



TRIBUNAL DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS

Resolución N° 013-2003-TSC/OSIPTEL

EXPEDIENTE : 006-1999
PARTES : Tele Cable S.A. (actualmente Telecable Siglo 21 S.A.A.)
(Telecable) contra Telefónica del Perú S.A.A. **(Telefónica)** y
Telefónica Multimedia S.A.C. **(Telefónica Multimedia)**.
MATERIA : Prácticas Restrictivas de la Libre Competencia y Abuso de
Posición de Dominio.
APELACIÓN : Resolución N° 076-2003-CCO/OSIPTEL, que impuso a
Telefónica Multimedia siete multas coercitivas ascendentes a 210
UIT.

SUMILLA: Se confirma la Resolución N° 076-2003-CCO/OSIPTEL, en el extremo que declaró que Telefónica Multimedia S.A.C. dio pleno cumplimiento a lo dispuesto por el artículo octavo de la Resolución N° 062-CCO-2000 a partir del 04 de marzo del año 2003; modificándola en el extremo que le impuso 7 multas coercitivas ascendentes a 210 UIT, monto que se reduce a 105 UIT, de acuerdo con la facultad conferida por el artículo 65° inciso f) del Reglamento General de Infracciones y Sanciones de OSIPTEL y según el principio de razonabilidad.

Lima, 03 de junio del año 2003.

VISTO:

El recurso de apelación presentado el 10 de abril del año 2003 por Telefónica Multimedia, mediante el cual solicita que el Tribunal de Solución de Controversias revoque la Resolución N° 076-2003-CCO/OSIPTEL, del 21 de marzo del año 2002, que impuso a Telefónica Multimedia siete (7) multas coercitivas ascendentes a treinta (30) Unidades Impositivas Tributarias cada una, por supuesto incumplimiento de lo ordenado en el artículo octavo de la Resolución N° 062-CCO-2000.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. El 21 de diciembre del año 2000 se dictó la Resolución N° 062-CCO-2000 mediante la cual se puso fin en primera instancia a la controversia iniciada por Telecable contra Telefónica Multimedia y Telefónica del Perú por supuestas prácticas contrarias a la libre competencia derivadas de la celebración de convenios de exclusividad con las empresas Turner Broadcasting System Latin America, Inc. (en adelante Turner) y Fox Latin American Channel, Inc. (en adelante Fox).

Resolución N° 013-2003-TSC/OSIPTEL

Esta resolución declaró fundada la demanda contra Telefónica Multimedia y mediante su artículo octavo le ordenó: *“(...) que en un plazo no mayor de treinta (30) días calendario deje sin efectos todas aquellas cláusulas contenidas en los contratos vigentes con Fox y Turner que de manera directa o indirecta impliquen el otorgamiento de exclusividades en la transmisión y/o distribución de dicha programación y/o señales”*.

Adicionalmente, la mencionada Resolución dispuso en su artículo décimo primero: *“Declarar que el incumplimiento de lo dispuesto en la presente resolución conllevará a la aplicación de una sanción equivalente a trescientas cincuenta (350) UIT, sin perjuicio de la aplicación de multas coercitivas de conformidad con el artículo 34° de la Ley N° 27336”*.

2. El 03 de enero del año 2001, Telefónica Multimedia interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 062-CCO-2000, solicitando además que se suspendan los efectos de la misma en lo referido a la orden para que se dejen sin efecto las cláusulas de exclusividad con Fox y Turner.
3. Con fecha 25 de enero del año 2001 se venció el plazo perentorio establecido para el cumplimiento de la Resolución N° 062-CCO-2000. Sin embargo, en esa misma fecha, la Presidencia de OSIPTEL, en su condición de segunda instancia administrativa, emitió la Resolución N° 004-2001-PD/OSIPTEL mediante la cual suspendió los efectos de la Resolución N° 062-CCO-2000, atendiendo a la solicitud de Telefónica Multimedia.
4. Mediante Resolución N° 065-2001-PD/OSIPTEL, del 28 de diciembre del año 2001 y remitida al Cuerpo Colegiado Ordinario (en adelante CCO) el 31 de enero del año 2002, la Presidencia de OSIPTEL resolvió devolver el expediente a la primera instancia *“(...) para que proceda como corresponde, teniendo en cuenta que la Resolución Final N° 062-CCO-2000 ha sido confirmada por el mérito del silencio administrativo negativo”*.
5. Así, en virtud a lo señalado por la Presidencia de OSIPTEL, el CCO emitió el 04 de febrero del año 2002 la Resolución N° 069-2002-CCO/OSIPTEL, mediante la cual ordenó a Telefónica Multimedia cumplir con lo dispuesto en el artículo octavo de la Resolución N° 062-CCO-2000 y acreditar dicho cumplimiento en el plazo máximo de 5 días útiles.
6. Luego de constatar que Telefónica Multimedia no había cumplido con lo dispuesto por la Resolución N° 062-CCO-2000, el CCO le impuso una multa ascendente a 350 UIT mediante la Resolución N° 071-2002-CCO/OSIPTEL del 15 de mayo del año 2002. En esta misma resolución, el CCO dispuso la imposición de multas coercitivas de 30 UIT cada una, que se devengarían cada 15 días calendario por término indefinido hasta que Telefónica Multimedia cumpliera con lo ordenado mediante Resolución N° 062-CCO-2000.

Resolución N° 013-2003-TSC/OSIPTEL

7. Con fecha 27 de mayo del año 2002 fue notificada a OSIPTEL la Resolución N° 2, emitida por el Primer Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo de Lima, que declaró procedente la medida cautelar de no innovar solicitada por Telefónica Multimedia a fin de que se suspendieran los efectos de las Resoluciones N° 069-2002-CCO/OSIPTEL y N° 062-CCO-2000, en el marco del proceso judicial iniciado por dicha empresa ante el Poder Judicial para cuestionar la validez y eficacia de la Resolución N° 062-CCO-2000 (expediente N° 998-02-MC).

En virtud de lo dispuesto por dicha resolución del Poder Judicial, también se suspendieron los efectos de la Resolución N° 071-2002-CCO/OSIPTEL, en lo que se refiere a la aplicación de multas coercitivas de 30 UIT cada 15 días.

8. Con fecha 05 de noviembre del año 2002 fue notificada a OSIPTEL la Resolución N° 5, emitida por la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo, mediante la cual se revocó la resolución del Primer Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo de Lima que concedió la medida cautelar en favor de Telefónica Multimedia.
9. A partir de la fecha de notificación de dicha resolución de la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo, recobró efecto la Resolución N° 071-2002-CCO/OSIPTEL y, por lo tanto, se reanudó el cómputo de los plazos para la aplicación de multas coercitivas a Telefónica Multimedia. En ese sentido, mediante Oficio N° 329-2002/ST, del 04 de diciembre del año 2002, la Secretaría Técnica del CCO requirió a Telefónica Multimedia que en el plazo de 3 días hábiles acreditara documentadamente haber cumplido lo dispuesto por la Resolución N° 062-CCO-2000.
10. Mediante carta GGR-131-A-045-02, recibida por OSIPTEL el 06 de enero del año 2003, Telefónica Multimedia dio respuesta al referido oficio de la Secretaría Técnica del CCO manifestando que, en relación con el contrato celebrado con Fox, durante la vigencia de la medida cautelar han *“suscrito una nueva relación comercial”*, en la cual las partes no han pactado cláusula alguna de exclusividad.

Por otro lado, respecto de la relación comercial con Turner, Telefónica Multimedia presentó una comunicación cursada a dicha empresa el 15 de noviembre del año 2002 invitándola a iniciar las negociaciones destinadas a dejar sin efecto las cláusulas de exclusividad contenidas en el contrato celebrado entre ambas partes. Asimismo, Telefónica Multimedia presentó la respuesta de Turner de fecha 26 de noviembre del año 2002, en la que le señaló que no necesitaba su consentimiento para dar cumplimiento a la Resolución N° 062-CCO-2000.

11. Mediante escrito presentado el 10 de marzo del año 2003, Telefónica Multimedia argumentó ante el CCO que la exclusividad pactada con Turner había quedado automáticamente sin efecto en virtud de la cláusula IX del contrato suscrito entre las partes y, además, adjuntó una comunicación cursada a Turner con fecha 04 de marzo de 2003 en la que le señalaba que la exclusividad había cesado desde que la Resolución N° 062-CCO-2000 adquirió plena vigencia.

Resolución N° 013-2003-TSC/OSIPTEL

12. El 21 de marzo del año 2003, el CCO emitió la Resolución N° 076-2003-CCO/OSIPTEL, mediante la cual concluyó lo siguiente:

- De acuerdo con toda la documentación que obra en el expediente, Telefónica Multimedia cumplió con eliminar la exclusividad pactada con Fox antes que la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo revocara la medida cautelar otorgada a favor de la recurrente.
- Telefónica Multimedia no cumplió con eliminar la exclusividad pactada con Turner entre el 05 de noviembre de 2002 y el 04 de marzo de 2003, período por el que correspondía la imposición de 7 multas coercitivas de 30 UIT cada.
- A partir del 04 de marzo de 2003, Telefónica Multimedia dio pleno cumplimiento a lo dispuesto en el artículo octavo de la Resolución N° 062-CCO-2000, que ordenaba dejar sin efecto todas aquellas cláusulas de exclusividad contenidas en los contratos suscritos con Fox y Turner.

13. El 10 de abril del año 2003, Telefónica Multimedia presentó recurso de apelación contra la Resolución N° 076-2003-CCO/OSIPTEL, expresando lo siguiente: *"(...) venimos a interponer expreso recurso de apelación contra la Resolución N° 076-2003-CCO/OSIPTEL, en el extremo que impone a MULTIMEDIA las multas antes referidas (Artículo Primero) y en el extremo que declara que nuestra empresa habría dado pleno cumplimiento a lo dispuesto por la Resolución Final sólo a partir del 4 de marzo de 2003 (Artículo Segundo)".*

14. El 21 de abril del año 2003, el CCO concedió, mediante Resolución N° 077-2003-CCO/OSIPTEL, el recurso de apelación interpuesto por Telefónica Multimedia contra la Resolución N° 076-2003-CCO/OSIPTEL. El expediente fue elevado al Tribunal de Solución de Controversias el 22 de abril del año 2003.

15. El 30 de abril del año 2003, el TSC emitió la Resolución N° 009-2003-TSC/OSIPTEL, mediante la cual se otorgó el uso de la palabra a Telefónica Multimedia. El referido informe oral se llevó a cabo el 13 de mayo del presente año.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

16. La cuestión en discusión, en el presente caso, consiste en determinar si Telefónica Multimedia cumplió con eliminar la exclusividad pactada con Turner, según lo ordenado por la Resolución N° 062-2000-CCO, desde el 05 de noviembre de 2002 en que dicha resolución recobró efectos, como afirma Telefónica Multimedia, o desde el 04 de marzo del año 2003, como concluyó el CCO en la resolución materia de apelación.

17. También es cuestión en discusión determinar, si corresponde, graduar el monto de las multas coercitivas impuestas a Telefónica Multimedia.

III. ANALISIS

3.1. Incumplimiento respecto de la exclusividad con Turner

18. En la resolución materia de apelación, el CCO concluyó que Telefónica Multimedia no cumplió con dejar sin efecto la exclusividad pactada con Turner para la transmisión y/o distribución de su programación en el periodo comprendido entre el 05 de noviembre del año 2002 –fecha en que recobró efecto la Resolución N° 071-2002-CCO/OSIPTEL que impuso las multas coercitivas- y el 04 de marzo del año 2003 –fecha de la carta dirigida por Telefónica Multimedia a Turner en la que señala que la exclusividad había cesado-.

Según el CCO, antes de la comunicación del 04 de marzo del año 2003, Telefónica Multimedia nunca invocó la terminación de la exclusividad en virtud de la cláusula IX del contrato, sino que, por el contrario, afirmó en repetidas oportunidades que su empresa carecía de facultades para modificar unilateralmente el contrato sin el acuerdo de Turner. En tal sentido, para el CCO, antes del 04 de marzo del año 2003, Telefónica Multimedia actuó en el entendido de que la cláusula de exclusividad con Turner se encontraba vigente.

19. En su recurso de apelación, Telefónica Multimedia sostuvo que la cláusula IX del contrato suscrito con Turner disponía que la exclusividad para la transmisión y/o distribución de la programación de esta última empresa se concedía de conformidad con las limitaciones impuestas por cualquier norma, orden, disposición legal o regulación aplicable.

Por ello, en opinión de Telefónica Multimedia, la exclusividad había quedado eliminada automáticamente, sin necesidad de acuerdo o pacto posterior de las partes, desde que la Resolución N° 062-CCO-2000 –que prohibió la mencionada exclusividad-, recuperó pleno efecto y exigibilidad, esto es, desde el 05 de noviembre del año 2002, fecha en que se notificó a OSIPTEL la resolución de la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo que revocó la medida cautelar que suspendió los efectos de dicha resolución.

Asimismo, la recurrente sostiene que en todo caso la cláusula IX del contrato suscrito con Turner era clara en disponer que la exclusividad quedaba sin efecto automáticamente si alguna norma o regulación la prohibía, por lo cual cualquier interpretación que pueda hacerse respecto de un supuesto comportamiento de las partes contrario a dicha cláusula –como asumió el CCO en la resolución materia de apelación- debe dejarse de lado.

20. Al respecto, la cláusula IX del contrato suscrito por Telefónica Multimedia con Turner (*exclusivity*) establece lo siguiente:

“Cualquiera de los derechos de exclusividad detallados previamente [esto es en el contrato], se conceden solamente de conformidad con o limitados por cualquier ley, regla, estatuto o regulación aplicable” (traducción libre)¹.

¹ El texto en inglés de la referida cláusula IX del contrato es el siguiente: “(g) Any rights to exclusivity as detailed above, are granted herein only in accordance with or as limited by any applicable law, rule, statute or regulation”.

Resolución N° 013-2003-TSC/OSIPTEL

21. No obstante lo que establece la referida cláusula del contrato suscrito con Turner, existe diversa documentación en el expediente que demuestra que Telefónica Multimedia no sólo invitó hasta en dos oportunidades a Turner a llevar a cabo negociaciones para modificar los términos del contrato y eliminar la exclusividad, sino que además sostuvo ante la Secretaría Técnica del CCO que ella no se encontraba en facultad de modificar unilateralmente los términos del referido contrato para dar cumplimiento a la Resolución N° 062-CCO-2000 y que requería de la anuencia de Turner para ello.
22. En efecto, luego que el CCO emitiera el 04 de febrero de 2002 la Resolución N° 069-2002-CCO/OSIPTEL, mediante la cual otorgó a Telefónica Multimedia un plazo de 5 días para acreditar el cumplimiento de la Resolución N° 062-CCO-2000, la recurrente presentó a la Secretaría Técnica del CCO la carta GGR-131-A-844-2002, del 22 de febrero del año 2002, en la cual señaló lo siguiente:

*"(...) dejando sentada nuestra discrepancia contra la Resolución N° 062-CCO-2000 (...) hemos procedido a invitar a las empresas Fox Latin American Channel Inc. y Turner Broadcasting System Latin America Inc. a iniciar las **negociaciones destinadas a replantear el contenido de los contratos que contienen las cláusulas de exclusividad en la transmisión y distribución de sus señales.** En los próximos días informaremos a usted sobre los avances de estas negociaciones"* (el resaltado es nuestro).

Como anexo de la citada carta, Telefónica Multimedia presentó la comunicación de fecha 15 de febrero del año 2002 cursada a Turner para los efectos antes señalados; que expresa lo siguiente:

*"(...) en atención a que mediante la Resolución Final N° 062-CCO-2000 se ordenó a nuestra empresa 'que en un plazo no mayor de treinta (30) calendario deje sin efecto todas aquellas cláusulas contenidas en los contratos vigentes con Turner que de manera directa o indirecta impliquen el otorgamiento de exclusividades en la transmisión y/o distribución de dicha programación y/o señales'; por la presente y en atención a dicho pronunciamiento, **los invitamos a iniciar las negociaciones destinadas a replantear los alcances de los contratos que en su oportunidad suscribimos con ustedes**"* (el resaltado es nuestro).

23. Posteriormente, mediante carta GGR.131.A-1482-2002, presentada a la Secretaría Técnica del CCO el 10 de abril del año 2002, Telefónica Multimedia señaló lo siguiente:

"Como Uds. bien conocen, la celebración de un Contrato y consiguiente acuerdo de voluntades, como lo son, los Contratos de Exclusividad celebrados con Turner Broadcasting System Latin America, Inc. y Fox Latin American Channel, Inc., suponen que cualquier modificación de los acuerdos allí expresados sea consecuencia de un nuevo acuerdo de voluntades entre las partes celebrantes. Como consecuencia de ello, nuestra Empresa, unilateralmente carece de facultad para modificar sendos acuerdos bilaterales y de orden privado, sin la correspondiente anuencia y acuerdo de la contraparte. Caso contrario incurriríamos en una causal de incumplimiento y/o

Resolución N° 013-2003-TSC/OSIPTEL

*resolución contractual, con la correspondiente responsabilidad contractual que de ella se pudiese derivar. Como consecuencia de lo antes expuesto, no depende exclusivamente de la recurrente, la modificación de determinadas cláusulas contractuales derivadas de una relación contractual bilateral. **Por ello, y ante la imposibilidad de modificar unilateralmente los mencionados Contratos, sin la anuencia y acuerdo expreso de las empresas con las cuales hemos celebrado dichos Contratos, nos vemos imposibilitados jurídica y fácticamente de dar cumplimiento a una orden como la que contiene la Resolución N° 062-CCO-2000***²(el resaltado es nuestro).

24. Cabe indicar que Telefónica Multimedia envió la carta antes citada a la Secretaría Técnica del CCO, a pesar que Turner le había comunicado el 03 de abril del año 2002, que en opinión de ella la recurrente no requería de su consentimiento para dar cumplimiento a la Resolución N° 062-CCO-2000. En efecto, en la comunicación remitida por Turner a Telefónica Multimedia el 26 de noviembre del año 2002, la primera hace referencia a dicha comunicación del 03 de abril del año 2002³.
25. De la misma forma, luego que el 04 de diciembre del año 2002 la Secretaría Técnica del CCO requiriera a Telefónica Multimedia que acredite el cumplimiento de lo ordenado por la Resolución N° 062-CCO-2000, a través del oficio N° 329-2002/ST, la recurrente presentó a la Secretaría Técnica del CCO la carta GGR-131-A-045-02, del 05 de enero del año 2003, mediante la cual expresó lo siguiente:

*"4. A pesar que no compartimos el criterio de OSIPTEL de prohibir la celebración de convenios de exclusividad (...) venimos a hacer de vuestro conocimiento que hemos dado cumplimiento a lo dispuesto en el Art. 8° de la Resolución N° 062-CCO-2000 y como consecuencia de ello **hemos cursado ya una comunicación a Turner Broadcasting System Latin America, Inc. a fin de dar cumplimiento a la Resolución ya señalada.***

*5. como es de vuestro conocimiento, la celebración de un Contrato de naturaleza privada, y el consiguiente acuerdo de voluntades, como lo son, los contratos de [sic] celebrados con Turner Broadcasting System Latin America, Inc. y Fox Latin American Channel, Inc., suponen que **cualquier modificación de los acuerdos allí expresados, sea consecuencia de un nuevo acuerdo de voluntades entre las partes celebrantes. Como consecuencia de ello, nuestra empresa, unilateralmente carece de la facultad para modificar acuerdos bilaterales y de orden privado, sin la correspondiente anuencia y acuerdo de la contraparte.** Caso contrario incurriríamos en una causal de incumplimiento y/o resolución contractual, con la correspondiente responsabilidad contractual que de ella se pudiese derivar.*
(...)

*8. (...) **Una vez más hacemos presente que no depende exclusivamente de nuestra voluntad dar cumplimiento a lo ordenado por vuestra Institución, puesto que***

² Dichas afirmaciones fueron reiteradas en la carta GGR-131-A-045-02, presentada ante el Cuerpo Colegiado con fecha 06 de enero de 2003, señalando adicionalmente lo siguiente: *"una vez más hacemos presente que no depende exclusivamente de nuestra voluntad dar cumplimiento a lo ordenado por vuestra institución, puesto que escapa a nuestra exclusiva voluntad modificar los contratos y acuerdos celebrados(...)"*.

³ Una copia de la comunicación de Turner del 26 de noviembre de 2002 fue anexada por Telefónica Multimedia a la carta GGR-131-A-045-02 que presentó a la Secretaría Técnica del CCO con fecha 05 de enero del año 2003; más adelante se transcribe el texto correspondiente de esta carta.

Resolución N° 013-2003-TSC/OSIPTEL

escapa a nuestra exclusiva voluntad modificar los acuerdos y contratos celebrados sobre la base de lo previsto en la Constitución Política del Estado y las normas legales vigentes” (los resaltados son nuestros).

26. Como la propia recurrente manifiesta en la carta antes citada, remitió una comunicación a Turner a fin de dar cumplimiento a la Resolución N° 062-CCO-2000. En esta comunicación, del 15 de noviembre del año 2002, Telefónica Multimedia señaló expresamente lo que sigue a Turner:

*“Como es de su conocimiento la Resolución Final N° 062-2002-CCO/OSIPTEL [sic] ordenó a nuestra empresa ‘que en un plazo no mayor de treinta (30) calendario deje sin efecto todas aquellas cláusulas contenidas en los contratos vigentes con Turner que de manera directa o indirecta impliquen el otorgamiento de exclusividades en la transmisión y/o distribución de dicha programación y/o señales’. En tal sentido, por la presente y en estricto cumplimiento de dicho pronunciamiento, **los invitamos a iniciar las negociaciones destinadas a dejar sin efecto la cláusula de exclusividad contenida en el contrato que a la fecha viene regulando nuestras relaciones comerciales**” (el resaltado es nuestro).*

27. Mediante carta fechada el 26 de noviembre del año 2002, Turner dio respuesta a la carta de Telefónica Multimedia citada en el punto anterior. En esta comunicación Turner se limitó a reiterar lo que había indicado a Telefónica Multimedia en abril, en los siguientes términos:

*“Me refiero a su carta fechada el 15 de noviembre de 2002. Como le dije en mi comunicación anterior fechada el 03 de abril de 2002, **en opinión de nuestra compañía, Telefónica Multimedia no requeriría nuestro consentimiento para cumplir con la resolución N° 062-CCO-2000 de OSIPTEL**. Sin perjuicio de lo anterior, nosotros reiteramos ahora que Turner Broadcasting System estará siempre dispuesta de buena fe a analizar con ustedes potenciales acuerdos de largo plazo que satisfagan los intereses comerciales de ambas compañías” (traducción libre, el resaltado es nuestro)⁴.*

Cabe señalar que la respuesta de Turner a la invitación de Telefónica Multimedia para iniciar negociaciones destinadas a dejar sin efecto la exclusividad contenida en el contrato suscrito entre las partes, es de fecha previa a la carta remitida por Telefónica Multimedia a la Secretaría Técnica del CCO, en la cual la recurrente afirmó expresamente que no dependía de su voluntad unilateral dar cumplimiento a lo dispuesto por la Resolución N° 062-CCO-2000, sino que para ello requería de un nuevo acuerdo con Turner.

28. No fue sino hasta el 10 de marzo del año 2003, que Telefónica Multimedia presentó un escrito dirigido al CCO manifestando que en su opinión no existiría necesidad de

⁴ El texto en inglés de la referida comunicación es el siguiente: “I refer to your letter dated November 15, 2002. As I told you in my earlier communication dated April 03, 2002, in our company’s opinion, Telefonica Multimedia may not need our consent to comply with OSIPTEL’s resolution N°062-CCO-2000. Notwithstanding the above, we hereby reiterate that Turner Broadcasting System will always be willing in good faith to analyze with you potential long-term agreements that meet the commercial interests of both companies”.

Resolución N° 013-2003-TSC/OSIPTEL

renunciar expresamente a la exclusividad en virtud de lo establecido en la cláusula IX del contrato suscrito con Turner. Recién en esta fecha, Telefónica Multimedia acogió la posición de Turner en tal sentido, argumentando que tal había sido la respuesta de esta empresa en sus comunicaciones del 03 de abril y del 26 de noviembre del año 2002.

Como anexo de este escrito, Telefónica Multimedia adjunto la carta que había remitido a Turner el 04 de marzo del año 2003, en la cual le manifestó lo siguiente respecto de la Resolución N° 062-CCO-2000 y sobre la exclusividad pactada:

*“(...) como quiera que la Resolución constituye una orden expedida por autoridad competente que declara ilegal la exclusividad convenida para la ciudad de Lima, desde un primer momento nuestra empresa ha manifestado su intención de ‘iniciar las negociaciones destinadas a replantear los alcances de los contratos que en su oportunidad suscribimos con ustedes’. Muy a nuestro pesar, a la fecha ha sido imposible que lleguemos a acuerdo alguno. Antes bien, ustedes se han limitado a indicar muy escuetamente –en sendas comunicaciones fechadas el 3 de abril de 2002 y el 26 de noviembre de 2002- que, en opinión de su compañía, Multimedia ‘no necesitaría [el] consentimiento [de Turner] para cumplir con la Resolución No. 062-2000-CCO [sic] de OSIPTEL. Multimedia, por cierto, no puede menos que coincidir con sus afirmaciones. (...). **Así las cosas, no puede negarse en modo alguno que la exclusividad conferida por Turner cesó automáticamente desde el momento mismo en que la Resolución No. 062-2000-CCO-OSIPTEL [sic] adquirió plena exigibilidad, por lo que vuestra empresa se encuentra habilitada en la actualidad (y lo ha estado desde hace buen tiempo) para celebrar contratos de licencia con terceros respecto de los derechos a que se refiere nuestro contrato**” (el resaltado es nuestro).*

29. Es decir, en marzo del año 2003, Telefónica Multimedia pasó a sostener lo contrario de lo que había planteado durante la mayor parte de la etapa de ejecución de la Resolución N° 062-CCO-2000 seguida en primera instancia y, en particular, tres meses antes frente a la Secretaría Técnica del CCO, cuando afirmó expresamente que requería de la conformidad de Turner para dar cumplimiento a la Resolución N° 062-CCO-2000, por lo que había invitado a esta empresa a negociaciones para dejar sin efecto la exclusividad, presentando copia de la carta de Turner del 26 de noviembre del año 2002, que en marzo del año 2003 utiliza como sustento para afirmar que la exclusividad expiró automáticamente.
30. De todo lo anteriormente detallado se concluye que, a pesar de existir la cláusula IX del contrato suscrito con Turner, durante la mayor parte de la etapa de ejecución de la Resolución N° 062-CCO-2000, Telefónica Multimedia negó que se hubiera producido la eliminación automática de la exclusividad, afirmando que requería de un nuevo acuerdo con Turner para ello y a pesar que esta empresa le hubiera manifestado hasta en dos oportunidades que en su opinión no era necesario su consentimiento para que la recurrente cumpliera con lo ordenado por la Resolución N° 062-CCO-2000.

Resolución N° 013-2003-TSC/OSIPTEL

Adicionalmente, cuando Telefónica Multimedia invitó a Turner a iniciar negociaciones en noviembre de 2002, señaló expresamente que tales negociaciones tenían por finalidad *“dejar sin efecto la cláusula de exclusividad contenida en el contrato que a la fecha viene regulando nuestras relaciones comerciales”*. Una afirmación de esta naturaleza, emitida cuando la Resolución N° 062-CCO-2000 había recobrado plenos efectos, al haberse revocado la medida cautelar que los suspendió, cobra especial relevancia para analizar la posición de Telefónica Multimedia sobre la vigencia de la exclusividad.

31. En tal sentido, durante la etapa de ejecución de la Resolución N° 062-CCO-2000 Telefónica Multimedia no consideró que en virtud de la cláusula IX del contrato suscrito con Turner la exclusividad hubiera dejado de surtir efectos automáticamente. En efecto, la posición de Telefónica Multimedia ante la Secretaría Técnica del CCO sobre la necesidad de un nuevo acuerdo con Turner para eliminar la exclusividad, las invitaciones que hizo a Turner para renegociar el contrato y dejar sin efecto la referida exclusividad y, adicionalmente, el no aceptar la interpretación de Turner sobre la facultad de la recurrente para cumplir la Resolución N° 062-CCO-2000 sin necesidad de contar con el consentimiento de su contraparte, sino hasta marzo del año 2003, evidencian que Telefónica Multimedia consideraba que la exclusividad no había dejado de surtir efectos.
32. Más aún, si la recurrente hubiera considerado efectivamente que el cese de la exclusividad fue automático, no hubiera requerido invitar a Turner a negociaciones destinadas a dejar sin efecto dicha exclusividad en noviembre del año 2002. Además, Telefónica Multimedia ha reconocido dentro del procedimiento que continuó pagando las regalías originalmente pactadas con Turner, es decir, incluyendo lo que corresponde a la exclusividad.
33. Telefónica Multimedia ha afirmado en su recurso de apelación que sus planteamientos ante OSIPTEL en el sentido de que se requería de un nuevo acuerdo entre las partes para dar cumplimiento a lo ordenado por la Resolución N° 062-CCO-2000 y las cartas remitidas a Turner, eran absolutamente consistentes con sus intereses comerciales, puesto que tenían por finalidad renegociar con Turner el reembolso de las regalías pagadas luego de la pérdida de la exclusividad y que Telefónica Multimedia había continuado honrando sólo a fin de no dejar de recibir la programación de Turner.

Durante el informe oral llevado a cabo ante el Tribunal de Solución de Controversias, Telefónica Multimedia sostuvo que de haber aceptado ante OSIPTEL que la exclusividad había quedado sin efecto, Turner podría haber sostenido que ante una renuncia unilateral de la recurrente a tal derecho no había lugar a reajuste alguno de la regalía. Tal sería la razón, según la recurrente, por la que adoptó como posición que requería de la anuencia de Turner para eliminar la exclusividad.

34. Sobre el particular, Telefónica Multimedia decidió adoptar la posición antes referida luego de haber sido requerida para acreditar el cumplimiento de la orden de eliminar

Resolución N° 013-2003-TSC/OSIPTEL

la exclusividad con Turner y ante la probabilidad de ser sujeto de las multas coercitivas establecidas en la Resolución N° 071-2002-CCO/OSIPTEL, por lo que debe entenderse que la recurrente asumió las consecuencias de sostener que la eliminación de la exclusividad no dependía únicamente de su voluntad y, por ende, que la exclusividad se mantenía vigente.

El interés comercial de una empresa por obtener un reajuste del precio pagado en una relación contractual no justifica que dicha empresa sostenga ante la autoridad administrativa competente que se encuentra imposibilitada de cumplir con una orden emitida por ella en ejercicio de sus facultades. Menos aún cuando en etapa posterior dicha empresa acepta que el cumplimiento de tal orden ya se habría producido a pesar que ella afirmara que no era factible hacerlo.

35. Finalmente, es pertinente señalar que no se está analizando desde cuándo quedó sin efecto la exclusividad pactada con Turner, sino desde cuándo Telefónica Multimedia acató lo dispuesto por el CCO. En opinión de este Tribunal, Telefónica Multimedia debió renunciar expresamente a la exclusividad tan pronto como la Resolución N° 062-2000-CCO fue exigible.
36. De acuerdo con todos los argumentos previamente expuestos, el Tribunal de Solución de Controversias considera que Telefónica Multimedia recién cumplió con el mandato contenido en la Resolución N° 062-2000-CCO cuando comunicó expresamente a Turner que la exclusividad había quedado sin efecto. En tal virtud, corresponde confirmar la Resolución N° 073-2003-CCO/OSIPTEL en el extremo que declaró que la recurrente cumplió con lo dispuesto por el artículo octavo de la Resolución 062-CCO-2000 desde el 04 de marzo del año 2003.

3.2 Gradación de las multas coercitivas

37. De acuerdo con lo señalado en los antecedentes, si bien en la resolución apelada el CCO consideró, por un lado, que Telefónica Multimedia había cumplido con lo dispuesto por el artículo octavo de la Resolución N° 062-CCO-2000 respecto de la relación comercial con Fox; de otro lado, concluyó que la recurrente no había cumplido dicha resolución en el extremo que le ordenó dejar sin efecto la exclusividad pactada con Turner, incumplimiento que mantuvo desde el 05 de noviembre del año 2002 -fecha en que se comunicó a OSIPTEL que la medida cautelar dictada a favor de Telefónica Multimedia por el Primer Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo de Lima había sido revocada- hasta el 04 de marzo del año 2003.

En tal virtud, y de conformidad con lo previsto por la Resolución N° 071-2002-CCO/OSIPTEL, el CCO impuso a Telefónica Multimedia siete multas coercitivas de treinta UIT cada una, correspondientes al período de incumplimiento antes indicado.

38. En su recurso de apelación, Telefónica Multimedia sostuvo que aún de considerarse que no cumplió con dejar sin efecto la exclusividad pactada con

Resolución N° 013-2003-TSC/OSIPTel

Turner, dicho incumplimiento sólo habría sido respecto de la exclusividad pactada con Turner, ya que el CCO consideró que la recurrente sí había cumplido en lo referido a la exclusividad acordada con Fox, por lo que las multas coercitivas impuestas deberían haberse graduado según el principio de razonabilidad recogido por la Ley del Procedimiento Administrativo General.

En tal sentido, Telefónica Multimedia manifestó que las multas coercitivas fijadas por Resolución N° 071-2002-CCO/OSIPTel no tienen la calidad de penas tasadas, por lo que en aplicación del principio de razonabilidad conjuntamente con lo dispuesto por el inciso f) del artículo 65° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones de OSIPTel podían ser ajustadas, reducidas o eliminadas.

39. La multa coercitiva, en opinión de José Ramón Parada, es un medio de ejecución que *“(...) consiste en la imposición de multas reiteradas en el tiempo hasta doblegar la voluntad del obligado para cumplir el mandato del acto administrativo de cuya ejecución se trata”*⁵.

Al respecto, Eduardo García de Enterría agrega lo siguiente:

*“Estas multas no tienen carácter retributivo alguno, sino que pretenden única y exclusivamente forzar el cumplimiento de lo ordenado. Las multas coercitivas no tiene, pues, nada que ver con las multas-sanción. No son sanciones propiamente dichas (...). No se trata de sancionar la resistencia al cumplimiento de un acto administrativo, sino sólo de remover esa resistencia, forzando la voluntad contraria al mismo (...)”*⁶.

40. De acuerdo con lo señalado, debe entenderse que las multas coercitivas no constituyen sanciones por incumplimiento, sino que son medidas destinadas a forzar el cumplimiento, en el presente caso, de una decisión administrativa. En ese sentido, las multas coercitivas no tienen por finalidad castigar una conducta pasada, es decir una infracción, sino que son un mecanismo de presión para que se realice un comportamiento futuro, esto es, el cumplimiento.
41. El artículo 34° de la Ley 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades de OSIPTel, otorga la facultad de imponer multas coercitivas de acuerdo con los lapsos y términos previstos en el Reglamento General de Infracciones y Sanciones de OSIPTel⁷.

⁵ PARADA, José Ramón. Derecho Administrativo (Madrid, Marcial Pons, 1989), pag. 170.

⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Curso de Derecho Administrativo (Madrid, Editorial Civitas, 2000), pags. 779-780.

⁷ Artículo 34. *“Multas coercitivas. OSIPTel podrá imponer multas coercitivas conforme con lo establecido en el artículo 94° del Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, por un monto que no supere el monto máximo de la multa prevista para las infracciones leves y de acuerdo a los lapsos y términos del Reglamento General de Infracciones y Sanciones”.*

El artículo 94° del Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, aprobado mediante Decreto Supremo N° 02-94-JUS, establece lo siguiente: *“Cuando así lo autoricen las leyes y en la forma y cuantía que éstas determinen, la Administración Pública podrá, para la ejecución de determinados actos, imponer multas coercitivas, reiteradas por lapsos que sean suficientes para cumplir lo ordenado. (...)”.*

Resolución N° 013-2003-TSC/OSIPTEL

42. El artículo 65° del Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSIPTEL, aprobado por Resolución N° 002-99-CD/OSIPTEL y modificado por Resolución N° 048-2001-CD/OSIPTEL, establece que la resolución que impone una sanción puede establecer adicionalmente una multa coercitiva. Dicha norma contempla los límites de las multas coercitivas según la gravedad de la infracción que podría generar el incumplimiento de la resolución, así como los lapsos por los que pueden ser impuestas. Adicionalmente, la norma en referencia establece la facultad de variar o eliminar el monto impuesto como multa coercitiva de acuerdo con el comportamiento de la empresa⁸.
43. La naturaleza propia de las multas coercitivas se encuentra reconocida en la exposición de motivos del Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSIPTEL, que señala que el artículo 65° desarrolla reglamentariamente la facultad conferida por la Ley 27336 para imponer multas coercitivas, como un mecanismo de ejecución de actos administrativos⁹.
44. El principio de razonabilidad se encuentra definido en los siguientes términos por el artículo 1.4. del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General:

“Principio de razonabilidad. Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que

Adicionalmente, el artículo 199° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aplicable a este procedimiento según lo dispuesto por su primera disposición transitoria, señala lo siguiente: “Cuando así lo autoricen las leyes, y en la forma y cuantía que estas determinen, la entidad puede, para la ejecución de determinados actos, imponer multas coercitivas, reiteradas por períodos suficientes para cumplir lo ordenado, en los siguientes supuestos (...). La multa coercitiva es independiente de las sanciones que puedan imponerse con tal carácter y compatible con ellas”.

⁸ Artículo 65.- “Los órganos competentes para imponer sanciones pueden ejecutar sus resoluciones utilizando el mecanismo de multas coercitivas, de conformidad con los siguientes parámetros: a) La resolución que impone una sanción puede establecer adicionalmente una multa coercitiva. Esta medida puede determinarse asimismo en un acto independiente. b) En caso que el incumplimiento de la resolución del órgano competente pudiera generar infracción leve, el monto de la multa coercitiva a devengarse en cada período no podrá superar diez (10) UIT. c) En caso que el incumplimiento de la resolución del órgano competente pudiera generar infracción grave, el monto de la multa coercitiva a devengarse en cada período no podrá superar treinta (30) UIT. d) En caso que el incumplimiento de la resolución del órgano competente pudiera generar infracción muy grave, el monto de la multa coercitiva a devengarse en cada período no podrá superar cincuenta (50) UIT. e) El período a establecer no podrá ser menor de tres (3) días, ni mayor de quince (15), de acuerdo a la urgencia de cada caso. El período establecido puede ser posteriormente variado de acuerdo al comportamiento de la empresa. f) El monto establecido puede ser variado o eliminado de oficio o a solicitud de parte, de acuerdo al comportamiento de la empresa”.

⁹ El texto correspondiente de la Exposición de Motivos de dicha norma es el siguiente: “(...) la inclusión de los artículos 65° y 66° como parte de un título denominado “Multas coercitivas”, se deriva de la habilitación legal que otorga a OSIPTEL la Ley N° 27336 para desarrollar reglamentariamente las reglas de aplicación de **multas coercitivas como mecanismo de ejecución de actos administrativos**. Se elimina la anterior referencia en el capítulo de “medidas correctivas” ya que la Ley N° 27336 no restringe la aplicación de multas coercitivas a dicho supuesto” (el resaltado es nuestro).

Resolución N° 013-2003-TSC/OSIPTEL

deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su contenido”.

45. El principio de razonabilidad es un medio de control de las potestades administrativas para establecer cargas o gravámenes a los administrados, obligando a que su ejercicio se encuentre enmarcado dentro de la finalidad que justificó el otorgamiento de dichas potestades y, además, a que mantenga la proporción entre el medio utilizado y los fines perseguidos¹⁰.

46. En el presente caso, al verificarse el incumplimiento de la Resolución N° 062-CCO-2000, el CCO impuso a Telefónica Multimedia una sanción de 350 IUT mediante Resolución N° 071-2002-CCO/OSIPTEL. En esta misma resolución el CCO dispuso como medida de ejecución que cada 15 días calendario se generarían automáticamente multas coercitivas de 30 UIT cada una, por término indefinido y hasta que Telefónica Multimedia cumpliera con la Resolución N° 062-CCO-2000.

Así, mientras que el incumplimiento de lo ordenado mediante Resolución N° 062-CCO-2000 fue sancionado por el CCO a través de la imposición de una multa de 350 UIT, las multas coercitivas fueron establecidas para forzar a Telefónica Multimedia a eliminar las exclusividades pactadas con Fox y Turner.

47. La generación automática de multas coercitivas establecida por la Resolución N° 071-2002-CCO/OSIPTEL quedó suspendida en virtud de la medida cautelar otorgada a favor de Telefónica Multimedia por el Primer Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo de Lima. Dicha medida cautelar fue revocada por la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo y esta decisión fue puesta en conocimiento de OSIPTEL el 05 de noviembre del año 2002, fecha desde la cual la generación automática de multas coercitivas comenzó a tener efectos.

48. En la resolución materia de apelación el CCO concluyó que antes que se revocara la medida cautelar y, por tanto, de que la generación automática de las multas coercitivas tuviera efectos, Telefónica Multimedia cumplió con lo ordenado por la Resolución N° 062-CCO-2000 en lo que respecta a la exclusividad pactada con Fox, al suscribir con esta empresa un nuevo acuerdo.

49. No obstante la conducta demostrada por Telefónica Multimedia respecto del cumplimiento de la Resolución N° 062-2000-CCO en el extremo referido a dejar sin efecto la exclusividad pactada con Turner, debe tenerse en cuenta que las multas coercitivas fueron establecidas para forzar a Telefónica Multimedia a cumplir con dejar sin efecto la exclusividad pactada en dos contratos.

Durante la etapa de ejecución se ha constatado que una de dichas omisiones fue subsanada por la recurrente, por lo que el Tribunal de Solución de Controversias considera que en ejercicio de la facultad conferida por el artículo 65° inciso f) del

¹⁰ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General (Lima, Gaceta Jurídica, 2001), pag. 32.

Resolución N° 013-2003-TSC/OSIPTEL

Reglamento General de Infracciones y Sanciones de OSIPTEL y según el principio de razonabilidad, el monto de las multas coercitivas puede ser reducido.

50. En tal virtud, el Tribunal de Solución de Controversias considera que corresponde reducir el monto de las multas coercitivas impuestas en 50%, variándolo así de 210 a 105 UIT.

RESUELVE:

Primero. Confirmar la Resolución N° 076-2003-CCO/OSIPTEL, en el extremo que declaró que Telefónica Multimedia S.A.C. dio pleno cumplimiento a lo dispuesto por el artículo octavo de la Resolución N° 062-CCO-2000 a partir del 04 de marzo del año 2003.

Segundo. Reducir el monto de las siete (7) multas coercitivas impuestas a Telefónica Multimedia S.A.C. mediante la Resolución N° 076-2003-CCO/OSIPTEL, fijándolo en 105 UIT.

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