

# Prohibición de negativas injustificadas de trato: ¿equilibrando la libertad de contratar y la libre competencia?

Eduardo Quintana Sánchez<sup>(\*)</sup>  
Abogado.

La prohibición de la negativa de trato contenida por lo general en las leyes contra las prácticas restrictivas de la competencia da lugar a la confrontación de dos bienes jurídicos de gran importancia dentro de un marco institucional que se sustenta en el sistema de economía de mercado. Se trata de la contraposición entre el derecho de los agentes económicos a contratar libremente y su derecho a concurrir en el mercado y actuar en un ambiente de libre competencia.

El presente comentario aborda esta confrontación a través del análisis de un reciente pronunciamiento del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones -OSIPTTEL-, referido a una supuesta negativa de otorgar acceso a la infraestructura de una empresa eléctrica para la prestación de servicios de distribución de radiodifusión por cable (en adelante televisión por cable)<sup>(1)</sup>.

Este conflicto de bienes jurídicos protegidos por el marco legal ha generado un importante debate, tanto desde el punto de vista doctrinario como jurisprudencial. Pero es una materia poco discutida en el Perú, no obstante que las normas de libre competencia ya tienen más de diez años de vigencia y que no han sido pocos los procedimientos administrativos seguidos por negativas de trato.

El tema tiene relevancia para definir los alcances del principio de libre iniciativa privada, ya que enmarca la extensión del derecho a contratar de las empresas y,

en particular, de aquellas que son o podrían llegar a ser las más importantes del mercado, precisamente por eficiencias derivadas, por ejemplo, de decisiones correctas sobre los clientes o proveedores con quienes contratar y con quienes no hacerlo.

Además, la jurisprudencia objeto de comentario también reviste interés debido a que involucra una industria regulada y supone una negativa de trato que afectaría un servicio calificado como de interés público, perjudicando a un operador de un servicio público de telecomunicaciones y, eventualmente, también a los usuarios de dicho servicio. En tal sentido, las implicancias del caso no se limitan al ámbito privado, sino que ingresan a la esfera del interés público, cuya protección es de responsabilidad del Estado.

Si bien la resolución de OSIPTTEL se refiere tanto a una supuesta negativa de trato como a una presunta discriminación de precios, solamente se comentarán dos aspectos esenciales referidos a la primera imputación. De un lado, se analizará la validez y utilidad de la denominada “doctrina de las facilidades esenciales” en procedimientos por prácticas restrictivas de la competencia y, de otro, la legitimidad de evaluar a través de las normas de libre competencia las negativas de trato arbitrarias, es decir, aquellas en las que no existe relación de competencia entre quien niega el trato y el afectado.

(\*) Agradezco los comentarios de Martha Martínez al presente trabajo; sin embargo, las opiniones vertidas en él son de mi exclusiva responsabilidad personal.

(1) Resolución No. 041-2002-CCO/OSIPTTEL. Mediante Resolución No. 011-2002-CD/OSIPTTEL, publicada en el Diario Oficial *El Peruano* con fecha 14 del abril de 2002, se ordenó la publicación de dicha resolución en la página *web* de OSIPTTEL ([www.osiptel.gob.pe](http://www.osiptel.gob.pe)).

## 1 Hechos materia de la controversia.

En julio de 2001, el señor Pedro Juan Laca Buendía, concesionario del servicio de televisión por cable en la ciudad de Lambayeque, interpuso ante el OSIPTEL una demanda administrativa contra Electronorte S.A. por supuestos actos de abuso de posición de dominio, en la modalidad de negativa injustificada de trato y discriminación de precios, que infringían los incisos a) y b) del artículo 5 del Decreto Legislativo No. 701.

Dentro del procedimiento se demostró que Electronorte suscribió un contrato con el señor Laca por el cual le arrendaba espacio en los postes de distribución eléctrica para que tendiera su red de televisión por cable. El período del contrato era de un año y con un precio de US\$ 1.50 dólares americanos mensual, más IGV, por poste. El plazo de dicho contrato vencía el 1 de diciembre de 2000 y no contemplaba la renovación automática. Asimismo, se demostró que el señor Laca solicitó a Electronorte la renovación del contrato el 29 de noviembre de 2000. Finalmente, se evidenció que Electronorte no dio una respuesta formal a dicho pedido de renovación sino hasta el 7 de agosto de 2001.

De otro lado, se encontró que al vencimiento del contrato el señor Laca continuó usando los postes de Electronorte, sin retirar sus cables dentro de los quince días siguientes como establecía el contrato, y que el demandante había pagado posteriormente los meses que adeudaba y además la renta correspondiente a diciembre de 2000 así como a enero y febrero de 2001. Del mismo modo, se determinó que Electronorte no había hecho efectiva la penalidad de US\$ 10.00 dólares americanos diarios establecida en su contrato por la demora en el retiro de los cables y que además tampoco exigió su retiro al señor Laca.

Adicionalmente, se comprobó que cuando el señor Laca solicitó la renovación del contrato ya tenía tres meses de retraso en el pago de la renta convenida. Igualmente, se encontró que una vez vencido el contrato el señor Laca había ampliado el número de postes de distribución eléctrica que utilizaba de 111 pactados originalmente a 261 postes, sin obtener la autorización previa de Electronorte, como ordenaba el contrato.

De acuerdo con el señor Laca, Electronorte se había negado injustificadamente a renovar el contrato suscrito entre ambas y, además, exigía una renta excesiva por el uso de los postes en comparación con los costos que dicho uso le generaban, por lo que también había incurrido en una negativa de trato indirecta. En tal virtud, la pretensión del señor Laca era que se ordene a

Electronorte que renueve el contrato de uso de postes anteriormente suscrito entre las partes, fijando un precio de alquiler justo en función a los costos de utilización y mantenimiento de los postes.

## 2 Pronunciamiento del OSIPTEL.

El Cuerpo Colegiado Ordinario del OSIPTEL (CCO), primera instancia administrativa para la solución de controversias, consideró que para analizar las alegaciones planteadas por el señor Laca era necesario definir previamente si la empresa demandada contaba con posición de dominio en el mercado. Para ello, definió el mercado relevante como el uso de postes de Electronorte y de Telefónica del Perú S.A.A. en la ciudad de Lambayeque.

En efecto, se determinó que el producto relevante era el uso de postes de Electronorte y de Telefónica del Perú S.A.A. al desechar la instalación de postes propios como sustituto, dados los altos costos involucrados y las restricciones municipales existentes en Lambayeque para la instalación de nuevos postes. Asimismo, se descartó la sustitución por otros medios de transmisión de señales que no requerían del uso de postes (televisión satelital y sistema MMDS), por los elevados costos que involucraban. El ámbito geográfico fue definido como la ciudad de Lambayeque, zona de concesión del señor Laca y única zona en que podía darse la sustitución considerando la naturaleza fija de los postes.

En cuanto a la posición de dominio, el CCO determinó que Electronorte era quien mayor participación tenía en Lambayeque, ya que contaba con una cobertura de postes mucho más amplia que la de Telefónica del Perú, en función al número de postes de cada una (2934 contra 556, respectivamente) y a las zonas cubiertas por su infraestructura. Asimismo, consideró que existían barreras de acceso al mercado relevante, vinculadas con las economías de escala existentes en la instalación y uso de postes -a mayor número instalado y mayor número de empresas a quienes se permita el uso de los postes, menor sería el costo medio-.

Finalmente, el CCO evaluó si los postes constituían una facilidad esencial, para lo cual señaló que debía analizarse consecutivamente los siguientes aspectos: (i) si existen restricciones legales o administrativas que impidieran o limitaran la instalación de postes en el mercado relevante (restricciones absolutas o relativas por zonas); (ii) si la sustitución es prácticamente imposible en términos económicos o técnicos, considerando los costos privados y sociales

involucrados en la instalación de nuevos postes<sup>(2)</sup>; y, finalmente, (iii) si sólo una o pocas empresas pueden ofrecer el uso de sus postes<sup>(3)</sup>.

En el caso concreto, se concluyó que no podía afirmarse que Electronorte controlara una facilidad esencial, ya que si bien existían restricciones municipales, sólo eran para algunas zonas de Lambayeque. Además, no pudo comprobarse que la sustitución por postes propios fuera prácticamente imposible y existía evidencia de una empresa de televisión por cable que había instalado postes propios en otra ciudad.

No obstante lo anterior, el CCO consideró que la demandada ostentaba posición de dominio en el mercado relevante, dada su elevada participación en el mercado y las barreras de acceso existentes.

Respecto de la negativa de trato, el CCO analizó, en primer lugar, si había existido tal negativa de parte de Electronorte y, luego, si la misma fue injustificada. Antes de pronunciarse sobre la existencia de la negativa, el CCO evaluó si existía relación de competencia entre el infractor y el afectado por la negativa. Si bien en el caso concreto no existían suficientes evidencias para afirmar que Electronorte era competidor del señor Laca, el CCO pasó a evaluar la práctica denunciada considerando la tendencia al uso de la infraestructura eléctrica para prestar servicios de telecomunicaciones.

Tomando en cuenta que al finalizar el plazo del contrato Electronorte no exigió el retiro de los cables y que el señor Laca continuó utilizando los postes, el CCO concluyó que se había producido la continuación del contrato bajo sus mismos términos y, por ende, que no podía afirmarse que se hubiera producido una negativa de trato.

Sin embargo, incluso asumiendo que existiera la referida negativa, el CCO concluyó que la misma hubiera sido justificada, ya que el señor Laca había incumplido sus obligaciones contractuales. No sólo

adeudaba tres meses de renta al solicitar la renovación del contrato, sino que luego de su vencimiento amplió el número de postes que utilizaba sin obtener previamente la autorización de Electronorte, a pesar de haberse contemplado que ambos hechos eran causal de resolución del contrato.

Finalmente, en cuanto a la supuesta negativa indirecta de trato por el establecimiento de un precio excesivo que no responde a los costos de utilización y mantenimiento que generan los cables de televisión, el CCO consideró que siendo la regla del marco legal que los precios se fijen libremente, salvo en lo referido a tarifas de servicios públicos, no es facultad de la administración fijar los precios de cualquier bien en el mercado. En tal sentido, la negativa indirecta de trato a través de precios excesivos tendría que considerarse como un supuesto ilícito excepcional, cuando sea evidente que el establecimiento de un precio excesivo tiene una finalidad anticompetitiva, es decir, cuando existe una relación de competencia, directa o indirecta, entre del vendedor y el comprador a quien se busca afectar.

En el caso concreto, se determinó que el señor Laca pactó el precio de US\$ 1.50 dólares americanos por poste al suscribir el contrato, pagándolo por quince meses sin sostener que fuera excesivo o constituyera una negativa de trato indirecta sino hasta la fecha en que planteó la demanda. Además se verificó que Electronorte no había pretendido incrementar dicho precio. En consecuencia, el CCO concluyó que no se había producido la conducta denunciada.

### 3 Libertad de contratar y libre competencia.

La libertad de contratar<sup>(4)</sup> es uno de los principios básicos de un sistema legal orientado por la asignación eficiente de los recursos disponibles. Como tal, se

(2) En el caso particular de los postes, los costos privados estarían representados por los recursos necesarios para colocar una red de postes para cables de televisión, mientras que los costos sociales serían aquellos representados por las externalidades negativas vinculadas a la instalación de redes de postes paralelas sobre un recurso escaso como la acera de las vías públicas.

(3) Cabe señalar que en la jurisprudencia bajo comentario se consideró que el control de una facilidad esencial es un caso particular de posición de dominio, en el que no sólo se requiere que no existan sustitutos adecuados en términos de costos sino que se determine que la sustitución de la facilidad es prácticamente imposible. En tal sentido, se señala que si bien toda empresa que controla una facilidad esencial tiene posición de dominio, no toda empresa con posición de dominio debe contar necesariamente con una facilidad esencial.

(4) Manuel de la Puente distinguía inicialmente la libertad de contratar, que en su opinión debía denominarse más propiamente libertad de configuración interna, de la libertad de conclusión de contrato, por la que las partes tienen la libertad de elegir cómo, cuándo y con quién contratan. DE LA PUENTE, Manuel. *La Libertad de Contratar*. En: *Themis-Revista de Derecho*. No. 33. Lima, 1996. p. 8. Más recientemente, dicho autor designa a la libertad de configuración interna como la libertad contractual y no como libertad de contratar. DE LA PUENTE, Manuel. *El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Tomo I. Lima: Palestra, 2001. p. 197. En el presente comentario se utiliza el vocablo libertad de contratar para referirse a la capacidad de todo agente económico de aceptar o negarse a contratar.

encuentra expresamente reconocida por los artículos 2, inciso 14, y 62 de la Constitución Política del Perú, que otorgan el derecho a contratar con fines lícitos mientras no se contravengan leyes de orden público y garantizan que las partes puedan pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato<sup>(5)</sup>. Como contrapartida, los agentes también cuentan con el derecho a negarse a contratar sin necesidad de expresar la causa de ello.

De otro lado, las normas de libre competencia establecen, expresamente también, que se encuentra prohibida la negativa injustificada de trato cuando la empresa cuenta con posición de dominio en el mercado<sup>(6)</sup>. Como se advierte, en este caso, la ley exige que el agente tenga una justificación para ejercer el derecho a negarse a contratar, de lo contrario, su negativa resultaría prohibida. Dicha justificación debe responder a una razón de negocios y ser objetiva, lo que significa que debe sustentarse en hechos que impedirían contratar a cualquier empresa en la misma situación y, además, que debe ocurrir siempre que se presenten las mismas condiciones, sin importar quién es el cliente o proveedor.

En tal sentido, el ordenamiento legal contempla el derecho a la negativa de trato sin expresión de causa como regla, aunque prevé como excepción que las empresas con posición de dominio en el mercado sólo pueden negarse a contratar si cuentan con una razón válida. Indirectamente, con esta excepción, se establece una obligación de contratar para las empresas con posición de dominio, salvo que medie causa justificada para no hacerlo.

Cabe preguntarse cuál es la razón de este tratamiento especial -más oneroso- para las empresas con posición de dominio en el mercado. Al respecto, debe indicarse que la libertad de contratar es un mecanismo que facilita el correcto funcionamiento del mercado, ya que permite que los bienes se trasladen de usos menos valiosos a otros más valiosos. Por su parte, las normas de libre competencia, entre ellas la que prohíbe la negativa injustificada de trato, sirven como mecanismo para evitar que se generen fallas de mercado derivadas del poder monopólico de algunas empresas<sup>(7)</sup>. Es decir, tanto la prohibición de negativas injustificadas de trato como la libertad de contratar constituyen medios para alcanzar una eficiente asignación de recursos.

Cuando la libertad de contratar es ejercida por empresas que cuentan con poder monopólico, queda supeditada a las limitaciones que establecen las normas de libre competencia. Ello no sólo resulta coherente desde una perspectiva económica, sino también desde una perspectiva legal, 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. Una de estas normas de orden público es la prohibición de negativas injustificadas de trato.

En tal consecuencia, puede afirmarse que la regulación de las 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.

Sin embargo, existe riesgo de que tal equilibrio se pierda cuando se utilizan indebidamente algunos

- (5) Constitución Política:  
 "Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:  
 (...)  
 14) A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público (...)"  
 "Artículo 62.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase (...)"
- (6) Decreto Legislativo No. 701. Ley contra la 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"...
- (7) 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 ellos se encuentra la negativa injustificada de trato cuando tiene por efecto restringir la competencia que puede enfrentar el monopolio o busca monopolizar un mercado relacionado.

conceptos o interpretaciones legales para restringir excesivamente la libertad de contratar. Así, por ejemplo, podría suceder con la aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales o con la prohibición absoluta de todas las negativas de trato arbitrarias.

#### 4 La doctrina de las facilidades esenciales.

Como parte del análisis de la posición de dominio de Electronorte en el caso objeto de comentario se definió si la infraestructura de postes eléctricos constituía un recurso esencial para efectos de la prestación del servicio de televisión por cable. Ello se hizo en función de lo señalado por los Lineamientos de Libre Competencia del OSIPTEL que definen el control de recursos esenciales como uno de los elementos a tener en cuenta para determinar si una empresa cuenta con posición de dominio, considerando como tales al servicio o infraestructura suministrado de modo exclusivo o de manera predominante por uno o pocos proveedores y cuya sustitución no es factible en lo económico o en lo técnico<sup>(8)</sup>.

Adicionalmente, el CCO consideró oportuno definir tres niveles de evaluación para determinar si los postes constituyen un recurso esencial para el servicio de televisión por cable, dos de ellos relacionados con la imposibilidad de sustitución por postes propios (limitaciones legales e impedimentos económicos o técnicos) y el tercero referido a la existencia de proveedores del recurso. A pesar de concluir que no existía evidencia de que los postes de Electronorte fueran un recurso esencial, el CCO consideró que esta empresa contaba con posición de dominio en el mercado relevante.

Lo anterior plantea dudas sobre la validez de recurrir a la doctrina de las facilidades esenciales en casos de negativa injustificada de trato y sobre la utilidad de considerar el control de las mismas como elemento de juicio para definir la existencia de posición de dominio.

#### 4.1 Validez de la doctrina de las facilidades esenciales en casos de negativa de trato.

La doctrina de las facilidades esenciales no es una novedad en el campo de las normas de libre competencia. En términos simples, supone que la empresa propietaria o administradora de determinados activos o infraestructuras -calificados de esenciales- debe compartirlas con terceros, que muchas veces son sus competidores directos, aun en contra de su voluntad e incluso bajo condiciones impuestas, interpretándose la negativa como una violación a las normas antimonopolio.

En la jurisprudencia norteamericana son diversos los fallos que se han referido implícitamente a la doctrina de las facilidades esenciales, ya sea en investigaciones de *boicots*, es decir de negativas concertadas a contratar, o de negativas unilaterales de trato, por lo general de empresas con poder monopólico<sup>(9)</sup>. No obstante, la doctrina se ha impuesto como parte del análisis en este último tipo de casos. En la mayoría de ellos se han considerado como facilidades esenciales a infraestructuras o, en general, bienes cuyo control otorga a sus poseedores significativas ventajas en costos frente a aquellos que no tienen acceso a ellos, constituyéndose así en “cuellos de botella” para terceros que requieren necesariamente de dichas facilidades, por ser insumo para sus actividades productivas.

El primer caso en el que se hizo expresa referencia a la doctrina de las facilidades esenciales y que ha influenciado los siguientes pronunciamientos de las cortes fue el de *MCI Communications Corp. v. AT&T* (1983), en el cual se definieron sus cuatro elementos característicos: (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>(10)</sup>.

(8) *Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Libre Competencia en el Ámbito de las Telecomunicaciones*, aprobados mediante Resolución No. 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: (...) e) El control de recursos esenciales reviste particular relevancia en telecomunicaciones o en tecnologías de red en general. Un recurso esencial se define como aquel 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”.

(9) Puede mencionarse, por ejemplo, los siguientes: *United States vs. Terminal Railroad Association of St. Louis* (1912), *Associated Press v. United States* (1945), *Otter Tail Power Co. v. United States* (1973), *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.* (1985).

(10) HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy, the Law of Competition and its Practice*. St. Paul Minn: West Group, 1994. pp. 273-274.

(…) puede afirmarse que la  
regulación de las 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

Sin embargo, a pesar de la utilización del concepto de facilidades esenciales por las cortes norteamericanas, la doctrina ha sido poco admitida por la Corte Suprema como sustento para imponer obligaciones de trato. Ello se debe a que los contornos del concepto de facilidad esencial son sumamente difusos, comenzando por la indefinición de lo que puede considerarse no sustituible en términos prácticos o razonables, así como de lo que significa controlar el recurso esencial. De otro lado, la existencia de integración vertical entre las actividades de empresas que poseen una facilidad esencial suele generar eficiencias, por lo que resulta necesario confrontarlas con los costos que puede ocasionar la negativa de acceso a dichas facilidades, para determinar si el resultado es positivo, evaluación que resulta sumamente compleja.

Adicionalmente, la utilización de la doctrina se enfrenta con cuestionamientos de tipo práctico, relacionados con la efectividad de las normas de competencia para solucionar problemas de acceso a facilidades esenciales, en tanto que, para ser completa, una orden de acceso requeriría muchas veces de medidas adicionales sobre las condiciones del contrato, entre ellas el precio a cobrar así como otras condiciones contractuales. De lo contrario, la empresa poseedora de la facilidad esencial podría continuar evitando el acceso

de terceros a la misma indirectamente, a través de mecanismos como, por ejemplo, elevar excesivamente el precio a cobrar.

Considerando lo anterior, probablemente uno de los casos en que la doctrina de las facilidades esenciales tendría mayor probabilidad de aplicarse es el de los monopolios naturales, es decir, aquellos en los que las características del mercado hacen que lo más eficiente sea que exista una sola empresa, siendo lo recomendable en tales casos utilizar mecanismos de regulación y no las normas de competencia<sup>(11)</sup>.

El tratamiento de las facilidades esenciales en la Comunidad Europea ha sido bastante similar. La Comisión Europea ha utilizado la doctrina con cierta frecuencia en la década del noventa, en casos relacionados con el acceso a infraestructuras (puertos y aeropuertos)<sup>(12)</sup>, aunque se ha ampliado a distintos bienes tales como redes internacionales de transmisión de mensajes de pago<sup>(13)</sup> o información de listas de programación semanal de empresas de televisión<sup>(14)</sup>. No obstante, en una reciente sentencia -asunto *Oscar Bronner GMBH & Co. KG vs. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GMBH & Co. KG* (1998)- el Tribunal de Justicia, máxima autoridad jurisdiccional de la Comunidad Europea, ha planteado serías limitaciones a la aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales en casos de negativas de trato.

En este caso, Oscar Bronner, editor del diario austriaco *Der Standard*, con una participación de mercado pequeña, requería del grupo Mediaprint, editor de dos periódicos de ámbito nacional con una participación de mercado importante, que incluyera a *Der Standard* en su sistema de reparto a domicilio, ya que según Bronner era el único sistema de reparto a domicilio a nivel nacional económicamente rentable y, por tanto, se encontraba obligado a abrirlo a sus competidores.

Dicha sentencia establece que debe demostrarse que la negativa puede llevar a que se elimine toda la competencia en el mercado y, además que el recurso debe ser indispensable para considerarlo esencial, lo que supone que su duplicación sea imposible o

(11) Tales son las conclusiones a las que llega Gregory Werden luego de realizar un acucioso análisis de la doctrina de las facilidades esenciales desde las perspectivas legal, económica y de política pública. WERDEN, Gregory. *The Law and Economics of the Essential Facility Doctrine*. En: *Saint Louis University Law Journal*. Volúmen, No. 32. 1987. pp. 452-480. Werden es un respetado funcionario de la División Antimonopolios del Departamento de Justicia de Estados Unidos y ha escrito decenas de artículos sobre la aplicación e interpretación de las normas de libre competencia norteamericanas.

(12) Asuntos: *B&I Line pvt vs. Sealink Harbours Ltd.* y *Sealink Stena Ltd.* (1992) y *Sea Containers vs. Stena Sealink* (1993); una relacionada con aeropuertos. *EAG-Fuflagen Frankfurt vs. Main AG* (1998).

(13) Asunto *Comisión vs. Society for Worldwide International Financial Communications-SWIFT* (1997).

(14) Asuntos "Magill", *Comisión vs. Magill TV Guide/ITP, BBC y RTE* (1988).

“enormemente difícil” debido a obstáculos técnicos, reglamentarios o económicos. El Tribunal de Justicia señaló incluso 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 cuando menos que no era rentable para la distribución de diarios comparables a los que editaba Mediaprint.

El carácter de indispensable que se requiere en la Comunidad Europea para considerar que el recurso es esencial plantea nuevamente la duda sobre la efectividad de las normas de competencia para hacer frente a negativas de acceso a dicho tipo de recursos, cuando el instrumento idóneo en estos casos es la intervención legislativa o reglamentaria. En tal sentido, se plantea que el papel de la doctrina de las facilidades esenciales en el derecho comunitario europeo será residual y que tendrá que cuidarse de no considerar involucrado un recurso esencial en cualquier caso de negativa de trato<sup>(15)</sup>.

Como se advierte de lo anterior, el ámbito de aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales, como criterio para analizar negativas injustificadas de trato, se ha visto notoriamente reducido, debido al elevado estándar de prueba requerido para considerar que un recurso es esencial, lo que indirectamente termina por hacer excepcional su aplicación.

En la jurisprudencia objeto de comentario se definió como característica de los recursos esenciales que se tratara de bienes cuya sustitución es prácticamente imposible en términos económicos o técnicos. Con ello, puede entenderse que dicho pronunciamiento se alinea dentro de la corriente que han seguido los Estados Unidos y la Comunidad Europea<sup>(16)</sup>.

Consideramos que esta interpretación restrictiva se encuentra plenamente justificada, ya que evita restricciones a la libertad de contratar sustentadas en interpretaciones extensivas del concepto de facilidad esencial, con el riesgo de que se impongan excesivas

obligaciones sobre los propietarios de dichos recursos. Adicionalmente, libera al órgano de defensa de la competencia de la carga de tener que solucionar una negativa de acceso a un recurso esencial sin contar con las facultades ni la experiencia necesarias, ya que probablemente tendría que fijar las condiciones de acceso, entre ellas el precio, y posteriormente, supervisar su cumplimiento<sup>(17)</sup>.

Lo anterior es válido incluso para negativas de trato surgidas en industrias reguladas. Por lo general, la obligación de dar acceso a los recursos considerados esenciales en dichas industrias ya se encuentra regulada de antemano. Así sucede, por ejemplo, en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones en el cual el acceso a la interconexión de redes se encuentra regulado al detalle, señalándose incluso los bienes que constituyen instalaciones esenciales. De igual manera, en el caso de la infraestructura de servicios de transporte de uso público existen normas especiales para regular el acceso a dicha infraestructura, en las que también se define de antemano las facilidades y servicios esenciales<sup>(18)</sup>. Además, se ha señalado, no sin razón, que el uso irreflexivo del concepto de facilidad esencial puede tener efectos tremendamente nocivos para las decisiones de inversión en recursos productivos<sup>(19)</sup>.

Los procedimientos por prácticas restrictivas de la libre competencia -como la controversia iniciada en el caso bajo comentario- no son la vía idónea para identificar nuevas facilidades esenciales, ya que las instancias de resolución de dichos procedimientos no cuentan con las facultades requeridas para ofrecer una solución integral a la negativa de acceso, por ejemplo, para fijar el cargo de acceso -tal como fue señalado por el CCO-, creándose una expectativa insatisfecha en los agentes que acuden a esta vía.

En tal sentido, habiendo decidido pronunciarse sobre el carácter de facilidad esencial de los postes de distribución eléctrica, puede concluirse que el CCO hizo bien en elevar el estándar de prueba para determinar la existencia de una facilidad esencial, ya que así restringió

- (15) 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*. No. 205. Madrid, 2000. pp. 85-95.
- (16) Cabe agregar, además, que la elevación del estándar de prueba para exigir que se demuestre que la sustitución de los bienes considerados recursos esenciales es casi impracticable, también es planteada por autoridades de libre competencia como la Office of Fair Trading de Inglaterra (*The Competition Act 1998: Assessment of Individual Agreements and Conduct*. London, 1999. p. 24.), así como por organismos internacionales como la OECD (*The Essential Facilities Concept*. Paris, 1996. p. 8).
- (17) Estas las limitaciones de las autoridades de libre competencia para fijar las condiciones de acceso han sido señaladas por los autores: SULLIVAN, L. y W. GRIMES. *The Law of Antitrust: an Integrated Handbook*. St. Paul Minn: West Group, 2000. p. 111.
- (18) Reglamento de Interconexión, aprobado mediante Resolución No. 01-98-CI/OSHPTEL, publicada en *El Peruano* con fecha 17 de enero de 1998 (Anexo 2). Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público, aprobado mediante Resolución No. 034-2001-CI/OSITRAN, publicada en *El Peruano* con fecha 31 de diciembre de 2001 (Anexo 2).
- (19) AREEDA, Phillip. *Essential Facilities: an Epithet in need of Limiting Principles*. En: *Antitrust Law Journal*. Volúmen 58. United States, 1990. p. 841.

su aplicación únicamente a aquellos casos en que realmente se trate de bienes imprescindibles y cuya sustitución sea prácticamente imposible en términos económicos o técnicos.

#### 4.2 Utilidad de la doctrina de las facilidades esenciales para determinar la posición de dominio.

Quedaría por analizar ahora si resulta útil o necesario acudir a la doctrina de las facilidades esenciales para determinar la existencia de posición de dominio. Al respecto, los Lineamientos de Libre Competencia del OSIPTEL señalan que para identificar si una empresa cuenta con posición de dominio puede analizarse si controla una facilidad esencial, considerando la posibilidad de sustitución del recurso involucrado y cuántos proveedores del mismo existen.

En la jurisprudencia comentada, el CCO analizó si los postes de distribución eléctrica constituían una facilidad esencial, argumentando, como ya se ha señalado, que el control de una facilidad esencial era un caso particular de posición de dominio en el que la sustitución es “prácticamente imposible”. En tal virtud, volvió a evaluar el nivel de sustitución de los postes de distribución eléctrica en términos económicos, técnicos y de restricciones gubernamentales, llegando a la conclusión de que no podía afirmarse que fueran una facilidad esencial. A pesar de ello, consideró que Electronorte contaba con posición de dominio en el mercado.

De acuerdo con la metodología utilizada para analizar casos de abuso de posición de dominio, es necesario definir previamente el mercado relevante en el cual la empresa investigada ostentaría posición de dominio. Dicho mercado se conforma por el producto relevante y el ámbito geográfico en el que este último

se comercializa. A su vez, el concepto de producto relevante se construye sobre la base del grado de sustitución del bien requerido con otro tipo de bienes. Tal sustitución no debe ser exacta, bastando que resulte suficiente para satisfacer las necesidades del consumidor en condiciones similares de precios<sup>(20)</sup>. Los propios Lineamientos de Libre Competencia del OSIPTEL precisan que la delimitación del producto debe efectuarse en función a la posibilidad de sustitución física del bien según las preferencias del comprador y teniendo en cuenta el precio de los sustitutos, es decir, la sustitución económica<sup>(21)</sup>.

Siendo ello así, en algún momento del análisis existe una duplicidad innecesaria. En efecto, para definir el producto relevante se considera el grado de sustitución del bien requerido con otros productos y, luego, al analizar la posición de dominio necesariamente debe determinarse el número de proveedores del producto relevante. Asimismo, para calificar un bien como recurso esencial debe analizarse su grado de sustitución y también el número de proveedores del mismo.

Si se tiene en cuenta que al definirse el mercado relevante y al analizar la posición de dominio ya se evalúa el grado de sustitución del producto requerido y el número de posibles proveedores, respectivamente, sería innecesario volver a efectuar dicho análisis para determinar si un bien constituye una facilidad esencial, salvo que esto último determinara una vigilancia más estricta o mayores obligaciones para quien posee tal recurso esencial. Dicho en palabras de un experto en temas de libre competencia:

“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’ cuyas

(20) La sustituibilidad como criterio de evaluación del producto relevante es ampliamente aceptada. En el ámbito académico puede citarse, entre otros, a los siguientes autores: LANDES, W. y R. POSNER. *Market Power in Antitrust Cases*. En: *Harvard Law Review*. Volúmen 94, No. 5. 1981. pp. 946-950; BRIONES, Juan. *Market Definition in the Community's Merger Control Policy*. En: *European Community Law Review*. No. 4. 1994. pp. 196-198. También lo contemplan los manuales para el establecimiento de políticas de competencia en países en vías de desarrollo: KONRATH, Craig. *Guía Práctica para la Ejecución de la Ley Antimonopolio para una Economía en Transición*. Colombia. pp. 93-96. KHEMANI, Shyam y otros. *A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy*. United States of America, 1998. pp. 11-13. Asimismo, los lineamientos de agencias de competencia extranjeras reconocen dicho criterio: U.S. Department Of Justice-Federal Trade Commission. *Horizontal Merger Guidelines*. 1992. Sección I.1. Comisión Europea. Comunicación de la Comisión Relativa a la Definición de Mercado de Referencia a efectos de la Normativa Comunitaria en Materia de Competencia. 1997. Puntos 15-19.

(21) Lineamientos de Libre Competencia del OSIPTEL: “3.2. a) Delimitación del Producto. Esta delimitación restringe las consideraciones a los productos que son buenos sustitutos desde el punto de vista de los compradores. Para poder evaluar el grado de sustitución de los productos analizados se suele realizar un estudio sobre el producto, sus características y usos (...). Otras técnicas usadas para la delimitación del producto son pruebas cuantitativas que permiten estimar las elasticidades de precios y elasticidades cruzadas de los mismos (...) Además de estos criterios, se debe tener en cuenta los precios de los productos en el análisis ya que lo que se pretende averiguar no es únicamente la posibilidad de sustitución física y/o las preferencias de los consumidores, sino la sustituibilidad de los productos en sus decisiones de compra (...)”.



elasticidades de demanda y oferta son suficientemente bajas 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>(22)</sup>.

De ello se deduce que la metodología de análisis inherente a cualquier caso de abuso de posición de dominio ya cubre los niveles de evaluación propios de la calificación de un bien como recurso esencial. Así, la calificación de un recurso como esencial duplica el análisis requerido en procesos por infracciones a la libre competencia. Adicionalmente, de acuerdo a las normas que prohíben las prácticas restrictivas de la competencia, no es necesario ingresar a calificar si un recurso es esencial para concluir que la empresa investigada cuenta con posición de dominio.

En la jurisprudencia comentada se encuentran corroborados ambos hechos. Al analizar si los postes de Electronorte eran una facilidad esencial el CCO analizó nuevamente su grado de sustitución por postes propios; asimismo, a pesar de no poderse afirmar que fueran una facilidad esencial, el CCO concluyó que la distribuidora eléctrica contaba con posición de dominio.

Dado que el elemento característico de los recursos esenciales es que su sustitución sea prácticamente imposible, su definición está más cercana a la de un monopolio natural que a la de una posición de dominio. En tal sentido, puede afirmarse que el uso del concepto de facilidad o recurso esencial es más apropiado en procesos de carácter regulatorio que en procedimientos por prácticas restrictivas de la competencia. Cada uno de estos procesos tiene sus propias herramientas y metodologías de análisis y los costos involucrados pueden ser muy distintos. De hecho, la investigación requerida para calificar un recurso como esencial puede resultar sumamente costosa y resulta innecesaria para determinar la existencia de posición de dominio.

De acuerdo con lo señalado, se concluye que los Lineamientos de Libre Competencia de OSIPTEL son reiterativos al plantear que para determinar si una empresa ostenta posición de dominio puede tomarse en cuenta si controla una facilidad esencial. Adicionalmente, analizar este punto podría incrementar

innecesariamente los costos de evaluación de la existencia de posición de dominio y podría exigir un tipo de *expertise* que no tienen los funcionarios encargados de aplicar las normas de libre competencia.

La referencia a dicho criterio de evaluación también puede llevar a confusión a los operadores de servicios de telecomunicaciones, en el sentido de que los procedimientos de libre competencia son un mecanismo para lograr que se regule una actividad -estableciendo por ejemplo la obligación de contratar- si se llega a calificar un bien como facilidad esencial. En el extremo, podría ser un incentivo para que algunos agentes económicos califiquen como facilidad esencial cualquier bien cuyo suministro les interesa, generando dudas sobre las posibles limitaciones a la libertad de contratar de quienes poseen tales bienes y obligando a la autoridad a incurrir en los costos involucrados en el análisis de este tipo de alegaciones.

## 5 Las negativas de trato arbitrarias.

Previamente a analizar si existió una negativa de trato, la jurisprudencia bajo comentario consideró si existía relación de competencia entre Electronorte y el señor Laca, en tanto consideró que la aplicación del artículo 5 inciso a), del Decreto Legislativo No. 701, que prohíbe expresamente la negativa injustificada de trato, requiere que exista una relación de competencia entre quien se niega a contratar y el afectado.

El artículo 5 inciso a), establece que, como consecuencia del abuso de posición de dominio, el infractor debe causar perjuicios y obtener beneficios<sup>(23)</sup>. En circunstancias normales, una negativa de venta significa la pérdida de una oportunidad de negocio, ya que limita la posibilidad de incrementar los ingresos por una venta adicional. En términos de competencia, la única forma de que una empresa con posición de dominio obtenga beneficios de una negativa de venta es que la misma le reporte alguna ventaja indirecta frente a sus competidores.

Precisamente, las dos razones por las que más se cuestiona la negativa injustificada de trato se refieren a las restricciones que produce sobre la competencia y que benefician a quien se niega a contratar. De un lado, la empresa con posición de dominio puede utilizar la negativa como sanción para aquellos clientes o proveedores que también contratan con sus competidores, de esta forma resta clientela a estos últimos. De otro, la empresa dominante también puede

(22) HOVENKAMP, Herbert. Op. cit.: pp. 274-275 (traducción libre).

(23) Para revisar el texto de esta disposición, ver la nota a pie 6.

utilizar la negativa para colocar en desventaja a competidores de sus empresas vinculadas o integradas, al impedirles el acceso a insumos necesarios para su actividad, incrementando así las barreras de entrada o permanencia en el mercado<sup>(24)</sup>.

En la jurisprudencia comentada no existía competencia efectiva entre Electronorte y el señor Laca. Sin embargo, el CCO analizó el caso según lo dispuesto por el artículo 5 inciso a) del Decreto Legislativo No. 701, en virtud de un argumento que parece tomar en cuenta la competencia potencial que podría existir entre ambos. El argumento fue “la tendencia a que la infraestructura eléctrica se utilice para prestar servicios de telecomunicaciones”.

La pregunta entonces es si las normas de libre competencia también prohíben las denominadas negativas de trato arbitrarias, esto es, aquellas que no suponen una relación de competencia, efectiva ni potencial, entre los agentes involucrados o que, en todo caso, no generan un beneficio en términos de competencia para quien se niega a vender. En tales supuestos la negativa no genera un beneficio al agente y, más bien, podría significarle un perjuicio. En tal sentido, la prohibición del artículo 5 inciso a) del Decreto Legislativo No. 701 quedaría descartada.

Sin embargo, a pesar de no existir relación de competencia, la negativa de una empresa dominante podría afectar las condiciones de competencia en un mercado relacionado, aunque esa no fuera su intención. De otro lado, en el extremo, obligarla a contratar podría resultar contraproducente para sus relaciones comerciales con la contraparte -represalias, malos tratos u otras-, así como ineficiente si como consecuencia de ello el bien no puede ser aplicado a otros usos más valiosos pero respecto de los cuales no tiene la connotación de facilidad esencial. Bajo tales circunstancias, podría resultar discutible la justificación de limitar la libertad de contratar para evitar una supuesta restricción de la competencia derivada de una negativa de trato arbitraria.

Algunos autores plantean que las negativas arbitrarias de trato no generan efectos perjudiciales desde el punto de vista de la eficiencia, en tanto que si la empresa dominante que niega la venta no se encuentra

integrada verticalmente con un competidor del afectado por la negativa, no hay forma de que la primera genere perjuicios en el mercado de este último, ya que no podría efectuar comportamientos monopólicos en dicho mercado -intentar reducir la cantidad ofertada o elevar los precios-. Más aun, se indica que al no tener interés de monopolizar el segundo mercado, la empresa dominante no tendría ningún incentivo para negarse a vender. En tal sentido, se sostiene que las motivaciones para prohibir negativas arbitrarias son distintas a la eficiencia asignativa<sup>(25)</sup>.

En el caso de negativa arbitraria de trato más importante en la jurisprudencia norteamericana -*Oficial Airline Guides, Inc. v. FTC* (1980)- se ordenó a la empresa que publicaba una guía de vuelos -la misma que no participaba en el mercado de transporte aéreo- que incluyera los itinerarios de las empresas regionales junto con los de las grandes aerolíneas, argumentando que al negarse a incluir los vuelos de las primeras les ocasionaba una gran desventaja económica y además reducía la información disponible para el usuario.

Considerando la existencia de casos como el citado, puede deducirse que si bien las negativas arbitrarias no generan un beneficio para quien se niega a contratar, en algunos casos pueden ocasionar efectos restrictivos de la competencia sin necesidad de que esa haya sido la intención de la empresa dominante. En tales supuestos, la negativa de venta permite que una tercera empresa se encuentre en condiciones de monopolizar el mercado.

La función de las normas de libre competencia es evitar las prácticas empresariales que tengan efectos nocivos sobre el mercado. Por ello, en el caso particular de las negativas arbitrarias de trato debería considerarse el efecto producido más que la intención del infractor o sus incentivos para infringir la norma. Considerando que en algunos casos las negativas arbitrarias podrían restringir la competencia, permitiendo que terceros -no vinculados a la empresa que niega la venta- puedan monopolizar un mercado relacionado, tales prácticas deberían ser prohibidas.

Dado que el artículo 5 inciso a) del Decreto Legislativo No. 701 no resulta aplicable a las negativas arbitrarias de trato<sup>(26)</sup>, éstas podrían ser enfrentadas a través de la prohibición general establecida por el

(24) ROSS, Stephen. *Principles of Antitrust Law*. New York: The Foundation Press Inc., 1993. pp. 76-82.

(25) ROSS, Stephen. Op. cit.: p. 85.; WERDEN, Gregory. Op. cit.: p. 472.

(26) Al respecto, debe señalarse que la Comisión de Libre Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual-INDECOPI, ha conocido varios casos de negativa de trato arbitraria encausándolos según el artículo 5 inciso a) del Decreto Legislativo No. 701: Resolución No. 066-96-CLC y No. 007-98-CLC (Expedientes No. 022-95 y No. 007-97, respectivamente, correspondientes a las denuncias de Metales Bera S.A. contra Minsur S.A.), Resolución No. 002-99-CLC (Expediente No. 005-98, correspondiente a la denuncia presentada por Roberto Bergerman y Walter Barboza contra la Asociación de

artículo 3 de dicha norma, que dispone que serán sancionables los actos de abuso de posición de dominio que generen perjuicios para el interés económico general en el territorio nacional<sup>(27)</sup>. Esta disposición no es un mero principio de carácter declarativo, en tanto su violación es materia de sanción según la ley<sup>(28)</sup>, por lo que debería entenderse que contempla aquellos supuestos no previstos expresamente por la norma que tengan efectos dañinos sobre el proceso competitivo.

Sin embargo, esta disposición no constituye un “cajón de sastre” en virtud del cual puede investigarse y sancionarse cualquier tipo de comportamientos. Por ello, el artículo 3 debería ser utilizado con cautela al momento de evaluar negativas arbitrarias de trato, a fin de no limitar indebidamente la libertad de contratar en función a una mal entendida defensa de la competencia.

En efecto, al analizar las negativas arbitrarias debe evitarse caer en la tentación de defender al competidor en vez de a la competencia. En otras palabras, la negativa arbitraria sólo debe ser cuestionada cuando ponga en riesgo el mantenimiento del proceso competitivo en el mercado o, en otras palabras, cuando genere el riesgo de que una tercera empresa pueda monopolizar el mercado afectado por la negativa. Por el contrario, si la negativa arbitraria tiene por efecto la salida de una o algunas empresas del mercado pero no reduce el nivel

de competencia, entonces no debería ser objeto de cuestionamiento.

Desde esta perspectiva, la prohibición de negativas arbitrarias de trato debe considerarse excepcional, siendo la regla general que se presuma su legitimidad<sup>(29)</sup>. Asimismo, al momento de evaluar la práctica, debe tenerse en cuenta que existen diversas razones que pueden justificar una negativa, tales como la limitación de aparato productivo, la escasez de los insumos o recursos necesarios para brindar el servicio o el incumplimiento previo de obligaciones por parte del adquirente<sup>(30)</sup>.

## 6 Conclusiones.

De acuerdo con lo anteriormente señalado, la regulación de las 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. Sin embargo, dicho equilibrio puede romperse en perjuicio de la libertad de contratar por mal uso de conceptos, tales como la doctrina de las facilidades esenciales, o por interpretaciones legales inadecuadas, como asumir la prohibición absoluta de las negativas de trato arbitrarias.

Productores Agrícolas del Mercado de Santa Anita); Resolución No. 011-2000-CLC (Expediente No. 006-98, correspondiente a la denuncia presentada por Cab Cable S.A. contra Electrocentro S.A.); Resolución No. 007-99-CLC (Expediente 007-98, correspondiente a la denuncia presentada por la Compañía Impresora Peruana S.A. contra la FENVENDRELP); Resolución No. 022-2001-CLC (Expediente No. 005-99, correspondiente a la denuncia presentada por Aerocontinente S.A. contra el Banco de Crédito del Perú). Más allá del error de encausar tales denuncias por el artículo 5 inciso a), lo relevante fue que en todos estos casos se evaluó la práctica según sus efectos sobre el mercado y sobre el proceso competitivo, declarándose en su mayoría infundadas las denuncias ya sea por no existir posición de dominio o por que la práctica no tuvo efectos perjudiciales sobre la competencia.

(27) Decreto Legislativo No. 701:

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

(28) Decreto Legislativo No. 701:

“Artículo 23.- La Comisión de Libre Competencia podrá imponer a los infractores de los artículos 3, 5 y 6 las siguientes multas: a) si la infracción fuese calificada como leve o grave, una multa de hasta mil (1.000) UITs. Siempre que no supere el 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor correspondientes al ejercicio inmediato anterior a la resolución de la Comisión; b) si la infracción fuera calificada como muy grave, podrá imponer una multa superior a las 1.000 UITs siempre que la misma no supere el 10% del volumen de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor correspondientes al ejercicio inmediato anterior a la resolución de la Comisión”.

(29) Esta parece ser la posición del CCO en la jurisprudencia bajo comentario, ya que en la nota a pie 23 señaló lo siguiente: “la negativa de trato arbitraria no puede ser sancionada a la luz del artículo 5 inciso a) del Decreto Legislativo No. 701, en tanto que no puede sostenerse con certeza que dicha figura genere un beneficio para el agente que incurre en la negativa. Sin embargo, la negativa injustificada de trato arbitraria podría ser analizada como infracción a la cláusula general contenida en el artículo 3 del Decreto Legislativo No. 701, pero debería aplicarse únicamente ante casos excepcionales que no se encuentren previstos expresamente por el artículo 5 del Decreto Legislativo No. 701 o que no puedan incluirse dentro de los casos de efecto equivalente contemplados por el inciso f) del mencionado artículo 5”.

(30) Así, en la jurisprudencia bajo comentario, el CCO señaló correctamente que: “(d)e acuerdo a lo anterior, se concluye que el señor Laca incumplió con obligaciones contractuales que el mismo había pactado y que resultaban sustanciales (pago del precio y autorización para utilizar un número mayor de postes), lo cual constituye justificación suficiente para que Electronorte se negara a continuar permitiéndole el uso de sus postes”.

En cuanto a la doctrina de las facilidades esenciales, puede afirmarse que su ámbito de aplicación en procedimientos por infracciones a las normas de libre competencia ha sido correctamente circunscrito únicamente a aquellos casos en que la sustitución del recurso sea prácticamente imposible. Ello también es válido en industrias reguladas, no sólo por que la obligación de dar acceso a los recursos esenciales en tales casos se encuentra regulada, sino porque el uso irreflexivo del concepto de facilidad esencial puede tener efectos nocivos sobre las decisiones de inversión.

En el caso particular de las normas de telecomunicaciones, la referencia al control de recursos esenciales para evaluar la posición de dominio de un operador resulta innecesaria, porque el tipo de análisis requerido ya se realiza al determinar el mercado relevante y la posición de dominio misma. Además, es inadecuada porque implica incurrir en mayores costos de investigación sin que ello sea necesario para considerar que existe una posición de dominio. Más aun, podría dar lugar a que se utilicen los procedimientos por prácticas restrictivas de la competencia como medio para promover después una regulación, cuando lo correcto en tal caso sería promover directamente el establecimiento de la regulación de acceso que fuera necesaria.

Respecto de las negativas de trato arbitrarias, deben considerarse prohibidas sólo excepcionalmente, cuando pongan en riesgo el mantenimiento del proceso competitivo en el mercado o, en otras palabras, cuando generen el riesgo de que una tercera empresa -no vinculada a la que niega la venta- pueda monopolizar el mercado afectado por la negativa. En tales casos no sería de aplicación el artículo 5 inciso a) del Decreto Legislativo No. 701, sino el artículo 3 de dicha norma, que dispone que serán sancionables los actos de abuso de posición de dominio que generen perjuicios para el interés económico general en el territorio nacional y, por tanto, puede incluir aquellos supuestos no previstos expresamente que tengan efectos dañinos sobre el proceso competitivo.

Sólo otorgando la debida extensión a la prohibición de negativas injustificadas de trato puede mantenerse el equilibrio entre las normas de competencia y la libertad de contratar. Ello implica una rigurosa delimitación de los alcances de figuras como las facilidades esenciales o las negativas de trato arbitrarias, según los criterios antes indicados. De esta forma se garantiza la protección de un principio de mayor alcance, es decir, que la libre iniciativa privada se desenvuelva generando el mayor bienestar del consumidor. 卐