

TRIBUNAL DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS

Resolución N° 018-2003-TSC/OSIPTEL

EXPEDIENTE : 008-2001
PARTES : Telecable Motupe S.R.L. (**Telecable Motupe**) contra Electronorte S.A. (**Electronorte**).
MATERIA : Abuso de posición de dominio en las modalidades de negativa injustificada de trato y discriminación.
APELACIÓN : Resolución N° 035-2002-CCO/OSIPTEL, que declaró infundada la demanda en todos sus extremos.

SUMILLA: Se confirma la Resolución N° 035-2002-CCO/OSIPTEL en los extremos que declaró infundada la demanda de Telecable Motupe contra Electronorte, por supuestos actos de abuso de posición de dominio en las modalidades de negativa injustificada de trato y de discriminación.

Lima, 24 de junio del año 2003.

VISTO:

El recurso de apelación presentado el 18 de abril del año 2002 por Telecable Motupe, mediante el cual solicita que el Tribunal de Solución de Controversias revoque la Resolución N° 035-2002-CCO/OSIPTEL, del 08 de abril 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 agosto del año 1999, Telecable Motupe suscribió con Electronorte un contrato de uso de postes de distribución eléctrica como soporte de sus cables de señal de televisión (en adelante el contrato)¹. Este contrato vencía el 31 de julio del año 2000 y tenía fijada una renta mensual de US\$ 1.50 más IGV por poste.

¹ Mediante Resolución Ministerial N° 271-99-MTC/15.03, del 21 de junio del año 1999, Telecable Motupe obtuvo la concesión para prestar el servicio de televisión por cable en la ciudad de Motupe.

Resolución N° 018-2003-TSC/OSIPTEL

2. El 13 de agosto del año 2001, Electronorte remitió a Telecable Motupe un contrato de regularización de alquiler de postes con vigencia desde el 01 de agosto del año 2000 hasta el 31 de diciembre del año 2001, señalando que lo hacía con la finalidad de que la demandante regularice los pagos que tenía pendiente desde febrero del año 2001.
3. El 17 de agosto del año 2001, Telecable Motupe presentó ante OSIPTEL una demanda en contra de Electronorte por supuestos actos de abuso de posición de dominio en las modalidades de negativa injustificada de trato, constituida por la imposición de un contrato con cláusulas abusivas, y de discriminación de precios en perjuicio de la demandante.
4. El 12 de septiembre del año 2001, Electronorte requirió a Telecable Motupe que retire el cableado de sus postes, bajo cargo de retirarlos directamente y retenerlos como parte de pago, en tanto que asumió que con la demanda presentada ante OSIPTEL la demandante había desconocido la existencia del contrato entre las partes.
5. El 14 de septiembre del año 2001, Telecable Motupe comunicó a Electronorte que el contrato no se había renovado tácitamente toda vez que en ningún momento manifestó su intención de suscribir el contrato de regularización que la demandada le remitió el 13 de agosto del año 2001, por considerar que contenía cláusulas leoninas.
6. El 11 de enero del año 2002, Telecable Motupe efectuó el pago por consignación por concepto de arrendamiento de postes correspondiente a los meses de febrero, marzo y abril del año 2001 a razón de US\$ 0.35 por cada poste, señalando ante el Juzgado correspondiente que procedería a pagar los meses siguientes al mismo precio según un cronograma mensual.
7. Mediante Resolución N° 035-2002-CCO/OSIPTEL, del 08 de abril 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 Telecable Motupe contra Electronorte, sustentándose en los siguientes argumentos:
 - Que aunque no se produjo la renovación del contrato como sostuvo Electronorte, toda vez que las partes no se pusieron de acuerdo sobre el contrato de regularización propuesto por aquella, al vencerse en julio del año 2000 el plazo del contrato originalmente pactado, Telecable Motupe continuó haciendo uso de los postes de Electronorte sin que esta empresa le requiriese que retire sus cables aún cuando la demandante dejó de pagar la renta convenida desde febrero del año 2001. Por lo que el CCO concluyó que se produjo la continuación del contrato bajo los mismos términos y que no se dio una negativa de trato por parte de la demandada.
 - Telecable Motupe acordó con Electronorte desde el inicio de su relación contractual el precio de US\$ 1.50 más IGV por poste y otras condiciones

Resolución N° 018-2003-TSC/OSIPTEL

contractuales y no fue sino hasta la presentación de la demanda que planteó que se trataba de un contrato con cláusulas abusivas, sin que exista ninguna prueba que indique que Electronorte impuso o trató de imponer un contrato a Telecable Motupe, por lo que el CCO concluyó que no podía considerarse que se hubiera producido una negativa indirecta de trato a través de la imposición de un contrato abusivo.

- Electronorte no incurrió en una discriminación de precios en perjuicio de Telecable Motupe, ya que en la mayoría de casos de empresas de televisión por cable que pagaban un precio menor, la diferencia se explicaba por el mayor número de postes utilizados y el mayor plazo de contrato. Adicionalmente, la diferencia de precios cobrados por Electronorte no puso en desventaja a Telecable Motupe frente a sus competidores potenciales, en tanto que ninguno de ellos ingresó a prestar servicios en Motupe y aunque el número de sus usuarios se redujo en febrero y marzo del 2001 –recuperándose posteriormente-, la empresa dejó de pagar en ese período el precio correspondiente.
8. Telecable Motupe presentó recurso de apelación el 18 de abril del año 2002, solicitando que el Tribunal de Solución de Controversias revoque la Resolución N° 035-2002-CCO/OSIPTEL en los extremos que declaró infundada su demanda por negativa injustificada de trato y por discriminación, sustentándose en los siguientes argumentos:
- 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 (31 de julio del año 2000) la demandante continuó en uso de los postes hasta agosto del año 2001 sin que Electronorte le requiera que retire sus cables. Lo que debe analizarse es si la demandada se negó a renovar un contrato. Al respecto, la recurrente solicitó verbalmente 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 aquella continuó efectuando el pago hasta enero del año 2001. Luego Electronorte trató de imponerle un contrato con cláusulas abusivas.
 - En Motupe 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. Asimismo, el CCO sostiene que la demandante pagó el precio de US\$ 1.50 sin cuestionarlo hasta que presentó la demanda. Sin embargo, la recurrente cuestionó verbalmente que se trataba de un precio excesivo.
 - No puede exigirse prueba documental de las afirmaciones de la demandante si es que la demandada no niega sus afirmaciones y Electronorte no ha negado que Telecable Motupe le pidiera la renovación del contrato y de que haya cuestionado el precio cobrado.
 - El CCO señala que previamente la recurrente aceptó las condiciones establecidas en el contrato con Electronorte, por lo que no puede sostenerse luego que las mismas eran abusivas. Sin embargo, la recurrente aceptó dichas

Resolución N° 018-2003-TSC/OSIPTEL

- condiciones porque se encontraba coaccionada si quería prestar sus servicios con los postes de Electronorte.
- El CCO consideró que las justificaciones (número de postes y plazo del contrato) planteadas por Electronorte para cobrar precios distintos eran válidas, salvo en el caso de TV Cable Satélite Bagua. Además consideró que en este caso la diferencia de precios no había puesto en desventaja competitiva a la recurrente. Sin embargo, sí la colocó en desventaja porque le exigía pagar un precio excesivo impidiendo su crecimiento, mientras otras empresas pagaban menos y se capitalizaban.
9. Mediante escrito del 02 de mayo del año 2002, Electronorte absolvió el traslado de la apelación manifestando lo siguiente:
- No existió una negativa injustificada a continuar contratando, porque en todo momento se permitió a la demandante que continúe en uso de los postes, a cambio de la contraprestación pactada y a pesar de que sólo pagó hasta enero del año 2001. Además, Electronorte no impuso a Telecable Motupe un contrato con cláusulas abusivas.
 - La intención de la demandante es obtener una disminución en la tarifa que Electronorte pactó con ella en el contrato de alquiler de postes. Hasta la fecha de interposición de la 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.
10. Mediante Resolución N° 037-2002-CCO/OSIPTEL, del 08 de mayo del año 2002, el CCO concedió el recurso de apelación interpuesto por Telecable Motupe contra la Resolución N° 035-2002-CCO/OSIPTEL.
11. 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 28 de enero del año 2003.

II. CUESTIÓN PROCESAL PREVIA

12. En la resolución apelada el CCO analizó la negativa de trato denunciada por Telecable Motupe como una conducta prohibida por el artículo 5° inciso a) del Decreto Legislativo 701, a pesar que concluyó que la prueba presentada por la demandante resultaba insuficiente para considerar que Electronorte era un competidor potencial de Telecable Motupe y que tuviera incentivos para incurrir en

Resolución N° 018-2003-TSC/OSIPTEL

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.

13. 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 presión- no se encuentran prohibidas por el artículo 5° inciso a) del Decreto Legislativo 701.
14. El artículo 3° 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 23° de dicha norma⁵. En tal sentido, debe entenderse que el artículo 3° del Decreto Legislativo 701 contempla aquellos

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.

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”.

Resolución N° 018-2003-TSC/OSIPTEL

supuestos que tengan efectos restrictivos de la competencia pero que no se enmarquen dentro de lo previsto por el artículo 5° del Decreto Legislativo 701⁶.

15. 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 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 la prohibición contenida en el artículo 3° 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.
16. En el presente caso, Telecable Motupe 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 de la 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.
17. 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 la demandante en la ciudad de Motupe. Asimismo, Telecable Motupe 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 de Telecable Motupe.
18. En tal sentido, se concluye que no existe evidencia que indique que Electronorte sea competidor potencial de Telecable Motupe. Asimismo, tampoco se encuentran indicios de que Electronorte haya utilizado la negativa de trato denunciada como

⁶ Cabe agregar que la prohibición de negativas arbitrarias de trato en virtud del artículo 3° 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.

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”.

Resolución N° 018-2003-TSC/OSIPTEL

mecanismo de presión para evitar que la demandante contrate con sus competidores. De ello se deduce que la demandada no obtendría beneficios como consecuencia de dicha negativa.

19. 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

20. La cuestión en discusión en el presente caso, consiste en determinar si la conducta de Electronorte constituye un abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato.
21. 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

22. En la resolución materia de apelación el CCO encontró que al vencerse el plazo del contrato en julio del año 2000, Electronorte permitió que Telecable Motupe continuara en uso de sus postes hasta agosto del año 2001, a pesar que dejó de pagar la mensualidad pactada desde febrero de ese año. En tal virtud, el CCO

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 N° 018-2003-TSC/OSIPTEL

consideró que el contrato había continuado bajo sus mismos términos y concluyó que no se había producido una negativa de trato por parte de Electronorte.

23. Telecable Motupe ha manifestado en su recurso de apelación que no debe analizarse si la recurrente continuó en uso de los postes al vencerse el plazo del contrato sino si Electronorte se negó a renovar el contrato. Al respecto, indicó que Electronorte no dio respuesta a sus requerimientos verbales de renovar el contrato y que por el contrario trató de imponerle un contrato con cláusulas abusivas.
24. El Tribunal de Solución de Controversias considera que el análisis de una negativa de trato debe comprender los hechos ocurridos y el comportamiento de las partes, cuando menos, hasta la fecha de presentación de la demanda que dio origen al presente procedimiento⁹. En tal sentido, según la evidencia que obra en el expediente, los siguientes hechos se encuentran comprobados:
 - (i) El plazo del contrato suscrito entre las partes venció el 31 de julio del año 2000.
 - (ii) Telecable Motupe continuó utilizando los postes de Electronorte luego de vencido el plazo del contrato, hasta agosto del año 2001, sin que la demandada le requiriera que retire sus cables y a pesar que sólo pagó la mensualidad originalmente convenida hasta enero del año 2001.
 - (iii) Mediante comunicación remitida el 13 de agosto del año 2001, Electronorte remitió a la demandante un contrato de regularización con vigencia del 01 de agosto del año 2000 hasta el 31 de diciembre del año 2001.
 - (v) El 17 de agosto del año 2001, Telecable Motupe presentó una demanda contra Electronorte ante OSIPTEL, denunciándola por negativa de trato al imponerle el referido contrato de regularización.
 - (vi) El 12 de septiembre del año 2001, Electronorte requirió a Telecable Motupe que retire el cableado de sus postes, bajo cargo de retirarlos directamente y retenerlos como parte de pago.
25. El contrato suscrito inicialmente entre las partes no preveía la renovación automática del mismo, sino que establecía que podría ser renovado por período similar o superior al que fue inicialmente pactado, debiendo para ello suscribirse el contrato respectivo¹⁰. Si bien Telecable Motupe afirmó que había solicitado verbalmente la renovación del contrato a Electronorte y que ésta no le había dado respuesta, en el expediente no consta prueba alguna que demuestre tales hechos. Adicionalmente, las partes no llegaron a suscribir una renovación a pesar del contrato de regularización enviado por la demandada. En tal virtud, no puede

⁹ Este criterio ha sido adoptado por el Tribunal de Solución de Controversias en un pronunciamiento anterior -Resolución N° 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 N° 006/2000).

¹⁰ Cláusula Sexta: *“El presente contrato, entrará en vigencia a partir del 01 de Agosto de 1999 y tendrá un periodo de vigencia de un año, el mismo que podrá ser renovado por periodos similares o superiores, debiendo suscribir oportunamente el Contrato respectivo. En caso que las partes manifiesten la necesidad de resolverlo, esta decisión deberá ser comunicada con treinta (30) días de anticipación como mínimo”.*

Resolución N° 018-2003-TSC/OSIPTEL

afirmarse que Telecable Motupe solicitó la referida renovación ni que el contrato se renovó, ni automáticamente ni por acuerdo escrito.

26. De otro lado, al vencerse el plazo originalmente pactado, la demandante continuó utilizando los postes de Electronorte, sin que esta empresa le requiriera que retire sus cables. Es decir, a pesar de las afirmaciones de Telecable Motupe en el sentido que Electronorte se negó a renovar el contrato, lo cierto es que en los hechos la demandada no le negó el uso de sus postes, sino que se lo permitió, incluso sin recibir una contraprestación desde febrero del año 2001. En otras palabras, los hechos indican que el contrato originalmente pactado subsistió luego de un año de su vencimiento.
27. Debe tenerse en cuenta además que el objeto del contrato suscrito entre las partes era el uso de los postes por parte de Telecable Motupe, por lo que el objeto del referido contrato continuó ejecutándose con aceptación de Electronorte. Si la intención de la demandada hubiera sido negarse a contratar –como afirma la recurrente-, le habría bastado con ejecutar la cláusula del contrato que le facultaba a resolverlo por incumplimiento parcial o total¹¹, toda vez que Telecable Motupe no cumplió con pagar las mensualidades correspondientes desde febrero del año 2001¹².
28. Adicionalmente, respecto de la negativa a través de la imposición de un contrato con cláusulas abusivas por parte de Electronorte, se encuentra demostrado que el 13 de agosto del año 2001, esta empresa remitió a Telecable Motupe el contrato de regularización y el 17 de agosto del mismo año la recurrente presentó la demanda que ha dado origen al presente procedimiento, no existiendo evidencia de negociación entre las partes sobre dicho contrato o sus cláusulas. En tal sentido, no podría afirmarse que el referido contrato fue impuesto a Telecable Motupe.
29. En cuanto al contenido de las cláusulas, debe precisarse que según la información que obra en el expediente, varias de ellas –el retiro de los cables al vencimiento del contrato, la cláusula penal, el pago a pesar de no usar todos los postes contratados y las responsabilidades por daños- se encontraban en el contrato originalmente pactado entre las partes o en contratos de la misma naturaleza que suscribió Electronorte con otras empresas de servicios de televisión por cable. En tal sentido, no puede afirmarse que el contrato bajo comentario constituyera un contrato con cláusulas abusivas, dado que las mismas ya habían sido aceptadas previamente por Telecable Motupe o corresponden al uso común de Electronorte en el negocio de arrendamiento de postes.

¹¹ Cláusula Séptima: “Causales de resolución del contrato. Ambas empresas, podrán resolver de pleno derecho el contrato, bastando para ello con la remisión de una Carta notarial por las siguientes causas: - Por incumplimiento total o parcial del presente contrato”.

¹² Cláusula Tercera. “3.1 TELECABLE MOTUPE S.R.L. se compromete al pago mensual del importe de Un Dólar y Cincuenta Centavos (U\$ 1,50) por el uso de cada poste, cantidad a la que se sumará el I.G.V. correspondiente. (...). 3.5 Si durante la vigencia del presente contrato TELECABLE MOTUPE S.R.L. solicita el uso adicional de postes, ELECTRONORTE S.A. otorgará previamente la autorización, debiendo TELECABLE MOTUPE S.R.L. abonar el monto considerado en el inciso 3.1”.

Resolución N° 018-2003-TSC/OSIPTEL

30. De acuerdo con lo anteriormente expuesto, el Tribunal de Solución de Controversias considera que no se produjo una negativa de trato de parte de Electronorte. En consecuencia, corresponde confirmar la resolución apelada en el extremo que declaró infundada la demanda por negativa de trato, como conducta prohibida por el artículo 3° del Decreto Legislativo 701.
31. La recurrente también sostuvo en la apelación que en Motupe sólo existe la oferta de postes de Electronorte, ya que Telefónica del Perú S.A.A. se niega a arrendar sus postes. En consecuencia, existe un monopolio y la resolución apelada debió haberse pronunciado sobre la validez del precio cobrado y si el mismo tenía relación con los costos de la demandada.
32. Al respecto, el marco legal peruano establece que los precios se fijan libremente en el mercado, con excepción de las tarifas de servicios públicos que pueden ser fijadas administrativamente si una ley así lo permite¹³. En el caso del mercado de telecomunicaciones, sólo los servicios públicos de telecomunicaciones se encuentran sujetos a regulación de tarifas tope¹⁴ y la función reguladora ha sido atribuida al Consejo Directivo de OSIPTEL¹⁵.
33. En tal sentido, las empresas pueden determinar 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.
34. 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

¹³ 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”.*

¹⁴ 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”.*

¹⁵ Reglamento General del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, Decreto Supremo 008-2001-PCM

Artículo 28.- *“Función Reguladora. Es la facultad que tiene OSIPTEL 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 OSIPTEL y se ejerce a través de Resoluciones”.*

Resolución N° 018-2003-TSC/OSIPTEL

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 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.

35. 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.
36. 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.

37. 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.
38. A lo anterior debe agregarse que Telecable Motupe sólo cuestionó como excesivo el precio que le cobraba Electronorte cuando presentó la demanda que ha originado el presente procedimiento. En tal sentido, la empresa recurrente no sólo aceptó cuando suscribió el contrato el precio de US\$ 1.50 más IGV por poste, sino que lo pagó durante todo el año de vigencia del mismo y luego del vencimiento hasta enero del año 2001, sin discutir que se trataba de un precio muy elevado. Pese a que la demandante ha manifestado en su apelación que dicho contrato le habría sido impuesto por Electronorte no existe ninguna prueba al respecto mas allá de sus afirmaciones. En tal sentido, no existe evidencia que indique que el precio cobrado por Electronorte fuera cuestionado por la recurrente como un precio excesivo.

4.2. Trato discriminatorio

Resolución N° 018-2003-TSC/OSIPTEL

39. En la resolución materia de apelación el CCO concluyó que Electronorte había justificado las diferencias 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, y que si bien en un caso la diferencia no quedaba totalmente justificada, la práctica no habría puesto en desventaja competitiva a Telecable Motupe como exige el artículo 5º inciso b) del Decreto Legislativo 701. Ello debido a que ninguno de los competidores potenciales de la recurrente inició operaciones en el mercado relevante y Telecable Motupe dejó de pagar desde febrero del año 2001 el precio por alquiler de los postes que utilizaba.
40. En su apelación Telecable Motupe sostuvo que no consideraba que hubiera justificación para los distintos precios que cobraba Electronorte y que el precio que le cobraba la demandada la colocó en desventaja porque le exigía pagar un precio excesivo impidiendo su crecimiento, mientras otras empresas pagaban menos y se capitalizaban.
41. 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, etc¹⁶. En efecto, los costos de atender a cada cliente no siempre son los mismos y ello justifica que los precios y condiciones otorgadas sean distintas¹⁷.
42. 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 de US\$ 1.00 y las cuatro restantes –entre quienes se encontraba la 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

¹⁶ 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”.

¹⁷ 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’”.

Resolución N° 018-2003-TSC/OSIPTEL

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 IG
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

43. 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.
44. Electronorte ha sostenido en su contestación de la apelación que la diferencia en los precios corresponde a razones válidas y objetivas de mercado, como es 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.
45. 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.
46. En tal sentido, corresponde analizar si la diferencia de precios existente colocó en desventaja a la recurrente frente a sus competidores, como exige el artículo 5º inciso b) del Decreto Legislativo 701.
47. La competencia de Telecable Motupe 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 Motupe

Resolución N° 018-2003-TSC/OSIPTEL

donde opera la recurrente aprovechando del menor precio que pagaban por uso de postes.

48. 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 Motupe. En cuanto a la disminución del número de usuarios de la empresa, ésta se registró en desde febrero del año 2001, revertiéndose luego esta tendencia, al crecer el número de usuarios de abril a noviembre de este año. Esta evolución respondería a distintos factores no relacionados con la diferencia de precios antes indicada, en especial si se tiene en cuenta, que desde febrero del 2001, Telecable Motupe no pagó la mensualidad correspondiente por uso de postes.
49. 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 a Telecable Motupe en desventaja frente a sus competidores, como requiere el artículo 5º 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 de la recurrente.

RESUELVE:

Confirmar la Resolución N° 035-2002-CCO/OSIPTEL en los extremos que declaró infundada la demanda de Telecable Motupe S.R.L. contra Electronorte S.A., por supuestos actos de abuso de posición de dominio en las modalidades de negativa injustificada de trato y de discriminación.

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
Presidente