

## RESOLUCIÓN DEL CUERPO COLEGIADO Nº 001-2008-CCO/OSIPTEL

Lima, 10 de noviembre de 2008

EXPEDIENTE	002-2008-CCO-ST/CD
MATERIA	LIBRE COMPETENCIA
ADMINISTRADOS	CATV. FULL IMAGEN S.A.C EMPRESA DE DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA CAÑETE S.A. - EDECAÑETE

***SUMILLA: Se declara IMPROCEDENTE la demanda presentada por CATV. Full Imagen S.A.C contra Empresa de Distribución Eléctrica Cañete S.A. - EDECAÑETE por presuntas conductas contrarias a la normativa de libre competencia y de uso compartido de infraestructura en el mercado de distribución de radiodifusión por cable.***

El Cuerpo Colegiado a cargo de la controversia entre CATV. Full Imagen S.A.C. (en adelante, CATV) y Empresa de Distribución Eléctrica Cañete S.A. - EDECAÑETE (en adelante, EDECAÑETE) por presuntas conductas contrarias a normativa de libre competencia y de uso compartido de infraestructura en el mercado de distribución de radiodifusión por cable.

### VISTO:

El escrito de denuncia presentado por CATV con fecha 29 de octubre de 2008.

### CONSIDERANDO:

#### **I. ANTECEDENTES**

1. CATV, mediante Resolución Ministerial Nº 491-2008-MTC/03 de fecha 25 de junio de 2008, obtuvo la concesión única para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones en todo el territorio peruano, estableciéndose como primer servicio a prestar el servicio público de distribución de radiodifusión por cable (en adelante, televisión por cable) en la modalidad de cable alámbrico u óptico.
2. Mediante Resolución Directoral Nº 337-2008-MTC/27 de fecha 23 de julio de 2008, se inscribió a CATV en el Registro de Servicios Públicos de Telecomunicaciones y se le estableció como Plan de Cobertura la prestación del servicio de televisión por cable en la población de Quilmaná, provincia de Cañete, Departamento de Lima.
3. Mediante carta de fecha 28 de mayo de 2008, CATV solicitó a EDECAÑETE el alquiler de 100 postes de alumbrado público en el Distrito de Quilmaná, de forma inicial, para la instalación del servicio de televisión por cable en la modalidad de cable alámbrico en dicha zona.

4. Mediante carta de fecha 12 de junio de 2008, en cumplimiento de un requerimiento efectuado por EDECAÑETE, CATV adjuntó la cotización de una porta escaleras telescópica y de una escalera, para el uso del servicio de alquiler solicitado; así como fotografías de dichos objetos.
5. Mediante carta de fecha 16 de setiembre de 2008, CATV - haciendo referencia al contrato provisional de alquiler de postes proporcionado por EDECAÑETE- solicitó (i) se fije la suma de USD 1.00 dólar americano mensual por concepto de arrendamiento por cada poste (el proyecto de contrato establecía el monto de USD 1.50 dólares americanos) y (ii) se fije la suma de USD 1,000.00 dólares americanos por concepto de seguro (el proyecto de contrato establecía el monto de USD 100,000.00 dólares americanos).
6. Mediante comunicación de fecha 6 de octubre de 2008, EDECAÑETE indicó a CATV que las reducciones solicitadas respecto al costo de arrendamiento de postes, así como a la carta fianza y la póliza de seguros no habían sido aceptadas; dado que los montos establecidos en el proyecto del contrato entregado a CATV obedecían a temas vinculados a la seguridad de sus instalaciones que son utilizadas para el suministro de energía eléctrica en el Distrito de Quilmaná.

## **II. LA DENUNCIA PRESENTADA POR CATV**

Con ocasión de los hechos descritos en la sección antecedentes, mediante escrito del 29 de octubre de 2008, CATV denuncia a EDECAÑETE formulando las siguientes pretensiones:

- (i) Ordenar el cese de los actos contrarios a la libre competencia referidos a:
  - a. *Abuso de posición de dominio.* Consistente en que EDECAÑETE, al ser la única empresa que se encuentra en condiciones de prestar el servicio de soporte de cables de red, estaría restringiendo el inicio de las operaciones de CATV, que según lo establecido en su contrato de concesión, debía llevarse a cabo dentro del plazo de 12 meses de firmado dicho contrato.
  - b. *Negativas arbitrarias de trato.* Consistente en la negativa de EDECAÑETE de aceptar la reducción del precio del alquiler de los postes propuesta por CATV.
  - c. *Imposición de tarifas excesivas.* Consistente en que EDECAÑETE, propuso a CATV que el costo de alquiler mensual de cada poste sea de USD 1.50 dólar americano mensual (incluido I.G.V.), cuando dicho costo es de solo USD 0.33 centavos de dólar.
  - d. *Cláusulas abusivas.* Consistentes en la imposición de exigencias injustificadas en el contrato de arrendamiento de postes propuesto por EDECAÑETE: una carta fianza por un importe de USD 16,000.00 dólares americanos y una póliza de seguros por la suma asegurada mínima de USD 100,000.00 dólares americanos.
- (ii) Ordenar el acceso y uso compartido de la infraestructura de uso público consistente en 300 postes de alumbrado y de tendido de redes eléctricas, requeridos para prestar el servicio de televisión por cable. Ello, como

consecuencia de la comisión de los actos contrarios a la libre competencia por parte de EDECAÑETE.

### **III. LA PROCEDENCIA DE LOS ACTOS DENUNCIADOS**

Tal como se ha descrito en el acápite precedente, de los hechos denunciados por CATV se desprende que esta empresa estaría solicitando simultáneamente que se considere que EDECAÑETE ha incurrido en infracción a las normas de libre competencia y a las normas sobre uso compartido de infraestructura.

Al respecto, este Cuerpo Colegiado considera necesario precisar que de acuerdo con la normativa vigente, no resulta posible iniciar simultáneamente un procedimiento por infracciones a las normas de libre competencia y solicitar la aplicación de la Ley de Uso Compartido de Infraestructura, en la medida que se trata de vías excluyentes.

A continuación se procede a realizar el análisis correspondiente a fin de determinar la procedencia de las pretensiones formuladas por CATV en virtud de las normas indicadas.

Cabe indicar que dicho análisis abordará, en primer lugar, la aplicación de las normas de compartición de infraestructura y, en segundo lugar, la aplicación de las normas sobre libre competencia a fin de facilitar la evaluación de las pretensiones formuladas por la denunciante, pese a que las mismas han sido presentadas en orden inverso.

#### **3.1. Ámbito de aplicación de las normas sobre uso compartido de infraestructura (Ley N° 28295 y su Reglamento): la vía regulatoria.**

La Ley N° 28295, Ley que regula el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, tiene por finalidad la utilización eficiente de la infraestructura pública y la promoción del crecimiento ordenado de la misma, así como la promoción de una mayor competencia en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones beneficiando a los consumidores, operadores interesados en el acceso y a los titulares de la infraestructura de uso público<sup>1</sup>.

El primer supuesto para determinar la aplicación de la Ley N° 28295 se encuentra referido a la verificación de los sujetos regulados por esta norma (ámbito de aplicación subjetiva). Así, debe precisarse que tales sujetos son, de un lado, el solicitante o beneficiario de la infraestructura (la empresa de telecomunicaciones) y, de otro, el titular de dicha infraestructura (la empresa eléctrica o la empresa de telecomunicaciones)<sup>2</sup>.

Ahora bien, en lo referido a los supuestos en los cuales la Ley N° 28295 es aplicable (ámbito de aplicación objetiva), la propia norma establece que sólo procederá el uso compartido de la infraestructura (postes, ductos, torres, etc.) necesaria para brindar servicios públicos de telecomunicaciones, en aquellos casos en que las mismas se encuentren ubicadas en zonas donde existan restricciones administrativas que impidan a los operadores de dichos servicios

---

<sup>1</sup> Artículo 3° de la Ley N° 28295.

<sup>2</sup> Ello, en concordancia con lo previsto por el artículo 4° de la Ley N° 28295.

instalar su propia infraestructura (restricciones en materia de medio ambiente, salud pública, seguridad y ordenamiento territorial)<sup>3</sup>.

De existir tales restricciones, de acuerdo con el procedimiento previsto por la norma, el interesado en compartir la infraestructura debe presentar al titular de la misma una solicitud conforme a los requisitos establecidos en el artículo 19° del Reglamento de la Ley N° 28295 (Decreto Supremo N° 009-2005-MTC), luego de lo cual deberá iniciarse un periodo de negociación entre las partes. Si vencido el plazo de la negociación las partes llegan a un acuerdo respecto del uso compartido de infraestructura, cualquiera de ellas podrá solicitar al OSIPTEL la emisión de un mandato en el que se establezcan las condiciones del uso compartido, conforme al procedimiento previsto por los artículos 26° y siguientes del Reglamento de la Ley N° 28295.

Sobre el particular cabe señalar que los procedimientos de negociación supervisada para el uso compartido de infraestructura siguen un trámite semejante al de los procedimientos de interconexión que se inician ante el OSIPTEL.

Cabe indicar que en los supuestos en que corresponde aplicar la Ley de Uso Compartido de Infraestructura no procede la aplicación de las normas de libre competencia (Decreto Legislativo N° 1034), ello, en virtud de lo dispuesto por el principio de supletoriedad recogido en el Reglamento General del OSIPTEL (Decreto Supremo N° 008-2001-PCM) y en los Lineamientos para la aplicación de las normas de libre competencia en el ámbito de las telecomunicaciones (Resolución de Consejo Directivo N° 003-2000-CD/OSIPTEL). Conforme al principio de supletoriedad, la aplicación de las normas generales de libre competencia por parte del OSIPTEL sólo procederá cuando una determinada práctica o conducta no está tipificada o cubierta de manera expresa por la normatividad específica del sector, y genere sin embargo efectos anticompetitivos.

En tal sentido, si se presentan los supuestos de aplicación de la Ley N° 28295, debe entenderse que la supuesta negativa de parte del titular de la infraestructura (en este caso, EDECAÑETE) estaría cubierta por la normatividad específica del sector telecomunicaciones y no por la de libre competencia.

### **3.1.1. Competencia del Cuerpo Colegiado para conocer los casos derivados de la aplicación de la Ley N° 28295**

En concordancia con lo establecido por el inciso f) del artículo 53° del Reglamento General del OSIPTEL (D.S. N° 008-2001-PCM)<sup>4</sup> y el artículo 41° del Reglamento de la Ley N° 28295<sup>5</sup>, los Cuerpos Colegiados del OSIPTEL

<sup>3</sup> Artículo 5° de la Ley N° 28295.

<sup>4</sup> **REGlamento GENERAL DEL OSIPTEL. Artículo 53°.- Controversias entre empresas.**

OSIPTEL es competente para conocer en la vía administrativa las siguientes controversias entre empresas:

(...)

f) Las relacionadas con el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.

<sup>5</sup> **REGlamento DE LA LEY N° 28295. Artículo 41°.-**

Las controversias que surjan de la aplicación de la Ley, el presente Reglamento y las normas que dicte OSIPTEL entre empresas titulares de la infraestructura de uso público y los beneficiarios de la misma será resuelta conforme al Reglamento General del OSIPTEL para la solución de controversias.

sólo serán competentes para conocer en la vía administrativa las controversias derivadas de los Contratos o Mandatos de Compartición de Infraestructura.

Es decir, los Cuerpos Colegiados del OSIPTEL sólo podrán intervenir cuando se ha establecido previamente una relación de compartición entre el titular de la infraestructura y el beneficiario de la misma, ya sea vía contrato o mandato.

Esta misma lógica es aplicada a los casos sobre discrepancias derivadas de la relación de interconexión entre las empresas operadoras, en los cuales los Cuerpos Colegiados son competentes para conocer los procedimientos de solución de controversias cuando preexista un contrato o mandato de interconexión.

Del escrito de denuncia presentado por CATV se colige claramente que no existe una relación de compartición de infraestructura entre EDECAÑETE (titular de los postes) y CATV (beneficiaria) bajo el procedimiento y supuestos previstos por la Ley N° 28295 conforme a lo descrito en el acápite 3.1.; ello, en la medida que no se ha suscrito el contrato o emitido el mandato correspondiente.

En efecto, de la revisión de las pruebas adjuntas al escrito de denuncia sólo se evidencia la existencia de tratativas entre ambas partes -materializada en cartas cursadas entre ellas-, que no han concluido en un acuerdo definitivo respecto de la provisión de la infraestructura de postes en los términos establecidos en la Ley N° 28295.

En consecuencia, este Cuerpo Colegiado no puede avocarse al conocimiento de los hechos materia de la presente denuncia en la medida que no existe una relación de compartición de infraestructura previa en los términos descritos. En tal sentido, corresponde declarar la improcedencia de la denuncia en este extremo, conforme a lo expuesto precedentemente.

### **3.2.    Ámbito de aplicación de las normas sobre libre competencia (Decreto Legislativo N° 1034): la vía de competencia.**

Como se ha mencionado, no resulta posible iniciar simultáneamente un procedimiento por infracciones a las normas de libre competencia y solicitar la aplicación de la Ley de Uso Compartido de Infraestructura, en la medida que se trata de vías excluyentes.

Sin embargo, en aquellos casos en los que no se configuran los supuestos previstos por las normas de compartición de infraestructura, existe la posibilidad de que los hechos denunciados sean canalizados a la luz de las normas de libre competencia -y evaluados por las instancias de controversias- como posibles actos de abuso de posición de dominio. En este último caso, la aplicación de tales normas se realizará sólo si se cumplen los supuestos específicos previstos en el Decreto Legislativo N° 1034 – Ley de Represión de las conductas anticompetitivas.

---

Cabe indicar que dicho Reglamento en su artículo 3° define al beneficiario de infraestructura de uso público como: "Concesionario de servicios públicos de telecomunicaciones que al amparo de un contrato de compartición o de un mandato de compartición, celebrado o emitido, respectivamente, en el marco de la Ley y el Reglamento, tiene derecho de acceso y uso compartido de la infraestructura de uso público".

Las conductas denunciadas por CATV, descritas en el punto (i) del acápite II de la presente resolución, se encuentran referidas al supuesto abuso de posición de dominio ejercido por EDECAÑETE al negarse injustificadamente a arrendar su infraestructura de postes a CATV, de lo cual se derivarían la presunta imposición de tarifas excesivas y de cláusulas abusivas en el contrato de arrendamiento propuesto por EDECAÑETE.

Sobre el particular, el artículo 10º del Decreto Legislativo N° 1034, establece que para que se configure un acto de abuso de posición de dominio - como sería el caso de las negativas injustificadas a contratar-, debe existir una relación de competencia directa o indirecta entre la empresa afectada y la infractora:

*“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”<sup>6</sup>*

De acuerdo con lo anterior, las negativas injustificadas no se configurarían cuando la empresa que niega la venta no compite directa o indirectamente –a través de una firma vinculada- con el agente afectado por la negativa. Por tanto, al no existir dicha relación de competencia entre ambos, tampoco podrá existir una evidencia cierta de que quien incurre en la negativa pretenda crear o mantener un monopolio en el mercado en que actúa el afectado<sup>7</sup>.

En el presente caso, resulta evidente que CATV -al ser una empresa prestadora del servicio de televisión por cable- y EDECAÑETE -al ser una empresa de prestación del servicio público de distribución eléctrica- no compiten en el mismo mercado, razón por cual la normativa vigente de libre competencia no sería aplicable al caso.

En tal sentido, la demanda interpuesta por CATV en este extremo también resulta improcedente.

Finalmente, debe indicarse que en el supuesto que se hubiera acreditado que la normativa de libre competencia resultaba aplicable a la controversia entre CATV y EDECAÑETE por existir relación de competencia entre ambas, las conductas referidas a los presuntos “precios excesivos” fijados por la denunciada no podrían ser materia de pronunciamiento por parte de este Cuerpo Colegiado toda vez dichos actos no se encuentran tipificados en el Decreto Legislativo N° 1034.

Por lo expuesto, este Cuerpo Colegiado no puede avocarse al conocimiento de la denuncia formulada por CATV por supuestas infracciones a las normas de libre competencia y de compartición de infraestructura en tanto las mismas no resultan aplicables a los hechos denunciados, por lo que corresponde declarar improcedente en todos sus extremos la demanda presentada.

<sup>6</sup> De acuerdo con ello, la negativa injustificada de trato, en tanto acto de abuso de posición de dominio, sólo se encontrará prohibida si ocasiona un perjuicio al competidor y a la vez un beneficio al infractor. Esto sólo podría ocurrir si el infractor compite con el afectado o si la negativa es un mecanismo de sanción para que el cliente no contrate también con el competidor del infractor.

<sup>7</sup> Resolución N° 014-2003-TSC/OSIPTEL emitida el 11 de junio de 2003 por el Tribunal de Solución de Controversias en el Expediente N° 006-2000 seguido entre V.O. Cable S.A. contra Luz del Sur S.A.A. (numeral 59)

**RESUELVE:**

**Artículo Primero.-** Declarar **IMPROCEDENTE** en todos sus extremos la demanda interpuesta por CATV. Full Imagen S.A.C contra Empresa de Distribución Eléctrica Cañete S.A. - EDECAÑETE por presuntas conductas contrarias a la libre competencia en el mercado de distribución de radiodifusión por cable, de acuerdo a los argumentos expuestos en la sección Considerando de la presente resolución.

**COMUNÍQUESE Y ARCHÍVESE.**

Con la firma de los señores miembros del Cuerpo Colegiado: Richard Martin Tirado, Shoschana Zusman Tinman y José Rodríguez González.