



## TRIBUNAL DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS

### Resolución N° 014-2003-TSC/OSIPTEL

**EXPEDIENTE** : 006-2000  
**PARTES** : V.O. Cable S.A. (**V.O. Cable**) contra Luz del Sur S.A.A. (**Luz del Sur**).  
**MATERIA** : Supuestos actos de abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato y discriminación, así como presuntas prácticas restrictivas de la competencia.  
**APELACIÓN** : Resolución N° 032-2001-CCO/OSIPTEL, que declaró fundada en parte la demanda e impuso a Luz del Sur S.A.A. una multa de 50 UIT.

SUMILLA: Se revoca la Resolución N° 032-2001-CCO-OSIPTEL en el extremo que declaró fundada la demanda interpuesta por V.O. Cable S.A. contra Luz del Sur S.A.A. por presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa de trato prohibido por los artículos 3° y 5° inciso a) del Decreto Legislativo 701, declarándola infundada.

De otro lado, se confirma la Resolución N° 032-2001-CCO-OSIPTEL en el extremo que declaró infundada la demanda de V.O. Cable contra Luz del Sur S.A.A. por presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de discriminación contemplado por el artículo 5° inciso b) del Decreto Legislativo 701.

Lima, 11 de junio del año 2003.

### VISTOS:

El recurso de apelación, del 05 de julio del año 2001, presentado por V.O. Cable mediante el cual solicita que el Tribunal de Solución de Controversias revoque la Resolución N° 032-2001-CCO/OSIPTEL, del 24 de mayo del año 2001, en los extremos que declaró que Luz del Sur no estaba obligada a contratar con ella al momento de emitirse dicha resolución, y que declaró que la demandada no incurrió en trato discriminatorio.

El recurso de apelación, del 05 de junio del año 2001, presentado por Luz del Sur mediante el cual solicita que el Tribunal de Solución de Controversias revoque la Resolución N° 032-2001-CCO/OSIPTEL, del 24 de mayo del año 2001, en los extremos que declaró que la demandada cuenta con posición de dominio en el mercado, que declaró que la negativa de trato no se encontraba justificada cuando V.O. Cable solicitó el arrendamiento de postes, y que le impuso una multa de 50 UIT.

**CONSIDERANDO:**

**I. ANTECEDENTES**

1. V.O. Cable es una empresa privada que, mediante Resolución Ministerial N° 270-99-MTC/15.03, de fecha 21 de junio del año 1999, obtuvo la concesión para prestar el servicio público de distribución de radiodifusión por cable en el Centro Poblado de Huaycán y zonas aledañas, distrito de Ate Vitarte, provincia de Lima.
2. Luz del Sur es una empresa privada dedicada a la distribución de energía eléctrica, concesionaria del servicio público de electricidad, inscrita en la ficha 131719 del Registro de Personas Jurídicas de Lima.
3. El 23 febrero del año 1999, V.O. Cable solicitó a Luz del Sur autorización para ocupar 128 postes para el tendido de su red de cables en el Centro Poblado de Huaycán.
4. Con fecha 19 de marzo del año 1999, Luz del Sur mediante comunicación SGID-99-057, contestó la solicitud de V.O. Cable, requiriéndole el proyecto de instalación de los cables, la relación de postes que se utilizarían, así como la documentación legal de la empresa a fin de realizar la evaluación técnica respectiva. Con fecha 10 de abril del año 1999, V.O. Cable remitió la información solicitada.
5. El 16 de agosto del año 1999, Luz del Sur remitió a V.O. Cable la comunicación SGIC.99.132, mediante la cual le informó que no autorizaba la utilización de sus postes por estar restringidos exclusivamente al servicio de distribución de energía eléctrica e iluminación pública.
6. A pesar de la negativa de Luz del Sur, con fecha 21 de septiembre del año 1999, V.O. Cable remite una comunicación a la empresa mediante la cual presenta el proyecto de instalación de cables, el plano de ubicación de Huaycán <sup>1</sup>, y señala que la cantidad de postes a utilizarse asciende a 223.
7. El 21 de octubre del año 1999, V.O. Cable vuelve a remitir una comunicación a Luz del Sur adjuntando un nuevo proyecto de instalación de postes y señalando esta vez que el número de postes a utilizarse era de 264.<sup>2</sup>
8. El 07 de diciembre del año 1999, V.O. Cable se dirige mediante una comunicación a la Sub-Gerencia de Ingeniería y Calidad de Luz del Sur, señalando que a pesar de la negativa de Luz del Sur *“se ha reiniciado la gestión subsanando las omisiones anteriores”* y que se había logrado concordar voluntades entre las empresas y tenían conocimiento que se había proyectado el contrato respectivo.

---

<sup>1</sup> En esta comunicación V.O. Cable hace alusión a una supuesta conversación sostenida con representantes de Luz del Sur el día 09 de septiembre, en la cual le solicitan dicha documentación.

<sup>2</sup> En esta comunicación, V.O. Cable hace referencia a una solicitud verbal de dicha solicitud por parte de Luz del Sur.

**Resolución N° 014-2003-TSC/OSIPTEL**

9. En el mes de enero del año 2000, V.O. Cable comienza a utilizar los postes de Luz del Sur<sup>3</sup>; remitiendo el 28 de febrero del mismo año, la información y la documentación solicitada por dicha empresa, el 19 de marzo del año 1999.
10. El 11 de octubre del año 2000, se realizó una constatación policial - solicitada por Luz del Sur - mediante la cual se verificó el preciso momento en el que el Sr. Eddy Castillo Marino, trabajador de V.O. Cable, estaba instalando cables de propiedad de V.O. Cable en los postes de Luz del Sur, sin que esta última tuviera conocimiento.<sup>4</sup>
11. El 18 de octubre del año 2000, V.O. Cable envió una comunicación a Luz del Sur mediante la cual le solicitó una reunión a realizarse el día 23 de dicho mes con la finalidad de solucionar las diferencias entre ambas empresas con relación al uso de postes de Luz del Sur, manifestando su voluntad de formalizar el uso de dichos postes.
12. El 19 de octubre del año 2000, V.O. Cable interpuso una demanda ante OSIPTEL contra Luz del Sur por supuesto abuso de posición de dominio en las modalidades de negativa injustificada a contratar y discriminación, así como por presunta práctica restrictiva de la competencia en la modalidad de discriminación; solicitando que se ordene a Luz del Sur que suscriba con ella un contrato para el uso de sus postes y que se fije una tarifa adecuada y justa por dicho uso, conforme con el deterioro que pudiera ocasionar a tales bienes y el mantenimiento que correspondiera.
13. El 20 de octubre del año 2000, Luz del Sur solicita a V.O. Cable por vía notarial el retiro de sus cables de los postes de alumbrado público de Luz del Sur en el término de 48 horas. El mismo día, V.O. Cable contesta a la carta notarial de Luz del Sur señalando que ellos sí habían sido autorizados verbalmente por esta empresa para el tendido de su red de cable en los postes y que rechazaban la solicitud de bajar sus cables de los postes de Luz del Sur ya que, en ese caso, Luz del Sur sería responsable de un delito al entorpecer y estorbar el normal funcionamiento de los servicios públicos de telecomunicaciones.
14. El 02 de noviembre del año 2000, Luz del Sur contestó la demanda presentada señalando, entre otros argumentos, los siguientes:
  - Que ante la solicitud de alquiler de postes de V.O. Cable le comunicó a esta empresa que de aprobarse el uso de sus postes se le comunicaría por escrito;
  - Que Huaycán es una zona de alta reincidencia de conexiones clandestinas de energía eléctrica y que es su responsabilidad mantener un adecuado servicio.
  - Que las comunicaciones enviadas por V.O. Cable con posterioridad a la negativa expresa dada por Luz del Sur son redactadas maliciosamente con el propósito de confundir.

---

<sup>3</sup> Información proporcionada por V.O. Cable en su escrito de demanda.

<sup>4</sup> Este trabajador señaló en la constatación que en promedio 200 postes de Luz del Sur estaban siendo utilizados por V.O. Cable.

**Resolución N° 014-2003-TSC/OSIPTEL**

- Que V.O. Cable no tiene derecho a poner en riesgo la salud pública cuando arbitrariamente hace uso de los postes de alumbrado público.
15. El 15 de noviembre del año 2000, Luz del Sur presentó una denuncia ante la Primera Fiscalía Provincial en lo Penal de Santa Anita por la comisión de los delitos contra el patrimonio y usurpación agravada.
16. El 05 de febrero del año 2001, se produce una nueva constatación policial a solicitud de Luz del Sur, en la cual se verifica que dos personas estaban instalando cables en los postes de Luz del Sur.
17. El 30 de abril del año 2001, el Segundo Juzgado Penal del Cono Este dispone la apertura de instrucción por delito contra el patrimonio contra Antonio Palacios Aliaga, Director General de V.O. Cable, en atención al atestado policial y a la denuncia fiscal que constataron que el denunciado había instalado su red de cable sin contar con la autorización respectiva.
18. Con fecha 24 de mayo del año 2001, el Cuerpo Colegiado Ordinario encargado de conocer la presente controversia (en adelante, el CCO) emitió la Resolución N° 032-2001-CCO/OSIPTEL, mediante la cual decidió lo siguiente:
- Que Luz del Sur había incurrido en abuso de posición de dominio al negarse injustificadamente a contratar el uso de los postes de su propiedad instalados en el Centro Poblado de Huaycán del Distrito de Ate-Vitarte, ya que no tenía ninguna justificación válida para negarse a contratar cuando dio respuesta a la solicitud de uso de postes formulada por V.O. Cable (agosto del año 1999). En tal virtud, el CCO sancionó a Luz del Sur con una multa ascendente a 50 UIT.
  - Al momento de emitir la citada resolución Luz del Sur tenía motivos justificados para no contratar con V.O. Cable, debido a que esta empresa había instalado su red de cables en los postes de la primera sin su autorización y, además, dicha instalación incurrió en anomalías que podían generar riesgos de accidentes. En función de lo cual, el CCO consideró que Luz del Sur no estaba obligada a suscribir un contrato con V.O. Cable.
  - La demanda era infundada en los extremos correspondientes al supuesto abuso de posición de dominio en la modalidad de discriminación y a la presunta práctica restrictiva de la competencia en la modalidad de discriminación.
19. El 05 de junio del año 2001, V.O. Cable presentó recurso de apelación contra la Resolución N° 032-2001-CCO/OSIPTEL, respecto de los extremos en que declaró que Luz del Sur : (i) no había incurrido en abuso de posición de dominio en la modalidad de discriminación; y, (ii) que no estaba obligada a suscribir un contrato de arrendamiento de postes con V.O. Cable al momento de emitirse dicha resolución; sustentándose en los siguientes argumentos:
- V.O. Cable no utilizaba los postes de Luz del Sur sin su autorización ni contra su voluntad, ya que existió autorización verbal de ésta última desde enero del año 2000.

**Resolución N° 014-2003-TSC/OSIPTEL**

- El CCO hace inejecutable su propia decisión que declaró fundada la demanda, al declarar infundado el extremo en que se solicita que se obligue a Luz del Sur a suscribir un contrato con V.O. Cable.
  - A la fecha de emitirse la resolución apelada, la empresa Antenas Cablevisión Satélite E.I.R.L. contaba con una concesión para brindar el servicio de televisión por cable en todo el distrito de Ate-Vitarte, incluyendo Huaycán, por lo que constituía un competidor directo de V.O. Cable. Además si bien esta empresa no opera en Huaycán, su contrato de arrendamiento de postes le permitiría hacerlo siendo ello una ventaja competitiva frente a V.O. Cable. Por ello, Luz del Sur si incurrió en una discriminación que puso en desventaja a V.O. Cable frente a sus competidores.
20. En las misma fecha, Luz del Sur también presentó recurso de apelación contra la Resolución N° 032-2001-CCO/OSIPTEL, respecto de los extremos en que declaró que Luz del Sur : (i) cuenta con posición de dominio en el mercado relevante; (ii) que abusó de su posición de dominio en el mercado al negarse injustificadamente a contratar cuando V.O. Cable solicitó el arrendamiento de postes; y, (iii) que le impuso una sanción de 50 UIT; sustentándose en los siguientes argumentos:
- Luz del Sur no participa en el mercado relevante, definido como el Centro Poblado de Huaycán, ya que no brinda el servicio de arrendamiento de postes en el mismo, pero incluso si se considera que Luz del Sur participa en dicho mercado, no tiene posición de dominio puesto que existen postes sustitutos de otras empresas o propios de la demandante.
  - Luz del Sur tenía justificaciones para no contratar con V.O. Cable cuando le respondió en agosto de 1999 que no podía ofrecerle el uso de sus postes, principalmente derivadas del cambio de criterios utilizados para calificar a las empresas con las que contrataba en términos de seguridad, confiabilidad y solvencia, buscando minimizar riesgos (legales, técnicos y comerciales) y asegurar una retribución a precio de mercado.
  - El CCO no ha especificado en su resolución cuál es el beneficio que obtiene Luz del Sur al negarse a contratar con V.O. Cable ni tampoco cuál es el perjuicio que ocasionó al mercado.
21. El 14 de junio del año 2001, el CCO concedió, mediante Resolución N° 034-2001-CCO/OSIPTEL, los recursos de apelación interpuestos por V.O. Cable y Luz del Sur contra la Resolución N° 032-2001-CCO/OSIPTEL.
22. El 13 de junio del año 2001, V.O. Cable contestó el recurso de apelación de Luz del Sur afirmando que Luz del Sur sólo había pedido que se deje sin efecto la sanción impuesta, debiendo entenderse por ello que aceptaba los demás extremos de la resolución apelada. Asimismo, señaló que no era cierto que los postes que señalaba Luz del Sur que eran de propiedad de V.O. Cable lo fueran y que los informes técnicos presentados por Luz del Sur, carecen de valor probatorio al haber sido presentados de forma extemporánea. De igual forma, sostuvo que las justificaciones de la negativa de trato planteadas por Luz del Sur no eran válidas.

## **Resolución N° 014-2003-TSC/OSIPTEL**

23. En la misma fecha, Luz del Sur contestó el recurso de apelación presentado por V.O. Cable, reiterando los argumentos de su propia apelación y agregando que V.O. Cable no había demostrado que hubo una autorización verbal de uso de los postes de Luz del Sur y, además, que la subsanación de las deficiencias existentes en las instalaciones de V.O. Cable no impedían que Luz del Sur continuara negándose a contratar con esta empresa.
24. El Tribunal de Solución de Controversias de OSIPTEL fue creado en julio del año 2000 a través de la Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos. La designación de sus miembros se produjo con fecha 24 de enero del año 2003, mediante Resolución Suprema N° 023-2003-PCM. Por estas razones, el expediente fue elevado al Tribunal de Solución de Controversias recién el 21 de enero del año 2003.
25. El 19 de marzo del año 2003, el TSC emitió la Resolución N° 001-2003-TSC/OSIPTEL, mediante la cual otorgó el uso de la palabra a Luz del Sur y, de ser el caso, también a V.O. Cable. El referido informe oral se llevó a cabo el 16 de abril del año 2003 con la participación de ambas partes.
26. Finalmente, en los días 14, 16, 21 y 25 de abril y 17 de mayo del año 2003, V.O. Cable presentó escritos sustentando su posición y para mejor resolver. Luz del Sur hizo lo propio el día 12 de mayo del presente.

## **II. CUESTIONES PROCESALES PREVIAS**

### **2.1. Alcances del recurso de apelación de Luz del Sur**

27. V.O. Cable planteó en su contestación al recurso de apelación presentado por Luz del Sur que el único punto apelado por ésta era la sanción de 50 UIT, señalando que ese era el único extremo incluido por la demandada en la parte introductoria y en la conclusión de dicho recurso. En tal sentido, según V.O. Cable, de ser tal el contenido de la apelación de Luz del Sur, debería entenderse que la demandada habría aceptado el extremo de la Resolución N° 032-2001-CCO/OSIPTEL que declaró fundada la demanda por abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada a contratar.
28. Los principios de informalismo y eficacia contenidos en el Título Preliminar de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, orientan la actuación de los órganos administrativos para que las normas de procedimiento sean interpretadas de manera favorable a la admisión de los recursos, de modo que la exigencia de aspectos formales no limiten los derechos de los administrados, haciendo prevalecer la finalidad del acto procesal sobre los formalismos cuya realización no incida en su validez<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Los principios antes referidos de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aplicables a este procedimiento según lo dispuesto por la primera disposición transitoria de esta norma, establecen lo siguiente:

## **Resolución N° 014-2003-TSC/OSIPTEL**

29. Al respecto, es preciso señalar que si bien la introducción y conclusión del recurso de apelación de Luz del Sur se refieren expresamente a la multa impuesta, el texto íntegro de dicha apelación no se limita a cuestionar este extremo de la Resolución N° 032-2001-CCO/OSIPTEL, sino que niega la existencia de posición de dominio de parte de la demanda, busca sustentar las razones por las cuales la negativa de trato era justificada en agosto de 1999, y plantea la inexistencia de una ventaja para Luz del Sur al negarse a contratar con V.O. Cable así como de un perjuicio para el mercado a raíz de dicha negativa.
30. Según los principios señalados y considerando que la introducción y conclusión del recurso de apelación de Luz del Sur no determinan necesariamente el contenido y extremos de un recurso de impugnación, el Tribunal de Solución de Controversias entiende que la apelación de Luz del Sur no se limita a la multa de 50 UIT que le impuso el CCO, sino que incluye todos los extremos contenidos en el cuerpo de dicho recurso. Por ello, se tendrá en cuenta todos los cuestionamientos a la Resolución N° 032-2001-CCO/OSIPTEL que han sido planteados por la demandada en su apelación.

### **2.2. Pruebas presentadas por Luz del Sur con su apelación**

31. Luz del Sur presentó como anexos de su recurso de apelación los informes elaborados por la empresa consultora PROCETRADI y por la empresa HUTE Contratistas Generales, mediante los cuales se comprobaría que los postes de Telefónica del Perú S.A.A. ubicados en Huaycán se encuentran en capacidad técnica de soportar la carga del cableado de V.O. Cable y la existencia de postes de propiedad de V.O. Cable en Huaycán, respectivamente.
32. En su contestación de apelación de Luz del Sur, V.O. Cable sostuvo que los medios probatorios presentados por la demandada carecían de valor probatorio al haber sido presentados de forma extemporánea.
33. De acuerdo con el artículo 59° de la Resolución N° 027-99-CD/OSIPTEL, Reglamento General de OSIPTEL para la Solución de Controversias en la Vía Administrativa, se pueden admitir los medios probatorios que ofrezcan las partes con el escrito de apelación si: (i) están referidos a hechos ocurridos después de la realización de la audiencia de pruebas; o, (ii) si se trata de documentos expedidos

---

*“Principio de informalismo. Las normas de procedimiento deben ser interpretadas en forma favorable a la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados, de modo que sus derechos e intereses no sean afectados por la exigencia de aspectos formales que puedan ser subsanados dentro del procedimiento, siempre que dicha excusa no afecte derechos de terceros o el interés público”.*

*“Principio de eficacia. Los sujetos del procedimiento administrativo deben hacer prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental, sobre aquellos formalismos cuya realización no incida en su validez, no determinen aspectos importantes en la decisión final, no disminuyan las garantías del procedimiento, ni causen indefensión a los administrados. En todos los supuestos de aplicación de este principio, la finalidad del acto que se privilegie sobre las formalidades no esenciales deberá ajustarse al marco normativo aplicable y su validez será una garantía de la finalidad pública que se busca satisfacer con la aplicación de este principio”.*

## **Resolución N° 014-2003-TSC/OSIPTEL**

luego del inicio del procedimiento o que no hayan podido ser conocidos u obtenidos antes<sup>6</sup>.

34. Al respecto, debe señalarse que los informes presentados por Luz del Sur no se encuentran en ninguno de los supuestos antes mencionados, puesto que no se refieren a hechos nuevos dentro del procedimiento ya que se encuentran referidos a postes que ya estarían instalados en Huaycán desde la época en que el procedimiento se tramitó en primera instancia y, además, se trata de documentos que podrían haber sido obtenidos previamente por Luz del Sur.
35. No obstante, el Tribunal de Solución de Controversias cuenta con la facultad de ordenar la actuación de medios probatorios adicionales cuando lo considere conveniente, específicamente, informes que le permitan el esclarecimiento de la cuestión en discusión, de conformidad con el artículo 73° del Decreto Supremo N° 02-94-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos<sup>7</sup>, y el artículo 194° del Código Procesal Civil<sup>8</sup>, normas aplicables de acuerdo con la segunda disposición final de la Resolución N° 027-99-CD/OSIPTEL.
36. En tal virtud, si bien los medios probatorios ofrecidos por Luz del Sur no se encuentran dentro de los supuestos previstos por el artículo 59° de la Resolución 027-99-CD/OSIPTEL, resultan elementos de juicio adicionales para analizar los puntos materia de apelación, por lo que serán tenidos en cuenta como pruebas de oficio por este Tribunal, de conformidad con la facultad antes referida.

### **III. CUESTIONES EN DISCUSIÓN**

37. La cuestión en discusión, en el presente caso, consiste en determinar si el comportamiento de Luz del Sur constituye un acto de abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato.
38. Asimismo, es cuestión en discusión determinar si la conducta de Luz del Sur constituye un supuesto de abuso de posición de dominio en la modalidad de discriminación.

---

<sup>6</sup> Artículo 59. “Sólo se admitirán los medios probatorios que ofrezcan las partes o los terceros legitimados en el escrito que contiene la apelación o la absolución de su traslado: 1. Cuando estén referidos a la ocurrencia de hechos relevantes para el derecho o interés discutido, pero acaecidos después de concluida la audiencia de pruebas en primera instancia; 2. Cuando se trate de documentos expedidos con fecha posterior al inicio del procedimiento, o que comprobadamente no se hayan podido conocer y obtener con anterioridad”.

<sup>7</sup> Artículo 73. “A efecto de la Resolución del Expediente se solicitarán los dictámenes y/o informes que se juzguen absolutamente necesarios para el mejor esclarecimiento de la cuestión a resolver. Al ordenarse la expedición de un dictamen y/o informe se expresará la materia sobre la que se solicita opinión o investigación”.

<sup>8</sup> Artículo 194. “Cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el Juez, en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales que considere convenientes. (...)”.

#### **IV. ANÁLISIS**

##### **4.1 Posición de dominio de Luz del Sur**

39. El CCO concluyó en la Resolución N° 032-2001-CCO/OSIPTEL que el mercado relevante correspondiente a la presente controversia era el mercado de postes instalados en el Centro Poblado de Huaycán del distrito de Ate-Vitarte –de propiedad de Luz del Sur o de una tercera empresa- que pudieran ser utilizados en la modalidad de arrendamiento y como insumo por concesionarios del servicio de distribución de radiodifusión por cable (en adelante televisión por cable). En tal sentido, el CCO consideró que Luz del Sur participaba como oferente en dicho mercado, junto con Telefónica del Perú S.A.A.

De otro lado, el CCO concluyó que Luz del Sur y Telefónica del Perú S.A.A., como únicas propietarias de postes en Huaycán, ostentaban posición de dominio conjunta en el mercado relevante, considerando principalmente que tenían una participación similar en el mercado, la existencia de barreras de acceso al mismo, así como factores relacionados con las características del arrendamiento de postes –diferencias entre los postes de cada una, impacto de la tecnología en la industria, existencia de capacidad ociosa- y, adicionalmente, la falta de evidencia sobre competencia entre dichas empresas por arrendar postes en Huaycán.

40. En su apelación Luz del Sur manifestó que ella no participa en el mercado relevante definido por el CCO, ya que si bien cuenta con postes instalados en Huaycán nunca ha ofrecido el arrendamiento de sus postes en dicha zona.

Asimismo, la demandada sostuvo que incluso si se consideraba que sí participaba en dicho mercado, no tendría posición de dominio puesto que existían bienes sustitutos como los postes de Telefónica del Perú S.A.A. y los propios postes de V.O. Cable, como lo demostraba el hecho de que ya tenía varios postes instalados en Huaycán. En tal sentido, Luz del Sur afirmó que el costo de instalación de postes propios o la supuesta afectación del ornato de la ciudad que tal instalación podría causar no eran razones válidas para desecharlos como sustitutos, como había hecho el CCO en la resolución materia de apelación.

41. En cuanto al primer argumento de Luz del Sur, es decir, que no participa en el mercado relevante debido a que si bien cuenta con una red de postes instalados en Huaycán nunca los ha ofrecido en arrendamiento a ninguna empresa, debe señalarse que la demandada no sólo utiliza sus postes para el servicio de distribución de energía eléctrica y alumbrado público, sino que según la documentación que obra en el expediente, Luz del Sur permite a otras empresas el uso de sus postes en diferentes partes de su zona de concesión.

## Resolución N° 014-2003-TSC/OSIPTEL

En efecto, Luz del Sur ha suscrito diversos contratos de arrendamiento de postes, por ejemplo, con Tele Cable S.A., Boga Comunicaciones S.A., Resetel S.A., entre otras<sup>9</sup>. Este hecho demuestra que si bien Luz del Sur no ha arrendado sus postes en Huaycán, considera el arrendamiento de postes como una actividad comercial viable y se dedica a esta actividad al menos desde 1995. En tal sentido, Luz del Sur podría proceder de la misma forma en Huaycán, por lo que no hay razón para excluirla del mercado relevante<sup>10</sup>.

42. Al respecto, la definición del mercado relevante en procedimientos por infracción a las normas de libre competencia, se sustenta en una metodología generalmente aceptada y aplicada por las autoridades de defensa de la competencia. Dicha metodología recomienda incluir dentro del mercado relevante no sólo al producto o servicio materia de la denuncia, sino a bienes no idénticos pero que bajo determinadas circunstancias –principalmente ligadas con el precio de los mismos y a la elasticidad de demanda- pueden constituir sustitutos de aquellos. En tal sentido, deben considerarse como parte del mercado relevante a todas aquellas empresas que proveen o pueden proveer el bien en cuestión así como los sustitutos del mismo<sup>11</sup>.
43. Uno de los criterios tomados en cuenta para identificar a las empresas proveedoras, actuales o potenciales, del bien en cuestión y de sus sustitutos, es analizar si empresas que no se encuentran actualmente ofreciendo dichos bienes pueden hacerlo en el corto plazo y sin mayores dificultades o, en otras palabras, sin incurrir en costos significativos para ello. Esto sucede, por ejemplo, cuando la producción conjunta de diversos bienes por parte de una empresa resulta menos

---

<sup>9</sup> En su escrito de apelación, Luz del Sur ha afirmado que tiene suscritos contratos de arrendamiento de sus postes con las siguientes empresas e instituciones: Telecable S.A., Boga Comunicaciones S.A., Antenas Cablevisión Satélite E.I.R.L., Resetel S.A. (hoy AT&T), Banco Latino, Phillips Peruana S.A., IBM, Banco Santander, EGENOR, Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, Yomel PERÚ S.A., Telematic, Interbank, Prompex y CETCO.

<sup>10</sup> Al respecto, puede señalarse que en el informe oral el representante de V.O. Cable sostuvo lo siguiente: “Se señala que Luz del Sur no alquila postes en Huaycán. No han pensado ni antes que nosotros entráramos en Huaycán en arrendar postes ni posteriormente. Considero que es por falta de información de la parte contraria, nosotros el año pasado hemos hecho unas negociaciones, yo personalmente patrocinando otra empresa, para instalar postes en Huaycán, inclusive el asesor de la empresa esta acá presente y lo puede confirmar. No hubo ningún problema, nos dijeron que sí, que perfecto; el problema era el precio o sea que no hubo ahí que no tienen interés en arrendar en Huaycán (...)”.

<sup>11</sup> La consideración del bien objeto de la denuncia y de todos los sustitutos adecuados del mismo –y por ende de sus proveedores actuales y potenciales- se encuentra en estudios académicos: LANDES, W. y POSNER, R., “Market Power in Antitrust Cases” en: Harvard Law Review, 1981, Vol 94, N° 5, pags. 972-976. BRIONES, Juan. “Market Definition in the Community’s Merger Control Policy” en: European Community Law Review, 1994, N° 4, pags. 198-200. Asimismo, se contempla en manuales para el establecimiento de políticas de competencia en países en vías de desarrollo: KONRATH, Craig. Guía Práctica para la Ejecución de la Ley Antimonopolio para una Economía en Transición. Colombia, s/f, ps.96-104. KHEMANI, Shyam y otros, A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy. United States of America, 1998, pags. 11-14. Este criterio también se encuentra expresamente en los lineamientos de reconocidas autoridades de defensa de la competencia: U.S. Department Of Justice – Federal Trade Commission. Horizontal Merger Guidelines. 1992, sección 1.1. Comisión Europea. Comunicación de la Comisión Relativa a la Definición de Mercado de Referencia a efectos de la Normativa Comunitaria en Materia de Competencia. 1997, puntos 13, 20, 21, 24.

**Resolución N° 014-2003-TSC/OSIPTEL**

costosa que si sólo produjera uno o algunos de ellos<sup>12</sup>. En tales casos, si bien una empresa puede no participar efectivamente en una determinada actividad, se le considera dentro del mercado relevante correspondiente a dicha actividad.

44. En tal sentido, debe considerarse como parte del mercado relevante no sólo a las empresas que ofrecen efectivamente el bien requerido, sino también a aquellas que si bien no lo brindan actualmente si podrían hacerlo potencialmente, especialmente si cuentan con la capacidad instalada para hacerlo sin incurrir en costos significativos.
45. En este caso, la infraestructura de postes de Luz del Sur instalada en Huaycán cuenta con capacidad para soportar una red de cable como la de la empresa demandante, tal como ha quedado comprobado durante la tramitación del procedimiento en primera instancia. Además, este hecho no ha sido negado por la demandada. Por ello, debe considerarse que Luz del Sur sí participa en el mercado relevante.
46. El segundo planteamiento de Luz del Sur es que aún si se considera que dicha empresa participa en el mercado relevante, la demandada no contaría con posición de dominio en el mismo ya que los postes de Telefónica del Perú S.A.A. y los postes propios de V.O. Cable constituyen sustitutos adecuados de sus postes en Huaycán. Al respecto, Luz del Sur señaló que los argumentos utilizados por el CCO en la resolución materia de apelación para desechar la existencia de productos sustitutos son insuficientes; en particular, sostuvo que no puede descalificarse a la instalación de postes propios de V.O. Cable como sustituto por ser más costosa, en tanto que, en opinión de la demandada, el mayor costo sólo sería relevante si produce la salida del mercado de V.O. Cable.

Como sustento de tales afirmaciones, Luz del Sur presentó con su recurso de apelación un informe sobre la capacidad de los postes de Telefónica del Perú S.A.A. para soportar una red de cable como la de la demandante<sup>13</sup>, así como un informe que demostraría que V.O. Cable ha instalado diversos postes en Huaycán<sup>14</sup>.

47. En cuanto a la capacidad de los postes de Telefónica del Perú S.A.A. para soportar una red de cables como la de V.O. Cable, debe señalarse que este punto no se encuentra en cuestión y la resolución materia de apelación consideró que dichos

---

<sup>12</sup> BISHOP, S. y WALKER, M. Economics of E.C. Competition Law: Concepts, Application and Measurement (London, Sweet & Maxwell, 1999), pags. 51-52 y 55-56. HOVENKAMP, Herbert. Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice (St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1994), pags. 96-98. KHEMANI, Op. Cit., pag. 16.

<sup>13</sup> Luz del Sur presentó como medio probatorio anexo de su apelación el Informe Técnico elaborado por la empresa Consultora PROCETRADI, de fecha 04 de junio del año 2001, mediante el cual busca acreditar que los postes de Telefónica del Perú S.A.A. se encuentran en capacidad técnica de soportar la carga del cableado de V.O. Cable.

<sup>14</sup> Luz del Sur presentó como medio probatorio anexo de su apelación el Informe Técnico elaborado por la empresa HUTE Contratistas Generales, de fecha 02 de junio del año 2001, a efectos de acreditar la existencia de postes de propiedad de V.O. Cable en Huaycán.

**Resolución N° 014-2003-TSC/OSIPTEL**

postes contaban con capacidad suficiente al momento de definir la posición de dominio conjunta. En tal virtud, las afirmaciones de Luz del Sur al respecto devienen en insuficientes para negar que cuente con posición de dominio en el mercado. Considerando que el CCO concluyó que Telefónica del Perú S.A.A. y Luz del Sur contaban con posición de dominio conjunta, las pruebas aportadas por esta última tendrían que demostrar que es la primera quien cuenta con posición de dominio individual en Huaycán, para que Luz del Sur no tuviera dicha posición también.

48. Respecto de la posibilidad de instalación de postes propios de V.O. Cable como sustituto de los postes de Luz del Sur, ha quedado demostrado durante la tramitación del procedimiento en primera instancia, que los costos vinculados con dicha instalación son considerables y que el tiempo requerido para ello hace que en el corto plazo no puedan considerarse efectivamente como sustitutos de los postes existentes en Huaycán.

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

49. Si bien Luz del Sur presentó el informe mencionado previamente para demostrar que V.O. Cable cuenta con postes instalados en Huaycán y, por tanto, que la instalación de postes propios constituiría un sustituto adecuado, la Secretaría Técnica del Tribunal requirió a Luz del Sur que señale cuáles habían sido los criterios utilizados para determinar que los postes de Huaycán considerados en el informe presentado eran de propiedad de V.O. Cable<sup>15</sup>.

La respuesta de la demandada se limitó a precisar que todos los postes identificados en el mencionado informe tenían la exclusiva finalidad de servir a la instalación de la red de V.O. Cable y que entre los principales criterios para concluir que eran de propiedad de esta empresa se tuvieron en cuenta los siguientes: (i) identificar si las estructuras utilizadas por la red son de propiedad de Luz del Sur o de otras empresas de servicios que podamos identificar, y (ii) verificar los postes o estructuras que sólo tienen como finalidad brindar el servicio exclusivo de apoyo para la instalación o la red<sup>16</sup>.

Sin embargo, la demandante ha negado que los postes indicados en el informe presentado por Luz del Sur sean de su propiedad y ha señalado que sólo cuenta con dos postes instalados en Huaycán<sup>17</sup>. Esto ha sido corroborado posteriormente

---

<sup>15</sup> Requerimiento efectuado por la Secretaría Técnica mediante Oficio N° 068-CTTSC/2003, de fecha 11 de abril del año 2003.

<sup>16</sup> Escrito presentado por Luz del Sur con fecha 21 de abril del año 2003.

<sup>17</sup> Escrito presentado por V.O. Cable el 16 de abril del año 2003, mediante el cual informa que tiene instalados dos postes en la avenida 15 de Julio, frente al lote 49 (mercado Virgen de Chapi) de Huaycán, empleándose para cargar

#### **Resolución N° 014-2003-TSC/OSIPTEL**

por la Gerencia de Fiscalización de OSIPTEL, demostrándose así que V.O. Cable no es propietaria de los postes que Luz del Sur afirmó que tenía instalados en Huaycán<sup>18</sup>.

50. Debe tenerse en cuenta, además, que si bien existen empresas de televisión por cable que han instalado postes propios para la prestación de sus servicios, dicho número es bastante reducido en comparación con las empresas concesionarias que utilizan postes de terceras empresas para instalar sus redes de cables. Según información contenida en otros expedientes que han sido elevados en apelación al Tribunal de Solución de Controversias, sólo 4 de 138 empresas de televisión por cable en el Perú han instalado postes propios<sup>19</sup>, por lo que no puede considerarse que tales casos sean lo común. Pero incluso las empresas que tienen postes propios, sólo los utilizan en parte de su red, requiriendo de postes de terceras empresas para la otra parte<sup>20</sup>.
51. De acuerdo con lo señalado, el Tribunal de Solución de Controversias considera que no puede afirmarse que la instalación de postes propios de V.O. Cable sea sustituto adecuado de los postes de la demandada, ni que la existencia de dos postes de propiedad de la demandante en Huaycán sea evidencia de que Luz del Sur no cuenta con posición de dominio en el mercado relevante.

#### **4.2. Negativa injustificada de trato**

52. En la resolución materia de apelación el CCO concluyó que Luz del Sur había cometido abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato al negar el arrendamiento de sus postes en agosto de 1999, incurriendo así en la infracción tipificada por los artículos 3° y 5° inciso a) del Decreto Legislativo 701. En tal virtud, el CCO impuso a Luz del Sur una multa ascendente a 50 UIT. Asimismo, el CCO determinó que Luz del Sur tenía motivos válidos para negarse a contratar el arrendamiento de sus postes con V.O. Cable al momento de emitirse la resolución apelada, ya que la demandante había instalado sus cables sin autorización e incurriendo en anomalías técnicas, por lo que consideró

---

cables coaxiales. De acuerdo con la información contenida en dicho escrito, estos postes fueron instalados en diciembre del año 2000 debido a que en esta zona tenía que atravesarse avenidas y la altura de los postes de Luz del Sur no lo permitían sin poner en peligro el transporte por dicha avenida.

<sup>18</sup> Mediante Memorándum N° 352-GFS/2003, del 29 de mayo del año 2003, la Gerencia de Fiscalización de OSIPTEL remitió el Informe N° 185-GFS/2003, elaborado a pedido la Tribunal de Solución de Controversias. En este informe se verificó que si bien V.O. Cable utiliza los postes que Luz del Sur afirmaba que son de propiedad de la demandante, en realidad no son de su propiedad. Asimismo, los funcionarios de la Gerencia de Fiscalización consultaron a los vecinos de la zona sobre la época de instalación de los referidos postes, a lo que los vecinos respondieron que tenían entre 4 y 10 años de antigüedad, por lo que se entiende que no habrían sido instalados por V.O. Cable.

<sup>19</sup> Información contenida en el Expediente N° 007-2001, en particular en la Resolución N° 034-2002-CCO/OSIPTEL, y en el Expediente N° 009-2001, en particular en la Resolución N° 039-2003-CCO/OSIPTEL.

<sup>20</sup> Así, por ejemplo, Cable Junior utiliza postes propios para soportar los cables que salen de su cabecera pero no para los cables de acometida, mientras que Telecable Siglo XXI solo tiene postes propios para soportar los cables de acometida.

#### **Resolución N° 014-2003-TSC/OSIPTEL**

que no correspondía ordenar a la demandada que suscribiera un contrato con la demandante.

53. En su recurso de apelación Luz del Sur sostuvo que no correspondía sancionar a Luz del Sur por infracción al artículo 5º inciso a) del Decreto Legislativo 701, puesto que dicha norma requería que el infractor genere perjuicios y obtenga beneficios con la negativa, pero en el caso materia de autos no se había demostrado el beneficio que habría obtenido Luz del Sur al negarse a contratar con V.O. Cable. Adicionalmente, la demandada señaló que sí contaba con justificaciones para no contratar con la demandante en agosto de 1999, por lo que no había incurrido en la negativa injustificada de trato que suponía la resolución apelada y correspondía que se deje sin efecto la sanción impuesta.
54. De otro lado, en su recurso de apelación, V.O. Cable argumentó que Luz del Sur no tenía ninguna justificación para negarse a contratar al momento de emitirse la resolución apelada, como había concluido el CCO, ya que la demandante sí contaba con su autorización verbal. En tal sentido, según V.O. Cable correspondía que se ordene a Luz del Sur que contrate con ella.

#### **4.2.1. Norma aplicable a la conducta denunciada**

55. Considerando el cuestionamiento planteado por Luz del Sur sobre la inaplicabilidad del artículo 5º inciso a) del Decreto Legislativo 701 a la negativa de trato denunciada, corresponde determinar en primer lugar si la conducta en cuestión se encuentra prohibida por las normas de libre competencia.
56. Las negativas de trato pueden ser unilaterales y concertadas. Las negativas unilaterales son llevadas a cabo por una sola empresa, comúnmente una con importante poder de mercado. Las negativas concertadas, conocidas como boicots, tienen su origen en el acuerdo de dos o más empresas para no contratar con otra<sup>21</sup>.
57. Las negativas unilaterales de trato anticompetitivas consisten en el rechazo de una de las partes a contratar con la otra y tienen por objeto la exclusión de competidores en un mercado determinado o el intento de crear o mantener un monopolio de un mercado relacionado hacia arriba o hacia abajo. La negativa a contratar es una decisión que cualquier empresa puede adoptar válidamente en ejercicio de la libertad de contratar; sin embargo, en el caso de empresas que cuentan con gran poder de mercado, la negativa de trato debe ser analizada con mayor detenimiento, en tanto que puede tener por finalidad crear o mantener un monopolio, con lo cual puede constituirse en un ejercicio abusivo de tal poder<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> HOVENKAMP, Herbert. Antitrust (St. Paul, Minn., West Publishing Co.,1993), pag.195.

<sup>22</sup> BORK, Robert H. The Antitrust Paradox. A Policy at War with Itself (New York, The Free Press, 1993), pag. 344.

**Resolución N° 014-2003-TSC/OSIPTEL**

58. Los casos más comunes de negativas de trato anticompetitivas se producen: (i) cuando son un mecanismo de presión para evitar que la contraparte o un potencial cliente contrate también con los competidores de quien se niega a contratar; (ii) cuando se dirigen a impedir que adquieran un insumo las firmas que compiten con una empresa vinculada de aquella que incurre en la negativa; y, (iii) cuando una empresa verticalmente integrada vende a un precio excesivo el insumo en el que tiene posición de dominio –negativa de trato indirecta- y a un precio muy reducido el producto que utiliza dicho insumo y respecto del cual enfrenta competencia (figura conocida como “*price squeeze*”)<sup>23</sup>.
59. Un tipo adicional de negativa de trato que puede tener efectos anticompetitivos es aquella conocida como negativa arbitraria. Esta figura se presenta cuando la empresa que niega la venta no compite ni directa ni indirectamente –a través de una firma vinculada- con el agente afectado por la negativa. Al no existir dicha relación de competencia entre ellos, tampoco existe una evidencia cierta de que quien incurre en la negativa pretenda crear o mantener un monopolio en el mercado en que actúa el afectado<sup>24</sup>.
60. El marco legal peruano reconoce expresamente la libertad de contratar de los agentes económicos, circunscribiéndola dentro del orden público y de las normas vigentes al tiempo del contrato<sup>25</sup>. Por su parte, la ley de libre competencia -artículo 5º inciso a) del Decreto Legislativo 701- prohíbe las negativas injustificadas a contratar cuando son llevadas a cabo por empresas con posición de dominio, creando así una excepción a la libertad de contratar<sup>26</sup>.
61. La disposición mencionada requiere que a través de la negativa se busque generar perjuicios a terceros y, a la vez, obtener beneficios. Si bien las negativas de trato siempre ocasionan un perjuicio –para el afectado por las negativas- no siempre generan un beneficio para quien incurre en ellas, ya que implican una venta menos y, consecuentemente, menores ingresos.

Para que una negativa de trato genere beneficios a quien incurre en ella, se necesita que el infractor compita con el afectado, de manera que el perjuicio que éste sufre conlleve un beneficio para aquel. Asimismo, la negativa de trato también

---

<sup>23</sup> ROSS, Stephen. Principles of Antitrust Law (New York, The Foundation Press, Inc., 1993), pags. 76-82.

<sup>24</sup> ROSS, Op. Cit. pag. 85.

<sup>25</sup> Constitución Política del Perú

Artículo 2.- “*Toda persona tiene derecho: (...), 14) A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público (...)*”.

Artículo 62.- “*La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase (...)*”.

<sup>26</sup> Decreto Legislativo 701

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, actúa de manera indebida, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles, de no existir la posición de dominio. Son caso de abuso de posición de dominio: a) La negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación de productos o servicios. (...)*”

**Resolución N° 014-2003-TSC/OSIPTEL**

puede generar beneficios si con ella el infractor busca amenazar a sus clientes para que no contraten con su competidor. En tal sentido, puede afirmarse que la norma en referencia supone que exista relación de competencia directa o indirecta entre quien niega la venta y el afectado o que se utilice como mecanismo de presión.

62. De acuerdo con lo señalado, el artículo 5º inciso a) del Decreto Legislativo 701 no es aplicable a las negativas de trato arbitrarias, puesto que en éstos supuestos ni existe relación de competencia ni se utiliza tal conducta como medio de presión. No obstante lo señalado, debe tenerse en cuenta que si bien las negativas arbitrarias no generan un beneficio para quien se niega a contratar, bajo determinadas circunstancias pueden ocasionar efectos restrictivos de la competencia, sin necesidad de que ese haya sido el objetivo de quien incurrió en ellas.
63. La función de las normas contenidas en el Decreto Legislativo 701 es evitar prácticas empresariales con efectos restrictivos de la competencia. En tal sentido, el análisis de prácticas tales como una negativa arbitraria de trato debe centrarse en el efecto generado por esa conducta más que en el objetivo perseguido por la empresa que incurre en ella. Así, en determinados casos, las negativas arbitrarias podrían restringir la competencia, permitiendo que terceros –no vinculados a la empresa que niega la venta– se encuentren en condiciones de monopolizar un mercado.
64. El artículo 3º del Decreto Legislativo 701 contiene una prohibición amplia que considera sancionables los actos de abuso de posición de dominio que generen perjuicios para el interés económico general en el territorio nacional<sup>27</sup>. Si bien es de carácter general, esta norma tipifica conductas ilícitas, en tanto su violación es materia de sanción según el artículo 23º de dicha norma<sup>28</sup>. En tal sentido, debe entenderse que el artículo 3º del Decreto Legislativo 701 contempla aquellos supuestos que tengan efectos restrictivos de la competencia pero que no se encuentren previstos expresamente en otras disposiciones de la referida norma.
65. La prohibición de negativas arbitrarias de trato en virtud del artículo 3º del Decreto Legislativo 701 debe ser excepcional, siendo la regla general que se presuma la legitimidad de dichas prácticas. Ello se debe a que las normas de libre competencia buscan proteger el proceso competitivo y no a un competidor en

---

<sup>27</sup> 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”.

<sup>28</sup> Artículo 23.- “La Comisión de Libre Competencia podrá imponer a los infractores de los artículos 3, 5 y 6 las siguientes multas: a) si la infracción fuese calificada como leve o grave, una multa de hasta mil (1,000) UITs. Siempre que no supere el 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor correspondientes al ejercicio inmediato anterior a la resolución de la Comisión; b) si la infracción fuera calificada como muy grave, podrá imponer una multa superior a las 1,000 UITs siempre que la misma no supere el 10% del volumen de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor correspondientes al ejercicio inmediato anterior a la resolución de la Comisión”.

## **Resolución N° 014-2003-TSC/OSIPTEL**

particular. En consecuencia, las negativas arbitrarias sólo deben cuestionarse cuando pongan en riesgo el mantenimiento del proceso competitivo, es decir, cuando generen el riesgo que una tercera empresa pueda monopolizar el mercado afectado por la negativa. Si la negativa arbitraria ocasiona la salida de empresas del mercado, pero sin reducir el nivel de competencia existente, no debería ser objeto de cuestionamiento.

66. De este modo, si bien el artículo 5° inciso a) del Decreto Legislativo 701 no resulta aplicable a las negativas de trato arbitrarias, el Tribunal de Solución de Controversias considera que estos supuestos deben ser analizados según lo dispuesto por el artículo 3° de esta norma, considerando los efectos restrictivos de la competencia que pudieran generar tales conductas.
67. De acuerdo con la documentación que obra en el expediente, en el presente caso no existe evidencia que indique que Luz del Sur se encuentre integrada verticalmente con un competidor de V.O. Cable, ni que tenga interés por incursionar en el mercado de televisión por cable. Asimismo, tampoco se encuentra evidencia que Luz del Sur se encuentre utilizando la negativa de trato como mecanismo de presión para evitar que la demandante contrate con sus competidores. Es decir, la demandada no obtendría beneficios como consecuencia de la negativa de trato denunciada.
68. Como consecuencia de lo anterior, la conducta denunciada no puede analizarse a la luz del artículo 5° inciso a) del Decreto Legislativo 701, por lo que el Tribunal de Solución de Controversias considera que corresponde revocar la resolución apelada en el extremo que declaró que Luz del Sur incurrió en infracción a dicha norma mediante la negativa a contratar con V.O. Cable.
- No obstante, tratándose de un supuesto de negativa de trato arbitraria y en virtud del deber que tiene la autoridad administrativa de encausar el procedimiento<sup>29</sup>, este Tribunal considera que la conducta denunciada debe analizarse de conformidad con lo establecido por el artículo 3° del Decreto Legislativo 701.

### **4.2.2. Justificación de la negativa de trato**

---

<sup>29</sup> De acuerdo con el artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, norma aplicable al presente caso de conformidad con lo establecido por la segunda disposición final del Reglamento General de OSIPTEL para la Solución de Controversias en la Vía Administrativa, Resolución N° 027-99-CD/OSIPTEL, así como por la primera disposición transitoria de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444: *“Toda autoridad del estado que advierta un error u omisión en el procedimiento deberá encausarlo de oficio o a pedido de parte”*.

En el mismo sentido, el artículo 75° de la Ley 27444, establece lo siguiente: *“Deberes de las autoridades en los procedimientos. Son deberes de las autoridades respecto del procedimiento administrativo y de sus partícipes, los siguientes: (...); 3. Encausar de oficio el procedimiento, cuando advierta cualquier error u omisión de los administrados, sin perjuicio de la actuación que les corresponda”*.

**Resolución N° 014-2003-TSC/OSIPTEL**

69. El CCO analizó las justificaciones de Luz del Sur para negarse a contratar con V.O. Cable en dos momentos, en agosto del año 1999 –cuando la primera empresa respondió a la segunda que no autorizaba el uso de sus postes por estar dedicados exclusivamente al servicio de distribución de energía eléctrica y alumbrado público- y, en mayo del año 2001 –cuando emitió la resolución materia de apelación.

Considerando esta distinción, el CCO llegó a la conclusión que en agosto de 1999, Luz del Sur no tenía justificaciones válidas para negarse a contratar, puesto que las razones planteadas se relacionaban a hechos posteriores a ese mes o que no se habían probado.

70. En su apelación Luz del Sur argumentó que sí tenía justificaciones en agosto del año 1999 para no contratar con V.O. Cable. Según la demandada los contratos de arrendamiento de postes celebrados previamente a 1999 le generaron varios problemas por el incumplimiento de los arrendatarios. Así entre 1995 y 1999 se incrementaron los costos incurridos por Luz del Sur por accidentes, reducción de vida útil de los postes, normalización de instalaciones y uso no autorizado vinculados con el arrendamiento de sus postes a terceros. Entre 1998 y 1999 se incrementaron los requerimientos de la empresa a sus arrendatarios para que cumplan medidas de seguridad y de orden técnico.

Debido a tales hechos y como consecuencia del cambio de administración de la empresa ocurrido en 1999, Luz del Sur adoptó nuevos criterios de evaluación para suscribir un contrato de arrendamiento de postes, en términos de seguridad, confiabilidad y solvencia, buscando minimizar riesgos (legales, técnicos y comerciales) y asegurar una retribución a precio de mercado. En base a estos criterios, Luz del Sur habría determinado que V.O. Cable no era idónea para celebrar un contrato, lo cual quedó confirmado por lo hechos ocurridos con posterioridad a agosto del año 1999.

71. Por su parte, V.O. Cable cuestionó en su recurso de apelación que el CCO haya analizado la negativa de Luz del Sur distinguiendo dos momentos. Según V.O. Cable, con ese tipo de análisis el CCO hacía inejecutable su propia decisión de declarar que Luz del Sur incurrió en una negativa injustificada de trato en agosto del año 1999, ya que acto seguido declaraba que el pedido de la demandante para que se ordene a Luz del Sur a contratar era infundado, basándose en que a la fecha de emisión de la resolución apelada Luz del Sur sí tenía justificaciones para negarse a contratar.
72. Al respecto, debe señalarse que los hechos ocurridos en el presente caso indican que si bien hubo un intercambio de comunicaciones entre las partes previamente a que en agosto del año 1999 Luz del Sur respondiera a V.O. Cable que no le autorizaba el uso de sus postes, las negociaciones continuaron luego de ello. Cabe agregar también que ésta ha sido la posición de la demandante, quien ha sostenido que hasta diciembre del año 1999 continuó tratando el tema con Luz del Sur y que en enero del año 2000 habría recibido autorización verbal de esta última para instalar sus cables.

**Resolución N° 014-2003-TSC/OSIPTEL**

73. En efecto, como ya se ha detallado en los antecedentes, en febrero del año 1999 V.O. Cable solicitó a Luz del Sur autorización para ocupar 128 postes para el tendido de su red de cables en Huaycán. En respuesta a dicha solicitud, Luz del Sur le requirió en marzo del mismo año, el proyecto de instalación de los cables, la relación de postes que se utilizarían, así como la documentación legal de la empresa, a fin de realizar la evaluación técnica respectiva. Esta información fue remitida por V.O. Cable en el mismo mes. En agosto del año 1999, Luz del Sur comunicó a la demandante que no autorizaba la utilización de sus postes por estar restringidos exclusivamente al servicio de distribución de energía eléctrica e iluminación pública.
74. No obstante haber recibido esta negativa en agosto del año 1999, V.O. Cable insistió en septiembre del año 1999, solicitando en esta oportunidad a Luz del Sur el uso de 223 postes. Posteriormente, en octubre del mismo año, volvió a requerirle el uso de los postes, pero esta vez ampliando el número a 264. En ambas solicitudes la demandante remitió documentación sobre el tendido proyectado de sus postes. Inclusive, el 07 de diciembre de ese año, V.O. Cable se dirigió a la Sub-Gerencia de Ingeniería y Calidad de Luz del Sur señalando que se habían reiniciado las negociaciones entre las partes ya que la demandante había subsanado *“las omisiones anteriores”*, habiendo logrado concordar voluntades entre las partes, por lo que según tenía entendido se habría proyectado el contrato respectivo.
75. En tal sentido, el comportamiento y las afirmaciones de V.O. Cable demuestran que las negociaciones entre las partes se mantuvieron al menos hasta diciembre del año 1999.
76. En enero del año 2000, V.O. Cable procedió a instalar su red de cables en los postes de Luz del Sur, por considerar que esta última empresa la había autorizado verbalmente para efectuar dicha instalación. En febrero del año 2000, V.O. Cable volvió a enviar a Luz del Sur la información que esta empresa le había requerido en marzo del año 1999 para evaluar si la autorizaba a utilizar sus postes, es decir, el proyecto de instalación de los cables y la relación de postes a ser utilizados.
77. Meses después, el 11 de octubre del año 2000, Luz del Sur solicitó una constatación policial para que se verifique la instalación de cables de la demandante en los postes de dicha empresa, diligencia en la que se constató tal hecho, señalándose en el documento correspondiente que la instalación se realizaba sin autorización de Luz del Sur<sup>30</sup>. Luego de ello, el 18 de octubre, V.O. Cable solicitó a Luz de Sur una reunión para solucionar las diferencias existentes entre ambas.

---

<sup>30</sup> En dicho documento se señala que: *“(…) Efectivamente se encuentran instalados en los postes de Luz del Sur sin autorización de dicha empresa (...). Asimismo, se constató que (...) existen conexiones de cable de la empresa V.O. CABLE S.A. en los postes de Luz del Sur encontrando al Sr. Eddy CASTILLO MARIN trabajador de VEO CABLE S.A. haciendo instalaciones (...), en los postes de Luz del Sur”*

**Resolución N° 014-2003-TSC/OSIPTEL**

78. El 19 de octubre del año 2000, V.O. Cable procedió a presentar la demanda ante OSIPTEL, que ha dado origen a la presente controversia y, al día siguiente, Luz del Sur le requirió por vía notarial que en el término de 48 horas retirara los cables de sus postes.
79. El 15 de noviembre de dicho año, Luz del Sur presentó denuncia penal contra V.O. Cable por delitos contra el patrimonio y usurpación agravada. El 30 de abril del año 2001, el Segundo Juzgado Penal del Cono Este dispuso la apertura de instrucción por delito contra el patrimonio respecto del señor Antonio Palacios Aliaga, Director General de V.O. Cable, en atención al atestado policial y a la denuncia fiscal que constataron que el denunciado había instalado su red de cable sin contar con la autorización respectiva<sup>31</sup>.
80. En tal sentido, los hechos que han quedado probados durante el procedimiento son los siguientes:
- (i) V.O. Cable solicitó en reiteradas ocasiones la autorización de la demandada para el uso de sus postes desde febrero hasta diciembre del año 1999.
  - (ii) En agosto del año 1999 Luz del Sur negó por escrito el uso de sus postes a la demandante.
  - (iii) No existe prueba de que Luz del Sur haya autorizado a V.O. Cable el uso de sus postes ubicados en Huaycán durante todo el período de negociaciones y hasta la presentación de la demanda en octubre del año 2000.
  - (iv) En enero del año 2000 V.O. Cable instaló sus cables en los postes de Luz del Sur;
  - (v) Luz del Sur solicitó en octubre del año 2000 la constatación policial de que la demandante estaba instalando cables sin su conocimiento y, además, interpuso denuncia penal contra V.O. Cable vinculadas a dichas instalaciones.
  - (vi) El Segundo Juzgado Penal del Cono Este decidió abrir instrucción considerando el atestado policial y la denuncia fiscal que constataron la instalación no autorizada.
81. Tomando ello en cuenta, el Tribunal de Solución de Controversias considera que el análisis de la negativa de trato denunciada debe abarcar todos los hechos ocurridos, cuando menos, hasta el momento de presentación de la demanda, es decir hasta octubre del año 2000. Es decir, no debe realizarse de manera fragmentada como hizo el CCO, concluyendo que durante las negociaciones se produjo la negativa -agosto del año 1999-, pero analizando igual los hechos ocurridos hasta la emisión de la resolución apelada, para definir si hasta ese momento se encontraban justificaciones para que Luz del Sur se negara a contratar con V.O. Cable.

---

<sup>31</sup> Mediante dicho documento, se dispone que: “(...) atendiendo, de la denuncia de parte, atestado policial y la denuncia de la fiscalía penal que anteceden, resulta que el denunciado Antonio Palacios Aliaga se le atribuye que en su condición de Director General de V.O. Cable S.A., con abuso de confianza, ha instalado cables de señal de televisión en los postes de propiedad de Luz del Sur S.A.A., sin contar con autorización, (...) ABRASE INSTRUCCIÓN, en VIA SUMARIA contra ANTONIO PALACIOS ALIAGA por delito contra el Patrimonio en la empresa Luz del Sur S.A.A, sin contar con la autorización respectiva, hechos que han sido debidamente constatados (...)”.

**Resolución N° 014-2003-TSC/OSIPTEL**

82. Como puede apreciarse de los hechos descritos, desde el primer pedido de V.O. Cable para utilizar los postes de la demandada en febrero hasta diciembre del año 1999, V.O. Cable manifestó en reiteradas ocasiones su intención de utilizar los postes de Luz del Sur, sin haber recibido una respuesta afirmativa de parte de esta empresa.
83. Además, del expediente fluye que en enero del año 2000 V.O. Cable instaló su red en los postes de Luz del Sur apoyándose en una supuesta autorización verbal de esta empresa, a pesar que previamente Luz del Sur no había manifestado en momento alguno su intención de acceder a los pedidos de la demandante. Asimismo, existen documentos de carácter público que señalan que la instalación se habría realizado sin conocimiento de Luz del Sur o sin su autorización -constatación policial, denuncia fiscal y auto de apertura de instrucción-.
84. Lo anteriormente expuesto confirma la existencia de una negociación continua entre V.O. Cable y Luz del Sur para el uso de los postes, al menos hasta diciembre del año 1999. Sin embargo, no puede afirmarse que las partes hayan llegado a un acuerdo fruto de dicha negociación y, mas bien, la documentación existente demuestra que las partes no llegaron a suscribir contrato alguno<sup>32</sup>. Igualmente, se ha comprobado que V.O. Cable instaló su red en los postes de Luz del Sur sin contar con la autorización correspondiente. Este comportamiento constituye justificación para negarse a contratar con una empresa, en tanto que es una utilización indebida de un bien ajeno.
85. Adicionalmente, de acuerdo con las conclusiones del peritaje efectuado por la Universidad Nacional de Ingeniería a pedido del CCO, las instalaciones efectuadas por V.O. Cable adolecían de algunas anomalías técnicas que podían generar riesgos de electrificación y, por ende, daños a terceros y a las instalaciones de Luz del Sur. Estos hechos no han sido negados por V.O. Cable en su apelación. La existencia de anomalías técnicas en una instalación efectuada sin autorización –a pesar que las mismas sean subsanables- constituye una razón adicional para negarse a contratar con la empresa que efectuó dicha instalación.
86. Finalmente, V.O. Cable no ha demostrado disposición de pago por el uso de los postes, ya sea a través del ofrecimiento de pagos a Luz del Sur o mediante consignaciones judiciales para tal efecto, lo cual también debe tenerse en cuenta como una causa válida para regarse a contratar con una empresa. Más aún

---

<sup>32</sup> Al respecto, puede señalarse que en el informe oral el representante de V.O. Cable sostuvo lo siguiente: “Nosotros, si había que firmar un contrato, lo firmábamos, el problema es que no nos permitieron firmar el contrato y cuando posteriormente retomamos las conversaciones después de agosto del 99, consideramos que había sido tal vez un exabrupto de Luz del Sur y retomamos las conversaciones y seguimos conversando, ese es un hecho patente. Es más, cuando seguimos cursando cartas, nunca se nos contestaron, hay cartas desde diciembre del año 2000, no de 1999. Hay cartas de febrero del 2000 y cuando nosotros ya estábamos pensando que todo se nos decía ya vamos a la reunión (...), pero cuando va nuestro representante, dicen, si, bueno, ya vamos a arreglar este asunto, pero ya tengo meses, tengo casi un año queriendo usar, no puedo tener a todo el personal, a toda la inversión paralizada esperando pues la concreción de un contrato que no llega a terminarse (...)”.

#### **Resolución N° 014-2003-TSC/OSIPTEL**

cuando V.O. Cable ha venido incrementando paulatinamente el número de postes de Luz del Sur que utiliza para el tendido de su red<sup>33</sup>.

87. De acuerdo con todo lo expuesto y analizando los hechos ocurridos así como el comportamiento de las partes hasta el momento de presentación de la demanda, el Tribunal de Solución de Controversias considera que la negativa de trato de Luz del Sur se encontraba justificada de acuerdo con el Decreto Legislativo 701. Las justificaciones para ello se encuentran (i) en la conducta de V.O. Cable consistente en instalar su red sin la autorización respectiva, a pesar de no haber tenido éxito en las negociaciones con Luz del Sur; (ii) en la existencia de anomalías técnicas en dicha instalación que podían generar riesgos de electrificación; y (iii) en la falta de voluntad de pago por el uso de un bien ajeno.

Al respecto, el Tribunal considera que si V.O. Cable entendía que era sujeto de un acto de abuso de posición de dominio, por la negativa de Luz del Sur a permitirle el uso de sus postes en Huaycán hasta diciembre del año 1999, lo que correspondía era que interpusiera la denuncia respectiva ante OSIPTEL y no que en enero del año 2000 optara por la vía directa de instalar sus cables sin contar con la respectiva autorización.

88. En consecuencia, el Tribunal de Solución de Controversias considera que corresponde revocar la resolución materia de apelación en el extremo que declaró fundada la demanda de V.O. Cable en lo concerniente a que Luz del Sur incurrió en una negativa de trato arbitraria tipificada por el artículo 3° del Decreto Legislativo 701; así como en el extremo que le impuso una multa ascendente a 50 UIT.

#### **4.3. Trato discriminatorio**

89. En la resolución materia de apelación el CCO declaró infundada la demanda de V.O. Cable por el supuesto abuso de posición de dominio en la modalidad de discriminación que habría cometido Luz del Sur al negarse a contratar el arrendamiento de sus postes ubicados en Huaycán con la demandante, a pesar de que sí lo había hecho con otras empresas en zonas distintas al mercado relevante.

Según el CCO, para que el trato discriminatorio se encuentre prohibido por el artículo 5 inciso b) del Decreto Legislativo 701, se requiere que ponga a un competidor en desventaja frente a otro. En tal sentido, concluyó que al no existir

---

<sup>33</sup> Si bien la solicitud inicial de arrendamiento de postes remitida febrero del año 1999 por V.O. Cable a Luz del Sur involucraba un total de 128 postes, meses después, en septiembre del año 1999, amplió dicho número a 223 postes y, posteriormente, en octubre del mismo año, la demandante volvió a ampliar el número de postes cuyo arrendamiento requería a 264. En abril del 2001, el Peritaje de la Facultad de Ingeniería Eléctrica y Electrónica de la Universidad Nacional de Ingeniería, solicitado por la Secretaría Técnica del CCO, registró que el número de postes utilizados por V.O. Cable era de 869. Finalmente, en mayo de 2003, la Gerencia de Fiscalización de OSIPTEL ha encontrado que V.O. Cable utiliza al menos 1,112 postes de Luz del Sur, según consta en el informe previamente mencionado (ver nota a pie de página número 18).

**Resolución N° 014-2003-TSC/OSIPTEL**

ninguna empresa concesionaria de televisión por cable distinta a la demandante operando en Huaycán, V.O. Cable no podía haber sido puesta en desventaja frente a ningún competidor a través de la supuesta discriminación cometida por la demandada.

90. V.O. Cable solicitó en su apelación que se revoque la decisión del CCO, señalando que si bien no existía ninguna empresa que preste el servicio de televisión por cable en Huaycán, Luz del Sur tenía suscrito un contrato de arrendamiento de postes con la empresa Antenas Cablevisión Satélite E.I.R.L., la cual tenía concesión para prestar dicho servicio en todo el distrito de Ate – Vitarte, incluyendo Huaycán, por lo que dicha empresa podía comenzar a prestar servicios en el mercado relevante en cualquier momento, bastando que lo comunique a la demandada para proceder a utilizar sus postes en esa zona. En consecuencia, según V.O. Cable, la discriminación cometida por Luz del Sur sí la había puesto en desventaja frente a su competidor potencial.
91. Los elementos básicos para que se produzca una discriminación son, cuando menos, que existan dos transacciones o ventas de un mismo bien, en distintas condiciones y frente a contrapartes equivalentes, de manera que una de éstas resulte beneficiada frente a la otra que contrata en condiciones menos favorables<sup>34</sup>. La discriminación puede resultar anticompetitiva cuando es utilizada como forma de presión para que los clientes sólo adquieran el bien del agente que amenaza con aplicar la discriminación<sup>35</sup>; sin embargo, los casos mas comunes son aquellos en que se genera un desequilibrio entre dos empresas competidoras, por ejemplo, en la compra de un insumo que se les vende a precios distintos sin justificación comercial para ello, particularmente, cuando el vendedor se encuentra vinculado con el adquirente que obtiene las mejores condiciones.
92. Para que se configure una discriminación prohibida por el artículo 5º inciso b) del Decreto Legislativo 701 se requiere: (i) que se apliquen condiciones desiguales para prestaciones equivalentes; y b) que como consecuencia de ello se coloque a un competidor en situación de desventaja frente a otros<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> BELLAMY, G. y CHILD, C. Derecho de la Competencia en el Mercado Común (Madrid, Editorial Civitas, 1992), pags. 542-544. HOVENKAMP, Op. Cit. (1994), pags. 516-518. ROSS, Op. Cit., pags. 393-395.

<sup>35</sup> Un ejemplo de esta práctica es, por ejemplo, el caso Hofmann-La Roche, conocido por el Tribunal de la Comunidad Europea en 1978, en el cual se consideró discriminatoria la aplicación de descuentos sobre el precio a clientes-distribuidores, según se aprovisionaran exclusivamente con la empresa en posición dominante o hubieren diversificado sus fuentes de aprovisionamiento. BELLAMY y CHILD, Op. Cit., pags. 540-541.

<sup>36</sup> Artículo 5. “Se considera que existe abuso de posición de dominio en el mercado, cuando una o más empresas que se encuentran en la situación descrita en el artículo anterior, actúan de manera indebida, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles, de no existir la posición de dominio. Son casos de abuso de posición de dominio: (...). b) La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye abuso de posición de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras y/o que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones”.

**Resolución N° 014-2003-TSC/OSIPTEL**

93. De acuerdo con la norma citada, el primer elemento de una discriminación es que existan transacciones equivalentes que reciban un trato diferenciado, es decir, que sean objeto de condiciones de contratación distintas. Ello no implica necesariamente que para que exista una discriminación se requiere que se celebren contratos en distintos términos, ni que los mismos hayan sido ejecutados. No obstante, para que se configure una práctica discriminatoria prohibida por las normas de libre competencia sí se requiere, al menos, que el supuesto infractor ofrezca condiciones diferenciadas frente a transacciones equivalentes.
94. Si bien una negativa a contratar podría verse como un caso extremo de discriminación, ya que el afectado por tal negativa queda en desventaja frente a aquellos que sí logran contratar, no se cumple el otro supuesto para que exista una discriminación, ya que una negativa de trato supone precisamente que no se ofrezca ni se acuerde ninguna condición de venta, es decir, que no se apliquen condiciones desiguales para prestaciones equivalentes. Más importante aún, dicho comportamiento se encuentra contemplado expresamente como conducta sancionable por el artículo 5° inciso a) del Decreto Legislativo 701, que tipifica las negativas injustificadas de trato.
95. De acuerdo con el principio de tipicidad y los deberes contemplados por el artículo 75° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, la autoridad administrativa debe encausar de oficio las conductas supuestamente infractoras que sean sometidas a su conocimiento, cuando advierta un error en la denuncia, investigándolas de conformidad con la norma que prevea la infracción que mejor se ajuste a los hechos en cuestión<sup>37</sup>.
96. En tal sentido, las denuncias por discriminación que involucren una negativa arbitraria o una negativa injustificada de trato deben ser encauzadas por la autoridad competente y analizadas solamente de conformidad con los artículos 3° ó 5° inciso a) del Decreto Legislativo 701, respectivamente. De otro lado, si hechos o comportamientos que suponen una negativa arbitraria o una negativa injustificada de trato son denunciados como infracción a los artículos 3° ó 5° inciso a) del Decreto Legislativo 701, respectivamente, y simultáneamente como infracción al artículo 5° inciso b) del Decreto Legislativo 701, la autoridad competente debe encausar la denuncia y evaluarla únicamente como una negativa de trato.

---

<sup>37</sup> En cuanto al principio de tipicidad, puede señalarse lo que dispone el artículo 230° de la Ley del Procedimiento Administrativo General: *“Principios de la potestad sancionadora administrativa. La potestad sancionadoras de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales: (...); 4. Tipicidad. Sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquella dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar vía reglamentaria”*.

Sobre el deber de encausar el procedimiento ver la nota a pie de página 29 de la presente Resolución.

**Resolución N° 014-2003-TSC/OSIPTEL**

97. En el presente caso, la conducta denunciada como discriminatoria fue la negativa de Luz del Sur a contratar con V.O. Cable el arrendamiento de sus postes ubicados en Huaycán, a pesar que sí había suscrito contratos de arrendamiento de postes con varias empresas en otras zonas. La negativa a contratar de Luz del Sur fue analizada por el CCO como una supuesta infracción a los artículos 3° y 5° inciso a) del Decreto Legislativo 701; sin embargo, considerando la denuncia presentada por V.O. Cable, el CCO también analizó estos hechos como una presunta discriminación.
98. Como se ha indicado previamente, las denuncias por discriminación que impliquen la existencia de una negativa arbitraria o una negativa injustificada de trato sólo deben analizarse de conformidad con los artículos 3° ó 5° inciso a) del Decreto Legislativo 701, respectivamente. En este sentido, los hechos denunciados por V.O. Cable ya han sido analizados previamente como una supuesta negativa arbitraria según el artículo 3° del Decreto Legislativo 701, por lo que carece de objeto pronunciarse nuevamente sobre ellos en función al artículo 5° inciso b) de la norma precitada.
99. En tal virtud, el Tribunal de Solución de Controversias considera que corresponde confirmar la resolución apelada en el extremo que declaró infundada la demanda de V.O. Cable por presunta discriminación prohibida por el artículo 5° inciso b) del Decreto Legislativo 701, pero tomando en cuenta los argumentos previamente señalados.

**RESUELVE:**

**Primero:** Revocar la Resolución N° 032-2001-CCO-OSIPTEL en el extremo que declaró fundada la demanda interpuesta por V.O. Cable S.A. contra Luz del Sur S.A.A. por presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa de trato prohibido por los artículos 3° y 5° inciso a) del Decreto Legislativo 701, declarándola infundada.

**Segundo:** Confirmar la Resolución N° 032-2001-CCO-OSIPTEL en el extremo que declaró infundada la demanda de V.O. Cable contra Luz del Sur S.A.A. por presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de discriminación contemplado por el artículo 5° inciso b) del Decreto Legislativo 701.

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

**DANTE MENDOZA ANTONIOLI**

***Resolución N° 014-2003-TSC/OSIPTEL***

**Presidente**