

A	:	GERENCIA GENERAL
ASUNTO	:	RECURSO DE RECONSIDERACIÓN INTERPUESTO POR TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. CONTRA EL MANDATO DE COMPARTICIÓN DE INFRAESTRUCTURA EMITIDO MEDIANTE LA RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 206-2018-CD/OSIPTEL
REFERENCIA	:	EXPEDIENTE N° 00010-2018-CD-GPRC/MC
FECHA	:	27 de noviembre de 2018

	Cargo	Nombre
ELABORADO POR:	ESPECIALISTA DE INTERCONEXIÓN	MARIA OCHOA LA TORRE
	ANALISTA EN POLÍTICAS REGULATORIAS	JORGE HUAMÁN SANCHEZ
REVISADO POR:	COORDINADOR DE GESTIÓN Y NORMATIVIDAD	JOSÉ ROMERO ALCALDE
	SUBGERENTE DE GESTIÓN Y NORMATIVIDAD	TATIANA PICCINI ANTÓN
APROBADO POR:	GERENTE DE POLÍTICAS REGULATORIAS Y COMPETENCIA	LENNIN QUIZO CÓRDOVA

1. OBJETO.

El objeto del presente informe es sustentar el pronunciamiento que corresponde emitir al OSIPTEL para resolver el recurso de reconsideración interpuesto por la empresa Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante, TELEFÓNICA), contra el Mandato de Compartición de Infraestructura aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 206-2018-CD/OSIPTEL (en adelante, el Mandato de Compartición), que establece las condiciones del arrendamiento entre las empresas Antenas Cable Visión Satélite S.A. (en adelante, CABLE VISIÓN) y TELEFÓNICA.

2. ANTECEDENTES

- 2.1 Mediante carta DOC-N° 94/2018-GG-VP recibida el 16 de mayo de 2018, CABLE VISIÓN solicita al OSIPTEL un mandato de compartición de infraestructura que establezca las condiciones del arrendamiento de puntos de apoyo en postes de TELEFÓNICA.
- 2.2 Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 206-2018-CD/OSIPTEL de fecha 21 de setiembre de 2018 y publicada en el Diario Oficial El Peruano el 28 de setiembre de 2018, se aprobó el Mandato de Compartición. Esta decisión fue notificada a TELEFÓNICA y CABLE VISIÓN, el 26 y 28 de setiembre de 2018, mediante las cartas C.00667-GCC/2018 y C.00666-GCC/2018, respectivamente.
- 2.3 Mediante escrito recibido con fecha 18 de octubre de 2018, TELEFÓNICA interpuso recurso de reconsideración contra el Mandato de Compartición.
- 2.4 Mediante carta C.00635-GPRC/2018 recibida con fecha 25 de octubre de 2018, se corrió traslado a CABLE VISIÓN del recurso de reconsideración interpuesto por TELEFÓNICA, a fin que presente comentarios y/o información adicional que considere pertinente en un plazo máximo de cinco (05) días hábiles.
- 2.5 Mediante carta recibida con fecha 5 de noviembre de 2018, CABLE VISIÓN remitió sus comentarios respecto del recurso de reconsideración interpuesto por TELEFÓNICA, explicando su posición para que dicho recurso sea declarado infundado y no se suspendan los efectos del mandato, toda vez que no se cumple con los supuestos establecidos por la Ley para detener su ejecución.
- 2.6 Mediante carta C.00668-GPRC/2018 recibida con fecha 13 de noviembre de 2018, se corrió traslado a TELEFÓNICA de los comentarios de CABLE VISIÓN respecto de su recurso de reconsideración.

3. PRETENSIONES DEL RECURSO

TELEFÓNICA solicita lo siguiente:



- Se reconsidere la decisión a la luz de los perjuicios que ésta genera a su empresa.
- Suspender la ejecución del Mandato durante la tramitación del presente recurso de reconsideración, en aplicación del artículo 224 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 006-2017-JUS (en lo sucesivo, LPAG).

Para sustentar sus referidas pretensiones, TELEFÓNICA plantea los siguientes argumentos:

- i) El Mandato no debe aplicar un esquema general de descuentos, toda vez que sería una disposición injustificada e ilegal, en tanto la norma vigente no establece una obligación para el proveedor de infraestructura de brindar descuentos en eventuales de contratos de compartición y el OSIPTEL no tiene la potestad para establecerlos o crearlos vía mandato, siendo decisión comercial de TELEFÓNICA.
- ii) El Mandato Constituye una Barrera Burocrática Ilegal, toda vez que el OSIPTEL ha decidido aplicar un esquema de descuentos generalizado y limitado a dos factores, transgrediendo la libertad contractual que tienen las partes para definir otros criterios para determinar los referidos descuentos. Asimismo, el OSIPTEL no podría establecer esquemas de descuentos por criterio propio y sin respetar el procedimiento establecido para ello, puesto que habría modificado la OBC.

CABLE VISIÓN, respecto del recurso de reconsideración interpuesto por TELEFÓNICA, ha manifestado lo siguiente:

- i) Si bien existe un plazo para la emisión de la carta fianza, éste debe correr a partir del plazo que se remita a TELEFÓNICA la orden u órdenes de servicio respecto del arrendamiento de los postes, las cuales no han sido enviadas por CABLE VISIÓN por razones operativas, sin que esto signifique que no se vaya a realizar.
- ii) Son los más interesados en cumplir con el Mandato que el OSIPTEL ha emitido por eso fue que lo solicitaron basándose en el marco normativo debido a las infructuosas negociaciones con TELEFÓNICA.
- iii) Los motivos de la solicitud del Mandato son netamente económicos dado que no se encuentran en la capacidad de cubrir el costo máximo que TELEFÓNICA cobra por el arrendamiento de infraestructura la cual es necesaria para su rubro dado que su área de prestación es Lima Este.



- iv) Si se declara fundado el Recurso de Reconsideración se generaría un gran agravio económico a su representada, dado que no estaría en capacidad económica de poder cubrir los costos máximos que TELEFÓNICA indicó en su OBC.
- v) Respecto al pedido de suspensión de efectos, señalan que éste carece de sustento dado que no cumplen con los dos (2) supuestos que establece el numeral 224.2 del artículo 224 de la LPAG y que si bien TELEFÓNICA alega un perjuicio millonario sin embargo no existe mayor sustento que lo expuesto en su recurso, por lo cual consideran que debe ser desestimado y por el contrario debe aplicarse lo dispuesto por el numeral 224.1 del referido artículo que establece que la interposición de cualquier recurso no suspende la ejecución del acto administrativo.

4. PROCEDENCIA DEL RECURSO INTERPUESTO POR TELEFÓNICA.

TELEFÓNICA ha interpuesto un recurso de reconsideración el 18 de octubre de 2018, esto es, dentro del plazo de quince (15) días hábiles desde la notificación de la Resolución de Consejo Directivo N° 206-2018-CD/OSIPTEL efectuada el 26 de setiembre de 2018, según se ha señalado en la sección precedente del presente informe.

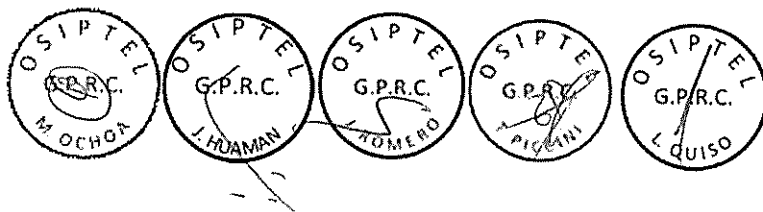
En consecuencia, sin perjuicio de que el Mandato emitido por el OSIPTTEL se haya efectuado en ejercicio de su función normativa, se plantea calificar el recurso de reconsideración interpuesto por TELEFÓNICA como un recurso procedente, considerando la aplicación del principio de imparcialidad que rige la actuación del OSIPTTEL¹ y el trámite que este Organismo Regulador ha brindado a los recursos que han interpuesto los administrados contra las resoluciones del Consejo Directivo que aprueban mandatos para relaciones mayoristas de acceso.

En ese sentido, de conformidad con la facultad discrecional con que cuenta el Organismo Regulador, corresponde brindar al recurso de reconsideración de TELEFÓNICA el trámite respectivo y proceder al análisis de los argumentos expuestos.

¹ Reglamento General del OSIPTTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM.

"Artículo 9.- Principio de Imparcialidad.

El OSIPTTEL ponderará con justicia e imparcialidad y con estricto apego, a las normas pertinentes, los intereses de las empresas operadoras de servicios y de los usuarios. Casos o situaciones de las mismas características deberán ser tratados de manera análoga." [El subrayado es agregado]



5. EVALUACIÓN DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN INTERPUESTO POR TELEFÓNICA.**5.1. SOBRE LA APLICACIÓN DE UN ESQUEMA DE DESCUENTOS.****a) EL CONTRATO CON VIETTEL FUE CELEBRADO ANTES DE LA APROBACIÓN DE LA OFERTA BÁSICA DE COMPARTICIÓN.*****POSICIÓN DE LAS PARTES***

TELEFÓNICA señala que el Consejo Directivo estableció un esquema de descuentos basado en que el contrato de compartición de infraestructura celebrado con Viettel Perú S.A.C. (en adelante, VIETTEL) en enero de 2012, ha contemplado descuentos en función al plazo de arrendamiento y a la cantidad de puntos de apoyo arrendados.

Al respecto, TELEFÓNICA manifiesta que a la fecha en que se suscribió el contrato con VIETTEL, aún no había sido declarada Proveedor Importante ni existía una Oferta Básica de Compartición (en adelante, OBC) a partir de la cual se establecerían las condiciones particulares de cada contrato de compartición. Precisa que la OBC fue aprobada mediante Resolución de Gerencia General 039-2016-GG/OSIPTTEL, más de 4 años después de haberse celebrado el contrato con VIETTEL y que desde entonces ha buscado adecuar los contratos de arrendamiento de puntos de apoyo en postes a los términos de la OBC.

Asimismo, señala que conforme lo establecido en el artículo 34 de la Resolución de Consejo Directivo N° 020-2008-CD/OSIPTTEL, norma que aprobó las Disposiciones Complementarias a la Ley de Acceso a la Infraestructura de los Proveedores Importantes de Servicios Públicos de Telecomunicaciones, las partes pueden acordar libremente el otorgamiento de descuentos. Considera que la norma antes citada es clara por lo que un eventual régimen de descuentos es facultativo y dependerá de lo que las partes acuerden entre sí. Asimismo, señala que esta norma no establece una obligación de brindar descuentos en eventuales contratos de compartición ni establece la potestad del OSIPTTEL de establecer o crear descuentos vía un Mandato de Compartición.

Asimismo, TELEFÓNICA manifiesta que su decisión comercial es de no otorgar más descuentos a ninguna de los concesionarios, y como consecuencia de esta decisión, gradualmente ha dado por terminado o modificado los contratos que mantiene con cada uno de ellos, en atención a las particularidades de cada una de las relaciones contractuales (pe. vigencia del contrato, existencia de cláusula de resolución, etc.).



Señala que esta decisión es válida y legal y ha generado que, a la fecha, solo queden dos (2) contratos pendientes de modificación a fin de eliminar por completo los descuentos de sus relaciones: el contrato celebrado con VIETTEL y el celebrado con Cable Visión Tumbes S.A.C. (éste último, sin embargo, será adecuado a la OBC en las próximas semanas. Este contrato, contiene un esquema de descuentos (el aplicado por el Consejo Directivo en el Mandato) que responde a las particulares características de la relación de esta empresa con TELEFÓNICA.

TELEFÓNICA manifiesta que si bien el otorgar o no descuentos es una decisión que le compete únicamente a su empresa, la decisión comercial que ha adoptado de no otorgar descuentos no es arbitraria: responde al establecimiento en la OBC de un precio máximo muy por debajo de lo que TELEFÓNICA considera que debería ser el precio adecuado. En ese sentido señala que otorgar un precio de 3.75 soles ya equivale a otorgarles descuentos a todos sus clientes como consecuencia de una decisión regulatoria.

Señala también que, durante el procedimiento de elaboración y aprobación de la OBC, propuso un esquema económico con precios más altos a los actualmente establecidos a fin de poder cubrir sus costos, por lo que, el arrendamiento de puntos de apoyo bajo las condiciones económicas planteadas en el Mandato le genera pérdidas, las cuales pueden superar los S/. 200'000,000 (Doscientos millones de soles) mensuales (sin IGV), como han hecho saber al OSIPTEL a través de diferentes escritos presentados dentro del procedimiento de emisión del Mandato.

TELEFÓNICA manifiesta que la decisión de otorgar descuentos, tal como lo señala la normativa y la propia OBC es una facultad de las partes y no del regulador. Y que el OSIPTEL le está impidiendo migrar a un nuevo esquema de contratos de compartición de infraestructura como consecuencia de la aprobación de la OBC.

Finalmente reitera que el Consejo Directivo ha decidido establecer un esquema de descuentos en el Mandato a partir de las condiciones acordadas en una relación jurídica previa a la existencia de la OBC lo que implica que en la práctica TELEFÓNICA no puede establecer una política comercial que verdaderamente se ajuste a las nuevas condiciones aplicables a la compartición de infraestructura y como consecuencia de ello le genera una pérdida millonaria, situación que no ha sido aclarada por la autoridad en la medida que no ha indicado cómo el esquema de descuentos del Mandato no perjudicaría económicamente a su empresa.

De otro lado, respecto de este tema CABLE VISIÓN no ha emitido comentarios.



POSICIÓN DEL OSIPTEL

Al respecto, el contrato entre TELEFÓNICA y VIETTEL fue suscrito en enero de 2012, antes de la aprobación de la OBC². No obstante, este contrato está plenamente vigente para todos sus efectos. En esa línea, TELEFÓNICA no puede alegar que el citado contrato no sea tomado en consideración en los pronunciamientos del regulador por cuanto refleja la voluntad de TELEFÓNICA de otorgar descuentos, está vigente y TELEFÓNICA no ha manifestado su voluntad al regulador de modificarlo conforme el marco legal aplicable.

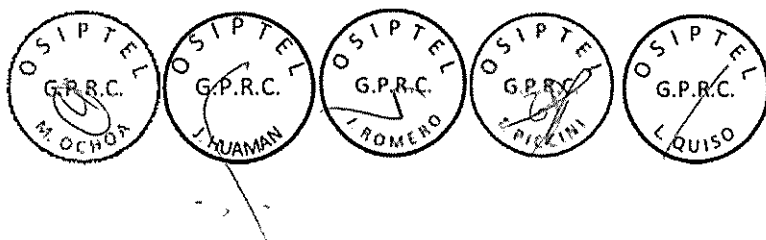
En efecto, conforme el marco legal correspondiente, los operadores pueden concretar su relación de acceso a través de la suscripción de un contrato de acceso libremente suscrito, o a través de un mandato de acceso a solicitud de cualquiera de las partes si dicha suscripción libre no se ha concretado.

Para el caso específico de la relación de acceso entre TELEFÓNICA y VIETTEL, TELEFÓNICA no puede alegar que el contrato que ha suscrito con VIETTEL y que contiene descuentos por volumen no puede ser considerado en el análisis del regulador, por cuanto está plenamente vigente, y teniendo las herramientas legales para hacerlo (modificarlo), TELEFÓNICA no ha solicitado al regulador la emisión de un mandato de acceso para modificar dicho contrato y adecuarlo las condiciones establecidas en la OBC.

En ese entendido, TELEFÓNICA siempre ha tenido la herramienta legal para adecuar su relación con VIETTEL a la OBC, no obstante, ha sido su decisión no utilizar dicha herramienta (solicitud de mandato). Dada esta decisión de TELEFÓNICA, el contrato con VIETTEL, con sus términos y condiciones entre ellas el esquema de descuentos, sigue vigente; y dicha vigencia es estrictamente atribuible a TELEFÓNICA.

En este punto hay que recalcar que la OBC no eliminó el esquema de descuentos, sino que, como toda condición de acceso, lo dejó para libre acuerdo entre las partes, siendo objeto de mandato si es que no se logra un acuerdo y una de ellas lo solicita. Este punto es ya conocido por TELEFÓNICA, pues el Informe N° 0190-GPRC/2016 se emitió como respuesta a una serie de consultas realizadas por TELEFÓNICA, y se incluyó la relacionada a la aplicación de un esquema de descuentos. En el citado informe se le expone lo señalado en el numeral 4.5.1 de la OBC, en referencia a que si bien la OBC no incluye un esquema de descuentos, éste puede ser acordado por ambas partes o ser objeto de una solicitud de mandato, como cualquier otro aspecto de su relación de acceso:

² La Resolución de Gerencia General N° 039-2016-GG/OSIPTEL fue emitida el 19 de enero 2016.



“ ...

4.1 Esquemas de descuentos a acordar con los distintos operadores.

En relación a los esquemas de descuentos que Telefónica pueda acordar con las distintas empresas que demanden las prestaciones consideradas en su OBC, resulta preciso indicar que en el numeral 4.5.1 de la OBC se señala lo siguiente:

“No se establece ningún esquema de descuentos, a fin de permitir que sean establecidos libremente, siempre que sea aplicado de manera no discriminatoria”.

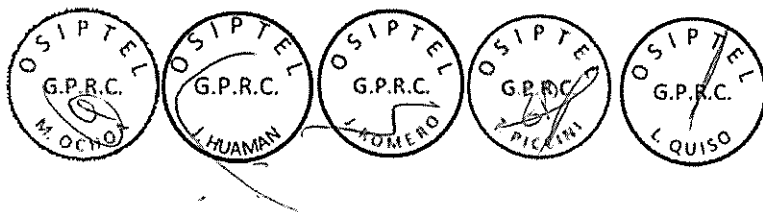
De esta manera, si bien la OBC aprobada para Telefónica no establece esquemas de descuentos de manera explícita, dicha OBC no limita en modo alguno el establecimiento de esquemas de descuentos que puedan ser libremente acordados por las partes como parte del proceso de negociación de un contrato de compartición de infraestructura.

No obstante, si en un proceso de negociación con miras a la suscripción de un contrato de compartición de infraestructura, las partes no llegasen a un acuerdo en cuanto al establecimiento de esquemas de descuentos u otros aspectos del contrato, luego de transcurrido el plazo legal establecido para la negociación directa, cualquiera de las partes puede solicitar al OSIPTEL la emisión de un mandato de compartición de conformidad con lo dispuesto por el artículo 15 de la Ley de Acceso a la Infraestructura y las reglas pertinentes de sus Disposiciones Complementarias, procedimiento en el que se realizará la evaluación que corresponda.

...”

Fuente: Informe N° 0190-GPRC/2016.

En ese sentido, una solicitud de mandato sí puede ser respecto de la determinación de un esquema de descuentos, sobre todo en un escenario en donde, como lo dice la propia TELEFÓNICA, lo que se determinó en la OBC es un precio máximo. En efecto, lo que TELEFÓNICA otorga a VIETTEL es un precio máximo por punto de apoyo en poste el cual es arrendado bajo las siguientes condiciones: poca cantidad de puntos de apoyo y pocos años de contratación. No obstante, dicho precio máximo se va reduciendo conforme la cantidad de puntos de apoyo y años de arriendo se va incrementando:



ANEXO 2
CONDICIONES ECONOMICAS
A. Renta

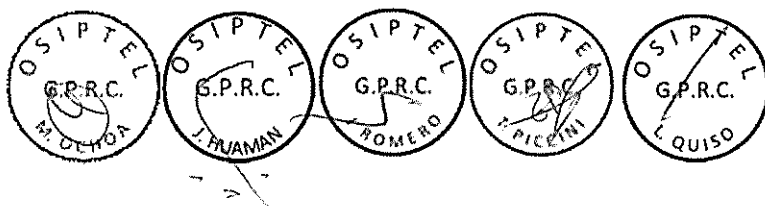
EL CLIENTE pagará de manera mensual y por adelantado el monto resultante de multiplicar el número de Puntos de Apoyo utilizados por la tarifa indicada en la Tabla de Precios siguiente:

Rangos	Rango A	Rango B	Rango C
1. Contrato Puntos de Apoyos	1 a menos de 4 años (US \$ sin IGV por punto de apoyo)	4 a menos de 10 años (US \$ sin IGV por punto de apoyo)	10 Años (US \$ sin IGV por punto de apoyo)
0 a 1 000	1,50	1,13	0,77
1 001 a 3 000	1,32	0,99	0,68
3 001 a 5 000	1,24	0,93	0,64
5 001 a 10 000	1,16	0,87	0,60
10 001 a 50 000	1,09	0,82	0,56
50 001 a 100 000	1,00	0,75	0,52
+ de 100 000	0,93	0,70	0,48

Fuente: Contrato de Arrendamiento de Puntos de Apoyo en Postes suscrito entre las empresas TELEFÓNICA y VIETTEL (31 de enero de 2012).

En ese sentido, como es natural, TELEFÓNICA ofreció un precio máximo, a partir del cual otorgó descuentos sobre la base de las variables descritas. Esta práctica es económicamente válida ya que a medida que se incrementa la cantidad de puntos de apoyo en postes y la cantidad de años de arriendo se generan economías de escala que pueden ser trasladadas a dicho precio máximo bajo la forma de un esquema de descuentos. En ese entendido, se parte de un precio máximo de US\$ 1.50 hasta llegar a un precio de US\$ 0.48.

Sobre la base de esta condición tarifaria acordada por TELEFÓNICA en sus contratos (precio máximo-esquema de descuentos), dicha empresa presentó su propuesta de precio para la OBC, la cual incluyó un precio máximo y descuentos en función a las economías de escala que se generen. Dado ello, el procedimiento de evaluación de dicha propuesta presentada concluyó con la aprobación de la OBC que, conforme la condición tarifaria descrita, tiene un precio máximo de S/. 3.75 y un esquema de descuentos a ser acordado y aplicado en función a las variables que los operadores acuerden. No obstante, ante la falta de acuerdo, en un escenario de mandato, el esquema de descuentos a ser aplicado es el que TELEFÓNICA aceptó otorgarle a VIETTEL (Principio de No Discriminación) y que no solicitó modificar al OSIPTTEL. En este punto cabe señalar que se parte de la premisa que los acuerdos suscritos libremente son referentes eficientes de los precios de los servicios que se brindan según dichos acuerdos. Además, debe notarse que el mandato recoge el esquema de descuentos y no los valores monetarios acordados.



En ese sentido, es erróneo lo que menciona TELEFÓNICA de que el precio de S/. 3.75 por punto de apoyo equivale a otorgar descuentos, ya que ello equivaldría a decir que éste es un precio promedio. No obstante, como es reconocido por la propia TELEFÓNICA en su escrito, éste valor es un precio máximo, y como tal es un precio calculado en ausencia de economías de escala, es decir, en un contexto en donde hay pocos puntos de apoyo y pocos años de arriendo.

Lo que sí es correcto, es que la propuesta de precios planteada por TELEFÓNICA al OSIPTTEL sí incluía precios mucho más altos a los acordados por ella con otros operadores, incluido VIETTEL. En su propuesta, TELEFÓNICA planteó inicialmente un precio máximo de renta mensual por punto de apoyo en poste de concreto en Lima de S/. 7.34 soles (aplicable para un plazo mínimo de contratación de 5 años y 50 postes), y en respuesta a las observaciones realizadas por este organismo, dicha empresa planteó un precio máximo por punto de apoyo en poste de concreto en Lima de S/. 13.68 soles (aplicable para un plazo mínimo de contratación de 1 año y 50 postes).

El sustento de la propuesta de precios de TELEFÓNICA fue analizada y se aprobó un precio máximo de renta mensual de S/. 3.75 (sin incluir IGV) como parte de la OBC aprobada. En este escenario, dicho monto aprobado no puede derivar en una pérdida económica para TELEFÓNICA, ya que ha sido el producto de un análisis de los componentes de costos presentados por ella misma al regulador y cuya definición ya fue objeto del procedimiento respectivo. Además, si dicho precio máximo aprobado le hubiera causado pérdidas económicas a la empresa, no se comprende como en febrero de 2013, TELEFÓNICA propone el valor mencionado de S/. 13.68 soles por punto de apoyo y mucho después acuerda con algunas empresas, como por ejemplo Americatel Perú S.A. un valor mucho menor. En efecto, en junio de 2015, en plena evaluación de la OBC, TELEFÓNICA suscribió un contrato con Americatel Perú S.A. en donde el precio máximo fue de S/. 3.83 soles por punto de apoyo, disminuyendo dicho precio a niveles de S/. 1.22 soles:

ANEXO 3
CONDICIONES ECONOMICAS
A Renta

Puntos de Apoyo	Plazo de Contrato y Precio sin IGV		
	Rango A 1 año a menos de 4 años S/. por Punto de Apoyo	Rango B 4 años a menos de 10 años S/. por Punto de Apoyo	Rango C 10 años S/. por Punto de Apoyo
0 a 1,000	3.83	2.88	1.96
1,001 a 3,000	3.37	2.52	1.73
3,001 a 5,000	3.16	2.37	1.63
5,001 a 10,000	2.96	2.22	1.53
10,001 a 50,000	2.78	2.09	1.43
50,001 a 100,000	2.55	1.91	1.33
más de 100,000	2.37	1.79	1.22



Fuente: Contrato de Arrendamiento de Puntos de Apoyo en Postes, suscrito por la empresa TELEFÓNICA y Americatel Perú S.A. (17 de junio de 2015).

En ese marco, TELEFÓNICA planteó en el 2013 un precio máximo de S/. 13.68 por punto de apoyo para su OBC y posteriormente en el 2015 suscribió acuerdos con un precio máximo de S/. 3.83 más un esquema de descuentos. Luego en enero de 2016, se aprueba la OBC con un precio máximo de S/. 3.75. En ese sentido, si el precio de la OBC no le era rentable, cómo así suscribió acuerdos por un precio similar posteriormente y en contradicción a lo que ella misma había presentado al regulador.

Dado ello, la aplicación de descuentos, solo responde a la aplicación de la normativa vigente. En efecto, como se sabe, TELEFÓNICA, así como todas y cada una de las empresas operadoras de su conjunto económico, fue declarada como Proveedor Importante en el mercado de Acceso Mayorista para Internet y Transmisión de Datos. En ese contexto, dicha empresa está obligada, entre otras, a lo siguiente en virtud del numeral 3 del artículo 9 de las Disposiciones Complementarias del Decreto Legislativo Nº 1019, Ley de Acceso a la Infraestructura de los Proveedores Importantes de Servicios Públicos de Telecomunicaciones:

"3. Aplicar a los otros concesionarios, las condiciones económicas más favorables que haya acordado con terceros concesionarios, sin perjuicio del artículo 4 de la presente norma." (El resaltado es nuestro).

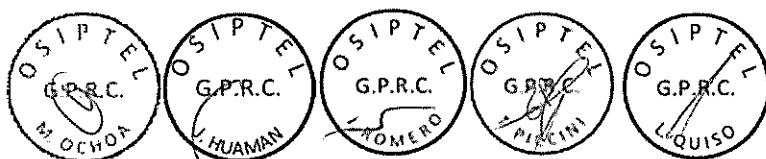
En ese sentido, el contrato con VIETTEL sí puede servir de comparación, a pesar de que fue celebrado con anterioridad a la aprobación de la OBC.

b) LOS DESCUENTOS A VIETTEL SON CONSECUENCIA DE CARACTERÍSTICAS ESPECIALES DE LA EMPRESA.

POSICIÓN DE LAS PARTES

TELEFÓNICA señala estar de acuerdo en que bastaría con la existencia de un (01) contrato que considere mejores condiciones para que éstas deban ser consideradas en cualquier pronunciamiento; sin embargo, señala también que la legislación permite realizar diferencias entre los distintos concesionarios sobre la base de diversos criterios, tales como el volumen de puntos de apoyo contratado o el plazo del contrato (supuestos reconocidos por el OSIPTel en su Mandato), y señala también que existen otros factores que podrían influir en la decisión de otorgar un descuento y que, no han sido considerados, como por ejemplo, factores como el respaldo económico de un concesionario o su historial de pago.

TELEFÓNICA manifiesta que CABLE VISIÓN no cuenta con un historial de pago positivo, ya que en diversas oportunidades ha demorado varios meses en cancelar sus



deudas por el arrendamiento de puntos de apoyo, lo cual es de pleno conocimiento del OSIPTTEL.

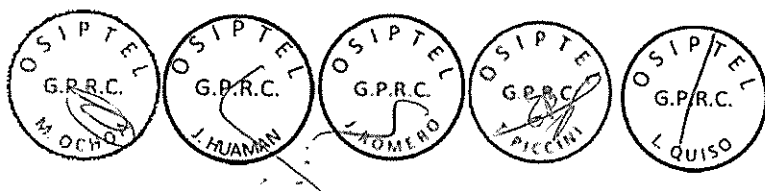
Asimismo, considera que no todos los concesionarios que arriendan los puntos de apoyo tienen las mismas características comerciales, económicas, financieras y/o administrativas, y que podría ser legítimo que TELEFÓNICA decida el otorgamiento de descuentos (siempre que el esquema económico lo permita) a concesionarios que arrienden una determinada cantidad de puntos de apoyo, sin que esta condición deba aplicarse de manera general a todos los demás sin tomar en cuenta también otros factores concurrentes (pe. si el concesionario en cuestión es un buen pagador).

Manifiesta que lo anterior no ha sido tomado en cuenta al determinar la aplicación de un esquema de descuentos general basado únicamente en aspectos como la cantidad de puntos de apoyo arrendados o el plazo del contrato, lo cual trae como consecuencia la eliminación de la facultad legal otorgada por el artículo 4 de la Ley de Acceso a TELEFÓNICA de determinar en cada caso concreto si las condiciones específicas de las otras partes justifican el otorgamiento (o no) de un descuento.

TELEFÓNICA considera que lo peor de todo no es que el OSIPTTEL no tome en cuenta lo anterior, sino que no reconozca que el historial de pago (es decir, qué tan buen pagador es un arrendatario) sea un criterio válido para establecer un esquema de descuentos. Señalan que se encuentran ante un hecho que justifica un tratamiento diferenciado y que ello es bien conocido por el OSIPTTEL, sobre todo considerando que también es agencia de competencia del mercado de telecomunicaciones. En materia de libre competencia, este es un criterio que justifica un trato diferenciado, tal como el propio OSIPTTEL ha reconocido.³

TELEFÓNICA señala que, la administración de un riesgo contractual como la probabilidad de demora o falta de pago, es un supuesto específicamente señalado por el OSIPTTEL como una justificación para un tratamiento diferenciado. Este aspecto fue plasmado en este documento de 2006 y confirmado por el Consejo Directivo hace tan solo un par de años. Indica que, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 077-2016-CD/OSIPTTEL se aprobaron los "Lineamientos Generales para la aplicación de las Normas de Represión de Conductas Anticompetitivas en el ámbito de las Telecomunicaciones" (en adelante, los "Lineamientos de Libre Competencia"), en donde se explica que existen dos clases de argumentos para identificar si las transacciones son equivalentes (y, por tanto, si existen condiciones que justifican un trato diferente). Una de ellas es la equivalencia de las transacciones en función de los costos.

³ En el documento "Criterios para la evaluación e investigación de prácticas anticompetitivas en la modalidad de discriminación en el sector de telecomunicaciones" de marzo de 2006, el OSIPTTEL reconoce este supuesto como una justificación de una práctica comercial diferenciada.

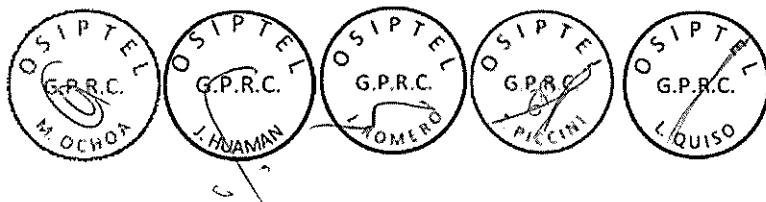


Manifiesta que el mismo Consejo Directo acepta que un historial negativo de pago como el de CABLE VISIÓN puede justificar un tratamiento diferenciado consistente en no otorgar descuentos. Así, un arrendatario con un mal historial de pago supone un riesgo contractual que el propio OSIPTel reconoce como una condición que diferencia prestaciones que bien pueden ser equivalentes en términos de los bienes arrendados. Siendo ello así, les sorprende que en este caso no se reconozca lo señalado por TELEFÓNICA, lo cual se alinea con los propios Lineamientos expedidos por el OSIPTel. Precisa que un criterio como el descrito no pierde validez con el transcurso del tiempo ni con la falta de aplicación. Puede que TELEFÓNICA no lo haya aplicado previamente y no por ello estarán impedidos de hacerlo en el futuro.

Sencillamente, es cuestión de que una situación lo justifique o que comercialmente sea un aspecto relevante en determinado momento. Señala que, esto es precisamente lo que ha sucedido recientemente en algunas de las relaciones contractuales de TELEFÓNICA con arrendatarios que han incumplido sus obligaciones de pago, lo que motivó la resolución de sus contratos. Indica que este criterio es aplicado una vez que se cuente con un historial de falta de pago del arrendatario, por lo que es difícil hacerlo al iniciar una relación con un nuevo arrendatario. En efecto, es recién durante la ejecución de un contrato que se puede conocer a una parte como mala pagadora y buscar correcciones para ello en un eventual nuevo contrato de arrendamiento, como es el no otorgamiento de descuentos que a otras partes que pagan a tiempo sí se les otorga.

Este es precisamente el caso de CABLE VISIÓN que, por sus particulares características, ha hecho que su incumplimiento sea un aspecto comercial relevante. Precisa que CABLE VISIÓN no cumplió con pagar a tiempo la contraprestación adeudada por el arrendamiento de puntos de apoyo durante la ejecución de su contrato. Es por lo que ahora TELEFÓNICA cuestiona el otorgamiento de un descuento por obligación del OSIPTel, pues dichos acontecimientos reflejan el riesgo que supone para su empresa brindar acceso a una arrendataria que incumple sistemáticamente con pagar a tiempo.

De otro lado, respecto de este tema CABLE VISIÓN en respuesta a los comentarios efectuados por TELEFÓNICA, señala que el Mandato aprobado indica en el punto 1.2., literal a) la vigencia del mismo se inicia al día siguiente de notificado el mismo a las partes, y termina cuando venza el plazo mayor solicitado para el acceso a la infraestructura de TELEFÓNICA. Además, dicha empresa hace referencia al numeral 3.2 del ANEXO III, en el que se señala que la emisión de la carta fianza es para garantizar el pago de la renta mensual, y que ésta estará determinada de acuerdo a lo indicado en el punto 3.3 literal A), y en función al valor por concepto de Renta Mensual que CABLE VISIÓN deberá pagar a TELEFÓNICA por punto de apoyo en poste de concreto, estará en función al rango que se encuentre la cantidad de puntos de apoyo solicitados por CABLE VISIÓN, según lo señalado en su Orden de Servicio.



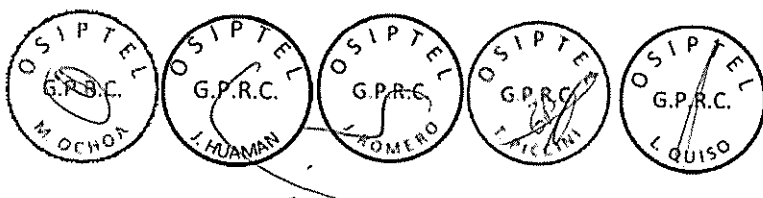
Así, CABLE VISIÓN señala que si bien existe un plazo de emisión de la carta fianza, esta debe correr a partir del plazo que se remita a TELEFÓNICA la orden u órdenes de servicio respecto del arrendamiento de los postes, órdenes que aún no han sido enviadas por CABLE VISIÓN por razones netamente operativas, y que actualmente, se están realizando las acciones necesarias para la emisión de la Carta Fianza a favor de TELEFÓNICA en función a las órdenes de servicios que se enviarán. Agrega además que dicha empresa es la más interesada en cumplir con el Mandato de Compartición que OSIPTel ha emitido en respuesta a su solicitud.

POSICIÓN DEL OSIPTel

Como se mencionó, la condición de que el contrato con VIETTEL haya sido suscrito con anterioridad al establecimiento de la OBC no lo invalida para ser considerado dentro del análisis del Principio de No Discriminación. En efecto, su existencia genera una obligación para TELEFÓNICA y VIETTEL, siendo que cualquiera de estas dos empresas pudo haber solicitado la emisión de un mandato para modificar el respectivo contrato y adecuarlo a la OBC aprobada.

De otro lado, como se mencionó, las condiciones económicas del contrato vigente entre TELEFÓNICA y VIETTEL establecen un precio máximo que luego va reduciéndose conforme se incrementa la cantidad de puntos de apoyo en postes y la cantidad de años. Dada esta tabla de precios general, cualquier operador se ubicará en la tabla en función a su cantidad específica de postes y a la cantidad de años que desee arrendar. En ese sentido, no es que el OSIPTel le esté trasladando a CABLE VISIÓN condiciones específicas de VIETTEL, sino que se mantienen los rangos de cantidad de puntos de apoyo y años, para que CABLE VISIÓN se ubique conforme sus características particulares.

Ahora, las variables que han sido tomadas en cuenta para establecer estos descuentos son las que TELEFÓNICA ya ha aceptado considerar en sus contratos: cantidad de puntos de apoyo en postes y cantidad de años de arriendo. En ese sentido, llama la atención que TELEFÓNICA solicite al OSIPTel el definir nuevas variables de diferenciación cuando ella misma no lo ha hecho con los diferentes operadores con los cuales ha suscrito acuerdos, y que tienen diversos comportamientos financieros. En esa línea, TELEFÓNICA no puede afirmar que los descuentos a VIETTEL son consecuencia de características especiales de la empresa, por cuando las mismas variables para definir dichos descuentos han sido pactados también para otros operadores. En efecto, se debe señalar que el esquema de descuento aplicado por TELEFÓNICA, ha sido siempre aplicado por igual a todos los operadores con los que tenía un contrato de compartición, sin considerar el referido criterio de “mejor pagador”, el cual no está definido como criterio para establecer algún descuentos, en ninguno de los contratos suscritos por TELEFÓNICA.



Respecto de este tema, cabe señalar que, en su propuesta de OBC, TELEFÓNICA propuso un esquema de descuento que implicaba únicamente una reducción entre el 4% y 5% cuando el plazo de contratación era a tres (03) años, y una reducción adicional entre el 5% y 6% cuando el plazo de contratación era a cinco (05) años, sin considerar descuentos en función a la cantidad de puntos de apoyo en postes, ni criterios respecto al historial de pago del arrendatario, ni ningún criterio que refleje el riesgo contractual por la demora o falta de pago. Dicho esquema de descuento no fue aprobado como parte de la OBC, debido a que a esa fecha TELEFÓNICA venía ofreciendo un esquema de descuentos mucho más favorable a sus arrendatarios (incluyendo el plazo de contratación y la cantidad de puntos de apoyo arrendados), con descuentos que llegaban hasta un 68% del precio máximo. En vista de ello, se dejó al ámbito de la negociación entre las partes, las variables que definen el esquema de descuentos.

De otro lado, corresponde señalar que en la presente relación de acceso existe el esquema de garantías por falta de pago, por lo que no corresponde, para fines del presente mandato, introducir esta variable con la finalidad de establecer una diferenciación adicional entre los operadores en términos de descuentos. En razón de ello, no se puede afirmar que los descuentos aplicados a VIETTEL son consecuencia de las características particulares de esa relación de acceso.

c) TELEFÓNICA PROPUSO UN ESQUEMA DE DESCUENTOS BASADO EN UN SOLO CRITERIO EN LA OBC.

POSICIÓN DE LAS PARTES

TELEFÓNICA manifiesta que el OSIPTEL ha cuestionado que argumente en contra de un esquema general de descuentos basado únicamente en dos criterios (plazo de contratación y cantidad de puntos de apoyo arrendados) pues en su propuesta de OBC habría planteado un esquema general de descuentos basado en un solo criterio (plazo de contratación). Considera que esta afirmación no es precisa y que se ha sacado de contexto la propuesta realizada por TELEFÓNICA, la cual contempló un escenario de descuentos basados en el plazo de contratación a raíz de que el propio regulador lo requirió. Hace referencia al Informe 001-GPRC/2015, emitido por el OSIPTEL el 5 de enero de 2015, en donde TELEFÓNICA realizó una propuesta de OBC para que sea analizada por el OSIPTEL. Dicha propuesta, en lo relacionado al alquiler de postes, estuvo basada sobre el cálculo de los costos que nos genera realizar esta actividad.

Este cálculo los llevó a plantear la siguiente propuesta:



RENTA MENSUAL
(Para el plazo de contratación a 1 año)

Tipo de Poste y lugar	Renta mensual (S/. sin IGV)
Lima - Postes Concreto	13.68
Lima - Postes Fibra de vidrio	16.53
Provincias - Postes Concreto	12.40
Provincias - Postes Fibra de vidrio	15.25

RENTA MENSUAL
(Para el plazo de contratación a 3 años)

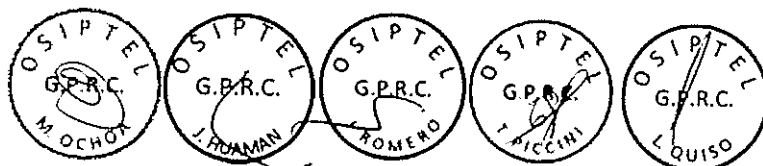
Tipo de Poste y lugar	Renta mensual (S/. sin IGV)
Lima - Postes Concreto	13.13
Lima - Postes Fibra de vidrio	15.70
Provincias - Postes Concreto	11.78
Provincias - Postes Fibra de vidrio	14.49

RENTA MENSUAL
(Para el plazo de contratación a 5 años)

Tipo de Poste y lugar	Renta mensual (S/. sin IGV)
Lima - Postes Concreto	12.31
Lima - Postes Fibra de vidrio	14.69
Provincias - Postes Concreto	11.04
Provincias - Postes Fibra de vidrio	13.57

Señalan que inicialmente, su propuesta contemplaba plazos de contrataciones mayores a los cinco años, pero a pedido del regulador incluyeron supuestos en los que se contemplaron plazos menores. Indican que no es que TELEFÓNICA propuso descuentos basados únicamente en un criterio (plazo de contratación), sino que lo que buscaban era establecer un plazo mínimo de contratación (de cinco (5) años en adelante), lo cual responde a la argumentación acerca de la libertad contractual de su empresa para establecer su oferta comercial: mientras que el OSIPTTEL les requirió añadir plazos menores, su empresa explicó que era perfectamente legítimo establecer un plazo mínimo para el arrendamiento de su infraestructura.

Tomando en cuenta que el regulador solicitó realizar ofertas por estos plazos, TELEFÓNICA cumplió con ello e incluyó, considerando las diferencias que implica un arrendamiento de un (1) año contra uno de cinco (5), un precio que incluía un descuento a mayor plazo de contratación, sin embargo, eso no significa que buscó establecer un



esquema general de descuentos basado en un solo criterio, como parece señalar el OSIPTEL, todo lo contrario: responde a un pedido expreso de dicha entidad ante la propuesta inicial de celebrar contratos de arrendamiento de infraestructura por un plazo mínimo mayor a estos.

Además, señala que establecer de antemano un descuento como éste (por un factor objetivo como el plazo de contratación) no significa que, en caso se encuentren en un escenario específico que lo amerite, se puedan realizar descuentos adicionales en función a otros factores. Es decir, esta propuesta no excluía la adición de descuentos por factores distintos al plazo de contratación. Factores que, además, generalmente solo pueden ser considerados luego de entablada una relación (como lo es si un cliente es o no un buen pagador).

TELEFÓNICA manifiesta que la OBC, es un marco de referencia para que negocie con la otra parte un contrato de acceso a su infraestructura, el cual sienta reglas y condiciones mínimas a tener en cuenta. Éstas, sin embargo, bien pueden variar en función al caso concreto si las circunstancias lo ameritan (sea por el otorgamiento de un descuento adicional o por la restricción a un descuento debido a causas justificadas - como un mal historial de pago-).

De otro lado TELEFÓNICA indica que de acuerdo con el OSIPTEL, los descuentos propuestos no habrían sido admitidos debido a que eran menores que los suscritos libremente. Señala que es cierto, dado que su empresa ofreció descuentos menores, pues las condiciones bajo las cuales se ofrecerían (las futuras condiciones de la OBC) eran distintas y más restringidas que las que existían cuando negociaban, como bien señala el regulador, libremente. El contexto para la negociación de un contrato era muy distinto antes de la aprobación de la OBC que luego de ello. La diferencia, como bien apunta el OSIPTEL, se verificaba hasta en el esquema de descuentos propuesto. No resultaba económicamente viable (como no resulta hoy) otorgar descuentos cuando se contrata con precios tan bajos, motivo por el cual luego de la aprobación de la OBC con un precio de arrendamiento por poste de S/. 3.75 sin IGV, TELEFÓNICA decidió no otorgar descuentos adicionales. Indica que la única forma de hacerlo es perjudicándola económicamente: celebrar un contrato que, lejos de beneficiarlos del arrendamiento, significa una pérdida económica considerable, por lo cual cuestionan que se aplique a esté Mandato un esquema de descuentos como el contemplado en el contrato celebrado con VIETTEL antes de la aprobación de la OBC.

Señalan que éste fue celebrado en condiciones de mercado distintas a las actuales, y en condiciones particulares que no necesariamente se replican en los demás operadores. Indican que hoy, los precios máximos que el OSIPTEL ha aprobado como contraprestación "razonable" para TELEFÓNICA suponen en realidad un perjuicio económico, especialmente si aprueba esquemas de descuentos sin tomar en cuenta las diferencias de uno y otro caso.



En suma, TELEFÓNICA manifiesta que una decisión que debería ser tomada libremente, en función a valores y criterios técnicos y sujetos a las características de cada caso (pues solo de esa forma se evita la discriminación entre concesionarios), es eliminada a través de una decisión del regulador. Con esta decisión, el OSIPTEL está obligando a TELEFÓNICA a aplicar un esquema de descuentos generalizado, sin posibilidad de analizar a los concesionarios caso por caso, en contradicción con lo establecido en la legislación aplicable y en la OBC. Señalan que, resulta grave que, con esta decisión el OSIPTEL elimine, en la práctica, el derecho de TELEFÓNICA a determinar sus políticas de descuentos.

Consideran que bajo el argumento planteado por el OSIPTEL, es virtualmente imposible hacer una modificación paulatina como la que ha venido realizando TELEFÓNICA. Ello debido a que, en una situación como ésta, siempre podría existir un contrato que mantenga un descuento y a partir del cual se pretenda extender esta condición de manera general. En otras palabras, salvo que TELEFÓNICA este en la capacidad de modificar o dejar sin efecto todos los contratos con descuento en un mismo momento, esta decisión comercial (válida y legal) dejará de ser posible.

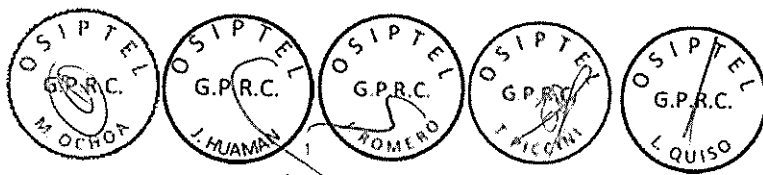
Finalmente, destaca que desde el 26 de setiembre de 2018, fecha en la que se les notificó el Mandato, hasta la fecha, CABLE VISIÓN no ha remitido a TELEFÓNICA sus órdenes de servicio, así como su carta fianza. Tampoco se ha comunicado con su empresa. Esto, más allá de demostrar el desinterés de dicha empresa por mantener una relación adecuada y sana, sirve de ejemplo del mal manejo de las actividades comerciales de CABLE VISIÓN, que se tradujo en más de una oportunidad en pagos tardíos de la facturación mensual por el arrendamiento de puntos de apoyo. En otras palabras, se está favoreciendo con descuentos a una empresa que no cumple con los plazos de las obligaciones más elementales de una relación contractual, siendo perjudicada TELEFÓNICA.

Consideran que corresponde al OSIPTEL, modificar el Mandato de Compartición de tal forma que se elimine el esquema de descuentos generalizado que ha sido comprendido en él, considerando no solo las condiciones especiales de VIETTEL y el contexto de la celebración de ese contrato que justificaron las condiciones acordadas, sino también las malas prácticas comerciales y económicas de CABLE VISIÓN que, además de pagar mal y tarde, ahora se verá beneficiada pagando menos.

De otro lado, respecto de este tema CABLE VISIÓN no ha emitido comentarios.

POSICIÓN DEL OSIPTEL

Respecto de lo señalado por TELEFÓNICA, sobre que en su propuesta de OBC habría planteado un esquema general de descuentos basado en un solo criterio (plazo de contratación, a raíz de que el propio regulador se lo requirió, se deben señalar los siguiente hechos:



1. La propuesta inicial de OBC de TELEFÓNICA presentada mediante su carta DR-107-C-1721/CM-12⁴, consideraba precios por el arrendamiento de "puntos de apoyo en postes" para un plazo mínimo de contratación de 5 años y un mínimo de 50 postes, como se observa a continuación:

"...

4.5.3. Punto de apoyo en postes

De acuerdo con lo descrito en la parte de aspectos técnicos para este servicio, las condiciones económicas comprenden:

Punto de apoyo en postes (S/. sin IGV)

Clasificación	Renta mensual por punto de apoyo en poste	Pago único por punto de apoyo en poste
Lima - Espacio en Postes Concreto	7.34	9.21
Lima - Espacio en Postes Fibra de Vidrio	8.82	9.21
Provincias - Espacio en Postes Concreto	6.58	13.63
Provincias - Espacio en Postes Fibra de Vidrio	8.06	13.63

Notas:

Condiciones sujetas a un plazo de contratación mínimo de 5 años.

Condiciones sujetas a una contratación de un mínimo de 50 postes por requerimiento de El Operador.

Precios en nuevos soles sin IGV.

"...

2. El OSIPTel emitió observaciones a la propuesta de OBC de TELEFÓNICA a través de la Resolución de Gerencia General N° 658-2012-GG/OSIPTel⁵. Como parte de las referidas observaciones se solicitó a TELEFÓNICA, lo siguiente (numeral xix del artículo 1 de la referida resolución):

⁴ Recibida por el OSIPTel el 12 de noviembre de 2012.

⁵ Emitida el 10 de diciembre de 2012 y notificada a TELEFÓNICA mediante carta C.989-GCC/2012 recibida el 17 de diciembre de 2012.



"Incluir en el numeral 4.5 –Condiciones Económicas- de la Oferta Básica de Compartición, los precios que deberán asumir los operadores por la contratación de distintos accesos y uso de infraestructuras contemplados en la Oferta Básica de Compartición para plazos de contratación menores de cinco (05) años, y para la contratación de puntos de apoyo en postes menores a 50 postes por requerimiento". (Lo resaltado es nuestro).

Como se aprecia, la referida observación del OSIPTEL tenía por objeto reducir las condiciones mínimas de contratación planteadas por TELEFÓNICA, y no tenía por objeto requerir a TELEFÓNICA establecer algún esquema de descuento en función al plazo de contratación como lo señala erróneamente dicha empresa. En ese sentido, la propuesta inicial de TELEFÓNICA implicaba a obligar al operador entrante a contratar por un plazo mínimo de 5 años y por un mínimo de 50 postes, a pesar de que no necesite esa cantidad ni ese plazo. De esta forma, la observación tuvo el objetivo de que ningún entrante se vea perjudicado por un excesivo plazo y por pagar por postes que no utilizaría.

3. En atención a dichas observaciones, mediante carta DR-107-C-0207/CM-13 recibida el 19 de febrero de 2013, TELEFÓNICA remitió la absolución de las observaciones efectuadas a la propuesta de OBC, incluyendo un Informe denominado "Propuesta de oferta básica de compartición de infraestructura para el mercado Nº 25 en el acceso mayorista para el internet", elaborado por Apoyo Consultoría. De manera específica, en relación a la observación del OSIPTEL respecto de reducir las condiciones mínimas de contratación planteadas por TELEFÓNICA, dicha empresa planteo lo siguiente:

"4.6.3. Punto de apoyo en postes

De acuerdo con lo descrito en la parte de aspectos técnicos para este servicio, las condiciones económicas comprenden:

Punto de apoyo en postes

(S/. sin IGV)

Plazo de contratación a 1 año:

Clasificación	Renta mensual por punto de apoyo en poste	Pago único por punto de apoyo en poste
Lima - Postes Concreto	13.68	9.21
Lima - Postes Fibra de Vidrio	16.53	9.21
Provincias - Postes Concreto	12.40	13.63
Provincias - Postes Fibra de Vidrio	15.25	13.63



Plazo de contratación a 3 años:

Clasificación	Renta mensual por punto de apoyo en poste	Pago único por punto de apoyo en poste
Lima - Postes Concreto	13.13	9.21
Lima - Postes Fibra de Vidrio	15.70	9.21
Provincias - Postes Concreto	11.78	13.63
Provincias - Postes Fibra de Vidrio	14.49	13.63

Plazo de contratación a 5 años:

Clasificación	Renta mensual por punto de apoyo en poste	Pago único por punto de apoyo en poste
Lima - Postes Concreto	12.30	9.21
Lima - Postes Fibra de Vidrio	14.78	9.21
Provincias - Postes Concreto	11.03	13.63
Provincias - Postes Fibra de Vidrio	13.51	13.63

Notas.-

Condiciones sujetas a un plazo mínimo de contratación.

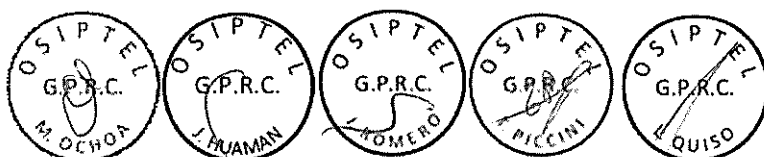
Condiciones sujetas a una contratación de un mínimo de 50 postes por requerimiento de El Operador.

Precios en nuevos soles sin IGV.

Sujeto a facilidades técnicas.

En el supuesto que El Operador presentara una solicitud de arrendamiento de puntos de apoyo en postes, para la fijación de cables y accesorios para prestar servicios distintos al servicio de internet fijo, vía ADSL, previamente, se requerirá que Telefónica elabore un estudio técnico económico, a fin de determinar la viabilidad del servicio.

El estudio técnico económico estará debidamente sustentado y será puesto en conocimiento de El Operador solicitante, quien –dependiendo del resultado- deberá asumir los costos correspondientes de manera previa al uso de la infraestructura.” (Lo resaltado es nuestro). “



Como se observa, TELEFÓNICA platea descuentos en los valores de renta mensual en función al plazo de contratación.

4. De esta manera, mediante el Informe N° 001-GPRC/2015 se realizó la evaluación integral de la OBC presentada por TELEFÓNICA, en base a lo cual, mediante Resolución de Gerencia General N° 167-2015-GG/OSIPTEL de fecha 13 de marzo de 2015, se aprobó la propuesta de OBC de TELEFÓNICA a efectos de recibir comentarios a la misma. En dicha propuesta para comentarios, no se recogió la propuesta de descuentos en función al plazo de contratación planteado por TELEFÓNICA, considerándose los siguientes precios para el alquiler de Punto de apoyo en postes:

"...

4.5.2. Punto de apoyo en postes.

Renta Mensual y un Pago Único por cada tipo de poste (poste de concreto o de fibra de vidrio), y dependiendo si es Lima o Provincias.

No se establece ningún esquema de descuentos, a fin de permitir que sean establecidos libremente.

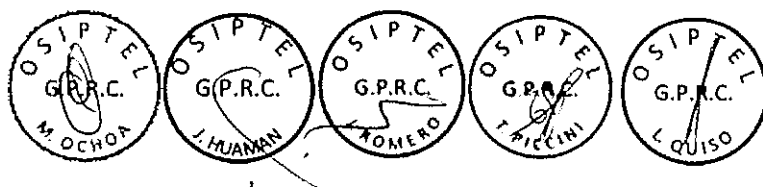
Categoría	c.1 Renta mensual (S/. sin IGV)	c.2 Pago único (S/. sin IGV)
Lima - Postes Concreto	3.75	7.34
Lima - Postes Fibra de vidrio	6.88	7.34
Provincias - Postes Concreto	3.75	11.57
Provincias - Postes Fibra de vidrio	6.88	11.57

Notas.-

Precios en nuevos soles sin IGV. Sujeto a facilidades técnicas.

..." (Lo resaltado es nuestro).

Al respecto, se debe señalar que el OSIPTTEL verificó la existencia de condiciones económicas más favorables en cuanto a la aplicación de descuentos, otorgados por TELEFÓNICA en el marco de otras relaciones de compartición, en condiciones equivalentes, señalando en el referido el Informe N° 001-GPRC/2015, que el tipo de infraestructura que posee TELEFÓNICA no era distinto a lo ofrecido a través de la OBC, o a través de la suscripción de contratos de arrendamiento sin OBC. Así, en razón a dichas consideraciones, y aun habiendo reducido TELEFÓNICA el plazo mínimos de contratación (al considerar 1 año, 3 años y 5 años como plazos de contratación alternativos), no resultaba factible establecer descuentos en base al criterio de plazo de contratación en los términos planteados por TELEFÓNICA,



porque implicaba condiciones menos ventajosas comparadas con las ofrecidas por dicha empresa, en sus contratos de arrendamiento vigentes a esa fecha.

5. Mediante carta TP-AR-GER-1597-15 recibida el 17 de junio de 2015, TELEFÓNICA remitió sus comentarios a la Resolución N° 167-2015-GG/OSIPTel y a la propuesta de OBC, señalando sus discrepancias respecto de la no inclusión de su propuesta de descuentos por plazo de contratación (1 año, 3 años y 5 años), señalando lo siguiente:

“ ...

4. Plazos de Contratación

Este es el último tema que se considera no fue subsanado totalmente por nuestra empresa. Al describir esta observación se tocan dos temas: (i) los plazos de contratación, requiriendo que la OBC incluya plazos menores a 5 años y (ii) la solicitud a que la oferta de contratación de puntos de apoyo en postes sea menor a 50 postes por requerimiento.

Respecto al primer tema, según se indica en el Informe N° 001, éste fue subsanado por la empresa, dado que presentó una OBC que incluye plazos de contratación de 1, 3 y 5 años.

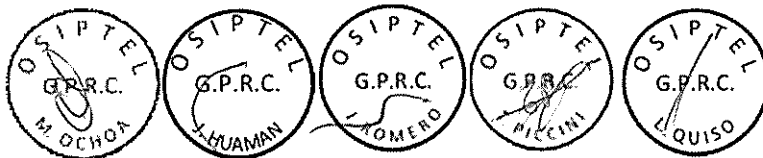
Respecto al segundo tema, se indica que no se subsanó, dado que en vez de presentar una OBC con posibilidad de contratación de puntos de apoyo en postes menores a 50 postes, se procedió a explicar los motivos por los que la oferta tenía esta característica.

Al respecto, consideramos que este caso permite ejemplificar el derecho de libertad contractual que debe ser protegido en el modelo de acceso a la infraestructura mediante una OBC.

- Por el lado del plazo de contratación, consideramos es un derecho y no vulnera de modo alguno el marco normativo que TELEFÓNICA emita una OBC con plazos mínimos de contratación, ya que ello es parte de la libertad con la que cuenta para definir su oferta comercial.

En este caso a pedido de OSIPTel, TELEFÓNICA cambió su propuesta inicial y elaboró una oferta con plazos de contratación menores (1, 3 y 5 años); sin embargo, aun habiendo subsanado dicha observación, esto no ha sido tomado en cuenta, dado que la OBC emitida en el proyecto plantea que la oferta de TELEFÓNICA no debe tener plazos mínimos de contratación.

*Al respecto, debemos manifestar nuestra discrepancia con este hecho, dado que una decisión como ésta resulta contraria a la libertad con la que cuenta la empresa de **definir las características de su Oferta de Compartición de Infraestructura**, tal como hemos mencionado previamente, en este caso no nos encontramos en proceso de regulación tarifaria o de emisión de un mandato.*



- Por el lado de la contratación mínima de puntos de apoyo (50 postes por requerimiento), en ningún caso se trata de que TELEFÓNICA haya querido dejar sin subsanar la observación planteada; por el contrario, dada la experiencia con la se cuenta en la prestación de este servicio, la empresa considera esta debe ser la base en la contratación del servicio.

En todo caso, con independencia de la explicación que llevaremos a cabo más adelante, resulta pertinente manifestar que a nuestra consideración, tomar la decisión de eliminar esta premisa base de la prestación de este servicio, resulta contraria a la libertad contractual con la que cuenta nuestra empresa.

Cabe indicar que el argumento que se cita en el Informe N° 001 para proceder con eliminar esta premisa, es que podría darse el caso que existan empresas que requieran acceder a una cantidad menor de postes.

Al respecto, consideramos relevante resaltar que en este caso nos encontramos solo ante una de las modalidades de acceso a la infraestructura (acogimiento a la OBC); por ende, es importante tomar en cuenta que **si una empresa solicitante considera que sus requerimientos no son resueltos por la OBC**, cuenta con la opción de solicitar el acceso a la infraestructura vía la negociación de un contrato, o de no llegar a un acuerdo, vía la emisión de un mandato. (Lo resaltado es nuestro).

...

Aquí resulta relevante resaltar la posición expresada por TELEFÓNICA, al manifestar que entiende que si una empresa solicitante considera que sus requerimientos no son resueltos por la OBC, dicha empresa tiene la vía del Mandato. Asimismo, TELEFÓNICA señala que hay una distinción clara entre definir las características de su Oferta de Compartición de Infraestructura, de lo que significa un proceso de emisión de un mandato.

Queda claro también, que la propuesta de considerar descuentos en el precio, en función a plazos de contratación escalonados de 1, 3 y 5 años, es enteramente de TELEFÓNICA, en respuesta a la observación del OSIPTTEL de reducir las condiciones mínimas de contratación planteadas por dicha empresa, la cual consideraba un plazo mínimo de contratación de 5 años, con un mínimo de 50 postes por requerimiento.

Es decir, el OSIPTTEL no requirió a TELEFÓNICA, en ningún momento del proceso de aprobación de la OBC, establecer descuentos en base al criterio de plazo de contratación, como erróneamente lo señala dicha empresa en el presente recurso de reconsideración. Es así que, la referida propuesta de TELEFÓNICA de establecer descuentos en función a plazos de contratación escalonados de 1, 3 y 5 años, no fue considerada, ni en el proyecto de OBC para comentarios, ni en la OBC finalmente aprobada, por existir condiciones más favorables en cuanto a descuentos pactados por dicha empresa.



6. Mediante Resolución de Gerencia General Nº 039-2016-GG/OSIPTEL se aprobó la OBC de TELEFÓNICA, considerándose los siguientes precios para el alquiler de Punto de apoyo en postes:

"...

4.5.2. Punto de apoyo en postes.

Renta mensual y un pago único por cada tipo de poste (poste de concreto o de fibra de vidrio), y dependiendo si es Lima o Provincias.

No se establece ningún esquema de descuentos, a fin de permitir que sean establecidos libremente, siempre que sea aplicado de manera no discriminatoria.

Categoría	c.1 Renta mensual (S/. sin IGV)	c.2 Pago único (S/. sin IGV)
Lima - Postes Concreto	3.75	8.45
Lima - Postes Fibra de vidrio	6.88	8.45
Provincias - Postes Concreto	3.75	13.31
Provincias - Postes Fibra de vidrio	6.88	13.31

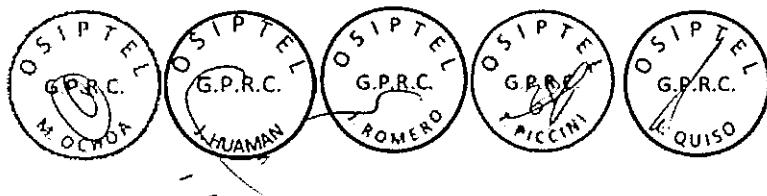
Notas.-

Precios en nuevos soles sin IGV. Sujeto a facilidades técnicas.

..." (Lo resaltado es nuestro).

En relación a estos precios es preciso hacer notar que se añadió respecto del proyecto para comentarios, la precisión de que los esquemas de descuentos que sean establecidos libremente, sean aplicados de manera no discriminatoria. Asimismo, el permitir que los esquemas de descuentos sean establecidos libremente, no hace que el otorgamiento de algún esquema de descuentos sea facultativo únicamente por parte de TELEFÓNICA, respecto del cual el OSIPTTEL no pueda pronunciarse en el marco de un Mandato de Participación.

Al respecto, debe quedar claro que resulta facultad de ambas partes, en el marco de la negociación de un posible acuerdo de participación, el optar por algún esquema de descuentos, siempre que sea aplicado de manera no discriminatoria. Asimismo, el poder de negociación de TELEFÓNICA en el marco de un proceso de negociación de un posible acuerdo de participación, no anula *per se* la legítima aspiración de la parte solicitante, de negociar la aplicación de algún esquema de descuentos, o



solicitar la aplicación de condiciones más ventajosas vigentes en otros contratos de arrendamiento en los que TELEFÓNICA es parte.

7. De otro lado, TELEFÓNICA incluyó también como parte de su propuesta inicial de OBC, un esquema de penalidad aplicable al operador que resolviera el contrato de arrendamiento antes del plazo de vigencia forzoso, o solicita la disminución de la infraestructura contratada. Al respecto, en el numeral 2.2 de los considerandos de la referida Resolución N° 658-2012-GG/OSIPTel, se señala que de la evaluación de distintos Acuerdos de Compartición de Infraestructura suscritos por TELEFÓNICA y remitidos al OSIPTel, se verificó que dicha empresa mantenía vigentes contratos de arrendamiento de puntos de apoyo en postes, en los que se consideraba un esquema de penalidad con condiciones más favorables que las propuestas en la OBC. Al respecto, la observación del OSIPTel en relación a dicho aspecto fue la siguiente (numeral ii del artículo 1 de la Resolución N° 658-2012-GG/OSIPTel):

“Conceder, en el régimen de penalidades aplicables incluido en la Oferta Básica de Compartición, las mismas condiciones que las estipuladas en acuerdos anteriormente suscritos por Telefónica del Perú S.A.A., siendo que Telefónica del Perú S.A.A. podría optar por convenir mejores condiciones respecto de dicho régimen con el concesionario solicitante de la compartición.” (Lo resaltado es nuestro).

Como se observa, en aplicación del Principio de No Discriminación, el OSIPTel dispone que TELEFÓNICA debía ofrecer en la OBC, las mismas condiciones que las estipuladas en contratos de arrendamiento suscritos por dicha empresa con otros operadores, u optar por ofrecer mejores condiciones.

Es importante hacer notar que a través de la referida observación, el OSIPTel evidenciaba su posición de considerar condiciones más favorables existentes en contratos de arrendamiento suscritos por TELEFÓNICA, que se encontraran vigentes para el mismo tipo de infraestructura, en observancia de lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 9 de las Disposiciones Complementarias del Decreto Legislativo N° 1019. Es decir, la referida posición expresada por el OSIPTel en el marco del procedimiento de emisión de Mandato con CABLE VISIÓN, no constituye un criterio nuevo, sino que dicho criterio ya era conocido por TELEFÓNICA desde el 2012, a consecuencia de las observaciones emitidas por el OSIPTel a su propuesta de OBC.

De otro lado, respecto de lo señalado por TELEFÓNICA de que su propuesta de descuento por plazo de contratación presentada en el marco de aprobación de la OBC, no excluía la incorporación de criterios adicionales para otorgar descuentos, resulta alejado de criterios objetivos y transparentes para otorgar descuentos, ya que si dichos criterios no son claros y conocidos a priori por todos los posibles solicitantes, ello genera distorsiones en las decisiones de contratación porque los agentes no pueden comparar adecuadamente las ofertas que ofrece el mercado.



En consecuencia, el OSIPTEL no desconoce el hecho de que puedan existir criterios adicionales para otorgar descuentos, sino que este organismo considera que dichos criterios no deben ser aplicados de manera subjetiva, como lo plantea TELEFÓNICA. En efecto, de lo planteado por dicha empresa en su recurso de reconsideración, no queda claro por ejemplo, a partir de que umbral de incumplimiento se consideraría a un determinado operador como un “mal pagador”. Al respecto, el OSIPTEL considera que dicho umbral debería ser claro y conocido, a priori por todos los agentes que potencialmente pueden solicitar el acceso a la infraestructura de TELEFÓNICA. Es importante también señalar, que existen los mecanismos procedimentales para que, de considerarlo conveniente, TELEFÓNICA solicite la inclusión de criterios objetivos para el establecimiento de esquemas de descuentos como parte de su OBC.

Asimismo, debe quedar claro los dos criterios, plazo de contratación y cantidad de puntos de apoyo, que forman parte del esquema de descuento establecido en el Mandato de Compartición emitido entre TELEFÓNICA y CABLE VISIÓN, no han sido determinados por el OSIPTEL, sino por la propia TELEFÓNICA en los diversos contratos de arrendamiento suscritos para el mismo tipo de infraestructura arrendada, tal como se detalló anteriormente.

Finalmente, se considera que no constituye materia de pronunciamiento para efectos del presente recurso de reconsideración, la evaluación de si CABLE VISIÓN puede ser o no considerado buen pagador, y por ende le sea aplicable un esquema de descuento, debido a que dicho criterio de descuento no se encuentra formalmente definido en ningún contrato de arrendamiento suscrito por TELEFÓNICA o en su OBC.

Resulta importante señalar, que en el numeral 1.14 del Mandato de Compartición emitido, se establece que la relación de compartición quedará resuelta, entre otras causales, por el incumplimiento por tres (03) meses consecutivos o alternados de los pagos referidos a la infraestructura de telecomunicaciones, en plazos anuales. Asimismo, se dispuso que CABLE VISIÓN otorgue a favor de TELEFÓNICA, una carta fianza solidaria, irrevocable, incondicionada, de realización automática y sin beneficio de excusión, por la suma equivalente a tres (3) meses de renta mensual que corresponda para la totalidad de los puntos de apoyo en poste, solicitados en la Orden de Servicio, con el objeto de garantizar el pago de la renta mensual.

5.2. SOBRE LAS DEMÁS CONDICIONES CONTRACTUALES Y LA CREACIÓN DE UN ESQUEMA PARALELO A LA OBC.

POSICIÓN DE LAS PARTES

Sobre el plazo de pago a partir de lo señalado en la Resolución de Superintendencia 97-2012/SUNAT, TELEFÓNICA señala que no resulta coherente por parte del Regulador no haber incluido las disposiciones de la SUNAT respecto al pago, debido a que en los contratos suscritos con otros clientes se ha incluido este aspecto y no ha sido cuestionado por el OSIPTEL, más aún cuando CABLE VISIÓN no ha cuestionado este



punto ni lo incluyó dentro de su solicitud de Mandato. Por ello, al no ser un aspecto que perjudique la esencia del pedido de CABLE VISIÓN, y por el contrario, facilita la operativa respecto al pago entre las partes, consideran que debería incluirse dentro del Mandato.

De otro lado, respecto de este tema CABLE VISIÓN no ha emitido comentarios.

POSICIÓN DEL OSIPTEL

Respecto de lo señalado por TELEFÓNICA sobre que el OSIPTEL no ha incluido la disposición de SUNAT respecto del plazo de pago, se debe señalar que la Resolución de Superintendencia Nº 097-2012/SUNAT no señala, ni está dentro de su ámbito, el establecer el medio probatorio, para verificar el cumplimiento del plazo de cómputo para efectos de la obligación del pago de la renta mensual, establecida en el Mandato. De esta manera, resulta crucial que las partes cuenten con una fecha cierta para efectos de verificar el cumplimiento de la obligación de pago dentro del plazo máximo establecido en el Mandato, y que como se señaló anteriormente, el incumplimiento por tres (03) meses consecutivos o alternados de los pagos referidos a la infraestructura de telecomunicaciones, en plazos anuales, determinaría que la relación de compartición quede resuelta. En consecuencia, una posible indefinición en el inicio del cómputo del plazo máximo para efectuar el pago de la renta mensual, si constituye un aspecto que podría perjudicar eventualmente a CABLE VISIÓN, en el marco de la implementación del Mandato emitido, contrariamente a lo que señala TELEFÓNICA.

Cabe señalar que para efectos del Proyecto de Mandato aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo Nº 00163-2018-CD/OСИTEL, y en atención a lo señalado por TELEFÓNICA en su carta TP-AG-GER-0569-16⁶ respecto de la obligación de dicha empresa de emitir facturación electrónica, se incluyó la siguiente redacción en el numeral 3.1 del referido Proyecto de Mandato:

Texto del documento de la OBC (Aprobada por Resolución de Gerencia General Nº 039-2016-GG/OСИTEL)	Texto del Proyecto de Mandato (Aprobado por Resolución de Consejo Directivo Nº 00163-2018-CD/OСИTEL)
4.1 Facturación y Pago. <i>El Operador</i> se obliga al pago de la renta en forma mensual y por adelantado, a más tardar dentro de los <u>quince (15) días calendarios siguientes a la fecha de recepción de la factura respectiva en el domicilio de <i>El Operador</i>, mediante</u>	3.1 FACTURACIÓN, RÉGIMEN DE PAGO Y CONSTITUCIÓN EN MORA. CABLE VISIÓN se obliga al pago de la renta en forma mensual y por adelantado, a más tardar dentro de los <u>quince (15) días calendarios siguientes a la fecha de recepción de la factura</u>

⁶ Recibida el 01 de marzo de 2016, en la que TELEFÓNICA plantea algunas consultas y solicita se le confirme la aplicación de algunos aspectos relacionados con la OBC.

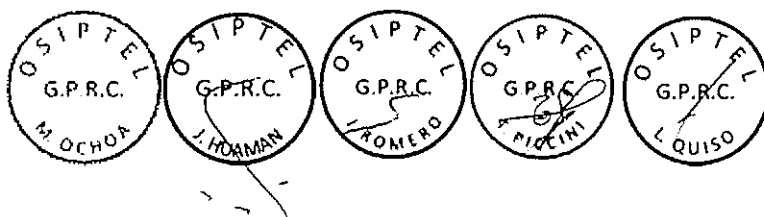


Texto del documento de la OBC (Aprobada por Resolución de Gerencia General Nº 039-2016-GG/OSIPTEL)	Texto del Proyecto de Mandato (Aprobado por Resolución de Consejo Directivo Nº 00163-2018-CD/OSIPTEL)
depósito en la cuenta bancaria o en el lugar que Telefónica indique. Los montos no incluyen el IGV respectivo. Los pagos se efectuarán en Nuevos Soles. Telefónica se compromete a emitir las facturas correspondientes dentro de los primeros diez (10) días hábiles de cada mes. (...) Pág. 38 de la OBC.	respectiva en el domicilio de CABLE VISIÓN, mediante depósito en la cuenta bancaria o en el lugar que TELEFÓNICA indique. El referido plazo también puede considerarse desde la fecha de recepción de la comunicación de TELEFÓNICA en el domicilio de CABLE VISIÓN, indicándole que está disponible en su página web la posibilidad de descargar el comprobante de pago del mes correspondiente. Los montos no incluyen el IGV respectivo. Los pagos se efectuarán en Soles. TELEFÓNICA se compromete a emitir las facturas correspondientes dentro de los primeros diez (10) días hábiles de cada mes. (...) Pág. 63 del Informe 00163-GPRC/2018.

De esta manera, la precisión realizada en el Proyecto de Mandato tuvo por objeto contemplar el caso de la emisión de facturas electrónicas, por lo que se requería señalar una fecha cierta de inicio del plazo máximo de quince (15) días calendarios para que CABLE VISIÓN efectúe el pago de la renta mensual, estableciéndose como inicio, la fecha de recepción de la comunicación de TELEFÓNICA al domicilio de CABLE VISIÓN, donde se le indique que está disponible en la página web de TELEFÓNICA, el comprobante de pago del mes correspondiente. Asimismo, es importante señalar que dicha notificación no resultaba más onerosa para TELEFÓNICA, que la obligación establecida en la OBC de remitir la factura al domicilio de CABLE VISIÓN.

No obstante, considerando el cuestionamiento de TELEFÓNICA a la referida precisión, en sus comentarios al Proyecto de Mandato, argumentando que la normativa de SUNAT no obliga a TELEFÓNICA a remitir la comunicación al domicilio de CABLE VISIÓN; el OSIPTEL consideró para efectos del Mandato definitivo, mantener la redacción original señalada en la OBC, donde sí se establece textualmente la: **"recepción de la factura respectiva en el domicilio de El Operador"**.

De esta manera, considerando que: (i) la referida obligación establecida en la OBC resulta también compatible con la práctica de facturación electrónica; y que resulta importante contar con una fecha cierta de inicio del plazo máximo para efectuar el pago de la renta mensual por parte de CABLE VISIÓN, considerando que el incumplimiento de la referida obligación de pago constituye una causal de terminación de la relación de



compartición⁷, en los términos establecidos en el numeral 1.6 del Mandato emitido (Anexo I); el OSIPTEL se ratifica en considerar la redacción original señalada en la OBC en cuanto a la remisión al domicilio, aún si se trata de la copia de la factura electrónica emitida.

5.3. SOBRE QUE EL MANDATO CONSTITUIRÍA UNA BARRERA BUROCRÁTICA ILEGAL.

POSICIÓN DE LAS PARTES

TELEFÓNICA señala que el OSIPTEL decida aplicar un esquema de descuentos "generalizado" y limitado a solo dos factores (número de postes y temporalidad), transgrede la OBC y la libertad que tienen las partes de determinar el contenido de sus contratos y definir si existen criterios distintos a la "cantidad de postes arrendados" que deban ser tomados en cuenta. Además, contraviene la naturaleza técnica que debe guiar una decisión como ésta. Si bien es cierto que a falta de acuerdo entre las partes el OSIPTEL puede dictar un mandato que contenga las condiciones económicas, tanto la OBC como las Disposiciones Complementarias cierran toda clase de discusión al respecto: el OSIPTEL no puede establecer esquemas de descuentos generalizados por criterio propio.

Señalan que resulta aún más grave debido a que con la aprobación del Mandato, el OSIPTEL busca desconocer y hacer inaplicable la decisión válida y legal de TELEFÓNICA de no dar más descuentos. Esta decisión, como es de conocimiento del OSIPTEL, se vino ejecutando de manera progresiva, mediante la modificación de los contratos existentes. Este cambio progresivo los llevó a una situación en la que el único contrato vigente con descuentos es el de VIETTEL.

Sin embargo, desconociendo esta decisión comercial y el hecho que esta modificación paulatina se ha venido dando respecto de todos los concesionarios, el OSIPTEL pretende extender el beneficio particular de VIETTEL a todos los demás concesionarios. Ello pese a que su situación es distinta (lo que justifica un tratamiento diferenciado) y que, además, la decisión de TELEFÓNICA es la de eliminar también tales descuentos una vez que el contrato de VIETTEL lo permita.

En otras palabras, dada que la decisión de TELEFÓNICA no implicó una modificación inmediata de todos los contratos de los concesionarios, el OSIPTEL pretende dejar sin efecto todos los cambios que paulatinamente ha venido implementado TELEFÓNICA, mediante una indebida extensión del esquema de descuentos de VIETTEL. Con ello, el OSIPTEL desconoce el derecho que la propia regulación reconoce a TELEFÓNICA para decidir si concede o no descuentos.

7 "El incumplimiento del pago de la renta mensual, así como de cualquier otro concepto señalado en el presente Mandato, facultará a TELEFÓNICA a suspender la compartición conforme a lo establecido en el numeral 1.14 del presente Mandato".



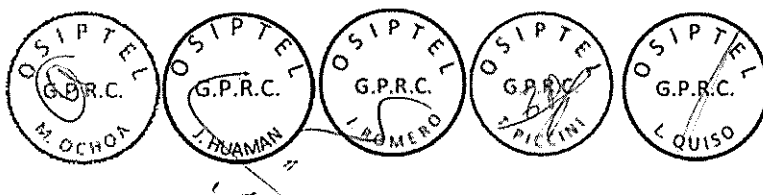
TELEFÓNICA, sostiene que, a pesar de la existencia de un procedimiento regulado para la modificación de la OBC, el OSIPTEL ha emitido un Mandato que contraviene la misma OBC que aprobó hace tan solo dos (2) años. Es decir, ha aprobado un Mandato de Compartición que contraviene la OBC. Entre las disposiciones que el OSIPTEL ha aprobado en la OBC se halla la capacidad de las partes (y no del regulador) de establecer libremente un descuento. Indica que si el OSIPTEL consideraba que debía establecerse una “obligación” de brindar descuentos, lo que debió hacer es modificar la OBC y la regulación vigente y no hacerlo vía mandato.

TELEFÓNICA considera que OSIPTEL no ha observado el debido procedimiento, en tanto son las Disposiciones Complementarias las que regulan la forma en la que se presentará y aprobará una OBC, así como la forma en la que una OBC vigente podrá ser modificada (a pedido de Telefónica y posterior aprobación del OSIPTEL). Si el OSIPTEL considera indispensable que los contratos de compartición contemplen algún esquema de descuentos en función a la duración del contrato, de la cantidad de puntos de apoyo arrendados o de cualquier otro aspecto, pues bien puede remitirse al procedimiento de modificación de la OBC. Hacerlo a través de un Mandato de Compartición vulnera las normas que regulan el acceso a la infraestructura del Proveedor Importante, el cual establece de manera textual que se trata de un aspecto facultativo que queda libremente a criterio de las partes acordarlo o no.

En tal contexto, TELEFÓNICA asegura que una decisión como esta constituye una barrera burocrática ilegal, en tanto se encuentran ante un acto administrativo que contraviene lo que de manera expresa han señalado las normas aplicables: que sean las partes quienes acuerden libremente la aplicación de descuentos y no el regulador, desnaturalizando la finalidad de la OBC y la regulación aprobada para ello.

Por último, TELEFÓNICA indica que el Mandato transgrede lo establecido en el artículo 14 del Decreto Legislativo N° 1256 y el principio de legalidad. Precisa que el principio de legalidad implica el deber de los poderes públicos de acatar lo dispuesto en las leyes generales que regulan o disciplinan sus facultades y su actuación. En ese sentido, a diferencia del ámbito de actuación de los privados, quienes pueden hacer todo aquello que la ley no prohíbe, las entidades que conforman la administración pública solo están facultadas a hacer lo que la ley expresamente les permite.

Asimismo, señala que el ordenamiento jurídico peruano ha incorporado y desarrollado constitucionalmente dicho principio en los artículos 51 y 138 de la Constitución Política. Asimismo, en el ámbito administrativo, dicho principio ha sido incorporado en el numeral 1.1. del artículo IV del TUO de la LPAG. En ese sentido, las autoridades administrativas están en la obligación de actuar con respeto a la constitución y la ley, dentro de las



facultades que les han sido atribuidas y de acuerdo con los fines para los cuales dichas facultades les fueron asignadas⁸:

Hacen referencia al Tribunal Constitucional que estableció lo siguiente en la sentencia recaída en el Expediente No. 1035-2001-AC-TC:

"La Administración Pública en general y los municipios como parte de ella, en un Estado de Derecho debe estar organizada desde y conforme a la ley, y su finalidad no puede ser otra sino la de procurar la satisfacción del interés general, dentro de los límites establecidos por el ordenamiento jurídico y con el debido respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos. No es suficiente para garantizar ese estado de Derecho, que quien ostenta el poder público lo haya obtenido a través de los procedimientos establecidos en la Constitución o la ley, y en el caso de los alcaldes que su mandato sea producto de procesos electorales libres y democráticos. Es necesario, junto con esa legitimidad de origen, que las autoridades actúen de acuerdo a lo que expresa o implícitamente establezca el ordenamiento jurídico, así como que sean capaces de responder jurídica q políticamente por sus actos".

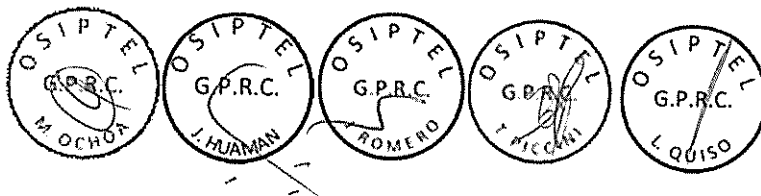
Finalmente, indican que Cassagne ha señalado lo siguiente⁹:

"Al descenderse al plano de la aplicación de las normas legales o reglamentarias, la actividad administrativa concreta creadora de situaciones jurídicas subjetivas (mediante la técnica del acto administrativo) tiene que respetar las realas del procedimiento administrativo q los requisitos establecidos para la validez de los respectivos actos. De ese modo y sin perjuicio de la importancia valorativa de otros fines, también esenciales de la actividad regulatoria (v.gr., tutela de los usuarios, promoción de la competencia), no hay que perder de vista la función 'garantística que en todo Estado de Derecho cumplen tanto el procedimiento como la institución del acto administrativo, para hacer posible que la actividad prestacional se desenvuelva con arreglo al principio de legalidad y en un morco general de juridicidad".

TELEFÓNICA manifiesta que el principio de legalidad es una garantía a favor de los ciudadanos que impide una vulneración a sus ámbitos de libertad y a la estructura normativa, siendo el objetivo y fin de tal principio ser mecanismos que limitan la actuación del Estado. Ante ello, son inválidos todos aquellos actos que no estén expresamente autorizados por ley, puesto que el principio de legalidad es el "límite" de la actuación de las entidades estatales.

⁸ MORÓN, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. 12da edición. Lima: Gaceta Jurídica. 2017. p. 52

⁹ CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo, Tomo H. Lima: Palestra. 2010. p. 490.



Considerando lo anterior señalan que, el Mandato, al imponer una obligación contraria a la OBC y las Disposiciones Complementarias, vulnera el principio de legalidad y puede ser denunciado como barrera burocrática ilegal.

De otro lado, respecto de este tema CABLE VISIÓN no ha emitido comentarios.

POSICIÓN DEL OSIPTTEL

Sobre el particular, de acuerdo con el tercer numeral del artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1256, que aprueba la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas, una barrera burocrática es definida de la siguiente manera: (subrayados agregados)

3.- Barrera Burocrática: exigencia, requisito, limitación, prohibición y/o cobro que imponga cualquier entidad, dirigido a condicionar, restringir u obstaculizar el acceso y/o permanencia de los agentes económicos en el mercado y/o que puedan afectar a administrados en la tramitación de procedimientos administrativos sujetos a las normas y/o principios que garantizan la simplificación administrativa. La sola calidad de exigencia, requisito, limitación, prohibición y/o cobro no implica necesariamente su carácter ilegal y/o su carencia de razonabilidad.

(...)"

Por otra parte, el artículo 14 del referido Decreto Legislativo N° 1256 indica lo siguiente:

"Artículo 14.- Análisis de legalidad

14.1. El análisis de legalidad de una barrera burocrática implica que la Comisión o la Sala, de ser el caso, evalúe los siguientes aspectos:

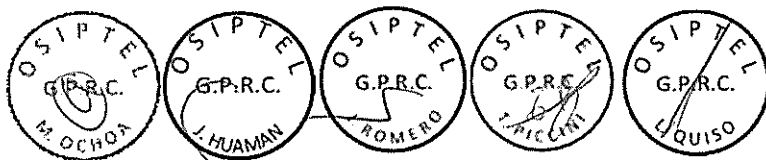
(...)

c. Si a través de la imposición y/o aplicación de la barrera burocrática se contravienen normas y/o principios de simplificación administrativa o cualquier dispositivo legal."

De acuerdo con los textos legales citados, el Mandato emitido por el OSIPTTEL constituiría una barrera burocrática ilegal en tanto vendría a ser una exigencia que afecte a TELEFÓNICA en la tramitación de un procedimiento administrativo sujeto las normas y/o principios que garantizan la simplificación administrativa.

Sobre el particular, es pertinente indicar lo siguiente:

- El proceso para la Emisión de un Mandato no es un procedimiento administrativo en la medida que el resultado no es un acto administrativo, sino



la emisión de un Mandato en uso del ejercicio de la función normativa del OSIPTEL.

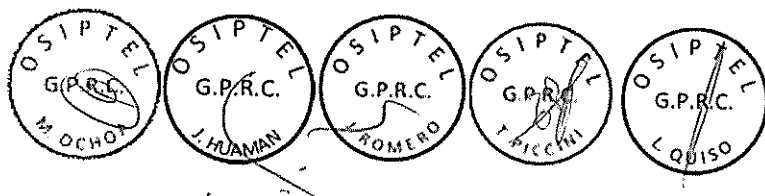
- El inicio del procedimiento para la Emisión de un Mandato de compartición se activa luego que las partes no han logrado llegar a un consenso sin intervención del Organismo Regulador. A través de la Emisión del Mandato se estipulan condiciones que son únicamente de observancia obligatoria para ambas partes de la relación de compartición. En ningún caso, mediante la emisión de un mandato se modifica una norma de carácter general, como por ejemplo, las Normas Complementarias o la OBC.
- La Oferta Básica de Compartición - OBC, viene a ser un marco referencial para la suscripción de contratos de compartición, de observancia obligatoria para TELEFÓNICA como proveedor importante, que contiene condiciones mínimas a tomar en consideración una vez que va a suscribir contratos de compartición. Si las empresas, sobre la base de dichas condiciones mínimas de la OBC instauran una relación de compartición sin que intervenga el OSIPTEL, dicha relación es totalmente válida.

Asimismo, es totalmente válido que, adicionalmente a las condiciones mínimas establecidas en la OBC, las partes intervinientes suscriban un contrato de compartición con cláusulas o acuerdos que consideren necesarios, siempre que dichas estipulaciones adicionales no soslayen las referidas condiciones mínimas o contravengan la normativa vigente y, definitivamente, que ambas partes se encuentren en entero acuerdo. Si no se materializa el acuerdo, vencido el plazo para ello, entonces cualquiera de las partes puede recurrir al OSIPTEL.

- El OSIPTEL considerará en sus pronunciamientos los términos aprobados en la OBC. Asimismo, considerando la dinámica en la provisión de los servicios, el regulador también puede considerar condiciones y términos de provisión que, aun no estando en la OBC aprobada, son beneficiosas para ambas partes en una relación de acceso.

Ahora bien, en el presente caso, lo que se advierte es que TELEFÓNICA y CABLE VISIÓN no lograron un consenso en la etapa de negociación, principalmente porque hubo desacuerdo en la determinación de la retribución económica y por dicha razón, en el plazo previsto para la suscripción del Contrato de Compartición, las partes no lograron ponerse de acuerdo.

En efecto, como puede apreciarse de los recaudos del Expediente Nº 00010-2018-CD-GPRC/MC, TELEFÓNICA ha planteado condiciones adicionales a las establecidas en la OBC para la suscripción del Contrato de Compartición, mientras que CABLE VISIÓN ha observado principalmente lo referido a la materia económica y por tal motivo ha



solicitado expresamente que sea el OSIPTTEL el que imponga un mandato en dicha relación de compartición.

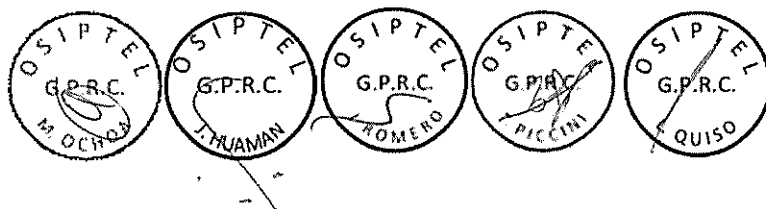
Es en este contexto que, el OSIPTTEL, de conformidad con la normativa vigente, ha intervenido en uso de sus facultades, iniciando el procedimiento para la correspondiente emisión del mandato. En dicho proceso se ha recogido la información proporcionada por ambas partes y se ha cumplido con las etapas establecidas por el DL 1019 y las Normas Complementarias, en tanto se aprobó el proyecto de mandato para que las empresas procedan a comentarlo y posteriormente, se procedió a la emisión del Mandato definitivo. En todas estas etapas se ha encontrado abierta la participación de ambas partes.

Por lo expuesto, el Mandato de Compartición fue emitido luego de haberse cumplido con todas las condiciones, etapas y plazos previstos en el DL 1019 y las Normas Complementarias, por lo tanto, no se ha vulnerado el procedimiento con miras a su emisión.

Por otra parte, en cuanto a que el Mandato establece una "*obligación*" de brindar descuentos, lo que no debió realizarse vía mandato, sino modificando la OBC, es importante reiterar que:

- A través del Mandato de Compartición se han establecido condiciones que únicamente son aplicables a las partes de la relación de compartición. En este caso, son exigibles a TELEFÓNICA y CABLE VISIÓN.
- A través del Mandato de Compartición precisamente se establecen obligaciones exigibles a ambas partes porque sin intervención del Organismo Regulador, dichas partes no lograron un consenso. Su intervención se restringe a establecer obligaciones que permita que la relación de compartición sea eficaz y acorde a las normas vigentes, promoviendo la simplificación y la competencia. No obstante, la dinámica comercial mayorista podría devenir en que haya posibles nuevas condiciones no incluidas en una OBC. En ese escenario, corresponde al regulador evaluar la idoneidad de su inclusión en la relación de acceso.

Respecto de lo anterior, es preciso señalar que la misma empresa TELEFÓNICA ha solicitado que el OSIPTTEL establezca reglas que no se encuentran en la OBC (v.g. plazo de pago dispuesto por la SUNAT, remisión de la copia del documento que demuestra el pago, trabajo infantil, entre otras obligaciones). En consecuencia, queda desestimado el cuestionamiento de que OSIPTTEL, vía mandato, no puede establecer obligaciones específicas en una relación de compartición.



Por las consideraciones antes mencionadas, el Mandato de Compartición no constituye barrera burocrática ilegal alguna. En tal sentido, deben desestimarse los argumentos de TELEFÓNICA en este extremo.

5.4. TELEFÓNICA SOLICITA LA SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DEL MANDATO DURANTE LA EVALUACIÓN DE ESTE RECURSO.

POSICIÓN DE LAS PARTES

TELEFÓNICA señala que el artículo 224 de la LPAG establece que la administración puede, ya sea de oficio o a petición de parte, suspender la ejecución del acto recurrido, en tanto cumpla con uno de los siguientes requisitos: (i) que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación; o, (ii) que se aprecie objetivamente la existencia de un vicio de nulidad.

Indica que la ejecución del Mandato, al igual que el esquema de la OBC, le genera perjuicios millonarios, algo que su empresa viene advirtiendo desde la aprobación de la OBC y del precio máximo a contratar por el arrendamiento de puntos de apoyo en postes (S/. 3.75). Manifiesta que existen empresas cuyos precios por arrendamiento de puntos de apoyo son varias veces mayores a la que regulatoriamente se fijó a favor de TELEFÓNICA¹⁰. Indica que una retribución máxima como la fijada para TELEFÓNICA no puede contener, adicionalmente, un esquema de descuentos, pues ello solo confirma la disparidad que existe en el mercado en perjuicio de su empresa.

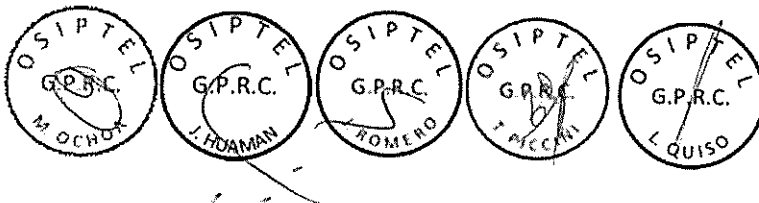
Por ello solicitan al Consejo Directivo tomar en cuenta el daño económico adicional que una situación como la actual les podría generar, y en línea con lo establecido en el inciso 3 del artículo 224, solicitan que se haga una ponderación de los efectos que podría causar el Mandato a su empresa y a CABLE VISIÓN.

Para ello, creen importante que la autoridad también tenga en cuenta que CABLE VISIÓN, a pesar de haber tenido que presentar sus órdenes de servicio y entregar su carta fianza para que se le brinde acceso a sus postes, no lo ha hecho. De igual manera, como se ha indicado en el Informe¹¹, CABLE VISIÓN no presentó comentario alguno sobre el Proyecto de Mandato del OSIPTTEL, demostrando a través de estos actos su falta de interés en llevar una relación comercial adecuada y en utilizar la infraestructura de nuestra empresa para brindar sus servicios.

Por lo anterior, TELEFÓNICA solicita suspender los efectos del Mandato hasta resolver la presente reconsideración, en tanto su ejecución causará grandes perjuicios económicos a su empresa.

¹⁰ Señala que VIETTEL es un ejemplo de ello, ya que le cobra hasta S/ 27 por punto de apoyo.

¹¹ Segundo párrafo de la página 8 del Informe.



De otro lado, respecto de este tema CABLE VISIÓN en respuesta a los comentarios expresados por TELEFÓNICA, respecto del pedido de suspensión de los efectos del mandato durante la evaluación del recurso de reconsideración, señala que dicho pedido carece de todo sustento toda vez que no se cumplen con ninguno de los dos supuestos que establece el numeral 224.2 del artículo 224 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General; y que si bien TELEFÓNICA alega un perjuicio millonario sin embargo no existe mayor sustento que lo expuesto en su recurso de reconsideración, razón por la cual solicita que dicho pedido sea desestimado, y por el contrario considera que debería aplicarse lo dispuesto por el numeral 224.1 del referido artículo, que establece que la interposición de cualquier recurso no suspende la ejecución del acto administrativo.

POSICIÓN DEL OSIPTEL

Sobre esta solicitud, el artículo 224 de la LPAG señala lo siguiente: (subrayados agregados)

"Artículo 224.- Suspensión de la ejecución

224.1 La interposición de cualquier recurso, excepto los casos en que una norma legal establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado.

224.2 No obstante lo dispuesto en el numeral anterior, la autoridad a quien compete resolver el recurso suspende de oficio o a petición de parte la ejecución del acto recurrido cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

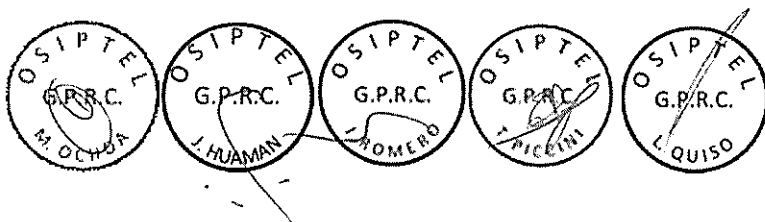
- a) Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.
- b) Que se aprecie objetivamente la existencia de un vicio de nulidad trascendente.

224.3 La decisión de la suspensión se adoptará previa ponderación suficientemente razonada entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el perjuicio que causa al recurrente la eficacia inmediata del acto recurrido.

224.4 Al disponerse la suspensión podrán adoptarse las medidas que sean necesarias para asegurar la protección del interés público o los derechos de terceros y la eficacia de la resolución impugnada.

224.5 La suspensión se mantendrá durante el trámite del recurso administrativo o el correspondiente proceso contencioso-administrativo, salvo que la autoridad administrativa o judicial disponga lo contrario si se modifican las condiciones bajo las cuales se decidió."

Al respecto, en cuanto a la resolución impugnada debe precisarse que esta tiene por objeto aprobar un Mandato que establece las reglas para la relación de compartición entre TELEFÓNICA y CABLE VISIÓN. Dichas Reglas son emitidas por el OSIPTEL en ejercicio de su función normativa, por lo cual, si bien se ha acogido el recurso de



reconsideración interpuesto por TELEFÓNICA y se ha considerado procedente revisar sus comentarios e inquietudes sobre el mandato aprobado por el OSIPTel, ello no convierte al referido mandato en un acto administrativo.

En tal sentido, es de aseverar que no es aplicable el artículo 224 de la LPAG para suspender la ejecutabilidad de un mandato emitido por el OSIPTel en ejercicio de una función normativa.

Sin perjuicio de lo indicado en el párrafo anterior, cabe señalar que conforme a lo precisado por el primer numeral del citado artículo 224 de la LPAG, debe entenderse que, por regla general, la interposición de cualquier recurso no suspende automáticamente la ejecución del acto impugnado, siendo así que la suspensión de efectos constituye una decisión de carácter excepcional que puede adoptar la autoridad y que está sujeta a la verificación objetiva de los requisitos señalados en el inciso 224.2 y además requiere una ponderación suficientemente razonada entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el perjuicio que causa al recurrente la eficacia inmediata del acto recurrido, conforme a lo dispuesto por el inciso 224.3.

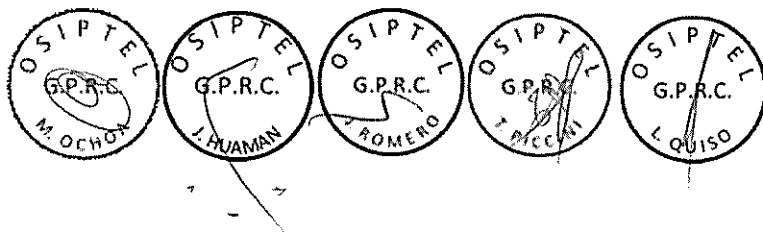
Por otra parte resulta pertinente aseverar que la solicitud realizada por TELEFÓNICA no es consistente con lo dispuesto por el artículo 108 del Reglamento General del OSIPTel, aprobado por Decreto Supremo Nº 008-2001-PCM, que establece el Principio de Ejecutabilidad de las Resoluciones y Decisiones del OSIPTel, dada su vinculación especial con la protección del interés público: (subrayados agregados)

"Artículo 108.- Ejecutabilidad de las resoluciones y decisiones del OSIPTel y suspensión de procedimientos

Las decisiones y resoluciones emitidas por los órganos del OSIPTel se ejecutarán inmediatamente, sin perjuicio de que el interesado interponga los recursos impugnativos que la ley le otorga. Únicamente se suspenderá la ejecución de lo resuelto por un órgano funcional cuando el superior jerárquico de dicho órgano o el Poder Judicial de ser el caso, dispusieran expresamente la suspensión de los efectos de la resolución o decisión impugnada.

Los órganos del OSIPTel suspenderán la tramitación de los procedimientos administrativos que ante ellos se siguen sólo en caso que se haya iniciado un proceso judicial que verse sobre la misma materia, o cuando surja una cuestión contenciosa que requiera de un pronunciamiento previo del Poder Judicial."

En tal sentido, advirtiéndose que la solicitud no se encuentra sustentada en las condiciones establecidas por el artículo 108 del Reglamento General del OSIPTel e inclusive en el artículo 224 de la LPAG, corresponde denegar a TELEFÓNICA la solicitud de suspensión de efectos del Mandato.



6. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN.

Realizada la evaluación del recurso de reconsideración formulado por TELEFÓNICA se recomienda declararlo INFUNDADO y desestimar sus cuestionamientos al Mandato de Compartición de Infraestructura emitido mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 206-2018-CD/OSIPTEL, por las consideraciones expuestas en el presente informe, confirmando así en todos sus extremos el citado Mandato.

Asimismo, se recomienda denegar a TELEFÓNICA la solicitud de suspensión de efectos del Mandato de Compartición antes mencionado.

Atentamente,



LENNIN QUISO CÓRDOVA
GERENTE DE POLÍTICAS REGULATORIAS
Y COMPETENCIA

