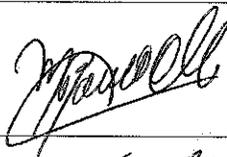
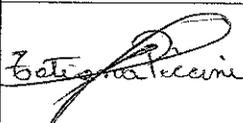
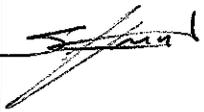


A	:	GERENCIA GENERAL
ASUNTO	:	RECURSO DE RECONSIDERACIÓN INTERPUESTO POR SOCIEDAD ELÉCTRICA DEL SUR OESTE S.A. CONTRA EL MANDATO DE COMPARTICIÓN EMITIDO MEDIANTE LA RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 020-2017-CD/OSIPTEL
REFERENCIA	:	EXPEDIENTE N° 00006-2016-CD-GPRC/MC
FECHA	:	17 de abril de 2017

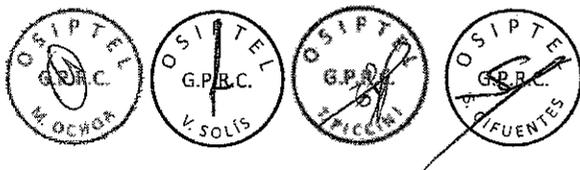
	Cargo	Nombre	Firma
ELABORADO POR:	Especialista en Costos e Interconexión	María Ochoa	
	Especialista en Políticas Regulatorias-Temas Tarifarios	Vladimir Solis	
REVISADO POR:	Subgerente de Gestión y Normatividad	Tatiana Piccini	
APROBADO POR:	Gerente de Políticas Regulatorias y Competencia	Sergio Cifuentes	

1. OBJETO.

El objeto del presente informe es analizar y evaluar el recurso de reconsideración interpuesto por la empresa Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A. (en adelante, SEAL), contra el mandato de compartición de infraestructura emitido mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 020-2017-CD/OSIPTEL, que establece condiciones para el uso de la infraestructura eléctrica de titularidad de SEAL por parte de la empresa Multivision S.R.L. (en adelante, MULTIVISION), en el distrito de José Luis Bustamante y Rivero (provincia y departamento de Arequipa) el marco de lo dispuesto por 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).

2. ANTECEDENTES.

- 2.1 Mediante escrito recibido el 6 de diciembre de 2016, MULTIVISION solicitó al OSIPTEL, entre otros aspectos, que al amparo de lo dispuesto por la Ley N° 28295 y su Reglamento, disponga la emisión de un mandato de compartición de infraestructura (postes) de manera indeterminada, entre dicha empresa y SEAL, respecto de las tarifas y condiciones en los distritos de José Luis Bustamante y Rivero, Paucarpata, Socabaya, Characato y Sabandía (provincia y departamento de Arequipa).
- 2.2 Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 007-2017-CD/OSIPTEL de fecha 19 de enero del 2017 –sustentada en el Informe N° 00005-GPRC/2017- se declaró improcedente la solicitud para la emisión de mandato de compartición formulada por MULTIVISION, respecto de los distritos de Paucarpata, Socabaya, Characato y Sabandía; dejando a salvo el derecho de MULTIVISION a presentar una nueva solicitud que cumpla con los requisitos mínimos aplicables.
- 2.3 Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 008-2017-CD/OSIPTEL de fecha 19 de enero del 2017 –sustentada en el Informe N° 00005-GPRC/2017-, se aprobó el Proyecto de Mandato de Compartición de Infraestructura entre MULTIVISION y SEAL, respecto del distrito de José Luis Bustamante y Rivero, de la provincia y departamento de Arequipa (en adelante, el Proyecto de Mandato).
- 2.4 Mediante escrito recibido el 31 de enero de 2017, SEAL presentó sus comentarios al Proyecto de Mandato. Cabe indicar que MULTIVISION no presentó comentarios a dicho Proyecto.
- 2.5 Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 020-2017-CD/OSIPTEL del 16 de febrero de 2017, se aprobó el Mandato de Compartición de Infraestructura correspondiente al presente procedimiento entre MULTIVISION y SEAL (en adelante, el Mandato de Compartición) que establece las condiciones para el uso de la infraestructura eléctrica de titularidad de SEAL por parte de MULTIVISION



en el distrito de José Luis Bustamante y Rivero (provincia y departamento de Arequipa), en el marco de lo dispuesto por la Ley N° 28295.

- 2.6 Mediante cartas C.00074-GCC/2017 y C.00075-GCC/2017 recibidas por MULTIVISION y SEAL el 24 y 23 de febrero de 2017, respectivamente, el OSIPTEL notificó a las partes el Mandato de Compartición aprobado mediante la precitada Resolución de Consejo Directivo N° 020-2017-CD/OSIPTEL.
- 2.7 Mediante escrito recibido el 16 de marzo de 2017, SEAL interpuso recurso de reconsideración contra el Mandato de Compartición, solicitando al Consejo Directivo del OSIPTEL que revoque su decisión por encontrarse, según indica, incurso en una causal de nulidad.
- 2.8 Mediante la comunicación C.00195-GPRC/2017 recibida el 27 de marzo de 2017, se corrió traslado a MULTIVISION del recurso interpuesto por SEAL, a fin que manifieste lo que considere pertinente en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles.
- 2.9 Mediante escrito recibido el 03 de abril de 2017, MULTIVISION remitió sus comentarios respecto al recurso interpuesto por SEAL.
- 2.10 Mediante comunicación de fecha 17 de abril de 2017, se corrió traslado a SEAL de los comentarios presentados por MULTIVISION con su escrito recibido el 03 de abril de 2017, para su conocimiento.

3. PROCEDENCIA DEL RECURSO INTERPUESTO POR SEAL.

SEAL ha interpuesto recurso de reconsideración el 16 de marzo de 2017, esto es, dentro del plazo de quince (15) días hábiles desde la notificación de la resolución impugnada, efectuada el 23 de febrero de 2017, según se ha señalado en la sección precedente del presente informe.

De conformidad con el Texto Único de Procedimientos Administrativos del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 017-2009-PCM (en adelante, TUPA), el "Procedimiento para solicitar la emisión de mandato de compartición de infraestructura de uso público" (Procedimiento N° 5 de la Unidad Orgánica Consejo Directivo), contempla el recurso de reconsideración, precisando que su interposición no requiere sustentarse en una nueva prueba.

En consecuencia, habiendo SEAL cumplido con el requisito aplicable al plazo para la interposición del recurso de reconsideración, corresponde brindar al mismo el trámite respectivo.



4. EVALUACIÓN DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN INTERPUESTO POR SEAL.

4.1. Argumentos planteados por SEAL.

SEAL interpone recurso de reconsideración contra la resolución de Consejo Directivo N° 020-2017-CD/OSIPTEL, a fin de que el Consejo Directivo la revoque por encontrarse incurso en la causal de nulidad del numeral 1 del artículo 10° de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, esto es, la contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias, conforme a los siguientes fundamentos:

Entre SEAL y MULTIVISION existe un contrato de compartición de infraestructura que se encuentra vigente:

- De acuerdo al artículo 13 de la Ley N° 28295 y del artículo 16 de su Reglamento, una de las modalidades de acceso a la infraestructura de uso público es el Contrato de Compartición, producto de la negociación entre las partes. Dentro de dicho marco normativo, con fecha 28 de agosto de 2013, SEAL y MULTIVISION celebraron el Contrato GG/AL.331-2013-SEAL, Contrato de Acceso y Uso Compartido de Infraestructura de Uso Público para la Prestación de Servicio Público de Telecomunicaciones (en adelante, el Contrato de Compartición 2013).
- Conforme lo dispone el artículo 1362 del Código Civil, era de común intención de las partes celebrar un contrato de compartición sustrayendo del ámbito de competencia del OSIPTEL el dictado de un mandato de compartición. Ambas partes decidieron voluntariamente suscribir un contrato bajo los alcances de la Ley N° 28295 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 009-2005-MTC (en adelante, Reglamento de la Ley N° 28295) regulando entre otros aspectos, su plazo de duración.
- El Contrato de Compartición 2013 estipuló que tendría una duración de dos años, contados a partir del 28 de agosto de 2013 hasta el 28 de agosto de 2015. Asimismo, se dispuso que el plazo se entendería automáticamente renovado por periodos sucesivos iguales al estipulado, a menos que cualquiera de las partes comunique a la otra por escrito su intención de no renovarlo con una anticipación no menor de 180 días calendario del vencimiento del plazo primigenio.
- Al no haber existido ninguna manifestación de SEAL o de MULTIVISION de no renovar el Contrato de Compartición 2013 con la anticipación prevista en el mismo, este contrato se renovó de manera automática, manteniendo plenos efectos entre las partes conforme a las estipulaciones pactadas inicialmente.



- El propio Contrato de Compartición 2013 habilita a las partes para que en los casos de renovación, pudieran revisar los términos y condiciones comerciales y económicas pactadas, pudiéndose mantener las condiciones económicas establecidas en el referido Contrato. Se acordó que las partes pudieran revisar los términos y condiciones comerciales y económicas pactadas, sustrayendo del ámbito de competencia del OSIPTEL cualquier intervención sobre los términos y condiciones recogidas por las partes de manera voluntaria en dicho Contrato.
- En manifiesto desconocimiento a los términos, acuerdos y vigencia del Contrato de Compartición 2013, MULTIVISION formuló el 6 de diciembre de 2016 una solicitud de emisión de mandato de compartición de infraestructura al OSIPTEL, a fin de que éste establezca las condiciones para el uso de los postes de servicio de energía eléctrica de SEAL en el ámbito del distrito de José Luis Bustamante y Rivero, provincia y departamento de Arequipa.

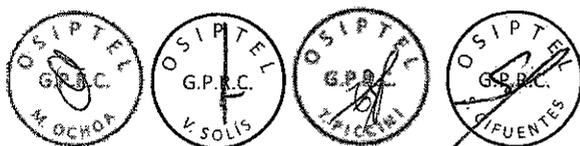
El mandato de compartición se emite en ausencia o defecto de acuerdo entre las partes:

- La Ley N° 28295 y su Reglamento han dispuesto que una de las modalidades de acceso a la infraestructura de uso público es el contrato de compartición producto de la negociación entre las partes. Sólo en ausencia o defecto del acuerdo entre las partes, el OSIPTEL puede dictar mandatos de compartición de infraestructura, es decir, imponer al titular de la infraestructura la carga de permitir que un concesionario del servicio público de telecomunicaciones pueda hacer uso de su infraestructura.
- La actuación del OSIPTEL es subsidiaria, conforme lo dispone el artículo 11 de su Reglamento General aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM. En esa línea y en aplicación del artículo 2 de dicho Reglamento General, el Consejo Directivo del OSIPTEL puede dictar un mandato de compartición de infraestructura si y sólo si no existe un acuerdo entre las partes.
- Las estipulaciones contenidas en el Contrato de Compartición 2013 responden a la común intención de las partes, por lo que resultan obligatorias tanto para SEAL como para MULTIVISION. El artículo 1361 del Código Civil dispone que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos y se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla.
- El Contrato de Compartición 2013 regula los aspectos del uso compartido de infraestructura entre SEAL y MULTIVISION, siendo que la solicitud de mandato de compartición iniciada por MULTIVISION no es sino el desconocimiento del Contrato de Compartición 2013, de su obligatoriedad, de su plena vigencia y una forma encubierta de defraudar los acuerdos legítimos y voluntarios a los que arribaron las partes, propiciando un pronunciamiento del OSIPTEL contrario a derecho.



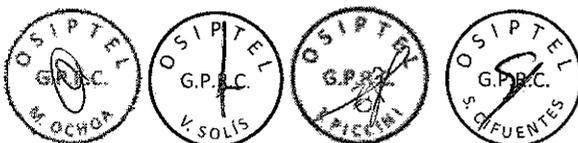
Se debe aplicar el Principio de Inalterabilidad de los contratos:

- El Principio de Inalterabilidad de los contratos importa que lo acordado por las partes debe respetarse cuando lo pactado sea lícito y posible, conforme lo dispone el artículo 62 de la Constitución, que impone como límite a la libertad contractual de las partes que sus acuerdos sean lícitos; es decir, que estos acuerdos se enmarquen dentro de los límites impuestos por el ordenamiento.
- El Contrato de Compartición 2013 celebrado entre SEAL y MULTIVISION se enmarcó dentro de las disposiciones de la Ley N° 28295 y de su Reglamento. La normativa admite que el acceso y uso de infraestructura pueda devenir de un acuerdo entre las partes y sólo en defecto de acuerdo, el OSIPTEL puede dictar un mandato de compartición.
- La facultad normativa del OSIPTEL (para dictar mandatos de compartición) no puede modificar aquello que las partes decidieron de manera libre y voluntaria.
- El citado artículo 62 de la Constitución dispone que los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la Ley. En los hechos, la solicitud de mandato de compartición de infraestructura de MULTIVISION encubre reclamos relacionados a la tarifa y condiciones del Contrato de Compartición 2013 que deben discutirse en la vía judicial correspondiente.
- Del análisis de la cláusula de solución de controversias recogida en el Contrato de Compartición 2013 (cláusula vigésima) y el artículo 2 del Reglamento General del OSIPTEL para Solución de Controversias entre Empresas, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 136-2011-CD/OSIPTEL (en adelante, Reglamento de Solución de Controversias entre Empresas), se observa que la citada cláusula se ampara en una disposición que no resulta aplicable al caso, pues esta normativa está pensada para resolver controversias entre empresas del sector de telecomunicaciones, siendo SEAL una empresa de distribución eléctrica perteneciente al sector energía mientras que MULTIVISION es una empresa del sector de telecomunicaciones.
- En consecuencia, el Contrato de Compartición 2013 no puede ser modificado por el OSIPTEL en virtud de su facultad normativa pues, conforme al artículo 62 de la Constitución, los contratos no pueden ser modificados por leyes o disposiciones de otra clase (como es el caso de los mandatos de compartición); y las controversias que se deriven de este Contrato deben discutirse en la vía judicial correspondiente.



El Mandato de Compartición dictado por el OSIPTEL contraviene el principio de legalidad:

- El principio de legalidad recogido en el numeral I del artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG), norma de observancia para todas las entidades públicas –como es el caso del OSIPTEL–, persigue que las autoridades administrativas, al formular sus normas reglamentarias y al decidir sobre asuntos particulares, se sujeten a la Constitución y demás fuentes formales del derecho y que tal sujeción se exprese de conformidad con los fines que les fueron conferidos al definirse sus potestades administrativas.
- El principio de legalidad es un principio reconocido constitucionalmente que tiene operatividad inmediata en el procedimiento administrativo. A tal efecto, citando el artículo 2, inciso 24 - literal a), de la Constitución y a Morón Urbina, se señala que mientras los sujetos de derecho privado pueden hacer todo lo que no está prohibido, los sujetos de derecho público (entre los que se encuentra el OSIPTEL) sólo pueden hacer aquello que le sea expresamente facultado.
- El OSIPTEL debió acoger las observaciones formuladas por SEAL respecto a la existencia de un Contrato de Compartición 2013 con la empresa solicitante, MULTIVISION, y así abstenerse a emitir un mandato de compartición de infraestructura cuando entre las partes existía un contrato plenamente vigente que ya recogía los acuerdos de las partes, que regulaba la posibilidad de no continuar con el mismo, e incluso de renegociar aspectos fijados por las partes libremente. Si y sólo si no existiera un contrato entre las partes, el OSIPTEL debía emitir el mandato de compartición en mérito de la Ley N° 28295 y su Reglamento.
- El OSIPTEL debió abstenerse de dictar el Mandato de Compartición en atención al Principio de Subsidiariedad. No obstante, cabe precisar que aun cuando se ha mantenido la denominación tradicional de legalidad, lo cierto es que debe reconocerse la sujeción de la administración al derecho y no sólo a una de sus fuentes como lo es la ley, sino al derecho en toda su máxima amplitud de fuentes normativas.
- La sujeción de las entidades del sector público no es únicamente a la ley, en sentido estricto, sino a todas aquellas fuentes del derecho que conforman nuestro ordenamiento. Al respecto, el artículo V del Título Preliminar de la LPAG, dispone cuáles son las fuentes del derecho administrativo, una de las cuales son los principios generales del derecho administrativo.
- Los principios recogidos en la LPAG no son los únicos, pues el artículo IV del Título Preliminar de la norma en cuestión dispone que el procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los principios de dicha ley, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del derecho administrativo,

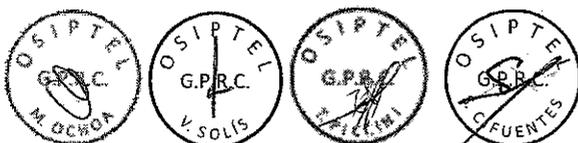


como es el caso del Principio de Subsidiariedad recogido en el Reglamento General del OSIPTEL.

- En consecuencia, el OSIPTEL ha excedido de sus facultades pues ha emitido un mandato de compartición de infraestructura a pesar de que entre las partes de dicho mandato, SEAL y MULTIVISION, existe a la fecha un contrato vigente.

La fórmula contenida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 no resulta aplicable:

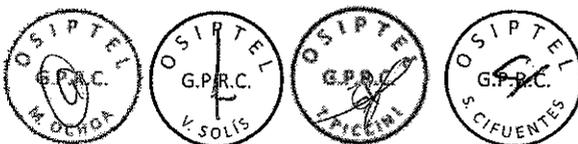
- Los titulares de la infraestructura de uso público tienen derecho a recibir una contraprestación razonable por el uso de su infraestructura, conforme lo dispone el Principio de Onerosidad de la Compartición recogida en el numeral IX del artículo 7 de la Ley N° 28295.
- El Consejo Directivo ha señalado que existen dos marcos normativos que promueven la fijación de una contraprestación razonable por acceso a la infraestructura de uso público, alineada a los costos económicos de la provisión de compartición de la referida infraestructura. Estos marcos normativos son: (i) la Ley N° 28295 y su Reglamento, y (ii) la Ley N° 29904, Ley de promoción de la Banda Ancha y construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (en adelante, Ley N° 29904) y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 014-2013-MTC.
- El Consejo Directivo del OSIPTEL ha señalado que la determinación de la contraprestación mensual de MULTIVISION se circunscribe a lo establecido en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, por ser la fórmula específica aplicable a infraestructura de soporte eléctrico. Sin embargo, dicha fórmula y metodología ha sido regulada para la aplicación a la compartición de infraestructura en el marco de la construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (en adelante, RDNFO), conforme se desprende de los artículos 1, 4 y 7 de la Ley N° 29904.
- En ese sentido, la fórmula contenida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 sólo resultaría aplicable para empresas concesionarias de la Banda Ancha a nivel nacional.
- No obstante, la solicitud de compartición y uso de infraestructura de MULTIVISION es para el servicio público de distribución de radiodifusión por cable (Resolución Ministerial N° 535-2009-MTC/03), sin que sus líneas de conexión estén relacionadas con la RDNFO, por lo que las disposiciones de la Ley N° 29904 (incluidas las fórmulas de fijación de retribución) no resultarían aplicables al caso concreto.



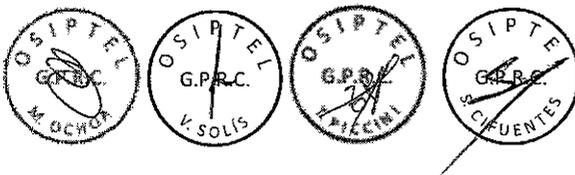
Las fórmulas de fijación de contraprestación por la compartición de infraestructura sólo son aplicables a mandatos de compartición, no a los casos en que el acceso a la infraestructura se ha dado dentro del marco de un contrato válidamente celebrado:

- De acuerdo al artículo 34 del Reglamento de la Ley N° 28295, la contraprestación a retribuir a los dueños de la infraestructura de uso público por la compartición fijada por el OSIPTEL en los respectivos mandatos de compartición, debe reflejar los conceptos y principios que se definen en la propia norma.
- Los cuestionamientos formulados por MULTIVISION en su solicitud de mandato de compartición, respecto a la contraprestación fijada en el Contrato de Compartición 2013, no pueden ser determinados por el OSIPTEL. Ello sólo es posible en aquellos casos en los que el OSIPTEL dicte mandatos de compartición en ausencia o defectos de acuerdo entre las partes.
- Reitera que SEAL y MULTIVISION celebraron el Contrato regulando, entre otros aspectos, lo relacionado a la contraprestación que percibiría SEAL por el uso y compartición de su infraestructura. En ese sentido, la determinación de la retribución fue fijada por acuerdo expreso de las partes, por lo que cualquier cambio o modificación sobre el mismo debe ser determinado igualmente por acuerdo entre las partes, tal y como lo establece la cláusula novena del Contrato de Compartición 2013, que habilita a las partes a revisar los términos y condiciones comerciales y económicas pactadas.
- Conforme a los propios términos del Contrato de Compartición 2013, MULTIVISION puede acordar con SEAL modificar las condiciones económicas del mismo, y no de manera encubierta forzar la modificación de los términos del Contrato de Compartición 2013 a través de un mandato de compartición que las partes no quisieron, pues si estas no hubieran querido arribar a un acuerdo no habrían celebrado el Contrato de Compartición 2013, relación que se remonta incluso a contratos previos.
- La tarifa por contraprestación que cobra SEAL a MULTIVISION es la misma que cobra a otros usuarios de su infraestructura en las mismas condiciones; por lo que, imponer una retribución menor importaría que a través de un mandato, el OSIPTEL estaría generando una diferenciación sin reparar en que la retribución responde al Principio de Onerosidad siendo que para estos efectos, la retribución que percibe SEAL resulta razonable conforme a las condiciones del Contrato de Compartición 2013, uso de la infraestructura por MULTIVISION y las posibilidades técnicas que la infraestructura puede soportar; es decir, una fórmula *ad hoc* donde se han recogido las necesidades y los costos en los que incurre SEAL por el uso compartido de su infraestructura.

La Resolución de Consejo Directivo N° 020-2017-CD/OSIPTEL importa un avocamiento indebido por parte del OSIPTEL respecto de una materia que viene siendo conocida por el Poder Judicial:



- De acuerdo al segundo párrafo del artículo 62 de la Constitución, los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley. Asimismo, las controversias que se generen de la relación contractual deben resolverse en el Poder Judicial o en la vía arbitral, si corresponde.
- El Mandato de Compartición dictado por el OSIPTEL a través de su Consejo Directivo en ejercicio de su facultad normativa ha infringido este mandato constitucional; pues, lo que fue sometido a consideración del OSIPTEL por parte de MULTIVISION son aspectos que deben resolverse exclusivamente en la vía judicial.
- Lo solicitado por MULTIVISION en su solicitud de mandato de compartición no se enmarca dentro de los alcances del Reglamento de Solución de Controversias entre Empresas que fue recogida como fuente normativa de la Cláusula de Solución de Controversias del Contrato de Compartición 2013. Lo que MULTIVISION solicitó es algo que debe discutirse única y exclusivamente en la vía judicial, por ser esta la vía correspondiente para aspectos que se deriven de conflictos de la relación contractual entre SEAL y MULTIVISION.
- El límite que impone la Constitución a la libertad contractual de las partes es que sus acuerdos sean lícitos; es decir, que estos acuerdos se enmarquen dentro de los límites impuestos por el ordenamiento. El Contrato de Compartición 2013 se enmarcó dentro de las disposiciones de la Ley N° 28295 y de su Reglamento; ello por cuanto la normativa admite que el acceso y uso de infraestructura pueda devenir de un acuerdo entre las partes, y sólo en defecto de acuerdo, el OSIPTEL puede dictar un mandato de compartición.
- La facultad normativa del OSIPTEL (para dictar mandatos de compartición) no puede modificar aquello que las partes decidieron de manera libre y voluntaria. Es más el propio artículo 62 de la Constitución dispone que los conflictos derivados de la relación contractual (Contrato de Compartición) sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la Ley.
- En los hechos, la solicitud de mandato de compartición de infraestructura de MULTIVISION encubre reclamos relacionados a la tarifa y condiciones del Contrato, que deben discutirse en la vía judicial correspondiente. Reitera que analizando la cláusula de solución de controversias recogida en el Contrato de Compartición 2013, ésta se ampara en el Reglamento de Solución de Controversias entre Empresas, siendo que ésta es una disposición que no resulta aplicable al caso pues esta normativa está pensada para resolver controversias entre empresas del sector de telecomunicaciones. No obstante, en este caso SEAL es una empresa de distribución eléctrica perteneciente al sector

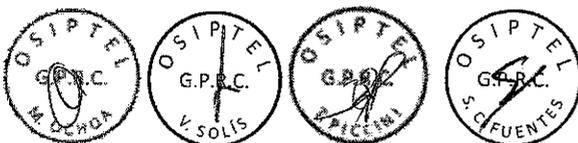


energía mientras que MULTIVISION es una empresa del sector de telecomunicaciones.

- El Contrato de Compartición 2013 no puede ser modificado por el OSIPTEL en virtud de su facultad normativa; pues, conforme al artículo 62 de la Constitución, los contratos no pueden ser modificados por leyes o disposiciones de otra clase (como es el caso de los mandatos de compartición); y las controversias que se deriven de este Contrato deberán discutirse en la vía judicial correspondiente.
- En ese sentido, el OSIPTEL ha infringido el mandato contenido en el numeral 2) del artículo 139 de la Constitución que dispone que ninguna autoridad puede avocarse a causa pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. De esta manera, el OSIPTEL no puede avocarse al conocimiento de causas que se encuentren reservadas para competencia del Poder Judicial; siendo que sólo podrá resolver aquello que se le faculte, conforme al Reglamento de Solución de Controversias entre Empresas (norma que sin embargo no resulta aplicable al caso, porque SEAL no es una empresa que pertenezca al sector de telecomunicaciones).
- Actualmente SEAL ha interpuesto una demanda de obligación de dar suma de dinero en contra de MULTIVISION tramitada actualmente ante el Décimo Juzgado Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa bajo el expediente N° 1218-2017.
- En ese sentido, el mandato dictado por el OSIPTEL implica un avocamiento de aquello que ya las partes acordaron en el respectivo Contrato de Compartición 2013 y que actualmente se encuentra en discusión aspectos relacionados a los pagos a cargo de MULTIVISION; materia que se encuentra reservada para ser discutida en la vía judicial correspondiente. Es en la vía judicial en donde se está ventilando la retribución que corresponde a SEAL y que le corresponderá en tanto el Contrato de Compartición 2013 se encuentre vigente en virtud de éste; siendo así, no es factible que el OSIPTEL pretenda pronunciarse sobre ello, cuando esto ya está siendo visto en vía judicial.
- En ese sentido, podrían generarse dos pronunciamientos abiertamente contradictorios respecto de una misma relación jurídica, con el agravante que uno es jurisdiccional y el otro administrativo; en manifiesta contravención del mandato contenido en el numeral 2) del artículo 139 de la Constitución.

La causal de nulidad en la que está incurso la Resolución de Consejo Directivo N° 020-2017-CD/OSIPTEL es la contravención a la legalidad:

- El artículo 10 de la LPAG establece taxativamente los supuestos por los que procede la nulidad del acto administrativo. Prevé que si se incurren en vicios, consecuentemente el acto administrativo es nulo. Asimismo, y citando a los autores Richard Martín y Jorge Danós, SEAL concluye que la actuación



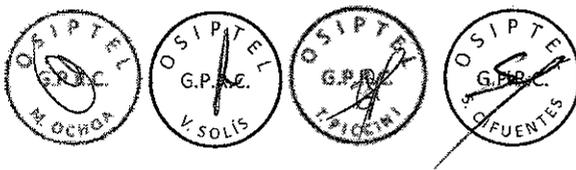
administrativa del OSIPTEL incurre en la causal de nulidad prevista en el numeral 1) del artículo 10, pues el Mandato de Compartición se ha dictado en manifiesta contravención al principio de legalidad, excediendo las facultades y límites establecidas en la Ley N° 28295.

- Las entidades públicas deben actuar en plena y estricta observancia de las disposiciones del ordenamiento jurídico, incluidos los principios, ya que de lo contrario, como en el presente caso, dichas actuaciones podrían devenir en arbitrarias.
- Precisa que la sujeción de las entidades del sector público no es únicamente a la Ley, sino a todas aquellas fuentes del derecho que conforman nuestro ordenamiento. Al respecto, el artículo V del título preliminar de la LPAG, dispone cuáles son las fuentes del derecho administrativo, siendo una de ellas los principios generales del derecho administrativo, que sirven como límite para el ejercicio de las facultades que el ordenamiento reconoce a las entidades públicas.
- Finalmente, adjunta a su demanda copia de la demanda interpuesta por SEAL ante el Décimo Juzgado Civil de la Corte Superior de Arequipa y copia del reporte de expediente expedido por el Poder Judicial a efecto de acreditar que a la fecha se encuentra en trámite el proceso judicial iniciado por SEAL contra MULTIVISION, a través del cual precisamente estamos exigiendo en la vía que corresponde el cumplimiento de las obligaciones de pago derivadas de su contrato. Adjunta también copia de la Resolución Ministerial N° 535-2009-MTC/03, referida al título habilitante de MULTIVISION para brindar el servicio de distribución de radiodifusión por cable.

4.2. Argumentos planteados por MULTIVISION.

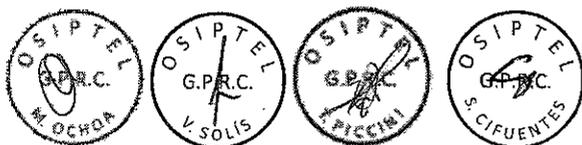
MULTIVISION sostiene que se debe dejar sin efecto el recurso de reconsideración de SEAL y proceder a continuar con la implementación del Mandato de Compartición. Sustenta su posición en los siguientes fundamentos:

- MULTIVISION es una empresa de telecomunicaciones cuyo rubro en la venta del servicio de televisión por cable e internet, el cual es dirigido a un determinado sector económico (clase C y D), brindando para ellos un servicio público de calidad a un costo social. Este servicio público está contemplado como tal en la Ley N° 28295, en donde establece en su artículo 1 la declaratoria de interés y necesidad pública el acceso y uso compartido de la infraestructura de uso público señalada en la referida Ley. Ello, también en concordancia con la Ley N° 30228, que modifica la Ley N° 29022, Ley para la Expansión de Infraestructura en Telecomunicaciones, que en su artículo 1 establece que su objeto es establecer un régimen especial y temporal en todo el territorio nacional para la instalación y expansión de los servicios públicos de telecomunicaciones, en especial en áreas rurales y de preferente interés social y zonas de frontera, a



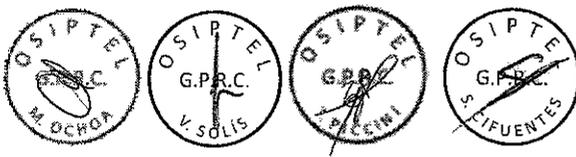
través de la adopción de medidas que promuevan la inversión privada en infraestructura necesaria para la prestación de esos servicios, así como de medidas que faciliten dichas actividades y que eliminen las barreras que impidan llevarlas a cabo. Asimismo, la referida Ley N° 30228 declara que los servicios públicos de telecomunicaciones son de interés nacional y necesidad pública, constituyéndose como base fundamental para la integración de peruanos y el desarrollo social y económico del país.

- El servicio que MULTIVISION brinda es considerado como servicio público de necesidad pública y en consecuencia, el acceso al uso de infraestructura para dar este servicio, no debe de tener por parte de las empresas eléctricas (como el caso de SEAL), las barreras económicas para el acceso a este servicio, más que el costo legal que la Ley establece, ya que a nivel nacional las metodologías de cálculo que practican las empresas que en la actualidad tienen a su cargo el suministro eléctrico, no permiten predictibilidad en los costos de arrendamiento, en decir, el costo es muy variable.
- Como parte de su misión, visión y finalidad, es necesario que el OSIPTEL regule el acceso al uso de infraestructura respecto de las tarifas que se pretenden cobrar por parte de las empresas que están a cargo de la infraestructura (postes), ello con la finalidad de que el servicio público de televisión por cable, pueda llegar por justicia social e inclusión social para los ciudadanos con recursos económicos limitados
- MULTIVISION es una persona jurídica debidamente autorizada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones mediante la Resolución Ministerial N° 535-2009-MTC/03 para la explotación de servicios públicos de telecomunicaciones; siendo en la actualidad su principal actividad económica la prestación del servicio público de televisión por cable.
- Para el desarrollo del objeto principal, MULTIVISION se ve en la necesidad de alquilar postes de propiedad de SEAL para el tendido de sus redes de telecomunicaciones y, de esa forma, poder brindar un servicio de calidad a sus clientes, los cuales principalmente pertenecen a los sectores C y D en algunos distritos de la ciudad de Arequipa. Motivo por el cual, ha firmado varios contratos de alquiler con SEAL, siendo los últimos los contratos CAL-093/2003-SEAL (vencido el 30 de Junio de 2012) y el GG/AL 104-2010-SEAL (vencido el 30 de junio de 2010) y el último contrato firmado GG/AL-331-2013-SEAL (vencido el 28 de agosto del 2015).
- Para poder cumplir con los requisitos del mandato de compartición, previamente en la etapa de negociación, MULTIVISION presentó la solicitud correspondiente para dicha etapa, adjuntando los requisitos establecidos en Ley N° 28295 y su Reglamento, principalmente, la restricción de la plantación de nueva infraestructura expedida por la Municipalidad de José Luis Bustamante y Rivero, y se puede corroborar dicha formalidad desde antes de este procedimiento, con



el expediente de mandato de compartición N° 00001-2013-CD-GPRC/MC, el cual fue iniciado por la SEAL y admitido a trámite por el OSIPTEL, cumpliendo con las formalidades establecidas por la Ley. Sin embargo, la misma SEAL se desistió de dicho procedimiento.

- SEAL señala que se estaría realizando una interpretación extensiva y forzada por los miembros del Cuerpo Colegiado del OSIPTEL, y que se estaría cometiendo una infracción al principio de legalidad contemplado en la LPAG, aduciendo que el contrato firmado entre ambas empresas es un tema que ya se encuentra legalmente establecido. Sin embargo, la naturaleza de los contratos y/o mandatos de compartición está inmerso a las relaciones de compartición en el marco de la Ley N° 28295 y no resulta cierto que dichos contratos se rijan únicamente por la libertad de contratar de las partes. Si bien los contratos deben ejecutarse en los términos y condiciones negociados de buena fe entre las partes, existen límites a dicha libertad de configuración contractual, los cuales deben respetarse al regular este tipo de contratos.
- Los contratos de compartición y los mandatos de compartición, son modalidades que se encuentran enmarcadas bajo las disposiciones de la Ley N° 28295 y su Reglamento, así como de la legislación referente y concordante de la materia, como la Ley N° 29904, entre otros.
- Por otro lado, el Código Civil en el artículo 1354, establece que las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a una norma legal de carácter imperativo. Es decir, tal como se da en el presente caso, este tipo de contratos de compartición regulados por la Ley N° 28295 y su Reglamento deben perfeccionarse en mérito a dicho cuerpo legal, ya que por mandato imperativo de la norma, no puede dejarse de lado las condiciones, los procedimientos y los principios que ésta debe tener en su elaboración.
- En la resolución expedida por el Consejo Directivo solo se ha considerado el mandato al distrito de José Luis Bustamante y Rivero, y no a los distritos de Paucarpata y Socabaya, entre otros, dado a que cuando se presentó este recurso al OSIPTEL, las restricciones de los distritos antes citados no estaban con la fecha oportuna. Sin embargo, se estaría dando una figura discriminatoria respecto a la tarifa de arrendamiento de postes de un distrito con otro, por lo que lo más justo y razonable sería que también dichos distritos puedan ser considerados con dicha tarifa.
- El OSIPTEL revisó la fórmula que determina la contraprestación correspondiente por el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público asociada a la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones establecida en el contrato GG/AL-331.-2013-SEAL de fecha 28 de agosto de 2013, de acuerdo a lo establecido en la Resolución N° 008-2006-CD/OSIPTEL y con la normativa legal vigente.



4.3. Posición del OSIPTEL.

4.3.1 Consideraciones previas al análisis del recurso de reconsideración.

De manera previa al análisis de los argumentos presentados por SEAL en su recurso de reconsideración, así como de los argumentos de MULTIVISION con los que se opone a dicho recurso, se considera pertinente referir al marco normativo y los antecedentes que sustentaron la emisión del Mandato de Compartición, los mismos que se expusieron a detalle en los informes que sustentaron el Proyecto de Mandato y el propio Mandato de Compartición.

4.3.1.1. Marco normativo aplicable a la emisión de mandatos de compartición de infraestructura.

El artículo 5 de la Ley N° 28295 establece que se puede disponer el uso compartido obligatorio de infraestructura de uso público en caso de presentarse restricción a la construcción y/o instalación de dicha infraestructura declarada por la autoridad administrativa competente, por cualquiera de las siguientes razones: a) medio ambiente, b) salud pública, c) seguridad y, d) ordenamiento territorial. Ello, sin perjuicio de que el OSIPTEL pueda imponer el acceso compartido de infraestructura en aplicación de las normas de competencia e interconexión.

Respecto a las condiciones para el acceso y uso compartido de la infraestructura de uso público, el artículo 7 del Reglamento de la Ley N° 28295¹⁾, establece que el solicitante de acceso y uso compartido de infraestructura de uso público debe acreditar la existencia de una restricción a la construcción y/o instalación de infraestructura de uso público, por las causales señaladas en el artículo 5 de la Ley N° 28295, señaladas en el párrafo precedente.

Asimismo, el artículo 13 de la Ley N° 28295 ha previsto dos modalidades de acceso a la infraestructura de uso público: (i) por acuerdo entre las partes, durante el periodo de negociación establecido en el Reglamento y, (ii) por mandato expreso del OSIPTEL, una vez que se haya vencido dicho periodo sin acuerdo entre las partes.

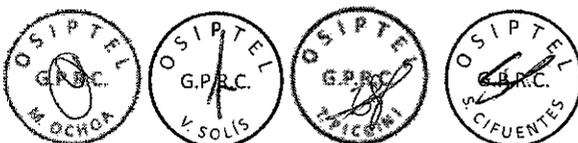
¹ "Artículo 7.- Condiciones para el acceso y uso compartido de la infraestructura de uso público.

El solicitante de acceso y uso compartido de infraestructura de uso público debe:

1. Acreditar la existencia de una restricción a la construcción y/o instalación de infraestructura de uso público, por las causales señaladas en el artículo 5 de la Ley, en el área geográfica en la que pretende la compartición de infraestructura de uso público; o, la falta de pronunciamiento de la autoridad administrativa competente, dentro del plazo previsto en el artículo 10, a la solicitud que el interesado hubiere realizado al amparo del tercer párrafo del artículo 11 de la Ley.

La compartición de infraestructura de uso público tendrá lugar para el mismo tipo de infraestructura de uso público cuya restricción para la construcción y/o instalación ha sido acreditada.

2. Cumplir las exigencias técnicas, de operación, administrativas, de seguridad y ambientales que se encuentren establecidas en las normas del sector al cual pertenece el titular de la infraestructura de uso público, así como las demás disposiciones establecidas en la normativa vigente".



Con relación al acceso a la infraestructura de uso público *“por acuerdo entre las partes”*, el artículo 19 del Reglamento de la Ley N° 28295 dispone que el concesionario de servicios públicos de telecomunicaciones debe presentar una solicitud al titular de la misma, indicando como información mínima, la restricción emitida por la autoridad competente, o la falta de su pronunciamiento de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 7 del citado Reglamento.

De otro lado, respecto al *“mandato de compartición”* como modalidad de acceso a la infraestructura de uso público, el artículo 26 del referido Reglamento ha establecido que vencido el periodo de negociación sin que las partes hayan logrado suscribir un contrato de compartición, cualquiera de las partes podrá solicitar al OSIPTEL la emisión del respectivo mandato, para lo cual adjuntará a su solicitud, cuando menos, lo siguiente:

1. Acreditación de la restricción emitida por autoridad competente, o la falta de su pronunciamiento, conforme a lo previsto en el numeral 1 del artículo 7.
2. Acuerdos o puntos en los que existen discrepancias con el titular de la infraestructura de uso público.
3. Términos en los cuales solicita la emisión del mandato de compartición.
4. Otra información que establezca el OSIPTEL.

En tal sentido, conforme lo establece la Ley N° 28295 y su Reglamento, se aprecia que la obligación legal de acreditar la *“restricción administrativa”* es indispensable para la emisión del respectivo mandato de compartición e, incluso, es un requisito mínimo al momento de solicitar el acceso a la infraestructura de compartición e, iniciar el periodo de negociación conducente a la suscripción del acuerdo de compartición.

4.3.1.2 El concepto de “Contrato” en el ordenamiento jurídico nacional y el concepto de “Contrato de Compartición” previsto en la Ley N° 28295 y su Reglamento.

De acuerdo al artículo 1351 del Código Civil², el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

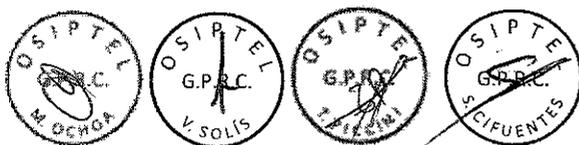
Bajo dicho concepto, el “Contrato de Compartición” señalado en el artículo 16 del Reglamento de la Ley N° 28295 como una de las modalidades para que un operador de telecomunicaciones pueda acceder a la infraestructura de uso público, puede tener por objeto tanto la creación, como la regulación, modificación o extinción de una relación jurídica patrimonial de compartición de infraestructura sujeta a la Ley N° 28295.

La interpretación –sostenida por SEAL a lo largo del presente procedimiento– según la cual el “Contrato de Compartición” se limita únicamente a la creación de una relación de compartición de infraestructura, no solo restringe indebidamente el concepto legal de

² Código Civil:

“Noción de contrato

Artículo 1351.- El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.”



“Contrato”, sino que lo hace en un modo que llega a ser inconsistente con la finalidad de la Ley N° 28295, que es hacer posible la utilización eficiente de la infraestructura de uso público en los supuestos contemplados en la referida Ley N° 28295 y promover una mayor competencia en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones.

En efecto, con el transcurso del tiempo, algunas condiciones de la compartición de infraestructura que en un determinado momento pudieron haber sido eficientes y/o promovían una mayor competencia en los servicios de telecomunicaciones, o que en un inicio se esperaba que tuvieran dicho efecto promotor de la competencia y un uso eficiente del espacio público; pueden devenir en ineficientes o incluso discriminatorias, incrementando los costos operativos del operador de telecomunicaciones y dañando el proceso competitivo. Asimismo, los acuerdos pueden contener condiciones que constituyan una aplicación incorrecta de las reglas a las cuales debe ceñirse una relación de compartición de infraestructura sujeta a la Ley N° 28295 y que impidan concretar los fines que ésta persigue. En ese sentido, los términos de la relación de compartición acordada por las partes, pueden terminar dañando el proceso competitivo.

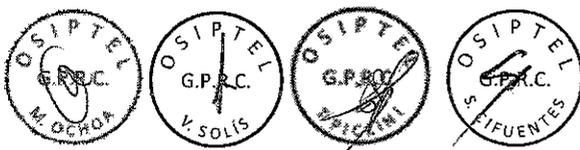
Siendo ello posible, la parte afectada puede iniciar una negociación para modificar, regular o extinguir el contrato de compartición previamente celebrado y, de este modo, intentar arribar a un acuerdo que contenga condiciones que modifiquen, regulen o extingan las condiciones antes pactadas, todo ello bajo el marco de la Ley N° 28295.

En consecuencia, el “Contrato de Compartición” que se celebre bajo el marco de la Ley N° 28295, puede ser también modificado, regulado o extinguido por las partes mediante un contrato posterior, para lo cual deben negociar lo pertinente sujetándose a las reglas de la Ley N° 28295 y su Reglamento. En caso de falta de acuerdo, la parte afectada puede recurrir al OSIPTEL para que emita el mandato de compartición de infraestructura respectivo.

4.3.1.3 Sujeción del Contrato de Compartición 2013 a la Ley N° 28295 respecto de la infraestructura de uso público instalada en el distrito de José Luis Bustamante y Rivero.

La relación de compartición de infraestructura que es materia de análisis se inició en el año 2013 con un proceso de negociación entre SEAL y MULTIVISION, en el que la misma SEAL indicó que MULTIVISION había acreditado la restricción administrativa para desplegar infraestructura en el distrito de José Luis Bustamante y Rivero. En efecto, los antecedentes de la referida relación de compartición, según se ha mencionado en los informes que sustentan el Proyecto de Mandato y el Mandato de Compartición, son los siguientes:

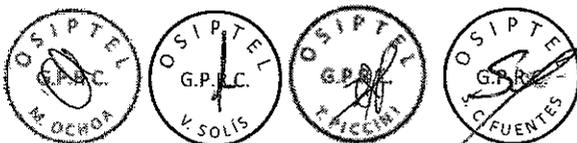
- a) MULTIVISION y SEAL suscribieron los contratos de compartición de infraestructura CAL-093/2003-SEAL y CAL-GG/A-104-2010 para utilizar los postes de baja y media tensión de SEAL para la prestación del servicio público de distribución de radiodifusión por cable por parte de MULTIVISION, en determinados distritos de la provincia de Arequipa, departamento de Arequipa.



- b) Mediante carta de fecha 06 de junio de 2013, MULTIVISION solicitó a la Municipalidad de José Luis Bustamante y Rivero información sobre el procedimiento para obtener una autorización para realizar la instalación de nueva infraestructura (plantado de postes) en su distrito.
- c) Mediante carta N° 099-2013-GDU/MDJLBYR recibida por MULTIVISION con fecha 11 de julio de 2013, la Municipalidad de José Luis Bustamante y Rivero manifestó que no era posible la instalación de nueva infraestructura para telecomunicaciones, debido a que su Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) no contemplaba el procedimiento para dichas instalaciones. Asimismo, indicó que sólo otorgaba autorización para ampliación e instalación de infraestructura siempre y cuando éstas sean subterráneas.
- d) El 22 de agosto de 2013, SEAL solicitó al OSIPTEL la emisión de un mandato de compartición de infraestructura con MULTIVISION, indicando que el período de negociación dispuesto por la Ley N° 28295 y su Reglamento para la celebración de un acuerdo había vencido sin acuerdo entre las partes; en tal sentido, solicitó se fije la contraprestación por el acceso y uso de los postes de alumbrado público de propiedad de SEAL. Esta solicitud fue tramitada en el Expediente N° 00001-2013-CD-GPRC/MC.

Cabe indicar que en los numerales 2.6, 4.9 y 5.14 del escrito P.AL-122-2013/SEAL recibido por el OSIPTEL el 22 de agosto del 2013 y que obra en el Expediente N° 00001-2013-CD-GPRC/MC, SEAL señaló que MULTIVISION presentó en las negociaciones previas a la celebración del Contrato de Compartición 2013, la Carta N° 099-2013-GDU/MDJBY, mediante la cual la Municipalidad Distrital de José Luis Bustamante y Rivero comunica a MULTIVISION en atención a un requerimiento de esta empresa, que no era posible la instalación de nueva infraestructura para telecomunicaciones (plantado de postes) y que la autorización solo se otorgaba siempre que la infraestructura sea subterránea.

- e) El 28 de agosto de 2013, SEAL y MULTIVISION celebraron el contrato GG/AL.331-2013-SEAL, mediante el cual SEAL arrienda a MULTIVISION puntos de apoyo en la estructura, elemento o accesorio instalado en el medio de telecomunicación, en los postes de su propiedad para la instalación de los elementos de red de telecomunicaciones (cables, dispositivos, accesorios, ferretería, etc.) de propiedad de MULTIVISION; por el plazo comprendido entre el 28 de agosto del 2013 al 28 de agosto del 2015.
- f) Mediante escrito presentado el 6 de noviembre del 2013, SEAL presentó su desistimiento a la pretensión para que el OSIPTEL emita el Mandato de Compartición de Infraestructura con MULTIVISION, solicitado en su escrito de fecha 22 de agosto del 2013. Ello, indicó, al haberse sustraído la materia dado que las partes celebraron el Contrato de Compartición 2013.



El desistimiento a la pretensión fue aceptado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 160-2013-CD/OSIPTEL emitida el 03 de diciembre de 2013, declarando la conclusión del procedimiento tramitado en el Expediente N° 00001-2013-CD-GPRC/MC.

En ese sentido, la relación de compartición establecida entre ambas empresas mediante el Contrato de Compartición 2013, en lo que se refiere al distrito de José Luis Bustamante y Rivero, es resultado de la negociación bajo el marco de la Ley N° 28295 y su Reglamento.

4.1.3.4 Solicitud de MULTIVISION formulada a SEAL mediante comunicaciones de fechas 2 y 18 de diciembre del 2015 y respuesta de SEAL de fecha 31 de diciembre del 2015.

MULTIVISION expresó a SEAL su voluntad de acordar nuevas condiciones para su relación de compartición mediante sus cartas de fechas 2 y 18 de diciembre del 2015.

Al respecto, MULTIVISION partía desde una posición en la que consideraba que el Contrato de Compartición 2013 se encontraba finalizado a dichas fechas. Por su parte, SEAL, mediante su carta de fecha 31 de diciembre de 2015 sostuvo que el Contrato de Compartición 2013 se encontraba vigente al haberse renovado automáticamente por un plazo similar al originario, conforme a las reglas del propio Contrato.

De la revisión del tercer párrafo de la cláusula novena del Contrato de Compartición 2013, se observa un acuerdo por el cual el plazo del mismo se renovaría automáticamente por periodos sucesivos iguales al estipulado en el Contrato (dos años), a menos que cualquiera de las partes comunique a la otra por escrito su intención de no renovarlo con una anticipación no menor a ciento ochenta (180) días calendario del vencimiento del respectivo plazo. La referida cláusula señala textualmente lo siguiente:

"(...)

CLÁUSULA NOVENA: PLAZO

El plazo del presente contrato es de 02 años contado a partir del día 28 de agosto del año 2013 hasta el 28 de agosto del año 2015.

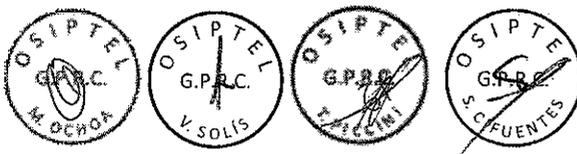
En caso de renovación las partes podrán revisar los términos y condiciones comerciales y económicas pactadas en el presente contrato, pudiéndose mantener las condiciones económicas establecidas en el presente contrato.

Dicho plazo se entenderá automáticamente renovado por periodos sucesivos iguales al estipulado en el párrafo precedente, a menos que cualquiera de las partes comunique a la otra por escrito su intención de no renovarlo con una anticipación no menor a ciento ochenta (180) días calendario del vencimiento del respectivo plazo.

No obstante, las partes de mutuo acuerdo podrán resolver el presente contrato en la oportunidad que lo considere conveniente, exonerándose del pago de indemnizaciones y acordando un programa de retiros de apoyos de los postes.

(...)"

De la documentación que obra en el expediente, se observa que ninguna de las partes ha señalado haber comunicado a la otra, con la anticipación señalada en el Contrato de



Compartición 2013, su voluntad de no renovarlo luego del 28 de agosto del 2015. En ese sentido, conforme a los términos del propio Contrato, el plazo del mismo quedó automáticamente renovado para el periodo comprendido entre el 28 de agosto del 2015 al 28 de agosto del 2017.

En consecuencia, a la fecha en que MULTIVISION planteó a SEAL la necesidad de acordar nuevas condiciones para su relación de compartición, ésta se encontraba vigente en virtud de la cláusula novena del Contrato de Compartición 2013.

Ahora bien, según se ha señalado en párrafos precedentes, la vigencia del Contrato de Compartición 2013 no limita que las partes puedan negociar, durante dicha vigencia, condiciones que modifiquen, regulen o extingan las condiciones del mismo y, en su caso, a arribar al acuerdo complementario respectivo.

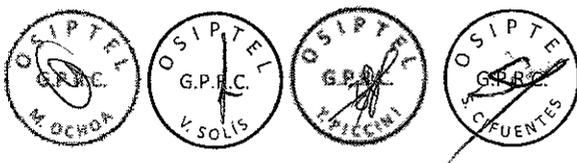
En lo que se refiere a la infraestructura ubicada en el distrito de José Luis Bustamante y Rivero, la negociación respectiva se debía sujetar a las disposiciones de la Ley N° 28295, considerando que respecto de dicho distrito las partes negociaron en el año 2013 tomando en cuenta la restricción para el despliegue de infraestructura emitida por la autoridad municipal en su Carta N° 099-2013-GDU/MDJBY.

Bajo dicho contexto, se ha considerado que la solicitud de MULTIVISION formulada a SEAL con fechas 2 y 18 de diciembre del 2015, constituía un requerimiento a negociar nuevas condiciones para la relación de compartición entre ambas empresas que se encontraba vigente en virtud del Contrato de Compartición 2013.

Sin embargo, frente al planteamiento de MULTIVISION para definir un nuevo contrato, SEAL respondió textualmente en su carta GG/AL-0561-2015 que: *"la relación de compartición de infraestructura de uso público existente entre SEAL y su representada, se sigue y seguirá rigiendo por los términos pactados en el contrato antes citado [Contrato de Compartición 2013], durante un plazo igual al convenido originariamente."* En ese sentido, SEAL brindó una respuesta a MULTIVISION que cerraba la posibilidad de acordar nuevos términos y condiciones que rijan su relación de compartición durante el plazo de su vigencia. En ese sentido, la respuesta de SEAL en su carta de fecha 31 de diciembre del 2015 constituía un rechazo a negociar dichas condiciones mientras la relación de compartición se mantuviera vigente.

En ese sentido, en lo que corresponde al distrito de Jose Luis Bustamante y Rivero, cuya infraestructura fue negociada por ambas partes el año 2013 bajo el marco de la Ley N° 28295, el rechazo expresado por SEAL habilitaba al OSIPTEL a intervenir en la vía de mandato a fin de decidir sobre las condiciones que MULTIVISION consideraba necesario modificar, regular o extinguir.

Finalmente, respecto de la obligatoriedad de los contratos que establecen una relación de compartición de infraestructura sujeta a la Ley N° 28295, se debe señalar que ésta se mantiene mientras su contenido no sea modificado por acuerdo entre las partes o, ante falta de acuerdo, mediante un mandato del OSIPTEL. En ese sentido, los términos



del Contrato de Compartición 2013 se mantienen en vigor y resultan exigibles, en tanto no hayan sido sustituidos por las disposiciones del Mandato de Compartición para el ámbito del distrito de José Luis Bustamante y Rivero, al haber MULTIVISION y el OSIPTEL seguido las disposiciones pertinentes de la Ley N° 28295 y su Reglamento para tal efecto.

4.1.3.5. Sobre el rol que debe ejercer el OSIPTEL para garantizar el cumplimiento de la Ley N° 28295.

La intervención del OSIPTEL en las relaciones de compartición de infraestructura sujetas a la Ley N° 28295, está determinada por el artículo 8 de la citada ley, que le encarga *“velar por el cumplimiento de la presente norma, para lo cual podrá dictar las disposiciones específicas que sean necesarias”*.

Bajo dicho marco legal, una contraprestación que haya sido acordada por las partes en un procedimiento negociado al amparo de la Ley N° 28295 y su Reglamento, pero que alguna de las partes plantee posteriormente modificar o regular cuestionando su consistencia con los principios y reglas de dicho marco legal –como la contraprestación del Contrato de Compartición 2013, cuestionada por MULTIVISION- puede ser sometida al ejercicio de la función normativa del OSIPTEL para que emita las disposiciones específicas que sean necesarias, una vez que haya determinado la consistencia o no de lo acordado previamente por las partes con el referido marco legal, y siempre que las partes no hayan podido llegar a un acuerdo para resolver entre ellas el cuestionamiento.

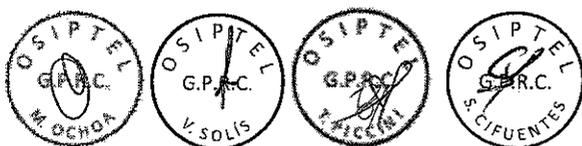
Una relación de compartición de infraestructura que se sujete a la Ley N° 28295 debe ceñirse a principios y reglas que son obligatorias para ambas partes; por ello, un acuerdo cuyo contenido sea posteriormente cuestionado por alguna de las partes por ser inconsistente con los referidos principios y reglas, se sujeta al control del OSIPTEL, quien tiene la función asignada por la Ley N° 28295 de velar por su cumplimiento dictando las disposiciones específicas y, en su caso, imponiendo las sanciones correspondientes.

En ese sentido, en virtud de la propia Ley N° 28295, la autonomía de la voluntad y las libertades de contratar y de estipulación que tienen las partes para negociar y celebrar acuerdos de compartición de infraestructura, se deben ejercer conforme a los principios y reglas del marco normativo dispuesto por la citada Ley. Debe tenerse presente que las relaciones contractuales en mención se circunscriben a una actividad que la Ley N° 28295 ha declarado de interés y necesidad pública³, conteniendo dicha ley disposiciones de obligatorio cumplimiento para los titulares de infraestructura de uso público⁴, como lo es SEAL en el presente caso.

4.3.2 Posición del OSIPTEL frente al recurso de reconsideración de SEAL y la oposición de MULTIVISION a dicho recurso.

³ Cfr. con el artículo 1 de la Ley N° 28295.

⁴ Cfr. con el artículo 4 de la Ley N° 28295.



4.3.2.1. Respecto a que entre SEAL y MULTIVISION existe un contrato de compartición de infraestructura que se encuentra vigente y, por consiguiente, el OSIPTEL no debe intervenir en su relación de compartición.

Al respecto, se reitera que del análisis efectuado en el presente procedimiento administrativo, entre SEAL y MULTIVISIÓN se encuentra vigente el Contrato de Compartición 2013.

No obstante, SEAL sostiene que en manifiesto desconocimiento a los términos, acuerdos y vigencia del Contrato de Compartición 2013, MULTIVISION formuló el 6 de diciembre de 2016 la solicitud de emisión de mandato de compartición de infraestructura al OSIPTEL, a fin de que éste establezca las condiciones para el uso de los postes de servicio de energía eléctrica de SEAL en el ámbito del distrito de José Luis Bustamante y Rivero, provincia y departamento de Arequipa.

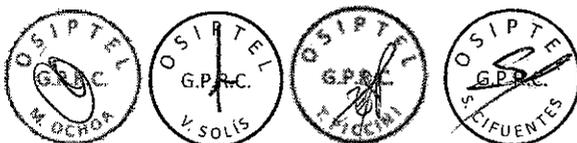
Respecto de lo cual, se debe enfatizar que la necesidad expresada por una de las partes de acordar nuevas condiciones para una relación de compartición vigente y sujeta a la Ley N° 28295 y su Reglamento, no puede ser entendida como un desconocimiento del contrato.

En efecto, se reitera que el referido marco legal, si bien dispone que el contrato es una de las formas de establecer una relación de compartición de infraestructura, no limita a las partes a poder negociar durante la ejecución de la referida relación la modificación, regulación o extinción de ésta. Asimismo, en ausencia de acuerdo luego de la negociación respectiva, la Ley N° 28295 y su Reglamento facultan al interesado a recurrir al OSIPTEL en la vía de mandato.

Cabe añadir, que las partes de un contrato de compartición sujeto a la Ley N° 28295, no pueden pactar *“sustraer del ámbito de competencia del OSIPTEL cualquier intervención sobre los términos y condiciones recogidas por las partes de manera voluntaria en dicho Contrato”*, como lo sostiene SEAL. En efecto, la intervención del OSIPTEL en ejercicio de una función asignada por ley, no puede ser anulada, limitada ni restringida por un acuerdo de las entidades sometidas a su regulación y supervisión.

En el particular caso de la compartición de infraestructura sujeta a la Ley N° 28295, se debe señalar que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 4 de dicha ley, su aplicación es obligatoria a los titulares de infraestructura de uso público. Asimismo, una de las disposiciones de la referida ley, contenida en el artículo 13 (literal b), es la que establece que ante la falta de acuerdo luego de vencido el período de negociación entre las partes, la parte afectada puede utilizar la infraestructura de uso público mediante mandato expreso del OSIPTEL. Ambas disposiciones de la Ley N° 28295, de naturaleza imperativa y de orden público, no pueden admitir pacto en contrario.

Adicionalmente, resulta preciso reiterar que la interpretación de la Ley N° 28295 de SEAL, sostenida a lo largo del presente procedimiento, según la cual la participación del



OSIPTEL debe restringirse a la emisión de los mandatos de compartición cuando exista falta de acuerdo *“para suscribir por primera vez un contrato de compartición”*, es inconsistente y contraria a las disposiciones de la Ley N° 28295 y su Reglamento antes citadas, como también inconsistente con la definición legal del concepto *“Contrato”* dispuesta por la legislación general vigente.

Bajo la interpretación de SEAL respecto de las facultades del OSIPTEL, el titular de la infraestructura y el operador de telecomunicaciones podrían acordar condiciones que se aparten o contravengan los principios y reglas aplicables a la compartición de infraestructura obligatoria regulada por la Ley N° 28295, debiendo las partes asumir los efectos del acuerdo hasta que éste finalice o hasta que ambas partes mediante acuerdo posterior regule, modifique o extinga al anterior.

Una hipotética situación como la planteada por SEAL: (i) vulnera la naturaleza jurídica imperativa de la Ley N° 28295 y su Reglamento, (ii) afecta el texto expreso de las disposiciones de dicho marco legal que establecen el modo en que debe producirse la compartición obligatoria de la infraestructura de uso público, (iii) afecta las funciones asignadas por la Ley N° 28295 al OSIPTEL para velar por su cumplimiento, y (iv) es contraria a la propia finalidad del marco legal que regula la compartición obligatoria en cuestión, expresada en el artículo 3 de la Ley N° 28295⁵.

En consecuencia, corresponde desestimar los argumentos de SEAL respecto a que el OSIPTEL no puede intervenir en la vía de mandato, cuando las partes de un contrato de compartición vigente, negociado y celebrado conforme a las reglas de la Ley N° 28295, no han podido llegar a un acuerdo respecto de la solicitud de una de las partes de acordar nuevas condiciones que modifiquen o regulen su relación de compartición.

4.3.2.2 El mandato de compartición se emite en ausencia o defecto de acuerdo entre las partes.

Al respecto, se debe señalar que, en efecto, el mandato de compartición se emite en ausencia de acuerdo entre las partes.

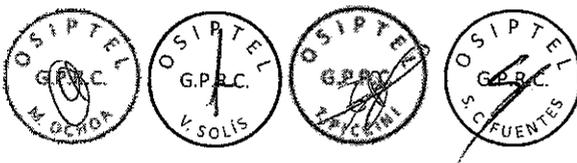
En el presente caso, MULTIVISION formuló a SEAL una solicitud con fechas 2 y 18 de diciembre del 2015, por el cual le requería negociar nuevas condiciones para la relación de compartición entre ambas empresas, la cual, según se ha señalado en párrafos precedentes, se encontraba vigente en virtud del Contrato de Compartición 2013.

⁵ Ley N° 28295:

“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.”



Sin embargo, frente al planteamiento de MULTIVISION para definir un nuevo contrato, SEAL en su carta GG/AL-0561-2015 brindó a MULTIVISION una respuesta que cerraba la posibilidad de acordar nuevos términos y condiciones que rijan su relación de compartición durante el plazo de su vigencia. En ese sentido, la respuesta de SEAL en su carta de fecha 31 de diciembre del 2015 constituía un rechazo a negociar dichas condiciones mientras la relación de compartición se mantuviera vigente.

En consecuencia, en lo que corresponde al distrito de Jose Luis Bustamante y Rivero, cuya infraestructura fue negociada por ambas partes el año 2013 bajo el marco de la Ley N° 28295, el rechazo expresado por SEAL en su carta del 31 de diciembre del 2015, habilitaba al OSIPTEL, a solicitud de MULTIVISION, a intervenir en la vía de mandato a fin de decidir sobre las condiciones que esta empresa consideraba necesario modificar, regular o extinguir. Todo ello, en aplicación de la citada Ley N° 28295, en particular, de sus artículos 4 y 13 (literal b).

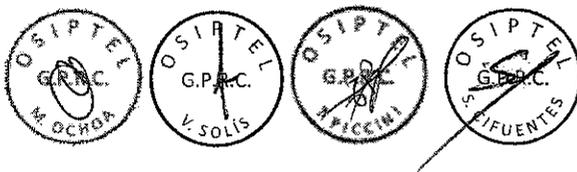
4.3.2.3 Respecto a que se debe aplicar el Principio de Inalterabilidad de los contratos.

SEAL sostiene que en aplicación del Principio de Inalterabilidad de los contratos, la facultad normativa del OSIPTEL (para dictar mandatos de compartición) no puede modificar aquello que las partes decidieron de manera libre y voluntaria.

Sin embargo, se debe aclarar que fue una de las partes del Contrato de Compartición 2013 (MULTIVISION), quien en diciembre del 2015 planteó a SEAL redefinir las condiciones de su relación de compartición, encontrándose con el rechazo de SEAL. En ese sentido, ha sido la misma parte contractual cuyo planteamiento fue rechazado, esto es, MULTIVISION, quien ha recurrido al OSIPTEL para que ejerza su función normativa y emita un mandato al no haber podido llegar a un acuerdo negociado con SEAL.

En ese sentido, con el Mandato de Compartición se ha modificado un aspecto de la relación de compartición existente entre SEAL y MULTIVISION, en lo que se refiere al distrito de Jose Luis Bustamante y Rivero, como resultado de las acciones adoptadas por MULTIVISION para poder modificar determinados aspectos de ésta, conforme al procedimiento definido por la legislación vigente aplicable a su relación de compartición (Ley N° 28295 y su Reglamento).

Debe tenerse presente que la negativa de un titular de infraestructura de uso público a negociar con el operador de telecomunicaciones, condiciones que regulen, modifiquen o extingan una relación de compartición vigente, genera ineficiencias en el uso de la infraestructura que se trasladarán a los mercados finales de telecomunicaciones, afectando la competencia en dichos mercados y mermando el bienestar de los consumidores. En efecto, las referidas ineficiencias se producirán, por ejemplo, si las partes acuerdan contraprestaciones no razonables que retribuyen costos que ya han sido recuperados por el titular de la infraestructura por otras vías (p.ej. las tarifas eléctricas reguladas y pagadas por los usuarios de electricidad), o si incrementan los costos de algunos operadores de telecomunicaciones en modo tal que se limite la



competencia con otros operadores que en su oportunidad obtuvieron los permisos administrativos necesarios para desplegar postes sobre un recurso limitado como el espacio público. En ese sentido, se producirán efectos completamente contrarios a los perseguidos por la Ley N° 28295.

De otro lado, se debe mencionar que en la tramitación del presente procedimiento no se han aplicado las disposiciones del Reglamento de Solución de Controversias entre Empresas, al ser ésta una norma que se vincula al ejercicio de la función de solución de controversias del OSIPTEL, distinta de la que se ha ejercido para emitir el Mandato de Compartición.

Como lo ha señalado la propia SEAL, el Mandato de Compartición ha sido emitido en ejercicio de la función normativa con la que cuenta el OSIPTEL en virtud de la Ley N° 27332. Asimismo, el pronunciamiento emitido por el Consejo Directivo del OSIPTEL se ha sujetado a las disposiciones de la Ley N° 28295 y su Reglamento que se han citado en el Proyecto de Mandato y en el propio Mandato de Compartición.

En consecuencia, se deben desestimar los argumentos de SEAL antes señalados, por las consideraciones expuestas.

4.3.2.4 Respecto a que el Mandato de Compartición dictado por el OSIPTEL contraviene el principio de legalidad.

En adición a argumentos que han sido analizados en párrafos precedentes, SEAL sostiene que el Mandato de Compartición se ha emitido vulnerando el Principio de Subsidiariedad previsto en el Reglamento General del OSIPTEL.

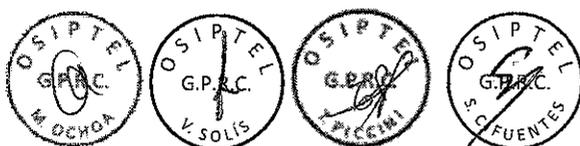
Al respecto, el referido principio establece lo siguiente:

“Artículo 11.- Principio de Subsidiariedad

La actuación del OSIPTEL es subsidiaria y sólo procede en aquellos supuestos en los que el mercado y los mecanismos de libre competencia no sean adecuados para la satisfacción de los intereses de los usuarios y de los competidores. En caso de duda sobre la necesidad de aprobar disposiciones regulatorias y/o normativas, se optará por no aprobarlas y, entre varias opciones similarmente efectivas, se optará por la que menos afecte la autonomía privada.”

Sobre el particular, se debe señalar que el Mandato de Compartición es plenamente consistente con el Principio de Subsidiariedad, debido a que su emisión se ha producido luego de que una de las partes del Contrato de Compartición 2013 (MULTIVISION), intentara redefinir con la otra parte (SEAL) las condiciones de la compartición de la infraestructura eléctrica y recibiera una respuesta negativa de ésta.

En ese sentido, respecto del distrito de José Luis Bustamante y Rivero, MULTIVISION siguió el procedimiento dispuesto por el marco normativo al cual se sujeta el Contrato de Compartición 2013, para poder establecer nuevas condiciones para la compartición. Ante la falta de acuerdo con SEAL recurrió al OSIPTEL para que este organismo,



actuando de manera subsidiaria y en ejercicio de su función normativa, estableciera las condiciones que resultasen aplicables.

Asimismo, por los fundamentos expuestos en el informe que sustentó el Mandato de Compartición, resultaba necesario emitir disposiciones sobre la contraprestación económica a ser aplicada para la relación de compartición entre MULTIVISION y SEAL, considerando que la contraprestación que en su momento fue acordada por las partes –contraprestación que luego MULTIVISION trató de modificar por la vía de la negociación y acuerdo directo con SEAL-, no se encontraba conforme con las disposiciones aplicables de la Ley N° 28295 y su Reglamento.

Asimismo, para la emisión del Mandato de Compartición se consideró que MULTIVISION, en sus cartas de fechas 2 y 18 de diciembre del 2016, planteó a SEAL de manera general negociar las condiciones y términos de un nuevo contrato. Sin embargo, en el petitorio de su solicitud al OSIPTEL para la emisión de mandato, hizo referencia de manera específica a los siguientes aspectos: (i) duración de la relación de compartición, solicitando que sea indeterminada, y (ii) tarifas y condiciones, planteando el nivel de las tarifas que considera debería aplicar en su relación de compartición, la unidad de cobro y el momento a partir del cual las tarifas deberían ser cobradas.

En ese sentido, teniendo en cuenta que el Mandato de Compartición modificaría condiciones de una relación de compartición vigente y establecida mediante el Contrato de Compartición 2013, se consideró que el alcance material de la modificación de la relación de compartición debía circunscribirse al análisis de aquellos términos cuya modificación MULTIVISION ha planteado de manera específica, además del contenido mínimo del mandato dispuesto por el artículo 30 del Reglamento de la Ley N° 28295. De esta manera, para los demás aspectos de la relación de compartición, continuarían rigiendo las disposiciones del Contrato de Compartición 2013. Es decir, se optó por la opción menos gravosa para la autonomía privada, conforme al Principio de Subsidiariedad.

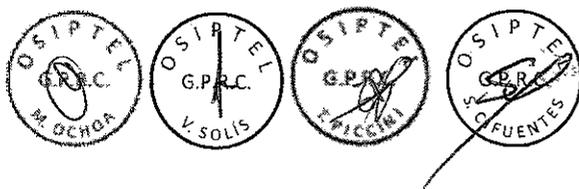
Se debe enfatizar que la actuación del OSIPTEL en el presente procedimiento, se ciñe estrictamente al principio de legalidad dispuesto por las Ley N° 29158 - Ley Orgánica del Poder Ejecutivo⁶⁾ y la LPAG citada por SEAL; ejerciendo las facultades conferidas por las Leyes N° 28295 y N° 27332, así como sus normas de desarrollo.

En consecuencia, se deben desestimar los argumentos de SEAL antes señalados, por las consideraciones expuestas.

4.3.2.5 Respecto a que la fórmula contenida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 no resulta aplicable.

SEAL sostiene que la fórmula contenida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 sólo resultaría aplicable para empresas concesionarias de la Banda Ancha a nivel

⁶⁾ Cfr. artículo I de la Ley N° 29158,



nacional, no siendo éste el caso de MULTIVISION que es una empresa concesionaria del servicio público de distribución de radiodifusión por cable.

Al respecto, como se ha señalado en los informes del Proyecto de Mandato y del Mandato de Participación –además, por ser posición reiterada del OSIPTEL que SEAL conoce por haber sido parte del mandato de participación de infraestructura emitido mediante Resolución de Consejo Directivo N° 119-2015-CD/OSIPTEL-, la contraprestación de los mandatos sujetos a la Ley N° 28295 se ciñe a lo dispuesto en los artículos 34 y 35 del Reglamento de la Ley N° 28295, vigente desde marzo del año 2005. Es en aplicación de las referidas disposiciones que se ha considerado aplicable a dichos mandatos la fórmula del Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, por su consistencia metodológica.

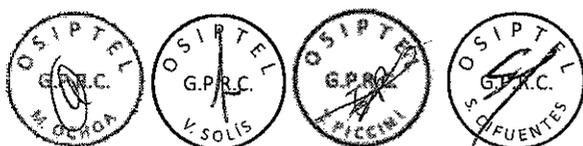
Si bien el propósito de la Ley N° 29904 es impulsar el desarrollo, utilización y masificación de la Banda Ancha en todo el territorio nacional, los fines que persigue dicha ley no limitan la aplicación de los principios económicos y la metodología para la determinación de las contraprestaciones, establecidos en su Reglamento, de manera supletoria y en lo que corresponda, para el caso del acceso y uso compartido de la misma infraestructura de soporte eléctrico en el marco de la Ley N° 28295.

Cabe recordar que la Ley N° 29904 declara de necesidad pública e interés nacional, el acceso y uso de la infraestructura asociada a la prestación de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, y el Anexo 1 del Reglamento de dicha ley establece la metodología para la determinación de las contraprestaciones que retribuyan el acceso y uso a dicha infraestructura.

La referida metodología para la determinación de las contraprestaciones ha sido desarrollada de manera específica, para retribuir el acceso y uso de la infraestructura de soporte eléctrico y no otro tipo de infraestructura de uso público (v.g. postes de concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones), por lo que no es sólo aplicable para el caso de la RDNFO, sino también para determinar la contraprestación que retribuya el acceso y uso de la misma infraestructura de soporte eléctrico, en el marco de la Ley N° 28295, debido a que no existe justificación económica para que un mismo concesionario eléctrico sea remunerado con retribuciones diferentes, dependiendo si la relación de participación es bajo el marco de la Ley N° 29904 o bajo el marco de la Ley N° 28295.

Asimismo, es importante resaltar que la Ley N° 28295 declara también de interés y necesidad pública el acceso y uso compartido de la infraestructura de uso público, siendo el objeto de dicha Ley, la regulación del acceso y uso compartido de la infraestructura de uso público que permita la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones. Dicha Ley también señala, que su finalidad es la de:

- a) Utilizar eficientemente la infraestructura de uso público en los supuestos contemplados en dicha 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, y

- 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.

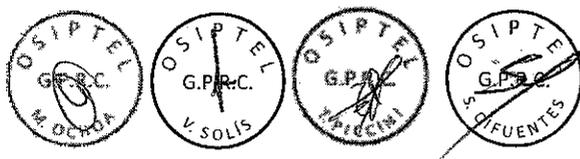
Como se observa, tanto la Ley N° 29904 como la Ley N° 28295, declaran de interés y necesidad pública el acceso y uso compartido de la infraestructura, que permita la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones, siendo en ambos casos, aplicable la metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, para la fijación de la retribución por el acceso y uso de la infraestructura de soporte eléctrico.

Asimismo, la referida metodología es consistente con el artículo 34 del Reglamento de la Ley N° 28295⁷, en tanto evita que se cubran costos ya pagados por la prestación de servicios de mercados con tarifas reguladas, como es el caso de los servicios de distribución de energía eléctrica que presta SEAL a sus usuarios. Asimismo, la metodología en mención refleja el costo de inversión incremental en que se incurra para prestar el servicio complementario (adecuación de la infraestructura), así como el costo incremental de administración, operación, mantenimiento y otros tributos (contraprestación mensual por el acceso y uso).

De esta manera, la metodología del Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 y su aplicación en el presente caso, cumple con los principios económicos señalados en el cuarto párrafo del artículo 34 de la Ley N° 28295, por cuanto:

- Mantiene los incentivos para la eficiente utilización y mantenimiento de la infraestructura de SEAL (numeral 1 del cuarto párrafo), por cuanto hace posible que se utilice la capacidad disponible de su infraestructura eléctrica para el despliegue de redes de telecomunicaciones, garantizando que los costos incrementales en los que incurra SEAL para proveer dicho acceso, sean cubiertos por el operador de telecomunicaciones.
- Minimiza los costos económicos de SEAL de proveer y operar la infraestructura de uso público, maximizando la eficiencia productiva (numeral 3 del párrafo cuarto), por cuanto permite que la capacidad disponible de la infraestructura eléctrica de SEAL que debe ser provista a los operadores de telecomunicaciones en virtud de obligaciones legales (Ley N° 29904 y Ley N° 28295), sea retribuida aplicando una misma metodología con independencia del marco legal que establece la obligación respectiva, simplificando el proceso por el cual se provee

⁷ Cfr. con el tercer párrafo del artículo 34 del Reglamento de la Ley N° 28295.



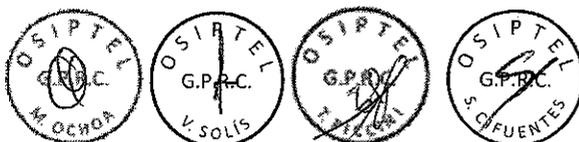
la referida capacidad disponible para el despliegue de redes de telecomunicaciones.

- Minimiza el costo regulatorio y de supervisión de los contratos de compartición (numeral 4 del párrafo cuarto), por cuanto el OSIPTEL empleará y supervisará una sola metodología para retribuir la compartición de infraestructura eléctrica empleada para el despliegue de redes de telecomunicaciones, que las autoridades de los subsectores telecomunicaciones (Ministerio de Transportes y Comunicaciones y el OSIPTEL) y energía (Ministerio de Energía y Minas y el OSINERGMIN), han considerado regulatoriamente adecuada para dicho propósito. Asimismo, se evitará tratamientos diferenciados entre operadores de telecomunicaciones, que pueden generar mayores costos regulatorios e impactar finalmente en la provisión de los servicios de telecomunicaciones a los usuarios finales.
- Permite que SEAL recupere los costos eficientes de proveer y mantener su infraestructura, con un margen de utilidad razonable (numeral 6 del párrafo cuarto), por cuanto la metodología del Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 prevé como parte de la contraprestación, el concepto de tasa de retorno mensualizada.

Cabe reiterar que la metodología del Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, ha sido elaborada con la participación del OSINERGMIN, que es el organismo regulador del subsector electricidad. En ese sentido, se cumple con el requerimiento previsto en el segundo párrafo del artículo 35, de aplicar una fórmula para la determinación de la contraprestación de manera específica para el caso de la infraestructura eléctrica, respecto del cual el OSINERGMIN ha emitido opinión en cumplimiento de sus facultades legales.

En consecuencia, resulta consistente con el Reglamento de la Ley N° 28295, que el OSIPTEL aplique en el mandato de compartición de infraestructura a ser emitido, la fórmula contenida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 aprobado por Decreto Supremo N° 014-2013-MTC.

Finalmente, es importante reiterar que SEAL tiene pleno conocimiento de la posición del OSIPTEL respecto a la fórmula utilizada para la determinación de la renta mensual, ya que ésta ha sido ampliamente expuesta en el Informe N° 00387-GPRC/2015 que sustentó la Resoluciones de Consejo Directivo N° 119-2015-CD/OSIPTEL que aprobó el Mandato definitivo entre SEAL y Tv Cable Digital E.I.R.L., en el marco del procedimiento administrado en el Expediente N° 00004-2015-CD-GPRC/MC. En ese sentido, el sustento de la decisión emitida por el Consejo Directivo ha tomando en cuenta anteriores pronunciamientos en casos similares, en concordancia con el principio



de imparcialidad^[8] según el cual casos o situaciones de las mismas características deberán ser tratados de manera análoga.

4.3.2.6 Respecto a que las fórmulas de fijación de contraprestación por la compartición de infraestructura sólo son aplicables a mandatos de compartición, no a los casos en que el acceso a la infraestructura se ha dado dentro del marco de un contrato válidamente celebrado.

SEAL señala que la tarifa por contraprestación que cobra a MULTIVISION es la misma que cobra a otros usuarios de su infraestructura en las mismas condiciones; por lo que, imponer una retribución menor importaría que a través de un mandato, el OSIPTEL genere una diferenciación sin reparar en que la retribución responde al Principio de Onerosidad. SEAL indica que la retribución que percibe de MULTIVISION resulta razonable conforme a las condiciones del Contrato de Compartición 2013, considera una fórmula *ad hoc* donde se han recogido las necesidades y los costos en los que incurre SEAL por el uso compartido de su infraestructura.

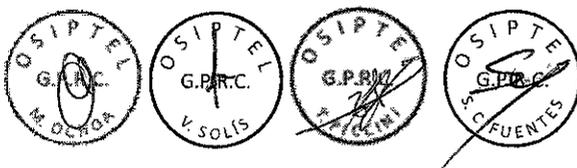
Al respecto, se debe señalar que el Principio de Onerosidad se debe entender en concordancia con el artículo 14 de la Ley N° 28295, que dispone que los titulares de la infraestructura de uso público tienen derecho a recibir una contraprestación razonable por el uso de la infraestructura de uso público, y que la metodología de cálculo será fijada en el Reglamento de la propia Ley. En este punto, se debe tener en cuenta que la contraprestación razonable y la metodología de cálculo que se mencionan en la Ley N° 28295, son independientes de si la compartición se produce por acuerdo entre las partes o por mandato del OSIPTEL.

En ese sentido, si bien el artículo 34 del Reglamento de la Ley N° 28295 hace referencia a la contraprestación a ser fijada por el OSIPTEL en los mandatos de compartición, se debe tener presente que de acuerdo al esquema de intervención subsidiaria del regulador dispuesto por la Ley N° 28295, un operador de telecomunicaciones que requiera la compartición bien puede legítimamente oponerse a celebrar un acuerdo con el titular de la infraestructura si las condiciones que este le ofrece son menos favorables a las que fijaría el regulador en la vía de mandato.

Por consiguiente, la metodología del artículo 34 funciona también como un incentivo para que el titular de la infraestructura no aplique metodologías o contraprestaciones que se alejen de los criterios establecidos por el Reglamento de la Ley N° 28295 y que, siendo desfavorables a los operadores de telecomunicaciones, se constituyan en trabas para que el cumplimiento de los objetivos de la Ley N° 28295.

Finalmente, se debe señalar que en aplicación del principio de no discriminación, los demás arrendatarios de SEAL que se encuentren en condiciones iguales o equivalentes, podrían solicitarle y negociar que se les aplique las condiciones que se derivarán de la

⁸ Cfr. con el artículo 9 del Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM.



relación de compartición que dicha empresa sostiene con MULTIVISION en el distrito de José Luis Bustamante y Rivero. Debe tenerse presente que la resolución que aprueba el mandato y su contenido son de público conocimiento, por publicarse en el Diario Oficial El Peruano y/o la página web del OSIPTTEL. Asimismo, debe enfatizarse que el hecho que SEAL haya celebrado diversos contratos de infraestructura compartida con diversos operadores de telecomunicaciones, no releva a SEAL de su obligación de haber aplicado en los contratos que se sujeten a la Ley N° 28295 las disposiciones de esta ley y su Reglamento sobre la contraprestación a ser aplicada.

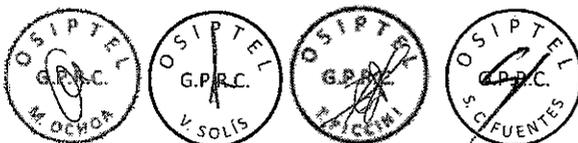
4.3.2.7 Respecto a que la Resolución de Consejo Directivo N° 020-2017-CD/OSIPTTEL importa un avocamiento indebido por parte del OSIPTTEL respecto de una materia que viene siendo conocida por el Poder Judicial.

De la información contenida en la copia de la demanda presentada por SEAL en documento adjunto a su recurso de reconsideración, se observa que en fecha 22 de febrero del 2017 –es decir, días después de emitido el Mandato de Compartición, el 16 de febrero del 2017-, SEAL ha presentado una demanda civil contra MULTIVISION sobre obligación de dar suma de dinero, por deudas de arrendamiento que habrían derivado del Contrato de Compartición 2013 hasta el 30 de noviembre de 2016, así como el pago de una penalidad.

En ese sentido, se observa que la referida demanda versa sobre una materia distinta a la que ha sido normada por el Consejo Directivo del OSIPTTEL a través del Mandato de Compartición, en el cual se han establecido condiciones que han de regir la compartición de infraestructura en el distrito de José Luis Bustamante y Rivero, a partir de la entrada en vigencia del mandato, esto es, desde el día siguiente de haber sido notificado y a futuro.

Consecuentemente, el Mandato de Compartición no tiene efectos sobre la ejecución del Contrato de Compartición 2013 y las obligaciones de pago pendientes que estarían a cargo de MULTIVISION por el uso de la infraestructura de SEAL efectuado hasta noviembre del 2016. Por ello, no cabe la posibilidad que se emitan dos pronunciamientos contradictorios como sostiene SEAL, habida cuenta de la diferencia de materias entre los resuelto por el Consejo Directivo del OSIPTTEL en ejercicio de su función normativa y lo que, en su oportunidad, podría resolver el Poder Judicial en ejercicio de sus funciones para la solución de conflictos.

Adicionalmente, se debe hacer notar que SEAL interpuso su demanda de obligación de dar suma de dinero contra MULTIVISION con posterioridad a la fecha de emisión del Mandato de Compartición; ello, en un contexto en el que tenía conocimiento del procedimiento de emisión de mandato de compartición en curso, así como de sus plazos y etapas, en el cual inclusive presentó comentarios al respectivo Proyecto de Mandato el 31 de enero del 2017.



En consecuencia, corresponde desestimar los argumentos de SEAL respecto del supuesto avocamiento indebido por parte del OSIPTEL respecto de una materia que vendría siendo conocida por el Poder Judicial.

4.3.2.8 Respecto a que la causal de nulidad en la que está incurso la Resolución de Consejo Directivo N° 020-2017-CD/OSIPTEL es la contravención a la legalidad.

Sobre este punto, se debe reiterar que el Mandato de Participación ha sido emitido en estricta observancia de la legalidad, tanto respecto de la función normativa ejercida, como respecto del contenido del propio Mandato y su motivación. En particular, se ha observado en Principio de Legalidad señalado por SEAL, conforme al sustento legal expuesto tanto en el Proyecto de Mandato como en el propio Mandato de Participación, el mismo que ha sido también indicado en párrafos precedentes.

5. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN.

Realizada la evaluación del recurso de reconsideración formulado por SEAL, se recomienda al Consejo Directivo desestimar sus cuestionamientos al Mandato de Participación por las consideraciones expuestas en el presente informe, correspondiendo declararlo infundado y confirmar el citado Mandato en todos sus extremos.

