

## RESOLUCIÓN DEL CUERPO COLEGIADO N° 008-2004-CCO/OSIPTEL

Lima, 13 de mayo de 2004

EXPEDIENTE	017-2003-CCO-ST/LC
MATERIA	LIBRE COMPETENCIA
ADMINISTRADOS	Empresa de Telecomunicaciones Multimedia Alfa E.I.R.L. Luz del Sur S.A.A.

El Cuerpo Colegiado a cargo de la controversia entre Empresa de Telecomunicaciones Multimedia Alfa E.I.R.L. (en adelante, ALFATEL) y Luz del Sur S.A.A. (en adelante, LUZ DEL SUR) por la supuesta comisión de actos contrarios a las normas de libre competencia.

### VISTOS:

Los escritos presentados por la señora Madeleine Ríos Vallejo (en adelante, señora Ríos), los días 9 de febrero y 4 de marzo de 2004.

El escrito de fecha 4 de marzo de 2004, presentado por ALFATEL representada por el señor Ananías Escamilo Florentino (en adelante, señor Escamilo), titular gerente.

El escrito de fecha 5 de marzo de 2004, presentado por LUZ DEL SUR.

### CONSIDERANDO:

#### I. Antecedentes

Mediante escritos de fechas 17 y 26 de setiembre y 14 de octubre de 2003, ALFATEL representada por su entonces titular gerente, la señora Ríos, interpuso demanda contra LUZ DEL SUR por infracciones a las normas de libre competencia recogidas en el Decreto Legislativo N° 701<sup>1</sup>. Dicha demanda fue admitida mediante Resolución del Cuerpo Colegiado N° 002-2003-CCO/OSIPTEL.

Por Escritura Pública de fecha 16 de enero de 2004 otorgada ante el Notario Público de Lima, doctor Manuel Noya de la Piedra, la señora Ríos -en su calidad de titular gerente- transfirió la titularidad de ALFATEL al señor Escamilo. La cláusula segunda de dicha Escritura Pública señala lo siguiente:

"SEGUNDA:

<sup>1</sup> De la revisión de los documentos que obran adjuntos al escrito de demanda, se aprecia que ALFATEL es una Empresa Individual de Responsabilidad Limitada cuya titularidad pertenecía a la señora Madeleine Ríos Vallejo al momento de la interposición de la demanda.

## RESOLUCIÓN DEL CUERPO COLEGIADO N° 008-2004-CCO/OSIPTEL

*Por el presente documento, la transferente conviene en transferir la titularidad de la Empresa de Telecomunicaciones Multimedia ALFA EIRL a favor de el adquirente, de acuerdo a lo establecido en los artículos 27°, 28° y 33° del Decreto Ley N° 21621, Ley de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada.”*

En la cláusula décima de la Escritura Pública antes mencionada se indicó que se había efectuado una cesión de derechos derivados de la presente controversia conforme a lo establecido en el artículo 1208° del Código Civil, en los siguientes términos:

“DÉCIMA.

*Se deja constancia que la empresa de Telecomunicaciones Multimedia Alfa E.I.R.L., ha efectuado cesión de derechos a doña Madeleine Ríos Vallejo, de los que tenía y derivan de la controversia que la empresa inició contra LUZ DEL SUR S.A.A. sobre negativa injustificada de contratar ante OSIPTel (EXP. 017-2003-CCO-ST/LC), conforme a lo señalado en el artículo 1208° del Código Civil, con anuencia por parte de el Adquirente.” ( El subrayado es nuestro).*

Por Escritura Pública de fecha 19 de enero de 2004 ALFATEL cedió a la señora Ríos sus derechos sobre la presente controversia, en dicha cesión intervino el señor Escamilo en su calidad de nuevo titular de ALFATEL. Dicha Escritura Pública señala lo siguiente:

“ SEGUNDO:

*Por el presente documento y al amparo de los artículos 1208° y 1209° del Código Civil, la cedente transfiere la totalidad de sus derechos y acciones sobre el proceso citado en la cláusula primera a la CESIONARIA a efectos de que sea ésta la que prosiga el proceso y, en todo caso, pueda ejecutar las acciones derivadas de dicho proceso, ulteriormente ya sea en la vía civil y penal.” ( El subrayado es nuestro).*

Mediante escrito de fecha 4 de marzo de 2004, la señora Ríos solicitó que se le considere como accionante en el presente procedimiento, en lugar de ALFATEL, sobre la base de las siguiente consideraciones:

- Una de las condiciones de la cesión de titularidad de ALFATEL fue que se reconociera la cesión de derechos litigiosos efectuada a su favor.
- De acuerdo al artículo 1208° del Código Civil pueden cederse derechos que sean materia de controversia judicial, arbitral o administrativa, por lo que al amparo de lo establecido en dicho dispositivo, solicitó ser tenida como demandante.
- Dado que existe una cesión de derechos a favor de la señora Ríos, no correspondía que el Cuerpo Colegiado haya solicitado al señor Escamilo que manifieste si continuaría con un procedimiento cuyos derechos ya había cedido legalmente.
- Los presuntos actos contrarios a la libre competencia en que habría incurrido LUZ DEL SUR le habían causado perjuicios, debido a que la demora en obtener el uso de postes impidió que pudiera seguir en la actividad.

Por escrito de fecha 5 de marzo de 2004, LUZ DEL SUR señala que:

## RESOLUCIÓN DEL CUERPO COLEGIADO N° 008-2004-CCO/OSIPTEL

- La señora Ríos no puede actuar en el procedimiento por cuenta propia e individual persiguiendo un objetivo materialmente imposible de cumplir, puesto que no cuenta con la concesión para prestar el servicio de radiodifusión por cable en el distrito de Ate-Vitarte.
- Resulta extraño que la Escritura Pública de cesión de derechos a favor de la señora Ríos se haya otorgado el 19 de enero de 2003, siendo ALFATEL representada en dicha cesión por la misma señora Ríos, pese a que a tal fecha ésta ya había transferido la titularidad de la empresa al señor Escamilo.

Mediante escrito de fecha 4 de marzo de 2004, ALFATEL representada por su nuevo titular – gerente, el señor Escamilo confirmó que había adquirido la referida empresa mediante Escritura Pública de fecha 16 de enero de 2004 y que no tenía interés alguno en seguir con el presente procedimiento administrativo, por lo cual se desistía del procedimiento así como de la pretensión, conforme a lo establecido en los artículos 189.1° y 189.2° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

### II. La titularidad de la “acción administrativa” en el procedimiento de solución de controversias que involucra la comisión de una infracción.

Tal como ha sido señalado por los Cuerpos Colegiados de OSIPTel en anterior oportunidad<sup>2</sup>, siendo el derecho administrativo sancionador una manifestación del poder punitivo del Estado, junto con el derecho penal, ambas ramas del derecho se inspiran en los mismos principios generales. Dicha semejanza alcanza también a las disposiciones procesales de ambas ramas del derecho.

El artículo 2° del Código de Procedimientos Penales establece que la acción penal puede ser pública o privada. La acción pública se ejercita por el Ministerio Público de oficio o a instancia de la parte agraviada o por acción popular. La acción privada se ejercita directamente por el ofendido:

*“Artículo 2°.- La acción penal es pública o privada. La primera se ejercita por el Ministerio Público de oficio o a instancia de parte agraviada, o por acción popular en los casos autorizados por la ley. La segunda, directamente por el ofendido, conforme al procedimiento especial de querrela, que este Código establece”.*

Como puede apreciarse de la lectura de esta norma penal, el ejercicio de la acción privada se encuentra reservado al agraviado, es decir al sujeto perjudicado con el ilícito penal<sup>3</sup>, por lo cual, resulta claro que el ejercicio de la acción penal no resulta cedible a terceros.

<sup>2</sup> Resolución N° 052-2002-CCO/OSIPTel emitida en el Expediente N° 003-2001 que puso fin a la controversia suscitada entre ATT&T Perú S.A. y Telefónica del Perú S.A.A. por supuestos incumplimientos de obligaciones de libre y leal competencia, interconexión, acceso a redes y de carácter técnico.

<sup>3</sup> Sobre el particular, la doctrina señala lo siguiente:

## RESOLUCIÓN DEL CUERPO COLEGIADO N° 008-2004-CCO/OSIPTEL

En materia penal, es el Estado – a través de la norma penal – el que define la legitimación para el ejercicio de la acción penal en función del tipo de bienes jurídicos protegidos.

Existen bienes jurídicos cuya protección se realiza en atención a la simple afectación de los mismos de manera independiente a los intereses de los sujetos perjudicados. Por ello, ante la comisión o supuesta comisión de un ilícito penal, es el Estado quien tiene la titularidad del ejercicio de la acción penal. Estos son los casos en los cuales la acción penal es pública.

Existen otros bienes jurídicos en los cuales además de la afectación al bien jurídico, se exige que sea el directamente perjudicado quien solicite un pronunciamiento de la autoridad penal. Por ello, ante la comisión o supuesta comisión de un ilícito penal, es el sujeto que ha sufrido perjuicios derivados de dicho ilícito quien solicita el inicio de un proceso penal. Estos son los casos en los cuales la acción penal es privada. En la medida que los sujetos legitimados para ejercer esta acción son los directamente perjudicados, resulta claro que no es posible que el sujeto perjudicado ceda su posición de “accionante” a un tercero y que este tercero sea reconocido por el Juez como accionante.

Distinto es el caso de los procesos civiles, en los cuales, por ejemplo, “*el adquirente por acto entre vivos de un derecho discutido, sucede en el proceso al enajenante*”<sup>4</sup>. En este caso, el nuevo adquirente es quien adquiere la legitimidad para obrar y, será ahora “sucesor” procesal de aquél que demandó originalmente.

Los procedimientos de solución de controversias que involucran la comisión de una infracción implican el ejercicio de la potestad sancionadora de la administración, por lo

---

*“ (...) debe entenderse que la apertura del proceso requiere, a título de presupuesto procesal del previo ejercicio de la acción, que fuera de los casos reservados a querrela del agraviado, está reservado al Ministerio Público. Se trata entonces, ahora y con toda claridad, de una resolución sujeta a postulación por el titular de la acción. (...)”*

Azabache, César. En: Sobre el auto de inicio de instrucción. En: Revista Peruana de Derecho Procesal. Número III. Lima, diciembre de 1998, pág. 315.

<sup>4</sup> Este es un supuesto de sucesión procesal recogido en el inciso 3) del artículo 108° del Código Procesal Civil y de acuerdo a él:

*“ (...) Producida ésta [una transferencia del bien materia de la relación sustantiva (conflicto de intereses)] resulta evidente que el transferente ha dejado de tener legitimidad para obrar en el proceso y, más bien, este elemento subjetivo transcendente de la relación procesal es mantenido ahora por el adquirente quien, en consecuencia, va a continuar con la actividad procesal al ser parte en la relación jurídica sustantiva*

Monroy Galvez, Juan. Partes, Acumulación, Litisconsorcio, Intervención de Terceros y Sucesión Procesal en el Código Procesal Civil. En La Formación del Proceso Civil Peruano. Escritos reunidos. Comunidad 2003. Lima, pág. 293.

## **RESOLUCIÓN DEL CUERPO COLEGIADO N° 008-2004-CCO/OSIPTEL**

cual a dichos procedimientos, les resultan aplicables, en cuanto sean compatibles con el régimen administrativo, los principios y reglas procesales penales.

Así, los procedimientos de solución de controversias que involucran la comisión de una infracción pueden ser iniciados de oficio o a solicitud de parte. Los procedimientos que se inician de oficio se asemejan a los casos penales en los cuales la acción penal es pública. Los procedimientos que se inician a pedido de parte, se asemejan a los casos penales en los cuales la acción penal es privada, en tanto la autoridad administrativa no emita algún pronunciamiento mediante el cual declare que el ejercicio de la acción se convierte en público, en atención a la existencia de afectaciones al interés público.

En los procedimientos de solución de controversias que involucran la comisión de una infracción y que son iniciados a pedido de parte, es el sujeto directa o potencialmente afectado con la supuesta infracción quien puede ejercer su derecho de acción y asumir la calidad de demandante en el procedimiento. A semejanza de lo que ocurre en los procesos penales en los cuales el ejercicio de la acción es privada, se encuentra legitimado para iniciar y actuar en calidad de demandante en el procedimiento administrativo, el sujeto directamente afectado, es decir, aquel en cuya esfera jurídica se han producido los perjuicios – reales o potenciales – derivados de la infracción administrativa.

Dado que el ejercicio de la “acción administrativa” recae en el sujeto supuestamente perjudicado o potencialmente perjudicado, la posición de demandante en los procedimientos de solución de controversias no resulta cedible en los mismos términos de lo que ocurre en los procedimientos civiles.

### **III. El pedido de la señora Ríos de ser considerada demandante en el presente procedimiento**

La señora Ríos ha solicitado que en virtud de la cesión de derechos elevada a Escritura Pública de fecha 19 de enero de 2004, se la tenga por demandante en el presente procedimiento administrativo, en lugar de ALFATEL.

Conforme se ha señalado en el numeral precedente, en los procedimientos de solución de controversias que involucran la comisión de una infracción, la posición de demandante no resulta cedible en la misma medida de lo que ocurre en los procesos civiles. Por tanto, sólo puede asumir la calidad de demandante el sujeto directamente afectado – ya sea real o potencialmente – con el ilícito administrativo.

ALFATEL demandó a LUZ DEL SUR por actos de abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa arbitraria de trato por la supuesta conducta de LUZ DE SUR de no responder a sus solicitudes de arrendamiento de postes, lo cual habría impedido a ALFATEL prestar adecuadamente sus servicios de radiodifusión por cable. Tal como se señaló en la Resolución del Cuerpo Colegiado N° 002-2003-CCO/OSIPTEL, dicha demanda dio origen al presente procedimiento de solución de controversias que involucra la comisión de una infracción.

## RESOLUCIÓN DEL CUERPO COLEGIADO Nº 008-2004-CCO/OSIPTEL

La relación jurídica material y procesal en el caso se encuentra establecida entre ALFATEL y LUZ DEL SUR. En efecto, ALFATEL en su calidad de empresa concesionaria del servicio de radiodifusión por cable se ha considerado afectada por la supuesta negativa arbitraria de LUZ DEL SUR a suscribir contratos de arrendamientos de postes, motivo por el cual inició el presente procedimiento.

Luego de la transferencia de titularidad de la empresa efectuada mediante Escritura Pública de fecha 16 de enero de 2004, la relación material y procesal que subyace al presente procedimiento se mantiene entre ALFATEL- en tanto demandante en su condición de empresa supuestamente afectada - y LUZ DEL SUR – en tanto empresa demandada-. Es decir, el conflicto de intereses materia del procedimiento sigue estando entre ALFATEL –agraviado - y LUZ DEL SUR – infractor-.

Teniendo en consideración que la posición de demandante no es cedible a terceros en los procedimientos de solución de controversias que involucran la comisión de una infracción, resulta claro que este Cuerpo Colegiado no puede declarar que la señora Ríos ha asumido la calidad de demandante en virtud de la cesión de derechos sobre esta controversia elevada a Escritura Pública de fecha 16 de enero de 2004.

En consecuencia, debe denegarse el pedido de la señora Ríos de ser considerada demandante en el presente procedimiento, en lugar de ALFATEL.

Respecto de la existencia de supuestas irregularidades en la cesión de derechos que ha apuntado LUZ DEL SUR, debe señalarse que el Cuerpo Colegiado carece de competencia para pronunciarse respecto de la validez del acuerdo privado sobre cesión de tales derechos.

Sin perjuicio de lo antes señalado, el Cuerpo Colegiado considera conveniente señalar que incluso en el supuesto de considerar que resultan aplicables al caso las normas sobre sucesión procesal contenidas en el Código Procesal Civil, tampoco correspondería acceder al pedido formulado por la señora Ríos.

En efecto, el Código Procesal Civil establece que es el cambio en la titularidad de la relación jurídica sustancial lo que determinará la existencia de cambios en la relación jurídica procesal, es decir, en los sujetos que son considerados partes en el procedimiento. Cuando se dan situaciones de sucesión procesal, la sucesora procesal activa o pasiva, es quien adquiere la legitimidad para obrar<sup>5</sup> dentro del procedimiento, puesto que se constituye en parte material y parte procesal.

---

<sup>5</sup> La legitimidad para obrar es la adecuación correcta de los sujetos que participan en la relación jurídica sustantiva, a los que van a participar en la relación jurídica procesal:

*“ (...) Es empezar un proceso o seguirlo haciendo participar como parte demandante a la persona o todas las personas que deben tener tal calidad y como parte demandada a la o las personas que les corresponde tal calidad .(...)”*



## RESOLUCIÓN DEL CUERPO COLEGIADO N° 008-2004-CCO/OSIPTEL

La legislación procesal no contempla como supuestos de sucesión procesal, situaciones en la cuales únicamente se ha transferido la titularidad de la relación procesal, es decir, **cuando sólo se ha transferido el simple derecho a accionar sin contenido**. Ello en la medida de que el derecho de acción es subjetivo y abstracto por lo que carece de contenido material y es sólo una petición de tutela judicial o administrativa que puede formular todo sujeto de derecho.

La transferencia del simple derecho a exigir tutela judicial o administrativa, sin contenido material, es decir sin un conflicto de intereses subyacente, no resultaría condición suficiente para que la Autoridad continuase con la tramitación del procedimiento, considerando como parte a dicho "nuevo adquirente del derecho de acción".

La cesión de derechos que se habría realizado a favor de la señora Ríos, involucra únicamente la cesión de un "derecho a accionar" sin contenido material, situación que no es suficiente para que la señora Ríos tenga legitimidad activa en el procedimiento y, por tanto, para que sea considerada sucesora procesal de ALFATEL, en calidad de demandante.

Por lo tanto, este Cuerpo Colegiado considera que ALFATEL conserva su calidad de demandante en el presente procedimiento administrativo.

### IV. El desistimiento formulado por ALFATEL

Mediante escrito de fecha 4 de marzo de 2004, ALFATEL representada por su nuevo titular – gerente, el señor Escamilo solicitó al Cuerpo Colegiado que se acepte su desistimiento del procedimiento así como de la pretensión incoada por dicha empresa en el procedimiento tramitado bajo el Expediente N° 017-2003-CCO-ST/LC; y, que, en consecuencia, se declare oficialmente la conclusión del procedimiento administrativo.

El artículo 19° del Reglamento General de Controversias entre Empresas aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 010-2002-CCO/OSIPTEL, señala que el desistimiento se rige por lo dispuesto en el artículo 189° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

El artículo 189.5° de la Ley del Procedimiento Administrativo General establece que el desistimiento se podrá realizar en cualquier momento antes de que se notifique la resolución final de la instancia.



## **RESOLUCIÓN DEL CUERPO COLEGIADO N° 008-2004-CCO/OSIPTEL**

De acuerdo con lo anterior, en tanto no existe un pronunciamiento de la primera instancia en relación con el presente procedimiento, la presentación del desistimiento cumple con el requisito de oportunidad establecido en el artículo previamente citado.

Asimismo, el artículo 189.4° de la Ley del Procedimiento Administrativo señala que en el escrito en el que se plantea el desistimiento deberá precisarse su contenido y alcance.

Al respecto, ALFATEL ha cumplido con precisar que se trata de un desistimiento de las pretensiones planteadas en el presente procedimiento.

Habiéndose cumplido con los requisitos formales del desistimiento y considerando que el mismo no afecta el interés de terceros, el Cuerpo Colegiado considera que corresponde aceptar el desistimiento planteado por ALFATEL respecto de la pretensión formulada en el presente procedimiento, y darlo por concluido, conforme a lo establecido en el artículo 189.6° de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

Asimismo corresponde señalar que de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 189.2° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, el desistimiento de la pretensión impide promover otro procedimiento por el mismo objeto y causa.

### **RESUELVE:**

**Artículo Primero.-** Denegar el pedido formulado por la señora Madeleine Ríos Vallejo para que se la declare demandante en el presente procedimiento en lugar de Empresa de Telecomunicaciones Multimedia Alfa E.I.R.L., por los fundamentos expuestos en la sección Considerando de la presente Resolución.

**Artículo Segundo.-** Aceptar el desistimiento de Empresa de Telecomunicaciones Multimedia Alfa E.I.R.L. respecto de la pretensión planteada en el procedimiento administrativo tramitado bajo el Expediente N° 015-2003-CCO-ST/IX-CD-LC y declararlo concluido, por los fundamentos expuestos en la sección Considerando de la presente Resolución.

### **COMUNÍQUESE Y ARCHÍVESE.-**

Con la firma de los señores miembros del Cuerpo Colegiado Hugo Eyzaguirre del Sante y José Gallardo Ku.