

---

# La doctrina de las facilidades esenciales y su recepción en el Perú

Baldo Kresalja Rosselló(\*)  
Eduardo Quintana Sánchez(\*\*)

## 1. Introducción

En 1993 la empresa Sea Container, dedicada a la venta y arrendamiento de contenedores para transporte marítimo así como al transporte marítimo de pasajeros, vehículos y mercancías, presentó ante la Comisión Europea una denuncia por abuso de posición de dominio contra Stena Sealink, propietaria del puerto de Holyhead ubicado en Gales. La conducta denunciada fue la aplicación de condiciones no razonables para el acceso a determinadas infraestructuras del referido puerto, cuyo uso requería la denunciante para brindar el servicio de trasbordador rápido de pasajeros y vehículos *ferry* hacia el puerto de Dun Laoghaire en Irlanda. Dentro del procedimiento, Sea Container solicitó a la Comisión que dicte una medida cautelar ordenando, entre otras cosas, que Stena Sealink le permitiese utilizar las instalaciones requeridas en los términos planteados por aquella.

La Comisión Europea determinó que el puerto de Holyhead era el único puerto británico que permitía un adecuado acceso a los puertos de Dublín y Dun Laoghaire, en la ruta central entre Gran Bretaña e Irlanda, por lo cual no tenía sustitutos para brindar el servicio de trasbordador rápido que pretendía ofrecer Sea Container<sup>(1)</sup>. Por ello, concluyó que las infraestructuras del puerto de Holyhead a las que requería acceder la

denunciante constituían instalaciones básicas o esenciales, cuya propiedad otorgaba posición de dominio a Stena Sealink. Asimismo, verificó que una empresa del mismo grupo económico de Stena Sealink había logrado acceder a instalaciones del puerto de Holyhead que le permitieron iniciar operaciones del servicio de trasbordador rápido hacia Dublín antes que Sea Containers. Adicionalmente, se consideró que hasta comienzos de octubre de 1993 la denunciada había impuesto obstáculos para llegar a un acuerdo satisfactorio con la denunciante, impidiéndole así el inicio de operaciones; en particular, al ofrecerle horarios inadecuados que impedían que sus servicios de transporte pudieran ser vistos como atractivos.

Como consecuencia, la Comisión Europea concluyó que existían indicios razonables de abuso de posición de dominio, pero denegó la medida cautelar porque al momento de resolver sobre este pedido Stena Sealink ya había ofrecido condiciones de acceso aceptadas por Sea Container, lo que le permitiría iniciar operaciones<sup>(2)</sup>.

Los hechos posteriores indicarían que la apreciación de la Comisión Europea en cuanto a la falta de alternativas para el puerto de Holyhead y sobre su calidad de instalación esencial para brindar el servicio de trasbordador rápido hacia Irlanda, había sido inadecuada. En efecto, Sea Container decidió finalmente no operar desde el puerto de Holyhead sino desde el puerto de

(\*) Profesor principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(\*\*) Profesor de la Maestría de Derecho de la Empresa de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(1) La Comisión definió que el puerto británico más cercano era el de Liverpool, pero que el viaje entre Dublín y Liverpool duraba aproximadamente el doble del viaje entre Dublín y Holyhead, por lo que consideró que esta diferencia de tiempos hacía que el puerto de Liverpool no fuera sustituto para el transporte de pasajeros y vehículos.

(2) IV/34.689 - *Sea Containers Ltd v. Stena Sealink Line* - Interim Measures. 1994. O.J. L 15/08.

Liverpool, que pese a encontrarse a mayor distancia ofrecía a los pasajeros del servicio de trasbordador rápido mejores oportunidades en términos de conexiones con la red de transporte terrestre<sup>(3)</sup>.

El ejemplo anterior da cuenta de la denominada doctrina de las facilidades esenciales (en adelante DFE). Esta figura se presenta cuando una empresa no puede proveerse de un recurso que solo tiene un tercero -usualmente competidor suyo- por lo que se requiere que este comparta su utilización con la primera para que pueda operar en el mercado. La calificación de una infraestructura o recurso como esencial no es tarea fácil, sino por el contrario, una labor llena de complejidades derivadas de la necesidad de comprobar el carácter insustituible e indispensable que deben tener tales bienes. Además, dicha tarea tampoco se encuentra libre de errores, como muestra el caso previamente comentado.

En tal sentido, la aplicación de la DFE puede permitir el ingreso de competidores adicionales al mercado, a través de órdenes de acceso al recurso en cuestión, incrementando así la competencia y posiblemente mejorando las condiciones de la oferta en el corto plazo. Sin embargo, un uso indiscriminado de la misma no solo puede llevar a errores de calificación, sino que también puede ocasionar que los propietarios de dichas infraestructuras o recursos opten por no volver a invertir en ese tipo de bienes en el futuro al saber que luego se les obligará a compartirlos con sus competidores.

Es mucho lo que se ha escrito respecto de la DFE en otras latitudes, existiendo opiniones encontradas y una considerable jurisprudencia en sentidos diversos y a veces opuestos. Si bien inicialmente se mantuvo restringida para grandes o costosas infraestructuras y redes, propias de las industrias de servicios públicos, rápidamente se ha ido extendiendo a nuevos activos o bienes, incluyendo servicios. Pese a lo anterior, aún no existe consenso sobre su validez o necesidad, dado que las normas de defensa de la competencia ya contemplan una prohibición general de negativas injustificadas de trato que ha sido utilizada para investigar y sancionar los supuestos comprendidos por la DFE.

En el Perú la DFE no ha tenido hasta el momento el desarrollo que ha alcanzado en otros países, ni en términos de producción académica

ni jurisprudencial. Las decisiones administrativas que tratan o recogen la DFE son muy pocas y están referidas casi en su totalidad a infraestructuras, en particular a redes de postes para colocar cables de servicios de telecomunicaciones. No obstante, la DFE ya ha comenzado a extenderse y se ha utilizado en un caso en que se calificó como facilidad esencial un servicio bancario. Sin embargo, la reducida experiencia en esta materia no ha impedido que se incluya la DFE en el proyecto de ley de defensa de la competencia que se encuentra actualmente en debate, como una novedad dentro de los supuestos de abuso de posición de dominio tipificados.

Si bien no puede realizarse aún una evaluación concluyente sobre sus virtudes o defectos, es necesario un estudio de la DFE que ofrezca luces en la difícil tarea de interpretación de esta figura, que permitan mantenerla dentro de linderos que garanticen un uso razonable y otorguen certeza jurídica a los agentes económicos. Este es el objetivo del presente artículo.

Para ello, se describe primero el marco legal y el contexto en el que nació la DFE. Luego se revisa, a través de los casos más importantes en la materia, cómo se desarrolló la DFE dentro de las dos corrientes actualmente más importantes en materia de Derecho de la Competencia, es decir, en la Comunidad Europea y en Estados Unidos. Asimismo, se describen los principales argumentos esgrimidos a favor y en contra en el ámbito académico. Acto seguido y en función a lo anterior, se identifican los componentes básicos de la DFE, así como otros aspectos importantes para su estudio. Finalmente, se hace un examen crítico de la DFE en el Perú, incluyendo su dimensión legal y jurisprudencial, así como algunos comentarios finales sobre los aciertos y debilidades que ha presentado su aplicación.

## 2. **Ámbito en que nace la DFE**

### 2.1. **Marco constitucional y legal**

#### 2.1.1. Bienes privados y públicos

La propiedad privada está garantizada por la Constitución Política frente al Estado y si llega

(3) Este comentario sobre los hechos posteriores al caso en referencia se encuentra en: CAPOBIANCO, Antonio. *The essential facility doctrine: similarities and differences between the american and the european approach*. En: *European Law Review*. Volumen XXVI. Número 6. Diciembre 2001. pp. 557 y 558.

a ser expropiada su titular debe recibir una compensación adecuada (artículo 70 de la Constitución). Se presume que la mayoría de los bienes de propiedad del Estado sirven a alguna finalidad de interés general. Pero ello no significa que los bienes de los particulares sean ajenos a la satisfacción de intereses públicos, pues, con frecuencia la ley señala que tienen una función social, lo que impone a sus titulares determinadas obligaciones, bajo amenaza de sanción. Así, la legislación puede establecer obligaciones de producción, limitaciones a la transmisibilidad, determinados usos urbanísticos, etcétera. En estos casos, dice bien Ramón Parada "los bienes de los particulares sirven, sin perjuicio de la utilidad privada que a sus propietarios reportan, a un fin de interés público de forma directa (de cultura, ecológico, de producción, etcétera)"<sup>(4)</sup>.

Por cierto que estas vinculaciones de la propiedad privada a los fines públicos deben estar determinadas en la ley, lo que es una garantía -adicional a la constitucional ya citada- frente a la progresión del dominio público sobre la propiedad privada. Pues si esa progresión avanza en demasía vaciaría poco a poco de su contenido económico a la propiedad privada convirtiéndola -dice Parada- en "un animal disecado que tiene la apariencia de los vivos, pero al que se le ha privado de todas sus vísceras y facultades"<sup>(5)</sup>.

La DFE es de aplicación a los bienes que caen en el dominio privado, sea su titularidad de particulares o de empresas estatales; es decir, sobre bienes que están en el comercio o, si se quiere, en el mercado, que son valorizables y cuyo uso tiene efectos económicos.

#### 2.1.2. Libertad de contratar

El derecho a contratar libremente y con fines lícitos, mientras no se contravengan leyes de orden público, se encuentra específicamente reconocido por el artículo 2.14 de la Constitución Política.

Asimismo, el artículo 62 de la Constitución garantiza que las partes puedan pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Este derecho constituye un elemento esencial para la existencia de un régimen democrático y de una economía de mercado.

Para que sea posible el funcionamiento de una economía de mercado -más allá de sus imperfecciones o fallas- los ciudadanos deben tener propiedad, es decir, bienes de cuyo uso puedan disfrutar y excluir a los demás. Pero adicionalmente a ello, debe poder movilizarse estos bienes, transmitirlos a otros a título oneroso o gratuito, dirigirlos hacia donde se les considere más valiosos. Y es aquí donde aparece con claridad cuál es la función de los contratos: hacer posible y seguro el intercambio de bienes y servicios<sup>(6)</sup>. El Derecho de los contratos persigue determinar qué acuerdos son de cumplimiento obligatorio, reducir costos mediante la creación de un conjunto de reglas estándares, en parte contenidas en los Códigos, determinar sanciones por incumplimientos, etcétera<sup>(7)</sup>.

Así, la libertad de contratar -entendida como la capacidad de todo agente económico de contratar con otro según sus necesidades e intereses- es un principio básico de los sistemas legales que sustentan una economía de mercado. La libertad de contratar facilita el funcionamiento del mercado, ya que se asume que permite que los bienes se trasladen hacia sus usos más valiosos (a través de múltiples transacciones contractuales). Una de las manifestaciones de esta libertad es que los ciudadanos o empresas cuentan con el derecho de negarse a contratar sin expresión de causa<sup>(8)</sup>.

Es precisamente la posibilidad de que una parte se niegue a contratar con otra la que da lugar al problema de la DFE, pues al negarse a contratar una empresa puede impedir que otra ingrese o permanezca en el mercado y compita. Se considera

(4) PARADA, Ramón. *Derecho administrativo*. Tomo III. 15ta. edición. Madrid: Marcial Pons, 2002. p. 12.

(5) *Ibid.*; p. 13.

(6) BULLARD, Alfredo. *Derecho y Economía*. Lima: Palestra Editores, 2003. pp. 191 y siguientes.

(7) Al respecto, Bullard señala que: "(...) el diseño de nuestro sistema contractual va dirigido a permitir a las personas alcanzar sus objetivos privados. El derecho de los contratos le da efecto a nuestras acciones. El hacer que las promesas sean jurídicamente exigibles ayuda a las personas a alcanzar sus objetivos privados permitiéndoles confiar entre ellos y, por tanto, permitiéndoles coordinar sus actos". *Ibid.*; p. 194.

(8) Sobre la libertad de contratar y sus manifestaciones puede consultarse: DE LA PUENTE, Manuel. *La libertad de contratar*. En: *Thémis*. Número 33. Lima, 1996. p. 8; y, DE LA PUENTE, Manuel. *El contrato en general, comentarios a la sección primera del libro VII del Código Civil*. Tomo I. Lima: Palestra Editores, 2001. p. 197.

que la contratación fallida habría permitido que haya un competidor adicional operando en el mercado, ofreciendo sus bienes y, en último término, beneficiando a los consumidores. En dicho contexto, y para comprender a cabalidad la DFE, debe recordarse que en una economía de mercado no solo existe el derecho sino también la obligación de competir.

### 2.1.3. Obligación de competir

Una vez reconocidos constitucionalmente los derechos de propiedad y a contratar, resulta lógico que el ciudadano pueda trabajar libremente (artículo 2.15 de la Constitución) y participar, en forma individual o asociada, en la vida económica del país (artículo 2.17 de la Constitución). Así, el ciudadano tiene iniciativa reconocida en un régimen de economía social de mercado, en el cual si bien es cierto que el Estado orienta al desarrollo del país (artículo 58 de la Constitución), el sostén del sistema se encuentra en la actividad privada. De ello se deriva que el Estado solo pueda realizar actividad empresarial autorizado por ley expresa, con carácter subsidiario y por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional (artículo 60 de la Constitución).

El modelo económico “constitucionalizado”, cuya base es la libertad de empresa<sup>(9)</sup>, ha optado por un sistema en el que la competencia tenga, a pesar de sus limitaciones e imperfecciones, plena vigencia. Pero la participación de los agentes económicos en el mercado, fundamentalmente privada, no puede realizarse de cualquier forma; debe hacerse con libertad, es cierto, pero en competencia con otros. La Constitución asume que los consumidores y usuarios estarían mejor servidos si las empresas luchan entre sí (en calidad, precio, distribución y publicidad) para ganar el favor de sus clientes. Por eso dice el artículo 61 de la Constitución Política que “el Estado facilita y vigila la libre competencia”, y que combate toda práctica que la limite así como el abuso de posiciones dominantes, que es una situación

especialmente importante para el propósito de este artículo.

De esta forma, el sistema legal reconoce el derecho de los agentes económicos de actuar en el mercado, luchar entre ellos por la clientela y, eventualmente, ocasionar un daño concurrencial a los competidores. Pero si bien los individuos y las empresas tienen reconocido el derecho a intervenir en la batalla económica, no pueden ponerse de acuerdo con otros para no competir ni podrán tratar de impedir que otros lo hagan. Es decir, el marco legal también les impone obligaciones que suponen un deber de conducta adecuado para que la competencia económica, en sí imperfecta, no quede abandonada a una actitud de *laissez faire* que probablemente desembocaría en una situación de monopolio u oligopolio. De ello se deduce que los individuos y empresas no solo tienen el derecho a competir sino que están obligados a hacerlo<sup>(10)</sup>.

En tal sentido, esta dualidad genera dos tipos de manifestaciones empresariales en el mercado, “las primeras son la esencia misma del sistema competitivo, el triunfo en el mercado de quien ofrece las mejores prestaciones, mientras que las segundas son la auténtica perversión del sistema y constituye el objeto del Derecho *antitrust*”<sup>(11)</sup>.

La obligación de competir se desarrolla en una adecuada regulación que permita evitar que las empresas realicen acuerdos destinados a limitar la competencia, controlar los intentos de las empresas dominantes para abusar de su posición, controlar los procesos de concentración que reduzcan la competencia, entre otros. Este sistema normativo protector de la competencia encuentra expresión en el Perú a través del Decreto Legislativo 701, Ley de Defensa de la Libre Competencia, y del Decreto Ley 26122, Ley de Represión de la Competencia Desleal. El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - Indecopi, es la instancia administrativa más importante

(9) KRESALJA, Baldo. *La libertad de empresa: fundamento del sistema económico constitucionalizado*. En: *Libro homenaje a Jorge Avendaño*. Tomo I. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004.

(10) En la economía de mercado todos los procesos económicos se orientan hacia el consumo, y es el comportamiento de este el que transmite a los agentes y productores información esencial expresada en los precios. La libre competencia -derecho y obligación- es el motor de ese sistema, la lucha en el mercado para obtener el mayor beneficio posible. Y esta libertad constituye también la principal amenaza del sistema, pues los participantes en ocasiones buscan obtener beneficios en una forma tal que debilitan o impiden que el sistema funcione.

(11) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Fernando. *Precios predatorios y derecho antitrust*. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 24.

encargada de solucionar los conflictos que puedan presentarse y tiene como objetivo defender la vigencia del régimen económico “constitucionalizado”<sup>(12)</sup>.

Finalmente, cabe recordar que, junto con los impuestos y los gastos presupuestales del gobierno de turno, la competencia es un asunto con una alta carga política. Y que los intentos para introducir o quitar restricciones y trabas a la competencia ponen a prueba el funcionamiento del sistema político, porque buscar modificar una situación de monopolio o de falta de competencia, da y quita dinero, da y quita poder. Y es en este terreno donde el papel de los grupos de presión, de los burócratas y los políticos es de gran importancia, “porque aunque se intente disfrazar de una discusión sobre el interés general, lo que siempre existe es una lucha, que se decide políticamente, entre intereses particulares y los intereses generales”<sup>(13)</sup>. Pero la competencia no es un fin en sí mismo, sino un medio para que funcionen mejor los mercados, para satisfacer mejor a los consumidores y usuarios, para hacer que la vida sea más llevadera.

#### 2.1.4. Prohibición de negativas injustificadas a contratar

El Decreto Legislativo 701 prohíbe las negativas injustificadas de trato por empresas con gran poder de mercado<sup>(14)</sup>. En otras palabras, las empresas más importantes del mercado, o con posición de dominio como las denomina dicha norma, solo pueden negarse a contratar con un tercero si tienen una razón válida para hacerlo.

Considerando la lógica existente detrás del principio de libertad de contratar, la prohibición de negativas injustificadas de trato parecería una intromisión innecesaria dentro de las negociaciones

---

(...) lo importante es la complementariedad entre la regulación *ex ante* y la norma de libre competencia, de modo que la calificación de ciertos bienes como facilidades esenciales venga dada directamente por la primera o a través de la aplicación de la segunda, dependiendo de cuál sea la vía más efectiva.

---

privadas y el funcionamiento del sistema contractual. En particular, debido a que tal prohibición limita la libre iniciativa privada de aquellas empresas que son o podrían llegar a ser las más importantes del mercado, precisamente por eficiencias derivadas de la elección correcta de clientes o proveedores con quienes contratar.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que las empresas con posición de dominio pueden ejercer su libertad de contratar con fines anticompetitivos, generando ineficiencias en el mercado y efectos negativos para el consumidor<sup>(15)</sup>. En efecto, las empresas con gran poder de mercado pueden utilizar las negativas de trato ya sea para excluir a los competidores existentes elevando sus costos o impedir la entrada de competidores potenciales (*foreclosure theory*), como para tratar de extender su posición de dominio a actividades relacionadas verticalmente (*leverage theory*). En tales casos los beneficios que podrían derivarse de la libertad de contratar son superados por los perjuicios resultantes de

(12) Cabe agregar que si bien el Indecopi es la autoridad de defensa de la competencia en todos los sectores económicos, el marco legal vigente en el Perú reconoce un caso especial en que otorga dichas facultades al Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL, que es la entidad administrativa encargada de aplicar las dos normas citadas en el ámbito de los servicios públicos de telecomunicaciones.

(13) FERNÁNDEZ, O. M. *La competencia*. Madrid: Alianza, 2000. p. 18.

(14) Se entiende que las demás empresas, es decir las que no ostentan posición de dominio en el mercado, se encuentran en libertad de negarse a contratar sin expresión de causa, debido a que carecen de poder de mercado suficiente como para que su negativa pueda afectar la asignación eficiente de recursos.

(15) El monopolio tiende a elevar los precios y a restringir la oferta con la finalidad de maximizar sus ingresos, lo cual sucede a costa del bienestar del consumidor, que debe pagar precios mayores a los que arrojaría un mercado en condiciones de competencia. Existen diversos tipos de comportamientos monopólicos que, en determinadas circunstancias, pueden ocasionar fallas en el funcionamiento del sistema de mercado, entre los que se encuentra la negativa injustificada de trato.



las negativas de trato por parte de dichas empresas. Esta es la racionalidad que explica la prohibición de negativas injustificadas de trato.

Cabe agregar que las negativas de trato también pueden ser concertadas, supuesto en el que varios competidores se ponen de acuerdo para negarse a contratar con una empresa en particular o con un grupo de agentes económicos que no cumple determinadas condiciones. Este tipo de negativas puede tener racionalidad y efectos válidos, por ejemplo, cuando los productores se ponen de acuerdo para negarse a suministrar el bien que producen a aquellos distribuidores que no ofrecen una garantía post-venta. No obstante, esta práctica también puede tener efectos restrictivos de la competencia, como sucede cuando está dirigida a impedir el acceso de competidores al mercado. La literatura jurídica y económica sobre libre competencia denomina usualmente este supuesto como boicot. Si bien la DFE podría aplicarse a casos de boicots, por ejemplo, si un grupo de competidores controla un recurso esencial y decide negar el acceso de sus rivales al mismo, lo cierto es que -como indica Hovenkamp- la DFE presenta sus características más saltantes en casos de negativas unilaterales de trato, es decir, cuando el recurso es controlado por una empresa con poder de mercado sustancial<sup>(16)</sup>. En tal virtud, el análisis posterior hará énfasis en este último tipo de casos, sin perjuicio de que sea aplicable también a los boicots.

En resumen, la DFE surge dentro del marco constitucional y legal antes señalado, bajo el paraguas de la dualidad entre derecho y obligación de competir anotada y adscribiéndose a la lógica de la prohibición de negativas injustificadas a contratar.

## 2.2. Contexto propicio para su nacimiento

Para ubicar mejor el surgimiento e importancia de la DFE debe recordarse que en la década de 1980 se inicia un proceso de liberalización de sectores económicos muy importantes, algunos de ellos vinculados a servicios públicos ofrecidos en monopolio por empresas del Estado, proceso que llega a nosotros en la década de 1990, y que

da lugar a una nueva regulación que busca el ingreso de nuevas empresas en esos sectores. Estas empresas traen consigo importantes inversiones y novedosas tecnologías, pero en numerosos casos requieren compartir redes o infraestructura del operador ya establecido.

Ello se debe a que la posibilidad de duplicar dichos recursos puede resultar muy complicada, ya sea por razones técnicas o porque hacerlo supondría inversiones innecesarias desde una perspectiva económica. Adicionalmente, acceder a tales componentes, cuya característica usual es imponer una alta inversión fija inicial, constituye un "insumo" sin el cual los nuevos operadores no podrían siquiera entrar en el mercado<sup>(17)</sup>. Tal es el caso, por ejemplo, de los sectores de energía o telecomunicaciones, en los que los nuevos generadores de electricidad requieren acceder a las redes de transmisión para transportar su producto o las empresas prestadoras de servicios de larga distancia cuando deben acceder a la red de telefonía fija para terminar las llamadas provenientes del extranjero. Bajo tales supuestos, dichos recursos -infraestructuras o redes- fundamentales para el ingreso y permanencia de nuevos agentes, se denominaron como facilidades esenciales.

Entonces, para que se concrete la introducción de competencia en las industrias de servicios públicos resultaba necesario que las partes interesadas negocien libremente las condiciones del acceso para el uso de ese componente esencial que permitiera a los nuevos agentes empezar a competir. Como no es difícil imaginar, es muy distinto el poder de negociación de un entrante frente al operador ya establecido. Para limitar ese poder la ley utiliza dos instrumentos: la regulación económica que impone un control *ex ante* y las normas de libre competencia que permiten un control *ex post*.

Con la regulación se impone al operador ya establecido e integrado verticalmente un conjunto de obligaciones, entre otras, que permita el libre acceso a las infraestructuras o redes y que negocie el precio respectivo por su utilización, otorgando a los interesados el derecho de acudir al Estado en

(16) HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy, the Law of Competition and its practice*. St. Paul, Minnesota: Thomson-West, 2005. p. 310.

(17) PETITBÓ, A. e I. HERGUERA. *Infraestructuras y libre competencia en España*. En: *Anuario de la Competencia 1999*. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 32.

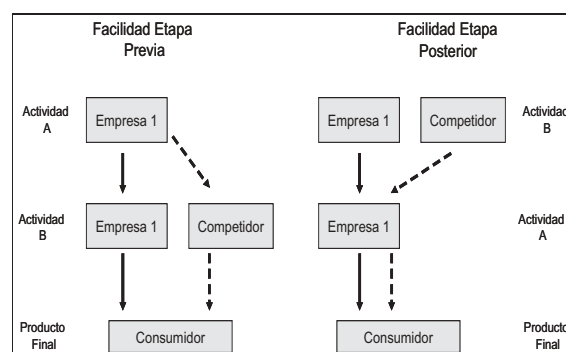
caso se produzca una negativa a negociar o si las condiciones exigidas por el establecido no son adecuadas, a fin que el ente regulador ordene el acceso y fije las condiciones aplicables, entre ellas, el precio correspondiente. Las normas de libre competencia se aplican en los casos en que no existe regulación específica que establezca obligaciones expresas al operador ya establecido, de modo que sirve como válvula de escape en casos no previstos legalmente, pero que impliquen la negativa de acceso a un recurso esencial que dificulte o impida la entrada al mercado de nuevos agentes. En este último caso, la referida negativa se considera un supuesto de abuso de posición de dominio y por lo general el control o disfrute de dicho recurso se considera razón suficiente para declarar la existencia de una posición de dominio<sup>(18)</sup>.

En resumen, el concepto de facilidades esenciales adquirió importancia creciente como consecuencia de la corriente de liberalización de servicios públicos y de privatización de empresas estatales prestadoras de servicios con características de monopolio natural<sup>(19)</sup>. La introducción de competencia en ciertos segmentos de las industrias de redes se consideraba deseable, pero enfrentaba complicaciones por la existencia de operadores dominantes en tales mercados, pues la entrada de competidores se encontraba condicionada a que lograran acceder a las infraestructuras necesarias, las que eran operadas por empresas monopólicas o dominantes. Tratándose de infraestructuras que no podían ser duplicadas, estas empresas podían negar el acceso a competidores a pesar que fueran necesarias para participar en el mercado, creando así los denominados “cuellos de botella” (*bottlenecks*). Fue en este contexto que la DFE encontró un campo propicio para desarrollarse<sup>(20)</sup>.

En términos generales, puede señalarse que la DFE se enmarca dentro del ámbito de las

negativas injustificadas de trato. Un bien es calificado como una facilidad esencial cuando es necesario para participar en determinada actividad productiva, pero es de propiedad de un competidor y, por tanto, este tiene incentivos o argumentos para negarse a ofrecerlo a las demás empresas. De esta manera, la calificación de un bien como facilidad esencial conduce a que su propietario o poseedor se encuentre obligado a compartir su utilización con sus competidores, puesto que estos no tienen otra forma de acceder a dichos bienes. Consecuentemente, la negativa de acceso a facilidades esenciales se considera como una práctica perjudicial para la competencia.

Esta DFE se presenta comúnmente en el contexto de dos actividades productivas relacionadas en las que se requieren varios componentes que conforman el producto final que adquiere el consumidor. En tal sentido, la DFE supone generalmente una relación vertical en la que uno de los bienes (bien A) se considera esencial para producir otro bien o realizar otra actividad (bien o actividad B). Adicionalmente, el propietario o poseedor del bien A participa también en el mercado del bien B y sus competidores en este mercado no participan en el mercado del bien A. El siguiente gráfico muestra el problema considerando la etapa productiva en que podría encontrarse la facilidad esencial.



(18) HERGUERA I. y A. PETIBÓ. *La determinación del mercado relevante y de las barreras de entrada, piezas clave del Derecho de la Competencia*. En: *Anuario de la Competencia 2000*. Madrid: Marcial Pons, 2001. pp. 75 y 76.

(19) Los monopolios naturales se generan cuando lo más adecuado, en términos de precios al consumidor y eficiencia, es que solo haya una empresa en el mercado debido a que se requiere una elevada inversión en infraestructura con un período de recuperación bastante largo y se generan economías de escala (a mayor producción menor costo unitario). En tales casos, el ingreso de una nueva empresa competidora al mercado no resultaría beneficioso porque incurriría en los mismos o mayores costos de entrada que la firma ya existente, sin generar con ello mayor bienestar para el consumidor ni ser rentable para el entrante. Por ejemplo, un nuevo distribuidor de agua potable tendría que instalar una segunda red de tuberías dentro de una misma zona y no podría ofrecer un precio menor que el proveedor ya establecido puesto que tendría que ir recuperando su inversión y, a la vez, competir.

(20) WHISH, Richard. *Competition law*. 5ta. edición. Reino Unido: Lexis Nexis, 2003. pp. 668 y 669.

La DFE considera que la negativa de acceso a una facilidad esencial constituye una conducta ilícita, en tanto que impide la competencia a través del control de un bien necesario para los rivales.

Los argumentos centrales esgrimidos usualmente por la empresa propietaria o poseedora de una facilidad esencial y por los competidores que pretenden tener acceso a la misma, son los siguientes:

a) El propietario o poseedor de la facilidad esencial sostiene que existen eficiencias vinculadas intrínsecamente con el mantenimiento de la facilidad esencial y de la actividad relacionada en manos de una sola firma (economías de alcance) y que los beneficios que el competidor señala que podría ofrecer al consumidor si accede a la facilidad esencial, solo corresponde ofrecerlos al propietario o poseedor como recompensa por haber creado el bien que se considera esencial.

b) Los competidores afirman que la negativa de acceso a la facilidad esencial evita su ingreso al mercado u obstaculiza su permanencia en el mismo, lo cual reduce las opciones del consumidor, protege de la competencia al propietario o poseedor de la facilidad y mantiene los precios del producto final elevados. Asimismo señala que los costos de crear su propia facilidad son prohibitivos<sup>(21)</sup>.

### 3. Gestación y desarrollo de la DFE en la jurisprudencia extranjera

Si bien existen varias referencias a la DFE en la jurisprudencia de autoridades de defensa de la competencia, tales como las Cortes de Apelación de Estados Unidos o la Comisión Europea, la DFE no ha sido avalada expresamente por las máximas autoridades jurisdiccionales en la materia. Tanto la Corte Suprema de Estados Unidos como la Corte Europea de Justicia han sido cautelosas al tratar casos relacionados con la DFE y han sido escépticas en utilizarla para sustentar una obligación de trato<sup>(22)</sup>. No obstante, dichas autoridades reconocen que bajo determinadas circunstancias las empresas dominantes o con poder monopólico deben quedar limitadas en su

capacidad de negar el acceso a ciertos bienes necesarios para la competencia.

Los precedentes más antiguos en que se hizo mención a bienes con características de facilidades esenciales y cuyos criterios han guiado posteriormente el análisis de casos referidos a la DFE, tanto en Estados Unidos como en la Comunidad Europea, se refieren a negativas injustificadas de trato. Sin embargo, el desarrollo conceptual y jurisprudencial de la DFE ha sido diferente en Estados Unidos y en la Comunidad Europea, aunque recientemente ambas posiciones se han acercado.

En Estados Unidos la libertad de contratar es respetada ampliamente, incluso tratándose de empresas monopólicas. Además, se considera que estas empresas no tienen una obligación especial de trato con los rivales, aunque se acepta que su negativa a brindar acceso a un bien que es vital para la competencia puede constituir una violación de las normas *antitrust*. De esta forma, en Estados Unidos la DFE constituye una excepción al principio general de libertad de comercio y, por ello, es aplicada restrictivamente por las Cortes según los criterios correspondientes a las negativas de trato (*refusals to deal*). La aplicación de la DFE se ha ido limitando a casos en que la facilidad sea esencial para la competencia -y no únicamente para los competidores- y, a la vez, en los que la duplicación del bien sea impracticable.

En Europa, por el contrario, las normas se han interpretado en sentido más estricto considerando que las empresas dominantes tienen obligaciones especiales de cooperar con los rivales, producto de su particular situación en el mercado. La DFE ha sido construida como una aplicación especial de la obligación de trato de la empresa dominante, aunque también se guía por los criterios aplicables a las negativas de trato. En esta línea, la Comisión Europea ha aplicado la DFE a un ámbito bastante extenso de casos en que el propietario o administrador que utiliza para sí mismo una facilidad, sin la cual los competidores estarían imposibilitados de ofrecer sus productos o servicios, se rehúsa a brindarles acceso a la misma. Recientemente se han establecido como

(21) RIDYARD, Derek. *Essential facilities and the obligation to supply competitors under UK and EC competition law*. En: *European Competition Law Review*. Número 8. 1996. pp. 439 y 440.

(22) DOHERTY, Barry. *Just what are essential facilities?* En: *Common Market Law Review*. Volumen XXXVIII. Número 2. Abril 2001. pp. 398 y 405. GAVIL y otros. *Antitrust law in perspective: cases, concepts and problems in competition policy*. St. Paul, Minnesota: Thomson-West, 2002. p. 654.



requisitos para la DFE que el bien sea indispensable para la competencia y no hayan sustitutos actuales o potenciales para el mismo, acercándose así a la posición existente en Estados Unidos<sup>(23)</sup>.

A continuación se describen los casos que han sido considerados como origen de la DFE, así como diversos ejemplos en los que las autoridades de defensa de la competencia se han pronunciado al respecto, o donde la DFE ha sido invocada por las partes. Los casos típicos de facilidades esenciales se refieren a infraestructuras controladas por una empresa y que son necesarias para que los competidores ofrezcan servicios en mercados relacionados; no obstante, los casos desarrollados muestran la expansión de la DFE a diversos tipos de mercados, así como los criterios tomados en cuenta en su análisis.

### 3.1. Estados Unidos

#### 3.1.1. United States contra Terminal Railroad Association of St. Louis

El primer caso generalmente citado en la tradición norteamericana data de 1912 y es el de *United States v Terminal Railroad Association of St. Louis*, en el cual se discutía el acceso a la red de ferrocarriles y terminal de St. Louis, que estaban controlados por una empresa de propiedad de 14 de las 24 compañías de trenes que convergían en dicha región. La Corte Suprema de Estados Unidos consideró que la negativa de acceso a una red vital por parte de su propietario en perjuicio de competidores podía restringir el comercio entre los estados norteamericanos y constituía un intento de monopolización, por lo que ordenó que se ofrezca acceso obligatorio a las empresas de trenes no propietarias de dicha red<sup>(24)</sup>. En este caso la Corte Suprema de ese país señaló el siguiente criterio:

“El resultado de la situación geográfica y topográfica es tal que, a efectos prácticos, es imposible para cualquier compañía de trenes atravesar o incluso entrar a St. Louis, para atender a las industrias o al comercio, sin utilizar las facilidades controladas enteramente por la propietaria del terminal”<sup>(i)</sup>.

(23) CAPOBIANCO, Antonio. *Op. cit.*; pp. 555-560.

(24) 224 U.S. 383, 56 L. Ed. 810, 32 S.Ct. 507 (1912).

(i) Traducción libre.

(25) 708 F.2d 1081, 1132-33 7th Cir. (1983).

Como se advierte, este caso involucraba una negativa concertada de acceso entre competidores, no obstante los supuestos en que la DFE se presenta con mayor nitidez son aquellos derivados de negativas de trato unilaterales.

#### 3.1.2. MCI Communications Corp. contra AT&T

El caso más citado en Estados Unidos respecto a la DFE y que ha influenciado los siguientes pronunciamientos de las Cortes es el de *MCI Communications Corp. v AT&T*. En este caso, una empresa de equipos terminales para telecomunicaciones requirió que AT&T, propietaria de la red telefónica, permitiera la utilización de dichos equipos por los usuarios de su red; sin embargo AT&T se negó a ello. En este caso se consideró que la negativa de compatibilizar los equipos terminales con la red telefónica -un recurso imposible de duplicar- no se encontraba justificada y que permitía a AT&T restringir la competencia en el mercado de los equipos terminales en el que también participaba.

En este caso se definieron cuatro elementos característicos de la DFE: (i) el control de un recurso esencial por parte de un monopolista; (ii) la imposibilidad práctica o razonable de un competidor de duplicar dicho recurso; (iii) la negativa a autorizar el uso de tal recurso por el competidor; y, (iv) la posibilidad de dar acceso al recurso o la falta de justificaciones comerciales para ofrecerlo<sup>(25)</sup>.

No obstante, existen muchos otros casos en que la DFE se ha considerado para bienes de diversa naturaleza, incluyendo servicios.

#### 3.1.3. Aspen Highlands Skiing Corp. contra Aspen Skiing Co.

En *Aspen Highlands Skiing Corp. v Aspen Skiing Co.*, dos centros de deportes de invierno ubicados en Aspen, Colorado, tenían un mecanismo de venta conjunta según el cual los esquiadores podían utilizar las instalaciones (montañas) de cualquiera de dichas empresas adquiriendo un solo boleto, pero la más grande de ellas que controlaba 3 de las 4 montañas- abandonó el esquema negándose a aceptar los pases emitidos por la otra.

La Corte de Apelaciones del Distrito de Colorado consideró que el boleto múltiple para esquiar en varias montañas -que solo podía ofrecer Aspen Skiing Co. por controlar 3 montañas- era una facilidad esencial porque no podía ser replicada por el competidor y, por tanto, que debía ser compartida en tanto que era evidente que los usuarios preferirían ese esquema que comprar un boleto para esquiar solo en una montaña -es decir, la controlada por Aspen Highlands Skiing Corp. La Corte Suprema de Estados Unidos no utilizó el concepto de facilidad esencial, pero trató a Aspen Skiing Co. como un monopolio y consideró que no existía una justificación de negocios válida para negarse a aceptar un mecanismo boleto único previamente empleado, lo que implicaba una intención de excluir al competidor<sup>(26)</sup>.

Se ha criticado esta decisión debido a que el criterio utilizado resulta bastante riesgoso, ya que la sola intención de excluir a una empresa de un mercado sería considerada anticompetitiva por sí misma, lo cual proscibiría comportamientos válidos como la negativa del titular de una patente de otorgar licencia sobre la misma a su competidor o que un editor de diarios decida distribuirlos a través de sus propios medios debido a que los canales de distribución le cobran demasiado -en este caso se plantea que los distribuidores podrían llegar al extremo de argumentar que el editor pretende excluirlos del mercado y que está obligado a vender sus diarios utilizando sus servicios<sup>(27)</sup>.

#### 3.1.4. Alaska Airlines, Inc. contra United Airlines, Inc.

En *Alaska Airlines, Inc. v United Airlines, Inc.* las dos empresas más grandes del mercado aéreo de Estados Unidos, es decir American Airlines y United Airlines, crearon sus propios sistemas de reservas computarizados (SRC), denominados SABRE y Apollo respectivamente, y otras aerolíneas también crearon sus propios SRC<sup>(28)</sup>. El funcionamiento de los SRC es el siguiente: las aerolíneas introducen la información

sobre vuelos en el sistema, las agencias de viaje reciben dicha información y con ella venden los pasajes a los usuarios; al igual que las agencias de viaje, las aerolíneas también pueden suscribirse a los SRC de otras aerolíneas. Los SRC cobran un derecho por pasaje vendido a través del sistema a las aerolíneas suscriptoras. SABRE y Apollo se convirtieron rápidamente en los sistemas más importantes del mercado. Alaska y otras aerolíneas denunciaron que los SRC de American y United eran facilidades esenciales y que estas empresas se negaban a otorgarles un acceso "razonable" a los sistemas (porque consideraban que el derecho por pasaje vendido era muy elevado).

La Corte de Apelaciones descartó la denuncia señalando que para calificar un bien como facilidad esencial no es suficiente demostrar que es inconveniente para la empresa denunciante buscar o crear un bien alternativo o que utilizar el bien ajeno es menos costoso, sino que se debe probar que no es factible encontrar una alternativa; asimismo, la Corte consideró que American y United no tenían el poder de eliminar la competencia en el mercado de transporte aéreo a través del control de los SRC, lo cual también se requería para considerar dicho sistema como esencial<sup>(29)</sup>.

#### 3.1.5. Verizon Communications, Inc. contra Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP

En este caso, Trinko, un cliente de AT&T - proveedor de servicios de larga distancia- ubicado en Nueva York, requería acceder a las facilidades de la empresa de telefonía fija local, denominada Bell Atlantic y posteriormente cambiada por Verizon Communications. Frente a su negativa de interconexión de Verizon, Trinko la denunció sosteniendo que su comportamiento afectaba a los clientes de AT&T. El caso analizado desde dos perspectivas, de un lado, como una violación a la *Telecommunications Act* de 1996 y, de otro, como una conducta anticompetitiva que infringe la *Sherman Act*.

(26) 472 US 585, 86 L. Ed. 2d 467, 105 S. Ct. 2874 (1985).

(27) AREEDA, Phillip. *Essential facilities: an epithet in need of limiting principles*. En: *Antitrust Law Journal*. Número 58. 1989. p. 849.

(28) La desregulación del mercado de transporte aéreo en Estados Unidos incrementó la demanda por información sobre tarifas y disponibilidad de pasajes, y un porcentaje sustancial de las reservas comenzó a realizarse a través de sistemas computarizados.

(29) 948 F. 2d. 536 9th Ct. (1991).

En una importante decisión final, la Corte Suprema de Estados Unidos decidió que la negativa de interconexión denunciada se encontraba prevista expresamente como infracción a la *Telecommunications Act*, por lo que debía considerarse como tal, y que para dar lugar adicionalmente a una violación de las normas de competencia se requería evidencia independiente que demostrara una conducta anticompetitiva, la misma que no se presentaba en el caso bajo análisis. Al respecto, si bien la Corte no se pronunció a favor o en contra de la aplicación de la DFE, definió requisitos bastante exigentes para que se configurara una infracción a la *Sherman Act*<sup>(30)</sup>. Al respecto, se ha señalado que la Corte Suprema ha impuesto severas restricciones a la aplicación de la DFE, por lo que no muchas alegaciones o demandas que la invoquen tendrán éxito, pues se requiere concurrentemente: (i) que los rivales no puedan proveerse el recurso en cuestión por sí mismos; (ii) que el denunciado posea la facilidad y se encuentre ofreciéndola a terceros; (iii) que ofrecerla a estos terceros sea igualmente rentable que ofrecerla a sus competidores; y, (iv) que no exista una obligación de compartir el recurso mencionado establecida en la regulación y cuyo cumplimiento sea supervisado por una agencia reguladora<sup>(31)</sup>.

### 3.2. Comunidad Europea

#### 3.2.1. Commercial Solvents

El precedente más antiguo en la Comunidad Europea data de 1974 y es conocido como el caso *Commercial Solvents*. En este caso, la empresa que tenía el monopolio en la producción mundial de un químico utilizado para elaborar, entre otros, un medicamento contra la tuberculosis, decidió cortar el suministro a su cliente original al momento en que empezó a producir tal medicamento el mismo, impidiendo así que su futuro competidor pudiera continuar produciendo<sup>(32)</sup>. En este caso, se entendió que la empresa que controlaba el insumo impedía la competencia con su negativa y

trasladaba un monopolio en una actividad a otra actividad relacionada. Como última instancia en procesos de libre competencia, la Corte Europea de Justicia expresó lo siguiente sobre la conducta analizada: "(...) una empresa que tiene posición dominante en el mercado de un insumo y que, con el objeto de preservar dicho insumo para elaborar sus propios derivados, se niega a proveerlo a un cliente, que también es productor de tales derivados, y por ello crea el riesgo de eliminar toda la competencia de parte de este cliente, está abusando de su posición de dominio en infracción del Artículo 86 (del Tratado de Roma)"<sup>(ii)</sup>.

El caso *Commercial Solvents* es considerado como el origen de la DFE en Europa y se cita continuamente como precedente obligado en esta materia.

#### 3.2.2. Magill

En el caso *Magill*, tres empresas programadoras de radio y televisión publicaban su propia revista con la programación semanal, siendo las únicas fuentes de información de esta naturaleza con ese período de avance, ya que otras publicaciones -como los diarios- solo ofrecían información sobre la programación del mismo día. Una empresa decidió publicar una guía semanal con la programación de todas las empresas programadoras, pero estas se negaron a darle sus listines de programación argumentando que se trataba de información protegida por las normas de derechos de autor.

En este caso, se planteó que los listines de programación constituían una facilidad esencial y la Corte Europea de Justicia concluyó que la negativa era un abuso de posición de dominio, y que las programadoras se encontraban obligadas a permitir el acceso a los listines de programación a pesar de estar protegidos por derechos de autor. Para ello, la Corte sustentó su decisión en las siguientes razones: (i) la información sobre programación era indispensable para la publicación que se pretendía crear, sin ella era imposible hacerlo; (ii) existía demanda por el producto que

(30) 540 U.S. 398, 124 S.Ct. 872, 881 (2004).

(31) HOVENKAMP, Herbert. *Op. cit.*; p. 310.

(32) Joined cases 6/73 y 7/73, *Istituto Chemioterapico Italiano Spa and Commercial Solvents Corp. v Commission*. 1974.

(ii) Traducción libre.

se trataba de ofrecer, la misma que no era satisfecha por las empresas programadoras; (iii) no había justificación de negocios válida para la negativa; y (iv) la negativa eliminaría la competencia en el mercado de guías de programación<sup>(33)</sup>.

Respecto de esta decisión, se ha señalado que la posición de dominio no se debía a la exclusividad conferida por los derechos de autor sobre los listines de programación, sino por el poder de mercado que tenían los programadores en el mercado de televisión. En otras palabras, que los programadores tenían la posibilidad de impedir el acceso de un competidor al mercado de guías de programas de televisión por ser los únicos que producían la información requerida en dicho mercado. Para Magill resultaba imposible producir información alternativa a la que tenían las programadoras, salvo que hubiera ingresado también al mercado de programación de televisión, lo cual no era razonable considerando que su objetivo era participar solo en el mercado secundario de publicación de guías<sup>(34)</sup>.

### 3.2.3. Tiercé Ladbroke

En el caso Tiercé Ladbroke, una empresa propietaria de establecimientos de apuestas en Bélgica deseaba presentar en vivo por televisión las carreras de caballos realizadas en Francia, pero los propietarios de los derechos correspondientes se negaron a permitirlo. La denunciante planteó que los propietarios de tales derechos habían accedido a venderlos a editores de libros en Alemania y, apoyándose en el precedente del caso Magill, sostuvo que la negativa impedía la emergencia de un nuevo producto.

La Corte de Primera Instancia señaló que para considerarse esencial no debía existir sustituto actual o potencial para el bien requerido y, además, debía ser de tal naturaleza que su no utilización impidiera realizar la actividad relacionada. En tal sentido, la Corte concluyó que las imágenes en vivo de las carreras de caballos francesas no eran indispensables para el negocio de la denunciante y que esta había ingresado y se mantenía en el mercado de apuestas a pesar de no contar con el bien requerido<sup>(35)</sup>.

### 3.2.4. Oscar Bronner

En el caso Oscar Bronner, el editor del diario Der Standard, con una participación de mercado austriaco pequeña (3.6% por difusión y 6% por ingresos de publicidad), requería del grupo Mediaprint, editor de dos periódicos de ámbito nacional con una participación de mercado importante (46.8% por difusión y 42% por publicidad), que incluyera a Der Standard en su sistema de reparto a domicilio. Según Bronner, este era el único sistema de reparto a domicilio a nivel nacional económicamente rentable y no era viable establecer un sistema alternativo; por ello, el grupo Mediaprint se encontraba obligado a compartirlo con sus competidores. Ante la negativa del grupo Mediaprint, Bronner presentó una denuncia ante la autoridad de defensa de la competencia austriaca. Esta solicitó la opinión previa de la Corte Europea de Justicia sobre la DFE.

El mayor desarrollo sobre la DFE en este caso se debe al abogado general Jacobs, funcionario de la Corte Europea de Justicia encargado de emitir opinión para efectos de que la Corte adoptara una decisión. Jacobs desarrolló minuciosamente sus argumentos y concluyó que para considerar esencial el recurso en cuestión no solo debía resultar indispensable para la competencia, sino que era necesario demostrar que la duplicación del mismo era imposible o “enormemente difícil” debido a obstáculos técnicos, reglamentarios o económicos.

La Corte Europea de Justicia se abstuvo de referirse expresamente a la DFE y evaluó el caso como uno de abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato. En tal sentido, estableció como principios generales que en este caso la prueba debía estar dirigida a demostrar que la negativa podía ocasionar que se elimine toda la competencia en el mercado y que el producto en cuestión era indispensable, es decir, que no existía sustituto actual o potencial para el mismo. Adicionalmente, la Corte señaló que no bastaba con afirmar que no era rentable el establecimiento de un segundo sistema de distribución de diarios por la reducida tirada del diario Der Standard, sino que debía acreditarse

(33) Asuntos “Magill”. Comisión v. Magill TV Guide/ITP, BBC y RTE. 1988.

(34) RIDYARD, Derek. *Op. cit.*; p. 446.

(35) Case T-504/93, Tiercé Ladbroke SA v Commission (1997).

cuando menos que no era rentable para la distribución de diarios comparables a los que editaba Mediaprint<sup>(36)</sup>.

Los comentarios sobre esta decisión han sido muchos. Se ha sostenido, por ejemplo, que dados los criterios definidos en este caso, el papel de la DFE pasará a ser residual, pues resulta más difícil argumentar y probar que un activo es esencial, en casos de negativa injustificada de trato<sup>(37)</sup>. Asimismo, se ha indicado que el criterio adoptado en este caso enfatiza la predictibilidad en las decisiones de la autoridad de competencia y demuestra una clara preocupación por los incentivos de las empresas para invertir en activos valiosos, puesto que solo excepcionalmente se las obligaría a compartirlos con el competidor<sup>(38)</sup>. Finalmente, se ha enfatizado que luego de este caso se exigirá demostrar que el acceso al recurso en cuestión sea imprescindible para cualquier competidor y no solo para el reclamante, es decir, que cualquier empresa prudente se inhiba de ingresar al mercado si no cuenta con dicho recurso<sup>(39)</sup>.

### 3.3. Ámbito de los derechos exclusivos por mandato legal

Un aspecto adicional en que la DFE adquiere relevancia es el caso de los llamados Derechos de la Propiedad Industrial y los Derechos de Autor, que no será tratado aquí por exceder a los propósitos de este artículo. Al respecto, y solo para efectos informativos, puede mencionarse que el sistema legal otorga a los titulares de estos derechos la explotación de los mismos con carácter exclusivo, por lo que pueden asimilarse a la idea de una facilidad esencial en circunstancias en las cuales acceder a su uso resulte imprescindible para las operaciones de otras empresas competidoras. Por ello, la DFE ha sido considerada una vía para lograr el otorgamiento de licencia sobre tales derechos y mantener o proteger el proceso competitivo.

No obstante, debe agregarse que, en determinados supuestos, pueden utilizarse otras vías para lograr el uso compartido de tales derechos. Este es el caso de las licencias obligatorias contempladas por el Derecho de Patentes, en virtud de las cuales se obliga al titular de la patente a permitir su uso por terceros en casos debidamente tipificados en la ley. La racionalidad de este mecanismo ya no es únicamente proteger el proceso de competencia y tampoco, claro está, a competidores específicos, sino que la intervención administrativa -de carácter discrecional y técnico- se produce para salvaguardar principalmente intereses generales vinculados a derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente, como sería el caso de la fabricación de medicamentos para atender la salud de los ciudadanos, ante la imposibilidad de acceder a ellos por limitaciones físicas o económicas del (los) fabricante(s) o por negativa del titular de la patente de invención.

### 4. Polémica sobre la vitalidad de la DFE

La DFE ha generado una diversidad de posiciones, desde quienes abogan por su abandono, hasta quienes señalan que esa doctrina contribuye especialmente al desarrollo de mercados que recién se abren al proceso competitivo.

Algunos autores plantean reducir lo más posible el ámbito de aplicación de la DFE o incluso dejarla de lado. En Estados Unidos, por ejemplo, Werden sostiene que la DFE debería aplicarse solo en aquellos casos en que las características del mercado hacen que lo más eficiente sea que exista una sola empresa (monopolios naturales) y, acto seguido, señala que en tales casos lo más recomendable para ordenar el acceso obligatorio son los mecanismos regulatorios y no los procedimientos por infracción a las normas de competencia<sup>(40)</sup>. Por su parte, Hovenkamp ha señalado muy recientemente que se trata de una

(36) Case 7/97, Oscar Bronner GMBH & Co. KG v Mediaprint Zeitungs – und Zeitschriftenverlag GMBH & Co. KG (1998).

(37) GIPPINI, Eric. *Essential facilities y aplicación del artículo 82 CE a la negativa unilateral a contratar. Algunas consideraciones tras la sentencia Bronner*. En: *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*. Número 205. 2000. pp. 85-95.

(38) BERGMAN, Mats. *The Bronner case – a turning point for the essential facilities doctrine?* En: *European Competition Law Review*. Número 2. 2000. p. 63. CAPOBIANCO, Antonio. *Op. cit.*; p. 560.

(39) HANCHER, Leigh. *Case note: case C-7/97 Oscar Bronner v Medianprint*. En: *Utilities Regulation Law Review*. Volumen 10. Número 2. Marzo-Abril 1999. p. 49.

(40) WERDEN, Gregory. *The law and economics of the essential facility doctrine*. En: *Saint Louis University Law Journal*. Número 32. 1987. pp. 452-480.



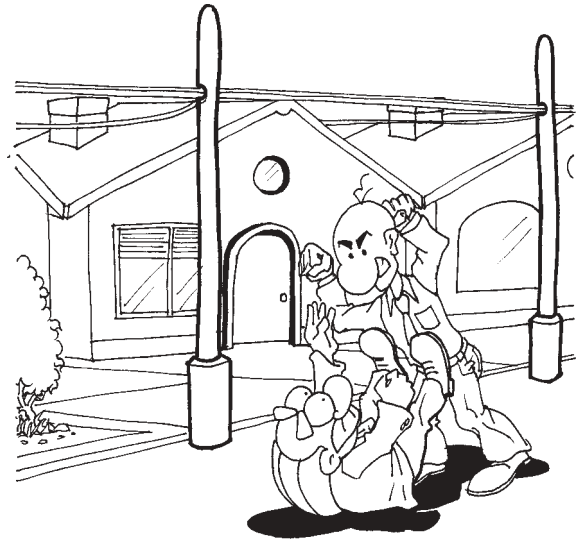
de las figuras más problemáticas, incoherentes e inmanejables para sustentar un caso de monopolización, y que sería mejor afinar la doctrina general de las negativas injustificadas de venta para cubrir todos los supuestos, en vez de recurrir a la DFE<sup>(41)</sup>.

En la Comunidad Europea, Doherty señala que las principales autoridades de defensa de la competencia han preferido no sustentarse en la DFE y que el Derecho Comunitario no contempla esta doctrina de forma expresa, por lo que concluye que debe descartarse en tanto no aporta nada relevante a la prohibición general de negativas injustificadas de trato, ni tampoco introduce deberes adicionales dentro de las especiales obligaciones que ya deben cumplir las empresas dominantes según la práctica comunitaria europea<sup>(42)</sup>.

También están quienes afirman que la DFE debe ser redimensionada y colocada nuevamente en el lugar que le corresponde dentro del análisis del mercado relevante, en particular, del producto relevante y tomando en cuenta el criterio de sustitución. Esta línea de razonamiento fue expuesta por Hovenkamp hace poco más de una década:

“En el fondo, una facilidad esencial no es más que el mercado relevante para un determinado insumo que es crucial para la producción de otro bien. (...) Si uno considera la definición económica de un mercado relevante como cualquier ‘grupo de ventas’ cuya elasticidad de demanda y oferta es suficientemente baja como para hacer rentable el establecimiento de precios por encima del nivel competitivo, entonces es difícil encontrar una distinción significativa entre una facilidad esencial y un mercado relevante correctamente definido. Por supuesto que uno puede insistir en calificar una facilidad esencial como algo más que un simple mercado relevante. Esto podría ser muy apropiado si es que la ley impone mayores obligaciones a quienes controlan facilidades esenciales que a un monopolista en general”<sup>(43)</sup>.

Otros autores consideran que la DFE tiene aplicación en supuestos que no pueden enfrentarse apropiadamente con la prohibición de negativas



DURANTE

injustificadas de trato. Por ejemplo, Capobianco opina que la DFE sirve como una poderosa herramienta para la creación de mercados competitivos en donde existían monopolios legales o estructurales. Según este autor, la DFE tiene dos diferencias fundamentales con la prohibición de negativas de trato:

a) La DFE resulta más adecuada cuando la empresa dominante no ha otorgado acceso a empresa alguna y se requiere una vía para que dicho acceso sea otorgado, fijándose además las condiciones aplicables; mientras que la prohibición de negativas de trato se aplica cuando la empresa dominante ya otorgó acceso a unos pero se niega a darlo a otros.

b) La DFE se aplica solo cuando el bien es esencial para competir, mientras que la obligación de trato genérica puede aplicarse a cualquier bien controlado por una empresa dominante, aunque no sea esencial.

Capobianco termina señalando que tales diferencias justifican la intervención de la autoridad de competencia para abrir camino al acceso de

(41) HOVENKAMP, Herbert. *Op. cit.*; p. 309.

(42) DOHERTY, Barry. *Op. cit.*; p. 435.

(43) Traducción libre de: HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy, the law of competition and its practice*. St. Paul, Minnesota: West Group, 1994. pp. 274 y 275.

terceros a esos bienes esenciales, mediante un test más estricto como el que se requiere en la DFE<sup>(44)</sup>.

Un punto medio entre las distintas opiniones sobre la DFE fue planteado hace ya varios años por Phillip Areeda en un equilibrado e influyente artículo. En esa oportunidad, el profesor Areeda señaló que en ningún caso seguido en Estados Unidos se había desarrollado una lógica consistente para la DFE y tampoco se habían analizado los costos y beneficios derivados de obligar al propietario o poseedor de un activo a compartirlo con sus competidores. Al respecto, este autor indicó que:

“Como en la mayoría de instancias en que se juzga en función de un concepto, la ley evolucionó en tres etapas: (i) Un caso extremo aparece en el cual las Corte debe dar una respuesta apropiada. (ii) El lenguaje de esa respuesta es luego aplicado -muy seguido mecánicamente, a veces brillantemente- para expandir su aplicación. Con muy pocos jueces con la suficiente experiencia en la materia como para resistir, la doctrina se expande hasta los límites que permite el lenguaje y con poca relación con la política que le dio origen. (iii) Los alcances de dicha expansión finalmente devienen en ridículos y el proceso de retroceso comienza”<sup>(45)</sup>.

Adicionalmente, buscando ofrecer mayores luces para el debate, Areeda planteó los siguientes principios para evitar una aplicación desmedida de la DFE:

a) No existe obligación de compartir un activo y una orden de otorgar acceso obligatorio al mismo debe ser excepcional.

b) Un activo es esencial solo cuando es crítico para la vitalidad del competidor y el competidor es esencial para que exista competencia en el mercado. El activo es crítico si el competidor no puede competir sin dicho activo y no puede duplicarlo ni encuentra alternativas disponibles para el mismo.

c) Nadie debe ser forzado a compartir un activo si con ello no se mejora sustancialmente la competencia a través de la reducción de precios, el incremento de la oferta o la innovación. Tal mejora no se produce, por ejemplo, cuando el acceso

obligatorio desincentiva actividades deseables (como podría ser la futura inversión para crear activos valiosos).

d) La negativa de acceso a un activo que cumple las características previamente señaladas no es ilegal *per se*, ya que podrían existir justificaciones válidas de negocios. La carga de la prueba sobre la invalidez de la justificación corresponde a quien solicita el acceso.

e) La negativa a compartir un activo con un rival puede tener el objetivo de mejorar la propia posición en el mercado, por lo cual la intencionalidad solo sirve como criterio para juzgar la negativa si es que puede demostrarse que la intención es excluir al competidor a través de medios impropios.

f) Ningún Tribunal o Corte debe imponer una obligación de trato que no pueda justificar y luego supervisar; y si ello implica que la autoridad de competencia asuma funciones de control propias de una agencia reguladora no debería imponer tal obligación<sup>(46)</sup>.

## 5. Esencia y contornos de la DFE

Como se advierte de los casos previamente descritos y de las posiciones existentes frente a la DFE, paulatinamente el ámbito de aplicación de esta doctrina se fue extendiendo, invocándose supuestos distintos a los de infraestructuras, que son los que mejor explican su origen. Con ello, los contornos de la doctrina se fueron haciendo más difusos, dando lugar a cuestionamientos. La principal razón es que, en los hechos, todo bien que se ofrece al consumidor final pasa por varias etapas productivas y podría argumentarse que cualquiera de los insumos utilizados en dichas etapas es esencial. Así, la DFE sería aplicable potencialmente en cualquier mercado o actividad comercial. Una aplicación extendida de esta doctrina llevaría a que cuanto más valiosos sean los activos -es decir cuanto más ventajas competitivas otorguen- mayor sea la probabilidad de que se consideren facilidades esenciales y se ordene compartir su uso con terceros.

Esto resultaría pernicioso no solo porque, en el extremo, la DFE podría llegar a tener una

(44) CAPOBIANCO, Antonio. *Op. cit.*; pp. 560 y 561.

(45) Traducción libre: AREEDA, Phillip. *Op. cit.*; p. 841.

(46) *Ibid.*; pp. 847, 852 y 853.

naturaleza expropiatoria de activos valiosos, sino también porque admitiría un comportamiento de *free rider*, es decir, que una empresa aproveche los bienes correspondientes a un tercero sin incurrir en la inversión requerida para crearlos. Si esto fuera así, se estaría enviando una señal equivocada al mercado. De un lado, con la DFE podrían ingresar competidores ineficientes, evitando invertir lo mismo que las empresas ya establecidas y teniendo garantizado el acceso a los activos más valiosos del competidor. Igualmente, la DFE podría inhibir a las empresas ya establecidas de invertir en activos valiosos, puesto que si la ventaja competitiva que estos bienes ofrecen tuviera que ser compartida con terceros, no rendirían los frutos esperados.

De acuerdo con lo señalado, la conservación de la DFE como herramienta efectiva del Derecho de la Competencia depende, por un lado, de que se definan los requisitos necesarios para su aplicación y, por otro, de que se tengan en cuenta ciertos aspectos complementarios que garanticen el uso razonable de la misma. Con ello se otorga mayor certeza jurídica a los agentes económicos y se garantiza que la doctrina se preserve dentro de linderos apropiados. A continuación se precisan tres componentes básicos para que la DFE sea aplicable según diversos autores que han tratado extensamente el tema, así como dos aspectos complementarios que deben estudiarse con el debido cuidado al momento de aplicarla.

## 5.1. Componentes básicos de la DFE<sup>(47)</sup>

### 5.1.1. Imposibilidad de duplicar el recurso

Encontrar un bien alternativo al recurso en cuestión debe ser imposible o muy difícil, por razones de índole física, legal o económica; es decir, no debe ser factible replicar el bien por medio razonable alguno. No debe existir un sustituto actual ni potencial para el recurso o, visto de otra forma, quien lo controla no debe enfrentar competencia de parte de empresas que provean bienes alternativos.

Entre las razones físicas antes mencionadas podrían considerarse, por ejemplo, los casos de infraestructuras que no pueden ser replicadas por que no existe espacio para instalar

otra similar (un puerto por ejemplo). La imposibilidad de índole legal podría deberse, entre otros, a derechos de propiedad intelectual o a monopolios establecidos por norma legal. Finalmente, están las razones económicas, que deben ser tratadas con mucho cuidado. Ello se debe a que la imposibilidad de duplicar un activo en términos económicos puede ser muy controversial, en tanto que no basta que el interesado no pueda afrontar la inversión requerida para crear el activo cuyo uso solicita, sino que ello debería ser imposible para cualquier empresa prudente en materia de inversiones.

En principio, la identificación de este elemento tendría que realizarse como parte de la definición del producto relevante, en tanto supone la evaluación de sustitutos del bien en cuestión. También puede ser conveniente distinguir a este nivel del análisis cuál es el mercado relevante, es decir, el correspondiente al bien calificado como recurso esencial, y el mercado afectado, o sea aquel cuyas condiciones de competencia podrían verse afectadas si no se logra el acceso a dicho recurso.

### 5.1.2. Acceso imprescindible al recurso

Asimismo, debe ser imprescindible acceder al activo en cuestión, lo cual no significa solamente que el mismo sea importante o útil para mejorar la posición competitiva del interesado, sino que sea indispensable para ingresar o mantenerse en el mercado. Ello implica que si el interesado no logra acceder al referido bien abandonaría el mercado o no podría ingresar a él.

No basta que un competidor no pueda ingresar al mercado sin acceder al recurso, sino que se debe demostrar que ninguna otra empresa puede hacerlo. Esta es la única forma de garantizar que la DFE se utilice para proteger el proceso competitivo, representado por el conjunto de las empresas participantes, y no a un competidor en particular. Si solo uno o algunos de los que pretenden entrar al mercado se ven imposibilitados pero otros podrían hacerlo sin acceder al mencionado recurso, no debería considerarse que el acceso al mismo es esencial para la competencia.

(47) CAPOBIANCO, Antonio. *Op. cit.*: p. 556. DOHERTY, Barry. *Op. cit.*: pp. 423-433. GAVIL y otros. *Op. cit.*: p. 661. RIDYARD, Derek. *Op. cit.*: pp. 447-450. WHISH, Richard. *Op. cit.*: pp. 674, 675 y 677.

La caracterización de este segundo elemento debería efectuarse al evaluar los efectos perjudiciales derivados la negativa de acceso al recurso. En otras palabras, el carácter imprescindible del recurso tendría que identificarse considerando los efectos restrictivos de la competencia ocasionados en el mercado afectado.

### 5.1.3. Inexistencia de justificación para la negativa

Incluso si el recurso en cuestión es calificado como esencial -no duplicable e imprescindible para la competencia una negativa de acceso al mismo podría encontrarse justificada. Esto significa que la aplicación de la DFE requiere también que la negativa no tenga justificación válida o, en otras palabras, que negar el acceso a un recurso esencial no es ilícito *per se*.

La calificación de un bien como facilidad esencial no implica que el interesado adquiera un derecho ilimitado de acceder al mismo. En determinadas circunstancias no permitir el uso de dicho bien por terceros puede ser razonable y, por tanto, la negativa de acceso puede ser válida. Un supuesto evidente es que la facilidad esencial esté siendo utilizada a plena capacidad por su propietario. La justificación en este caso sería la falta de capacidad disponible. En tal caso, un tema en debate es si el propietario de la facilidad esencial está obligado a ampliar la capacidad para atender los requerimientos de terceros. De concluirse, luego del examen correspondiente, que tal obligación existe, queda claro que los costos de ampliación tendrían que ser asumidos por el interesado en acceder a la facilidad. Finalmente, si existe capacidad adicional disponible pero es limitada, pueden justificarse algunas restricciones en los términos de acceso al recurso esencial; y si son varios los interesados en acceder, sería razonable que se elija solo a uno o a algunos de ellos a través de procesos de selección transparentes, negándose el uso a los demás.

Otra justificación válida para negar el acceso a la facilidad esencial podría ser que su utilización por terceros ponga en peligro su normal funcionamiento, o que lo afecte negativamente si, por ejemplo, ocasiona una degradación de la calidad del servicio que se brinda al usuario a través del uso de la facilidad o altera la oportunidad con que dicho servicio se ofrece.

Algunas justificaciones para negar el acceso a facilidades esenciales han sido desechadas debido a sus connotaciones anticompetitivas. Entre ellas

se puede mencionar, por ejemplo: (i) la decisión de ingresar a operar en un mercado relacionado al de la facilidad esencial y competir con el ex-cliente a quien se niega el acceso; o, (ii) la necesidad de proteger el negocio en un mercado relacionado al de la facilidad esencial frente a un nuevo proveedor que pretende ingresar a dicho mercado haciendo uso de esta facilidad.

## 5.2. Aspectos complementarios de estudio

### 5.2.1. Alcances de la orden de acceso y condiciones aplicables

Según se ha señalado, la DFE es aplicable cuando se determina que sin tener justificación válida se negó el acceso a un bien muy difícil duplicar e imprescindible para la competencia. En dicho contexto resulta necesario evaluar el alcance -o el límite- de las medidas que pueden adoptarse para remediar tal situación. Una alternativa podría ser ordenar que se otorgue acceso al recurso esencial o se comparta su uso con terceros, dejando que las partes negocien los términos en que se otorgará el acceso o se permitirá el uso del bien en cuestión (precio, oportunidad, calidad del servicio, etcétera). Otra alternativa más audaz podría ser ordenar el acceso o uso compartido y, además, establecer directamente las condiciones aplicables, sin dar lugar a negociación entre las partes. En este caso la idea sería que el acceso no debe ser gratuito sino remunerar adecuadamente por el uso del recurso esencial, debiendo la autoridad de competencia encargarse de que ello sea así. Cada alternativa supone distintos grados de protección para quien requiere acceder a la facilidad y, en contrapartida, menores o mayores exigencias para la autoridad de defensa de la competencia.

La primera opción -orden de acceso que deja la definición de condiciones aplicables al acuerdo entre las partes- otorga menor grado de protección al interesado en acceder a la facilidad, pero también las deja en libertad para acordar las condiciones que más les acomoden e impone menores cargas a la autoridad de competencia. Si bien este supuesto privilegia la libertad de negociación, el beneficiario de la orden de acceso podría quedar desprotegido frente a la imposibilidad de llegar a un acuerdo por causas imputables al propietario del recurso esencial, tales como dilaciones indebidas en la negociación o el

establecimiento de condiciones excesivamente onerosas (precios muy elevados, turnos inaceptables para el acceso, etcétera). De otro lado, la participación de la autoridad de competencia se limita a dictar la orden correspondiente sujetando su cumplimiento a principios generales como el acceso no discriminatorio y, eventualmente, también incluye el monitoreo posterior del cumplimiento, pero sin que ello implique definir los términos de la negociación.

El mayor cuestionamiento a esta opción es que no ofrecería una solución frente a la posibilidad de que el beneficiario vea truncadas sus expectativas si el propietario del recurso esencial crea trabas en la negociación o exige condiciones excesivas. Por ello, se plantea que estos remedios podrían ser insuficientes para promover la competencia efectiva en el mercado.

La segunda opción -orden de acceso y definición de las condiciones aplicables- ofrece mayor seguridad al beneficiario de la orden de acceso, pero impone grandes exigencias a la autoridad de competencia. Al definirse *ex ante* las condiciones en que se brinda el acceso la probabilidad de que el beneficiario no logre su objetivo se reduce. Sin embargo, en este escenario la autoridad de competencia debe identificar el precio adecuado -que cubra los costos y una ganancia razonable- y posiblemente también condiciones adicionales como la calidad y oportunidad del acceso, entre otras.

Los cuestionamientos a esta opción radican principalmente en tres aspectos. En primer lugar, se la critica por una cuestión de principio, en tanto que lleva a la autoridad de competencia a transformarse en una suerte de regulador y, más aún, de parte en un contrato. Al respecto, se señala que es probable que por esta razón las autoridades hayan sido renuentes a enfrascarse en procesos que las obliguen a determinar precios o que las conviertan en agencias reguladoras. En segundo lugar, se plantea que la autoridad de competencia tendría que contar no solo con la especialización necesaria en materia de fijación de precios u otras condiciones de acceso, sino además con la

información requerida para hacerlo en cada caso concreto. No obstante, este tipo de especialización e información es muy costosa y resulta propia de agencias reguladoras de servicios públicos. En tercer lugar, se sostiene que aun cuando las limitaciones anteriores hubieran sido superadas, la autoridad de competencia tendría que realizar acciones de control constantes para verificar el cumplimiento de las condiciones de acceso que hubiera establecido, generándose así una mayor carga en sus labores<sup>(48)</sup>.

Si bien ambas alternativas presentan debilidades, la viabilidad de segunda de ellas parece generar mayores dudas. En tal sentido, la regla debería ser que la autoridad de competencia se limite a ordenar el acceso dejando la definición de las condiciones al acuerdo entre las partes y, solo en casos excepcionales, también defina las condiciones de acceso, estudiando previa y cuidadosamente si ello es imprescindible.

Para efectos de hacer de la primera alternativa la regla, debe tenerse en cuenta que lo que se busca proteger es el proceso de competencia y no a competidores específicos. Asimismo, debe considerarse que las normas de competencia deben orientarse a promover la entrada de competidores eficientes. En tal sentido, no debe asumirse como dado que se está produciendo una negativa indirecta de trato si el beneficiario de la orden de acceso no puede entrar al mercado con el precio o las condiciones que le ofrece el propietario del recurso esencial; en otras palabras, no debe presumirse que son condiciones abusivas y que hubiera sido mejor que la autoridad de competencia las definiera desde un inicio. El tema es más complejo, ya que el precio o las condiciones planteadas por el propietario del recurso podrían permitir que ingresen algunas empresas pero no otras, por ejemplo, aquellas que operan a menores costos y están en mejores condiciones de cubrir el precio que se les pide por dicho recurso. Por tanto, la principal cuestión a definir debería ser si las condiciones que ofrece el propietario del recurso esencial permiten el ingreso de competidores eficientes<sup>(49)</sup>.

(48) DOHERTY, Barry. *Op. cit.*; pp. 431-435. GAVIL y otros. *Op. cit.*; p. 661. SULLIVAN, L. y W. GRIMES. *The law of antitrust: an integrated handbook*. St. Paul, Minnesota: West Group, 2000. p. 111. WHISH, Richard. *Op. cit.*; p. 693.

(49) RUBINOVITZ, Robert. *The economics of refusals to deal*. En: *Antitrust Insights*. NERA, Mayo/Junio 2004. p. 7.



### 5.2.2. Equilibrio entre efectos de corto y largo plazo

La consecuencia de la aplicación de la DFE es que el propietario del recurso esencial comparta su uso con terceros. A su vez, este uso permite el ingreso de nuevas empresas y puede facilitar la competencia al nivel del producto elaborado con dicho insumo. No obstante, la obligación de compartir el uso del recurso también puede inhibir a su propietario -o a otras empresas- de invertir en el futuro en ese tipo de bienes, en tanto que existe el riesgo de que luego se le obligue a permitir su aprovechamiento por quienes no corrieron con aquel gasto inicial.

En tal sentido, se ha sostenido que al evaluar la aplicación de la DFE debería sopesarse correctamente las ventajas y desventajas de ordenar el uso compartido. En el corto plazo la competencia en el mercado donde operan los terceros que acceden a la facilidad puede verse beneficiada, lográndose por ejemplo reducciones de precios o incrementos de la oferta. No obstante, en el largo plazo se podría estar facilitando la entrada de empresas ineficientes y reduciendo los incentivos de inversión futura en activos valiosos, generándose finalmente un perjuicio para los consumidores<sup>(50)</sup>.

Así, balancear los objetivos de corto y largo plazo de las normas de competencia se convierte en un aspecto necesario al estudiar la aplicación de la DFE. Ello supone una comparación dinámica entre el incremento inmediato de la competencia y los incentivos de inversión. Este balance debe inspirar, por ejemplo, la evaluación de las justificaciones que puedan existir para la negativa de otorgar acceso al recurso esencial.

Este aspecto es de particular importancia en aquellas industrias donde la innovación es parte

inherente de la actividad en cuestión o donde se requieren infraestructuras que significan elevados “costos hundidos”. Al respecto, como se ha visto en secciones previas, decisiones recientes en el terreno de la DFE han hecho especial énfasis al considerar los incentivos para la innovación e inversión.

## 6. Arribo y manifestaciones de la DFE en el Perú

### 6.1. Sistema legal peruano y DFE

El ordenamiento legal peruano contempla el derecho de toda empresa a la negativa de trato sin expresión de causa, pero solo permite que las empresas con posición de dominio se nieguen a contratar si cuentan con una razón válida para hacerlo. En efecto, la Ley de Libre Competencia, Decreto Legislativo 701 (en adelante DL 701) prohíbe la negativa injustificada de trato por parte de empresas con posición de dominio en el mercado<sup>(51)</sup>. Es decir, que una empresa con posición de dominio debe tener una justificación para negarse a contratar, de lo contrario, su negativa resultaría ilícita.

Esta intervención del DL 701 sobre la libre iniciativa privada es válida dentro del ordenamiento legal peruano, en tanto que las normas que reconocen la libertad de contratar condicionan la validez de su ejercicio al cumplimiento del marco legal vigente, en especial, las normas de orden público. Entre estas normas se encuentra el DL 701. Así, la prohibición de negativas injustificadas de trato por parte de empresas con posición de dominio funciona como un punto de equilibrio entre el derecho a la libertad de contratar y la protección de la libre competencia, aunque se trata de una excepción a la regla general<sup>(52)</sup>. Adicionalmente, la norma permite

(50) RIDYARD, Derek. *Op. cit.*; p. 440. RUBINOVITZ, Robert. *Op. cit.*; pp. 5 y 6. WHISH, Richard. *Op. cit.*; p. 670.

(51) Decreto Legislativo 701, Ley contra las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia. 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”. Artículo 5: “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. Son casos de abuso de posición de dominio: a) La negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación, de productos o servicios”.

(52) QUINTANA, Eduardo. *Prohibición de negativas injustificadas de trato: ¿equilibrando la libertad de contratar y la libre competencia?* En: *ius et veritas*. Año XIII. Número 25. 2002. p. 381.

que se justifique una negativa a contratar, por lo que debe concluirse que las negativas de trato de empresas dominantes no son ilegales *per se* en el sistema legal peruano, sino que su análisis se rige por la denominada regla de la razón.

No obstante, el DL 701 no contiene referencia alguna a la DFE, por lo que su evaluación debe enmarcarse dentro de las normas que prohíben la negativa injustificada de trato unilateral por parte de empresas dominantes, como sucede en otras latitudes donde las normas de libre competencia no se pronuncian sobre la DFE (por ejemplo en la Comunidad Europea y Estados Unidos)<sup>(53)</sup>.

La identificación de una facilidad esencial sería parte de la definición de mercado relevante y serviría para determinar si la empresa que controla dicha facilidad cuenta con posición de dominio en el mercado. La negativa de dar acceso también debería analizarse según la regla de la razón.

Al respecto, puede señalarse que la única definición de facilidades esenciales prevista por el marco normativo peruano relacionado con el DL 701 se encuentra en los Lineamientos de Libre Competencia del OSIPTEL. Estos lineamientos consideran el control de facilidades esenciales como uno de los aspectos para definir si una empresa cuenta con posición de dominio. Los criterios para identificar una facilidad esencial según los referidos Lineamientos son:

a) que el bien en cuestión sea suministrado de modo exclusivo o de manera predominante por

uno o pocos proveedores; y,

b) que la sustitución del mismo no sea factible en lo económico o en lo técnico<sup>(54)</sup>.

Adicionalmente, también debe comentarse que el Indecopi ha elaborado un proyecto de ley difundido actualmente ya en su tercera versión- en el que se incluye expresamente la DFE como un supuesto de abuso de posición de dominio, cuyo texto se transcribe a continuación:

“Artículo 10: Abuso de posición de dominio en el mercado. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 61 de la Constitución Política del Perú, el Estado combate toda práctica que limite la competencia y el abuso de posiciones de dominio en el mercado. En consecuencia, está prohibido y será sancionado, de conformidad con las normas de la Ley, el abuso, por parte de una o más empresas, de la posición de dominio que ostenten en el mercado. El abuso de la posición de dominio en el mercado podrá consistir, en particular, en:

(...)

g) La negativa a otra empresa del acceso a sus propias redes u otra infraestructura a cambio de una remuneración razonable, siempre que dichas redes o infraestructura constituyan una facilidad esencial y no exista un organismo regulador en dicho mercado”<sup>(55)</sup>.

Lamentablemente, la exposición de motivos del proyecto solo contiene una breve mención al respecto, que no expresa las razones por las que se consideró conveniente introducir expresamente

(53) Cabe señalar que el artículo 6 literal g del Decreto Legislativo 701 prohíbe las negativas concertadas e injustificadas de trato, es decir, los boicots. En tal sentido, la DFE también podría contemplarse como un supuesto de práctica concertada, cuando es un grupo de competidores el propietario o poseedor del recurso esencial, aunque como ya se ha señalado al inicio del presente artículo lo común es que se aplique en casos de negativas unilaterales.

(54) Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Libre Competencia en el Ámbito de las Telecomunicaciones, aprobados mediante Resolución 003-2000-CD/OSIPTEL, publicada en el Diario Oficial El Peruano con fecha 8 de febrero de 2000.

4.1.1. “Determinación del nivel de competencia en el mercado relevante y del poder de mercado de la empresa. Algunas de las variables que OSIPTEL podrá tomar en consideración para determinar si una firma exhibe posición de dominio en un mercado relevante determinado son: (...); c) El control de recursos esenciales reviste particular relevancia en telecomunicaciones o en tecnologías de red en general. 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 técnico”.

(55) La tercera versión de este proyecto puede verse en su integridad en: <http://www.indecopi.gob.pe/upload/tribunal/sdc/2005/ProyectoLeyDefensaCompetencia.pdf> (visitada el 11 de agosto de 2005).

Cabe señalar que esta tercera versión incluye expresamente tanto el concepto de facilidad esencial no planteado en la versión inicial, como la aplicación de esta figura prohibida solo en aquellos casos en que no haya una agencia reguladora. De otro lado, esta nueva versión elimina la referencia inicial a las razones que podían justificar la negativa de acceso. A continuación se transcribe el texto de la disposición en referencia contenido en la primera versión: “Artículo 9: Abuso de posición de dominio en el mercado. Está prohibida y será sancionada de conformidad con las normas de la presente Ley, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de la posición de dominio que ostenten en el mercado. La explotación abusiva de la posición de dominio en el mercado podrá consistir, en particular,

esta nueva prohibición<sup>(56)</sup>. En particular, no se explica cuál sería la necesidad de agregar esta figura si ya se ha contemplado en el proyecto una prohibición general de negativas injustificadas de trato<sup>(57)</sup>.

La introducción de la DFE como supuesto prohibido expresamente por el proyecto de ley parece innecesaria. De un lado, se trata de una figura que no ha sido reconocida expresamente por máximas autoridades en materia de defensa de la competencia tales como la Corte Europea de Justicia o la Corte Suprema de Estados Unidos, quienes ha preferido recurrir a la prohibición general de negativas injustificadas de trato. De otro lado, las propias autoridades peruanas de defensa de la competencia -Indecopi y OSIPTEL- han manejado los casos relativos al acceso a recursos calificados como esenciales a través de la prohibición general de negativas injustificadas de trato, según se demuestra en los siguientes apartados. Además, incluir esta figura expresamente podría representar una manifestación de un afán desmedido por tipificar conductas prohibidas.

En cuanto a las críticas que pueden plantearse sobre el texto de la referida propuesta, está primero la duda sobre el criterio de interpretación aplicable a las negativas de acceso a facilidades esenciales. Al no exigirse que tal negativa sea “injustificada”, como sucede con la prohibición general de negativas de trato, podría considerarse que aquel tipo de negativas es ilegal *per se*. Sin embargo, este no debería ser el criterio adoptado, pues según se ha explicado en las secciones previas del presente artículo tratándose de una restricción al derecho de propiedad debería contemplarse

siempre la posibilidad de sustentar las razones que justifican la negativa.

En segundo lugar, la norma no resultaría aplicable si el mercado se encuentra bajo el ámbito de una agencia reguladora. En otras palabras, la regla sería que en las industrias reguladas no se aplica esta porción de las normas de libre competencia. La racionalidad parecería ser que en esos casos puede utilizarse la regulación para resolver el problema de acceso a recursos esenciales, por lo que no sería necesaria la aplicación de la ley de defensa de la competencia. No obstante, como es bien sabido, la regulación no puede prever todas las modalidades en que las empresas pueden negarse a otorgar el acceso a facilidades esenciales o, aun de preverlas, puede requerir un proceso bastante largo de aprobación. En consecuencia, la vía regulatoria -si bien adecuada- no siempre es la más efectiva para resolver este tipo de problemas. En reconocimiento de este hecho, la regulación peruana de todas las industrias de redes establece el denominado “principio de supletoriedad” para definir que las normas de competencia se aplican en aquellos casos no previstos por la normativa del sector<sup>(58)</sup>. De acuerdo con lo anterior, aun de considerarse válida su inclusión, el texto de la norma propuesta debería ser objeto de cuidadosa revisión.

Finalmente, otro tema que cabe señalar es que el sistema legal peruano también incluye regulación *ex ante* que define expresamente como facilidades esenciales determinadas infraestructuras y/o recursos. Como se trata de un aspecto que excede los propósitos del presente artículo, solo se indica a manera referencial que la

en: (...) f) La negativa a otra empresa del acceso a sus propias redes u otra infraestructura a cambio de una remuneración adecuada, siempre que la otra empresa sin tal acceso sea incapaz por motivos legales o fácticos de competir con la empresa dominante en los mercados anterior y/o posterior. Esta disposición no se aplicará si la empresa dominante demuestra que existen razones operativas u otras que imposibilitan tal acceso, o que tal acceso no puede tener lugar en circunstancias razonables”.

- (56) El referido comentario es el siguiente: “El literal g del artículo 10 del proyecto también representa una novedad respecto del Decreto Legislativo 701, en virtud de la cual la agencia de competencia puede sancionar la negativa de acceso a redes o infraestructura esenciales para el desarrollo de determinada actividad. En estos casos, según cuida de precisar el proyecto, la agencia de competencia solo podrá sancionar dicha negativa si la facilidad en cuestión no está sometida ya a una regulación específica”.
- (57) En efecto, el inciso d del artículo 10 del proyecto prohíbe: “La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios”.
- (58) Sirva como ejemplo el artículo 12 del Reglamento General del OSIPTEL, Decreto Supremo 008-2001-PCM, que establece lo siguiente: “Principio de supletoriedad. Las normas de libre competencia son supletorias a las disposiciones normativas y/o regulatorias que dicte el OSIPTEL en el ámbito de su competencia. En caso de conflicto primarán las disposiciones dictadas por el OSIPTEL”. Para un análisis más detallado sobre el tema, véase: QUINTANA, Eduardo. *¿Es la política de competencia “supletoria” de la regulación de telecomunicaciones?* En: *ius et veritas*. Año XIV. Número 27. 2003.

regulación de telecomunicaciones contempla un listado de recursos y servicios calificado como instalaciones esenciales para efectos de la interconexión de redes, tales como la terminación de llamadas, la conmutación y señalización de llamadas, los servicios de facturación y cobranza, entre otros<sup>(59)</sup>. De igual manera, la regulación de infraestructura de transporte de uso público califica un grupo de bienes como facilidades esenciales para el acceso de terceros operadores de servicios a las infraestructuras en cuestión. Así, tratándose de aeropuertos, se consideran facilidades esenciales la pista de aterrizaje, la rampa o los puentes de embarque; en el caso de puertos tienen dicha calificación la poza de maniobras y rada interior, los muelles y amarraderos, etcétera; similar enumeración se hace para las carreteras y las vías férreas<sup>(60)</sup>. En ambos casos la definición de instalaciones o facilidades esenciales otorga a terceros el derecho de solicitar al regulador correspondiente la emisión de un mandato de interconexión o de acceso, respectivamente, en caso de no llegar a un acuerdo satisfactorio con la empresa que controla dichos recursos.

## 6.2. Jurisprudencia referida a la DFE

Dentro de los casos en que se ha hecho referencia a la DFE se encuentran, en primer lugar, aquellos relacionados con infraestructuras utilizadas para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones. Al respecto, tanto el Indecopi como el OSIPTEL han conocido denuncias por abuso de posición de dominio, en la modalidad de negativa injustificada de trato, dentro del mercado de arrendamiento o uso de infraestructuras para prestar el servicio de distribución de radiodifusión por cable (televisión por cable). De otro lado, Indecopi también ha aplicado la DFE a un caso referido a negativa injustificada de trato en el mercado de servicios bancarios.

### 6.2.1. Indecopi

El Indecopi ha conocido dos casos relacionados con la DFE y en ambos resolvió señalando que existía una facilidad esencial, tal como se detalla a continuación.

#### 6.2.1.1. Cab Cable contra Electrocentro

El primer caso sobre la materia fue la denuncia presentada ante Indecopi por la empresa Cab Cable S.A. contra Electrocentro S.A. La denunciante era concesionaria del servicio de distribución de televisión por cable en la ciudad de Huancayo y pretendía utilizar los postes de la red de distribución eléctrica de la denunciada para instalar su red de cables. Apesar de haber contratado previamente el uso de sus postes con la empresa que transfirió el negocio a la denunciante, Electrocentro se negó a permitir el acceso de Cab Cable a su red de postes en Huancayo.

En este caso, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi (en adelante SDC) señaló los siguientes criterios para aplicar la DFE:

“(…) un recurso esencial es aquella infraestructura que es indispensable para la producción de un determinado producto en otro mercado, por lo que, la negativa a proporcionar dicho bien perjudica la competencia. En ese sentido, si una empresa que tiene un recurso o servicio considerado esencial, se niega injustificadamente a contratar con otra y dicha conducta perjudica el interés económico general, en especial, a los consumidores, será objeto de sanción por la autoridad de libre competencia.

Para que se configure la obligación de permitir el acceso a una facilidad esencial, es necesaria la concurrencia de cuatro elementos: (i) el control de la facilidad esencial debe encontrarse en poder de un monopolista (o una empresa con posición de dominio); (ii) incapacidad o irrazonabilidad para duplicar la facilidad esencial; (iii) el rechazo del uso de la facilidad esencial; y, (iv) la posibilidad de proveer la facilidad.

Es importante tener presente que la obligación de permitir el acceso a una facilidad esencial tiene como finalidad proteger la competencia y no a un competidor en especial”.

A continuación, la SDC calificó los postes de Electrocentro como facilidades esenciales para el servicio de televisión por cable, considerando que la otra empresa que tenía una red de postes instalada en Huancayo -Telefónica del Perú S.A.A.- no cubría las mismas zonas que la denunciada y

(59) Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión, Resolución 043-2003-CD/OSIPTEL (artículo 6 y anexo II).

(60) Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público, Resolución 014-2003-CD/OSITRAN (artículo 9 y anexo I).

no alcanzaba las áreas donde Cab Cable pretendía operar. Igualmente, la SDC consideró que otros medios no constituían sustitutos efectivos de la red de postes de Electrocentro debido a que eran demasiado costosos y no permitirían a Cab Cable competir. Así, por ejemplo, descartó que la instalación de postes propios por Cab Cable fuera un sustituto, ya que existían restricciones de espacio en dicha ciudad que podían limitar la posibilidad de instalar una red de postes paralela a la de Electrocentro, los costos involucrados eran elevados y existía la posibilidad de compartir la infraestructura de Electrocentro, que de otro modo no se utilizaría en su integridad.

Además, la SDC concluyó que las justificaciones planteadas por la denunciada no eran válidas. En efecto, Electrocentro sostuvo que la instalación de los cables de la denunciante retardarían las labores de operación y mantenimiento de sus instalaciones para el suministro de energía eléctrica y, adicionalmente, que tales cables podrían generar riesgos de cruce y paralelismos con los cables eléctricos. La SDC consideró que la instalación de cables de televisión por cable no tenía por qué generar interrupciones en el suministro de energía eléctrica, como lo demostraba el hecho de que previamente hubieran estado instalados los cables de otra empresa de televisión por cable en los postes de Electrocentro. Asimismo, concluyó que los riesgos de cruce y paralelismo solo se producirían si se incumplían las normas del Código Nacional de Electricidad, lo cual tampoco era un hecho que necesariamente fuera a ocurrir.

En tal virtud, la SDC decidió que la negativa de Electrocentro constituía un acto de abuso de posición de dominio, en la modalidad de negativa injustificada de acceso a una facilidad esencial. Por ello, se ordenó que la distribuidora eléctrica proceda a atender el pedido de alquiler de postes efectuado y, además, se le impuso una multa de 5 Unidades Impositivas Tributarias (UIT)<sup>(61)</sup>.

#### 6.2.1.2. *Aero Continente contra Banco de Crédito*

El Indecopi también aplicó la DFE en el procedimiento iniciado por denuncia de Aero

Continente S.A. contra el Banco de Crédito del Perú. En este caso, la denunciante planteó que requería abrir una cuenta corriente para que su agente autorizado en la ciudad de Puerto Maldonado depositara el importe correspondiente a la venta de sus servicios en dicha ciudad, es decir, para transferir el dinero hacia Lima. Sin embargo, pese a ser la única entidad bancaria privada que operaba en Puerto Maldonado, la denunciada le negaba la apertura de una cuenta, causándole un grave perjuicio.

La SDC definió como mercado relevante la utilización de una cuenta corriente para transferir dinero de Puerto Maldonado a Lima. Luego entendió que el Banco de Crédito ostentaba posición de dominio en tanto que en Puerto Maldonado no existían agencias, sucursales u oficinas de otras entidades bancarias facultadas para prestar el servicio de cuenta corriente; descartando así como sustitutos efectivos los medios alternativos a la transferencia de dinero a través de una cuenta corriente. En efecto, la SDC consideró que el servicio de corresponsalía ofrecido en Puerto Maldonado por el Banco de la Nación no era comparable al de transferencia vía cuenta corriente, ya que solo permitía un depósito a la vez con un costo financiero distinto. Adicionalmente, la SDC desechó que el traslado del dinero en el avión de Aero Continente que volaba a Lima fuera un sustituto, pese a que ese había sido el medio utilizado por la denunciante en varias oportunidades.

Lo anterior no fue suficiente para la SDC, que continuó su análisis argumentando que el servicio relevante era esencial para las actividades comerciales de Aero Continente en Puerto Maldonado (venta de pasajes aéreos, cobros por transporte de carga, cobros por exceso de equipaje, etcétera) y que no existía servicio idóneo similar al de la denunciada, ni evidencia de que otros bancos tuvieran la intención de establecerse en dicha ciudad.

Finalmente, la SDC concluyó que las razones del Banco de Crédito no justificaban la negativa de abrir una cuenta corriente a la denunciante y, en consecuencia, que dicha empresa había cometido abuso de posición de

(61) Resolución 00869-2002-TDC/INDECOPI, emitida el 11 de diciembre de 2002. Como se sabe, la UIT es un concepto legal creado para efectos de las normas tributarias, pero se utiliza también como unidad referencial para efectos de la aplicación de sanciones en el ámbito administrativo. Actualmente, la UIT es equivalente a S/. 3300,00 nuevos soles (S/. 3.30 = US\$ 1.00).



dominio. Al respecto, el Banco sostuvo que las normas del sistema financiero lo facultan para negarse a abrir una cuenta según la idoneidad y solvencia moral y económica del potencial cliente. Adicionalmente, afirmó que el manual interno de prevención de lavado de dinero del Banco le permitía excluir de la contratación a personas de honestidad cuestionable, razón por la cual había negado la apertura de una cuenta a Aero Continente ante la sospecha de que se trataba de una entidad que "lavaba" dinero.

Si bien la SDC admitió que el marco legal otorgaba discrecionalidad a los bancos para evaluar la idoneidad moral y económica de sus posibles clientes, señaló que tal discrecionalidad se reducía cuando el banco tenía la capacidad de impedir que una persona se viera privada del servicio en absoluto (es decir, tuviera posición de dominio), caso en el cual la selección y exclusión de potenciales clientes tenía que sustentarse en condiciones de máxima objetividad y según criterios contemplados expresamente en la ley. Seguidamente, afirmó que la negativa de trato no podía sustentarse en criterios contenidos en un documento elaborado internamente por el Banco y que las normas legales aplicables no permitían excluir a un cliente en base a sospechas.

En conclusión, basándose en los mismos criterios de análisis utilizados en el caso de Cab Cable contra Electrocentro, la SDC consideró que en el caso de las cuentas corrientes del Banco de Crédito también se había producido una negativa de trato respecto de una facilidad esencial. Por ello, ordenó que el Banco de Crédito evalúe la información necesaria que Aero Continente le proporcione a su requerimiento y proceda a la apertura de las cuentas corrientes cuyo servicio se había solicitado. Asimismo, se impuso al Banco una multa de 2 UIT<sup>(62)</sup>.

#### 6.2.2. OSIPTEL

OSIPTEL ha conocido cuatro procedimientos en los que se planteó la existencia de una facilidad esencial, concluyendo solo en uno de ellos que existía una facilidad esencial. Además, resolvió un caso en el que, pese a tratarse de la misma infraestructura de los cuatro anteriores, no se argumentó que la misma tuviera dicho carácter. A continuación se describen los tres casos más representativos.

##### 6.2.2.1. *Pedro Laca Buendía contra Electronorte*

En este caso, el Sr. Pedro Laca Buendía, concesionario del servicio de televisión por cable en la ciudad de Lambayeque, denunció a Electronorte S.A., distribuidora de electricidad en esa ciudad, por abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa de trato. El denunciante señaló que había estado en uso de los postes de Electronorte en virtud de un contrato en el cual esta empresa le había impuesto un precio excesivo. Según el Sr. Laca Buendía, los postes de Electronorte constituían una facilidad esencial para la prestación del servicio de televisión por cable. Posteriormente, cuando el Sr. Laca solicitó la renovación del contrato Electronorte se negó injustificadamente a renovarlo.

El Cuerpo Colegiado de Osiptel (CCO) - instancia de solución de controversias del organismo regulador- determinó que el mercado relevante era el uso de postes en la ciudad de Lambayeque y estableció la siguiente metodología para determinar si los postes constituían una facilidad esencial:

"(...) el Cuerpo Colegiado considera que a fin de determinar si en un mercado relevante determinado los postes instalados constituyen una facilidad esencial la evaluación debe seguir los siguientes niveles de análisis de forma consecutiva:

a) Existencia de restricciones legales o administrativas

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

a.1. que la restricción sea relativa, es decir que la autoridad permita la instalación de postes adicionales bajo determinadas condiciones o bien únicamente en determinadas zonas del mercado relevante (por ejemplo, en carreteras o avenidas

(62) Resolución 00870-2002-TDC/INDECOPI, emitida el 11 de diciembre de 2002.

amplias en las que se considere que el ornato de la ciudad no se vería afectado).

a.2. que la restricción sea absoluta, es decir cuando la autoridad no permite que se instalen postes adicionales dentro de toda la extensión del mercado relevante.

b) Costos involucrados en la instalación

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

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

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

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

En caso de existir múltiples empresas que se encuentren en capacidad de permitir el uso de sus postes (o de uno de los medios sustitutos) por parte de un tercero, entonces es menos probable que los postes puedan ser calificados como una facilidad esencial, por cuanto podría existir competencia en la prestación de dicha facilidad. Sin embargo, si el número de proveedores

no es considerable, resulta más probable que la facilidad pueda ser calificada como esencial.

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

Aplicando esta metodología al caso concreto, el CCO encontró que si bien existían restricciones municipales para la instalación de postes, las mismas solo afectaban algunas zonas de la ciudad. Asimismo, consideró que no se había logrado comprobar que fuera prácticamente imposible para el Sr. Laca Buendía instalar su propia red de postes y que, además, existía evidencia de una empresa de televisión por cable que había instalado postes propios en otra ciudad. En tal virtud, el CCO concluyó que no podía afirmarse que los postes de Electronorte fueran una facilidad esencial, como afirmaba el denunciante.

No obstante lo anterior, y considerando que el control de una facilidad esencial no era la única forma de tener posición de dominio, el CCO concluyó que Electronorte contaba con posición de dominio en el mercado, dada su elevada participación y las barreras de acceso existentes. Acto seguido, el CCO analizó si la negativa estaba justificada y determinó que el Sr. Laca había incurrido en incumplimientos contractuales de relevancia, tales como la falta de pago de varias mensualidades y la ampliación no autorizada del número de postes utilizados. Es decir, encontró evidencia de que la negativa de trato se encontraba justificada. En consecuencia, la denuncia fue declarada infundada<sup>(63)</sup>.

#### 6.2.2.2. *Tele Cable Motupe contra Electronorte*

Este es otro ejemplo de negativa de trato en el uso de postes. Tele Cable Motupe S.R.L., concesionaria del servicio de televisión por cable en la ciudad de Motupe, denunció a Electronorte S.A., distribuidora de electricidad en esa ciudad, por negarse a renovar el contrato previamente existente entre las partes, pese a que los postes eran una facilidad esencial.

Lo particular en este caso es que el CCO encargado de la controversia también utilizó la metodología citada previamente y encontró que la

(63) Resolución 041-2002-CCO/OSIPTTEL, emitida el 25 de marzo de 2002. Esta decisión fue confirmada por el Tribunal de Solución de Controversias del OSIPTTEL mediante Resolución 017-2003-TSC/OSIPTTEL, del 24 de junio de 2003.

Municipalidad de Motupe había establecido una prohibición general de instalar nuevos postes en la referida ciudad. De esta forma, se cumplía lo requerido en el primer nivel de análisis de la metodología, esto es, que existiera una restricción legal absoluta que impidiera a la denunciante instalar su propia red de postes. En tal virtud, el CCO concluyó que Electronorte controlaba una facilidad esencial y que, por ello, tenía posición de dominio en el mercado relevante. Sin embargo, al evaluar la negativa el CCO determinó que la denunciada no se había negado a renovar el contrato y, adicionalmente, que aún de haberlo hecho Tele Cable Motupe había incumplido con su obligación de pago por el uso de postes, hecho que hubiera justificado tal negativa<sup>(64)</sup>.

#### 6.2.2.3. *Alfotel contra Telefónica del Perú*

Este caso se sustentó en argumentos muy similares a los utilizados en las denuncias previamente comentadas, aunque no se planteó que los postes fueran una facilidad esencial para prestar el servicio de televisión por cable. La relevancia de este caso radica, en primer lugar, en que se concluyó que la denunciada contaba con posición de dominio en el mercado de postes -sin necesidad de analizar si los mismos eran una facilidad esencial- y, en segundo lugar, en que se determinó que la negativa de trato era injustificada, ordenándose el acceso a los postes.

La denuncia también fue planteada por una concesionaria del servicio de televisión por cable, Alfotel E.I.R.L., pero en este caso contra Telefónica del Perú S.A.A., concesionaria del servicio de telefonía fija en la ciudad de Lima. La denunciante planteó que pese a haberle solicitado hasta en dos oportunidades el uso de sus postes en el distrito de Huaycán, la denunciada no había dado respuesta alguna por escrito, sin que existiera una razón válida para ello dado que contaba con espacio suficiente en los postes para atender a sus pedidos.

En el análisis de sustitución se evaluó si el uso de postes podía sustituirse por el servicio de transporte de señal utilizado por Cable Mágico -empresa vinculada a Telefónica y a la cual esta

brindaba el referido servicio- para ofrecer el servicio de televisión por cable. A través de dicho servicio la empresa de cable entregaba sus señales de programación a la operadora de telefonía fija y esta las transportaba hasta el domicilio del abonado, haciendo uso de toda su infraestructura, es decir incluyendo postes, cables y otros elementos de red. En tal sentido, se concluyó que si la operadora de televisión por cable no había efectuado aún la inversión en cables y otros equipos -como sucedía con Alfotel que recién estaba por iniciar sus operaciones- el transporte de señal podía ser un sustituto del uso de postes. Como se ha señalado, en este caso los postes no fueron calificados como facilidad esencial y aun así se consideró que Telefónica ostentaba posición de dominio en el mercado, pues era la única que podía ofrecer el servicio sustituto identificado.

Para justificar la demora en responder a los pedidos de la denunciante, Telefónica argumentó una supuesta falta de capacidad, señalando que no contaba con espacio adicional para colgar los cables de Alfotel, pues estaba reservado para la expansión futura de la red de telefonía fija. Luego de la evaluación correspondiente, se concluyó que existían suficientes espacios libres en los postes y que la posible expansión futura de Telefónica no los requeriría. En efecto, se demostró que ni en distritos con mayores poblaciones o de sectores con un nivel socioeconómico mayor la empresa había tenido un crecimiento siquiera cercano a los porcentajes que planteaba para Huaycán<sup>(65)</sup>.

En consecuencia, se ordenó a Telefónica que satisfaga el requerimiento de acceso a sus postes ubicados en el distrito de Huaycán y se le impuso una multa de 25 UIT.

### 6.3. **Aciertos y debilidades de la DFE en el Perú**

El primer aspecto a destacar es que, al igual que en otras latitudes, la jurisprudencia peruana ha tomado en cuenta la DFE pero como parte de la prohibición general de negativas injustificadas de trato, prohibidas por el artículo 5 literal a del DL 701. En consecuencia, los casos han sido evaluados según la denominada regla de la razón, es decir, examinando si la negativa de acceso se

(64) Resolución 035-2002-CCO/OSIPTTEL, emitida el 08 de abril de 2002. Esta decisión fue confirmada por el Tribunal de Solución de Controversias del OSIPTTEL mediante Resolución 018-2003-TSC/OSIPTTEL, del 24 de junio de 2003.

(65) Resolución 039-2003-CCO/OSIPTTEL, emitida el 20 de enero de 2003. Esta decisión fue confirmada por el Tribunal de Solución de Controversias del OSIPTTEL mediante Resolución 019-2003-TSC/OSIPTTEL, del 30 de junio de 2003.

encontraba justificada por las razones planteadas por las empresas denunciadas como sustento para negarse a contratar.

En cuanto a las metodologías utilizadas, se advierte que la del Indecopi recoge, en términos generales, los componentes básicos de la DFE antes definidos, pues requiere que la infraestructura no pueda duplicarse, que sea indispensable para producir un bien en otro mercado y que la negativa sea injustificada. No obstante, debe reconocerse que no hace el debido énfasis en exigir que el acceso al recurso sea imprescindible para ingresar o permanecer en el mercado, característica ineludible para que puede otorgársele el calificativo de esencial. Como se ha explicado, no basta que el recurso sea indispensable para que una empresa produzca un bien en otro mercado, sino que se requiere que no acceder a tal recurso impida su entrada al mercado o la obligue a retirarse del mismo.

Un detalle que merece comentario es que si bien el marco conceptual definido por el Indecopi para la DFE hace referencia expresa a una "infraestructura" -activo típico para la aplicación de la DFE sus pronunciamientos no se han limitado a este tipo de bienes, sino que se han extendido a servicios. Este hecho es una señal de que para el Indecopi la doctrina se encuentra en etapa de expansión. En consecuencia, conviene llamar a la reflexión para mantener la prudencia necesaria al calificar otros bienes distintos a las infraestructuras como recursos esenciales.

En el caso de OSIPTEL, la metodología define principalmente cuándo existe una facilidad esencial más que la DFE como tal. Los criterios utilizados se enfocan principalmente en la imposibilidad de duplicar la facilidad, sea en razón de barreras legales o por los costos involucrados. Sin embargo, su definición no hace referencia a que el acceso al recurso sea imprescindible, elemento de importancia para darle carácter de esencial.

La mayoría de casos analizados involucró el mismo supuesto, es decir, el acceso a postes para el tendido de redes de televisión por cable, siendo la única excepción el caso de Aero Continente contra el Banco de Crédito, relacionado con el acceso al servicio de cuentas corrientes. A continuación se comenta sintéticamente cómo ha sido tratado por el Indecopi y OSIPTEL cada uno de los componentes básicos de la DFE, así como

los aspectos complementarios de estudio previamente definidos.

### 6.3.1. Énfasis en la imposibilidad de duplicación

La jurisprudencia referida a la DFE en el Perú muestra su mayor intensidad de análisis en este componente, dando menor importancia o incluso dejando de lado el estudio de los otros.

Las decisiones en que se concluyó que los postes de las distribuidoras eléctricas constituían una facilidad esencial indican que la principal razón para ello fue la existencia de limitaciones legales que impedían a las operadoras de televisión por cable instalar postes propios. Así, tanto en el caso de Cab Cable como en el de Tele Cable Motupe se constató que existían normas municipales que prohibían la instalación de nuevos postes a las operadoras de televisión por cable, lo cual ocasionaba que la red de postes existente no pudiera ser replicada.

También se tuvieron en cuenta razones económicas que podían influir en la imposibilidad de duplicar el activo en referencia. En el caso de Alfatel, por ejemplo, se consideró que existía posibilidad de sustituir el uso de los postes a través del servicio de transporte de señal, siempre que la empresa solicitante recién fuera a iniciar sus operaciones y no hubiera invertido en cables y otros equipos, pues si ya lo había hecho la referida sustitución ya no parecía económicamente viable.

El ejemplo más discutible en materia de imposibilidad de sustitución es el de Aero Continente, pues se consideró que el servicio de cuenta corriente no podía replicarse pese a existir opciones como el servicio de corresponsalía del Banco de la Nación o el traslado físico del dinero en el avión que volaba de Puerto Maldonado a Lima, mecanismo este último que había estado utilizando previamente la aerolínea sin mayores inconvenientes. Por ello se ha sostenido que el Indecopi descartó opciones de sustitución válidas en base a un somero análisis que tuvo en cuenta solamente las características del servicio en cuestión, cuando lo principal para definir la posibilidad de sustitución es tener en cuenta la finalidad del servicio y no sus características. En tal sentido, se ha afirmado que la interpretación de este caso denotaría un excesivo margen de discrecionalidad<sup>(66)</sup>.

(66) BULLARD, Alfredo. *El regreso del jedi (o de la discrecionalidad en la aplicación de las normas de libre competencia)*. En: *Thémis*. Número 47. 2003. pp. 140 y 141.



De otro lado, es importante resaltar que si bien la jurisprudencia ha puesto su mayor esfuerzo en examinar la imposibilidad de sustitución, no ha sido muy exigente en verificar si cualquier empresa prudente en materia de inversiones se vería imposibilitada de duplicar el recurso o si ello solo ocurre con la solicitante. El único caso comentado en que se hizo algún análisis al respecto fue el del Sr. Pedro Laca. En este se descartó que los postes fueran una facilidad esencial porque existía evidencia de que otra empresa había realizado la inversión necesaria para instalar postes propios en otra ciudad, motivo por el cual no podía afirmarse que la imposibilidad de sustitución afectara a todas las empresas por igual.

Por último, debe señalarse que el Indecopi ha sido bastante más permisible que OSIPTEL al momento de definir la imposibilidad de duplicación. Como ya se ha mencionado, si bien el pronunciamiento del Indecopi puede considerarse adecuado en el caso de Cab Cable -por existir una limitación legal- resulta discutible en el caso de Aero Continente. En cuanto al OSIPTEL, la cautela demostrada para declarar la imposibilidad de duplicación puede explicarse por las consecuencias que ello tendría, pues la calificación de una infraestructura o recurso como esencial en una industria regulada, como la de servicios públicos de telecomunicaciones, conllevaría casi automáticamente a que se establezca una regulación de acceso.

### 6.3.2. Mínima o inexistente comprobación del carácter imprescindible

Según se ha explicado, la jurisprudencia peruana se ha concentrado en el componente anterior, prestando menor o ninguna atención a que el recurso sea imprescindible para acceder al mercado o para permanecer en él. Para ello tendría que evaluarse los efectos de la negativa en el mercado donde se utiliza el recurso calificado de esencial como insumo. OSIPTEL no se pronuncia al respecto e Indecopi lo toma en cuenta pero no hace una evaluación adecuada del mismo, pese a que entiende que el bien en cuestión debe ser indispensable para la producción de un determinado producto en otro mercado y que la DFE busca proteger la competencia y no a un competidor en particular.

En ninguno de los casos mencionados se comprobó que las empresas solicitantes no habrían ingresado al mercado o lo habrían dejado si no

contaban con el acceso a los postes o al servicio de cuenta corriente. Tendría que haberse definido en qué medida la negativa afectaba la competencia en el mercado de servicios de televisión por cable y de transporte aéreo, para considerar que el acceso a dichos recursos era imprescindible.

Si bien en los casos sobre acceso a postes podría existir sustento para afirmar que eran bienes imprescindibles, por tratarse de infraestructuras de gran relevancia para prestar el servicio de televisión por cable, no puede sostenerse lo mismo respecto del servicio de cuenta corriente para ofrecer el servicio de transporte aéreo. Sin prejuzgar si existió abuso de posición de dominio o no en el caso de Aero Continente, resulta poco probable que dicha aerolínea hubiera dejado de brindar servicios en la ruta Lima-Puerto Maldonado si no accedía a una cuenta corriente del Banco de Crédito. Asimismo, es poco probable que no acceder al servicio de cuenta corriente mencionado hubiera impedido que cualquier otra aerolínea -es decir la competencia- ingrese al mercado.

No bastaba con demostrar que la sustitución del servicio de cuenta corriente del Banco de Crédito era muy difícil de sustituir, sino que además se requerían pruebas de que el acceso a dicho servicio era imprescindible para la permanencia de Aero Continente en el mercado o, más aún, para el ingreso de cualquier otra aerolínea. Es la concurrencia de ambos componentes, es decir, imposibilidad de duplicación del recurso y acceso imprescindible al mismo, lo que le otorga el carácter de facilidad esencial. Si no se comprueba el carácter imprescindible, bastaría utilizar la figura general de abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato respecto de bienes de difícil sustitución, sin necesidad de recurrir a la DFE.

El caso Aero Continente es muestra de una etapa de expansión de la DFE cuyo sustento puede ser muy discutible y que, en los hechos, puede terminar ocasionando que las normas de libre competencia sirvan para defender a un competidor en particular y no al proceso competitivo.

### 6.3.3. Análisis de justificaciones disperso

El análisis de las justificaciones ha sido disperso y los argumentos de calidad desigual, pero satisfactoria en la mayoría de casos. En algunos de ellos se definió que los postes eran una facilidad esencial, pero el resultado fue distinto



al analizar las razones de la supuesta negativa. Así, por ejemplo, en el caso de Tele Cable Motupe se consideró que no se había producido una negativa de alquiler y que, aun de haberse producido, la misma hubiera sido válida porque la denunciante tenía un mal récord por incumplimiento de las obligaciones contractuales adquiridas. En el caso de Cab Cable, por el contrario, se definió que las razones esgrimidas por la denunciada no eran justificadas, pues las mismas no impedían realmente el alquiler de los postes.

En cuanto al nivel de los argumentos, la evaluación de las justificaciones ha sido bastante sólida por lo general. Por ejemplo, en el procedimiento seguido por Alfatel se estudió con minuciosidad primero si existía capacidad disponible en los postes de la empresa denunciada y, segundo, si dicha capacidad iba a ser utilizada efectivamente por Telefónica, considerando las proyecciones de expansión de sus servicios en Huaycán, en comparación con el crecimiento que tuvo en otros distritos con mayor población y de poder adquisitivo más elevado.

No obstante, un ejemplo de que la evaluación realizada puede ser insuficiente para las conclusiones a que se llega se encuentra en el caso de Aero Continente, en el cual se concluyó que la negativa de acceso a una cuenta corriente era injustificada, en base a una interpretación de la ley. En efecto, si bien se admitió que el marco legal otorgaba discrecionalidad a los bancos para evaluar la idoneidad moral y económica de sus posibles clientes, se entendió que si el banco tenía posición de dominio la evaluación debía sustentarse en condiciones de máxima objetividad y, además, que tales condiciones no podían derivarse de un documento interno del banco sino encontrarse expresamente definidas en la ley. Acto seguido, se concluyó que la evaluación realizada por el banco no cumplía tales requisitos y por tanto que la negativa no estaba justificada.

Al respecto, puede señalarse que la regulación de servicios financieros y bancarios busca que los bancos informen sobre comportamientos irregulares y que no faciliten movimientos de dinero anormales, siendo poco probable que identifiquen al detalle las “condiciones de máxima objetividad” que menciona Indecopi para que un banco con posición de dominio pueda definir cuándo puede negarse a abrir una cuenta. Además, al evaluar el caso el Indecopi no consideró

que los bancos se encuentran en mejor posición para desarrollar las figuras sospechosas en sus directivas internas, dada su experiencia en la materia. Tal vez, lo que una autoridad de defensa de la competencia podría haber cuestionado era que tales directivas fueran discriminatorias o que se hubieran aplicado de esa forma. No obstante, Indecopi no cuestionó este tema, sino que el banco hubiera identificado una conducta como sospechosa. No obstante, la información a la que se hace referencia en las resoluciones del Indecopi -en particular la de primera instancia- demostraba que Aero Continente había registrado movimientos bancarios bastante fuera de lo común.

#### 6.3.4. Órdenes de acceso que han privilegiado el acuerdo de partes

En los tres casos en que se concluyó que se había producido una negativa injustificada de trato y que acarrearón la imposición de multas para las empresas denunciadas, tanto el Indecopi como OSIPTEL emitieron una orden de acceso pero sin definir las condiciones aplicables, dejando este aspecto al acuerdo entre las partes. De la jurisprudencia en cuestión no queda claro si ello se debió a que la autoridad respectiva consideraba que no tenía las facultades para establecer dichas condiciones, si no contaba con la experiencia necesaria para hacerlo o si no lo consideró necesario.

Cualquiera fuera el caso, en ninguno de estos pronunciamientos el beneficiario requirió que la autoridad dictara órdenes adicionales para lograr el acceso efectivo a la facilidad. Esto indicaría que la empresa responsable no creó inconvenientes ni realizó acciones dilatorias para impedir el acceso. En otras palabras, aparentemente la orden de acceso fue incentivo suficiente para el cumplimiento por parte del obligado, sin necesidad de que la autoridad definiera también las condiciones de acceso.

De acuerdo con ello, la opción de ordenar el acceso dejando la definición de las condiciones al acuerdo entre las partes ha resultado efectiva, por lo que no debe desecharse de plano como una medida insuficiente. En la misma línea de razonamiento, la autoridad de defensa de la competencia debería evaluar con detenimiento si resulta totalmente necesario fijar tales condiciones, pues en lo posible debería restringir tal opción a supuestos excepcionales.

#### 6.3.5. Insuficiente análisis de los efectos de corto y largo plazo

Si bien el balance entre los efectos de corto y largo plazo de la DFE no es un componente básico de la doctrina, es un aspecto de evaluación que viene adquiriendo mayor relevancia, en particular en los pronunciamientos más recientes que se han emitido sobre la materia en otras realidades. Estas decisiones han destacado la importancia de estudiar no solamente los efectos de corto plazo de la DFE, derivados del ingreso de nuevos agentes al mercado, sino también los efectos negativos que podría tener a futuro por los desincentivos a la inversión en activos valiosos o por el ingreso de competidores ineficientes.

La jurisprudencia peruana no presenta una evaluación directa de este tema. De un lado, el Indecopi parece estar concentrado en los efectos de corto plazo, asumiendo que lo relevante es el acceso de más competidores al mercado. De otro lado, OSIPTEL considera aspectos distintos a la competencia al evaluar la imposibilidad de duplicación del recurso, como por ejemplo, el ornato público o el impacto ambiental, pero no incluye un balance de tales aspectos con los incentivos a la inversión o la eficiencia de los nuevos entrantes.

No puede afirmarse que los pronunciamientos existentes hasta la fecha hayan ocasionado efectos negativos sobre las decisiones de inversión de las empresas obligadas a brindar el recurso en cuestión. No obstante, parece razonable que a futuro se incluya, en alguna medida, la evaluación sobre los efectos de corto y largo plazo de la DFE en cada caso concreto, de forma que se cree un balance adecuado entre los mismos.

#### 6.4. Reflexiones finales

La puerta de entrada para la DFE en el Perú fue el procedimiento iniciado por Cab Cable. En este caso, el Indecopi otorgó la calidad de recurso esencial a una infraestructura -la red de postes de una distribuidora eléctrica- requerida para brindar un servicio público de telecomunicaciones. Los casos posteriores, que involucraron el acceso a la misma infraestructura para brindar igual servicio, fueron conocidos por OSIPTEL. Este organismo regulador fue más reacio a considerar los postes como una facilidad esencial, rechazando tal calificación en la mayoría de casos y solo admitiéndola cuando resultó evidente la

imposibilidad de sustitución a través de postes propios debido a una prohibición legal para instalarlos.

Lo anterior podría llevar a pensar que la DFE se ha mantenido en el ámbito que le es más característico, es decir, aquel de las infraestructuras, y que la evaluación de la misma ha sido suficientemente rigurosa como para limitar su campo de acción solo a aquellos supuestos que realmente lo ameritan. No obstante, al otorgar la calidad de bien esencial al servicio bancario de cuenta corriente el Indecopi ha dado un salto bastante largo que indica el inicio de una etapa de expansión de la DFE, con el riesgo inherente de que se trate de extender a supuestos bastante discutibles, como ha sucedido en otras realidades.

La DFE tiene un campo propicio en las industrias de redes o sectores regulados que incluyen segmentos de mercado con características de monopolio natural. En este ámbito, lo importante es la complementariedad entre la regulación *ex ante* y la norma de libre competencia, de modo que la calificación de ciertos bienes como facilidades esenciales venga dada directamente por la primera o a través de la aplicación de la segunda, dependiendo de cuál sea la vía más efectiva. De otro lado, están las industrias o actividades económicas donde existen mayores condiciones de competencia y una menor probabilidad de que la DFE sea aplicable. En este terreno parece más adecuada la aplicación de la prohibición general de las negativas injustificadas de trato, reservando la DFE solo para casos excepcionales, si se pretende que siga siendo una herramienta útil de las normas de libre competencia.

Una manera de enfocar la DFE solo hacia los supuestos en que es realmente necesaria es limitando su aplicación a aquellos casos en que se encuentren presentes los tres componentes básicos ya mencionados y estudiando además los dos aspectos adicionales ya referidos. En tal sentido, además de dar énfasis a la imposibilidad de duplicación de recurso, también debería estudiarse con mayor profundidad si el acceso al mismo resulta imprescindible. No debe olvidarse que es la conjunción de ambos componentes lo que da el carácter de esencial a un determinado bien. Asimismo, es necesario hilar más fino en la evaluación de las justificaciones para las negativas de acceso a recursos esenciales. Adicionalmente,

parece correcta y efectiva la práctica actual de ordenar el acceso dejando al acuerdo entre las partes las condiciones aplicables; pero antes de ordenar dicho acceso también sería relevante considerar, en alguna medida, el balance entre los efectos de corto y largo plazo de tal orden.

Adicionalmente, no debe olvidarse que el debate existente sobre la vitalidad de la DFE aún se encuentra lejos de haber llegado a una fase de consenso y que el Perú es receptor de una doctrina no admitida oficialmente por importantes autoridades en la materia, tales como la Corte Europea de Justicia o la Corte Suprema de Estados Unidos. Por ello, también resulta importante en el contexto nacional preguntarse si el tema puede ser cubierto a través de la prohibición de negativas injustificadas de trato, sin necesidad de recurrir a

una figura aún en discusión. Ello sin perjuicio de que la regulación *ex ante* pueda identificar algunos recursos como esenciales para promover la competencia en industrias de redes, de manera que se garantice la penetración de los servicios públicos a zonas o segmentos que aún no cuentan con ellos.

Para terminar, debe agregarse que aún no existe suficiente riqueza jurisprudencial para realizar una evaluación concluyente ni para prejuzgar la aplicación futura de la DFE. Sin embargo, ello no es motivo para dejar de poner de manifiesto los aciertos e inconsistencias encontradas, lo cual puede ser de utilidad para que la doctrina se mantenga dentro de linderos que garanticen un uso razonable y que otorguen certeza jurídica a los agentes económicos.<sup>45</sup>

*Cesar Barán Naveda*  
**NOTARIO PUBLICO**

Av. Paseo de la Castellana 229 - Surco  
Tlfs. 449-7608 – 449-7250

Telf. 271-8236  
271-0379