

**Expediente 001-2000**  
**Cuaderno de Excepciones 1**

**RESOLUCIÓN N° 002-CE1-CCO-2000**

Lima, 31 de marzo de 2000.

El Cuerpo Colegiado Ordinario a cargo de la controversia entre Empresa Interamericana de Radiodifusión S.A., titular del Canal 33, (en adelante CANAL 33) y Telefónica Multimedia S.A.C. (en adelante TELEFÓNICA MULTIMEDIA), por supuesto abuso de posición de dominio y vulneración del derecho a la libertad de expresión.

**VISTOS:**

La demanda interpuesta ante OSIPTEL, con fecha 25 de febrero de 2000, por CANAL 33 contra CABLE MÁGICO S.A., por supuesto abuso de posición de dominio y vulneración del derecho a la libertad de expresión, al haber suspendido esta última la transmisión de la señal televisiva de la primera, a partir del 28 de noviembre de 1999.

El escrito presentado por CANAL 33 con fecha 7 de marzo de 2000, mediante el cual se corrige el error material incurrido en el escrito a que se refiere el párrafo precedente, al haber denominado a la demandada por su nombre comercial (CABLE MÁGICO), y no por su denominación social (TELEFÓNICA MULTIMEDIA S.A.C.).

El escrito presentado por TELEFÓNICA MULTIMEDIA con fecha 15 de marzo de 2000, mediante el cual proponen excepción de incompetencia.

La Resolución 001-CE1-CCO-2000, mediante la cual se corrió traslado de la excepción a CANAL 33, a fin de que la absuelva en el plazo de tres (3) días hábiles de notificada, de acuerdo con lo establecido en el artículo 28° del Reglamento General de OSIPTEL para la Solución de Controversias en la Vía Administrativa, aprobado por Resolución 27-99-CD/OSIPTEL (en adelante, el Reglamento de Solución de Controversias).

El escrito presentado por CANAL 33 con fecha 28 de marzo de 2000, mediante el cual absuelven la excepción de incompetencia mencionada.

## CONSIDERANDO:

### I. Antecedentes:

CANAL 33 ha demandado a TELEFÓNICA MULTIMEDIA por la suspensión " *inconsulta y abrupta*" de su señal televisiva, la cual se venía transmitiendo, por el Canal 33 de su sistema, desde marzo de 1993.

De conformidad con la demanda de CANAL 33, su pretensión es que TELEFÓNICA MULTIMEDIA " *reestablezca en su servicio de televisión por cable, en el CANAL 33 de su sistema, nuestra señal televisiva; en cumplimiento del mandato constitucional que prohíbe el abuso del derecho y, por ende, el uso abusivo de la posición de dominio en el mercado, así como la vulneración del derecho a la libertad de expresión.*"

Tal como se señala expresamente en la demanda, CANAL 33, presta un servicio de radiodifusión privado de interés público.

CANAL 33 fundamenta su pretensión, entre otros argumentos, en que (i) el servicio de televisión por cable es un servicio público, y por consiguiente debe prestarse con sujeción al principio de equidad en el servicio; (ii) se les ha causado un grave perjuicio económico y daño moral, al devaluarse su Canal de un día a otro, como consecuencia de pasar a ser el único canal de señal abierta que no sale al aire vía Cable Mágico; (iii) que se ha cometido un flagrante atentado contra la libertad de expresión, al cerrarle la salida al aire por dicho circuito al único programa político que existía entonces en la televisión de señal abierta, " El Teléfono Rojo" ; (iv) que al discriminar injustificadamente al CANAL 33, TELEFÓNICA MULTIMEDIA, está incumpliendo en perjuicio de dicho canal, y de sus televidentes las obligaciones propias de un servicio público.

CANAL 33 considera que OSIPTEL es competente para conocer la presente controversia por cuanto " (...) *la calidad de servicio público que la ley le otorga al servicio de televisión por cable, exige que el órgano nacional competente controle la prestación del mismo; lo cual comprende la intervención de éste en las controversias que se susciten tanto con los usuarios como con los proveedores de insumos, por cuyos intereses debe velar.*"

Con fecha 15 de marzo, TELEFÓNICA MULTIMEDIA interpuso una excepción de incompetencia, en base a los siguientes fundamentos: (i) OSIPTEL no es competente para conocer una demanda presentada por una empresa que no presta servicios públicos de telecomunicaciones; (ii) que los servicios que presta el CANAL 33 son privados de interés público y no públicos; (iii) que no cabe extender el ámbito de aplicación de OSIPTEL mediante la interpretación o integración de las normas citadas en el escrito de excepción; (iv) que, OSIPTEL no es competente para conocer una demanda por la supuesta infracción del derecho de libertad de expresión.

Canal 33 absolvió el traslado de la excepción con fecha 28 de marzo, solicitando se declare infundada en base a lo siguiente: (i) de acuerdo con el artículo 77º, inciso 4 de la Ley de Telecomunicaciones, es función fundamental de OSIPTEL resolver en la vía administrativa que se susciten entre los prestadores de servicios de telecomunicaciones de difusión; (ii) de acuerdo con el artículo 51º de la Constitución Política del Estado establece el principio de jerarquías de normas, en virtud al cual el artículo de la Ley antes mencionado debe primar sobre el Reglamento de Solución de Controversias; (iii) que en la controversia iniciada por Alliance S.A. (Uranio 15) contra Tele Cable (Expediente N° 35-95-TC), OSIPTEL se declaró competente, lo cual debe constituir precedente de observancia obligatoria.

En el presente estado del proceso, corresponde al Cuerpo Colegiado resolver la menciona excepción, determinando si OSIPTEL es competente o no para conocer la presente controversia.

## II. **Ámbito de Competencia de OSIPTEL**

### 1. **Base Legal:**

A fin de determinar la competencia de un órgano de la administración, debe tenerse presente los **criterios para la determinación de competencia**, los cuales, a decir de OVALLE<sup>(1)</sup>, son: "**la materia, la cuantía, el grado y el territorio**".

En el presente caso, los alcances de la competencia de OSIPTEL en razón del grado, cuantía y territorio es clara, por lo que corresponde analizar el tema de la competencia material.<sup>(2)</sup>

En tal sentido, a fin de determinar si OSIPTEL es competente para conocer la controversia suscitada entre CANAL 33 y TELEFÓNIA MULTIMEDIA, corresponde determinar si la competencia asignada por mandato legal, determinada en función a los criterios antes mencionados, abarca a la mencionada causa.

Para tal efecto, corresponde detallar a continuación las normas que constituyen fundamento de su competencia.

El Art. 2 de la Ley de Telecomunicaciones, dispone como **de interés nacional la modernización y el desarrollo de las telecomunicaciones, dentro del marco de libre competencia**. Por ello, y ante la apertura del sistema de telecomunicaciones a un nuevo régimen económico donde se busca incentivar la intervención de los particulares es que se crea un nuevo órgano de la Administración Pública

---

<sup>(1)</sup>OVALLE FAVELA, José: Teoría General del Proceso; 4ª Ed. Oxford University Press Harla México, México DF, 1998; p. 133 y ss.

<sup>(2)</sup> De acuerdo con la Teoría General del Proceso "Este criterio [la competencia material] se basa en el contenido de las normas sustantivas que regulan el litigio o conflicto sometido al proceso. (...)" <sup>(2)</sup>.

encargado de **supervisar que se cumplan fielmente todas y cada una de las normas legales en materia de telecomunicaciones.**

En concordancia con la norma legal antes mencionada, el Art. 6 de la mencionada Ley señala que " El Estado fomenta la libre competencia en la prestación de los servicios de telecomunicaciones, regula el mercado de forma que se asegure su normal desenvolvimiento, **se controle los efectos de situaciones de monopolio, se evite prácticas y acuerdos restrictivos derivados de la posición de dominante de una empresa o empresas en el mercado.**" (El resaltado es nuestro).

El artículo 69° de la Ley de Telecomunicaciones, por su parte, establece que " Se encuentran prohibidas las prácticas empresariales restrictivas de la leal competencia, entendiéndose por tales los acuerdos, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia. **Estas prácticas dan lugar a la adopción de medidas correctivas por parte de OSIPTEL, de cumplimiento obligatorio por las empresas infractoras.**" (El resaltado es nuestro).

El artículo 76° de la Ley de Telecomunicaciones establece que OSIPTEL " (...) **se encargará de regular el comportamiento de las empresas operadoras** así como las relaciones de dichas empresas entre sí, **de garantizar la calidad y eficiencias del servicio brindado al usuario** y de regular el equilibrio de las tarifas." (El resaltado es nuestro).

El artículo 77° de dicha Ley establece como funciones de OSIPTEL el " 1. Mantener y promover una competencia efectiva y justa entre los prestadores de servicios portadores, finales, de difusión y de valor añadido.(...) 4. Resolver controversias por la vía administrativa entre prestadores de servicios portadores, finales, de difusión y de valor añadido. (...) 9. Adoptar las medidas correctivas sobre las materias que son de su competencia o que le han sido delegadas. (...) "

La Ley de Desmonopolización Progresiva en su artículo 5° precisa que " la supervisión del adecuado cumplimiento de los servicios públicos ofrecidos por las empresas, estará a cargo del organismo supervisor de la inversión privada en telecomunicaciones - OSIPTEL" .

El artículo 6° de dicha Ley establece que: " El OSIPTEL es un organismo público interno, encargado de velar y promover la competencia, presta servicios de supervisión. (...)"

Por su parte el artículo 7° de la mencionada Ley establece que, entre los objetivos de OSIPTEL se encuentran " a. Propiciar el crecimiento de la inversión privada en el servicio público de telecomunicaciones. b. Mantener y promover la competencia eficaz y equitativa. c. Promover la calidad y eficiencia de los servicios públicos brindados al usuario."

De otro lado, la Tercera Disposición Final Y Transitoria de dicha Ley, establece que " a partir de la promulgación de la presente ley, el OSIPTEL será competente exclusivamente para los servicios públicos de telecomunicaciones. (...)"

El artículo 6° del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por D.S. 6-94-TCC (en adelante, el Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones), establece que:

" Los servicios de telecomunicaciones se prestan en un régimen de libre competencia. A tal efecto están prohibidas las prácticas empresariales restrictivas de la leal competencia, entendiéndose por tales, entre otros, los acuerdos, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia.

Los titulares de concesiones y autorizaciones, en ningún caso podrán aplicar prácticas monopólicas restrictivas de la libre competencia, que impidan una competencia sobre bases equitativas con otros titulares de concesiones y autorizaciones de servicios de telecomunicaciones."

El artículo 228° del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, establece que " Los servicios de telecomunicaciones se prestan en un régimen de libre competencia. Corresponde al OSIPTEL, supervisar el mercado de los servicios de telecomunicaciones y adoptar las medidas correctivas, que serán de cumplimiento obligatorio." (El resaltado y subrayado es nuestro).

En concordancia con lo establecido en las Leyes antes citadas, el artículo 4° del Reglamento General de OSIPTEL, aprobado mediante el Decreto Supremo 62-94-PCM, establece que:

" OSIPTEL tiene como finalidad lograr el acceso, de un mayor número de personas a los servicios públicos de telecomunicaciones, con niveles de calidad y eficiencia, dentro de un esquema de libre y leal competencia entre empresas operadoras.

Corresponde a OSIPTEL, dentro del marco de la Ley de Telecomunicaciones y de la Ley 26285, proteger el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones de las prácticas restrictivas de la libre y leal competencia, así como a los usuarios y empresas que presten dichos servicios de cualesquiera otras prácticas que los afecten." (El resaltado y subrayado es nuestro).

Por su parte el artículo 5° del mencionado Reglamento, fija entre los principales objetivos de OSIPTEL el " a) Promover el desarrollo, modernización y mejora de la calidad y eficiencia de los servicios públicos de telecomunicaciones mediante el crecimiento de la inversión privada en telecomunicaciones. b) Fomentar y preservar una libre, leal y efectiva competencia entre empresas prestadoras de servicios públicos de telecomunicaciones, así como del cumplimiento de

*los principios de no discriminación, equidad y neutralidad de tratamiento en la prestación de los servicios. (...)”*

*El artículo 6° de dicho Reglamento por su parte establece que corresponde a OSIPTEL “ñ) Aplicar a las empresas concesionarias y a los operadores independientes de servicios públicos de telecomunicaciones, así como a los usuarios de dichos servicios, en su caso, las sanciones previstas en la legislación vigente por infracción a las normas legales o contractuales en los ámbitos de competencia de OSIPTEL, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 20° del presente Reglamento.”*

*El artículo 18° del Reglamento mencionado, establece que “ La potestad correctiva comprende la atribución de OSIPTEL de disponer la aplicación de medidas cautelares y/o correctivas que permitan asegurar el cumplimiento de futuras Resoluciones de OSIPTEL o corregir una conducta que no se ajuste a la normatividad, finalidad, objetivos o principios que rigen la prestación y uso de los servicios públicos de telecomunicaciones.”*

*Finalmente, el numeral 110 de los Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de las Telecomunicaciones en el Perú, aprobados por D.S. 20-98-MTC, (en adelante Lineamientos de Apertura), relativo a la Política sobre Libre y Leal Competencia en Telecomunicaciones, establece que “ El OSIPTEL esta a cargo de implementar el cumplimiento de las normas y en capacidad de tipificar y precisar los criterios de interpretación que se usarán para sancionar conductas ilegales.”*

## **2. Análisis de las normas antes citadas:**

Ante el cambio del sistema económico y jurídico en el rubro de las telecomunicaciones, y habiéndose determinado que el desarrollo de dicha actividad económica dentro de un marco de libre competencia es de interés nacional, era necesario dotar al sistema con una entidad pública que tuviese como objetivo el garantizar el desarrollo de dicha actividad dentro del nuevo marco normativo. Debido a ello se creó el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL).

Si bien ya existía el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) que tenía entre sus funciones el velar por la libre y leal competencia en el mercado en general, sancionar el abuso de la posición de dominio y velar y proteger a los consumidores, se consideró necesario que fuera OSIPTEL, específicamente, quien desempeñara éstas funciones respecto del mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones.

La asignación de dichas funciones a OSIPTEL se justifica en la trascendencia, especificidad y complejidad de la actividad económica relacionada con las telecomunicaciones. Estos factores hacen que sea más eficiente para el sistema que sea el organismo especializado en telecomunicaciones quien se encargue de regular, supervisar y hacer cumplir las normas

legales en esta materia, incluyendo el velar por el correcto desenvolvimiento empresarial, con el fin de asegurar que ninguna empresa de telecomunicaciones pueda verse afectada por la conducta de otra (sea de telecomunicaciones o no), así como velar y proteger a los usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones.

En ese sentido, y para que OSIPTEL pudiera cumplir con el mencionado objetivo, era necesario dotarla de determinadas herramientas que le permitieran desempeñar sus funciones en la práctica.

Puede afirmarse, por lo tanto, que la ley ha conferido a OSIPTEL todas las facultades de las cuales se puede dotar a un ente de la administración pública para supervisar adecuadamente la actividad de las telecomunicaciones en un sentido amplio. Así tenemos: dictar normas que regulen el comportamiento de las empresas operadoras (facultad administrativa-legislativa); capacidad de aplicar y ejecutar todas las normas en materia de telecomunicaciones, y con ello, las referidas a la competencia entre las empresas vinculadas a dicho rubro económico (facultad administrativa-ejecutiva); y, resolver controversias e imponer sanciones ante la colisión de preceptos legales en el rubro de las telecomunicaciones (facultad administrativa-jurisdiccional).

De lo mencionado se desprende que a efectos de cumplir con sus funciones, OSIPTEL podrá adoptar (i) medidas ex ante destinadas a evitar o prevenir el desarrollo de las prácticas abusivas en caso de posición de dominio y, a fin de proteger el interés de los usuarios, y (ii) medidas ex post ante la evidencia de la realización de dichas prácticas a fin de proteger a los usuarios del servicio afectado.

OSIPTEL podrá adoptar medidas ex ante o preventivas, en virtud a su competencia *administrativa-legislativa*, es decir, en virtud a su potestad de crear el marco normativo al cual deberán sujetarse todas las empresas que de cualquier manera intervengan en el mercado de las telecomunicaciones.

De otro lado, podrá adoptar medidas ex post haciendo uso de la facultad *administrativa-jurisdiccional* que le ha sido delegada por mandato de la Ley y con ello adoptar medidas de investigar, y en caso de detectar conductas consideradas como abuso de la posición de dominio y/o contrarias a la libre competencia, sancionar dentro de los límites normativos.

No obstante el marco normativo antes citado, TELEFÓNICA MULTIMEDIA cuestiona la facultad *administrativa-jurisdiccional* de OSIPTEL de conocer la presente controversia, en base a los argumentos mencionados en el punto I. Antecedentes.

Si bien es cierto que las normas citadas por TELEFÓNICA MULTIMEDIA en su escrito de excepción establecen que OSIPTEL es competente para conocer controversias entre empresas operadoras, dichas normas **no pueden ser interpretadas fuera del marco normativo dentro del cual se encuentran**. En efecto, dichas normas **deben de interpretarse tomando en consideración**

los objetivos, finalidad, funciones y razón de ser de OSIPTEL, así como la competencia material otorgada por la Ley a dicho organismo. Es, decir, es necesario realizar lo que en doctrina se conoce como una interpretación sistemática de las normas.( <sup>3</sup>)

En tal sentido, tenemos que si bien en el caso de controversias relacionadas con la interconexión, tarifas y aspectos técnicos, puede resultar lógico asumir que las partes siempre serán empresas de telecomunicaciones, en el caso de controversias relacionadas con la libre competencia, abuso de la posición de dominio y con conductas en general, que pudieran estar afectando ilícitamente el interés de los usuarios, no lo es. Esto se debe a que no sólo empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones pueden realizar conductas o ser víctimas de conductas que constituyan abuso de la posición de dominio de una empresa de telecomunicaciones, o que atenten gravemente contra el interés de los usuarios, los cuales no pueden quedar desprotegidos.

De las normas antes citadas se desprende que no estamos frente a una competencia de orden "personal", según la cual solo determinados sujetos se encuentran sujetos a las normas cuyo cumplimiento supervisa OSIPTEL.

La competencia de OSIPTEL es una de orden material, y su asignación, desarrollo y ejecución debe realizarse conforme a la Ley General de Telecomunicaciones, y a las demás normas que la desarrollan y que han sido citadas en el punto anterior. Todo aquel que infrinja dichas normas y afecte al mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, y por ende a los usuarios de dichos servicios, caerá dentro del ámbito de competencia de OSIPTEL.

La competencia, no se puede atribuir en razón de las personas, no existe un parámetro de dicha naturaleza por el cual podamos atribuir una competencia o facultad determinada a una entidad administrativa. La materia es el criterio que se adopta para el reparto o asignación de competencias de las entidades administrativas que la Constitución y luego la Ley prescriben, según sea el caso.

En conclusión, de lo antes expuesto el Cuerpo Colegiado considera que la competencia otorgada a OSIPTEL relativa a la protección del mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones de las prácticas abusivas derivadas de una posición de dominio en el mercado de algún servicio público de telecomunicaciones y a los usuarios de dichos servicios, es de orden material, y no personal. Debido a lo cual, OSIPTEL es competente para conocer aquellas controversias que

---

(<sup>3</sup>) Según Marcial Rubio, el método sistemático por ubicación de la norma interpreta aplicando el conjunto de principios, conceptos, elementos y contenidos que sirve de "medio ambiente" a la norma dentro de su grupo o conjunto normativo." (RUBIO CORREA, Marcial. *El Sistema Jurídico. Séptima Edición. Pag. 265*).



versen sobre dichos aspectos independientemente de la calidad de las partes.

De otro lado, de conformidad con las normas antes citadas es claro que OSIPTEL no es competente para conocer una controversia que verse sobre violación al derecho de la libertad de expresión.

### **III. Materia Controvertida en la Controversia Iniciada por CANAL 33:**

Habiendo precisado el ámbito de competencia de OSIPTEL para conocer controversias en la vía administrativa, corresponde delimitar la materia controvertida y determinar si esta se encuentra dentro del ámbito de competencia de OSIPTEL.

Como lo hemos mencionado en el punto 1. " Antecedentes" , la pretensión de CANAL 33 consiste en que TELEFÓNICA MULTIMEDIA reincorpore en su transmisión, la señal del CANAL 33. Dicha pretensión se basa en que (i) la demandada estaría vulnerado el derecho de libertad de expresión; (ii) la conducta de TELEFÓNICA MULTIMEDIA constituiría un caso de abuso de posición de dominio en el mercado.

Con relación al punto (i) es claro que OSIPTEL no es el ente encargado de velar por la libertad de expresión, y en consecuencia no es competente para pronunciarse sobre dicho asunto.

Con respecto al punto (ii), sin embargo, y en virtud a lo antes expuesto, el Cuerpo Colegiado considera que OSIPTEL si es competente para conocer la controversia y pronunciarse sobre la conducta demandada, sobre todo tomando en consideración que el retiro por parte de TELEFÓNICA MULTIMEDIA de la señal de CANAL 33 de su programación podría estar afectando a los usuarios de la demandada, lo cual deberá ser materia del pronunciamiento de fondo que deberá emitirse en su oportunidad.

Finalmente, es del caso mencionar que la posición antes expuesta concuerda con la Resolución de Presidencia N° 005-PD/95 emitida en la controversia suscitada entre Alliance S.A. (una empresa de radiodifusión privada de interés público) contra Tele Cable S.A., mediante la cual se declaró la competencia de OSIPTEL para conocer dicha controversia. Dicha resolución no ha sido cuestionada ante el Poder Judicial y es por lo tanto firme para todos los efectos legales.

### **RESUELVE:**

**Artículo Primero.-** Póngase en conocimiento de la demandada el escrito presentado por Empresa Interamericana de Radiodifusión S.A con fecha 28 de marzo de 2000, a que se refiere la sección de Vistos.

**Artículo Segundo.-** Declárese **INFUNDADA** la excepción de incompetencia interpuesta por la demandada, Telefónica Multimedia S.A.C., en lo referente a la demanda por abuso de posición de dominio y **FUNDADA** en lo referente a la demanda de vulneración del

derecho de la libertad de expresión, en virtud a los argumentos expuesto en la sección de Considerados de la presente Resolución.

**COMUNÍQUESE Y ARCHÍVESE.**

Con la firma de los señores:

- Jorge Fernández-Baca Llamosas
- Galia Mac Kee Briceño
- Pierina Pollarolo Giglio