



Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones



Firmado digitalmente por PASTOR
PAREDES Milagritos Pilar FAU
20216072155 soft
Cargo: Presidenta Del Tribunal De
Solución De Controversias
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 04.06.2025 11:39:57 -05:00

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Lima, 04 de Junio del 2025

RESOLUCION N° 000005-2025-TSC/OSIPTEL

EXPEDIENTE	003-2024-CCP-ST/CI
ADMINISTRADOS	Best Cable Perú S.A.C.
	Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad Electronorte Medio Sociedad Anónima – Hidrandina S.A.
MATERIA	Acceso y uso compartido de infraestructura
APELACIÓN	Resolución N° 002-2025-CCP/OSIPTEL

Documento electrónico firmado digitalmente en el marco
Reglamento la Ley N°27269, Ley de Firmas y Certifica-
Digitales, y sus modificatorias. La integridad del docume-
y la autenticidad de la(s) firma(s) pueden ser verificadas en:
<https://apps.firmaperu.gob.pe/web/validador.xhtml>

Sumilla: *“Se declara fundado en parte el recurso de apelación presentado por Best Cable Perú S.A.C. en los siguientes términos:(i) Se revoca lo resuelto en el artículo primero de la Resolución impugnada; en consecuencia se declara infundada la excepción deducida por Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad Electro Norte Medio Sociedad Anónima - Hidrandina S.A. respecto de la segunda pretensión planteada por Best Cable Perú S.A.C., (ii) Se revoca lo resuelto en el artículo tercero de la Resolución impugnada; en consecuencia se declara que el contrato continúa vigente y quedará renovado automáticamente por periodos similares y (iii) Se declara fundada la segunda pretensión planteada por Best Cable Perú S.A.C.”*

VISTOS:

- (i) El Expediente N° 003-2024-CCP-ST/CI.
- (ii) El recurso de apelación (Reg. SISDOC N° 05184-2025/MPV) interpuesto el 07 de febrero del 2025 por Best Cable Perú S.A.C. (en adelante Best Cable) contra la Resolución N° 002-2025-CCP/OSIPTEL (en adelante, Resolución Impugnada), de fecha 24 de enero de 2025, emitida por el Cuerpo Colegiado Permanente (en adelante, CCP).

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 1 de enero de 2019, Best Cable e Hidrandina suscribieron el Contrato N° GR/L-99-2019 “Contrato de Uso Compartido de Infraestructura” (en adelante, el Contrato de Compartición), en el marco de la Ley N° 28295 - Ley que regula el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones (en adelante, Ley N° 28295) y su reglamento ⁽¹⁾.

¹ Aprobado por el Decreto Supremo N° 009-2005-MTC.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

2. Con escrito N° 01, recibido con fecha 12 de junio de 2024, Best Cable presentó una reclamación contra Hidrandina, en materia de acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, de acuerdo con los siguientes términos:

“III. PETITORIO. -

3.1. *Mediante la presente reclamación, formulamos como nuestra primera pretensión principal que, se declare la continuidad de la vigencia del **CONTRATO N° GR/99-2019 “CONTRATO DE USO COMPARTIDO DE INFRAESTRUCTURA”** de fecha 01 de enero de 2019, entre la empresa HIDRANDINA y mi representada BEST CABLE.*

3.2. *En atención a lo **expuesto**, solicitamos como segunda pretensión principal que se deje sin efecto a favor de HIDRANDINA la penalidad por la suma **S/ 329,193.15 soles**, comunicada en la Carta HDNA-CH-0114-2024, debido a que dicha penalidad constituye una condición abusiva que no se ajusta a derecho”.*

3. Mediante Resolución N° 00010-2024-CCP/OSIPTTEL, notificada a Best Cable e Hidrandina mediante Cartas C. 00275-STCCO/2024 y C. 00273-STCCO/2024 ⁽²⁾, con fechas 22 de julio y 1 de agosto de 2024 respectivamente, el CCP admitió a trámite la reclamación presentada por Best Cable y dispuso correr traslado de la reclamación a Hidrandina, a fin de que presente su contestación dentro del plazo de quince (15) días hábiles, contados desde el día siguiente de la notificación de la mencionada resolución.
4. Por el escrito (registro SISDOC 68920-2024/MPV), recibido con fecha 22 de octubre de 2024, Best Cable solicitó a la Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados (en adelante, ST-CCO) que se establezcan las condiciones para que Hidrandina se desista del proceso arbitral y ofreció medios probatorios adicionales ⁽³⁾.
5. Mediante la Resolución N° 00029-2024-CCP/OSIPTTEL ⁽⁴⁾, notificada a Hidrandina y Best Cable por medio de las cartas C. 00384-STCCO/2024 y C. 00385-STCCO/2024, con fecha 30 de octubre de 2024, respectivamente; el CCP: (i) incorporó al expediente el escrito presentado por Best Cable, con fecha 22 de octubre de 2024, y dispuso ponerlo en conocimiento de Hidrandina; (ii) incorporó de oficio los medios probatorios adicionales ofrecidos por Best Cable a través de su escrito del 22 de octubre de 2024; y, (iii) dió por concluida la etapa probatoria del presente procedimiento trilateral de solución de controversias. En consecuencia, se otorgó a las partes un plazo de siete (7)

² Al respecto, adicionalmente a la carta C. 00273-STCCO/2024 notificada a Hidrandina en el domicilio precisado por Best Cable en su reclamación, mediante las cartas C. 00272-STCCO/2024 y C. 00274-STCCO/2024, se notificó la Resolución N° 00010-2024-CCP/OSIPTTEL a Hidrandina, en su domicilio fiscal (según el aplicativo Consulta RUC de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria - SUNAT) así como en la Mesa de Partes de Virtual de dicha empresa, con fechas 24 y 22 de julio de 2024, respectivamente.

³ En dicho escrito, Best Cable también solicitó que se inicie un procedimiento administrativo sancionador a dicha empresa, pues vendría desconociendo las competencias del Osiptel para resolver la presente controversia en un supuesto abuso de su posición de dominio, lo que fue denegado por la ST-CCO a través de la carta C. 00400-STCCO/2024, notificada el 8 de noviembre de 2024.

⁴ Aprobada en sesión del 23 de octubre de 2024.



días hábiles, contados a partir del día siguiente de la notificación de la referida resolución para que, de considerarlo pertinente, presenten sus alegatos y/o soliciten el uso de la palabra.

6. Mediante las cartas C. 00411-STCCO/2024 y C. 00412-STCCO/2024, notificadas el 21 de noviembre de 2024, la ST-CCO convocó –por encargo del CCP⁽⁵⁾– a Best Cable e Hidrandina, respectivamente, para que participen en la audiencia de informe oral a realizarse el miércoles 27 noviembre de 2024, a las 8:30 horas, en la modalidad digital (no presencial). Asimismo, se les solicitó información sobre los representantes legales que harían uso de la palabra, requerimiento que fue atendido por ambas partes mediante sus escritos N° 4 y 7, respectivamente, recibidos el 25 de noviembre de 2024.
7. Según se dejó constancia en el Acta de Audiencia de Informe Oral obrante en el presente expediente, con fecha 27 de noviembre del 2024, a las 8:35 horas, se llevó a cabo la Audiencia de Informe Oral, a través de la plataforma *Microsoft Teams*, con la participación de ambas partes, en la cual sustentaron sus posiciones respecto de la presente controversia. Copia de dicha acta y de la grabación fue remitida a las partes el 27 de noviembre de 2024 ⁽⁶⁾.
8. Con fecha 16 de octubre de 2024, el CCP emitió la Resolución Impugnada en la cual resolvió lo siguiente:

“Artículo Primero. - Declarar **FUNDADA** la excepción de incompetencia deducida por **Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad Electro Norte Medio Sociedad Anónima – Hidrandina S.A.** en el extremo referido a la segunda pretensión planteada por **Best Cable Perú S.A.C.** en su escrito N° 1, del 12 de junio de 2024; y, en consecuencia, disponer la conclusión del presente procedimiento trilateral en dicho extremo, por los fundamentos expuestos en la presente resolución.

Artículo Segundo. - Declarar **INFUNDADA** la excepción de incompetencia deducida por **Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad Electro Norte Medio Sociedad Anónima – Hidrandina S.A.**, en el extremo referido a la primera pretensión planteada por **Best Cable Perú S.A.C.** en su escrito N° 1, del 12 de junio de 2024, por los fundamentos expuestos en la presente resolución.

Artículo Tercero. - Declarar **IMPROCEDENTE** la primera pretensión presentada por **Best Cable Perú S.A.C.** contra **Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad Electro Norte Medio Sociedad Anónima – Hidrandina S.A.**, por los fundamentos expuestos en la presente resolución.

Artículo Cuarto. - Encargar a la Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados del Osiptel remitir copia de la presente resolución a la **Dirección de Políticas Regulatorias y Competencia del Osiptel**, para las acciones que correspondan en el ámbito de sus funciones

⁵ El encargo del CCP fue realizado en la sesión del miércoles 20 de noviembre de 2024.

⁶ Mediante el escrito N° 8, recibido con fecha 27 de noviembre de 2024, Best Cable solicitó una copia de la grabación de la audiencia de informe oral, lo cual fue atendido por la ST-CCO, mediante el correo electrónico del 27 de noviembre de 2024, a que se refiere el numeral 8 de la presente resolución.

**PERÚ**Presidencia
del Consejo de MinistrosOrganismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

Artículo Quinto. – Notificar la presente resolución a Best Cable Perú S.A.C. y a Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad Electro Norte Medio Sociedad Anónima – Hidrandina S.A.”

9. Entre los principales argumentos señalados por el CCP en la Resolución Impugnada se encuentran los siguientes:
- (i) La penalidad es una materia que pudo ser vista ante el OSIPTEL en el ejercicio de su función de solución de controversias. Sin embargo, al haberse iniciado un proceso arbitral, la vía administrativa queda excluida.
 - (ii) La continuidad del contrato versa sobre una discrepancia respecto de la interpretación o ejecución de los alcances temporales del Contrato de Participación suscrito con Hidrandina, por lo cual OSIPTEL es competente.
 - (iii) Best Cable aceptó que el contrato sí ha vencido, pese a ello, ha solicitado la continuidad del contrato y a su vez inició un proceso para que Osiptel emita un mandato de participación de infraestructura a Hidrandina. Por lo tanto, Best Cable habría realizado actos contradictorios que resultan incompatibles, careciendo de interés para obrar.
10. Con fecha 17 de febrero del 2025, Best Cable impugnó la Resolución N° 002-2025-CCP/OSIPTEL, solicitando al Tribunal de Solución de Controversias (en adelante, el Tribunal) que declare fundada su apelación, así como el petitorio de su reclamación y revoque la Resolución Impugnada en todos sus extremos. Entre los argumentos expuestos por dicha empresa se encuentran los siguientes:

Sobre la declaración de improcedencia respecto a la primera pretensión

- (i) Si bien OSIPTEL tiene como función garantizar el acceso y participación de infraestructura y hacer que prime el interés público, Best Cable sufre de tratos discriminatorios sobre las condiciones legales y económicas pactadas en su contrato de participación con Hidrandina.
- (ii) En un expediente anterior, Best Cable solicitó la emisión de un mandato para la modificación de su contrato con Hidrandina, a fin de que se modificara el marco legal previsto en la Ley N°29904. No obstante, Hidrandina alegó que el contrato ya habría vencido, motivo por el cual el Consejo Directivo declaró improcedente la solicitud, pese a que Best Cable contaba con los títulos habilitantes necesarios.
- (iii) El Cuerpo Colegiado consideró que Best Cable carecía de interés para obrar, al considerar que solicitó simultáneamente la emisión de un mandato de participación y, mediante reclamación, la continuidad del contrato, lo que generaría una supuesta incompatibilidad de actos. Sin embargo, conforme a la normativa vigente, la segunda solicitud de emisión de mandato fue suspendida, con alta probabilidad de declararse inadmisibles, por lo que no existiría impedimento alguno para que OSIPTEL resuelva la pretensión en cuestión.
- (iv) Al momento de la segunda solicitud de mandato, ya se encontraba vigente un reglamento nuevo que exigía no mantener deudas con el titular de la

Documento electrónico firmado digitalmente en el marco de
Reglamento la Ley N°27269, Ley de Firmas y Certificados
Digitales, y sus modificatorias. La integridad del documento
y la autenticidad de la(s) firma(s) pueden ser verificadas en:
<https://appsfirma.peru.gob.pe/web/validador.xhtml>



infraestructura. En ese contexto, aunque Best Cable únicamente mantenía pendiente el pago de la penalidad, para Hidrandina el requisito de admisibilidad no se cumplió y debido a ello no concede la compartición, ocasionando que sea desmontada la infraestructura.

Sobre la excepción de incompetencia declarada fundada a favor de Hidrandina respecto a la segunda pretensión

- (i) Los órganos de solución de controversias de OSIPTEL son competentes para conocer las controversias que surjan de la aplicación de la Ley N°28295, la cual es el marco legal del contrato celebrado entre ambas partes. Sin embargo, Hidrandina consideró en el contrato una cláusula arbitral, cuando conforme al marco legal aplicable, la competencia es de OSIPTEL.
 - (ii) La Ley N°28295 no considera a las penalidades como contenido mínimo para una compartición, por lo cual la cláusula decimoquinta del contrato ha sido una imposición.
 - (iii) Como ya se había iniciado un proceso arbitral para las penalidades del contrato, el Cuerpo Colegiado consideró que era válido el fuero arbitral, pese a que la materia pudo ser vista también a través de una solución de controversias.
 - (iv) Al momento de la suscripción del contrato los representantes de Hidrandina carecían de facultades legales, por lo cual es necesaria la evaluación de ineficacia o nulidad del contrato, pues Hidrandina estaría imponiendo penalidades nulas y exorbitantes abusando de su posición de dominio.
11. Mediante resolución N° 00006-2025-CC/OSIPTEL de fecha 18 de febrero de 2025, el CCP decidió conceder el recurso de apelación interpuesto por Best Cable y ordenó remitir los actuados al Tribunal, corriendo traslado a ambas partes.
12. Con fecha 17 de marzo del 2025, Hidrandina absolvió el traslado del escrito de apelación interpuesto por Best Cable. Con su absolución solicitó que la Resolución Impugnada sea confirmada en todos sus extremos. Entre los argumentos expuestos por Hidrandina se encuentran los siguientes:

Sobre la declaración de improcedencia de la primera pretensión

- (i) Conforme al artículo 41 del Reglamento de la Ley N°28295, el OSIPTEL es competente única y exclusivamente para resolver controversias derivadas del marco legal regulado en dicha norma, por lo que en ningún momento se le faculta ser competente para materias que sean ajenas a la norma. como lo sería en este caso, debido a que la controversia en cuestión es de naturaleza netamente contractual.
- (ii) Las partes pactaron una cláusula arbitral ante controversias derivadas del contrato, por ello Hidrandina solicitó el inicio de un proceso arbitral para el pago de las penalidades y retiro de elementos.

**PERÚ**Presidencia
del Consejo de MinistrosOrganismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

- (iii) Desde la celebración del contrato hasta noviembre de 2022, Best Cable no habría manifestado disconformidad alguna con el contrato o la existencia de algún vicio hasta el escrito de apelación. Por ende, aunque la empresa apelante alegue ausencia de facultades de los firmantes del contrato, por ratificación de los hechos el contrato devendría en eficaz.
- (iv) Los medios probatorios presentados en el escrito de apelación son documentos públicos desde su registro considerado la buena fe pública registral, por tanto, no hay manera de que Best Cable recién haya tenido la posibilidad de tomar conocimiento de los documentos.

Sobre la excepción de incompetencia declarada fundada a favor de la segunda pretensión

- (i) En la resolución impugnada ya se habría esclarecido por qué las penalidades no pueden ser analizadas por el Cuerpo Colegiado, por lo cual la respectiva pretensión es improcedente.
- (ii) En el contrato se pactó una cláusula arbitral, además de haberse solicitado un proceso de arbitraje para exigir a Best Cable el pago de las penalidades y retiro de cable. En tal sentido, la materia es competencia del fuero arbitral.

- 13. Mediante Memorando N°00012-2025-STTSC/OSIPTEL del 26 de marzo del 2025, la Secretaría Técnica del Tribunal de Solución de Controversias –por encargo del Tribunal- requirió a la DPRC una copia del escrito N°5 de Best Cable, del 28 de febrero del 2024 (7). Al respecto, a través del Memorando N° 000145-DPRC/2025 del 16 de abril del 2025, la DPRC atendió el requerimiento efectuado por la STTSC.
- 14. Por último, mediante Memorando N° 000015-2025-STTSC/OSIPTEL del día 22 de abril de 2025, la Secretaría Técnica del Tribunal de Solución de Controversias –por encargo del Tribunal- requirió a la DPRC una copia del Contrato de compartición de infraestructura N° GR/L-59-2020 de fecha 09 de noviembre de 2020 celebrado entre Hidrandina y Bandtel S.A.C., el cual había sido mencionado por Best Cable en su escrito N° 05 de fecha 28 de febrero de 2024 en el Expediente N° 00001-2024-CD/DPRC/MC. Por su parte, la DPRC atendió el requerimiento realizado mediante Memorando N° 000160-2025-DPRC/OSIPTEL de fecha 29 de abril de 2025.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

- 15. De lo expuesto en los antecedentes y teniendo en cuenta los alcances del recurso de apelación presentado por Best Cable, este Tribunal considera que se debe determinar si corresponde declarar infundada la reclamación de Best Cable o si la Resolución Impugnada debe ser revocada. Siendo así, las cuestiones en discusión en el presente caso son las siguientes:

⁷ El Escrito N° 5 fue presentado en el marco del Expediente N° 00001-2024-CD-DPRC/MC, iniciado a solicitud de Best Cable, con el fin de obtener un mandato de modificación del contrato de compartición de infraestructura suscrito con Hidrandina.



- (i) Determinar si el contrato suscrito entre Hidrandina y Best Cable es ineficaz por falta de facultades de representación de los representantes de Hidrandina.
- (ii) Determinar si corresponde declarar la improcedencia de la pretensión respecto a la continuidad del contrato y si se vulneró el principio de no discriminación.
- (iii) Determinar si correspondía declarar fundada la excepción de incompetencia formulada por la empresa Hidrandina respecto de la segunda pretensión formulada por Best Cable de dejar sin efecto las penalidades.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

3.1. Con relación a la primera pretensión principal

3.1.1. Sobre si el contrato es ineficaz por falta de facultades de representación en la suscripción del contrato

- 16. Best Cable señala en su recurso de apelación que el Contrato N° GR/L-099-2019 devendría en ineficaz debido a que los representantes legales de Hidrandina que suscribieron dicho contrato carecían -en tal oportunidad- de las facultades legales necesarias, situación que habría sido descubierta recientemente por la apelante. En virtud de lo expuesto, Best Cable argumenta que, de acuerdo con el principio de verdad material, debe evaluarse la ineficacia y/o nulidad del contrato, resultando aplicable el artículo 374 del Código Procesal Civil ⁽⁸⁾ de manera supletoria.
- 17. Así, Best Cable señala que “para celebrar un convenio arbitral, las partes deben tener plena capacidad para contratar, esto es, capacidad para el ejercicio de sus derechos civiles” ⁽⁹⁾, en otras palabras, si una de las partes no posee plena capacidad para el ejercicio de sus derechos, no podría suscribir un convenio arbitral válidamente. Por lo tanto, como los representantes de Hidrandina no tenían facultades legales al momento de suscribir el contrato, no solo debería declararse la nulidad del contrato, sino también la nulidad del convenio arbitral suscrito.

⁸

RESOLUCIÓN MINISTERIAL N°010-93-JUS - TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

“Artículo 374.- Medios probatorios en la apelación de sentencias

Las partes o terceros legitimados pueden ofrecer medios probatorios en el escrito de formulación de la apelación o en el de absolución de agravios, únicamente en los siguientes casos:

- 1.- Cuando los medios probatorios estén referidos a la ocurrencia de hechos relevantes para el derecho o interés discutido, pero acaecidos después de concluida la etapa de postulación del proceso; y
- 2.- Cuando se trate de documentos expedidos con fecha posterior al inicio del proceso o que comprobablemente no se hayan podido conocer y obtener con anterioridad.

Es inimpugnable la resolución por la que el superior declara inadmisibles los medios probatorios ofrecidos.

Si fueran admitidos y los requiriese, se fijará fecha para la audiencia respectiva, la que será dirigida por el Juez menos antiguo, si el superior es un órgano colegiado”.

⁹

SOTO C. y BULLARD A. *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. Tomo I. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011; pp. 159.



18. Bajo esa línea, Best Cable solicita que se modifique lo resuelto por el CCP y se declare fundada la segunda pretensión, en lo relativo a la penalidad, con base en el artículo 1352 del Código Civil ⁽¹⁰⁾ pues el convenio arbitral sería nulo.
19. Por su parte, Hidrandina, en su escrito de descargos, sostuvo que por ratificación de hechos el contrato sería eficaz, pues desde su celebración hasta noviembre de 2022, Best Cable cumplió con sus obligaciones sin manifestar disconformidad o expresar objeciones respecto a la suscripción del contrato.
20. Hidrandina alega que los medios probatorios adjuntados por Best Cable en su escrito de apelación son documentos públicos plausibles de conocimiento desde el momento en que fueron registrados, según la buena fe pública registral, por ende, la reclamante no puede afirmar que recién ha tomado conocimiento de la irregularidad que señala.
21. En atención a lo mencionado, este Tribunal procederá a analizar si la ratificación de los hechos alegada por Hidrandina es suficiente para considerar eficaz el contrato de compartición de infraestructura celebrado con Best Cable.
22. En principio, conforme al artículo 161 del Código Civil ⁽¹¹⁾ el acto jurídico deviene en ineficaz cuando ha sido celebrado por una persona que no tenía la condición de representante; no obstante, el artículo 162 del mismo cuerpo normativo ⁽¹²⁾ establece que el representado puede ratificar el acto jurídico **conforme a la forma establecida para su celebración**, dejando también a salvo la posibilidad de que el tercero y quien celebró el acto como representante puedan resolver dicho acto antes de que sea ratificado. Asimismo, es pertinente considerar que según el artículo 219 del Código Civil ⁽¹³⁾ se sanciona con **nulidad** aquellos actos que **no respeten la forma prescrita por la ley**.

¹⁰ DECRETO LEGISLATIVO N° 295 - CODIGO CIVIL

“Artículo 1352.- Perfección de contratos

Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad”.

¹¹ DECRETO LEGISLATIVO N° 295 - CODIGO CIVIL

“Artículo 161.- Ineficacia del acto jurídico por exceso de facultades.-

(...)

También es ineficaz ante el supuesto representado el acto jurídico celebrado por persona que no tiene la representación que se atribuye”.

¹² DECRETO LEGISLATIVO N° 295 - CODIGO CIVIL

“Artículo 162.- Ratificación del acto jurídico por el representado. -

En los casos previstos por el artículo 161, el acto jurídico puede ser ratificado por el representado observando la forma prescrita para su celebración.

La ratificación tiene efecto retroactivo, pero queda a salvo el derecho de tercero.

El tercero y el que hubiese celebrado el acto jurídico como representante podrán resolver el acto jurídico antes de la ratificación, sin perjuicio de la indemnización que corresponda.

(...)”.

¹³ DECRETO LEGISLATIVO N° 295 - CODIGO CIVIL



23. Sobre la figura de la ratificación, la doctrina especializada la conceptualiza como un acto jurídico unilateral recepticio mediante el cual, aquel indebidamente representado acepta o aprueba el acto celebrado por quien se excedió en los límites de la facultad, las violó o se atribuyó la representación sin que nunca se la hubieran otorgado ⁽¹⁴⁾.
24. Del análisis del artículo 162 antes citado se advierte que, si bien establece como regla general que la ratificación debe observar la forma prescrita para la celebración del acto, dicha regla no contiene en sí misma sanción expresa de nulidad para los casos en que la ratificación del acto jurídico celebrado por el “falso procurador” se realice de forma distinta a la prescrita. En ese sentido, de acuerdo con el artículo 144 ⁽¹⁵⁾ del mismo cuerpo normativo, se estaría frente a una formalidad ad probationem, lo que permite sostener que se estaría frente a una ratificación “abierta”, es decir, que podría darse a través de medios distintos.
25. Sobre la ratificación del negocio jurídico previsto en el artículo 162 y la libertad de forma, doctrina especializada ⁽¹⁶⁾ sostiene que debe seguirse a cabalidad la formalidad indicada por la ley, cuando esta lo prevea, para la ratificación del acto ineficaz por problemas con relación a la representación, en caso contrario, no hubiese tal mandato, indican que es posible una ratificación tácita.
26. La Corte Suprema de la República ⁽¹⁷⁾ en la Casación 1135-2013-Lima ha expresado que: “(...) la ineficacia que prevé el artículo 161 del Código Civil implica que el acto jurídico únicamente no tendrá validez en determinadas circunstancias y frente a determinadas personas, mas, frente a otras desplegará todos sus efectos”. Así, como menciona expresamente la norma, el acto jurídico celebrado sin representación o con defecto en la representación no tendrá efectos frente al perjudicado (entiéndase, el falso representado o aquel cuya representación fue excedida), pero sí podrá surtir efectos frente a terceros y/o

“Artículo 219.- Causales de nulidad

El acto jurídico es nulo

(...)

6.- Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad”.

¹⁴ Soria, A. (18 de febrero de 2003). El Acto Jurídico celebrado por representante sin facultades o excediéndolas no es nulo ni anulable. Diálogo con la Jurisprudencia. N° 172. Dirección URL: <https://soria.com.pe/wp-content/uploads/2022/01/04-soria-exceso-de-facultades-no-es-supuesto-nulidad-dj-ene-2013.pdf>

¹⁵ **DECRETO LEGISLATIVO N° 295 - CODIGO CIVIL**

“Artículo 144.- Forma ad probationem y ad solemnitatem

Cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye sólo un medio de prueba de la existencia del acto”.

¹⁶ Solis Córdova, Mario. *La ratificación del negocio jurídico y el principio de libertad de forma*. LP Derecho, 2021. Dirección URL: <https://lpderecho.pe/la-ratificacion-del-negocio-juridico-y-el-principio-de-libertad-de-forma/>

¹⁷ Corte Suprema de la República. (05/11/2013). Casación 1135-2013-Lima. Dirección URL: https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/07/Casaci%C3%B3n-1135-2013-Lima-Legis.pe_.pdf



quienes lo suscribieron, porque en cuanto a su constitución, el referido acto jurídico no contiene un vicio en la formación de la voluntad.

27. Así pues, la discusión respecto a la ineficacia por acto celebrado por falso representante recae -en última instancia- respecto del falso representado, quien en este caso sería Hidrandina y no respecto del tercero contratante, pues sobre este último han de operar los efectos del acto jurídico en virtud de su manifestación de voluntad.
28. Sin perjuicio de ello y a efectos de mayor análisis de la controversia, es pertinente examinar el comportamiento de las partes frente a la supuesta representación indebida de quienes actuaron a nombre de Hidrandina en la firma del contrato con Best Cable. Esto es así, pues la conducta del representado indebidamente, que consienta las gestiones del falso representante, de manera táctica sería contradictoria con una posterior voluntad de cuestionarlas. ⁽¹⁸⁾
29. En dicho contexto, el hecho de que un acto suscrito sin la representación suficiente (y que no esté sujeto a una forma bajo sanción de nulidad) sea continuado por ambas partes sin ninguna manifestación de querer impugnarlo, debería entenderse como la aceptación de la eficacia del mismo.
30. Si bien la celebración del contrato de compartición de infraestructura de acuerdo con el Reglamento de la Ley 28395 debe constar por escrito y en ese sentido, su ratificación, de acuerdo con el artículo 162, debería observar la misma formalidad, en relación con el análisis efectuado líneas atrás, dicha formalidad no es esencial en este caso, por lo tanto, la ratificación tácita a través de conductas concluyentes en el tiempo es posible de conformidad con lo establecido en el artículo 141 del Código Civil ⁽¹⁹⁾.
31. Es evidente que ambas partes han seguido adelante con los términos contractuales establecidos en el acuerdo cuestionado de tal forma que resulta incontrovertible, a la luz de la razón y de los argumentos sustentados, sostener lo contrario. De tal forma, se conoce que el contrato se ha mantenido vigente en el plazo pactado inicialmente y ha sido renovado por un periodo adicional, tiempo en el cual ninguna de las partes ha efectuado reclamo alguno respecto a la alegada falta de representación, sino que, por el contrario, se han avocado al cumplimiento de las prestaciones recíprocas pactadas en el contrato, reconociendo a lo largo del tiempo, la existencia de esta relación obligacional.

Documento electrónico firmado digitalmente en el marco de
Reglamento la Ley N°27269, Ley de Firmas y Certificados
Digitales, y sus modificatorias. La integridad del documento
y la autenticidad de la(s) firma(s) pueden ser verificadas en:
<https://apps.firmaperu.gob.pe/web/validador.xhtml>

¹⁸ Ver MOREYRA GARCIA SAYAN, Francisco. *El acto jurídico según el Código Civil peruano*. Lima: Fondo editorial PUCP, 2005.

¹⁹ **DECRETO LEGISLATIVO N° 295 - CODIGO CIVIL**

“Artículo 141.- Manifestación de voluntad

La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral, escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, digital, electrónico, mediante la lengua de señas o algún medio alternativo de comunicación, incluyendo el uso de ajustes razonables o de los apoyos requeridos por la persona.

Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitadamente de una actitud o conductas reiteradas en la historia de vida que revelan su existencia. (...)”



32. Por lo tanto, es preciso concluir que la manifestación de voluntad de la representada Hidrandina para ratificar el acto celebrado por quienes en su momento no contaban con facultades para ello ha quedado firme a través del comportamiento de aceptación tácita de los acuerdos adoptados en el contrato, sin perjuicio de que Best Cable haya reportado el mismo comportamiento.
33. Todo ello lleva a concluir que efectivamente ambas partes han ratificado cualquier inconsistencia que pudiera impedir que los efectos de su contrato fueran desplegados. De manera adicional, de la mano de la Teoría de los Actos Propios ⁽²⁰⁾ “a nadie le es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta”, interpretada objetivamente según la ley, las buenas costumbres, la buena fe, justifica la conclusión de que no se hará valer el derecho (...). Así pues, de esta máxima surgida de la buena fe contractual se extrae la imposibilidad de amparar un pedido que pretenda desconocer las acciones reiteradas en el tiempo que demuestran la conformidad con determinado acto jurídico.
34. En suma, este Tribunal no considera que el contrato celebrado entre Best Cable e Hidrandina con fecha 01 de enero del 2019 deba ser anulado o resulte ineficaz por haber sido celebrado por quien no tenía facultades para hacerlo, toda vez que el mismo ha quedado ratificado por Best Cable de manera tácita y ha expedido todos sus efectos sin excepción alguna.

3.1.2. Sobre si correspondía declarar la improcedencia de la pretensión de continuidad del contrato y si se vulneró el principio de no discriminación.

35. Best Cable sostiene en su escrito de apelación -párrafo 2.25- que, a diferencia de otras empresas que vienen arrendando la infraestructura eléctrica de Hidrandina, tendría un trato discriminatorio en sus condiciones legales y económicas, que la ponen en una posición de desventaja frente a las demás competidoras de su rubro comercial. En ese sentido, Best Cable alegó que el contrato de compartición que tiene con Hidrandina debería continuar.
36. Asimismo, en su escrito de Reclamación, Best Cable señaló que, conforme a lo dispuesto en la cláusula 7.2. del contrato, este debía renovarse automáticamente por un periodo similar a su duración inicial y, si alguna de las partes no deseaba renovar el contrato, debía comunicar con al menos dos (2) meses de antelación al vencimiento contractual. Sin embargo, Hidrandina no envió tal comunicación, antes bien, mediante Carta HDNA-CH.0156-2024 de fecha 18 de enero de 2024, notificó a la reclamante que el contrato habría vencido el 31 de diciembre del 2022, concediéndole un plazo de quince (15) días calendario para realizar el retiro de cables y demás elementos de red de su infraestructura.

²⁰

Fernández Fernández, C. A. (2017). La teoría de los actos propios y su aplicación en la legislación peruana. *Lumen*, (13), 51–59. Dirección URL: <https://doi.org/10.33539/lumen.2017.v13.571>



37. Por su parte, Hidrandina sostiene que ninguna normativa facultaría al OSIPTEL a tomar conocimiento de materias ajenas a las contempladas en la Ley N° 28295 y que la primera pretensión de Best Cable, sobre la continuidad del contrato, es un pedido principalmente de naturaleza contractual, no de compartición de infraestructura. Hidrandina precisa que, pese a no estar de acuerdo con que el CCP haya considerado que la Ley N°28295 le concede al OSIPTEL competencia para cualquier controversia en materia de compartición de infraestructura (incluyendo el análisis de la continuidad del contrato), sí se ha explayado con adecuados fundamentos en la resolución impugnada, por lo tanto, debe confirmarse lo resuelto.
38. No obstante, en el presente procedimiento Hidrandina no ha manifestado nada respecto al trato discriminatorio denunciado por Best Cable en su escrito de apelación.
39. Al respecto, en el considerando 67 de la resolución impugnada, el CCP fundamentó, entre otros, que Best Cable habría reconocido el vencimiento de su contrato con Hidrandina, con base en los argumentos contenidos en el Informe N° 071-DPRC/2024 de fecha 26 de abril de 2024 que forma parte de la Resolución N° 128-2024-CD/OSIPTEL y en el escrito N° 05 de fecha 28 de febrero de 2024 presentado por Best Cable (en adelante, escrito N° 05) ⁽²¹⁾. En base a tales elementos, la primera instancia consideró que Best Cable habría reconocido el vencimiento de su contrato con Hidrandina al indicar que su cláusula de renovación establecía un solo periodo adicional, lo cual implicaba la ausencia de interés para obrar en el presente procedimiento de solución de controversia.
40. Adicionalmente, el CCP tomó en cuenta el hecho de que Best Cable solicitó un nuevo mandato de compartición de infraestructura en julio de 2024, argumentando que, si bien su primera solicitud de mandato fue denegada en mérito al vencimiento de su contrato, se encontraba habilitada para iniciar nuevas negociaciones para un eventual acuerdo contractual.
41. De la revisión de la resolución impugnada, así como los documentos que sirvieron de sustento a la misma, este Tribunal advierte que el razonamiento lógico del CPP resulta insuficiente para concluir que Best Cable aceptó efectivamente el vencimiento de su contrato con Hidrandina. En efecto, de un análisis del referido escrito N°5, se advierte que la intención de Best Cable fue denunciar un trato discriminatorio por parte de Hidrandina, por lo cual, la interpretación restrictiva sobre la renovación de su contrato constituiría precisamente el objeto de la conducta discriminatoria denunciada por Best Cable en dicho escrito N° 5 y ahora también en su escrito de apelación.

²¹

El escrito N°05 fue presentado por Best Cable en el marco del procedimiento de emisión de mandato tramitado en el Expediente N°001-2024-CD-DPRC/2024, el cual fue previo a la reclamación. Dicho documento fue citado en el Informe N° 00071-DPRC/2024, el cual utilizó el Cuerpo Colegiado en la Resolución impugnada para sustentar su conclusión referida al vencimiento del contrato de compartición.



42. A continuación, este Tribunal estima necesario examinar el cuestionamiento planteado por Best Cable respecto al presunto trato discriminatorio que le estaría aplicando Hidrandina, siendo que **la compartición de infraestructura, que es materia del contrato que Hidrandina suscribió con Best Cable, está calificada por la ley como de interés público**, a tenor de los artículos 1 y 3 de la Ley N°28295 ⁽²²⁾, cuya finalidad es el uso eficiente de las infraestructuras de uso público y la promoción de una mayor competencia en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones. Para tales efectos, corresponde tener en cuenta que, **a partir de la suscripción de dicho contrato, Hidrandina quedó sujeta al cumplimiento del Principio de No Discriminación, en los términos establecidos por el artículo 7 de dicha Ley ⁽²³⁾ y el artículo 4 de su Reglamento ⁽²⁴⁾**, los cuales disponen que el titular de la infraestructura tiene el deber estricto de dar el mismo tratamiento a las operadoras que tienen acceso a su infraestructura, en condiciones iguales o equivalentes, admitiéndose como únicas excepciones el otorgamiento de condiciones diferenciadas por razones

Documento electrónico firmado digitalmente en el marco de
Reglamento la Ley N°27269, Ley de Firmas y Certificados
Digitales, y sus modificatorias. La integridad del documento
y la autoría de la(s) firma(s) pueden ser verificadas en:
<https://appsi.firmaperu.gob.pe/web/validador.xhtml>

22

LEY N°28295 - LEY QUE REGULA EL ACCESO Y USO COMPARTIDO DE INFRAESTRUCTURA DE USO PÚBLICO PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICACIONES

“Artículo 1.- Declaración de interés público

Declárase de interés y necesidad pública el acceso y uso compartido de la infraestructura de uso público señalada en la presente Ley.”

“Artículo 3.- Finalidad

a) Utilizar eficientemente la infraestructura de uso público en los supuestos contemplados en la presente Ley, así como promover una mayor competencia en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones beneficiando a los consumidores, operadores interesados en el acceso y a los titulares de la infraestructura de uso público.

b) Promover el crecimiento ordenado de las infraestructuras de uso público necesarias para la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones, a efectos de mitigar la afectación del paisaje urbanístico y promover el uso racional del espacio público, propiciando la reducción de costos económicos y sociales que genera la duplicidad de redes a nivel nacional”.

23

LEY N°28295 - LEY QUE REGULA EL ACCESO Y USO COMPARTIDO DE INFRAESTRUCTURA DE USO PÚBLICO PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICACIONES

“Artículo 7.- Principios

Los principios contenidos en la presente Ley establecen los límites y lineamientos para el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público, así como la ubicación de los equipos para su adecuado empleo. Estos principios deben ser utilizados como base para sustentar y establecer las reglas, celebración y contenido de los contratos, sin importar la modalidad en que se configuran éstos y pueden además ser usados como criterio interpretativo o de integración de dichos contratos; así como para los mandatos que dicte el OSIPTEL.

Estos principios son:

(...)

(iii) Principio de no discriminación. - *El titular de la infraestructura de uso público debe dar a quienes tienen acceso y uso compartido a su infraestructura el mismo tratamiento en condiciones iguales o equivalentes”.*

24

REGLAMENTO DE LA LEY N°28295 - LEY QUE REGULA EL ACCESO Y USO COMPARTIDO DE INFRAESTRUCTURA DE USO PÚBLICO PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICACIONES

“Artículo 4.- Carácter no discriminatorio

El titular de la infraestructura de uso público debe cumplir estrictamente el principio de no-discriminación establecido en la Ley.

Constituye una excepción al principio de no-discriminación el otorgamiento de condiciones diferenciadas por razones justificadas, tales como diferencias en la infraestructura de uso público, condiciones de pago, volumen de operación, ubicación de la infraestructura de uso público y otras que determine OSIPTEL, en el ámbito de su competencia”.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

justificadas, tales como diferencias en la infraestructura de uso público, condiciones de pago, volumen de operación, ubicación de la infraestructura de uso público y otras que determine el OSIPTEL.

43. Como punto inicial, si bien en su recurso de apelación Best Cable se limita a alegar la existencia de un trato discriminatorio por parte de Hidrandina sin desarrollar mayores fundamentos, este Tribunal considera pertinente revisar los argumentos expuestos por la apelante en su reclamación y que, en el escrito N° 5 de Best Cable del 28 de febrero de 2024 (referido en las páginas 24 y 25 de la resolución impugnada) dicha empresa realizó una comparación de las condiciones relativas a la vigencia y renovación de los contratos de compartición que Hidrandina suscribió con Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante, Telefónica) y con Bandtel S.A.C. (en adelante, Bandtel), con el objetivo de demostrar el trato discriminatorio que recibía de Hidrandina, quien concedió a dichas empresas renovaciones automáticas y sucesivas de sus contratos, en tanto que a Best Cable solo le otorgó una única renovación.
44. Ahora bien, teniendo en cuenta que los tres contratos referidos sobre compartición de infraestructura fueron celebrados entre Hidrandina –como empresa titular de la infraestructura de soporte eléctrico- y tres empresas que prestan servicios públicos de telecomunicaciones, con el objeto de realizar el tendido de cables a través del uso de los postes o torres de distribución de la titular; resulta pertinente realizar una comparación entre las cláusulas contractuales referentes a la renovación, en tanto Best Cable ha alegado que estaría en una situación de desventaja a diferencia de las demás empresas en su rubro comercial.
45. Respecto al Contrato GR/L-029-2020 que Hidrandina suscribió con Telefónica ⁽²⁵⁾, bajo el marco legal de la Ley N°28295, se observa que en la cláusula octava se pacta una duración contractual inicial de dos años, con **renovaciones automáticas y sucesivas por periodos similares, de manera ilimitada**, como se evidencia en la siguiente Imagen N° 1:

Imagen N°1

OCTAVA: VIGENCIA, PLAZO DE DURACIÓN DEL CONTRATO, Y ADMINISTRACIÓN DEL CONTRATO	
8.1	El plazo de vigencia del presente contrato es del 02 de octubre del 2019 hasta el 01 de octubre del 2021 .
8.2	Al vencimiento del presente contrato, éste quedará renovado automáticamente por periodos similares, a menos que dos (02) meses antes del vencimiento del plazo, cualquiera de las partes manifestara por escrito su voluntad de no renovar el presente contrato.

Fuente: CONTRATO GR/L-028-2020 celebrado entre Hidrandina y Telefónica

Documento electrónico firmado digitalmente en el marco de
Reglamento la Ley N°27269, Ley de Firmas y Certificados
Digitales, y sus modificatorias. La integridad del documento
y la autoría de la(s) firma(s) pueden ser verificadas en:
<https://appos.firmaperu.gob.pe/web/validador.xhtml>

²⁵

El contrato está publicado en el siguiente enlace de la página web del OSIPTEL: [contrato-tdp-hidrandina-30-12-2020.pdf](#)



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

46. Por otro lado, en el Contrato GR/L-059-2020 que Hidrandina suscribió con Bandtel, bajo el marco legal de la Ley N°29904, se observa en su cláusula tercera que el contrato tendrá vigencia por el plazo inicial de 5 años con **renovaciones automáticas y sucesivas**, siempre que siga vigente el contrato de concesión de Bandtel con el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, como se evidencia en la siguiente Imagen N° 2:

Imagen N°2

CLÁUSULA TERCERA:	PLAZO
3.1.	El plazo del presente Contrato tendrá vigencia por el plazo de cinco (5) años calendarios y se renovará automáticamente de forma sucesiva en la medida que se mantenga vigente el Contrato de Concesión para la operación de la RED DE TRANSPORTE que suscriba el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (o quien lo represente) y el concesionario de dicha red, acorde con lo estipulado en el numeral 16.1 de la Cláusula Décimo Sexta de los Contratos de Financiamiento, el cual será formalizado mediante la suscripción de una adenda.
3.2.	Concluido el Contrato, cualquiera sea la causa, EL OPERADOR se obliga a retirar el tendido de sus cables de telecomunicación en un plazo no mayor de ciento ochenta (180) días calendario, debiendo pagar por el arrendamiento de postes o torres hasta el retiro total de sus cables y equipos. En caso que EL OPERADOR incumpla con el retiro señalado, estará obligado al pago de la penalidad establecida en la Cláusula Décima Sexta del presente Contrato, sin perjuicio del pago de la renta hasta el desmontaje total de sus cables o equipos.

Fuente: CONTRATO GR/L-059-2020 celebrado entre Hidrandina y Bandtel

47. Sobre la base de dicha constatación comparativa, puede colegirse que, aun cuando **en los tres contratos existió la voluntad de las partes de renovar el plazo de vigencia inicial**, Hidrandina ha otorgado condiciones diferenciadas de renovación a Telefónica y a Bandtel, siendo que a dichas empresas les otorgó la renovación de sus contratos de manera automática, sucesiva y por varios periodos adicionales, en tanto que **a Best Cable, únicamente le otorgó la renovación “por un periodo similar”, es decir, solo por dos años adicionales**, como se evidencia en la siguiente Imagen N° 3:

Imagen N°3

SETIMA	VIGENCIA, PLAZO DE DURACIÓN DEL CONTRATO, Y ADMINISTRACIÓN DEL CONTRATO
7.1	El plazo de duración del presente contrato es del 01 de Enero 2019 hasta el 31 de Diciembre 2020 .
7.2	Al vencimiento del presente contrato, este quedara renovado automáticamente por un periodo similar, a menos que dos (02) meses antes del vencimiento del plazo, cualquiera de las partes manifestara por escrito su voluntad de no renovar el presente contrato.

Fuente: CONTRATO GR/L-99-2019 celebrado entre Hidrandina y Best Cable

Documento electrónico firmado digitalmente en el marco de
Reglamento la Ley N°27269, Ley de Firmas y Certificados
Digitales, y sus modificatorias. La integridad del documento
y la autoría de la(s) firma(s) pueden ser verificadas en:
<https://appsfirma.peru.gob.pe/web/validador.xhtml>



48. Ahora bien, el artículo 41 del Reglamento de la Ley N°28295 ⁽²⁶⁾ dispone que las controversias que surjan de la aplicación de dicha ley y su reglamento serán resueltas conforme a lo establecido en el Reglamento General del OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas.
49. Por tanto, corresponde a este Tribunal resolver la presente controversia referida a la aplicación efectiva del **Principio de No Discriminación** establecido en el artículo 7 de la Ley N°28295 y en el artículo 4 de su Reglamento. Cabe tener en cuenta, de manera concordante, que el Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, establece que las decisiones del OSIPTEL deben sustentarse y estar sujetas a los principios que rigen su actuación, entre ellos, el Principio de No Discriminación. De esta manera, las decisiones del Tribunal deben orientarse a garantizar que las empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones no sean discriminadas:

Reglamento General del Osiptel

“Artículo 2.- Importancia de los Principios

Los Principios (...) establecen los límites y lineamientos a la acción del OSIPTEL en el desarrollo y ejercicio de sus funciones. En tal sentido, toda decisión y acción que adopte cualquiera de los órganos del OSIPTEL deberá sustentarse y quedar sujeto a los mismos.”

“Artículo 5.- Principio de No Discriminación

Las decisiones y acciones del OSIPTEL se orientarán a garantizar que las empresas operadoras participantes en los mercados de servicios públicos de telecomunicaciones no sean discriminadas”.

(El subrayado es nuestro)

50. Conforme al Principio de No Discriminación establecido en el artículo 7 de la Ley N°28295, **el titular de la infraestructura tiene la obligación ex-lege de brindar el mismo tratamiento a todas las empresas operadoras que tienen acceso y uso compartido de su infraestructura, en condiciones iguales o equivalentes**, disponiéndose que dicho Principio debe ser empleado como base para la celebración y el contenido de los contratos, pudiendo también ser utilizado como criterio interpretativo y/o de integración de dichos contratos:

“Ley N° 28295

Artículo 7.- Principios

Los principios contenidos en la presente Ley establecen los límites y lineamientos para el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público, así como la coubicación de los equipos para su adecuado

²⁶

REGLAMENTO DE LA LEY N°28295 - LEY QUE REGULA EL ACCESO Y USO COMPARTIDO DE INFRAESTRUCTURA DE USO PÚBLICO PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICACIONES

Artículo 41.- Controversias

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



empleo. Estos principios deben ser utilizados como base para sustentar y establecer las reglas, celebración y contenido de los contratos, sin importar la modalidad en que se configuran éstos y pueden además ser usados como criterio interpretativo o de integración de dichos contratos; así como para los mandatos que dicte el OSIPTEL.

Estos principios son:

(...)

(iii) Principio de no discriminación. - El titular de la infraestructura de uso público debe dar a quienes tienen acceso y uso compartido a su infraestructura el mismo tratamiento en condiciones iguales o equivalentes.

(Resaltado y subrayado agregados)

51. Asimismo, de acuerdo con el artículo 4 del Reglamento de la Ley N°28295, **el titular de la infraestructura tiene el deber de cumplir estrictamente con el Principio de No Discriminación**, salvo que se presente alguna excepción que justifique el otorgamiento de condiciones diferenciadas, tales como variaciones en las condiciones de pago, ubicación de la infraestructura, entre otros supuestos que OSIPTEL puede determinar dentro del ejercicio de su competencia.

“Reglamento de la Ley N° 28295

Artículo 4.- Carácter no discriminatorio

El titular de la infraestructura de uso público debe cumplir estrictamente el principio de no-discriminación establecido en la Ley.

Constituye una excepción al principio de no-discriminación el otorgamiento de condiciones diferenciadas por razones justificadas, tales como diferencias en la infraestructura de uso público, condiciones de pago, volumen de operación, ubicación de la infraestructura de uso público y otras que determine OSIPTEL, en el ámbito de su competencia”.

(El subrayado es nuestro)

52. Entonces, al interpretarse un contrato no debe afectarse al principio de no discriminación, es decir, ninguno puede recibir un trato diferente injustificadamente ante situaciones similares, para evitar que alguno obtenga una ventaja competitiva injusta ⁽²⁷⁾.

²⁷

Véase, a modo de ejemplo, lo señalado en los Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas de Modificación y Reconversión de Contratos de Concesión aprobado mediante Acuerdo N°557-154-04-CD-OSITRAN. Consultado en el portal de OSITRAN: https://www.ositran.gob.pe/anteproyecto/wp-content/uploads/2017/12/L02_-_LINEAMIENTOS_PARA_LA_INTERPRETACION_Y_EMITION_DE_OPINIONES SOBRE PROPUESTAS DE MODIFICACION Y RECONVERSION DE CONTRATOS DE CONCESION1.pdf



53. En ese sentido, debe entenderse que la expresión “*cumplir estrictamente*” hace referencia a la **responsabilidad u obligación que recae sobre el titular de la infraestructura de seguir el principio de no discriminación**; es decir que, en el marco de un contrato de compartición de infraestructura, el titular de la infraestructura asume la obligación de asegurar el cumplimiento efectivo de dicho principio, en sentido positivo –dando a las empresas operadoras el mismo tratamiento en sus relaciones de compartición de infraestructura- y abstenerse de ejercer actos discriminatorios (en sentido negativo) conforme a lo establecido en la Ley. Esto, con la finalidad de promover la competencia en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones.
54. Siguiendo esa línea, a continuación, se muestra un cuadro comparativo sobre el marco legal de los contratos bajo análisis, así como sus condiciones de vigencia y renovación:

Cuadro N° 1: Condiciones contractuales de vigencia y renovación

Contratos suscritos por Hidrandina	Marco Legal	Vigencia (plazo inicial)	Renovación
Telefónica (cláusula octava)	Ley 28295	2 años 02/10/2019 – 01/10/2021 ⁽²⁸⁾	Renovación automática por periodos similares, de forma sucesiva
Bandtel (cláusula tercera)	Ley 29904	5 años	Renovación automática de forma sucesiva, mientras siga vigente el Contrato de Concesión con el MTC
Best Cable (cláusula séptima)	Ley 28295	2 años 01/01/2019 – 31/12/ 2020	Renovación automática <u>por un periodo similar</u> (01/01/2021-31/12/2022)

55. Del cuadro precedente se extrae, *prima facie*, una diferencia evidente en las condiciones de renovación aplicadas por Hidrandina: mientras que a Telefónica y Bandtel se les otorga realizar renovaciones sucesivas, a Best Cable solo se le otorgó una renovación. Así, se acredita que Hidrandina, en su calidad de titular de la infraestructura, está aplicando condiciones diferenciadas –en cuanto a la renovación de contratos- a empresas operadoras que se encuentran en situaciones equivalentes.
56. En esa línea, tal como ha sido expresamente estipulado en la cláusula 2.1 del contrato suscrito entre Best Cable e Hidrandina, las partes han pactado que dicho contrato se rige por la Ley N°28295 y su Reglamento, marco legal que incorpora el Principio de No Discriminación como parte de las obligaciones exigibles a los titulares de infraestructura. En consecuencia, la obligación de

28

Al respecto, los Anexos 2 y 3 del contrato de compartición suscrito entre Hidrandina y Telefónica fueron firmados el 2 de octubre de 2019, fecha en la que también se estableció el inicio de la vigencia contractual según lo consignado en la cláusula 8.1; sin embargo, en la parte final del Contrato -pág. 24- se consigna como fecha de suscripción el 30 de diciembre de 2020.



dar el mismo tratamiento a las empresas operadoras –cumpliendo estrictamente con el Principio de No Discriminación- forma parte del referido contrato desde su celebración, pues las partes han pactado su sujeción a dicho marco normativo.

57. Si bien en el ámbito contractual rige el principio *pacta sunt servanda*, que obliga a las partes al cumplimiento de lo pactado, tal autonomía de la voluntad no es absoluta. Conforme al artículo 1354 del Código Civil ⁽²⁹⁾ la libertad contractual encuentra sus límites en las normas legales de carácter imperativo, así como en el orden público. En ese sentido, el principio de no discriminación previsto en la Ley N° 28295 constituye una **disposición de carácter imperativo** que no puede ser desconocida por acuerdo de las partes.
58. Este criterio ha sido reforzado por el Tribunal Constitucional ⁽³⁰⁾, el cual ha precisado que el derecho a la libre contratación, consagrado en el artículo 2, inciso 14, de la Constitución, permite a las partes celebrar relaciones jurídicas de índole patrimonial, siempre que estas no contravengan las leyes de orden público, precisando además que:

*“La iniciativa privada puede desplegarse libremente en tanto **no colisione los intereses generales de la comunidad**, los cuales se encuentran resguardados por una pluralidad de normas adscritas al ordenamiento jurídico; vale decir, por la Constitución, los tratados internacionales y las leyes sobre la materia”.*

59. El artículo 7 de la referida Ley 28295 ⁽³¹⁾, al enunciar los principios que rigen el acceso y uso compartido de la infraestructura, establece expresamente que estos constituyen un “límite” en dicha relación jurídica. En consecuencia, en un contrato de compartición de infraestructura, el cumplimiento del principio de no discriminación no es una opción discrecional, sino un mandato legal que debe ser observado por el titular de la infraestructura, en tanto no existan causas objetivas y razonables que justifiquen un trato diferenciado.

²⁹ DECRETO LEGISLATIVO N°295 – CÓDIGO CIVIL

“Artículo 1354.- Libertad Contractual

Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo”.

³⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en Expediente N° 0008-2003-AI/TC. Dirección URL.: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>

³¹ LEY N°28295 - LEY QUE REGULA EL ACCESO Y USO COMPARTIDO DE INFRAESTRUCTURA DE USO PÚBLICO PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICACIONES

“Artículo 7.- Principios

Los principios contenidos en la presente Ley establecen los límites y lineamientos para el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público, así como la ubicación de los equipos para su adecuado empleo. Estos principios deben ser utilizados como base para sustentar y establecer las reglas, celebración y contenido de los contratos, sin importar la modalidad en que se configuran éstos y pueden además ser usados como criterio interpretativo o de integración de dichos contratos; así como para los mandatos que dicte el OSIPTEL”.



60. Teniendo en cuenta que las únicas excepciones justificativas de tratos diferenciados, se encuentran previstas en el segundo párrafo del artículo 4 del Reglamento de la Ley 28295 ⁽³²⁾, y en el caso que es materia de la presente controversia, no se identifica ninguna razón por la cual se pueda sustentar que la condición de renovación de contratos que Hidrandina ha otorgado a Telefónica y Bandtel solo tenga que ser brindada a dichas empresas y no pueda ser razonablemente aplicable también a Best Cable. Asimismo, se advierte que objetivamente las relaciones de compartición entre todas estas empresas operadoras son equivalentes, siendo además que Hidrandina no ha presentado ninguna justificación respecto al trato discriminatorio que ha denunciado Best Cable en su recurso de apelación.
61. Entonces, bajo el marco establecido por el artículo 7 de la Ley 28295 y el artículo 4 de su Reglamento, debe entenderse que, desde el momento en que Hidrandina celebró contratos con Telefónica (Contrato GR/L-028-2020) y con Bandtel (Contrato GR/L-059-2020), otorgándoles renovaciones automáticas por periodos sucesivos –no solo una renovación sino varias sucesivas-, quedó obligada a brindar la misma condición a Best Cable, pero no lo hizo, vulnerando así el principio de no discriminación, al aplicar tratamientos diferenciados entre empresas sin ninguna razón que lo justifique y no aplicar a Best Cable esa misma condición de renovaciones automáticas y sucesivas respecto a su contrato GR/L-99-2019.
62. Finalmente, este Tribunal concluye que, conforme al artículo 7 de la Ley N.º 28295 y el artículo 4 de su Reglamento, Hidrandina, en su calidad de titular de la infraestructura, tiene el deber de cumplir con el principio de no discriminación. En ese sentido, está legalmente obligada a otorgar a Best Cable las mismas condiciones de renovación otorgadas a Telefónica y Bandtel, por lo que la condición contractual de “*renovaciones automáticas en periodos sucesivos*” debía aplicarse también a Best Cable desde el momento en que Hidrandina otorgó dicha condición de renovación en los contratos suscritos con las otras empresas referidas. Por lo tanto, corresponde **revocar la decisión de improcedencia emitida en primera instancia y declarar fundada la pretensión de continuidad del contrato**; en consecuencia, el contrato de compartición de infraestructura entre Best Cable e Hidrandina se considera vigente, sujeto a renovaciones automáticas sucesivas, hasta que alguna de las partes manifieste su voluntad de no renovarlo, con un aviso previo de dos (2) meses antes del vencimiento del periodo en curso.

“Artículo 4.- Carácter no discriminatorio

El titular de la infraestructura de uso público debe cumplir estrictamente el principio de no-discriminación establecido en la Ley.

Constituye una excepción al principio de no-discriminación el otorgamiento de condiciones diferenciadas por razones justificadas, tales como diferencias en la infraestructura de uso público, condiciones de pago, volumen de operación, ubicación de la infraestructura de uso público y otras que determine OSIPTEL, en el ámbito de su competencia.”



3.2. Con relación a la segunda pretensión

3.2.1. Sobre la excepción de incompetencia formulada por la empresa Hidrandina

63. Best Cable alegó que el análisis realizado por el CCP respecto a su competencia es erróneo pues terminó amparando la excepción de incompetencia con relación a la penalidad en razón de la materia; sin tener en cuenta que señalan expresamente que el OSIPTEL sí contaba con facultades para resolver controversias relacionadas al acceso y uso compartido de infraestructura de uso público y a las que surjan de la aplicación de su respectivo marco normativo, de acuerdo a lo señalado en el artículo 9 del Código Procesal Civil ⁽³³⁾, más aun considerando que ese tipo de relaciones son de interés y necesidad pública.
64. Además, Best Cable expresa que si bien el contrato se celebró bajo el marco legal de la Ley N°28295 y dicha norma no ha contemplado el pago de penalidades como contenido mínimo para un contrato, la cláusula de penalidades no ha sido un pacto entre las partes, sino que fue una imposición ilegal por parte de Hidrandina para que le conceda el contrato de compartición.
65. En ese sentido, para Best Cable la pretensión sobre la penalidad es una materia de competencia del Osiptel, pues se trata de desavenencias de un contrato suscrito bajo la Ley N°28295 y no una materia arbitrable como sostuvo el CCP, que resolvió declarar fundada la excepción de incompetencia sobre dicha pretensión, al considerar que Hidrandina ya habría iniciado un proceso arbitral en aplicación de la cláusula decimosexta del contrato de compartición.
66. Por otro lado, en sus descargos, Hidrandina detalló que la excepción que presentó se enfocó en cuestionar la competencia del OSIPTEL al considerar que las pretensiones tienen naturaleza civil y que existía un convenio arbitral. En ese contexto, afirmó estar conforme con la decisión del Cuerpo Colegiado de declarar fundada la excepción respecto a las penalidades bajo el argumento de que si bien el OSIPTEL tiene competencia para analizar las penalidades a través de un procedimiento de solución de controversias, Hidrandina ya había interpuesto una solicitud para el inicio de un proceso arbitral, excluyendo de esta forma la vía administrativa.
67. Al respecto, el CCP señaló que la cláusula de penalidades constituía un acuerdo entre las partes, ya que no se encuentra prevista la materia en el marco normativo de la Ley N° 28295. Asimismo, en el fundamento 59 de la resolución impugnada, estimó que, aunque la pretensión de penalidades pudo ser vista en un procedimiento de solución de controversias por el OSIPTEL, como había sido sometida a arbitraje mediante una solicitud realizada por Hidrandina, la vía

33

RESOLUCIÓN MINISTERIAL N°019-93-JUS - TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

“Artículo 9.- Competencia por materia

La competencia por razón de la materia se determina por la naturaleza de la pretensión y por las disposiciones legales que la regulan”.



administrativa se excluyó conforme al artículo 50 del Reglamento General del OSIPTEL ⁽³⁴⁾.

68. Es preciso, además, hacer hincapié en que Hidrandina también interpuso una “excepción de incompetencia” que, no obstante, se desestimó con relación al extremo de la reclamación de Best Cable sobre continuidad del contrato, decisión que no fue impugnada por Hidrandina en su oportunidad, por lo cual ha quedado consentida.
69. Ahora bien, en la resolución impugnada se declaró fundada la excepción de incompetencia interpuesta por Hidrandina respecto a la materia de penalidades bajo el sustento de que dicha materia había sido sustraída del conocimiento del OSIPTEL en mérito al proceso arbitral iniciado sobre este extremo. Sin embargo, este razonamiento resulta incongruente frente a la figura de la excepción de incompetencia por razón de la **materia**, dado que en el párrafo 59 de la resolución impugnada se precisó que el OSIPTEL contaba con competencia primaria para conocer las materias de controversias surgidas en el marco de una relación de compartición de infraestructura para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, entre ellas, las penalidades; no obstante y en detrimento de su propio razonamiento, se procedió a amparar la excepción por razón de una materia de la que el OSIPTEL sí podía tener conocimiento.
70. Ante ello, es importante recalcar que la figura de la excepción de incompetencia, tiene por finalidad cuestionar la falta de aptitud legal del juez para conocer conflictos relacionados a una materia en particular, dado que la misma no se le ha encomendado para ejercer su función jurisdiccional ⁽³⁵⁾. Trasladado a la vía administrativa, la excepción de incompetencia corresponde ser declarada cuando por razón de la materia, cuantía, grado, tiempo o territorio, el conocimiento de determinado conflicto no le haya sido conferido en función de sus atribuciones al organismo público en cuestión.

Documento electrónico firmado digitalmente en el marco de
Reglamento la Ley N°27269, Ley de Firmas y Certificados
Digitales, y sus modificatorias. La integridad del documento
y la autenticidad de la(s) firma(s) pueden ser verificadas en:
<https://appsi.firmaperu.gob.pe/web/validador.xhtml>

“Artículo 50.- Arbitraje administrado por OSIPTEL

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior, OSIPTEL podrá actuar como institución organizadora de arbitrajes para resolver las controversias indicadas y las de carácter patrimonial y disponible que puedan surgir entre el Estado y las Empresas operadoras.

Las empresas operadoras podrán someter sus controversias a arbitraje, salvo que versen sobre materias no arbitrables. Se consideran materias no arbitrables, por tratarse del ejercicio de atribuciones o funciones de imperio del Estado, las referidas al cumplimiento de las funciones que corresponde desarrollar a OSIPTEL. Tratándose de materias arbitrables la vía arbitral es alternativa y excluyente de la vía administrativa; siendo de aplicación supletoria la Ley General de Arbitraje. En el caso de opción por la vía arbitral, las partes podrán someter sus controversias a OSIPTEL, quien actuará como entidad administradora de arbitrajes. La función de administrar arbitrajes no es exclusiva de OSIPTEL.

La concurrencia de dos o más manifestaciones inequívocas de voluntad efectuadas unilateralmente por las empresas operadoras en sus respectivos contratos de concesión, en comunicaciones dirigidas a OSIPTEL o mediante otro medio o mecanismo, para someter a arbitraje sus controversias con otras empresas operadoras, tiene los efectos de un convenio arbitral, siéndole aplicable la Ley N° 26572 - Ley General de Arbitraje- y normas complementarias y modificatorias”.



71. Con mayor detalle, la excepción de incompetencia por razón de la materia, de acuerdo con criterios doctrinales, es aquella que pretende cuestionar el nivel de especialización de un órgano jurisdiccional para interceder en un determinado conflicto o incertidumbre jurídica tomando en cuenta la relación jurídica subyacente y la pretensión y/o pretensiones que se plantean en el proceso ⁽³⁶⁾. Así pues, en cuanto al OSIPTEL, una excepción de incompetencia de este tipo debería ser amparada únicamente respecto de aquellas materias que la ley no le ha asignado expresamente y que, al contrario, han sido encomendadas a otro fuero dada su especialidad.
72. De esta forma, el Cuerpo Colegiado ha referido que las penalidades pudieron ser perfectamente conocidas por el regulador, pues se enmarcan en una relación de acceso y uso compartido de infraestructura, la misma que ha sido encomendada al OSIPTEL a través de diversos dispositivos normativos en mérito a su función de solución de controversias. Por tal motivo, resulta incongruente amparar el cuestionamiento de Hidrandina bajo una excepción de incompetencia por materia.
73. Siguiendo tal razonamiento, de la lectura de los fundamentos expresados por Hidrandina en su escrito N° 01 de fecha 22 de agosto de 2024, se advierte que la razón para cuestionar la competencia del OSIPTEL recayó únicamente en la existencia de la cláusula arbitral en su contrato con Best Cable, motivo por el cual, a su criterio, las controversias deberían ser vistas por un tribunal arbitral.
74. En tal sentido, resulta prudente traer a colación el principio *Iura Novit Curia* por el cual, según el Tribunal Constitucional en la STC-0569-2003-AC/TC, “*se tiene el poder-deber de identificar el derecho comprometido en la causa, aun cuando no se encuentre expresamente invocado (...) lo que no implica, en ningún caso, la modificación del objeto de la pretensión; es decir, que ello no puede suponer fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes*” ⁽³⁷⁾. Al respecto, dicho principio ha sido adoptado en el TUO de la LPAG; como el deber de encauzar de oficio los procedimientos asignados a la autoridad administrativa, incluso si se refiere a la aplicación debida del Derecho contenido en el acto administrativo ⁽³⁸⁾. Bajo tal razonamiento, no cabe duda de que los fundamentos de hecho y derecho que forman parte del pedido de Hidrandina se dirigen claramente a cuestionar la vía administrativa en razón de la cláusula arbitral suscrita en su contrato y por tanto, su pedido debe ser encauzado sin

³⁶ Priori, G. La Competencia en el Proceso Civil Peruano. Revista Derecho & Sociedad, Asociación Civil. Dirección URL: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/download/16797/17110/0>

³⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el EXP. N.º 0569-2003-AC/TC-LIMA. Dirección URL: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00569-2003-AC.html>

³⁸ **Casación N° 17656-2022 LIMA**

“SUMILLA: La actuación de la autoridad administrativa debe ser proactiva y orientada a lograr las finalidades del procedimiento administrativo, entre las que se encuentra atender las peticiones de los administrados de acuerdo a ley, esto es, ejerciendo las facultades que la misma le otorga, entre las que se encuentran encauzar de oficio el procedimiento, cuando advierta cualquier error u omisión de los administrados, sin perjuicio de la actuación que les corresponda a ellos, prevista en el numeral 3 del artículo 84° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444”.



que ello signifique alterar el objeto de este, hacia la figura jurídica más adecuada a su real intención, esta es, la excepción por convenio arbitral.

75. En esa línea, cabe precisar que el artículo 6, inciso 3, segundo párrafo de la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG) señala que *“No constituye causal de nulidad el hecho de que el superior jerárquico de la autoridad que emitió el acto que se impugna tenga una apreciación distinta respecto de la valoración de los medios probatorios o de la aplicación o interpretación del derecho contenido en dicho acto. Dicha apreciación distinta debe conducir a estimar parcial o totalmente el recurso presentado contra el acto impugnado”*. Por ende, al haber dejado sentada la divergencia sobre la forma en la cual se canalizó la excepción deducida por Hidrandina y los problemas de congruencia en la evaluación efectuada por la primera instancia; corresponde al Tribunal desplegar el respectivo análisis, encauzando esta excepción como una de convenio arbitral, para determinar si corresponde o no estimar el recurso impugnatorio presentado por Best Cable en este extremo.
76. De acuerdo con lo regulado en el numeral 3 del artículo 16 del Decreto Legislativo N° 1071 (en adelante, DL N°1071) que norma el arbitraje ⁽³⁹⁾, cuando se interpone una excepción por convenio arbitral, esta será amparada ante la sola comprobación de la existencia de dicho convenio, sea formulada antes o después de haber dado inicio al arbitraje, siempre que el contrato no fuese manifiestamente nulo en el primer supuesto, en cuyo caso la excepción habría de ser denegada. Asimismo, el artículo 18 ⁽⁴⁰⁾ del mismo cuerpo normativo recoge la renuncia tácita al arbitraje en caso no se interponga una excepción de convenio arbitral en el plazo de ley.

39

DECRETO LEGISLATIVO N° 1071 QUE NORMA EL ARBITRAJE**“Artículo 16.- Excepción de convenio arbitral.**

1. Si se interpone una demanda judicial respecto de una materia sometida a arbitraje, esta circunstancia podrá ser invocada como excepción de convenio arbitral aun cuando no se hubiera iniciado el arbitraje.
2. La excepción se plantea dentro del plazo previsto en cada vía procesal, acreditando la existencia del convenio arbitral y, de ser el caso, el inicio del arbitraje.
3. La excepción de convenio arbitral, sea que se formule antes o después de iniciado el arbitraje, será amparada por el solo mérito de la existencia del convenio arbitral, salvo en el primer caso, cuando el convenio fuese manifiestamente nulo.
4. En el arbitraje internacional, si no estuviera iniciado el arbitraje, la autoridad judicial sólo denegará la excepción cuando compruebe que el convenio arbitral es manifiestamente nulo de acuerdo con las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral o las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia. No obstante, si el convenio arbitral cumple los requisitos establecidos por el derecho peruano, no podrá denegarse la excepción. Si estuviera iniciado el arbitraje, la autoridad judicial sólo denegará la excepción cuando compruebe que la materia viola manifiestamente el orden público internacional.
5. Las actuaciones arbitrales podrán iniciarse o proseguir, pudiendo incluso, a discreción del tribunal arbitral, dictarse el laudo, aun cuando se encuentre en trámite la excepción de convenio arbitral”.

40

DECRETO LEGISLATIVO N° 1071 QUE NORMA EL ARBITRAJE**“Artículo 18.- Renuncia al arbitraje.**

La renuncia al arbitraje será válida sólo si se manifiesta en forma expresa o tácita. Es expresa cuando consta en un documento suscrito por las partes, en documentos separados, mediante intercambio de documentos o mediante cualquier otro medio de comunicación que deje constancia inequívoca de este acuerdo. Es tácita cuando no se invoca la excepción de convenio arbitral en el plazo correspondiente, sólo respecto de las materias demandadas judicialmente”.



77. No obstante, aunque los artículos 16 y 18 del DL N°1071 hacen referencia únicamente a la necesidad de comprobar la existencia de la cláusula arbitral para interponer la respectiva excepción y ampararla, esta regla debe ser interpretada de manera conjunta con el artículo 50 del Reglamento General de Osiptel antes mencionado y con la finalidad pública que revisten los contratos de compartición de infraestructura de acuerdo con la Ley N° 28295 ⁽⁴¹⁾. De ese modo, la mera existencia de la cláusula arbitral no amerita -por sí misma- la exclusión de la competencia asignada al OSIPTEL en favor de la vía arbitral, sino que la misma habrá de ser evaluada de acuerdo con la materia que pretende ser desviada de la vía administrativa hacia la vía arbitral, esto **mediante un examen previo de libre disponibilidad**.
78. Bajo tal precepto, la cuestión residiría en dilucidar si la materia de penalidades constituye una materia de libre disponibilidad, como ha afirmado el Cuerpo Colegiado en la resolución impugnada; dado que, según el Decreto Legislativo N°1071 que norma el arbitraje solo pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición ⁽⁴²⁾. A través de este análisis, podrá determinarse la naturaleza de la materia cuya competencia se cuestiona.
79. Sobre esto último, la doctrina especializada en arbitraje señala que la figura de la libre disposición requiere de dos criterios bien definidos: **(a)** que las materias en controversia no afecten el orden público o el interés general y, además, **(b)** que la fórmula alternativa no esté vedada por la existencia de competencia exclusiva asignada a determinado órgano.

(i) **Sobre la afectación al orden público o interés público:**

41

DECRETO SUPREMO N°008-2021-PCM - REGLAMENTO GENERAL DEL OSIPTEL

“Artículo 50.- Arbitraje administrado por Osiptel.-

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior, OSIPTEL podrá actuar como institución organizadora de arbitrajes para resolver las controversias indicadas y las de carácter patrimonial y disponible que puedan surgir entre el Estado y las Empresas operadoras.

Las empresas operadoras podrán someter sus controversias a arbitraje, salvo que versen sobre materias no arbitrables. Se consideran materias no arbitrables, por tratarse del ejercicio de atribuciones o funciones de imperio del Estado, las referidas al cumplimiento de las funciones que corresponde desarrollar a OSIPTEL. Tratándose de materias arbitrables la vía arbitral es alternativa y excluyente de la vía administrativa; siendo de aplicación supletoria la Ley General de Arbitraje. En el caso de opción por la vía arbitral, las partes podrán someter sus controversias a OSIPTEL, quien actuará como entidad administradora de arbitrajes. La función de administrar arbitrajes no es exclusiva de OSIPTEL.

La concurrencia de dos o más manifestaciones inequívocas de voluntad efectuadas unilateralmente por las empresas operadoras en sus respectivos contratos de concesión, en comunicaciones dirigidas a OSIPTEL o mediante otro medio o mecanismo, para someter a arbitraje sus controversias con otras empresas operadoras, tiene los efectos de un convenio arbitral, siéndole aplicable la Ley N° 26572 - Ley General de Arbitraje- y normas complementarias y modificatorias”.

42

DECRETO LEGISLATIVO N° 1071 QUE NORMA EL ARBITRAJE

“Artículo 2.- Materias susceptibles de arbitraje.

1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen. (...).”



80. Con relación al tema, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, el orden público “es el conjunto de valores, principios y pautas de comportamiento político, económico y cultural en sentido lato, cuyo propósito es la conservación y adecuado desenvolvimiento de la vida coexistencial”(43). Asimismo, el orden público se compone de “un conjunto de disposiciones normativas que las partes, al momento de contratar, no pueden contravenir a través de sus actos, se trata por tanto de un límite a la autonomía privada (44)”.
81. En el presente caso, la Ley N° 28295 declaró de interés nacional y necesidad pública la compartición de dicha infraestructura (45) con la finalidad de que crezca ordenadamente sin necesidad de replicar redes de cables donde la ya existente puede usarse eficientemente (46). Dicho espíritu se ve reflejado en el régimen legal establecido en la Ley N° 28295, su reglamento y demás normas afines, que de transgredirse constituiría un quebrantamiento al interés público respecto de la compartición de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.
82. En tal sentido, Best Cable e Hidrandina decidieron someter su contrato a la Ley N° 28295, su reglamento, así como a las demás normas modificatorias, complementarias o supletorias vigentes en la materia a la fecha de su suscripción (cláusula segunda del contrato), lo que conlleva -en principio- la sujeción irrenunciable a todas las obligaciones y prohibiciones previstas respecto a la materialización de la compartición de infraestructura.
83. Ahora bien, con relación a las penalidades, este Tribunal a diferencia de la primera instancia, considera que aunque el tratamiento legal de las penalidades no ha sido recogido en la ley antes mencionada como parte del contenido

⁴³ Sentencia recaída en el Expediente N° 3283-2003-AA/TC.

⁴⁴ Bullard, A. “No comerás actos impuros”: El orden público y el control judicial del Laudo Arbitral. *THÉMIS Revista De Derecho*, N° 63, Lima, p. 196. Dirección URL: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8998>

⁴⁵ **LEY N°28295 – LEY QUE REGULA EL ACCESO Y USO COMPARTIDO DE INFRAESTRUCTURA DE USO PÚBLICO PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICACIONES**

“Artículo 1.- Declaración de interés público.

Declárase de interés y necesidad pública el acceso y uso compartido de la infraestructura de uso público señalada en la presente Ley”.

⁴⁶ **LEY N°28295 – LEY QUE REGULA EL ACCESO Y USO COMPARTIDO DE INFRAESTRUCTURA DE USO PÚBLICO PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICACIONES**

“Artículo 3.- Finalidad

a) Utilizar eficientemente la infraestructura de uso público en los supuestos contemplados en la presente Ley, así como promover una mayor competencia en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones beneficiando a los consumidores, operadores interesados en el acceso y a los titulares de la infraestructura de uso público.

b) Promover el crecimiento ordenado de las infraestructuras de uso público necesarias para la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones, a efectos de mitigar la afectación del paisaje urbanístico y promover el uso racional del espacio público, propiciando la reducción de costos económicos y sociales que genera la duplicidad de redes a nivel nacional”



mínimo del contrato de compartición de infraestructura, ello no constituye -por sí mismo- una razón para determinar que no es de interés público, puesto que, como se ahondará a continuación, dicho concepto guarda vital relevancia para la continuidad de las relaciones jurídicas de compartición de infraestructura.

84. Dentro de la normativa complementaria a las relaciones de compartición de infraestructura se tiene a la **"Norma que establece el Procedimiento de Emisión de Mandatos"**, la cual establece en su artículo 6 que la existencia de deudas es una causal para denegar la solicitud de un nuevo Contrato o para impedir la solicitud de un Mandato de compartición ⁽⁴⁷⁾. Asimismo, en la Matriz de Comentarios que sustenta dicha Norma, el OSIPTEL ha señalado expresamente a las penalidades como uno de los conceptos que están comprendidos en esa definición de "deudas", por tratarse de una deuda exigible en el marco de las relaciones mayoristas de compartición de infraestructura ⁽⁴⁸⁾.
85. Lo mismo sucede con el artículo 17 de la referida Norma ⁽⁴⁹⁾ que, conforme a lo señalado en la citada Matriz de Comentarios, establece como una causal de terminación del mandato la existencia de estas deudas en caso de incumplimientos de pago reiterados, nuevamente incluyendo a las penalidades dentro de dichas deudas.
86. En tal sentido, el Consejo Directivo, en las resoluciones antes mencionadas, refiere que las "penalidades" no pueden pasar desapercibidas como una

⁴⁷ RESOLUCIÓN N° 079-2024-CD/OSIPTEL – NORMA QUE ESTABLECE EL PROCEDIMIENTO DE EMISIÓN DE MANDATOS

"Artículo 6.- Denegatoria para la suscripción del contrato"

6.1. Sin perjuicio de las causales previstas en la norma específica, la Empresa Solicitada puede denegar a la Empresa Solicitante la suscripción del contrato, en caso que esta última, a la fecha de inicio de la negociación:

(...)

b) **Mantenga impaga una deuda**, en el marco de una relación mayorista de la misma naturaleza o no se cuente con la garantía suficiente que respalde la referida deuda.

(...)"

⁴⁸ Matriz de Comentarios al "Proyecto de Norma Procedimental para la Emisión de Mandatos" (Cfr. Págs. 9 y 26 de la Matriz de Comentarios que sustentó la RESOLUCIÓN N° 079-2024-CD/OSIPTEL: <https://www.osiptel.gob.pe/n-079-2024-cd-osiptel/>):

"(...) debe señalarse que la denegatoria es aplicable cuando exista una deuda por cualquier concepto (setup fee, contraprestaciones mensuales, adecuación de infraestructura, **penalidades**, etc.) que sea exigible únicamente en el marco de una relación mayorista de la misma naturaleza (...)"

"Finalmente, respecto a la solicitud de incluir un literal "e" vinculado a las deudas originadas por la implementación de la relación mayorista, debe señalarse que la terminación del mandato es aplicable cuando exista una deuda por cualquier concepto (setup fee, contraprestaciones mensuales, adecuación de infraestructura, **penalidades**, etc.) que sea exigible únicamente en el marco de la relación mayorista y por un plazo mayor a tres (3) meses".

⁴⁹ RESOLUCIÓN N° 079-2024-CD/OSIPTEL – NORMA QUE ESTABLECE EL PROCEDIMIENTO DE EMISIÓN DE MANDATOS

"Artículo 17.- Término del mandato"

17.1. El mandato termina de pleno derecho cuando:

(...)

a. La Empresa Solicitante, sin causa justificable, no realiza el pago integral de la retribución o de cualquier otra obligación económica dispuesta en el mandato, por más de tres (3) meses consecutivos o alternados en el año calendario en el que se ejecuta la relación mayorista.

(...)"



obligación intrascendente en el "marco de otros ámbitos" ⁽⁵⁰⁾, sino que surge indubitadamente de una relación mayorista de compartición, siendo tal su importancia que podría determinar la denegatoria de negociaciones o la terminación definitiva de la relación de compartición. Tal nota diferenciadora explicaría que la materia de penalidades sí reviste un marcado interés público, pues de modo ulterior, podría determinar si una relación de compartición es establecida o no, lo que precisamente se busca cautelar mediante la aplicación de la Ley N° 28295. Por tanto, la materia involucrada tiene una incidencia directa en el acceso al mercado de servicios públicos de telecomunicaciones y en la competencia.

87. Aunque la materia de penalidades posee un contenido patrimonial, tiene incidencia en las relaciones de compartición de infraestructura. Así también, es importante tener en cuenta los pronunciamientos emitidos por la Corte Superior de Justicia del Poder Judicial en el marco de procedimientos contenciosos administrativos contra resoluciones del Tribunal de Solución de Controversias, así en la Sentencia -Resolución N°7- del 24 de agosto de 2020, emitida en el Exp. N°00215-2019-0-1817-SP-CO-02, la **Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima** señala que es necesario realizar una interpretación general de la norma sobre el alcance de la competencia del OSIPTEL, concluyendo que las controversias sobre resarcimiento o indemnización se relacionan al acceso y uso compartido, así como aquellas acciones u omisiones que pueden afectar el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones. En los Fundamentos Sexto y Séptimo de dicha Sentencia, se determinó lo siguiente (resaltado agregado):

"Las pretensiones de resarcimiento o indemnización (...) están evidentemente vinculadas con las siguientes materias:

1. Al acceso y uso compartido de la infraestructura de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos a los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones.

(...)

3. A acciones u omisiones que pueden afectar el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones

SÉTIMO.- Las materias precisadas en el considerando precedente, son competencia exclusiva de OSIPTEL (...)".

88. Del mismo modo, en la Sentencia -Resolución N° 13- del 28 de marzo de 2025, emitida en el Exp. N° 11375-2019-0-1801-JR-CA-05, la **Cuarta Sala Especializada en Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima** ha señalado que, sobre la base del marco normativo establecido en el artículo 36 de la Ley 27336, el literal f) del artículo 53 del Reglamento General del Osiptel y el Reglamento de Controversias del Osiptel (cfr. Fundamento Décimo Noveno - resaltado agregado):

"Siendo así, el marco normativo expuesto en los puntos anteriores, permite determinar que la competencia del OSIPTEL en materia de solución de



controversias comprende todas aquellas controversias que involucren el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público que sea necesaria para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones".

89. De manera uniforme, en la Sentencia -Resolución N° 6- del 10 de agosto de 2023, emitida en el Exp. N° 1147-2020-0-1801-JR-CA-16, la **Tercera Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima**, ha señalado en el Fundamento Sexto de la citada Sentencia, que (resaltado agregado):

"(...) el Reglamento General del OSIPTEL para la Solución de Controversias, establece un listado enunciativo mas no taxativo de competencias asignadas, entre las que se encuentran lo referido al acceso y uso compartido de infraestructura de uso público. De modo que, lo pactado en el "Contrato, de Acceso y Uso de Infraestructura Eléctrica ("Contrato de Compartición") (...), es claramente competencia de dicho Tribunal Administrativo;"

90. Asimismo, en la Sentencia -Resolución N° 5- del 24 de setiembre de 2024, emitida en el Exp. N° 01872-2020-0-1801-JR-CA-06, la **Ex Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Lima**, señaló que, conforme al marco normativo establecido en el literal e) del inciso 1 del artículo 3 de la Ley N° 27332, el artículo 36 de la Ley N° 27336, el inciso f) del artículo 53 del Reglamento General del OSIPTEL y el Reglamento de Controversias del Osipitel (cfr. Fundamento Décimo Segundo - resaltado agregado):

"Por lo tanto, se aprecia que, una las materias susceptibles de ser tramitadas en la vía de un procedimiento administrativo de solución de controversias son aquellos conflictos suscitados en el marco de una relación de acceso y uso compartido de infraestructura de uso público que tenga como finalidad prestar un servicio público de telecomunicaciones, así como toda aquella materia que sea susceptible de afectar el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones."

91. Bajo esa línea, si bien las sentencias citadas corresponden a casos regidos por la Ley N° 29904, lo resuelto resulta plenamente aplicable al presente caso, en tanto dicha ley también regula materias de compartición de infraestructura, al igual que la Ley N° 28295. Por tanto, la competencia del OSIPTEL comprende, de forma general, cualquier controversia que guarde relación con la compartición de infraestructura y que pueda comprometer el interés público que dicha norma busca proteger.
92. Además, el **Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional**, ha señalado que los organismos reguladores deben "actuar con eficiencia en la solución de toda controversia que pudiera presentarse en el sector que les compete" ⁽⁵¹⁾. Este pronunciamiento del supremo intérprete de la Constitución refuerza la importancia de una intervención efectiva y especializada por parte de este organismo, en el ámbito de su competencia.

⁵¹

Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N° 0008-2003-AI/TC, fundamento 41.



(ii) **Sobre la competencia exclusiva del OSIPTEL para resolver controversias respecto a penalidades:**

93. Sin perjuicio de lo anterior, corresponde evaluar la disponibilidad de las penalidades conforme a los criterios enunciados, para ello, es necesario traer a colación lo dispuesto en el artículo 50 del Reglamento General del OSIPTEL ⁽⁵²⁾ en el que se detalla que las empresas operadoras pueden someter sus controversias a arbitraje, siempre que estas no versen sobre materias no arbitrables. Esta norma resulta plenamente compatible con la Ley de Arbitraje vigente, en tanto desarrolla de manera expresa los alcances de las materias no arbitrables, en contraposición a aquellas que son de libre disposición.
94. Lo anterior debe ser analizado sistemáticamente con el artículo 55 de la misma norma, en el que se establece que las controversias entre empresas de mercados sujetos a regulación requieren ser resueltas mediante un procedimiento administrativo trilateral, agotando previamente la vía administrativa ⁽⁵³⁾. Asimismo, el Reglamento General de Solución de Controversias resalta no solo la obligatoriedad de la vía administrativa previa, sino también su carácter exclusivo e irrenunciable ⁽⁵⁴⁾.
95. En adición, la materia en discusión se encuentra enmarcada en una controversia **relacionada con el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones**, siendo un conflicto que de acuerdo con el Reglamento General del OSIPTEL ⁽⁵⁵⁾

⁵² DECRETO SUPREMO Nº 008-2001-PCM - REGLAMENTO GENERAL DEL OSIPTEL

“Artículo 50.- Arbitraje administrado por OSIPTEL

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior, OSIPTEL podrá actuar como institución organizadora de arbitrajes para resolver las controversias indicadas y las de carácter patrimonial y disponible que puedan surgir entre el Estado y las Empresas operadoras.

*Las empresas operadoras podrán someter sus controversias a arbitraje, salvo que versen sobre materias no arbitrables. Se consideran materias no arbitrables, por tratarse del ejercicio de atribuciones o funciones de imperio del Estado, las referidas al cumplimiento de las funciones que corresponde desarrollar a OSIPTEL. Tratándose de materias arbitrables la vía arbitral es alternativa y excluyente de la vía administrativa; siendo de aplicación supletoria la Ley General de Arbitraje. En el caso de opción por la vía arbitral, las partes podrán someter sus controversias a OSIPTEL, quien actuará como entidad administradora de arbitrajes. La función de administrar arbitrajes no es exclusiva de OSIPTEL.
(...)”.*

⁵³ DECRETO SUPREMO Nº008-2021-PCM – REGLAMENTO GENERAL DEL ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN PRIVADA EN TELECOMUNICACIONES

“Artículo 55.- Vía administrativa previa

La vía administrativa previa es obligatoria y de competencia exclusiva de OSIPTEL, de acuerdo con las reglas establecidas en el presente Reglamento”.

⁵⁴ RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO Nº 00248-2021-CD/OSIPTEL - REGLAMENTO GENERAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ENTRE EMPRESAS

“Artículo 1.- Vía previa obligatoria

La vía administrativa previa es obligatoria y de competencia exclusiva del OSIPTEL”.

⁵⁵ DECRETO SUPREMO Nº008-2021-PCM – REGLAMENTO GENERAL DEL ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN PRIVADA EN TELECOMUNICACIONES

“Artículo 53.- Controversias entre Empresas



y el Reglamento de Solución de Controversias ⁽⁵⁶⁾ debe ser resuelta por el órgano competente del OSIPTEL por vía administrativa.

96. Conforme a lo expuesto, las controversias que puedan surgir respecto al acceso y uso compartido de infraestructura de uso público no pueden ser sometidas a consideración de los fueros arbitrales si previamente no se ha obtenido un pronunciamiento en la vía administrativa, pues tal decisión supondría ir en contra del carácter irrenunciable de la función encomendada al regulador. Adicionalmente, el artículo 50 del Reglamento General del OSIPTEL ⁽⁵⁷⁾ añade una precisión que resulta determinante a efectos de entender cuándo se trata de materias no arbitrables en los procedimientos que se siguen en el fuero administrativo del OSIPTEL, estas son, aquellas materias referidas al ejercicio de las funciones administrativas que corresponde desarrollar a este organismo regulador.
97. Del mismo modo, el TUO de la LPAG establece que la competencia administrativa es irrenunciable y las autoridades competentes no pueden abstenerse de ejercer sus atribuciones, salvo orden expresa de mandato legal o judicial ⁽⁵⁸⁾. En tal sentido, no habría lugar a discusión entre la jurisdicción

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

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

⁵⁶ **RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 00248-2021-CD/OSIPTEL - REGLAMENTO GENERAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ENTRE EMPRESAS**

“Artículo I.- Objeto de la norma y competencias del OSIPTEL

El presente Reglamento rige la actuación del OSIPTEL en cuanto al ejercicio de su función de conocer y resolver controversias entre empresas, en la vía administrativa, aunque sólo una de las partes tenga la condición de Empresa Operadora, relacionadas con las siguientes materias:

(...)

f) El acceso y uso compartido de la infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones (...).”.

⁵⁷ **DECRETO SUPREMO N° 008-2001-PCM - REGLAMENTO GENERAL DEL OSIPTEL**

“Artículo 50.- Arbitraje administrado por OSIPTEL

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior, OSIPTEL podrá actuar como institución organizadora de arbitrajes para resolver las controversias indicadas y las de carácter patrimonial y disponible que puedan surgir entre el Estado y las Empresas operadoras.

Las empresas operadoras podrán someter sus controversias a arbitraje, salvo que versen sobre materias no arbitrables. Se consideran materias no arbitrables, por tratarse del ejercicio de atribuciones o funciones de imperio del Estado, las referidas al cumplimiento de las funciones que corresponde desarrollar a OSIPTEL. Tratándose de materias arbitrables la vía arbitral es alternativa y excluyente de la vía administrativa; siendo de aplicación supletoria la Ley General de Arbitraje. En el caso de opción por la vía arbitral, las partes podrán someter sus controversias a OSIPTEL, quien actuará como entidad administradora de arbitrajes. La función de administrar arbitrajes no es exclusiva de OSIPTEL.

La concurrencia de dos o más manifestaciones inequívocas de voluntad efectuadas unilateralmente por las empresas operadoras en sus respectivos contratos de concesión, en comunicaciones dirigidas a OSIPTEL o mediante otro medio o mecanismo, para someter a arbitraje sus controversias con otras empresas operadoras, tiene los efectos de un convenio arbitral, siéndole aplicable la Ley N° 26572 - Ley General de Arbitraje- y normas complementarias y modificatorias”.

⁵⁸ **DECRETO SUPREMO N° 004-2019-JUS - TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY N° 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

“Artículo 74.- Carácter inalienable de la competencia administrativa



administrativa y la jurisdicción arbitral, ya que, de plano, no existiría la posibilidad de desplazar el ejercicio de la función administrativa de solución de controversias del OSIPTEL por ser irrenunciable.

98. Así pues, como se ha establecido anteriormente, la materia de penalidades está ligada inexorablemente a la relación jurídica de compartición de infraestructura que la contiene y, por tanto, las controversias que surjan respecto de ella están relacionadas al acceso y uso compartido de infraestructura de uso público, en la medida que el incumplimiento de su pago puede acarrear la denegatoria o la terminación de la compartición. En torno a ello, el OSIPTEL en mérito a su función de solución de controversias, habrá de velar de manera exclusiva por medio de sus órganos competentes por la conservación del mercado y el interés general de la sociedad
99. Esta conclusión también ha sido compartida por el Poder Judicial en reiterados pronunciamientos de la Corte Superior de Justicia ⁽⁵⁹⁾, como en la Sentencia - Resolución N° 13- del 28 de marzo de 2025, emitida en el Exp. N° 11375-2019, la **Cuarta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de Lima** señaló que el OSIPTEL tiene competencia exclusiva sobre materias indisponibles, ya que estas involucran relaciones jurídicas reguladas por normas y afectan el interés público:

“(…) el margen de la actuación arbitral no puede extenderse a conflictos que no sean de libre disposiciones de las partes siendo así, el Carácter Indisponible de la materia en discusión no solo viene dado porque involucre aspectos de una relación jurídica que se encuentran establecidos en una disposición normativa (...), sino, particularmente, porque afecta el ejercicio de la potestad administrativa atribuida al OSIPTEL para resolver conflictos y porque la materia en discusión tiene incidencia en el interés público”.

(...)

74.2 Solo por ley o mediante mandato judicial expreso, en un caso concreto, puede ser exigible a una autoridad no ejercer alguna atribución administrativa de su competencia.

(...)

74.4 Las entidades o sus funcionarios no pueden dejar de cumplir con la tramitación de procedimientos administrativos, conforme a lo normado en la presente Ley. Todo acto en contra es nulo de pleno derecho”.

59

Ver las Sentencias:

Fundamento sexto y séptimo de la Res. N° 5 en el Exp. N° 01872-2020-0-1801-JR-CA-06, en la que se indica: “en atención al marco normativo que regula las competencias del Cuerpo Colegiado y del Tribunal de Solución de Controversias del OSIPTEL, dicho organismo regulador, en ejercicio de su función de solución de controversias, cuenta con competencia exclusiva para emitir un pronunciamiento sobre las reclamaciones sobre materias reguladas o que sean susceptibles de afectar el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones”.

Fundamento séptimo y noveno de la Res. N° 6 en el Exp. N° 1147-2020-0-1801-JR-CA-16, en la que se indica: “la dilucidación de su controversia puede afectar eventualmente la afectación del servicio público de telecomunicaciones, conforme el artículo 36° de la Ley 27332; se determina que, es competencia del órgano regulador dilucidar la presente controversia. (...) En cuanto a la reclamación y el pronunciamiento del TSC, como se ha mencionado líneas arriba – no ha incorporado un mandato regulatorio y/o alguna cláusula contractual nueva – sino que se ha ceñido a lo establecido en el Reglamento y la Ley; entendiendo que las partes no pueden pactar en vulnerando las normas regulatorias”.



100. En consecuencia, estos conflictos no pueden ser resueltos por la vía arbitral, pues la resolución corresponde a la potestad administrativa y exclusiva del OSIPTEL sobre la materia.
101. Frente a tales alcances, este Tribunal considera que la interpretación a desprender del marco normativo integrado por la Ley Marco de Organismos Reguladores, el TUO de la LPAG, la Ley de Arbitraje y la Ley que regula el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público, conduce a afirmar que, la no disponibilidad de la materia objeto de la controversia suscitada en este procedimiento se deriva de que: (i) la materia interesa al orden público e incide en el interés general de crear relaciones jurídicas de compartición de infraestructura para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones; y, (ii) existe una competencia exclusiva del OSIPTEL para el ejercicio de la función de solución de controversias relacionadas con el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos.
102. Ahora bien, respecto a la excepción planteada por Hidrandina, este Tribunal ya ha fundamento en anteriores ocasiones que, pese a la existencia de un convenio arbitral, no es posible acudir a esa vía si la materia en controversia no es de libre disposición, para mayor detalle, se expresa en uno de esos fundamentos:
- “En ese orden de ideas, una interpretación integral y sistemática del marco normativo que regula las funciones de los organismos reguladores y las materias que no son arbitrables, conlleva a concluir que, aún si existiese un convenio arbitral, como un acuerdo de solución de disputas entre dos o más partes, una materia controvertida que no sea de libre disposición y que, por el contrario, involucre o afecte materias que se encuentran fuera del alcance del arbitraje, no podría ser sometida a un tribunal arbitral” (60).*
103. En tales términos, este Tribunal no comparte lo señalado por el CCP respecto a que la materia de penalidades es arbitrable por ser de libre disposición, al contrario, considera que la misma resulta de interés público y además ha sido encomendado al OSIPTEL como materia exclusiva de su competencia al estar relacionada con el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público.
104. Teniendo esto presente, no cabe duda de que la voluntad de Hidrandina fue la de cuestionar la competencia del OSIPTEL en mérito a una cláusula arbitral presente en su contrato, no obstante, el cuestionamiento ha sido realizado respecto de una materia que no es de libre disponibilidad, razón por la cual, no podría ampararse la excepción por convenio arbitral respecto a dicha materia.
105. Ahora bien, es importante tener en cuenta que conforme al artículo 6 de la LPAG, la aplicación diferente del derecho no implica una causal de nulidad. Así

60

Resolución N°00018-2021-TSC/OSIPTEL recaída en el Expediente N°005-2018-CCO-ST/CI, fundamento ochenta y uno. Asimismo, el TSC ha adoptado el mismo criterio en las resoluciones N° 019-2021-TSC/OSIPTEL, N° 020-2021-TSC/OSIPTEL.



pues, dado que las penalidades no son una materia de libre disponibilidad, OSIPTEL sí tiene competencia, por consiguiente, el recurso de apelación interpuesto por Best Cable debe ser declarado fundado en este extremo y corresponde declarar infundada la excepción deducida por Hidrandina respecto de la segunda pretensión planteada por Best Cable.

3.2.2. Sobre que se deje sin efecto las penalidades

106. De la reclamación presentada por Best Cable, se observa que las pretensiones formuladas fueron las siguientes:
- Primera pretensión principal, que se declare la continuidad de la vigencia del CONTRATO N° GR/99-2019 “CONTRATO DE USO COMPARTIDO DE INFRAESTRUCTURA” de fecha 01 de enero de 2019, entre la empresa HIDRANDINA y mi representada BEST CABLE.
 - Segunda pretensión principal, que se deje sin efecto a favor de HIDRANDINA la penalidad por la suma de S/ 329,193.15 Soles, comunicada en la Carta HDNA-CH-0114-2024, debido a que dicha penalidad constituye una condición abusiva que no se ajusta a derecho.
107. Al respecto, si bien Best Cable formuló ambas pretensiones como “principales”, es preciso señalar que, tras una revisión exhaustiva de los actuados y sus anexos, es posible indicar que su segunda pretensión posee una naturaleza accesoria respecto de la primera. En efecto, se entiende que una pretensión es accesoria *“cuando habiendo varias pretensiones, al declararse fundada la principal, se amparan también las demás”* ⁽⁶¹⁾.
108. En ese sentido, la **Corte Suprema de Justicia** ha desarrollado en su jurisprudencia la importancia de analizar debidamente cada pretensión planteada a fin de establecer su naturaleza. Así, en el fundamento décimo primero de la **Casación N° 1760-2017-Huánuco**, establece el criterio jurisprudencial por el cual, aunque una pretensión haya sido planteada bajo una determinada denominación, resulta necesario realizar un análisis en función de su contenido, incidencia y naturaleza:
- “(…) si bien la pretensión de indemnización ha sido planteada como accesoria, ello no obsta a que **sea analizada de manera independiente en atención a su contenido e incidencia y a la naturaleza de dicha pretensión**, en las que se deben analizar todos los elementos (…)”.*
- (El resaltado es nuestro)
109. De igual manera, en el fundamento tercero de la **Casación N° 2756-2019-Lima**, la Corte Suprema señaló que las pretensiones deben ser analizadas por el juzgador de forma individualizada y, en cuanto a las pretensiones accesorias, el

⁶¹

DECRETO LEGISLATIVO N° 768 - CÓDIGO PROCESAL CIVIL

“Artículo 87.- Acumulación objetiva originaria

(…) es accesoria cuando habiendo varias pretensiones, al declararse fundada la principal, se amparan también las demás.



pronunciamiento debe sustentarse en la existencia de un vínculo lógico con la principal:

"2. Sería errado concluir —desde una interpretación literal de la norma— que amparar una pretensión accesoria es mero trámite que sigue al declararse fundada la principal, en tanto ello derivaría a sostener que resultaría innecesario fundamentar las decisiones judiciales en la parte que se amparan pretensiones accesorias, lo que en sí mismo supondría viciar de contenido el proceso y provocar su nulidad.

3. Toda pretensión venida a proceso debe ser examinada y en el caso en cuestión debe analizarse el vínculo que permita colegir que la secuencia lógica de amparar la principal es la que fundamenta la tutela de la accesoria. Cuando ello no ocurra, no es posible amparar esta".

(El resaltado es nuestro)

110. Ahora bien, en el presente caso observamos que Best Cable al momento de sustentar su segunda pretensión señaló que el cobro de penalidades exigido por Hidrandina resulta indebido y además abusivo, toda vez que la empresa ha continuado pagando mensualmente la contraprestación pactada en el contrato. En tal sentido, argumenta que no corresponde exigir el pago de dicha penalidad cuando la contraprestación contractual ha seguido siendo cumplida de manera regular.
111. Siguiendo tal razonamiento, la accesoriedad de la segunda pretensión de Best Cable se determina por su innegable relación con la primera pretensión relativa a la vigencia del contrato, puesto que, la producción o no de penalidades resulta estar conminada a la vigencia del contrato, de acuerdo con las cláusulas suscritas por las partes. Por tanto, el sentido en que se resuelva la primera pretensión orientará también la decisión respecto a la segunda pretensión.
112. Teniendo ello en cuenta y conforme a lo señalado en considerandos anteriores, al haberse revocado lo resuelto por la primera instancia en el artículo primero de la resolución impugnada —en el que se declaró fundada la excepción de incompetencia deducida por Hidrandina respecto a la segunda pretensión principal de la reclamación— dicha pretensión se encuentra expedita para ser resuelta. Este Tribunal en atención al Principio de Celeridad y al Principio de Eficacia que rigen el procedimiento administrativo y que se encuentran recogidos en el Título Preliminar del TUO de la LPAG, considera pertinente y necesario emitir pronunciamiento sobre dicha pretensión.
113. Respecto a este punto, en virtud de los principios invocados, el procedimiento administrativo debe estar orientado a cumplir sus fines por encima de formalismos excesivos que no incidan en su validez y sin caer en dilaciones sin propósito que dificulten resolver los conflictos en un tiempo razonable, ⁽⁶²⁾.

⁶²

DECRETO SUPREMO N° 004-2019-JUS – TUO DE LA LEY N° 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL,

"Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo



Asimismo, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, estos principios resultan ser manifestaciones concretas del debido procedimiento administrativo, por el cual debe prescindirse de actuaciones procesales innecesarias que resulten contrarios a los principios del debido procedimiento administrativo. Por tales razones, considerando que la segunda pretensión de Best Cable tiene una naturaleza de pretensión accesorio, corresponde a este Tribunal pronunciarse en este acto, ya que ello constituye una garantía adicional de la finalidad pública que se busca proteger ⁽⁶³⁾.

114. Al respecto, debe tenerse en cuenta que las penalidades que se pretenden aplicar a Best Cable en el marco de un contrato de compartición de infraestructura, está sujeta a que el contrato haya vencido y el operador continúe utilizando la infraestructura sin la debida autorización. En caso contrario, es decir, si el vínculo contractual permanece vigente, no existe fundamento legal para imponer penalidades, ya que el uso de la infraestructura estaría debidamente amparado.
115. En tal sentido, la continuidad del contrato que ha sido analizada en la primera pretensión no es un hecho aislado, sino que constituye el presupuesto necesario que habilita la aplicación de penalidades por uso no autorizado de infraestructura. Por tanto, existe una relación de dependencia directa de la segunda pretensión a la primera debido a que la validez de la penalidad presupone necesariamente la extinción del vínculo contractual. Si dicho vínculo se mantiene, no puede configurarse la falta del contrato que justifique el pago de

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

(...)

1.9. Principio de celeridad.- Quienes participan en el procedimiento deben ajustar su actuación de tal modo que se dote al trámite de la máxima dinámica posible, evitando actuaciones procesales que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos, a fin de alcanzar una decisión en tiempo razonable, sin que ello releve a las autoridades del respeto al debido procedimiento o vulnere el ordenamiento.

1.10. Principio de eficacia.- Los sujetos del procedimiento administrativo deben hacer prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental, sobre aquellos formalismos cuya realización no incida en su validez, no determinen aspectos importantes en la decisión final, no disminuyan las garantías del procedimiento, ni causen indefensión a los administrados.

En todos los supuestos de aplicación de este principio, la finalidad del acto que se privilegie sobre las formalidades no esenciales deberá ajustarse al marco normativo aplicable y su validez será una garantía de la finalidad pública que se busca satisfacer con la aplicación de este principio.

(...)-

63

Sentencia del Tribunal Constitucional en el EXP. N.º 03250-2023-PA/TC, fundamento sesenta y siete:

"En efecto, debe recordarse que, de conformidad con el artículo IV del Texto Único Ordenado de la Ley 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General-, aprobado mediante Decreto Supremo 004- 2019-JUS, son concretizaciones razonables del debido procedimiento administrativo el principio de celeridad, en virtud del cual, quienes participan en el procedimiento deben ajustar su actuación de tal modo que se dote al trámite de la máxima dinámica posible, evitando actuaciones procesales que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos, a fin de alcanzar una decisión en tiempo razonable; y el principio de eficacia, conforme al cual, los sujetos del procedimiento administrativo deben hacer prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental, sobre aquellos formalismos cuya realización no incida en su validez, no determinen aspectos importantes en la decisión final, no disminuyan las garantías del procedimiento, ni causen indefensión a los administrados."

**PERÚ**Presidencia
del Consejo de MinistrosOrganismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

las penalidades, ya que el supuesto de hecho de dicha cláusula no se habría concretado. Por ende, la condición de penalidades no puede operar de forma autónoma o desvinculada del estado contractual entre las partes.

116. Trasladando dicho concepto al presente caso, de la cláusula décima quinta del contrato de compartición sub litis se desprende que las penalidades impuestas por Hidrandina a Best Cable se originaron bajo el supuesto de que el contrato había vencido y, por tanto, la empresa debía retirar sus cables y elementos de red. En efecto, al considerar que el vínculo contractual había concluido, Hidrandina requirió dicho retiro; y ante su incumplimiento, procedió con la aplicación de penalidades.
117. En consecuencia, al haberse reconocido la vigencia del Contrato GR/L-099-2019, suscrito por Hidrandina con Best Cable, pierde sustento totalmente la imposición de dichas penalidades, toda vez que su aplicación estaba condicionada a la finalización o vencimiento del referido vínculo contractual.
118. Por lo tanto, corresponde declarar fundada la segunda pretensión principal formulada por la empresa Best Cable y, en consecuencia, dejar sin efecto el cobro de penalidades que le venía aplicando Hidrandina.

RESUELVE:

Artículo Primero. - Declarar FUNDADO el recurso de apelación interpuesto por Best Cable Perú S.A.C. contra la Resolución N° 002-2025-CCP/OSIPTEL emitida por el Cuerpo Colegiado Permanente con fecha 24 de enero del 2025, en los siguientes términos:

- (i) REVOCAR lo resuelto en el artículo PRIMERO de dicha resolución; y, en consecuencia, declarar INFUNDADA la excepción por convenio arbitral deducida por la Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad Electro Norte Medio Sociedad Anónima – Hidrandina S.A respecto de la segunda pretensión planteada por Best Cable Perú S.A.C. en su escrito N° 01 del 12 de junio de 2024.
- (ii) REVOCAR lo resuelto en el artículo TERCERO de la resolución impugnada, en el extremo que declaró IMPROCEDENTE la primera pretensión presentada por Best Cable Perú S.A.C. en su escrito N° 01 del 12 de junio de 2024, y reformulándola, declarar FUNDADA dicha pretensión; en consecuencia, se DECLARA que el contrato entre Best Cable Perú S.A.C. y la Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad Electro Norte Medio Sociedad Anónima – Hidrandina S.A. continúa vigente y quedará renovado automáticamente por periodos similares al periodo inicial, a menos que dos (02) meses antes del vencimiento del plazo, cualquiera de las partes manifestara por escrito su voluntad de no renovarlo.

Documento electrónico firmado digitalmente en el marco de
Reglamento la Ley N°27269, Ley de Firmas y Certificados
Digitales, y sus modificatorias. La integridad del documento
y la autenticidad de la(s) firma(s) pueden ser verificadas en:
<https://appsi.firmaperu.gob.pe/web/validador.xhtml>



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

- (iii) DECLARAR FUNDADA la segunda pretensión presentada por Best Cable Perú S.A.C. contra Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad Electro Norte Medio Sociedad Anónima – Hidrandina S.A., por los fundamentos expuestos en la presente resolución.

Artículo Segundo. - Encargar a la Secretaría Técnica del Tribunal de Solución de Controversias remitir copia de la presente resolución a la Dirección de Políticas Regulatorias y Competencia del Osiptel, para las acciones que correspondan en el ámbito de sus funciones.

Artículo Tercero. – Notificar la presente resolución a **Best Cable Perú S.A.C.** y a la **Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad Electro Norte Medio Sociedad Anónima – Hidrandina S.A.**

REGÍSTRESE Y COMUNÍQUESE. -

Con el voto favorable de la señora vocal Milagritos Pilar Pastor Paredes, y los señores vocales Rafael Alejandro Vera Tudela Wither, Richard Mark Sin Porlles y Jorge Francisco Li Ning Chaman. Con el voto en discordia del señor vocal José Julio Mendoza Antezana en la Sesión N° 609 de fecha 28 de mayo de 2025.

MILAGRITOS PILAR PASTOR PAREDES
PRESIDENTA DEL TRIBUNAL DE
SOLUCION DE CONTROVERSIAS
TRIBUNAL DE SOLUCION DE
CONTROVERSIAS

Documento electrónico firmado digitalmente en el marco de
Reglamento la Ley N°27269, Ley de Firmas y Certificados
Digitales, y sus modificatorias. La integridad del documento
y la autenticidad de la(s) firma(s) pueden ser verificadas en:
<https://apps.firmaperu.gob.pe/web/validador.xhtml>

El voto en discordia del señor José Julio Mendoza Antezana, vocal del Tribunal de Solución de Controversias, es el siguiente:

1. Con respecto a la posición planteada por mis colegas sobre la apelación interpuesta por BEST CABLE, debo expresar respetuosamente mi discrepancia sustancial con el análisis efectuado y las conclusiones arribadas.
2. Si bien la resolución adoptada en mayoría por el resto de los vocales del Tribunal contiene un desarrollo amplio sobre sus fundamentos, considero pertinente expresar de forma simplificada y condensada la línea argumentativa que me distancia de tal posición. Esto, con la finalidad de transmitir de manera más ágil los motivos de mi apartamiento, sin perjuicio de resaltar que detrás de las premisas que expondré a continuación, existen construcciones jurídicas más amplias que dan base lógica y conceptual a las ideas esgrimidas.

a) Sobre la primera pretensión relativa a la continuidad del contrato

3. En el presente caso, mediante Resolución N°00010-2024-CCP/OSIPTEL de fecha 18 de julio de 2024, el CCP admitió a trámite la reclamación presentada por BEST CABLE contra HIDRANDINA, referida a una controversia sobre el acceso y uso compartido de infraestructura. Al respecto, BEST CABLE formuló como pretensión principal que se declare la continuidad del contrato de acceso y uso compartido de infraestructura celebrado con HIDRANDINA, de fecha 01 de enero de 2019.
4. Si bien HIDRANDINA interpuso una “excepción de incompetencia” (con fecha 22 de agosto del 2024), esta excepción fue desestimada en cuanto al extremo referido a la pretensión de continuidad del contrato, sin que dicha decisión haya sido impugnada. Por ende, este aspecto se encuentra consentido y no corresponde su revisión en sede de apelación.
5. Por otra parte, en los numerales 22 a 34 del voto en mayoría, se desestimó que el Contrato N° GR/L-099-2019 “Contrato de uso compartido de infraestructura” (entre BEST CABLE e HIDRANDINA) resultara ineficaz por el hecho de que los representantes legales de HIDRANDINA que lo suscribieron hubieran carecido de las facultades legales necesarias, pues el referido contrato fue ratificado de manera tácita. Sobre dicho punto, comparto la referida evaluación y conclusión.
6. Ahora bien, con relación al análisis de fondo sobre la referida pretensión, el voto en mayoría analiza este extremo de la controversia conforme al siguiente razonamiento:
 - a) El análisis comparativo del contrato celebrado entre Best Cable e Hidrandina y de las condiciones de renovación pactadas por esta última con Bandtel y Telefónica, evidenciaría un trato discriminatorio. Mientras que Bandtel y Telefónica tendrían permitido efectuar múltiples renovaciones contractuales, a Best Cable solamente se le habilitó una renovación, lo que constituiría una diferencia en el trato otorgado sin justificación objetiva.

- b) Los principios contenidos en la Ley N° 28295, entre ellos el principio de no discriminación, constituyen límites normativos sobre la relación jurídica de compartición de infraestructura, en atención al interés público que subyace a dicha norma.
- c) Se habría vulnerado el principio de no discriminación. Por tal motivo, respecto a Best Cable e Hidrandina, debe aplicarse la condición de renovaciones automáticas sucesivas, en concordancia con el trato otorgado a otros operadores. En consecuencia, se considera que el contrato sigue vigente.
7. Al respecto, se advierte que el Contrato N° GR/L-99-2019 fue suscrito en el marco de la Ley N° 28295 y su reglamento, normas que recogen el Principio de No Discriminación ⁽¹⁾. Asimismo, el artículo 7 de dicha Ley establece que sus principios, entre ellos, el de no discriminación: (i) fijan los límites y lineamientos para el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público, (ii) deben ser utilizados como base para sustentar y establecer las reglas, celebración y contenido de los contratos, y (iii) pueden ser usados como criterios interpretativos o de integración de los contratos.
8. De esta manera, el punto (i) antes reseñado alude, de forma general, a que los principios contenidos en la norma orientan el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público, mientras que el punto (ii) dispone que tales principios deben ser tomados en cuenta al momento de fijar las estipulaciones que regirán tales relaciones jurídicas. En otras palabras, lo antes indicado está referido a la delimitación y alcances del acceso y uso compartido de infraestructura bajo esta Ley, así como a la construcción contractual respectiva (o del mandato que se emita, de ser el caso).
9. Una vez fijadas las condiciones bajo las cuales se brinda a una empresa operadora el acceso y uso compartido de una infraestructura de uso público para la prestación de un servicio público de telecomunicaciones (sea bajo un contrato o un mandato de compartición), es evidente que la relación obligacional que rige a las partes involucradas se someterá al respectivo contrato o mandato. Por ello, conforme a lo señalado en el punto (iii) del fundamento 7 del presente voto, el artículo 7 de la Ley 28295 reconoce que los principios recogidos en dicha norma pasan a constituir un criterio de interpretación o integración, a fin de permitir una aplicación armoniosa de los contratos o mandatos emitidos.
10. Esto último resulta de especial relevancia, pues la competencia del CCP y este Tribunal respecto al acceso y uso compartido de la infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones ⁽²⁾, está referida a las

¹ Para tales efectos, revisar el artículo 7 de la Ley 28295 - Ley que regula el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones y el artículo 4 del Reglamento de la Ley 28295 (aprobado por Decreto Supremo 009-2005-MTC).

² **DECRETO SUPREMO N° 008-2001-PCM - REGLAMENTO GENERAL DEL OSIPTEL**
"Artículo 53.- Controversias entre Empresas
OSIPTEL es competente para conocer en la vía administrativa las siguientes controversias entre empresas:
(...)
f) Las relacionadas con el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones."

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 00248-2021-CD/OSIPTEL - REGLAMENTO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ENTRE EMPRESAS
"Artículo I.- Objeto de la norma y competencias del OSIPTEL. -

controversias que puedan surgir cuando existen discrepancias derivadas de la ejecución de los contratos y/o mandatos respectivos ⁽³⁾. Por ende, en la medida que tales conflictos tienen como presupuesto la existencia de una relación de compartición de infraestructura sustentada indefectiblemente en un contrato o mandato, la aplicación de los principios del artículo 7 de la Ley N° 28295 en el marco de la función de solución de controversias, se materializará en el punto (iii) antes indicado (esto es, como criterio interpretativo o de integración).

11. El empleo de los principios contenidos en el artículo 7 de dicha Ley N° 28295 como criterios interpretativos o de integración responde a que el contrato (o mandato) contenga alguna estipulación no unívoca que requiera dilucidación o vacíos que ameriten la aplicación de métodos de integración. Es pertinente recordar que, en palabras de Marcial Rubio ⁽⁴⁾, la interpretación jurídica es un procedimiento “*para desentrañar el contenido y sentido de las normas jurídicas*” y mediante la integración jurídica “*se crean normas jurídicas antes inexistentes, mediante la aplicación del derecho*”.
12. Ahora bien, al revisar el contrato celebrado entre BEST CABLE e HIDRANDINA, se advierte que existe una cláusula específica que aborda la renovación y establece expresamente que el contrato sería renovado por un periodo similar ⁽⁵⁾. En base a esta estipulación se realizó una sola renovación, tras lo cual HIDRANDINA dio por concluida la relación contractual. Es pertinente recordar que, conforme al artículo 1361 del Código Civil ⁽⁶⁾, el contrato es obligatorio en cuanto se haya expresado en él (*pacta*

El presente Reglamento rige la actuación del OSIPTEL en cuanto al ejercicio de su función de conocer y resolver controversias entre empresas, en la vía administrativa, aunque sólo una de las partes tenga la condición de Empresa Operadora, relacionadas con las siguientes materias:

(...)

f) El acceso y uso compartido de la infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones (...).

³ Camero P., Torres K. *Defensa de la competencia y solución de controversias en el mercado de telecomunicaciones*, 30 años de jurisprudencia. OSIPTEL, 2023, pp. 16 y 17. Dirección URL: <https://repositorio.osiptel.gob.pe/handle/20.500.12630/923>

“Conforme al marco normativo vigente, el Osiptel tiene competencia para conocer y resolver controversias entre empresas, aunque solo una de las partes sea operadora de los servicios públicos de telecomunicaciones, cuando se trate de las siguientes materias:

(...)

- *El acceso y uso compartido de la infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones. Las controversias relacionadas con esta materia pueden surgir cuando existen discrepancias derivadas de la ejecución de contratos y/o mandatos, dentro del ámbito de aplicación de los siguientes regímenes legales sobre acceso y uso compartido de infraestructura pasiva para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones: Ley n.° 28295, “Ley que regula el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones” y sus normas reglamentarias; Decreto Legislativo n.° 1019, “Ley de acceso a la infraestructura de los proveedores importantes de los servicios públicos de telecomunicaciones” y sus normas reglamentarias; y, Ley n.° 29904, “Ley de promoción de la banda ancha y construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica” y sus normas reglamentarias*

(...).

⁴ Rubio C. *Manual de Razonamiento Jurídico*. Fondo Editorial PUCP, 2012, pp. 80 y 134.

⁵ Contrato GR/L-99-2019, cláusula 7.2:

“Al vencimiento del presente contrato, este quedará renovado automáticamente por un periodo similar, a menos que dos (02) meses antes del vencimiento del plazo, cualquiera de las partes manifestará por escrito su voluntad de no renovar el presente contrato”.

⁶ **DECRETO LEGISLATIVO 295.- CÓDIGO CIVIL**

Artículo 1361.- Obligatoriedad de los contratos

“Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos.

sunt servanda) y su contenido refleja la voluntad común de las partes, salvo prueba en contrario (que no ha sido presentada en este caso).

13. Al invocar el principio de no discriminación, BEST CABLE alega un presunto trato desigual por parte de HIDRANDINA en comparación con otros operadores, quienes habrían accedido a renovaciones sucesivas en condiciones distintas. El voto en mayoría sustenta la presunta vulneración de dicho principio en una premisa similar, consistente -a su criterio- en una diferencia de trato derivada de la existencia de cláusulas contractuales distintas que habría permitido a otros operadores obtener renovaciones sucesivas, situación que no se habría replicado para BEST CABLE.
14. Bajo mi consideración, el mencionado planteamiento revela que no estamos ante un supuesto de interpretación contractual ni frente a una laguna que requiera ser integrada. Ello es así, pues el asunto de la renovación ha sido abordado de forma expresa en el Contrato N° GR/L-99-2019 y el sentido de la regla convencionalmente establecida es claro en reconocer que la renovación se daría de forma automática por una sola oportunidad. Esto último incluso es aceptado en el voto en mayoría, pues para determinar que lo pactado con BEST CABLE vulneraría -a su criterio- el principio de no discriminación, efectivamente se reconoce que el contrato entre HIDRANDINA y BEST CABLE solo recoge una sola renovación automática, para luego contrastar esa regla con lo pactado entre HIDRANDINA y otros operadores.
15. Conforme a la doctrina *“la interpretación del contrato tiende en efecto a averiguar el contenido de un acto de autonomía privada según el propósito de sus autores”* ⁽⁷⁾, mientras que la integración del contrato es *“una operación técnico-jurídica por la cual se recurre a fuentes heterónomas -es decir diversas de la voluntad de las partes- para la construcción del reglamento contractual”* ⁽⁸⁾. De lo anterior se desprende que tanto la interpretación como la integración constituyen un razonamiento orientado a entender el contenido del contrato o superar eventuales lagunas, pero no implica la exclusión de una estipulación expresamente contenida en el contrato ⁽⁹⁾ en favor de una regla distinta que rijan la relación obligacional.
16. Un razonamiento en contrario implicaría realizar un control de calidad contractual, que -en los hechos- estaría dejando sin efecto lo dispuesto en el acto jurídico respecto del cual se planteó la presente reclamación, para luego aplicar, en su lugar, una regla distinta a lo pactado en su momento por las partes. Esto, por supuesto: (i) no constituye un ejercicio de interpretación ni integración contractual; y, (ii) **constituye un aspecto ajeno a una labor propia de solución de controversias en sede administrativa**.
17. Esta posición no desconoce el valor del principio de no discriminación, tampoco pretende vaciar de contenido sus alcances, ni mucho menos hace inatacable el establecimiento de condiciones presuntamente inequitativas que puedan afectar el

Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla”.

⁷ Bianca, M. *“Diritto Civile. Tomo 3: Il Contratto”*, Dott. A. Editore S.p.A. Milano. Italia. 1987, Ristampa. 1992. Pág. 379.

⁸ Humberto, F. *“El principio de buena fe objetiva en el derecho contractual argentino”*, Revista de Derecho Privado, 2009, pp. 149.

⁹ A modo de referencia, el artículo 1281 del Código Civil Español establece que, cuando los términos de un contrato son claros, se entenderá según el sentido literal de las cláusulas contractuales.

acceso y uso compartido de infraestructura. En efecto, reconozco la relevancia de este principio para la consecución de los fines establecidos en la Ley N° 28295 (uso eficiente de la infraestructura, promoción de la competencia y del crecimiento ordenado de las infraestructuras necesarias para la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones) y que su contravención puede generar problemas tanto en la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones para los usuarios como en la competencia entre los operadores concurrentes.

18. Sin embargo, en caso se pretenda recurrir al principio de no discriminación para dejar sin efecto una estipulación contractual y sustituirla por una regla distinta que no fue pactada por las partes; ello debe realizarse a través de los mecanismos previstos para la modificación de contratos o, en su defecto, mediante la emisión de un mandato. En este último caso, el artículo 13 literal b) de la Ley N° 28295 establece que, ante la falta de acuerdo para celebrar un contrato de acceso y uso de infraestructura, se puede solicitar al OSIPTEL la emisión de un mandato de compartición.
19. A fin de ilustrar este punto, considero pertinente traer a colación un anterior pronunciamiento en materia de interconexión, en el cual rige el principio de igualdad de acceso ⁽¹⁰⁾, que es semejante al principio de no discriminación recogido en la Ley N° 28295 en materia de acceso y uso compartido de infraestructura. Así, la Resolución 030-2003-TSC/OSIPTEL ⁽¹¹⁾ desarrolló el procedimiento aplicable cuando se pretende modificar las condiciones jurídicas o económicas de un contrato de interconexión ⁽¹²⁾, en virtud del referido principio de igualdad de acceso.
20. Trasladando este criterio al presente caso, en tanto la renovación constituye una condición jurídica expresamente pactada, de entender BEST CABLE que dicha regla resultaba presuntamente discriminatoria y pretendiera la aplicación de una condición distinta de renovación automática (igual o equivalente a lo acordado con otros operadores), esto debiera conllevar a buscar la adecuación del contrato con HIDRANDINA a través del mecanismo de modificación contractual, a fin de que se le otorgue una condición similar a la aplicada a Telefónica y/o Bandtel. Asimismo, en caso no se obtuviera la aludida modificación contractual, correspondería entonces solicitar la emisión de un mandato de compartición.

¹⁰ **RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO N° 134-2012-CD-OSIPTEL – TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LAS NORMAS DE INTERCONEXIÓN**

“Artículo 11.- Principio de igualdad de acceso. -

En virtud del principio de igualdad de acceso, los concesionarios u operadores de servicios públicos de telecomunicaciones están obligados a interconectar sus redes o servicios en condiciones equivalentes para todos los operadores de otros servicios que lo soliciten”.

¹¹ Resolución correspondiente al Expediente 010-2002-CCO-ST/IX, en el que Bellsouth Perú S.A. (Bellsouth) interpuso una reclamación contra Nextel del Perú S.A. (Nextel) por el incumplimiento de obligaciones derivadas de su relación de interconexión. En dicha Resolución, se determinó que Nextel debía otorgar a Bellsouth las mismas condiciones concedidas a Telefónica Móviles, estableciéndose el mecanismo mediante el cual Bellsouth podía ejercer su derecho de acceso a dicha condición, entre otros aspectos.

¹² **Fundamento sesenta y tres de la Resolución 030-2003-TSC/OSIPTEL**, que indica: “(...) de acuerdo con la normativa vigente, las empresas titulares del derecho de adecuación seguirán el procedimiento regular de modificación de relaciones de interconexión a efectos del ejercicio del derecho emanado del Principio de Igualdad de Acceso, respecto de las condiciones técnicas y jurídicas; y, el procedimiento pactado en sus respectivos contratos de interconexión en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 25° del Reglamento de Interconexión tratándose de condiciones económicas”.

21. Con la finalidad de alinear la actuación de los titulares de infraestructura y las empresas operadoras con el adecuado desarrollo del servicio público de telecomunicaciones, los diversos regímenes existentes ⁽¹³⁾ establecen ciertos mecanismos que pueden limitar la libertad contractual y la libertad de contratar ⁽¹⁴⁾, entre los cuales encontramos las Ofertas Básicas de Compartición ⁽¹⁵⁾ o la emisión de mandatos.
22. Ahora bien, el hecho de subrogar lo estipulado en el contrato entre BEST CABLE e HIDRANDINA respecto a las condiciones de renovación y -en su lugar- emplazar las reglas establecidas en contratos con otros operadores, es una restricción a la libertad contractual de las partes que no corresponde ser desplegada mediante un procedimiento de solución de controversias, sino que debe canalizarse por parte del Osiptel mediante el ejercicio de su función normativa ⁽¹⁶⁾, a través de la eventual emisión de un mandato observando ⁽¹⁷⁾ el Principio de No Discriminación, entre otros señalados en la normativa respectiva.
23. Dado que no existe una modificación contractual ni se ha emitido un mandato que disponga lo contrario, no resulta posible desconocer que la cláusula de renovación es clara en establecer que el contrato solo se renovaría automáticamente por una vez (sin perjuicio de que las partes pudieran pactar nuevas renovaciones en un momento posterior, lo cual no ocurrió en este caso).
24. A mayor abundamiento, se aprecian dos hechos importantes: (i) en un procedimiento de emisión de mandatos seguido por BEST CABLE, esta empresa reconoció que solo se habría efectuado una renovación del contrato con HIDRANDINA ⁽¹⁸⁾, sin perjuicio de que haya cuestionado la cláusula que limitaba la renovación, y (ii) el Consejo Directivo del OSIPTEL evaluó este aspecto y también mediante Resolución N° 128-

¹³ Ley N°28295 - Ley que regula el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de Servicios Públicos de Telecomunicaciones; Ley N°29904 - Ley de promoción de la banda ancha y construcción de la red dorsal nacional de fibra óptica y Decreto Legislativo N°1019 que aprueba la Ley de acceso a la infraestructura de los Proveedores Importantes de Servicios Públicos de Telecomunicaciones.

¹⁴ **Fundamento siete de la Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N.° 02175-2011-PA/TC**, que declara lo siguiente: “a. *Libertad de contratar, también llamada libertad de conclusión*, que es la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata; y b. *Libertad contractual* –que forma parte de las denominadas libertades económicas que integran el régimen económico de la constitución (cfr. STC 01405-2010-PA/TC, fundamento 12)–, también conocida como *libertad de configuración interna*, que es la facultad para decidir, de común acuerdo, el contenido del contrato” [SSTC 00026-2008-PI/TC y 00028-2008-PI/TC (acumulados), fundamento 52; STC 2185-2002-AA/TC, fundamento 2]”.

¹⁵ Modelo de Contrato tipo a ser presentado por los Proveedores Importantes para el acceso y uso compartido de infraestructura, regulado en el Decreto Legislativo N°1019.

¹⁶ **DECRETO SUPREMO N° 008-2001-PCM - REGLAMENTO GENERAL DEL OSIPTEL**

“Artículo 23.- Definición de Función Normativa. -

La función normativa permite al OSIPTEL dictar de manera exclusiva y dentro del ámbito de su competencia, reglamentos y normas de carácter general, aplicables a todos los administrados que se encuentren en las mismas condiciones. Estos reglamentos podrán definir los derechos y obligaciones entre las empresas operadoras y de éstas con los usuarios. Asimismo, comprende la facultad de dictar mandatos y normas de carácter particular; referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades bajo su competencia, o de sus usuarios”.

¹⁷ En la medida en que las partes no hayan logrado un acuerdo para la modificación contractual.

¹⁸ Escrito N°5 de fecha 28 de febrero del 2024, presentado por Best Cable en el marco del Expediente N°00001-2024-CD-DPRC/MC:

“1.1. Tal como se puede observar, a mi representada solo se le otorgó la opción de una sola renovación y a TELEFÓNICA DEL PERÚ renovaciones ilimitadas (...)”.

2024-CD/OSIPTEL ⁽¹⁹⁾ estimó que el contrato contemplaba solo una renovación bajo condiciones previamente acordadas.

25. Por consiguiente, en tanto el contrato y la renovación pactada vencieron el 31 de diciembre del 2022 ⁽²⁰⁾ y al no existir alguna disposición contractual aplicable entre las partes respecto a una nueva renovación, HIDRANDINA remitió formalmente la Carta HDNA-CH.0156-2024, de fecha 18 de enero de 2024, mediante la cual informaba el vencimiento del contrato.
26. Con base en los argumentos expuestos, no corresponde declarar la vigencia del contrato en el marco del presente procedimiento de solución de controversias, por lo que considero que el recurso de apelación formulado respecto a esta primera pretensión es INFUNDADO.

b) Sobre la excepción deducida con relación a la segunda pretensión (cobro de la penalidad)

27. Con relación a este extremo, es preciso indicar que comparto la decisión de encauzar el análisis de la excepción deducida por HIDRANDINA hacia la figura de excepción por convenio arbitral, pues -en efecto- su oposición se irguió en virtud de la cláusula arbitral suscrita en su contrato con BEST CABLE. En tal sentido, conforme al ordenamiento procesal civil aplicable ⁽²¹⁾ supletoriamente -con arreglo al Reglamento de Solución de Controversias entre Empresas ⁽²²⁾- el cuestionamiento de Hidrandina debió ser revisado como una excepción de convenio arbitral.
28. Asimismo, estimo pertinente reiterar lo señalado en el numeral 5 de este voto, en tanto el Contrato N° GR/L-099-2019 ha quedado ratificado de manera tácita.

¹⁹ El Consejo Directivo declaró improcedente la solicitud de modificación de contrato mediante mandato de compartición presentada por Best Cable, debido a lo siguiente:

Párrafo 9 de la parte considerativa de la Resolución N°00128-2024-CD/OSIPTEL:

“Que, atendiendo a los términos de la negociación y la solicitud del mandato, Best Cable requiere la modificación del Contrato GR/L-99-2019; sin embargo, conforme a la documentación que obra en el expediente y para efectos del presente procedimiento de mandato, el referido contrato habría vencido el 31 de diciembre de 2022”.

Best Cable interpuso un recurso de reconsideración contra dicha resolución, el cual fue declarado infundado (mediante Resolución 00182-2024-CD/OSIPTEL). En ese sentido, habiéndose agotado los recursos administrativos, la decisión del Consejo Directivo ha adquirido la calidad de firme.

²⁰ El contrato de compartición de infraestructura tenía una vigencia del 1 de enero de 2019 al 31 de diciembre de 2020, previéndose una única renovación automática por un periodo similar, es decir, de dos años adicionales, conforme a lo establecido en la cláusula séptima.”

²¹ **RESOLUCION MINISTERIAL N° 010-93-JUS – TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL**

“Artículo 446.- Excepciones proponibles*

El demandado sólo puede proponer las siguientes excepciones:

(...)

13.- Convenio arbitral”.

²² **RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 00248-2021-CD/OSIPTEL - REGLAMENTO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ENTRE EMPRESAS**

“DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

Primera. - Aplicación supletoria

En todo lo no previsto expresamente por el presente Reglamento se aplica, según corresponda, la LPAG, la LRCA y la LRCD y el Código Procesal Civil”.

29. Dicho esto, discrepo respecto a lo sostenido por la mayoría, al declarar que el cobro de penalidades se trataría de una materia indisponible y, en consecuencia, no arbitrable (debido a que constituiría una materia de orden público y de competencia exclusiva del OSIPTEL).
30. En efecto, la Ley General de Arbitraje ⁽²³⁾ y el Reglamento General del OSIPTEL ⁽²⁴⁾ establecen que las materias de libre disposición son susceptibles de ser llevadas a arbitraje, dejando fuera de esta posibilidad a aquellas que afecten al orden público en tanto exista competencia exclusiva y excluyente asignada a un determinado organismo público; siendo que, en el caso del OSIPTEL, correspondan al ejercicio de funciones de *lus Imperium* del Estado asignadas a dicha entidad.
31. Teniendo ello en cuenta, debe ser reconocida la premisa de que las empresas operadoras pueden someter ciertas controversias a arbitraje, siempre que no versen sobre materias no arbitrables. En el primer caso, la vía arbitral es alternativa a la vía administrativa, siendo de aplicación supletoria la Ley General de Arbitraje, la misma que reconoce al Tribunal Arbitral de la potestad de determinar su propia competencia en sede única, conforme al artículo 41 ⁽²⁵⁾.
32. Por tanto, no puede negarse que la evaluación sobre si el conflicto es o no arbitrable, corresponde -de haberse iniciado un arbitraje- a la jurisdicción arbitral, de acuerdo con el principio Kompetenz-Kompetenz reconocido en la normativa antes aludida, así como en la doctrina y jurisprudencia pertinente, a fin de garantizar la independencia de la jurisdicción arbitral y la eficacia de los convenios arbitrales. Por su propia naturaleza, este principio tiene dos efectos: (i) uno positivo referido a la facultad de los árbitros de

23 **DECRETO LEGISLATIVO N° 1071 – DECRETO LEGISLATIVO QUE NORMA EL ARBITRAJE**

“Artículo 2.- Materias susceptibles de arbitraje. -

1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.
2. Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones derivadas del convenio arbitral”.

24 **DECRETO SUPREMO N° 008-2001-PCM - REGLAMENTO GENERAL DEL OSIPTEL**

“Artículo 50.- Arbitraje administrado por OSIPTEL

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior, OSIPTEL podrá actuar como institución organizadora de arbitrajes para resolver las controversias indicadas y las de carácter patrimonial y disponible que puedan surgir entre el Estado y las Empresas operadoras.

Las empresas operadoras podrán someter sus controversias a arbitraje, salvo que versen sobre materias no arbitrables. Se consideran materias no arbitrables, por tratarse del ejercicio de atribuciones o funciones de imperio del Estado, las referidas al cumplimiento de las funciones que corresponde desarrollar a OSIPTEL. Tratándose de materias arbitrables la vía arbitral es alternativa y excluyente de la vía administrativa; siendo de aplicación supletoria la Ley General de Arbitraje. En el caso de opción por la vía arbitral, las partes podrán someter sus controversias a OSIPTEL, quien actuará como entidad administradora de arbitrajes. La función de administrar arbitrajes no es exclusiva de OSIPTEL.

La concurrencia de dos o más manifestaciones inequívocas de voluntad efectuadas unilateralmente por las empresas operadoras en sus respectivos contratos de concesión, en comunicaciones dirigidas a OSIPTEL o mediante otro medio o mecanismo, para someter a arbitraje sus controversias con otras empresas operadoras, tiene los efectos de un convenio arbitral, siéndole aplicable la Ley N° 26572 - Ley General de Arbitraje- y normas complementarias y modificatorias”.

25 **DECRETO LEGISLATIVO N° 1071 – DECRETO LEGISLATIVO QUE NORMA EL ARBITRAJE**

“Artículo 41.- Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral.

El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales.

(...)”

dilucidar su propia competencia; y, (ii) uno negativo que implica la restricción temporal de los tribunales ordinarios de resolver cuestiones acerca de la existencia, validez o alcance de las cláusulas arbitrales ⁽²⁶⁾.

33. Del mismo modo, el Tribunal Constitucional ⁽²⁷⁾ ha desarrollado la institución arbitral, dotando de contenido sustancial al Principio Kompetenz–Kompetenz, en mérito del cual se garantiza la competencia de los árbitros de conocer y resolver, en cualquier momento, las controversias promovidas durante el proceso arbitral, incluidas las vinculadas a la validez y eficacia del convenio arbitral. Asimismo, se justifica la finalidad pragmática del referido principio, al evitar que alguna de las partes que no esté conforme con someterse al pacto arbitral, pretenda desconocerlo objetando las decisiones arbitrables frente a jueces ordinarios. Esto, sin perjuicio de la posibilidad de posteriormente cuestionar las actuaciones arbitrales que hubieran infringido la tutela procesal efectiva.
34. Bajo tales consideraciones, hay un aspecto crucial que no puede ser ignorado en este contexto, esto es, que desde una fecha anterior al pronunciamiento del CCP existe un arbitraje iniciado por esta materia.
35. En el fundamento 6 de la resolución impugnada se indica que, mediante escritos N.º 4 (registro SISDOC 64452-2024/MPV) y N.º 5 (registro SISDOC 64833-2024/MPV), HIDRANDINA remitió copias de su solicitud de inicio de proceso arbitral y de la resolución número uno de fecha 25 de septiembre de 2024 expedida por la Secretaría Técnica del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio del Santa, con la cual se tuvo por presentada la indicada solicitud. Cabe señalar que la Ley General de Arbitraje determina el inicio del proceso arbitral se produce con la presentación de la solicitud ⁽²⁸⁾.
36. En tal sentido, al existir un arbitraje ya iniciado (en función a la información disponible en el expediente), considero que establecer si la pretensión examinada es o no arbitrable (aun cuando ello pueda liminarmente ser presentado como una herramienta argumentativa para sustentar la competencia de la autoridad administrativa) en realidad implica que un órgano resolutorio administrativo ingrese a determinar si un árbitro -quien ejerce función jurisdiccional ⁽²⁹⁾- puede o no conocer un caso que se

²⁶ Caivano, R. J., & Ceballos Ríos, N. M. (2020). El principio Kompetenz-Kompetenz, revisitado a la luz de la Ley de arbitraje comercial internacional argentina. *THEMIS Revista De Derecho*, (77), 15-34. Dirección URL: <https://doi.org/10.18800/themis.202001.001>

²⁷ Sentencia recaída en el Expediente N.º 6167-2005-PHC/TC (caso Fernando Cantuarias Salaverry). A mayor abundamiento, revisar los fundamentos jurídicos comprendidos del tres al catorce.

²⁸ **DECRETO LEGISLATIVO N° 1071 – DECRETO LEGISLATIVO QUE NORMA EL ARBITRAJE**

“Artículo 33.- Inicio del arbitraje.

Salvo acuerdo distinto de las partes, las actuaciones arbitrales respecto de una determinada controversia se iniciarán en la fecha de recepción de la solicitud para someter una controversia a arbitraje.”

²⁹ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993**

“Principios de la Administración de Justicia

Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.
(...)”

encuentra dentro de su ámbito de competencia, en el marco de un arbitraje en curso ⁽³⁰⁾. Esta situación, en mi opinión, no parece conversar con las reglas procesales que garantizan la autonomía del arbitraje, conforme se ha expresado anteriormente.

37. La posición aquí vertida implica que la potestad de determinar el carácter arbitrable de una pretensión que ha sido presentada en sede arbitral se encuentra reservada a los respectivos árbitros. Ello se evidencia también en una de las sentencias citadas por el voto en mayoría, donde fue el propio Tribunal Arbitral quien decidió inhibirse de conocer un caso, al examinar su competencia ⁽³¹⁾. A mi entender, una lectura contraria podría ocasionar la producción de dos pronunciamientos incompatibles con relación a la arbitrabilidad de la controversia o, incluso, dos pronunciamientos paralelos sobre el fondo de la pretensión, resultado impropio de un ordenamiento jurídico coherente y concordado.
38. Por otro lado, el voto en mayoría contiene argumentos que intentan sustentar la competencia exclusiva de los órganos de solución de controversias del OSIPTEL, citando incluso diversas sentencias judiciales.
39. Al respecto, estimo pertinente reafirmar que las controversias relacionadas con el acceso o uso compartido de infraestructura que incidan en un servicio público de telecomunicaciones, se encuentran -en principio- dentro del espectro sustantivo de las competencias asignadas al CPP y el Tribunal. Sin embargo, no puede perderse de vista que la elección de la vía arbitral implica una connatural alternatividad entre la sede administrativa y la arbitral; por lo que reconocer que un asunto forma parte de las competencias de los órganos de solución de controversias de Osiptel no excluye que, a su vez, las partes puedan decidir someter tal controversia a la vía arbitral.
40. En tal sentido, el motivo de mi posición discordante no radica en un cuestionamiento a la competencia de los órganos de solución de controversias del Osiptel; sino en la existencia de un convenio arbitral y que, al haberse iniciado el respectivo arbitraje, la arbitrabilidad de esta pretensión en particular debe ser examinada en sede arbitral. Esto último, considerando que corresponde al árbitro definir su propia competencia.
41. A mayor abundamiento, si bien el voto en mayoría asume que la pretensión no sería arbitrable porque la materia disputada recae en el acceso o uso compartido de infraestructura e incide en el servicio público de telecomunicaciones; considero pertinente expresar -de forma referencial- que la referida premisa habilita a los órganos de solución de controversias del Osiptel a conocer eventualmente un caso (incluso si involucra empresas fuera de su ámbito de regulación), pero esta situación no implica *per se* que la referida pretensión esté proscrita de ser sometida a arbitraje, pues el artículo 50 del Reglamento General del OSIPTEL reconoce la alternatividad del arbitraje ⁽³²⁾. Esto último inherentemente alude a que pueden ser objeto de arbitraje

³⁰ En base a la información disponible en el expediente respecto al inicio del proceso arbitral, sin que ninguna de las partes haya alegado ni acreditado el cierre de dicha vía.

³¹ Sentencia -Resolución N°7- del 24 de agosto de 2020, emitida en el Exp. N°00215-2019-0-1817-SP-CO-02 por la Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima

³² **DECRETO SUPREMO N° 008-2001-PCM - REGLAMENTO GENERAL DEL OSIPTEL**

“Artículo 50.- Arbitraje administrado por OSIPTEL

materias que precisamente están, a su vez, dentro de la función de solución de controversias del Osiptel, caso contrario, no existiría tal alternatividad.

42. Por tanto, en dichos casos –según mi estimación- la evaluación de la arbitrabilidad de las pretensiones no se debería limitar únicamente a constatar los aspectos antes señalados, sino que además correspondería examinar si las mismas están vinculadas a funciones de imperio de la administración pública (siendo que estas últimas, lógicamente, no abarcan todos aquellos asuntos que forman parte de las competencias asignadas a los órganos de solución de controversias). Sin perjuicio de estas ideas, corresponderá al Tribunal Arbitral realizar la evaluación que resulte pertinente, al existir un arbitraje ya iniciado en este caso.
43. Finalmente, el eventual amparo de la excepción por cláusula arbitral no vulnera la inalienabilidad de la competencia administrativa recogida en el artículo 74 del TUO la LPAG ⁽³³⁾, pues dicha norma reconoce que una autoridad puede no ejercer una atribución si ello deriva de un mandato legal; siendo que el principio Kompetenz-Kompetenz antes descrito responde efectivamente a lo dispuesto en una norma imperativa de rango legal (Ley de General de Arbitraje).
44. En adición, respecto a lo expresado en el fundamento 94 del voto en mayoría ⁽³⁴⁾ sobre el agotamiento de la vía administrativa previa, debe recalcar que tal requisito no es exigible para acudir al arbitraje, sino que resulta aplicable para cuestionar las decisiones de la autoridad administrativa mediante un proceso contencioso-administrativo.
45. Dicho esto, al existir un arbitraje en curso en el presente caso (conforme a la información disponible), la arbitrabilidad de la controversia no corresponde ser dilucidada en este procedimiento, sino en la vía arbitral pertinente. Por tanto, al constatare la existencia de un convenio arbitral suscrito entre las partes, correspondería -modificando los fundamentos de la primera instancia- tener por

(...)

Las empresas operadoras podrán someter sus controversias a arbitraje, salvo que versen sobre materias no arbitrables. Se consideran materias no arbitrables, por tratarse del ejercicio de atribuciones o funciones de imperio del Estado, las referidas al cumplimiento de las funciones que corresponde desarrollar a OSIPTEL. Tratándose de materias arbitrables la vía arbitral es alternativa y excluyente de la vía administrativa; siendo de aplicación supletoria la Ley General de Arbitraje. En el caso de opción por la vía arbitral, las partes podrán someter sus controversias a OSIPTEL, quien actuará como entidad administradora de arbitrajes. La función de administrar arbitrajes no es exclusiva de OSIPTEL.

(...):”

33

DECRETO SUPREMO Nº 004-2019-JUS - TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY Nº 27444 - LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

“Artículo 74.- Carácter inalienable de la competencia administrativa

74.1 Es nulo todo acto administrativo o contrato que contemple la renuncia a la titularidad, o la abstención del ejercicio de las atribuciones conferidas a algún órgano administrativo.

74.2 Solo por ley o mediante mandato judicial expreso, en un caso concreto, puede ser exigible a una autoridad no ejercer alguna atribución administrativa de su competencia.

74.3 La demora o negligencia en el ejercicio de la competencia o su no ejercicio cuando ello corresponda, constituye falta disciplinaria imputable a la autoridad respectiva.

74.4 Las entidades o sus funcionarios no pueden dejar de cumplir con la tramitación de procedimientos administrativos, conforme a lo normado en la presente Ley. Todo acto en contra es nulo de pleno derecho.”

34

En dicho párrafo se indica: “Lo anterior debe ser analizado sistemáticamente con el artículo 55 de la misma norma, en el que se establece que las controversias entre empresas de mercados sujetos a regulación requieren ser resueltas mediante un procedimiento administrativo trilateral, agotando previamente la vía administrativa. Asimismo, el Reglamento de General de Solución de Controversias resalta no solo la obligatoriedad de la vía administrativa previa, sino también su carácter exclusivo e irrenunciable”

amparable la excepción deducida por Hidrandina, entendiéndola bajo la forma de excepción de convenio arbitral. En consecuencia, soy de la opinión que este extremo del recurso de apelación interpuesto también es INFUNDADO.



Firmado digitalmente por:
MENDOZA ANTEZANA Jose
Julio FAU 20133840533 hard
Motivo: Soy el autor del
documento
Fecha: 04/06/2025 11:30:57-0500

José Julio Mendoza Antezana

Vocal del Tribunal de Solución de Controversias