

TRIBUNAL DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS

Resolución N° 017-2003-TSC/OSIPTEL

EXPEDIENTE : 005-2001
PARTES : Pedro Juan Laca Buendía (**señor Laca Buendía**) contra Electronorte S.A. (**Electronorte**).
MATERIA : Abuso de posición de dominio en las modalidades de negativa injustificada de trato y discriminación.
APELACIÓN : Resolución N° 041-2002-CCO/OSIPTEL, que declaró infundada la demanda en todos sus extremos.

SUMILLA: Se confirma la Resolución N° 041-2002-CCO/OSIPTEL en los extremos que declaró infundada la demanda del señor Laca Buendía contra Electronorte, por supuestos actos de abuso de posición de dominio en las modalidades de negativa injustificada de trato y discriminación.

Lima, 24 de junio del año 2003.

VISTO:

El recurso de apelación presentado el 05 de abril del año 2002 por el señor Laca Buendía, mediante el cual solicita que el Tribunal de Solución de Controversias revoque la Resolución N° 041-2002-CCO/OSIPTEL, del 25 de marzo del año 2002, que declaró infundada su demanda contra Electronorte por supuestos actos de abuso de posición de dominio en el servicio de arrendamiento de postes para el tendido de red de distribución de radio difusión por cable (en adelante televisión por cable).

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. El 01 de diciembre del año 1999, el señor Laca Buendía suscribió con Electronorte un contrato de uso de postes de distribución eléctrica como soporte de su red de televisión por cable (en adelante el contrato)¹. Este contrato vencía el 01 de diciembre del año 2000 y tenía fijada una renta mensual de US\$ 1.50 más IGV por poste.
2. El 29 de noviembre del año 2000, el señor Laca Buendía solicitó a Electronorte la renovación del contrato. Asimismo, en dicha comunicación el demandante solicitó que Electronorte le otorgue una prórroga en plazo para cancelar los pagos adeudados correspondientes a los meses de septiembre, octubre y noviembre del año 2000.
3. El 17 de julio del año 2001, el señor Laca Buendía presentó ante OSIPTEL una demanda en contra de Electronorte por supuestos actos de abuso de posición de dominio en las

¹ Mediante Resolución Ministerial N° 104-2000-MTC/15.03, del 29 de febrero del año 2000, el señor Laca Buendía obtuvo la concesión para prestar el servicio de televisión por cable en la ciudad de Lambayeque.

Resolución N° 017-2003-TSC/OSIPTEL

modalidades de negativa injustificada de trato y discriminación de precios en perjuicio del demandante.

4. El 07 de agosto del año 2001, el señor Laca Buendía recibió la carta de Electronorte fechada el 06 de diciembre del año 2000, mediante la cual le comunicó que el contrato quedaba renovado automáticamente desde el 01 de diciembre del año 2000.
5. El 07 de agosto del año 2001, el señor Laca Buendía manifestó a Electronorte su intención de no pagar lo adeudado desde el mes de marzo de dicho año por el arrendamiento de los postes hasta que no se renueve el contrato respectivo.
6. El 12 de septiembre del año 2001, Electronorte requirió al señor Laca Buendía que retire el cableado de sus postes, bajo cargo de retirarlos directamente y retenerlos como parte de pago.
7. El 14 de septiembre del año 2001, el señor Laca Buendía comunicó a Electronorte que el contrato no se había renovado tácitamente toda vez que esta empresa no había dado respuesta a su carta del 29 de noviembre del año 2000 sino hasta que el señor Laca Buendía interpuso una demanda ante OSIPTEL.
8. El 03 de octubre del año 2001, el señor Laca Buendía consignó judicialmente el importe de S/. 625.00 por concepto del arriendo por el uso de postes.
9. Mediante Resolución N° 041-2002-CCO/OSIPTEL, del 25 de marzo del año 2002, el Cuerpo Colegiado de OSIPTEL competente para conocer de esta controversia (en adelante CCO) declaró infundada en todos sus extremos la demanda interpuesta por el señor Laca Buendía, sustentándose en los siguientes argumentos:
 - Electronorte no dio respuesta inmediata a la solicitud del señor Laca Buendía para la renovación del contrato, pero permitió que éste continuara en uso de sus postes, incluso a pesar de no pagar la mensualidad convenida desde marzo del año 2001, por lo que no puede afirmarse que se haya negado a permitir el uso de sus postes por parte del demandante.
 - De considerarse que se produjo una negativa de trato, la misma se encontraría justificada ya que el señor Laca Buendía ya adeudaba tres meses cuando solicitó la renovación del contrato en noviembre del año 2000 y desde marzo del año 2001 utilizó los postes de Electronorte sin efectuar pago alguno. Adicionalmente, el señor Laca Buendía incrementó el número de postes que utilizaba para el tendido de su cableado sin contar con la autorización de Electronorte, a pesar que de acuerdo con el contrato requería de autorización expresa.
 - El señor Laca Buendía aceptó el precio cobrado por Electronorte desde el comienzo y en ningún momento hasta la presentación de la demanda cuestionó que se tratara de un precio excesivo, por lo que no puede considerarse que se haya producido una negativa indirecta de trato a través del cobro de un precio excesivo.

Resolución N° 017-2003-TSC/OSIPTEL

- Electronorte no incurrió en una discriminación de precios en perjuicio del señor Laca Buendía, ya que en la mayoría de casos de empresas de televisión por cable que pagaban un precio menor, el mayor número de postes utilizados y el mayor plazo de contrato explicaban la diferencia. Asimismo, la diferencia de precios cobrados por Electronorte no puso en desventaja al señor Laca Buendía frente a sus competidores potenciales, en tanto que el número de sus usuarios creció hasta noviembre del año 2001 y además el señor Laca Buendía dejó de pagar desde marzo del año 2001.
10. El señor Laca Buendía presentó recurso de apelación el 05 de abril del año 2002, solicitando que el Tribunal de Solución de Controversias revoque la Resolución N° 041-2002-CCO/OSIPTEL, señalando lo siguiente:
- El CCO concluye que el recurrente no ha demostrado que le resulta imposible o extremadamente difícil económicamente instalar postes propios, sin embargo, no se le pidió concretamente una prueba al respecto. Asimismo, no es posible económicamente instalar toda una red de postes propios, requiriendo arrendarlos, como la gran mayoría de empresas que prestan el servicio de televisión por cable, por lo que el alquiler de postes constituiría una facilidad esencial.
 - El CCO desnaturalizó el concepto de negativa injustificada de trato al concluir que no se produjo tal negativa porque al vencerse el plazo del contrato originalmente pactado (01 de diciembre del año 2000) el demandante continuó en uso de los postes sin que Electronorte le requiera que retire sus cables. Lo que debe analizarse es si la demandada se negó a renegociar un contrato. Al respecto, el recurrente solicitó la renovación del contrato y Electronorte no le dio una respuesta y sólo le indicó que siguiera pagando la mensualidad mientras se proyectaba el nuevo contrato, por lo que el demandante continuó efectuando el pago hasta febrero del año 2001.
 - En Lambayeque sólo existe la oferta de postes de Electronorte ya que Telefónica se niega a arrendar sus postes. En consecuencia existe un monopolio, por lo que la resolución debería haberse pronunciado sobre la validez del precio cobrado y si el mismo tiene relación con los costos.
 - La diferencia de precios cobrados por Electronorte si colocó al señor Laca Buendía en desventaja competitiva y el CCO no ha considerado la competencia efectiva dentro de la zona de concesión, siendo el caso que Telefónica ha venido ofreciendo televisión por cable en la ciudad de Lambayeque, incurriendo en prácticas de competencia desleal.
11. Mediante escrito del 17 de abril del año 2002, Electronorte absolvió el traslado de la apelación manifestando lo siguiente:
- El demandante pretende que el servicio en cuestión sea declarado una facilidad esencial, sin embargo, confunde el significado de facilidad esencial con los criterios que se utilizan para determinar bienes sustitutos.
 - No existió una negativa injustificada a continuar contratando, porque en todo momento se permitió a el demandante que continúe en uso de los postes, a cambio de la contraprestación pactada y a pesar de que sólo pagó hasta febrero del año 2001.
 - La intención del demandante es obtener una disminución en la tarifa que Electronorte pactó con él en el contrato de alquiler de postes. Hasta la fecha de interposición de la

Resolución N° 017-2003-TSC/OSIPTEL

demanda, la demandante no manifestó que el precio por alquiler de postes era excesivo.

- La diferencia en los precios cobrados por Electronorte a otras empresas de televisión por cable responde a razones válidas y objetivas de mercado, como son el plazo del contrato y el número de postes arrendados, no pudiendo cuestionarse las razones por las que, fruto de las negociaciones entre las partes, se definen plazos de contratación distintos en cada caso.

12. Mediante Resolución N° 043-2002-CCO/OSIPTEL, del 19 de abril del año 2002, el CCO concedió el recurso de apelación interpuesto por el señor Laca Buendía contra la Resolución N° 041-2002-CCO/OSIPTEL.

13. 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 17 de enero del año 2003.

II. CUESTIÓN PROCESAL PREVIA

14. En la resolución apelada el CCO analizó la negativa de trato denunciada por el señor Laca Buendía como una conducta prohibida por el artículo 5° inciso a) del Decreto Legislativo 701, aunque concluyó que la prueba presentada por el demandante resultaba insuficiente para considerar que Electronorte era un competidor potencial del señor Laca Buendía y que tuviera incentivos para incurrir en una negativa injustificada de trato que le reportara beneficios, como exige dicha norma.

El sustento del CCO para realizar el análisis en virtud de la mencionada disposición legal fue considerar la tendencia a que la infraestructura de empresas de distribución de energía eléctrica sea aprovechada para la prestación de servicios de telecomunicaciones. En tal sentido, corresponde definir si la norma según la cual se analizó la conducta denunciada era la correcta.

15. La prohibición de negativas injustificadas de trato contenida en el artículo 5° inciso a) del Decreto Legislativo 701 requiere que a través de la negativa se busque generar perjuicios a terceros y, a la vez, obtener beneficios². Para que una negativa de trato genere beneficios debe existir una relación de competencia directa o indirecta entre quien niega la venta y el afectado o debe ocurrir que la negativa se utilice como mecanismo de presión³. De acuerdo con lo anterior, las negativas de trato arbitrarias - en las que no existe relación de competencia ni la negativa se utiliza como medio de

² 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. (...)”

³ 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 puede generar beneficios si con ella el infractor busca amenazar a sus clientes para que no contraten con su competidor. ROSS, Stephen. Principles of Antitrust Law (New York, The Foundation Press, Inc., 1993), pags. 76-82.

presión- no se encuentran prohibidas por el artículo 5º inciso a) del Decreto Legislativo 701.

16. 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 nacional⁴. 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 norma⁵. 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 enmarquen dentro de lo previsto por el artículo 5º del Decreto Legislativo 7016.
17. Bajo determinadas circunstancias las negativas de trato arbitrarias pueden ocasionar efectos restrictivos de la competencia. En tales casos, el análisis debe centrarse en el efecto generado por esa conducta más que en el objetivo perseguido por la empresa que incurre en ella. De este modo, si bien el artículo 5º 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 la prohibición contenida en el artículo 3º de dicha norma, cuando la negativa permita que terceros –no vinculados a la empresa que niega la venta– se encuentren en condiciones de monopolizar un mercado.
18. En el presente caso, el señor Laca Buendía sostuvo que el encarte distribuido por Electronorte el 23 de julio del año 2001 en el que se señalaba que la visión a futuro de esta empresa incluía el desarrollo de servicios de telecomunicaciones, entre ellos el de televisión por cable, comprobaba que la demandada sí tenía interés en incursionar en ese mercado y, por tanto, era un competidor potencial del demandante. Por su parte, Electronorte presentó el presupuesto de su empresa para los años 2001 y 2002 para demostrar que no se habían asignado partidas ni recursos para incursionar en el mercado de televisión por cable o para estudios relacionados con la proyección de esta actividad.
19. El Tribunal de Solución de Controversias considera que la existencia de una intención a futuro de ingresar en el mercado de televisión por cable, sin definición de fechas tentativas para el inicio de actividades o de las zonas en que se realizarían tales actividades, no demuestra que Electronorte pretenda ingresar en el corto plazo a competir con el demandante en la ciudad de Lambayeque. Asimismo, el señor Laca

4 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”.

5 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”.

6 Cabe agregar que 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 su 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 particular. En consecuencia, las negativas arbitrarias sólo deben cuestionarse cuando pongan en riesgo el mantenimiento del proceso competitivo, es decir, cuando generen el riesgo de 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.

Resolución N° 017-2003-TSC/OSIPTEL

Buendía no ha aportado pruebas adicionales que permitan considerar que Electronorte pensaba llevar a la práctica la intención plasmada en el referido encarte⁷. La tendencia a futuro al uso de la infraestructura eléctrica para prestar servicios de telecomunicaciones tampoco resulta elemento de juicio que permita considerar a Electronorte como competidor potencial del señor Laca Buendía.

20. En tal sentido, se concluye que no existe evidencia que indique que Electronorte sea competidor potencial del señor Laca Buendía. Asimismo, tampoco se encuentran indicios de que Electronorte haya utilizado la negativa de trato denunciada como mecanismo de presión para evitar que el demandante contrate con sus competidores. De ello se deduce que la demandada no obtendría beneficios como consecuencia de dicha negativa.

21. De acuerdo con lo anterior, el Tribunal de Solución de Controversias considera que la negativa de trato denunciada debe analizarse según la prohibición contenida en el artículo 3° del Decreto Legislativo 701 y, consecuentemente, que el CCO incurrió en error al evaluar la denuncia por infracción al artículo 5° inciso a) del Decreto Legislativo 701.

Adicionalmente, tomando en cuenta el deber de la autoridad administrativa de encausar el procedimiento cuando encuentre un error⁸, este Tribunal considera que la apelación debe ser encausada, entendiendo que se refiere a una presunta negativa arbitraria de trato que debe ser evaluada según el artículo 3° del Decreto Legislativo 701.

III. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

22. La cuestión en discusión en el presente caso, consiste en determinar si la conducta de Electronorte constituye un acto de abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato.

23. Asimismo, es cuestión en discusión determinar si la conducta de Electronorte constituye un supuesto de abuso de posición de dominio en la modalidad de discriminación.

IV. ANALISIS

4.1. Negativa injustificada de trato

24. En la resolución apelada el CCO concluyó que al vencerse el plazo del contrato, Electronorte permitió que el señor Laca Buendía continuara en uso de sus postes, aunque no había pagado la mensualidad correspondiente a los tres meses previos al

7 Al respecto resulta pertinente tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 196° del Código Procesal Civil, que señala lo siguiente: “Carga de la prueba. Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma los hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos”.

8 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 Nº 017-2003-TSC/OSIPTEL

vencimiento del contrato y, luego desde marzo del año 2001 no pagó renta alguna. En tal virtud, consideró que el contrato había continuado bajo los mismos términos y concluyó que no se había producido una negativa de trato, pese a que Electronorte no dio respuesta oportuna a la solicitud de renovación del contrato que le envió el señor Laca Buendía. Adicionalmente, el CCO estimó que aún de haberse producido la negativa de trato, la misma estaría justificada por la falta de pago del señor Laca Buendía y por la ampliación del número de postes que utilizaba sin haber obtenido autorización de Electronorte.

25. El señor Laca Buendía ha manifestado en su recurso de apelación que no debe analizarse si el recurrente continuó en uso de los postes al vencerse el plazo del contrato sino si Electronorte se negó a renegociar un contrato. Al respecto, indicó que Electronorte sólo dio respuesta a su solicitud nueve meses después y luego que el recurrente presentara la demanda ante OSIPTEL, hecho que constituye una negativa de trato.
26. De acuerdo con la evidencia que obra en el expediente, los siguientes hechos se encuentran comprobados:
- (i) El 29 de noviembre del año 2000, el señor Laca Buendía solicitó la renovación del contrato cuyo plazo vencía el 01 de diciembre de ese año. Cuando el señor Laca Buendía efectuó esta solicitud se encontraba en deuda de la mensualidad correspondiente a los meses de septiembre, octubre y noviembre del año 2001.
 - (ii) El señor Laca Buendía mantuvo en uso los postes de Electronorte luego de vencido el plazo del contrato y sin que esta empresa le requiriera que retire sus cables, pese a que sólo pagó la mensualidad originalmente convenida hasta febrero del año 2001.
 - (iii) El 17 de julio del año 2001, siete meses después de no recibir una respuesta formal, el señor Laca Buendía presentó una demanda contra Electronorte ante OSIPTEL, denunciándola por negativa injustificada de trato.
 - (iv) El 07 de agosto del año 2001 Electronorte comunicó al señor Laca Buendía que el contrato quedaba renovado automáticamente desde el 01 de diciembre del año 2000.
 - (v) También el 07 de agosto del año 2001 el señor Laca Buendía manifestó a Electronorte que no pagaría lo adeudado desde marzo de dicho año hasta que no se renueve el contrato respectivo.
 - (vi) El 12 de septiembre del año 2001, Electronorte requirió al señor Laca Buendía que retire el cableado de sus postes, bajo cargo de retirarlos directamente y retenerlos como parte de pago.
27. El contrato no preveía la renovación automática del mismo, sino que establecía que la renovación debía constar necesariamente en acuerdo escrito entre las partes. Asimismo, se estableció que de vencerse el plazo sin que se hubiera ampliado o renovado el contrato, el señor Laca Buendía quedaba obligado a retirar sus cables de los postes de Electronorte en un plazo no mayor de 15 días calendario, sujetándose a una penalidad de US\$ 10,00 diarios por la demora¹⁰.

9 Esta carta tiene fecha 06 de diciembre del año 2000, sin embargo, el cargo de recepción con la firma del señor Laca Buendía indicó que la misma fue recibida el 07 de agosto del año 2001.

10 Cláusula segunda: "El plazo del presente contrato es de un (1) año, los cuales empiezan a correr a partir del 01 de diciembre de 1999 y vencen el 01 de diciembre del 2000. El presente contrato podrá ser renovado por acuerdo de las partes, el cual deberá constar necesariamente por escrito. Vencido el plazo sin que se haya ampliado o se haya renovado el contrato, EL USUARIO se obliga a retirar el tendido de sus cables de circuito cerrado de televisión en un plazo no mayor de

28. Como ya se ha señalado, al vencerse el plazo originalmente pactado el recurrente continuó en uso de los postes de Electronorte, sin que esta empresa le requiriera que retire sus cables. Es decir que la demandada no dio respuesta a la solicitud de renovación del contrato planteada por el señor Laca Buendía, pero en los hechos tampoco le negó el uso de los postes. El señor Laca Buendía ha sostenido que lo que debe analizarse es si Electronorte se negó a renegociar un contrato con él y no si el recurrente continuó en uso de los postes sin que esta empresa le requiriera el retiro de sus cables. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el objeto del contrato era el uso de los postes por parte del señor Laca Buendía y, en tal sentido, el objeto del referido contrato continuó ejecutándose con aceptación de Electronorte.

En efecto, si la intención de Electronorte hubiera sido negarse a contratar –como afirma el recurrente–, le habría bastado con ejecutar la cláusula del contrato que obligaba al señor Laca Buendía a retirar sus cables al vencimiento del contrato y, además, hubiera podido cobrarle la penalidad establecida por la demora en el retiro de los cables. Sin embargo, ello no sucedió pese a que el señor Laca Buendía adeudaba 3 meses al solicitar la renovación y, posteriormente, desde marzo del año 2001 dejó de pagar. Electronorte requirió al señor Laca Buendía el retiro de sus cables recién cuando éste presentó la demanda ante OSIPTEL.

29. En tal sentido, si bien el señor Laca Buendía argumenta que al no darle respuesta a su solicitud de renovación Electronorte se negó a renegociar el contrato, los hechos demuestran que la demandada no se negó a permitir el uso de sus postes por el recurrente, es decir, no se negó a que el contrato siguiera surtiendo efectos. En otras palabras, los hechos indican que el contrato originalmente pactado subsistió luego del vencimiento del plazo de un año, con lo cual no se produjo una negativa de trato.

30. No obstante, aún de considerarse que se produjo una negativa de trato, correspondería analizar si la misma fue injustificada para determinar si constituye infracción al artículo 5º inciso a) del Decreto Legislativo 70111. Sobre el particular, el Tribunal de Solución de Controversias considera que la justificación de una negativa de trato debe analizarse considerando los hechos ocurridos y el comportamiento de las partes, cuando menos, hasta la fecha de presentación de la demanda que dio origen al presente procedimiento¹².

31. Si el contrato continuó surtiendo efectos luego de su vencimiento, las obligaciones previstas en el mismo se mantuvieron en vigor para las partes. En tal sentido, el recurrente estaba obligado a pagar la mensualidad correspondiente¹³ y, de la misma

(15) días naturales. En caso EL USUARIO incumpla con lo establecido en el párrafo anterior, estará obligado al pago de una penalidad de US\$ 10.00 (Diez y 00/100 dólares americanos) por el día de retraso en el retiro del cableado y equipos de cada uno de los postes de propiedad de LA EMPRESA”.

11 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. (...)”.

12 Este criterio ha sido adoptado por el Tribunal de Solución de Controversias en un pronunciamiento anterior -Resolución Nº 014-2003-TSC/OSIPTEL- referido a la denuncia presentada por V.O. Cable S.A. en contra de Luz del Sur S.A.A. por presuntos actos de abuso de posición de dominio (expediente Nº 006/2000).

13 Al respecto, el contrato establecía: “(...) 3.2. El monto de la renta que EL USUARIO se obliga a pagar por el uso de cada poste es de US\$ 1.50 (Uno y 50/100 dólares americanos) mensuales, monto al que deberá adicionarse el impuesto General a las Ventas correspondiente (...). 3.3. La renta deberá ser cancelada por EL USUARIO mensualmente, dentro de los quince (15) primeros días del mes siguiente. (...) 3.5. Si durante el plazo del contrato el USUARIO no utilizara o dejara de utilizar

forma, debía cumplir con obtener autorización previa y por escrito de Electronorte para incrementar el número de postes que utilizaba¹⁴.

32. No obstante, el señor Laca Buendía dejó de pagar la mensualidad convenida incluso tres meses antes del vencimiento del contrato. Así, el recurrente se encontraba debiendo la renta de los meses de septiembre, octubre y noviembre cuando solicitó la renovación del contrato¹⁵. Luego pagó las mensualidades atrasadas y continuó pagando por tres meses más, pero desde marzo del año 2001 dejó de pagar. Según el contrato el incumplimiento de pago por más de 30 días era causal de resolución¹⁶.
33. Asimismo, el señor Laca Buendía amplió el número de postes utilizados sin que exista en el expediente evidencia que demuestre que obtuvo autorización de Electronorte en los términos exigidos por el contrato. En efecto, según la información proporcionada por el propio recurrente, hasta mayo de 2001 utilizaba 95 postes, en junio pasó a utilizar 111 y en julio –mes en que presentó la demanda que ha dado origen a este procedimiento- utilizaba 160 postes. En los meses siguientes continuó ampliando el número de postes utilizados, incluso luego que Electronorte le requiriera que retire sus cables -septiembre del año 2001- registrando en febrero del año 2002 el uso de 268 postes de la demandada.
34. Las cláusulas contractuales eran claras en establecer que el señor Laca Buendía debía obtener la autorización previa de Electronorte para realizar cualquier instalación adicional en los postes de propiedad de la demandada. Tal autorización suponía que Electronorte revisara y aprobara el trazo y características de los cables que pretendía instalar el recurrente para verificar el cumplimiento de las normas de seguridad correspondientes. A pesar de ello, el recurrente incumplió reiteradamente con esta obligación contractual.

algunos postes, no tendrá derecho a solicitar a LA EMPRESA la devolución de los montos cancelados, ni la disminución en el monto de la renta. 3.6. EL USUARIO deberá cumplir con el pago del monto indicado en el párrafo anterior en un plazo máximo de 15 días desde la emisión de la factura correspondiente; el incumplimiento será causal de resolución del presente contrato” (el resaltado es nuestro).

14 El contrato establecía lo siguiente: “4.1. Antes de la instalación de los cables, EL USUARIO proporcionará a LA EMPRESA el plano de distribución de sus instalaciones de redes de cable coaxial y de fibra óptica para su revisión y aprobación respectiva. **EL USUARIO no podrá instalar sus cables en ningún poste de LA EMPRESA sin la aprobación expresa de los planos por parte de esta última.** (...) 4.4. EL USUARIO se obliga a cumplir estrictamente las indicaciones de seguridad dadas por LA EMPRESA, así como las disposiciones de montaje, distancias y otras de carácter técnico, de acuerdo a lo prescrito en el Código Nacional de Electricidad” (el resaltado es nuestro).

Asimismo, señalaba: “(...) 5.5. Es derecho de LA EMPRESA el determinar cuales son los postes que se encuentren (sic) aptos y/o disponibles, por razones técnicas y de seguridad para la instalación de los cables de circuito cerrado de televisión; en consecuencia, **si durante el plazo del contrato EL USUARIO necesitara usar postes adicionales a los señalados en el Anexo 1, deberá solicitar autorización a LA EMPRESA, quien dará su conformidad por escrito**, con la indicación de los postes disponible (sic) y el monto adicional a pagar por dichos postes de conformidad con lo establecido en la cláusula tercera (3.1.)” (el resaltado es nuestro).

15 En la carta en que solicitó la renovación el señor Laca señalaba: “1.-) Que, conforme a la nómina que debe estar en su correspondiente Cartera de Clientes, debe figurar el suscrito como tal, empero con un aspecto más, el de ser deudor de su representada de los servicios que presta la misma correspondientes a los meses de Setiembre, Octubre, Noviembre del presente año (...). 2.-) Que, es menester señalar a su Representada que el suscrito siempre ha buscado la confiabilidad negociable en sus aspectos de transacciones comerciales, ello ha dado un resultado positivo, en consecuencia me permito señalar que entre el Primero y Quince de Diciembre del presente año ABONARE LA TOTALIDAD DE LO ADEUDADO DINERARIAMENTE. Que, igualmente es menester invocar que los derechos al Trabajo, La libre Competencia, a la Conformación de empresa con el riesgo de ostentar Cartera Pesada, por motivos expresamente ajenos a la voluntad del usuario, subsiguientemente al Vencerse el Contrato el día Primero de Diciembre del presente año, SOLICITO SE SIRVA RENOVAR EL CONTRATO entre su representada y el suscrito, para y por los fines señalados en la presente misiva”.

16 Al respecto, la cláusula 7.1 del contrato establecía que: “LA EMPRESA podrá resolver el presente contrato por las causales siguientes: (...) El retraso en el pago de la renta más de 30 días”.

Resolución Nº 017-2003-TSC/OSIPTTEL

35. Cuando el recurrente optó por no honrar sus compromisos –obligación de pago y de obtener autorización previa al incremento del número de postes utilizados- asumió las consecuencias que tal decisión pudiera originar. En este caso, dichas consecuencias se encuentran relacionadas con la posibilidad de que su contraparte se negara válidamente a mantener una relación comercial con el señor Laca Buendía.
36. De acuerdo con todo lo anteriormente expuesto, el Tribunal de Solución de Controversias considera que el incumplimiento reiterado de sus obligaciones, constituye justificación válida y suficiente para que Electronorte se negara a renovar el contrato originalmente pactado con el demandante. Por ello, corresponde confirmar la resolución apelada en el extremo que declaró infundada la demanda por negativa injustificada de trato según el artículo 5º inciso a) del Decreto Legislativo 701.
37. De otro lado, cabe señalar que en su recurso de apelación el señor Laca Buendía sostuvo que Electronorte no había demostrado tener un criterio técnico que justifique el establecimiento de sus precios y que apelaba la resolución del CCO en tanto no se pronunció sobre la aplicación de un precio excesivo.
38. Al respecto, el marco legal peruano establece que los precios se determinan libremente en el mercado, con excepción de las tarifas de servicios públicos que pueden ser fijadas administrativamente si una ley así lo permite¹⁷. En el caso del mercado de telecomunicaciones, sólo los servicios públicos de telecomunicaciones se encuentran sujetos a regulación de tarifas tope¹⁸ y la función reguladora ha sido atribuida al Consejo Directivo de OSIPTTEL¹⁹.
39. En tal sentido, las empresas pueden establecer libremente el precio que consideren adecuado por los bienes o servicios que ofrecen en el mercado, sin que ninguna autoridad pueda exigirles que indiquen las razones que justifican tales precios o se atribuyan la facultad de fijarlos directamente.
40. Las normas de libre competencia permiten que la autoridad administrativa evalúe la forma en que el precio fue establecido por las empresas, para definir si al hacerlo incurrieron en una infracción. Esta facultad no contradice la regla general sobre la libre fijación de precios, en tanto que se encuentra limitada a analizar si la forma en que los precios se fijaron tiene como consecuencia una restricción de la competencia y, de ser

¹⁷ Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, Decreto Legislativo 757

Artículo 4.- “La libre competencia implica que los precios en la economía resultan de la oferta y la demanda, de acuerdo a lo dispuesto por la Constitución y las Leyes. Los únicos precios que pueden fijarse administrativamente son las tarifas de los servicios públicos conforme a lo que se disponga expresamente por Ley del Congreso de la República”.

¹⁸ Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado mediante Decreto Supremo 013-93-TCC

Artículo 67. “Las empresas concesionarias de servicios públicos de telecomunicaciones, pueden establecer libremente las tarifas que prestan, siempre y cuando no excedan del sistema de tarifas tope que establezca el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones. Compete a este organismo diseñar y aprobar el sistema de tarifas tope aplicable (...)”.

Artículo 77. “El Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, es un organismo público dependiente directamente del Presidente de la República, con autonomía administrativa, económica, financiera, cuyas funciones fundamentales son las siguientes: (...). 5. Fijar las tarifas de servicios públicos de telecomunicaciones y establecer las reglas, para su correcta aplicación”.

¹⁹ Reglamento General del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, Decreto Supremo 008-2001-PCM

Artículo 28. “Función Reguladora. Es la facultad que tiene OSIPTTEL de fijar tarifas de los servicios públicos de telecomunicaciones”.

Artículo 29. “Órgano Competente para el Ejercicio de la Función Reguladora. La función reguladora es competencia del Consejo Directivo del OSIPTTEL y se ejerce a través de Resoluciones”.

Resolución N° 017-2003-TSC/OSIPTEL

este el caso, a sancionar dicha conducta. Dicha facultad no implica que la autoridad de defensa de la competencia pueda además fijar los precios que considere adecuados en tales casos.

41. En efecto, cuando la autoridad de defensa de la competencia investiga casos de concertaciones de precios entre competidores, busca definir si los precios fueron fijados a través de un acuerdo o concertación, sin cuestionar el nivel en que fueron fijados tales precios. Asimismo, cuando se analizan precios discriminatorios, se comparan los precios que una misma empresa aplica entre sus clientes, evaluándose si existen razones justificativas de ello.
42. En el presente caso, el CCO determinó que Electronorte contaba con posición de dominio en el mercado y en función de ello analizó si su conducta incurría en alguna de las infracciones tipificadas por el Decreto Legislativo 701, en particular, las de negativa injustificada de trato y discriminación de precios. El CCO no se encontraba en posibilidad de sancionar si no verificaba primero que se hubieran cometido las infracciones denunciadas.

El CCO no es competente para ejercer la función reguladora de tarifas, no sólo porque dicha facultad corresponde al Consejo Directivo de OSIPTEL, sino también porque el uso de postes, como insumo para el servicio de televisión por cable, no se encuentra sujeto a régimen de tarifas reguladas.

43. En tal virtud, el Tribunal de Solución de Controversias considera que el CCO actuó como correspondía según el Decreto Legislativo 701 luego de verificar que la empresa demandada ostentaba posición de dominio, esto es, analizar si los hechos denunciados constituían infracción de las normas cuyo cumplimiento se le ha encargado.
44. A lo anterior debe agregarse que el señor Laca Buendía sólo cuestionó como excesivo el precio que le cobraba Electronorte cuando presentó la demanda que ha originado el presente procedimiento. En tal sentido, el recurrente no sólo aceptó el precio de US\$ 1.50 por poste cuando suscribió el contrato, sino que lo pagó durante todo el año de vigencia del mismo y por tres meses adicionales luego del vencimiento, sin indicar que se trataba de un precio muy elevado. Asimismo, cuando solicitó la renovación del contrato tampoco señaló que dicho precio fuera excesivo. En tal sentido, no existe evidencia que indique que el precio cobrado por Electronorte fuera cuestionado por el recurrente como un precio excesivo.
45. Finalmente, en su apelación el señor Laca Buendía manifestó que el CCO debió considerar para el análisis de las conductas denunciadas que los postes de Electronorte constituyen una facilidad esencial. Al respecto, el control de una facilidad esencial es una de las fuentes de las que surge una posición de dominio en el mercado de acuerdo con los Lineamientos de Libre Competencia de OSIPTEL²⁰. Sin embargo, una empresa puede ostentar posición de dominio sin necesidad de controlar una facilidad esencial.

²⁰ Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Libre Competencia en el Ámbito de las Telecomunicaciones, aprobados mediante Resolución N° 003-2000-CD/OSIPTEL

“Algunas de las variables que OSIPTEL podrá tomar en consideración para determinar si una firma exhibe posición de dominio en un mercado relevante determinado son: (...). c. El control de recursos esenciales reviste particular relevancia en telecomunicaciones o en tecnologías de red en general. Un recurso esencial se define como aquél servicio o infraestructura que: (i) es suministrado de modo exclusivo o de manera predominante por un solo proveedor o por un número limitado de proveedores, y (ii) cuya sustitución con miras al suministro de un servicio no sea factible en lo económico o en lo técnico”.

Aunque el CCO no consideró que los postes de Electronorte constituían una facilidad esencial, concluyó que la demandada sí tenía posición de dominio en el mercado y por ello evaluó si el comportamiento de esta empresa constituía infracción al Decreto Legislativo 701. En consecuencia, el Tribunal de Solución de Controversias considera que no era necesario que el CCO considere como facilidad esencial los postes de Electronorte para evaluar si esta empresa incurrió en actos de abuso de posición de dominio.

4.2. Trato discriminatorio

46. En la resolución materia de apelación el CCO concluyó que Electronorte había justificado la diferencia de precios existentes en los contratos de uso de postes que había suscrito, en función al número de postes contratados y al plazo de duración del contrato, aunque en un caso la diferencia no quedaba totalmente justificada, la práctica no habría puesto en desventaja competitiva al señor Laca Buendía como exige el artículo 5º inciso b) del Decreto Legislativo 701. Ello debido a que ninguno de los competidores potenciales del recurrente inició operaciones en el mercado relevante, la competencia que pudiera haberle causado Telefónica Multimedia no impidió que incrementara el número de usuarios del demandante, y el señor Laca Buendía dejó de pagar el precio por alquiler de los postes que utilizaba desde marzo del año 2001.
47. En su apelación el señor Laca Buendía sostuvo que no consideraba que hubiera justificación para los distintos precios que cobraba Electronorte y que existían otros competidores del recurrente que podrían haberse beneficiado con la discriminación, como Telefónica Multimedia S.A.C. que venía operando incluso antes del inicio de la controversia.
48. 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 (ii) que como consecuencia de ello se coloque a un competidor en situación de desventaja frente a otros. Adicionalmente, la norma señala que no constituye discriminación la aplicación de mejores condiciones ante circunstancias compensatorias que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, como pago anticipado, compras por volumen, etc²¹. En efecto, los costos de atender a cada cliente no siempre son los mismos y ello justifica que los precios y condiciones otorgadas sean distintas²².
49. Dentro del procedimiento se encontró que Electronorte cobraba precios distintos a las empresas con las que había suscrito contratos de uso de postes. De las 8 empresas con las que tenía suscrito un contrato, dos tenían un precio por poste de US\$ 0.85, otras dos

21 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”.

22 Al respecto, los Lineamientos de Libre Competencia de OSIPTEL señalan lo siguiente: “Los costos de suministrar bienes y servicios a todos los clientes no son los mismos; la ubicación geográfica, las cadenas de distribución y comercialización, el nivel de riesgo, la disponibilidad de tecnología o de facilidades técnicas, las condiciones de compra (como volumen, forma de pago, etc.) determinan que no necesariamente los precios y condiciones deban ser los mismos para todos. Ello es lo que origina que esta práctica deba ser analizada bajo la ‘regla de la razón’”.

de US\$ 1.00 y las cuatro restantes –entre quienes se encontraba el recurrente- un precio de US\$ 1.50. Al respecto, la demandada argumentó que la diferencia de precios se debía al número de postes contratados y al plazo de los contratos. De esta forma, cuanto mayor era el número de postes utilizados y más largo el plazo del contrato, Electronorte otorgaba un precio menor por poste.

Condiciones de los Contratos de Alquiler de Postes de Electronorte

	Plazo del Contrato	Postes Utilizados	Precio por Poste más IGV
Yomel Perú S.A.	5 años	5623	\$ 0,85
Boga Comunicaciones	5 años	5623	\$ 0,85
Tele Cable Motupe S.R.L.	1 año	315	\$ 1,50
RKUTV S.R.L.	1 año	193	\$ 1,50
Pedro Juan Laca Buendía	1 año	268	\$ 1,50
TV Cable Satélite Bagua	5 años	132	\$ 1,00
Supercable Televisión S.R. Ltda.	5 años	754	\$ 1,00
Cable Visión Chachapoyas E.I.R.Ltda.	9 meses	160	\$ 1,50

Fuente: Información presentada por ELECTRONORTE

50. En los cuatro casos que pagaban menores precios se cumplen los requisitos planteados por Electronorte. No obstante, todas las empresas que pagaban US\$ 1.50 por poste contrataron un mayor número de postes, que una de las que pagaba el precio de US\$ 1.00 –TV Cable Satélite Bagua- y logró suscribir un contrato por 5 años. En tal sentido, las razones expresadas por Electronorte no explican el por qué no suscribió en todos los casos contratos con plazos más largos, lo cual podría haber llevado a que cobrara a todos menores precios.
51. Electronorte ha sostenido en su contestación de la apelación que la existencia de contratos con diferentes condiciones demuestra que la demandada no impone estipulaciones a sus contrapartes y que no debe cuestionarse las razones por las que se otorga a unas empresas mayores plazos de contratación que a otras, ya que ello responde a las negociaciones realizadas con cada una de ellas.
52. Al respecto, el Tribunal de Solución de Controversias considera que es precisamente este tipo de decisiones de una empresa con posición de dominio –es decir otorgar condiciones distintas entre empresas sin una mayor explicación que ser producto de las negociaciones entre las partes- las que pueden constituir prácticas discriminatorias prohibidas por el Decreto Legislativo 701, cuando no existen explicaciones razonables o derivadas de prácticas comerciales generalmente aceptadas que expliquen la diferencia.
53. En tal sentido, corresponde analizar si la diferencia de precios existente colocó en desventaja al recurrente frente a sus competidores, como exige el artículo 5º inciso b) del Decreto Legislativo 701.
54. La competencia del señor Laca Buendía se encontraba representada potencialmente por las empresas que cuentan con concesión para brindar servicios de televisión por cable en todo el territorio nacional. Asimismo, estaba representada por las empresas concesionarias de televisión por cable que habían suscrito contrato de uso de postes con Electronorte y podían haber accedido al mercado de Lambayeque donde opera el

Resolución N° 017-2003-TSC/OSIPTEL

recurrente aprovechando del menor precio que pagaban por uso de postes. De la misma forma, estaba representada por Telefónica Multimedia S.A.C. que solicitó la ampliación del área de su concesión a Lambayeque²³.

55. Uno de los posibles efectos de la diferenciación de precios hubiera podido darse con la entrada al mercado de potenciales competidores, en especial aquellos que pagaban menores precios por el uso de los postes de Electronorte. Sin embargo, ninguno de ellos ingresó a prestar servicios en Lambayeque. Asimismo, el ingreso de Telefónica Multimedia S.A.C. al mercado de Lambayeque no puede atribuirse a la diferenciación de precios antes mencionada. Adicionalmente, existen pruebas que indican que el número de usuarios se incrementó paulatinamente, llegando a duplicarse entre junio del año 2000 y noviembre del año 2001, es decir, mientras se habría producido la supuesta discriminación.
56. De acuerdo con lo anteriormente expuesto, el Tribunal de Solución de Controversias considera que aunque Electronorte aplicó un precio diferenciado a las diversas empresas de televisión por cable que arrendaron sus postes, la diferencia existente no colocó al señor Laca Buendía en desventaja frente a sus competidores, como requiere el artículo 5° inciso b) del Decreto Legislativo 701. En tal virtud, corresponde confirmar la resolución apelada en el extremo que declaró infundada la demanda por presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de discriminación en perjuicio del recurrente.

RESUELVE:

Confirmar la Resolución N° 041-2002-CCO/OSIPTEL en los extremos que declaró infundada la demanda del señor Pedro Juan Laca Buendía contra Electronorte S.A., por supuestos actos de abuso de posición de dominio en las modalidades de negativa injustificada de trato y discriminación.

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

DANTE MENDOZA ANTONIOLI
Presidente

²³ Cabe señalar que según la información proporcionada por la Unidad Especializada en Concesiones de Telecomunicaciones durante la tramitación del procedimiento en primera instancia dicha solicitud de ampliación se encontraba en trámite. Si bien el señor Laca ha argumentado que Telefónica Multimedia S.A.C. ya brindaba servicios en Lambayeque incluso antes de contar con dicha ampliación de su concesión, tales afirmaciones no han sido confirmadas por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, como autoridad competente, por lo que no pueden tomarse como ciertas.