

TRIBUNAL DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS

Resolución N° 019-2003-TSC/OSIPTEL

EXPEDIENTE : 009-2000
PARTES : Empresa de Telecomunicaciones Multimedia Alfa E.I.R.L. **(Alfatel)** contra Telefónica del Perú S.A.A. **(Telefónica)**.
MATERIA : Supuesto acto de abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato.
APELACIÓN : Resolución N° 039-2003-CCO/OSIPTEL, que declaró fundada la demanda de Alfatel e impuso una multa de 25 UIT a Telefónica.

SUMILLA: Se confirma la Resolución N° 039-2003-CCO/OSIPTEL en los extremos que declaró fundada la demanda presentada por Alfatel contra Telefónica por abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato, que dispuso que la demandada satisfaga la solicitud de arrendamiento de postes efectuada por la demandante y que impuso a Telefónica una multa de 25 UIT.

Lima, 30 de junio del año 2003.

VISTO:

El recurso de apelación, del 29 de enero del año 2003, presentado por Telefónica mediante el cual solicita que el Tribunal de Solución de Controversias revoque la Resolución N° 039-2003-CCO/OSIPTEL, del 20 de enero del año 2003, en los extremos que declaró que la demandada cuenta con posición de dominio en el mercado y que consideró que Telefónica obtenía un beneficio a través de la negativa de trato denunciada.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. El 27 de septiembre del año 2001, Alfatel envió a Telefónica una comunicación para solicitarle que le arriende sus postes para el tendido de su red para prestar el servicio público de distribución de radiodifusión por cable (en adelante televisión por cable) en el Centro Poblado de Huaycán del distrito de Ate-Vitarte (en adelante Huaycán)¹.

¹ Mediante Resolución Ministerial N° 417-2001-MTC/15.03, del 12 de septiembre del año 2001, Alfatel obtuvo la concesión para prestar el servicio de televisión por cable en Huaycán.

Resolución N° 019-2003-TSC/OSIPTEL

2. Al no recibir una respuesta de parte de Telefónica, el 16 de octubre del año 2001 Alfatel volvió a remitirle una comunicación reiterándole el pedido de arrendamiento de sus postes en Huaycán.
3. El 29 de noviembre del año 2001, Alfatel interpuso una demanda ante OSIPTEL contra Telefónica por supuesto abuso de posición de dominio al negarse injustificadamente a suscribir con la demandante un contrato de arrendamiento de postes. Los principales argumentos de la demanda fueron los siguientes:
 - Telefónica no ha dado respuesta a sus solicitudes para el arrendamiento de sus postes de Huaycán, lo cual perjudica a la demandante por no poder iniciar sus operaciones.
 - Esta conducta constituye una negativa injustificada a contratar, lo que implica un acto de abuso de posición de dominio.
 - La instalación de postes por parte de Alfatel en Huaycán no resulta conveniente ya que lo que debe buscarse es el abaratamiento de costos y no exigir que cada empresa instale su propia planta de postes, por los costos que ello involucraría. Asimismo, esto generaría un problema de ornato de las ciudades.
 - Existe una empresa vinculada de Telefónica que presta servicios de televisión por cable y a la que la demandada sí le arrienda sus postes, con lo cual es posible que Telefónica desee beneficiar a su vinculada evitando que hayan empresas que puedan competir con ella.
4. El 08 de enero del año 2002, Telefónica contestó la demanda presentada por Alfatel sustentándose principalmente en los siguientes argumentos:
 - Alfatel podría solicitar indistintamente el alquiler de postes tanto a Telefónica como a Luz del Sur S.A.A.
 - A diferencia de Telefónica, Luz del Sur S.A.A. alquila su infraestructura, por lo que esta empresa se encuentra en mejores condiciones que Telefónica para la prestación del servicio en cuestión.
 - La capacidad de los postes de Telefónica en Huaycán no permite introducir peso adicional de otros cables que no sean los de la propia empresa; Telefónica tendría que incurrir en costos o riesgos adicionales no previstos comercialmente para prestar el servicio requerido por Alfatel (cambiar el diseño de niveles de anclaje, mayor inversión económica para reforzar la estructuras, costos de seguridad y mantenimiento).
 - No puede considerarse que Telefónica participa en el mercado de arrendamiento de postes por las limitaciones técnicas, comerciales y administrativas existentes y que pueden retardar su ingreso en dicho mercado.
 - El silencio de Telefónica ante las solicitudes de arrendamiento de postes de Alfatel es legítimo y no puede ser calificado a priori como ilegal. Para ello tendría que demostrarse que existía una intención de depredar el mercado. Telefónica no ha previsto como línea de negocio el alquiler de su red de postes por lo que no puede presumirse que su conducta tenga una intención anticompetitiva.

Resolución N° 019-2003-TSC/OSIPTEL

5. Con fecha 20 de enero del año 2003, el Cuerpo Colegiado Ordinario encargado de conocer la presente controversia (en adelante el CCO) emitió la Resolución N° 039-2003-CCO/OSIPTEL, mediante la cual decidió lo siguiente:
 - El bien requerido por Alfatel es la cobertura de red de Telefónica -producto en cuestión- por lo que deben identificarse los sustitutos de dicha cobertura.
 - El mercado relevante es el de alquiler de espacio en postes de Telefónica y de Luz del Sur S.A.A. que puede ser utilizado por Alfatel para el servicio de televisión por cable en Huaycán, restringido a la cobertura de la red de Telefónica; incluyendo además el servicio de arrendamiento de red (transporte de señal).
 - Telefónica y Luz del Sur cuentan con posición de dominio conjunta en el mercado relevante.
 - Existió una negativa de trato de Telefónica constituida inicialmente por la demora en la respuesta a las solicitudes de Alfatel, a pesar que en otros casos similares había respondido brevemente y, posteriormente, por su decisión de no alquilar espacio en sus postes a Alfatel, manifestada dentro del procedimiento.
 - Telefónica incurrió en una negativa injustificada de trato ya que los postes de su propiedad ubicados en Huaycán contaban con capacidad disponible para soportar mayor carga de cables u otros equipos como los de la demandante. Telefónica no acreditó que requería utilizar dicha capacidad disponible para los planes de expansión de su red, según sus estimaciones de crecimiento. Tampoco demostró que incurriría en costos excesivos por prestar el servicio solicitado por Alfatel.
 - La negativa de trato de Telefónica limitó la posibilidad que ingrese un nuevo agente a prestar el servicio de televisión por cable en Huaycán, que potencialmente podría haberse constituido en competencia de su empresa vinculada (Telefónica Multimedia S.A.C.). En tal virtud, corresponde sancionar a Telefónica con una multa ascendente a 25 UIT.
6. El 29 de enero del año 2003, Telefónica presentó recurso de apelación contra la Resolución N° 039-2003-CCO/OSIPTEL, respecto de los extremos en que declaró que Telefónica: (i) contaba con posición de dominio en el mercado; y (ii) consideró obtenía un beneficio a través de la negativa de trato denunciada. Los argumentos que sustentaron su apelación fueron los siguientes:
 - La resolución viola el derecho de defensa al haber no haber realizado un correcto análisis para determinar el verdadero poder de mercado de Telefónica.
 - La instalación de postes propios por parte de Alfatel sí constituyen sustitutos de los postes de Telefónica, y el MMDS es una modalidad que compite válidamente con el cable alámbrico u óptico de Telefónica.
 - El mercado geográfico relevante debe delimitarse en función al área de concesión de Alfatel, es decir, Huaycán.
 - El mercado relevante es el de arrendamiento de infraestructura útil para el servicio de televisión por cable en el distrito de Ate-Vitarte.
 - Luz del Sur S.A.A. cuenta con una red de postes más amplia en Huaycán, por lo que es indiferente utilizar esta red o la de Telefónica. Dicha empresa cuenta

Resolución N° 019-2003-TSC/OSIPTEL

con una cobertura de red mucho mayor que la de Telefónica, por lo que es ella quien tiene posición de dominio en el mercado.

- Para que exista posición de dominio conjunta necesariamente las empresas analizadas deben tener incentivos de actuar conjuntamente de manera coordinada y en el presente caso no se ha determinado que Telefónica y Luz del Sur S.A.A. tengan tales incentivos, por el contrario tienen incentivos encontrados.
- No existe evidencia que Telefónica pretenda monopolizar el mercado de cable con su negativa a arrendar, incluso el número de empresas de cable ha aumentado sin necesidad de contar con la red aérea de Telefónica.
- La filial de Telefónica en televisión por cable no tiene presencia en el mercado relevante por lo que ni Telefónica ni su filial pueden haber obtenido beneficios de ninguna naturaleza a raíz de la práctica denunciada.

7. El 06 de febrero del año 2003, Alfatel absolvió el traslado de la apelación manifestando lo siguiente:

- Telefónica no precisó cuál fue la violación de su derecho de defensa, lo cual constituye actuación temeraria por parte de esta empresa.
- La actitud de Telefónica constituye una negativa injustificada de trato aún cuando esta empresa haya recurrido a *“formas de negativa más sofisticadas”* como fue omitir dar respuesta a las solicitudes de Alfatel.
- Alfatel no puede instalar sus propios postes porque no puede despilfarrar infraestructura cuando lo que se necesita es dar mayor cantidad de servicios a buenos precios y de buena calidad.
- Telefónica tiene posición de dominio en el mercado ya que goza de la suficiente fuerza económica como para tener la posibilidad de actuar de manera independiente de sus competidores.

8. Mediante Resolución N° 041-2003-CCO/OSIPTEL, del 10 de febrero del año 2003, el CCO concedió el recurso de apelación presentado por Telefónica contra la Resolución N° 039-2003-CCO/OSIPTEL. El expediente fue elevado al Tribunal de Solución de Controversias el 14 de febrero del año 2003.

II. CUESTIÓN PROCESAL PREVIA

9. En la apelación la recurrente sostuvo que se había vulnerado su derecho de defensa al no haberse realizado un correcto análisis para determinar el verdadero poder de mercado de Telefónica.
10. El principio del debido procedimiento garantiza el ejercicio del derecho de defensa protegiendo al administrado de cualquier estado de indefensión frente a los órganos administrativos². La garantía de defensa como efectiva posibilidad de

² El principio del debido procedimiento contenido en el Título Preliminar de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aplicable a este procedimiento según lo dispuesto por su primera disposición transitoria, señala lo siguiente: *“Principio del debido procedimiento. Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y*

Resolución N° 019-2003-TSC/OSIPTEL

participación en el procedimiento comprende el derecho a exponer sus argumentos, ofrecer y producir pruebas, obtener una decisión motivada y fundamentada en derecho e impugnar dicha decisión³.

11. En el presente caso, Telefónica ha tenido oportunidad de exponer su posición y ejercer plenamente su derecho de defensa en las distintas etapas del procedimiento. En efecto, no sólo ha planteado su posición sino que ha ofrecido las pruebas correspondientes durante la etapa probatoria, ha tomado conocimiento del informe de la Secretaría Técnica del CCO y ha presentado sus alegatos respecto del mismo, teniendo la oportunidad de realizar un informe oral ante el CCO antes que éste emitiera la resolución materia de apelación. Asimismo, ha obtenido una decisión final de primera instancia motivada y fundamentada en derecho. Finalmente, ha tenido la oportunidad de cuestionar la referida decisión del CCO, como lo demuestra la apelación presentada.
12. Si Telefónica no se encuentra de acuerdo con la valoración de la prueba efectuada por el CCO respecto del poder de mercado de la demandada, ello no supone una violación del principio del debido procedimiento, sino una distinta valoración de la prueba producida dentro del procedimiento, constituyendo una cuestión de fondo materia de la apelación que será objeto de posterior análisis.
13. En tal sentido, el Tribunal de Solución de Controversias considera que Telefónica no se ha encontrado en ningún momento en estado de indefensión dentro del presente procedimiento de solución de controversias. En consecuencia, no corresponde admitir los argumentos de Telefónica en el sentido que se ha violado su derecho de defensa.

III. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

14. La cuestión en discusión, en el presente caso, consiste en determinar si Telefónica ostenta posición de dominio en el mercado relevante.
15. También es cuestión en discusión determinar si la negativa injustificada de trato de Telefónica tuvo como efecto una restricción de la competencia, en beneficio de la demandada.

IV. ANÁLISIS

4.1 Posición de dominio de Telefónica

16. El CCO concluyó en la resolución apelada que el mercado relevante era el alquiler de espacio en postes de Telefónica y de Luz del Sur S.A.A. que pueden ser utilizados por Alfatel para el servicio de televisión por cable en la zona de Huaycán

producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundamentada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo”.

³ DROMI, Roberto. Derecho Administrativo, (Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1995), pags.767-768.

Resolución N° 019-2003-TSC/OSIPTEL

pero restringida a la cobertura de la red de Telefónica. Adicionalmente, en opinión del CCO, el mercado relevante también incluía el servicio de arrendamiento de red que prestaba la demandada a Telefónica Multimedia S.A.C. (transporte de señal), en caso que Alfatel recién fuera a decidir si prestaba sus servicios a través de su propia infraestructura de cables y equipos o si lo hacía solicitando el transporte de señal de otra empresa.

Adicionalmente, el CCO concluyó que Telefónica y Luz del Sur S.A.A. contaban con posición de dominio conjunta en el mercado relevante porque: (i) Luz del Sur S.A.A. tenía la misma cobertura de red en el área de Huaycán que Telefónica, por lo que la presencia de ambas en el mercado es equivalente; (ii) existían barreras a la entrada y a la salida del mercado, por lo que el mismo era poco dinámico; (iii) dichas empresas tenían suficiente información como para considerar que no existían incentivos para que compitieran; y, (iv) la capacidad de respuesta de los clientes del servicio relevante era bastante limitada.

17. En la apelación Telefónica planteó diversos argumentos para cuestionar la definición del mercado relevante que había considerado el CCO, así como el análisis realizado por éste para concluir que la demandada y Luz del Sur S.A.A. tenían posición de dominio conjunta en dicho mercado.
18. El primer argumento planteado por Telefónica fue que aunque cuenta con postes instalados en Huaycán ello no es prueba o condición suficiente para considerar que participa en el mercado, puesto que nunca ha ofrecido sus postes en arrendamiento a ninguna empresa ni ha planeado dedicarse a esta actividad.
19. Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que la definición del mercado relevante en procedimientos por infracción a las normas de libre competencia se sustenta en una metodología generalmente aceptada y aplicada por las autoridades de defensa de la competencia. Dicha metodología incluye dentro del mercado relevante no sólo al producto o servicio materia de la denuncia, sino a bienes no idénticos pero que bajo determinadas circunstancias –principalmente ligadas con el precio de los mismos y a la elasticidad de demanda- pueden constituir sustitutos de aquellos. En tal sentido, deben considerarse como parte del mercado relevante a todas aquellas empresas que proveen o pueden proveer el bien en cuestión así como los sustitutos del mismo⁴.

⁴ La consideración del bien objeto de la denuncia y de todos los sustitutos adecuados del mismo –y por ende de sus proveedores actuales y potenciales- se encuentra en estudios académicos: LANDES, W. y POSNER, R., “Market Power in Antitrust Cases” en: Harvard Law Review, 1981, Vol 94, N° 5, pags. 972-976. BRIONES, Juan. “Market Definition in the Community’s Merger Control Policy” en: European Community Law Review, 1994, N° 4, pags. 198-200. Asimismo, se contempla en manuales para el establecimiento de políticas de competencia en países en vías de desarrollo: KONRATH, Craig. Guía Práctica para la Ejecución de la Ley Antimonopolio para una Economía en Transición. Colombia, s/f, ps.93-98. KHEMANI, Shyam y otros, A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy. United States of America, 1998, pags. 11-14. Este criterio también se encuentra expresamente en los lineamientos de reconocidas autoridades de defensa de la competencia: U.S. Department Of Justice – Federal Trade Commission. Horizontal Merger Guidelines. 1992, sección 1.1. Comisión Europea.

20. Uno de los criterios tomados en cuenta para identificar a las empresas proveedoras, actuales o potenciales, del bien en cuestión y de sus sustitutos, es analizar si empresas que no se encuentran actualmente ofreciendo dichos bienes pueden hacerlo en el corto plazo y sin mayores dificultades o, en otras palabras, sin incurrir en costos significativos para ello. Esto sucede, por ejemplo, cuando la producción conjunta de diversos bienes por parte de una empresa resulta menos costosa que si sólo produjera uno o algunos de ellos⁵.

En tal sentido, debe considerarse como parte del mercado relevante no sólo a las empresas que ofrecen efectivamente el bien requerido, sino también a aquellas que aunque no lo brindan actualmente pueden hacerlo potencialmente, en especial si cuentan con la capacidad instalada para hacerlo sin incurrir en costos significativos.

21. En el presente caso se ha probado que la infraestructura de postes de propiedad de Telefónica instalada en Huaycán tiene capacidad disponible para soportar mayor carga de cables u otros equipos. Además, se ha acreditado que la demandada no requiere utilizar dicha capacidad disponible para los planes de expansión de red que pretende ejecutar según sus estimaciones de crecimiento. Cabe agregar que tales hechos no han sido materia de cuestionamiento en la apelación.

En tal virtud, corresponde considerar que Telefónica participa en el mercado de arrendamiento de postes de Huaycán.

22. El segundo argumento de Telefónica fue que el CCO había desechado incorrectamente como sustitutos del arrendamiento de postes tanto la instalación de postes propios por parte de Alfatel, como la utilización del MMDS. Telefónica sostuvo que el tiempo requerido para la instalación de postes propios no constituía un elemento relevante considerando el tipo de negocio de Alfatel y que, además, existían otras empresas de televisión por cable que cuentan con postes propios, lo que indicaba que era una posibilidad viable. Asimismo, señaló que el canon pagado para utilizar el sistema MMDS no es muy superior al monto que pagaría Alfatel por el alquiler de postes de terceros o por la instalación de postes propios.
23. Respecto de la posibilidad de instalación de postes propios por parte de Alfatel, ha quedado demostrado durante la tramitación del procedimiento en primera instancia, que los costos vinculados con dicha instalación son considerables y que el tiempo requerido para ello hace que en el corto plazo no puedan considerarse efectivamente como sustitutos de los postes existentes en Huaycán. El análisis de

Comunicación de la Comisión Relativa a la Definición de Mercado de Referencia a efectos de la Normativa Comunitaria en Materia de Competencia. 1997, puntos 13, 20, 21, 24.

⁵ BISHOP, S. y WALKER, M. Economics of E.C. Competition Law: Concepts, Application and Measurement (London, Sweet & Maxwell, 1999), pags. 51-52 y 55-56. HOVENKAMP, Herbert. Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice (St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1994), pags. 96-98. KHEMANI, Op. Cit., pag. 16.

Resolución N° 019-2003-TSC/OSIPTEL

sustitución busca definir si existen hechos que limitan dicha sustitución en un plazo razonable, dado que ello podría hacer que la sustitución no fuera posible en lo económico. Dadas las características de la instalación de una red de postes, si bien no puede afirmarse que sea una opción imposible, debe reconocerse que esta alternativa no podría darse en el corto plazo, lo cual limita evidentemente el nivel de sustitución.

24. Además, si bien existen empresas de televisión por cable que han instalado postes propios para la prestación de sus servicios, son muy pocas en comparación con las empresas concesionarias que utilizan postes de terceras empresas para instalar sus redes de cables. De acuerdo con la información que obra en el expediente y la disponible en otro expediente elevado en apelación al Tribunal de Solución de Controversias⁶, se ha estimado que sólo 4 de 138 empresas de televisión por cable en el Perú han instalado postes propios, y éstas sólo los utilizan en parte de su red, requiriendo arrendar postes de terceras empresas⁷.
25. En cuanto al sistema MMDS como alternativa a la prestación del servicio a través de cables, debe precisarse que esta modalidad de prestación del servicio utiliza el espectro radioeléctrico. Dada su naturaleza de recurso escaso, la asignación del espectro radioeléctrico debe efectuarse necesariamente a través de una convocatoria pública para el otorgamiento del permiso correspondiente. Hace varios años que no se realiza una convocatoria para otorgar el uso del espectro radioeléctrico para MMDS en la ciudad de Lima y no existen fechas programadas por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones para la realización de tal convocatoria. En tal sentido, la utilización del sistema MMDS enfrenta una limitación de carácter legal, por lo que en los hechos no puede considerarse como un sustituto del arrendamiento de postes.
26. De acuerdo con lo señalado, no puede afirmarse que la instalación de postes propios por parte de Alfatel o la utilización del sistema MMDS sean sustitutos adecuados del uso de postes de propiedad de terceras empresas que ya se encuentran instalados en Huaycán.
27. Otro argumento de la recurrente fue que debía considerarse como mercado geográfico todo Huaycán, por ser el área de concesión otorgada a Alfatel y por ser la zona a la que se circunscribió el pedido de arrendamiento de postes formulado por la demandante.
28. El mercado geográfico en procedimientos por abuso de posición de dominio es el área donde se transa el bien en cuestión y los sustitutos del mismo en condiciones de venta similares para el comprador. Así, en el caso de productos, el mercado

⁶ Expediente N° 007-2001, en particular en la Resolución N° 034-2002-CCO/OSIPTEL, correspondiente al procedimiento de solución de controversias iniciado por Cable Junior S.A. en contra de Electro Sur Medio S.A. por presuntos actos de abuso de posición de dominio.

⁷ Así, por ejemplo, Cable Junior utiliza postes propios para soportar los cables que salen de su cabecera pero no para los cables de acometida, mientras que Telecable Siglo XXI solo tiene postes propios para soportar los cables de acometida.

Resolución N° 019-2003-TSC/OSIPTEL

geográfico incluye las zonas donde se encuentran los proveedores alternativos del comprador, es decir, aquellos que pueden venderle el producto relevante en vez de la empresa denunciada, considerando para ello los costos en que incurriría el comprador por adquirirlos de dichos proveedores –por ejemplo, los costos de transporte requeridos para llegar al lugar de venta del proveedor alternativo-⁸.

No obstante, en el caso de servicios y en particular de aquellos relacionados con el uso de infraestructuras fijas, el mercado geográfico se circunscribe al área donde se encuentra instalada dicha infraestructura y en la que puede encontrarse instalada otra infraestructura de similares características que le sirva de sustituto.

29. Este es el caso del servicio de arrendamiento o uso de postes por parte de las empresas de televisión por cable. Los postes tienen la naturaleza de bien fijo y constituyen una red de infraestructura que permite atender a los usuarios domiciliados en los inmuebles ubicados donde se encuentra dicha red. Adicionalmente, en estos casos el mercado geográfico también queda determinado por el área de concesión que ha sido otorgada para brindar el servicio de televisión por cable, ya que la empresa sólo podrá sustituir la red de postes requerida dentro de su área de concesión⁹.
30. Como insumo para la prestación del servicio de televisión por cable, los postes permiten ofrecer el servicio en los domicilios ubicados en el área en que se encuentran instalados los postes requeridos. En tal sentido, el interés de una concesionaria de televisión por cable al solicitar el arrendamiento de postes es prestar servicios a los residentes domiciliados en el área de cobertura de red de los postes que utiliza. Siendo ello así, el mercado geográfico en este tipo de casos debe circunscribirse al área de cobertura de la red de postes requerida.
31. Alfatel tiene concesión para brindar servicios en Huaycán y su intención era brindar servicios en el área en que se encontraban instalados los postes de Telefónica, de acuerdo con los requerimientos efectuados a esta empresa y según los términos de la demanda¹⁰. En tal virtud, debe concluirse que el mercado geográfico para la presente controversia se restringe al área de cobertura de la red de postes de Telefónica en Huaycán.

⁸ KONRATH, Op. Cit., pags. 102-106. KHEMANI, Op. Cit., pags. 13-14.

⁹ Así, por ejemplo, una empresa que tiene concesión para prestar servicios en San Borja no podrá buscar una red de postes sustituta ubicada en el distrito de Magdalena o de San Juan de Lurigancho.

¹⁰ Mediante carta del 26 de septiembre del año 2001 Alfatel expresó lo siguiente a Telefónica: “(...) *requerimos a ustedes se sirvan arrendarnos sus postes en la zona del Centro Poblado de Huaycán (...)*”. Posteriormente, mediante carta del 16 de octubre del año 2001 Alfatel planteó a la recurrente lo siguiente: “(...) *reiteramos a ustedes nuestro pedido de 27.SET.01 para que sirvan arrendarnos sus postes en la zona del Centro poblado de Huaycán (...)*”.

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

Resolución N° 019-2003-TSC/OSIPTEL

32. Un cuarto argumento de Telefónica fue que, aún si se consideraba que la recurrente participa en el mercado relevante, no contaría con posición de dominio ya que la red de postes de Luz del Sur S.A.A. en Huaycán tiene una cobertura mucho mayor que la red de la demandada. En opinión de Telefónica, considerando todo Huaycán como mercado relevante y el número de postes instalados en dicha zona como criterio para definir la cobertura, Luz del Sur S.A.A. tendría el 81.65% de participación mientras que la recurrente sólo contaría con el porcentaje restante¹¹.
33. Sobre el particular, debe señalarse que el cálculo efectuado por Telefónica considera como mercado relevante todo Huaycán, por lo que toma en cuenta todos los postes instalados en dicha área por Luz del Sur S.A.A. Sin embargo, como ya se ha indicado, el mercado relevante se encuentra circunscrito al área de cobertura de la red de Telefónica y es en función de ella que debe determinarse la presencia de las empresas en el mercado.

Así, lo relevante para medir la presencia de las empresas en el mercado relevante es considerar el área cubierta por la red de Telefónica, que es la red que Alfatel requiere utilizar –red en cuestión-, y luego identificar a las otras empresas que cuentan con una red que cubra esa misma extensión o al menos parte de ella, definiendo su presencia en función de la red en cuestión.

34. En el presente caso, se encontró que las únicas empresas que tienen postes instalados en Huaycán son Luz del Sur S.A.A. y Telefónica. Asimismo se definió que la red de la primera de ellas cubre la misma extensión que la red de Telefónica y que, además, también abarca otras zonas a las que no se extiende la red de esta última.

Estas zonas no pueden considerarse para determinar la presencia de dichas empresas en el mercado relevante –como pretende Telefónica-, puesto que ello supondría incluir dentro del mercado una cobertura de red no deseada por la demandante, es decir, ampliar sin justificación el servicio relevante para la controversia. Utilizar la mayor cobertura de Luz del Sur S.A.A. para medir la presencia de las empresas no tiene otro efecto que diluir la presencia de la recurrente en el mercado relevante, lo cual daría lugar a poner en tela de juicio la posición de dominio de la recurrente al incluir una cobertura de red no deseada por la demandante.

35. Considerando lo anterior, debe concluirse que la presencia de Telefónica y Luz del Sur S.A.A. en el mercado relevante es similar, en tanto que ambas empresas tienen una red de postes con una cobertura equivalente.
36. Por ultimo, Telefónica señaló también que la posición de dominio conjunta requiere que las empresas que se encuentren en dicha situación tengan incentivos para actuar de manera coordinada, pero en el presente caso no se ha determinado que

¹¹ Este porcentaje resulta de comparar los 1,355 postes que tiene instalados Telefónica en Huaycán frente a los 6,030 postes que tiene Luz del Sur S.A.A. según la información que obra en el expediente.

Resolución N° 019-2003-TSC/OSIPTEL

Telefónica y Luz del Sur S.A.A. tuvieran dichos incentivos sino que, por el contrario, tenían intereses encontrados.

37. Al respecto, el artículo 4º del Decreto Legislativo 701 reconoce que una o varias empresas pueden ostentar posición de dominio cuando se encuentran en capacidad de actuar independientemente de sus competidores, clientes o proveedores¹², lo que supone que tengan la capacidad de imponerles condiciones de venta o de restringir la competencia en el mercado. Para que se constituya una posición de dominio colectiva o conjunta el mercado debe presentar elevadas barreras de acceso¹³, firmas con importantes participaciones así como un alto nivel de concentración, fluidez de información entre los agentes económicos para conocer la capacidad e interés por competir de los rivales, condiciones que generen poco dinamismo en el mercado (como la existencia de bienes homogéneos o una reducida importancia de la innovación), limitada capacidad de respuesta de los clientes para trasladar su demanda a otros proveedores, entre otros elementos¹⁴.
38. El criterio de posición de dominio conjunta ha sido desarrollado principalmente en el ámbito de los procesos de autorización de concentraciones empresariales. En efecto, en estos procesos se evalúa si luego de una fusión o adquisición de empresas, los agentes del mercado quedan en posibilidad de actuar de manera concientemente paralela –colusión tácita– evitando competir. Es decir, se define si dichas operaciones de concentración crean o refuerzan una posición de dominio conjunta entre dos o más empresas que les permita actuar concertadamente y, en tales casos, se imponen ciertas condiciones a las empresas que pretenden concentrarse o, en el extremo, se prohíben tales operaciones, de manera que se evita que puedan actuar coordinadamente en el mercado.

¹² Artículo 4.- “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, debido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico o servicios involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como redes de distribución”.

¹³ Al respecto, los Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Libre Competencia en el Ámbito de las Telecomunicaciones, aprobados mediante Resolución N° 003-2000-CD/OSIPTEL, señalan lo siguiente: “Algunas estructuras del mercado pueden permitir que dos o más empresas se comporten de una manera abusiva aun cuando ninguna de ellas sea dominante, y sin que existan acuerdos formales (o informales) o prácticas concertadas entre ellas, produciéndose lo que se denomina “joint dominance” o dominio común. En estas circunstancias las firmas pueden ser en común dominantes, y su comportamiento individual o colectivo podría ser abusivo. Tal dominación común probablemente sea encontrada donde hay conexiones económicas entre las compañías implicadas. La dominación común puede también presentarse donde hay barreras significativas a la entrada, aun si no existe conexión económica entre las empresas. Estos casos pueden presentarse, por ejemplo, donde existen restricciones de espectro que limiten el número de competidores de un servicio”.

¹⁴ BISHOP y WALKER, Op. Cit., pags. 149-157. BRIONES, Juan y otros. El control de concentraciones en la Unión Europea, la práctica de la Comisión Europea y las novedades introducidas en el Reglamento CEE 4064/89 por el Reglamento CE 1310/97, Madrid, 1999, pags. 205-220. VENIT, James. “Two steps forward and no steps back: economic analysis and oligopolistic dominance after Kali&Salz”, Common Market Law Review 35, 1998, pags. 1117-1120.

Resolución N° 019-2003-TSC/OSIPTEL

De acuerdo con lo señalado, el concepto de posición de dominio utilizado en los procesos de autorización de concentraciones empresariales se utiliza para fines preventivos, es decir, para definir ex-ante si una fusión o adquisición puede dar lugar a que luego se cometan prácticas restrictivas de la competencia.

39. Sin embargo, en los procesos por abuso de posición de dominio, lo que se busca es determinar ex-post si la empresa denunciada cuenta con posición de dominio y si cometió un acto abusivo aprovechando dicha situación. Así, en el contexto de procesos por abuso de posición de dominio, la identificación de una posición de dominio conjunta no tiene por finalidad evaluar si las empresas podrán actuar coordinadamente a futuro, sino que su objetivo es determinar si existen empresas que pueden actuar independientemente en el mercado –es decir que tienen posición de dominio conjunta- y si dichas empresas impusieron condiciones abusivas a sus clientes o restringieron la competencia.
40. En consecuencia, no se requiere determinar si Telefónica y Luz del Sur S.A.A. tienen incentivos para actuar coordinadamente –como sostuvo la recurrente- puesto que no se trata de un proceso de autorización de concentraciones empresariales. En este caso, lo que corresponde es definir, si el mercado ofrece suficiente información a las empresas para darles cierto grado de seguridad de que no existirá competencia entre ellas si alguna incurre en actos abusivos; es decir, que ante una conducta abusiva no corren riesgo de que otra empresa ofrezca el bien al cliente afectado. En otras palabras, el mercado debe ser transparente sobre los incentivos que pueden tener las empresas para competir.
41. En el presente caso, el mercado tiene características que limitan los incentivos que pueden tener las empresas para competir¹⁵ y, adicionalmente, las dos empresas existentes han demostrado falta de interés por arrendar sus postes en Huaycán. En consecuencia, debe concluirse que en el caso bajo análisis el mercado ofrece suficiente información para dar lugar a la existencia de una posición de dominio conjunta.
42. De acuerdo con lo anteriormente señalado, el Tribunal de Solución de Controversias considera que corresponde confirmar la resolución apelada en el extremo que determinó que Telefónica y Luz del Sur S.A.A. ostentan posición de dominio conjunta en el mercado relevante.

4.2 Efectos anticompetitivos de la negativa de trato

43. En la resolución materia de apelación el CCO concluyó que Telefónica había incurrido en una negativa injustificada de trato que había limitado la posibilidad de que ingrese un nuevo agente a prestar el servicio de televisión por cable en Huaycán, lo que constituía una infracción al artículo 5º inciso a) del Decreto

¹⁵ El arrendamiento de postes es un bien homogéneo ya que no existen diferencias notorias entre los postes de Telefónica y Luz del Sur S.A.A. Además, involucra un bien que no es afectado visiblemente por cambios tecnológicos ni da lugar a grandes innovaciones.

Resolución N° 019-2003-TSC/OSIPTEL

Legislativo 701, ya que dicho agente podría haber constituido potencialmente competencia para Telefónica Multimedia S.A.C. En tal virtud, el CCO impuso a Telefónica una sanción de 50 UIT.

44. En la apelación Telefónica sostuvo que no existía evidencia de que pretendiera monopolizar el mercado de televisión por cable a través de la negativa de arrendar sus postes en Huaycán y que debía considerarse que, en general, el número de empresas que prestaban dicho servicio había aumentado sin necesidad de contar con la red aérea de Telefónica. Asimismo, la recurrente afirmó que Telefónica Multimedia S.A.C. no tenía presencia en Huaycán por lo que ni Telefónica ni su empresa vinculada podían haber obtenido beneficios con la práctica denunciada.
45. Al respecto, la existencia de poder de mercado o de una posición de dominio no constituye violación de la norma de libre competencia, pero los actos de abuso de dicho poder o posición sí se encuentran sancionados por la ley¹⁶.

No se sanciona la estructura del mercado, es decir, que existan empresas con posición de dominio, sino las conductas abusivas que pueden cometer aprovechando tal situación para impedir el desarrollo de competencia, a través de conductas que excluyen al rival o que restringen la competencia en mercados relacionados. Así, se requieren pruebas de la realización de conductas -como una discriminación o una negativa injustificada de trato- que indiquen la intención o tengan el efecto de restringir la competencia¹⁷.

La integración vertical puede constituir un importante incentivo para monopolizar o restringir la competencia en mercados relacionados hacia arriba o hacia abajo, ya que puede impulsar a que una empresa trate de privilegiar o beneficiar a las empresas vinculadas, colocando en desventaja a los competidores de estas o retardando su acceso al mercado (*Leverage theory*)¹⁸.

46. En el presente caso no sólo se encontró que Telefónica contaba con posición de dominio en el mercado de arrendamiento de postes de Huaycán, sino que además se concluyó que la demandada se había negado injustificadamente a contratar con Alfatel. Como se ha señalado, para ser sancionable por el Decreto Legislativo 701, esta conducta debe tener por objeto o efecto una restricción de la competencia; y este efecto puede ser actual o potencial.

¹⁶ Este principio se encuentra definido por el artículo 61° de la Constitución Política: “El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios”.

Asimismo, se encuentra contemplado por el artículo 3° del Decreto Legislativo 701: “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”.

¹⁷ AREEDA, Ph. Y KAPLOW, L. Antitrust Analysis: Problems, Text, Cases (Boston, Little, Brown and Company, 1988), pags. 469-474. SULLIVAN, L. y GRIMES, W. The Law of Antitrust: An Integrated Handbook (St. Paul, Minn, Wets Group, 2000), pags. 100-103.

¹⁸ AREEDA y KAPLOW, Op. Cit., pags. 507-510. SULLIVAN y GRIMES, Op. Cit., pags. 104-107.

Resolución N° 019-2003-TSC/OSIPTEL

47. La negativa de trato de la recurrente limitó el acceso de Alfatel a un insumo importante para la prestación de sus servicios. Esta situación tuvo por efecto una restricción actual de la competencia en el mercado de televisión por cable de Huaycán, en tanto que retrasó el acceso de un nuevo agente.
48. De otro lado, Telefónica pertenece al mismo grupo económico de Telefónica Multimedia S.A.C., empresa que tiene concesión para brindar el servicio de televisión por cable en todo el departamento de Lima¹⁹. Esta empresa presta sus servicios utilizando el transporte de señal que le brinda Telefónica y aunque no ofrece actualmente sus servicios en Huaycán, constituye un competidor potencial de Alfatel, ya que podría ingresar en este mercado dado el ámbito de su concesión.

Siendo ello así, la negativa de Telefónica también generó una restricción potencial de la competencia, en tanto que obstaculizó el ingreso al mercado de Huaycán de un competidor potencial de Telefónica Multimedia S.A.C. Adicionalmente, dicha conducta limitó la posibilidad que Alfatel se afanzara en Huaycán y pudiera expandirse a distritos o incluso a otras zonas del distrito de Ate-Vitarte donde sí opera Telefónica Multimedia S.A.C.

En tal sentido, si bien Telefónica no se benefició directamente de la negativa de trato, puede afirmarse que obtuvo un beneficio indirecto al proteger de competencia potencial a una empresa de su grupo económico.

49. De acuerdo con lo expuesto, el Tribunal de Solución de Controversias considera que corresponde confirmar la resolución apelada en los extremos que concluyó que la negativa injustificada de trato de parte de Telefónica tuvo efectos restrictivos sobre la competencia, por lo que constituye una infracción de conformidad con lo establecido por el Decreto Legislativo 701, que dispuso que la demandada satisfaga la solicitud de arrendamiento de postes de la demandante y que impuso a Telefónica una multa de 25 UIT.

RESUELVE:

Confirmar la Resolución N° 039-2003-CCO/OSIPTEL en los extremos que declaró fundada la demanda presentada por Empresa de Telecomunicaciones Multimedia Alfa E.I.R.L. contra Telefónica del Perú S.A.A. por abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato, que dispuso que la demandada satisfaga la solicitud de arrendamiento de postes efectuada por la demandante y que impuso a Telefónica del Perú S.A.A. una multa de 25 UIT.

¹⁹ De acuerdo a lo informado por la Unidad Especializada en Concesiones en Telecomunicaciones mediante Oficio N° 545-2002-MTC/15.03 de fecha 13 de mayo de 2002.

Resolución N° 019-2003-TSC/OSIPTEL

Con el voto favorable de los señores vocales: Luz María del Pilar Freitas Alvarado, Luis Alberto Maraví Sáez, Dante Mendoza Antonioli y Juan Carlos Valderrama Cueva.

**DANTE MENDOZA ANTONIOLI
Presidente**