

La Doctrina de las Facilidades Esenciales: ¿DERECHO DE LA COMPETENCIA O REGULACIÓN ECONÓMICA?



TERESA TOVAR MENA

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú,
Master en Derecho Empresarial por la
Universidad de Lima,
Profesora de la Escuela de Postgrado de la Universidad
Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC).



Sumario:

- I. Aspectos Generales.
- II. Antecedentes en los Estados Unidos y Europa.
- III. Análisis de "esencialidad".
- IV. Efecto excluyente necesario.
- V. Críticas a la EFD.
- VI. La FE en la regulación económica.
- VII. Conclusión.

Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima

ADVOCATUS 120

I. ASPECTOS GENERALES

El texto del proyecto de ley de Represión de Conductas Anticompetitivas publicado para discusión pública por Indecopi a fines de marzo de 2008, contenía una modalidad de abuso de posición de dominio consistente en *"obstaculizar de manera injustificada a un competidor el acceso o disfrute de una infraestructura o la entrada o permanencia a un mercado, asociación u organización de intermediación, que en cualquier caso resulte indispensable, trascendente o decisivo para el desarrollo de sus actividades económicas"* (énfasis agregado).

Si bien la referencia a la infraestructura fue eliminada del citado proyecto y no ha sido recogida en el Decreto Legislativo No. 1034, acertadamente a nuestro entender, conviene reflexionar sobre la aplicabilidad en nuestro derecho de la competencia de la *essential facilities doctrine* (EFD), surgida en el derecho norteamericano¹ y

luego acogida en Europa. Ello, en tanto la norma sobre abuso de posición de dominio tiene una disposición² que es un "cajón de sastre" en base a la cual podría pretenderse aplicar tal doctrina. De hecho, ya fue aplicada en los casos *Aerocontinente S.A. vs. Banco de Crédito*³ y *Cab Cable S.A. vs. Electrocentro S.A.*⁴, bajo la vigencia del Decreto Legislativo No. 701, aún cuando este no hacía referencia a ella.

En términos simples, y aunque su formulación no es idéntica en Estados Unidos y Europa, esta doctrina supone que *"un monopolista que controla una facilidad esencial para otros competidores, debe permitir que estos accedan razonablemente a ella, siempre y cuando ello sea factible"*⁵, bajo condiciones no discriminatorias.

A su vez, una facilidad esencial (FE) será aquel activo necesario para que los competidores realicen sus actividades. Este activo debe ser además no duplicable por el competidor, midiéndose esta

1 Hay que precisar que a la fecha la Corte Suprema norteamericana no ha suscrito la EFD, que más bien tiene un desarrollo en la jurisprudencia de las cortes inferiores y en la doctrina.

2 "10.2. El abuso de la posición de dominio en el mercado podrá consistir en conductas de efecto exclusivo tales como: (...)".

b) En general, aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica?

3 Ver Resolución No. 870-2002/TDC-INDECOPI. Aero Continente S.A. denunció al Banco de Crédito del Perú por negativa injustificada a contratar. La Sala consideró que el Banco incurrió en una negativa injustificada de contratar al no acceder a la solicitud para abrir cuentas corrientes en la ciudad de Puerto Maldonado. La Sala señaló que se había demostrado la existencia de posición de dominio del Banco denunciado en el mercado de transferencia de dinero en moneda nacional o extranjera desde Puerto Maldonado a Lima. Asimismo, consideró que la transferencia por medio de una cuenta corriente configura un recurso esencial para poder prestar el servicio de transporte aéreo en Puerto Maldonado (para la venta de pasajes aéreos, cobros por transporte de carga, cobros por exceso de equipaje, etc.), en tanto no existe un servicio idóneo similar al prestado por el Banco y al no existir razones objetivas y justificadas para denegar la solicitud. En tal sentido, dispuso que el Banco de Crédito acceda a la solicitud de Aero Continente y abra una cuenta corriente en dicha ciudad.

4 Ver Resolución No. 869-2002/TDC-INDECOPI. En el proceso iniciado por Cab Cable S.A. contra Electrocentro S.A. por presunta infracción a lo dispuesto en el inciso a) del artículo 5 del Decreto Legislativo No. 701, abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato, la Sala De Defensa de la Competencia confirmó lo resuelto por la Comisión de Libre Competencia mediante Resolución No. 011-200/CLC, en el extremo que determinó la existencia de una conducta infractora de la Ley al negarse injustificadamente a alquilar los postes de su propiedad a Cab Cable.

Dicha decisión se sustentó, de acuerdo a la Sala, en la existencia de una posición de dominio de la denunciada en el mercado de alquiler de postes y su negativa a renovar el alquiler de los mismos pese a ser estos elementos "insumos esenciales" para la prestación del servicio de televisión por cable en la ciudad de Huancayo. En tal sentido, se ordenó a Electrocentro a alquilar los postes a Cab Cable luego del análisis de la idoneidad técnica a cargo de OSINERG y a pagar una multa de 5 UIT.

5 LIPSKY, Abbott y Gregory S/DAL, *Facilidades esenciales*. En: *Ius et Veritas* No. 27, p. 128.

circunstancia, no solo por la imposibilidad física o jurídica, sino también por la impracticabilidad económica de tal duplicación.

Phillip Areeda ha resaltado la ambigüedad o imprecisión de la EFD sosteniendo que, en realidad, no es una "doctrina" sino más bien un epíteto.⁶ Señala que "es menos una doctrina que un epíteto, que alude a algunas excepciones al derecho de conservar para uno las propias creaciones, pero sin indicar cuáles serían dichas excepciones".⁷

Hovenkamp define la EFD señalando que "en términos generales, la doctrina de las facilidades esenciales proclama que el dueño de una "facilidad esencial" apropiadamente definida tiene el deber de compartirla con otros y que la negativa a hacerlo vulnera la Sección 2 de la Sherman Act".⁸

Así, de acuerdo con la supuesta doctrina, "se requiere un monopolista que ayude a sus rivales compartiendo una facilidad, quien si se niega a hacerlo, podrá extender su poder monopolístico de un nivel de la producción a otro".⁹ Es decir, se asume que quien controla la facilidad esencial

tiene participación en otro mercado aguas abajo, en el cual quiere restringir la competencia "trasladando" su poder monopolístico vía la exclusión de competidores del acceso a la FE.

En esta línea, Whish¹¹ señala: "Desde el punto de vista económico, el punto central en estos casos es que una empresa controla un insumo esencial que es necesario para que un competidor esté en condiciones de competir en un mercado aguas abajo (o vecino)".¹²

Como puede advertirse, la EFD plantea una serie de interrogantes, algunas de las cuales abordaremos en este artículo. Por ejemplo, ¿qué es una FE "apropiadamente definida"? ¿Qué pasa si el titular de la FE no compete con el demandante en el mercado aguas abajo?, ¿está obligado el titular a dar acceso aun cuando use toda la capacidad de la infraestructura?, etc.

II. ANTECEDENTES EN LOS ESTADOS UNIDOS Y EUROPA

El caso que suele citarse como "fundacional" de la EFD es *United States vs. Terminal Railroad*

6 El citado autor juega con el doble significado de esta palabra en el idioma inglés, la que es sinónimo tanto de "apodo" o "alias" como de "insulto" u ofensa.

7 AREEDA, Phillip, *Essential Facilities: An epithet in need of limiting principles*, 58 Antitrust L.J. 841. Traducción libre del siguiente texto: "It is less a doctrine than an epithet, indicating some exception to the right to keep one's creations to oneself, but not telling us what those exceptions are". AREEDA, Phillip, *Essential Facilities: An epithet in need of limiting principles*, 58 Antitrust L.J. 841.

8 HOVENKAMP, Herbert, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice*. West Group, Saint Paul, Minn., 1995, Second Edition, p. 306. Traducción libre del siguiente texto: "In general terms, the *Essential facility doctrine* proclaims that the owner of a properly defined "essential facility" has a duty to share it with others, and that refusal to do so violates S. 2 of the Sherman Act".

9 La Sección 2 de la Sherman Act establece lo siguiente:

"2. Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of felony (...)."

10 Traducción libre del texto siguiente: " (...) requires a monopolist to assist rivals by sharing a facility if, by refusing to do so, the monopolist can extend monopoly power from one stage of production to another". En: *Brief for the United States & the Federal Trade Commission as Amici Curiae Supporting Petitioner at 14*, *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. 390, 2004, No. 02-682, p. 20, disponible en: <http://www.usdoj.gov/atr/cases/f201000/201048.htm>.

11 WHISH, Richard, *Competition Law*. Lexis Nexis UK, 2003, Fifth Edition, p. 668.

12 Traducción libre del siguiente texto: "As a matter of economics the point about these cases is that one firm controls an essential input which is necessary for a competitor to be able to compete in a downstream (or neighbouring) market".

Association resuelto por la Corte Suprema en 1912. En este caso, se requirió a una alianza o agrupación de empresas que controlaban un puente ferroviario a través del río Mississippi y otras facilidades como almacenes, túneles y vías a ambos lados de dicho río, que compartieran las instalaciones con otras líneas de transporte ferroviario en condiciones de igualdad de tarifas para propietarios y no propietarios. No obstante, este fue un caso de aplicación de la Section 1 de la Sherman Act¹³, esto es, una concertación entre los competidores que controlaban las facilidades, en que lo relevante era que las empresas estuvieron de acuerdo en imponer tarifas *premium*. Lo cierto es que típicamente se suele emplear la EFD en caso de negativas unilaterales, es decir, cuando solo una empresa controla una FE.

Cabe anotar que, conforme al razonamiento de la Corte en *Terminal Railroad*, el concepto de FE (aunque no lo mencione) se referiría a instalaciones no duplicables debido a sus particulares características y ubicación (permitir cruzar el río Mississippi) por lo que en este primer caso, puede decirse que el estándar de "esencialidad" es bastante alto. Es decir, aludiría a una imposibilidad física de reproducir las facilidades en cuestión, no obstante, la doctrina ha evolucionado para admitir también casos de impracticabilidad de la duplicación por razones económicas.

Otro de los casos de la Corte Suprema de los Estados Unidos que se usa para sustentar la EFD es *United States vs. Griffith*, referido a un exhibidor de películas que usó su poder de compra en un mercado en el cual tenía un monopolio para obligar a los distribuidores a darle derechos preferenciales en pueblos en los que el mercado era competitivo. Si bien no está referido a una instalación esencial, el sustento del caso es usado como argumento en apoyo de la EFD. En él, la Corte estableció que un monopolista no puede usar su poder para impedir la competencia (*foreclose competition*) u obtener una ventaja competitiva en cualquier mercado.

Otro caso muy citado como antecedente de la EFD es *Otter Tail Power Co. vs. United States*. En él se consideró violatorio de la Sherman Act la negativa de la empresa de transmisión de energía eléctrica (que también participaba en el mercado de generación y distribución) de aceptar los requerimientos de las compañías eléctricas municipales que querían proveer distribución local de energía eléctrica a sus residentes. Para ello, pidieron a Otter Tail que les venda electricidad al por mayor (*wholesale*) o que transporte en sus líneas de transmisión la electricidad comprada a otro generador. Otter Tail se negó porque deseaba evitar que las empresas municipales participaran en el mercado de distribución local.

Otro antecedente muy comentado (y criticado) de la EFD es *Aspen Skiing Company vs. Aspen Highlands Skiing Corporation*; aunque en él la Corte Suprema no se refiere a las FE, es usado por las cortes inferiores para fundamentar casos de EFD.

Aspen Skiing Co. (Aspen) era dueño de tres montañas para esquiar (*downhill skiing*) en Aspen Colorado, una cuarta montaña era de Aspen Highlands Skiing Corp. (Highlands). Cabe anotar que existían otros centros para esquiar en lugares aledaños (Rocky Mountains, Sierra Nevada). Por algunos años, ambas empresas ofrecieron un ticket de seis días que permitía el uso de las cuatro montañas. Luego, Aspen se negó a continuar ofreciendo el ticket con Highlands, lo que se consideró violatorio de la Sherman Act. La Corte del Décimo Circuito sostuvo que el ticket multimontañas era una FE que Aspen estaba obligada a compartir. Al resolver, la Corte Suprema no hizo referencia a la EFD; más bien, entre sus argumentos consideró que la previa colaboración entre las partes probó que esta era eficiente y práctica. Además, consideró que Aspen no presentó un propósito de negocio válido (*"legitimate business purpose"*) que justificara la negativa a continuar con

13. "1. Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. [...]"

el ticket. Anotó que Aspen estaba dispuesto a sacrificar beneficios de corto plazo a cambio de un impacto en el competidor y consideró la conducta anticompetitiva.

Un caso no resuelto por la Corte Suprema pero que se cita frecuentemente al resolver casos bajo la EFD es *MCI Communications Corp. vs. AT&T* que señaló los elementos que deben darse para la aplicación de la doctrina, a saber:

- i) Control de una instalación esencial por un monopolista;
- ii) Un competidor debe hallarse en la imposibilidad, práctica o razonable, de reproducir la instalación esencial;
- iii) Al competidor debe denegársele el uso de la instalación; y
- iv) la factibilidad de proveer la facilidad.¹⁴

En Europa, la EFD no fue utilizada hasta el año 1992, en la decisión de la Comisión Europea *Sealink/B&I - Holyhead: Interim Measures* que se refirió a una denuncia contra una compañía (Sealink) que era dueña y operaba un puerto (Holyhead) en el norte de Gales, del cual proveía un servicio de ferry hacia y desde Irlanda. Un operador de ferry competidor (B&I) alegó que Sealink organizaba los horarios de navegación del puerto de forma que causara las mayores perturbaciones a sus servicios e inconvenientes a sus pasajeros. La Comisión ordenó a Sealink que modificara sus horarios de forma que se evitara las perturbaciones en las operaciones de embarque y desembarque de B&I. Si bien fue un caso de medidas precautorias o temporales que no llegó a la instancia superior, se le considera importante como primer exponente de la EFD.

Otro caso que se cita como antecedente en Europa de la EFD es *Tiercé Ladbroke vs. Commission*. En este, Ladbroke, una empresa belga dedicada a tomar apuestas para carreras de caballos realizadas fuera del país, quería que se le proveyera de comentarios (sonido) y transmisión televisiva de las carreras francesas para sus locales de apuestas en Bélgica. Ladbroke alegaba que la negativa de las empresas francesas de carreras (*société de courses*) de proveerle los comentarios y grabaciones de TV necesarios constituía un abuso de posición de dominio en el mercado para la transmisión de sonido y películas francesas, y que el mercado geográfico relevante abarcaba toda la Comunidad Europea o cuando menos Francia, Alemania y Bélgica. La Comisión rechazó el argumento de Ladbroke, considerando que el mercado relevante era el mercado belga de sonido y películas, criterio que fue confirmado por la instancia superior (Tribunal de Primera instancia). Se consideró, entre otros factores, que la negativa de la *société de courses* de proveerle las películas y comentarios no tenía como efecto una eliminación de la competencia, pues Ladbroke estaba presente en el mercado de apuestas en Bélgica y tenía la mayor cuota en este. La corte sostuvo que no podría tratarse de una negativa injustificada a contratar "[...] a menos que involucre un producto o servicio que era o bien esencial para el ejercicio de la actividad en cuestión, en el sentido que no hubiera un sustituto real o potencial (...)".¹⁵

Así, en este caso, se consideró que las transmisiones televisivas de carreras de caballos, que ciertamente serían un servicio conveniente y cómodo para los apostadores, no podrían resultar "esenciales" para que se realice la actividad principal de Ladbroke, que es tomar apuestas. Además, la *société de courses* no estaba presente en el mercado belga de apuestas en carreras

14 El Tribunal de Indecopi adoptó estos criterios al resolver el caso *Aracontinente vs. Banco de Crédito*: "Para que se configure la obligación de permitir el acceso a una facilidad esencial, es necesaria la concurrencia de cuatro elementos: (i) el control de la facilidad esencial debe encontrarse en poder de un monopolista (o una empresa con posición de dominio); (ii) incapacidad o immanejabilidad para duplicar la facilidad esencial; (iii) el rechazo de la facilidad esencial; y, (iv) la posibilidad de proveer la facilidad" (Resolución No. 00870-2002/TDC-INDECOPIL).

15 Caso T-504/903 [1997] ECR II-923, [1997] 5 CMUR 309.

de caballos, por lo que su negativa no podría considerarse anticompetitiva.

En *European Night Services vs. Commission*, la Comisión concluyó que un joint venture, European Night Services (ENS) creado por cuatro operadores ferroviarios para proveer servicios ferroviarios nocturnos entre el Reino Unido y el continente a través del túnel del Canal de la Mancha, infringió el artículo 81 (1) del Tratado CE. En apelación se anuló la decisión de la Comisión, pues la corte consideró que no se había demostrado una afectación a la competencia y tampoco que no hubieran sustitutos reales o potenciales para los servicios ferroviarios.

El caso más relevante de la jurisprudencia europea sobre EFD, es *Oscar Bronner vs. Mediaprint*, el cual involucró al diario austriaco *Der Standard*, editado por Oscar Bronner. La empresa Mediaprint, un competidor más grande, se negó a incluir a dicho periódico en su moderno sistema de reparto a domicilio de prensa diaria. Bronner alegó que la denegación de acceso a la red de distribución infringía el artículo 82 del Tratado

de la Comunidad Europea (CE), al impedir el desarrollo de la competencia en el mercado de prensa diaria.

El Tribunal de Justicia de la CE, en última instancia, estableció que para ser abusiva la negativa:

"Tiene que eliminar toda la competencia en el mercado descendente en el que opera quien solicitaba el acceso (mercado de prensa diaria). No estar justificada objetivamente. Hacer referencia a un recurso esencial para poder operar en el mercado descendente, en el que no hay formas alternativas de operar (es decir, el sistema de entrega a domicilio tendría que ser esencial para operar en el mercado de diarios)".

El Tribunal señaló que estas condiciones no se presentaron en este caso, pues los diarios pueden repartirse por otros medios distintos de la entrega a domicilio (por correo, en tiendas, quioscos, etc.) y por tanto, no se puede sostener que es económicamente inviable establecer otro sistema de distribución.¹⁶

16. En su sentencia, el Tribunal señaló lo siguiente: "[...] con objeto de afirmar la existencia de un abuso en el sentido del artículo 86 del Tratado en una situación como la que es objeto de la primera cuestión prejudicial, sería preciso además no solo que la denegación del servicio que constituye el reparto a domicilio pudiera eliminar toda competencia en el mercado de los diarios por parte de quien solicita el servicio y no pudiera justificarse objetivamente, sino, además, que el servicio, en sí mismo, fuera indispensable para el ejercicio de la actividad de este, en el sentido de que no hubiera ninguna alternativa real o potencial al citado sistema de reparto a domicilio.

42. Pues bien, con toda seguridad no es este el caso cuando, como ocurre en el asunto principal, no existe, en el territorio de un Estado miembro, más que un único sistema de reparto a domicilio de ámbito nacional y si, por añadidura, en el mercado de servicios constituido por este sistema o del que forma parte este sistema, su propietario ocupa una posición dominante.

43. En efecto, por una parte, ha quedado acreditada que existen otras modalidades de distribución de diarios y que son utilizados por los editores, como la distribución por correo y la venta en comercios y quioscos, aun cuando sean menos ventajosas para la distribución de algunos de ellos.

44. Por otra parte, no parece que haya obstáculos técnicos, reglamentarios ni económicos que puedan hacer imposible, ni siquiera enormemente difícil, para cualquier otro editor de diarios, el crear, por sí solo o en colaboración con otros editores, su propio sistema de reparto a domicilio de ámbito nacional y utilizado para la distribución de sus propios diarios.

45. A este respecto, debe subrayarse que, para demostrar que la creación de tal sistema no constituye una alternativa potencial realista y, por consiguiente, que el acceso al sistema existente resulta indispensable, no basta con alegar que no resulta económicamente rentable en razón de lo reducido de la tirada del diario o los diarios que deben distribuirse.

(...)

47. A la vista de las consideraciones precedentes, procede responder a la primera cuestión que no constituye un abuso de posición dominante en el sentido del artículo 86 del Tratado el hecho de que una empresa periodística, con una cuota

III. ANÁLISIS DE "ESENCIALIDAD"

La alusión al término "esencial" llevaría a pensar que es un activo "único".¹⁷ Asimismo, la referencia al carácter no duplicable alude a que no hay alternativa de aprovisionamiento, con lo cual, en realidad, estaremos ante una situación de posición dominante en el mercado. En efecto, si hubiera una posibilidad de duplicación económica (sustituto de la facilidad) entonces no existiría posición de dominio, pues incluso la mera posibilidad de duplicación puede disciplinar al titular de la facilidad, impidiendo que se pueda configurar tal posición.

No obstante, se sostiene que la FE sería un monopolio, una situación de mayor poder de mercado que la posición de dominio. En todo caso, aun cuando lo sea, ello no impide que conceptualmente encaje en el concepto de posición de dominio y deba hacerse el análisis

respectivo, previa determinación del mercado relevante. Lo cierto es que, normalmente, una FE es un monopolio natural (ver VI, infra.) o cuando menos así debería ser entendida para evitarse excesos o errores en la aplicación de la EFD.

Como sostiene Hovenkamp¹⁸, en última instancia, la FE no es otra cosa que el mercado relevante para un insumo que se requiere "necesariamente" (es esencial) para proveer otro bien o servicio. La jurisprudencia europea ha aludido al "coste prohibitivo" de reproducir la facilidad y/o el tiempo razonablemente necesario para ello, como factores que la hacen insustituible (no duplicable).¹⁹

Se ha señalado incluso, que es imposible determinar la irreplicabilidad o no: *"¿Cuándo puede considerarse que un recurso no es técnico y económicamente replicable en términos razonables por un competidor? (...) Más allá de los enunciados*

muy considerable del mercado de diarios en un Estado miembro y que gestiona el único sistema de reparto de periódicos a domicilio de ámbito nacional que existe en dicho Estado miembro, deniegue el acceso al referido sistema, a cambio de una contraprestación adecuada, al editor de un diario competidor, el cual, por la reducida tirada de este, no está en condiciones de crear y de gestionar, en condiciones económicamente rentables, por sí solo o en colaboración con otros editores, su propio sistema de reparto a domicilio (...)".

17 LIPSKY y SIDAK se refieren a la condición de "uniqueness" de la facilidad. Vid. Op. Cit., p. 143.

18 HOVENKAMP, Herbert, Op. Cit., p. 307.

19 Otro pronunciamiento en similar sentido, es el expedido por el Tribunal de Primera Instancia en los asuntos acumulados T-374/94, T-375/95, T-384/94 y T-388/94 (European Night Services). En dicha sentencia, el Tribunal declaró la nulidad de la Decisión 94/663/CE de la Comisión Europea que imponía a un grupo de empresas ferroviarias, la compartición de locomotoras y otros servicios que estas prestaban en el Canal de La Mancha. En esa oportunidad, el mencionado Tribunal señaló lo siguiente:

"208. El Tribunal señala a este respecto que se deduce de la jurisprudencia referente a la aplicación del artículo 86 del Tratado que un producto o servicio solo puede considerarse esencial o indispensable si no existe ningún sustituto real o potencial (Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de abril de 1995, RTE e ITP/Comisión, asuntos acumulados C-241/91 P y C-242/91 P, Rec. p. I-743, apartados 53 y 54, y sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de junio de 1997, Tiercé Ladbroke/Comisión, T-504/93, Rec. p. II-923, apartado 131).

209. Por consiguiente, y cuando se trate, como en el caso de autos, de un acuerdo por el que se crea una empresa en participación, que entra en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85 del Tratado, el Tribunal de Primera Instancia estima que solo puede considerarse que las empresas matrices y/o la empresa en participación así creada disponen de infraestructuras, productos o servicios "indispensables" o "esenciales" para el acceso al mercado pertinente si dichos infraestructuras, productos o servicios no pueden sustituirse por otros y si, a causa de sus especiales características y en especial del coste prohibitivo de la reproducción de los mismos y/o del tiempo razonablemente necesario para ella, no existen alternativas viables para los competidores potenciales de la empresa en participación, que se verían por tal motivo excluidos del mercado.

[...]

212. Por lo que respecta, en segundo lugar, al suministro de locomotoras, procede recordar que, como se acaba de subrayar, para considerar que las locomotoras son recursos esenciales o indispensables es preciso que lo sean para los compe-

retóricos, no existe base económica que permita trazar una clara línea divisoria entre la replicabilidad y la irreplicabilidad. (...) ¿Cuál es el nivel de costos a partir del cual se abre, en definitiva el espacio de la irreplicabilidad?²⁵

Ahora bien, podría sostenerse que lo que es "esencial" para un competidor puede no serlo para otro. Por ello es que en el análisis de un caso concreto, el estándar de esencialidad debe ser único y no relativo. Es decir, para cualquier competidor, en abstracto, debe ser imprescindible el tener acceso al activo o infraestructura para competir y no solo conveniente o deseable para alguna empresa en particular, pues ello llevaría a exigir a las empresas que colaboren con sus competidores, lo que constituiría una distorsión del derecho de la competencia que se basa en la preservación del proceso competitivo (que supone lucha concurrencial), no en la protección de las empresas entrantes a un mercado o más pequeñas. Por tal motivo, es importante que el análisis de lo que es "esencial" se realice en abstracto y no según la situación o conveniencia de cada competidor que reclame acceso. Es decir, debe determinarse si existe la imposibilidad económica real para todos los competidores de duplicar la infraestructura o servicio que pertenece a una empresa.

En la misma línea, Lipsky y Sidak²⁶ señalan que "no debería haber un test de "esencialidad" o "practicabilidad" de la duplicación que sea menos riguroso de alguna manera que los test [sic] ya establecidos para comprobar la existencia de poder monopolístico".

El peligro es que se haga un test menos riguroso o que se establezca la obligación de compartir sin que exista un perjuicio a la competencia, sino en todo caso, un mero daño al competidor que no verá satisfecha una expectativa de acceder a una infraestructura ajena, lo que sin duda le era conveniente, pero no imprescindible para competir.

IV. EFECTO EXCLUSORIO NECESARIO

Es importante señalar que, en el supuesto que se pretenda aplicar la EFD, esta no podría distorsionar el derecho de la competencia, lo que ocurriría si se sanciona las negativas de acceso a una FE sin verificarse un efecto anticompetitivo, con lo cual se haría un daño al mercado, al sancionarse a quien no ha incurrido en un abuso sino que se ha comportado lícitamente.

En efecto, debe anotarse que el negarse a proveer acceso a una FE aunque ello sea practicable

tidores de ENS, en el sentido de que, en el caso de no disponer de ellas, estas últimas no podrían ni entrar en el mercado de referencia ni continuar operando en él (...)

215. En efecto, tal como han alegado las partes demandantes, la Decisión impugnada no contiene criterios de análisis que demuestren el carácter "esencial" de las locomotoras en cuestión. Más concretamente, la lectura de la Decisión impugnada no permite llegar a la conclusión de que resulta imposible para terceros obtener dichas locomotoras, bien directamente de sus constructoras, bien indirectamente comprándolas o alquilándolas a empresas terceras. Tampoco contienen los autos una correspondencia de la Comisión con terceros que ponga de manifiesto que a estos les resulta imposible adquirir en el mercado las referidas locomotoras. Ahora bien, tal como han subrayado las partes demandantes, toda empresa que desee explotar los mismos servicios ferroviarios que ENS utilizando el túnel bajo el Canal de la Mancha puede comprar o alquilar libremente en el mercado dichas locomotoras. (...)

216. Procede añadir a este respecto que la Comisión no ha negado el hecho de que terceros interesados pueden comprar o alquilar libremente en el mercado las mencionadas locomotoras, sino que se ha limitado a considerar que se trata en realidad de una posibilidad meramente teórica y que únicamente las empresas notificantes disponen efectivamente de dichas locomotoras. No es posible sin embargo aceptar el argumento de la Comisión. El hecho de que las empresas notificantes sean las primeras en haber adquirido en el mercado las mencionadas locomotoras no significa que sean las únicas que pueden adquirirlas" (subrayado agregado).

20 HARO SEIJAS, José Juan, *Contra los Excesos de la Regulación Económica. Sobre monopolios naturales, instalaciones esenciales y otros fantasmas*, En: Themis No. 50, p. 165.

21 LIPSKY, Abbot y Gregory SIDAK, Op. Cit., p. 145.

y posible, no constituye abuso de posición de dominio. Tiene que darse el elemento adicional que es el efecto excluyente de competidores que evidencie la afectación de la competencia.

Está claro que, si quien requiere acceso no es competidor directo o indirecto del titular de la FE, y este se niega a darle acceso, no se afecta la competencia y por ello no se debe considerar ilegal la conducta. Así, una empresa, aunque tenga posición de dominio, es libre de negarse a contratar con un no competidor sin justificar por qué (arbitrariamente). Por ello, a este tipo de conductas se les ha denominado negativas de trato arbitrarias.

En tal sentido, si una empresa no puede duplicar un activo o infraestructura de otra (incluso si este activo es monopolístico) y quiere tener acceso a él, siendo este acceso factible, no se configuraría un abuso de posición de dominio si no existe relación de competencia (real o potencial) entre ellos.

Por ello, si la empresa que niega acceso no compete directa ni indirectamente (a través de una

empresa vinculada) con el solicitante, la negativa debe presumirse legítima. Ello, porque si una empresa, aún con posición de dominio, no va a obtener beneficios competitivos, pues no perjudicará a un competidor, debe entenderse que su negativa a proveer acceso responde a una razón comercial válida. Hacemos esta aclaración, aunque parezca innecesaria, pues, bajo la vigencia del Decreto Legislativo No. 701, OSIPTEL²² e Indecopi consideraron sancionable la negativa de una empresa a contratar aún en tal supuesto. En varios fallos emitidos por el Tribunal de Solución de Controversias de OSIPTEL²³ y de Indecopi²⁴, en los que se analizaron negativas de empresas de distribución de energía eléctrica a alquilar postes a empresas de televisión por cable²⁵, se adoptó el criterio contrario, llegándose a sancionar tales negativas arbitrarias como conductas anticompetitivas.²⁶ Como se ha anotado, los casos fueron resueltos bajo la vigencia del Decreto Legislativo No. 701. Afortunadamente, con el Decreto Legislativo No. 1034, ha quedado claro que no es posible sancionar las negativas de trato arbitrarias²⁷, sea a una FE o no, pues se exige expresamente el beneficio competitivo del infractor y consiguiente efecto excluyente de

22 OSIPTEL es el encargado del enforcement de la legislación de competencia en el sector telecomunicaciones.

23 En el sector telecomunicaciones, OSIPTEL tiene competencia para resolver casos de denuncias por violación de las normas de competencia.

24 Caso *Cob Cable vs. Electrocentro*. Ver Resolución No. 869-2002/TDC-INDECOPI.

25 Véase las Resoluciones No. 014-2003-TSC/OSIPTEL, de 11 de junio de 2003, No. 015-2003-TSC/OSIPTEL, de 18 de junio de 2003, No. 017-2003-TSC/OSIPTEL y No. 018-017-2003-TSC/OSIPTEL, ambas de 24 de junio de 2003.

26 En el caso particular de los postes, cabe anotar que, mediante la Ley 28295, Ley que regula el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, publicada el 21 de julio de 2004, se ha establecido el acceso obligatorio a los postes, cámaras y ductos, a los que califica como infraestructura de uso público.

Artículo 6.- Definiciones

Para efectos de la presente Ley se adoptan las siguientes definiciones:

(...)

c) *Infraestructura de uso público*.- Todo poste, alfiler, conducto, cámara, torre, derechos de vía asociado a la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones y/o energía. Adicionalmente, se considerará infraestructura de uso público a aquella que así sea declarada por OSIPTEL con opinión previa y favorable de los organismos reguladores competentes". En otros sectores (por ejemplo, para la infraestructura de transporte de uso público como puertos, aeropuertos y carreteras) también se regula el acceso obligatorio. Al aplicarse esta regulación específica, ya no se aplican las normas generales de libre competencia.

27 *Artículo 10.- El abuso de la posición de dominio*.-

10.1. Se considera que existe abuso cuando un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a compe-

competidores para que se configure un abuso de posición de dominio.

Cabe precisar que, al resolver denuncias por abuso de posición de dominio, el Tribunal de OSIPTEL en la mayoría de casos determinó que los postes no constituían facilidades esenciales²⁸. El Tribunal de Indecopi los calificó como FE en el caso Cab Cable.²⁹

A nuestro entender, se requiere que la negativa de acceso a la FE esencial genere beneficios competitivos al infractor, esto es, que se presente evidencia de que hay un efecto "predatorio" o "exclusorio", de lo contrario no cabe sanción.³⁰

En efecto, si no responde a una conducta exclusoria, el "daño" que sufra una empresa como resultado de no poder contratar con otra no debe preocupar al derecho de la competencia, ese es un riesgo que se enfrenta todos los días en el mercado y no afecta el proceso competitivo. Es evidente que una empresa, por más que controle una supuesta FE o cuente con posición de dominio, no es responsable por todos los negocios que se frustren porque ella no los encuentra convenientes. Por el contrario, tiene la libertad de contratar con quien lo desee y esta libertad solo se restringe si se ejerce con un fin anticompetitivo. Así, el "daño" por no contratar con quien no es su competidor directo o indi-

tidadores reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición. (...)

10.5. No constituye abuso de posición de dominio el simple ejercicio de dicha posición sin afectar a competidores reales o potenciales" (subrayado agregado).

El Decreto Legislativo No. 701 establecía en su artículo 5 lo siguiente:

"Artículo 5.- Se considera que existe abuso de posición de dominio en el mercado, cuando una o más empresas que se encuentran en la situación descrita en el artículo anterior, actúan de manera indebida, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles, de no existir la posición de dominio".

Es decir, no se refería a los perjuicios a competidores. Esto, unido al artículo 3 que se refería al "interés económico general" como el bien jurídico afectado por la conducta, permitió interpretar que las negativas de trato arbitrarias podían ser sancionadas. El artículo 3 establecía lo siguiente:

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

Si bien una correcta interpretación del artículo citado debía llevar a concluir que el interés económico general en una economía social de mercado es proteger el proceso competitivo y no a las empresas en sí mismas, el Tribunal de Indecopi y Osipitel fueron de distinta opinión.

Así el Tribunal de Indecopi opinó que FE es: "(...) aquella infraestructura o medio que es indispensable para la producción de un determinado producto en otro mercado, por lo que la negativa a proporcionar dicho bien perjudica la competencia. Es en ese sentido, si una empresa que tiene un recurso o servicio considerado esencial, se niega injustificadamente a contratar con otra y dicha conducta perjudica el interés económico general, y dentro de este específicamente a los consumidores, será objeto de sanción por la autoridad de libre competencia" (Resolución No.00870-2002/TDC-INDECOPI).

- 28 Por ejemplo, véase la Resolución No. 019-2003-TSC/OSIPTEL, publicada en el Diario oficial El Peruano el 11 de julio de 2003, que declaró fundada la demanda interpuesta por Empresa de Telecomunicaciones Multimedia Alfa E.I.R.L. contra Telefónica del Perú S.A.A. En este caso se concluyó que los postes no calificaban como FE.

Por el contrario, en el caso Tele Cable Motupe S.R.L. contra Electronorte S.A. se consideró que los postes constituían FE por existir una prohibición municipal de instalar nuevos postes en la ciudad. Ver Resolución No. 018-2003-TSC/OSIPTEL, de 24 de junio de 2003.

- 29 Resolución No. 0869-2002/TDC-INDECOPI de 11 de diciembre de 2002.

- 30 En esta línea se ha sostenido: "(...) as with any other monopolization or attempted monopolization claim, so-called essential facilities claim must include some showing of "exclusionary" or "predatory" conduct. In this context, that means conduct that would not make sense but for its tendency to reduce or eliminate competition" (subrayado agregado). En: *Brief for the United States & the Federal Trade Commission as Amici Curiae Supporting Petitioner at 14*, Verizon Communications Inc. vs. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. 398, 2004, No. 02-682, p. 22, disponible en: <http://www.usdoj.gov/atr/cases/T201000/201048.htm>.

recto no será resultado del ejercicio de poder de mercado del monopolista o titular de la FE. Es una situación similar a la que se da si se le acusa de cobrar un "precio excesivo", lo que tampoco es sancionable.

En suma, la EFD no crea un supuesto de infracción distinto del abuso de posición de dominio, por lo que no podría calificarse como abuso de tal posición la negativa a dar acceso a una FE si ella está justificada (en caso de afectar a un competidor) o si no se genera un efecto anticompetitivo, esto es, un perjuicio a un competidor del titular de la FE.

No obstante, algunos autores, sobre la base de la jurisprudencia europea, interpretan que la EFD permite obligar a dar acceso al margen del efecto anticompetitivo:

"(...) la doctrina de los recursos esenciales podría generar un deber de contratar al margen de cualquier consideración intencional, o incluso al margen de que el comportamiento abusivo reporte ventaja competitiva alguna a la empresa dominante, bastando con demostrar que el acceso a un verdadero recurso esencial ha sido denegado" (subrayado agregado).³¹

Nuestra opinión es que ello distorsiona el derecho de la competencia, eliminando los incentivos que precisamente mantienen vigoroso el proceso competitivo (ver punto V, infra). Con la normativa actual, es claro que en el supuesto que se admitiera un caso de FE no podría sancionarse la negativa arbitraria de acceso. Opinamos que esta interpretación también era la correcta bajo la vigencia del Decreto Legislativo No. 701, pero su texto se prestaba a interpretaciones

diferentes que han quedado zanjadas con la norma vigente.³²

V. CRÍTICAS A LA EFD

De acuerdo a lo expuesto, la EFD resulta cuestionable, entre otros aspectos, por su ambigüedad, que permite inferir que se debe dar acceso aun sin afectarse la competencia.

Ello explicaría la popularidad de la EFD. En efecto, ¿no sería lo más adecuado recurrir a la figura de abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada a contratar? De hecho, varios autores coinciden en que bastaría con aplicar la norma que sancione la negativa injustificada a contratar. Pero, si la mayoría de ordenamientos cuenta con tal norma, ¿por qué se sigue invocando la EFD?

A nuestro entender, el éxito de la EFD se debería a que su ambigüedad y lo relativo del término "esencial", permiten convertir en "necesario para competir" cualquier activo o recurso que un competidor desea, solicitar acceso a él y generar la obligación de compartirlo en términos no discriminatorios. Es decir, permitiría lograr una "solución regulatoria" en un mercado no regulado. Con el "agravante", como ya se ha indicado, que se elimina la exigencia de que la negativa de acceso genere un beneficio competitivo, que es un presupuesto necesario para sancionar una práctica anticompetitiva.

En ese sentido, la EFD ha sido muy criticada pues se considera que, entre otras cosas, afecta injustificadamente los derechos de propiedad y puede generar efectos adversos en los incentivos para la inversión e innovación, en tanto ninguna empresa deseará compartir recursos

31 DÍEZ ESTELLA, Fernando, *La Doctrina del Abuso en los Mercados Conexos: Del "Monopoly Leveraging" a los "Essential Facilities"*. En: Universidad Antonio de Nebrija, *Revista de Derecho Mercantil*, No. 248, julio 2003.

32 Cabe anotar que, en las discusiones públicas llevadas a cabo en Indecopi para recibir aportes al proyecto de ley que daría origen al Decreto Legislativo No. 1034 se hizo referencia a las negativas de trato arbitrarias como conductas que no debían ser sancionadas y se concluyó que la referencia a los "competidores" como los agentes afectados con el acto de abuso de posición de dominio, evitaba que se pudiera interpretar que tales negativas se encuentran sancionadas.

propios con los competidores, aun cuando se le ofrezca una contraprestación "justa".³³ Es evidente que ningún empresario invierte para luego compartir con los competidores sus recursos. Por el contrario, si sabe que los va a tener que compartir, entonces no invertirá.

Como señala Areeda³⁴: "[...] la justificación para negarse a compartir un laboratorio de investigación no se centra en la posibilidad práctica de permitir a otro usar el laboratorio, sino en la preocupación general de que el demandado nunca hubiera construido un laboratorio de ese tamaño e importancia si hubiera sabido que se le ordenaría compartirlo. La compartición obligada desincentiva la construcción de instalaciones como esta, aun cuando ellas benefician a los consumidores".

Así, las decisiones de la autoridad ordenando acceso a recursos ajenos ocasionarán en el largo plazo que las empresas desistan de innovar e invertir. Peor aun, fomentarían una conducta "parasitaria" en quienes solicitan acceso a la FE y pierden incentivos para innovar e invertir.

En este orden de ideas, Robinson³⁵ señala que: "Así como la compartición forzada puede socavar los incentivos para invertir de la empresa a la que se le ordena compartir, quizás ella socava aún más el incentivo de las empresas solicitantes de la compartición para invertir en sus propias facilidades".³⁶

Pero, además de los incentivos perversos anotados, hay complicaciones de orden práctico que

llevan a considerar inconveniente la adopción de la EFD.

Por ejemplo, una de las dificultades en la aplicación de la EFD se presenta en el ámbito de los precios y condiciones de acceso.

En efecto, es evidente que si se considera que es obligatorio el acceso a una infraestructura por ser FE, las partes deberán ponerse de acuerdo sobre un precio, si no lo hacen ¿Indecopi tendría que fijarlo? ¿Cómo fijar el precio?³⁷ No es tarea sencilla, para hacerlo los reguladores cuentan con información y especialistas, de lo que carecería Indecopi por no estar dentro de sus atribuciones la regulación económica.

Recordemos, además, que el "abuso explotativo" o fijar precios elevados de parte de un monopolista no es sancionable, por lo que en principio el titular de la FE podría cobrar el precio que considere conveniente. Si el titular de la FE cobra un precio "excesivo" o sube el precio que Indecopi le fije, ¿qué ocurriría?

Es claro que si Indecopi fija precios y condiciones de acceso, actuará como regulador, distorsionando sus funciones.

Pero además, hay otro problema, relativo a la capacidad de la infraestructura. En efecto, es de esperar que la FE, por su naturaleza, tenga una capacidad limitada. Además, pueden existir

33 El tema de la fijación de la contraprestación es otra fuente de críticas para la EFD, como se indica más adelante.

34 AREEDA, Philip, Op. Cit., Traducción libre del siguiente texto: "(...) the justification for refusing to share a research laboratory does not focus on the practical infeasibility of letting another use the laboratory, but on the general concern that the defendant never would have built a laboratory of that size and character in the first place if he had known that he would be required to share it. Required sharing discourages building facilities such as this, even though they benefit consumers".

35 ROBINSON, Glen D., On refusal to deal with rivals. En: Cornell Law Review, Volume 87, July 2002, Number 5, p.1223.

36 Traducción libre del texto siguiente: "Just as forced sharing may undermine the investment incentives of the firm ordered to share, perhaps it undermines even more the incentive of the firms seeking to share to invest in their own facilities".

37 Al respecto, el Abogado Jacobs en sus Conclusiones en el asunto Bronner sostuvo: "Admitir la pretensión de Bronner llevaría a las autoridades y órganos jurisdiccionales comunitarios a efectuar una reglamentación detallada de los mercados comunitarios, que conlleve a la fijación de precios y condiciones de entrega en amplios sectores de la economía" (Apartado 69 de la opinión del Abogado Jacobs en el asunto Oscar Bronner GmbH & Co. KG vs. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Case C-7/97, 1998).

razones técnicas que dificulten el acceso del competidor en condiciones satisfactorias para este. En tal sentido, la restricción de la capacidad puede ser un aspecto que no resulte sencillo de evaluar o que requiera conocimientos de los que Indecopi carezca, por no ser su función regular condiciones de acceso.

Lo cierto es que la justificación de la negativa de acceso puede venir dada por una falta de capacidad de la FE y en tal caso, no sería sancionable. Así, si el titular está haciendo uso de toda la capacidad de la infraestructura, sea por el mismo o dando uso a terceros, la negativa de acceso no será anticompetitiva sino justificada y por tanto, no sancionable.

Hacemos esta precisión pues existe la tentación de, una vez identificada una FE, exigirle al monopolista que la comparta aun a costa de su propio negocio, sin aceptar su justificación de que se

encuentra usando la FE en toda su capacidad. Tal posibilidad debe ser descartada.³⁸

En esa línea, comentando la jurisprudencia norteamericana, Hovenkamp³⁹ señala:

"La mayoría de cortes sostienen además que, incluso si pudieran haber efectos anticompetitivos, quien controle una facilidad esencial no necesita comprometer o limitar su propio negocio para acomodar a otros. Por ejemplo, si el dueño de un ducto de gas natural lo usa a su máxima capacidad para transportar su propio gas, para el cual ya tiene un mercado listo, no tiene obligación de alquilarle espacio en el ducto a su competidor".

Evidentemente, lo indicado también es cierto respecto de cualquier caso de negativa a contratar, aunque no se refiera a una FE.

38. Ver el Informe No. 023-2005-INDECOPI/ST-CLC de 13 de junio de 2005 (versión pública) emitido en los expedientes acumulados 010 y 012-2004/CLC. Si bien no se usó la EFD, en la práctica el remedio que se propone es una regulación de acceso a una FE. Así, no se acepta la justificación del titular basada en que los activos (locomotoras y vagones) estaba arrendado en su totalidad y su capacidad estaba siendo utilizada al máximo por su operador vinculado y se propone como medida correctiva un "mecanismo de acceso" que en la práctica supone que INDECOPI actúe como un regulador, lo que claramente no le compete.

"376. Dado que en opinión de esta Secretaría Técnica, Fetrans ha abusado de su posición de dominio al haber negado el acceso competitivo al Material a Fersiniac argumentando la existencia de un contrato de alquiler con su empresa vinculada Perurail, corresponde elaborar a continuación una propuesta de medida correctiva que implique un mecanismo de acceso a competidores al Material con la finalidad de dotar mayor dinamismo al mercado en el segmento de transporte ferroviario de carga y pasajeros, conforme a la finalidad del proceso de concesión de los ferrocarriles en el Perú.

(...)

382. En el caso de que un operador solicite el alquiler de la mitad del Material otorgado en concesión por parte del Estado peruano, Fetrans deberá armar dos paquetes lo más equitativo posible del referido Material. A efectos de evitar que Fetrans tenga el incentivo de armar dos paquetes relativamente disímiles con la finalidad de beneficiar a Perurail, el operador solicitante será quien elija el paquete que se le será adjudicado, mientras que Perurail se quedará con el otro paquete.

(...)

386. En el supuesto de que más de un operador solicite el alquiler de la mitad del Material, al igual que en el caso anterior, el concesionario deberá armar dos paquetes lo más equitativo posible del Material. En este esquema, los operadores no vinculados que concurren por el alquiler del Material competirán en una subasta a efectos de adjudicarse una de las mitades del Material. La otra mitad permanecerá en posesión de Perurail para su operación en el FSO (...)."

39. HOVENKAMP, Herbert, Op. Cit., p. 310, Traducción libre del siguiente texto: "Most courts also hold that, even if there might be anticompetitive effects, the controller of an essential facility need not compromise or impair its own business in order to accommodate others. For example, if the owner of a natural gas pipeline is using it to full capacity to carry its own gas, for which it has a ready market, it has no duty to lease space in the line to a competitor".

Tampoco puede exigirse al titular que invierta en ampliar la facilidad para atender el requerimiento del competidor: *"Es dudoso que el dueño de la facilidad esencial pueda estar bajo una obligación de incrementar la capacidad de forma que permita el acceso de un tercero"*.⁴⁰

El hecho que se tenga que aclarar aspectos tan evidentes revela la problemática que plantea la EFD.

Nótese, además, que los problemas y conflictos que pueden generarse durante la vigencia del acceso obligatorio exigirán de la autoridad de competencia un monitoreo constante, no solo de precios. Así, la situación del mercado puede variar y pueden presentarse nuevos conflictos entre las empresas. Por ejemplo, ¿qué pasaría si se da acceso y luego el titular de la FE necesita de su propia capacidad? ¿Tendría que "sacar" al competidor al que le dio acceso o verse perjudicado en la expansión de su negocio?

Asimismo, ¿el acceso debe ser permanente o más bien revisado cada cierto tiempo? Se ha sostenido que la temporalidad es lo más conveniente: *"(...) el propietario de la facilidad es libre -al menos bajo los principios de la Libre Competencia- de rechazar a un usuario una vez que un proveedor rival de la misma clase de facilidad entre en el mercado geográfico. En resumen, la aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales debe tener un límite temporal, aunque las cortes no se han dado cuenta de esta necesidad"*.⁴¹

VI. LA FE EN LA REGULACIÓN ECONÓMICA

Ahora bien, ya no en el ámbito del derecho de la competencia sino en el de la regulación económica, el concepto de FE se aplica a los llamados monopolios naturales de los servicios públicos. Así, en nuestro país, las infraestructuras esenciales de servicios públicos tienen

en las regulaciones sectoriales un régimen de acceso obligatorio. En ellas, no se aplica la EFD del derecho de la competencia (o la negativa injustificada a contratar), sino la regulación de acceso. Así, por ejemplo, si una empresa requiere prestar servicios de rampa o asistencia en tierra a aeronaves en el aeropuerto, existe un Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público⁴² (REMA), aprobado por OSITRAN, que asegura un acceso no discriminatorio y en condiciones equitativas a la FE (la plataforma del aeropuerto) a todos los prestadores de tales servicios.

Dadas las dificultades que hemos esbozado en párrafos anteriores, consideramos que en nuestro derecho de la competencia no debería admitirse la aplicación de la EFD, en tanto esta, correctamente entendida, supone la aplicación de condiciones tales que hacen que su implementación deba realizarse a través de la regulación y de manera restrictiva y absolutamente excepcional. Ello en tanto implica un monitoreo constante de información, precios y condiciones propios de un regulador y no de las agencias de competencia.

Así, el ámbito de aplicación del concepto de FE sería pues, la regulación (control *ex ante*) y no el control *ex post* propio de la legislación de competencia. Dicho de otro modo, aplicar EFD llevaría al Indecopi a ser regulador.

En efecto, en la jurisprudencia europea y norteamericana, la mayoría de casos donde resultaría razonable su aplicación se refieren a infraestructuras que podrían ser "monopolios naturales" sujetos a regulación de acceso, es decir, los que no sería económicamente razonable duplicar: puertos, aeropuertos, puentes, túneles, vías férreas, redes eléctricas, etc.

Puesto de otra forma, una auténtica FE será un monopolio natural que como tal, requiere de

40 WHISH, Richard, *Op. Cit.*, p.677. Traducción libre del siguiente texto: *"It is doubtful that the owner of the essential facility can be under a duty to increase capacity in order to enable a third party to have access"*.

41 LIPSKY, Abbot y Gregory SIDAK, *Op. Cit.*, p. 146.

42 Además del propio contrato de concesión del aeropuerto que establece el acceso obligatorio.

regulación económica, no de la aplicación del derecho de la competencia.

Así, el derecho de la competencia busca sancionar a empresas que actúan de manera anticompetitiva en mercados donde la competencia es posible, esto es, "(...) donde la rivalidad entre oferentes independientes de bienes sustitutos pueden (sic) existir".⁴³ En mercados donde la competencia no es factible, como aquellos donde existe un monopolio natural (puertos, aeropuertos, etc.), se aplica la regulación económica. Cabe anotar que ambos conceptos han sido criticados por igual: "(...) la mayoría de veces es absolutamente imposible trazar una clara línea divisoria entre los mercados que pueden ser calificados como un monopolio natural y aquellos que no pertenecen a dicho conjunto; lo propio ocurre con la categoría de las "instalaciones esenciales".⁴⁴

Evidentemente, para que exista competencia en una FE tendría que haber varios proveedores del mismo activo, lo que es imposible por la definición misma de FE o monopolio natural. Por ende, como ya se anotó, lo correcto si se identifica una verdadera FE no es sancionar a la empresa por actos contrarios a la competencia, sino establecer una regulación. Ello ocurrió con el caso del alquiler de postes para empresas de televisión por cable, en que luego de varios casos similares, se dictó una regulación especial. Aunque en ese caso, hay espacio para discutir si se trata de una auténtica FE, pero, cuando menos se dejó de sancionar a las empresas por conductas anticompetitivas cuando no había afectación de la competencia (negativas arbitrarias). Es claro que, si se identifica como FE algo que no lo es y se regula su acceso obligatorio a ella, tal solución es tan dañina como la sanción

por conductas anticompetitivas cuando no se ha afectado la competencia.

En este orden de ideas, consideramos que, si no se aplica la regulación económica a una infraestructura porque no estamos ante un monopolio natural, este no debe calificarse por Indecopi como una FE que deba ser compartida. Lo correcto es que la infraestructura que deba compartirse sea determinada *ex ante*, en la regulación, luego de un análisis muy riguroso del mercado, constituyendo una excepción. En el raro supuesto en que se presentare una denuncia por negativa de acceso a una auténtica FE no regulada, Indecopi debería tramitarla como una negativa injustificada a contratar y analizar el caso como tal, sin que sea necesario para ello recurrir a la EFD.⁴⁵ Así, como ya se anotó, la calificación de FE en modo alguno debe sustituir al análisis de poder de mercado que debe realizar la autoridad de competencia. En todo caso, en línea de lo dicho por Areeda, la EFD podría considerarse un epíteto o "alias", esto es, una diferente manera de referirse al problema, y por ello, su aporte en la resolución de este sería escaso.⁴⁶

En nuestro país, como ya se dijo, los marcos regulatorios sectoriales han identificado las FE y establecido un régimen de acceso obligatorio a ellas, por lo que, en caso de negativa del titular a dar acceso a competidores, no se aplicará la legislación de competencia para ordenar el acceso sino la propia regulación, que contiene sanciones para casos de incumplimiento.

Nótese que en un mercado con acceso regulado a FE quedará poco espacio para la aplicación del derecho de la competencia⁴⁷ (que es supletorio

43. LIPSKY, Abbott y Gregory SIDAK, *Op. Cit.*, p. 146-147.

44. HARO SELIÁS, José Juan, *Op. Cit.*, p. 160.

45. Incluso, en vía de abogacía de la competencia, podría instar a la entidad competente a establecer una regulación.

46. Así, se ha dicho que la EFD puede ser un "rótulo" que ayude en el análisis de una denuncia, pero no una infracción independiente: "a label that may aid in the analysis of a monopoly claim, not a statement of a separate violation of law", *Viacom Int'l vs. Time Inc.*, 785 F.Supp. 371, 376 n.12 (S.D.N.Y. 1992).

47. En el caso *Verizon vs. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, la Corte Suprema norteamericana señaló: "One factor of particular importance is the existence of a regulatory structure designed to deter and remedy anticompetitive harm. Where

de la regulación) y la EFD. En efecto, si el regulador ha hecho un análisis de las condiciones de competencia en un mercado para determinar respecto de qué activos o recursos se debe dar acceso obligatorio, es de presumir que, en cuanto a los activos que no son FE, el titular no pueda afectar la competencia si se niega a proveerla pues si así fuere, se hubiera ordenado su acceso obligatorio vía la regulación.

Un caso en que se pudo aplicar este razonamiento fue el resuelto por Resolución No. 1122-2007/TDC-INDECOPI, en que la Sala consideró ilegal la negativa de un concesionario de infraestructura ferroviaria a contratar (alquilar) locomotoras y vagones (material tractivo y rodante que le fue concesionado por el Estado), a un operador de transporte ferroviario.⁴⁸ Ello, pese a que se trataba de recursos que claramente no son FE en tanto cualquier operador de transporte está en capacidad de conseguir sus propios equipos para competir, por lo que ni el REMA⁴⁹ ni el contrato de concesión⁵⁰ los calificó como tales. Este razonamiento coincide con la jurisprudencia europea en un caso similar (pedido de suministro de locomotoras) en que se afirmó que *"no (...) resulta imposible para terceros obtener dichas locomotoras, bien directamente de sus constructoras, bien indirectamente comprándolas o alquilándolas a empresas terceras"*.⁵¹ Como en nuestro país no existen restricciones a la

importación de locomotoras y vagones, debió seguirse el mismo razonamiento.

Se ha sostenido que fue positivo que la Sala no recurriera a la EFD en este caso⁵² pero, aunque suene contradictorio, quizá hubiera sido preferible hacerlo pero para descartar una infracción, no para brindar acceso, pues si se entiende correctamente lo que es una FE (un monopolio natural) entonces, es evidente que los vagones y locomotoras no lo son, por lo que no podría considerarse anticompetitiva la negativa a alquilarlos. Así, si bien coincidimos en que no es conveniente aplicar la EFD en el ámbito del derecho de la competencia, probablemente este sea uno de los pocos casos en que el concepto de FE correctamente entendido hubiera sido útil como elemento argumentativo para desestimar la imputación, al referirse precisamente a un mercado regulado⁵³. En otras palabras, si Indecopi hubiera adoptado el concepto de FE (entendida como un monopolio natural) se hubiera puesto en evidencia lo insostenible de la imputación de que el concesionario gozaba de posición de dominio. Prueba de que las locomotoras y vagones son perfectamente "duplicables" y accesibles por cualquier competidor es que, en la actualidad, los operadores que han solicitado acceso a la vía férrea del ferrocarril del Sur Oriente, tienen sus propios equipos y vagones

such a structure exists, the additional benefit to competition provided by antitrust enforcement will tend to be small, and it will be less plausible that the antitrust laws contemplate such additional scrutiny".

48 Cabe precisar que la autora patrocinó a la empresa concesionaria en el procedimiento en Indecopi, no obstante, las opiniones al respecto son emitidas a título estrictamente personal.

49 El REMA califica como FE la vía férrea, estaciones, patios de maniobras, etc., esto es, la infraestructura equivalente a lo que en el caso *Terminal/Railroad* antes citado se consideró como facilidades no duplicables.

50 El contrato de concesión respectivo establece la obligación de la empresa de dar acceso no discriminatorio a la vía férrea.

51 Asuntos acumulados T-375/95, T-384/94 y T-388/94.

52 Vid. FALLA JARA, Alejandro, *Lo que el Tien nos Dejo*. En: Revista Derecho y Sociedad, No. 29, p. 369.

53 Como ya se anotó, si el REMA no reguló el acceso obligatorio a locomotoras y vagones es que no se les consideró activos no duplicables del concesionario.

y no están solicitando acceso al material tractivo; más bien los conflictos se han dado en el acceso regulado a la infraestructura, esto es, la vía férrea (sobre la subasta de horarios).⁵⁴

VII. CONCLUSIÓN

En conclusión, la EFD, por su ambigüedad y dificultades de aplicación por Indecopi,

debe ser descartada nuestro de derecho de la competencia, evitando así que la agencia de competencia se convierta en organismo regulador. El concepto de FE sí tiene cabida en la regulación, la cual deberá cuidar de calificar como tales aquellos activos realmente esenciales para competir, de modo que no se termine eliminando el incentivo para invertir, producir e innovar.



54. Ello no significa que no puedan ocurrir violaciones a la competencia en mercados regulados, pero sí que la calificación de FE del regulador es un indicador importante para definir la situación de la competencia en el mercado y la existencia de posición de dominio.