



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones - OSIPTEL

RESOLUCIÓN DEL CUERPO COLEGIADO N° 025-2009-CCO/OSIPTEL

Lima, 08 de julio de 2009

EXPEDIENTE	014-2005-CCO-ST/LC
MATERIA	LIBRE COMPETENCIA
ADMINISTRADOS	CABLE VISIÓN ICA S.A.C. ELECTRO SUR MEDIO S.A.

SUMILLA: Se declara CONCLUIDO el procedimiento en el extremo de la demanda presentada por Cable Visión Ica S.A.C. contra Electro Sur Medio S.A., referida a la supuesta infracción de abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato por parte de Electro Sur Medio S.A.; por haberse producido la sustracción de la materia, de conformidad con el inciso 1 del artículo 321° del Código Procesal Civil.

Asimismo, se declara INFUNDADA la reconvención presentada por Electro Sur Medio S.A. contra Cable Visión Ica S.A.C., referida a la supuesta presentación de una denuncia maliciosa y al incumplimiento de los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe, conductas que constituyen infracciones al artículo 50° del Reglamento de Infracciones y Sanciones del OSIPTEL.

El Cuerpo Colegiado a cargo de la controversia entre Cable Visión Ica S.A.C. (en adelante, CABLE VISIÓN ICA) y Electro Sur Medio S.A. (en adelante, ELECTRO SUR MEDIO) por supuestas infracciones a las normas de libre competencia, la presunta presentación de una denuncia maliciosa y el incumplimiento de deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe.

VISTO:

El Expediente N° 014-2005-CCO-ST/LC.

CONSIDERANDO:

I. EMPRESAS INVOLUCRADAS

1.1. Demandante

CABLE VISIÓN ICA es una empresa privada constituida en el Perú, que mediante la Resolución Ministerial No. 175-2003-MTC/03, obtuvo la concesión para prestar el servicio de distribución de radiodifusión por cable (en adelante, servicio de televisión por cable) en los distritos de Parcona, La Tinguina, Santiago, Ica, Subtanjalla, de la provincia y departamento de Ica, y en la provincia de Huancayo departamento de Junín.

1.2. Demandada

ELECTRO SUR MEDIO es una empresa privada constituida en el Perú, que mediante Resolución Ministerial No. 112-99-EM, obtuvo la concesión para prestar el servicio de transmisión eléctrica en el departamento de Ica.

II. ANTECEDENTES

- 2.1. Mediante carta de fecha 17 de noviembre de 2004, CABLE VISION ICA solicitó a ELECTRO SUR MEDIO el arrendamiento de postes en los sectores de Ica, La Tinguiña y Parcona, al amparo de la Ley 28295, Ley que regula el acceso y uso compartido de infraestructura de telecomunicaciones para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones (en adelante, Ley de Acceso y Uso Compartido).
- 2.2. El 16 de diciembre de 2004, mediante Carta No. ADM-J-2201-2004, ELECTRO SUR MEDIO dio respuesta a la solicitud de CABLE VISION ICA, indicando que de acuerdo a la Ley de Acceso y Uso Compartido se requería de previo acuerdo de las partes, el cual debía sujetarse a lo señalado en el reglamento de dicha norma (pendiente de emisión a esa fecha⁽¹⁾). Sin perjuicio de ello, manifestó que requería información técnica que le permita conocer detalles del servicio requerido. Por lo que, esta empresa solicitó a CABLE VISION ICA mantener coordinación con el Área de Distribución para la provisión de información necesaria.
- 2.3. Mediante carta de fecha 12 de mayo de 2005, CABLE VISION ICA señaló que, al haberse emitido tanto la Ley de Acceso y Uso Compartido y su Reglamento, su solicitud de arrendamiento debía ser considerada como una solicitud de acceso. Asimismo, solicitó a ELECTRO SUR MEDIO pronunciarse acerca de la información técnica que estaría adjuntando a dicha carta.
- 2.4. Mediante carta de fecha 14 de julio de 2005, CABLE VISION ICA indicó que, de acuerdo a lo solicitado por ELECTRO SUR MEDIO, cumplió con remitir la siguiente información: (i) aspectos técnicos, descripción y características de los elementos activos y pasivos que formarían parte de la red, indicando marcas y modelos; y (ii) plano con la demarcación del área en las cuales se había planificado instalar red.
- 2.5. Con fecha 25 de noviembre de 2005, CABLE VISIÓN ICA interpuso demanda contra ELECTRO SUR MEDIO, solicitando que se sancione a dicha empresa por infracciones a las normas de libre competencia contenidas en el Decreto Legislativo N° 701 y, asimismo, por infracciones a la Ley de Acceso y Uso Compartido.
- 2.6. El Cuerpo Colegiado requirió -hasta en dos oportunidades- a CABLE VISION ICA que, considerando que se trataba de vías excluyentes, definiese con precisión si estaba denunciando a ELECTRO SUR MEDIO por infracciones a las normas de libre competencia o demandando la aplicación del procedimiento contemplado en la Ley de Acceso y Uso Compartido⁽²⁾.

¹ Si bien la Ley de Acceso y Uso Compartido se publicó el 21 de julio de 2004, la Cuarta Disposición Final señaló que dicha ley entraría en vigencia conjuntamente con su reglamento, el cual fue publicado el día 21 de marzo de 2005.

² Resoluciones No. 001-2005-CCO/OSIPTEL y 002-2006-CCO/OSIPTEL, de fechas 16 de diciembre de 2005 y 12 de enero de 2006, respectivamente. Las resoluciones mencionadas señalaron que en aquellos supuestos que corresponda aplicar la Ley de Uso Compartido de Infraestructura no procede la aplicación

- 2.7. Mediante escrito de fecha 20 de enero de 2006, CABLE VISION ICA precisó que su denuncia estaba referida a una presunta infracción al Decreto Legislativo N° 701, por parte de ELECTRO SUR MEDIO, en la modalidad de negativa injustificada de trato.
- 2.8. Mediante Resolución N° 003-2006-CCO/OSIPTEL de fecha 26 de enero de 2006, el Cuerpo Colegiado admitió la demanda presentada por CABLE VISION ICA -precisada por los escritos de fechas 6 y 20 de enero de 2006- por la supuesta infracción de abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato, prevista como infracción administrativa en los artículos 3 ó 5 inciso a) del Decreto Legislativo N° 701.
- 2.9. Con fecha 14 de febrero de 2006, ELECTRO SUR MEDIO formuló reconvencción contra CABLE VISIÓN ICA, solicitando que se sancione a dicha empresa por la comisión de la infracción prevista en el artículo 50° del Reglamento de Infracciones y Sanciones.
- 2.10. Mediante Resolución N° 004-2006-CCO/OSIPTEL, el Cuerpo Colegiado requirió a ELECTRO SUR MEDIO que, toda vez que el artículo 50° del Reglamento de Infracciones y Sanciones recogía dos infracciones distintas, precise el supuesto o los supuestos por los cuales está denunciando a CABLE VISIÓN ICA. Asimismo, solicitó que en caso se esté denunciando a esta empresa por haber interpuesto una demanda maliciosa, acredite cuál sería el perjuicio que la interposición de la demanda le estaría causando.
- 2.11. Mediante escrito N° 2 de fecha 22 de febrero de 2006, ELECTRO SUR MEDIO precisó que su reconvencción estaba referida a la presunta presentación de una denuncia con la finalidad de causarle un perjuicio, el cual consistiría en un perjuicio de tipo moral y económico; así como al presunto incumplimiento de los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe.
- 2.12. Mediante Resolución N° 005-2006-CCO/OSIPTEL de fecha 27 de febrero de 2006, el Cuerpo Colegiado admitió las pretensiones de ELECTRO SUR MEDIO consistentes en que se sancione a CABLE VISIÓN ICA por haber cometido las siguientes infracciones que violarían el artículo 50° del Reglamento de Infracciones y Sanciones del OSIPTEL: i) presentación de una demanda a sabiendas de la falsedad de las imputaciones con la finalidad de causarle un perjuicio a ELECTRO SUR MEDIO; y, ii) haber incumplido con los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe.

III. POSICIONES DE LAS PARTES SOBRE LA DEMANDA

3.1. Posición de CABLE VISIÓN ICA

CABLE VISIÓN ICA ha señalado que ELECTRO SUR MEDIO no habría cumplido con atender su solicitud de arrendamiento de postes, a pesar de que ésta habría presentado la información solicitada; por lo que al no existir justificación para negarse a atender la misma, ELECTRO SUR MEDIO habría

del Decreto Legislativo 701, en virtud de lo dispuesto por el principio de supletoriedad recogido en el Reglamento General de OSIPTEL y en los Lineamientos para la aplicación de las normas de competencia en el ámbito de las telecomunicaciones.

incurrido en una negativa a contratar. Para sustentar su posición, CABLE VISIÓN ICA indicó lo siguiente:

- (i) En noviembre de 2004, CABLE VISIÓN ICA solicitó a ELECTRO SUR MEDIO el acceso a su red de postes con la finalidad de prestar el servicio de televisión por cable en los distritos de La Tinguña y Parcona, de la provincia y departamento de Ica. Precisa que luego de más de seis meses de no tener respuesta, CABLE VISIÓN ICA reiteró su solicitud en mayo de 2005, la cual -al igual que la primera- tampoco habría sido respondida formalmente por ELECTRO SUR MEDIO. Por el contrario, el Sr. Eduardo Medina, habría solicitado de manera informal, cumplir con la entrega de determinada información⁽³⁾.
- (ii) Ha cumplido con el requerimiento de información realizado por ELECTRO SUR MEDIO, sin embargo -a la fecha de la presentación de la demanda- no habría obtenido respuesta a su solicitud.
- (iii) La conducta de ELECTRO SUR MEDIO constituiría un acto de abuso de posición de dominio. Esta situación se sustenta en la posición dominante de la denunciada en el mercado del servicio de arrendamiento de postes en los distritos de La Tinguña y Parcona⁽⁴⁾.
- (iv) Las instalaciones de CABLE VISIÓN ICA no dañarían la infraestructura de ELECTRO SUR MEDIO, por el contrario prestarle el servicio de arrendamiento de postes generaría utilidades a ELECTRO SUR MEDIO.
- (v) Adicionalmente, de acuerdo con lo señalado por CABLE VISIÓN ICA, en anteriores oportunidades, la referida empresa ya habría arrendado sus postes a otras empresas prestadoras del servicio de televisión por cable⁽⁵⁾.
- (vi) La negativa de ELECTRO SUR MEDIO a prestar el servicio de arrendamiento de postes sería injustificada y configuraría un caso de abuso de posición de dominio, de acuerdo con lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 701.

3.2. Posición de ELECTRO SUR MEDIO

Mediante su escrito de contestación de la demanda, de fecha 14 de febrero de 2006, ELECTRO SUR MEDIO ha señalado lo siguiente:

- (i) La afirmación vertida por CABLE VISIÓN ICA, respecto de que ELECTRO SUR MEDIO no habría respondido su solicitud de acceso a la red de postes de esta última es falsa, toda vez que, mediante carta de fecha 16 de diciembre de 2004, ELECTRO SUR MEDIO comunicó a

³ CABLE VISION ICA no precisa el cargo del señor Eduardo Medina dentro de la organización de la empresa ELECTRO SUR MEDIO.

⁴ Cabe señalar que CABLE VISIÓN indicó que Telefónica del Perú S.A.A. también cuenta con postes en los referidos distritos, pero ha señalado que no es posible adquirir el servicio de arrendamiento de postes de Telefónica del Perú, por estar ésta vinculada con Telefónica Multimedia, empresa que presta el servicio de televisión por cable, cuyo nombre comercial es Cable Mágico.

⁵ Sin perjuicio de ello, cabe señalar que CABLE VISIÓN ICA no identificó a las empresas a las que presuntamente ELECTRO SUR MEDIO le habría alquilado sus postes.

CABLE VISIÓN ICA que, para hacer posible el uso compartido de infraestructura, ambas empresas debían llegar a un acuerdo respecto del uso de dicha infraestructura. Asimismo, ELECTRO SUR MEDIO precisó que a esa fecha, todavía no se había promulgado el Reglamento de la Ley de Acceso y Uso Compartido.

- (ii) En la referida comunicación se habría indicado a CABLE VISIÓN ICA que realice las coordinaciones correspondientes con el Área de Distribución de ELECTRO SUR MEDIO, a fin de que remitan la información que necesitaba esta última para evaluar la solicitud de CABLE VISIÓN ICA. A entender de ELECTRO SUR MEDIO, su respuesta no configura negativa u oposición alguna a la solicitud de CABLE VISIÓN ICA.
- (iii) La información requerida por ELECTRO SUR MEDIO para evaluar la solicitud recién habría sido remitida por CABLE VISIÓN ICA el 12 de mayo de 2005, y complementada el 14 de julio de 2006, esto es, ocho meses después de que ELECTRO SUR MEDIO le requiriera dicha información.
- (iv) Carece de sentido y evidencia probatoria que el Área Legal de ELECTRO SUR MEDIO haya podido realizar requerimientos de información técnica o de demarcación geográfica, de manera informal.
- (v) El Decreto Legislativo N° 701 no sería aplicable al presente caso, considerando que no se configuran los elementos para que exista una negativa injustificada a proveer el servicio por parte de ELECTRO SUR MEDIO, ya que por un lado, no es competidora, directa o indirectamente, de CABLE VISIÓN ICA, ni tiene incentivos anticompetitivos para negarle el servicio, ni se le ha causado a CABLE VISIÓN ICA un daño de magnitud considerable, y finalmente, ELECTRO SUR MEDIO no obtendría beneficio alguno por negarse a dar el acceso a su infraestructura.
- (vi) La no conclusión del proceso de evaluación técnica de la información remitida por CABLE VISIÓN ICA se debe a que ELECTRO SUR MEDIO se encuentra en un proceso judicial desde el año 2003. Así, ha estado controlada por sucesivas administraciones judiciales, haciendo imposible que se mantengan las condiciones de negociación adecuadas; inclusive, en abril de 2004 se inició el procedimiento concursal ordinario de ELECTRO SUR MEDIO.
- (vii) La situación que afronta es pasible de ser considerada como un caso de justificación de la negativa, al ser comparable con situaciones como la limitación real del aparato productivo o la escasez de insumos.
- (viii) Para determinarse que ELECTRO SUR MEDIO tiene posición de dominio debe analizarse la presencia de la empresa en el mercado relevante, la existencia de barreras de entrada, el control sobre los recursos esenciales, entre otros elementos. Asimismo, se debe considerar la existencia de observaciones técnicas que el OSINERG -

actualmente OSINERGMIN⁽⁶⁾- ha detectado dentro de sus procedimientos de fiscalización técnica, así como la presencia de cruces y paralelismos con las líneas de telefonía.

IV. POSICIONES DE LAS PARTES SOBRE LA RECONVENCIÓN

4.1. Posición de ELECTRO SUR MEDIO

ELECTRO SUR MEDIO sustentó su petitorio, bajo los siguientes argumentos:

- (i) CABLE VISIÓN ICA ha presentado una demanda, a sabiendas de la falsedad de sus fundamentos, con el único objetivo de causarle un perjuicio a ELECTRO SUR MEDIO.
- (ii) CABLE VISIÓN ICA habría ocultado información al Cuerpo Colegiado, al no haber informado a éste de la carta, mediante la cual ELECTRO SUR MEDIO da respuesta a la solicitud de acceso a la infraestructura de postes presentada por CABLE VISIÓN ICA; lo cual sería contrario a los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe.
- (iii) Lo antes descrito ocasionaría perjuicios morales y económicos a ELECTRO SUR MEDIO, consistentes en el desprestigio que le genera a la administración judicial actual la divulgación de la existencia de un procedimiento en su contra, y su exposición como una empresa que limita la prestación del servicio de televisión por cable; así como, el hecho de afrontar la defensa en este procedimiento, con los gastos que ello implica.

4.2. Posición de CABLE VISIÓN ICA

Mediante escrito de fecha 16 de marzo de 2006, CABLE VISIÓN ICA se pronunció respecto de la reconvención de ELECTRO SUR MEDIO, sosteniendo que:

- (i) La supuesta presentación de una demanda maliciosa debe ser analizada sólo en el caso que como resultado del procedimiento, se declare que dicha demanda es infundada.
- (ii) CABLE VISION ICA cumplió con los requerimientos de ELECTRO SUR MEDIO, a pesar de ello, dicha empresa siguió sin atender su solicitud de acceso a la red de postes. Al respecto, el tiempo indefinido en no contestar la solicitud constituye una negativa a contratar.

V. ALEGATOS DE LAS PARTES

5.1. ALEGATOS DE ELECTRO SUR MEDIO

Mediante escrito de fecha 04 de junio de 2009, ELECTRO SUR MEDIO presentó sus alegatos al Informe Instructivo solicitando se declare fundada su reconvención, toda vez que CABLE VISIÓN ICA no mencionó en su demanda la Carta No. ADM-J-2201-2004, ni adjuntó la misma evidenciando su ánimo de perjudicar a ELECTRO SUR MEDIO.

⁶ Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería.

5.2. ALEGATOS DE CABLE VISIÓN ICA

Mediante escrito de fecha 09 de junio de 2009, CABLE VISIÓN ICA presentó sus comentarios al Informe Instructivo⁽⁷⁾, señalando lo siguiente:

- (i) Si bien el Decreto Legislativo N° 701 ha sido derogado expresamente por el Decreto Legislativo N° 1034, las infracciones cometidas bajo el marco del Decreto Legislativo N° 701 no pueden quedar sin sanción, por cuanto ello afectaría el derecho de CABLE VISIÓN ICA.
- (ii) Existe la necesidad de que el OSIPTEL interponga sus buenos oficios para la solución de la controversia así planteada.

VI. DILIGENCIAS REALIZADAS POR LA SECRETARÍA TÉCNICA DEL CUERPO COLEGIADO EN LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN

Con el objetivo de recabar la información necesaria para el análisis de la presente controversia, la Secretaría Técnica del Cuerpo Colegiado realizó las siguientes diligencias:

6.1. INFORMACIÓN SOLICITADA A LAS PARTES

Información solicitada a CABLE VISIÓN ICA:

Mediante Oficio N° 251-ST/2006 de fecha 03 de mayo de 2006, la Secretaría Técnica requirió a CABLE VISIÓN ICA, la siguiente información: indicar las zonas de prestación efectiva del servicio de televisión por cable, si cuenta con postes propios o ha suscrito un contrato de alquiler de postes, si ha utilizado antes otros sistemas o proveedores para brindar su servicio; o de lo contrario, especificar la modalidad bajo la cual presta dicho servicio; entre otras.

CABLE VISIÓN ICA cumplió con remitir la información solicitada, mediante Carta SN, de fecha 04 de julio de 2006, a través de la cual comunicó que, entre otros temas, a la fecha brinda el servicio de televisión por cable en Parcona y la Tinguíña, para lo cual cuenta con postes propios en las zonas de Ica, Parcona y la Tinguíña. Adicionalmente, señaló que no ha suscrito ningún contrato de arrendamiento de postes, por lo cual se ha visto obligada a instalar postes propios.

Información solicitada a ELECTRO SUR MEDIO:

Mediante Oficio N° 248-ST/2006 de fecha 02 de mayo de 2006, la Secretaría Técnica requirió a ELECTRO SUR MEDIO, información respecto de: las zonas de prestación del servicio, si contaba con postes propios o alquilados o cableado subterráneo, si existía la posibilidad de recibir la carga de un cable coaxial para la prestación del servicio de televisión por cable, si había prestado o prestaba el servicio de arrendamiento de postes o de infraestructura subterránea en los distritos materia de la denuncia y si existían empresas que presten el servicio de alquiler de postes en dichas zonas.

⁷ Mediante Resolución N° 024-2009-CCO/OSIPTEL, de forma excepcional, se tuvo por presentado el escrito de CABLE VISIÓN ICA, aún cuando el plazo para su presentación venció el 08 de junio de 2009, lo cual se verifica de la revisión del cargo de notificación de la Resolución N° 022-2009-CCO/OSIPTEL.

Mediante escrito de fecha 09 de mayo de 2006, ELECTRO SUR MEDIO cumplió con remitir la información solicitada por la Secretaría Técnica señalando que tiene concesión para distribuir el servicio de electricidad en el departamento de Ica, cuenta con postes propios en los distritos de Ica, Parcona y La Tinguiña y ha celebrado contratos de arrendamiento de postes en el Cercado de Ica. Adicionalmente, manifestó que no resulta factible el soporte de cables de señal de televisión y desconoce si otras empresas proveen el servicio de arrendamiento de postes en las zonas indicadas.

6.2. INFORMACIÓN SOLICITADA A OTRAS EMPRESAS QUE PRESTAN EL SERVICIO DE TELEVISIÓN POR CABLE.

Información solicitada a MULTIMEDIA ALFA, CABLE JUNIOR, CABLE MIPTEL, CABLE SUR y TELEFÓNICA:

La Secretaría Técnica identificó que las empresas Multimedia ALFA E.I.R.L. (en adelante, MULTIMEDIA ALFA), Cable Junior S.A. (en adelante, CABLE JUNIOR), Cable Miptel S.A.C (en adelante, CABLE MIPTEL), Cable Sur Telecomunicaciones S.A.C. (en adelante, CABLE SUR), y Telefónica del Perú S.A.A, (en adelante, TELEFÓNICA) tenían concesión para prestar el servicio de televisión por cable en las zonas de los distritos de Ica, Parcona y La Tinguiña, materia del presente caso.

Mediante Oficios N° 245-ST/2006, N° 246-ST/2006, N° 247-ST/2006 y N° 249-ST/2006, la Secretaría Técnica requirió a CABLE JUNIOR⁽⁸⁾, MULTIMEDIA ALFA⁽⁹⁾, CABLE SUR⁽¹⁰⁾ y CABLE MIPTEL⁽¹¹⁾, respectivamente, información respecto de las zonas de prestación efectiva del servicio de televisión por cable, si contaban con postes propios o habían suscrito un contrato de alquiler de postes, si habían utilizado antes otros sistemas o proveedores para brindar su servicio; o de lo contrario, especificar la modalidad bajo la cual prestaba dicho servicio; entre otras.

Mediante Cartas SN de fechas 08, 09 y 18 de mayo de 2006 y 05 de junio de 2006, las empresas MULTIMEDIA ALFA, CABLE MIPTEL, CABLE SUR y CABLE JUNIOR, respectivamente, absolvieron el requerimiento de información de la Secretaría Técnica.

Asimismo, mediante Oficio N° 250-ST/2006, de fecha 02 de mayo de 2006, la Secretaría Técnica requirió a TELEFÓNICA la misma información y además si utilizaba cableado subterráneo para prestar sus servicios en las zonas de Ica, Parcona y La Tinguiña; si había prestado o prestaba el servicio de arrendamiento de postes o de infraestructura subterránea; si en alguno de estos casos existía la posibilidad de recibir la carga de un cable coaxial para la prestación del servicio de televisión por cable; qué empresas proveían el servicio de alquiler de postes en las zonas señaladas, entre otras.

Mediante Carta N° GGR-127-A-026-06 de fecha 28 de junio de 2006, TELEFÓNICA absolvió el requerimiento de información.

6.3. REQUERIMIENTOS DE INFORMACIÓN ESPECÍFICOS

⁸ Oficio N° 245-ST/2006, de fecha 27 de abril de 2006.

⁹ Oficio N° 246-ST/2006, de fecha 03 de mayo de 2006.

¹⁰ Oficio N° 247-ST/2006, de fecha 26 de abril de 2006.

¹¹ Oficio N° 249-ST/2006, de fecha 24 de abril de 2006.

La Secretaría Técnica realizó otros requerimientos de información específicos con la finalidad de emitir su Informe Instructivo.

Así, la Secretaría Técnica realizó las siguientes actuaciones:

- (i) Se requirió información a EMPRESA DE COMUNICACIONES con la finalidad de identificar si contaba con infraestructura para brindar el servicio de alquiler de postes en las zonas de Ica, Parcona y La Tinguiña.
- (ii) Se requirió a MULTIMEDIA ALFA y CABLE SUR, respectivamente, indicar los motivos por los cuales, a pesar de contar con la concesión para prestar el referido servicio en las localidades indicadas anteriormente; o, haber contado con ella, no han prestado el servicio de televisión por cable.
- (iii) Se requirió a CABLE MIPTTEL precisar los problemas que tuvo con ELECTRO SUR MEDIO para el alquiler de los postes de propiedad de la misma.
- (iv) Se requirió a CABLE JUNIOR indicar los motivos por los cuales no continuó arrendando los postes de ELECTRO SUR MEDIO.
- (v) Se requirió a TELEFÓNICA y CABLE VISIÓN ICA información sobre las negociaciones que habían sostenido para que la primera le brinde el servicio de arrendamiento de postes en los distritos de Parcona y La Tinguiña.
- (vi) Se requirió a CABLE VISIÓN ICA el plano con la demarcación del área en las cuales había planificado instalar su red, el mismo que la referida empresa indicó haber adjuntado en la carta de fecha 14 de julio de 2005, remitida a ELECTRO SUR MEDIO.
- (vii) Se requirió a TELEFONICA los planos detallados de la ubicación de sus postes en los distritos de Parcona y La Tinguiña, indicando el código de identificación o número de serie de los mismos, y un listado de la infraestructura de postes en las referidas zonas, en el que se indique la cantidad de postes con la que contaba en los referidos distritos.
- (viii) Se requirió a CABLEVISION información sobre la cantidad de postes instalados en los distritos de Ica, Parcona, y La Tinguiña, y que en caso cuenten con infraestructura instalada, pero no esté siendo utilizada, indiquen el número de postes que no estén siendo actualmente utilizados; la evolución del número de usuarios desde la fecha de inicio de sus operaciones hasta la actualidad; así como el detalle de la expansión de su infraestructura de postes en los distritos materia del procedimiento
- (ix) Se requirió a CABLE VISION ICA indicar cuáles fueron los motivos por los que no aceptó la propuesta realizada por TELEFONICA⁽¹²⁾.
- (x) Se requirió a ELECTRO SUR MEDIO informar las razones por las cuales presta el servicio de arrendamiento de postes en el distrito de Nazca a la empresa CABLE SUR, y las razones por las cuales habría decidido no prestar o no continuar prestando el referido servicio en los distritos de Ica, La Tinguiña y Parcona.

¹² Cabe señalar que de la lectura de las cartas proporcionadas por CABLE VISION ICA y TELEFONICA, se tiene que ésta última propuso una oferta para el alquiler de su infraestructura a la primera. En respuesta a dicha solicitud, mediante Escrito N° 05 de fecha 16 de noviembre de 2006, CABLE VISION ICA manifestó que no aceptó la propuesta de TELEFONICA, referente al arrendamiento de postes en los distritos de Parcona y La Tinguiña, por razones de costos y de un excesivo cumplimiento de requisitos exigidos por dicha empresa.

- (xi) En la medida que CABLE VISION ICA manifestó que estaba sosteniendo reuniones a fin de llegar a un acuerdo con la denunciada; mediante Oficio N° 005-ST/2008 de fecha 29 de enero de 2008, la Secretaría Técnica solicitó a CABLE VISIÓN ICA que informe acerca de los resultados de dichas reuniones. Mediante Carta de fecha 31 de enero de 2008, CABLE VISIÓN ICA informó que las partes no habían llegado a un acuerdo.

6.4. INFORMACION SOLICITADA A INDECOPI

Mediante Oficios N° 332-ST/2006 y N° 385-ST/2006, de fechas 16 de junio y 24 de julio de 2006 respectivamente, la Secretaría Técnica solicitó al INDECOPI un análisis general sobre los lineamientos y precedentes nacionales que este último viene aplicando ante un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato.

En este sentido, mediante Carta 168-2006/CLC-INDECOPI de fecha 26 de julio de 2006, el INDECOPI remitió el Informe N° 025-2006-INDECOPI/ST-CLC, sobre los lineamientos, precedentes y criterios interpretativos que la Comisión de Libre Competencia lleva a cabo respecto al abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada a contratar.

6.5. INFORMACION RECABADA EN LOS PERITAJES

La Secretaría Técnica encargó la realización de un peritaje con el objeto de (i) determinar si en las zonas donde CABLE VISIÓN ICA requiere brindar su servicio, la empresa TELEFÓNICA cuenta con la infraestructura para brindar el servicio de alquiler de postes; y luego de haber determinado lo anterior, (ii) realizar una inspección a una muestra representativa de los postes de las empresas TELEFÓNICA y ELECTRO SUR MEDIO a fin de determinar si es posible técnicamente instalar infraestructura de cable para brindar el servicio de televisión por cable⁽¹³⁾.

En cumplimiento de lo solicitado, mediante Cartas SN de fechas 27 de agosto y 03 de setiembre de 2007, se remitieron las versiones finales del Informe Técnico Preliminar y el Informe Técnico Final, mediante los cuales se puso en conocimiento de la Secretaría Técnica los resultados del primer peritaje. En estos informes se concluye que en los distritos de La Tinguña y Parcona, no existirían razones técnicas que impidan a la infraestructura de postes de ELECTRO SUR MEDIO o TELEFÓNICA soportar la red de cableado de CABLE VISIÓN ICA.

¹³ Mediante Carta SN de fecha 06 de agosto de 2007, se hizo entrega del Primer Informe Técnico Preliminar del peritaje a la infraestructura de postes existente en las zonas de La Tinguña y Parcona, como resultado de la inspección de campo a dichas zonas.

Mediante Carta SN de fecha 10 de agosto de 2007, se puso en conocimiento de la Secretaría Técnica el Informe Técnico Final del peritaje llevado a cabo, el cual indicaba que en los distritos de La Tinguña y Parcona, es posible técnicamente que la infraestructura de postes de ELECTRO SUR MEDIO o TELEFÓNICA soporte la red de cableado de CABLE VISIÓN ICA, quien podría construir su ruta utilizando dichos postes o construir su red propia.

Posteriormente, mediante Cartas N° 030-GRE/2007 y 031-GRE/2007 de fechas 24 de agosto de 2007, la Secretaría Técnica formuló sugerencias y recomendaciones en torno a la necesidad de incluir cierta información en el peritaje así como al orden de su presentación, precisando que -en caso se considere necesario- se presente una nueva versión de los referidos informes.

No obstante lo anterior, tomando en consideración las posibles implicancias del sismo del 15 de agosto de 2007 en los distritos de Parcona y La Tinguina, la Secretaría Técnica encargó la ejecución de un segundo peritaje.

Mediante Carta SN de fecha 05 de noviembre de 2007, se puso en conocimiento de la Secretaría Técnica los resultados del segundo peritaje, en el que se señala que no existen daños significativos a los postes de las empresas inspeccionadas, confirmando las conclusiones del primer peritaje.

VII. ANALISIS DE LAS PRETENSIONES DE LA PRESENTE CONTROVERSIA

7.1. Conductas denunciadas y metodología de análisis

CABLE VISIÓN ICA denunció a ELECTRO SUR MEDIO por negativa injustificada a contratar, al no haber respondido a su solicitud de acceso a la red de postes de la cual esta última es titular. Al respecto, mediante Resolución N° 003-2006-CCO/OSIPTEL, el Cuerpo Colegiado admitió la demanda presentada por supuesto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato, prevista como infracción en los artículos 3 ó 5 inciso a) del Decreto Legislativo N° 701⁽¹⁴⁾.

No obstante lo anterior, a la fecha de emisión de la presente resolución se encuentra vigente el Decreto Legislativo N° 1034 que aprobó la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (en adelante, Decreto Legislativo N° 1034) y derogó expresamente el Decreto Legislativo N° 701⁽¹⁵⁾; por lo que para el análisis de este extremo de la demanda, corresponde tener en consideración el nuevo marco normativo de libre competencia, en cuanto resulte aplicable.

Por otro lado, mediante Resolución N° 005-2006-CCO/OSIPTEL, el Cuerpo Colegiado admitió la reconvenición formulada por ELECTRO SUR MEDIO consistente en que: (i) se sancione a CABLE VISIÓN ICA por haber presentado una demanda a sabiendas de la falsedad de las imputaciones con la finalidad de causarle un perjuicio; y, (ii) haber incumplido con los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe, previstos como infracciones al artículo 50° del Reglamento de Infracciones y Sanciones del OSIPTEL.

¹⁴ Decreto Legislativo 701, artículo 3°.- Actos y conductas prohibidas.

“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”.

Decreto Legislativo 701, artículo 5°.- Abuso de posición de dominio en el mercado.

“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:

a. La negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación, de productos o servicios”.

¹⁵ Decreto Legislativo N° 1034, inciso a) de la Segunda Disposición Complementaria Derogatoria:

“DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS DEROGATORIAS

(...)

SEGUNDA.- Derogación expresa.-

Quedan derogadas expresamente a partir de la vigencia de la presente Ley, las siguientes normas:

a) El Decreto Legislativo N° 701 y sus normas modificatorias, complementarias, sustitutorias y reglamentarias”.

Dada la naturaleza de las pretensiones, la reconvención será analizada con posterioridad a la tramitación de la pretensión principal. En ese sentido, las pretensiones de ELECTRO SUR MEDIO serán analizadas por este Cuerpo Colegiado sólo en el caso que como resultado del procedimiento, se declare que la demanda interpuesta por CABLE VISIÓN ICA es infundada.

7.2. ANÁLISIS DE LA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Sobre la presunta infracción de ELECTRO SUR MEDIO consistente en no responder la solicitud de acceso a su red de postes

7.2.1. Normativa aplicable

El Decreto Legislativo N° 701 consideraba a la negativa injustificada de trato como una conducta anticompetitiva. En efecto, el inciso a) del artículo 5° de esta norma sancionaba la negativa injustificada de trato, bajo el supuesto en que una empresa que cuenta con posición de dominio, actúa indebidamente con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros agentes del mercado (competidores), negándose injustificadamente a satisfacer las demandas de compra o las ofertas de venta o prestación, de productos o servicios⁽¹⁶⁾.

Asimismo, al amparo del artículo 3° del Decreto Legislativo N° 701 se sancionaba un tipo especial de negativa de trato denominada *negativa arbitraria*, en el entendido que la negativa a satisfacer las demandas de compra o las ofertas de venta o prestación de productos o servicios, puede limitar, restringir o distorsionar la libre competencia de modo que se generen perjuicios para el interés económico general⁽¹⁷⁾.

Sobre el particular, se advierte que el citado decreto legislativo se encontraba vigente al momento de la presunta comisión de los hechos y de la interposición de la demanda. Sin embargo, con fecha 25 de julio de 2008, entró en vigencia el Decreto Legislativo N° 1034 que, en materia de libre competencia, sanciona la negativa

¹⁶ Decreto Legislativo N° 701, inciso a) del 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:

a) La negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación, de productos o servicios”.

Al respecto, ver el siguiente pronunciamiento de las instancias de solución de controversias del OSIPTEL, en el cual se analizó el supuesto de negativa injustificada de trato:

Expediente No. 009-2001, seguido entre Alfatel contra Telefónica (Resoluciones No. 039-2003-CCO/OSIPTEL y No. 019-2003-TSC-OSIPTEL).

¹⁷ Decreto Legislativo N° 701, 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”.

Al respecto, ver los siguientes pronunciamientos de las instancias de solución de controversias del OSIPTEL, en los cuales se analizó el supuesto de negativa arbitraria de trato:

- Expediente No. 006-2000, seguido entre V.O. Cable contra Luz del Sur (Resoluciones No. 032-2001-CCO/OSIPTEL y No. 014-2003-TSC-OSIPTEL).

- Expediente No. 005-2001, seguido entre Pedro Laca Buendía contra Electronorte (Resoluciones No. 041-2002-CCO/OSIPTEL y No. 017-2003-TSC-OSIPTEL).

- Expediente No. 007-2001, seguido entre Cable Junior contra Electro Sur Medio (Resoluciones No. 034-2002-CCO/OSIPTEL y No. 015-2003-TSC-OSIPTEL).

- Expediente No. 008-2001, seguido entre Tele Cable Motupe contra Electronorte, (Resoluciones No. 035-2002-CCO/OSIPTEL y No. 018-2003-TSC-OSIPTEL).

injustificada de trato, a través del artículo 10.1⁽¹⁸⁾, modificando en parte la tipificación de las infracciones materia de denuncia, como se explicará líneas más adelante en los numerales 8.2.2. y 8.2.3.

Ahora bien, ante una situación de sucesión normativa respecto de un procedimiento administrativo en trámite, corresponde determinar en qué medida se aplicará la nueva normativa de libre competencia al presente caso. Al respecto, la Única Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1034 señala que las disposiciones de naturaleza procesal se aplicarán a los procedimientos en trámite bajo el Decreto Legislativo N° 701, en la etapa en que se encuentren.

En consecuencia, *contrario sensu*, las disposiciones de naturaleza sustantiva, tales como la tipificación de infracciones contenida en el Decreto Legislativo N° 1034, no serán aplicables de manera inmediata a los procedimientos en trámite iniciados bajo el Decreto Legislativo N° 701. Por ello, este Cuerpo Colegiado considera que los procedimientos iniciados bajo la anterior norma de libre competencia continuarán tramitándose de acuerdo a las disposiciones sustantivas contenidas en dicho Decreto Legislativo.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que conforme a lo establecido por el artículo 230° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, Ley del Procedimiento Administrativo General), la potestad sancionadora de las entidades administrativas se encuentra regida por principios especiales, entre los cuales se encuentra el *principio de irretroactividad*.

El *principio de irretroactividad*, contenido en el inciso 5) del artículo 230° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, establece que *“son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables”*.

La premisa de la que se parte para el ejercicio válido de la potestad sancionadora es que las disposiciones referidas a la tipificación de ilícitos e imposición de sanciones resultan aplicables cuando tales disposiciones han entrado en vigencia con anterioridad al hecho materia de análisis y se encuentran vigentes al momento de su producción. La excepción se da cuando las normas posteriores resultan más favorables al denunciado, caso en el cual corresponde la aplicación de las nuevas normas, no obstante no haber regido al momento en que se ejecutara la infracción.

En tal sentido, dada la sucesión normativa de las normas de competencia, el presente procedimiento iniciado bajo la vigencia del Decreto Legislativo N° 701 continuará tramitándose conforme a las normas sustantivas contenidas en dicho Decreto Legislativo, salvo que las disposiciones sustantivas del Decreto Legislativo N°1034 resultaran más favorables para el administrado, en este caso, ELECTRO SUR MEDIO.

¹⁸ Decreto Legislativo N° 1034, numerales 10.1 y 10.2 del artículo 10:

“Artículo 10.- El abuso de la posición de dominio.-

10.1. Se considera que existe abuso cuando un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición.

10.2. El abuso de la posición de dominio en el mercado podrá consistir en conductas de efecto excluyente tales como:

a) Negarse injustificadamente a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios; (...).”

Conforme a lo antes señalado, corresponde determinar cuál es la disposición aplicable, tanto para la evaluación de la negativa injustificada de trato, como para la evaluación de la negativa arbitraria, de ser el caso.

7.2.2. La supuesta negativa injustificada de trato por parte de ELECTRO SUR MEDIO

CABLE VISION ICA sostiene que solicitó el acceso a la red de postes de ELECTRO SUR MEDIO sin haber recibido una respuesta. En concreto, CABLE VISION ICA señala que el 17 de noviembre de 2004, solicitó a ELECTRO SUR MEDIO tener acceso a su red de postes. En la medida que no recibió respuesta, CABLE VISION ICA habría reiterado su solicitud el 12 de mayo de 2005.

De acuerdo con lo mencionado por la demandante, ELECTRO SUR MEDIO no habría dado respuesta a sus solicitudes; no obstante debido a sus constantes llamadas telefónicas, se le habría proporcionado información acerca de los requisitos a cumplir para la atención de su solicitud. Conforme a lo señalado por CABLE VISION ICA, a pesar de que cumplió con todos los requisitos exigidos, su solicitud no fue atendida.

A decir de CABLE VISION ICA, la falta de respuesta por parte de ELECTRO SUR MEDIO constituiría un supuesto de abuso de posición de dominio, en la modalidad de negativa injustificada de trato que atentaría contra la libre competencia.

El requisito básico para que una negativa de trato sea considerada anticompetitiva es que sea realizada por una empresa con posición de dominio en el mercado. Si el proveedor no tiene posición de dominio, el afectado podría acudir a fuentes alternativas de suministro para impedir que la negativa le ocasione un perjuicio, con lo cual la conducta no habría ocasionado un daño en el mercado.

Las negativas de trato injustificadas se consideran prácticas ilícitas si tienen alguno de los siguientes efectos en el mercado: evitar el trato con competidores restándole clientela; restringir la competencia que enfrenta una empresa integrada verticalmente; monopolizar un segundo mercado a través de un precio excesivo (*"price squeeze"*).

Como se ha señalado en el punto 8.2.1 precedente, corresponde determinar cuál es la disposición aplicable para la evaluación de la negativa injustificada de trato, en el presente caso.

Al respecto, el inciso a) del artículo 5° del Decreto Legislativo N° 701 establecía que:

*"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:

a) La negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación de productos o servicios" (el resaltado es nuestro).

El citado artículo sancionaba la negativa que tuviera como finalidad causar un perjuicio a un tercero y, a la vez, un beneficio al infractor. Esto solo podía ocurrir si el infractor competía con el afectado o si la negativa constituía un mecanismo de sanción para que el cliente no contrate también con el competidor del infractor. En tal sentido, el

inciso a) del artículo 5° restringía la posibilidad de que la autoridad de competencia conozca denuncias por abuso de posición de dominio bajo la modalidad de negativa de trato.

Por su parte, el artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1034 sanciona el supuesto de negativa injustificada, bajo el siguiente enunciado:

“Artículo 10.- El abuso de la posición de dominio.-

*10.1. Se considera que existe abuso cuando un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a **competidores reales o potenciales**, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición.*

10.2. El abuso de la posición de dominio en el mercado podrá consistir en conductas de efecto exclusorio tales como:

a) Negarse injustificadamente a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios; (...)” (el resaltado es nuestro).

El citado artículo 10.1 del Decreto Legislativo N° 1034, difiere del inciso a) del artículo 5° del Decreto Legislativo N° 701, en que el primero precisa que uno de los requisitos de la práctica es causar perjuicio a los competidores, sean éstos reales o potenciales.

Como se ha indicado, si bien el dispositivo del Decreto Legislativo N° 701 no exigía expresamente una relación de competencia, la exigencia simultánea de un beneficio y un perjuicio podría explicarse sólo con una relación de competencia. De este modo, la modificación que conlleva la nueva norma precisa un tema que ya había sido definido en la aplicación práctica, a través de anteriores pronunciamientos, en los cuales se analizaron las negativas injustificadas de trato bajo el mandato del inciso a) del artículo 5° del Decreto Legislativo N° 701.

En tal sentido, el artículo 10.1 del Decreto Legislativo N° 1034 no contiene en su aplicación condiciones que en el presente caso puedan considerarse más favorables al denunciado, en la medida que mantiene en lo sustancial el mismo contenido que el inciso a) del artículo 5° del Decreto Legislativo N° 701.

Por tanto, tomando en consideración lo expuesto en el punto 8.2.1 precedente, en el presente caso resulta aplicable lo establecido en el Decreto Legislativo N° 701, norma vigente en el momento en que se produjeron los hechos discutidos en el procedimiento.

Sobre el particular, y teniendo en cuenta el requisito de “relación de competencia” exigido por la norma, el Cuerpo Colegiado considera que corresponde evaluar si el demandado posee la condición de competidor de la demandada. Para ello, el análisis se realizará sobre la base de criterios utilizados en anteriores pronunciamientos⁽¹⁹⁾, por los cuales se determina la existencia o no de una relación de competencia.

ELECTRO SUR MEDIO ha sostenido en su escrito de contestación que no es competidora de CABLE VISION ICA, ni que tampoco se encuentra vinculada a un competidor de ésta, asimismo, ha negado la posibilidad de que ELECTRO SUR MEDIO tenga interés en prestar el servicio de televisión por cable.

¹⁹ Ver Supra Notas 16 y 17.

Al respecto, debe indicarse que no existe evidencia de que ELECTRO SUR MEDIO se encuentre integrada verticalmente con algún competidor de CABLE VISIÓN ICA y tampoco ha quedado acreditado en el expediente que dicha empresa tenga planes para incursionar en el mercado del servicio de televisión por cable o que ELECTRO SUR MEDIO se encuentre utilizando la negativa de trato como mecanismo de presión para evitar que CABLE VISION ICA contrate con sus competidores.

A mayor sustento, se puede señalar que si bien existe la tendencia a que la infraestructura de empresas de energía eléctrica sea aprovechada para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones⁽²⁰⁾, en el presente caso no se ha acreditado elemento alguno respecto a que ELECTRO SUR MEDIO haya tomado decisiones específicas a nivel de directorio para el desarrollo de algún proyecto de prestación del servicio de televisión por cable o medidas adoptadas para implementar planes de ingreso al mercado. Tampoco se han aportado pruebas que permitan inferir que ELECTRO SUR MEDIO contaría con fechas tentativas para el inicio de operaciones o zonas determinadas para la prestación del nuevo servicio.

Adicionalmente, corresponde tomar en consideración que durante el periodo comprendido entre el año 2003 al 2006, la situación económica que atraviesa ELECTRO SUR MEDIO al encontrarse incurso en un Procedimiento Concursal Ordinario y haber sido incorporada a un Régimen de Reestructuración Patrimonial⁽²¹⁾, hace poco probable que la administración de dicha empresa se encuentre formulando estrategias de ampliación de sus actividades comerciales.

Por todo ello, se puede afirmar que ELECTRO SUR MEDIO no guarda una relación de competencia con CABLE VISION ICA, por lo que no podría sostenerse que ELECTRO SUR MEDIO tenga incentivos anticompetitivos para negar el arrendamiento de sus

²⁰ Esta práctica se viene extendiendo actualmente a nivel mundial y consiste en aprovechar la inversión realizada en las redes eléctricas para prestar servicios de telecomunicaciones, incurriendo en inversiones incrementales relativamente bajas. Se pueden presentar los siguientes escenarios según las redes utilizadas sean de transmisión o de distribución y los servicios de telecomunicaciones se presten a través de los cables de energía eléctrica o utilizando la postería de la empresa eléctrica:

ESCENARIOS	Uso de los mismos cables de energía	Uso de la infraestructura de postería
Redes de transmisión	Fibras Ópticas dentro del cable de guarda (tecnología OPGW)	Cables de fibra óptica aparte, soportados por las torres de alta tensión (tecnología ADSS).
Redes de distribución	Tecnología PLC (Power Line Communications).	Cables de fibra óptica o coaxiales soportados por los postes (servidumbres).

²¹ La situación a la cual se hace referencia consta en los siguientes documentos:

- Aviso publicado el 28 de febrero de 2005, en el Diario Oficial El Peruano, que dio a conocer el inicio del procedimiento concursal, convocándose a los acreedores para que presenten sus solicitudes de reconocimiento de créditos.
- Acta de Junta de Acreedores de Electro Sur Medio, de fecha 25 de noviembre de 2005, en la cual se acordó la reestructuración patrimonial de dicha empresa (Fojas 139-176).

postes a CABLE VISION ICA o pueda obtener beneficios como consecuencia de la negativa de trato denunciada.

Así, de acuerdo a lo dispuesto en la Resolución N° 003-2006-CCO/OSIPTEL que admitió la demanda interpuesta por CABLE VISION ICA, este Cuerpo Colegiado considera que, habiéndose descartado la configuración de la *negativa injustificada de trato* prevista en el inciso a) del artículo 5 del Decreto Legislativo 701, corresponde proseguir con el análisis de la supuesta negativa de venta arbitraria.

7.2.3. La supuesta negativa arbitraria por parte de ELECTRO SUR MEDIO

Como se ha mencionado, un supuesto adicional de negativa de trato, es la *negativa de venta arbitraria*. En este supuesto, la empresa con posición de dominio no tendría intención de restringir la competencia, en tanto no compite con la empresa a la cual niega la venta, ni tiene un interés específico en ingresar a su mercado; adicionalmente, tampoco utiliza la negativa como medio de sancionar al cliente por contratar con su competidor.

De esta forma, la negativa de venta arbitraria no genera un beneficio para el agente que incurre en ella -más bien podría generarle un perjuicio al limitar la posibilidad de incrementar los ingresos por una venta adicional-, pero sin embargo perjudica al comprador afectado.

Bajo el marco del Decreto Legislativo N° 701, la negativa injustificada de trato arbitraria podía ser analizada como infracción a la cláusula general contenida en el artículo 3° de dicha norma:

“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”. (el resaltado es nuestro)

La aplicación del referido artículo debía ser de carácter residual, considerando su condición de cláusula general; por lo que se empleaba únicamente ante casos excepcionales que no se encontraban previstos expresamente por el artículo 5° del Decreto Legislativo N° 701 o que no podían incluirse dentro de los casos de efecto equivalente contemplados por el inciso f) del mencionado artículo 5°.

Para analizar los casos de abuso de posición de dominio por negativa de trato arbitraria bajo el artículo 3° del Decreto Legislativo N° 701, debía demostrarse que, a pesar de que el infractor no tenía una intención anticompetitiva ni incentivos para perjudicar al afectado, la negativa arbitraria finalmente terminaba ocasionando un daño de magnitud considerable a la competencia. Ello debido a que la mencionada norma requería que como consecuencia de la conducta ilegal “se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional”. Es el caso de generar el riesgo que una tercera empresa pueda monopolizar el mercado afectado por la negativa.

No obstante lo mencionado, y de conformidad con lo expuesto en el punto 8.2.1., es preciso indicar que el Decreto Legislativo N° 1034, al derogar íntegramente el Decreto Legislativo N° 701, derogó el artículo 3°, referente normativo bajo el cual se sancionaba el supuesto de negativa arbitraria.

De la revisión del Decreto Legislativo N° 1034, en especial, en cuanto a la tipicidad de las conductas relativas a prácticas anticompetitivas, se advierte que la cláusula general contenida en el artículo 10.1 de esta norma exige la obtención de beneficios y la realización de perjuicios a competidores reales o potenciales, directos o indirectos producto del ejercicio de la posición de dominio.

Para el presente caso, ello implicaría, en principio y bajo una interpretación restrictiva, la exclusión de aquellos supuestos en los cuales no se presenta el supuesto concurrente de obtener beneficios y ocasionar perjuicios a competidores reales o potenciales, directos o indirectos; apreciándose que la norma habría excluido eventuales perjuicios para el interés económico general.

Adicionalmente, debe considerarse que el referido Decreto Legislativo N° 1034 señala en su artículo 10.5 como requisito del abuso de posición de dominio la existencia de una relación de competencia, precisando que: *“no constituye abuso de posición de dominio el simple ejercicio de dicha posición sin afectar a competidores reales o potenciales”*⁽²²⁾.

En este orden de ideas, la aplicación del principio de irretroactividad, contenido en el artículo 230° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, ordena que en el presente caso se apliquen las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las disposiciones posteriores le sean más favorables⁽²³⁾.

Según dicho principio, las conductas típicas no sólo han de estar contempladas y sancionadas por la ley vigente en el momento de su comisión sino también cuando se juzga o determina por el órgano competente la aplicación de la norma sancionadora a dichos hechos. No podría aplicarse sanción alguna si cuando se dicta la decisión respectiva, la conducta que se pretendía sancionar ha dejado de ser ilícita⁽²⁴⁾.

En esa línea, la regla de la irretroactividad presenta la siguiente excepción: si luego de la realización de un hecho sancionable según la ley preexistente, se produce una modificación legislativa, de modo que la nueva ley elimina al hecho el carácter punible, entonces será dicha ley (la más favorable o benigna) la aplicable al caso, no obstante no haber regido al momento en que se realizara el acto ilícito.

Por tanto, en atención a lo previsto por el artículo 230° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, este Cuerpo Colegiado considera que resulta aplicable al presente caso, el Decreto Legislativo N° 1034, norma que – como se ha señalado – no contemplaría, como una infracción a la negativa arbitraria, y que resultaría más beneficiosa para ELECTRO SUR MEDIO.

Al respecto, el artículo 186° de la Ley del Procedimiento Administrativo General establece las formas de conclusión del procedimiento administrativo, indicando que *“también pondrá fin al procedimiento la resolución que así lo declare por causas sobrevenidas que determinen la imposibilidad de continuarlo”*⁽²⁵⁾.

²² Decreto Legislativo N° 1034, artículo 10.5.

²³ Ley del Procedimiento Administrativo General, inciso 5 del artículo 230.

²⁴ MORON URBINA, Juan Carlos, Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, 2da edición, Lima, Gaceta Jurídica, 2003, págs. 517-518.

²⁵ Ley del Procedimiento Administrativo General, artículo 186:

“Artículo 186.- Fin del procedimiento

186.1 Pondrán fin al procedimiento las resoluciones que se pronuncian sobre el fondo del asunto, el silencio administrativo positivo, el silencio administrativo negativo en el caso a que se refiere el inciso 4)

Por su parte, el artículo 321 del Código Procesal Civil señala que el proceso concluye, sin declaración sobre el fondo cuando: *“1. Se sustrae la pretensión del ámbito jurisdiccional”*⁽²⁶⁾.

En el presente caso, al no existir una norma que a la fecha sancione la negativa arbitraria, su persecución habría perdido sustento, privando de sentido la continuación del procedimiento en este extremo⁽²⁷⁾.

En ese sentido, este Cuerpo Colegiado considera que corresponde declarar concluido el procedimiento por haberse producido la sustracción de la materia en el extremo referido a la supuesta negativa injustificada de trato, de conformidad con el inciso 1 del artículo 321º del Código Procesal Civil.

Sin perjuicio de lo expuesto, y en atención a lo señalado por CABLE VISION ICA en sus alegatos, este Cuerpo Colegiado considera oportuno mencionar que la regulación sobre acceso y uso compartido de infraestructuras establece la obligatoriedad de la compartición en supuestos concretos⁽²⁸⁾. En caso CABLE VISION ICA considere que se encuentra incurso en alguno de dichos supuestos, tiene expedito su derecho para solicitar el acceso y uso compartido y/o acudir ante el OSIPTEL en caso considere que su derecho está siendo vulnerado.

7.3. ANÁLISIS DE LA RECONVENCIÓN:

del artículo 188, el desistimiento, la declaración de abandono, los acuerdos adoptados como consecuencia de conciliación o transacción extrajudicial que tengan por objeto poner fin al procedimiento y la prestación efectiva de lo pedido a conformidad del administrado en caso de petición graciable. 186.2 También pondrá fin al procedimiento la resolución que así lo declare por causas sobrevenidas que determinen la imposibilidad de continuarlo”.

²⁶ Código Procesal Civil, artículo 321:

“Artículo 321.- Conclusión del proceso sin declaración sobre el fondo.-

Concluye el proceso sin declaración sobre el fondo cuando:

1. Se sustrae la pretensión del ámbito jurisdiccional;

(...)”.

Al respecto, cabe mencionar que la Segunda Disposición Final de la Resolución N° 010-2002-CD-OSIPTEL, Reglamento de Solución de Controversias entre Empresas establece que:

“DISPOSICIONES FINALES

(...)

SEGUNDA.- Para todo lo no previsto expresamente por el presente reglamento se aplicará, de ser pertinente, la Ley del Procedimiento Administrativo General y el Código Procesal Civil”.

²⁷ GARCIA DE ENTERRIA sostiene que la imposibilidad material de continuar el procedimiento es una forma de terminación del procedimiento, de carácter residual, que pretende englobar una serie de supuestos heterogéneos que impiden o privan de sentido a la continuación del procedimiento. Así, por ejemplo, la muerte del interesado cuando el objeto del procedimiento sean derechos o intereses de éste que sólo él puede hacer valer (solicitud por un único funcionario de una determinada vacante); lo mismo en el supuesto de inexistencia, pérdida o destrucción de ese objeto, bien sea física (solicitud de cesión de inmueble público, que, entre tanto, se derrumba) o jurídica (petición de autorización para realizar una actividad que entre tanto se liberaliza) o en el caso de pérdida de la competencia de la Administración actuante. GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. Curso de Derecho Administrativo II. 9na edición, Civitas, Madrid, 2005, pág. 519.

²⁸ Al respecto, corresponde precisar el ámbito de aplicación de las normas que regulan el acceso y uso compartido de infraestructuras:

El artículo 5° de la Ley N° 28295 establece que el ámbito de aplicación de dicha norma se limita sólo a aquellas **infraestructuras de telecomunicaciones y electricidad ubicadas en zonas en las que exista una restricción** para la instalación o construcción de infraestructura de uso público declarada por la autoridad administrativa competente por cualquiera de las siguientes razones: medio ambiente, salud pública, seguridad u ordenamiento territorial.

El artículo 3° del Decreto Legislativo N° 1019 señala que el alcance de dicha norma se limita sólo a las **infraestructuras de telecomunicaciones** pertenecientes a un Proveedor Importante de Servicios Públicos de Telecomunicaciones.

De conformidad con la Resolución No. 005-2006-CCO/OSIPTEL, el Cuerpo Colegiado consideró que, de acuerdo a lo mencionado por ELECTRO SUR MEDIO, los actos constitutivos de las supuestas infracciones por parte de CABLE VISION ICA en el presente caso serían: (i) la presentación de una demanda a sabiendas de la falta de fundamento de las imputaciones, con la finalidad de causar un perjuicio; y (ii) ocultar información al Cuerpo Colegiado, actuando en contra de los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe.

Asimismo, el Cuerpo Colegiado indicó que, dada la naturaleza de estas pretensiones, las mismas serían analizadas posteriormente a la tramitación de la pretensión principal de CABLE VISION ICA, declarando que las mismas serían tramitadas dentro del procedimiento que involucra la comisión de una infracción.

7.3.1. Sobre la supuesta presentación de una denuncia maliciosa

Dentro de la tramitación de un procedimiento administrativo, las partes tienen la obligación de adecuar su conducta a los deberes de corrección y buena fe. Así, el artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General referido a los principios del procedimiento administrativo, establece que todos los partícipes del procedimiento deben realizar sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe⁽²⁹⁾.

La configuración de este principio incorpora al ámbito del procedimiento administrativo una base de contenido ético, por la cual la conducta de los administrados en un procedimiento no resulta ajena a las reglas que versan sobre el mismo.

Al respecto, una de las manifestaciones del incumplimiento al deber procesal de buena fe es la presentación de denuncias o demandas a sabiendas de la falsedad de la imputación o la ausencia de motivo razonable con la finalidad de causar un perjuicio, conducta que se encuentra tipificada como infracción en el Reglamento General de OSIPTEL⁽³⁰⁾, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM y en el Reglamento de Infracciones y Sanciones del OSIPTEL⁽³¹⁾.

²⁹ "Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

(...)

1.8 Principio de conducta procedimental.- La autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, **todos los partícipes del procedimiento, realizan sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe.** Ninguna regulación del procedimiento administrativo puede interpretarse de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe procesal".(el resaltado es nuestro).

Asimismo, dicho principio se encuentra recogido en el artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Civil, el mismo que señala expresamente lo siguiente:

Artículo IV.- Principios de iniciativa de parte y de conducta procesal.- "(...) Las partes, sus representantes, su abogados y en general todos los partícipes en el proceso adecuan su conducta a los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe".

³⁰ Reglamento General de OSIPTEL, artículo 104:

"Artículo 104°.- Denuncias maliciosas. Quien a sabiendas de la falsedad de la imputación o de la ausencia de motivo razonable, denuncie a alguna persona natural o jurídica, atribuyéndole una infracción sancionable por cualquier órgano del OSIPTEL será sancionado con una multa de hasta 100 UIT mediante resolución debidamente motivada".

³¹ Artículo 50° (Modificado por Resolución de Consejo Directivo N° 048-2001-CD/OSIPTEL).

"La empresa que a sabiendas de la falsedad de la imputación o de la ausencia de motivo razonable demanda la denuncia de alguna persona natural o jurídica ante OSIPTEL, ocasionándole o con el fin de ocasionarle injustamente un perjuicio, o que en un procedimiento seguido ante OSIPTEL actúe en contra de los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe, incurrirá en infracción grave".

Las referidas normas tienen por finalidad desincentivar la presentación de denuncias maliciosas y garantizar la actuación conforme al principio de buena fe en los procedimientos iniciados ante OSIPTEL.

La presentación de demandas a sabiendas de la falsedad de las imputaciones que la sustentan constituye un supuesto de abuso de derecho⁽³²⁾, en tanto implica el ejercicio ilegítimo del derecho de acción⁽³³⁾. Dicha conducta genera perjuicios no sólo para la contraparte, sino también para la Administración, quien debe incurrir innecesariamente en los costos derivados de la tramitación del procedimiento. De acuerdo a ello, es una conducta que debe ser sancionada a través de los mecanismos correspondientes⁽³⁴⁾.

Al respecto, el Tribunal de Solución de Controversias ha señalado que el objetivo de estas normas no es restringir el derecho de los administrados de acudir a la tutela de las instancias de solución de controversias de OSIPTEL para resolver una cuestión litigiosa. Por el contrario, el propósito de dichas disposiciones es evitar el ejercicio abusivo de tal derecho, prohibiendo la presentación de denuncias falsas o sin motivo, sancionando un comportamiento que no sólo perjudica al demandado, afectando su imagen y forzándolo a incurrir en los costos de su defensa, sino que obliga a OSIPTEL a seguir innecesariamente un procedimiento administrativo, con los costos que a su vez ello implica⁽³⁵⁾.

Análisis de la pretensión planteada por ELECTRO SUR MEDIO

Conforme a lo señalado por ELECTRO SUR MEDIO, el acto constitutivo de la supuesta infracción por parte de CABLEVISION ICA sería la presentación de una demanda a sabiendas de la falta de fundamento de sus pretensiones con la finalidad de causar un perjuicio, consistente en el desprestigio que le genera la divulgación de la existencia de un procedimiento en su contra, y su exposición ante la colectividad como una empresa

³² Dicha conducta se encuentra prohibida por nuestro ordenamiento conforme a lo previsto en el artículo II del Título Preliminar del Código Civil.

“Artículo II.- Ejercicio abusivo del derecho

La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso.”

³³ Al respecto, se ha sostenido que:

“1. Sólo el ejercicio regular de los derechos no puede constituir ilícito ningún acto.

2. El abuso del derecho no es amparado por la Ley.

3. El ejercicio de los derechos es irregular o abusivo:

-si contraría la finalidad tenida en mira reconocerlos, o

-si excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

De ello se sigue que (...) solo el ejercicio regular - y no abusivo - de los derechos es lícito.

Interesa especialmente poner de relieve que la individualización de las conductas como abusivas, temerarias, maliciosas o como tales, sancionables con inadmisión, nulidad (aun de la cosa juzgada) penas pecuniarias, supone: un derecho procesal; un ejercicio contrario a la finalidad legal o la buena fe, la moral o las buenas costumbres”. KAMINKER, Mario. El ejercicio abusivo del proceso y de los derechos procesales, acto ilícito. En: Revista Peruana de Derecho Procesal Vol. V; págs. 327-333.

³⁴ “La utilización abusiva de las vías procesales normalmente genera perjuicios, respecto de los cuales el ordenamiento jurídico prevé que deben ser debidamente indemnizados”.

(...) La actuación procesal puede configurar un abuso de derecho y ello hará pasible al autor de la correspondiente responsabilidad por los perjuicios que sufra la contraparte si se ha utilizado el o sus actos con finalidades distintas a las que le son propias, desvirtuando su función propia, desvirtuando su función natural y generando un comportamiento ilícito que ingresará en el campo de la responsabilidad extracontractual. LANDONI SOSA, Ángel. El abuso de los derechos procesales. En Revista Peruana de Derecho Procesal Vol. III; págs. 99-113.

³⁵ Este criterio fue establecido por el Tribunal de Solución de Controversias en la Resolución N° 006-2003-TSC-OSIPTEL, emitida en el expediente N° 001-2001, seguido por Teleandina contra Telefónica.

que limita la prestación del servicio de televisión por cable; así como, los gastos económicos que implica afrontar la defensa en un procedimiento.

De acuerdo a ello, corresponde evaluar si existen elementos de juicio que permitan concluir, que CABLEVISION ICA habría incurrido en la infracción denunciada por ELECTRO SUR MEDIO. Para realizar dicho análisis, se procederá a evaluar si se cumplen los requisitos que configuran la infracción prevista en el artículo 50° del Reglamento de Infracciones y Sanciones.

De conformidad con lo señalado por las instancias de solución de controversias, en anteriores pronunciamientos, para que se configure la infracción por presentación de una denuncia maliciosa tipificada en el artículo 50° del Reglamento de Infracciones y Sanciones, deben cumplirse los siguientes requisitos:

- Que la demanda planteada por la empresa sea infundada.
- Que la demanda haya sido interpuesta a sabiendas de la falsedad de las imputaciones.
- Que la demanda haya sido interpuesta ocasionando o con el fin de ocasionar un perjuicio al demandado.

Como se ha analizado anteriormente, este Cuerpo Colegiado considera que corresponde dar por concluido el procedimiento en el extremo referido a la pretensión principal planteada por CABLE VISIÓN ICA. No obstante, de conformidad con el principio de verdad material contemplado en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General⁽³⁶⁾, esta Administración se encuentra obligada a adoptar de oficio todas las medidas que considere necesarias a efectos de verificar la verdad de los hechos.

En tal sentido, este Cuerpo Colegiado considera que en el presente caso, la conclusión del procedimiento en el extremo referido a la pretensión principal de CABLE VISIÓN ICA, no limita la posibilidad de analizar la supuesta infracción por presentación de una denuncia maliciosa, por parte de CABLE VISION ICA.

Asimismo, con relación al requisito de que *la demanda haya sido interpuesta a sabiendas de la falsedad de las imputaciones*, es preciso analizar si al momento de la interposición de la misma existían *elementos de juicio suficientes* que permitieran a una empresa sostener que se encontraba en un supuesto que ameritaba iniciar un procedimiento de solución de controversias ante el OSIPTEL, dada la naturaleza justiciable de su pretensión.

En el presente caso, este Cuerpo Colegiado advierte que CABLE VISIÓN ICA en su escrito de demanda:

³⁶ Ley del Procedimiento Administrativo General, artículo IV:

“1.11. Principio de verdad material.- En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.

En el caso de procedimientos trilaterales la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a éstas. Sin embargo, la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también al interés público”.

- (i) Desarrolla los fundamentos por los cuales considera de aplicación a su caso, el Decreto Legislativo No. 701 y por qué -en su opinión- ELECTRO SUR MEDIO ostentaría posición dominante.
- (ii) Sustenta la existencia de una negativa por parte de ELECTRO SUR MEDIO, señalando -entre otras razones- que, mediante cartas de fecha 12 de mayo y 14 de julio de 2005, remitió documentos que brindaban información específica acerca de los alcances de su solicitud de acceso, a fin de que ELECTRO SUR MEDIO evalúe su solicitud⁽³⁷⁾; sin embargo, hasta la fecha de interposición de la demanda -25 de noviembre de 2005-, la demandante no habría recibido respuesta.
- (iii) Alude a la controversia que dio origen a la Resolución N° 032-2001-CCO/OSIPTEL recaída en el Expediente No. 006-2000, seguido entre V.O. Cable contra Luz del Sur, por supuestos actos de abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa de trato.

Asimismo, de la apreciación de los antecedentes del caso y de los medios probatorios que obran en el expediente, este Cuerpo Colegiado considera lo siguiente:

- (i) CABLE VISION ICA tenía conocimiento acerca de los pronunciamientos previos de las instancias de solución de controversias, en los cuales se analizó la aplicación de las normas referidas a la tipificación de la negativa de trato, valiéndose de ello para el planteamiento de su demanda.
- (ii) ELECTRO SUR MEDIO no ha negado la recepción de las cartas remitidas por CABLE VISION ICA con la información necesaria para la evaluación de la solicitud de acceso. Por el contrario, esta empresa ha sustentado su falta de respuesta en la situación judicial y concursal que afrontaba, en la que ha pasado por sucesivas administraciones que habrían impedido llevar adelante las negociaciones con CABLE VISION ICA.

En tal sentido, este Cuerpo Colegiado es de la opinión que al momento de la interposición de la demanda, CABLE VISION ICA, al igual que cualquier otra empresa de servicios públicos de telecomunicaciones que requería acceder a la infraestructura, contaba con un sustento razonable para considerar que su caso podía ser amparado por la normativa de libre competencia que se encontraba vigente en dicha oportunidad.

Del análisis realizado previamente, puede concluirse que no existen elementos de juicio que permitan concluir que CABLE VISION ICA interpuso una demanda a sabiendas de la falta de sustento de sus afirmaciones, y en ese sentido, no corresponde continuar con el análisis del requisito referido a la intención de perjudicar los intereses económicos de ELECTRO SUR MEDIO.

En ese sentido, este Cuerpo Colegiado considera que no se configura la infracción en el extremo referido a la presentación de una denuncia maliciosa tipificada en el artículo 50° del Reglamento de Infracciones y Sanciones.

7.3.2. Sobre el supuesto incumplimiento de los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe.

³⁷ Al respecto, se indica que los referidos documentos contienen: (i) aspectos técnicos, descripción y características de los elementos activos y pasivos que formarán parte de la red, indicando marcas y modelos; y, (ii) el plano con la demarcación del área en las cuales se ha planificado instalar red.

El artículo 50° del Reglamento de Infracciones y Sanciones también tipifica como infracción la actuación contraria a los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe en un procedimiento seguido ante OSIPTEL.

En el mismo sentido, el principio de conducta procedimental antes citado, establece que las partes participan del procedimiento administrativo *“guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe”*⁽³⁸⁾.

El mandato de observar un comportamiento debido y la consiguiente condena de una actuación maliciosa encuentra su justificación desde que impide que una conducta contraria dificulte la solución correcta del conflicto de intereses materia de la controversia, asegura a la autoridad administrativa contra la mentira y a la contraparte contra el perjuicio.

En esta línea, si bien, con el inicio de un procedimiento administrativo, las partes buscan favorecerse con la obtención de lo solicitado; al participar en el mismo y, en esa medida, incitar al despliegue de los mecanismos de resolución de conflictos en la vía administrativa, las partes se encuentran en la obligación de colaborar con el desarrollo de éste, haciendo valer sus razones, pero sin el empleo de actitudes antiéticas.

En concordancia con lo expuesto, y de acuerdo con el artículo 50° del citado reglamento, los administrados poseen deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe, los cuales proscriben una conducta contraria a la verdad de los hechos, a la honradez y buen proceder. Al respecto, no existe a priori una relación de las conductas que violarían dichos deberes; por lo que corresponde evaluar cada caso en concreto.

Es importante referir que, de acuerdo con la doctrina, particularmente los deberes de veracidad y buena fe ordenan no sostener a sabiendas cosas contrarias a la verdad⁽³⁹⁾, sancionando la mentira procesal que consiste en negar o afirmar hechos o derechos falsamente.

Al respecto, PICÓ I JUNOY señala que, son innumerables las situaciones susceptibles de evidenciar una conducta maliciosa, así por ejemplo, quien esconde un documento o se niega a aportarlo en juicio, impide la práctica de una prueba que puede ser básica para la defensa de los intereses de la parte que lo solicita⁽⁴⁰⁾.

En la misma línea, el Código Procesal Civil define en qué supuestos se puede calificar como temeraria o de mala fe una conducta procesal⁽⁴¹⁾, señalando en su artículo 112°

³⁸ Dicho principio se encuentra recogido en el artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Civil, el mismo que señala expresamente lo siguiente:

“Artículo IV.- Principios de iniciativa de parte y de conducta procesal.-

(...) Las partes, sus representantes, su abogados y en general todos los partícipes en el proceso adecuan su conducta a los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe”.

Asimismo, ver el Código Procesal Civil, artículo 109:

“Artículo 109.- Deberes de las partes, Abogados y apoderados.-

Son deberes de las partes, Abogados y apoderados:

1. Proceder con veracidad, probidad, lealtad y buena fe en todos sus actos e intervenciones en el proceso; (...).”

³⁹ VIGO, Rodolfo, *Ética del abogado. Conducta procesal indebida*, págs. 120 y 122.

⁴⁰ PICÓ I JUNOY Joan, *El Principio de la Buena Fe Procesal*, J.M. Bosh, Barcelona, 2003, págs. 86-87.

⁴¹ “Artículo 112.- Temeridad o mala fe.- Se considera que ha existido temeridad o mala fe en los siguientes casos:

- 1. Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento jurídico de la demanda, contestación o medio impugnatorio;*
- 2. Cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad;*

que existe temeridad o mala fe, cuando entre otros casos, “*se alegue, a sabiendas, hechos contrarios a la realidad*”.

Asimismo, este Cuerpo Colegiado considera oportuno precisar que la infracción a los principios *veracidad, probidad, lealtad y buena fe* remite a una intención de perjudicar a su contraparte o la correcta solución del conflicto de intereses, existiendo una voluntad dirigida a falsear los hechos que se invocan.

Análisis de la pretensión planteada por ELECTRO SUR MEDIO

ELECTRO SUR MEDIO sostiene que la afirmación de CABLE VISION ICA respecto a que la denunciada no habría respondido su primera comunicación de fecha 17 de noviembre de 2004, resulta contraria a la verdad; toda vez que la carta N° ADM-J-2201-2004 en respuesta a dicha comunicación fue recibida por CABLE VISION ICA.

De la revisión del escrito de denuncia de fecha 25 de noviembre de 2005, se advierte que a fojas 2 del expediente, CABLE VISION ICA ha señalado expresamente lo siguiente:

*“Habiendo transcurrido más de seis meses de no tener respuesta frente a nuestro pedido a pesar de las múltiples llamadas telefónicas al Sr. Ramón García Bustamante en su calidad de administrador Judicial, así como con el Dr. Eduardo Median es que **con fecha 12 de mayo del presente año reiteramos nuestro pedido** contenido en nuestra **misiva de fecha 17 de noviembre del 2004**, a la cual al igual que la primera **no nos respondieron en forma escrita, tan solo el Dr. Eduardo Medina nos requirió que previamente a nuestro pedido cumpliéramos con presentar la siguiente documentación:***

(...)

*Es por ello que en nuestra necesidad de contar con la infraestructura que nos permita cumplir con la prestación de servicio público de CATV, **cumplimos con tales requerimientos.***

(...)” (los resaltados son nuestros).

Del texto antes señalado y de la verificación de los medios probatorios presentados conjuntamente con la demanda, se puede desprender lo siguiente:

- (i) Mediante comunicación de fecha 17 de noviembre de 2004, CABLE VISIÓN ICA solicitó el inicio de las negociaciones para el acceso y uso compartido de la infraestructura de ELECTRO SUR MEDIO, conforme a la Ley N° 28295. Esta comunicación obra a fojas 21 del expediente y se hace referencia a ella en la segunda oración resaltada del texto de la demanda.
- (ii) Mediante comunicación de fecha 12 de mayo de 2005, CABLE VISIÓN ICA reiteró su solicitud de acceso y uso compartido de infraestructura al amparo de la Ley N° 28295 y su reglamento. En esta comunicación se hace referencia a la carta N° ADM-J-2201-2004 de fecha 16 de diciembre de 2004 emitida por ELECTRO SUR MEDIO. La carta de CABLE VISIÓN

3. Cuando se sustrae, mutile o inutilice alguna parte del expediente;

4. Cuando se utilice el proceso o acto procesal para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos;

5. Cuando se obstruya la actuación de medios probatorios;

6. Cuando por cualquier medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del proceso; y

7. Cuando por razones injustificadas las partes no asisten a la audiencia generando dilación”.

- ICA obra a fojas 22 del expediente y se hace referencia a ella en la primera oración resaltada del texto de la demanda.
- (iii) Mediante comunicación de fecha 14 de julio de 2005, CABLE VISIÓN ICA informó a ELECTRO SUR MEDIO los aspectos técnicos, descripción y características de los elementos que formarán parte de la red así como entregó el plano con la demarcación del área en las cuales tenía planificado instalar la red. En esta comunicación también se hace referencia a la carta N° ADM-J-2201-2004 de fecha 16 de diciembre de 2004 emitida por ELECTRO SUR MEDIO. La carta de CABLE VISIÓN ICA obra a fojas 20 del expediente y se haría referencia a ella en la cuarta oración resaltada del texto de la demanda.

En ese sentido, se advierte que la misma CABLE VISIÓN ICA en las cartas presentadas como medios probatorios hace referencia a la *carta N° ADM-J-2201-2004 de fecha 16 de diciembre de 2004 emitida por ELECTRO SUR MEDIO* (obrante a fojas 125) y que está referida al requerimiento de información técnica para efectos del acceso y uso compartido. Así, CABLE VISIÓN reconocería la existencia de esta carta de ELECTRO SUR MEDIO en sus comunicaciones, situación que no sería razonable si es que hubiera una intención de ocultar información en el presente procedimiento.

Asimismo, de la revisión del texto de la tercera oración resaltada, se aprecia que cuando CABLE VISIÓN ICA señala que no se habría recibido respuesta escrita a sus comunicaciones de fechas 17 de noviembre de 2004 y 12 de mayo de 2005 es razonable considerar que se estaría refiriendo a que no se le ha otorgado una respuesta favorable a su petición de acceso y uso compartido de infraestructura. En efecto, en la carta N° ADM-J-2201-2004 de fecha 16 de diciembre de 2004, ELECTRO SUR MEDIO no le da una respuesta favorable limitándose a señalar que se requería (i) la emisión del Reglamento de la Ley N° 28295 que fije la metodología de cálculo de la contraprestación y en ese sentido, no se podía formalizar el acuerdo y (ii) la presentación de información técnica que le permita conocer los detalles del servicio.

Asimismo, debe considerarse que la referencia en la tercera oración resaltada del texto de la demanda de CABLE VISIÓN ICA a que ELECTRO SUR MEDIO tan sólo les requirió que previamente cumplieran con presentar información, guarda correspondencia con el contenido de la carta N° ADM-J-2201-2004 de ELECTRO SUR MEDIO. En ese sentido, este Cuerpo Colegiado verifica que la información contenida en la carta que ELECTRO SUR MEDIO considera que habría sido ocultada no es contradictoria con los argumentos señalados por CABLE VISIÓN ICA en su escrito de demanda.

En atención a lo señalado, este Cuerpo Colegiado considera que no ha existido una intención por parte de CABLE VISIÓN ICA de ocultar información en el presente procedimiento administrativo; y en consecuencia, no se puede concluir que CABLE VISIÓN ICA ha incurrido en la infracción tipificada en el artículo 50° del Reglamento de Infracciones y Sanciones consistente en actuar en contra de los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe.

Por las razones antes expuestas, este Cuerpo Colegiado considera que debe declararse infundada la reconvenção presentada por ELECTRO SUR MEDIO contra CABLE VISIÓN ICA, por la presunta presentación de una denuncia maliciosa y por el incumplimiento de deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe, conductas que constituyen infracciones al artículo 50° del Reglamento de Infracciones y Sanciones.

RESUELVE:

Artículo Primero.- Declarar **CONCLUIDO** el procedimiento en el extremo de la demanda presentada por Cable Visión Ica S.A.C. contra Electro Sur Medio S.A., referida a la supuesta infracción de abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato por parte de Electro Sur Medio S.A.; por haberse producido la sustracción de la materia, de conformidad con el inciso 1 del artículo 321º del Código Procesal Civil.

Artículo Segundo.- Declarar **INFUNDADA** la reconvención presentada por Electro Sur Medio S.A. contra Cable Visión Ica S.A.C., referida a la supuesta presentación de una denuncia maliciosa y al incumplimiento de los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe, conductas que constituyen infracciones al artículo 50º del Reglamento de Infracciones y Sanciones del OSIPTEL; por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

COMUNÍQUESE Y ARCHÍVESE.

Con la firma de los señores miembros del Cuerpo Colegiado Richard Martin Tirado y Jorge Fernández-Baca Llamosas.