postes fue el motivo por el cual la Municipalidad Provincial de Ica denegó inicialmente a CABLE JUNIOR instalar postes propios. De acuerdo con lo señalado por esta empresa, para obtener el permiso municipal debió variar la ruta de su red e instalar sus postes “en bermas centrales de las avenidas, autopistas o calles principales (...)”, es decir, donde por la amplitud del espacio físico los efectos de tener distintas redes paralelas de postes no fueran considerables.

JUNIOR no resultó considerablemente más costoso el instalar postes propios. Al respecto, esta empresa ha señalado que utiliza sus propios postes para sostener la parte troncal de su red, mientras que los cables de acometida se sostienen sobre los postes de ELECTROSUR MEDIO⁷.

De acuerdo con lo manifestado por dicha empresa en el sentido de que: i) utiliza sus propios postes para sostener su red troncal de cables; y, ii) instalar postes adicionales le implicaría una gran inversión económica que le impediría expandir su servicio a otras zonas⁸, se puede colegir que para CABLE JUNIOR la red troncal de cables tendría un mayor valor que la red secundaria. En tal sentido, si bien el costo de plantar postes para cualquiera de dichas redes (troncal o secundaria) es el mismo, los retornos esperados de cada una de dichas redes no es el mismo. Debido a ello, a CABLE JUNIOR le justificaría incurrir en el costo de plantar postes propios para sostener la red troncal –puesto que para ella tendría un mayor valor-, mas no para la red secundaria.

En tal sentido, en lo que se refiere a los costos de instalación, se concluye que, al menos en lo que se refiere a cables de acometida, la utilización de los postes de ELECTROSUR MEDIO por postes propios no sería factible. Para el caso de la red troncal ello sí resultaría factible para CABLE JUNIOR.

De lo desarrollado en los títulos anteriores puede concluirse que la instalación de postes propios por parte de CABLE JUNIOR: i) no sería factible en varias zonas de Ica donde ya existen postes de ELECTROSUR MEDIO y de TELEFÓNICA, debido a las restricciones municipales; ii) en las zonas donde es factible, el plazo necesario para ponerlos operativos afectaría menos de la mitad de la red actualmente operada por CABLE JUNIOR, debido a que parte de ella (53.5%) ya se soporta en postes propios; y iii) los costos involucrados no parecerían justificar la instalación de postes propios para soportar redes de acometida.

El análisis conjunto de estos aspectos permite concluir que, en el caso específico de CABLE JUNIOR, la sustitución del Servicio en Cuestión por la instalación de postes propios podría ser factible sólo en determinadas zonas de Ica, es decir, donde no hay restricciones municipales y donde se encuentra la parte troncal de su red. Por otro lado, también debe considerarse que en la prestación de servicios de redes es relevante la continuidad de las mismas, lo que no permitiría hablar de sustituibilidad de los postes de ELECTROSUR MEDIO por postes propios de CABLE JUNIOR en términos absolutos. Es decir, en aquellos lugares donde existen restricciones para la instalación de postes –sean de índole legal, económica o técnica-, la única opción disponible para cualquier empresa como CABLE JUNIOR viene constituida por el alquiler de espacio en los postes ya instalados.

b) Utilización de postes de otra empresa

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

⁷ Véase la nota número 5.

⁸ Carta de fecha 11 de enero de 2002, “por cuanto la instalación de postes propios implica una gran inversión económica, capital con el que la empresa no cuenta; que así contáramos con ese dinero, su gasto impediría a la empresa expandir su servicio a otras áreas y mejorar la calidad del servicio por señales y equipos.”. op cit.

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

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

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

c) Utilización de ductos subterráneos

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

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

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

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

Para determinar la posibilidad de que exista sustitución conviene describir brevemente la manera como las empresas de telecomunicaciones suelen utilizar sus ductos para ofrecer servicios a sus clientes. Debido al alto costo que implica su instalación, los ductos no se construyen en todas las calles de una ciudad, sino que, por regla general, se construyen en las principales avenidas. Adicionalmente, los ductos suelen utilizarse para el cruce de calles complementando la utilización de postes. Sin embargo, por regla general, los ductos de las empresas de telecomunicaciones no tienen una conexión directa con los hogares de los usuarios, sino que cada cierta cantidad de cuadras los cables de los ductos se conectan a un armario que se encuentra al aire

libre. Los cables conectados a dicho armario prosiguen su camino hacia los hogares de los consumidores, utilizando para ello la red de postes de la empresa.

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

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

d) Utilización de otras modalidades de difusión

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

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

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

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

Por tanto, si bien el uso de la tecnología MMDS o satelital, en términos puramente técnicos, podría ser utilizada para la prestación del servicio de Televisión por Cable, en cuyo caso se podría prescindir de la utilización de postes, los altos costos en que incurrirían las empresas de Televisión por Cable por cambiar la modalidad de transmisión, genera que, en términos económicos, no pueda considerarse un sustituto adecuado. Adicionalmente debe mencionarse que los usuarios finales del servicio también incurren en mayores costos al hacer uso de la televisión satelital (e.g. los costos de única vez pueden superar los US\$ 200.00) respecto de la contratación de Televisión por Cable ofrecida a través de medios de transmisión físicos.

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

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

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

De acuerdo a todos los argumentos mencionados en los acápites anteriores **el producto relevante** para la presente controversia está conformado por la instalación de postes propios –en determinadas zonas- como por la utilización de postes de ELECTROSUR MEDIO y de TELEFÓNICA.

3. Delimitación Geográfica

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

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

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

En el presente caso, la zona de concesión de CABLE JUNIOR es el distrito de Ica y son los postes instalados en las vías públicas de ese distrito los que tiene que utilizar necesariamente. En tal virtud, el **mercado geográfico** para la presente controversia es distrito de Ica, de la ciudad de Ica, del departamento de Ica.

4. Delimitación del Nivel Comercial

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

En el presente caso, el servicio a que se hace referencia es el de arrendamiento de postes, mientras que los consumidores son todas aquellas empresas que podrían

utilizar los mismos como insumo para algún fin comercial¹⁰. En otras palabras, el nivel de la cadena comercial corresponde a la prestación del servicio a concesionarios que lo utilizan como insumo para tender sus redes de cables y prestar un servicio de difusión.

5. Mercado Relevante aplicable a la Controversia

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

Al realizar esto se obtiene que el mercado relevante aplicable a la presente controversia es el uso de postes propios de CABLE JUNIOR –en determinadas zonas– como de ELECTROSUR MEDIO y de TELEFÓNICA que pueden ser utilizados, bajo la figura del arrendamiento, en el distrito de Ica por los concesionarios del servicio de Televisión por Cable como insumo para prestar este servicio de difusión.

6. Posición de Dominio

Una vez determinado el Mercado Relevante, corresponde analizar si ELECTROSUR MEDIO ostenta una posición dominante en el mismo. De acuerdo con la legislación vigente¹¹, *“Se entiende que una o varias empresas gozan de una posición de dominio en el mercado, cuando pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores, (...)”*

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

a) Presencia en el Mercado

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

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

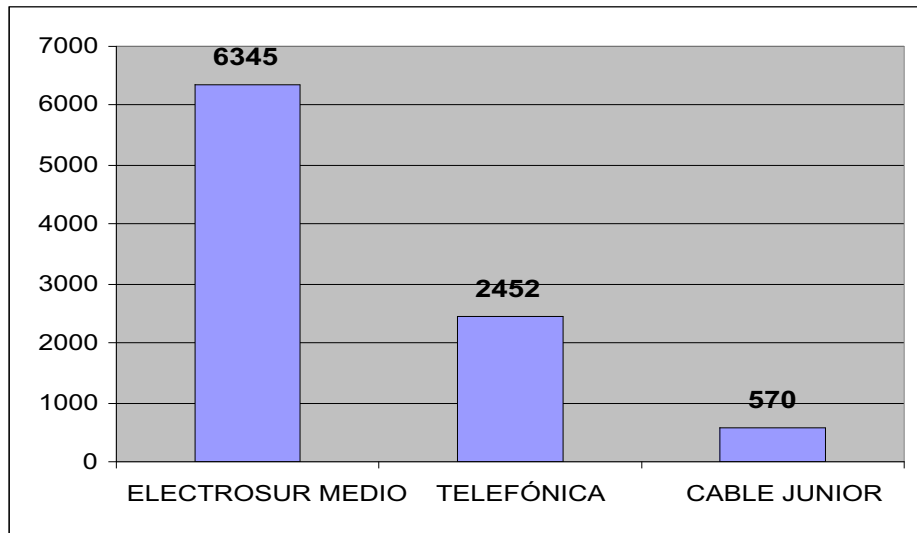
¹⁰ Cabe destacar que en el presente caso, el término “consumidores” no se refiere a los usuarios finales del servicio de televisión por cable, sino en general a cualquier empresa que podría utilizar el arrendamiento de postes como un insumo para la prestación de algún bien o servicio.

¹¹ Artículo 4° del Decreto Legislativo 701.

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

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

Número de Postes por Empresa en el Mercado Relevante



Fuente: Información presentada por las empresas
Elaboración: Secretaría Técnica

Como se puede apreciar, ELECTROSUR MEDIO es la empresa con un mayor número de postes; tiene más de 2.5 veces el número de postes que TELEFÓNICA y aproximadamente 11 veces el número de postes de CABLE JUNIOR. Si se considera la totalidad de postes ubicados en el distrito de Ica, tiene un total de 68%, mientras que TELEFÓNICA y CABLE JUNIOR tienen el 26% y 6% de los postes respectivamente.

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

b) Existencia de barreras de entrada

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

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

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

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

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

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

Atado a lo señalado en el último párrafo, las empresas que instalen postes pueden encontrarse con limitaciones legales que buscan precisamente evitar los efectos mencionados anteriormente en materia de ornato. En el presente caso, se ha identificado que la Municipalidad Provincial de Ica en un primer momento denegó la solicitud de CABLE JUNIOR de instalar postes propios debido a la saturación que ello provocaría.

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

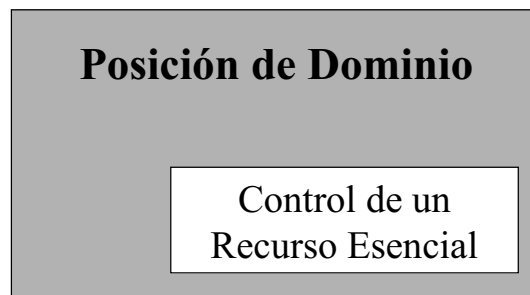
¹³ Shy, Oz “Industrial Organization: Theory and Practice”, The MIT Press, Second Printing, p. 182. Oz Shy es profesor de Organización Industrial de las Universidades de Michigan y Tel Aviv. La Organización Industrial es la sección de la economía que estudia las estructuras, conductas y desarrollos de los mercados.

encontraría permitida la instalación de postes adicionales, en particular aquellas en las que ya tenían instalados postes ELECTROSUR MEDIO y TELEFÓNICA. En tal sentido, a pesar de que CABLE JUNIOR ha instalado postes propios, existen ciertas zonas donde efectivamente existen barreras de entrada para que empresas planten postes adicionales a los ya existentes en Ica.

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, facilidad 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 técnico¹⁴.

La definición anterior de facilidad esencial puede llevar a confusión con el concepto de posición de dominio puesto que si se cumplen los dos requisitos contenidos en dicha definición, necesariamente debe concluirse que la empresa que controla una facilidad esencial ostenta una posición dominante en el mercado. El control de un recurso esencial puede entenderse como un caso particular de ostentar una posición dominante, en tal sentido no necesariamente toda empresa dominante controla un recurso esencial, pero lo contrario debe ser necesariamente cierto¹⁵. Esto puede entenderse más claramente con el siguiente gráfico:



Elaboración: Secretaría Técnica

Como puede verse en el gráfico anterior, el concepto de Posición de Dominio es más amplio que contar con el control de un recurso esencial. De conformidad con la agencia antimonopolio de Reino Unido, *“una facilidad puede ser considerada como esencial si es indispensable acceder a la misma con el objeto de competir en el mercado y si su duplicación es imposible o extremadamente difícil debido a restricciones físicas, geográficas o legales”*¹⁶

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

¹⁴ 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.

¹⁵ “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.

¹⁶ Office of Fair Trading, “The Competition Act 1998: Assessment of Individual Agreements and Conduct”, p. 24.

mostrar que ello es muy difícil o prácticamente imposible de realizar. Al respecto 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.”¹⁷*
- *“(…) 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.”¹⁸*

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

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

Respecto de este requisito se ha hallado que si bien en Ica existen postes de tres empresas (ELECTROSUR MEDIO, TELEFÓNICA y CABLE JUNIOR), la cantidad de postes que éstas poseen es bastante disímil, tal como se muestra a continuación:

	Número de Postes
ELECTROSUR MEDIO	6345
TELEFÓNICA	2452
CABLE JUNIOR	570

Fuente: Información presentada por las empresas
Elaboración: Secretaría Técnica

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

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

Al respecto, se debe tomar en consideración que lo común a lo largo del territorio nacional consiste en que los postes de empresas de distribución eléctrica coexistan con aquéllos de TELEFÓNICA. Por tanto, en el presente caso no puede considerarse que existan barreras que impidan a esta última

¹⁷ “The second element, that duplication be impractical or unreasonable, is a higher standard than being “more economical” than other alternatives. (...) en “The Essential Facilities Concept”, OECD, París 1996, p. 8.

¹⁸ “(...) 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.

empresa instalar un mayor número de postes en Ica en el futuro. En tal sentido, la cantidad de postes de ELECTROSUR MEDIO y TELEFÓNICA (o de alguna otra empresa en lugar de ésta) potencialmente podría llegar a ser similar una de otra. En dicho caso no se podría señalar que ELECTROSUR MEDIO posee de manera predominante postes en el Mercado Relevante.

De presentarse la situación en que dos empresas posean similar número de postes dentro un mismo mercado relevante, entonces posiblemente podría afirmarse que ambas empresas ostentan una posición de dominio conjunta¹⁹. En tal caso, de verificarse las condiciones pertinentes podría afirmarse que la instalación esencial no es suministrada de manera predominante por una empresa, sino que más bien es suministrada por un número limitado de proveedores. Por tanto, en este último caso también se cumpliría el primer requisito para que una facilidad pueda ser calificada como esencial.

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

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

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

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

En el caso específico de CABLE JUNIOR si bien se ha verificado que existen barreras de entrada para la instalación de postes –debido a la negativa de la municipalidad provincial de Ica de otorgar la licencia respectiva-, ésta sólo está presente en determinadas zonas del Mercado Relevante. Así, en la medida que el análisis sobre facilidades esenciales debe ser más riguroso que el de posición de dominio, debe tenerse en cuenta que la red de cables de CABLE JUNIOR se soporta en un 53.5% sobre sus postes propios, lo cual muestra que la instalación de postes, pudiendo no ser económicamente conveniente para CABLE JUNIOR, no es imposible.

Por tanto, es opinión de esta Secretaría Técnica que en el presente caso no se cumple el segundo requisito necesario para calificar una facilidad como esencial. En tal sentido, no puede afirmarse que para CABLE JUNIOR la utilización de postes de ELECTROSUR MEDIO constituya una facilidad esencial.

¹⁹ Véase la Resolución N° 032-2001-CCO/OSIPTEL publicada en El Peruano el 16 de junio de 2001, en la que el Cuerpo Colegiado concluyó que en el caso de la zona de Huaycán Luz del Sur S.A.A. y Telefónica del Perú S.A.A. ostentaban de manera conjunta, común o colectiva una posición dominante en el mercado relevante.

Adicionalmente a lo desarrollado hasta el momento sobre facilidades esenciales debe señalarse que la doctrina sobre la materia muchas veces señala que, en adición a los dos criterios señalados hasta el momento, también debe cumplirse que la empresa que desea acceder a la facilidad debe ser competidora de la empresa que la ostenta. Sin embargo, en lo que se refiere al mercado peruano de las telecomunicaciones, la normativa sobre la materia no ha considerado ello como requisito²⁰.

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

Sobre dichos aspectos se ha concluido que:

- i) ELECTROSUR MEDIO es la empresa que mayor presencia en lo que a posesión de postes en el Mercado Relevante se refiere.
- ii) En determinadas zonas de Ica existen barreras que dificultan la instalación de postes adicionales a los ya existentes, sin embargo, en otras zonas no se ha podido verificar la existencia de dichas barreras.
- iii) El acceso a postes, en el caso específico de la presente controversia, no constituye una facilidad esencial.

De acuerdo con los argumentos anteriormente señalados, si bien CABLE JUNIOR cuenta con postes propios en el mercado relevante, su presencia es bastante reducida en comparación con la de TELEFÓNICA y, aún más, con la de ELECTROSUR MEDIO. En efecto, la empresa demandada es la que mayor presencia registra en el mercado relevante, en tanto que cuenta con más de 2.5 veces el número de postes de TELEFÓNICA y aproximadamente 11 veces el número de postes de CABLE JUNIOR. De otro lado, puede afirmarse que en determinadas zonas del mercado relevante existen barreras de acceso al mercado (restricciones municipales que impiden la instalación de postes propios), aunque ello no permite concluir que en el presente caso los postes de la empresa demandada constituyan una facilidad esencial.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que una de las características más importantes de las industrias que operan sobre redes es la continuidad de las mismas, por lo que es recomendable analizarlas en conjunto y no fragmentadamente. Es decir, que si bien se puede concluir que en determinadas zonas ELECTROSUR MEDIO tiene una posición dominante, en niveles agregados ello podría afirmarse si es que CABLE JUNIOR requiriese de los postes de ELECTROSUR MEDIO en la mayor parte de su área de concesión. Sin embargo, este último aspecto no ha sido plenamente demostrado por CABLE JUNIOR.

En tal sentido, a efectos de continuar con el análisis de los puntos controvertidos, se considerará que ELECTROSUR MEDIO ostenta posición de dominio en el mercado relevante, a pesar que ello no pueda afirmarse para cada una de las zonas que lo conforman por las consideraciones anteriormente señaladas.

VI. ANÁLISIS DEL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

²⁰ Recuérdese que los requisitos analizados en el presente informe se encuentran contenidos en un acuerdo celebrado por el Perú con la Organización Mundial de Comercio; y, en tal sentido, su cumplimiento es obligatorio al formar parte de la normativa de orden primario nacional.

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 servicios²¹.

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 la empresa vinculada.
- Cuando la negativa busca monopolizar un segundo mercado a través de un precio excesivo (*"price squeeze"*)²². 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 abajo²³.

²¹ 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."*

²² 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)".*

²³ ROSS, Stephen, Principles of Antitrust Law: The Foundation Press, Inc. (1993), 76-82.

Finalmente, un supuesto adicional de negativa injustificada de trato, cuya validez aún se encuentra en discusión en la doctrina legal y la literatura económica, es el de las denominadas negativas arbitrarias. En este supuesto, la empresa con posición de dominio no tendría intención de restringir la competencia, en tanto no compite con la empresa a la cual niega la venta, ni tiene un interés específico en ingresar a su mercado; adicionalmente, tampoco utiliza la negativa como medio de sancionar al cliente por contratar con su competidor²⁴.

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

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

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

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

Sin embargo, la negativa injustificada de trato arbitraria podría ser analizada como infracción a la cláusula general contenida en el artículo 3° del Decreto Legislativo 701²⁵. Considerando el carácter de cláusula general del artículo 3°, su aplicación debería tener carácter residual, es decir, emplearse únicamente ante casos excepcionales que no se encuentren previstos expresamente por el artículo 5° del Decreto Legislativo 701 o que no puedan incluirse dentro de los casos de efecto equivalente contemplados por el inciso f) del mencionado artículo 5°²⁶. 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

²⁴ ROSS, Op. Cit., 85.

²⁵ Artículo 3. “Están prohibidos y serán sancionados, de conformidad con las normas de la presente Ley, los actos o conductas, relacionados con actividades económicas, que constituyen abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia, de modo que se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional”.

²⁶ Tal fue el caso, por ejemplo, de la Resolución N° 032-2001-CCO/OSIPTEL publicada en El Peruano con fecha 16 de junio de 2001 y recaída en el procedimiento iniciado por V.O. Cable S.A. en contra de Luz del Sur S.A.A. por abuso de posición de dominio.

consecuencia de la conducta ilegal “se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional”.

En el presente caso, como ya se ha indicado, ELECTROSUR MEDIO suscribió un contrato de alquiler de postes con el Sr. Valle por el precio de US \$ 1.50 mensual por poste más IGV, cuyo plazo vencía el 06 de enero de 2000. La empresa demandante sostiene que vencido el plazo del contrato solicitó en reiteradas oportunidades a ELECTROSUR MEDIO la renovación del contrato y esta empresa se negó injustificadamente a renovarlo, proponiéndole un nuevo precio de US \$ 2.36 mensual por poste más IGV²⁷. Además, CABLE JUNIOR también sostiene que dicho precio es excesivo y oneroso y se aleja del costo efectivo de utilización y mantenimiento de los postes que corresponde a los cables de televisión.

ELECTROSUR MEDIO señala que no se negó a la renovación del contrato y que por el contrario fue ella quien convocó al Sr. Valle para tratar las condiciones correspondientes a un nuevo contrato, siendo la parte demandante la que puso trabas y finalmente se negó a suscribir el nuevo contrato con argumentaciones contradictorias. A la vez, ELECTROSUR MEDIO afirma que a pesar de no haberse llegado a ningún acuerdo, CABLE JUNIOR continuó utilizando sus postes e incluso extendiendo su cableado a un mayor número de postes sin contar con su autorización.

Cabe agregar que de acuerdo con lo actuado en el procedimiento, no existe ninguna prueba que haga suponer que ELECTROSUR MEDIO haya tenido la intención de restringir la competencia en el mercado de servicios de televisión por cable. Por un lado, la empresa demandada no es competidora de CABLE JUNIOR, por otro, tampoco existen pruebas de que se encuentre vinculada a un competidor de la demandante. Más aún, ni siquiera existen indicios de que ELECTROSUR MEDIO tenga algún interés por incursionar en el mercado de CABLE JUNIOR. En consecuencia, mal podría sostenerse que ELECTROSUR MEDIO tenga incentivos anticompetitivos para negar el alquiler de postes a CABLE JUNIOR.

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

1. ¿Existió una negativa a renovar el contrato?

En cuanto a la negativa a la renovación del contrato, lo primero que debe mencionarse es que de acuerdo con la cláusula séptima del contrato antes mencionado, la parte interesada debía dar aviso a la otra de su intención de renovarlo como mínimo con 30

²⁷ Las partes del contrato de alquiler de postes eran de un lado el Sr. Valle, en su calidad de concesionario del servicio de televisión por cable, y de otro ELECTROSUR MEDIO. En febrero de 2000 el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción aprobó la transferencia de la concesión que hizo el Sr. Valle a favor de CABLE JUNIOR. Posteriormente, todas las comunicaciones relativas a la renovación del contrato fueron remitidas por el Sr. Valle en nombre de CABLE JUNIOR. Por su parte, ELECTROSUR MEDIO remitió las comunicaciones referidas a la renovación conjuntamente al Sr. Valle y a CABLE JUNIOR. En el expediente no obra ningún documento que indique que el Sr. Valle haya hecho cesión de posición contractual a favor de CABLE JUNIOR en el contrato de alquiler de postes, por lo cual no puede afirmarse que CABLE JUNIOR haya sido la contraparte de ELECTROSUR MEDIO en dicho contrato. Sin embargo, para efectos del análisis que se realiza en el presente informe, se entenderá que el Sr. Valle y CABLE JUNIOR son el mismo agente económico.

días de anticipación al vencimiento del mismo²⁸. En tal sentido, el contrato no contenía ninguna previsión que permitiera la renovación automática.

A pesar de lo anteriormente señalado, CABLE JUNIOR no cumplió con el aviso previo solicitando la renovación conforme lo establecido por dicha cláusula, puesto que ella misma señala en la demanda que vencido el plazo del contrato solicitó su renovación²⁹.

En efecto, de acuerdo con la documentación que obra en el expediente sobre la supuesta negativa de trato, el 08 de febrero de 2000 CABLE JUNIOR envió a ELECTROSUR MEDIO una comunicación explicándole que como hasta esa fecha no había recibido la factura por el alquiler de postes correspondiente al mes de enero de 2000, le adjuntaba un cheque de gerencia por la suma de US \$ 61.95 en calidad de pago por dicho mes (considerando el precio de US \$ 1.50 mas IGV por poste).

Al día siguiente, ELECTROSUR MEDIO comunicó a CABLE JUNIOR que en reunión sostenida entre su Sub-Gerencia Comercial y el Sr. Valle éste se había comprometido a enviar el 03 de febrero una propuesta escrita para la renovación del contrato, lo cual no había hecho, y que en tanto no se establecieran las nuevas condiciones contractuales no aceptaría importe alguno, por lo cual devolvía el mencionado cheque de gerencia. Posteriormente, el 16 de febrero, ELECTROSUR MEDIO reiteró notarialmente a CABLE JUNIOR que le alcanzara su propuesta para la renovación del contrato en el plazo de 48 horas, bajo cargo de retirar sus cables de televisión.

Recién el 22 de febrero CABLE JUNIOR comunicó por escrito a ELECTROSUR MEDIO su intención de renovar el contrato por un año, pero señalando que no estaba de acuerdo con la intención de esta última empresa de incrementar el monto por concepto de alquiler, en tanto consideraba que no era accesible para ella.

Luego de cursarse comunicaciones sobre el nuevo precio por alquiler de postes, el 27 de marzo de 2000 ELECTROSUR MEDIO remitió a CABLE JUNIOR un proyecto de contrato que consideraba un precio unitario por alquiler de postes de US \$ 2.36 más IGV y, además, la factura 101-0000606 por el uso de postes de los meses de enero, febrero y marzo de 2000, aplicándole el precio antes mencionado.

El 03 de abril CABLE JUNIOR comunicó a ELECTROSUR MEDIO que ya había cumplido con consignar judicialmente el pago por el uso de postes correspondiente a los meses de enero y febrero; y asimismo que rechazaba el precio de US \$ 2.36 que se le pretendía cobrar.

En los meses siguientes (en particular junio y julio) las partes continuaron tratando de llegar a un acuerdo sobre el contrato de alquiler de postes, aunque al parecer sin resultados concretos. Durante todo este lapso CABLE JUNIOR continuó haciendo uso de los postes de ELECTROSUR MEDIO, realizando consignaciones judiciales por concepto de pago del alquiler aplicando el precio de US \$ 1.50 más IGV por poste.

²⁸ Cláusula séptima: “El presente contrato entrará en vigencia a partir del **06 de enero de 1,999** y por un periodo de **UN AÑO**, el mismo que podrá ser renovado por periodos similares, debiéndose suscribir oportunamente el Contrato respectivo, en caso que las partes manifiesten la necesidad de resolverlo y/o renovarlo, en este caso, tal deberá ser comunicada con **30 días** de anticipación como mínimo”.

²⁹ En el punto 2.4 de la demanda se señala lo siguiente: “Que vencido el Contrato de Uso de Postes de Distribución como Soporte de Cables de señal de TV aludido, mi representada solicitó la renovación del contrato, encontrándose con la negativa injustificada de la demandada”.

El 29 de agosto de 2000 ELECTROSUR MEDIO comunicó a CABLE JUNIOR que daba por resuelto el contrato suscrito el 06 de enero de 1999, expresando además lo siguiente:

“(…) dado que el Contrato establece que en caso de resolución del mismo ésta deberá ser comunicada con treinta (30) días de anticipación, la resolución operará dentro de treinta (30) días a ser contados desde la fecha de recepción de la presente Carta Notarial”³⁰.

El 19 de septiembre CABLE JUNIOR comunicó a ELECTROSUR MEDIO que tenía la intención de renovar el contrato, precisando que:

“incluso las partes nos hemos puesto de acuerdo en cuanto al monto por cada poste, sino lo que falta determinarse es el plazo de duración. Por lo que al encontrarnos en tratativas de la renovación del contrato todo aviso extrajudicial de resolución, esta interrumpido por las tratativas extrajudiciales en que nos encontramos”.

Considerando los hechos anteriormente descritos, puede concluirse que ELECTROSUR MEDIO no se negó a renovar el contrato de alquiler de postes suscrito el 06 de enero de 1999. Asimismo, puede concluirse que la empresa demandada trató en varias oportunidades de llegar a un acuerdo con CABLE JUNIOR, pero no tuvo éxito debido a la discrepancia entre las partes sobre las condiciones aplicables.

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

Sin embargo, aún bajo el supuesto de que ELECTROSUR MEDIO se hubiera negado a renovar el contrato, dicha negativa tendría que haber sido injustificada para que se configure una infracción al artículo 3° del Decreto Legislativo 701³¹.

Al respecto, de acuerdo con los hechos descritos previamente, una vez vencido el plazo inicialmente pactado se habría producido la continuación del arrendamiento bajo sus mismas condiciones, dado que las partes no ejercieron su derecho de resolverlo. Es decir que se habrían mantenido las mismas condiciones hasta septiembre de 2000, mes en que el contrato quedó resuelto a pedido de ELECTROSUR MEDIO. En tal sentido, el precio habría continuado siendo de US \$ 1.50 más IGV y la cantidad contratada se mantendría en 35 postes. En efecto, como ya se ha indicado, en enero de 2000 la empresa demandante remitió a ELECTROSUR MEDIO un cheque de gerencia por una suma equivalente a 35 postes, que eran los que según ella tenía alquilados a esa fecha.

³⁰ Sobre el particular, en la contestación de la demanda ELECTROSUR MEDIO ha sostenido lo siguiente: *“Se optó por cursar esta carta, toda vez que se había prorrogado el arrendamiento y resultaba pertinente el aviso previo de la resolución. Cabe recordar para tal efecto, lo establecido en el art. 1700 del Código Civil que señala que vencido el plazo del contrato de arrendamiento, 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”.*

³¹ Al respecto, debe tenerse en cuenta lo que señalan los LINEAMIENTOS sobre este tema: *“Sin embargo, recogiendo lo que señala la doctrina puede entenderse como algunos casos que justifican la negativa, la limitación real del aparato productivo para satisfacer la demanda del servicio solicitado, la existencia de factores ocasionales o eventuales que generan una desproporción evidente entre la oferta y la demanda, la escasez de insumos o recursos requeridos para brindar el servicio, el incumplimiento de obligaciones anteriores por parte del adquirente, u otras de naturaleza similar”.*

Sin embargo, CABLE JUNIOR amplió el cableado de sus redes y consecuentemente utilizó más postes de propiedad de ELECTROSUR MEDIO. Así, mediante carta remitida el 03 de abril de 2000, CABLE JUNIOR indicaba a la empresa demandada lo siguiente:

“(...) le recordamos que los postes que hemos utilizados (sic) en Enero del presente año ascienden a 35 postes y en Febrero del 2,000 a 215 postes, por los que hemos efectuado la consignación a razón de \$ 1.50 Dólares Americanos mas I.G.V. por cada poste conforme lo hemos pactado”.

En los meses siguientes, CABLE JUNIOR continuó ampliando el cableado de sus redes. Más aún, luego de resuelto el contrato en septiembre de 2000 CABLE JUNIOR continuó haciendo uso de los postes de la empresa demandada e incrementó sustancialmente el número de postes que utilizaba, pasando de 274 en septiembre de 2000 a 321 en enero de 2001 y llegando hasta 495 postes en noviembre de 2001, tal como puede observarse en el siguiente cuadro:

**Postes de ELECTROSUR MEDIO
Utilizados por CABLE JUNIOR**

	2000	2001
Enero	35	321
Febrero	215	337
Marzo	274	352
Abril	274	360
Mayo	274	360
Junio	274	380
Julio	274	400
Agosto	274	450
Setiembre	274	460
Octubre	274	475
Noviembre	n.d.	495
Diciembre	274	

Fuente: Información presentada por Cable Junior
Elaboración: Secretaría Técnica

El contrato suscrito entre las partes contenía diversas disposiciones relacionadas con la ampliación del número de postes utilizados por CABLE JUNIOR. En efecto, el contrato establecía que para utilizar postes adicionales a los inicialmente acordados, la empresa demandante debía obtener la autorización previa de parte de ELECTROSUR MEDIO³². Para tales efectos, CABLE JUNIOR debía presentar obligatoriamente a ELECTROSUR MEDIO los planos que contengan el trazo y las características de sus cables y circuitos cerrados, para que fueran revisados por esta última empresa, para que posteriormente otorgara la autorización respectiva. De acuerdo con el contrato, dicha autorización debía cuidar de que las instalaciones de CABLE JUNIOR cumplieran con las normas de seguridad contempladas por el Código Nacional de Electricidad³³.

³² El punto 3.5 de la tercera cláusula del contrato establecía lo siguiente: “Si durante la vigencia del presente contrato EL CONCESIONARIO solicita el uso adicional de postes, ELECTRO SUR MEDIO S.A.A., otorgará previamente la autorización, debiendo EL CONCESIONARIO abonar el monto considerado en el inciso 3.1”.

³³ La cuarta cláusula del contrato señalaba lo siguiente: “4.1. EL CONCESIONARIO está obligada (sic) a presentar a ELECTROSUR MEDIO S.A.A. dentro del plazo de siete (7) días calendario, después de la

Si como consecuencia del silencio de las partes en el sentido de resolver el contrato se produjo la continuación del mismo bajo las condiciones en que fue inicialmente pactado, CABLE JUNIOR debió cumplir con obtener la autorización previa de ELECTROSUR MEDIO para ampliar la cantidad de postes que utilizaba.

Sin embargo, mediante carta de fecha 21 de marzo de 2000, ELECTROSUR MEDIO comunicó a CABLE JUNIOR el incumplimiento de dicha obligación en los siguientes términos:

“(...) personal del Dpto. de Distribución en las inspecciones y recorrido efectuadas sobre nuestras líneas ha podido comprobar la utilización inconsulta de mayor cantidad de postes (para el soporte de cable de señal TV) a los que se fijaron en el contrato de alquiler, el cual venció el día 06 de enero 2000. En el primer cuadro (Inspección del 08.02.00) se verifica la existencia de 195 postes en uso por Cable Junior, en el segundo cuadro (Inspección del 08.0300) se verifica la existencia de 245 postes usados. Dicha situación no requiere de mayores explicaciones para comprobar la existencia de acciones unilaterales de Cable Junior, en usar inconsultamente los bienes de Electro Sur Medio S.A.A., siendo mucho más graves cuando no existe contrato ni acuerdo expreso con Electro Sur Medio S.A.A. para dicho uso”.

En referencia a dicha carta, el 22 de marzo de 2000 la empresa demandante comunicó a ELECTROSUR MEDIO lo siguiente:

“Es de pleno conocimiento de su representada que hemos consignado ante el Primer Juzgado de Paz Letrado de esta ciudad el importe de los alquileres de los postes que venimos usando, encontrándonos actualmente al día en nuestros pagos, la que no ha sido objeto de contradicción y oposición por parte de Electro Sur Medio S.A.A. (...). Asimismo, contamos con autorización de su representada para la utilización de los postes que venimos usando en alquiler para el soporte de cable de señal de TV, según consta en la Carta remitida por nuestra empresa y recibida por Uds. el 19 de Diciembre del año próximo pasado, en la que al igual al procedimiento utilizado en meses anteriores, remitimos los planos y/o trazos de ubicación de los postes que actualmente venimos utilizando, que tampoco fue objeto de impugnación u oposición alguna por parte de su empresa; por lo tanto no hemos actuado inconsultamente como indebidamente sostiene en su carta notarial de la referencia”.

De acuerdo con lo anterior, CABLE JUNIOR asumió que el silencio de la empresa demandada respecto de su carta de fecha 19 de diciembre de 1999, en la que le habría remitido los planos y/o trazos de ubicación de los postes en que instalaría sus cables, constituía una autorización para que incrementara el número de postes que podía utilizar³⁴.

cerrados, para la revisión y aprobación respectiva. La documentación deberá estar firmada por un Ingeniero Mecánico Electricista o Electricista Colegiado. (...). El mismo procedimiento se aplicará para cualquier ampliación posterior de las instalaciones. 4.2. La instalación de los cables de EL CONCESIONARIO, sería de cuenta, cargo y riesgo exclusivos de esta empresa, debiendo sujetarse a la autorización previa de esta cláusula que contemple las instrucciones de distancias mínimas de seguridad, uso de retenidas en los cambios de dirección de los cables de TV, disposición de montaje y de otros de carácter técnico que sean necesarios para el cumplimiento de lo prescrito en el Código Nacional de Electricidad”.

³⁴ Adicionalmente, cabe señalar que a pesar de haber obtenido esa presunta autorización para ampliar el número de postes que podía utilizar en diciembre de 1999, CABLE JUNIOR sólo consigné el pago

Sin embargo, como puede comprobarse de las cláusulas contractuales antes mencionadas, CABLE JUNIOR requería obtener la autorización previa de ELECTROSUR MEDIO, lo que implicaba que esta última empresa revisara y aprobara el trazo y características de los cables que pretendía instalar la demandante. Adicionalmente, debe precisarse que del texto de dichas cláusulas no puede deducirse que fuera suficiente el silencio de ELECTROSUR MEDIO para que se entendiera otorgada la autorización.

Pero incluso bajo el supuesto de que efectivamente CABLE JUNIOR hubiera obtenido la autorización de ELECTROSUR MEDIO a través de su silencio, es claro que una vez comunicada la intención de esta empresa de dar por resuelto el contrato en agosto de 2000, CABLE JUNIOR ya no debería haber continuado incrementando el número de postes que utilizaba. En este sentido, en respuesta a una carta que CABLE JUNIOR le enviara el 13 de octubre de 2000, ELECTROSUR MEDIO le comunicó el 16 de octubre que el contrato se entendía resuelto, al haberse cumplido el plazo de 30 días previos a la comunicación de la resolución, agregando además lo siguiente:

“(...) considerando dicha situación, no autorizamos el uso de nuestros postes en las Urbanizaciones Maestro y Raúl Porras Barrenechea como refiere en su carta de la referencia, dejando a su responsabilidad cualquier acción contraria a lo que no estamos consintiendo”.

A pesar de dicha advertencia, CABLE JUNIOR continuó instalando sus cables sobre los postes de la empresa demandada, llegando a utilizar 475 en octubre de 2000.

En tal sentido, CABLE JUNIOR no cumplió con obtener la autorización previa de la empresa demandada para realizar la ampliación de su cableado sobre nuevos postes. Adicionalmente, CABLE JUNIOR continuó ampliando el número de postes que utilizaba, incluso luego de haberse resuelto el contrato. Consecuentemente, aún asumiendo que estuviera probada la negativa de ELECTROSUR MEDIO de renovar el contrato, dicha negativa se encontraría justificada por el incumplimiento de una obligación sustancial del contrato a la cual se había comprometido CABLE JUNIOR.

No obstante, si se considerara que lo anterior no fuera justificación suficiente para negarse a renovar el contrato con CABLE JUNIOR, debe tenerse en cuenta que de acuerdo a la información que obra en el expediente, las instalaciones que esta empresa realizó sobre los postes de ELECTROSUR MEDIO se hicieron sin cumplir con las medidas de seguridad exigidas por las normas del sector eléctrico.

En efecto, de acuerdo con el informe pericial presentado por la empresa demandada, la red de cables instalados por CABLE JUNIOR no cumplían con la distancia mínima de 0.60 metros entre la red secundaria de energía eléctrica y la red de telecomunicaciones establecida por el Código Nacional de Electricidad, así como tampoco utilizaban la ferretería adecuada para sujetar sus cables, empleando en muchos casos alambres³⁵.

por 215 y 274 postes, respectivamente. En tal sentido, tendría que interpretarse que la autorización “ficta” que habría obtenido CABLE JUNIOR le permitiría seguir incrementando el número de postes.

³⁵ En las conclusiones de dicho informe pericial se indica lo siguiente: “(...) **SEGUNDO.-** Se ha verificado que las redes de la Empresa Cable Junior, que se ha instalado en la red de ELECTRO SUR MEDIO con disposición pentafilear, incumplen lo dispuesto en el artículo 4.2.4.4 a) del Código Nacional de Electricidad, el que fija la distancia mínima entre la red secundaria de energía eléctrica y de telecomunicaciones en 0.60 mts, y en la red con disposición autosoportado, los cables de la Empresa Cable Junior se apoyan en los vanos de cables de energía. **TERCERO.-** Se ha verificado que las redes de la Empresa Cable Junior.

Más aún, con fecha 16 de mayo de 2000 el organismo regulador del sector, OSINERG, levantó diversas observaciones a ELECTROSUR MEDIO mediante el acta de inspección N° I-67/19-01-05-20. Estas observaciones estaban referidas a las anomalías técnicas encontradas en las instalaciones de cables realizadas por la demandante, debido a los cruces y paralelismos de líneas eléctricas de baja tensión y los cables de televisión instalados en los postes de dicha empresa. Cabe agregar que dichas observaciones fueron calificadas por el inspector de OSINERG como graves.

En virtud de lo anteriormente señalado, aún de haberse negado a renovar el contrato, ELECTROSUR MEDIO tuvo justificación para hacerlo, en tanto que la ampliación del cableado de la empresa demandante sobre sus postes no sólo se realizó sin contar previamente con su autorización, sino que además le ocasionó problemas de incumplimiento de normas de seguridad del sector eléctrico.

3. ¿Existió una negativa de trato indirecta?

Por último, CABLE JUNIOR ha alegado que el precio de US \$ 2.36 mas IGV por poste que pretendía cobrarle la empresa demandada constituye una negativa indirecta a contratar, por constituir un incremento excesivo respecto de la tarifa inicialmente pactada (más del 57% adicional). En tal sentido, la demandante sostiene que el precio debería fijarse con relación al costo de utilización y mantenimiento de los postes que generan los cables de televisión.

Al respecto, el marco legal vigente establece expresamente que los precios resultan de la oferta y la demanda. La única excepción son los servicios públicos, cuyas tarifas pueden ser fijadas por el Estado siempre que exista una ley de Congreso que lo permita³⁶. En tal sentido, la regla general es que las empresas puedan fijar libremente el precio que consideren adecuado por los bienes o servicios que ofrecen en el mercado, sin que ninguna autoridad administrativa pueda cuestionarlos o atribuirse la facultad de fijarlos en sustitución de aquellas.

En algunos casos, por mandato legal expreso, la autoridad administrativa debe evaluar los precios cobrados por las empresas para determinar si a través de los mismos se ha incurrido en una infracción sancionable. Tal es el caso de OSIPTEL, que para dar cumplimiento a las disposiciones del Decreto Legislativo 701 debe evaluar el precio cobrado por las empresas y determinar si han incurrido en una práctica anticompetitiva. Sin embargo, dicha facultad se limita únicamente a la posibilidad de evaluar si a través del precio fijado las empresas incurren en una infracción y, si se demuestra tal hecho, sancionarla³⁷. La mencionada facultad no se extiende, de ningún modo, a la posibilidad de analizar los costos en que incurren las empresas para luego **fijar** el precio que deberían cobrar en una transacción determinada.

se puede desprender. Esto podría traer consecuencia gravísima que vehículos de carga podrían arrastrar el conductor y hacer colapsar las redes de baja tensión de ELECTRO SUR MEDIO, arrastrando con los postes y cables de energía”.

³⁶ Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada

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

³⁷ 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).

Entender lo contrario supondría asignar a los Cuerpos Colegiados del OSIPTEL una función reguladora de precios para cualquier tipo de bien que se transe en el mercado –como por ejemplo el uso de postes de empresas eléctricas-. Ello no sólo resulta incoherente con la función de aplicar las normas de libre competencia, sino también contrario al marco legal vigente que otorga dicha función exclusivamente al Consejo Directivo del OSIPTEL y sólo respecto de los servicios públicos de telecomunicaciones³⁸.

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

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

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

Finalmente, debe precisarse que de la documentación que obra en el expediente tampoco queda demostrado que ELECTROSUR MEDIO haya impuesto un precio excesivo a la demandante. Por un lado, la cláusula tercera del contrato suscrito por las partes señalaba lo siguiente:

“CLÁUSULA TERCERA. PAGO POR UTILIZACIÓN DE POSTES (...) 3.3. La tarifa para el uso de los postes se mantendrá durante el período contractual y en caso de renovación, deberá ser acordada por las partes con treinta (30) días de anticipación al vencimiento del presente contrato”.

³⁸ 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 otras palabras, las partes habían acordado que al vencerse el plazo del contrato tenían que ponerse de acuerdo sobre el precio que se aplicaría por el uso de los postes para la renovación del mismo. Es decir que al proponer el precio de US \$ 2.36 ELECTROSUR MEDIO estaba procediendo de acuerdo con lo que le permitía el contrato, con la finalidad de llegar a un acuerdo con CABLE JUNIOR para la renovación del mismo.

Adicionalmente, las partes mantuvieron un prolongado período de tratativas, incluyendo negociaciones sobre el precio inicialmente propuesto por ELECTROSUR MEDIO, tal como indica esta empresa en la carta remitida a CABLE JUNIOR con fecha 14 de agosto de 2000:

“A pesar de las innumerables comunicaciones y tratativas personales llevadas a cabo con su representantes (sic), hemos dado nuestras mejores intenciones y buen propósito de mantener una relación armoniosa, siendo tal que incluso propusimos un valor menor (costo unitario de alquiler de poste) al que rige en los contratos que a la fecha mantenemos con otras empresas, y sin embargo, ello tampoco ha sido de contemplación vuestra”.

Más aún, debe considerarse que si bien inicialmente CABLE JUNIOR no se encontraba de acuerdo con el precio propuesto por ELECTROSUR MEDIO, posteriormente señaló haberse puesto de acuerdo sobre dicho precio. En efecto, el 29 de agosto de 2000 ELECTROSUR MEDIO comunicó a CABLE JUNIOR su decisión de dar por resuelto el contrato que había continuado rigiendo bajo los mismos términos. En respuesta a esta carta, el 19 de septiembre de 2000 CABLE JUNIOR expresó lo siguiente:

“El recurrente en todo momento tiene la plena intención de proceder a renovar el contrato respectivo e incluso las partes nos hemos puesto de acuerdo en cuanto al monto por cada poste, sino lo que falta determinarse es el plazo de duración. Por lo que al encontrarnos en tratativas de la renovación del contrato, todo aviso extrajudicial de resolución, esta interrumpido por las tratativas extrajudiciales en que nos encontramos”.

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

VII. ANÁLISIS DEL SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

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

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

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

- La empresa con posición de dominio debe contar con suficiente información sobre la disponibilidad de pago de sus clientes (su precio de reserva), para cobrarle a cada uno o al menos a cada grupo de clientes aquel precio que estén dispuestos a pagar como máximo antes de dejar de comprar el bien.
- No debe ser posible el arbitraje (reventa) o al menos la empresa debe estar en capacidad de evitarlo; de lo contrario quien adquiere al precio más bajo podría tratar de venderle el bien a quien lo adquiere al precio mayor, impidiendo así que se produzca efectivamente la discriminación³⁹.

No toda diferencia de precios constituye una discriminación, mientras que un precio igual para todos los compradores puede resultar discriminatorio. 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 cliente⁴⁰. 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 podría hablarse válidamente de una conducta discriminatoria prohibida por el Decreto Legislativo 701⁴¹.

Existen dos tipos de discriminación de precios. Por un lado, la discriminación perfecta, que se produce cuando el vendedor conoce con exactitud la disponibilidad de pago de cada cliente y le cobra a cada uno su precio de reserva⁴². De otro lado, la discriminación de precios imperfecta, en la cual 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 ineficiencias⁴³, algunos autores consideran

³⁹ CARLTON, D. y PERLOFF, J. *Modern Industrial Organization*; Addison-Wesley (2000), 277.

⁴⁰ HOVENKAMP, H. *Federal Antitrust Policy, the Law of Competition and its Practice*; West Group (1999), 565-567.

⁴¹ 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"*.

⁴² 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.

⁴³ Las principales ineficiencias de la discriminación imperfecta son las siguientes: (i) eleva el precio sobre

que ninguna de ellas supone una restricción de la competencia, por lo cual cuestionan que deba analizarse como una conducta anticompetitiva⁴⁴.

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

En cuanto a los tres requisitos básicos, se ha concluido que, en principio, ELECTROSUR MEDIO contaría con posición de dominio en el mercado relevante. Asimismo, puede afirmarse que no existe posibilidad de arbitraje o reventa, ya que el bien transado es un derecho de uso, lo cual restringe la posibilidad de reventa. Más aún si ELECTROSUR MEDIO tenía los medios para impedir cualquier transacción adicional a la inicialmente pactada sobre dicho bien, puesto que ni CABLE JUNIOR ni otras empresas de cable podrían haber subarrendado el uso o cedido la posición contractual a un tercero sin contar con su autorización⁴⁵.

Finalmente, respecto de la información con que cuenta ELECTROSUR MEDIO 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 en el presente caso, por lo que seguidamente resulta necesario determinar si se produjo efectivamente la discriminación de precios que es objeto de la demanda.

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

⁴⁴ HOVENKAMP, Op. Cit., 569-570.

⁴⁵ Los contratos suscritos por ELECTROSUR MEDIO no contienen disposiciones al respecto y 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".*

Al respecto, el cuadro siguiente muestra los precios que cobró ELECTROSUR MEDIO a las distintas empresas que arrendaron sus postes. En dicho cuadro se puede observar que dicha empresa cobra distintos precios y también que el precio inicialmente aplicado a CABLE JUNIOR era el menor de ellos. Sin embargo, el precio de US \$ 2.36 que fijó para efectos de la renovación del contrato si era más alto que los precios cobrados a las otras empresas de televisión por cable, aunque seguía siendo inferior al precio cobrado a otra empresa que presta servicios públicos de telecomunicaciones (Bellsouth S.A.).

Condiciones de los Contratos de Alquiler de Postes de ELECTROSUR MEDIO

	Precio	Plazo de Vigencia		Zona de Concesión
Cable Junior	\$1.50 + IGV	06/01/99 - 06/01/00	Vencido (sigue en uso sin pagar)	Distrito de Ica
Cable Sur S.A.C.	\$ 2.00 + IGV	24/02/00 - 24/02/01	No se renovó, contrato de duración indeterminada	Ciudad de Chincha
Bellsouth Perú S.A.	\$ 3.00 + IGV	01/03/00 - 01/03/01	Se renovó automáticamente	Provincia de Ica (incluidos distritos)
TV Radio Difusión Bahía E.I.R.L.	\$ 1.5 trimestral (según acta liquidación)	10/98 – 05/00	Sigue en uso sin pagar	Cuidad de Pisco
Cable Junior (proyecto)	\$ 2.36 + IGV	070/1/00 - 07/01/01		Distrito de Ica

Fuente: Contratos presentados por ELECTROSUR MEDIO
Elaboración: Secretaría Técnica

En cuanto a las posibles razones que podrían sustentar que se trataba de distintas transacciones que ameritaban precios diferentes o que no se trataba de clientes similares, ELECTROSUR MEDIO se ha limitado a señalar que los postes son de su propiedad y que el uso de los mismos para soporte de cables de televisión no se encuentra sujeto a regulación de precios, por lo que habiendo sido producto del acuerdo entre las partes no procede el cuestionamiento de los contratos en la vía administrativa.

Al respecto, cabe precisar que si bien el alquiler de postes para el tendido de redes de televisión por cable no se encuentra sujeto a regulación de precios, ello no significa que la propietaria de los postes pueda cobrar precios discriminatorios que coloquen a una empresa prestadora de servicios públicos de telecomunicaciones en situación desventajosa frente a otras. En tal caso, correspondería al Cuerpo Colegiado del OSIPTEL respectivo determinar si existe una práctica de discriminación de precios prohibida por el artículo 5 inciso b) del Decreto Legislativo 701 y, de ser el caso, ordenar el cese de la misma aplicando las sanciones a que hubiera lugar.

En tal sentido, luego de evaluar las razones esgrimidas por ELECTROSUR MEDIO, puede concluirse que no ha demostrado que existan razones de negocios que justifiquen la diferenciación de precios antes mencionada, por lo que correspondería analizar si como producto de ella se generó un daño a la competencia y al mercado.

Para determinar si existió un daño al mercado tendría que identificarse si como consecuencia de la práctica discriminatoria se colocó a un competidor en situación

desventajosa frente a otro. 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 el distrito de Ica es CABLE JUNIOR. En tal sentido, la discriminación no tendría un efecto anticompetitivo, ya que, en principio, no colocaría a CABLE JUNIOR en desventaja frente a un competidor.

Sin embargo, la desventaja competitiva no sólo debe evaluarse respecto de la competencia actual que existe en el mercado, sino también considerando la competencia potencial que podría enfrentar CABLE JUNIOR. Sobre el particular, la demandante podría enfrentar la competencia potencial de las empresas de televisión por cable que operan en otras zonas de concesión y en especial de las empresas que operan en otras ciudades o distritos que pertenecen a la zona concesión de ELECTROSUR MEDIO.

En efecto, las empresas de televisión por cable que han contratado el uso de los postes de ELECTROSUR MEDIO en zonas distintas al distrito de Ica podrían pretender ampliar su zona de concesión a este distrito, aprovechando que la empresa eléctrica les cobra un precio menor al que aplica a CABLE JUNIOR por el alquiler de postes. En tal virtud, la aplicación de una política de discriminación de precios por parte de ELECTROSUR MEDIO sí podría colocar en situación de desventaja competitiva a la empresa demandante.

No obstante lo anterior, ELECTROSUR MEDIO no llegó a aplicar el precio de US\$ 2.36 a CABLE JUNIOR y esta empresa continuó utilizando los postes de la primera consignando únicamente el precio inicialmente pactado de US\$ 1.50 más IGV, inclusive después de que la demandada le comunicara su intención de dar por resuelto el contrato. De acuerdo con ello, mal podría afirmarse que ELECTROSUR MEDIO aplicó un precio discriminatorio que generó una restricción de la competencia en el mercado relevante poniendo en situación desventajosa a la empresa demandante.

De acuerdo con todos los argumentos previamente expuestos, esta Secretaría Técnica concluye que la tarifa que pretendió aplicar ELECTROSUR MEDIO por el uso de sus postes a la empresa CABLE JUNIOR no ha generado un trato discriminatorio prohibido por el artículo 5° inciso b) del Decreto Legislativo 701.

VIII. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El análisis realizado en el presente documento sobre la controversia iniciada por CABLE JUNIOR contra ELECTROSUR MEDIO ha permitido obtener las siguientes conclusiones:

- CABLE JUNIOR cuenta con legitimidad para obrar en el presente procedimiento, puesto que mientras no sea declarada formalmente la nulidad de la transferencia de la concesión otorgada a favor de CABLE JUNIOR, la misma debe presumirse como válida.
- La presente controversia versa sobre un supuesto abuso de posición de dominio que no depende de la vigencia del contrato de uso de postes suscrito entre las partes, por lo cual la Sentencia emitida por el Poder Judicial declarando resuelto dicho contrato no ha ocasionado la sustracción de la materia controvertida del ámbito de OSIPTEL.

- El mercado relevante correspondiente a la controversia es el uso de postes propios de CABLE JUNIOR –en determinadas zonas- como de ELECTROSUR MEDIO y de TELEFÓNICA que pueden ser utilizados, bajo la figura del arrendamiento, en el distrito de Ica por los concesionarios del servicio de Televisión por Cable como insumo para prestar este servicio de difusión.
- En lo que respecta a la posición de dominio, se ha considerado que ELECTROSUR MEDIO ostenta dicha posición en el mercado relevante, considerando que: i) es la que mayor presencia registra, ii) existen barreras de acceso en determinadas zonas (restricciones municipales que impiden la instalación de postes propios), aunque ello no permite concluir que en el presente caso los postes de la empresa demandada constituyan una facilidad esencial; y finalmente, iii) una de las características más importantes de las industrias que operan sobre redes es la continuidad de las mismas, por lo que es recomendable analizarlas en conjunto y no fragmentadamente.
- ELECTROSUR MEDIO no se negó a renovar el contrato de alquiler de postes suscrito el 06 de enero de 1999, sino que trató en varias oportunidades de llegar a un acuerdo con CABLE JUNIOR, pero no tuvo éxito debido a la discrepancia entre las partes sobre las condiciones aplicables.
- Aún si ELECTROSUR MEDIO se hubiera negado a renovar el contrato, habría tenido justificación para hacerlo, en tanto que la ampliación del cableado de la empresa demandante sobre sus postes no sólo se realizó sin contar previamente con su autorización, sino que además le ocasionó problemas de incumplimiento de normas de seguridad del sector eléctrico.
- El presente caso se refiere a una negativa de trato arbitraria, puesto que no existen pruebas o indicios de que ELECTROSUR MEDIO tenga incentivos para restringir la competencia en el mercado de CABLE JUNIOR. En tal sentido, la conducta de ELECTROSUR MEDIO no puede considerarse una negativa indirecta de trato a través de un precio excesivo, ya que no existe ningún medio probatorio que pueda hacer suponer que la fijación de dicho precio podría tener una intención anticompetitiva.
- ELECTROSUR MEDIO no llegó a aplicar el precio de US \$ 2.36 a CABLE JUNIOR y esta empresa continuó utilizando los postes de la primera consignando únicamente el precio inicialmente pactado de US \$ 1.50 más IGV, inclusive después de que la demandada le comunicara su intención de dar por resuelto el contrato. En consecuencia no se produjo la aplicación de un precio discriminatorio que generara una restricción de la competencia en el mercado relevante poniendo en situación desventajosa a la empresa demandante.
- De acuerdo con todo lo anterior, se recomienda al Cuerpo Colegiado declarar infundada en todos sus extremos la demanda planteada por CABLE JUNIOR.

ANA ROSA MARTINELLI
GERENTE DE RELACIONES EMPRESARIALES

