

TEORÍA DEL CUELLO DE BOTELLA: LAS FACILIDADES ESENCIALES

Luis José Díez Canseco Núñez*

La doctrina de las facilidades esenciales constituye un intento jurisprudencial de limitar y hacer más predecible la figura de la “negativa a contratar”, señalándose la existencia de cuatro requisitos concurrentes. Estos requisitos son: que el activo sea realmente esencial; que su duplicación sea “impracticable” o irracionalmente costosa; que la empresa dueña de la facilidad tenga posición de dominio en el mercado de la facilidad; y que la facilidad cuente con un exceso de capacidad.

El autor sostiene que esta doctrina debe ser aplicada de manera restringida, por lo que debe ser empleada únicamente en aquellos casos en los que se constate que no es posible emplear algún otro mecanismo. Además, señala que los remedios que ofrece la doctrina de las facilidades esenciales son inútiles como medios para mejorar el bienestar del consumidor.

* Socio del Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman & Olaya. Profesor de Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Ciencia Aplicadas. El autor agradece sinceramente a Enrique Pasquel Rodríguez y a Jorge Abarca García por los aportes brindados a este artículo

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

Cuando a finales de 1991 y sobre la base de las facultades conferidas al Poder Ejecutivo por el Congreso de la República, mediante la Ley 25327, para dictar Decretos Legislativos “orientados a crear las condiciones necesarias para la inversión privada de los diferentes sectores productivos”; se promulgó el Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada¹, la que puso de manifiesto la decisión del Congreso peruano de apoyar el cambio de rumbo de nuestra política económica hacia una economía de mercado. En efecto, dicha norma viene a constituir una suerte de “resumen ejecutivo” del conjunto de decretos legislativos que se habían promulgado durante los meses previos y mediante los cuales se adoptó un conjunto de reglas a favor de la inversión privada, tales como la eliminación de trabas a la misma, la eliminación de controles de precios, el respeto a la propiedad y al pluralismo económico, el trato igualitario y no discriminatorio para las empresas privadas y extranjeras, la privatización de empresas públicas, la eliminación de los controles de cambio, entre otras. En resumen, un giro de 180 grados en relación con casi tres décadas de intervencionismo.

La desestatificación de la economía tenía como correlato indispensable el apostar por la competencia como el instrumento insustituible para el desarrollo y crecimiento económico, y así, pocos días antes de promulgarse el Decreto Legislativo 757, se hizo lo propio con el Decreto Legislativo 701², el mismo que se erige como nuestra verdadera y primera ley de libre competencia. Ello quedó ratificado con el enunciado contenido en el artículo 2 del Decreto Legislativo 757 al señalar de manera enfática que “El Estado garantiza la libre iniciativa privada (...) y se desarrolla sobre la base de la libre competencia y el libre acceso a la actividad económica”, y se consolida mediante su artículo 4 que, en materia de precios, indica

que la “libre competencia implica que los precios en la economía resultan de la oferta y la demanda (...)”.

El Decreto Legislativo 701 guarda consonancia con la tendencia legislativa internacional de comienzos de los Noventa en el sentido de adoptar normas sobre esta materia y de la que el Perú no fue la excepción. Como toda ley sobre libre competencia, contaba con preceptos sobre abuso de posición dominante en el mercado, dentro de los cuales se estima ilegal, tal como lo indicaba su artículo 5, inciso a, “la negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación de productos o servicios.”

El primer gran problema que presenta esta temática jurídica es que no existe una repuesta clara en torno a lo que significa una justificación razonable para negarse a contratar. La Corte Suprema de los Estados Unidos de América y el Tribunal de Justicia de Unión Europea no han desarrollado criterios claros al respecto. Y algo similar ha sucedido en el Perú, en lo que respecta a las resoluciones del Instituto Nacional de Defensa del Consumidor y Protección Intelectual (INDECOPI) y del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL), respectivamente.

En los Estados Unidos de América, la Corte Suprema parece exigir que se demuestre la intención de la empresa con posición de dominio. El Tribunal Europeo, por su parte, no tiene criterios definidos. Asimismo, el INDECOPI no ha tomado una clara posición a este respecto y el OSIPTEL –aparentemente– señala que debe determinarse el efecto en el mercado en vez de estar investigando la intención del supuesto infractor.

El segundo problema es, que forzar la contratación sobre un determinado recurso termina erosionando los incentivos positivos que crea el sistema de propiedad privada³.

¹ Decreto Legislativo publicado el 13 de noviembre de 1991. Modificado por: Ley 25541, publicada el 11 de junio de 1992; Decreto Ley 25596, publicado el 4 de julio de 1992; Ley 26092, publicada el 28 de diciembre de 1992; Ley 26724, publicada el 29 de diciembre de 1996; Ley 26734, publicada el 31 de diciembre de 1996; y Ley 26786, publicada el 13 de mayo de 1997.

² Decreto Legislativo 701 del 5 de noviembre de 1991, Contra las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia. Derogado por el inciso a) de la Segunda Disposición Complementaria y Derogatoria del Decreto Legislativo 1034, publicado el 25 junio 2008.

³ ROBINSON, Glen. “On refusing to deal with rivals”. En: Cornell Law Review 87. 2000. p. 1190.

Ésta genera incentivos para invertir en la producción de bienes y desarrollo de tecnologías, puesto que permite a su dueño apropiarse del valor creado. Si se permite que un tercero tenga acceso a los recursos desarrollados por el propietario, se verificará un caso de *free-riding*, que no es otra cosa que cuando una empresa se aprovecha parasitariamente de la inversión realizada por otra y, en consecuencia, obtiene beneficios de la propiedad ajena. Por lo tanto, la figura de la negativa a contratar destruye los incentivos que tienen los individuos para invertir en el desarrollo de nuevos productos, tecnologías, facilidades o insumos.

Evidentemente, mientras menos predecible y clara sea esta doctrina, mayor será el perjuicio que se genere al sistema de propiedad privada y del que paradójicamente depende el correcto funcionamiento del mercado, que precisamente tiene como misión proteger el derecho de la libre competencia.

El tercer problema que puede identificarse consiste en que la agencia estatal que resuelva la controversia tendrá que fijar los términos “justos” de la transacción. Al Estado, sin embargo, le es sumamente difícil –si no imposible– acceder a la información acerca de los costos de la empresa que está siendo obligada a contratar. Principalmente, porque, por un lado, muchas veces será necesario conocer costos marginales que la misma empresa desconoce; y, por otro, a menudo será necesario conocer los costos de oportunidad (las opciones que se dejaron de tomar por realizar una transacción determinada) que probablemente sólo se encuentran en las mentes de los directores y gerentes de las empresas. Sin el conocimiento de tales costos será imposible determinar qué condiciones de contratación permiten a la empresa que está siendo obligada a contratar seguir obteniendo una ganancia por

la transacción⁴. En esta línea de pensamiento, obligar a contratar podría incluso constituir un supuesto indirecto de fijación de precios, cosa que está prohibido en todos las economías de mercado y, específicamente en el Decreto Legislativo 757 y del que el Perú puede escaparse. En efecto, en la medida que resulta indispensable establecer un valor del bien o servicio con el que se quiere obligar a contratar, en los hechos se va a tener que establecer indirectamente un precio.

Finalmente existe el problema de que las condiciones de mercado varían constantemente. Por ello, términos que pudieron ser considerados razonables o equitativos en un momento (asumiendo que esta determinación pueda ser realizada) dejarán de serlo al cambiar las condiciones del mercado. Éste es el motivo por el cual ninguna empresa realiza pactos invariables y definitivos a perpetuidad con el resto de agentes del mercado. En consecuencia, mientras dure el acuerdo impuesto, los tribunales o agencias administrativas que resuelvan el caso, tendrán que hacer una labor de monitoreo permanente de las condiciones de mercado pertinentes al caso.

Por las razones expuestas la doctrina de las facilidades esenciales constituye un intento jurisprudencial de limitar y hacer más predecible la figura de la “negativa a contratar” en casos donde se pretende obtener el acceso a un recurso controlado por una empresa con posición de dominio⁵.

En efecto, a lo largo de los años, tanto en el derecho norteamericano cuanto en el europeo; la teoría de las facilidades esenciales, en la medida que se perfila como una derivación de la temática de la negativa injustificada o arbitraria a contratar, ha tenido en común la circunstancia de desarrollarse sobre la base de criterios bastante vagos e,

⁴ ROBINSON, Glen. Op.cit. p. 1193.

⁵ TEMPLE Lang, John. “Defining Legitimate Competition: Companies’ Duties to Supply Competitors and Access to Essential Facilities”. En: Fordham International Law Journal 18. 1994. p.483. El autor señala que: “essential facility cases involve basic principles [and the] concept may be merely a useful label... rather than an analytical tool”. Por su parte AREEDA, Philip y Herbert HOVENKAMP. “Antitrust Law”. 1995. pp. 650-651. Los autores indican que la “‘Essential facility’ is just an epithet.... It is not an independent tool of analysis, but only a label-a label that beguiles some commentators and courts into pronouncing a duty to deal without analyzing the implications...”. En el mismo sentido, AREEDA, Philip. “Essential Facilities: An epithet in need of limiting principles”. En: Antitrust Law Journal 58. Developments 1989. Selections from the Fall 1989 National Institute - The Cutting Edge of Antitrust: Exclusionary Practices. p.841.

incluso, impredecibles. Ello es tan cierto, que diversos autores han propuesto que los tribunales deberían dejar de pensar en términos de “negativa a contratar” y, más bien, identificar maneras de delimitar este tipo de infracciones⁶. A pesar de ello, la teoría de las facilidades esenciales, también conocida como del “cuello de botella”, aparece como una respuesta mucho más objetiva y predecible frente a la aparente ambigüedad e, incluso, arbitrariedad, existente en la negativa a contratar.

Lo dicho no significa que seamos promotores entusiastas de la teoría. Ella, generalizada y mal aplicada, podría significar una grosera intervención en la libertad contractual e, incluso, servir de base para justificar expropiaciones regulatorias. Empero, reconocemos que al menos existe cierto consenso acerca de cuáles son sus elementos, y cuándo se debe aplicar; siendo incluso más clara que la meliflua figura de la negativa injustificada a contratar.

¿Cuáles son los contornos de la teoría de las facilidades esenciales? Sobre el particular se puede señalar lo siguiente:

- a) Limita los casos de negativa a contratar a supuestos donde se cumplen los siguientes requisitos. (i) Cuando se refiere de un activo esencial o de acceso indispensable para que una empresa, normalmente competidora, pueda desarrollar su actividad en un determinado mercado relevante. (ii) Cuando se trata de un activo que no puede ser duplicado o replicado por la competencia, de tal forma que las trabas de acceso a una facilidad genera que la empresa quede excluida de la participación en este mercado. En otras palabras, una conducta con claros “efectos exclusorios”. (iii) Resulta necesario que la facilidad tenga un claro exceso de capacidad, de tal forma que el acceso concedido a la empresa competidora no menoscabe el uso que le estaba confiriendo la empresa propietaria de la facilidad. En otras palabras, la facilidad debe poseer, en cierta

medida, las características de un bien público. (iv) Finalmente, la facilidad debe concederle a su propietaria una posición de dominio, que debe poseer las características de un monopolio natural para que se cumpla con el presupuesto de la duplicidad.

- b) Brinda criterios más claros acerca de cuándo una empresa puede negarse a contratar con sus competidores y reduce la limitada predictibilidad y ambigüedad que caracteriza la figura de la negativa injustificada a contratar.
- c) Supera los problemas de monitoreo de las condiciones de mercado y de fijación de precios y/o condiciones de contratación; lo que permite señalar preliminarmente que éste es un remedio más idóneo para ser aplicado por las agencias regulatorias más que por las cortes o agencias de competencia.

El presente artículo, trata de brindar algunas luces sobre lo que, en nuestra opinión, debería ser la forma correcta de entender la doctrina de las facilidades esenciales, así como un recuento de cómo se ha aplicado en nuestro ordenamiento jurídico.

II. UNA REVISIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

Para estar en capacidad de brindar una definición más exacta y técnica sobre las facilidades esenciales resulta necesario adelantar un recorrido histórico por las resoluciones judiciales más significativas que aplicaron esta doctrina.

En primer lugar, las referencias casuísticas estarán orientadas al sistema judicial norteamericano por ser éste el que postuló más tempranamente la aplicación de la noción de facilidad esencial a casos concretos, además de que es en el que existe mayor número de casos. Cabe destacar que en los tres primeros que se citarán no se hizo mención explícita a la teoría o concepto de las facilidades esenciales. Es recién a partir

⁶ Ver, por ejemplo, GLAZER, Kenneth y Abbott LIPSKY. “Unilateral refusals to deal under section 2 of the Sherman Act”. En: *Antitrust Law Journal*. 1995. p. 800.

del caso de Hecht en el que la expresión “facilidad esencial” se incorpora al lenguaje jurídico y se disemina internacionalmente, a tal punto que hoy día constituye una expresión aceptada por toda la doctrina y jurisprudencia mundial.

En segundo lugar, se hará un recuento de los casos emblemáticos en el marco de la jurisprudencia de la Comisión Europea, la misma que se ha vinculado con casos de infraestructuras.

A. Jurisprudencia Norteamericana

1. United States v. Terminal Railroad Association of Saint Louis⁷

Hace más o menos un siglo y a comienzos de la vigencia de la normativa *antitrust* norteamericana, una asociación conformada por catorce empresas ferroviarias, operadores portuarios, así como varias compañías de transporte de carga controlaba un terminal de trenes en la intersección de varias líneas ferroviarias y un puente en un punto del río Mississippi en la ciudad de San Luis, Nueva Orleans. Antes de que esta especie de *joint venture* se pusiera en marcha, había tres terminales independientes y accesos a trenes que servían a San Luis, de modo que existían alternativas competitivas para quienes desearan trasladarse o intentaran transportar mercadería de un lado al otro del río. No obstante, aún después de que la Asociación obtuviera el control de los medios para cruzar el río; ésta decidió adquirir además todas las facilidades de infraestructura de ambos lados del mismo; lo que incluía terminales ferroviarios y almacenes, así como los túneles y las vías de acceso que, por la configuración particular de la geografía de San Luis y su río, bajaban desde los acantilados hacia el puerto. Como resulta obvio, ello brindó a la Asociación la posibilidad de cargar y descargar mercancía, equipaje o pasajeros en cualquier lugar dentro del área de San Luis; así como para poder llevar cualquier bien o persona a través del río Mississippi.

Lo que ésta Asociación había generado era una suerte de monopolio natural. Para asegurarlo,

las empresas que conformaban la Asociación establecieron algunas reglas que dificultaban su escisión o, dicho en otras palabras, que consolidaban el acuerdo. La principal regla consistía en que para que un nuevo miembro fuese admitido en la Asociación, se debía obtener la aceptación unánime de todos los miembros activos de la misma.

Los resultados concretos de la implementación de este “cuasi monopolio” natural eran fácilmente predecibles. En efecto, se produjo un alza sostenida en las tarifas para el tráfico hacia el interior de San Luis como a través de dicha ciudad, y las tasas fueron cobradas en la forma de cargos complementarios. En resumen, en la medida que la Asociación prácticamente se había constituido en el único oferente de servicios portuarios, que además estaba integrado verticalmente, le permitía alcanzar sustanciales rentas monopólicas por las operaciones que realizaba.

Este acuerdo asociativo y el poder de veto previsto para los miembros de la Asociación fueron cuestionados por las cortes norteamericanas al poco tiempo de su instauración y calificado como violatorio de las normas contenidas en el acta de Sherman⁸. La solución que finalmente adoptó la Corte Suprema de Estados Unidos de América fue similar a la regla frecuentemente aplicada a los casos de monopolios naturales se aplicaba durante el Siglo XIX: se permitió a la Asociación seguir operando como un monopolio, pero se le obligó a que aceptara a otras empresas como miembros, siempre que éstas estuvieran dispuestas a asumir los costos de la misma manera como lo hacían los demás miembros de la Asociación.

A pesar de que no lo señaló explícitamente, la Corte Suprema entendió que el acceso de otras empresas como miembros de la Asociación constituía una “facilidad esencial” (si bien no emplea estos términos) para operar el negocio de transporte hacia y dentro de la ciudad de San Luis.

Sin embargo, la solución no dejó de ser objeto de críticas. Así por ejemplo, tal como señalan Lipsky y Sidak:

“Como hemos sugerido, Terminal Railroad es

⁷ U. S. v. Terminal R. R. Ass'n of St. Louis. 224 U.S. 383, 32 S.Ct. 507, 56 L.Ed. 810 (U.S.Mo. Apr 22, 1912) (386)

⁸ 15 United States Code Annotated. Commerce and Trade Chapter.

particularmente importante dado el remedio que la Corte específicamente declinó adoptar. La competencia existente previamente entre las compañías de terminales ferroviarios y entre las entidades que controlaban los diversos medios para cruzar el Mississippi, pudo ser restaurada por un mandato de *divestiture*⁹. Si dicha competencia pudo haber sido restaurada, parece obvio que esta medida pudo haber sido preferible desde una perspectiva de bienestar del consumidor, antes que confiar en un remedio que requiere la creación de un mecanismo permanente para controlar el indiscutible poder monopólico de la combinación; monitoreando y ajustando las tarifas continuamente; estableciendo los términos y condiciones de la propiedad y uso. Un remedio estructural probablemente hubiese obviado la necesidad de supervisión judicial continua de cualquier clase (...)

El caso Terminal Railroad permitió que un problema de monopolio se resolviera no por un remedio estructural que pudo haber restaurado la competencia activa, sino requiriendo acceso universal a la combinación existente¹⁰.

Este caso, que data de 1912, revelaba algunos de los problemas de la aplicación del principio de las facilidades esenciales y sobre los que se comentará más adelante. En efecto, ocurre que se trata de un mecanismo administrativamente costoso de rectificación o de solución de un problema del mercado y que crea una línea divisoria muy tenue entre el derecho de la libre competencia y la regulación. Esta es una solución que normalmente no toma en cuenta el beneficio de los consumidores.

2. Associated Press v. United States¹¹

Hacia 1945 la Associated Press era un *joint venture* integrado por 1200 diarios de gran

circulación en los Estados Unidos de América y por otros del mundo. Sus participantes estaban obligados a compartir noticias con todos los miembros de la asociación a cambio de obtener acceso a las noticias de los otros miembros y del propio equipo de Associated Press. Éste era un mecanismo bastante útil para que los asociados pudieran compartir información y brindar a los lectores de sus respectivos diarios un mayor número de noticias. Si se quiere, estamos hablando de un mecanismo de promoción de sinergias informativas que, a simple vista, resulta altamente positivo para los consumidores.

Empero, las normas internas de la Asociación permitían que cualquier integrante tuviera la posibilidad de vetar las solicitudes de membresía de otros competidores. De esta forma, por ejemplo, un diario metropolitano podía prevenir el ingreso a Associated Press de cualquier otro diario de la misma área geográfica que quisiera participar en la asociación. Mediante esta regla se permitía que tan sólo un diario –el integrante en la Asociación– pudiera disponer del gigantesco mercado de noticias de la Associated Press.

El Departamento de Justicia (uno de los entes encargados de aplicar la normativa sobre libre competencia) no tuvo reparos en torno al *joint venture* en sí mismo puesto que, tal como se ha indicado líneas arriba, se le consideraba bastante eficiente. Los cuestionamientos estaban referidos a las regulaciones de Associated Press relacionadas con la admisión de nuevos miembros y, en particular, el derecho de veto que poseía cada uno de los integrantes¹². En apelación ante la Corte Suprema, la mayoría de sus integrantes consideró que, en la medida que el derecho de veto no tenía otro objeto que proteger a los miembros de Associated Press de sus competidores locales, se trataba de

⁹ También se conoce como “*break-up*”, “ruptura”, o “disociación de titularidad y gestión” del *joint venture*. A través de este mecanismo una empresa o asociación de empresas que goza de posición dominante es obligada por la autoridad de competencia a desintegrarse en diversas empresas. Cabe indicar, que esta posibilidad no se encuentra incorporada explícitamente en nuestro ordenamiento jurídico ni existe un caso en el que se haya establecido un mandato de esta envergadura.

¹⁰ *Ibid.* pp. 132-133.

¹¹ *US. v. Associated Press*. 52 F.Supp. 362 (S.D.N.Y. Oct 06, 1943), *Associated Press v. U.S.* 326 U.S. 1. 65 S.Ct. 1416. 89 L.Ed. 2013. 1 Media L. Rep. 2269 (U.S.N.Y. Jun 18, 1945) (57, 58, 59); Se solicitó que fuera revisado pero la Corte Suprema reafirmó su posición: *Associated Press v. United States*. 326 U.S. 802, 66 S.Ct. 6, 90 L.Ed. 489 (U.S.N.Y. Oct 08, 1945) (57, OCT TERM 1944), *Tribune Company v. United States*. 326 U.S. 803. 66 S.Ct. 7, 90 L.Ed. 489 (U.S.N.Y. Oct 08, 1945) (58, OCT TERM 1944).

¹² HOVENKAMP, Herbert. “Antitrust”. Estados Unidos: West Group. 1999. p. 199.

una restricción ilegal, y ello a pesar que se constató que esta Asociación carecía de poder de mercado o posición de dominio.

No obstante, el fallo judicial tuvo más de un voto discordante que consideró que los contratos de exclusividad eran sumamente comunes entre agencias de noticias, periódicos y reporteros y que, además, no quedaba claro, una vez que el derecho de veto fuera eliminado, cómo Associated Press podría excluir a cualquiera que pretendiera acceder a la membresía de la Asociación. En efecto, ello permitiría que cualquier empresa periodística pudiera ser miembro de la asociación y ello permitiría que no hubiera ningún filtro o mecanismo para garantizar la idoneidad de la empresa que solicitaba el acceso.

Este caso no se conjuga necesariamente con la doctrina de las facilidades esenciales, básicamente porque el argumento más resaltante que se presentaba en el caso anterior –la existencia de un complejo monopolio natural– no se verificaba en este caso concreto. Empero, si se le reconoce como parte de los antecedentes de la teoría puesto que estableció un mandato de acceso, que es una de las características para su aplicación.

3. Gamco Inc. v. Providence Fruit & Produce Building Inc.¹³

La facilidad involucrada en este caso consistía en un edificio, junto con sus rutas de acceso y vías ferroviarias, construido para ser utilizado como mercado centralizado para la venta al por mayor de productos frescos en Providence, Rhode Island. El demandante era un comerciante que alegaba haber sido injustificadamente expulsado del uso del mercado centralizado. Esta exclusión había paralizado su negocio de producción.

La Corte de Apelación determinó –en 1952– que era necesario que se le brindara acceso

a dicho mercado, además de expresar que la racionalidad de los argumentos de la defensa –que la demandante tenía un nivel de crédito insuficiente– era un simple pretexto. En su pronunciamiento, la Corte de Apelaciones también se pronunció acerca de la clase de argumentos que se podrían aceptar para justificar la exclusión de una facilidad como la del mercado. Así, determinó que los propietarios no están obligados a aceptar indiscriminadamente a todos los solicitantes de la facilidad, sino que existen criterios razonables para llevar a cabo la exclusión, como es el caso de la falta de espacio disponible, la constatación de problemas financieros, bajos estándares de negocios y éticos del solicitante, entre otros. En tales circunstancias –indicó– no se habría atentado contra las normas que protegen la libre competencia contenidas en el acta de Sherman. Estos criterios, dicho sea de paso, están en línea con las justificaciones aceptadas universalmente para los casos de negativas de trato.

A diferencia del antecedente de Associated Press, no existían razones legítimas para la exclusividad entre los usuarios de la facilidad. Su función era justamente servir a todos los distribuidores de productos en la zona. Además, en este caso era bastante clara la presencia de una posición de dominio o poder de mercado de parte de los propietarios del mercado.

4. Hecht v. Pro-Football¹⁴

La importancia de este caso de 1977 radica en que constituye la partida de nacimiento o punto de partida que inaugura el reconocimiento expreso de la aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales; además de que es el primero que incorpora una serie de criterios o *test* para que una corte determine cuándo se está frente a una facilidad esencial.

¹³ Gamco Inc. v. Providence Fruit & Produce Bldg. 194 F.2d 484 (1st Cir.(R.I.) Feb 13, 1952) (4600); La Corte Suprema denegó el Certiorari: Providence Fruit & Produce Bldg v. Gamco Inc, 344 U.S. 817, 73 S.Ct. 11, 97 L.Ed. 636 (U.S.R.I. Oct 13, 1952) (58).

¹⁴ Hecht v. Pro-Football Inc. 312 F.Supp. 472. 1970 Trade Cases P 73,170 (D.D.C Apr 16, 1970) (CIV. 2815-66), Hecht v. Pro-Football Inc. 444 F.2d 931. 144 U.S.App.D.C. 56, 1971 Trade Cases P 73,559 (D.C.Cir. Apr 27, 1971) (24446), Pro-Football. Inc. v. Hecht, 404 U.S. 1047, 92 S.Ct. 701, 30 L.Ed.2d 736 (U.S.Dist.Col. Jan 17, 1972) (71-121), Hecht v. Pro-Football Inc. 570 F.2d 982, 187 U.S.App.D.C. 73. 1977-2 Trade Cases P 61. 773. 2 Fed. R. Evid. Serv. 1218 (D.C.Cir. Dec 20, 1977) (75-1819), Pro Football Inc. v. Hecht, 436 U.S. 956, 98 S.Ct. 3069. 57 L.Ed.2d 1121 (U.S.Dist.Col. Jun 12, 1978) (77 1322).

El demandante era el propietario de un nuevo equipo de fútbol profesional de Washington D.C. que quería alquilar el estadio Robert F. Kennedy, el único disponible en el área. El demandante alegó que el dueño del estadio (controlado mayoritariamente por la administración del Distrito de Columbia) se había negado a alquilárselo, sosteniendo que existía una disposición interna que le prohibía hacerlo a un equipo que no fuera el de los Washington Redskins, equipo titular de la franquicia local de la liga nacional de fútbol.

La Corte de Apelación concluyó que la referida cláusula contractual constituía una restricción injustificada al comercio. Para ello, empleó un *test* básico que tenía por objeto establecer –con cierto grado de precisión y predictibilidad– cuándo se estaba frente a una facilidad esencial.

El mencionado *test* partía por plantear las siguientes interrogantes:

- ¿Si el estadio era esencial para la operación de un equipo profesional de fútbol en Washington D.C.?
- ¿Si se estaba ante la imposibilidad práctica de duplicar el estadio?
- ¿Si un equipo podía usar el estadio sin interferir con las actividades del otro equipo?; y,
- ¿Si el acceso había sido denegado porque la cláusula de exclusividad impedía compartir el estadio con competidores potenciales?

Las interrogantes de la Corte de Apelación permiten identificar algunos de los elementos que, posteriormente, se considerarían característicos de una facilidad esencial, aunque también reveló buena parte de los problemas que surgen como consecuencia de la aplicación de esta doctrina.

Un primer problema que se presenta consiste en lo poco técnico y predecible del análisis que se realiza al ordenar esta especie de “acceso obligatorio”, y que es la esencia del principio de las facilidades esenciales. Dicho análisis emplea estándares de razonabilidad que únicamente apelan a la intuición. Es cierto, que en el caso que se describe parece razonable que un estadio deportivo de una gran área metropolitana pudiera acomodar dos franquicias de fútbol profesional. Los equipos de fútbol sólo

juegan un partido a la semana, por lo que el estadio tendría capacidad ociosa los otros seis días [aunque habría que considerar si es que un estadio puede utilizarse más veces sin que se deteriore el césped o impida los entrenamientos, análisis que escapa los límites de este artículo]. La situación del estadio puede diferenciarse claramente de lo que ocurre con la capacidad de una tubería de agua o gas, de un puente o de un almacén de productos, todos los cuales pueden ser empleados de manera mucho más sostenida y continua que un estadio de deportes.

El análisis completo de este caso nos lleva a una conclusión sobre la que se retomará más adelante: la doctrina de las facilidades esenciales y la obligación de acceso obligatorio que normalmente lleva aparejada pueden tener sentido siempre que se cumplan con las siguientes condiciones concomitantes:

- a) que el acceso a la facilidad resulta esencial para la supervivencia de la empresa que la solicita;
- b) que la facilidad tenga un claro exceso de capacidad que no interfiera con las actividades del denunciado; y,
- c) que la facilidad no puede ser fácilmente duplicada o replicada.

Algunas características adicionales que se desprenden de la sentencia son que:

- d) la facilidad sea de propiedad pública, de tal forma que se permita su disponibilidad a un costo marginal;
- e) que el demandante pruebe que la negativa del demandado tenía motivos anticompetitivos; y,
- f) que la competencia se vería incrementada en la medida que se brindara la facilidad.

El segundo problema que sugiere este caso es uno que se ha adelantado: la aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales no es una solución del Derecho de la Competencia, sino del Derecho Regulatorio.

En efecto, la Corte de Apelaciones ignoró la necesidad de regular, como consecuencia de su obligación de brindar acceso a la facilidad,

los términos y condiciones sobre la manera cómo se debía brindar el acceso obligatorio a los usuarios. Por ejemplo, se podría determinar simplemente que el estadio debía ser ofrecido a los nuevos usuarios en condiciones similares a aquellas pactadas con el usuario original. Empero, ello dejaría de lado situaciones tan importantes como la valoración de cada uno de los equipos por el uso del estadio, o las circunstancias financieras que afrontan los potenciales usuarios. Esto último, como es natural, hace que unos sean clientes de mayor riesgo que otros.

5. Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.¹⁵

La facilidad esencial solicitada en este caso fue un trío de montañas. Efectivamente, Aspen es una localidad de deportes en la que se encuentran ubicadas varias pistas de esquí para deportes de invierno. Los propietarios de cuatro circuitos en estas montañas habían establecido el *All Aspen Ticket*, un sistema compartido mediante el cual, por el pago de un determinado monto al que se le aplicaba un descuento, se permitía al usuario usar las instalaciones de cualquiera de los circuitos. Sin embargo, en los años setenta, Aspen Skiing, empresa propietaria de tres de los cuatro grandes circuitos de esquí, introdujo un nuevo sistema, por lo que puso en práctica un ticket similar pero aplicable sólo a sus circuitos y montañas. Aspen Skiing trató de convencer a Aspen Highlands para que aceptara un porcentaje fijo de todos los ticket vendidos. Inicialmente ésta última aceptó, pero al año siguiente rechazó la propuesta según la cual sólo recibiría el 12,5% del total de los ingresos del *All Aspen Ticket*. Por ello, Aspen Skiing dio por terminado el acuerdo y tomó acciones para que su competidora tuviera dificultades económicas, además de que inició un conjunto de prácticas para actuar independientemente. Dentro de esas acciones desarrolló una intensa campaña publicitaria indicando que sus facilidades eran las únicas en la zona de Aspen. Como consecuencia, las ventas de la competidora bajaron dramáticamente.

Aspen Highlands inició acciones contra Aspen Skiing. El Jurado encontró a esta última culpable de monopolización del mercado en violación del Sherman Act. Las razones para ello fueron: (i) que el sistema era uno de facilidades esenciales; y, (ii) que había suficiente evidencia del intento de crear o mantener el monopolio.

En la apelación, la Corte Suprema determinó que Aspen Skiing no contaba con una posición de dominio porque el mercado relevante de pistas y circuitos de esquí se extendía a todos los Estados Unidos, Canadá y, debido al público que gustaba de este deporte—bastante exclusivo—incluso a Europa. Por lo tanto, existía sustituibilidad de la facilidad. No obstante, la misma Corte encontró que la negativa a contratar de Aspen Skiing era el resultado de un propósito o intento anticompetitivo y que ello era evidencia de monopolización. Asimismo, consideró innecesario pronunciarse acerca de la relevancia de la doctrina de las facilidades esenciales.

Lo que en buena cuenta decidió la Corte Suprema es que Aspen Skiing Company era responsable de monopolización por no ofrecer argumentos convincentes por su negativa a contratar. Esta empresa trató de justificar su decisión mediante razones que fueron fácilmente desechadas, por lo que terminó siendo sindicada como culpable. En consecuencia, la lección que intentó brindar la Corte Suprema en este caso es que una empresa con poder de mercado, para negarse a contratar, tiene que justificar su conducta proporcionando una guía de negocios legítima.

La pregunta que surge es qué debe entenderse como razón legítima para negarse a contratar. Si bien, un monopolista no puede deliberadamente excluir rivales, una empresa sí puede contemplar la exclusión de un rival como una consecuencia secundaria de su propia estrategia de maximización de ganancias. A fin de cuentas, de eso trata la competencia, sobretodo, porque si una determinada empresa no actuara de esa manera, correría el riesgo de desaparecer.

¹⁵ Aspen Highlands Skiing Corp v. Aspen Skiing Co. 738 F.2d 1509. 1984-2 Trade Cases P 66. 101. 17 Fed. R. Evid. Serv. 600 (10th Circuit - Colorado) Jul 13, 1984) (82-1407, 82-1424), Aspen Skiing Company v. Aspen Highlands Skiing Corporation. 469 U.S. 1071. 105 S.Ct. 562. 83 L.Ed.2d 503 (U.S.Colo. Dec 03, 1984) (84-510), Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp. 472 U.S. 585. 105 S.Ct. 2847. 86 L.Ed.2d 467. 53 USLW 4818. 1985-2 Trade Cases P 66,653 (U.S.Colo. Jun 19, 1985) (84-510).

La Corte Suprema no cuestionó si era justo el método de cálculo que venía siendo utilizado por las empresas involucradas, de modo que pudiera ser adecuadamente modificado. Se trató pues de una presunción errónea por parte de la Corte de Apelaciones. En efecto, las firmas no entran razonablemente en acuerdos que las obligan o vinculan para siempre. Por ello, en este caso la Corte Suprema perdió una oportunidad para dejar de lado la ambigua e impredecible doctrina de la negativa a contratar y no quiso pronunciarse acerca de la teoría de las facilidades esenciales.

6. MCI Communications Corp v. American Telephone and Telegraph Co.¹⁶

En este caso, de 1983, la empresa AT&T se negó, entre otras prácticas restrictivas de la libre competencia, a interconectar a MCI con sus facilidades de distribución, limitando los tipos de servicio de larga distancia que MCI podía ofrecer a sus clientes.

La Corte de Apelaciones concluyó que el comportamiento de AT&T estaba regulado por la doctrina de las facilidades esenciales. El test que se aplicó en este caso fue el siguiente:

- un monopolista controla una facilidad esencial;
- un competidor no puede en forma práctica o razonable duplicar la facilidad esencial;
- el acceso ha sido negado al competidor; y,
- el acceso a la facilidad resulta viable.

La presencia de los cuatro elementos determina la obligación de la empresa monopolista de brindar acceso a la facilidad¹⁷. Lamentablemente el caso se resolvió en un Tribunal de Apelaciones y no a nivel de la Suprema Corte.

7. Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko¹⁸

Este caso que data del 2004 es el más reciente y en el que la Suprema Corte de Estados Unidos se pronunció en relación con la doctrina de las facilidades esenciales. En dicha oportunidad, la Suprema Corte se negó a aplicar la doctrina de la facilidad esencial para condenar a Verizon –un operador titular de redes de telecomunicaciones– por ofrecer acceso discriminatorio a su infraestructura (inferior a la Ley) a competidores en el mercado aguas abajo. Debido a que los términos de acceso del titular de la concesión de la red local respondían a un mandato de la Ley Federal de Telecomunicaciones de 1996, la Suprema Corte adoptó el punto de vista en torno a que no podía invocarse la doctrina.

La Corte argumentó que se generaría poco beneficio adicional mediante una intervención antimonopolio en una industria que ya se encuentra sujeta a regulaciones sectoriales, donde el propósito de la misma es precisamente disuadir y remediar las medidas anticompetitivas. Asimismo, existe un gran riesgo de tomar las decisiones equivocadas contra el limitado beneficio de la medida antimonopolio. La Corte opinó que la evaluación de las presuntas violaciones a la Ley de Telecomunicaciones requería de conocimientos técnicos y, como tal, resultaba una tarea difícil para que un tribunal la llevara a cabo desde un marco antimonopolio.

El fallo en el caso Trinko se interpretó como una desviación de la Suprema Corte de su enfoque previo, claramente más receptivo, en torno a la doctrina de las facilidades esenciales. Su negativa a aplicar las disposiciones antimonopolio en una industria sujeta a regulación específica podría indicar que considera estos mecanismos como sustitutos más que como complementos.

¹⁶ MCI Communications Corp. v. American Tel. and Tel. Co. 708 F.2d 1081. 1983-2 Trade Cases P 65,520, 1982-83 Trade Cases P 65,137, 12 Fed. R. Evid. Serv. 590 (7th Cir.(Ill.) Jan 12, 1983) (80-2171, 80-2288); American Telephone and Telegraph Company v. MCI Communications Corporation, 464 U.S. 891, 104 S.Ct. 234, 78 L.Ed.2d 226 (U.S.Ill. Oct 11, 1983) (83-217), MCI Communications Corporation v. American Telephone and Telegraph Company. 464 U.S. 891, 104 S.Ct. 234, 78 L.Ed.2d 226 (U.S.Ill. Oct 11, 1983) (83-32), American Telephone and Telegraph Company v. MCI Communications Corporation. 464 U.S. 891, 104 S.Ct. 234, 78 L.Ed.2d 226 (U.S.Ill. Oct 11, 1983) (83-21), American Tel. & Tel. Co. v. MCI Communications Corp. 748 F.2d 799. 1984-2. Trade Cases P 66,302 (7th Cir.(Ill.) Nov 09, 1984) (84-8053).

¹⁷ RATNER, James R. "Should there be an essential facility doctrine?" En: UC Davis Law Review. 1988. p. 2.

¹⁸ Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko. LLP - 02-682 (2003).

Cabe apuntar que, antes de esta decisión, el organismo regulador federal y la autoridad a nivel estatal ya habían sancionado a Verizon por obstaculizar la entrada y forzó a la empresa a abrir su red local a los competidores. No obstante, el caso de Trinko sigue siendo notable, no sólo por la afirmación del Juez Scalia en torno a que la Suprema Corte no había reconocido previamente la existencia de la doctrina de facilidades esenciales y porque no era necesario hacerlo para resolver el caso en cuestión, de ahí su negativa a “ya sea admitirlo o repudiarlo en este contexto.”¹⁹

B. Jurisprudencia en el Derecho Comunitario

1. B&I Line v. Sealink Harbours (Caso Holyhead)²⁰

En el ámbito europeo, en este caso la Comisión Europea incorporó la teoría de las “facilidades esenciales” por primera vez.

En 1992 la Comisión de las Comunidades Europeas recibió una denuncia y una solicitud de medidas provisionales de la compañía de transbordadores B&I Line plc contra Sealink Harbours Inc., que era propietaria y operadora del puerto en Holyhead (Gales), brindando servicios de transporte en pequeñas embarcaciones (ferries) en la ruta del corredor central entre Gales e Irlanda. B&I también brindaba estos mismos servicios desde dicho puerto, utilizando un terminal llamado “Admiralty Pier”. Las condiciones del puerto eran tan limitadas que cada vez que las embarcaciones de Sealink cruzaban frente al terminal de B&I, la turbulencia del agua obligaba a esta empresa a detener toda actividad de carga y descarga. B&I alegaba que Sealink quería introducir un nuevo horario de salida de sus buques y que ello generaría enormes prejuicios a sus actividades puesto que desbarataría sus operaciones. En resumen, se perfilaba una infracción del artículo 86 (actualmente 102) de Tratado de Roma. Si bien no existió un pronunciamiento

final por parte de la Comisión, debido a que las partes llegaron a un acuerdo, la Comisión decidió tomar medidas provisionales (medida cautelar) mediante la cual se ordenó a B&I regresar a su anterior horario.

En efecto, la Comisión entendió que había indicios de que en su calidad de autoridad del puerto de Holyhead, Sealink autorizó modificaciones de los horarios de salida de sus propios transbordadores que podían haber perjudicado gravemente a B&I. La Comisión señaló que como consecuencia del artículo 86 del Tratado una empresa que es a su vez propietaria y usuaria de instalaciones básicas —en este caso el puerto— no puede imponer a sus competidores condiciones de acceso menos favorables que las que establece para sus propios servicios. En consecuencia, ordenó que Sealink modificara en parte sus horarios de salida.

La Comisión señaló que Sealink gozaba de posición dominante en el mercado pertinente (o relevante) y que controlaba una facilidad esencial: los servicios portuarios. En su pronunciamiento, señaló que una facilidad esencial sería cualquier facilidad o infraestructura sin la cual sus competidores se encontrarían en incapacidad de prestar servicios a los consumidores. Además, la Comisión indicó que una empresa que goza de posición de dominio, que a su vez controla y utiliza una facilidad esencial, y que se niega a brindar a sus competidoras el acceso a dicha facilidad o la ofrece en condiciones menos favorables que las que ella misma disfruta, infringe el artículo 86 del Tratado de Roma.

De esta manera, la Comisión estableció el principio que el propietario de una facilidad esencial debe proveer a sus competidores acceso no discriminatorio a la misma. Este tema fue desarrollado con mayor amplitud por la Comisión en pronunciamientos posteriores que también se referían a servicios portuarios y que desarrollamos a continuación.

2. Sealink & Sea Containers Ltd. v. Stena Sealinkb (Caso Sealink)²¹

¹⁹ FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA. “Principios de competencia en facilidades esenciales”. En: <http://www.oecd.org/dataoecd/47/21/45923003.pdf> p. 7.

²⁰ Band I Line v. Sealink Harbours. Decisión de la Comisión de 11 de junio de 1992, no publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas. El texto aparece en el Common Market Law Reports, [1992] 5 C.M.L.R. 255. Ver punto 40. Del mismo modo resulta importante tomar en cuenta el Comunicado de Prensa IP (92) 478 de 11 de junio de 1992, y el XXII Informe sobre la Política de Competencia en 1992, apartado 219.

²¹ Sealink & Sea Containers Ltd. v. Stena Sealink (Caso Holyhead). Decisión 94/19/EC. Diario Oficial de las

En 1993 la empresa Sea Containers pretendía brindar servicios de transporte dentro del corredor central ubicado entre Gales y la República de Irlanda y en el que Stena Sealink gozaba de posición de dominio. Luego de una serie de negociaciones entre ambas empresas, Stena Sealink se negó a brindar el acceso a los servicios portuarios en las condiciones que demandaba Sea Containers. Por esta razón, Sea Containers llevó el caso a la Comisión, presentando una denuncia y una solicitud de medidas provisionales contra Stena Sealink. A propósito del puerto de Holyhead, la denunciante alegó que Stena Sealink había abusado de su posición dominante como propietario y explotador de aquel puerto al no permitirle acceder a él para iniciar el servicio de transbordadores de alta velocidad, protegiendo así a sus propios servicios frente a la competencia.

Previo a que la Comisión emitiera pronunciamiento alguno, las partes llegaron a un acuerdo y Stena Sealink ofreció condiciones que fueron consideradas razonables y no discriminatorias. A pesar de ello, la Comisión consideró necesario emitir una decisión formal de desestimación de la solicitud y, por lo tanto, emitió una Resolución con el propósito de dejar sentada su posición y aclarar determinados puntos de Derecho. Ello lo hizo para beneficio de las partes y de otros posibles interesados, así como para evitar que en el futuro se generaran casos similares.

En resumen, la Comisión se ratificó en lo señalado en el caso Sealink v. B&I Holyhead, añadiendo que dicho razonamiento es aplicable incluso cuando el competidor es una empresa que recién intenta ingresar en el mercado relevante. Asimismo, señaló que una autoridad portuaria independiente habría considerado si es que los intereses de los actuales y potenciales usuarios del puerto habrían podido conciliarse de alguna manera.

Por su parte, una autoridad portuaria no independiente preferiría un arreglo que le generara menores costos (especialmente para sus actividades como usuario) sin importar que ello supusiese la denegación discriminatoria del acceso a un nuevo competidor.

Finalmente, en su Informe sobre la Políticas de Competencia de 1993, la Comisión de las Comunidades Europeas señaló que cuando una empresa se encuentra en una posición similar a la de Stena Sealink, no puede esperarse que provea acceso a la facilidad esencial de manera no discriminatoria si es que no toma medidas para separar la administración de ésta de la parte de la empresa que hace uso de ella. En la práctica, esto podría suponer, por ejemplo, tener distintos administradores para el puerto y para el servicio de transporte, crear un código de conducta para el acceso al servicio, establecer mecanismos arbitrales de solución de controversias, etcétera²².

3. Euro-Port y Scan-Port v. DSB (Caso Port of Rodby)²³

Curiosamente la siguiente decisión de la Comisión acerca de facilidades esenciales fue tomada el mismo día que fue resuelto Sea Containers Ltd. v. Stena Sealink. DSB era la propietaria del puerto de Rodby en Dinamarca, y operaba el único transporte marítimo entre dicho punto y Puttgarden, en Alemania junto con la empresa German National Railways (DB). Otras dos compañías, Euro-Port y Scan-Port pretendían brindar los mismos servicios dentro de la misma ruta, pero el gobierno danés, a través de su Ministerio de Transportes, se negó a brindar acceso al puerto o a permitirles construir un terminal en una locación vecina.

La Comisión señaló que una empresa que

Comunidades Europeas. 1994 L.15. pp. 8. Common Market Law Reports, [1995] 4 C.M.L.R. 273. Sobre la Decisión ver igualmente el Comunicado de Prensa IP (94) 492. 94/19/EC: Decisión de la Comisión del 21 de diciembre de 1993, en relación al artículo 86 del Tratado de las Comunidades Europeas (IV/34.689 - Sea Containers v. Stena Sealink - Interim measures). Official Journal L 15, 18/01/1994. p. 8. OJ 1994 L15/8. EU: Decision 94/19/EC. Celex No. 394D0019.

²² XXIII Informe sobre la Política de Competencia en 1993, apartado 234.

²³ Euro-Port A/S y Scan Port A/S v. Denmark (Danish Minister for Transport). Decisión de 21 de diciembre de 1993 de la Comisión Europea 94/119/EEC. En: Common Market Law Reports. 1994. Tema: Sobre la negativa a permitir el acceso a las facilidades del Puerto de Rodby (Denmark). Official Journal L 55, 26/02/1994 p. 52. OJ 1994 L55/52. EU: Decision 94/119/EC. Celex 394D0119.

controla y que a su vez hace uso de una facilidad esencial, incurre en abuso de posición de dominio si se niega a brindar a sus competidores acceso a la misma. En ese sentido, la Comisión consideró que una empresa que controla una facilidad portuaria esencial desde la que a su vez provee transporte marítimo no puede, sin una justificación objetiva, negarse a darle acceso a dicha facilidad a un competidor que quiere operar en la misma ruta.

En efecto, la Comisión indicó que no existían obstáculos técnicos para que los solicitantes pudieran acceder al puerto y que no tenía validez el argumento (esgrimido por la denunciada) que el mercado se encontraba saturado puesto que incluso en dicho supuesto la competencia podría generar ventajas para los consumidores tales como el incremento en la calidad de los productos y servicios ofrecidos o en la reducción del precio.

El pronunciamiento de la Comisión refiere, en relación con la negativa a contratar con competidores existentes o nuevos, a la necesidad de tratarlos en igualdad de condiciones. Hace lo mismo en lo atinente al mantenimiento del acceso de los competidores a las facilidades esenciales. Una empresa con posición de dominio tiene la obligación, no sólo de mantener relaciones comerciales normales con sus competidores, sino también desarrollar actos positivos tendentes a compartir sus bienes a fin de generar más competencia²⁴.

En definitiva, desde una perspectiva legal, en la medida que DSB gozaba de posición de dominio y del control de una facilidad esencial –el puerto– sus acciones habrían tenido el efecto de restringir la competencia y habría violado el artículo 82 del Tratado de Roma.

4. Irish Continental Group v. CCI Morlaix (Caso Port of Roscoff)²⁵

Nuevamente, el debate en torno a las facilidades esenciales se originó a raíz de la negativa a brindar acceso a servicios

portuarios. La Irish Continental Group (ICG) quería ofrecer el servicio de transporte marítimo desde Irlanda a Bretaña, Francia. Para ello, requería acceder al puerto de Roscoff, controlado por CCI Morlaix. Esta era una entidad administrativa francesa, a la que el Estado le había otorgado la concesión de la administración del puerto. CCI Morlaix no prestaba servicios de transporte marítimo. Sin embargo, tenía una participación de alrededor del cinco por ciento en Britany Ferries, que en ese momento operaba el único transporte que cubría la ruta desde Irlanda a Bretaña.

La Comisión señaló que una compañía que detenta una posición de dominio y que brinda algún tipo de servicio, debe tener razones válidas para negarse a prestarlos a un individuo o empresa en particular. Asimismo estableció que las trabas que CCI Morlaix puso en las negociaciones con ICG equivalían a negarle el acceso y que dicha negativa hubiese constituido un abuso de posición dominante incluso si la autoridad portuaria no hubiese tenido interés alguno en Britany Ferries.

En resumen, al no identificar justificaciones válidas para la negativa a contratar de CCI Morlaix, la Comisión determinó la existencia de una infracción al Tratado de Roma. Lo peculiar de esta resolución es que la Comisión determinó que la doctrina de las facilidades esenciales puede ser aplicada incluso cuando la empresa que goza de posición dominante no impide la competencia en un mercado secundario.

Como se puede apreciar de la reseña de casos hasta ahora, la jurisprudencia europea no ha desarrollado la doctrina de las facilidades esenciales con el detalle que lo ha hecho la norteamericana. Las decisiones que se han citado, no abordan problemas como cuáles son los criterios que deben ser empleados para determinar si es que las condiciones exigidas por el titular de la facilidad son razonables o no. Asimismo, la Comisión tampoco trata la problemática de la capacidad de la facilidad. Como se indicó anteriormente, algunas

²⁴ *Ibid.* Párrafos 15 y 16.

²⁵ Decisión de la Comisión de las Comunidades Europeas del 16 de mayo de 1995. No publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas. Resumen aparece en el XXV Informe sobre la Política de Competencia En: *Common Market Law Reports*. 1996. p.43.

facilidades pueden tener una capacidad limitada. Éste, precisamente, es el caso de los puertos, que justamente fueron materia de todas las resoluciones citadas. Es más, la Comisión dejó sin respuesta la pregunta de cómo determinar a qué competidor se debe brindar acceso a la facilidad en caso de saturación de la misma.

Finalmente, cabe tener en cuenta que el desarrollo de la doctrina de las facilidades esenciales en la jurisprudencia europea se vincula con temas de infraestructura y se llevó a cabo en el marco de un proceso de liberalización del sector de transportes²⁶. Así, esta doctrina fue empleada como un mecanismo para promover dicha política en mercados donde previamente existían monopolios legales.

5. Oscar Bronner GmbH & Co. KG v. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG (Caso Bronner)²⁷

En este procedimiento –tramitado ante la Corte de Justicia de la Comunidad Europea– el denunciante fue la empresa Oscar Bronner GmbH & Co. KG, que publicaba en Austria el diario *Der Standard*. Para 1994 este diario tenía el 3.6% de las ventas en el mercado austríaco y lograba captar cerca del 6% de las ganancias por venta de publicidad.

Por su parte, las empresas denunciadas fueron Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG –que publicaba los diarios *Neue Kronen Zeitung* y *Kurier*– y sus subsidiarias. Estas últimas se llamaban Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG y Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG., las mismas que se encargaban del marketing y de la publicidad de dichos diarios. Para 1994, entre ambas publicaciones se cubría el 46.8% del mercado de venta de diarios y ello permitía captar cerca del 42% de las ganancias por venta de publicidad.

El grupo Mediaprint había establecido un sistema de entrega a domicilio de sus diarios que cubría todo el país. Esta cadena de distribución era la única de su tipo en Austria. Bronner exigía que el grupo Mediaprint le permitiese acceder a dicho sistema a cambio del pago de un precio razonable, pues debido a su bajo número de suscriptores le era imposible constituir su propio servicio nacional de entrega a domicilio. De hecho, Bronner alegó que la cadena nacional de distribución del grupo Mediaprint constituía una facilidad esencial, por lo que estas empresas se encontraban en la obligación de permitir que sus competidoras tengan acceso a la misma bajo condiciones razonables.

El pronunciamiento de la Corte no fue favorable a Bronner. En efecto, en primer lugar señaló que es indiscutible que existan otros métodos de distribución de los diarios, como lo es el correo y las ventas en kioscos y tiendas, a pesar de que tales mecanismos no sean igual de ventajosos que el desarrollado por el grupo Mediaprint. En segundo lugar la Corte indicó que parecería que no existiera ningún obstáculo técnico, legal o incluso económico que impidiera o dificultara irrazonablemente la constitución de un sistema de distribución nacional por parte de otras empresas editoras. Finalmente, la Corte señaló que bastaba que la empresa tuviese la capacidad económica de desarrollar su propio sistema de distribución nacional. En otras palabras, para que el acceso a la facilidad fuese indispensable, no debería ser económicamente viable la existencia de un sistema adicional de distribución en el mercado.

En este caso, que dicho sea de paso es el primero en el que la teoría de las facilidades esenciales no se vincula con un tema de infraestructura –que tiende a ser un monopolio natural–, la Corte de Justicia de la

²⁶ Para un análisis integral de la política de la competencia de la Unión Europea vinculada con el sector transportes ver: ORTIZ BLANCO, Luis y Ben VAN HOUTTE. “Las Normas de Competencia Comunitarias en el Transporte”. Madrid: Civitas. 1996. pp. 371 y siguientes. Con prólogo de Alberto BERCOVITZ. WORD, David. “Competition and Networks in the Transport Sector”. Sustainable Development Department Best Practices Series; IFM-128. Infrastructure and Financial Markets Division. En: Inter-American Development Bank. 2001.

²⁷ Oscar Bronner GmbH & Co. KG v. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG and Others (Case C-7/97). Previo a la Corte de Justicia de las Comunidades europeas (sexta cámara). ECJ (6th Chamber). [1999] 4 C.M.L.R. 112. 1998 WL 1076974 (ECJ), [1999] C.E.C. 53, [1998] ECR I-7791. Celex No. 697J0007, EU: Case C-7/97. Cite as: [1999] 4 C.M.L.R. 112.

Unión Europea determinó que la negativa del grupo Mediaprint a contratar con Bronner no constituía una infracción a las normas de libre competencia.

III. ¿QUÉ ES UNA FACILIDAD ESENCIAL?

Tomando como base los casos emblemáticos citados anteriormente cabe preguntarse qué es una facilidad esencial. La definición jurisprudencial, sin embargo, tendrá que ser perfeccionada, ya que tanto en el derecho Norteamericano como en el de la Unión Europea las Cortes no han sido consistentes ni claras con su aplicación, sino también porque en ninguno de los casos revisados (que son los más relevantes sobre la materia) se ha explorado los costos o beneficios sociales, ni los costos administrativos de requerir al titular de un activo el compartir su propiedad con sus competidores²⁸.

A pesar de esta incertidumbre, a continuación se revisarán algunas de las definiciones que se han propuesto sobre facilidades esenciales, las mismas que se confrontarán con los datos más relevantes de la jurisprudencia revisada. En los puntos siguientes se analizarán los elementos más importantes de esta definición, así como algunas de las críticas que se realizan contra la aplicación de esta doctrina.

Examinando precisamente la doctrina de las facilidades esenciales, Hovenkamp manifiesta lo siguiente:

“Una empresa con posición de dominio que controla un activo que califica como ‘esencial’ puede tener el deber de compartir esta facilidad con un competidor. Exactamente qué constituye una facilidad esencial no queda claro, pero se refiere a cierto tipo de activo productivo que es esencial para la operación de un negocio y que no puede ser duplicado. De esta forma, la negativa de compartir la facilidad le debe conceder al dueño de los activos un monopolio; lo que quiere decir que la facilidad debe servir para un uso compartido en un específico mercado relevante correctamente definido”²⁹.

De esta definición pueden extraerse algunos de los elementos que caracterizan a una facilidad esencial:

En primer lugar, se trata de un activo esencial para la operación en cierto mercado. Ello remite a la necesaria existencia de una empresa con poder de dominio. En segundo lugar, el activo no puede ser duplicado. Este elemento complica en alguna medida la definición puesto que no queda claro si la duplicación resulta posible o, más bien, poco razonable en términos de costos. El tercer elemento que se desprende de la definición de Hovenkamp alude a que la facilidad debe ser susceptible de uso compartido. Es decir, lo que de alguna manera podríamos considerar como un bien que tenga, hasta cierto grado al menos, las características propias de un bien público.

Bastante similar es la opinión de la doctrina europea esgrimida por Jones y Sufrin, quienes lo definen de la siguiente manera:

“La idea central, de la doctrina de las facilidades esenciales, es que se trata de un activo cuya propiedad o control pertenece a una empresa con posición de dominio cuyo acceso es requisito indispensable para que otros usuarios tengan la posibilidad de proveer el producto o servicio a sus clientes”³⁰.

Más adelante, estos mismos autores señalan que:

“Esta definición provee únicamente un punto de partida. Por ello la definición debe ser cuidadosamente delineada, porque descubrir que una empresa tiene posición de dominio sobre ciertas facilidades esenciales puede resultar en que se fuerce a esta empresa a compartir sus facilidades o activos con sus competidores. Esto representa una severa interferencia con los derechos de la empresa, que únicamente puede ser justificada cuando se determine que, de otra manera, se generan serios efectos sobre la competencia que no pueden ser resueltos mediante medidas menos intrusivas con la libertad empresarial.

Se necesita una forma de identificar los activos cuyo acceso para los competidores

²⁸ AREEDA, Philip. “Essential facilities: an epithet in need of limiting principles”. En: *Antitrust Law Journal*. 1990.

²⁹ HOVENKAMP, Herbert. *Op.cit.* p. 115.

³⁰ JONES, Alison y Brenda SUFRIN. *Op.cit.* p. 387.

sea realmente esencial antes que meramente deseable. Aun después de que éstos hayan sido identificados pueden presentarse problemas prácticos con el acceso. Algunas facilidades (los puertos, por ejemplo) tienen una capacidad física limitada, y la pregunta que surge es a qué competidores se les debe brindar el acceso. También está la cuestión sobre los términos y condiciones con que debe ejecutarse el acceso. Si se deja que las partes acuerden sus propios términos, el dueño de las facilidades estaría en capacidad de imponer un precio que sea prohibitivamente alto. Si los términos son establecidos por la autoridad Estatal, sin embargo, la autoridad termina actuando como un regulador del precio³¹.

Sobre la base de las opiniones citadas y de la jurisprudencia expuesta en el punto anterior, es posible concluir que, a grandes rasgos, para que un determinado activo califique como facilidad esencial se requiere la constatación clara y concurrente de los siguientes requisitos:

- a) Se debe tratar de un activo esencial o de acceso indispensable para que la empresa competidora pueda desarrollar su actividad en un determinado mercado relevante.
- b) Se debe tratar de un activo que no pueda ser duplicado o replicado por la competencia, de tal forma que el impedimento del acceso a esta facilidad determina que la empresa quede excluida de la participación en este mercado.
- c) Es necesario que la facilidad tenga un claro exceso de capacidad, de tal forma que el acceso concedido a la empresa competidora no menoscabe el uso que la empresa propietaria de la facilidad le estaba brindando. En otras palabras, la facilidad debe poseer, en cierta medida, las características de un bien público.
- d) Finalmente, la facilidad debe concederle a su propietaria una posición de

dominio, que tenga las características (para que se cumpla con el presupuesto de la duplicidad) de un monopolio natural.

A. Requisitos necesarios para identificar una facilidad esencial

A continuación, se analizarán los aspectos más relevantes de cada uno de los requisitos y se concluirá cómo esta doctrina debe ser aplicada de manera restringida o, incluso, excepcionalmente; además de que debe ser empleada únicamente en aquellos casos en los que se constate que no es posible emplear algún otro mecanismo y que genera mayores beneficios que los perjuicios que ocasiona.

1. Esencialidad y duplicación

La esencialidad, por un lado, alude a un cierto nivel de singularidad. Esta caracterización de un bien como esencial parece bastante consistente porque si el activo no presenta la particularidad de bien único, pierde en buena medida la posibilidad de hablar de una facilidad que sea realmente esencial.

Esta parece ser por otro lado, la idea que estuvo en la mente de los jueces desde los casos primigenios que hemos comentado y que se remontan a 1912. Las estaciones y líneas ferroviarias que salían de San Luis y pasaban a través de ella son bienes únicos, no porque no puedan construirse rieles (que son bienes altamente fungibles), sino porque no pueden construirse rieles que pasen por los mismos lugares y que estén estratégicamente ubicados para controlar el acceso y salida de la ciudad. La facilidad, además, debe ser esencial para que el competidor pueda llevar a cabo sus actividades. Esencial, en otras palabras, significa "vital" para seguir compitiendo en el mercado³².

Resulta importante destacar la diferencia con el requisito de la duplicación. La dificultad o imposibilidad de duplicar algo alude más bien, como se verá a continuación, a un tema de costos. En efecto, la línea ferroviaria no es duplicable porque es irracionalmente costoso

³¹ *Ibíd.* p. 395.

³² AREEDA, Philip. "Essential Facilities: An epithet in need of limiting principles". En: *Antitrust Law Journal* 58. 1989. p. 852.

hacerlo (incluso este argumento es discutible), mientras que es esencial porque, aun cuando no fuera muy costoso construirla, no se puede implementar una línea ferroviaria en el mismo lugar estratégico donde previamente funciona otra. Por otro lado, el requisito de la no duplicación alude a un tema de costos: es demasiado costoso construir o implementar una facilidad adicional a la ya existente. Sin embargo, la duda que surge consiste en determinar qué quiere decir exactamente “no poder duplicar un activo”: ¿Acaso que es imposible hacerlo o es impracticable o irracional? Aparentemente se trataría de esto último. Al menos esa es la posición que ha adoptado las Cortes norteamericanas y europeas en los últimos años.

En efecto, tal como señalan Lipsky y Sidak:

“El caso Terminal Railroad había establecido que el estándar para el caso de facilidades esenciales puede ser la imposibilidad física de duplicar la facilidad. Esta circunstancia se demuestra mediante las referencias de la Corte Suprema a la topografía del lado del río Mississippi hacia San Luis, donde sólo existía una posible ruta férrea hacia la ciudad. Empero, casos más recientes han abandonado la idea de que el acceso a la facilidad debe ser un prerrequisito absoluto para participar en el mercado en cuestión. Debe ser ‘impracticable’ el duplicar la facilidad en cuestión, pero no se requiere la imposibilidad”³³.

Como se puede apreciar, resulta complicado determinar de manera indubitable si la exclusión del uso de una facilidad particular traería como consecuencia una simple inconveniencia, la extinción o algún daño intermedio para el competidor excluido. Este diagnóstico, en todo caso, es un argumento adicional para restringir aún más la aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales. En otras palabras, la autoridad encargada de la aplicación de las normas sobre libre competencia debe estar plenamente segura de que la facilidad en cuestión es un bien que posee características únicas (es más, debería ser el único) y cuya implementación

es completamente irracional desde una perspectiva económica. Tal como señalan Lipsky y Sidak, “no debería haber un *test* de esencialidad o practicabilidad de la duplicación que sea menos riguroso de alguna manera que los *test* ya establecidos para comprobar la existencia del poder monopólico”³⁴.

2. La importancia del poder monopólico sobre la facilidad

Existe una relación directa entre los conceptos de esencialidad y facilidad de duplicación, con la existencia o no de poder monopólico en el mercado del servicio que provee la facilidad. Esto tiene completo sentido porque si la facilidad debe competir con otros productores y servicios que son sustitutos efectivos del acceso a la facilidad para obtener usuarios, la disciplina impuesta por tal competencia bastará para controlar la conducta del propietario de la facilidad. Si éste fuera el caso, carece de sentido incurrir en todos los costos administrativos involucrados con un proceso. En otras palabras, no habría base para que se mueva “la gran maquinaria del *enforcement* de la libre competencia”³⁵.

Esta es la opinión de Lipsky y Sidak, quienes han señalado que:

“Existe un corolario a la observación de que una facilidad esencial no puede existir a menos que esté presente el poder monopólico: el mercado en el cual el propietario de la facilidad es monopolista debe ser el mercado del servicio que el solicitante excluido está solicitando”³⁶.

Los mismos autores proponen un ejemplo que muestra la relevancia de la necesaria existencia de poder monopólico sobre la facilidad esencial:

“Las Cortes ocasionalmente reaccionan frente al aspecto del poder monopólico de un caso de facilidades esenciales sin reconocer conscientemente la importancia de dicho elemento. Una Corte de instancia inferior, por ejemplo, declaró fundada la demanda

³³ LIPSKY, Abbott y Gregory SIDAK .Op.cit. p. 143.

³⁴ *Ibíd.* p. 145.

³⁵ POSNER, Richard. “Valley Liquors, Inc. v. Renfield Importers”.1982.

³⁶ LIPSKY, Abbott y Gregory SIDAK. Op.cit. p. 144.

de un doctor porque un hospital lo había excluido de la práctica en sus instalaciones, y que la exclusión estaba prohibida porque el hospital era una facilidad esencial, con la obligación de proveer acceso razonable. La Corte de Apelaciones simplemente afirmó que ‘la doctrina de las facilidades esenciales es inaplicable a decisiones sobre privilegios del personal de un hospital’. Por los hechos relatados en la opinión de la Corte de Apelaciones, es evidente que el hospital en cuestión simplemente no gozaba del grado de unicidad que justifica la determinación de poder monopólico, ya que habrían sustitutos adecuados para las facilidades del hospital en esa localidad. Si la Corte hubiese reconocido este fundamental pero implícito sustento de la doctrina de las facilidades esenciales, podría haber alcanzado su conclusión con mayor claridad y rapidez³⁷.

Debe tenerse en cuenta que no basta con demostrar que la empresa propietaria de la facilidad esencial tiene posición de dominio en un determinado mercado. Lo que se requiere es la demostración de que la posición de dominio se ostenta “en el mercado del servicio que el solicitante excluido está solicitando”. En otras palabras, la posición de dominio debe recaer en el mercado de la facilidad cuya esencialidad se invoca y no en el mercado de la actividad que realiza la empresa gracias a que es dueña de una facilidad esencial. Así, por ejemplo:

“Supongamos que un oleoducto es el único medio para transportar petróleo de la zona donde se produce a la ciudad en donde se consume. Supongamos, además, que una cierta característica topográfica local imposibilita la construcción de un oleoducto alternativo. En principio, podría parecer que la negativa del propietario del oleoducto a permitir que sus competidores transporten su petróleo a través del oleoducto es un acto de monopolización por simple aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales. Pero si el petróleo puede ser obtenido fácilmente en la región a través de otros medios, ninguna restricción monopolística en la oferta de transporte de petróleo a través del oleoducto (o un incremento en el precio) sería una

alternativa racional o posible en el equilibrio (...). En cualquier caso, la consecuencia sería que ninguna forma de transportar el petróleo –sin importar la facilidad por la que se provea el transporte– podría servir para ejercer poder de mercado”³⁸.

Como vemos en este ejemplo, lo importante no consiste únicamente en revisar si es que la empresa petrolera tiene posición de dominio en el mercado de petróleo sino, en particular, si es que lo tiene en el del transporte de petróleo. Es cierto que si se demuestra que no tiene posición de dominio en el primero (por la existencia por ejemplo, de sustitutos adecuados del petróleo o porque la demanda por el uso de la infraestructura termina siendo una demanda derivada de la del producto final), carece de sentido hablar de la existencia de facilidades esenciales, pero esto no es menos cierto para el mercado de la propia facilidad esencial. Antes que analizar la posición de dominio de la empresa titular de la facilidad en el mercado del producto final se debe establecer si es que tiene posición de dominio en el mercado de la facilidad. Y únicamente si es que se demuestra que la respuesta a la interrogante anterior es afirmativa (es decir, que sí existe posición de dominio en el mercado de la facilidad), recién tendrá sentido indagar la posición de dominio en el mercado del producto final.

Esto queda bastante claro en varios de los casos que se han revisado anteriormente. En el caso Hecht, por ejemplo, las Cortes no se cuestionaron sobre la eventual posición de dominio de los Washington Redskins como único equipo de fútbol de esta localidad que participaba de la Liga Nacional de Fútbol. No analizaban, en otras palabras, la actividad que el equipo realizaba y su eventual posición de dominio en la ejecución de esta actividad, sino que verificaban la posición de dominio sobre uno de los activos que el club utilizaba para la realización de su actividad: el estadio de fútbol.

Lo que debe tenerse en cuenta es que se trata de dos mercados perfectamente diferenciados: el mercado de estadios de fútbol y el mercado de equipos de fútbol

³⁷ Ibidem.

³⁸ Ibid. p. 145.

de la Liga Nacional. En el caso Hecht el primero de ellos –el de los estadios– tenía una estructura monopólica, mientras que el segundo –el de los equipos– parece que era un mercado bastante competitivo. El resultado: varios equipos pugnando por el uso de un sólo estadio. Pero la situación pudo ser perfectamente la inversa, esto es, varios estadios de fútbol para una ciudad que solamente tenía uno o dos equipos. En este caso, el mercado de estadios es perfectamente competitivo, sobretodo si tomamos en cuenta que el de equipos de fútbol tendría en el mejor de los casos una estructura oligopólica.

Lo que se pretende destacar es que el análisis que debe realizar la autoridad de competencia apunta a distinguir claramente entre el mercado de la facilidad supuestamente esencial y el mercado en el que la empresa dueña de la facilidad vende sus bienes u ofrece sus servicios. Y, como hemos indicado, debe concentrarse principalmente en éste último, de tal forma que si determina que no hay posición de dominio en el mercado de la facilidad, carece de sentido hablar de la presencia de una facilidad esencial.

Sin perjuicio de lo señalado hasta ahora, y aun cuando se detectara que efectivamente existe una posición de dominio en el mercado de la facilidad esencial; no debe dejarse de lado los perniciosos efectos que podría producir una Resolución judicial o administrativa que invoque el acceso obligatorio; los mismos que deben ser tomados en cuenta necesariamente al momento de evaluar los costos y los beneficios que produce una determinada medida.

Efectivamente, como señalan Sullivan y Grimes:

“Obligar al monopolista a compartir con sus competidores el acceso a una facilidad que el monopolista ha desarrollado por su cuenta es bastante problemático. La idea colisiona con tres proposiciones comúnmente aceptadas: que el monopolista no se encuentra obligado a ayudar o dar asistencia a sus competidores;

que se debe incentivar y premiar la innovación, y que el derecho no debe volverse en contra de aquellos a quienes la competencia ha incentivado simplemente porque ellos han logrado prevalecer”³⁹.

Efectivamente, obligar al dueño de la facilidad esencial a compartirla con sus competidores es la fórmula idónea para desincentivar la inversión y la innovación.

Sobre el particular, Bullard, señala que:

“Si se le pregunta a un empresario qué soñó la mañana que se levantó con una sonrisa en los labios, es que soñó que tenía un monopolio. Es ese sueño el que impulsa la actividad económica y el esfuerzo de las empresas por mejorar, por la vía de mejorar a su vez lo que ofrece a los consumidores. Finalmente, es el deseo de ser más grande el que inspira a las empresas a ponerse al servicio de los consumidores.

Si se prohíbe a rajatabla el monopolio y se imponen sanciones por crecer, sin analizar las causas del crecimiento empresarial, ese sueño se volverá una pesadilla y el resultado será reducir los incentivos para mejorar la situación de los consumidores. Ese sueño, de no existir barreras al mercado, casi nunca se realizará. La propia competencia (es decir, el deseo de todos los competidores de alguna vez alcanzar un monopolio) controla esa capacidad. Esa es la paradoja: que exista competencia implica aceptar el riesgo de un monopolio”⁴⁰.

El tema parece aún más claro cuando se contrastan estas opiniones con los ejemplos propuestos en líneas anteriores. ¿Quién estaría dispuesto a construir un costoso oleoducto si luego va a tener que compartirlo con las empresas de la competencia? O ¿Quién desarrollaría el proyecto de un imponente estadio de fútbol si es que posteriormente va a tener que brindarle el acceso al equipo contrario? Evidentemente, los incentivos para hacerlo van a ser mucho menores.

³⁹ SULLIVAN, Lawrence y Warren GRIMES. “The law of antitrust: an integrated handbook”. West Group. Hornbook Series. 2000. p. 112.

⁴⁰ BULLARD, Alfredo. “Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales”. Lima: Palestra Editores. 2003. pp. 674-675.

3. El requisito del exceso de capacidad

Otro requisito que se desprende de la aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales guarda relación con la capacidad de la facilidad para permitir su uso por nuevos competidores.

Es precisamente a este nivel que se identifica que el problema no sólo sería el desincentivo hacia el inversionista que tiene que compartir con sus competidores su costosa inversión, sino que este uso obligado y común podría traer como consecuencia que el dueño de la facilidad no pueda utilizarla como había previsto hacerlo. Ello, por ejemplo, como consecuencia del límite de capacidad que pueda tener la facilidad en cuestión.

En el caso del oleoducto que se comentaba anteriormente esto parece quedar bastante claro. Aun cuando se demuestre la existencia de todos los requisitos que caracterizan a las facilidades esenciales, parece obvio que el oleoducto tiene un límite a su capacidad. Esto no sólo genera el problema de establecer a cuántos competidores deberá permitírseles el acceso a la facilidad, sino también del perjuicio que se le ocasiona al dueño de la facilidad que, como consecuencia, probablemente no pueda utilizarla en toda su capacidad.

Por esta razón, antes de ordenar el acceso obligatorio a la facilidad, resulta indispensable evaluar si es que existe exceso de capacidad en el activo, de tal forma que su uso por nuevos competidores no perjudique a quienes desde un primer momento decidieron asumir los costos de la implementación de la mencionada facilidad.

4. La facilidad esencial como monopolio natural y los problemas de su regulación

En los puntos anteriores se ha destacado cómo es que para determinar la presencia de una facilidad esencial se requiere evidenciar la existencia concurrente de por lo menos cuatro requisitos: que el activo sea realmente esencial; que su duplicación sea "impracticable" o irracionalmente costosa;

que la empresa dueña de la facilidad tenga posición de dominio en el mercado de la facilidad; y que la facilidad cuente con un exceso de capacidad.

Luego de identificados los requisitos cabe preguntarse ¿a qué es equivalente un activo o facilidad que ostente de forma conjunta todos estos requisitos? La respuesta es clara: es lo que se conoce como un monopolio natural.

Efectivamente, lo que se ha descrito en los puntos anteriores, no son sino situaciones de barreras de entrada prohibitivas y la existencia de una manifiesta posición de dominio. En otras palabras, cuando se hace referencia a una facilidad esencial se está hablando de un monopolio natural⁴¹.

Como señala Werden, a pesar que la determinación de la existencia de un monopolio natural sea tarea difícil para las cortes; el criterio para determinar la existencia de una facilidad esencial es el mejor, el más claro, y el más simple⁴².

A pesar de ello, el problema de esta constatación es que el Derecho de la Libre Competencia no es un remedio adecuado. Efectivamente, las típicas soluciones contra un verdadero monopolio natural son la propiedad pública, la regulación en la forma tasa/base/tasa de retorno, regulación por incentivos y varias soluciones intermedias, familiares para los reguladores pero no para las autoridades de libre competencia.

Por lo expuesto, son dos las conclusiones a las que podemos arribar. De un lado, cuando se hace referencia a una facilidad esencial, de lo que se está hablando en realidad es de un monopolio natural. Esto quiere decir, que la autoridad de competencia, para tener la seguridad de que es correcto atribuirle a una facilidad la característica de esencial, debe constatar no sólo la presencia de todos sus requisitos, sino también la de los elementos característicos de un monopolio natural. Esencialmente, tiene que ser posible para una empresa el reducir su producción para lograr un aumento en el precio (lo que se

⁴¹ LIPSKY, Abbott y Gregory SIDAK. Op.cit. p. 149.

⁴² WERDEN, Gregory. Op. cit. pp. 210-211.

conoce como rentas monopólicas). Si esto no le fuera posible, es seguro que no se estaría frente a un monopolio natural y, por lo tanto, tampoco frente a una facilidad esencial. Efectivamente, cuando una empresa goza de posición de dominio y no se comporta como un monopolio natural, lo hace porque reconoce que vive en una situación de competencia latente. Sabe que si reduce la cantidad ofrecida para que aumenten los precios estará promoviendo los incentivos necesarios para el ingreso de nuevos competidores al mercado. Este temor no lo tiene el monopolista natural. Por más que perciba rentas monopólicas no va a entrar ningún nuevo competidor; porque al menos uno de sus activos tiene las características de una facilidad esencial. La segunda conclusión es que los remedios contra la presencia de un monopolio natural (o de una facilidad esencial) no se encuentran en el campo de la libre competencia sino, como se ha puesto de relieve anteriormente, en el de la regulación.

Efectivamente, como señalan Lipsky y Sidak:

“En suma, el respaldo a la doctrina de las facilidades esenciales debe ir acompañado de la aceptación del concepto de la regulación judicial total de los monopolios naturales, si es que esta puede ser capaz, siquiera en teoría, de contribuir al bienestar del consumidor. Las cortes deben estar preparadas para 1) ordenar que se provea el acceso a otros; 2) regular los precios, términos y condiciones de tal acceso; 3) ordenar la extensión requerida para hacer factible tal acceso; 4) ordenar que la facilidad —expandida para hacer factible el acceso— efectivamente se provea a aquellos que lo demanden”⁴³.

Los mismos autores concluyen lo siguiente:

“No hay ‘almuerzo gratis’ en la regulación de los monopolios naturales. Si se apoya la doctrina de las facilidades esenciales, entonces deberá tomarse en consideración la incapacidad judicial para enfrentar los inevitables límites al control público de los

monopolios naturales; lo cual contribuirá al fracaso de la regulación en ciernes”⁴⁴.

Esta distinción entre regulación y competencia no es meramente lingüística. Las estrategias de acción que cada una de ellas utiliza son radicalmente distintas. Mientras que la agencia de competencia actúa *ex post*, la regulación es *ex ante*, es decir, supone el uso de controles de tarifas, controles de calidad, control de empaquetamiento, obligaciones de acceso, estándares de información y contratación, entre otros.

Como señala Bullard:

“(…) El Indecopi debe comprender cabalmente su rol de agencia de competencia y evitar caer en la tentación de convertirse en un órgano regulador. Entender que no es un organismo regulador no es sólo una disquisición conceptual, es un tema que atañe al buen funcionamiento del mercado y a su capacidad para generar bienestar para todos”⁴⁵.

Efectivamente, resulta importante comprender las distinciones entre un organismo regulador y una agencia de competencia. Si se confunde sus papeles y objetivos el resultado puede ser “agencias de competencia regulando y no promoviendo la competencia”⁴⁶.

Es por ello que Werden indica que solamente se debe hacer responsable a las empresas por negarse a brindar acceso a facilidades esenciales en el caso en que dicha facilidad se hubiese encontrado sujeta a una previa regulación de precios.

Dicho autor señala expresamente:

“La conclusión de que la doctrina de las facilidades esenciales debería ser invocada solamente si la facilidad se encuentra sujeta a una regulación de precios previa, lleva a proponer que la doctrina debe ser abandonada en favor de la regulación. Una solución regulatoria tiene una serie de ventajas. Primero, permite la determinación legislativa o regulatoria de

⁴³ *Ibíd.* p. 150.

⁴⁴ *Ibíd.*

⁴⁵ BULLARD, Alfredo. *Op.cit.* p. 636.

⁴⁶ *Ibíd.* p. 635.

qué constituye monopolio natural y si se debe obligar a su titular a brindar acceso al mismo. Segundo, las condiciones de cada industria son determinantes, por lo que la política regulatoria varía dependiendo de la industria. Por ello, reglas específicas para cada mercado adoptadas a través del proceso legislativo o mediante regulación suelen ser preferibles a las normas de libre competencia. Tercero, suelen surgir problemas complejos sobre la razonabilidad de los términos de acceso y la solución a ellos que pueden ser identificadas más fácilmente por expertos en la industria (como supuestamente lo son los reguladores). Adicionalmente, los términos de acceso se encuentran tan intrínsecamente relacionados al precio que son mejor manejados dentro de un procedimiento de regulación de tarifas que dentro de un procedimiento ante una corte⁴⁷.

En similar sentido, Bullard:

“Normalmente los problemas de facilidades esenciales, referidos usualmente al uso de infraestructura se resuelven regulatoriamente y fuera del área del Derecho de la Competencia. Solo excepcionalmente se usa el concepto dentro del campo del Derecho de la Competencia para cubrir un problema que se le ha escapado a la regulación⁴⁸.”

Por todos estos motivos es que autores como Areeda señalan que ninguna corte debería imponer la obligación de contratar respecto de una facilidad, si es que no tiene cómo detallar y supervisar razonablemente el contrato impuesto⁴⁹.

5. Facilidad esencial y bienestar del consumidor

Quizá el mayor problema con la aplicación de la negativa a contratar –incluso sobre la base de las limitaciones impuestas por la doctrina de las facilidades esenciales– es que

no cumple con promover una de las metas más importantes del derecho de la libre competencia: el bienestar del consumidor.

Sobre este punto, la opinión en doctrina es prácticamente unánime. Sullivan y Hovenkamp, por ejemplo, señalan lo siguiente:

“La obligación de compartir un activo no incrementa el bienestar de los consumidores, simplemente hace espacio para otra empresa en el mercado. Más aún, la obligación del dueño de una facilidad de compartirla disminuye los incentivos para que su rival construya su propia facilidad, algo que realmente haría el mercado más competitivo. Como resultado, la doctrina de la facilidad esencial probablemente preserve el monopolio antes que lo destruya. Por supuesto, la Corte puede ordenarle a la empresa dueña de la facilidad que la comparta a un precio competitivo, pero en este caso el tribunal habría pasado a convertirse en un tribunal que en lugar de proteger la libre competencia pretende erigirse en una agencia regulatoria, y alguien constantemente tendría que monitorear los costos y considerar cuál es el precio adecuado para el acceso⁵⁰.”

Areeda, por su parte, ha señalado que “nadie debería ser forzado a contratar salvo que esto implique un sustancial incremento de la competencia en el mercado, ya sea por una reducción del precio, por un incremento de la cantidad ofrecida o por mayores incentivos para la innovación⁵¹.” Y todo esto, claramente, es en beneficio de los consumidores.

Finalmente, Lipsky y Sidak señalan lo siguiente:

“La admisión de un nuevo entrante a una facilidad que ha sido ‘achicada’ –incluso cuando se cobre una tarifa no más alta de la necesaria para cubrir los costos de la operación– no puede mejorar el equilibrio en el mercado ‘aguas abajo’ sin una expansión

⁴⁷ WERDEN, Gregory. Op. cit. p. 479.

⁴⁸ BULLARD, Alfredo. “El regreso del Jedi (O de la discrecionalidad en la aplicación de las normas de libre competencia)”. En THEMIS-Revista de Derecho 47. p. 139.

⁴⁹ AREEDA, Philip. Op. cit. p. 852.

⁵⁰ SULLIVAN, Lawrence y Warrem GRIMES. Op. cit. p. 705.

⁵¹ AREEDA, Philip. Op. cit. Loc. cit.

de la capacidad. Por lo tanto, mientras las Cortes eviten imponer tal requerimiento, deberá reconocerse que los remedios que ofrece la doctrina de las facilidades esenciales son inútiles como medios para mejorar el bienestar del consumidor⁵².

La conclusión sobre este punto es evidente. Cuando se trata de compartir facilidades, la figura de la negativa a contratar –incluso bajo las limitaciones de la teoría de las facilidades esenciales– no sirve para aumentar el bienestar del consumidor, más aún si se tiene en cuenta que la facilidad a la que se ordena el acceso compartido puede exceder en su capacidad una vez que empieza a ser usada por más de un competidor.

Lo más que consigue la aplicación de esta doctrina es hacerle espacio a una nueva empresa. Pero lo hace a costa de aquella que se arriesgó a invertir y, sobretudo, a costa de todos los consumidores, quienes tienen que soportar los costos administrativos que supone el movimiento de todo el aparato de exigibilidad de las normas de libre competencia.

IV. LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA EN EL PERÚ

Se podría decir que la doctrina de las facilidades esenciales ingresó en el Perú en la década de 1990 bajo el contexto del proceso de liberalización de la economía en aquellos sectores vinculados a servicios públicos ofrecidos –por regla general– en monopolio por empresas públicas del Estado.

La idea central con las reformas económicas de dicha época, dentro de lo que destaca el Decreto Legislativo 757, era atraer nuevas empresas a la alicaída industria nacional. De ese modo, el ingreso de nuevos agentes al mercado traería consigo inversión e innovaciones tecnológicas que exigirían eventualmente que el operador establecido compartiera sus redes o infraestructura. En otras palabras, tener acceso a las facilidades esenciales de dicho operador.

En este marco, nuestro país implementó dos formas para que los agentes pudieran negociar y así utilizar las facilidades: (i) la creación de organismos reguladores: Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN), Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN), Organismo Supervisor de la Inversión en Telecomunicaciones (OSIPTEL) y Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS); y, (ii) la creación de una agencia de competencia: INDECOPI.

A. Legislación en libre competencia

Al respecto, cabe resaltar que ni el derogado Decreto Legislativo 701⁵³, ni el Decreto Legislativo 1034⁵⁴ se hacía (o se hace) mención expresa a la doctrina de las facilidades esenciales, sino, solamente a la teoría de la negativa injustificada a contratar, como un supuesto de abuso de posición de dominio, que en todo caso podría admitir supuestos de negativa a contratar en infraestructuras que se considerasen como facilidad esencial.

Sin embargo, en julio de 2005, durante la vigencia del Decreto Legislativo 701, el INDECOPI expidió la última versión de su propuesta normativa denominada “Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia”. En este documento, sí se consignaba expresamente la posibilidad de sancionar prácticas de abuso de posición de dominio consistentes en una negativa a contratar en casos de que el recurso requerido era una facilidad esencial.

En efecto, el literal g) del Artículo 10 del Proyecto establecía:

“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

⁵² LIPSKY, Abbott y Gregory SIDAK. Op. cit. p. 150.

⁵³ Decreto Legislativo 701 del 5 de noviembre de 1991, Contra las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia.

⁵⁴ Decreto Legislativo 1034 del 25 de junio de 2008, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

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”.

Será una interrogante que no resulta el determinar el por qué la autoridad nunca explicó la necesidad o utilidad de introducir esta nueva conducta. Empero, se puede aventurar que sus autores de vieron influidos por los aires un tanto controlistas que imperaban en diversos criterios de la Sala de Competencia del Tribunal del Indecopi.

La iniciativa del INDECOPI finalmente no prosperó pero, su texto fue muy similar al Proyecto de Ley 141992005-CR presentado en diciembre del mismo año por el congresista D. Jesús Alvarado Hidalgo. Ella también abortó en el Congreso debido a la férrea oposición de la Presidencia del Consejo de Ministros y el Ministerio de Economía y Finanzas.

B. Organismos reguladores

1. OSIPTEL

A rasgos generales, la regulación de las facilidades esenciales la podemos identificar, en primer lugar, en “los lineamientos de política de apertura del mercado de telecomunicaciones del Perú” aprobado mediante Decreto Supremo 020-98-MTC: “En caso se demuestre que un recurso constituye instalación esencial en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones, Osiptel deberá regular dicha instalación con el propósito de simular competencia en el mercado. Se entenderá como instalación esencial aquella definida en el Documento de Referencia adoptado en el marco de la OMC.”

En el mismo documento se establece respecto de temas de interconexión sobre servicios públicos de telecomunicaciones que:

“OSIPTEL tiene competencia exclusiva sobre los temas de la interconexión de los servicios públicos de telecomunicaciones. La política de interconexión es un elemento clave para el éxito de un proceso de apertura del mercado de telecomunicaciones. La experiencia internacional comparada demuestra que la efectiva entrada de nuevos operadores al mercado depende en buena medida de su capacidad para establecer y conocer los términos relevantes de los acuerdos de interconexión que deben celebrar con los operadores establecidos. En este sentido, la predeterminación de los aspectos relevantes de la interconexión resulta esencial para promover la entrada rápido de nuevos operadores al mercado. De no definirse estos parámetros, la entrada de operadores se vería afectada por incertidumbre e inestabilidad y seriamente retrasada por largos procesos de negociación y potenciales controversias entre operadores. Por ello, el objetivo de la política de interconexión es el de reducir sustancialmente la incertidumbre eliminando retrasos y costos de transacción. Asimismo una política de interconexión debe permitir un balance entre la necesidad de garantizar el acceso de los operadores a las distintas redes y la de permitir mantener y modernizar la red, generando incentivos para su expansión.

En línea de lo anterior se han identificado tres aspectos relevantes sobre la política de interconexión que atañen al éxito de la apertura: (i) la fijación de los puntos de interconexión (PI); (ii) el establecimiento de los cargos de interconexión por defecto, generando señales claras para los participantes en el mercado; y, (iii) acceso a instalaciones esenciales”.

Asimismo, el OSIPTEL en sus “Lineamientos Generales para la aplicación de las Normas de Libre Competencia en el Ámbito de las Telecomunicaciones” –aprobados por Resolución de Consejo Directivo 0003-2000-CD-OSIPTEL–, ha señalado expresamente que un recurso esencial se define como aquél servicio o infraestructura que:

- a) Es suministrado de modo exclusivo o de manera predominante por un sólo proveedor o por un número limitado de proveedores; y,
- b) Cuya sustitución con miras al suministro de un servicio no sea factible en lo económico o en lo técnico.

Como se puede apreciar, los lineamientos de OSIPTEL han dejado de lado dos aspectos esenciales de la teoría de las facilidades esenciales. De un lado, no establecen como requisito que la facilidad sea, precisamente, “esencial”. Recordemos que pueden existir facilidades que simplemente faciliten el negocio de la empresa que demanda acceso a ellas. Empero, ello no significa que sean esenciales para su operación. Si así ocurriera estaríamos frente a un supuesto de *free-riding*. De otro lado, aun cuando confluyeran todos los requisitos, cabe tener en cuenta que para limitar la libertad contractual sobre la base de esta teoría resulta imprescindible que la facilidad tenga un exceso de capacidad.

2. OSITRAN

En este caso, el literal i) del Artículo 1 del Decreto Supremo 044-2006-PCM que aprueba el Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público –OSITRAN; define qué es una facilidad esencial:

“i) Facilidad Esencial: Aquella instalación o infraestructura de transporte de uso público o parte de ella, que es provista por un único o un limitado número de proveedores, siendo su utilización indispensable para la prestación de los servicios esenciales y que no es factible de ser sustituida técnica o económicamente para proveer un servicio esencial”.

Asimismo, la Resolución de Consejo Directivo 006-2009-CD-OSITRAN del 28 de enero de 2009 que modifica el “Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público de OSITRAN-REMA”; establece en su artículo 9, lo siguiente:

“Artículo 9.- Facilidad Esencial.

Para efectos de la aplicación del presente Reglamento, se considera Facilidad Esencial a aquella instalación o infraestructura de transporte de uso público o parte de ella, que cumple con las siguientes condiciones:

- a) Es administrada o controlada por un único o un limitado número de Entidades Prestadoras;
- b) No es eficiente ser duplicada o sustituida;

- c) El acceso a ésta es indispensable para que los Usuarios Intermedios realicen las actividades necesarias para completar la cadena logística del transporte de carga o pasajeros en una relación origen-destino.”

En dicha norma, se establece también un listado sobre qué infraestructuras se consideran facilidades esenciales, a saber:

“Anexo 1: Lista de Facilidades Esenciales sujetas al REMA

Aeropuertos

- Rampa.
- Áreas de parqueo de equipos.
- Áreas de maniobra en tierra.
- Vías y áreas de tránsito interno.
- Áreas de procesamiento de pasajeros y equipaje.
- Planta de combustible, red de almacenamiento y distribución.

Puertos

- Señalización portuaria.
- Obras de abrigo o defensa.
- Poza de maniobras y rada interior.
- Muelles.
- Amarraderos.
- Vías y áreas de tránsito interno.
- Áreas para atención de pasajeros y equipaje.
- Áreas de Maniobras.
- Planta de combustible, red de almacenamiento y distribución.
- Áreas de parqueo de equipos.

Vía férrea

- Línea férrea.
- Patios de maniobras y sus correspondientes desvíos.
- Desvíos.
- Estaciones ferroviarias de carga y descarga de mercancías y embarque y desembarque de pasajeros.

El acceso a estas facilidades esenciales está sujeto a los derechos que sobre ellas tengan quienes las proveen.”

Si bien, esta definición es más completa que la de OSIPTEL; ésta tampoco se pronuncia respecto del requisito de que la facilidad

tenga un claro exceso de capacidad, elemento de indispensable de análisis a fin de evitar que la empresa competidora menoscabe el uso que le está brindando la empresa propietaria de la facilidad.

C. Comunidad Andina

Respecto a la adopción de la doctrina de las facilidades esenciales a nivel de la Comunidad Andina, cabe resaltar que ésta no se encuentra reconocida, como tal, por las Decisiones específicas en materia de libre competencia (Decisión 285 y Decisión 608 – actualmente vigente), sino en temas de telecomunicaciones.

En efecto la Decisión 462 referente a “Normas que Regulan el Proceso de Integración y Liberalización del Comercio de Servicios de Telecomunicaciones en la Comunidad Andina”, establece en su artículo 29 como práctica anticompetitiva:

“Artículo 29.- Prácticas anticompetitivas.

Las prácticas a las que se hace referencia en el artículo anterior incluirán, en particular, las siguientes:

- a) Realizar actividades anticompetitivas de subvención cruzada;
- b) Utilizar información obtenida de competidores con fines anticompetitivos; y,
- c) No poner oportunamente a disposición de los demás proveedores de servicios la información técnica sobre las instalaciones esenciales y la información comercialmente pertinente que éstos necesiten para suministrar servicios”.

Asimismo, en su artículo 2 se define a las facilidades esenciales como:

“Instalaciones esenciales: Toda instalación de una red o servicio público de transporte de telecomunicaciones que:

- a) Sea suministrada exclusivamente o de manera predominante por un sólo proveedor o por un número limitado de proveedores; y
- b) Cuya sustitución con miras al suministro de un servicio no sea factible en lo económico o en lo técnico.”

Como se puede apreciar, al igual que en el caso de los lineamientos del OSIPTEL, se ha dejado de lado los dos aspectos más emblemáticos de la teoría de las facilidades esenciales. De un lado, no establecen el requisito de que la facilidad sea, precisamente, “esencial”. Recordemos que pueden existir facilidades que simplemente faciliten el negocio de la empresa que demanda acceso a ellas, pero que realmente no sean esenciales para su operación. De otro, aun cuando se presentasen todos estos requisitos, cabe tener en cuenta que para limitar la libertad contractual sobre la base de esta teoría es imprescindible que la facilidad tenga un exceso de capacidad.

D. Jurisprudencia del INDECOPI

En el Perú, el INDECOPI no ha desarrollado claramente la doctrina de las facilidades esenciales dentro de sus pronunciamientos. Si bien ha intentado señalar criterios claros para determinar en abstracto qué es una facilidad esencial, su aplicación a los casos concretos ha dejado abiertas varias interrogantes.

1. Aerocontinente v. Banco de Crédito del Perú

El fallo más relevante en la materia lo brindó la Sala de Defensa de la Competencia en la Resolución 870-2002/TDC-INDECOPI del 11 de Diciembre de 2002, en la denuncia presentada por Aerocontinente contra el Banco de Crédito del Perú.

En este caso, el Banco de Crédito se negó a abrir una cuenta corriente a la agencia de colocación de pasajes aéreos que poseía Aerocontinente en la ciudad de Puerto Maldonado. El fundamento de su negativa fue que en una ocasión anterior Aerocontinente se había negado a entregar sus estados financieros. Ello, habría obstaculizado el control de potenciales actos de lavado de dinero. De acuerdo con el Banco de Crédito, Aerocontinente pretendía evadir la entrega de los mismos solicitando una reapertura de cuentas.

La Comisión encontró que la negativa del Banco de Crédito, de acuerdo con la normativa peruana, era justificada. Sin embargo, en segunda instancia, la Sala señaló que el Banco de Crédito estaba negando el acceso a una facilidad esencial –la cuenta corriente– a Aerocontinente.

De acuerdo con la Sala, “para que se configure la obligación de permitir el acceso a una facilidad esencial es necesaria la concurrencia de cuatro elementos:

- a) El control de una facilidad esencial debe encontrarse en poder de un monopolista (o una empresa con posición de dominio);
- b) incapacidad o irrazonabilidad para duplicar la facilidad esencial;
- c) rechazo del uso de la facilidad esencial; y,
- d) la posibilidad de proveer la facilidad”⁵⁵.

El Banco de Crédito había señalado que existían alternativas para el transporte de dinero. Indicó que Aerocontinente podía trasladar bolsas con dinero en las bodegas de sus aviones o utilizar los servicios de corresponsalía del Banco de la Nación. Asimismo, se argumentó que la mejor prueba que una cuenta corriente no constituye una facilidad esencial es que Aerocontinente brindaba servicios de transporte aéreo desde hace cinco años a Puerto Maldonado sin contar con una cuenta corriente en el Banco de Crédito. De haber constituido una facilidad esencial, se señaló, Aerocontinente se habría encontrado en incapacidad de continuar sus actividades.

En el presente caso, era meridianamente claro que una cuenta corriente en la sucursal del Banco de Crédito de Puerto Maldonado no calificaba como facilidad esencial. Los argumentos del Banco eran bastante sólidos.

La Sala, sin embargo, calificó a las alternativas a la cuenta de ahorros como sustitutos no adecuados. La Sala, además, no empleó los diversos *test* que históricamente han empleado o desarrollado las cortes norteamericanas y europeas cuando se han encontrado frente a un caso de facilidades esenciales. En efecto, no se evaluó, por ejemplo, el problema de cuál es la línea que divide una facilidad esencial de aquella cuyo acceso simplemente es más económicamente conveniente para la denunciante. Al parecer, la Sala consideró que cualquier facilidad cuyo

acceso abarate los costos operativos a una empresa podría ser calificada de esencial. Ello, no obstante, es quitarle la “esencialidad” a la figura, en contra de la opinión fuertemente mayoritaria de la doctrina y de la jurisprudencia norteamericana y europea.

También se dejó de lado, que la doctrina de las facilidades esenciales se suele aplicar en casos donde el acceso a la facilidad es restringido para efectos de limitar la competencia en otro mercado donde el titular de la facilidad compite con quien busca el acceso a la misma (*upstream* o *downstream*). En este caso resulta más que evidente que el Banco de Crédito no es competencia de Aerocontinente en el mercado de transporte aéreo. Por lo tanto, resulta extraña la aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales para este supuesto.

En pocas palabras, podría decirse que la Resolución de la Sala de Defensa de la Competencia, en este peculiar pronunciamiento, no ha aclarado el problema de cuándo puede aplicarse la doctrina de las facilidades esenciales. Más bien, ha sembrado más dudas –en el ámbito nacional– sobre su aplicación.

2. Cab Cable v. Electrocentro

En este caso, Cab Cable denunció a Electrocentro por negarse a celebrar con su empresa un contrato de alquiler de postes de alumbrado eléctrico para el tendido de cables de televisión y, con ello, impedirle que pueda prestar el servicio de televisión por cable en la ciudad de Huancayo.

De acuerdo con Electrocentro, la razón por la que había decidido no volver a arrendar los postes era que no se encontraban técnicamente aptos para este tipo de actividad colateral. Según la denunciada, dichos postes eran de madera, tenían una antigüedad mayor a los quince años y una estructura sin la altura necesaria para la instalación de cables adicionales.

Según Electrocentro, el anterior uso común de los postes había generado una permanente dificultad en las labores de reparación y mantenimiento de la

⁵⁵ Ver página 9 de la Resolución.

distribución de energía, lo que había determinado que incluso fuese multada en ciertas ocasiones. Asimismo, Electrocentro señaló que no gozaba de posición de dominio, pues Telefónica también operaba en la ciudad de Huancayo utilizando postes en mejores condiciones, cuya utilización conjunta no pondría en peligro la integridad de los pobladores.

La Comisión declaró fundada la denuncia. Su principal argumento fue que los postes eran imprescindibles e insustituibles para que una empresa que prestaba el servicio de televisión por cable operase en dicho mercado.

La Sala por su parte, aplicó al presente caso la doctrina de las facilidades esenciales en su Resolución 6869-2002/TDC-INDECOPI, recogiendo la definición establecida en el caso anterior⁵⁶.

De acuerdo con esta resolución, los postes eran una infraestructura esencial para la prestación del servicio de Cab Cable, lo que determinaba que Electrocentro tuviera dominio en el mercado de alquiler de postes. Asimismo, se señaló que los altos costos que tendría que asumir Cab Cable para tender una nueva red de postes y la inexistencia de sustitutos determinaban que esta empresa no tuviese otra opción más que recurrir a los postes de Electrocentro. Finalmente, la Sala indicó que no existían problemas técnicos si los postes soportaban este nuevo cableado. Un tema que llama la atención es que en ningún momento se pronuncia sobre la posibilidad de solicitar los postes a la empresa de telefonía, la cual si era competidora (brindaba servicios de televisión por cable), además de eran mucho más modernos. Esta interrogante queda pendiente de ser resuelta.

3. Compañía Cervecería Ambev Perú S.A.C. v. Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A. y otros

En este caso, Ambev denunció un supuesto abuso de posición de dominio por parte de la empresa Backus (y otros) en la medida de que se le impedía su acceso al denominado "Sistema de Intercambiabilidad de Envases (SIE)".

La utilización del Sistema de Intercambiabilidad de Envases en el mercado permitía que los consumidores pudieran, al momento de adquirir una cerveza, entregar un envase vacío y retirar el envase lleno de la marca de su preferencia. Así las cosas, su no acceso a este sistema le generaba altas barreras de ingreso al mercado que hacían imposible competir en el mercado cervecero o, dicho en otras palabras, el Sistema de Intercambiabilidad de Envases era considerado por Ambev, como una facilidad esencial.

Lamentablemente nunca hubo un pronunciamiento formal por parte de la Comisión ya que antes de que se emitiera Resolución, Ambev se desistió y éste fue aceptado por la Comisión mediante Resolución 045-2009/CLC-INDECOPI.

No obstante lo anterior, en el Anexo de la Resolución referida, la Comisión presentó el desarrollo del caso y las conclusiones a las que habría arribado su investigación.

Si bien la Comisión mencionó que el Sistema de Intercambiabilidad de Envases podría constituirse en un elemento indispensable o trascendente para la interrelación entre agentes del mercado, esto es, que para operar en el mercado de manera competitiva se tiene necesariamente que ser parte de la organización; concluyó que dicho papel no se había probado y, en ese sentido, el acceso al Sistema de Intercambiabilidad de Envases por parte de Ambev no generaba costos significativos que le pudiese generar dilaciones a su ingreso al mercado peruano.

V. CONCLUSIONES

La teoría de las facilidades esenciales busca limitar la ambigua e impredecible figura de la negativa a contratar. Para que un activo califique como facilidad esencial debe comprobarse fehacientemente que su titular tiene posición de dominio en el mercado de la supuesta facilidad esencial, que se trata de un bien de características únicas, que no puede ser duplicado por la competencia, y que tenga un claro exceso de capacidad, de tal forma que el acceso concedido a la empresa competidora no menoscabe el uso

⁵⁶ Ver página 9 de la Resolución.

que la empresa propietaria de la facilidad le estaba dando.

Estas características demuestran que el concepto de facilidades esenciales es equivalente con el de monopolio natural, lo que genera una serie de problemas regulatorios si es que se llega a utilizar el remedio de las facilidades esenciales.

La aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales no sirve para aumentar el bienestar de los consumidores, sino únicamente para hacerle espacio a una nueva empresa a costa de aquella que se arriesgó a invertir y, sobretodo, a costa de todos los consumidores, quienes tienen que soportar los costos administrativos que supone el movimiento de todo el aparato de exigibilidad de las normas de libre competencia.

La integración de la doctrina en la legislación peruana, se ha dado como una herramienta

de regulación, por la cual los organismos reguladores (OSIPTEL y OSITRAN) tratan de delimitar su aplicación, aunque con algunas carencias conceptuales.

Asimismo, a nivel de la normativa de la Comunidad Andina la adopción de la doctrina de las facilidades esenciales se encuentra claramente recogida en el ámbito de las telecomunicaciones pero con limitaciones conceptuales similares a las de los organismos reguladores peruanos.

Finalmente, la jurisprudencia del INDECOPI no ha brindado mayores luces sobre su correcta determinación, a fin de saber, cuándo nos se está frente a una facilidad esencial. El caso de Aerocontinente ha resultado, por decir lo menos, el paradigma de lo hartamente complejo y confuso que puede llegar a ser la aplicación de esta doctrina por parte de las agencias de competencia.